

Dr. Florian Drinhausen, LL.M., Rechtsanwalt, Frankfurt a.M., und Dr. Harald Gesell, Rechtsanwalt, Köln\*

# Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten grenzüberschreitender Mobilität von Unternehmen in Europa

Im Zeichen zunehmender Mobilität der Gesellschaften in Europa sollen die Vorschriften des SEStEG ausweislich der Gesetzesbegründung dazu dienen, die deutschen steuerlichen Vorschriften zur Umstrukturierung von Unternehmen an die jüngsten gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Entwicklungen und Vorgaben des europäischen Rechts anzupassen. Ziel dieses Beitrages ist es, einen Überblick über den derzeitigen Stand der gesellschaftsrechtlichen Entwicklung in Deutschland zur grenzüberschreitenden Mobilität von Unternehmen zu geben.

## I. Einleitung

Am 10. 11. 2001 wurde die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SEVO) erlassen, die am 7. 10. 2004 in Kraft getreten ist.<sup>1</sup> Mit der SEVO wurde die Europäische Aktiengesellschaft, die auch als Societas Europaea oder abgekürzt „SE“ bezeichnet wird, als erste Europäische Kapitalgesellschaft eingeführt. Die SEVO ermöglicht die Gründung einer SE u. a. durch Verschmelzung von Aktiengesellschaften, die ihren Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten haben, und eröffnet Gesellschaften in der Europäischen Union (EU) damit erstmals die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auf Basis kodifizierter Regelungen. Ein weiteres Novum der SE ist, dass sie ihren Satzungssitz identitätswahrend von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegen kann.<sup>2</sup> Dadurch entstand für den nationalen Gesetzgeber die Notwendigkeit, die steuerlichen Folgen der grenzüberschreitenden Mobilität von Unternehmen im Rahmen der Gründung einer SE zu regeln. Wie die offizielle Bezeichnung des SEStEG als „Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“ andeutet, steht dies auch im Vordergrund des SEStEG. Allerdings, und auch dies spiegelt sich in der amtlichen Bezeichnung des SEStEG wider, besteht nicht nur im Hinblick auf die SE Regelungsbedarf. Auch die Rechtsprechung des EuGH hat in den vergangenen Jahren erheblich zur Mobilität der Gesellschaften innerhalb der EU beigetragen. Sie ermöglicht es den Gesellschaften beispielsweise, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU zu verlegen, ohne dort einen Rechtsverlust zu erleiden. Hinzu kommen gesetzgeberische Maßnahmen auf der Ebene der EU und der nationalen Gesetzgeber. Am 15. 12. 2005 ist die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten<sup>3</sup> (Verschmelzungsrichtlinie) in Kraft getreten, deren

\* Dr. Florian Drinhausen ist Rechtsanwalt und Partner im Frankfurter Büro von Linklaters, Dr. Harald Gesell ist Rechtsanwalt und Partner im Kölner Büro von Linklaters. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. ■

1 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, ABl. L294/1 v. 10. 11. 2001.

2 Vgl. insoweit bereits Art. 2 und Art. 8 SEVO.

3 Richtlinie 2005/56/EG, veröffentlicht in ABl. Nr. L 310 v. 25. 11. 2005, S. 1 ff.; vgl. zu der Richtlinie Bayer/Schmitt, NJW 2006, 401; Drinhausen/Keinath, RIW 2006, 81; Frischhut, EWS 2006, 55; Geyrhalter/Weber, DStR 2006, 146; Grohmann/Gruschinske, GmbHR 2006, 191; Nagel, NZG 2006, 97; Neye, ZIP 2005, 1893; Oechsler, NZG 2006, 161.

Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bis Dezember 2007 erfolgen muss. Ebenfalls Auswirkungen auf die Mobilität europäischer Gesellschaften wird die geplante Sitzverlegungsrichtlinie haben, die es mitgliedstaatlichen Kapitalgesellschaften ermöglichen soll, unter Vermeidung einer Auflösung ihren registrierten Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.<sup>4</sup>

Im Mittelpunkt der Aktivität des deutschen Gesetzgebers steht der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, dessen Gegenstand primär die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie bildet.<sup>5</sup> Der Entwurf soll außerdem der Entscheidung des EuGH vom 13. 12. 2005 in der Rechtssache „SEVIC“ Rechnung tragen, wonach das deutsche UmwG grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht gänzlich untersagen darf.<sup>6</sup> Ganz aktuell ist schließlich der Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), der die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer GmbH, AG, KGaA oder SE aus Deutschland heraus (unter Beibehaltung des registrierten Sitzes in Deutschland) für zulässig erklärt und auf eine rechtliche Grundlage stellt.<sup>7</sup>

Grenzüberschreitende gesellschaftsrechtliche Vorgänge betreffen notwendig die Rechtsordnungen mehrerer Staaten. Mangels vollständiger Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen innerhalb der EU kann es hierbei zu unterschiedlichen Wertungen und sogar Wertungswidersprüchen für denselben grenzüberschreitenden Vorgang kommen. Aus diesem Grund wird in der folgenden Darstellung für die einzelnen Gestaltungen grenzüberschreitender Mobilität zwischen dem Zuzug ausländischer Gesellschaften nach Deutschland und dem Wegzug deutscher Gesellschaften aus Deutschland unterschieden. Hierbei sollen im Folgenden zunächst die grenzüberschreitende Sitzverlegung (nachfolgend II. und III.) und sodann grenzüberschreitende Umwandlungen (nachfolgend IV.) dargestellt werden. Den letzten Teil des Beitrags bildet eine kurze Darstellung zur SE (nachfolgend V.).

## II. Verlegung des Verwaltungssitzes

### 1. Hereinverlegung

Die Rechtsprechung des EuGH hatte sich in verschiedenen Rechtssachen in jüngerer Zeit intensiv mit der Frage zu befassen, unter welchen Voraussetzungen es Gesellschaften in der EU gestattet ist, ihren Verwaltungssitz – also den Ort der effektiven Geschäftsleitung<sup>8</sup> – in einem anderen Mitgliedstaat als dem, nach dessen Recht sie gegründet wurden, zu unterhalten.

Im Vordergrund der Debatte stand hierbei die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft. Deren Zulässigkeit richtet sich nach dem auf diesen Vorgang anwendbaren Gesellschaftsrecht. Dafür kommt das Recht des Gründungsstaates der Gesellschaft oder das des Staates, in dem der Verwal-

4 Zum gegenwärtigen Stand: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_de.htm) (Stand: 28. 8. 2006).

5 <http://www.bmj.de/media/archive/1297.pdf> (Stand: Regierungsentwurf 28. 8. 2006). Siehe zum vorangegangenen Referentenentwurf *Drinhausen/Keinath*, BB 2006, 725; *Neye/Timm*, DB 2006, 488. Die Umsetzung der Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten soll durch ein gleichnamiges Gesetz erfolgen, das ebenfalls im Entwurf vorliegt.

6 EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-411/03, BB 2006, 11 m Komm. *Schmidt/Maul*, RIW 2006 140, m. Komm. *Paal*, EWS 2006, 27, vgl. näher dazu IV.2.a)(1).

7 Referentenentwurf v. 29. 5. 2006; zum Download verfügbar unter <http://www.bmj.de/media/archive/1236.pdf> (Stand: 28. 8. 2006).

8 Der Verwaltungssitz wird in diesem Zusammenhang als der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane definiert, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden, BGH, 21. 3. 1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269, 272; BB 1986, 2153 Ls, RIW 1986, 822, NJW 1986, 2194, 2195; *Sandrock* in: FS Beitzke, 1979, 669, 683.

tungssitz liegt, in Betracht. Dies ist auf Basis der Regeln des internationalen Privatrechts zu ermitteln.<sup>9</sup>

### a) Zulässigkeit nach deutschem Recht

Das deutsche internationale Privatrecht kennt keine ausdrückliche Kollisionsnorm für die kollisionsrechtliche Ermittlung des auf juristische Personen anwendbaren Rechts.<sup>10</sup> In der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Literatur hatte sich diesbezüglich die so genannte Sitztheorie durchgesetzt.<sup>11</sup> Diese stellt – unabhängig von Verwaltungs- oder Satzungssitz und dem Recht des Gründungsstaates einer Gesellschaft – hinsichtlich des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts auf den tatsächlichen Verwaltungssitz ab. Nach der Sitztheorie kommt demnach deutsches Recht auf eine ausländische Gesellschaft zur Anwendung, wenn sie ihren Verwaltungssitz in Deutschland hat. Dies gilt, von den nachstehend beschriebenen Ausnahmen im Rahmen der EU abgesehen, unabhängig davon, ob der Verwaltungssitz seit Gründung in Deutschland liegt oder erst danach nach Deutschland verlegt wurde. Keine Bedeutung hatte demgegenüber der Satzungssitz der Gesellschaft und das Recht, nach dem die Gesellschaft gegründet wurde. Verlegte eine ausländische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nach Deutschland, wurde sie daher früher als rechtliches nullum<sup>12</sup> und nach heutiger Ansicht als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. als offene Handelsgesellschaft eingeordnet<sup>13</sup>, da sie die Voraussetzungen für die Gründung einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht nicht erfüllt hatte. Dies hatte insbesondere zur Konsequenz, dass die Gesellschafter in Deutschland ihre Haftungsprivilegien verloren.

Hinsichtlich Gesellschaften aus EU-Mitgliedstaaten zwingt die Rechtsprechung des EuGH heute im Ergebnis zur Abkehr von der Sitztheorie. Das Gericht hat in mehreren Urteilen festgestellt, dass die in Art. 43, 48 des EG-Vertrages (EG) festgeschriebene Niederlassungsfreiheit Zuzugsbeschränkungen durch einen Mitgliedstaat allenfalls unter engen Voraussetzungen zulässt.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB.

<sup>10</sup> Palandt/*Heldrich*, BGB, 65. Aufl., 2006, Anh. Art 12 EGBGB Rdnr. 1.

<sup>11</sup> In der Rechtsprechung z. B. BGH, 30. 1. 1970 – V ZR 139/68, BGHZ 53, 181, 183; BGH, 5. 11. 1980 – VIII ZR 230/79, BGHZ 78, 318, 334, BB 1981, 200, NJW 1981, 522; BGH, 21. 11. 1996 – IX ZR 148/95, BGHZ 134, 116, 118, BB 1997, 704 Ls, NJW 1997, 657; BayObLG, [■Datum – ■Az], BayObLGZ 1992, 113, 115, NJW-RR 1993, 43; BayObLG, 26. 8. 1998 – 3 Z BR 78/98, DB 1998, 2318, 2319; OLG Hamm, 4. 10. 1996 – 29 U 108/95, RIW 1997, 236, 237; OLG Düsseldorf, 10. 9. 1998 – 5 U 1/98, JZ 2000, 203. In der Literatur Palandt/*Heldrich* (Fn. 10) Anh. Art. 12 EGBGB Rdnr. 2; Staudinger/*Großfeld*, 13. Aufl., 1993, Internationales Gesellschaftsrecht, Rdnr. 38; MünchKommBGB/*Kindler*, 4. Aufl., 2006, Band 11, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rdnr. 400 ff.

<sup>12</sup> BGH, 21. 3. 1986 (Fn. 8); *Kösters*, NZG 1998, 241, 243.

<sup>13</sup> Die wohl herrschende Meinung im deutschen Recht ging davon aus, dass es sich um eine rechts- und parteifähige GbR oder oHG handelt, BGH, 1. 7. 2002 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204, 206, BB 2002, 2031 m. Komm. *Gronstedt*, RIW 2002, 877, NJW 2002, 3539; BayObLG, 20. 2. 2003 – 1Z AR 160702, RIW 2003, 387, 388; OLG Frankfurt a. M., 4. 10. 2001 – 20 W 31/01, NZG 2002, 294, 295; LG Stuttgart, 10. 8. 2001 – 5 KfH O 76/01, NZG 2002, 240, 241; *Altmeyen*, DStR 2000, 1061, 1063; *Bechtel*, NZG 2001, 21, 22; *Behrens*, IPRax 2000, 384, 388; *Bogler*, DB 1991, 848, 850; *Borges*, RIW 2000, 167, 169; *Ebenroth*, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen, 1979, S. 372 ff.; *ders./Sura*, RabelsZ 43 (1979), 315, 340 f.; *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 1997, 89, 91; *Forsthoff*, DB 2000, 1109 f.; *Großfeld*, RabelsZ 31 (1967), 1, 33 f.; *Haas*, DB 1997, 1501, 1506; v. *Halen*, Das Gesellschaftsstatut nach der Centros-Entscheidung des EuGH, 2001, S. 155 ff.; MünchKommBGB/*Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 469; *ders.*, NJW 1999, 1993, 1994; *ders.*, RIW 2000, 649, 641; *ders.*, in: FS Lorenz, 2001, S. 343 ff.; *Kösters*, NZG 1998, 241, 245; *Leible/Hoffmann*, DB 2002, 2203, 2204; *Müller*, ZIP 1997, 1049, 1051; *Roth*, ZIP 2000, 1597, 1600 f.; *Schmidt*, ZGR 1999, 20, 24 ff.; *Schuck*, BB 1994, 1538, 1539; *Sonnenberger/Großrichter*, RIW 1999, 721, 726; *Walden*, EWS 2001, 256, 259; *Wiedemann*, in: FS Kegel, 1977, S. 187, 197; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 300; *ders.*, BB 2000, 1361, 1363; *ders.*, ZHR 164 (2000), 23, 25.

<sup>14</sup> Gleiches gilt wegen der im EWR-Abkommen kodifizierten Niederlassungsfreiheit und einer Anerkennung von US-Gesellschaften im deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag (v. 29. 10. 1954; BGBl. II 1956, 487) im Ergebnis auch für Gesellschaften aus Liechtenstein, Island, Norwegen und den USA, vgl. hierzu BGH, 13. 10. 2004 – I ZR 245/01, BB 2004, 2595 m. Komm. *Elsing*, GmbHR 2005, 51 ff. (betreffend Gesellschaften aus den EWR-

Den Ausgangspunkt dieser Serie von Gerichtsentscheidungen bildet die Entscheidung in der Rechtssache *Centros*.<sup>15</sup> Der EuGH stellte bereits hier fest, der bloße Rückgriff auf ausländische Gesellschaftsformen sei nicht rechtsmissbräuchlich, sondern stelle vielmehr einen zulässigen Gebrauch der Niederlassungsfreiheit dar.<sup>16</sup> Unter Berücksichtigung der Art. 43, 48 EG sei es grundsätzlich unzulässig, ausländischen Gesellschaften die Eintragung einer Zweigniederlassung in das Handelsregister zu versagen. Ausnahmen kämen nur bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses und unter engen Voraussetzungen in Betracht. Die Umgehung der Mindestkapitalvorschriften in einem bestimmten Mitgliedstaat zu verhindern, stelle jedoch für sich allein kein solches öffentliches Interesse dar.<sup>17</sup>

In der Rechtssache *Überseering* im Jahr 2002<sup>18</sup> stellte der EuGH dann fest, dass jeder Mitgliedstaat Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten, die dort wirksam gegründet worden sind, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz aber in seinem Hoheitsgebiet haben (häufig als Schein-Auslandsgesellschaften bezeichnet), rechtlich uneingeschränkt anerkennen muss.<sup>19</sup> Dies verbietet es auch, nach dem Recht ihres Gründungsstaats wirksam gegründete ausländische Kapitalgesellschaften aufgrund der Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat der EU nicht mehr als solche anzuerkennen und diese, wie beispielsweise von der in Deutschland herrschenden Meinung vertreten, aufgrund der Sitzverlegung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. als offene Handelsgesellschaft anzusehen.

Diese Ansicht hat der EuGH in der Rechtssache *Inspire Art* bestätigt.<sup>20</sup> Gegenstand der Entscheidung war die Errichtung einer Zweigniederlassung in einem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft. Der EuGH entschied, dass die Errichtung der Zweigniederlassung aufgrund der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG nicht von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden dürfe, die im innerstaatlichen Recht des Staates, in dem die Zweigniederlassung errichtet werden sollte, für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind.<sup>21</sup> Vielmehr richteten sich diese Fragen allein nach dem Gesellschaftsstatut des Gründungsstaats der jeweiligen Gesellschaft.

Während die grundsätzliche Frage des auf eine so genannte Scheinauslandsgesellschaft anwendbaren Rechts durch die EuGH-Rechtsprechung geklärt ist, sind viele Einzelfragen, insbesondere

Staaten) und BGH, 19. 9. 2005 – II ZR 372/03, BB 2005, 2373 ff. (betreffend US-Gesellschaften). Demgegenüber hält die auch heute noch weit überwiegende Ansicht außerhalb des Geltungsbereichs der europarechtlichen oder staatsvertraglich garantierter Niederlassungs- oder Anerkennungsrechte weiterhin an der Sitztheorie fest mit der Folge, dass eine Anerkennung von Gesellschaften, die nach ausländischem Recht gegründet wurden und ihren Verwaltungssitz in Deutschland haben, in ihrer Gründungsrechtsform ausgeschlossen ist, vgl. BGH, 29. 1. 2003 – VIII ZR 155/02, BB 2003, 810 m. Komm. *Kindler*, NJW 2003, 1607, 1608; BayObLG, 20. 2. 2003 – 1 Z AR 160/02, DB 2003, 819 f.; OLG Brandenburg, 30. 11. 2004 – 6 Wx 4/04, BB 2005, 849; *Bayer*, BB 2003, 2357, 2363; *Graf v. Bernstorff*, RIW 2004, 498, 500 f.; *Forsthoff*, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2005, § 2 Rdnr. 86; *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 414; *Großrichter*, DStR 2003, 159, 168; *Horn*, NJW 2004, 893, 897; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl., 2006, § 1 Rdnr. 32; MünchKommBGB/*Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 338, 408; *Lutter/Drygala*, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl., 2004, § 1 Rdnr. 8 ff.; *Mankowski*, RIW 2004, 481, 485; *Schaub*, NZG 2000, 953, 955; *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, Kapitel B Rdnr. 79; *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060, 1061.

15 EuGH, 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97, BB 1999, 809 (Tenor), RIW 1999, 447, EWS 1999, 140.

16 EuGH, 9. 3. 1999 (Fn. 15), Rdnr. 27.

17 EuGH, 9. 3. 1999 (Fn. 15), Rdnr. 35.

18 EuGH, 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00, BB 2002, 2402, RIW 2002, 954, EWS 2002, 569.

19 EuGH, 5. 11. 2002 (Fn. 18), Rdnr. 82.

20 EuGH, 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01, BB 2003, 2195, RIW 2003, 975, EWS 2003, 513.

21 EuGH, 30. 9. 2003 (Fn. 20), Rdnr. 105.

im Bezug auf die Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern noch offen. Sind etwa die deutschen Kapitalerhaltungsvorschriften und die Insolvenzantragspflicht des § 64 GmbHG Teil des Gründungsstatuts? Was gilt für deliktsrechtliche und richterrechtliche Haftungstatbestände wie etwa den existenzvernichtenden Eingriff? Bisher sind nur wenige dieser Fragen durch die Rechtsprechung geklärt.

Zur Frage der Insolvenzantragspflicht und – daran anschließend – Insolvenzverschleppungshaftung des Direktors einer englischen Limited hat das Landgericht Kiel<sup>22</sup> entschieden, die einschlägigen deutschen Vorschriften (§ 64 GmbHG, § 823 Abs. 2 BGB) seien entsprechend anzuwenden. § 64 Abs. 1 GmbHG sei dem Insolvenzrecht und gerade nicht dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen. Bei der Insolvenzantragspflicht gehe es nicht um fundamentale Fragen des Gesellschaftsstatuts wie etwa die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, sondern um die persönliche Haftung eines Geschäftsführers. Diese stehe in keinem Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft in einem bestimmten Staat, sondern betreffe vielmehr die Tätigkeit der Gesellschaft in einem anderen Staat.

Der BGH scheint bei der Anwendung deutscher Vorschriften auf Schein-Auslandsgesellschaften zurückhaltender zu sein. Er hatte die Frage, ob die Nichtanmeldung einer Zweigniederlassung zum deutschen Handelsregister eine Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG nach sich zieht, mit dem Argument verneint, die richtige Sanktion zur Durchsetzung einer Anmeldepflicht sei das Zwangsgeld gemäß § 14 HGB.<sup>23</sup> In dem Urteil stellte der BGH unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH klar, dass eine Anwendung deutscher Vorschriften auf Schein-Auslandsgesellschaften nur unter engen Voraussetzungen in Betracht komme, so etwa im Deliktsrecht.

Dem BGH ist in seiner Zurückhaltung zuzustimmen. Insbesondere erscheint der in der Literatur vorgenommene Versuch, einzelne Haftungstatbestände durch eine „Auskoppelung“ aus dem Gesellschaftsstatut und deren Einordnung in das Insolvenz- oder Deliktsrecht<sup>24</sup>, vor dem Hintergrund des Prüfungsmaßstabes des EuGH nicht überzeugend. Ausgehend von der Prüfung einer möglichen Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, vermeidet der EuGH regelmäßig eine dogmatische Herangehensweise an die nationalen Rechte. Er prüft statt dessen, ob eine bestimmte Regelung ausländerdiskriminierend wirkt und ob es für die Diskriminierung eine sachliche Rechtfertigung gibt. Es ist also zweifelhaft, ob der EuGH etwa die Anwendung der deutschen Insolvenzantragspflicht und -verschleppungshaftung auf ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland mit dem Argument zulassen würde, diese Regeln gehörten nicht zum Gesellschaftsstatut. Vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit erscheint es weitaus überzeugender, auf Gesellschaften aus dem EU-Ausland in der Regel deren Heimatrecht anzuwenden. Raum für eine darüber hinausgehende Anwendung deutschen Rechts kann es demzufolge nur in echten Missbrauchsfällen geben und nicht schon dann, wenn ein rechtliches Ergebnis von dem abweicht, das die Anwendung deutschen Gesellschaftsrechts ergeben hätte.

22 LG Kiel, 20. 4. 2006 – 10 S 44/05, ZIP 2006, 1248 ff.; das LG Kiel bestätigt als Berufungsinstanz das AG Bad Segeberg, ZIP 2005, 812 ff.

23 BGH [■ Datum – ■ Az], DB 2005, 1047 ff.

24 Vgl. etwa *Altmeyden*, DB 2004, 1083; *Borges*, ZIP 2004, 733; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, § 9 Rdnr. 32; *Leutner/Langener*, ZinsO 2005, 575; *Roth*, NZG 2003, 1081, 1085; *Wachter*, GmbHR 2003, 1254, 1257; dagegen für eine gesellschaftsrechtliche Einordnung der Insolvenzverschleppungshaftung *Mock/Schildt*, ZinsO 2003, 396, 400; *Spindler/Berner*, RIW 2004, 7, 12; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207 f.; *Regger*, ZGR 2004, 510, 526 f.; *Schumann*, DB 2004, 743, 746 ff.

## b) Zulässigkeit nach dem Recht des Wegzugstaats

Aus dem zuvor Gesagten folgt nicht, dass nunmehr jede Gesellschaft aus einem EU-Mitgliedstaat ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung ihrer Rechtsform nach Deutschland verlegen kann. Da die ausländische Gesellschaft weiterhin dem Recht ihres Gründungsstaats unterliegt, richtet sich die Zulässigkeit einer Verwaltungssitzverlegung primär nach Sachrecht des Gründungsstaates. Es hängt somit von den Rechtsvorschriften des einzelnen Mitgliedstaats ab, inwieweit er den Wegzug des Verwaltungssitzes einer in seinem Hoheitsgebiet registrierten Gesellschaft unter Beibehaltung der bisherigen Rechtsform gestattet. Ein Blick in die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten zeigt, dass ganz überwiegend eine Verwaltungssitzverlegung für zulässig erachtet wird. Lediglich Griechenland, Ungarn, Spanien, Irland und Deutschland bilden hier die Ausnahme.<sup>25</sup> Unternehmen in der EU stehen daher aufgrund der Vielzahl von Mitgliedstaaten, die den Wegzug ihrer Gesellschaften erlauben, eine breite Palette verschiedener Gesellschaftstypen zur Verfügung. Sie können wählen, welche gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen (Führungsstruktur, Mindestkapital usw.) am besten zu ihren unternehmerischen Zielen passen und sind dabei heute weitgehend unabhängig von dem EU-Staat, in dem sie sich wirtschaftlich betätigen wollen.

Allerdings stehen nach tradierter Auffassung auch die Rechtsordnungen, die derartige Wegzugsbeschränkungen vorsehen, im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EG. Bereits 1988 hat der EuGH in der Rechtssache *Daily Mail* festgestellt, ein Mitgliedstaat dürfe Gesellschaften, die nach seinem Recht gegründet wurden, die Sitzverlegung ins Ausland verweigern.<sup>26</sup> Auch in späteren Entscheidungen zum Zuzug von Gesellschaften, deren Heimatrecht den Verzug in ein anderes Land jeweils zuließen, hat der EuGH angedeutet, dass solche Fälle hinsichtlich ihrer Zulässigkeit von den Wegzugsfällen unterschieden werden müssen,<sup>27</sup> und hat konsequenterweise die *Daily Mail*-Rechtsprechung bis heute nicht aufgegeben. In seiner jüngsten Entscheidung zur Niederlassungsfreiheit, der *SEVIC*-Entscheidung,<sup>28</sup> rückt der EuGH jedoch von dieser Sichtweise ein wenig ab, indem er grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge – unabhängig davon, ob es sich um Herein- oder Hinausumwandlungen handelt, als Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit ansieht.<sup>29</sup> Ob sich damit die Abkehr des EuGH von den Grundsätzen der *Daily Mail*-Entscheidung bezeichnet, bleibt allerdings abzuwarten.

Derzeit ist weiter davon auszugehen, dass Wegzugsbeschränkungen auch vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG grundsätzlich zulässig sind.<sup>30</sup>

25 Siehe hierzu die umfassende Untersuchung der einzelnen Mitgliedstaaten in v. Hulle/Gesell, *European Corporate Law*, 2006, Part 1 allgemein, sowie die einzelnen Länderberichte im Anschluss. Vgl. zu Deutschland die möglichen Änderungen aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), unten II.2.

26 EuGH, 27. 9. 1988 – Rs. 81/87, EuGHE 1988, 5483, RIW 1989, 304, Rdnr. 19.

27 EuGH, 5. 11. 2002, Überseering (Fn. 18), Rdnr. 70; EuGH, 30. 9. 2003, Inspire Art (Fn. 20), Rdnr. 103

28 Urteil, 13. 12. 2005 (Fn. 6).

29 EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-446/03, BB 2006, 23, RIW 2006, 75 m. Komm. Scheuennemann, EWS 2006, 30 m. Komm. Dörr, Rdnr. 19.

30 Vgl. Ebke, JZ 2003, 927, 929, Fn. 32; Engert, in: Eidenmüller (Fn. 24) § 4 Rdnr. 127; Kieninger, ZEuP 2004, 685, 694; Meilicke, GmbHR 2003, 793, 803; Roth, in: FS Heldrich, 2005, S. 973, 991 f.; Schulz/Sester, EWS 2002, 545, 550; Schwark, AG 2004, 173, 180; Wagner, GmbHR 2003, 684, 691; Wertenbruch, NZG 2003, 618, 619; Ziemons, ZIP 2003, 1913, 1918 f.; Zimmer, BB 2003, 1, 3; Behrens, IPRax 2003, 193, 205; ders., IPRax 2004, 20, 26; Knapp, DNotZ 2003, 85, 91; Lutter/Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 4 a Rdnr. 20; Maul/Schmidt, BB 2003, 2297, 2300 f.

## 2. Hinausverlegung

Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Daily Mail* wird, wie gesehen, so interpretiert, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, den Wegzug der nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften zu beschränken.<sup>31</sup> Für deutsche Gesellschaften richtet sich demnach die Zulässigkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes ausschließlich nach deutschem Recht. Dieses steht einer Verwaltungssitzverlegung äußerst kritisch gegenüber.<sup>32</sup> Allerdings deutet sich durch den erst kürzlich veröffentlichten Referentenentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ein Paradigmenwechsel an.

### a) Gegenwärtige Rechtslage

Weitgehende Einigkeit besteht gegenwärtig hinsichtlich der Unzulässigkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes aus Deutschland hinaus. Teilweise wird dies damit begründet, dass sich bei deutschen Gesellschaften generell der Verwaltungssitz im deutschen Hoheitsgebiet befinden müsse. Durch einen Wegzug löse sich die Gesellschaft von ihrer Grundlage, sie gelange in ein anderes kulturelles und politisches Umfeld, welches bei der Gründung nicht mitbedacht war.<sup>33</sup> Anteilseigner, Gläubiger, Arbeitnehmer und generell die Öffentlichkeit würden jedoch darauf vertrauen, dass das deutsche Recht die Organisation gewährleiste.<sup>34</sup> Dies folge auch aus § 12 KStG, wonach die Sitzverlegung ein Ausscheiden aus der deutschen Steuerpflicht bei gleichzeitiger Liquidation zur Folge habe.<sup>35</sup> Andere Stimmen wiederum stellen auf § 5 Abs. 2 AktG und § 4a Abs. 2 GmbHG ab, die für den Satzungssitz zumindest an den Ort eines Betriebes anknüpfen. Da der Satzungssitz nach ganz herrschender Meinung bei deutschen Gesellschaften in Deutschland liegen müsse, folge daraus zugleich die Notwendigkeit, eine Betriebsstätte in Deutschland aufrechtzuerhalten.<sup>36</sup> Haben die Gesellschafter einen Beschluss über die Verlegung gefasst, geht die noch herrschende Meinung davon aus, dass dieser als Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft zu werten sei.<sup>37</sup> Ein entgegenstehender Wille der Gesellschafter sei unerheblich. Der Rückgriff auf eine deutsche Gesellschaftsform als reine Briefkastengesellschaft ist somit gegenwärtig nach ganz herrschender Meinung ausgeschlossen.<sup>38</sup>

31 In diesem Sinne u. a. *Baudenbacher/Buschle*, IPRax 2004, 26, 28; *Binge/Thölke*, DNotZ 2004, 21, 27; *Binz/Mayer*, GmbHR 2003, 249, 255; *Deiningner*, IStR 2003, 214; *Drygala*, EWIR 2003, 1029, 1030; *Dubovizkaja*, GmbHR 2003, 694, 696; so auch *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2242 f.; *ders.*, JZ 2004, 24, 29, Fn. 38; *ders./Rehm*, ZGR 2004, 159, 176; ferner *Forstthoff*, DB 2002, 2471, 2474; *ders.*, DB 2003, 979, 980; *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 411; *Großrichter*, DStR 2003, 159, 164 f.; v. *Halen*, WM 2003, 571, 574; *Henze*, DB 2003, 2159, 2165; *Horn*, NJW 2004, 893, 897; *Kallmeyer*, DB 2002, 2521, 2522; *Kindler*, NJW 2003, 1073, 1077; *Leible*, ZGR 2004, 531, 536; *ders./Hoffmann*, RIW 2002, 925, 928; *Lutter*, BB 2003, 7, 10; *Paefgen*, WM 2003, 561, 568 f.; *ders.*, DWIR 2003, 441, 443; *Probst/Kleinert*, MDR 2003, 1265, 1266; *Riegger*, ZGR 2004, 510, 528; *Schanze/Jüttner*, AG 2003, 30, 33; *Spindler/Berner*, RIW 2003, 949, 956; *Triebel/v. Hase*, BB 2003, 2409, 2410 f.; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3592; *ders.*, ZHR 168 (2004), 355, 360. Zur Rechtsprechung, allerdings im Hinblick auf einen Beschluss über die Verlegung des Satzungssitzes in das Ausland, BayOblG, 11. 2. 2004 – 3Z BR 175/03, BB 2004, 570, 572: Bestätigung der *Daily Mail*-Entscheidung in *Überseering* und *Inspire Art*.

32 Siehe S. 37 der Begründung des Referentenentwurfs (zu Art. 1 Nr. 2).

33 *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 617 ff.

34 *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 617 ff.

35 MünchKommBGB/Kindler (Fn. 11), Rdnr. 503 Fn. 1105.

36 Nach dem Gesetzeswortlaut der § 5 Abs. 2 AktG, § 4a Abs. 2 GmbHG muss sich der Satzungssitz nur „in der Regel“ an einem der dort genannten Orte befinden. Welche Ausnahmen zulässig sind, ist noch nicht abschließend geklärt. Vgl. dazu *Triebel/v. Hase*, BB 2003, 2409, 2412.

37 BGH, 11. 7. 1957 – II ZR 318/55, BGHZ 25, 134, 144, BB 1957, 769, AWD 1957, 165, NJW 1957, 1433; OLG Hamm, 1. 2. 2001 – 15 W 390/00, NJW 2001, 2183, IPRax 2001, 343; *Beitzke*, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdrecht, 1938, S. 181; *Homburger*, JZ 1927, 701; *Karl*, AcP 159 (1960), 293, 306 f.; *Kuhn*, WM 1956, 5; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 634; *Scholz/Wesermann*, GmbHG, 9. Aufl., 2000, Einl. Rdnr. 126.

## b) Rechtslage nach den Vorgaben des Referentenentwurfs zum MoMiG

Die dargestellte Rechtslage wird sich durch das MoMiG grundsätzlich ändern, wenn der derzeit vorliegende Referentenentwurf<sup>39</sup> unverändert in Kraft tritt. Um den Wettbewerbsnachteil der deutschen AG und GmbH im so genannten Wettlauf der Gesellschaftsformen aufzuheben, ist beabsichtigt, das Erfordernis eines deutschen Verwaltungssitzes aufzugeben.<sup>40</sup> Durch die Streichung der §§ 5 Abs. 2 AktG und 4a Abs. 2 GmbHG soll es deutschen Kapitalgesellschaften ermöglicht werden, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Die Gesetzesbegründung stellt ausdrücklich klar, dass dieser Verwaltungssitz auch im Ausland liegen kann. Ziel ist es, den Spielraum deutscher Kapitalgesellschaften zur Entfaltung ihrer Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu erhöhen. Im Hinblick auf die Mobilität deutscher Gesellschaften ist zu hoffen, dass dieser Ansatz auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren beibehalten wird. Mit einem In-Kraft-Treten der vorgesehenen Änderungen kann allerdings nicht vor Ende 2007 gerechnet werden. Bis dahin bleibt es bei der vorstehend dargestellten Rechtslage.

## III. Verlegung des statutarischen Sitzes (Sitzverlegungsrichtlinie)

### 1. Hereinverlegung

#### a) Verlegung des Satzungssitzes unter Beibehaltung der Rechtsform

Im Gegensatz zur Verlegung des Verwaltungssitzes halten alle Mitgliedstaaten eine Verlegung des Satzungssitzes unter Beibehaltung der Rechtsform für unzulässig.<sup>41</sup> Dies gilt auf Seiten des deutschen Rechts für den Zuzug ebenso wie für den Wegzug. Nach geltendem deutschen Recht ist es für eine ausländische Gesellschaft daher nicht möglich, einen deutschen Satzungssitz im Handelsregister eintragen zu lassen.<sup>42</sup> Möglich ist nur die Eintragung einer Zweigniederlassung, die ihrerseits zumindest formal das Bestehen einer in einem anderen Mitgliedstaat eingetragenen Hauptniederlassung voraussetzt.

#### b) Verlegung des Satzungssitzes verbunden mit Statutenwechsel

Die Verlegung des Satzungssitzes nach Deutschland führt nach deutschem Recht zwingend und unabhängig vom Verwaltungssitz zur Anwendbarkeit deutschen Rechts. Für ausländische Gesellschaften, die ihren Satzungssitz nach Deutschland verlegen wollen, kommt es daher zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts, der auch Statutenwechsel genannt wird. Zwingende Folge dieses Statutenwechsels ist, dass die ausländische Gesellschaft in ihrer – dem deutschen Recht unbekanntenen – Rechtsform nicht weiter bestehen kann und die Verlegung des Satzungssitzes zwingend zu einem Wechsel in eine deutsche Rechtsform führt. Begehrt die Gesellschaft gerade diesen Wechsel, kann sie identitätswahrend nur fortbestehen, wenn einerseits das Rechts ihres Gründungsstaates den Wegzug ohne Auflösung und Abwicklung erlaubt und andererseits das deutsche Recht keine Neugründung verlangt. Die derzeit wohl allgemeine Meinung in Literatur und

38 Nur wenige Autoren vertreten die Ansicht, die Verlegung ins Ausland sei ohne Beeinträchtigung von Gläubiger- und Gesellschafterinteressen möglich. Vgl. die Nachweise bei MünchKommBGB/*Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 503 Fn. 1106.

39 Vgl. Fn. 7.

40 Siehe S. 37 der Begründung des Referentenentwurfs (zu Art. 1 Nr. 2).

41 *Gesell/Flasshoff/Krömker*, in: v. Hulle/Gesell (Fn. 25), Part 1, II Rdnr. 2; MünchKommAktG/*Altmeyen* (Fn. 11), Kapitel II, Rdnr. 177.

42 MünchKommAktG/*Altmeyen* (Fn. 11), Kapitel II, Rdnr. 177.



Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass aus der Perspektive des deutschen Rechts jedenfalls für Kapitalgesellschaften kein solcher identitätswahrender Rechtsformwechsel in dem Sinne möglich ist, dass die ausländische als deutsche Kapitalgesellschaft fortbesteht.<sup>43</sup> Dem stehe entgegen, dass das deutsche Recht die Entstehung einer deutschen Kapitalgesellschaft als Rechtssubjekt abschließend im jeweils einschlägigen Gesetz regelt. In Betracht komme nur die Neugründung der Kapitalgesellschaft.<sup>44</sup> Dem widerspricht zwar eine im Vordringen befindliche Auffassung und will den identitätswahrenden Zuzug verbunden mit dem Erhalt des Haftungsprivilegs zumindest dann zulassen, wenn sowohl Satzungs- als auch Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt werden und die Gesellschaft an das deutsche Recht angepasst wird.<sup>45</sup> Aufgrund der weitgehend übereinstimmenden Auffassung in der Rechtsprechung muss allerdings weiterhin davon ausgegangen werden, dass ein Formwechsel in eine deutsche Kapitalgesellschaft ohne Neugründung derzeit nicht möglich ist.

Zulässig erscheint aber, dass eine ausländische Kapitalgesellschaft in Übereinstimmung mit dem Recht ihres Gründungsstaates ihren Sitzungssitz nach Deutschland verlegt und hier als Personen(handels)gesellschaft fortbesteht, da die Gründung der Personen(handels)gesellschaft nach deutschem Recht nicht das Durchlaufen eines besonderen Gründungsverfahrens erfordert.<sup>46</sup> Durch den Entfall des Haftungsprivilegs wird dies jedoch in den wenigsten Fällen den Interessen der beteiligten Gesellschafter entsprechen.

Die geplante Sitzverlegungsrichtlinie könnte diese Rechtslage in Zukunft zumindest teilweise ändern. Das derzeitige Konsultationspapier der Kommission sieht in Bezug auf den Wegzugstaat vor, dass jeder Mitgliedstaat zukünftig den seiner Rechtsordnung unterliegenden Gesellschaften das Recht einräumen muss, den Sitzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.<sup>47</sup> Es muss der Gesellschaft ermöglicht werden, ihre Rechtspersönlichkeit im Herkunftsstaat aufzugeben, um eine solche im Zuzugstaat unter Rückgriff auf dessen anerkannte Rechtsformen zu erlangen. Die Sitzungssitzverlegung wird daher mit einem Rechtsformwechsel verbunden sein. Nicht mehr zulässig soll es für den Wegzugstaat sein, eine entsprechende Entscheidung über die Verlegung des Sitzungssitzes entweder als nichtig anzusehen oder aber als Anlass zur Auflösung der Gesellschaft zu werten. Allerdings kann der Wegzugstaat den Rechten bestimmter Personengruppen, insbesondere der Minderheitsaktionäre und Gläubiger, be-

43 Vgl. BGH, 30. 3. 2000 – VII ZR 370/98, BB 2000, 1106, NZG 2000, 926 (Vorlagebeschluss *Überseering*); BGH, 21. 3. 1986 (Fn. 8); BFH, [■Datum – ■Az], GmbHR 1992, 315, 316; OLG Zweibrücken, [■Datum – ■Az], NJW-RR 2001, 341, 342; OLG Jena, [■Datum – ■Az], IPRax 1998, 364, 365; OLG Zweibrücken, 27. 6. 1990 – 3 W 43/90, NJW 1990, 3092; OLG München, 6. 5. 1986 – 5 U 2562/85, NJW 1986, 2197; OLG Hamburg, 20. 2. 1986 – 6 U 147/85, NJW 1986, 2199; OLG Nürnberg, [■Datum – ■Az], IPRax 1985, 342; OLG Frankfurt a. M., [■Datum – ■Az], NJW 1964, 2355; *Ebenroth/Sura*, RabelsZ 43 (1979), 315, 340; *Kösters*, NZG 1998, 241, 243; *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 30) § 4 a Rdnr. 22; *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger*, *Umwandlungen*, 2. Aufl., 2000, 1. Teil B Rdnr. 27 ff., 4. Teil Rdnr. 32; *Stengel/Schwanna*, in: *Semler/Stengel*, *UmwG*, 2003, § 190 Rdnr. 11; *Schmitt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmitt-Leithoff*, *GmbHG*, 4. Aufl., 2002, Einl. Rdnr. 337. I.E. auch *Scholz/Westermann* (Fn. 37), Einl. Rdnr. 120, 122; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, 6. Aufl., 2002, § 14 II 1 a dd, § 15 III 1 b.

44 Vgl. OLG Zweibrücken, 27. 6. 1990 (Fn. 43), zu Kapitalgesellschaften.

45 So i.E. mit Unterschieden in der Begründung, *Behrens*, *RiW* 1986, 590, 592 ff.; *Beitzke*, *ZHR* 127 (1964), 1, 43 ff.; *Bechtel*, *IPRax* 1998, 348, 349 f.; *Eidenmüller*, *JZ* 2004, 24, 32; *Kronke*, *ZGR* 1994, 26, 28 ff.; *Roth*, *IPRax* 2003, 117, 122; *Schmidt*, *ZGR* 1999, 20, 27 ff.; *Stiß*, in: *FS Lewald*, 1953, S. 603, 608; *Wachter*, *GmbHR* 2004, 88, 102; *Wessel/Ziegenhain*, *GmbHR* 1988, 423, 428; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht* (Fn. 43), § 15 III 1 b. Jedenfalls für den Bereich der EU auch *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 645 ff.; *ders./Jaspers*, *RabelsZ* 53 (1989), 52, 58 ff.; *Zimmer*, *BB* 2003, 1, 6 f.; wohl auch *Scholz/Emmerich* (Fn. 37), § 4 a Rdnr. 6; *Leible/Hoffmann*, *EuZW* 2003, 677, 682.

46 Ähnlich BGH, 1. 7. 2002 – II ZR 380/00, *BB* 2002, 2031 ff.; vgl. auch *BayObLG*, 20. 2. 2003 (Fn. 14), 820.

47 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_de.htm) (Stand: 28. 8. 2006).

sonderen Schutz gewähren. Insoweit verweist die Kommission auf die bereits zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen gemachten Vorgaben.

Auf der anderen Seite soll auch der Zuzugstaat die Eintragung der Gesellschaft nicht verweigern dürfen. Allerdings sieht die Kommission das Recht vor, die Anerkennung von der gleichzeitigen Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes abhängig zu machen. In steuerlicher Hinsicht wird vorgegeben, dass die Sitzverlegung steuerneutral sein muss. Derzeit ist weder absehbar, mit welchem konkreten Inhalt eine Sitzverlegungsrichtlinie tatsächlich erlassen wird, noch, zu welchem Zeitpunkt sie in Kraft tritt.

Da die Verlegung des Satzungssitzes, verbunden mit einem Statutenwechsel, ihrer Ausgestaltung nach mit dem Formwechsel nach dem deutschen Umwandlungsrecht vergleichbar ist, stellt sich allerdings die Frage, ob eine solche Maßnahme in entsprechender Anwendung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *SEVIC* zulässig sein muss.<sup>48</sup>

## 2. Hinausverlegung

Für die Verlegung des Satzungssitzes aus Deutschland hinaus gilt im Wesentlichen das oben zur Hereinverlegung des Satzungssitzes Gesagte.

Sachrechtlich setzen die ständige Rechtsprechung des BGH und ihr folgend die Literatur voraus, dass eine deutsche Gesellschaft über einen deutschen Satzungssitz verfügt.<sup>49</sup> Dies folge zwar nicht explizit aus §§ 5 AktG und 4a GmbHG, ergebe sich jedoch aus der Anknüpfung der Zuständigkeit deutscher Gerichte an den Registersitz. Nur so könne sichergestellt werden, dass die Einhaltung des deutschen Rechts als Existenzgrundlage der Kapitalgesellschaft kontrolliert und effektiv durchgesetzt werden kann. Dem stehe auch nicht die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43, 48 EG entgegen.<sup>50</sup> Umstritten sind lediglich die Rechtsfolgen eines satzungsverlegenden Beschlusses. Die wohl noch herrschende Meinung geht von der Wertung als Auflösungsbeschluss aus.<sup>51</sup> Eine im Vordringen befindliche Meinung vertritt hingegen die Auffassung, der Beschluss sei lediglich als nichtig einzuordnen, da er eine Verletzung des in § 5 AktG und § 4a GmbHG postulierten Bedürfnisses für einen Satzungssitz im Inland darstellt.<sup>52</sup>

Eine deutsche Gesellschaft wird angesichts dessen also erst dann ihren Satzungssitz ins Ausland verlegen können, wenn die Sitzverlegungsrichtlinie entsprechend den derzeitigen Planungen verabschiedet wird. Aber auch dann wäre die Sitzverlegung in jedem Fall mit einem Statutenwechsel verbunden, auch wenn sie identitätswahrend erfolgen würde. Eine deutsche GmbH würde bei einem Wegzug nach Frankreich also etwa zu einer S.à.r.l.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> Siehe hierzu im Detail IV.2.a)(1).

<sup>49</sup> BayObLG, 11. 2. 2004 (Fn. 31), BB 2004, 570; OLG Brandenburg, 30. 11. 2004 (Fn. 14), BB 2005, 849, 850; zuvor BGH, 21. 11. 1955 – II ARZ 1/55, BGHZ 19, 102, 105 f.; BB 1956; 22, NJW 1956, 183; BGH, 11. 7. 1957 (Fn. 37); BGH, 19. 2. 1959 – II ZZ 22/58, BGHZ 29, 320, 328; BB 1959, 435, NJW 1959, 1126; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., 2006, § 4 a Rdnr. 3; *Ebenroth/Auer*, GmbHR 1994, 16, 18; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 94, 243; *Hüffer* (Fn. 14), § 5 Rdnr. 5; *MünchKommBGB/Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 510; *Lutter/Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 30), § 4 a Rdnr. 4, 21; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 4 a Rdnr. 4, 14; *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., 2002, § 4 a Rdnr. 4; *Triebel/v. Hase*, BB 2003, 2409, 2414.

<sup>50</sup> Vgl. dazu ausführlich *Heckschen*, in: *Widmann/Maier*, UmwG, Stand Juli 2005, § 1 Rdnr. 192 ff.

<sup>51</sup> *Ebenroth/Auer*, JZ 1993, 374, 375; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 655 f.; *Michalski*, NZG 1998, 762, 764. Aus der Rechtsprechung ebenso hinsichtlich eines Beschlusses über die Verlegung sowohl des Satzungs- als auch des Verwaltungssitzes BayObLG, [■ Datum BayObLGZ 1992, 113] (Fn. 11).

<sup>52</sup> *Hüffer* (Fn. 14), § 5 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 510; *Michalski/Leible*, GmbHG Syst. Darst. 2, Rdnr. 133; *Scholz/Schmidt* (Fn. 37), § 60 Rdnr. 13, 68; *Triebel/v. Hase*, BB 2003, 2409, 2415.

<sup>53</sup> Vgl. dazu oben III.2.

## IV. Grenzüberschreitende Umwandlungen

### 1. Überblick

Neben der Sitzverlegung verschaffen den Gesellschaften grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge, insbesondere die grenzüberschreitende Verschmelzung, Mobilität. Das deutsche Recht enthält allerdings dazu bislang noch keine ausdrücklichen Regelungen.

Obwohl vereinzelt grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Rechtsträger erfolgreich durchgeführt wurden,<sup>54</sup> hielt noch bis vor kurzem die weit überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung die Beteiligung von deutschem Recht unterliegenden Rechtsträgern an sämtlichen Formen grenzüberschreitender Umwandlungen für unzulässig.<sup>55</sup> Gestützt wurde diese Auffassung auf den dokumentierten Willen des historischen Gesetzgebers und auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 UmwG, wonach der Anwendungsbereich des Gesetzes auf Rechtsträger mit Sitz im Inland beschränkt ist.<sup>56</sup> In Verbindung mit dem Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG, der Umwandlungen außerhalb des UmwG nur erlaubt, wenn sie in einem anderen deutschen Gesetz vorgesehen sind, wurde daraus im Ergebnis ein Verbot jeglicher grenzüberschreitenden Umwandlung im Geltungsbereich des UmwG, d. h. unter Beteiligung einer deutschen Gesellschaft,<sup>57</sup> abgeleitet.<sup>58</sup>

Ausgehend von dem Verständnis der europäischen Niederlassungsfreiheit, wie sie in den Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* zum Ausdruck kommt,<sup>59</sup> spricht sich eine im Vordringen befindliche Auffassung demgegenüber für die begrenzte Zulässigkeit grenzüberschreitender Umwandlungen aus.<sup>60</sup> Denn bei Verschmelzungen und Spaltungen sei mit der Umwandlung zwingend eine Ortsveränderung der übertragenden Gesellschaft verbunden, da sie ihre Geschäfte infolge der Umwandlung von einem anderen Ort aus führe. Aus diesem Grund sei sowohl die grenzüberschreitende Verschmelzung als auch die grenzüberschreitende Spaltung mit einer – nach der Rechtsprechung des EuGH von der Niederlassungsfreiheit geschützten – Verwaltungssitzverlegung eines ausländischen Rechtsträgers nach Deutschland vergleichbar.<sup>61</sup> Hereinumwandlungen ausländischer Gesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedsland der EU nach Deutschland sollten danach aus Sicht des deutschen Rechts zulässig sein. Gleiches gelte für Umwandlungen unter Beteiligung von Rechtsträgern aus Drittstaaten, denen aufgrund von Staatsverträ-

54 Nach *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647, hat das AG Düsseldorf im Jahr (2002) zwei Verschmelzungen ausländischer Gesellschaften (einer italienischen S.r.l. und einer französischen S.A.) auf eine deutsche GmbH eingetragen. Von der Eintragung der Verschmelzung einer deutschen GmbH auf eine österreichische GmbH durch ein deutsches Registergericht berichtet *Wenglorz*, BB 2004, 1061.

55 *Großfeld*, AG 1996, 302; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 699; *Hoffmann*, NZG 1999, 1077, 1078; *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger* (Fn. 43), Rdnr. B 27; *Schaumburg*, GmbHR 1996, 501; *Schwarz*, DStR 1994, 1694, 1698; *ders.*, in: *Widmann/Mayer*, UmwG, Stand Juni 2002, § 1 Rdnr. 29; *Semler/Stengel*, in: *Semler/Stengel* (Fn. 43), Einl. A Rdnr. 112 ff.; *Stratz*, in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, 3. Aufl., 2005, § 1 Rdnr. 3 ff.

56 Siehe BT-Drs. 12/6699, S. 80.

57 Die Umwandlungsfähigkeit jedes an einer Umwandlung beteiligten Rechtsträgers richtet sich nach seinem Gesellschaftsstatut, vgl. BGH, 11. 7. 1957 (Fn. 37); *Kusserow/Prüm*, WM 2005, 633, 634 f. Zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts nach der Gründungs- oder Sitztheorie vgl. III.

58 *Großfeld*, AG 1996, 302; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 699; *Hoffmann*, NZG 1999, 1077, 1078; *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger* (Fn. 43), Rdnr. B 27; *Schaumburg*, GmbHR 1996, 501; *Schwarz*, DStR 1996/4, 1694, 1698; *Semler*, in: *Semler/Stengel* (Fn. 43), Einl. A Rdnr. 112 ff.

59 Vgl. II. 1.a).

60 *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647 ff.; *Kallmeyer*, in: *Kallmeyer*, UmwG, 3. Aufl., 2006, § 1 Rdnr. 13; *Lawall*, IStR 1998, 345 ff.; *Lutter/Drygala*, in: *Lutter* (Fn. 14), § 1 Rdnr. 6 ff.; *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* (Fn. 60), § 1 Rdnr. 22, 43 ff.; *Triebel/v. Hase*, BB 2003, 2409 ff.

61 *Lutter/Drygala*, in: *Lutter* (Fn. 14), § 1 Rdnr. 14 ff.; so auch das LG Koblenz, 16. 9. 2003 – 4 HK.T 1/03 in seinem Vorlagebeschluss i. S. *SEVIC*, ZIP 2003, 2210, 2210 f., IStR 2003, 736 m. Anm. *Beul*.

gen mit der europäischen Niederlassungsfreiheit vergleichbare Niederlassungsrechte in Deutschland zustehen.<sup>62</sup>

Eine weitere Auffassung schließlich hält – basierend auf einem Verständnis von § 1 Abs. 1 UmwG als internationalprivatrechtlicher Kollisionsnorm – grenzüberschreitende Umwandlungen unter Beteiligung deutscher Rechtsträger für uneingeschränkt zulässig, ohne zwischen Rechtsträgern aus EU-Mitgliedstaaten und solchen aus Drittstaaten zu unterscheiden.<sup>63</sup>

Mit der *SEVIC*-Entscheidung wurde die im Vordringen befindliche Auffassung in der Literatur im Ergebnis bestätigt und damit die Möglichkeit von grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung von Unternehmen mit Sitz in Mitgliedstaaten der EU deutlich erweitert. Weitere Rechtssicherheit für grenzüberschreitende Verschmelzungen hat der Erlass der Verschmelzungsrichtlinie gebracht.

## 2. Verschmelzungen

Grenzüberschreitende Verschmelzungen nehmen unter den grenzüberschreitenden Umwandlungen eine hervorgehobene Stellung ein, da der rechtliche Rahmen für sie bereits deutlicher ausgebildet ist als für die übrigen Umwandlungsformen. Zum einen hat der EuGH in der Rechtssache *SEVIC* klargestellt, dass zumindest grenzüberschreitende Hereinverschmelzungen nach derzeitiger Rechtslage, d.h. ohne spezielle gesetzliche Regelungen zu grenzüberschreitenden Sachverhalten, im nationalen Recht eines Mitgliedstaates nicht generell verboten sein dürfen (s. unten a)). Zum anderen liegt seit dem 15. 12. 2005 die Verschmelzungsrichtlinie vor, die einen detaillierten rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitender Verschmelzungen vorgibt. Die Verschmelzungsrichtlinie ist bis Dezember 2007 von den Mitgliedstaaten der EU in nationales Recht umzusetzen. Insbesondere Deutschland ist hierbei mit der Vorlage des Regierungsentwurfs (RegE) eines „Zweiten ■ Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes“ am 9. 8. 2006 Vorreiter bei der Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie (s. unten b)).

### a) Derzeitige Rechtslage

Bis zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie in das nationale Recht aller Mitgliedstaaten der EU wird der rechtliche Rahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen von dem Umfang der Niederlassungsfreiheit gesteckt, wie er insbesondere in der *SEVIC*-Entscheidung des EuGH definiert wurde.

### (1) Die *SEVIC*-Entscheidung

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Security Vision Concept S.A., eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts, sollte auf die *SEVIC Systems AG* mit Sitz in Deutschland verschmolzen werden. Das Amtsgericht Neuwied lehnte die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister mit der Begründung ab, § 1 Abs. 1 UmwG lasse nur Verschmelzungen von Rechtsträgern mit Sitz im Inland zu. Das in diesem Verfahren als Beschwerdegericht zuständige LG Koblenz hat die Frage der Vereinbarkeit der Nichteintragung von Verschmelzungen im europäischen Ausland ansässiger Rechtsträger auf deutsche Gesellschaften mit der Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.<sup>64</sup> Generalanwalt *Tizzano* hat in seinen Schlussanträgen unter Berufung auf die Niederlassungsfrei-

<sup>62</sup> *Ebke*, RIW 2004, 740, 744. Einen Überblick über geltende Staatsverträge gibt MünchKommBGB/*Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 308 ff. Die bisherige Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur beschränken sich auf Fragen der Anerkennung von Gesellschaften aus Drittstaaten und Staaten des EWR. Vgl. BGH, NJW 2005, 3351 f.; OLG Frankfurt a. M., IPRax 2004, 56 f.; sowie *Forsthoff*, in: *Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften*, 2005, § 2 Rdnr. 29 ff. und 85.

<sup>63</sup> *Kraft/Bron*, RIW 2005, 641; *Kallmeyer*, in: *Kallmeyer* (Fn. 60), § 1 Rdnr. 13.

<sup>64</sup> LG Koblenz, 16. 9. 2003 (Fn. 61).

heit hierzu die Auffassung vertreten, die Beschränkung der Verschmelzung auf innerstaatliche Vorgänge sei gemeinschaftsrechtswidrig.<sup>65</sup>

Dem hat sich der EuGH im Ergebnis angeschlossen und entschieden, die Art. 43, 48 EG erlaubten es einem Mitgliedstaat nicht, die Eintragung einer Verschmelzung in das nationale Handelsregister generell zu verweigern, weil eine der Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat habe, während eine solche Eintragung möglich sei, wenn alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat hätten.<sup>66</sup>

Anders als die oben genannten Literaturauffassungen<sup>67</sup> und die Begründung der Schlussanträge des Generalanwalts<sup>68</sup> stützt der EuGH seine Entscheidung jedoch nicht auf die Vergleichbarkeit der Verschmelzung mit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder der Gründung einer Zweigniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat. Der EuGH führt vielmehr aus, „grenzüberschreitende Verschmelzungen [seien] wie andere Gesellschaftsumwandlungen [...] besonders für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit [...]“.<sup>69</sup> Diese gehörten „zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten [...], hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG beachten müssen“.<sup>70</sup> Offen bleibt dabei, ob der EuGH die Niederlassungsfreiheit des Übertragenden, des Übernehmenden oder sogar beider Rechtsträger betroffen sieht.

Der EuGH führt weiter aus, die Verweigerung der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – die es im Gegensatz zu anderen Formen der Umgestaltung von Gesellschaften ermögliche, eine bestimmte Tätigkeit in neuer Form ohne Unterbrechung und mit geringerem Zeit- und Kostenaufwand auszuüben<sup>71</sup> – führe zu einer unterschiedlichen Behandlung von inländischen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen.<sup>72</sup> Denn die Verschmelzung werde vom deutschen Recht ermöglicht, wenn alle beteiligten Rechtsträger über einen Sitz in der Bundesrepublik verfügten, nicht aber, wenn ein Rechtsträger seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat habe.<sup>73</sup> Diese unterschiedliche Behandlung sei geeignet, Gesellschaften davon abzuhalten, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.<sup>74</sup> Eine solche Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sei nur zulässig, wenn mit ihr ein legitimes, mit dem EGV vereinbares Ziel verfolgt werde, sie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sei und zwingende Gründe des Allgemeininteresses sie rechtfertigten.<sup>75</sup>

Diese Voraussetzungen sieht der EuGH in der Rechtssache *SEVIC* als nicht erfüllt an: Zwar sei nicht auszuschließen, dass zwingende Allgemeininteressen wie der Schutz von Gesellschaftsgläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern sowie die Effizienz der Steueraufsicht und die Lauterkeit des Handelsverkehrs unter bestimmten Umständen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen könnten.<sup>76</sup> Die generelle Verweigerung der Eintragung grenzüberschreitender Verschmelzungen führe aber dazu, dass diese auch dann verhindert würden, wenn im Einzelfall keines der genannten Interessen be-

65 Fundstelle Fn. 54.

66 Ziffer 31 der Urteilsgründe und Urteilstenor.

67 Vgl. Fn. 60 f.

68 Ziffern 35 ff., 45 der Schlussanträge.

69 Ziffer 19 der Urteilsgründe.

70 Ziffer 19 der Urteilsgründe.

71 Vgl. Ziffer 21 der Urteilsgründe.

72 Ziffer 22 der Urteilsgründe.

73 Vgl. Ziffer 22 der Urteilsgründe.

74 Ziffer 22 der Urteilsgründe.

75 Ziffer 23 der Urteilsgründe; dies entspricht der Rechtsprechung in Sachen *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*.

76 Ziffer 28 der Urteilsgründe.

droht sei; eine die Eintragung solcher Verschmelzungen generell verhindernde Regelung gehe über das hinaus, was zum Schutz der betroffenen Interessen erforderlich sei.<sup>77</sup> Ausdrücklich hervorgehoben wird vom EuGH, dass das Fehlen harmonisierter Regelungen zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen auf EU-Ebene keine Rechtfertigung für eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle.<sup>78</sup>

## (2) Verschmelzungen nach SEVIC in der Praxis

Auf Basis der *SEVIC*-Entscheidung ist zunächst klargestellt, dass die nationalen Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht *per se* verweigern dürfen.

Für Gesellschaften mit Sitz in Deutschland gilt dies – angesichts des der *SEVIC*-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts – in jedem Fall für *Hereinverschmelzungen*, also die Verschmelzung einer ausländischen Gesellschaft auf eine deutsche Gesellschaft als aufnehmenden Rechtsträger. Bis zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie ergeben sich jedoch aus der fehlenden Harmonisierung der nationalen Rechte praktische Probleme im Rahmen der Durchführung grenzüberschreitender *Hereinverschmelzungen*.

So ist beispielsweise bei der Verschmelzung einer österreichischen Kapitalgesellschaft als übertragendem Rechtsträger auf eine deutsche Kapitalgesellschaft als übernehmendem Rechtsträger problematisch, dass nach österreichischem Recht eigentlich die Eintragungszuständigkeit für beide Gesellschaften bei dem Firmenbuch (österreichisches Registergericht) liegt, das für den übernehmenden Rechtsträger zuständig ist. Die österreichischen Stellen tun sich allerdings mit einer exterritorialen Zuständigkeit deutscher Registergerichte für österreichische Sachverhalte schwer. Bei einer kürzlich durchgeführten Verschmelzung dieser Art hat daher der Österreichische Oberste Gerichtshof auf Ersuchen der Parteien (vergleichbar dem deutschen Verfahren nach § 5 FGG) bestimmt, dass ausnahmsweise die österreichische Eintragungszuständigkeit bei dem Gericht liegt, das für den übertragenden Rechtsträger zuständig ist.

Ein anderes Thema ergibt sich bei Verschmelzungen von den Niederlanden nach Deutschland. Nach niederländischem Recht wird die Verschmelzung nicht mit Eintragung im dortigen Handelsregister wirksam, sondern durch einen Notarsakt, die Errichtung einer Verschmelzungsurkunde, in der die einzelnen Verschmelzungsschritte aufgeführt und ihre Richtigkeit bestätigt wird. Die Verschmelzung wird dann am Tag nach der Beurkundung wirksam, die nachfolgende Eintragung im holländischen Handelsregister hat nur deklaratorische Wirkung. Das deutsche Recht hingegen geht nach § 20 UmwG davon aus, dass die Verschmelzung erst am Tag der Eintragung im Handelsregister des übernehmenden (deutschen) Rechtsträgers wirksam wird. Die Frage nach dem Wirksamkeitszeitpunkt einer holländisch-deutschen Verschmelzung lässt sich in diesem Fall anhand der so genannten Vereinigungstheorie<sup>79</sup> beantworten. Danach müssen zur Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung die kombinierten Anforderungen beider betroffenen Rechtsordnungen an innerstaatliche Verschmelzungen erfüllt werden; soweit sich die Verschmelzungsrechte widersprechen, setzt sich grundsätzlich die jeweils strengere Rechtsordnung durch. Dementsprechend wird man davon ausgehen müssen, dass eine holländisch-deutsche Verschmelzung tatsächlich gemäß § 20 UmwG erst bei Eintragung

<sup>77</sup> Ziffer 30 der Urteilsgründe.

<sup>78</sup> Ziffer 26 der Urteilsgründe.

<sup>79</sup> Vergleiche dazu MünchKommBGB/Kindler (Fn. 11), Rdnr. 850; Koppensteiner, Internationale Unternehmen, 1971, S. 268 ff.; Staudinger/Großfeld (Fn. 11), Rdnr. 683; Kallmeyer, ZIP 1996, 535f.; Großkommentar AktG/Assmann, Einl. Rdnr. 655, jeweils m. w. N.

im Register des übernehmenden (deutschen) Rechtsträgers wirksam wird. Denn erst dann sind alle Voraussetzungen beider Verschmelzungsrechte erfüllt.

Die Argumentation des EuGH i.S. *SEVIC* deutet ferner an, dass auch die *Hinausverschmelzung* einer deutschen Gesellschaft als übertragender Rechtsträger auf eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland als Modalität der Niederlassungsfreiheit anzusehen ist. Denn der EuGH stellt zur Begründung seiner Entscheidung gerade nicht auf die Sitzverlegung oder Gründung einer Zweigniederlassung ab, sondern sieht grenzüberschreitende Verschmelzungen „an sich“ als Modalitäten der Niederlassungsfreiheit an. Dieses Ergebnis steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Daily Mail*, wonach der Gründungstaat einer Gesellschaft dieser die Sitzverlegung ins Ausland verweigern darf.<sup>80</sup> Legt man diese Sichtweise zugrunde, müsste es dem Gründungstaat einer Gesellschaft erlaubt sein, deren Verschmelzung aus dem Gründungstaat hinaus – ebenso wie eine Sitzverlegung – zu verweigern. Bis zu einer endgültigen Klärung, ob dieses Verständnis der *Daily Mail*-Entscheidung auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen und andere Formen der Umwandlung gilt, wird man für die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische Gesellschaft als aufnehmenden Rechtsträger von der Kooperation des zuständigen Registerrichters abhängig sein. Anders ist dies teilweise heute bereits in ausländischen Rechtsordnungen, die grenzüberschreitende Verschmelzungen uneingeschränkt zulassen.<sup>81</sup>

In Anbetracht der derzeitigen Rechtslage ist zu empfehlen, bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen die einzelnen Schritte mit den beteiligten Registern, Gerichten und etwa sonst noch zwingend involvierten Stellen vorab im Detail durchzusprechen.

## b) Das Verschmelzungsverfahren nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie

Am 15. 12. 2005 ist die Verschmelzungsrichtlinie<sup>82</sup> in Kraft getreten, deren Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bis Dezember 2007 erfolgen muss. Mit der Umsetzung wird sich die Rechtslage in den Mitgliedstaaten der EU ändern. Denn ab diesem Zeitpunkt wird ein EU-weit einheitliches Regelungswerk für die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vorliegen. Dies wird sowohl für die Herein- als auch für die Hinausverschmelzung gelten.

Nach Vorlage des Referentenentwurfs am 13. 2. 2006 hat das Bundeskabinett zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie am 9. 8. 2006 den Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (RegE)<sup>83</sup> sowie ein Gesetz zur Umsetzung der Regelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten beschlossen. Das RegE sieht die Schaffung eines neuen Zehnten Abschnitts im Zweiten Teil des Zweiten Buchs des UmwG und die Einfügung der §§ 122a bis 122l in das UmwG vor. Die folgende Darstellung der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie folgt den Regelungen des RegE.

Der neue Zehnte Abschnitt des UmwG enthält zum Verfahren der grenzüberschreitenden Verschmelzung Sonderregelungen in den §§ 122a bis 122l, die auf Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie beruhen. Im Übrigen sollen gemäß § 122a Abs. 2 RegE die für nationale Verschmelzungen geltenden Vorschriften des UmwG ent-

<sup>80</sup> EuGH, 27. 9. 1988 – Rs. 81/87, RIW 1988, 912, NJW 1989, 2186 ff.

<sup>81</sup> Vergleiche hierzu die Nachweise bei *Gesell/Flasshoff/Krömker*, in: v. Hulle/Gesell (Fn. 25), Part 1, II Rdnr. 7 ff.

<sup>82</sup> Nachweise s. Fn. 3.

<sup>83</sup> Nachweise s. Fn. 5.

sprechend anwendbar sein. Das Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG ist daher insoweit aufgehoben.<sup>84</sup>

Die entsprechende Geltung der Regelungen über innerstaatliche Verschmelzungen wird ausdrücklich auf inländische Gesellschaften beschränkt.<sup>85</sup> Die beteiligten ausländischen Gesellschaften unterliegen demgegenüber dem Verschmelzungsrecht ihres jeweiligen Mitgliedstaats. Durch die Vorgaben der Verschmelzungsrichtlinie werden die verschiedenen beteiligten Rechtsordnungen allerdings hinsichtlich der Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung weitgehend harmonisiert sein, sobald alle Mitgliedstaaten die Verschmelzungsrichtlinie umgesetzt haben. Sofern jedoch in der Zwischenzeit Gesellschaften an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sind, deren maßgebliches Recht die Verschmelzungsrichtlinie noch nicht umgesetzt hat, kann es wie bisher zu praktischen Schwierigkeiten bei der Durchführung der Verschmelzung kommen.<sup>86</sup>

Das grenzüberschreitende Verschmelzungsverfahren lässt sich – ähnlich wie eine innerstaatliche Verschmelzung – in folgende Schritte einteilen:

- Erstellung (s. unten (1)) und Bekanntmachung (s. unten (2)) des gemeinsamen Verschmelzungsplans und Erstellung des Verschmelzungsberichts (s. unten (3)),
- Offenlegung des Verschmelzungsberichts (s. unten (4)),
- Verschmelzungsprüfung und Erstellung des Prüfungsberichts (s. unten (5)),
- Vorbereitung und Durchführung der Gesellschafterversammlungen (s. unten (6)),
- Zweistufige Rechtmäßigkeitsprüfung durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Behörden und Eintragung der Verschmelzung im Register des übertragenden und des aufnehmenden Rechtsträgers (s. unten (7)).

Für Konzernverschmelzungen sind Verfahrenserleichterungen vorgesehen (s. unten (8)). Zusätzlich zu den aufgeführten Schritten ist das Verhandlungsverfahren zur Festlegung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer durchzuführen, das in seiner Ausgestaltung in der Verschmelzungsrichtlinie eng an das Verhandlungsverfahren im Rahmen der Gründung einer SE angelehnt ist.<sup>87</sup>

**84** Dies entspricht der Konzeption der Verschmelzungsrichtlinie, die in Art. 4 Abs. 1 lit. b vorsieht, dass für jede der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihre jeweilige nationale Rechtsordnung Anwendung finden soll, soweit die Verschmelzungsrichtlinie nichts anderes vorschreibt. Die Verweisung erfasst gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SEVO auch eine SE mit Sitz in Deutschland, obwohl diese nicht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannt ist (vgl. Begründung zu § 122 a Abs. 2). Folgerichtig ist das Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen auch weitgehend demjenigen der Sitzverlegung einer SE ins Ausland (vgl. Art. 8 SEVO, §§ 12 ff. Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) v. 22. 12. 2004, BGBl. I 2004, 3675) nachgebildet. Dies entspricht der Konzeption der Verschmelzungsrichtlinie, die in Art. 4 Abs. 1 lit. b vorsieht, dass für jede der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihre jeweilige nationale Rechtsordnung Anwendung finden soll, soweit die Verschmelzungsrichtlinie nichts anderes vorschreibt. Die Verweisung erfasst gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SEVO auch eine SE mit Sitz in Deutschland, obwohl diese nicht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannt ist (vgl. Begründung zu § 122 a Abs. 2). Folgerichtig ist das Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen auch weitgehend demjenigen der Sitzverlegung einer SE ins Ausland (vgl. Art. 8 SEVO, §§ 12 ff. Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG) v. 22. 12. 2004, BGBl. I 2004, 3675) nachgebildet.

**85** Vgl. Begründung zu § 122 a Abs. 2.

**86** Vgl. IV.2.a)(2).

**87** Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter haben über die Ausgestaltung der Mitbestimmung zu verhandeln. Dieses Verhandlungsverfahren ist immer durchzuführen, wenn in mindestens einem der beteiligten Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt waren, dieses Unternehmen nationalen Mitbestimmungsregeln unterlag und das Recht des Sitzstaates der übernehmenden oder durch Verschmelzung gegründeten Gesellschaft kein gleichwertiges Mitbestimmungssystem vorsieht. Ansonsten gelten die nach nationalem Recht auf die aus



## (1) Erstellung des Verschmelzungsplans

Gemäß § 122 c Abs. 1 RegE hat das Vertretungsorgan einer beteiligten Gesellschaft – gemeint ist damit nur die deutsche Gesellschaft<sup>88</sup> – zusammen mit den Vertretungsorganen der übrigen beteiligten Gesellschaften einen gemeinsamen Verschmelzungsplan aufzustellen.<sup>89</sup>

Den Inhalt des Verschmelzungsplans regelt § 122 c Abs. 2 RegE, der explizit die in Art. 5 lit. a bis l Verschmelzungsrichtlinie genannten Mindestangaben aufzählt.<sup>90</sup> Die vorgesehenen Angaben entsprechen weitgehend denen des § 5 Abs. 1 UmwG für den Verschmelzungsvertrag bei nationalen Verschmelzungen.<sup>91</sup> Zusätzlich verlangt § 122 c Abs. 2 Nr. 10 RegE jedoch auf Grundlage von Art. 5 lit. j der Verschmelzungsrichtlinie Angaben zu dem Verfahren, nach dem die Mitbestimmung der Arbeitnehmer geregelt wird. § 122 Abs. 2 Nr. 11, 12 RegE schreiben ferner Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens vor, das auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft übertragen wird, sowie die Angabe des Stichtags der Jahresabschlüsse, die zur Festlegung der Bedingungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung verwendet werden. Diese bei nationalen Verschmelzungen nicht erforderlichen Angaben entsprechen den Vorgaben in Art. 5 lit. k, l Verschmelzungsrichtlinie.<sup>92</sup>

Da es sich nach der Formulierung des § 122 c Abs. 2 RegE, wie auch von Art. 5 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie vorgesehen,<sup>93</sup> um Mindestangaben handelt, steht es den beteiligten Rechtsträgern offen, freiwillig zusätzliche Informationen in den Verschmelzungsplan aufzunehmen.<sup>94</sup>

Entsprechend § 6 UmwG für den Verschmelzungsvertrag schreibt § 122 c Abs. 4 RegE die notarielle Beurkundung des Verschmelzungsplans vor. Die Regelung dient zur ausdrücklichen Klarstellung des Formerfordernisses,<sup>95</sup> wäre aber im Hinblick auf den generellen Verweis auf die entsprechende Geltung der Verschmelzungsvorschriften in § 122 a Abs. 2 RegE entbehrlich gewesen.

## (2) Bekanntmachung des Verschmelzungsplans

Der Verschmelzungsplan ist gemäß § 122 d RegE spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilhaber, die über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, zum Han-

der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft anzuwendenden Regeln. Ein Vorteil gegenüber den Regelungen zur SE besteht darin, dass sich die beteiligten Gesellschaften unmittelbar auf die Anwendung der Auffanglösung einigen und so das Verfahren mit den Arbeitnehmern vermeiden können. Scheitern die Verhandlungen, gilt die Auffangregel zur Arbeitnehmermitbestimmung bei der SE entsprechend. Dies gilt allerdings nur, wenn mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften einer Form der Mitbestimmung unterliegen. Bei Gründung einer SE liegt diese Schwelle bei 25 %.

<sup>88</sup> Begründung zu § 122 c Abs. 1.

<sup>89</sup> Art. 5 S. 1 der Verschmelzungsrichtlinie, den § 122 c Abs. 1 RegE ins deutsche Recht umsetzen soll, sieht die Erstellung des Verschmelzungsplans durch die „Leitungs- oder Verwaltungsorgane“ der beteiligten Gesellschaften vor. Demgegenüber stellt § 122 c Abs. 1 RegE auf das „Vertretungsorgan“ ab. Für deutsche Kapitalgesellschaften in Form der AG, der KGaA und der GmbH ergibt sich aus dieser Formulierung kein Problem, da Vertretungsorgan und Leitungsorgan bei diesen Gesellschaftsformen identisch sind. Die in § 122 c Abs. 1 RegE vorgesehene Regelung ist jedoch missverständlich, wenn die an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft eine nach dem monistischen System organisierte SE ist, die deutschem Recht unterliegt: „Vertretungsorgan“ der monistischen SE sind die geschäftsführenden Direktoren, § 41 Abs. 1 SEAG. „Leitungsorgan“ ist jedoch der Verwaltungsrat, Art. 43 Abs. 1 SEVO, § 22 Abs. 1 SEAG.

<sup>90</sup> Von einer Verweisung auf § 5 UmwG unter Ergänzung der zusätzlich von der Verschmelzungsrichtlinie geforderten Angaben wurde zur Vermeidung von Unklarheiten abgesehen, Begründung zu § 122 c Abs. 2.

<sup>91</sup> Zur Entbehrlichkeit von Angaben bei der Konzernverschmelzung siehe IV.2.b)(8).

<sup>92</sup> *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401, 402, schlagen vor, diese für die Anteilhaber bedeutsamen Informationen auch für innerstaatliche Verschmelzungen zum zwingenden Bestandteil des Verschmelzungsplans zu machen.

<sup>93</sup> Vgl. *Drinhausen/Keinath*, RIW 2006, 81, 83.

<sup>94</sup> Begründung zu § 122 c Abs. 2.

<sup>95</sup> Begründung zu § 122 c Abs. 4.

delsregister einzureichen. Dieses macht anschließend einen Hinweis auf die Einreichung in den Gesellschaftsblättern bekannt. Die Regelung ist angelehnt an § 61 UmwG. Die Schaffung einer eigenständigen Regelung für grenzüberschreitende Verschmelzungen ist in diesem Zusammenhang sinnvoll, da anderenfalls über die generelle Verweisung des § 122a Abs. 2 RegE auf das nationale Verschmelzungsrecht eine Anwendbarkeit von § 61 UmwG nur für die AG, die KGaA und die SE gegeben wäre. Bei Beteiligung einer GmbH käme demgegenüber § 10 HGB zur Anwendung mit der Folge, dass der gesamte Verschmelzungsplan als solcher bekanntzumachen wäre.<sup>96</sup> Dies stellt eine Verfahrenserleichterung für Unternehmen dar, die in der Rechtsform der GmbH organisiert sind.

Im Unterschied zu § 122d Abs. 2 RegE sieht § 61 UmwG allerdings nur die Bekanntmachung eines Hinweises auf die Einreichung des Verschmelzungsvertrags durch das Registergericht vor. Demgegenüber muss das Registergericht im Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung gemäß § 122d Nr. 2 bis 4 RegE zusätzlich folgendes bekanntmachen: Rechtsform, Firma und Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, die Register, bei denen diese eingetragen sind und die Nummer der Eintragung sowie einen Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung der Rechte von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern einschließlich der Anschrift, unter der kostenlos vollständige Auskünfte über die Ausübung dieser Rechte eingeholt werden können. Grundlage dieser weitergehenden Bekanntmachungspflichten ist Art. 6 Verschmelzungsrichtlinie, der die Bekanntmachung des Verschmelzungsplans nach den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Publizitätsrichtlinie<sup>97</sup> sowie die genannten zusätzlichen Angaben vorschreibt.<sup>98</sup>

In entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 3 UmwG ist der Verschmelzungsplan spätestens einen Monat vor dem Tag der über die Verschmelzung beschließenden Versammlung der Anteilshaber dem Betriebsrat der Gesellschaft zuzuleiten.

### (3) Erstellung des Verschmelzungsberichts

Die Pflicht zur Erstellung eines Verschmelzungsberichts folgt aus der in § 122a Abs. 2 RegE vorgesehenen Verweisung auf die Verschmelzungsvorschriften des UmwG. Demgemäß findet § 8 Abs. 1 UmwG Anwendung, wonach die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften zur Erstellung eines Verschmelzungsberichts verpflichtet sind.<sup>99</sup> § 122e RegE regelt nur noch Abweichungen und Besonderheiten, die sich aus den Vorgaben des Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie ergeben.

Der Inhalt des Berichts folgt zunächst aus § 8 Abs. 1 UmwG. Zusätzlich schreibt § 122e S. 1 RegE die Erläuterung und Begründung rechtlicher und wirtschaftlicher Auswirkungen auf die Gläubiger und Arbeitnehmer vor. Grundlage dessen ist Art. 7 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie. Anwendbar ist gemäß der Verweisung des § 122a Abs. 2 RegE auch § 8 Abs. 2 UmwG, wonach solche Tatsachen nicht in den Bericht aufgenommen werden müssen, deren Bekanntwerden einem beteiligten Rechtsträger Nachteil zufügen könnte. Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie sieht zwar keine derartige Einschränkung der Berichtspflicht vor, die Begrenzung von Berichtspflichten zur Wahrung höherrangiger Interessen wird je-

<sup>96</sup> Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401, 403.

<sup>97</sup> Richtlinie 68/151/EWG, ABl. EG Nr. L 65 v. 9. 3. 1968, S. 8.

<sup>98</sup> Die Regelung entspricht Art. 21 SEVO.

<sup>99</sup> Begründung zu § 122 e. Hinsichtlich der Zuständigkeit der „Vertretungsorgane“ stellt sich in Bezug auf die Beteiligung einer monomischen SE die gleiche Problematik wie bei der Erstellung des Verschmelzungsplans, da die Verschmelzungsrichtlinie auch in Bezug auf die Erstellung des Berichts die Zuständigkeit von „Leitungs- oder Verwaltungsorgan“ vorschreibt, Art. 7 S. 1 Verschmelzungsrichtlinie.

doch stets für zulässig erachtet. Auch der Verschmelzungsrichtlinie lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen.<sup>100</sup>

§ 8 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz UmwG erlaubt den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften die gemeinsame Berichterstattung. Es ist zweifelhaft, ob diese Möglichkeit auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung eröffnet ist. Mindestvoraussetzung wäre, dass auch die Rechtsordnungen, denen die anderen beteiligten Gesellschaften unterliegen, die Erstellung eines gemeinsamen Berichts zulassen.<sup>101</sup> Zusätzlich stellt sich die Frage, ob die Verschmelzungsrichtlinie die gemeinsame Berichterstattung erlaubt. Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie sieht dies nicht vor. Zwar könnte der generelle Verweis auf die Anwendbarkeit innerstaatlicher Verfahrensvorschriften in Art. 4 Abs. 1 lit. b Verschmelzungsrichtlinie auch die Anwendung von § 8 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz UmwG zulassen. Zu bedenken ist aber, dass Art. 8 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie ausdrücklich die gemeinsame Bestellung von Sachverständigen für die Verschmelzungsprüfung zulässt, während eine entsprechende Regelung für den Verschmelzungsbericht in Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie nicht enthalten ist. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist in der Praxis von der gemeinsamen Berichterstattung daher abzuraten.

§ 122e S. 3 RegE schließt die Anwendbarkeit von § 8 Abs. 3 UmwG aus. Ein Verzicht auf die Erstellung des Berichts durch die Anteilshaber ist damit nicht möglich. Die Begründung zu § 122e S. 3 RegE geht offenbar davon aus, dass die Verschmelzungsrichtlinie, die keine Verzichtsmöglichkeit für den Verschmelzungsbericht vorsieht, die Anwendbarkeit von § 8 Abs. 3 UmwG nicht zulässt. Dafür spricht, dass der Bericht gemäß den Vorgaben in Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie – anders als der Verschmelzungsbericht nach § 8 UmwG – auch den Arbeitnehmern der Gesellschaft oder deren Vertretern zugänglich zu machen ist. Es besteht daher keine alleinige Dispositionsbefugnis der Anteilshaber. Ferner erlaubt Art. 8 Abs. 4 Verschmelzungsrichtlinie ausdrücklich den Verzicht auf die Verschmelzungsprüfung und den Sachverständigenbericht, was in Bezug auf Art. 7 Verschmelzungsrichtlinie für eine abschließende Regelung ohne Verzichtsmöglichkeit spricht.<sup>102</sup>

#### **(4) Offenlegung des Berichts gegenüber Anteilshabern und Betriebsrat**

Der Verschmelzungsbericht ist gemäß § 122e S. 2 RegE den Anteilshabern sowie dem Betriebsrat oder, wenn die Gesellschaft nicht über einen Betriebsrat verfügt, den Arbeitnehmern, spätestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung, die über die Verschmelzung beschließt, zugänglich zu machen. Eine derartige Informationspflicht gegenüber den Arbeitnehmern oder ihren Vertretern besteht bei innerstaatlichen Verschmelzungen nicht. Diese Abweichung von § 8 UmwG ist durch Art. 7 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie vorgeschrieben und korrespondiert mit der Erweiterung der Berichtspflicht in Bezug auf die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Arbeitnehmer.

§ 122e S. 2 RegE enthält keine Angaben dazu, welche Anforderungen an das „Zugänglichmachen“ des Berichts zu stellen sind. Bezüglich der Anteilshaber ergibt sich dies aus den über § 122a Abs. 2 RegE anzuwendenden Vorschriften des UmwG zur Vorbereitung der über die Verschmelzung beschließenden Versammlung.<sup>103</sup> Zur Information der Arbeitnehmer genügt wohl die Zuleitung des Berichts an den Betriebsrat entsprechend § 5 Abs. 3

<sup>100</sup> Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401, 403.

<sup>101</sup> Bayer/Schmidt, NJW 2006, 401, 403.

<sup>102</sup> Drinhausen/Keinath, RIW 2006, 81, 83.

<sup>103</sup> § 63 Abs. 1 Nr. 4 UmwG für die AG und die SE, §§ 78 S. 1, 63 Abs. 1 Nr. 4 UmwG für die KGaA und § 47 UmwG für die GmbH.

UmwG bzw., wenn kein Betriebsrat existiert, die Auslegung des Berichts an der Arbeitsstätte.<sup>104</sup>

### (5) Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht

§ 122 f S. 1 RegE bestimmt, dass der Verschmelzungsplan durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (Verschmelzungsprüfer) zu prüfen ist. Durchführung der Prüfung und Erstellung des Prüfungsberichts richten sich nach den §§ 9 bis 12 UmwG. § 122 f S. 2 RegE sieht in Umsetzung von Art. 8 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie zusätzlich vor, dass der Prüfungsbericht spätestens einen Monat vor der über die Verschmelzung beschließenden Gesellschafterversammlung vorliegen muss. Weitergehende Sonderregelungen zur Bestellung der Verschmelzungsprüfer, Durchführung der Prüfung und Erstellung des Prüfungsberichts sind insoweit nicht erforderlich, da die §§ 9 bis 12 UmwG im Übrigen bereits den Vorgaben in Art. 8 der Richtlinie entsprechen.

§ 122 f S. 1 RegE verweist auch auf § 9 Abs. 1 S. 2 UmwG, wonach auf gemeinsamen Antrag der zuständigen Organe ein gemeinsamer Verschmelzungsprüfer für alle Gesellschaften bestellt werden kann, wobei § 9 UmwG von einer Bestellung des gemeinsamen Prüfers durch deutsche Gerichte ausgeht und dementsprechende Regelungen zur gerichtlichen Verfahrensweise trifft.<sup>105</sup>

Anders als für den Verschmelzungsbericht erlaubt der Art. 8 Abs. 4 Verschmelzungsrichtlinie ausdrücklich den Verzicht auf Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht durch die Anteilshaber, so dass § 9 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 3 UmwG grundsätzlich Anwendung finden können. Verschmelzungsprüfung und Prüfungsbericht sind danach entbehrlich, wenn alle Anteilshaber aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften notariell beurkundete Verzichtserklärungen abgeben. Unzweifelhaft sind Verschmelzungsprüfung und Bericht für die beteiligten deutschen Gesellschaften danach nur entbehrlich, wenn neben ihren Gesellschaftern auch alle Gesellschafter aller beteiligten ausländischen Gesellschaften Verzichtserklärungen abgeben. Das folgt bereits aus der Formulierung in Art. 8 Abs. 4 Verschmelzungsrichtlinie, die ebenfalls den Verzicht seitens aller beteiligten Anteilshaber verlangt. Unklar ist jedoch, ob die Verzichtserklärungen der Gesellschafter ausländischer Rechtsträger ebenfalls dem Beurkundungserfordernis des § 8 Abs. 3 UmwG genügen müssen. Sollte das der Fall sein, stellt sich die weitere Frage, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar ausreichend ist oder ob nur ein deutscher Notar bzw. ein nach den vom deutschen Recht aufgestellten Grundsätzen mit diesem „gleichwertiger“ ausländischer Notar<sup>106</sup> die Beurkundung vornehmen kann.

Nicht anwendbar bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen ist gemäß § 122 f S. 1 2. Halbsatz RegE § 48 UmwG, nach dem Verschmelzungsprüfung und Erstellung eines Prüfungsberichts für eine GmbH in Abweichung von § 9 UmwG nur erforderlich sind, wenn einer ihrer Gesellschafter dies verlangt. Begründet wird dies damit, dass Art. 8 Verschmelzungsrichtlinie die Prüfung und den Prüfungsbericht bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unabhängig von einem Verlangen der Gesellschafter erfordert und lediglich eine Verzichtsmöglichkeit vorsieht.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Nicht berücksichtigt wurde im Regierungsentwurf die Vorgabe des Art. 7 S. 3 Verschmelzungsrichtlinie, wonach eine Stellungnahme der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter dem Bericht anzufügen ist, wenn das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan sie nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des jeweiligen Mitgliedsstaats rechtzeitig erhält. Da die Regelung in Art. 7 S. 3 Verschmelzungsrichtlinie sich nur an Staaten richtet, die eine solche Stellungnahme bei innerstaatlichen Verschmelzungen vorsehen, bestand hier kein Umsetzungsbedarf (vgl. *Grohmann/Gruschinske*, GmbHR 2006, 191, 192).

<sup>105</sup> Art. 8 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie erlaubt eine solche Regelung für grenzüberschreitende Verschmelzungen.

<sup>106</sup> Zu den Voraussetzungen der Gleichwertigkeit BGH, 16. 2. 1981 – II ZB 8/80, BB 1981, 693, NJW 1981, 1160; OLG Hamm, [■Datum – ■Az], NJW 1974, 1057, 1058.

## (6) Vorbereitung und Durchführung der Versammlung der Anteilseigner

Für die Vorbereitung der über die Verschmelzung beschließenden Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung finden über die Verweisung des § 122a Abs. 2 RegE die Regelungen des UmwG sowie des AktG bzw. GmbHG entsprechende Anwendung. Sonderregelungen hierzu sehen weder die Verschmelzungsrichtlinie noch der Regierungsentwurf vor.

Bei Beteiligung einer AG oder SE sind die in § 63 UmwG aufgeführten Unterlagen ab Einberufung der Hauptversammlung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft auszulegen. Das sind der gemeinsame Verschmelzungsplan, der an die Stelle des Verschmelzungsvertrags gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1 UmwG tritt, der Verschmelzungsbericht und der Verschmelzungsprüfungsbericht. Gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 2, 3 UmwG sind zudem die Jahresabschlüsse und Lageberichte aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger für die letzten drei Jahre und ggf. Zwischenbilanzen auszulegen. Entsprechendes gilt bei Beteiligung einer GmbH gemäß § 49 UmwG. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung umfassen die genannten Auslegungspflichten der deutschen Gesellschaft auch die Auslegung entsprechender Unterlagen der ausländischen Gesellschaften.<sup>108</sup>

Zur Durchführung der Gesellschafterversammlungen enthält die Verschmelzungsrichtlinie keine Vorgaben, so dass die Vorschriften über innerstaatliche Verschmelzungen gemäß § 122a Abs. 2 RegE zur Anwendung kommen.<sup>109</sup> Neben § 13 UmwG gelten für AG und SE<sup>110</sup> insbesondere die §§ 64f. UmwG, für die KGaA die §§ 78, 64f. UmwG und für die GmbH die §§ 50f. UmwG.

Eine Sonderregelung zur Beschlussfassung sieht § 122g Abs. 1 RegE in Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie vor. Danach können die Anteilshaber ihre Zustimmung davon abhängig machen, dass die Art und Weise der Arbeitnehmermitbestimmung ausdrücklich von ihnen bestätigt wird.<sup>111</sup>

## (7) Zweistufige Rechtmäßigkeitsprüfung und Eintragung der Verschmelzung

Vor Eintragung der Verschmelzung erfolgt nach den Vorgaben der Art. 10, 11 Verschmelzungsrichtlinie eine zweistufige Rechtmäßigkeitsprüfung. Die erste Stufe besteht gemäß Art. 10 Verschmelzungsrichtlinie in der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfahrensabschnitte, die die übertragenden Gesellschaften zu beachten haben. Fällt die Prüfung positiv aus, ist eine Bescheinigung über die Rechtmäßigkeit auszustellen. Zuständig für Prüfung und Ausstellung der Bescheinigung sind Gerichte oder Behörden des Sitzstaats der jeweiligen übertragenden Gesellschaft. In der zweiten Stufe überprüft eine nach dem Recht des Sitzstaats der aufnehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft zuständige Stelle nach den Vorgaben des Art. 11 Verschmelzungsrichtlinie die ordnungsgemäße Durchführung der Verschmelzung und ggf. der Gründung der neuen Gesellschaft durch die Verschmelzung.

Für eine deutsche Gesellschaft als beteiligter Rechtsträger ist dieses Verfahren in §§ 122k und l RegE im Einzelnen geregelt.

Die Erteilung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung für deutsche *übertragende* Gesellschaften behandelt § 122k RegE. Danach hat das Vertretungsorgan der Gesellschaft das Vorliegen der diese Gesellschaft betreffenden Voraussetzungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung zur Eintragung beim Register des Sitzes der

<sup>107</sup> Vgl. Begründung zu § 122f.

<sup>108</sup> Drinhausen/Keinath, RIW 2006, 81, 84; Maul/Theisen/Wenz, BB 2003, 2633, 2638.

<sup>109</sup> Zu Sonderregelungen für die Konzernverschmelzung siehe IV.2.b)(8).

<sup>110</sup> Die Anwendbarkeit für die SE ergibt sich aus Art. 53 SEVO, vgl. Schwarz, SEVO, 2006, Art. 53 Rdnr. 7.

<sup>111</sup> Ähnliche Regelungen finden sich bei der SE-Gründung in Art. 23 Abs. 2 S. 2, Art. 32 Abs. 6 S. 3 SEVO.

Gesellschaft anzumelden. Die Mitglieder des Vertretungsorgans haben gemäß § 122k Abs. 1 S. 3 RegE die Versicherung abzugeben, dass allen Gläubigern der übertragenden Gesellschaft, die einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 122j RegE haben,<sup>112</sup> eine angemessene Sicherheit geleistet wurde. Ohne die Versicherung darf die Rechtmäßigkeitsbescheinigung nicht erteilt werden, § 122k Abs. 2 S. 4 RegE. Die Abgabe einer falschen Versicherung ist durch die Neuregelung des § 314a RegE unter Strafe gestellt.

Obwohl § 122k RegE dies nicht ausdrücklich sagt, geht die Begründung zu der Vorschrift davon aus, dass die Vertretungsorgane in der Anmeldung eine Negativerklärung gemäß § 16 Abs. 2 UmwG abzugeben und der Anmeldung die in § 17 UmwG genannten Unterlagen beizufügen haben. Die entsprechende Anwendbarkeit von §§ 16 Abs. 2 und 17 UmwG ergibt sich aus der allgemeinen Verweisung auf die innerstaatlichen Verschmelzungsvorschriften in § 122a Abs. 2 RegE. Die Vorlage- und Erklärungsspflicht soll sich nach der Begründung zu § 122k Abs. 1 RegE allerdings nur auf Unterlagen und Erklärungen in Bezug auf die deutsche Gesellschaft beziehen, da die ausländischen Gesellschaften einer entsprechenden Rechtmäßigkeitskontrolle in ihrem Sitzstaat unterlägen und dort die entsprechenden Erklärungen abgeben und Nachweise erbringen müssten.<sup>113</sup> So soll in entsprechender Anwendung von § 17 Abs. 1 UmwG nur die Vorlage des Verschmelzungsbeschlusses der deutschen Gesellschaft notwendig sein. Die Negativerklärung entsprechend § 16 Abs. 2 UmwG soll sich ebenfalls nur auf den Verschmelzungsbeschluss der deutschen Gesellschaft beziehen.<sup>114</sup>

Das Registergericht prüft anschließend gemäß § 122k Abs. 2 RegE, ob für die übertragende deutsche Gesellschaft die Voraussetzungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung vorliegen, und stellt darüber unverzüglich eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung (Verschmelzungsbescheinigung) aus. Ist ein Spruchverfahren anhängig, hindert dies die Ausstellung der Verschmelzungsbescheinigung nicht; die Anhängigkeit des Spruchverfahrens muss aber in der Verschmelzungsbescheinigung angegeben werden.<sup>115</sup> Gemäß § 122k Abs. 2 S. 2 RegE gilt die Nachricht über die Eintragung im Register als Verschmelzungsbescheinigung. Eine gesonderte Bescheinigung ist danach nicht erforderlich.<sup>116</sup> Die Eintragung ist nach § 122k Abs. 2 S. 3 RegE mit dem Vermerk zu versehen, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung unter den Voraussetzungen des Rechts des Staates, dem die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, wirksam wird. Anders als in § 19 Abs. 1 S. 2 UmwG wird hier nicht auf die Eintragung am Sitz der übernehmenden oder neuen Gesellschaft abgestellt. Dies soll dem Fall Rechnung tragen, dass der Staat, dessen Recht die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt, das Wirksamwerden der Verschmelzung möglicherweise von anderen Voraussetzungen als der Eintragung in einem Register abhängig macht.<sup>117</sup>

Die Verschmelzungsbescheinigung ist gemäß § 122k Abs. 3 RegE innerhalb von sechs Monaten nach Ausstellung zusammen mit dem Verschmelzungsplan der für die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung zuständigen Stelle des Staates vorzulegen, dessen Recht die übernehmende oder neue Gesellschaft unterliegt. Die Regelung soll ausweislich der Begründung zu § 122k Abs. 3 RegE sicherstellen, dass die Verschmelzungsbescheinigung und der Verschmelzungsplan innerhalb der von Art. 11 Abs. 2 Verschmelzungsrichtlinie vorgesehenen Frist an die „für die Eintragung der

<sup>112</sup> Die Vorschrift ist ausweislich der Begründung zu § 122k Abs. 1 S. 2 § 8 S. 2 des SE-AG nachgebildet.

<sup>113</sup> Begründung zu § 122k Abs. 1.

<sup>114</sup> Begründung zu § 122k Abs. 1.

<sup>115</sup> Grundlage dessen ist Art. 10 Abs. 3 S. 2 und S. 3 der Verschmelzungsrichtlinie.

<sup>116</sup> Begründung zu § 122k Abs. 2 S. 2.

<sup>117</sup> Begründung zu § 122k Abs. 2 S. 3.

übernehmenden oder neuen Gesellschaft“ zuständige Stelle weitergeleitet werde. Die Vorlage der in der ersten Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung erstellten Bescheinigung an die zuständige Stelle für die Kontrolle der Durchführung der Verschmelzung nach den Vorgaben des Art. 11 Verschmelzungsrichtlinie gehört aber zur zweiten Stufe der Rechtmäßigkeitskontrolle, die dem Recht der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft unterliegt. Daher sind für die Vorlage von Unterlagen für diese zweite Prüfung allein die Vorschriften, die diese Rechtsordnung in Umsetzung von Art. 11 Verschmelzungsrichtlinie erlassen hat, maßgeblich. Eine diesbezügliche Regelung durch das deutsche Recht ist deshalb nicht erforderlich und für das jeweilige ausländische Recht auch unbeachtlich.

Die zweite Stufe der Rechtmäßigkeitsprüfung sowie die Eintragung der Verschmelzung im Sitzstaat der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft richtet sich nach dem dort geltenden Recht.

Unterliegt die *aufnehmende* oder *neue* Gesellschaft deutschem Recht, hat das Vertretungsorgan der aufnehmenden Gesellschaft die Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister am Sitz der Gesellschaft anzumelden, § 1221 Abs. 1 RegE. Im Fall der Verschmelzung zur Neugründung sind in Anlehnung an § 38 Abs. 2 UmwG die Vertretungsorgane der übertragenden Gesellschaften für die Anmeldung zuständig. Der Anmeldung sind die Verschmelzungsbescheinigungen aller übertragenden Gesellschaften, die nicht älter als sechs Monate sein dürfen, sowie der gemeinsame Verschmelzungsplan beizufügen. Die § 16 Abs. 2, 3 und § 17 UmwG finden hinsichtlich der übertragenden Gesellschaften keine Anwendung, § 1221 Abs. 1 S. 3 2. Halbsatz RegE. Begründet wird dies damit, dass die dort geforderten Nachweise von deutschen übertragenden Gesellschaften bereits für die Erteilung der Verschmelzungsbescheinigung gemäß § 122k RegE erbracht werden mussten und das Vorliegen der Verschmelzungsvoraussetzungen für ausländische übertragende Gesellschaften durch die vorgelegten Rechtmäßigkeitsbescheinigungen dokumentiert wird.<sup>118</sup>

Das für die Eintragung der Verschmelzung zuständige Registergericht prüft anhand der vorgelegten Unterlagen die Voraussetzungen der Eintragung, § 1221 Abs. 2 RegE. Neben den Eintragungsvoraussetzungen nach deutschem Recht ist Gegenstand der Prüfung insbesondere die Rechtmäßigkeit der Verfahrensschritte, die die Durchführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung und ggf. die Gründung der neuen Gesellschaft betreffen. Ferner ist zu prüfen, ob ggf. eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer abgeschlossen wurde.

Gemäß § 1221 Abs. 3 RegE hat das Registergericht von Amts wegen den Tag der Eintragung jedem Register – also auch den ausländischen – mitzuteilen, bei dem eine der übertragenden Gesellschaften Unterlagen zu hinterlegen hatte. Die Regelung setzt Art. 13 S. 2 Verschmelzungsrichtlinie um.

## **(8) Erleichterungen für die Konzernverschmelzung**

Art. 15 Verschmelzungsrichtlinie sieht Verfahrenserleichterungen für die Konzernverschmelzung vor. In Umsetzung von Art. 15 Abs. 1 1. Spiegelstrich der Verschmelzungsrichtlinie bestimmt § 122c Abs. 3 RegE, dass im Verschmelzungsplan die Angaben über den Umtausch der Anteile gemäß § 122c Abs. 1 Nr. 2, 3, 5 RegE entfallen, wenn die übernehmende Gesellschaft alle Anteile an der übertragenden hält. Die Regelung entspricht § 5 Abs. 2 UmwG.

§ 122g Abs. 2 RegE setzt Art. 15 Abs. 1 2. Spiegelstrich der Verschmelzungsrichtlinie um. Danach ist die Fassung eines Verschmelzungsbeschlusses durch die Gesellschafter der übertragen-

den Gesellschaft entbehrlich, wenn die übernehmende Gesellschaft alle Anteile an der übertragenden hält. Das UmwG enthält für den Fall der Konzernverschmelzung die Regelung des § 62 UmwG, nach der ein Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Aktiengesellschaft entbehrlich ist, wenn sie mindestens 90% des Stammkapitals oder des Grundkapitals einer übertragenden Kapitalgesellschaft hält. Diese Regelung findet über die Verweisung des § 122a Abs. 2 RegE ebenfalls Anwendung, so dass im Ergebnis bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer 100%igen Tochter auf ihre Muttergesellschaft keine der beiden Gesellschaften einen Verschmelzungsbeschluss fassen müsste, wenn die Muttergesellschaft eine AG oder SE mit Sitz in Deutschland ist – sei denn, die Minderheitsaktionäre der Muttergesellschaft verlangen die Beschlussfassung (§ 62 Abs. 2 UmwG).

### c) Wirkungen der Verschmelzung nach Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie

Die Wirkungen der Verschmelzung richten sich für aufnehmende oder neue Gesellschaften mit Sitz in Deutschland gemäß § 122a Abs. 2 RegE nach § 20 UmwG. Da diese Vorschrift bereits den Vorgaben in Art. 14 Verschmelzungsrichtlinie entspricht, sind weitere Regelungen hierzu nicht erforderlich. Auch der absolute Bestandsschutz der einmal wirksam gewordenen Verschmelzung gemäß Art. 17 Verschmelzungsrichtlinie bedurfte keiner gesonderten Umsetzung im deutschen Recht, da dieser bereits in § 20 Abs. 2 UmwG enthalten ist.

Hat die aufnehmende oder neue Gesellschaft ihren Sitz im Ausland, richten sich die Wirkungen der Verschmelzung nach dem dort geltenden Recht, das infolge der Umsetzung von Art. 14, 17 Verschmelzungsrichtlinie weitgehend dem deutschen Recht entsprechen wird.

### d) Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern

Über die Verweisung des § 122a Abs. 2 RegE gelten zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern der deutschem Recht unterliegenden Gesellschaften grundsätzlich die jeweiligen Schutzvorschriften für innerstaatliche Verschmelzungen. Zusätzlich enthalten die §§ 122 h bis 122 j RegE einige Sonderregelungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung in Bezug auf den Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern.<sup>119</sup>

## 3. Spaltung und Vermögensübertragung

Die Regelungen der Verschmelzungsrichtlinie beschränken sich auf die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und lassen sonstige Umwandlungsarten, insbesondere die für die Praxis wichtige Spaltung von Rechtsträgern, weiterhin ungeregelt. Somit stellt sich die Frage, ob auf Basis des in den Entscheidungen *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* und *SEVIC* zum Ausdruck kommenden Verständnisses der Niederlassungsfreiheit auch diese Umwandlungsarten grenzüberschreitend als Teil der Ausübung der Niederlassungsfreiheit zugelassen werden müssen. Die Begründung des EuGH in der *SEVIC*-Entscheidung deutet darauf hin.<sup>120</sup> Allerdings bleibt ein Spannungsverhältnis zwischen der vom EuGH in der *SEVIC*-Entscheidung gewählten Begründung und seiner Rechtsprechung in Sachen *Daily Mail*.<sup>121</sup> In der Sache erscheint jedoch kaum begründbar, weshalb grenzüberschreitende Spaltungen anders behandelt werden sollten als grenzüberschreitende Verschmelzungen. Hinzu kommt, dass nach Umsetzung der Ver-

<sup>119</sup> Ausführlich dazu *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401, 402; *Drinhausen/Keinath*, RIW 2006, 81.

<sup>120</sup> Vgl. IV.2.a)(1).

<sup>121</sup> Vgl. dazu II.1.b).



schmelzungsrichtlinie grenzüberschreitende Spaltungen über den Umweg einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Vorschaltung inländischer Ausgliederungen und nachfolgender Verschmelzung der ausgegliederten Gesellschaften durchgeführt werden könnten. Dies spricht dafür, grenzüberschreitende Spaltungen in dem gleichen Umfang zuzulassen, wie grenzüberschreitende Verschmelzungen.<sup>122</sup> In der Praxis wird die Durchführung einer grenzüberschreitenden Spaltung nach wie vor nur mit der Kooperation des zuständigen Registerrichters möglich sein.

Auch die grenzüberschreitende Vermögensübertragung müsste danach grundsätzlich zuzulassen sein, allerdings dürfte ihr aufgrund des bereits für inländische Vermögensübertragungen stark eingegrenzten Anwendungsbereichs eine eher geringe Bedeutung zukommen.

Der Gesetzgeber steht, ausweislich der Regierungsbegründung zum RegE<sup>123</sup>, der Kodifizierung weiterer grenzüberschreitender Umwandlungsarten im UmwG sehr skeptisch gegenüber. Er favorisiert vielmehr einen kollisionsrechtlichen Ansatz, bei dem geregelt wird, welches Recht auf Gesellschaften anwendbar ist, die eine Verbindung zum Recht mehrerer Staaten aufweisen. In diesem Zusammenhang sollen auch die Grundprinzipien für grenzüberschreitende Umstrukturierungsvorgänge normiert werden. Aus Gründen der größeren Rechtssicherheit strebt der Gesetzgeber die Aufnahme dieser Regelungen in eine EG-Verordnung an. Sollte eine solche Verordnung nicht zustande kommen, soll das deutsche internationale Privatrecht entsprechend ergänzt werden.

#### 4. Formwechsel

Ein grenzüberschreitender Formwechsel beinhaltet automatisch auch die Verlegung des Satzungssitzes.<sup>124</sup> Voraussetzung wäre daher, dass sowohl Wegzugs- als auch Zuzugstaat einen solchen unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers zulassen. Da §§ 190 ff. UmwG nur auf deutsche Rechtsträger anwendbar sind, trifft das deutsche Recht keine Aussagen über die generelle Zulässigkeit formwechselnder Umwandlungen ausländischer Rechtsträger in einen inländischen. Somit bestimmt sich die Zulässigkeit eines Hereinformwechsels primär nach dem Recht des Wegzugstaates. Ob ein Hereinformwechsel aus der Perspektive des deutschen Rechts vor diesem Hintergrund überhaupt möglich ist, ist bislang offen, jedoch sehr zweifelhaft.<sup>125</sup>

#### V. Zu-/Wegzug unter Verwendung einer SE

Seit kurzem besteht in den EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine Kapitalgesellschaft in Form der SE zu gründen. Deren Rechtsgrundlagen finden sich hauptsächlich in der SEVO<sup>126</sup> und in den nationalen Ausführungsgesetzen.<sup>127</sup> Subsidiär ist auf das jeweilige nationale Recht für Aktiengesellschaften zurückzugreifen. Durch diese Überlagerung von europäischem und nationalem Recht gibt es keine einheitliche SE, sondern so viele SE wie Mitgliedstaaten.<sup>128</sup> Da zur SE im Allgemeinen bereits ein umfangreiches

<sup>122</sup> Für Hereinspaltungen *Bungert*, BB 2006, 53, 55; *Geyhalter/Weber*, DStR 2006, 146, 150; *Kuntz*, ISr 2006, 224, 225; *Leible/Hoffmann*, RIW 2006, 161, 165; *Meilicke/Rabback*, GmbHR 2006, 123, 125; *Siems*, EuZW 2006, 135, 139.

<sup>123</sup> Vgl. Fn. 5.

<sup>124</sup> Siehe zu Voraussetzungen und Durchführung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oben III.

<sup>125</sup> *Decher*, in: *Lutter* (Fn. 14), Vor § 190 Rdnr. 37; befürwortend *Meister/Klöcker*, in: *Kallmeyer* (Fn. 60), § 190 Rdnr. 19; *Staudinger/Großfeld* (Fn. 11), Rdnr. 645; ablehnend *MünchKommBGB/Kindler* (Fn. 11), Rdnr. 831.

<sup>126</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001, ABl. L 294/1 v. 10. 11. 2001.

<sup>127</sup> Im deutschen Recht wurden nationale Ausführungsbestimmungen mit dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) sowie dem SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) durch das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22. 12. 2004, BGBl. 2004 Teil I Nr. 73, 3675, erlassen.

Schrifttum besteht,<sup>129</sup> konzentrieren sich die folgenden Ausführungen nach einem kurzen Überblick über die verschiedenen Wege zur Gründung einer SE (nachfolgend unter 1.) auf die Darstellungen ausgewählter Themen im Zusammenhang mit der Mobilität der SE, insbesondere die grenzüberschreitende Sitzverlegung (nachfolgend unter 2.) und Umwandlungsvorgänge unter Beteiligung einer SE (nachfolgend unter 3.).

## 1. Wege in die SE (Gründungsformen nach der SEVO sowie Vorrats-SE)

Die Gründung einer SE kann nur in einer von vier abschließend in Art. 2 SEVO aufgeführten Gründungsvarianten erfolgen. Voraussetzung ist in jedem Fall, dass die beteiligten Gründungsgesellschaften nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaates gegründet sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in einem Mitgliedstaat haben. Zudem muss ein grenzüberschreitendes Element vorliegen, d.h. es müssen mindestens zwei verschiedene Rechtsordnungen innerhalb der EU betroffen sein.

Sofern diese Bedingungen erfüllt sind, kann eine SE auf vier Wegen gegründet werden:

- Verschmelzung von Aktiengesellschaften, von denen mindestens zwei dem Recht verschiedener EU-Mitgliedstaaten unterliegen (Art. 2 Abs. 1 SEVO);
- Formwechsel einer Aktiengesellschaft, die seit mindestens zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen EU-Mitgliedstaat hat (Art. 2 Abs. 4 SEVO);<sup>130</sup>
- Gründung einer Holding-SE durch zwei Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, von denen mindestens zwei dem Recht verschiedener EU-Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben (Art. 2 Abs. 2 SEVO);
- Gründung einer Tochtergesellschaft durch juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, von denen mindestens zwei den Rechtsordnungen verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben (Art. 2 Abs. 3 SEVO).

Für die Praxis bietet es sich zudem an, eine bestehende Gesellschaft auf eine bereits gegründete Vorrats-SE als übernehmenden Rechtsträger zu verschmelzen.

## 2. Grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE

Gemäß Art. 8 Abs. 1 SEVO kann eine SE ihren Satzungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen, ohne dass dies zugleich zu einer Auflösung im Wegzugs- und zur Gründung einer neuen juristischen Person im Zuzugstaat führt.<sup>131</sup> Um einen angemessenen Schutz der Interessen der Minderheitsaktionäre, die sich gegen die Verlegung ausgesprochen haben, sowie der Interessen der Gläubiger und der sonstigen Forderungsberechtigten zu gewährleisten, wird die Verlegung gemäß Art. 2 Abs. 2 bis 13 SEVO an umfangreiche Anforderungen geknüpft. So bedarf es sowohl der

<sup>128</sup> Hirte, NZG 2002, 1, 2; Thoma/Leuering, NJW 2002, 1449, 1450.

<sup>129</sup> Vgl. insbesondere die Darstellungen bei Hirte, DStR 2005, 653 ff. und 700 ff., sowie Lächler/Oplustil, NZG 2005, 381 ff.

<sup>130</sup> In diesem Fall genügt es, wenn die formwechselnde Gesellschaft nicht während des Zweijahreszeitraums durchgängig in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft bestand, sondern diese erst unmittelbar vor dem Formwechsel in die SE erworben hatte. Des Weiteren ist nicht zwingend erforderlich, dass die Beteiligung an der ausländischen Tochtergesellschaft während des gesamten Zweijahreszeitraums unmittelbar gehalten wurde; eine teils unmittelbar, teils mittelbar, durch eine 100%ige Tochtergesellschaft gehaltene Beteiligung reicht aus.

<sup>131</sup> Zum Verständnis des Sitzes als Satzungssitz vgl. Schwarz, ZIP 2001, 1849.

Erstellung eines Verlegungsplans als auch eines Verlegungsberichts durch das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft. Den Aktionären und Gläubigern werden ferner vor der beschließenden Hauptversammlung umfangreiche Einsichts- und Informationsrechte gewährt, und die Eintragung der SE am neuen Sitz hängt vom Vorliegen einer Bescheinigung ab, aus der hervorgeht, dass die der Verlegung vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten eingehalten wurden. Gegenüber Gläubigern der SE, deren Forderungen vor der Verlegung entstanden sind, gilt die SE weiterhin als SE mit Sitz in dem Mitgliedstaat, in dem die Forderungen entstanden sind, Art. 2 Abs. 16 SEVO. Eine Sitzverlegung ist ausgeschlossen, wenn gegen die SE ein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsseinstellung eröffnet wurde, Art. 2 Abs. 15 SEVO.

### 3. Umwandlung einer bestehenden SE

Art. 66 SEVO regelt lediglich den Formwechsel einer SE in eine AG desjenigen Mitgliedstaates, in dem die SE ihren Sitz hat. Ob diese Regelung abschließend ist oder ob daneben noch andere Formen der Umwandlung (dazu unten a)) oder auch ein Formwechsel in andere Gesellschaftsformen des Mitgliedstaates (dazu unten b)) zulässig sind, ist umstritten.

#### a) Zulässigkeit anderer Umwandlungsformen

Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c (ii) SEVO unterliegt die SE nur dann den nationalen Vorschriften über die AG, wenn der entsprechende Bereich nicht oder nicht ausschließlich durch die SEVO geregelt ist. Sieht man die Vorschriften des Art. 66 SEVO als abschließend an,<sup>132</sup> wäre also ein Rückgriff auf nationale Umwandlungsvorschriften nicht möglich. Um beispielsweise eine SE mit einer deutschem Recht unterliegenden Gesellschaft zu verschmelzen, müsste die SE zuvor gemäß Art. 66 Abs. 1 SEVO in eine deutsche AG umgewandelt werden.

Zur Unterstützung dieser Ansicht lässt sich die Formulierung des Art. 66 SEVO anführen, der durchgängig von der „Umwandlung“ einer SE spricht. Daraus könnte zu schließen sein, dass die Umwandlung einer SE allein in der hier vorgesehenen Form (Formwechsel) zulässig sein soll. Allerdings ist mit „Umwandlung“ in Art. 66 SEVO nur der Formwechsel nach deutschem Begriffsverständnis gemeint, nicht der Oberbegriff für alle Umwandlungsarten wie im deutschen Umwandlungsrecht. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich mit Art. 37 SEVO, der ebenfalls bloß von der „Umwandlung“ einer nach nationalem Recht gegründeten AG in eine SE spricht. Hiermit kann nur der Formwechsel gemeint sein. Daraus folgt, dass Art. 66 SEVO lediglich einen Teilbereich der Umwandlung einer SE, nämlich den Formwechsel, regelt.<sup>133</sup> Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots müssen einer deutschen SE somit zusätzlich die gleichen Umwandlungsformen wie einer nach deutschem Recht gegründeten Aktiengesellschaft offen stehen.

#### (1) Verschmelzungsfähigkeit der SE

Eine SE mit Sitz in Deutschland kann aufnehmender Rechtsträger einer Verschmelzung nach deutschem Umwandlungsgesetz sein. Zwar ist die SE nicht ausdrücklich in dem Katalog der verschmelzungsfähigen Rechtsträger gemäß § 3 UmwG genannt; dies ist aber auch nicht erforderlich, da gemäß Art. 9 Abs. 1 (c) (ii) SEVO auf die SE die Rechtsvorschriften anwendbar sind, die auf eine AG Anwendung finden. Daher sind die Regeln des UmwG über eine Verschmelzung auf eine AG als aufnehmender Rechtsträger ent-

<sup>132</sup> So wohl *Hirte*, NZG 2002, 1, 9 f.; *ders.*, DStR 2005, 700, 704.

<sup>133</sup> So auch *Veil*, in: Jannot/Frodermann, Kap. 10, Rdnr. 20.

sprechend auf die SE anwendbar. Dies entspricht der herrschenden Ansicht in der juristischen Literatur.<sup>134</sup>

Auch der deutsche Gesetzgeber geht offensichtlich von der Zulässigkeit der Verschmelzung einer Gesellschaft auf die SE aus, wie sich der Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 3 SEBG entnehmen lässt (s. nachfolgend (2)). Der Gesetzgeber hatte bei Schaffung der Vorschrift insbesondere den Fall im Auge, dass eine SE ein mitbestimmtes Unternehmen mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern aufnimmt.<sup>135</sup> Typischer Anwendungsfall für die Aufnahme eines mitbestimmten Unternehmens durch ein anderes Unternehmen ist die Verschmelzung bzw. Spaltung nach dem UmwG.

## **(2) Nachgeschaltetes Verhandlungsverfahren gemäß § 18 Abs. 3 SEBG bei Verschmelzung auf eine SE**

Gemäß § 18 Abs. 3 SEBG findet auf Veranlassung der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats ein so genanntes Verhandlungsverfahren über die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE statt, sofern strukturelle Änderungen der SE geplant sind, die geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Die Aufnahme eines anderen Unternehmens durch eine SE stellt grundsätzlich eine „strukturelle Änderung“ der SE dar. Ist diese zudem geeignet Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, ist ein Verhandlungsverfahren durchzuführen. Dies muss bei einer Verschmelzung nicht notwendigerweise der Fall sein. Wenn keiner der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger der Unternehmensmitbestimmung unterliegt und auch der übernehmende Rechtsträger nach der erfolgten Fusion nicht die Voraussetzungen des Mitbestimmungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes o.Ä. erfüllt, fehlt es an den Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG. Insbesondere in dem Fall der Verschmelzung eines bislang nicht der Unternehmensmitbestimmung unterliegenden Rechtsträgers auf eine Vorrats-SE ist daher kein Verhandlungsverfahren durchzuführen.

Sind hingegen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG erfüllt, ist das Verhandlungsverfahren jedenfalls nachgeschaltet, d. h. es muss nicht vor Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister abgeschlossen sein. Dies ergibt sich bereits daraus, dass weder § 18 Abs. 3 noch eine andere Bestimmung des SEBG eine Durchführung des Verhandlungsverfahrens vor der strukturellen Änderung verlangt. Eine § 12 Abs. 2 SEVO vergleichbare Regelung fehlt. Eine solche Regelung ist auch nicht in analoger Anwendung von § 12 Abs. 2 SEVO herzuleiten, da diese Bestimmung sich auf die Gründung der SE bzw. die Sitzverlegung (und den damit verbundenen Statutenwechsel) bezieht,<sup>136</sup> nicht aber auf den Fall der Verschmelzung einer Gesellschaft auf die SE. Für das Vorliegen einer durch Analogie auszufüllenden Regelungslücke bestehen keine Anhaltspunkte.

U.E. geht das SEBG ersichtlich davon aus, dass strukturelle Änderungen der SE durchgeführt werden können, ohne dass zuvor ein Verhandlungsverfahren durchlaufen wird. Dies ergibt sich zum einen aus § 43 S. 1 SEBG, der bestimmt, dass eine SE nicht dazu missbraucht werden darf, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Gemäß § 43 S. 2 SEBG wird der Missbrauch vermutet, wenn ohne Durchführung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG innerhalb eines Jahres nach Gründung der SE strukturelle Änderungen stattfinden, die bewirken, dass den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorenthalten oder

<sup>134</sup> Vgl. Schwarz (Fn. 60), Art. 3 Rdnr. 33 ff.; Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, Stand Juli 2005, § 20 Rdnr. 424, 425; Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 16; Lutter/Drygala, in: Lutter (Fn. 14), § 3 Rdnr. 14; Marsch-Barner in: Kallmeyer (Fn. 60), Anh. Rdnr. 8; anders nur Hirte, DStR 2005, 700, 704; Veil, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 10 Rdnr. 19.

<sup>135</sup> Siehe BT-Drs. 15/3405, S. 50.

<sup>136</sup> Vgl. Fuchs, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, B, Art. 12 SEVO, Rdnr. 14.

entzogen werden. Würde § 18 Abs. 3 SEBG voraussetzen, dass ein Verhandlungsverfahren vor der Durchführung solcher strukturellen Änderungen abzuhalten ist, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt nach der Gründung der SE diese stattfinden, wäre ein Missbrauch nicht möglich und § 43 S. 2 SEBG liefe leer.

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch § 21 Abs. 4 SEBG. Dieser enthält eine Sollvorschrift für den Inhalt der schriftlichen Vereinbarung, mit der die Parteien des Verhandlungsverfahrens dieses abschließen. Demnach „soll [in der schriftlichen Vereinbarung] festgelegt werden, dass auch vor strukturellen Änderungen der SE Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE aufgenommen werden“. Wenn diese Verhandlungen bereits kraft Gesetzes zwingend vor Durchführung der strukturellen Änderungen abgeschlossen werden müssten, bedürfte es der Anregung des Gesetzgebers an die Parteien des Verhandlungsverfahrens nicht, eine solche Regelung (für künftige Fälle) in ihre schriftliche Vereinbarung aufzunehmen.

Durch die Nachschaltung des Verhandlungsverfahrens werden die Rechte der Arbeitnehmer im Ergebnis auch nicht beeinträchtigt. Denn selbst wenn es in einem nachgeschalteten Verhandlungsverfahren nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien kommt, sind gemäß § 18 Abs. 3 S. 3 SEBG zwingend u. a. die §§ 34 bis 38 SEBG über die Mitbestimmung kraft Gesetzes anzuwenden. Hierdurch, und insbesondere durch § 35 SEBG, ist dann sichergestellt, dass das Mitbestimmungsniveau der SE dem höchsten Mitbestimmungsniveau der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger entspricht. Es besteht daher keine Gefahr, dass die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer durch das Nachschalten des Verhandlungsverfahrens eingeschränkt werden.

## b) Formwechsel in andere Gesellschaftsformen des Mitgliedstaates

Teilweise wird vertreten, Art. 66 SEVO sei noch nicht einmal in Bezug auf den Formwechsel abschließend.<sup>137</sup> Neben der ausdrücklich geregelten Umwandlung in eine AG des Mitgliedstaates sei auch die formwechselnde Umwandlung in andere Gesellschaftsformen möglich. Dieses Ergebnis wird mittels einer teleologischen Reduktion des Art. 66 SEVO gewonnen: Da eine SE nach ihrer Umwandlung in eine AG auch in jede andere nationale Gesellschaftsform umgewandelt werden könne, die das jeweilige Umwandlungsrecht vorsehe, verursache der „Durchlauf“ durch die Form der nationalen AG lediglich zusätzliche Kosten und Zeitaufwand.<sup>138</sup> Art. 66 Abs. 2 bis 6 SEVO sollen nach dieser Ansicht analog auf den Formwechsel in andere nationale Gesellschaftsformen anzuwenden sein.<sup>139</sup>

Richtig ist, dass der Formwechsel einer SE in eine AG nationalen Rechts ohne die Regelung des Art. 66 SEVO nicht möglich wäre. Denn die SE steht nach Art. 10 SEVO einer Aktiengesellschaft des nationalen Rechts gleich. Eine AG kann aber schon begrifflich nicht in eine AG umgewandelt werden. Ob jedoch allein daraus geschlossen werden kann, dass Art. 66 SEVO keine abschließende Regelung bezüglich des Formwechsels einer SE enthält, erscheint zweifelhaft. Denn es bestehen keine weiteren Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Vorschrift nur ein Teilbereich des Formwechsels, nämlich der Formwechsel in eine nationale Aktiengesellschaft, geregelt werden sollte, während der Formwechsel in andere nationale Gesellschaftsformen dem nationalen Umwandlungsrecht vorbehalten bleibt.<sup>140</sup> Im Gegenteil lässt sich aus

<sup>137</sup> Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15 f.; Vossius, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rdnr. 425.

<sup>138</sup> Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15.

<sup>139</sup> Oplustil/Schneider, NZG 2003, 13, 15 f.

<sup>140</sup> Dessen Anwendbarkeit würde sich dann aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO ergeben.

dem Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 4 SEVO, der die Gründung einer SE durch formwechselnde Umwandlung ausschließlich einer AG nationalen Rechts vorbehält, schließen, dass der europäische Verordnungsgeber umgekehrt auch die Umwandlung in eine nationale Gesellschaft ausschließlich in der Form einer Aktiengesellschaft beabsichtigt hat und Art. 66 SEVO eine abschließende Regelung bezüglich des Formwechsels einer SE darstellt.

## **VI. Zusammenfassung**

Die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten grenzüberschreitender Mobilität für Unternehmen in Europa haben sich in den letzten Jahren rasant erweitert. Mit Einführung der SE, dem In-Kraft-Treten der Verschmelzungsrichtlinie und der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit haben Unternehmen in Europa heute bereits sehr weitreichend die Möglichkeit, grenzüberschreitend mobil zu sein. Allerdings muss diese Mobilität in vieler Hinsicht erst in der Praxis ankommen. Unerlässlich scheint insbesondere eine Harmonisierung der Praxis der Registergerichte, die teils äußerst kooperativ, teils sehr zurückhaltend mit den entstehenden Rechtsfragen umgehen. Auch die Einbeziehung der Arbeitnehmer muss sich erst einspielen, und es ist zu hoffen, dass Maximalpositionen nicht die Praxis bestimmen werden. Für ein Unternehmen wäre es hilfreich, wenn sich zügig ein informeller Konsens über die Ausgestaltung der Mitbestimmung im Rahmen grenzüberschreitender Mobilität von Unternehmen herausbilden würde. Mit der Einführung des SEStG beseitigt der Gesetzgeber in einem besonders wichtigen Aspekt, der steuerlichen Behandlung grenzüberschreitender Restrukturierungsvorgänge, die Rechtsunsicherheit. Es ist zu hoffen, dass grenzüberschreitende Mobilität von Unternehmen für die Rechtspraxis in wenigen Jahren ebenso selbstverständlich sein wird, wie heute beispielsweise inländische Umwandlungsvorgänge.

### **Europäische Aktiengesellschaft**

Überblick, Gründungsformen, Rechtmäßigkeitsprüfung, zweistufige, Verschmelzungsbericht, SEStEG

### **Verschmelzungsrichtlinie**

Europäische Aktiengesellschaft, Überblick, Gründungsformen, Rechtmäßigkeitsprüfung, zweistufige, Verschmelzungsbericht, SEStEG

Dr. Axel Bödefeld, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Köln\*

## Die Missbrauchsregelung des § 26 UmwStG nach dem Regierungsentwurf des SEStEG

Die Gesetzesbegründung führt im allgemeinen Teil als Ziel des Gesetzes an, steuerliche Hemmnisse für die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Unternehmen zu beseitigen, die als Folge der zunehmenden internationalen wirtschaftlichen Verflechtung immer wichtiger wird. Doppelt so breit wird anschließend betont, dass konsequent deutsche Besteuerungsrechte gesichert und steuermindernde Gestaltungen verhindert werden. Diesem Gesetzeszweck dient neben dem Konzept der Neuregelung und den gesonderten Missbrauchsregelungen in den §§ 2 Abs. 3, 6 Abs. 3, 20 Abs. 2 Nr. 2 und 22 UmwStG-E die allgemeine Missbrauchsregelung des § 26 UmwStG-E. Die Regelung enthält zahlreiche Probleme auf der Tatbestandsseite und auf der Rechtsfolgenseite, so dass sie nur als Versuch des Gesetzgebers gewertet werden kann, die eigene Verunsicherung an den planenden Steuerpflichtigen und gestaltenden Berater weiterzugeben.

### I. Europarechtliche Aspekte<sup>1</sup>

§ 26 UmwStG-E lehnt sich sehr eng an Art. 11 Abs. 1 Buchst. a) der Fusionsrichtlinie<sup>2</sup> an. Damit scheint auf den ersten Blick auch die Europarechtskonformität gesichert. Art. 11 der Fusionsrichtlinie hat jedoch lediglich Rahmencharakter und ist mangels hinreichender Bestimmtheit in Tatbestand und Rechtsfolgen nicht direkt anwendbar<sup>3</sup>. In einem früheren Entwurf des § 26 UmwStG-E schien der Verwaltung durch die wörtliche Übernahme des Wortlautes aus Art. 11 ein Ermessen eingeräumt, im Falle der Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung die steuerlichen Vergünstigungen nach dem UmwStG-E zu versagen. Der Gesetzgeber kann jedoch nicht das ihm durch die Richtlinie eingeräumte Ermessen an die Verwaltung weiterreichen<sup>4</sup>. Auch wenn der jüngste Entwurf davon spricht, dass die Vergünstigungen zu versagen sind, und somit eine bindende Rechtsfolge anordnet, entfaltet § 26 UmwStG-E u. E. keine Rechtswirkung, da es der Gesetzgeber verabsäumt hat, inhaltlich hinreichend bestimmt auszugestalten, was missbräuchlich ist und welche Konsequenzen solch ein Missbrauch auslöst<sup>5</sup>. Zu Recht wird in der Einfügung dieser Vorschrift eine Verletzung des im EG-Recht verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen<sup>6</sup>. Der Versuch von *Drüen*<sup>7</sup>, die Konkurrenz dadurch aufzulösen, dass Einzelmaßnahmen wie § 22 UmwStG-E tatbestandlich nur die Ebene des Anteilseigners betreffen, während § 26 UmwStG-E bei der Gesellschaft ansetzt, ist nicht überzeugend, da § 26 UmwStG-E abstrakt von „steuerlichen Vergünstigungen nach diesem Gesetz“ spricht und damit nicht auf die Ebene der Gesellschaft beschränkt ist.

\* Der Autor ist Partner der Sozietät Linklaters in Köln.

<sup>1</sup> Grundlegend die rechtsvergleichende Arbeit von *Böing*, Steuerlicher Gestaltungsmissbrauch in Europa, Diss. Münster 2006.

<sup>2</sup> Richtlinie v. 23. 7. 1990 i. d. F. v. 17. 2. 2005, ABl. EG Nr. L 58, 19.

<sup>3</sup> *Drüen*, DStZ 2006, 540 m. w. N.

<sup>4</sup> *Drüen* (Fn. 3), 542 sieht darin eine legislative Untererfüllung.

<sup>5</sup> EuGH, 17. 7. 1997 – Rs. C-28/95 Leur/Bloem, SIG 1997, I-4161, Tz. 43, RIW 1997, 787, EWS 1997, 309.

<sup>6</sup> *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, IWB, Fach 11, Gruppe 2, 760.

<sup>7</sup> *Drüen* (Fn. 3), 545.

## II. Tatbestand

### 1. Beweggrund der Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung

Der Tatbestand stellt auf Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung als Beweggrund für den Umwandlungsvorgang ab, ist also von subjektiven Elementen geprägt. Steuerhinterziehung ist die vorsätzliche Falscherklärung oder das vorsätzliche Verschweigen relevanter Sachverhalte und knüpft an den Tatbestand des § 370 AO an<sup>8</sup>. Fraglich ist insbesondere bei den grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen, ob die Vergünstigungen des deutschen Umwandlungssteuergesetzes auch dann zu versagen sind, wenn der Beweggrund für die Umstrukturierung eine Steuerhinterziehung im Ausland ist. Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 UmwStG-E scheint nahezu legen, dass auch ausländische Steuern durch deutsche Missbrauchsregelungen geschützt sein sollen. Da es sich bei den ggfs. zu versagenden Steuervergünstigungen jedoch ausschließlich um deutsche Steuervorteile handelt, ist u. E. nur darauf abzustellen, ob deutsche Steuern hinterzogen werden sollten.

Für den Begriff der Steuerumgehung kann auf die Definition der Rechtsprechung zu § 42 AO zurückgegriffen werden. Diese nimmt der BFH in ständiger Rechtsprechung an, wenn die rechtliche Gestaltung zur Erreichung des erstrebten wirtschaftlichen Ziels unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist<sup>9</sup>. Auch hier gilt auf Grund des erforderlichen sachlichen Zusammenhangs, dass die Steuervergünstigungen des deutschen Umwandlungssteuergesetzes nur versagt werden können, wenn deutsche Steuertatbestände umgangen werden sollten.

Die Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung muss den oder einen hauptsächlichen Beweggrund für die Umstrukturierungsmaßnahme darstellen. Es kann dahinstehen, ob die zweite Alternative die erste mit umfasst<sup>10</sup>. Jedenfalls ist es nicht ausreichend, dass anlässlich einer Umstrukturierung objektiv eine Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung verwirklicht wird. Wird also z. B. die bei der Umstrukturierung anfallende Grunderwerbsteuer pflichtwidrig nicht angezeigt, dürfen die steuerlichen Vergünstigungen des Umwandlungssteuergesetzes deshalb nicht versagt werden.

### 2. Gesetzliche Vermutung

Angesichts der Schwierigkeiten, einen subjektiven Tatbestand nachzuweisen, stellt § 26 UmwStG-E in Anlehnung an Art. 11 Abs. 1 Buchst. a) Fusionsrichtlinie eine gesetzliche Vermutung auf. Es kann danach vom Vorliegen eines Beweggrundes der Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung ausgegangen werden, wenn der Umstrukturierungsvorgang nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen – insbesondere der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften – beruht. Die gesetzliche Vermutung führt zur Rechtsfolge des Versagens steuerlicher Vergünstigungen, wenn einer der Vorgänge, die von § 1 UmwStG-E erfasst werden, nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen beruht. Das Gesetz stellt somit also offensichtlich auf komplexe Sachverhalte ab, die sich aus mehreren Umwandlungsvorgängen zusammensetzen. Es wäre jedoch unverhältnismäßig, alle Schritte eines Gesamtplanes zu sanktionieren, weil für einen Schritt ein wirtschaftlicher Grund nicht ersichtlich ist. Der Wortlaut ist daher u. E. dahingehend zu verstehen, dass jeder einzelne Teilschritt eines Gesamtplans für seine Behandlung auf wirtschaftliche Gründe zu untersuchen ist, aber bei Fehlen wirtschaftlich vernünftiger Gründe nur für diesen Teilschritt Vergünstigungen zu versagen sind.

<sup>8</sup> Schön, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, 4; Thömmes, in: Festschrift Wassermeyer, München 2005, 224.

<sup>9</sup> S. Nachweise bei Kruse/Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 AO, Tz. 33.

<sup>10</sup> So Drüen, DStZ 2006, 544.



Nicht jeder wirtschaftliche Grund ist ausreichend. Er muss „vernünftig“ sein. Es genügt auch nicht, dass es für den Gesamtplan einen wirtschaftlich vernünftigen Grund gibt. Andererseits ist allerdings dem Steuerpflichtigen das Recht einzuräumen, seine wirtschaftlichen Aktivitäten zu gestalten<sup>11</sup>. Die wirtschaftliche Vernunft ist gegeben, wenn sich aus den Planungen des Steuerpflichtigen durch die Umstrukturierung ein wirtschaftlicher oder rechtlicher Vorteil ergibt. Entscheidend ist die Sicht ex ante. Die Finanzverwaltung darf nicht aus der Rückschau urteilen<sup>12</sup>.

### 3. Anknüpfungspunkte für die Steuerumgehung

Das Fehlen eines wirtschaftlichen Grundes und damit Steuerumgehung kann naheliegen, wenn eine Struktur nur für kurze Zeit besteht und somit als Durchgangsstadium anzusehen ist<sup>13</sup>. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein – auch vom Gesetzgeber so gesehenes – legitimes Ziel oft nicht auf direktem Weg erreicht werden kann. Sofern diese Schritte keine Steuerminderung bewirken, die auf direktem Wege nicht auch erreichbar wäre, spielen die Gründe für diesen zusätzlichen Zwischenschritt keine Rolle. Nur wenn die Zwischenschritte eine Steuerminderung im Vergleich zur gradlinigen Umstrukturierung bewirken, sind wirtschaftlich vernünftige Gründe erforderlich. Da das UmwStG nur für die Körperschaft-, Einkommen-, Gewerbe- und Vermögensteuer gilt<sup>14</sup>, ist für § 26 UmwStG-E unerheblich, ob der zusätzliche Schritt andere Steuern mindert. Geht es also z.B. darum, Grunderwerbsteuer zu reduzieren oder nicht zur Entstehung kommen zu lassen, bietet jedenfalls § 26 UmwStG-E u.E. keine Rechtsgrundlage für das Versagen der steuerlichen Vergünstigungen nach dem Umwandlungssteuergesetz. Die rechtspolitisch fragwürdige Konstellation, dass der Gesetzgeber Restrukturierungen durch das Umwandlungssteuergesetz erleichtert und durch das Grunderwerbsteuergesetz erschwert, kann allenfalls am Maßstab des § 42 AO als alle Steuerarten erfassende Generalnorm gemessen werden.

Als Anhaltspunkt für das Fehlen wirtschaftlicher Gründe wird mitunter angesehen, wenn im Rahmen eines Gesamtplanes eine Abfolge von Einzelschritten eine saldierende Wirkung von Ausweich- und Korrekturgeschäft bezweckt<sup>15</sup>. Dies kann jedoch lediglich Anlass sein, wirtschaftliche Gründe zu hinterfragen. In der Regel wird es solche Gründe geben. Lediglich die sofortige oder kurzfristige Rückumwandlung in den ursprünglichen Zustand legt in der Tat nahe, dass es für die Umstrukturierung keine wirtschaftlichen Gründe gibt, wenn sie gleichzeitig ursächlich für die Steuerminderung ist.

Anknüpfungspunkt für die Frage des Vorliegens einer Steuerumgehung kann auch eine bezweckte oder jedenfalls eingetretene Steuerminderung sein. Da jedoch der Steuerpflichtige unbestritten das Recht zur Steuerplanung und Steuergestaltung hat<sup>16</sup>, kann für sich genommen weder die unbeabsichtigte noch die beabsichtigte Steuerminderung eine missbräuchliche Steuerumgehung darstellen. Das Nebeneinander steuerlicher und wirtschaftlicher Zwecke ist unschädlich<sup>17</sup>. Der Wortlaut des § 26 UmwStG-E wie auch des Art. 11 Abs. 1 a) der Fusionsrichtlinie scheint nahezuzeigen, dass die wirtschaftlichen Gründe überwiegen müssen, wenn man nämlich das Beruhen dahingehend versteht, dass die wirtschaftlichen Gründe die wesentliche Ursache darstellen müssen. Eine solche Auslegung würde jedoch wirtschaftlich vernünft-

11 Schön, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, 5; Musil, RIW 2006, 287; Drüen, DStZ 2006, 545.

12 Drüen (Fn. 10).

13 Drüen, DStZ 2006, 543.

14 UmwStErlass vom 25. 3. 1998, BStBl. I 268, Rz. 01. 01.

15 Drüen, DStZ 2006, 543.

16 Drüen (Fn. 15).

17 Schön, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, 14.

tige Umstrukturierungen verhindern, wenn die damit gleichzeitig zu erzielenden Steuervorteile groß genug sind. Es kann bei einem Nebeneinander von wirtschaftlichen Gründen und steuerlichen Motiven daher nur zu einer Steuerumgehung kommen, wenn die wirtschaftlichen Gründe von völlig untergeordneter Bedeutung sind und eher vorgeschoben erscheinen, während sich der Steuervorteil aufdrängt.

#### 4. Feststellungslast

Maßgeblich für die Verteilung der Feststellungslast ist, dass der Steuerpflichtige eine Besteuerung anhand der Tatbestände anstrebt, die er verwirklicht hat, während die Finanzverwaltung die damit verbundenen steuerlichen Vergünstigungen versagen will. Die Feststellungslast liegt also nach allgemeinen Regeln bei der Finanzverwaltung<sup>18</sup>. Nach allgemeinen Regeln hat der Steuerpflichtige jedoch bei der Feststellung der wirtschaftlichen Gründe für die Umstrukturierung mitzuwirken<sup>19</sup>. Wie bei § 42 AO kann im Wege der Beweiswürdigung geschlossen werden, dass solche Gründe nicht vorliegen, wenn er die Mitwirkung verweigert oder keine vernünftigen Gründe nennen kann<sup>20</sup>. Soweit sich die wirtschaftlichen Gründe auf einen ausländischen Sachverhalt beziehen, hat der Steuerpflichtige die erweiterten Mitwirkungspflichten des § 90 Abs. 2 AO.

### III. Rechtsfolge

§ 26 UmwStG-E ordnet als Rechtsfolge an, dass steuerliche Vergünstigungen nach dem Umwandlungssteuergesetz ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen sind. Die angeordnete Rechtsfolge ist inhaltlich derartig unbestimmt, dass sie gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt. Fraglich ist schon, was als Vergünstigung im Sinne der Vorschrift anzusehen ist. Da an den Umwandlungsvorgängen in aller Regel mehrere Personen beteiligt sind, kann für den einen eine Vergünstigung sein, was für den anderen einen steuerlichen Nachteil darstellt. So ist etwa die Buchwertfortführung für den Einbringenden von Vorteil, auf der anderen Seite geht jedoch Abschreibungsvolumen verloren. Richtiger wäre es daher, den Steueranspruch so entstehen zu lassen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre, wie es § 42 Abs. 1 AO vorsieht. Hier führt die schlichte Übernahme des Wortlauts der Fusionsrichtlinie zu Ungeheimheiten und letztlich zur Unbestimmtheit. Es ist auch nicht vorstellbar, die Vergünstigung ganz oder teilweise zu versagen. Die Verwaltung kann nicht nach ihrem Ermessen z. B. den Buchwertansatz teilweise untersagen. Auch bezüglich anderer Vergünstigungen ist nicht vorstellbar, dass diese teilweise gewährt und teilweise versagt werden. Wird etwa die Rückwirkung als steuerliche Vergünstigung angesehen – obwohl es in der Regel vor allem um die Vermeidung zusätzlicher Bilanzen geht –, so ist auch hier eine Zwischenlösung nicht denkbar.

### IV. Konkurrenzen

Das Nebeneinander der Einzelregelungen zur Missbrauchsbe-kämpfung im UmwStG-E, der umwandlungssteuerrechtlichen Generalklausel des § 26 UmwStG-E und des § 42 AO wirft die Frage des Konkurrenzverhältnisses auf.

#### 1. Spezialregelungen des UmwStG-E

Soweit das UmwStG-E Einzelvorschriften zur Bekämpfung des steuerlichen Missbrauchs enthält, gehen diese als *lex specialis* der

<sup>18</sup> Kruse, in: Tipke, AO/FGO, § 42 AO, Tz. 54.

<sup>19</sup> Kruse (Fn. 18).

<sup>20</sup> Kruse (Fn. 18).

Generalklausel des § 26 UmwStG-E vor. Dies sind insbesondere die §§ 2 Abs. 3, 6 Abs. 3, 20 Abs. 2 Nr. 2 und 22 UmwStG-E. Insofern wird sogar vertreten, dass diese Einzelregelungen auf Grund der detaillierten Beschreibung von Missbrauchstatbeständen im Umfang ihres Regelungsbereichs als abschließend anzusehen seien<sup>21</sup>. Wenn dies im Verhältnis zu § 42 AO zutrifft, muss es auch im Verhältnis zu § 26 UmwStG-E gelten. Auch fehlt es an einer dem § 42 Abs. 2 AO entsprechenden Regelung, so dass ungeachtet des Streits über die Bedeutung und Reichweite des neu eingeführten Absatzes jedenfalls in dem Anwendungsbereich der Einzelregelungen für eine weitere Anwendung des § 26 UmwStG-E kein Raum wäre.

## 2. Das Verhältnis zu § 42 AO

§ 26 UmwStG-E ist gegenüber § 42 AO insoweit *lex specialis*, als es um den Missbrauch von steuerlichen Vergünstigungen des Umwandlungssteuergesetzes geht. Insofern kommt § 42 AO nicht mehr zur Anwendung, § 26 UmwStG-E muss als abschließend angesehen werden. Es scheint sich die Ansicht durchzusetzen, dass auch § 42 Abs. 2 AO n.F. daran nichts ändert, da bei der Rechtsanwendung zwingend der normative Maßstab des umgangenen Gesetzes und damit des Umwandlungssteuergesetzes angelegt werden müsste<sup>22</sup>. Für § 42 AO bleibt deshalb nur Raum, soweit andere Steuerarten betroffen sind.

## V. Schlussfolgerung

§ 26 UmwStG-E ist hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolgen unbestimmt, europarechtlich problematisch und steht in einem kaum auflösbaren Konkurrenzverhältnis zu anderen Missbrauchsregelungen. Folge der Regelung ist die Verunsicherung des Steuerpflichtigen und seiner Berater<sup>23</sup>. Schon in der Vergangenheit konnte sich die Umstrukturierungsberatung nicht ausschließlich auf die steuerlichen Vorteile beschränken, sondern musste ebenso die wirtschaftlichen, arbeitsrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und sonstigen Vorteile mit umfassen. Unter diesen Voraussetzungen dürfte § 26 UmwStG-E keine neue Bedrohung sein.

## SEStEG

Missbrauchsregelung, § 26 UmwStG

### Missbrauchsregelung

Umwandlungssteuergesetz, SEStEG

### Umwandlungssteuergesetz

Missbrauchsregelung, SEStEG

<sup>21</sup> Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 3. Auflage 2002, Rdnr. D 10–12, 14; Crezelius, in: FS Widmann, Bam/Berlin 2000, 263.

<sup>22</sup> Kruse/Drüen, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, § 42 Tz. 20 b.

<sup>23</sup> Drüen, DStZ 2006, 545.

*Dr. Jens Blumenberg, Steuerberater, und Florian Lechner, Rechtsanwalt, beide Frankfurt a.M.\**

# **Der Regierungsentwurf des SEStEG: Entstrickung und Sitzverlegung bei Kapitalgesellschaften, Neuerungen beim Einlagekonto, Körperschaftsteuerminderung und -erhöhung sowie sonstige Änderungen im Körperschaftsteuerrecht**

Die geplanten Änderungen des Körperschaftsteuerrechts durch das SEStEG stehen im Zusammenhang mit der Europäisierung des Gesellschaftsrechts. Seit dem 8. 10. 2004 existiert mit der Europäischen Aktiengesellschaft (kurz SE) eine Unternehmensform, die ihren Sitz ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit von einem in einen anderen Mitgliedstaat verlegen kann. Die steuerlichen Rahmenbedingungen für diese Sitzverlegung sind nach der EU-Fusionsrichtlinie seit dem 1. 1. 2006 in nationales Recht umzusetzen. Technisch erfolgt dies durch Änderungen im KStG. Danach ist die identitätswahrende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU/dem EWR steuerneutral, soweit das Vermögen der wegziehenden Gesellschaft weiterhin in Deutschland steuerverhaftet bleibt. Zur Wahrung des inländischen Besteuerungsrechts wird im KStG ein allgemeiner Entstrickungstatbestand eingeführt, der im Wesentlichen dem im EStG entspricht (vgl. hierzu *Stadler/Elser* ■ in diesem BB-Special). Zur Entstrickung kommt es aber nicht nur im Zusammenhang mit der Sitzverlegung, sondern in allen Fällen der Beschränkung oder des Verlusts des deutschen Besteuerungsrechts. Hier führt die Neuregelung zu Verschärfungen gegenüber der bisherigen Rechtslage, insbesondere in den in der Praxis wichtigen Fällen der Überführung von Wirtschaftsgütern in ausländische Betriebsstätten. Ebenfalls im Zusammenhang mit der Europäisierung des Gesellschaftsrechts steht die Erweiterung der Vorschriften zum steuerlichen Einlagekonto auf EU-ausländische Gesellschaften und Zuzugsfälle. Für das Körperschaftsteuerguthaben soll das bisherige System der ausschüttungsabhängigen Realisierung durch eine jährliche, ratierliche Gutschrift ersetzt werden. Das System der Körperschaftsteuererhöhung bei Ausschüttung von altem EK02 bleibt unverändert, allerdings gibt es auch hier Sonderregelungen für grenzüberschreitende Umwandlungen und Sitzverlegungen. Die Änderungen sind im Grundsatz zu begrüßen. Ihre Umsetzung führt jedoch in vielen Fällen zu Unstimmigkeiten und ungerechtfertigten Belastungen. Zudem enthält das neue Recht Verschärfungen, die nicht mit einer notwendigen Anpassung an EU-rechtliche Vorgaben im Gesellschafts- oder Steuerrecht zusammenhängen.

## **I. Körperschaftsteuerliche Entstrickung ohne Sitzverlegung**

### **1. Einführung eines allgemeinen körperschaftsteuerlichen Entstrickungstatbestands (§ 12 Abs. 1 KStG-E)**

Durch das SEStEG<sup>1</sup> soll korrespondierend zur Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E ein allgemeiner Entstrickungstatbestand in

\* Die Autoren sind Partner der Sozietät Linklaters.

das Körperschaftsteuerrecht eingeführt werden. Der vollständig neu gefasste § 12 Abs. 1 KStG-E hat folgenden Wortlaut:

„Wird bei der Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder der Nutzung eines Wirtschaftsguts ausgeschlossen oder beschränkt, gilt dies als Veräußerung oder Überlassung des Wirtschaftsguts zum gemeinen Wert; § 17 Abs. 5 Satz 2 des Einkommensteuergesetzes gilt entsprechend. Für die Bewertung von Pensionsrückstellungen gilt § 6 a des Einkommensteuergesetzes.“

Der Wortlaut stimmt weitgehend mit dem der Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E überein. Allerdings hat der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts bei der Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse, anders als die Entstrickung im Einkommensteuerrecht, keine fiktive Privatentnahme zur Folge. Weil die Körperschaft keine Privatsphäre hat<sup>2</sup>, gilt das entstrickte Wirtschaftsgut im Rahmen des § 12 Abs. 1 KStG-E als zum gemeinen Wert steuerpflichtig veräußert. Wie im Rahmen des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E gilt auch für § 12 Abs. 1 KStG-E das Prinzip der Sofortbesteuerung.

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs handelt es sich bei der Regelung des § 12 Abs. 1 KStG-E um eine Klarstellung zum geltenden Recht<sup>3</sup>. Durch das SEStEG sollen die bislang bestehenden Regelungen für das Ausscheiden aus der deutschen Steuerhoheit, welche auf verschiedene Gesetze und Normen verteilt sind (z. B. § 12 KStG, § 6 AStG, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG) oder auf Rechtsprechung (sog. finaler Entnahmebegriff<sup>4</sup>) und Verwaltungspraxis<sup>5</sup> beruhen, systematisch zusammengefasst und fortentwickelt werden. Tatsächlich geht die vorgesehene Regelung jedoch weit über eine Kodifizierung des geltenden Rechts hinaus. Denn anders als in der Regierungsbegründung angeführt, kennt das geltende Steuerrecht bei Wegfall oder Beschränkung des deutschen Steuerrechts keinen allgemeinen Entstrickungsgrundsatz. Für eine Besteuerung etwaiger stiller Reserven bedarf es deshalb sehr wohl einer gesetzlichen Regelung<sup>6</sup>.

§ 12 Abs. 1 KStG-E regelt unseres Erachtens ausschließlich die innerbetriebliche, grenzüberschreitende Entstrickung<sup>7</sup>. Vermögensübertragungen auf andere Rechtsträger fallen u.E. nicht unter diese Norm, weil es in diesen Fällen nach anderen Regelungen zu einer Realisierung und damit zu einer Ausübung – und gerade nicht zum Ausschluss oder zur Beschränkung – des deutschen Besteuerungsrechts kommt.

**Beispiel:** Die französische F-SA hält alle Anteile der deutschen X-GmbH. F-SA überführt ein Wirtschaftsgut mit stillen Reserven aus der X-GmbH ohne Gegenleistung nach Frankreich.

1 Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BR-Drs. 542/06 v. 11. 8. 2006 (nachfolgend kurz „SEStEG“). Die Einzelgesetze in der Fassung des SEStEG werden nachfolgend mit dem Zusatz „-E“ bezeichnet, z. B. EStG-E oder KStG-E.

2 Lang, in: Ernst & Young, KStG, § 8, Rdnr. 695.3; Frotscher, in: Frotscher/Maas, KStG, § 8, Rdnr. 24. Der BFH hat allerdings im Fall der Überführung eines Wirtschaftsguts aus dem Inland in eine ausländische Betriebsstätte mit Freistellungs-DBA eine Entnahme angenommen, vgl. BFH, 16. 7. 1969 – I 266/65, BStBl. II 1970, 175, BB 1970, 200; die betriebliche Sphäre soll an der Grenze enden.

3 SEStEG, 39.

4 BFH, 7. 10. 1974 – GrS 1/73, BStBl. II 1975, 168, BB 1975, 210; BFH, 14. 6. 1988 – VIII R 387/83, BStBl. II 1989, 187, BB 1989, 127; hierzu Höck, StW 2006, 129.

5 BMF, 24. 12. 1999 – IV B 4 – S 1300 – 111/99, zu den Grundsätzen der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen, BStBl. I 1999, 1076, geändert durch BMF-Schreiben vom 20. 11. 2000 – IV B 4 – S 1300 – 222/00, BStBl. I 2000, 1509, – „Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze“ – unter Tz. 2.6.

6 Vgl. Stadler/Elser in diesem BB-Special.

7 Insoweit missverständlich SEStEG, 48. Einen Sonderfall stellt die Beschränkung des Besteuerungsrechts aufgrund des Wegzugs einer Gesellschaft dar, an der die Körperschaft beteiligt ist. Hier gilt für den Fall, dass die wegziehende Gesellschaft eine SE ist, wegen des Verweises in § 12 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz KStG-E auf § 17 Abs. 5 Satz 2 EStG-E eine Ausnahme vom Prinzip der Sofortbesteuerung; s. hierzu unten III. 2. a) bb).

Hier liegt eine gesellschaftsrechtlich veranlasste Vermögensminderung und mithin eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vor<sup>8</sup>. Diese führt auf Ebene der X-GmbH zu einer außerbilanziellen Gewinnerhöhung in Höhe der Differenz zwischen dem Buchwert und dem gemeinen Wert des ins Ausland überführten Wirtschaftsguts<sup>9</sup>. Zudem unterliegt die vGA grundsätzlich auch der Kapitalertragsteuer<sup>10</sup>. Für die Anwendung des § 12 Abs. 1 KStG-E ist bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung kein Raum<sup>11</sup>.

**Beispiel:** Die deutsche X-AG legt ein Wirtschaftsgut mit stillen Reserven verdeckt in ihre 100%ige französische Tochter F-SA ein.

Eine Gewinnrealisierung bei X-AG ergibt sich hier nach den Grundsätzen der verdeckten Einlage<sup>12</sup>. Anders als bei der verdeckten Gewinnausschüttung soll die Realisierung nicht zum gemeinen Wert, sondern zum Teilwert erfolgen<sup>13</sup>. Entsprechend erhöhen sich die Anschaffungskosten der X-AG auf ihre Anteile an der F-SA (§ 6 Abs. 6 Satz 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG).

## 2. Hauptanwendungsfälle der körperschaftsteuerlichen Entstrickungsregelung (außerhalb von Sitzverlegungen)

Im Folgenden werden die Hauptanwendungsfälle der körperschaftsteuerlichen Entstrickungsregelung außerhalb von Sitzverlegungen dargestellt. Aufgrund der vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen und weitgehend identischen Rechtsfolgen gelten die Grundsätze des einkommensteuerlichen Entstrickungsstatbestands im Wesentlichen entsprechend<sup>14</sup>.

### a) Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte

Der wichtigste Fall, den der Gesetzgeber bei der Entstrickung ohne Sitzverlegung im Blick hat, dürfte die Überführung von Wirtschaftsgütern vom inländischen Stammhaus in eine ausländische Betriebsstätte sein.

**Beispiel:** Die deutsche A-AG möchte die Produktion in ihrer ausländischen Betriebsstätte ausweiten. Sie überführt deshalb eine Produktionsanlage (Buchwert 1000, gemeiner Wert im Zeitpunkt der Überführung 2000) von Deutschland in die ausländische Betriebsstätte.

Nach *bisherigem* Recht war wie folgt zu unterscheiden:

- Die Betriebsstätte liegt in einem Staat, mit dem kein DBA vereinbart ist (Nicht-DBA-Staat) oder in einem Staat, mit dem im einschlägigen DBA die Anrechnungsmethode vereinbart ist (Anrechnungs-DBA-Staat): Die Überführung löst grundsätzlich keine Besteuerung aus<sup>15</sup>. Das gilt unabhängig davon, dass etwaige ausländische Steuern, die auf den Betriebsstättengewinn erhoben werden, auf die deutschen Steuern anzurechnen sind<sup>16</sup>, die deutsche Besteuerung also insofern eingeschränkt wird.
- Die Betriebsstätte befindet sich in einem Staat, mit dem ein DBA besteht, welches für Betriebsstätteneinkünfte die Freistellungsmethode vorsieht (Freistellungs-DBA-Staat): Nach Ansicht der Finanzverwaltung erfolgt im Zeitpunkt der Überführung eine Gewinnrealisierung zum Fremdvergleichspreis, d.h. eine Aufdeckung der in dem Wirtschaftsgut enthaltenen stillen Reserven. Allerdings besteht die Möglichkeit, diesen Gewinn

<sup>8</sup> Schwedhelm, in: Streck, KStG, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 150 „Entnahme“.

<sup>9</sup> BFH, 18. 10. 1967 – I 262/63, BStBl. II 1968, 105; BFH, 27. 11. 1974 – I R 250/72, BStBl. II 1975, 306, BB 1975, 170.

<sup>10</sup> Sofern keine Befreiung nach § 43 b EStG besteht; BMF, 28. 4. 2003 – IV A2 – S 2750a – 7/03, BStBl. I 2003, 292, Tz. 21.

<sup>11</sup> So auch SEStEG, 48.

<sup>12</sup> Glanegger, in: L. Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 6 Rdnr. 550.

<sup>13</sup> Abschn. 40 Abs. 5 KStR 2004.

<sup>14</sup> Siehe hierzu *Stadler/Elser* in diesem BB-Special.

<sup>15</sup> Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tz. 2.6.1 (Fn. 5).

<sup>16</sup> Sei es nach § 34 c EStG oder dem jeweils einschlägigen DBA.

durch Bildung eines Ausgleichspostens erst bei Veräußerung oder Untergang des Wirtschaftsguts (spätestens aber nach Ablauf von zehn Jahren) zu versteuern<sup>17</sup>.

Nach der neuen *allgemeinen Entstrickungsregelung* des § 12 Abs. 1 KStG-E ist der Sachverhalt wie folgt zu behandeln:

- Überführung in Nicht-DBA-Staat: Nach den Vorstellungen des SEStEG kommt es in diesen Fällen zu einer *Beschränkung* des deutschen Besteuerungsrechts, da die auf den Betriebsstättengewinn im Ausland erhobenen Steuern auf die inländischen Steuer gemäß § 34c EStG angerechnet werden. An der Richtigkeit dieser Auffassung sind zwar Zweifel angebracht<sup>18</sup>; gleichwohl soll es nach dem Regierungsentwurf in diesen Fällen zu Sofortbesteuerung kommen. Auf die Höhe der ausländischen Steuer kommt es nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 KStG-E nicht an. U. E. muss jedoch jedenfalls in den Fällen, in denen der Nicht-DBA-Staat nach seinem Steuerrecht gar keine Ertragsteuern auf die Betriebsstättengewinne erhebt, eine Gewinnrealisierung ausscheiden, denn in diesem Fall kommt § 34c EStG faktisch nicht zur Anwendung und das Besteuerungsrecht steht der Bundesrepublik Deutschland nach § 49 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG noch uneingeschränkt zu. Zur Entstrickung nach § 12 Abs. 1 KStG-E könnte es allerdings dann kommen, wenn der ausländische Staat eine Ertragsbesteuerung der Betriebsstätte einführt.
- Überführung in Anrechnungs-DBA-Staat: In der Pflicht zur Anrechnung der ausländischen Steuer<sup>19</sup> liegt nach dem Verständnis des Gesetzgebers eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts. Dies führt zu einer steuerpflichtigen Entstrickung nach § 12 Abs. 1 KStG-E. Etwas anderes würde u. E. wiederum gelten, wenn und solange der ausländische Staat sein Besteuerungsrecht tatsächlich nicht ausübt.
- Überführung in Freistellungs-DBA-Staat: Hier soll nach den Vorstellungen des SEStEG das deutsche Besteuerungsrecht in Bezug auf das Wirtschaftsgut ausgeschlossen werden<sup>20</sup>. In der Literatur wird das mit zutreffenden Argumenten bestritten. Die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine in einem Freistellungs-DBA-Staat gelegene Betriebsstätte führt nach der Regelung des Art. 7 Abs. 1 OECD-MA richtigerweise weder zum Ausschluss noch zur Beschränkung des inländischen Besteuerungsrechts, denn Deutschland kann die bis zur Überführung entstandenen stillen Reserven weiterhin uneingeschränkt besteuern. Lediglich künftige Wertsteigerungen unterliegen nicht mehr dem inländischen Besteuerungszugriff. Im Regierungsentwurf hat dies aber keinen Niederschlag gefunden. Vielmehr soll bereits die durch die Überführung des Wirtschaftsguts ins Ausland eintretende Deckelung des deutschen Besteuerungsrechts auf Wertsteigerungen, die in der Zeit der Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum inländischen Stammhaus entstanden sind, die Sofortbesteuerung auslösen<sup>21</sup>.
- Bisher passive Anrechnungs-Betriebsstätte wird zur aktiven Betriebsstätte in Freistellungs-DBA-Staat: Schließlich ist auch denkbar, dass aus einer bislang passiv tätigen Betriebsstätte, für die nach § 20 AStG oder DBA-Aktivitätsklausel<sup>22</sup> trotz Bestehens

17 Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tz. 2.6.1 (Fn. 5). Stille Reserven in abnutzbaren Wirtschaftsgütern sind nach deren Nutzungsdauer im Ausland aufzulösen; grundlegend Förster/Naumann/Rosenberg, IStR 2005, 617, 620.

18 Zum Begriff des Ausschlusses oder der Beschränkung des Besteuerungsrechts vgl. Stadler/Elser in diesem BB-Special unter II. 2.; Hruschka, StUB 2006, 584, 585; nach Wassermeyer wird dagegen das Besteuerungsrecht Deutschlands bei Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte weder ausgeschlossen noch beschränkt, vgl. Wassermeyer, DB 2006, 1176; Werra/Teiche, DB 2006, 1455.

19 Entsprechend Art. 23 B OECD-MA.

20 Entsprechend Art. 7 und 23 A OECD-MA.

21 Zur Kritik vgl. Wassermeyer, DB 2006, 1176; Werra/Teiche, DB 2006, 1455; Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1483.

eines Freistellungs-DBA die Anrechnungsmethode galt, eine aktive Betriebsstätte wird, die dann für die Freistellungsmethode nach DBA qualifiziert, was zur Erstattung nach § 12 Abs. 1 KStG-E führt.

Anders als nach den bislang geltenden Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen soll es nicht mehr möglich sein, die sofortige Gewinnrealisierung durch einen außerbilanziellen Ausgleichsposten zu vermeiden bzw. aufzuschieben. Das neue Recht beinhaltet damit eine erhebliche Verschlechterung im Vergleich zur aktuellen Rechtslage. Hinzu kommt, dass die Realisierung zum gemeinen Wert und nicht mehr wie bisher zum Teilwert erfolgt. Der gemeine Wert beinhaltet regelmäßig einen Unternehmerlohn/Gewinnaufschlag<sup>23</sup>.

### **b) Überführung von Wirtschaftsgütern von einer inländischen Betriebsstätte in das ausländische Stammhaus**

Zu einem Verlust des deutschen Besteuerungsrechts kommt es (nach Vorstellung des SEStEG) auch, wenn Wirtschaftsgüter aus einer inländischen Betriebsstätte in das ausländische Stammhaus überführt werden.

**Beispiel:** Die französische X-SA unterhält in Deutschland eine Produktionsbetriebsstätte. Sie überführt Produktionsmittel, in denen stille Reserven enthalten sind, von der deutschen Betriebsstätte ins französische Stammhaus.

Nach bisherigem Recht führt die Überführung zu einer steuerpflichtigen Entnahme. Die betriebliche Sphäre der X-SA endet an der deutsch-französischen Grenze<sup>24</sup>. Das deutsche Besteuerungsrecht entfällt bereits gemäß § 49 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG; auf das Bestehen eines DBA kommt es nicht an<sup>25</sup>. Die Finanzverwaltung bewertet die Entnahme mit dem „Fremdpreis“. Es gibt keine Möglichkeit, die sofortige Besteuerung durch Bildung eines Ausgleichspostens zu vermeiden.

Nach § 12 Abs. 1 KStG-E führt die Überführung der Produktionsmittel zu deren fiktiver Veräußerung zum gemeinen Wert. Das neue Recht deckt sich damit grundsätzlich mit der bestehenden Rechtslage.

### **c) Sonstige Fälle der Entstrickung**

Nach dem sehr weiten Wortlaut des § 12 Abs. 1 KStG-E sind künftig Fälle denkbar, in denen eine steuerpflichtige Entstrickung ohne Zutun des Steuerpflichtigen eintritt.

**Beispiel:** Die in Deutschland ansässige D-AG unterhält eine Betriebsstätte in einem Anrechnungs-DBA-Staat. Das DBA wird neu verhandelt und sieht künftig die Freistellungsmethode vor.

Nach bisheriger Rechtslage führt der Abschluss des Freistellungs-DBA mangels Entnahmehandlung nicht zu einer Besteuerung<sup>26</sup>. Anders nach neuem Recht: Durch Übergang von der Anrechnungs- zur Freistellungsmethode wird das (eingeschränkte) deutsche Besteuerungsrecht in Bezug auf die Betriebsstätte ausgeschlossen. Bei wortlautgetreuer Auslegung des § 12 Abs. 1 KStG-E könnte man hierin eine steuerpflichtige Entstrickung sehen. Misslich ist, dass diese Steuerpflicht ohne jede Einflussnahmemöglichkeit der D-AG ausgelöst würde.

## **3. Sonderregelung für die Bewertung von Pensionsrückstellungen**

Sofern zum entstrickten Vermögen Pensionsrückstellungen gehören, ordnet § 12 Abs. 1 Satz 2 KStG-E eine Bewertung nach § 6a

<sup>22</sup> Vgl. z. B. Art. 24 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) DBA-Schweiz.

<sup>23</sup> Zu den Einzelheiten siehe *Stadler/Elser* in diesem BB-Special.

<sup>24</sup> BFH, 17. 12. 1997 – I R 95/96, BStBl. II 1998, 260, BB 1998, 630.

<sup>25</sup> *Hruschka*, StUB 2006, 584, 587.

<sup>26</sup> BFH, 16. 12. 1975 – VIII R 3/74, BStBl. II 1976, 246, BB 1976, 398.



EStG an. Die Regelung gilt nur für Körperschaften, da eine vergleichbare Formulierung in § 4 Abs. 1 EStG-E fehlt. Sie führt zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass stille Lasten, die in nach § 6a EStG angesetzten Pensionsrückstellungen enthalten sind, im Rahmen der Entstrickung unberücksichtigt bleiben.

**Beispiel:** Die in Deutschland ansässige D-AG überführt eine gesamte betriebliche Einheit in ihre ausländische Betriebsstätte. Die überführten (materiellen und immateriellen) Wirtschaftsgüter enthalten stille Reserven von 100. Daneben sind der betrieblichen Einheit Pensionsrückstellungen zuzuordnen, deren Verkehrswert 200 beträgt, die jedoch nach § 6a EStG mit 100 angesetzt sind.

Folgt man dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 KStG-E, so entsteht ein steuerpflichtiger Entstrickungsgewinn von 100, der nicht durch die stillen Lasten in den nach § 6a EStG bewerteten Pensionsrückstellungen gemindert wird. Nach der Regierungsbegründung<sup>27</sup>, die im Gesetzeswortlaut allerdings keine Stütze findet, sollen Sachgesamtheiten insgesamt (zum gemeinen Wert) bewertet werden. Dies ist zu begrüßen, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass stille Lasten im Entstrickungsfall nicht ausreichend berücksichtigt werden. Dieser Grundsatz muss aber für alle stille Lasten gelten, auch für solche in Pensionsrückstellungen. Zutreffenderweise müssen im Beispiel sowohl die stillen Reserven von 100 wie auch die stillen Lasten von 100 berücksichtigen werden, so dass sich ein Entstrickungsgewinn von Null ergibt. Die Sonderregelung in § 12 Abs. 1 Satz 2 KStG-E würde zur endgültigen Nichtberücksichtigung stiller Lasten in Pensionsrückstellungen führen und muss gestrichen werden. Das gleiche Problem stellt sich im Übrigen bei Vermögensübergängen nach §§ 3 und 11 UmwStG-E.<sup>28</sup>

#### 4. Kritik an der Sofortbesteuerung

Die Sofortbesteuerung ist unter europarechtlichen Aspekten höchst problematisch, insbesondere im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG. Nach herrschender Meinung sind die Grundsätze der Rechtssache *de Lasteyrie du Saillant*<sup>29</sup>, welche die französische Wegzugsbesteuerung von Privatpersonen betrafen, auch auf den betrieblichen Bereich übertragbar<sup>30</sup>. Die Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhalts gegenüber dem rein nationalen Sachverhalt ist offensichtlich, da die Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte ungünstiger behandelt wird (Sofortbesteuerung) als eine entsprechende Überführung im Inland (keine Besteuerung).

Die Frage ist daher, ob eine Rechtfertigung für die Benachteiligung und damit den potenziellen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit existiert. Der im Regierungsentwurf enthaltene Hinweis, dass die Sofortbesteuerung im Vergleich zur Stundungslösung lediglich zu Liquiditätseffekten führt, die sich über die Lebensdauer des Wirtschaftsguts wieder ausgleichen, überzeugt nicht, weil gerade der Liquiditätseffekt die Benachteiligung des grenzüberschreitenden Sachverhalts ausmacht; zudem gibt es zahlreiche Fälle, in denen die Sofortbesteuerung zu einer Besteuerung nicht vorhandener Werte führt, etwa beim Untergang des Wirtschaftsguts nach Überführung ins Ausland<sup>31</sup>. Wenig überzeugend ist auch die Begründung des SEStEG, dass eine Steuerstundungslösung (wie sie § 6 AStG-E bei Wegzug natürlicher Personen für im Privatvermögen gehaltene Anteile an Kapitalgesellschaften vorsieht) vor dem Hintergrund des Harmonisierungsstandes der direkten Besteuerung in der Europäischen Union nicht zu administrieren sei. Gleiches gilt für das Argument, dass die effektive

<sup>27</sup> SEStEG, 48.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu den Beitrag von *Schafitzl/Widmayer* in diesem BB-Special.

<sup>29</sup> EuGH, 11. 3. 2004 – C-9/02, RIW 2004, 392, EWS 2004, 180, GmbHR 2004, 504.

<sup>30</sup> *Rödler*, IStR 2005, 297; *Schönherr/Lemaître*, GmbHR 2006, 561, 563; *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, IWB Fach 11 Gr. 2, 747, 759.

<sup>31</sup> Vgl. *Rödler*, IStR 2005, 297.

grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Beitreibung von Steuerforderungen und im Rahmen der gegenseitigen Amtshilfe nicht erreicht sei<sup>32</sup>. Denn in der Vergangenheit hat die aufgeschobene Besteuerung nach den Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen im Großen und Ganzen funktioniert; Fälle spektakulärer Steuerausfälle sind jedenfalls nicht bekannt geworden<sup>33</sup>.

Deutschland muss nach den Vorgaben aus der Rechtssache *de Lasteyrie du Saillant* nicht endgültig auf die Besteuerung der in den überführten Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven verzichten. Es steht außer Frage, dass eine Stundungslösung, wonach die bei Entstrickung der Wirtschaftsgüter festzustellenden stillen Reserven zunächst ermittelt und deren Schicksal anschließend nachverfolgt werden muss, praktische Schwierigkeiten aufweist. Dass eine solche Regelung nicht unadministrativ oder sogar mangels Durchsetzbarkeit verfassungswidrig wäre, zeigt die bestehende Stundungsregelung in Österreich (vgl. hierzu *Lausterer* in diesem BB-Special). Zum anderen fragt sich, ob zur Lösung des Dilemmas mildere Mittel zur Verfügung stehen, z.B. eine abgemilderte, pauschalierte Form der Besteuerung der entstrickten stillen Reserven über einen längeren Zeitraum<sup>34</sup>. Zur grundlegenden Kritik am Konzept der Sofortbesteuerung vgl. auch *Stadler/Elser* in diesem BB-Special.

## 5. Nutzungsüberlassung

Wie die Parallelvorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 2. Halbsatz EStG-E regelt § 12 Abs. 1 KStG-E, dass Vorteile aus Nutzungsüberlassungen, für die das deutsche Besteuerungsrecht beschränkt oder ausgeschlossen ist, künftig mit dem gemeinen Wert zu besteuern sind<sup>35</sup>.

## 6. Erstmalige Anwendung

§ 12 Abs. 1 KStG-E soll erstmals für nach dem 31. 12. 2005 endende Wirtschaftsjahre gelten (§ 34 Abs. 8 Satz 2 ff. KStG-E). Bei abweichendem Wirtschaftsjahr würden die neuen Entstrickungsregelungen damit sogar schon vor 2006 gelten. Verfassungsrechtlich ist dies höchst bedenklich. Denn wie dargestellt, führt insbesondere die geplante Sofortbesteuerung bei Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte zu einer erheblichen Schlechterstellung gegenüber den Regelungen der Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze. Auf diese Grundsätze durfte ein Steuerpflichtiger, der Wirtschaftsgüter bereits überführt hat, aber vertrauen.

## II. Sitzverlegung

### 1. Einleitung

Die Verlegung des Satzungs- und/oder Geschäftssitzes einer deutschen Körperschaft in einen anderen Staat war bislang im deutschen Gesellschaftsrecht nicht ausdrücklich geregelt. Problematisch ist insbesondere die in Deutschland immer noch vorherrschende Sitztheorie. Danach ist für das Gesellschaftsstatut das Recht am Sitz der Gesellschaft maßgebend, nicht das von den Gründern bei Errichtung der Gesellschaft gewählte Recht (sog. Gründungstheorie)<sup>36</sup>. Basierend auf der Sitztheorie geht die herrschende Meinung davon aus, dass der Beschluss, den Sitzungssitz ins Ausland zu verlegen, als konkludenter Auflösungsbeschluss zu begreifen ist<sup>37</sup>. Dieselbe Folge soll nach überwiegender Meinung

<sup>32</sup> SEStEG, 39.

<sup>33</sup> *Wassermeyer*, DB 2006, 1176, 1180.

<sup>34</sup> Ebenso *Körner*, IStR 2006, 469.

<sup>35</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Stadler/Elser* in diesem BB-Special.

<sup>36</sup> Vgl. *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., unter § 1 II 8.

auch eintreten, wenn nur der (tatsächliche) Geschäftssitz verlegt wird und der Staat, in den dieser verlegt wird, nicht der Gründungstheorie folgt<sup>38</sup>. Der Zuzug EU-ausländischer Gesellschaften nach Deutschland wird dagegen auf Basis der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Centros*<sup>39</sup>, *Überseering*<sup>40</sup> und *Inspire Art*<sup>41</sup> inzwischen allgemein als zulässig angesehen<sup>42</sup>.

Die SE und SCE (nachfolgend zusammen „SE“) können seit dem 8. 10. 2004 nach der unmittelbar anwendbaren SE-VO<sup>43</sup> ihren Sitz ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit in einen anderen Mitgliedstaat verlegen; die Verlegung ist identitätswahrend, d. h. sie führt weder zur Auflösung der SE noch zur Gründung einer neuen juristischen Person. Art. 8 SE-VO regelt zwar ausdrücklich nur die Verlegung des Satzungssitzes einer SE. Allerdings ist nach Art. 11 Abs. 2 und Art. 7 SE-VO zwingend, dass sich der statutarische und der Geschäftssitz im selben Mitgliedstaat befinden müssen<sup>44</sup>.

Soweit eine deutsche Kapitalgesellschaft in anderer Rechtsform plant, nur ihren Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen, ist zu beachten, dass im Rahmen der sog. GmbH-Reform (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)) eine Streichung der §§ 4a Abs. 2 GmbHG und 5 Abs. 2 AktG erfolgen soll, um eine Verlegung nur des Verwaltungssitzes ins Ausland zu ermöglichen. Zudem besteht ein Vorentwurf eines EU-Richtlinienvorschlags zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU<sup>45</sup>.

Den steuerlichen Rahmen für die Sitzverlegung der SE gibt Art. 10b der Fusionsrichtlinie<sup>46</sup> („FusionsRL“) vor. Danach darf die Sitzverlegung auf Ebene der Gesellschaft keine Besteuerung auslösen, soweit das Vermögen der SE im Wegzugsstaat weiterhin tatsächlich einer Betriebsstätte zugerechnet bleibt und zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses beiträgt (Art. 10b Abs. 1 Buchst. b) FusionsRL). Für die Anteilseigner sieht Art. 10d FusionsRL ebenfalls generell die Steuerneutralität vor. Allerdings sollen die Mitgliedstaaten berechtigt sein, spätere Gewinne aus der Veräußerung der Anteile zu besteuern<sup>47</sup>.

Die Sitzverlegung einer SE fällt nach dem SEStEG aufgrund der Identitätswahrung nicht in den Anwendungsbereich des UmwStG. Vielmehr sind die allgemeinen Regelungen des EStG und KStG anzuwenden. Bislang ordnet § 12 Abs. 1 KStG für den Fall, dass eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft ihre Geschäftsleitung und/oder ihren Sitz ins Ausland verlegt und dadurch aus der unbeschränkten Steuerpflicht ausscheidet, eine Liquidationsbesteuerung entsprechend § 11 KStG an, d. h. die Realisierung aller stillen Reserven im Vermögen der Gesellschaft<sup>48</sup>. Nach dem SEStEG richtet sich die Besteuerung der Sitzverlegung

37 *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 4a Rdnr. 10 m. w. N.; BayObLG, 11. 2. 2004 – 3 Z BR 175/03, IStR 2004, 214.

38 *Altmeyden*, in: Miko-AktG, 2. Aufl. 2006, Bd. 9/2, Europ. AktR, Teil B, Rdnrn. 139, 147 ff.; OLG Hamm, 1. 2. 2001 – 15 W 390/00, NJW 2001, 2183, 2183.

39 EuGH, 9. 3. 1999 – C-212/97, BB 1999, 809 (Tenor), RIW 1999, 447, EWS 1999, 140, DB 1999, 625.

40 EuGH, 5. 11. 2002 – C-208/00, BB 2002, 2402, RIW 20002, 954, EWS 2002, 569, DB 2002, 2425.

41 EuGH, 30. 9. 2003 – C-167/01, BB 2003, 2195, RIW 2003, 957, EWS 2003, 513, GmbHR 2003, 1260.

42 Zu den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der Sitzverlegung siehe *Drinhausen/Gesell* in diesem BB-Special.

43 VO (EG) 2157/2001, ABI. EG Nr. L 294 v. 10. 11. 2001.

44 Ist dies nicht der Fall, so ist die SE durch den Mitgliedstaat, in dem sie ihren Satzungssitz hat, aufzufordern, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen (Art. 64 SE-VO). Sollte es trotz Aufforderung nicht zu einem Zusammenführen von Satzungs- und Geschäftsleitungssitz kommen, so wäre ein Zwangsliquidationsverfahren einzuleiten (Art. 64 Abs. 2 SE-VO, § 52 SEAG). Die Liquidation führt dann zur Liquidationsbesteuerung nach § 11 KStG.

45 Vgl. ZGR 1999, 157; IStR-Länderbericht Heft 7/2004.

46 RL 90/434/EWG v. 23. 7. 1990, letztmals geändert durch RL 2005/19/EG v. 17. 2. 2005, ABI. EG Nr. L 58, 19.

47 Art. 10d Abs. 2 FusionsRL.

nach dem allgemeinen Entstrickungstatbestand des § 12 Abs. 1 KStG-E. Eine (sofortige) Versteuerung tritt damit (nur) insoweit ein, als das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland durch den Wegzug beschränkt oder ausgeschlossen wird. Für die Sitzverlegung in einen nicht EU/EWR-Staat ordnet § 12 Abs. 3 KStG-E – wie bisher § 12 Abs. 1 KStG – die Liquidationsbesteuerung an. Der Gesetzgeber folgt damit den Vorgaben nach Art. 10b FusionsRL; die Anforderungen für die Steuerneutralität sind sogar etwas geringer, da jede steuerliche Verstrickung in Deutschland, d.h. auch außerhalb einer Betriebsstätte, ausreichend ist. Ob Art. 10b FusionsRL und damit ein Konzept der Sofortbesteuerung allerdings mit primärem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, ist fragwürdig<sup>49</sup>.

## 2. Sitzverlegung innerhalb der EU/des EWR

Ausgehend von den unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Prämissen wird nachfolgend zunächst die Sitzverlegung der SE und sodann die Sitzverlegung anderer Gesellschaftsformen, jeweils innerhalb der EU/des EWR, behandelt. Die Sitzverlegung mit Wegzug aus der EU/dem EWR wird anschließend dargestellt.

### a) Sitzverlegung der SE

#### aa) Besteuerung der Gesellschaft

##### (1) Wegzug aus Deutschland

Verlegt eine SE entsprechend den Vorgaben der SE-VO sowohl ihren Satzungs- als auch den Geschäftssitz aus Deutschland in einen anderen Mitgliedstaat, so entfällt ihre unbeschränkte Steuerpflicht in Deutschland nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. Anders als bisher führt der damit verbundene Wegfall der unbeschränkten Steuerpflicht nach dem SEStEG nicht mehr zu Liquidationsbesteuerung entsprechend § 11 KStG. Vielmehr gilt der allgemeine Entstrickungstatbestand des § 12 Abs. 1 KStG-E. Der Wegfall der unbeschränkten Steuerpflicht selbst löst keine Sofortbesteuerung der in dem Vermögen der SE enthaltenen stillen Reserven aus, soweit das Vermögen weiterhin in Deutschland steuerverstrickt bleibt.

Inländisches Immobilienvermögen bleibt beim Wegzug in Deutschland stets steuerverstrickt (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f) EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG und Art. 6 OECD-MA). Hierbei ist u.E. unerheblich, dass das bloße Halten von Immobilien durch eine ausländische Gesellschaft per se keine inländische Betriebsstätte begründet<sup>50</sup>, so dass Erträge aus dem Immobilienvermögen nicht mehr der Gewerbesteuer unterliegen<sup>51</sup>. Denn zum einen enthalten § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E, § 12 Abs. 1 KStG-E und andere Normen für diesen Fall keinen isolierten gewerbesteuerlichen Realisierungstatbestand<sup>52</sup>; zum anderen soll nach der Gesetzesbegründung die bloße Nichtausübung eines Besteuerungsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland nicht zu einem Abschluss/einer Einschränkung i. S. d. Vorschrift führen<sup>53</sup>.

Der in der Praxis bedeutsamste Fall der Steuerverstrickung ist aber, dass die Wirtschaftsgüter der SE in einer inländischen Betriebsstätte steuerverhaftet bleiben (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG und Art. 7 OECD-MA). Maßgebend ist dabei, ob bei wirtschaftsgutbezogener Betrachtung das deut-

48 Zur Kritik an der Besteuerung stiller Reserven, die nach der Sitzverlegung weiterhin in Deutschland steuerverhaftet bleiben, nach derzeitigem Recht *Dötsch*, in: *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 12 n. F. Rdnr. 21.

49 Vgl. hierzu bereits oben I. 4. und *Stadler/Elser* in diesem BB-Special.

50 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BFH, 10. 2. 1988 – VIII R 159/84, BStBl. II 1988, 653, BB 1988, 1319 Ls; Hessisches FG, 29. 9. 1999 – 4 K 4926/96, EFG 2000, 218.

51 Abschn. 22 Abs. 4 Satz 7 GewStR 1998.

52 *Schönherr/Lemaître*, GmbHR 2006, 561, 567.

53 Vgl. SEStEG, 48 zu einer Körperschaftsteuerbefreiung nach § 5 KStG.

sche Besteuerungsrecht infolge der Sitzverlegung beeinträchtigt wird. Die Zuordnung der jeweiligen Wirtschaftsgüter zur inländischen Betriebsstätte oder zum ausländischen Stammhaus richtet sich nach den Grundsätzen des internationalen Steuerrechts. Art. 7 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA spricht nur über die Zurechnung der Gewinne zur Betriebsstätte, macht aber zur Zurechnung der Wirtschaftsgüter selbst keine Aussage. Nach den Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen können Wirtschaftsgüter nur entweder dem Stammhaus oder der Betriebsstätte zugerechnet werden. Anschließend an die Rechtsprechung<sup>54</sup> sollen der Betriebsstätte diejenigen positiven und negativen Wirtschaftsgüter zugerechnet werden, die der Erfüllung ihrer Betriebsstättenfunktion dienen<sup>55</sup>.

**Beispiel:** Die D-SE verlegt ihren Satzungssitz und ihre Geschäftsleitung nach Frankreich. In Deutschland verbleibt eine Produktionseinrichtung mit Produktionsmitteln, in denen erhebliche stille Reserven enthalten sind. Die Produktionsmittel werden ausschließlich im Rahmen der Produktionstätigkeit in Deutschland eingesetzt.

Die Produktionsmittel dienen der Erfüllung der Betriebsstättenfunktion. Sie sind damit der deutschen Betriebsstätte zuzurechnen und es kommt insoweit nicht zu einer steuerpflichtigen Entstrickung. Gleiches würde gelten, wenn die Wirtschaftsgüter nur überwiegend zur Erzielung der Betriebsstätteneinkünfte beigetragen hätten<sup>56</sup>.

Problematisch sind beim Wegzug regelmäßig Beteiligungen und immaterielle Wirtschaftsgüter. Hier soll bei der Zurechnung nach Auffassung der Finanzverwaltung die Zentralfunktion des Stammhauses zu berücksichtigen sein. Danach soll es generell nicht zulässig sein, der Betriebsstätte eine Finanzierungsfunktion, eine Holdingfunktion oder eine Lizenzgeberfunktion einzuräumen<sup>57</sup>.

**Beispiel:** Die D-SE verlegt ihren Sitz nach Frankreich. Neben ihrer Produktionseinrichtung in Deutschland hält sie 100% der Anteile an der deutschen Y-GmbH. Diese stehen in keinem Zusammenhang mit der inländischen Produktionstätigkeit.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist die Beteiligung an der D-GmbH dem Stammhaus zuzuordnen. Weil das Besteuerungsrecht in Bezug auf die Beteiligung nach dem Wegzug in Frankreich liegt, kommt es zu einem sofortigen Entstrickungsgewinn, der u.E. grundsätzlich zu 95% steuerfrei ist (§ 8b Abs. 2, 3 KStG)<sup>58</sup>. Für nach bisherigem Recht entstandene einbringungsgeborene Anteile gilt jedoch ggf. nach § 8b Abs. 4 KStG die volle Steuerpflicht<sup>59</sup>.

Gravierender stellt sich das Problem in Bezug auf immaterielle Wirtschaftsgüter dar, denn diese sind, sofern selbst geschaffen, nicht aktiviert und eine Steuerbefreiung (nach § 8b Abs. 2 KStG) kommt für sie nicht in Betracht.

**Beispiel:** Die D-SE verlegt ihren Sitz nach Frankreich. Sie verfügt über einen wertvollen, selbst geschaffenen Geschäfts- oder Firmenwert.

Ordnet man mit der Finanzverwaltung den Geschäfts- oder Firmenwert nach dem Wegzug (zwingend) dem französischen Stammhaus zu, so kommt es zu einem voll steuerpflichtigen Entstrickungsgewinn. Da der Geschäfts- oder Firmenwert nicht aktiviert ist<sup>60</sup>, entspricht der steuerpflichtige Gewinn seinem gemei-

54 BFH, 29. 7. 1992 – II R 39/89, BStBl. II 1993, 63, BB 1992, 1925 Ls.

55 Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tz. 2.4 (Fn. 5).

56 Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tz. 2.4 Satz 4 (Fn. 5).

57 Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze, Tz. 2.4 Abs. 4 (Fn. 5). Zur Kritik der hieraus folgenden Einschränkung der Dispositionsmöglichkeiten des Steuerpflichtigen *Blumers*, DB 2006, 856, 857; *Kinzl*, IStR 2005, 693.

58 Ebenso *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, IWB Fach 11 Gr. 2, 747, 759. In BMF, 28. 4. 2003 (Fn. 10), Tz. 21, ist der Entstrickungsgewinn unter den „weiteren“ von § 8b Abs. 2 KStG begünstigten Fällen nicht explizit aufgeführt; da die Entstrickung aber als Veräußerung gilt, kommt u.E. bereits der Grundtatbestand des § 8b Abs. 2 KStG zur Anwendung.

59 Hier dürfte u.E. die Spezialregelung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG-E der Entstrickung nach § 12 Abs. 1 KStG-E vorgehen. Die Rechtsfolgen sind identisch. Zum neuen Konzept der Besteuerung von Einbringungen nach dem SEStEG vgl. den Beitrag von *Benz/Rosenberg*, ■ [in diesem BB-Special].

nen Wert. In vielen Fällen dürfte dies eine steuerneutrale Sitzverlegung – unabhängig von der Betriebsstätten-situation – unmöglich machen.

Zur Vermeidung der Sofortbesteuerung könnte überlegt werden, das von der Entstrickung bedrohte Betriebsvermögen vor dem Wegzug steuerneutral nach § 20 Abs. 1 UmwStG-E<sup>61</sup> in eine inländische Tochterkapitalgesellschaft einzubringen. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass in den Anteilen an der Tochtergesellschaft enthaltenen stillen Reserven nach § 12 Abs. 1 KStG-E i.V.m. § 8b Abs. 2, 3 KStG in Höhe von 5 % der inländischen Besteuerung unterliegen. Eine Besteuerung des Einbringungsvorgangs wird nach neuem Recht nicht ausgelöst.<sup>62</sup>

Eine Entstrickung beim Wegzug kommt schließlich auch in Bezug auf ausländisches Vermögen in Betracht.

**Beispiel:** Die D-SE verlegt wiederum ihren Sitz nach Frankreich. Sie unterhält eine ausländische Betriebsstätte in einem Nicht-DBA- oder Anrechnungs-DBA-Staat.

Mit Wegzug wird das deutsche Besteuerungsrecht bezüglich des ausländischen Betriebsstättenvermögens ausgeschlossen. Nach dem Verständnis des Gesetzgebers zum neuen Entstrickungstatbestand dürfte es dabei unerheblich sein, dass dieses Besteuerungsrecht bereits aufgrund der Pflicht zur Anrechnung ausländischer Steuern beschränkt war; es kommt also zur Besteuerung der in den der ausländischen Betriebsstätte zuzuordnenden stillen Reserven. Hier müsste u. E. jedenfalls die deutsche Steuer um die ausländische Steuer gemindert werden, die der ausländische Betriebsstättenstaat im Falle der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens erhoben hätte und die dann in Deutschland hätte angerechnet werden müssen.<sup>63</sup>

Im Hinblick auf einen etwaigen Verlustvortrag der wegziehenden SE enthält das SEStEG keine Sonderregelungen. Auf die nach dem Wegzug beschränkt steuerpflichtige SE findet daher § 10d EStG weiterhin Anwendung. Der Verlustvortrag kann damit mit künftigen inländischen Gewinnen, z. B. aus einer inländischen Betriebsstätte, verrechnet werden<sup>64</sup>. Dies entspricht der Regelung in Art. 10c Abs. 2 FusionsRL.

## (2) Wegzug aus einem ausländischen EU/EWR-Mitgliedstaat in einen anderen ausländischen Mitgliedstaat

Der Wegzug einer SE von einem ausländischen Mitgliedstaat in einen anderen ausländischen Mitgliedstaat sollte dagegen generell nicht zu einer steuerpflichtigen Entstrickung führen. In Betracht käme in diesem Fall eine Entstrickung nur in Bezug auf im Inland verhaftetes Vermögen der SE, wie beispielsweise inländisches Betriebsstätten- oder Immobilienvermögen. Dieses bleibt aber auch nach der Sitzverlegung der SE in einen anderen Mitgliedstaat regelmäßig in Deutschland verhaftet. Etwas anderes würde gelten, wenn das DBA mit dem Zuzugsstaat insoweit das

<sup>60</sup> § 4 Abs. 2 EStG, § 248 Abs. 2 HGB.

<sup>61</sup> Dies erfordert insbesondere, dass es sich bei dem eingebrachten Vermögen um einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil handelt; die Übertragung inländischen Grundvermögens löst Grunderwerbsteuer aus.

<sup>62</sup> Nach dem neuen Einbringungskonzept des UmwStG-E handelt es sich bei den Anteilen an der Tochterkapitalgesellschaft nicht mehr um einbringungsgeborene Anteile; die 95 %ige Steuerbefreiung von Veräußerungsgewinnen wird nicht mehr nach § 8b Abs. 4 KStG ausgeschlossen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn es sich bei dem übertragenen Vermögen um einbringungsgeborene Anteile nach altem Recht handelt; hier kommt nach § 27 Abs. 4 UmwStG-E weiterhin altes Recht zur Anwendung (zur Aufteilung in dem Fall, dass im eingebrachten Betriebsvermögen auch einbringungsgeborene Anteile enthalten sind vgl. BMF, 5. 1. 2004 – IV A 2 – S 2750a – 35/03, BStBl. I 2004, 44). Vgl. zum neuen Einbringungskonzept den Beitrag von *Benz/Rosenberg* ■ [in diesem BB-Special].

<sup>63</sup> Vgl. zur entsprechenden Regelung im Falle der Einbringung einer ausländischen Betriebsstätte in eine EU-Kapitalgesellschaft §§ 20 Abs. 7, 3 Abs. 3 UmwStG-E i.V.m. Art. 10 Abs. 2 FusionsRL.

<sup>64</sup> Ebenso *Kessler/Huck*, Der Konzern 2006, 352, 362; *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, IWB Fach 11 Gr. 2, 747, 759.

deutsche Besteuerungsrecht ausschließen würde. Dies sieht jedoch derzeit keines der von der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen DBA vor. Etwas anderes wäre auch dann denkbar, wenn nach der Betriebsstättendefinition des deutschen DBA mit dem ausländischen Wegzugsstaat bislang eine inländische Betriebsstätte vorlag, nach dem DBA mit dem ausländischen Zuzugsstaat dies hingegen nicht der Fall ist. Schließlich kann solcher Wegzug zum Ausschluss des Besteuerungsrechts an den Anteilen einer deutschen Immobilien-Kapitalgesellschaft führen. Dies ist dann der Fall, wenn das DBA mit dem Wegzugsstaat entsprechend Art. 13 Abs. 4 OECD-MA ein Besteuerungsrecht für Deutschland als Belegenheitsstaat der Immobilien vorsieht, während das DBA mit dem Zuzugsstaat das Besteuerungsrecht ausschließlich dem Sitzstaat des Anteilseigners zuweist.

### (3) Zuzug nach Deutschland

Beim Zuzug nach Deutschland kommt es grundsätzlich zu einer Verstrickung von Vermögen der SE im Inland (sog. Verstrickungseinlage). Der Regierungsentwurf sieht insoweit keine gesonderte Verstrickungsregelung im KStG vor. Die Verstrickung beurteilt sich damit nach den allgemeinen Regelungen des EStG, also nach §§ 4 Abs. 1 Satz 8, 6 Abs. 1 Nr. 5a EStG-E i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG. Nach den Vorstellungen des SEStEG kommt es danach nur zum Ansatz mit dem gemeinen Wert (d.h. einer Aufstockung), sofern die stillen Reserven in den Wirtschaftsgütern im Inland *erstmalig* steuerlich verstrickt werden<sup>65</sup>.

**Beispiel:** Die F-SA verlegt ihren Sitz von Frankreich nach Deutschland. Sie verfügt über Beteiligungen an französischen Tochtergesellschaften, in Deutschland belegenes Immobilienvermögen sowie eine Produktionsbetriebsstätte in einem dritten Staat, mit dem Deutschland im DBA die Anrechnungsmethode vereinbart hat.

Erstmalig im Inland steuerverstrickt werden die Beteiligungen (generell funktionale Zuordnung zum Stammhaus) sowie die Wirtschaftsgüter in dem ausländischen Betriebsstättenvermögen (erstmaliges – wenn auch aufgrund der Anrechnungsmethode eingeschränktes – Besteuerungsrecht in Deutschland). Insoweit erfolgt ein Ansatz mit dem gemeinen Wert (§ 6 Abs. 1 Nr. 5a EStG-E). Das inländische Immobilienvermögen, welches bereits im Inland steuerverhaftet war, wird weiterhin mit dem Buchwert angesetzt, insoweit kommt es nicht zu einer Aufstockung, die eine Gewinnrealisierung zur Folge hätte<sup>66</sup>.

Auslandsverluste der zuziehenden Gesellschaft können nur im Ausland geltend gemacht werden.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen bei *Stadler/Elser* in diesem BB-Special verwiesen.

### bb) Besteuerung der Anteilseigner

Die gesellschaftsrechtlich identitätswahrende Sitzverlegung der SE<sup>67</sup> stellt beim Anteilseigner keinen Veräußerungstatbestand dar. Möglich ist aber, dass es hierdurch zum Ausschluss oder zur Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts in Bezug auf die vom Anteilseigner gehaltenen Anteile kommt. Dies betrifft z.B. den Fall der Sitzverlegung einer deutschen SE, an der ein in einem Nicht-DBA-Staat ansässiger Anteilseigner beteiligt ist, der vor der Sitzverlegung mit einem Gewinn aus der Veräußerung der Anteile der Besteuerung unterliegt. Die Besteuerung der Anteilseigner bei Wegzug der Gesellschaft richtet sich dann nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E<sup>68</sup>, § 12 Abs. 1 KStG-E und § 17 Abs. 5 EStG-E.

<sup>65</sup> SEStEG, 43.

<sup>66</sup> Grundlegend zum Wertansatz bei Verstrickung *Hruschka*, StUB 2006, 584 unter 2.

<sup>67</sup> Sofern die Sitzverlegung einer Nicht-SE zu einer Liquidation der Gesellschaft führt, erfolgt auf der Ebene der Anteilseigner eine Besteuerung nach § 17 Abs. 4 EStG bzw. § 8 b Abs. 1 KStG, vgl. BMF, 28. 4. 2003 (Fn. 10), Tz. 7.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu bereits *Stadler/Elser* ■ [in diesem BB-Special].

**Beispiel:** X ist in einem Nicht-DBA-Staat ansässig und hält 5% der Anteile an der in Deutschland ansässigen D-SE. Die D-SE verlegt ihren Sitz nach Frankreich.

Vor dem Wegzug sind die Anteile des X nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e) EStG im Inland steuerverstrickt. Die beschränkte Steuerpflicht und damit die Steuerverstrickung entfallen mit Wegzug der D-SE nach Frankreich.

Für Anteilseigner, die in einem DBA-Staat ansässig sind, stellt sich die gleiche Situation regelmäßig anders dar.

**Beispiel:** Ein in Frankreich ansässiger Anteilseigner ist zu 10% an der inländischen D-SE beteiligt. Die D-SE verlegt Sitz und Geschäftsleitung nach Frankreich.

Der in Frankreich ansässige Anteilseigner war zwar nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e) i.V.m. § 17 EStG mit einem Veräußerungsgewinn in Deutschland beschränkt steuerpflichtig. Wegen Art. 7 Abs. 1 DBA-Frankreich darf allerdings nur Frankreich als Wohnsitzstaat den Veräußerungsgewinn besteuern<sup>69</sup>.

Auch für Steuerinländer als Anteilseigner kommt es in der Mehrzahl der praktischen Fälle nicht zum Ausschluss oder zur Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts, weil die meisten der von Deutschland geschlossenen DBA das Besteuerungsrecht im Hinblick auf die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften ausschließlich dem Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners zuweisen. In Ausnahmefällen kann dies aber anders sein.

**Beispiel:** An der deutschen D-SE sind Herr A sowie Y-GmbH (beide im Inland unbeschränkt steuerpflichtig) zu jeweils 50% beteiligt. Herr A hält die Anteile im Privatvermögen. Die D-SE verlegt ihren Sitz nach Tschechien.

Die Sitzverlegung der D-SE führt zu einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der SE-Anteile, da Art. 23 Abs. 1 Buchst. b) Nr. 3 i.V.m. 13 Abs. 3 DBA-Tschechoslowakei eine Verpflichtung zur Anrechnung der tschechischen Steuer vorsieht.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E, § 12 Abs. 1 KStG-E und § 17 Abs. 5 EStG-E wird im Fall des Ausschlusses oder der Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts grundsätzlich eine Privatentnahme bzw. eine Veräußerung zum gemeinen Wert fingiert<sup>70</sup>. Für Anteilseigner, die die Anteile im Privatvermögen halten und nicht im Sinne des § 17 EStG beteiligt sind, kommt eine Besteuerung mangels Sonderregelung dagegen nicht in Betracht. Dabei ist unerheblich, ob die Spekulationsfrist des § 23 EStG bereits abgelaufen war<sup>71</sup>. Gleiches gilt für Steuerausländer, die nicht i.S.d. § 17 EStG beteiligt sind<sup>72</sup>.

Handelt es sich bei der Gesellschaft, deren Sitz verlegt wird, um eine SE, so ist zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die Fusionsrichtlinie<sup>73</sup> vorgesehen, dass nur der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der Anteile – ungeachtet der Bestimmungen eines DBA – in der gleichen Art und Weise zu besteuern ist, wie die Veräußerung der Anteile zu besteuern gewesen wäre, wenn keine Sitzverlegung stattgefunden hätte (§ 4 Abs. 1 Sätze 4 und 5 EStG-E, § 17 Abs. 5 Satz 2 EStG-E, § 12 Abs. 1 2. Halbsatz KStG-E). In diesen Fällen findet eine Besteuerung zwar erst bei tatsächlicher Veräußerung der Beteiligung statt; dann allerdings bezogen auf den tatsächlichen Veräußerungsgewinn und nicht den gemeinen Wert im Zeitpunkt der Sitzverlegung. Diese Regelung stellt einen

<sup>69</sup> Etwas anderes könnte sich für den Fall ergeben, dass es sich bei der D-SE um eine Immobiliengesellschaft handelt und das anwendbare DBA eine Regelung entsprechend Art. 13 Abs. 4 OECD-MA enthält.

<sup>70</sup> Für die Y-GmbH folgt dies aus der allgemeinen Entstrickungsregelung des § 12 Abs. 1 KStG-E, s. oben I.

<sup>71</sup> Da die Sitzverlegung identitätswahrend ist, beginnt mit dem Wegzug auch keine neue Spekulationsfrist.

<sup>72</sup> Hier besteht schon keine beschränkte Steuerpflicht nach § 49 Abs. 1 EStG.

<sup>73</sup> Art. 10 d FusionsRL.



treaty override dar, der zu einer DBA-rechtlich unzulässigen Doppelbesteuerung führen kann<sup>74</sup>.

Sofern es nach den o.g. Vorschriften zu einer Steuerpflicht der Anteilseigner kommt, so finden u.E. insoweit die allgemeinen Steuerbefreiungen des Halbeinkünfteverfahrens Anwendung. Fiktive Entnahmegewinne natürlicher Personen sind damit grundsätzlich zur Hälfte (§ 3 Nr. 40 EStG) und fiktive Veräußerungsgewinne von Körperschaften grundsätzlich zu 95 % steuerfrei (§ 8b Abs. 2, 3 KStG), sofern es sich nicht ausnahmsweise um nach derzeitigem Recht geschaffene schädliche einbringungsgeborene Anteile handelt<sup>75</sup>.

### b) Sitzverlegung anderer Kapitalgesellschaften innerhalb der EU/des EWR

Die steuerliche Behandlung einer gesellschaftsrechtlich zulässigen Sitzverlegung anderer Kapitalgesellschaften als der SE/SCE innerhalb der EU/des EWR ist ebenfalls nach § 12 Abs. 1 KStG-E zu beurteilen. § 12 Abs. 1 KStG in seiner derzeitigen Fassung, der bei Ausscheiden aus der unbeschränkten Steuerpflicht die Liquidationsbesteuerung nach § 11 KStG vorsieht, soll im EU-Kontext insgesamt abgeschafft werden. Ist die Sitzverlegung damit gesellschaftsrechtlich zulässig, gelten die Ausführungen zur SE entsprechend<sup>76</sup>.

Schwieriger ist die Situation, wenn die Sitzverlegung gesellschaftsrechtlich unzulässig ist, aber dennoch erfolgt<sup>77</sup>. Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine deutsche GmbH oder AG ihren satzungsmäßigen Sitz aus Deutschland, wo die Sitztheorie gilt, ins Ausland verlegen will. Hier könnte es zur Liquidationsbesteuerung nach § 11 KStG kommen, wenn die Sitzverlegung der Gesellschaft – die sich nicht auf Art. 8 SE-VO stützen kann – im Ergebnis zur Liquidation der Gesellschaft führt<sup>78</sup>. Zutreffenderweise ist die Besteuerung gemäß § 11 KStG jedoch unabhängig von der zivilrechtlichen Rechtslage zu beurteilen. Eine Liquidationsbesteuerung erfolgt damit nicht bereits im Falle einer gesellschaftsrechtlich unzulässigen Sitzverlegung, sondern nur wenn die Gesellschaft *tatsächlich* aufgelöst und abgewickelt wird. Dies ist beispielsweise bei bloßer faktischer Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland nicht gegeben<sup>79</sup>.

Für den Zuzug ins Inland gelten die Ausführungen zur SE entsprechend.

### 3. Sitzverlegung mit Wegzug aus der EU/dem EWR

Korrespondierend zur bisherigen Regelung des § 12 Abs. 1 KStG ordnet § 12 Abs. 3 KStG-E im Fall der Sitzverlegung mit Ausscheiden aus der unbeschränkten Steuerpflicht in der EU/dem EWR eine Liquidationsbesteuerung an. Die geplante Neuregelung lautet wie folgt:

„Verlegt eine Körperschaft ... ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz und scheidet dadurch aus der unbeschränkten Steuerpflicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat aus, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, gilt sie als aufgelöst, und § 11 ist entsprechend anzuwenden. Gleiches gilt, wenn

<sup>74</sup> Vgl. hierzu bereits *Stadler/Elser* ■ [in diesem BB-Special].

<sup>75</sup> Die Realisierung dürfte sich dann bereits aus § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG ergeben.

<sup>76</sup> Dies gilt u. E. auch hinsichtlich der Besteuerung der Anteilseigner. Insbesondere gilt auch § 17 Abs. 5 Satz 2 EStG-E entsprechend, denn die Norm spricht sowohl von Sitzverlegungen nach der Art. 8 der SE-VO als auch allgemein von Sitzverlegungen in einen Mitgliedstaat der EU. Die Gesetzesbegründung spricht indes nur von Sitzverlegungen der SE oder SCE.

<sup>77</sup> *Altmeppen*, in: MüKo-AktG, 2. Aufl., Bd. 9/2, Europ. AktR, Teil B Rdnr. 139; *Haase*, IWB, Fach 11 Gr. 2, 536.

<sup>78</sup> *Ebenroth/Auer*, RIW 1992, Beilage 1, Rdnr. 39, 40.

<sup>79</sup> *Dötsch*, in: *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 11 Rdnr. 5; *Frotscher*, in: *Frotscher/Maas*, KStG, § 11 Rdnr. 8; *Lambrecht*, in: *Gosch*, KStG, ■ Aufl. 2005, § 11 Rdnr. 24.

die Körperschaft ... aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung infolge der Verlegung ihres Sitzes oder ihrer Geschäftsleitung als außerhalb des Hoheitsgebiets der in Satz 1 genannten Staaten ansässig anzusehen ist. An die Stelle des zur Verteilung kommenden Vermögens tritt der gemeine Wert des vorhandenen Vermögens.“

Anders als nach § 12 Abs. 1 KStG-E führt der Wegzug aus der EU/dem EWR dem Wortlaut nach nicht zu einer wirtschaftsgutsbezogenen Besteuerung, sondern zur Besteuerung der stillen Reserven des gesamten Vermögens. Dabei ist nach dem Wortlaut der Vorschrift unerheblich, ob alle oder einzelne Wirtschaftsgüter nach dem Wegzug in Deutschland – etwa in einer Betriebsstätte – steuererstrickt bleiben. Insoweit droht eine Übermaßbesteuerung<sup>80</sup>.

§ 12 Abs. 3 KStG-E greift nur, wenn eine unbeschränkte Steuerpflicht in der EU/dem EWR bestand und diese durch den Wegzug wegfällt<sup>81</sup>. Sie findet keine Anwendung auf reine Drittlandsfälle, d. h. etwa den Wegzug einer Körperschaft mit inländischem Betriebsstättenvermögen in einen anderen Drittstaat<sup>82</sup>.

### III. Europäisierung des Einlagekontos

Mit den Änderungen der §§ 27–29 KStG soll insbesondere die Besteuerung der Einlagenrückgewähr „europäisiert“ werden. Darüber hinaus enthält der Regierungsentwurf jedoch Verschärfungen gegenüber der bisherigen Rechtslage, etwa die Abschaffung des „Direktzugriffs“ auf das Einlagekonto.

#### 1. Ausschluss des Direktzugriffs

Leistungen einer Kapitalgesellschaft, für die das Einlagekonto i. S. d. § 27 KStG als verwendet gilt (Einlagenrückgewähr), gehören nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG nicht zu den Einnahmen. Ob eine Einlagenrückgewähr vorliegt, ergibt sich aus der in § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG enthaltenen Differenzrechnung. Danach liegt eine Rückzahlung aus dem Einlagekonto nur vor, soweit die Leistungen den auf den Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ermittelten ausschüttbaren Gewinn übersteigen. Dies hat zur Folge, dass es beim Anteilseigner vorrangig zur Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren kommt und nicht zur (nicht steuerbaren) Rückzahlung aus dem Einlagekonto. Das bisherige Recht lässt in bestimmten Fällen einen Direktzugriff auf das Einlagekonto zu, etwa bei der Rückzahlung von Nachschüssen der Anteilseigner gem. § 26 GmbHG, welche gem. § 30 Abs. 2 GmbHG nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind<sup>83</sup>. Das Steuerrecht folgt hier der handelsrechtlichen Einordnung, wonach solche Zahlungen kein Kapitalertrag sind<sup>84</sup>.

Künftig soll ein Direktzugriff auf das Einlagekonto ausgeschlossen sein. Denn die Beurteilung, ob eine Leistung eine Einlagenrückgewähr darstellt, soll nach § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG-E künftig „unabhängig von ihrer handelsrechtlichen Einordnung“ erfolgen. Begründet wird die Verschärfung damit, dass es wegen der Ausdehnung der Regelungen zum Einlagekonto auf Auslandssachverhalte andernfalls erforderlich wäre, die jeweiligen ausländischen

<sup>80</sup> Für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des bisherigen § 12 Abs. 1 KStG auf Wirtschaftsgüter, die aus der Besteuerungshoheit der Bundesrepublik Deutschland ausscheiden *Förster/Lange*, RfW 2002, 585, 587; *Herzig/Griemla*, StuW 2002, 55, 75; *Rödter/Schumacher*, DStR 2001, 1686.

<sup>81</sup> Die Formulierung ist indes unglücklich. Streng genommen enthält die unbeschränkte Steuerpflicht *in einem* Mitgliedstaat auch dann, wenn eine Gesellschaft von einem in einen anderen Mitgliedstaat zieht. Dass dies nicht gewollt ist, zeigt die Gesetzesbegründung, die zutreffend vom Verlust der unbeschränkten Steuerpflicht *in der EU oder dem EWR* spricht (vgl. SEStEG, 49).

<sup>82</sup> Ebenso *Rödter/Schumacher*, DStR 2006, 1481, 1489.

<sup>83</sup> BFH, 30. 5. 1990 – I R 41/87, BStBl. II 1991, 588, BB 1990, 1960 unter 3. b); BfM, 4. 6. 2003 – IV A 2 – S 2836 – 2/03, BStBl. I 2003, 366, Tz. 29.

<sup>84</sup> *Dötsch*, in: *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, KStG, 53. Erg.-Lfg., § 27 n. F., Tz. 28 c.

Rechtsordnungen dahingehend zu überprüfen, ob sie einen Direktzugriff zulassen. Der generelle Ausschluss des Direktzugriffs diene der Verwaltungsvereinfachung und der Vermeidung von Gestaltungen<sup>85</sup>. Anders als noch im Referentenentwurf soll jedoch der Direktzugriff auf das Einlagekonto gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 KStG bei einer Herabsetzung des Nennkapitals oder der Auflösung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen werden<sup>86</sup>.

## 2. Kein negatives Einlagekonto

§ 27 Abs. 1 Satz 4 KStG-E sieht vor, dass das Einlagekonto durch Leistungen nicht negativ werden kann. Dies korrespondiert mit dem Verbot des Direktzugriffs, wodurch das Einlagekonto ausnahmsweise negativ werden konnte, und entspricht im Übrigen der Verwaltungsauffassung<sup>87</sup>. Allerdings kann ein negatives Einlagekonto gemäß § 27 Abs. 1 Satz 4 a. E. KStG-E nach wie vor durch Mehrabführungen (§ 27 Abs. 6 KStG) oder entsprechende Bescheinigungen (§ 27 Abs. 1 Satz 6 KStG-E) entstehen.

## 3. Feststellung des Einlagekontos bei Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht

Nach § 27 Abs. 2 Satz 3 KStG-E ist künftig bei Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht der Bestand der nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen gesondert festzustellen. Dieser Bestand gilt als Bestand des steuerlichen Einlagekontos am Ende des *vorangegangenen* Wirtschaftsjahrs. Der Grundfall, den der Gesetzgeber mit der Norm im Auge hat, ist der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft, für die bislang kein Einlagekonto festzustellen war, nach Deutschland. Im Ausland geleistete Einlagen sollen damit bei der Feststellung des Einlagekontos berücksichtigt werden.

Nach der Gesetzesbegründung wird bei Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht der Bestand des steuerlichen Einlagekontos so festgestellt, wie er sich ergeben hätte, wenn die Gesellschaft von Anfang an der unbeschränkten Steuerpflicht unterlegen hätte<sup>88</sup>. Dafür muss die Gesellschaft nachweisen, in welcher Höhe offene oder verdeckte Einlagen geleistet und ggf. bereits zurückgezahlt worden sind. Bei Gesellschaften, die schon länger bestehen und bei denen verschiedene Kapitalmaßnahmen durchgeführt wurden, ist das bei Zugrundelegung des deutschen KStG unpraktikabel oder sogar unmöglich<sup>89</sup>. Vielmehr sollte auf die Grundsätze der Rechtsprechung des BFH zur bisherigen Ermittlung einer nicht steuerbaren Einlagenrückgewähr durch eine ausländische Gesellschaft zurückgegriffen werden. Hierfür hat der BFH losgelöst von § 27 KStG allein auf das Heimatrecht (Personal- und Gesellschaftsrecht) der ausländischen Gesellschaft und der dortigen Behandlung abgestellt<sup>90</sup>.

Konsequenterweise sollen die Regelungen zur erstmaligen Feststellung des Einlagekontos auch bei Neugründungen gelten, denn diese führt ebenfalls zum Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht<sup>91</sup>. Einlagen, die die Gesellschaft in ihrer Eröffnungsbilanz ausweist, erhöhen ihr Einlagekonto damit sofort. Der so festgestellte Bestand gilt als Einlagekonto zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs.

85 SEStEG, 50.

86 Bereits nach derzeitigem Recht liegt jedoch eine Gewinnausschüttung vor, soweit das Nennkapital durch Umwandlung von Gewinnrücklagen gebildet wurde (sog. Sonderausweis, § 28 Abs. 1 Satz 3 KStG). Hieran soll sich nichts ändern.

87 BMF, 4. 6. 2003 (Fn. 83), Tz. 10.

88 SEStEG, 50.

89 Ebenso *Schönherr/Lemaître*, GmbHR 2006, 561, 568.

90 BFH, 14. 10. 1992 – I R 1/91, BStBl. II 1993, 189, BB 1993, 40, unter 2. a) (Schweizer AG); BFH, 27. 4. 2000 – I R 58/99, BStBl. II 2001, 168, BB 2000, 2136, unter 7. (Italienische S.p.A.); OFD Frankfurt a. M., 17. 4. 2000 – S 2143 A – 36 – St II 21, BB 2000, 1460, Zusätze unter 1.

91 SEStEG, 50.

Die Fiktion des Zugangs zum Einlagekonto zum Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs hat u.E. Bedeutung für die steuerliche Behandlung von Ausschüttungen im Jahr des Zuzugs oder der Neugründung. Diese Ausschüttungen gelten u.E. künftig – mangels eines ausschüttbaren Gewinns i.S.d. § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG – als vorrangig aus dem Einlagekonto geleistet<sup>92</sup>.

#### 4. Hereinverschmelzung/-spaltung

Für die grenzüberschreitende Hereinverschmelzung oder -spaltung auf eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft gilt Entsprechendes wie beim Zuzug. § 29 Abs. 6 i.V.m. § 27 Abs. 8 KStG-E sehen i.V.m. § 29 Abs. 2 und 3 KStG ebenfalls eine förmliches Feststellungsverfahren zur Ermittlung des Einlagekontos der ausländischen Überträgerin vor. Zur Ermittlung der in das Einlagekonto der übernehmenden inländischen Gesellschaft übergehenden Beträge wird der Bestand der noch vorhandenen Beträge aus geleisteten offenen und verdeckten Einlagen bei der übertragenden Gesellschaft festgestellt. Hinsichtlich der Ermittlung stellen sich die unter 3. dargestellten Probleme. Der Verweis auf § 27 Abs. 8 KStG-E soll sich nur auf die dortigen Verfahrensgrundsätze beziehen<sup>93</sup>.

#### 5. Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Einlagekontos auf in anderen EU-Mitgliedstaaten ansässige Körperschaften

Steuerfreie Leistungen aus dem Einlagekonto (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG) sollen künftig auch Gesellschaften erbringen können, die in einem anderen europäischen Mitgliedstaat unbeschränkt steuerpflichtig sind (§ 27 Abs. 8 KStG-E). Nach bisheriger Verwaltungsauffassung war dies nicht möglich<sup>94</sup>. In Bezug auf Einlagenrückzahlungen durch EU-ausländische Gesellschaften bestehen hiergegen erhebliche europarechtliche Bedenken<sup>95</sup>, die durch das SEStEG beseitigt werden sollen.

Die Ermittlung, ob die Leistung einer ausländischen Gesellschaft eine Einlagenrückgewähr darstellt, erfolgt nach einem auf Antrag durchzuführenden förmlichen Verfahren nach § 27 Abs. 8 KStG-E. Der Antrag kann nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck bis zum Ende des dem Kalenderjahr der Leistung folgenden Kalenderjahres gestellt werden (§ 27 Abs. 8 Satz 4 KStG-E). Soweit die Zuständigkeit eines Finanzamtes nicht nach § 20 AO begründet ist, ist abweichend von § 24 AO das Bundeszentralamt für Steuern zuständig. Zur Ermittlung bzw. Berechnung der Einlagenrückgewähr sind im Antrag der leistenden Körperschaft die erforderlichen Umstände darzulegen. Unklar ist dabei insbesondere, ob die Ermittlung des ausschüttbaren Gewinns der ausländischen Gesellschaft nach den Regelungen des deutschen oder ausländischen Steuerrechts zu erfolgen hat. Wäre das deutsche KStG maßgeblich, so wäre die Regelung völlig unpraktikabel<sup>96</sup>. U.E. muss sich die konkrete Ermittlung der Einlagenrückgewähr – nach der Rechtsprechung des BFH – gemäß dem Heimatrecht der ausländischen Gesellschaft richten<sup>97</sup>. Erfolgt keine gesonderte Feststellung durch die ausländische Gesellschaft gelten gem. § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG-E die Leistungen in voller Höhe als steuerpflichtige Gewinnausschüttungen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 9 EStG. Soweit bei der Gesellschaft die Einlagenrückgewähr gem. § 27 Abs. 8 KStG-E

<sup>92</sup> Anders die bisherige Verwaltungsmeinung, wonach Zugänge zum Einlagekonto im Gründungsjahr erst zum Schluss des ersten Wirtschaftsjahrs zu erfassen sind, vgl. BMF, 4. 6. 2003 (Fn. 83), Tz. 6.

<sup>93</sup> SEStEG, 51.

<sup>94</sup> BMF, 4. 6. 2003 (Fn. 83), Tz. 2. Nach a. A. besteht eine ungewollte Gesetzeslücke, so dass bei Nachweis der Verwendung des Einlagekontos eine Steuerbefreiung zu gewähren ist, vgl. Frotsher, in: Frotsher/Maas, KStG, § 27 Rdnr. 10 a.

<sup>95</sup> Van Lishaut/Förster, FR 2002, 1205, 1207.

<sup>96</sup> Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1490.

<sup>97</sup> Fundstellen siehe oben Fn. 90.

festgestellt worden ist, finden § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 KapErhStG keine Anwendung, § 7 Abs. 2 Satz 3 KapErhStG-E<sup>98</sup>. Ob angesichts dieser Rechtsfolge die europarechtlichen Bedenken beseitigt werden, ist fraglich<sup>99</sup>.

Nicht von § 27 Abs. 8 KStG erfasst sind ausländische Gesellschaften aus Drittstaaten oder anderen EWR-Staaten. Für diese besteht damit weiterhin das Risiko, dass eine Einlagenrückgewähr (mit der Ausnahme der Rückzahlung von Nennkapital) als steuerpflichtige Einnahme nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG behandelt wird<sup>100</sup>.

#### IV. Rationelle Auszahlung von Körperschaftsteuerguthaben

Nach dem bisherigen System wird das aus der Zeit des Anrechnungsverfahrens stammende Körperschaftsteuerguthaben durch ordentliche Gewinnausschüttungen in Form einer Minderung der Körperschaftsteuer realisiert<sup>101</sup>. Die Gesetzesbegründung zum SEStEG bezeichnet das bisherige System als für die betroffenen Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung sehr aufwändig. Es sei zudem grenzüberschreitend nicht zu administrieren und trotz mehrfacher Korrekturen in Bezug auf die Einnahmen der öffentlichen Haushalte schwer kalkulierbar und zudem gestaltungsanfällig<sup>102</sup>.

Aus diesem Grunde wird das bisherige System der ausschüttungsabhängigen Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens durch eine ratielle, ausschüttungsunabhängige Auszahlung des Guthabens ersetzt (§ 37 Abs. 4–6 KStG-E). Die bislang in § 40 KStG enthaltenen Regelungen zur Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens in Umwandlungs- und Liquidationsfällen werden gestrichen; § 40 KStG-E regelt nur noch die Körperschaftsteuererhöhung (Nachbelastung) aus dem Altbestand sog. EK02-Beträge. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen sind unklar. Ein Untergang des Körperschaftsteuerguthabens im Falle der Liquidation der Gesellschaft vor 2017 wäre jedenfalls nicht sachgerecht. Wie nach bisherigem Recht sollte es hier zur sofortigen Realisierung des Guthabens kommen<sup>103</sup>. Gleiches gilt bei Umwandlung auf eine Personengesellschaft oder natürliche Person<sup>104</sup>.

Nach dem SEStEG wird das Körperschaftsteuerguthaben letztmals zum 31. 12. 2006 – im Fall einer Umwandlung ggf. zum früheren Übertragungsstichtag – ermittelt und festgestellt (§ 37 Abs. 4 Satz 1 KStG-E)<sup>105</sup> und sodann ab dem Jahr 2008 auf Antrag ratiell

<sup>98</sup> In SEStEG – Entwurf v. 21. 4. 2006 sollte § 7 Abs. 2 KapErhStG mit der Folge steuerpflichtiger Einkünfte noch anwendbar sein.

<sup>99</sup> Zweifelnd *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455, 1458.

<sup>100</sup> BMF, 4. 6. 2003 (Fn. 83), Tz. 3; *Dötsch* u. a., KStG n. F. § 27 Rdnr. 3. Der BFH hat jedoch zur Frage, ob eine Einlagenrückgewähr vorliegt, unabhängig von § 27 KStG auf das Heimatrecht der ausländischen Gesellschaft abgestellt, BFH, 14. 10. 1992 (Fn. 90), unter 2. a) (Schweizer AG); BFH, 27. 4. 2000 (Fn. 90), unter 7. (Italienische S.p.A.); OFD Frankfurt a. M., 17. 4. 2000 (Fn. 90), Zusätze unter 1. Zu den Problemen im Zusammenhang mit der Ausschüttung von Gesellschaften in Drittstaaten siehe *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455, 1458.

<sup>101</sup> Erst durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 16. 5. 2003 (BGBl. I, 660) wurde eine zeitliche Streckung dieser Realisierung eingeführt. Neben einem dreijährigen Moratorium wurde bestimmt, dass durch Ausschüttungen ab 2006 pro Jahr höchstens eine Gutschrift in Höhe des zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs festgestellten Körperschaftsteuerguthabens, verteilt auf die Jahre, für die noch eine Realisierung des Guthabens möglich ist, erreicht werden kann (§ 37 Abs. 2 a KStG; für kalenderjahrgleiche Wirtschaftsjahre ist eine Realisierung letztmals für 2018, bei abweichendem Wirtschaftsjahr für 2019 möglich).

<sup>102</sup> SEStEG, 52.

<sup>103</sup> Vgl. zum bisherigen Recht BMF, 26. 8. 2003 – IV A 2 – S 2760 – 4/03, BStBl. I 2003, 434, Tz. 34.

<sup>104</sup> § 10 UmwStG-E regelt künftig nur noch die Körperschaftsteuererhöhung.

<sup>105</sup> Der Gesetzesentwurf enthält insoweit – anders als § 37 Abs. 1 Satz 1 KStG – keine Sonderregelung für den Fall eines abweichenden Wirtschaftsjahres. Grund dafür ist, dass die Gutschrift künftig – unabhängig vom jeweiligen Wirtschaftsjahr der Körperschaft – immer zum 1. 1. eines Jahres entsteht. *Beispiel: Das Wirtschaftsjahr der D-GmbH läuft vom 1. 5. bis 30. 4. eines jeden Jahres. Das zum 30. 4. 2006 nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KStG festgestellte Körperschaftsteuerguthaben wird in den Grenzen des § 37 Abs. 2 a KStG um 1/6 der ordentlichen Ausschüttungen, die bis zum 31. 12. 2006 erfolgen, gemindert. Zum 31. 12. 2006 wird dann das so geminderte*

über einen zehnjährigen Auszahlungszeitraum (2008 bis 2017) – unabhängig von tatsächlichen Gewinnausschüttungen – gleichmäßig verteilt ausgezahlt (§ 37 Abs. 5 Satz 1 KStG-E). Positiv ist, dass die bisherige Regelung zur Nachversteuerung bei konzerninternen Ausschüttungen nach § 37 Abs. 3 KStG entfällt. Der Anspruch auf Auszahlung des jeweiligen Jahresbetrags entsteht mit Beginn des jeweiligen Kalenderjahres des Auszahlungszeitraums, erstmals zum 1. 1. 2008. Damit wird ein weiteres Moratorium für ein Jahr geschaffen, denn eine Realisierung des Guthabens in 2007 ist nicht möglich. Die bisherigen Regelungen zur ausschüttungsbedingten Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens (§ 37 Abs. 1 bis 3 KStG) sind gemäß § 37 Abs. 4 Satz 2 KStG-E letztmalig auf Gewinnausschüttungen anzuwenden, die vor der letztmaligen Feststellung des Körperschaftsteuerguthabens (31. 12. 2006 bzw. ggf. zum früheren Übertragungstichtag) erfolgen<sup>106</sup>.

In zeitlicher Hinsicht gilt damit für ordentliche Ausschüttungen das Folgende:

- Ausschüttung erfolgt nach dem 11. 4. 2003 bis zum 31. 12. 2005: keine Realisierung von Körperschaftsteuerguthaben (Moratorium, § 37 Abs. 2 a Nr. 1 KStG).
- Ausschüttung erfolgt in 2006: Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens i.H.v. 1/6 des Ausschüttungsbetrags, maximal aber 1/14 des zum 31. 12. 2005 festgestellten Gesamtbetrags des Guthabens (§ 37 Abs. 2 a Nr. 2 KStG).
- Ausschüttungen ab 2007: keine Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens durch Ausschüttungen (damit neues einjähriges Moratorium in 2007). Von 2008 bis 2017 wird stattdessen auf Antrag jährlich 1/10 des zum 31. 12. 2006 (bzw. zu einem früheren Umwandlungstichtag) festgestellten Guthabens vergütet.

Die Geltendmachung des jeweiligen Jahresbetrags erfordert einen Antrag der Inhaberin des festgestellten Körperschaftsteuerguthabens bzw. ihrer Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolgerin, der bis zum 31. 5. des jeweiligen Folgejahres zu stellen ist. Auf Basis dieses Antrags wird der Jahresbetrag festgesetzt und innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe dieser Festsetzung zur Zahlung fällig (§ 37 Abs. 5 Satz 3 und 4 KStG-E). Fraglich ist, ob ein Anspruch bei nicht fristgerechter Antragstellung verloren geht. Dies dürfte, wenn überhaupt, nur das Guthaben für das jeweilige Jahr, nicht aber für die Folgejahre betreffen. Unseres Erachtens wäre es sachgerecht, wenn ein nicht rechtzeitig gestellter Antrag nur den Zeitpunkt der Fälligkeit des Auszahlungsanspruchs verschiebt<sup>107</sup>. Der Auszahlungsanspruch wird nicht verzinst (§ 37 Abs. 5 Satz 6 KStG-E).

Ertragsteuerlich ist der Auszahlungsbetrag wie eine Körperschaftsteuerrückzahlung zu behandeln, erhöht also das Einkommen nicht (§ 37 Abs. 6 Satz 1 KStG-E). Die Ausschüttung von aus der Vereinnahmung des Körperschaftsteuerguthabens erzielten Gewinne unterliegen auf Ebene des Anteilseigners der Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren. Verfahrensrechtlich sind auf den Anspruch die Vorschriften für Steuervergütungen anzuwenden (§ 37 Abs. 6 Satz 2 KStG-E).

Anders als bisher führt auch der Wegfall der unbeschränkten Steuerpflicht durch Sitzverlegung künftig nicht mehr zur Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens<sup>108</sup>. Der Anspruch auf Auszahlung des jährlichen Guthabens kann von der den Sitz verlegenden Körperschaft geltend gemacht werden. Im Fall der Sitzverlegung in das Ausland besteht allerdings die Gefahr einer Doppelbesteuerung, wenn der ausländische Staat die Erstattung nicht

*Körperschaftsteuerguthaben nach § 37 Abs. 4 KStG-E festgestellt. Dieses Guthaben wird von 2008 bis 2017, jeweils zum 1. 1. und auf Antrag ratierlich realisiert.*

**106** „Erfolgen“ bedeutet abfließen, vgl. BMF, 6. 11. 2003 – IV A 2 – S 1910 – 156/03, BStBl. I 2003, 575, Tz. 30.

**107** So auch Winkeljohann/Fuhrmann, DB 2006, 1862, 1864.

**108** BMF, 26. 8. 2003 (Fn. 103).

entsprechend § 37 Abs. 6 Satz 1 KStG-E steuerfrei stellt. Das Gleiche gilt im Falle der Vermögensübertragung auf eine nicht unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft.

## V. Körperschaftsteuererhöhung bei grenzüberschreitender Verschmelzung und Sitzverlegung

Das bestehende System der Körperschaftsbesteuerung (Nachbelastung des Altbestandes des so genannten EK02) gemäß § 38 KStG wird – anders als das System der Körperschaftsteuererminderung – nicht geändert. Nach wie vor kommt es zu einer Körperschaftsteuererhöhung von 3/7 (zuzüglich SolZ) der Leistungen, für die ehemaliges EK02 als verwendet gilt<sup>109</sup>. Der Übergang zur ratiellen Auszahlung des Körperschaftsteuerguthabens (siehe oben IV) erfordert eine redaktionelle Anpassung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 bis 4 KStG, die bislang die Folgen einer Umwandlung oder Liquidation für die aus den ehemaligen Anrechnungsverfahren stammenden Körperschaftsteuererminderungen und -erhöhungen regelt. In Zukunft hat § 40 KStG-E nur noch für die Körperschaftsteuererhöhung Bedeutung. Eine eigentliche Neuerung des SE-StEG sind die Sonderregelungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen oder Sitzverlegungen.

Nach der Grundsatzregelung des § 40 Abs. 5 KStG-E kommt es in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, in denen das Vermögen einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft oder Personenvereinigung ganz oder teilweise auf eine nicht unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft oder Personenvereinigung übergeht (Umwandlungsvorgänge nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwStG-E<sup>110</sup>) und in allen Fällen, in denen eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft oder Personenvereinigung ihren Sitz ins Ausland verlegt, zur vollständigen Auflösung eines etwaigen Teilbetrags im Sinne des § 38 KStG (EK02). In diesen Fällen ist die Körperschaftsteuererhöhung, vergleichbar mit dem Liquidationsfall, so zu ermitteln, als hätte die Gesellschaft ihr im Zeitpunkt des Vermögensübergangs bzw. im Zeitpunkt des Wegzugs vorhandenes Vermögen – mit Ausnahme des nach § 28 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 29 Abs. 1 KStG dem steuerlichen Einlagekonto gutzuschreibenden Betrages und mit Ausnahme des Nennkapitals, soweit dieses nicht im Sonderausweis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 enthalten ist – für eine Gewinnausschüttung verwendet.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der sofortigen EK02-Besteuerung nach § 40 Abs. 5 KStG-E ist für den Fall vorgesehen, dass die übernehmende Körperschaft oder Personenvereinigung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union unbeschränkt steuerpflichtig und nicht von der Körperschaftsteuer befreit ist bzw. wird (§ 40 Abs. 6 KStG-E). In diesem Fall bleibt es zwar bei der Fiktion der Vollausschüttung und der Festsetzung der entsprechenden Körperschaftsteuererhöhung gemäß § 40 Abs. 5 KStG-E; allerdings ist die festgesetzte Steuer unter bestimmten Voraussetzungen jährlich bis zum allgemeinen Auslaufen der Übergangsregelungen<sup>111</sup> des Anrechnungsverfahrens zinslos zu stunden bzw. wird am Ende des Übergangszeitraums (Schluss des Wirtschaftsjahrs, das nach dem 31. 12. 2018 endet) endgültig nicht erhoben:

<sup>109</sup> Zur Europarechtswidrigkeit der „Nachversteuerung“ nach § 38 KStG vgl. *Frot-scher*, BB 2006, 861, sowie den Vorlagebeschluss des BFH, 22. 2. 2006 – I R 56/05, BB 2006, 1832, GmbHR 2006, 827 mit Anm. *Berg/Schmich*.

<sup>110</sup> Hiervon betroffen sind die Verschmelzung, Aufspaltung und Abspaltung im Sinne der §§ 2 und 123 Abs. 1 und 2 UmwG inländischer Körperschaften auf ausländische nicht unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften. Sofern es sich bei dem übernehmenden Rechtsträger um eine von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaft handelt, geht die Regelung des § 40 Abs. 3 KStG-E als speziellere Vorschrift vor. Dies gilt auch für den Fall des Vermögensübergangs auf eine von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaft. Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 40 Abs. 3 KStG-E.

<sup>111</sup> Zur letztmaligen Anwendung des § 38 Abs. 2 Satz 1 KStG vgl. z. B. *Bauschatz*, in *Gosch*, KStG, § 38 Rdnrn. 83 ff.

- Die Stundung der festgesetzten Körperschaftsteuererhöhung erfolgt jährlich bis zum Ablauf des nächsten auf die Bekanntgabe der Körperschaftsteuerfestsetzung folgenden Kalenderjahrs. Voraussetzung für die jährliche zinslose Steuerstundung ist, dass die übernehmende bzw. ihren Sitz ins Ausland verlegende Körperschaft bis zum 31. 5. des jeweiligen nachfolgenden Jahres nachweist, bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Körperschaftsteuererhöhungsbetrages keine Ausschüttung der (übernommenen) unbelasteten Teilbeträge im Sinne des § 38 KStG vorgenommen zu haben. Soweit dieser jährliche Nachweis durch die (übernehmende) Körperschaft erbracht wird, verlängert sich die Stundung jeweils um ein weiteres Jahr, letztmalig bis zum Schluss des Wirtschaftsjahres, das nach dem 31. 12. 2018 endet (§ 40 Abs. 6 Satz 2 KStG-E). Laut Gesetzesbegründung sollen dabei die im Inland geltenden Grundsätze zur Verwendung von EK02 Anwendung finden. Tatsächlich dürfte der Nachweis der Verwendungsreihenfolge des § 38 Abs. 1 Satz 4 KStG bei der ausländischen EU-Gesellschaft jedoch regelmäßig erhebliche praktische Schwierigkeiten bereiten.
- Sofern die unbeschränkte Steuerpflicht des übernehmenden Rechtsträgers oder der ihren Sitz verlegenden Körperschaft (oder deren Rechtsnachfolger) innerhalb der Europäischen Union endet, ist die Stundung der festgesetzten Körperschaftsteuer mit der Folge der Erhebung dieser Körperschaftsteuer zu widerrufen (§ 40 Abs. 6 Satz 5 KStG-E).
- Werden bis zum Schluss des Wirtschaftsjahres, das nach dem 31. 12. 2018 endet, die Nachweise durch die (übernehmende) Gesellschaft erbracht, dass keine Verwendung der unbelasteten Teilbeträge im Sinne des § 38 KStG erfolgt ist bzw. kein Tatbestand verwirklicht wurde, der den Widerruf der zinslosen Stundung auslöst, fällt die festgesetzte Körperschaftsteuererhöhung endgültig weg und wird nicht mehr erhoben.

Nach der Gesetzesbegründung soll durch die Sonderregelungen des § 40 Abs. 6 KStG-E eine Gleichbehandlung von EU-Sachverhalten mit reinen Inlandssachverhalten erreicht werden<sup>112</sup>. Insofern ist zunächst festzustellen, dass EU-Gesellschaften zur Vermeidung einer EK02-Besteuerung höhere (Nachweis-)Anforderungen zu erfüllen haben als Inlandsgesellschaften. Sofern der von § 40 Abs. 6 KStG-E geforderte Nachweis größere praktische Schwierigkeiten bereitet, ist die Regelung unter europarechtlichen Gesichtspunkten problematisch.

## VI. Sonstige Änderungen im Körperschaftsteuerrecht

Das SEStEG sieht folgende weitere Änderungen im Körperschaftsteuerrecht vor:

- Aufnahme der Europäischen Gesellschaft in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG-E: Der Katalog der Kapitalgesellschaften wird um die Europäische Gesellschaft ergänzt. Außerdem wird durch den Zusatz „insbesondere“ klargestellt, dass auch andere – insbesondere nach ausländischem Recht gegründete – Gesellschaften unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sein können, wenn sie nach dem sog. Typenvergleich<sup>113</sup> mit einer inländischen Kapitalgesellschaft vergleichbar sind. Entsprechende redaktionelle Änderungen enthalten § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG-E und § 11 KStG-E.
- SE als Organgesellschaft: In § 14 Abs. 1 KStG-E soll ergänzt werden, dass auch eine SE Organgesellschaft sein kann. Damit wird die Gleichbehandlung mit der deutschen AG sichergestellt. Auf § 17 KStG kommt es insoweit nicht an.

<sup>112</sup> SEStEG, 53.

<sup>113</sup> Vgl. zur Einordnung der US LLC BMF, 19. 3. 2004 – IV B4 – S 1301 USA – 22/04, BStBl. I 2004, 411.



- Gewerbliche Einkünfte nach § 8 Abs. 2 KStG-E: Künftig sollen alle Einkünfte von unbeschränkt Steuerpflichtigen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln sein. Das Merkmal der Verpflichtung zur Führung von Büchern entfällt. Eine entsprechende Änderung enthält § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f) Satz 2 EStG-E.
- Keine Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG für Abzugsbeträge nach § 6b EStG: Nach § 8b Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 KStG sind Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften durch Körperschaften grundsätzlich im Ergebnis zu 95% steuerfrei. Schon nach derzeitigem Recht ist die Steuerfreiheit allerdings ausgeschlossen, soweit die Anteile in der Vergangenheit steuerwirksam abgeschrieben wurden<sup>114</sup> und seither keine Wertaufholung erfolgt ist (§ 8b Abs. 2 Satz 4 KStG). Nach dem SEStEG soll die Steuerfreiheit auch nicht gelten, sofern in früheren Jahren ein steuerwirksamer Abzug nach § 6b EStG oder „vergleichbare Abzüge“<sup>115</sup> vorgenommen worden sind. Die als systemkonform bezeichnete Änderung ist jedenfalls insoweit unangemessen, als sie auch Übertragungen aus der Veräußerung von Anteilen i.S.d. § 6b Abs. 10 EStG erfasst. Denn die Gewinne aus der Veräußerung solcher Anteile wären heute nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigt<sup>116</sup>. Eine entsprechende Änderung ist für § 3 Nr. 40 Satz 3 EStG-E vorgesehen. Die sonstigen Änderungen in § 8b KStG-E, insbesondere die Aufhebung von § 8b Abs. 4 KStG, sind bedingt durch die geplante grundlegende Neukonzeption der Besteuerung von Einbringungsvorgängen<sup>117</sup>.

## VII. Zusammenfassung

Die geplanten Änderungen im Körperschaftsteuerrecht sind zweischneidig. Das SEStEG bringt die überfällige Anpassung des deutschen Steuerrechts an EU-rechtliche Vorgaben und Entwicklungen im Gesellschafts- und Steuerrecht. Die Steuerregelungen zur Sitzverlegung waren bereits zum 1. 1. 2006 umzusetzen. Das SEStEG macht erstmals eine steuerneutrale Sitzverlegung möglich. Allerdings in seiner bisherigen Ausgestaltung wohl eher nur in der Theorie. Das Grundproblem liegt im System der Sofortbesteuerung im Fall der Entstrickung. Gerade Unternehmen, die über einen wertvollen Namen und andere wertvolle immaterielle Wirtschaftsgüter verfügen, können danach kaum ins EU-Ausland wegziehen, ohne erhebliche Steuerkosten zu verursachen. Das steht im Widerspruch zum Zweck der SE-VO und dem erklärten Ziel des SEStEG. Das gleiche Problem stellt sich bei der Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte. Hier ist das neue Recht sogar erheblich ungünstiger als das Bestehende. Der deutsche Fiskus steckt in einem Dilemma. Er muss einerseits verhindern, dass im Inland geschaffene stille Reserven ins Ausland verlagert und so endgültig seinem Zugriff entzogen werden. Andererseits muss er die Vorgaben des Europarechts, insbesondere der Niederlassungsfreiheit beachten. Die Regelungen müssen daher verhältnismäßig sein. Als Alternative zur Sofortbesteuerung sollten mildere Mittel, wie etwa eine aufgeschobene Besteuerung oder jedenfalls eine Steuerstundung über mehrere Jahre, geprüft werden. Mit der Sofortbesteuerung riskiert der Gesetzgeber, dass die neuen Regelungen gleich vom EuGH verworfen werden. Ähnliche Probleme stellen sich beim Einlagekonto und der Körperschaftsteuererhöhung. Positiv ist, dass hier erstmals eine Europäisierung vorgesehen ist. Es ist aber zu befürchten, dass Vorteile hieraus für den Steuerpflichtigen im EU-grenzüberschrei-

<sup>114</sup> Also vor Einführung des § 8b Abs. 3 KStG.

<sup>115</sup> Die Gesetzesbegründung nennt hier beispielhaft eine Begünstigung nach § 30 BergbauRatG.

<sup>116</sup> Rödler/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1487.

<sup>117</sup> Vgl. hierzu Benz/Rosenberg in diesem BB-Special.

tenden Fall mit so erheblichem Aufwand verbunden sind, dass sie praktisch keine Bedeutung haben. Die Vereinbarkeit mit dem Europarecht ist auch hier fraglich. Zu begrüßen ist die Vereinfachung bei der Realisierung des Körperschaftsteuerguthabens. Aber auch hier stecken die Probleme im Detail. So droht bei der Liquidation oder der Umwandlung auf eine Personengesellschaft oder natürliche Person der vollständige Verlust des Körperschaftsteuerguthabens. Auch ein erneutes, verstecktes Erstattungsmoratorium für das Jahr 2007 ist als reine Steuererhöhung nicht gerechtfertigt.

**SEStEG**

Entstrickung, Sitzverlegung, Einlagekonto, KSt

**Entstrickung**

Sitzverlegung, Einlagekonto, KSt, SEStEG

**Sitzverlegung**

Entstrickung, Einlagekonto, KSt, SEStEG

**Einlagekonto**

Entstrickung, Sitzverlegung, KSt, SEStEG

**Körperschaftsteuer**

SEStEG, Entstrickung, Sitzverlegung, Einlagekonto

*Dr. Sebastian Benz, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, und Oliver Rosenberg, Rechtsanwalt, Steuerberater, beide Köln\**

## Einbringungsvorgänge nach dem Regierungsentwurf des SEStEG

Die Internationalisierung des Umwandlungsrechts und des Umwandlungssteuerrechts nimmt der Gesetzgeber zum Anlass, durch das SEStEG das UmwStG umfassend zu ändern und in wesentlichen Teilen neu zu konzipieren. Hiervon sind nicht nur die Vorschriften über die Verschmelzung und Spaltung betroffen, sondern auch Einbringungsvorgänge nach den §§ 20 ff. UmwStG. Nach dem Gesetzesentwurf des SEStEG bleibt zwar das grundsätzliche Prinzip bei Einbringungen – d.h. die Übertragung von Unternehmensteilen oder Gesellschaftsanteilen gegen Gewährung von neuen Gesellschaftsrechten – erhalten, jedoch werden zahlreiche Einzelheiten zur Erlangung der Steuerneutralität des Einbringungsvorgangs geändert. Neben der Änderung des Anwendungsbereiches in Bezug auf die beteiligten Rechtsträger sind die Abschaffung des Systems der einbringungsgeborenen Anteile und die Einführung einer Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs im Falle einer schädlichen Übertragung der erhaltenen Anteile die wesentliche Neuerung. Die Autoren erläutern in ihrem Beitrag die Einzelheiten der §§ 20–25 UmwStG-E und zeigen Unstimmigkeiten des Gesetzesentwurfes sowie erste Gestaltungsüberlegungen auf.

### I. Einleitung

#### 1. Überblick

Die Vorschriften zu Einbringungen nach dem UmwStG i. d. F. des SEStEG-E<sup>1</sup> behalten das bisherige Regelungsprinzip grundsätzlich bei. Ein Einbringungsvorgang kann durch die Fortführung der Buchwerte des Einbringenden von der übernehmenden Gesellschaft ertragsteuernerneutral vorgenommen werden, wenn bestimmte qualifizierende Betriebsvermögen (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, Teile eines Mitunternehmeranteils oder Kapitalgesellschaftsanteile) in eine Kapitalgesellschaft oder eine Personengesellschaft eingebracht werden, die Gegenleistung hierfür lediglich in neuen Gesellschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft besteht und das Besteuerungsrecht Deutschlands am eingebrachten Vermögen grundsätzlich nicht eingeschränkt wird. Dabei wird prinzipiell auch der Aufbau des Gesetzes beibehalten: Die Einbringung in eine Kapitalgesellschaft ist in den §§ 20 bis 23 UmwStG-E (künftig 6. Teil des UmwStG), die Einbringung in eine Personengesellschaft in § 24 UmwStG-E (7. Teil) geregelt und § 25 UmwStG-E verweist auf die §§ 20 ff. UmwStG-E für den Fall des Formwechsels einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (8. Teil).

Innerhalb der einzelnen Teile erfahren die §§ 20 ff. UmwStG die größten inhaltlichen Änderungen. § 20 UmwStG-E regelt die Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen, während § 21 UmwStG-E die Einbringung von Kapitalgesell-

\* Die Autoren sind Partner der Sozietät Linklaters in Köln.

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BR-Drs. 542/06 v. 11. 8. 2006 (nachfolgend kurz „SEStEG“). Das UmwStG in der Fassung des SEStEG wird nachfolgend mit „UmwStG-E“ bezeichnet. Zu den §§ 20 ff. UmwStG-E vgl. auch die Beiträge von *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1711; *Rödler/Schumacher*, DStR 2006, 1525; *VofS*, BB 2006, 469; *Körner*, IStR 2006, 469.

schaftsanteilen (Anteilstausch) regelt. Die bisherigen Regelungen des § 23 UmwStG zu den grenzüberschreitenden Einbringungen innerhalb der EU werden in die §§ 20 und 21 UmwStG-E integriert, die Auswirkungen der Einbringung für die übernehmende Gesellschaft (bisher § 22 UmwStG) werden künftig in § 23 UmwStG-E geregelt.

Eine wesentliche Änderung ergibt sich bei der Besteuerung des Einbringenden (§ 22 UmwStG-E): Das System der einbringungsgeborenen Anteile wird aufgegeben. Die bisherigen Regelungen in § 21 UmwStG und die damit im Zusammenhang stehenden Missbrauchsvorschriften in den §§ 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG, § 8b Abs. 4 KStG sowie § 26 UmwStG werden gestrichen. An deren Stelle tritt § 22 UmwStG-E, wonach die Steuerneutralität der Einbringung nachträglich entfällt, wenn innerhalb eines Sieben-Jahres-Zeitraumes nach der Einbringung bestimmte als schädlich erachtete Vorgänge durch den Einbringenden bzw. die erwerbende Gesellschaft verwirklicht werden. Diese an § 26 UmwStG erinnernde Regelung wird dadurch abgemildert, dass sich die Steuer auf den Einbringungsvorgang für jedes Jahr der Nichtveräußerung um ein Siebtel reduziert (Siebtel-Regelung).

## 2. Vorgaben der Richtlinie 90/434/EWG

Anlass für eine Änderung der §§ 20 ff. UmwStG waren u. a. die geänderten Vorgaben der Richtlinie 90/434/EWG (steuerliche Fusionsrichtlinie, FRL).<sup>2</sup> Die FRL selbst war durch die Richtlinie 2005/19/EG (Änderungsrichtlinie)<sup>3</sup> geändert worden, durch die die Europäische Gesellschaft (SE) und die Europäische Genossenschaft in den Kreis der von der FRL begünstigten Gesellschaften aufgenommen wurden.<sup>4</sup> Zugleich wurden die Regelungen der FRL in verschiedener Hinsicht inhaltlich verbessert.<sup>5</sup>

Für die Überarbeitung der §§ 20 ff. UmwStG durch das SEStEG sind die folgenden Vorgaben der geänderten FRL von Bedeutung:

- Einbeziehung der SE und Europäischen Genossenschaft in den Anwendungsbereich der FRL (Art. 3 a i. V. m. Anhang FRL).<sup>6</sup>
- Erweiterung des Kreises der von der FRL erfassten Gesellschaftsformen (Art. 3 a i. V. m. Anhang FRL).
- Anwendung der FRL auch auf bestimmte steuerlich transparente Gesellschaften (Art. 3 a i. V. m. Anhang, 4 Abs. 2, 8 Abs. 3, 10 a FRL): Künftig sollen auch Gesellschaftstypen, die der deutschen Personengesellschaft vergleichbar sind, aber in ihrem Sitzstaat wie eine Körperschaft besteuert werden, nach der FRL begünstigt sein.
- Gewährung von Steuerneutralität bei der Umwandlung einer Betriebsstätte in eine Tochtergesellschaft (Art. 10 Abs. 1 S. 4 FRL).

Die weiteren Vorgaben für Einbringungsvorgänge nach der geänderten FRL, nämlich dass zusätzliche Anteile als neue Anteile i. S. d. Art. 2 d FRL gelten und dass als Spaltung i. S. d. FRL nicht

<sup>2</sup> Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffend, ABL EG Nr. L-225/1, auf Grund der Beitritte der neuen Mitgliedstaaten zur EU geändert 1994 und 2003. Eine konsolidierte Fassung findet sich in [http://euro.pa.eu.int/eur-lex/de/consleg/main/1990/de\\_1990l0434\\_index.html](http://euro.pa.eu.int/eur-lex/de/consleg/main/1990/de_1990l0434_index.html).

<sup>3</sup> Richtlinie 2005/19/EG des Rates v. 17. 2. 2005, ABL EU Nr. L-58, 19.

<sup>4</sup> Zu der Errichtung einer SE unter Anwendung des bisher geltenden UmwStG siehe Rödder, DStR 2005, 893; Enders, RIW 2004, 795; Schulz/Petersen, DStR 2002, 1508; Förster/Lange, DB 2002, 288; van Lishaut, FR 2004, 1301.

<sup>5</sup> Zu Einzelheiten der Änderungsrichtlinie vgl. Saß, DB 2005, 1238; Benecke/Schnitger, IStR 2005, 606 und 641; Blumers/Kinzel, BB 2005, 971; Thiel, DB 2005, 2316; zur Systematik und Wirkungsweise der FRL siehe grundlegend Herzig/Dautzenberg/Heyerer, DB 1991, Beilage 12.

<sup>6</sup> Die Gründung einer Holding-SE bzw. einer Tochter-SE erfolgt durch Einbringungsvorgänge. Zu den Einzelheiten der Gründungsmöglichkeiten für eine SE siehe den Beitrag von Drinhausen/Gesell in diesem BB-Special. Zu den steuerlichen Aspekten siehe auch Kessler/Huck, Der Konzern 2006, 352.

nur die Aufspaltung, sondern auch die Abspaltung gilt<sup>7</sup>, waren und sind bereits Teil des deutschen Steuerrechts.

Nach Art. 2 der Änderungsrichtlinie war die Erweiterung des Kreises der von der FRL begünstigten Gesellschaftsformen bereits zum 1. 1. 2006 in nationales Recht umzusetzen; sämtliche weiteren Regelungen müssen mit Wirkung zum 1. 1. 2007 umgesetzt sein.

Einer der wesentlichen Punkte des ursprünglichen Kommissionsvorschlages zur Änderung der FRL<sup>8</sup>, nämlich die Aufgabe der doppelten Buchwertverknüpfung<sup>9</sup>, wurde in die Änderungsrichtlinie nicht aufgenommen. Damit bleibt es in Deutschland bei der Einbringung von Betriebsvermögen bei der doppelten Buchwertverknüpfung. Für den Anteilstausch hat, wie zu zeigen sein wird, § 21 UmwStG-E dieses Prinzip bereits teilweise aufgegeben.<sup>10</sup>

## II. Einbringung in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft

### 1. Einbringung von Unternehmensteilen (Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil) (§ 20 UmwStG-E)

Unterliegt die Einbringung von Unternehmensteilen dem Anwendungsbereich des § 20 UmwStG-E, kann die Einbringung unter bestimmten Voraussetzungen steuerneutral durchgeführt werden. Ist die Einbringung nicht von § 20 Abs. 1 UmwStG-E umfasst, liegt eine Veräußerung des eingebrachten Betriebsvermögens oder Mitunternehmeranteils durch den Einbringenden vor. Diese ist in Deutschland steuerpflichtig, wenn es sich um inländisches Betriebsvermögen handelt. Handelt es sich dagegen um ausländisches Betriebsvermögen unterliegt der Veräußerungsgewinn zwar grundsätzlich der deutschen Besteuerung, sofern der Einbringende in Deutschland steuerlich ansässig ist, allerdings kann – je nach anwendbarem DBA – der Veräußerungsgewinn von der deutschen Besteuerung freizustellen (Freistellungsmethode) bzw. die im Ausland erhobene Steuer anzurechnen sein (Anrechnungsmethode).

#### a) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 20 UmwStG-E (Abs. 1)

##### aa) Vorliegen eines Einbringungsvorgangs

§ 20 UmwStG-E kommt dann zur Anwendung, wenn ein Betrieb, Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Kapitalgesellschaft oder eine Europäische Genossenschaft eingebracht wird und der Einbringende dafür neue Anteile an der Gesellschaft erhält.<sup>11</sup> Dies gilt auch für Kapitalgesellschaftsanteile, die Bestandteil des eingebrachten Betriebsvermögens sind.<sup>12</sup> Die Sacheinlage kann wie nach bisherigem Recht durch Gesamtrechtsnachfolge,

<sup>7</sup> Für § 20ff. UmwStG ist dies relevant, da die Aufspaltung und Abspaltung von Anteilen an Personengesellschaften § 20 UmwStG bzw. § 24 UmwStG unterfällt. Siehe hierzu auch unter II. 1. a) aa).

<sup>8</sup> V. 17. 10. 2003, KOM (2003) 613 endgültig.

<sup>9</sup> Art. 8 Abs. 10 der Änderungsrichtlinie-E (Anteilstausch) und Art. 9 Abs. 2 Änderungsrichtlinie-E (Einbringung von Betriebsstätten).

<sup>10</sup> Dem Revisionsverfahren gegen das Urteil des FG Baden-Württemberg, 17. 2. 2006, IStR 2005, 278 mit Anm. *Benecke*; Aktenzeichen des BFH, ■ – I R 25/05 zu einem Fall des Anteilstausches kommt damit für Einbringungen nach dem SEStEG keine Bedeutung mehr zu. Art. 8 FRL, auf den sich das FG Baden-Württemberg beruft, gilt nicht für die Einbringung von Betriebsvermögen (vgl. *Herzig/Dautzenberg/Heyeres* (Fn. 5), 12; *Saß*, DB 1990, 2344).

<sup>11</sup> Zur besseren Lesbarkeit der nachfolgenden Ausführungen wird auf die separate Erwähnung der Europäischen Genossenschaft verzichtet und lediglich die Kapitalgesellschaft als übernehmende Gesellschaft bezeichnet. Dementsprechend ist unter der Kapitalgesellschaft im Folgenden auch die Europäische Genossenschaft zu verstehen.

<sup>12</sup> Eine Unterscheidung nach Kapitalgesellschaftsanteilen, für die § 21 UmwStG-E gilt, und das sonstige Betriebsvermögen, für das § 20 UmwStG-E gilt, findet somit – wie auch nach bisherigem Recht – nicht statt (Schlussfolgerung aus § 22 Abs. 1 S. 1 a. E., Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E). Dies kann insbesondere im Hinblick auf die nicht gewährte Rückwirkung beim Anteilstausch und das Erfordernis der Einbringung einer mehrheitsvermittelnden oder -verstärkten Beteiligung von Bedeutung sein.

d.h. nach den Bestimmungen des UmwG, oder durch Einzelrechtsnachfolge, d.h. durch Sachkapitalerhöhung erbracht werden („normale Einbringung“). Wie nach bisherigem Recht gilt auch die Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft bzw. die Aufspaltung einer Personengesellschaft bzw. die Abspaltung von einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft als eine Einbringung in vorgenanntem Sinne.<sup>13</sup>

Unverändert besteht auch das Erfordernis, dass neue Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft von dieser an den Einbringenden ausgegeben werden.<sup>14</sup> Es muss also eine Kapitalerhöhung verbunden mit der Ausgabe junger Anteile stattfinden.<sup>15</sup>

## bb) Beteiligte Rechtsträger

Gemäß §§ 20, 1 Abs. 2 bis 4 UmwStG-E<sup>16</sup> kann Einbringender künftig jede in Deutschland oder einem anderen EU/EWR-Staat<sup>17</sup> steuerlich ansässige Kapitalgesellschaft oder natürliche Person sein.<sup>18</sup> Ist Einbringender eine Personengesellschaft, müssen nach dem Wortlaut des SEStEG sowohl die Personengesellschaft als auch deren Gesellschafter ihren Sitz und Geschäftsleitung (bzw. bei natürlichen Personen Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt) in der EU/EWR haben.<sup>19</sup> Bei einer doppel- oder mehrstöckigen Personengesellschaft ist auf die einbringende Personengesellschaft und auf die Gesellschafter der obersten Gesellschaft abzustellen.

Einbringende können auch Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie alle anderen juristischen Personen sein, die der Körperschaftsteuer unterliegen.

Diese Änderung bedeutet eine Erweiterung und eine Einschränkung des Anwendungsbereiches zugleich: Neben EU-Kapitalgesellschaften können auch in EWR-Staaten steuerlich ansässige Kapitalgesellschaften und in der EU steuerlich ansässige natürliche Personen sowie Personengesellschaften, deren Gesellschafter steuerlich in der EU/EWR ansässig sind, Einbringungen von inländischem Betriebsvermögen in ausländische EU-/EWR-Kapitalgesellschaften steuerneutral vornehmen. Dies war bisher EU-Kapitalgesellschaften vorbehalten. Während allerdings Einbringender in eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft (deutsche Kapitalgesellschaft) bisher sämtliche Personen sein konnten, unabhängig davon, ob diese in Deutschland oder in einem EU-Staat oder in einem Drittstaat steuerlich ansässig wa-

13 Die Verschmelzung oder Spaltung der Personengesellschaft unterfällt § 20 UmwStG-E nur, wenn neue Anteile ausgegeben werden. Die durch das zweite Gesetz zur Änderung des UmwG einzuführende Regelung, dass in solchen Fällen von einer Kapitalerhöhung abgesehen werden kann, kann folglich für § 20 UmwStG-E nicht genutzt werden.

14 Die Ausgabe eigener Anteile (treasury shares) genügt nicht (vgl. *Klingberg/van Lishaut*, Der Konzern 2005, 698, 722, unter Hinweis darauf, dass Art. 8 Abs. 11 Änderungsrichtlinie-E, der dies gestatten sollte, nicht beschlossen wurde).

15 Bei einer nicht den Wert der Einlage widerspiegelnden Kapitalerhöhung bleibt es damit bei der bisherigen Rechtslage, dass stille Reserven von den jungen Anteilen auf die bereits bestehenden Anteile „überspringen“ (vgl. BFH, 8. 4. 1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761, BB 1992, 1408). Die Folge hiervon ist, dass die bereits bestehenden Anteile gleichfalls § 22 UmwStG-E unterliegen (Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 76).

16 Künftig wird nicht mehr auf die mit dem Anhang zu FRL wortgleiche Anlage zum UmwStG abgestellt, so dass diese gestrichen wurde.

17 Mitgliedstaaten des EWR sind Island, Liechtenstein und Norwegen.

18 Zu den Einzelheiten siehe die Ausführungen bei *Schafitzl/Widmayer* in diesem BB-Special. Nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 ist allerdings eine Ausgliederung eines Betriebs/Teilbetriebs aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns nicht mehr möglich.

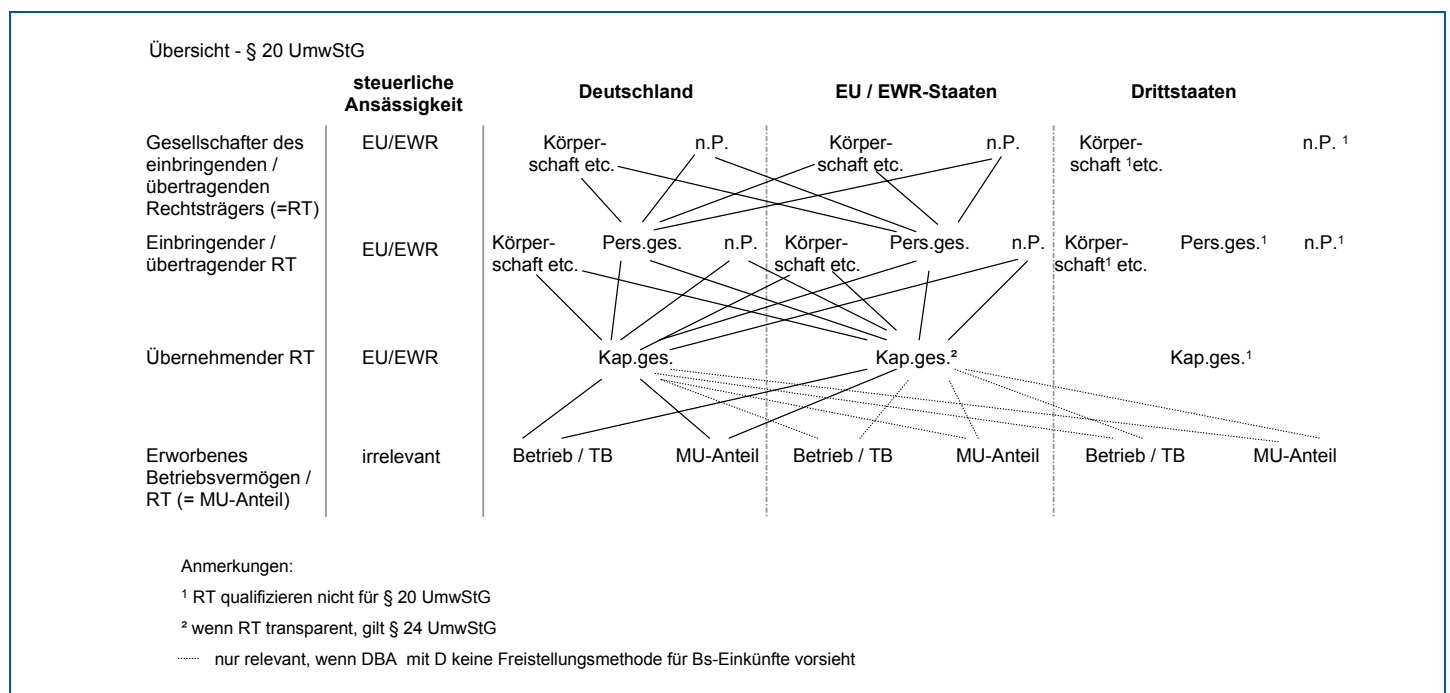
19 Eine Personengesellschaft mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in einem Drittstaat kann daher auch dann nicht Einbringender i. S. d. § 20 UmwStG-E sein, wenn die Gesellschafter in Deutschland oder in einem EU/EWR-Staat steuerlich ansässig sind. Es kann bezweifelt werden, ob diese Beschränkung vom Gesetzgeber beabsichtigt war, da Personengesellschaften keine Abkommensberechtigung haben (siehe Fn. 54, 153), und steuerlich allein auf die dahinter stehenden Gesellschafter abzustellen ist.

ren;<sup>20</sup> soll es künftig in Drittstaaten ansässigen Personen (Kapitalgesellschaften, natürliche Personen) nicht mehr möglich sein, inländisches Betriebsvermögen in eine deutsche Kapitalgesellschaft steuerneutral einzubringen.<sup>21</sup>

Auf der Ebene des übernehmenden Rechtsträgers ergibt sich durch das SEStEG die Erweiterung auf EWR-Kapitalgesellschaften. Im Übrigen werden lediglich die Regelungen des § 20 Abs. 1 UmwStG und § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG zusammengefasst. Übernehmender Rechtsträger nach neuem Recht kann daher jede in Deutschland oder einem anderen EU/EWR-Staat steuerlich ansässige Kapitalgesellschaft sein.<sup>22,23</sup> Dies kann auch eine SE oder eine Europäische Genossenschaft sein.<sup>24</sup>

Das Betriebsvermögen, das eingebracht wird (erworbenes Betriebsvermögen), unterliegt künftig keinerlei Beschränkungen mehr.<sup>25</sup>

Die in Anlage 1 beigefügte Darstellung gibt eine Übersicht über die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligten.



Anlage 1

20 Vgl. nur Schmitt, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, Umwandlungsgesetz Umwandlungssteuergesetz, 4. Aufl., § 20 UmwStG, Rdnr. 186. Bisher bestand die Restriktion nur bei der grenzüberschreitenden Einbringung (§ 23 UmwStG).

21 Rödder/Schumacher (Fn. 1), 1525, bezeichnen die Änderung des UmwStG zu Recht als bloße Europäisierung des UmwStG und weisen darauf hin, dass es zu der ursprünglich geplanten Globalisierung vorläufig nicht kommt.

22 U. E. ist auch die Einbringung in eine außerhalb der EU/EWR belegene Betriebsstätte (Drittstaatsbetriebsstätte) einer EU/EWR Kapitalgesellschaft möglich.

23 Ist die übernehmende Kapitalgesellschaft in einem anderen EU-Staat ansässig und ist sie nach deutschen steuerlichen Regelungen als transparent zu behandeln (wie eine Mitunternehmerschaft), kann sie nicht übernehmender Rechtsträger im Sinne des § 20 UmwStG sein. Insoweit ist § 24 UmwStG-E anzuwenden (vgl. Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 82). Dagegen kann wegen des eindeutigen Gesetzeswortlauts („Kapitalgesellschaft“) eine EU/EWR-Personengesellschaft, die nach deutschem Steuerrecht wie eine Körperschaft zu besteuern wäre, u. E. nicht übernehmende Gesellschaft i. S. d. § 20 UmwStG-E sein.

24 Andere Genossenschaften, wie die Genossenschaft nach deutschem Recht sowie weitere Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen, die nach § 1 Abs. 1 Nr. 2-6 KStG der Körperschaftsteuer unterliegen, können hingegen nach dem klaren Wortlaut des § 20 UmwStG-E nicht übernehmender Rechtsträger sein. Grundsätzlich verstößt dies gegen die Vorgaben der FRL, da diese Rechtsformen im geänderten Anhang zur FRL aufgeführt sind. Allerdings sind zivilrechtlich Einbringungen in diese juristischen Personen wegen der besonderen Anforderungen an die Gesellschafter- bzw. Trägerstellung praktisch nur schwer vorstellbar.

25 Es kann sich also auch um ein Betriebsstättenvermögen handeln, das in einem Drittstaat belegen ist.

## b) Steuerliche Behandlung auf der Ebene der übernehmenden Kapitalgesellschaft (§ 20 Abs. 2 UmwStG-E)

### aa) Ansatz mit dem gemeinen Wert als Grundsatz

§ 20 Abs. 2 UmwStG-E regelt, wie das eingebrachte Betriebsvermögen in der Steuerbilanz anzusetzen ist. Dies ist künftig mit dem gemeinen Wert.<sup>26</sup> Nur auf Antrag ist unter weiteren Voraussetzungen der Buchwert oder ein Zwischenwert anzusetzen.

Im Vergleich zu dem bisherigen Recht ergeben sich damit zwei Unterschiede:

Zum einen besteht kein uneingeschränktes Wahlrecht mehr zwischen einem Ansatz mit dem Buchwert, einem Zwischenwert und dem Teilwert/gemeinen Wert. Fehlt es an den besonderen Voraussetzungen, ist stets der gemeine Wert anzusetzen. Zum anderen sind die Wirtschaftsgüter nun mit dem gemeinen Wert statt dem Teilwert anzusetzen. Diese Regelung folgt dem generellen Ansatz bei Ent- und Verstrickung sowie allen Arten der Umwandlung, für die künftig stets statt des Teilwerts der gemeine Wert maßgeblich sein soll. Damit wird bezweckt, für einzelne Wirtschaftsgüter auch einen Gewinnaufschlag (d.h. einen fiktiven Unternehmerlohn) anzusetzen und damit insbesondere in Entstrickungsfällen das deutsche Besteuerungsrecht zu sichern.<sup>27</sup>

In Einbringungsfällen kann sich dies auf die Gesamtheit der stillen Reserven auswirken. In beiden Fällen – Teilwertansatz und Ansatz mit dem gemeinen Wert – ist ein Firmenwert anzusetzen.<sup>28</sup> Während der gedachte Erwerber beim Teilwertansatz wohl eher die künftigen Erträge bewertet und damit die stillen Reserven auf den Firmenwert allokiert wird, dürfte der Erwerber beim Ansatz mit dem gemeinen Wert die stillen Reserven eher den Einzelwirtschaftsgütern, insbesondere des Umlaufvermögens zuordnen.<sup>29</sup> Im Ergebnis wird aber die Summe der aufgedeckten stillen Reserven beim Ansatz zum gemeinen Wert wohl niedriger oder maximal gleich hoch sein wie bei einem Teilwertansatz, da der nach Ertragswerten Bewertende (Ansatz zum Teilwert) dem eingebrachten Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil regelmäßig keinen niedrigeren Wert beimisst, als bei Annahme einer gedachten Zerschlagung (Zerschlagungswert), an dem sich der Erwerber nach gemeinen Werten orientieren wird. Dementsprechend wird es regelmäßig zu einem geringeren Einbringungsgewinn bzw. zu einer Verschiebung der Bilanzansätze kommen. Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens werden häufig höher und ein Firmen- oder Geschäftswert niedriger anzusetzen sein, was für den Steuerpflichtigen in der Regel günstiger ist.<sup>30</sup>

Beim übernehmenden Rechtsträger ergibt sich u.E. noch folgendes: Werden durch den Ansatz mit dem gemeinen Wert eher Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens aufgestockt, da deren gemeiner Wert um den fiktiven Unternehmerlohn höher ist als deren Teilwert, muss nach der Einbringung eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert vorgenommen werden. Dieser Abschreibungsbedarf ist steuerlich sofort abziehbarer Aufwand, der das steuerliche Ergebnis des übernehmenden Rechtsträgers mindert.

<sup>26</sup> Im Gegensatz zu den §§ 3 ff. UmwStG-E sind die Pensionsrückstellungen auch mit ihrem gemeinen Wert anzusetzen und nicht mit dem Wert nach § 6 a EStG (d. h. Ansatz unter Berücksichtigung der stillen Lasten).

<sup>27</sup> Vgl. Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 43.

<sup>28</sup> Patt, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 20 UmwStG n. F., Rdnr. 158.

<sup>29</sup> So auch die Stellungnahme zur Abschaffung des Teilwerts des wissenschaftlichen Beirats des Fachbereichs Steuern bei der Ernst & Young AG, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, BB 2004, Beilage 3, 12 ff.

<sup>30</sup> Im Ergebnis ebenso die Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirats des Fachbereichs Steuern der Ernst & Young AG (Fn. 29), 16 f.



## bb) Buchwert- oder Zwischenwertansatz als Ausnahme

Das eingebrachte Betriebsvermögen darf abweichend von § 20 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E mit seinem Buchwert oder mit einem Zwischenwert angesetzt werden, soweit kumulativ die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

(1) Die Passivposten des eingebrachten Betriebsvermögens (ohne das Eigenkapital) dürfen die Aktivposten nicht übersteigen.

Kommt es dennoch zu der Übertragung von negativem Vermögen, so besteht die Rechtsfolge darin, dass die Buchwerte nicht fortgeführt werden dürfen. In Höhe der Differenz zwischen Aktiva und Passiva ist eine Aufstockung einheitlich bezüglich aller Wirtschaftsgüter vorzunehmen, so dass im Ergebnis Zwischenwerte zum Ansatz kommen.<sup>31</sup>

(2) Das Recht Deutschlands hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung des eingebrachten Betriebsvermögens bei dem übernehmenden Rechtsträger darf nicht eingeschränkt werden.

Anwendungsfälle hierfür können nur die Einbringung von ausländischem Betriebsstättenvermögen in eine in einem anderen EU/EWR-Staat steuerlich ansässige Kapitalgesellschaft sein, sofern die Betriebsstättengewinne vor der Einbringung nicht von der deutschen Besteuerung freigestellt sind (durch das anwendbare DBA).<sup>32</sup> Bei der Einbringung deutscher Betriebsstätten bleibt das deutsche Besteuerungsrecht immer gewahrt. Bei ausländischen Betriebsstätten, deren Gewinne von der deutschen Besteuerung freigestellt sind, wird das Besteuerungsrecht nicht durch die Einbringung beschränkt; es war bereits vor der Einbringung beschränkt.

### Beispiel 1:

Eine belgische SA bringt eine französische Betriebsstätte in eine deutsche GmbH ein. Da Deutschland nie ein Besteuerungsrecht für die französische Betriebsstätte vor der Einbringung hatte, kann durch die Einbringung auch kein Besteuerungsrecht verloren gehen. Das Besteuerungsrecht *wird* durch die Einbringung nicht eingeschränkt.

Ist die übernehmende Kapitalgesellschaft in Deutschland steuerpflichtig, wird diese das Betriebsstättenvermögen in der Steuerbilanz regelmäßig mit dem gemeinen Wert ansetzen, um einer Besteuerung im Fall des Wechsels des Besteuerungsrechtes durch Änderung des anwendbaren DBA vorzubeugen (die bislang geregelte Freistellungsmethode wird im Falle nicht vollständiger aktiver Einkünfte in die Anrechnungsmethode „umgewandelt“). § 20 UmwStG-E enthält hierzu allerdings keine Regelung.

**Fortführung des Beispiels 1:** Zwar der Tatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG-E erfüllt, so dass das eingebrachte Betriebsstättenvermögen in der deutschen Steuerbilanz mit den Buchwerten angesetzt werden könnte. Aus den genannten Gründen wird aber ein Ansatz zum gemeinen Wert erfolgen.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 69.

<sup>32</sup> Eine Freistellung der Gewinne aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens gilt uneingeschränkt für Betriebsstätten in Belgien, Dänemark, Finnland (Aktivitätsvorbehalt gilt nicht für Gewinne aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens), Frankreich, Griechenland, Großbritannien und Nordirland, Irland, Italien, Luxemburg, Schweden, Slowakei (Aktivitätsvorbehalt gilt nicht für Gewinne aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens), Spanien, Tschechien, Island und Norwegen. Eine eingeschränkte Freistellung sehen die DBA für Betriebsstätten in Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Slowenien, Ungarn und Zypern vor; danach werden Gewinne einer Betriebsstätte nur dann freigestellt, wenn diese Betriebsstätte vollständig oder fast vollständig (90%) aktive Tätigkeiten betreibt. Ist dies nicht der Fall, ist die Anrechnungsmethode anzuwenden. Für Liechtenstein gilt mangels DBA unmittelbar die Anrechnungsmethode.

<sup>33</sup> Sollte der Ansässigkeitsstaat des Einbringenden die doppelte Buchwertverknüpfung erfordern, um die Einbringung steuerneutral gestalten zu können, wäre auch der deutsche Ansatz mit dem gemeinen Wert unschädlich. Hier müsste es auf den Ansatz im Land der Betriebsstätte (im Beispielsfall in Frankreich) ankommen. Das dortige Wahlrecht müsste unabhängig von dem deutschen An-

Damit setzt § 20 UmwStG-E das Betriebsstättenkonzept, das auch der FRL zugrunde liegt, konsequent um. Sofern Wirtschaftsgüter steuerlich in Deutschland verstrickt sind, führt die durch die Einbringung bewirkte Entstrickung zu einem Ansatz zum gemeinen Wert und damit zu einer Besteuerung beim Einbringenden. Besteht kein deutsches Besteuerungsrecht vor der Einbringung (ausländisches Betriebsstättenvermögen), kann der Ansatz frei gewählt werden, da es für die deutsche Besteuerung irrelevant ist, was mit den Wirtschaftsgütern der ausländischen Betriebsstätte geschieht. Bei der Einbringung mehrerer Betriebe ist allerdings zu beachten, dass der Antrag auf Buch- oder Zwischenwertansatz nur einheitlich gewählt werden darf.

**Beispiel 2:**

Die A-GmbH & Co. KG mit Sitz in Deutschland hat einen in Frankreich ansässigen Gesellschafter A. Die A-GmbH & Co. KG verfügt über inländisches Betriebsvermögen (Teilbetrieb 1) und in Belgien belegenes Betriebsstättenvermögen (Teilbetrieb 2). Der Buchwert des Teilbetriebs 1 beträgt 100, der Buchwert des Teilbetriebs 2 beträgt gleichfalls 100 (gemeiner Wert jeweils 200). Die KG bringt nun beide Teilbetriebe in die B-GmbH gegen Gewährung neuer Anteile ein. Hinsichtlich des Bilanzansatzes muss sie entscheiden, ob sie den gemeinen Wert oder den Buchwert wählt; denn der Antrag auf Buchwertfortführung kann nur für das gesamte eingebrachte Betriebsvermögen einheitlich ausgeübt werden. Ausgeschlossen ist daher, dass der Teilbetrieb 1 mit dem Buchwert und der Teilbetrieb 2 mit dem gemeinen Wert angesetzt wird. (Zum anderweitigen Ansatz beim Einbringenden siehe aber Beispiel 7.)

Im Ergebnis ist damit eine steuerneutrale Übertragung von Betriebsstätten, die in einem Staat belegen sind, dessen DBA mit Deutschland die Anrechnungsmethode vorsieht, in eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft, die nicht in Deutschland ansässig ist, nicht möglich. Denn durch die Einbringung wird dieses Besteuerungsrecht auf den EU/EWR-Staat übertragen, in dem der übernehmende Rechtsträger steuerlich ansässig ist.<sup>34, 35</sup>

**Beispiel 3:**

Eine deutsche Kapitalgesellschaft bringt ihre portugiesische Betriebsstätte, die Einkünfte aus passiven Tätigkeiten erzielt, in eine französische SA ein. Nach dem DBA-Portugal gilt für die Betriebsätteneinkünfte lediglich die Anrechnungsmethode.<sup>36</sup> Nach der Einbringung ist die Möglichkeit der Besteuerung der portugiesischen Betriebsätteneinkünfte und Anrechnung der in Portugal gezahlten Steuer verloren gegangen, das Besteuerungsrecht Deutschlands mithin beschränkt worden.

U.E. besteht kein Einbringungshindernis, wenn Betriebsstätten, die durch Personengesellschaften (mit natürlichen Personen als Gesellschaftern) oder durch Einzelunternehmer betrieben werden, in eine Kapitalgesellschaft in einem anderen EU/EWR-Staat eingebracht werden, und das anwendbare DBA mit dem Betriebsstättenstaat die Anwendung der Freistellungsmethode anordnet. In diesem Fall würde sich zwar bei Veräußerung des eingebrachten Betriebsvermögens der anwendbare Steuersatz des einbringenden Gesellschafters oder Einzelunternehmers im Wege des Progressionsvorbehaltes nicht erhöhen. Hierdurch wird allerdings das deutsche Besteuerungsrecht bezüglich des Veräußerungsgewinns nicht i.S.d. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG-E beschränkt.<sup>37</sup>

satz ausübbar sein (wie dies im umgekehrten Fall gemäß § 20 UmwStG bei der Einbringung von deutschen Betriebsstättenvermögen der Fall ist).

**34** *Dötsch/Pung*, Der Konzern 2006, 258, 261, weisen u. E. zu Recht darauf hin, dass die damit verbundene Besteuerung nicht gegen die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern verstößt.

**35** Eine Folge der Regelung in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG-E ist die Streichung des § 26 Abs. 2 Satz 3 UmwStG. Für die Sonderfälle der Gewinne aus dem Betrieb von Seeschiffen oder Luftfahrzeugen im internationalen Verkehr bzw. der Binnenschifffahrt war dort bislang eine vergleichbare Regelung vorgesehen.

**36** Art. 24 Abs. 2 DBA Portugal i.V. m. Ziffer 8 a des Protokolls zum DBA Portugal.

**37** So wohl auch die Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 69.

(3) Für die Einbringung darf keine sonstige Gegenleistung gewährt worden sein.

Wird dennoch eine solche Gegenleistung gewährt, ist von der übernehmenden Gesellschaft der Buchwert zuzüglich des gemeinen Wertes der sonstigen Gegenleistung anzusetzen. Der gemeine Wert der sonstigen Gegenleistung ist auf die eingebrachten Wirtschaftsgüter im Verhältnis ihrer stillen Reserven zueinander zu verteilen. Im Ergebnis kommt es auch in soweit zu einem Zwischenwertansatz. Diese Regelung ist bereits von § 20 Abs. 2 Satz 5 UmwStG bekannt. Allerdings ändert sich künftig die Berechnungsmethode. Nach der bisherigen Regelung erhöhte sich der Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens lediglich um die Differenz zu der Summe der gemeinen Werte der anderen Wirtschaftsgüter.

**Beispiel 4 (laut Gesetzesbegründung):**

Ein Betriebsvermögen mit einem Buchwert von EUR 1000 hat einen gemeinen Wert von 2000. Der Einbringende erhält von der übernehmenden Kapitalgesellschaft neben neuen Anteilen eine Barzahlung in Höhe von EUR 1200. Nach bisherigem Recht hätten die Buchwerte lediglich um EUR 200 ( $2000 - 1000$ ) aufgestockt werden müssen.

Nach neuem Recht ist aufzuteilen in den Teil, dessen Gegenleistung in Anteilen besteht, und den Teil, für den eine sonstige Gegenleistung gewährt wird. Die Buchwerte sind sodann in dem vorgenannten Verhältnis aufzuteilen. Der Teil der Buchwerte, auf denen die sonstige Gegenleistung entfällt, ist um den gemeinen Wert der sonstigen Gegenleistung aufzustocken.

**Fortführung des Beispiels 4:**

Die sonstige Gegenleistung in Höhe von 1200 ist zum Gesamtwert des Vermögens in das Verhältnis zu setzen. Damit ergibt sich, dass für 60% ( $1200/2000$ ) eine sonstige Gegenleistung gewährt wurde, und für 40% die Gegenleistung in Gesellschaftsrechten bestand (1. Schritt). Damit entfällt von den Buchwerten von 1000 600 auf den Teil, für den eine sonstige Gegenleistung gewährt wurde (2. Schritt). Sodann wird dieser anteilige Buchwert von 600 aufgestockt auf den gemeinen Wert der sonstigen Gegenleistung, nämlich 1200 (3. Schritt). Der Aufstockungsbetrag beträgt daher 600. Zusammen mit den Buchwerten, die nicht aufgestockt werden ( $40\%$  von  $1000 = 400$ ) ergibt sich damit ein anzusetzender Buchwert bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft von 1600 (anteiliger Buchwert 1 (400) + anteiliger Buchwert 2 (600) + Aufstockungsbetrag (600)).

**(4) Antrag der übernehmenden Gesellschaft**

Der Buchwert oder ein Zwischenwert kann nur auf Antrag angesetzt werden. § 20 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E verweist auf § 3 Abs. 2 S. 2 UmwStG-E, wonach der Antrag spätestens bis zur erstmaligen Einreichung der steuerlichen Schlussbilanz bei dem für die Besteuerung der übertragenden Körperschaft zuständigen Finanzamt zu stellen ist. Aus der lediglich „entsprechenden“ Geltung des § 3 Abs. 2 Satz 3 folgt u. E., dass der Antrag nicht bei dem Finanzamt der übertragenden Körperschaft zu stellen ist, sondern dass die übernehmende Kapitalgesellschaft bei dem für sie zuständigen Finanzamt den Antrag zu stellen hat.<sup>38</sup> Bei der Einbringung von Mitunternehmeranteilen dürfte der Antrag von der Mitunternehmerschaft, deren Anteile in die Kapitalgesellschaft eingebracht wurden, zu stellen sein, da diese den hier relevanten Werte ansetzt.<sup>39</sup> Auch dürfte nicht auf die steuerliche Schlussbilanz abgestellt werden – diese gibt es bei einer Einbringung nur in Ausnahmefällen; außerdem erfolgt in diesen nicht der Bilanzansatz –, sondern auf die Eröffnungsbilanz bzw. die normale Jahresbilanz der übernehmenden Kapitalgesellschaft. Damit dürfte sich im Vergleich zum Status quo, nach dem das (bisherige) Wahlrecht bei Abgabe der Steuererklärung (und damit bei Übersendung der für den Einbringungsvorgang maßgeblichen Jahresbilanz) auszu-

<sup>38</sup> Ist die übernehmende Kapitalgesellschaft eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft, hat die Anzeige beim deutschen Betriebsstättenfinanzamt zu erfolgen.

<sup>39</sup> Vgl. Patt (Fn. 28), Rdnr. 169.

üben ist, nichts ändern. Der Gesetzgeber sollte dies allerdings in § 20 Abs. 2 UmwStG-E, ggf. durch eine eigene Regelung, klarstellen.

Der Antrag kann für jeden Einbringungsvorgang nur einheitlich gestellt werden. D.h. es kann nicht zu einer teilweisen Aufstockung und einer teilweisen Buchwertfortführung bei einem Einbringungsvorgang kommen. Der Gesetzgeber sieht die Einbringung an mehreren Mitunternehmerteilen allerdings nicht als einen solchen einheitlichen Vorgang. Er stellt vielmehr auf den jeweiligen Gesellschafter ab. Entsprechend kann für einen Gesellschafter eine Aufstockung erfolgen, für einen anderen Gesellschafter nicht.<sup>40</sup> Ggf. sind Ergänzungsbilanzen aufzustellen.

### cc) Aufgabe des Maßgeblichkeitsprinzips

Nach der Gesetzesbegründung soll der Ansatz mit dem gemeinen Wert oder mit dem Buchwert bzw. Zwischenwert unabhängig davon erfolgen können, wie das eingebrachte Betriebsvermögen in der Handelsbilanz abgebildet wurde (Aufgabe des Maßgeblichkeitsprinzips).<sup>41</sup> Aus dem Gesetz ergibt sich dies nicht deutlich. Aus der Streichung des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG kann aber geschlossen werden, dass der Buchwertansatz nicht mehr dem handelsbilanziellen Ansatz folgen muss.<sup>42</sup> Die Abweichung der Steuerbilanz von der Handelsbilanz ist permanent.

### dd) Buch- bzw. Zwischenwertansatz bei Einbringung einer Betriebsstätte in eine deutsche Kapitalgesellschaft (Abschaffung des Teilwertansatzes gemäß § 20 Abs. 3 UmwStG)<sup>43</sup>

Der Buchwert – bzw. Zwischenwertansatz ist nach neuem Recht auch dann zulässig, wenn das Besteuerungsrecht Deutschlands hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der dem Einbringenden für die Einbringung gewährten Gesellschaftsanteile ausgeschlossen wird. Dies ist nach den von Deutschland abgeschlossenen DBA regelmäßig der Fall.

#### Beispiel 5:

Eine französische SA bringt ihre deutsche Betriebsstätte in eine deutsche GmbH ein. Die für die Einbringung gewährten Gesellschaftsrechte an der GmbH werden durch das DBA Frankreich Frankreich zugewiesen. Das Besteuerungsrecht Deutschlands an den Anteilen geht demnach verloren. Nach bisherigem Recht hätte diese Einbringung zum Teilwertansatz geführt (§ 20 Abs. 3 UmwStG) mit der Möglichkeit der Stundung der anfallenden Ertragsteuer (§ 20 Abs. 6 UmwStG).

Mit dieser Änderung durch das SEStEG kommt Deutschland den Vorgaben der FRL nach, nach denen die Umwandlung einer Betriebsstätte in eine Tochtergesellschaft steuerneutral möglich sein muss.<sup>44</sup> Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass die Streichung von § 20 Abs. 3 UmwStG möglich wird, da gemäß § 22 UmwStG-E eine nachgelagerte Besteuerung des Einbringungsvorgangs erfolgt, sofern die durch die Einbringung gewährten Anteile während der Sperrfrist von sieben Jahren veräußert werden.<sup>45</sup> Das deutsche Besteuerungsrecht geht damit (vorläufig) nicht verloren.

<sup>40</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 69.

<sup>41</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 69.

<sup>42</sup> Aus dem Gesetz ergibt sich ferner nicht, ob die Handelsbilanz nicht der Steuerbilanz folgen muss (umgekehrte Maßgeblichkeit). Dies wäre der Fall, wenn die umgekehrte Maßgeblichkeit gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG auch für Umwandlungsvorgänge Anwendung fände. Da dies umstritten ist (vgl. *Weber-Grellet*, in: Ludwig Schmidt, EStG, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 46), wäre es empfehlenswert, in dem Gesetzestext eine Klarstellung aufzunehmen, dass der Ansatz gemäß § 20 Abs. 2 UmwStG-E unbeschadet der Regelungen in § 5 EStG erfolgen kann.

<sup>43</sup> Zur berechtigten Kritik an § 20 Abs. 3 UmwStG siehe *Klingberg/van Lishaut* (Fn. 14), 719.

<sup>44</sup> Siehe oben I.2 Damit wird auch die steuerneutrale Umwandlung einer deutschen Mitunternehmenschaft in eine deutsche Kapitalgesellschaft möglich.

<sup>45</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 71. Zu Einzelheiten siehe II. 3.

## ee) Weitere Änderungen im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG wegen der Aufhebung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes entfallen konnte. Satz 3, nämlich die Legaldefinition des Buchwertes, ist bereits in § 1 Abs. 5 Nr. 4 UmwStG-E enthalten und konnte deswegen gleichfalls gestrichen werden. Satz 4 ist in Satz 2 Nr. 1 aufgegangen, der bisherige Satz 5 in Satz 2 Nr. 3. Die bisherige Obergrenze des Wertansatzes in Satz 6 ist nunmehr bereits in Satz 2 enthalten.

## c) Steuerliche Behandlung auf der Ebene des Einbringenden (§ 20 Abs. 3, 4, 7 und 8 UmwStG-E)

### aa) Originärer Einbringungsgewinn

Der originäre Einbringungsgewinn<sup>46</sup> wird wie nach bisherigem Recht dergestalt ermittelt, dass der Wert des eingebrachten Betriebsvermögens, wie von der übernehmenden Kapitalgesellschaft angesetzt, für den Einbringenden als Veräußerungspreis gilt.

#### (1) Besteuerung des originären Einbringungsgewinns

Der originäre Einbringungsgewinn wird als laufender Gewinn besteuert, da er ein Gewinn aus der Veräußerung des (eingebrachten) Betriebsvermögens ist. Ist Einbringender eine Kapitalgesellschaft, unterliegt der originäre Einbringungsgewinn der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Steuerliche Vergünstigungen werden nicht gewährt. Dies gilt auch dann, wenn der Einbringende eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft und das eingebrachte Betriebsvermögen der deutschen Besteuerung unterliegt.

Handelt es sich bei dem Einbringenden um eine natürliche Person, gelten die Vergünstigungen des § 16 Abs. 4 (Freibetrag i. H. v. max EUR 45 000) und § 34 Abs. 1 und 3 (ermäßigter Steuersatz) im bisherigen Rahmen unverändert weiter. § 20 Abs. 5 UmwStG, der nun zu Abs. 4 wird, wird lediglich textlich verändert, in dem der Ausschluss der Einbringung von Teilen eines Mitunternehmeranteils von den Vergünstigungen des EStG in Satz 1 Aufnahme gefunden hat.

#### (2) Besteuerung des Gewinns aus der Einbringung ausländischen Betriebsstättenvermögens (§ 20 Abs. 7 UmwStG-E)

Befindet sich bei der Einbringung durch einen in Deutschland steuerpflichtigen Einbringenden unter dem eingebrachten Betriebsvermögen auch oder nur ausländisches Betriebsstättenvermögen, gilt auch dieses nach deutschem Steuerrecht im Rahmen der Einbringung als veräußert. Dies ist für die deutsche Besteuerung unerheblich, soweit die Betriebsstätteneinkünfte durch das anwendbare DBA freigestellt sind, d. h. nicht der deutschen Besteuerung unterliegen.<sup>47</sup> Anders ist dies, wenn das anwendbare DBA die Betriebsstätteneinkünfte nicht freistellt, sondern der deutschen Besteuerung unter Anrechnung der im Ausland gezahlten Steuer unterstellt oder wenn kein DBA mit dem Betriebsstättenstaat existiert; auch in diesem Fall kommt die Anrechnungsmethode zur Anwendung (§§ 34 c EStG, 26 KStG).

Für den Fall, dass die Anrechnungsmethode anzuwenden ist, ist zu unterscheiden.

(i) Betriebsstättenvermögen in einem anderen EU/EWR-Staat wird in eine in Deutschland nicht steuerpflichtige EU/EWR-Kapitalgesellschaft eingebracht.

<sup>46</sup> Zur Abgrenzung des Einbringungsgewinns I und des Einbringungsgewinns II nach § 22 UmwStG-E wird der Gewinn, der unmittelbar im Rahmen der Einbringung entsteht, in diesem Beitrag als originärer Einbringungsgewinn bezeichnet.

<sup>47</sup> Eine Ausnahme gilt, wenn Einbringender eine Personengesellschaft (mit natürlichen Personen als Gesellschaftern) oder eine natürliche Person ist. In diesem Fall wirkt sich der Einbringungsgewinn auf den Progressionsvorbehalt der Gesellschafter bzw. des Einzelunternehmers aus.

In diesem Fall scheidet das Betriebsstättenvermögen aus der deutschen Besteuerung aus. Systematisch erfolgt eine Schlussbesteuerung des ausländischen Betriebsstättenvermögens in Deutschland. Gemäß § 20 Abs. 7 UmwStG-E i. V. m. § 3 Abs. 3 UmwStG-E ist die fiktive ausländische Steuer, die im Betriebsstättenstaat entstanden wäre, würde hier nicht nach den Vorgaben der Fusionsrichtlinie der Einbringungsvorgang steuerneutral (unter Buchwertfortführung) gestaltet werden können, auf die deutsche Steuer anzurechnen.<sup>48</sup> Aus der entsprechenden Anwendung des § 3 Abs. 3, der lediglich auf die Anrechnung gemäß § 26 KStG verweist, ist zu schließen, dass eine Anrechnung auch nach § 34 c EStG in Betracht kommt, wenn Einbringender eine in Deutschland ansässige Personengesellschaft bzw. ein Einzelunternehmen ist. Dies gilt über § 50 Abs. 6 EStG auch dann, wenn die Gesellschafter der Personengesellschaft in Deutschland mit ihren Einkünften aus der Personengesellschaft nur beschränkt steuerpflichtig sind. Gewerbesteuer fällt in beiden Fällen (Einbringung durch eine deutsche Kapitalgesellschaft, Einbringung durch eine deutsche Personengesellschaft bzw. Einzelunternehmen) nicht an, da deren Gewerbeertrag gemäß § 9 Nr. 3 Satz 1 GewStG stets um Betriebsstättengewinne zu kürzen ist.

#### Beispiel 6:

Eine deutsche GmbH unterhält eine Betriebsstätte in der Tschechischen Republik, die keine Tätigkeit im Sinn des Art. 23 Abs. 1 c (DBA Tschechoslowakei<sup>49</sup>) ausübt. Dementsprechend sind diese Betriebsstätteneinkünfte nicht von der deutschen Besteuerung freigestellt, sondern werden von dieser unter Anrechnung der in Tschechien gezahlten Steuer in Deutschland besteuert. Die tschechische Betriebsstätte wird nunmehr in eine österreichische GesmbH eingebracht.

Zwar haben sowohl die Tschechische Republik als auch Österreich diesen Einbringungsvorgang buchwertneutral zu gestalten, Deutschland verliert jedoch durch die Einbringung das Besteuerungsrecht für den Gewinn aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens. Denn anstelle der tschechischen Betriebsstätte erhält die deutsche Gesellschaft Anteile an der österreichischen GesmbH. Für die damit verbundene Aufgabe des Besteuerungsrechtes Deutschlands darf der deutsche Fiskus eine Schlussbesteuerung bei der Betriebsstätte durchführen. Da nun in der Tschechischen Republik wegen der Buchwertfortführung keine tschechische Steuer entsteht, würde der aus der Einbringung entstehende Gewinn vollständig der deutschen Besteuerung unterliegen. Bei einer späteren Besteuerung in Tschechien wäre aber erneut Steuer, nämlich tschechische Steuer zu bezahlen. Um diese Doppelbesteuerung zu vermeiden, wird die fiktive tschechische Steuer auf die deutsche Steuer angerechnet. Im Ergebnis wird dadurch eine Einmalbesteuerung erreicht, als ob die Wirtschaftsgüter des Betriebsstättenvermögens an einen Dritten veräußert worden wären, während sie noch im Eigentum der deutschen GmbH standen.

(ii) Betriebsstättenvermögen in einem anderen EU/EWR-Staat wird in eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft eingebracht.

Es liegt kein Fall der §§ 20 Abs. 7, 3 Abs. 3 UmwStG-E vor, da das Betriebsstättenvermögen weiterhin der deutschen Besteuerung unterliegt.

Überträgt die übernehmende Kapitalgesellschaft zu einem späteren Zeitpunkt das Betriebsstättenvermögen – sei es durch Verkauf an einen Dritten oder durch Einbringung in eine ausländische Kapitalgesellschaft –, kommt es zu einer Besteuerung unter Anrechnung der tatsächlich gezahlten Steuer, die im Betriebsstättenstaat erhoben wird, bzw. der fiktiven Steuer (im Fall der Einbringung).

(iii) Außerhalb der EU/EWR belegenes Betriebsstättenvermögen wird in eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft bzw. eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft eingebracht.

<sup>48</sup> Die fiktive Anrechnung entspricht der Vorgabe des Art. 10 Abs. 2 FRL.

<sup>49</sup> Das DBA zwischen Deutschland und der Tschechoslowakei v. 30. 11. 1982 gilt gemäß Vereinbarung mit der Tschechischen Republik unverändert fort; vgl. BGBl. II 1993, 762.

Regelmäßig wird in diesen Fällen eine Buchwertfortführung im Betriebsstättenstaat nicht möglich sein; die Bestimmungen der FRL gelten nicht. Dementsprechend wird der Vorgang im Betriebsstättenstaat regelmäßig als Veräußerung des Betriebsstättenvermögens gelten, so dass eine Steuer im Betriebsstättenstaat entsteht. Diese wird auf die Körperschaftsteuer- oder Einkommensteuerschuld des Einbringenden angerechnet; eine Beschränkung für die Anrechnung der im Betriebsstättenstaat angefallenen Steuer besteht, anders als im Fall des § 20 Abs. 7 UmwStG, nicht.<sup>50</sup>

Können in dem Betriebsstättenstaat die Buchwerte fortgeführt werden, kann es zu einer Doppelbesteuerung kommen. Ist der Einbringende in Deutschland steuerlich ansässig und erfolgt die Einbringung in eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft, entsteht bei dem Einbringenden zwingend ein originärer Einbringungsgewinn, da nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UmwStG-E das Besteuerungsrecht hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens durch die Einbringung ausgeschlossen wird. Werden die Wirtschaftsgüter der Betriebsstätte zu einem späteren Zeitpunkt veräußert, kann es zu einer nochmaligen Besteuerung in dem Sitzstaat der übernehmenden Kapitalgesellschaft kommen.<sup>51</sup>

Erfolgt die Einbringung in eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft zum gemeinen Wert, so ergibt sich eine Besteuerung des Einbringungsgewinnes, ohne dass eine ausländische Steuer angerechnet werden kann. Zu einer fiktiven Anrechnung nach § 20 Abs. 7 i. V. m. § 3 Abs. 3 UmwStG kommt es nicht, da die Einbringung nicht unter die FRL fällt, da es sich um außerhalb der EU/EWR belegenes Betriebsstättenvermögen handelt. Allerdings hat in diesem Fall die übernehmende Kapitalgesellschaft die Buchwerte des Betriebsstättenvermögens in ihrer deutschen Steuerbilanz bereits aufgestockt, so dass bei einer späteren Veräußerung in Deutschland nicht mehr zu einer Besteuerung kommt. Wenn die bei der später erfolgenden Veräußerung entstehende Betriebsstättensteuer mangels anderer Einkünfte der übernehmenden Kapitalgesellschaft nicht angerechnet werden kann, kann es jedoch zu tatsächlichen steuerlichen Nachteilen kommen. Daher empfiehlt es sich, in diesen Fällen der Einbringung vorab zu untersuchen, welcher Bilanzansatz in Deutschland gewählt werden soll, um eine vollständige Anrechnung der Betriebsstättenstaatssteuer zu erreichen.

(4) Sonderfall: Besteuerung der Gesellschafter des Einbringenden – Einbringender ist eine ausländische Mitunternehmerschaft (§ 20 Abs. 8 UmwStG-E)

Erfolgt die Einbringung durch eine EU/EWR-Gesellschaft, die nach deutschen steuerlichen Grundsätzen als transparent zu behandeln ist (ausländische Mitunternehmerschaft)<sup>52</sup>, unterliegt der originäre Einbringungsgewinn bei den Gesellschaftern der ausländischen Mitunternehmerschaft der deutschen Besteuerung. Gemäß § 20 Abs. 8 UmwStG-E ist allerdings – vergleichbar der Regelung des § 20 Abs. 7 UmwStG-E – die ausländische Steuer, die auf die Einbringung bei der ausländischen Mitunternehmerschaft

<sup>50</sup> Problematisch gestaltet sich lediglich der Fall, dass in dem betreffenden Jahr – wegen anderweitiger Verluste – keine Steuer, auf die die ausländische Steuer angerechnet werden könnte, entsteht. Dann kommt es tatsächlich zu einer Doppelbesteuerung.

<sup>51</sup> Im umgekehrten Fall, wenn eine EU/EWR-Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat belegenes Betriebsstättenvermögen in eine deutsche Kapitalgesellschaft einbringt, kann hingegen der gemeine Wert angesetzt werden (s. II. 1. b) bb) (2)). Bei einer tatsächlichen Veräußerung des Betriebsstättenvermögens kommt es in Deutschland daher nicht zu einer Besteuerung. Es kann das Problem eines möglichen Anrechnungsüberhangs entstehen.

<sup>52</sup> Ein Beispiel hierfür ist die französische Société Civile, die Kraft Gesetzes der französischen Körperschaftsteuer unterliegt, nach ihren Merkmalen aber eindeutig mit einer deutschen Personengesellschaft vergleichbar ist und daher nach deutschem Steuerrecht als Mitunternehmerschaft zu besteuern wäre.

angefallen wäre, wäre der Vorgang dort steuerpflichtig gewesen, auf den Einbringungsgewinn anzurechnen.<sup>53</sup>

Relevanz hat dies nur dann, wenn das deutsche DBA mit dem Staat, in dem das eingebrachte Betriebsvermögen belegen ist, hinsichtlich der Gewinne aus der Veräußerung des Betriebsstättenvermögens nicht die Freistellungsmethode anwendet. Ohne Bedeutung ist, ob das DBA mit dem Sitzstaat der ausländischen Mitunternehmenschaft eine Besteuerung der Mituntereinkünfte in Deutschland gestattet. Denn bei ausländischen Mitunternehmenschaften mit Betriebsstätten in Drittstaaten wird stets nur auf das DBA zwischen Deutschland und dem Drittstaat abgestellt.<sup>54</sup>

## bb) Anschaffungskosten der gewährten Anteile

### (1) Bestimmung der originären Anschaffungskosten

Die Anteile, die der Einbringende für die Einbringung von der übernehmenden Kapitalgesellschaft neu gewährt bekommen hat, sind bei dem Einbringenden mit den Anschaffungskosten, die dem Veräußerungspreis entsprechen, anzusetzen (§ 20 Abs. 3 Satz 1 UmwStG-E). Es ergibt sich keine Änderung zu der bisherigen Rechtslage. Gleiches gilt für die Minderung der Anschaffungskosten, sofern die Gegenleistung nicht nur in Anteilen, sondern auch in einer sonstigen Gegenleistung besteht. In Höhe des gemeinen Werts der sonstigen Gegenleistung vermindern sich die originären Anschaffungskosten (§ 20 Abs. 3 Satz 3 UmwStG-E).

Ebenfalls unverändert ist die Behandlung von Einlagen und Entnahmen nach dem steuerlichen Übertragungstichtag geblieben. Gemäß § 20 Abs. 5 Satz 3 UmwStG-E vermindern sich die originären Anschaffungskosten, ggf. bereits reduziert in Höhe des gemeinen Wertes einer sonstigen Gegenleistung, um den Buchwert der Entnahmen bzw. erhöht sich um den Wert von Einlagen, wie diese nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG anzusetzen sind.

(2) Sonderfall: Einbringung nicht der deutschen Besteuerung unterliegendes, ausländisches Betriebsstättenvermögens – Erhöhung der Anschaffungskosten beim Einbringenden um den gemeinen Wert

Bringt ein in Deutschland Steuerpflichtiger ausländisches Betriebsstättenvermögen in eine ausländische Kapitalgesellschaft ein, und bestand bzw. besteht vor und nach der Einbringung kein deutsches Besteuerungsrecht an dem Gewinn aus der Veräußerung des eingebrachten (ausländischen) Betriebsvermögens, erhöhen sich für den Einbringenden die Anschaffungskosten der von der übernehmenden Kapitalgesellschaft gewährten Anteile um den gemeinen Wert des eingebrachten Betriebsvermögens (§ 20 Abs. 3 S. 2 UmwStG-E). Wegen des fehlenden deutschen Steuerinteresses ist eine doppelte Buchwertverknüpfung in diesen Fällen nicht notwendig.

### Beispiel 7:

Einbringung wie in Beispiel 2. Selbst wenn die B-GmbH beide Teilbetriebe mit ihren bisherigen Buchwerten ansetzt (insgesamt zu 200) gelten als Anschaffungskosten für die von der B-GmbH ausgegebenen Anteile 100 (für den Teilbetrieb 1, Buchwert) und 200 (für den Teilbetrieb 2, gemeiner Wert), also insgesamt 300.

## d) Zeitpunkt der Sacheinlage (§ 20 Abs. 5 und 6 UmwStG-E)

Die Regelungen zum Zeitpunkt der Sacheinlage sind grundsätzlich unverändert aus § 20 Abs. 7 und 8 UmwStG übernommen worden. Danach ist die Einbringung auch weiterhin mit einer

<sup>53</sup> Gemäß Art. 10a FRL ist die Besteuerung der Gesellschafter gestattet; gemäß Art. 10a Abs. 2 FRL ist jedoch die Anrechnung der fiktiven Steuer der transparenten Gesellschaft zwingend vorzusehen.

<sup>54</sup> Piltz, in: Debatin/Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Art. 7 MA, Rdnr. 68 ff.; OECD-Report on the application of the OCDE Model Tax Convention to Partnerships, Tz. 48 ff.



maximalen Rückwirkung von acht Monaten möglich, entweder gerechnet ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Einbringung (im Fall der „normalen“ Sachkapitalerhöhung) oder ab der Anmeldung der Umwandlungsmaßnahme zum Handelsregister (bei Vorgängen nach dem UmwG).

§ 20 Abs. 6 Satz 4 UmwStG-E verweist auf den gleichfalls neu eingefügten § 2 Abs. 3 UmwStG-E, wonach die Rückwirkung nicht gewährt werden soll, soweit Einkünfte auf Grund abweichender Regelungen zur Rückbeziehung in einem anderen Staat der Besteuerung entzogen werden. Dadurch sollen so genannte weiße Einkünfte als Folge einer rückwirkenden Einbringung vermieden werden, d. h. Einkünfte, die weder in Deutschland noch in einem anderen Staat besteuert werden. Bedeutung kann diese Regelung immer nur dann haben, wenn es sich um eine grenzüberschreitende Einbringung handelt.<sup>55</sup>

## **2. Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften oder Europäischen Genossenschaften (Anteilstausch, § 21 UmwStG-E)**

Künftig unterfällt jede Art der Einbringung von Kapitalgesellschaftsanteilen gegen Gewährung neuer Kapitalgesellschaftsanteile den Regelungen des UmwStG-E. § 21 UmwStG-E erfordert nicht, dass mehrheitsvermittelnde oder -verstärkende Anteile eingebracht werden. § 21 UmwStG-E gilt nicht, wenn die eingebrachten Anteile Bestandteil eines eingebrachten Betriebsvermögens sind.<sup>56</sup>

### **a) Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 21 UmwStG-E (Abs. 1)**

#### **aa) Vorliegen eines Anteilstauschs**

§ 21 UmwStG-E kommt zur Anwendung, wenn Anteile an einer Kapitalgesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft in eine andere Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft<sup>57</sup> eingebracht werden, und die erwerbende Gesellschaft als Gegenleistung neue Anteile<sup>58</sup> gewährt. Da neue Anteile nach deutschem Gesellschaftsrecht nur im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung als Gegenleistung gewährt werden können, findet die Vorschrift wie bereits nach bisherigem Recht nur auf Anteilsübertragungen im Wege der „normalen“ Sachkapitalerhöhung sowie der Ausgliederung gemäß § 123 Abs. 1 Nr. 3 UmwG Anwendung.<sup>59</sup> Anteilsübertragungen nach ausländischem Recht werden ebenfalls von § 21 UmwStG erfasst, sofern sie einer Sachkapitalerhöhung oder Ausgliederung vergleichbar sind.

Nach bisherigem Recht sind die §§ 20 ff. UmwStG auf Anteilsübertragungen nur dann anwendbar, wenn die erwerbende Gesellschaft nach der Einbringung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der eingebrachten Gesellschaft innehatte (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG). Dieses zusätzliche Erfordernis, das nach der neuen Gesetzeslage als qualifizierter Anteilstausch bezeichnet wird, ist jetzt Voraussetzung für die Buchwertfortführung, nicht aber für die generelle Anwendung des § 21 UmwStG-E.

#### **bb) Beteiligte Rechtsträger**

Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 5, Abs. 4 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG-E kommt § 21 UmwStG-E zur Anwendung, wenn der erwerbende Rechtsträger sowie der erworbene Rechtsträger (die Ka-

<sup>55</sup> Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Schafitzl/Widmayer* in diesem BB-Special ■.

<sup>56</sup> In diesem Fall gilt § 20 UmwStG-E.

<sup>57</sup> Zum Verzicht auf die weitere Erwähnung der Europäischen Genossenschaft s. Fn. 11.

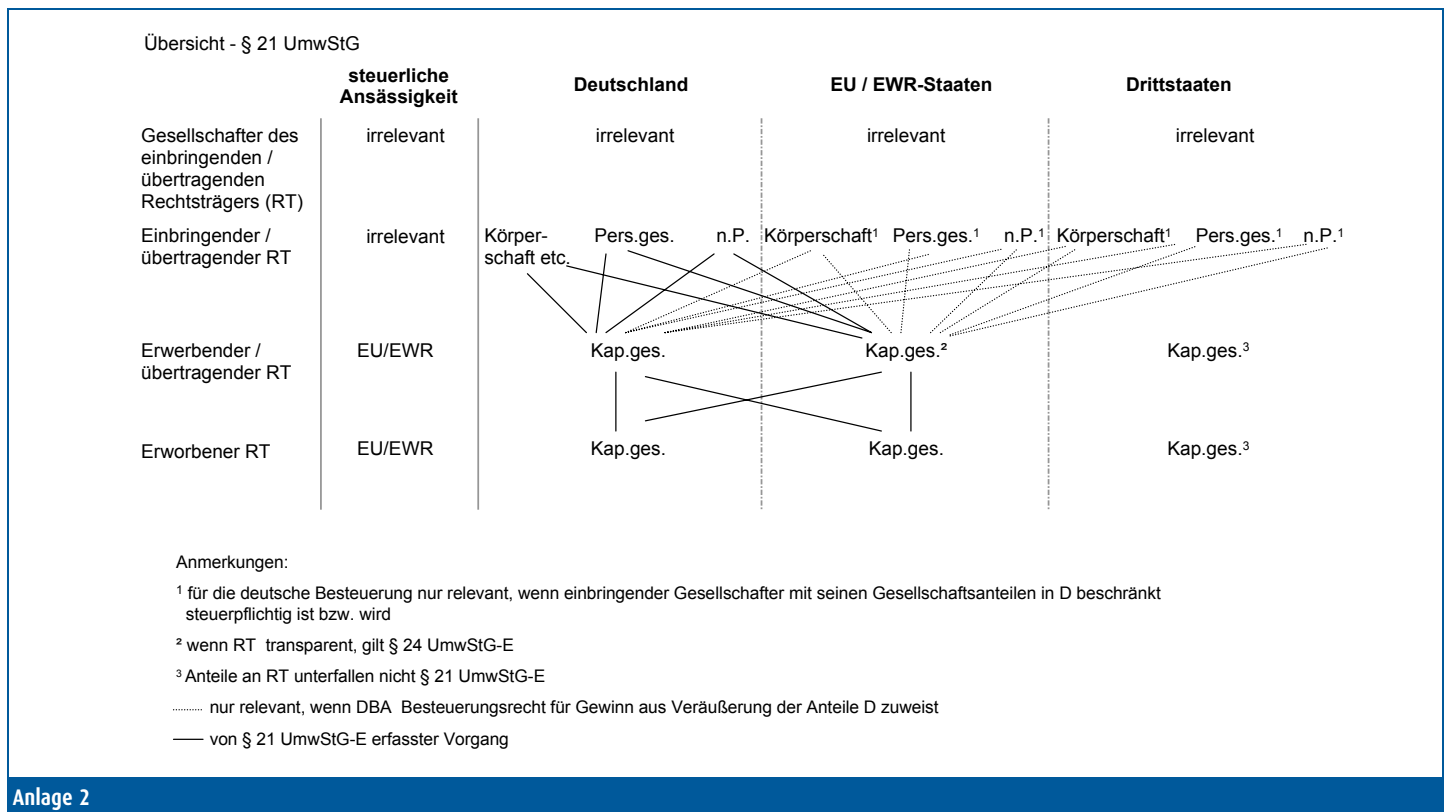
<sup>58</sup> Zum Streit, ob die FRL die Ausgabe neuer Anteile verlangt oder die Ausgabe eigener Anteile (Treasury Shares) genügen lässt, siehe *Klingberg/van Lishaut* (Fn. 14), 722.

<sup>59</sup> Insofern ist die Bezeichnung „Anteilstausch“ irreführend.

pitalgesellschaft, deren Anteile eingebracht werden) Kapitalgesellschaften im Sinne des Art. 48 EG-Vertrag bzw. Art. 34 des EWR-Abkommens sind und diese in einem EU/EWR-Staat unbeschränkt steuerpflichtig sind.<sup>60</sup> Die Person des Einbringenden ist hingegen irrelevant.<sup>61</sup> Die eingebrachten Anteile können auch in eine Betriebsstätte der erwerbenden EU/EWR-Kapitalgesellschaft eingebracht werden, auch wenn diese in einem Drittstaat belegen ist. Die Einbringung kann durch eine funktionale Zuordnung zum Betriebsstättenvermögen erfolgen.<sup>62</sup>

Eine Personengesellschaft, die in einem anderen EU/EWR-Staat steuerlich ansässig ist, die aber nach deutschem Steuerrecht als Kapitalgesellschaft behandelt wird, fällt u.E. nicht unter § 21 UmwStG-E; der Gesetzeswortlaut spricht ausdrücklich nur von „Kapitalgesellschaften“. Da diese keine Mitunternehmenschaften im deutschen steuerlichen Sinne sind, kommt für sie auch § 24 UmwStG nicht zur Anwendung. Eine grenzüberschreitende Einbringung in eine solche Gesellschaft bzw. von Anteilen an einer solchen Gesellschaft ist daher nach deutschem Steuerrecht steuerneutral nicht möglich.

Die Darstellung in Anlage 2 zeigt die unterschiedlichen Möglichkeiten von Einbringungen, die künftig unter § 21 UmwStG-E fallen sollen.



60 Bezüglich anderer Genossenschaften als der Europäischen Genossenschaft, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Betrieben gewerblicher Art, gilt das zu § 20 UmwStG-E Gesagte entsprechend. Danach qualifizieren diese Rechtsträger nicht für eine Anwendung des § 21 UmwStG-E.

61 Somit kann weiterhin ein außerhalb der EU/EWR Ansässiger Anteile an einer EU/EWR-Kapitalgesellschaft in eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft steuerneutral einbringen.

62 Vgl. BMF, 24. 12. 1999 – IV B4 – S 1300 – 111/19, BStBl. I 1999, 1076.

## b) Steuerliche Behandlung auf der Ebene der erwerbenden Kapitalgesellschaft

Die eingebrachten Anteile sind grundsätzlich, der neuen Systematik der UmwStG folgend, bei der erwerbenden Kapitalgesellschaft mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E).

Die erworbenen Anteile können jedoch auf Antrag mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert, begrenzt auf den gemeinen Wert, angesetzt werden, wenn ein qualifizierter Anteilstausch vorliegt. Danach muss nach der Einbringung die erwerbende Gesellschaft nachweisbar unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der erworbenen Gesellschaft innehaben. Soweit neben den neuen Anteilen eine sonstige Gegenleistung gewährt wird, ist – wie bei § 20 UmwStG-E – eine Buchwertaufstockung auf den Wert der sonstigen Gegenleistung durchzuführen.<sup>63</sup>

Wie bei § 20 UmwStG-E wird auch in § 21 Abs. 1 Satz 2, zweiter Halbsatz UmwStG-E für die Formalien der Antragstellung auf § 3 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E verwiesen. U. E. muss es auch im Rahmen des § 21 UmwStG-E auf die Person des erwerbenden (übernehmenden) Rechtsträgers ankommen.<sup>64</sup>

## c) Steuerliche Behandlung auf der Ebene des Einbringenden (§ 21 Abs. 2 UmwStG-E)

Wie bei § 20 UmwStG-E entspricht der Veräußerungspreis auf der Ebene des Einbringenden dem Wertansatz der erwerbenden Kapitalgesellschaft. Hiervon kann abgewichen werden, wenn das deutsche Besteuerungsrecht bezüglich des Gewinns aus der Veräußerung der von der erwerbenden Kapitalgesellschaft gewährten Anteile gesichert ist (Aufgabe der doppelten Buchwertverknüpfung).

### aa) Ermittlung des originären Einbringungsgewinns

(1) Grundsätzliche Maßgeblichkeit des Ansatzes bei der erwerbenden (übernehmenden) Gesellschaft

Wie nach bisherigem Recht, ist grundsätzlich der Ansatz, den die erwerbende Gesellschaft gewählt hat, für die Ermittlung des Einbringungsgewinnes maßgeblich. Dieser Wert gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis der eingebrachten Anteile (§ 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E).

(2) Keine Bindung an den Wertansätze der erwerbenden ausländischen Gesellschaft

Die Verknüpfung zwischen dem Wertansatz bei der erwerbenden Gesellschaft einerseits und dem Veräußerungspreis des Einbringenden andererseits besteht zukünftig nicht mehr, wenn hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der eingebrachten Anteile das Besteuerungsrecht Deutschlands beschränkt wird. In diesem Fall ist in einem ersten Schritt nach § 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E zwingend der gemeine Wert beim Einbringenden anzusetzen.

#### Beispiel 8:

Die deutsche A-GmbH bringt ihre Anteile an der französischen S.A. in eine belgische S.A. ein. Die belgische S.A. setzt die französischen Anteile mit dem bisherigen Buchwert an. In diesem Fall wäre die GmbH gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E grundsätzlich berechtigt, als Veräußerungspreis den bisherigen Buchwert anzusetzen; ein Einbringungsgewinn würde sich

<sup>63</sup> Zur Berechnung der Aufstockung gilt das zu § 20 UmwStG-E Gesagte entsprechend (siehe unter II. 1. b) bb) (3)). § 23 Abs. 4 Satz 3 UmwStG wurde nicht übernommen, wonach eine zusätzliche Gegenleistung bis zu 10 % des Nennwerts der gewährten Anteile für die Steuerneutralität unschädlich war. Die nach altem Umwandlungssteuerrecht bestehende Diskriminierung zwischen grenzüberschreitenden Einbringungen und nationalen Einbringungen (siehe hierzu *Klingberg/von Lishaut* (Fn. 14), S. 729) wurde damit beseitigt.

<sup>64</sup> Auf die Ausführungen zur Antragstellung nach § 20 Abs. 2 UmwStG-E wird verwiesen (siehe unter II. 1. b) bb) (4)).

nicht ergeben. Gemäß § 21 Abs. 2 Satz 2 ist jedoch abweichend hiervon der gemeine Wert der eingebrachten Anteile als Veräußerungspreis anzusetzen, da Deutschland kein Besteuerungsrecht mehr im Hinblick auf den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der französischen S.A. hat.

Jedoch verzichtet Deutschland auf eine solche Besteuerung, wenn bei einer späteren Veräußerung Gewinne aus den erhaltenen Anteilen besteuert werden können (2. Schritt).<sup>65</sup> In diesem Fall kann – wiederum auf Antrag – der Buchwert oder ein Zwischenwert, höchstens der gemeine Wert, beim Einbringenden als Veräußerungspreis und als Anschaffungskosten für die erhaltenen Anteile angesetzt werden (§ 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E). Im Ergebnis wird damit für den Anteilstausch mit einer ausländischen Gesellschaft das Prinzip der doppelten Buchwertverknüpfung aufgegeben.<sup>66</sup>

Das UmwStG-E unterscheidet zwei Fälle, in denen das deutsche Besteuerungsrecht gegeben ist:

- Nach dem anwendbaren DBA wird das Besteuerungsrecht für den Veräußerungsgewinn hinsichtlich der erhaltenen Anteile Deutschland zugewiesen (§ 21 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 UmwStG-E).

#### Fortsetzung des Beispiels 8:

Der A-GmbH werden von der belgischen S.A. neue Anteile gewährt. Der Gewinn aus der Veräußerung dieser Anteile steht nach dem DBA Belgien Deutschland zu. Gemäß § 21 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 kann bei entsprechender Antragstellung der Buchwert fortgeführt werden.

- Deutschland wird das Besteuerungsrecht nicht zugewiesen, aber der Anteilstausch darf aufgrund der FRL nicht besteuert werden (§ 21 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 UmwStG-E); für diesen Fall wird angeordnet, dass der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der erhaltenen Anteile in Deutschland besteuert werden kann, obwohl nach dem anwendbaren DBA ein deutsches Besteuerungsrecht nicht besteht. Dieses *treaty-override* ist durch die FRL gerechtfertigt, da sie einen Aufschub der Besteuerung vom Zeitpunkt der Einbringung bis zur tatsächlichen Veräußerung vorsieht und eine nachgelagerte Besteuerung erlaubt.<sup>67</sup>

#### Beispiel 9 (laut Gesetzesbegründung):

Eine unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Person bringt Anteile an einer österreichischen GesmbH in eine tschechische S.r.o. gegen Gewährung von neuen Anteilen ein. Vor dem Anteilstausch stand Deutschland das Besteuerungsrecht hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile an der österreichischen Gesellschaft zu. Dieses wird durch den Anteilstausch ausgeschlossen, da der Gewinn nunmehr in Tschechien der Besteuerung unterliegt. Hinsichtlich der Anteile an der tschechischen S.r.o. steht der Tschechischen Republik das Besteuerungsrecht nach dem DBA Tschechoslowakei zu; Deutschland hat die in Tschechien erhobene Steuer anzurechnen. Entsprechend ist das deutsche Besteuerungsrecht eingeschränkt.

<sup>65</sup> Fast alle deutschen DBA mit EU/EWR-Staaten weisen grundsätzlich Deutschland das Besteuerungsrecht zu, soweit Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften durch in Deutschland steuerlich ansässige Personen gehalten werden. Ausnahmen ergeben sich für Gesellschaften, deren Vermögen weitgehend aus Immobilien besteht (Immobilien-Gesellschaften). Ausnahmen bestehen weiterhin für Anteile an Gesellschaften in der Slowakischen Republik, der Tschechischen Republik, Zypern sowie (in bestimmten Wegzugsfällen) Norwegen. Hier kann jeweils der Staat des Sitzes der Gesellschaft den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile besteuern. Dies gilt auch für Liechtenstein; insoweit existiert kein DBA.

<sup>66</sup> Damit kommt der Gesetzgeber einer Entscheidung im Revisionsverfahren zu der Entscheidung des FG Baden-Württemberg, 17. 2. 2006 zuvor (siehe Fn. 10).

<sup>67</sup> Gemäß Art. 8 Abs. 1 FRL darf der Anteilstausch nicht zu einer Besteuerung führen. Art. 8 Abs. 6 FRL gestattet es dem Mitgliedstaat des Einbringenden, den Gewinn aus der späteren Veräußerung der im Rahmen des Anteilstausches erworbenen Anteile genauso zu besteuern, wie den Gewinn aus der Veräußerung eingebrachter (getauschter) Anteile. Da die übernehmende Kapitalgesellschaft stets in einem EU/EWR-Staat steuerlich ansässig sein muss (§ 1 UmwStG-E), kann der Sitzstaat der erwerbenden Kapitalgesellschaft gegen die gegen das DBA verstößende Besteuerung Deutschland nichts einwenden, da dieser andere EU/EWR-Staat an die Vorgaben der FRL und damit auch an Art. 8 Abs. 6 FRL gebunden ist.

Es handelt sich jedoch um einen Fall des Art. 8 Abs. 6 FRL, d. h. der Anteilstausch unterfällt der FRL. Gemäß § 21 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 UmwStG-E kann bei dem Einbringenden als Veräußerungspreis der Buchwert angesetzt werden. Der Anteilstausch ist steuerneutral möglich. Kommt es später zu einer Veräußerung der Anteile an der tschechischen S.r.o. kann Deutschland den hieraus erzielten Veräußerungsgewinn besteuern, ohne die tschechische Steuer anrechnen zu müssen.

Soweit der Einbringende in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig ist, ist die Erfassung des Gewinns aus der späteren Veräußerung der Anteile unproblematisch. War der Einbringende zum Zeitpunkt der Einbringung aber in Deutschland lediglich beschränkt steuerpflichtig (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. e) EStG), so wird die Besteuerung des Veräußerungsgewinns aus den erhaltenen Anteilen dadurch erreicht, dass die Einkünfte durch den Verweis auf § 22 Abs. 4 Nr. 3 UmwStG-E als (nachträgliche) beschränkt steuerpflichtige Einkünfte im Sinne des § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) bzw. lit. e) EStG fingiert werden. In diesem Fall dürfte die Durchsetzung des Besteuerungsanspruch jedoch mit erheblichen praktischen Problemen verbunden sein, da die deutsche Finanzverwaltung darauf angewiesen ist, durch den Steuerpflichtigen oder eine ausländische Steuerbehörde von der Übertragung der erhaltenen Anteile benachrichtigt zu werden; Nachweispflichten für den Einbringenden entsprechend § 22 Abs. 3 UmwStG-E sieht § 21 UmwStG-E nicht vor.

### **bb) Besteuerung des Einbringungsgewinns**

Gemäß § 21 Abs. 3 UmwStG-E können die Vergünstigungen der §§ 16 Abs. 4, 17 Abs. 3 und 34 EStG hinsichtlich des Einbringungsgewinns nur beschränkt in Anspruch genommen werden: Der Freibetrag gemäß § 17 Abs. 3 ist nur zu gewähren, wenn die erwerbende Gesellschaft die eingebrachten Anteile oder, im Fall des Abs. 2 Satz 2 der Einbringende, mit dem gemeinen Wert ansetzt. Gleiches gilt für § 16 Abs. 4 EStG, sofern eine 100%ige Beteiligung aus einem Betriebsvermögen in eine andere Gesellschaft eingebracht wird. Die Fünftelungsregelung des § 34 Abs. 1 EStG findet in keinem Fall Anwendung. Das Gesetz sagt jedoch nichts zu der Anwendung des § 34 Abs. 3 EStG (hälftiger Steuersatz); dementsprechend kommt diese Regelung u. E. auch dann zur Anwendung, wenn die eingebrachten Anteile mit einem Zwischenwert angesetzt werden, vorausgesetzt, dass es sich um eine Einbringung aus einem Betriebsvermögen handelt, die eingebrachten Anteile die gesamten Anteile an der eingebrachten Gesellschaft darstellen und § 3 Nr. 40 EStG nicht zur Anwendung kommt.

### **cc) Anschaffungskosten der erhaltenen Anteile**

Die originären Anschaffungskosten der im Rahmen des Anteilstausches gewährten, d. h. der erhaltenen Anteile, entsprechen gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E dem Veräußerungspreis. Durch den Verweis in § 21 Abs. 2 Satz 6 UmwStG-E auf § 20 Abs. 3 Satz 3 UmwStG-E wird klargestellt, dass sich die Anschaffungskosten um den gemeinen Wert der neben den Gesellschaftsanteilen gewährten sonstigen Gegenleistung mindern.

### **dd) Erhaltene Anteile als steuerliches Surrogat der eingebrachten Anteile**

Gemäß § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E treten die im Rahmen der Einbringung ausgegebenen Anteile steuerlich an die Stelle der eingebrachten Anteile. Dies hat die folgenden Konsequenzen:

Sind die eingebrachten Anteile gemäß § 21 UmwStG als einbringungsgeborene Anteile steuerverstrickt, so setzt sich diese Steuerverstrickung bei den erhaltenen Anteilen fort. Dies mag folgerichtig sein, wenn als Anschaffungskosten für die erhaltenen Anteile nicht der gemeine Wert angesetzt wurde, mithin eine Besteuerung der stillen Reserven in den eingebrachten (einbringungsge-

borenen) Anteilen bereits stattgefunden hat. Diese Fälle sollen ausweislich der Gesetzesbegründung auch getroffen werden.<sup>68</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut<sup>69</sup> besteht die Gefahr, dass aber auch bei Aufdeckung der stillen Reserven (Ansatz mit dem gemeinen Wert) die Einbringungsgeborenenheit überspringt.<sup>70</sup> U.E. ist § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E einschränkend auszulegen und ein solches Überspringen zu verneinen.

Wurden die eingebrachten Anteile vor der Einbringung auf den Teilwert abgeschrieben, wird die Gefahr gesehen, dass nach § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG die erhaltenen Anteile der Pflicht zur Wertaufholung unterliegen.<sup>71</sup> U.E. sollten diese Fälle nicht von § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E erfasst werden und mithin eine Verpflichtung zur Wertaufholung nicht auf die erhaltenen Anteile übergehen. Werden Anteile, die auf den Teilwert abgeschrieben wurden, nach § 21 Abs. 1 UmwStG-E in eine Kapitalgesellschaft eingebracht, entspricht deren Buchwert nämlich regelmäßig dem Teilwert und in den meisten Fällen auch dem gemeinen Wert der Anteile. Denn der Buchwert i.S.d. §§ 20ff. UmwStG-E ist nicht der bilanzielle Buchwert, sondern der Buchwert mit dem die eingebrachten Anteile zum Zeitpunkt des Anteilstausches nach den steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung anzusetzen wären (§ 1 Abs. 5 Nr. 4 UmwStG-E).<sup>72</sup> Dies bedeutet, dass zum Einbringungszeitpunkt noch nicht vorgenommene Wertaufholungen bezogen auf die eingebrachten Anteile noch beim Einbringenden vorgenommen werden müssen.<sup>73</sup> Geschieht die Wertaufholung nicht, weil der Wert der eingebrachten Anteile immer noch gemindert ist, liegt eine Übertragung zum Teilwert (gemeinen Wert) und damit eine Veräußerung im steuerlichen Sinne vor. In diesem Fall entfällt die Verpflichtung zur Wertaufholung bezogen auf die eingebrachten Anteile auf Grund der Übertragung zum Teilwert noch beim Einbringenden.

#### d) Zeitpunkt des Anteilstausches: Keine Rückwirkung möglich

Wie bei § 20 UmwStG-E gilt der Anteilstausch zum Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den eingebrachten Wirtschaftsgütern als bewirkt. Anders als bei der Einbringung von Betriebsvermögen ist eine Rückwirkung jedoch grundsätzlich nicht (mehr) möglich; ein Verweis auf § 20 Abs. 5 und 6 UmwStG-E fehlt.<sup>74</sup>

U.E. sollte aber auch beim Anteilstausch eine Rückwirkung gemäß § 20 Abs. 6 UmwStG-E möglich sein. Andernfalls wird die Rückwirkung durch Gestaltungen erreicht.<sup>75</sup>

Zumindest muss aber die von der Rechtsprechung akzeptierte Rückbeziehung von Übertragungsvorgängen auch bei § 21

<sup>68</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 74 f.

<sup>69</sup> In § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E heißt es lediglich, „die erhaltenen Anteile treten steuerlich an die Stelle der eingebrachten Anteile“.

<sup>70</sup> Dies ist von Bedeutung im Hinblick auf stille Reserven, die nach der Einbringung innerhalb des Sieben-Jahres-Zeitraumes des § 8 b Abs. 4 KStG bzw. 3 Nr. 40 EStG entstehen. Denn die Einbringungsgeborenenheit der Anteile geht durch die neue Fassung des UmwStG nicht verloren (§ 27 Abs. 3 UmwStG).

<sup>71</sup> So Rödder/Schumacher (Fn. 1), 1540.

<sup>72</sup> Diese Definition entspricht der bisherigen Definition in § 20 Abs. 2 Satz 3 UmwStG, so dass die bisherigen Erläuterungen zur Auslegung des § 1 Abs. 4 Nr. 5 UmwStG-E herangezogen werden können.

<sup>73</sup> Vgl. Schmitt (Fn. 20), § 20 UmwStG, Rdnr. 303.

<sup>74</sup> Rödder/Schumacher (Fn. 1), 1540 vermuten, dass hierdurch die unliebsame Rechtsprechung des BFH zu rückwirkenden Einbringungen obsolet gemacht werden soll. Würde man den Gedanken der Rückwirkung i.S.d. Rechtsprechung des BFH konsequent anwenden, könnte hierdurch z.B. auch das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg gemäß § 9 Nr. 2a und Nr. 7 GewStG rückwirkend erlangt werden.

<sup>75</sup> Denkbar wäre es, die einzubringende Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft formzuwechseln und sodann die Personengesellschaftsanteile mit Rückwirkung einzubringen. Hierbei sind die steuerlichen Auswirkungen gemäß §§ 3 ff. UmwStG-E vorab zu prüfen. Sofern die Kapitalgesellschaftsanteile Betriebsvermögen sind und dieses eingebracht wird, gilt auch für die Anteile die Rückwirkung des § 20 Abs. 6 UmwStG-E.

UmwStG-E Anwendung finden. Danach können zur technischen (bilanziellen) Vereinfachung Übertragungen bis zu sechs Wochen zurückbezogen werden.<sup>76</sup> Eine solche Rückwirkung ist notwendig, damit die Jahresbilanz der Anmeldung der Ausgliederung beigefügt werden kann bzw. damit die handelsrechtliche Wirksamkeit mit der steuerlichen Wirksamkeit übereinstimmt.<sup>77</sup>

### 3. Besteuerung des Anteilseigners (§ 22 UmwStG-E)

Durch das SEStEG wird die Besteuerung des Anteilseigners bei einer Veräußerung von Gesellschaftsanteilen, die im Rahmen einer Einbringung bei Ansatz des übernommenen Vermögens unterhalb des gemeinen Wertes gewährt wurden, neu geregelt. Nach bisherigem Recht führt die Veräußerung von so genannten einbringungsgeborenen Anteilen (§ 21 UmwStG) innerhalb einer Frist von sieben Jahren nach der Einbringung dazu, dass auf den bei der Veräußerung dieser Anteile erzielten Gewinn weder das Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG) noch die Steuerfreistellung nach § 8b Abs 2 KStG (§ 8b Abs. 4 KStG) anwendbar sind; der Veräußerungsgewinn ist mithin voll steuerpflichtig. Diese Regelung soll insbesondere verhindern, dass Unternehmensteile in Kapitalgesellschaften eingebracht und vorhandene stillen Reserven anschließend durch die steuerlich begünstigte Veräußerung der Anteile realisiert werden können. Auch die Neuregelung durch das SEStEG verfolgt dieses Ziel, versagt aber im Gegensatz zum bisherigen Recht bei einer Veräußerung der erhaltenen Anteile nicht mehr die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens bzw. die Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 2 KStG für den dabei erzielten Veräußerungsgewinn. Das SEStEG knüpft nunmehr im Falle einer schädlichen Übertragung der Anteile durch den Einbringenden bzw. durch die erwerbende Gesellschaft an die ursprüngliche Einbringung an und die in diesem Zeitpunkt vorhandenen stillen Reserven werden nachträglich (ganz oder teilweise) besteuert. Der vom Einbringende nachträglich zu versteuernde Betrag (Einbringungsgewinn I oder Einbringungsgewinn II) mindert sich dabei linear über den Zeitraum von sieben Jahren (Abschmelzen nach der Siebtel-Regelung).

#### a) Nachträgliche Besteuerung bei der Einbringung von Unternehmensteilen (§ 22 Abs. 1 UmwStG-E)

Die im SEStEG vorgenommene Unterscheidung zwischen der Einbringung von Unternehmensteilen (§ 20 UmwStG-E) einerseits und von Kapitalgesellschaftsanteilen (§ 21 UmwStG-E, Anteils-tausch) andererseits wird auch bei der Besteuerung des Anteilseigners in § 22 Abs. 1 und Abs. 2 UmwStG-E nachvollzogen. Die Nachbesteuerung im Fall der Einbringung von Unternehmensteilen richtet sich grundsätzlich nach § 22 Abs. 1 UmwStG-E.

#### aa) Voraussetzungen für die Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E kommt es in Fällen der Einbringung nach § 20 UmwStG-E (Einbringung von Unternehmensteilen) dann zu einer nachträglichen Besteuerung des Einbringungsvorgangs, wenn das eingebrachte Vermögen von der übernehmenden Gesellschaft unter dem gemeinen Wert angesetzt wurde und der Einbringende die im Zuge einer solchen Einbringung erhaltenen Anteile innerhalb einer Frist von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt veräußert. Nach § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E werden bestimmte Tatbestände einer Veräuße-

<sup>76</sup> Vgl. BFH, 6. 12. 2000 – VIII R 21/00, BStBl. II 2003, 194, BB 2001, 968; BFH, 18. 9. 1984 – VIII R 119/81, BStBl. II 1985, 55, BB 1985, 44.

<sup>77</sup> Für eine unterjährige Ausgliederung bietet sich die Aufstellung einer Teilschlussbilanz an, in der nur die auszugliedernden Anteile aufgeführt sind. Eine solche Teilschlussbilanz wird von den meisten Handelsregistern akzeptiert.

nung gleichgestellt und lösen somit ebenfalls die Nachbesteuerung des Einbringungsverganges aus.

(1) Grundfall: Veräußerung der erhaltenen Anteile (§ 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E)

Die nachträgliche Besteuerung des Einbringungsverganges wird nach § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E ausgelöst, wenn der Einbringende die *erhaltenen Anteile*<sup>78</sup> veräußert.

(i) Veräußerung im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E

Unter Veräußerung im Sinne des § 22 UmwStG-E ist – wie auch im Rahmen der §§ 16, 17 EStG und § 21 UmwStG – jede entgeltliche Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den erhaltenen Anteilen auf einen anderen Rechtsträger<sup>79</sup> zu verstehen.<sup>80</sup> Darunter fallen neben dem Verkauf insbesondere der Tausch der Anteile<sup>81</sup> sowie nach wohl herrschender Meinung<sup>82</sup> die offene Sacheinlage von Gesellschaftsanteilen gegen Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden Gesellschaft als tauschähnlicher Vorgang. Da § 22 Abs. 1 Satz 4 Nrn. 2 und 3 UmwStG-E in den Fällen der Einbringung (offene Sacheinlage) der erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E nur unter bestimmten Voraussetzungen für „entsprechend“ anwendbar erklärt, liegt darin u.E. nur dann eine Veräußerung im Sinne der Vorschrift, wenn die Voraussetzungen von § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E erfüllt sind; ansonsten treten die Rechtsfolgen des § 22 Abs. 1 Sätze 1 und 2 UmwStG-E bei einer Sacheinlage nicht ein.<sup>83</sup>

Die Gesetzesbegründung<sup>84</sup> geht ferner davon aus, dass die Übertragung der erhaltenen Anteile im Rahmen eines Umwandlungs Vorganges einer Veräußerung gleichsteht. U.E. löst – entsprechend der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung zur Besteuerung einbringungsgeborener Anteile<sup>85</sup> – der Umwandlungs Vorgang noch nicht unmittelbar die Nachbesteuerung des Einbringungsverganges aus, sofern er steuerneutral durchgeführt wird und der übernehmende Rechtsträger in die Rechtsstellung des Einbringenden eintritt:

#### Beispiel 10:

Die A-GmbH gliedert einen Teilbetrieb zur Neugründung auf die B-GmbH aus und hält nach der Eintragung der Ausgliederung 100% der Geschäftsanteile an der B-GmbH. Die B-GmbH stellt den Antrag nach § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E und setzt das übernommene Vermögen einheitlich mit

<sup>78</sup> Im Rahmen der Kommentierung der §§ 22, 23 UmwStG-E sind unter „erhaltenen Anteilen“ solche Gesellschaftsanteile zu verstehen, die dem Einbringenden aufgrund einer Sacheinlage (§ 20 UmwStG-E) oder eines Anteilstausches (§ 21 UmwStG-E) gewährt werden, sofern die übernehmende bzw. erwerbende Gesellschaft das eingebrachte Vermögen unterhalb des gemeinen Wertes ansetzt.

<sup>79</sup> Rechtsträger in diesem Sinne kann jede rechtliche Einheit sein, die im Rechtsverkehr als Träger von Rechten auftreten kann (beispielsweise auch Personengesellschaften); siehe *Patt* (Fn. 28), Rdnr. 51.

<sup>80</sup> BFH, 27. 7. 1988 – I R 147/83, BStBl. II 1989, 271, BB 1989, 1107; BFH, 8. 4. 1992 – I R 128/88, BStBl. II 1992, 761, BB 1992, 1408; BFH, 21. 10. 1999 – I R 43, 44/98, BStBl. II 2000, 424, BB 2000, 492; *Patt* (Fn. 28), § 21 UmwStG n. F. Rdnr. 51; *Weber-Grellet* (Fn. 42), § 17 Rz. 96.

<sup>81</sup> BFH, 17. 10. 1974 – IV R 223/72, BStBl. II 1975, 58; BFH, 7. 7. 1992 – VIII R 54/88, BStBl. II 1993, 331, BB 1993, 714 m. w. N.; FG Niedersachsen, 23. 2. 2005 – 3 K 116/00, EFG 2005, 1318; *Patt* (Fn. 28), § 21 UmwStG n. F. Rdnr. 57.

<sup>82</sup> BFH, 25. 6. 2004 – VIII B 275/03, BFH/NV 2004, 1530; BFH, 19. 10. 1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230, BB 1999, 510, für die Einbringung von Gesellschaftsanteilen in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden Gesellschaft; *Ebling*, in: Blümich, EStG, § 17 Rz. 141; *Patt* (Fn. 28), § 21 UmwStG n. F. Rdnr. 60; *Schmitt* (Fn. 20), § 21 UmwStG Rz. 22; anderer Ansicht für die Einbringung von einbringungsgeborenen Anteilen, *Widmann*, in: Widmann/Mayer, UmwG UmwStG, § 21 Rz. 101 m. w. N.

<sup>83</sup> Einzelheiten zur Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsverganges bei einer weiteren Einbringung der erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft und zum Verhältnis von § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E zu den Ergänzungstatbeständen in § 22 Abs. 1 Satz 4 Nrn. 2 und 3 UmwStG-E werden nachfolgend unter II. 3. a) aa) (2) (ii) dargestellt.

<sup>84</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 76.

<sup>85</sup> BMF, 28. 4. 2003 – IV A 2 – S 2750 a – 7/03, BStBl. I 2003, 292 Rz. 45.



dem Buchwert an. Anschließend wird die Beteiligung an der B-GmbH steuerneutral auf die C-GmbH abgespalten.

Entgegen der Gesetzesbegründung stellt die steuerneutrale Abspaltung nach unserer Auffassung keine Veräußerung im Sinne des § 22 UmwStG-E dar.<sup>86</sup> Da auch keiner der in § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E enthaltenen Ergänzungstatbestände erfüllt ist, führt die Abspaltung nicht zu einer Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs.<sup>87</sup> Die C-GmbH sollte hinsichtlich der übertragenen Anteile nach §§ 15 Abs. 1, 12 Abs. 3, 4 Abs. 2 UmwStG-E in die steuerliche Rechtsstellung der A-GmbH eintreten und mithin eine Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs nur dann ausgelöst werden, wenn die C-GmbH die Beteiligung an der B-GmbH veräußert oder einen Ergänzungstatbestand (§ 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E) verwirklicht.

#### (ii) Veräußerung durch den Einbringenden

Der Einbringungsvorgang im Sinne des § 20 UmwStG-E soll nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E nur dann nachträglich besteuert werden, wenn die erhaltenen Anteile durch den Einbringenden selbst oder seinen unentgeltlichen Rechtsnachfolger (§ 22 Abs. 6 UmwStG-E) veräußert werden. Im Falle der Einbringung von Unternehmensteilen durch eine Mitunternehmerschaft ist zweifelhaft, ob als Einbringender im Sinne des § 22 Abs. 1 UmwStG-E die Mitunternehmerschaft selbst oder die Mitunternehmer anzusehen sind.

#### Beispiel 11:

A und B sind Gesellschafter der AB oHG. Die AB oHG hat zwei als steuerliche Teilbetriebe geführte Produktionsbereiche. Der Teilbetrieb 1 hat einen Buchwert von 100 (Teilwert 1 000) und der Teilbetrieb 2 einen Buchwert 150 (Teilwert 200). Teilbetrieb 1 wird zum Buchwert nach § 20 UmwStG-E zur Neugründung auf die AB GmbH ausgegliedert. A veräußert unmittelbar nach der Ausgliederung seinen Anteil an der AB oHG (50%) an den C zum Kaufpreis von 600.

#### Bisherige Rechtslage:

Der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der AB oHG ist für den A voll steuerpflichtig. Die hälftige Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 40 lit. b) EStG für den Veräußerungspreis, der auf die im Betriebsvermögen gehaltenen Anteile an der AB GmbH entfällt, findet keine Anwendung, weil es sich um einbringungsgeborene Anteile im Sinne des § 21 UmwStG handelt (§ 3 Nr. 40 Satz 4 EStG).

#### Zukünftige Rechtslage:

Nach dem SEStEG ist der Veräußerungsgewinn, der auf den Teilbetrieb 2 entfällt, weiterhin voll steuerpflichtig. Der Veräußerungspreis, der den Anteilen an der AB GmbH zuzuordnen ist, wird zukünftig nach § 3 Nr. 40 lit. b) EStG zur Hälfte von der Steuer befreit, weil mit der Aufgabe des bisherigen Konzeptes der einbringungsgeborenen Anteile auch § 3 Nr. 40 Satz 4 EStG gestrichen wird.<sup>88</sup> Ob die Veräußerung der Anteile an der Mitunternehmerschaft die Nachversteuerung nach § 22 Abs. 1 UmwStG-E auslöst, hängt davon ab, ob die Mitunternehmerschaft (AB oHG) oder deren Mitunternehmer (A und B selbst) als Einbringender im Sinne des §§ 20, 22 Abs. 1 UmwStG-E anzusehen sind. Nur im letzten Fall kann die Übertragung der Anteile an der Personengesellschaft die Steuerfolgen des § 22 Abs. 1 UmwStG-E auslösen.

Nach herrschender Meinung in der Literatur<sup>89</sup> ist im Rahmen des § 20 UmwStG die ihr Vermögen durch eine Einbringung übertragende Mitunternehmerschaft jedenfalls dann als Einbringender anzusehen, wenn die Mitunternehmerschaft nicht ihr gesamtes Vermögen überträgt und im Zuge der Einbringung nicht ihre steuerliche Qualifikation als Mitunternehmerschaft verliert. Die

<sup>86</sup> Ebenso im Rahmen des § 26 UmwStG *Widmann* (Fn. 82), § 26 UmwStG Rz. 104; anderer Auffassung: BMF, 25. 3. 1998 – IV B 7 – S 1978 – 21/98/ IV B 2 – S 1909 – 33/98, BStBl. I 1998, 268 Rz. 15.24 für den Begriff der Veräußerung im Rahmen des § 15 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 UmwStG; *Schmitt* (Fn. 20), § 26 UmwStG Rz. 24; *Dötsch*, in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 26 UmwStG n. F. Rdnr. 24.

<sup>87</sup> Ebenso *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian* (Fn. 1), 171.

<sup>88</sup> Siehe zu den Anwendungsregelungen die Erläuterungen unter II. 5.

<sup>89</sup> *Widmann* (Fn. 82), § 20 UmwStG Rz. 427; *Patt* (Fn. 28), Rdnr. 21; *Wolff*, in: *Blümich*, EStG, § 20 Tz. 28; weitergehend *Schmitt* (Fn. 20), Rz. 192 m. w. N.; *Friedrichs*, in: *Haritz/Benkert*, UmwStG, § 20 Rz. 14.

Finanzverwaltung<sup>90</sup> vertritt dagegen die Auffassung, dass stets die Mitunternehmer selbst Einbringende im Sinne des § 20 UmwStG sind und daher die im Rahmen des § 20 UmwStG zu erfüllenden Voraussetzungen gesellschafterbezogen geprüft werden müssen. Da die Mitunternehmerschaft eigenständiges Subjekt der Gewinnermittlung ist und die erhaltenen Anteile weiterhin im Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft verbleiben, ist mit der bisher herrschenden Meinung zu § 20 UmwStG die Mitunternehmerschaft als Einbringender im Sinne der §§ 20 bis 22 UmwStG-E anzusehen.<sup>91</sup> Nach dem derzeitigen Wortlaut des § 22 UmwStG-E löst daher die Veräußerung des Anteils an der einbringenden Mitunternehmerschaft nicht die nachträgliche Besteuerung des Einbringungsvorgangs aus.

#### (2) Ergänzungstatbestände in § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E

Zu einer nachträglichen Besteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs kommt es gemäß § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E auch dann, wenn einer der dort enumerativ aufgezählten Ergänzungstatbestände verwirklicht wird. Voraussetzung für die Nachbesteuerung der ursprünglichen Einbringung ist – wie auch nach § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E –, dass die erhaltenen Anteile im Rahmen einer Einbringung unter dem gemeinen Wert nach § 20 UmwStG-E gewährt wurden und der Ergänzungstatbestand innerhalb von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt verwirklicht wird. Folgende Fallgruppen sind zu unterscheiden:

##### (i) Verdeckte Einlage der erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft

Nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 UmwStG-E wird die verdeckte Einlage der im Rahmen einer Einbringung erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft einer Veräußerung durch den Einbringenden gleichgestellt. Dies entspricht der bisherigen Regelung für einbringungsgeborene Anteile (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UmwStG). Die verdeckte Einlage der erhaltenen Anteile in eine Mitunternehmerschaft ist vom Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 UmwStG-E nicht erfasst und führt mithin nicht zu einer Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs.

##### (ii) Einbringung der erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft

Der ursprüngliche Einbringungsvorgang soll nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E auch dann nachträglich besteuert werden, wenn der Einbringende die erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft oder in eine Europäische Genossenschaft durch einen Vorgang im Sinne des § 20 Abs. 1 UmwStG-E bzw. § 21 UmwStG-E oder aufgrund vergleichbarer ausländischer Vorgänge einbringt bzw. tauscht. Die Ergänzungstatbestände erfassen daher zunächst alle (inländischen) Übertragungen der erhaltenen Anteile auf Kapitalgesellschaften oder Europäische Genossenschaften, bei denen sich die steuerlichen Konsequenzen aus §§ 20, 21 UmwStG-E ergeben. Eine die Nachbesteuerung auslösende Übertragung der erhaltenen Anteile kann mithin im Rahmen einer Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen, durch einen Anteilstausch oder durch die Verschmelzung oder Spaltung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft vollzogen werden, sofern die Übertragung der erhaltenen Anteile gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten vorgenommen wird.<sup>92</sup> Ferner ist wohl auch der Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, für den die

<sup>90</sup> BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 86), Tz. 20. 05.

<sup>91</sup> Offenbar geht auch die Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 77, davon aus, dass eine Personengesellschaft Einbringender im Sinne des § 22 UmwStG-E sein kann („Ist der Einbringende eine Personengesellschaft, ...“).

<sup>92</sup> Werden dem übertragenden Rechtsträger keine Anteile an der erwerbenden Kapitalgesellschaft bzw. Europäischen Genossenschaft gewährt, liegt eine verdeckte Einlage vor, die nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 UmwStG-E zur Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs führt.

§§ 20 bis 23 UmwStG-E nach § 25 UmwStG-E entsprechend gelten, als für die Nachbesteuerung relevanter Vorgang anzusehen. Nicht erfasst sind unseres Erachtens die Übertragung von erhaltenen Anteilen im Rahmen einer Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (§§ 11 bis 13 UmwStG-E) oder einer Auf- bzw. Abspaltung (§ 15 UmwStG-E), da es sich nicht um Vorgänge handelt, die durch die §§ 20, 21 UmwStG-E erfasst werden.<sup>93</sup>

Ausländische Vorgänge müssen mit diesen (inländischen) gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen vergleichbar sein, wobei – insbesondere zur Abgrenzung von der verdeckten Einlage – die Gewährung von Gesellschaftsrechten als Gegenleistung ein für die Vergleichbarkeit nach unserer Auffassung entscheidendes Element ist.

Eine Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs kann vermieden werden, wenn der Einbringende nachweist, dass die Einbringung zu Buchwerten erfolgte (§ 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 UmwStG-E) bzw. die erhaltenen Anteile zu Buchwerten übertragen wurden (§ 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 UmwStG-E). Eine Buchwertverknüpfung in diesem Sinne ist u.E. anzunehmen, wenn Unternehmensteile nach § 20 Abs. 1 UmwStG-E eingebracht oder Anteile nach § 21 Abs. 1 UmwStG-E getauscht werden, und die aufnehmende Gesellschaft das übernommene Vermögen zum Buchwert ansetzt und damit auch der Einbringende die bisherigen Buchwerte als Veräußerungspreis anzusetzen hat (§§ 20 Abs. 3 Satz 1, § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E).

#### Beispiel 12:

Die A-GmbH gliedert einen Teilbetrieb zum Buchwert auf die B-GmbH aus (Ausgliederung zur Neugründung). Die Anschaffungskosten der Anteile an der B-GmbH betragen 1000 (entsprechend dem Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens, § 20 Abs. 3 UmwStG-E). Anschließend überträgt die A-GmbH die von ihr gehaltenen Anteile an der B-GmbH (100%) gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile auf die C-GmbH. Die C-GmbH stellt nach § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E den Antrag, die Anteile an der B-GmbH mit dem bisherigen Buchwert von 1000 anzusetzen. Der Vorgang ist für die A-GmbH steuerneutral, da als Veräußerungspreis für die übertragenen Anteile und Anschaffungskosten für die erhaltenen Anteile an der C-GmbH jeweils der bisherige Buchwert (1000) anzusetzen ist, § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E.

Die Übertragung der Anteile an der B-GmbH auf die C-GmbH stellt einen Vorgang im Sinne des § 21 UmwStG-E dar, der grundsätzlich die Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs (Ausgliederung auf die B-GmbH) auslösen kann. Da die eingebrachten Anteile bei der erwerbenden Gesellschaft und die erhaltenen Anteile beim Einbringenden mit dem bisherigen Buchwert angesetzt wurden, liegt allerdings eine Übertragung zum Buchwert vor, so dass eine Nachbesteuerung nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 UmwStG-E ausgeschlossen ist.

Ob eine die Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs vermeidende Übertragung bzw. Einbringung der erhaltenen Anteile zum Buchwert angenommen werden kann, wenn zwar der Einbringende, nicht aber die erwerbende Gesellschaft die Buchwerte fortführt, ist nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E nicht eindeutig. Derartige Konstellationen sind aufgrund der Regelungen in § 21 Abs. 2 Sätze 2 und 3 UmwStG-E im Falle des Anteilstausches mit einer in einem anderen EU- bzw. EWR-Mitgliedstaat ansässigen Kapitalgesellschaft oder Europäischen Genossenschaft denkbar:

#### Beispiel 13:

Sachverhalt wie Beispiel 12. Allerdings bringt die A-GmbH ihre Anteile an der B-GmbH in die englische UK Ltd. ein. Die UK Ltd. setzt die übernommenen Anteile in ihrer Bilanz mit dem gemeinen Wert an. Unabhängig vom Ansatz der Anteile bei der UK Ltd. muss die A-GmbH nach § 21

<sup>93</sup> Ob in diesen Fällen eine bereits von § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E erfasste Veräußerung der erhaltenen Anteile bejaht werden kann, ist zweifelhaft. Vergleiche insofern die Ausführungen oben unter II. 3. a) aa) (1) (i).

Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E als Veräußerungspreis für die übertragenen Anteile an der B-GmbH und als Anschaffungskosten für die gewährten Anteile an der UK Ltd. den gemeinen Wert ansetzen, da nach der Einbringung das Recht der Bundesrepublik Deutschland auf die Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der eingebrachten Anteile (die Anteile an der B-GmbH) ausgeschlossen ist. Allerdings kann die A-GmbH auf Antrag (§ 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E) die bisherigen Buchwerte für die Anteile an der B-GmbH als Veräußerungspreis und Anschaffungskosten für die erworbenen Anteile ansetzen, da das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der erhaltenen Anteile (die Anteile an der UK Ltd.) nicht beschränkt ist (Art. VIII Abs. 3 DBA Großbritannien).

U.E. kann hier die Nachbesteuerung unterbleiben, weil der Ansatz der aus der Einbringung stammenden Anteile bei der erwerbenden ausländischen Gesellschaft für die deutsche Besteuerung nicht relevant ist<sup>94</sup> und gerade aus diesem Grund der Gesetzgeber dem Einbringenden in § 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E die Möglichkeit eröffnet – unabhängig vom Wertansatz bei der aufnehmenden Gesellschaft – seine Buchwerte fortzuführen und den Vorgang steuerneutral zu behandeln. Diese im Rahmen des § 21 UmwStG-E getroffene Entscheidung gegen das Erfordernis der doppelten Buchwertverknüpfung ist nach unserer Auffassung auch bei der Auslegung des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 UmwStG-E zu beachten. Außerdem wird durch die weiteren Ergänzungstatbestände für die Fälle der Ketteneinbringung (§ 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 und 5 UmwStG-E)<sup>95</sup> sichergestellt, dass bei einer späteren Veräußerung (innerhalb der Frist von sieben Jahren) der in die ausländische Gesellschaft eingebrachten Anteile die nachträgliche Besteuerung des Einbringungsverganges durchgeführt wird.

Anders sind allerdings die Fälle zu beurteilen, in denen zwar die erwerbende Gesellschaft aufgrund ausländischer Rechtsvorschriften die Buchwerte des einbringenden Gesellschafters fortführen kann, beim Einbringenden aber durch den erneuten Einbringungsvergange eine Gewinnrealisierung eintritt. Die in § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E geforderte Buchwertverknüpfung setzt u.E. voraus, dass beim Einbringenden der Vorgang steuerneutral behandelt wird und die als Gegenleistung gewährten Anteile mit dem Buchwert der übertragenen Geschäftsanteile angesetzt werden können. Daher kann eine Nachbesteuerung im Falle der Einbringung der erhaltenen Anteile durch einen in Deutschland steuerpflichtigen Einbringenden nur dann vermieden werden, wenn §§ 20, 21 UmwStG-E anwendbar sind und somit eine steuerneutrale Einbringung möglich ist. Im Falle der Einbringung der erhaltenen Anteile in eine Kapitalgesellschaft, die im Drittland ansässig ist, kommt es mithin zwingend zu einer nachträglichen Besteuerung der im Zeitpunkt der ursprünglichen Einbringung vorhandenen stillen Reserven, da für diese Vorgänge die §§ 20, 21 UmwStG-E nicht anwendbar sind.<sup>96</sup>

#### Beispiel 14:

Beispiel wie zuvor. Allerdings bringt die A-GmbH die Anteile an der B-GmbH in die in einem Drittland ansässige C-AG ein. Die C-AG setzt nach nationalen Rechtsvorschriften ihres Ansässigkeitsstaates die eingebrachten Anteile an der B-GmbH mit dem bisherigen Buchwert der A-GmbH an.

Da auf die Einbringung der Anteile der B-GmbH in die C-AG § 21 UmwStG-E keine Anwendung findet, ist die Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen an der C-AG als tauschähnlicher Vorgang zu werten und führt für die übertragende A-GmbH zur Realisierung der in den Anteilen der B-GmbH vorhandenen stillen Reserven. Ferner kommt es nach der hier vertretenen Auffassung zu einer Nachbesteuerung des ur-

<sup>94</sup> Die hier zu beurteilenden Fälle sind gerade dadurch geprägt, dass das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der eingebrachten Anteile nach der Einbringung ausgeschlossen ist.

<sup>95</sup> Siehe hierzu die Ausführungen unter II. 3. a) aa) (2) (iii).

<sup>96</sup> Siehe zum Anwendungsbereich der §§ 20, 21 UmwStG-E die Ausführungen oben unter II. 1. a) sowie II. 2. a).

sprünglichen Einbringungsvorgangs, da die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 UmwStG-E erfüllt sind.

Wie der Nachweis, dass der Unternehmensteil zum Buchwert eingebracht bzw. die Anteile zum Buchwert übertragen wurden, zu führen ist, konkretisiert das Gesetz nicht. Der Buchwertansatzes ist bei in Deutschland ansässigen Einbringenden unproblematisch nachzuweisen. Für den Nachweis der Fortführung der Buchwerte bei der aufnehmenden Gesellschaft sollte bei inländischen Gesellschaften eine Kopie des von der erwerbenden Gesellschaft nach § 20 Abs. 2 Satz 2, § 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E zu stellenden Antrags ausreichen. Ist der Einbringende bzw. die erwerbende Gesellschaft im Ausland ansässig, dürfte der Nachweis der Buchwertfortführung durch einen Auszug aus der (Steuer-)Bilanz des Einbringenden und der erwerbenden Gesellschaft bzw. eine entsprechende Bestätigung der erwerbenden Gesellschaft geführt werden können.<sup>97</sup>

Der Anwendungsbereich von § 22 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E würde – wie bereits erläutert<sup>98</sup> – durch den Grundtatbestand (Veräußerung der erhaltenen Anteile) überlagert, wenn die Einbringung der Anteile gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als Veräußerung im steuerlichen Sinne bereits unmittelbar von § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E erfasst wird. Damit käme es in den hier beschriebenen Einbringungsfällen stets, d. h. auch in Fällen der Buchwertverknüpfung, zu einer nachträglichen Besteuerung und die Ergänzungstatbestände in Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 des § 22 UmwStG-E hätten insoweit keinen Anwendungsbereich. Dass dies nicht beabsichtigt war, erscheint offensichtlich. Daher ist nach unserer Auffassung § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Einbringung der erhaltenen Anteile gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten nur dann als Veräußerung anzusehen ist, wenn die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E erfüllt sind. Es wäre wünschenswert, dass dies im weiteren Gesetzgebungsverfahren klargestellt wird.

### (iii) Ketteneinbringungen der erhaltenen Anteile

Werden die im Zuge einer Einbringung unterhalb des gemeinen Wertes erhaltenen Anteile nach §§ 20, 21 UmwStG-E oder auf Grund eines vergleichbaren ausländischen Rechtsvorgangs in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft zum Buchwert übertragen (Vorgänge im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E), stellt das SEStEG für die Frage der Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs weiterhin auf das Schicksal der übertragenen Anteile ab. Nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 UmwStG-E wird die Nachbesteuerung ausgelöst, wenn die übernehmende Gesellschaft (Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft, in die die Anteile eingebracht wurden) die erhaltenen Anteile mittelbar oder unmittelbar veräußert<sup>99</sup>, verdeckt in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft einlegt oder einbringt, es sei denn, der Einbringende weist nach, dass diese Anteile zu Buchwerten übertragen wurden.

<sup>97</sup> Im Gegensatz zur bisherigen Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E ist nicht mehr erforderlich, dass der Steuerpflichtige nachweist, dass sich die Übertragung zu Buchwerten auf Grund von Rechtsvorschriften eines anderen EU-Mitgliedstaates vollzogen hat. Dies erforderte bisher den Nachweis der ausländischen Vorschriften, die den Buchwertansatz ermöglichten, sowie der tatsächlichen Voraussetzungen für die Buchwertfortführung unter der ausländischen Rechtsnorm (*Widmann* (Fn. 82), § 26 UmwStG Rz. 127). Nach der Neuregelung durch das SEStEG dürfte es nur noch auf den tatsächlichen Ansatz bei der ausländischen Gesellschaft ankommen.

<sup>98</sup> Siehe hierzu die Erläuterungen zum Begriff der Veräußerung oben unter II. 3. a) aa) (1).

<sup>99</sup> Anders als die vergleichbare Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG stellt die Neuregelung in § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 UmwStG-E ausdrücklich darauf ab, ob die Veräußerung (mittelbar oder unmittelbar) durch die übernehmende Gesellschaft erfolgt (vgl. zur einschränkenden Auslegung des § 26 UmwStG durch die Finanzverwaltung das BMF, 16. 12. 2003 – IV – A2 – S 1978 – 16/03, BStBl. I 2003, 786, Tz. 22).

Durch diese Vorschrift soll sichergestellt werden, dass nicht durch eine mehrfache Übertragung der die Nachbesteuerung auslösenden Anteile (Ketteneinbringungen) eine steuerfreie Realisierung der im Einbringungszeitpunkt vorhandenen stillen Reserven erreicht werden kann.

**Beispiel 15:**

Die A-GmbH bringt die im Rahmen einer Einbringung nach § 20 UmwStG-E zum Buchwert gewährten Anteile an der B-GmbH in die C-GmbH ein. Die C-GmbH setzt die erhaltenen Anteile zum Buchwert an und veräußert diese anschließend.

Die Einbringung der Anteile an der B-GmbH löst die nachträgliche Besteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs noch nicht aus, da dieser nach § 21 UmwStG-E zu beurteilende Vorgang zum Buchwert durchgeführt wurde (§ 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 UmwStG-E), wohl aber die anschließende Veräußerung der Anteile an der B-GmbH durch die übernehmende Gesellschaft (C-GmbH).

**Abwandlung:**

Die C-GmbH bringt die Anteile an der B-GmbH nach § 21 Abs. 1 UmwStG-E zum Buchwert in die D-GmbH ein. Anschließend veräußert die D-GmbH die nunmehr von ihr gehaltenen Anteile an der B-GmbH.

Die Einbringung der Anteile an der B-GmbH in die D-GmbH löst nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 UmwStG die Nachbesteuerung der ursprünglichen Einbringung durch die A-GmbH nicht aus, da die Übertragung zum Buchwert erfolgt. Zweifelhaft ist, ob die anschließende Veräußerung durch die D-GmbH eine mittelbare Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die übernehmende Gesellschaft (hier die C-GmbH) darstellt. Der Wortlaut des Gesetzes ist insoweit nicht eindeutig, da bei einer Veräußerung durch die D-GmbH die übernehmende Gesellschaft selbst nicht tätig wird. § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 UmwStG-E könnte dahingehend zu verstehen sein, dass eine mittelbare Veräußerung nur dann vorliegt, wenn die C-GmbH als übernehmende Gesellschaft selbst aktiv wird und die Anteile an der D-GmbH (und damit mittelbar auch die Anteile an der B-GmbH) veräußert.

(iv) Schädliche Verfügungen über die im Rahmen einer weiteren Einbringung zum Buchwert erhaltenen Anteile

Nach § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 UmwStG-E kommt es auch dann zu einer Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs, wenn die im Rahmen einer Einbringung erhaltenen Anteile nach §§ 20, 21 UmwStG-E oder auf Grund eines vergleichbaren ausländischen Rechtsvorgangs auf eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft zum Buchwert übertragen wurden (Vorgänge im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E) und die im Rahmen dieser (zweiten) Einbringung erhaltenen Anteile vom Einbringenden unmittelbar oder mittelbar veräußert werden oder in eine Kapitalgesellschaft oder eine Europäische Genossenschaft verdeckt eingelegt oder über den Buchwert eingebracht werden.

(v) Wegzugsfälle

Nach bisheriger Rechtslage ist der Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechtes hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen einer Veräußerung gleichgestellt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG) und führt zu einer Realisierung der in den Anteilen vorhandenen stillen Reserven. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>100</sup> wird eine solche allgemeine, die Nachbesteuerung auslösende Vorschrift für nicht mehr notwendig erachtet, da der bloße Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechtes an den erhaltenen Anteilen für die Buchwertfortführung als nicht schädlich angesehen wird. Die Absicherung des deutschen Besteuerungsrechtes durch die nachträgliche Besteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs bei Veräußerung oder Realisierung eines Ergänzungstatbestandes wird als ausreichender Schutz vor Missbräuchen angesehen. Zur Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs kommt es daher nach § 22 Abs. 1

Satz 4 Nr. 6 UmwStG-E nur dann, wenn für den Einbringenden oder im Falle der Ketteneinbringung für die übernehmende Gesellschaft nicht mehr die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 UmwStG-E<sup>101</sup> erfüllt sind.

#### Beispiel 16:

Die deutsche D-SE gliedert ihren gesamten operativen Geschäftsbetrieb nach § 20 UmwStG-E gegen Gewährung neuer Geschäftsanteile auf die A-GmbH aus. Anschließend verlagert die D-SE Sitz- und Geschäftsleitung nach Frankreich.

Die Sitzverlegung nach Frankreich stellt keine Veräußerung im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E dar und erfüllt auch keinen Ergänzungstatbestand im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E, da eine französische Gesellschaft zu den in § 1 Abs. 4 i. V. m. § 1 Abs. 2 UmwStG-E erwähnten Rechtsträgern zählt.<sup>102</sup> Eine Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs tritt auch dann nicht ein, wenn die Gesellschaft nach der Verlegung von Sitz und Geschäftsleitung nach Frankreich die Anteile an der A-GmbH mit dem gemeinen Wert ansetzt.<sup>103</sup>

#### (3) Beginn der Haltefrist von sieben Jahren

Für den Beginn der Haltefrist von sieben Jahren knüpft das Gesetz an den Einbringungszeitpunkt im Sinne des § 20 Abs. 6 UmwStG-E an. Allerdings wird in § 20 Abs. 6 UmwStG-E zwar der steuerliche Übertragungstichtag, nicht aber der Einbringungszeitpunkt erwähnt und definiert. Auch wenn mit dem Einbringungszeitpunkt ein neuer Begriff eingeführt wird, ist davon auszugehen, dass – jedenfalls für die Einbringung von Unternehmensteilen – für den Beginn der Haltefrist der steuerliche Übertragungstichtag im Sinne des § 20 Abs. 6 UmwStG-E maßgeblich ist.

### bb) Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs – Einbringungsgewinn I

Die Nachbesteuerung vollzieht sich dadurch, dass auf den Zeitpunkt des die Nachbesteuerung auslösenden Ereignisses ein so genannter „Einbringungsgewinn I“ ermittelt wird. Der Einbringungsgewinn I gilt für den Einbringenden als Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EStG (§ 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E). Ein bei der Veräußerung der erhaltenen Anteile daneben erzielter Veräußerungsgewinn unterliegt – anders als nach bisherigem Recht – dem Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) bzw. ist nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei.

#### (1) Ermittlung des Einbringungsgewinns I

Für die Ermittlung des vom Einbringenden als Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EStG zu versteuernden Einbringungsgewinns I ist die Differenz zwischen dem gemeinen Wert des eingebrachten Betriebsvermögens im Zeitpunkt des steuerlichen Übertragungstichtags und dem Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen angesetzt hat (§ 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E), anzusetzen. Die Ermittlung des gemeinen Wertes des eingebrachten Betriebsvermögens zum steuerlichen Übertragungszeitpunkt kann sich in der Praxis als schwierig erweisen, da sich nach Ablauf eines Zeitraums von bis zu sieben Jahren die relevanten Werte vieler Wirtschaftsgüter – zumal wenn

<sup>101</sup> Vergleiche zum Anwendungsbereich der §§ 20 ff. UmwStG-E unsere Ausführungen unter II. 1. a).

<sup>102</sup> Zu den steuerlichen Konsequenzen der Sitzverlegung wird auf die Ausführungen von *Blumenberg/Lechner*, ■ [in diesem BB-Special] verwiesen.

<sup>103</sup> Setzt die Gesellschaft nach dem Umzug die erhaltenen Anteile mit dem gemeinen Wert an, ist zweifelhaft, ob für den Nachweis der Buchwertverknüpfung im Falle einer späteren Einbringung der erhaltenen Anteile im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 oder Nr. 3 UmwStG-E die historischen deutschen Buchwerte oder die aktuellen Buchwerte (gegebenenfalls also der gemeine Wert) maßgebend sind. Aufgrund der in § 1 Abs. 5 Nr. 4 UmwStG-E enthaltenen Definition des Buchwerts, die auf den nach den steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung ermittelten Wert abstellt, könnte auf einen (fortgeführten) deutschen Buchwert abzustellen sein. Dies würde erhebliche praktische Probleme verursachen.

sie aus dem Unternehmen ausgeschieden sind – nicht mehr verlässlich ermitteln lassen.

Bei der Bestimmung des Einbringungsgewinns I ist nur dasjenige eingebrachte Betriebsvermögen zu berücksichtigen, das auch der deutschen Besteuerung unterliegt, da auch im Falle einer direkten Veräußerung des übertragenen Vermögens die stillen Reserven insoweit nicht in Deutschland zu besteuern gewesen wären. Gehören zum eingebrachten Vermögen auch Anteile an Kapitalgesellschaften oder Europäischen Genossenschaften, ist nach § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG in diesem Fall ausschließlich Abs. 2 anzuwenden und das Gesetz wohl dahingehend auszulegen, dass in diesem Fall weder der gemeine Wert der Anteile noch der Wert, mit dem die Anteile bei der erwerbenden Gesellschaft angesetzt werden, bei der Ermittlung des Einbringungsgewinns I zu berücksichtigen sind.

Die Differenz zwischen dem gemeinen Wert des übertragenen Vermögens und seinem Ansatz bei der übernehmenden Gesellschaft, mindert sich für jedes seit dem steuerlichen Übertragungstichtag abgelaufene Zeitjahr um ein Siebtel (Abschmelzen nach der Siebtel-Regelung). Der nach diesem Abzug verbleibende Betrag stellt den vom Einbringenden zu versteuernden Einbringungsgewinn I dar, wobei der Einbringungsgewinn nur anteilig anzusetzen ist, wenn der Einbringende nicht alle im Rahmen der Einbringung erhaltenen Anteile veräußert.

#### Beispiel 17:

Die A-GmbH bringt einen Teilbetrieb in die B-GmbH ein (steuerlicher Übertragungstichtag: 31. 12. 2006). Die B-GmbH setzt das übernommene Betriebsvermögen mit den bisherigen Buchwerten von 1000 an. Der gemeine Wert des eingebrachten Betriebsvermögens zum steuerlichen Übertragungstichtag beträgt 2400. Die A-GmbH veräußert die Anteile an der B-GmbH am 20. 12. 2009 (Übergang des wirtschaftlichen Eigentums) an die C-GmbH.

Der Einbringungsgewinn I beläuft sich auf 1000 (1400 (= Differenz zwischen dem gemeinen Wert und dem Ansatz bei der übernehmenden Gesellschaft) abzüglich 2/7 von 1400 (für zwei nach dem steuerlichen Übertragungstichtag abgelaufene Zeitjahre)).

Die lineare Reduzierung des Einbringungsgewinns I über sieben Jahre wird damit begründet<sup>104</sup>, dass die Vermutung eines Missbrauchs im Sinne von Artikel 11 Abs. 1 lit. a) der FRL mit zunehmendem Abstand zum Einbringungszeitpunkt abnimmt und die Wahrscheinlichkeit sinkt, dass der ursprüngliche Einbringungsvorgang dazu dienen sollte, eine nachfolgende Veräußerung vorzubereiten. Im Verhältnis zu bisherigen Regelungen der Besteuerung einbringungsgeborener Anteile stellt dies eine Verbesserung dar, ob allerdings die in der Gesetzesbegründung<sup>105</sup> behauptete Konformität mit Art. 11 Abs. 1 FRL hergestellt wird, kann bezweifelt werden. Zum einen ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Leur Bloem<sup>106</sup> davon auszugehen, dass nur eine einzelfallbezogene Missbrauchsprüfung den Anforderungen von Art. 11 Abs. 1 FRL entspricht, und zum anderen ist auch fraglich, ob die weiterhin im Gesetz enthaltene Frist von sieben Jahren nicht aus gemeinschaftsrechtlichen Aspekten zu lang ist.<sup>107</sup>

(2) Besteuerung des Einbringungsgewinns I sowie des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile

Im Falle der Veräußerung der erhaltenen Anteile innerhalb der Haltefrist ist der vom Einbringenden insgesamt erzielte Veräußerungsgewinn in einen nach § 16 EStG zu versteuernden Veräußerungsgewinn (Einbringungsgewinn I) und einen Gewinn aus der

<sup>104</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 75.

<sup>105</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), a. a. O.

<sup>106</sup> EuGH, 17. 7. 1997 – Rs. C-28/95; Leur Bloem, EuGHE 1997, I-4190, RIW 1997, 787, EWS 1997, 309, siehe hierzu auch *Drüen*, DStZ 2006, 539, und *Körner* (Fn. 1), 459.

<sup>107</sup> *Körner* (Fn. 1), 459; *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455.



Veräußerung der Anteile aufzuteilen. Nur der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile ist durch das Halbeinkünfteverfahren oder die Steuerfreistellung nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigt. Die Besteuerungsfolgen sind mithin in einem zweistufigen Verfahren zu ermitteln:

(i) Besteuerung des Einbringungsgewinns I

Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E ist der im Zeitpunkt der Veräußerung der erhaltenen Anteile oder der Verwirklichung eines der in § 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG-E aufgeführten Ergänzungstatbestände maßgebliche Einbringungsgewinn I als Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EStG zu erfassen. Es ist kein Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO anzunehmen, auch wenn die steuerlichen Folgen an den ursprünglichen Einbringungsvorgang anknüpfen. Der Einbringungsgewinn I ist daher erst im Veranlagungszeitraum der schädlichen Übertragung zu besteuern.<sup>108</sup>

Auch bei natürlichen Personen ist der Einbringungsgewinn I – im Gegensatz zu dem bei einer Sacheinlage oberhalb des bisherigen Buchwerts erzielten Veräußerungsgewinns – nicht nach § 16 Abs. 4 und § 34 EStG begünstigt (§ 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E) und unterliegt damit beim Einbringenden uneingeschränkt der Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer. Dies gilt auch dann, wenn der Einbringende im Zeitpunkt der Veräußerung der erhaltenen Anteile oder der Verwirklichung eines Ersatztatbestandes nicht unbeschränkt steuerpflichtig ist, da § 22 Abs. 4 Nr. 3 UmwStG-E anordnet, dass der Einbringungsgewinn I als nachträgliche Einkünfte aus einer inländischen Betriebsstätte (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) EStG) zu erfassen ist. Die Bezugnahme auf § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) EStG ist nach der Gesetzesbegründung<sup>109</sup> als Rechtsfolgenverweisung zu verstehen, d. h., dass, unabhängig vom Vorliegen seiner Voraussetzungen, (nachträgliche) Einkünfte aus einer inländischen Betriebsstätte anzunehmen sind, die der beschränkten Steuerpflicht unterliegen.

**Beispiel 18:**

Der in Österreich lebende A bringt seine deutsche Betriebsstätte zu Buchwerten in die deutsche A-GmbH ein (Ausgliederung zur Neugründung). Nach zwei Jahren veräußert der A seine Beteiligung an der A-GmbH.

Die Einbringung des inländischen Betriebsvermögens in die A-GmbH kann zunächst zu Buchwerten vollzogen werden, da das deutsche Besteuerungsrecht am eingebrachten Betriebsvermögen durch die Einbringung nicht eingeschränkt wird (§ 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UmwStG-E). Die Veräußerung der Anteile stellt ein die Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs auslösendes Ereignis dar (§ 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E). Der Einbringungsgewinn I gilt als nachträgliche Einkünfte aus der inländischen Betriebsstätte (§ 22 Abs. 4 Nr. 3 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) EStG).

Der Einbringungsgewinn I unterliegt beim Einbringenden im Erhebungszeitraum, in dem das die Nachbesteuerung auslösende Ereignis verwirklicht wird, der Gewerbesteuer. Dies gilt selbst dann, wenn im Zeitpunkt der Anteilsveräußerung oder der Verwirklichung des Ergänzungstatbestandes kein Steuergegenstand im Sinne des § 2 Abs. 1 bis 3 GewStG besteht, da nach § 22 Abs. 5 Satz 1 UmwStG-E in diesem Fall fingiert wird, dass der Einbringungsgewinn I in einer inländischen Betriebsstätte eines Steuergegenstandes im Sinne des § 2 Abs. 1 bis 3 GewStG entstanden ist. Die Gewerbesteuerpflicht hängt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht davon ab, ob ein im Zeitpunkt der Einbringung erzielter Veräußerungsgewinn beim Einbringenden der Gewerbesteuer unterlag. Folglich wäre der Einbringungsgewinn I selbst dann mit Gewerbesteuer belastet, wenn im Falle der Einbringung des Vermögens zum gemeinen Wert keine Gewerbesteuer angefallen wä-

<sup>108</sup> Ebenso Rödder/Schumacher (Fn. 1), 1525.

<sup>109</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 79.

re (z.B. im Falle einer Betriebsaufgabe nach § 16 EStG oder Einbringung von Vermögen eines Freiberuflers). In der Gesetzesbegründung<sup>110</sup> wird ausgeführt, dass für gewerbsteuerliche Zwecke die Verhältnisse im Erhebungszeitraum der Einbringung maßgeblich sind, sofern im Jahr der Anteilsveräußerung kein Steuergegenstand im Sinne des Gewerbesteuergesetzes *mehr* besteht. Danach soll der Einbringungsgewinn I wohl auch nur dann der Gewerbesteuer unterliegen, wenn eine Veräußerung des eingebrachten Vermögens im Zeitpunkt der Einbringung mit Gewerbesteuer belastet gewesen wäre. Bis lang hat diese in der Gesetzesbegründung enthaltene und systematisch erforderliche Beschränkung des § 22 Abs. 5 Satz 1 UmwStG-E keinen Eingang in das Gesetz gefunden. Dies sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch geändert werden. Für die Bestimmung der hebeberechtigten Gemeinde (§ 4 GewStG) sind die Verhältnisse im Erhebungszeitraum der Einbringung maßgebend, § 22 Abs. 5 Satz 2 UmwStG-E.

(ii) Besteuerung des Gewinns des Veräußerungsgewinns

Neben der Nachbesteuerung des Einbringungs Vorgangs hat der Einbringende einen gegebenenfalls bei der Veräußerung der erhaltenen Anteile erzielten Gewinn zu versteuern. Durch die Nachbesteuerung des Einbringungs Vorgangs erhöhen sich allerdings die Anschaffungskosten für die im Zuge der Einbringung erhaltenen Anteile (§ 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E) und der von ihm erzielte Veräußerungsgewinn mindert sich entsprechend. Durch diese Regelung wird sichergestellt, dass die im Einbringungszeitpunkt vorhandenen und als Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EStG besteuerten stillen Reserven bei einer späteren Übertragung der Anteile nicht nochmals besteuert werden. Im Falle einer Ketteneinbringung erhöhen sich die nachträglichen Anschaffungskosten sowohl hinsichtlich der ursprünglich aufgrund der Einbringung erhaltenen Anteile als auch der Anteile, die aufgrund der Weitereinbringung an der übernehmenden Gesellschaft gewährt wurden (§ 22 Abs. 1 Satz 5 UmwStG-E).

Eine nachträgliche Erhöhung der Anschaffungskosten der erhaltenen Anteile soll nach § 22 Abs. 1 Satz 3 UmwStG-E auch dann eintreten, wenn sich die Wertansätze für eingebrachtes ausländisches Vermögen nach dem Zeitpunkt der Einbringung erhöhen, soweit nachgewiesen wird, dass die im Ausland darauf entfallende Steuer entrichtet wurde. Zu dieser Regelung erläutert die Gesetzesbegründung<sup>111</sup>, dass, soweit das eingebrachte Betriebsvermögen nicht der deutschen Besteuerung unterliegt, grundsätzlich der im Ausland der Besteuerung des Einbringungsgewinns zugrunde gelegte Wertansatz als Anschaffungskosten für die Gesellschaftsanteile gilt. Bei diesem Wertansatz soll es sich ausweislich der Gesetzesbegründung regelmäßig um den Buchwert handeln. Diese Hinweise stehen allerdings im Widerspruch zu der – sogar in der Gesetzesbegründung zitierten – Regelung in § 20 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E, da im Falle der Einbringung von ausländischem Betriebsvermögen für den Einbringenden der gemeine Wert dieses Betriebsvermögens im Zeitpunkt der Einbringung als Anschaffungskosten der Anteile gilt. Eine Überarbeitung jedenfalls der Gesetzesbegründung ist daher notwendig.

Ein unter Berücksichtigung der nachträglichen Anschaffungskosten verbleibender Gewinn<sup>112</sup> aus der Veräußerung der Anteile unterliegt der Besteuerung im Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG) oder ist nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei. Wurde ein Gewinn aus der Veräußerung der erhaltenen Anteile bereits vor der Verwirklichung eines die Nachbesteuerung auslösenden Ereignis-

<sup>110</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 80.

<sup>111</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 77.

<sup>112</sup> Der bei der Veräußerung der Anteile erzielte Gewinn entspricht den stillen Reserven im vorhandenen Betriebsvermögen, die erst nach dem steuerlichen Übertragungsstichtag entstanden sind, und der jährlichen Minderung des Einbringungsgewinns I.

ses festgesetzt (z. B. nach § 6 AStG-E beim Wegzug des Einbringenden oder nach § 12 Abs. 1 KStG-E bei der Verlegung von Sitz- und Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft), stellt der Ansatz der nachträglichen Anschaffungskosten ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar.

**Beispiel 19:**

Die A-GmbH bringt zum 31. 12. 2006 ihren Geschäftsbetrieb in die B-AG ein. Die B-AG setzt das übernommene inländische Betriebsvermögen mit dem Buchwert in Höhe von 10 000 ein. Der gemeine Wert zum steuerlichen Übertragungstichtag beläuft sich auf 80 000. Zum 30. 6. 2010 veräußert die A-GmbH ihre Anteile an der B-AG zum Kaufpreis von 110 000 an die C-GmbH.

**Bisherige Rechtslage:**

Nach bisheriger Rechtslage ist der von der A-GmbH erzielte Veräußerungsgewinn von 100 000 (Anschaffungskosten 10 000 bei einem Veräußerungspreis 110 000) voll körperschaftsteuer- und gewerbesteuerpflichtig, da die Steuerbefreiung auf Grund von § 8 b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG für einbringungsgeborene Anteile nicht eingreift.

**Künftige Rechtslage:**

Durch die Veräußerung der Anteile wird zum einen die Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs und zum anderen die Besteuerung der Anteilsveräußerung selbst ausgelöst.

**1. Stufe: Besteuerung des Einbringungsgewinns I**

Mit der Veräußerung innerhalb der Haltefrist von sieben Jahren sind die Voraussetzungen für die Nachbesteuerung nach § 22 Abs. 1 Sätze 1 und 2 UmwStG-E erfüllt.

Der Einbringungsgewinn I beträgt 40 000 (70 000 (= gemeiner Wert des übertragenen Vermögens abzüglich des Ansatzes bei der übernehmenden Gesellschaft) abzüglich 3/7 von 70 000 (Minderung wegen drei seit dem steuerlichen Übertragungstichtag abgelaufenen Zeitjahren)). Der Einbringungsgewinn I wird bei der A-GmbH im Veranlagungszeitraum der Veräußerung (2010) in Höhe von 40 000 voll der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer unterworfen.

**2. Stufe: Besteuerung des Veräußerungsgewinns**

Der von der A-GmbH zu versteuernde Einbringungsgewinn I in Höhe von 40 000 erhöht die Anschaffungskosten auf die Anteile an der B-AG. Aufgrund der Erhöhung der Anschaffungskosten erzielt die A-GmbH im Jahr 2010 lediglich einen Veräußerungsgewinn von 60 000. Dieser Veräußerungsgewinn ist nach § 8 b Abs. 2 KStG begünstigt und führt damit lediglich zu nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben in Höhe von 3 000 (5% von 60 000 nach § 8 b Abs. 5 KStG).

Die Neuregelung der Besteuerung des Anteilseigners bei Veräußerung der erhaltenen Anteile bringt im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage regelmäßig Vorteile, da zum einen stille Reserven im übertragenen Betriebsvermögen bzw. in den erhaltenen Anteilen, die erst nach dem steuerlichen Übertragungstichtag entstanden sind, auch bei einer Veräußerung innerhalb der Haltefrist von sieben Jahren nicht mehr der vollen Besteuerung unterliegen, sondern im Halbeinkünfteverfahren bzw. steuerfrei vereinnahmt werden können. Durch die lineare Reduzierung des Einbringungsgewinns I über die Haltefrist sinkt außerdem der Teil dieses Gewinns, der einer vollen Besteuerung unterliegt, kontinuierlich. Mindert sich nach dem steuerlichen Übertragungstichtag der gemeine Wert des eingebrachten Vermögens allerdings, kann die Neuregelung im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage auch nachteilig sein.

**Beispiel 20:**

Beispiel wie zuvor. Die A-GmbH erzielt allerdings bei der Veräußerung der Aktien an der B-AG nur einen Veräußerungspreis 5 000.

**Bisherige Rechtslage:**

Die A-GmbH erzielt aus der Veräußerung der Anteile an der B-AG einen Veräußerungsverlust von 5 000 (Anschaffungskosten von 10 000 bei einem Verkaufspreis von 5 000). Der bei der Veräußerung der einbringungsgebo-

renen Anteile erzielte Verlust unterliegt nach § 8 b Abs. 4 Satz 3 KStG der Abzugsbeschränkung des § 8 b Abs. 3 KStG und kann daher die übrigen Gewinne der A-GmbH nicht mindern.

#### **Künftiges Recht:**

Die A-GmbH hat einen Einbringungsgewinn I von 40 000 zu versteuern, da die spätere Minderung des gemeinen Wertes des eingebrachten Betriebsvermögens sich nicht auf die Bestimmung des Einbringungsgewinns I auswirkt. Durch die Erhöhung der Anschaffungskosten auf 60 000 erhöht sich der von der A-GmbH erzielte Veräußerungsverlust auf 55 000. Dieser Veräußerungsverlust ist nach § 8 b Abs. 3 KStG steuerlich nicht abzugsfähig.

### **b) Nachbesteuerung bei der Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 22 Abs. 2 UmwStG-E)**

#### **aa) Voraussetzungen für die Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs**

Werden im Rahmen einer Sacheinlage nach § 20 Abs. 1 UmwStG-E oder eines Anteilstausches nach § 21 UmwStG-E Anteile an einer Kapitalgesellschaft unter dem gemeinen Wert eingebracht, kommt es nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E grundsätzlich dann zu einer Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs, wenn die erwerbende Gesellschaft die Anteile innerhalb eines Zeitraums von sieben Jahren nach dem Einbringungsvorgang veräußert oder einen gleichgestellten Vorgang verwirklicht und der Einbringende keine der durch § 8 b Abs. 2 KStG begünstigten Personen ist. Diese Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs unterbleibt, wenn der Einbringende die erhaltenen Anteile bereits veräußert hat oder die in den erhaltenen Anteilen vorhandenen stillen Reserven nach § 6 AStG-E besteuert wurden.

(1) Einbringung von Anteilen im Rahmen einer Sacheinlage oder eines Anteilstausches und Ansatz unter dem gemeinen Wert

Die Nachbesteuerung nach § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E setzt zunächst voraus, dass die aufnehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile nicht mit dem gemeinen Wert ansetzt. Da nach § 20 Abs. 3 Satz 1 UmwStG-E und § 21 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E der Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft das eingebrachte Vermögen ansetzt, für den Einbringenden als Veräußerungspreis und als Anschaffungskosten für die erhaltenen Anteile gilt, kommt es in diesen Fällen weder auf der Ebene des Einbringenden noch bei der übernehmenden Gesellschaft zum Ansatz mit dem gemeinen Wert.

Zweifelhaft ist jedoch, ob eine Einbringung unter dem gemeinen Wert auch dann vorliegt, wenn die aufnehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile mit dem gemeinen Wert ansetzt und der Einbringende nach § 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E die bisherigen Buchwerte fortführt oder einen Zwischenwert ansetzt.<sup>113</sup> Stellt man für die Frage der Buchwertverknüpfung mit der hier vertretenen Auffassung auf den Ansatz beim Einbringenden ab<sup>114</sup>, ist es konsequent, einen Ansatz unterhalb des gemeinen Wertes im Sinne des § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E dann anzunehmen, wenn es beim Einbringenden im Rahmen des Einbringungsvorgangs nicht zur Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven gekommen ist. Stellt der Einbringende einen Antrag nach § 21 Abs. 2 Satz 3 UmwStG und setzt die erhaltenen Anteile unterhalb des gemeinen Wertes an, kann auf der Grundlage dieser Auffassung eine spätere Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die erwerbende Gesellschaft die nachträgliche Besteuerung des Einbringungsvorgangs auslösen.

(2) Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die erwerbende Gesellschaft oder Erfüllung bestimmter Ersatztatbestände

<sup>113</sup> Siehe hierzu das Beispiel 13.

<sup>114</sup> Siehe hierzu die Erläuterungen zu § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 und Nr. 3 UmwStG-E.

Anders als § 22 Abs. 1 UmwStG-E knüpft die Nachbesteuerung in Fällen der Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht an die Veräußerung der erhaltenen Anteile durch den Einbringenden, sondern an die Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die erwerbende Gesellschaft an.

#### Beispiel 21:

A bringt seine 100%ige Beteiligung an der B-GmbH gegen Gewährung neuer Anteile in die C-GmbH ein. Die C-GmbH setzt die Anteile an der B-GmbH mit den bisherigen Buchwerten an (§ 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E).

Veräußert A die Anteile an der C-GmbH kommt es nicht zur Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs. Veräußert dagegen die C-GmbH die eingebrachten Anteile, wird der ursprüngliche Einbringungsvorgang nachträglich besteuert. In beiden Alternativen wird der von A erzielte Gewinn im Halbeinkünfteverfahren besteuert. Unterschiede können sich allerdings ergeben, wenn nach dem Einbringungsvorgang Wertveränderungen in den eingebrachten Anteilen eingetreten sind. Hat sich der Wert der eingebrachten Anteile erhöht, ist die Veräußerung dieser Anteile durch die erwerbende Gesellschaft günstiger, weil die stillen Reserven teilweise steuerfrei realisiert werden können und dieser Teil der stillen Reserven erst bei einer späteren Ausschüttung oder Veräußerung der Anteile an der C-GmbH im Halbeinkünfteverfahren besteuert wird. Ist dagegen nach dem steuerlichen Übertragungstichtag eine Wertminderung eingetreten, erscheint eine Veräußerung der Anteile an der erwerbenden Gesellschaft durch den Einbringenden günstiger, da hierdurch die Besteuerung des Einbringungsgewinns II und damit der nicht mehr vorhandenen stillen Reserven vermieden werden kann.

Neben der Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die erwerbende Gesellschaft lösen auch die bereits im Rahmen des § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 bis 5 UmwStG-E besprochenen Ergänzungstatbestände<sup>115</sup> die Nachbesteuerung aus, wenn sie verwirklicht werden. Die Ergänzungstatbestände sind allerdings – anders als im Rahmen des § 22 Abs. 1 UmwStG-E – nicht durch den Einbringenden, sondern durch die erwerbende Gesellschaft zu verwirklichen. Ferner wird die nachträgliche Besteuerung des Einbringungsvorgangs nach § 22 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E auch dann ausgelöst, wenn die erwerbende Gesellschaft nicht mehr die Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 UmwStG-E erfüllt.

Nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E beginnt die Haltefrist von sieben Jahren – anders als im Falle des § 22 Abs. 1 UmwStG-E – nicht mit dem steuerlichen Übertragungstichtag<sup>116</sup>, sondern zu dem Zeitpunkt, in dem der Einbringungsvorgang verwirklicht wird. Dies ist u.E. der Zeitpunkt, in dem das wirtschaftliche Eigentum an den eingebrachten Anteilen auf die erwerbende Gesellschaft übergeht. Allerdings werden durch § 22 Abs. 2 UmwStG-E nicht nur Fälle des Anteilstausches erfasst, sondern auch Übertragungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften im Rahmen des § 20 UmwStG-E, die auf den steuerlichen Übertragungstichtag zurückbezogen werden können. Es scheint daher sinnvoll, für die Berechnung der Haltefrist bei einer Einbringung von Kapitalgesellschaftsanteilen nach § 20 Abs. 1 UmwStG-E auf den steuerlichen Übertragungstichtag und bei einem Anteilstausch (§ 21 Abs. 1 UmwStG-E) auf den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an den eingebrachten Anteilen abzustellen. Dies sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren klargestellt werden.

(3) Einbringender ist nicht durch § 8 b Abs. 2 KStG begünstigt

Eine nachträgliche Besteuerung der Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften wird nur dann ausgelöst, wenn der Einbringende eine nicht durch die Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne nach § 8 b Abs. 2 KStG begünstigte Person ist. Damit

<sup>115</sup> Auf die Erläuterungen zu den Ergänzungstatbeständen in § 22 Abs. 1 Satz 4 Nrn. 2 bis 5 UmwStG-E kann daher verwiesen werden.

<sup>116</sup> Der in § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E erwähnte Einbringungszeitpunkt entspricht nach der hier vertretenen Auffassung dem steuerlichen Übertragungstichtag im Sinne des § 20 Abs. 6 UmwStG-E.

kommt eine Nachbesteuerung nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E bei der Einbringung von Kapitalgesellschaftsanteilen durch natürliche Personen in Betracht.<sup>117</sup> Werden die Anteile an der Kapitalgesellschaft durch eine Personengesellschaft eingebracht, ist für die Anwendung des § 22 Abs. 2 UmwStG-E darauf abzustellen, inwieweit Personen am Einbringenden (der Personengesellschaft) unmittelbar oder mittelbar über andere Personengesellschaften beteiligt sind, die nicht durch die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigt werden, da nur insoweit eine nachträgliche Besteuerung des Einbringungsvorgangs in Betracht kommt.<sup>118</sup>

Erfolgt die Einbringung der Anteile an der Kapitalgesellschaft durch eine von § 8b KStG begünstigte Person (z. B. eine inländische Kapitalgesellschaft), kommt es selbst dann nicht zu einer Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs, wenn der Gewinn aus der Veräußerung der eingebrachten Anteile nicht mehr der deutschen Besteuerung unterliegt.

#### Beispiel 22:

Die A-GmbH bringt die von ihr gehaltenen Anteile an der B-GmbH in eine französische SA ein. Die französische SA setzt das übernommene Vermögen mit dem gemeinen Wert an. Die A-GmbH stellt nach § 21 Abs. 2 Sätze 2 und 3 UmwStG-E den Antrag, die erhaltenen Anteile mit dem bisherigen Buchwert der Anteile an der B-GmbH anzusetzen zu dürfen.

Veräußert die SA nunmehr die Anteile an der B-GmbH, kommt es zu keiner Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs, da die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 UmwStG-E (Einbringung durch eine von § 8b Abs. 2 KStG nicht begünstigte Person) nicht erfüllt sind. Die stillen Reserven in den Anteilen der B-GmbH werden daher zunächst ohne steuerliche Belastung in Deutschland realisiert. Steuerliche Konsequenzen treten in Deutschland erst ein, wenn der Veräußerungserlös an die A-GmbH ausgeschüttet oder über einen Verkauf der Anteile der SA realisiert wird (5 % des Veräußerungsgewinns bzw. der Dividende gelten als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe, § 8b Abs. 3 und 5 KStG).

#### (4) Ausschluss der Nachversteuerung

Nach § 22 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E ist eine Nachbesteuerung nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E ausgeschlossen, soweit der Einbringende die im Rahmen des Anteilstauschs erhaltenen Anteile bereits veräußert hat. In diesem Fall ist es schon zu einer Besteuerung des Veräußerungsgewinns im Halbeinkünfteverfahren gekommen, so dass die Nachbesteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs nicht mehr notwendig ist. Der Veräußerung der Anteile durch den Einbringenden ist die Besteuerung im Rahmen des § 6 AStG-E gleichgestellt, wenn und soweit die Steuer nicht gestundet wird.

Dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E läßt sich nicht eindeutig entnehmen, ob der Ausschluss der Nachbesteuerung in § 22 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E auch in den Fällen eingreifen soll, in denen die erwerbende Gesellschaft die eingebrachten Anteile nicht veräußert, sondern einen Ergänzungstatbestand verwirklicht. Nach § 22 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E sind lediglich die Sätze 1 und 2, nicht jedoch Satz 3 des § 22 Abs. 2 UmwStG-E im Falle der Verwirklichung eines Ergänzungstatbestandes entsprechend anwendbar. Sinn und Zweck der Regelung sprechen allerdings dafür, dass der Ausschluss der Nachbesteuerung durch Satz 3 auch in

<sup>117</sup> *Dötsch/Pung*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, KStG, § 8b KStG n. F., Rdnr. 14, zum Kreis der von § 8b KStG Begünstigten.

<sup>118</sup> So ausdrücklich die Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 77. Das Abstellen auf die an der Personengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligten Gesellschafter steht nicht im Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung, dass Einbringender im Sinne des § 22 UmwStG-E auch eine Mitunternehmerschaft sein kann. Nach § 8b Abs. 6 KStG gilt § 8b Abs. 1 bis 5 KStG auch für Bezüge, Gewinne oder Gewinnminderungen, die von einer nach § 8b KStG begünstigten Person im Rahmen eines Gewinnanteils aus einer Mitunternehmerschaft bezogen werden. Diese im Rahmen des § 8b KStG angeordnete Transparenz der Personengesellschaft ist auch bei der Auslegung des § 22 Abs. 2 UmwStG-E zu berücksichtigen.

den Fällen der Verwirklichung eines Ergänzungstatbestandes eingreifen soll.

### **bb) Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs - Einbringungsgewinn II**

Liegen die Voraussetzungen für die nachträgliche Besteuerung der Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nach § 22 Abs. 2 UmwStG vor, ist der Einbringungsgewinn II zu ermitteln. Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG ergibt sich dieser als Differenz zwischen dem gemeinen Wert der eingebrachten Anteile im Zeitpunkt der Einbringung und dem Wert, mit dem der Einbringende die erhaltenen Anteile angesetzt hat. Diese Differenz mindert sich für jedes seit dem Einbringungszeitpunkt abgelaufene Zeitjahr um ein Siebtel.

Für die Ermittlung des Minderungsbetrages stellt das SEStEG auf den Einbringungszeitpunkt ab, für die Berechnung der Haltefrist<sup>119</sup> soll dagegen auf den Zeitpunkt des Einbringungsvorgangs abgestellt werden. Sinnvollerweise wäre wohl auch bei der Berechnung des Einbringungsgewinns II danach zu differenzieren, ob die Anteile im Rahmen einer Einbringung nach § 20 UmwStG (maßgebend steuerlicher Übertragungstichtag) oder eines Anteilstausches nach § 21 UmwStG (maßgebend Übergang des wirtschaftlichen Eigentums) übertragen wurden.

#### **Beispiel 23:**

A bringt die Anteile an der A-GmbH nach § 21 UmwStG-E zum Buchwert von 100 (gemeiner Wert 135) in die B-GmbH ein. Die Einbringung erfolgt aufgrund eines am 20. 11. 2006 abgeschlossenen Einbringungsvertrages mit Wirkung zum 31. 12. 2006. Die Kapitalerhöhung wird im Februar 2007 zum Handelsregister angemeldet und im November 2007 eingetragen. Am 23. 12. 2009 werden die Anteile an der B-GmbH von der C-GmbH veräußert.

Nach der hier vertretenen Auffassung beträgt der Einbringungsgewinn II 25; da zwischen dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen am 31. 12. 2006 und der Veräußerung im Jahr 2009 zwei Zeitjahre abgelaufen sind, mindert sich der Differenzbetrag (35) zwischen dem gemeinen Wert der Anteile (135) und dem Ansatz bei der aufnehmenden Gesellschaft (100) um zwei Siebtel.

Der nach § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E ermittelte Einbringungsgewinn II gilt beim Einbringenden als Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen, der nach den für den Einbringenden geltenden steuerlichen Vorschriften zu erfassen ist (z.B. als Gewinn im Sinne des § 15 EStG oder Veräußerungsgewinn im Sinne des § 17 EStG). Ist der Einbringende im Zeitpunkt der Anteilsveräußerung oder der Verwirklichung eines Ergänzungstatbestandes nicht unbeschränkt steuerpflichtig, gilt der Einbringungsgewinn II gemäß § 22 Abs. 4 Nr. 3 UmwStG-E als (nachträgliche) Einkünfte aus einer inländischen Betriebsstätte (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) EStG), soweit die eingebrachten Anteile beim Einbringenden zu einem Betriebsvermögen gehören, oder als nachträgliche Einkünfte im Sinne des § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. e) EStG. In Höhe des Einbringungsgewinns II entstehen nachträgliche Anschaffungskosten für die erhaltenen Anteile.

Fraglich ist, ob der vom Einbringenden erzielte Einbringungsgewinn II auch stets der Gewerbesteuer unterliegt.<sup>120</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 22 Abs. 5 Satz 1 UmwStG-E dahingehend auszulegen, dass der Einbringungsgewinn nur dann der Gewerbesteuer unterliegt, wenn die Veräußerung der Anteile im Zeitpunkt des Anteilstausches der Gewerbesteuer unterlegen hätte.

<sup>119</sup> Siehe hierzu die Ausführungen oben unter II. 3. b) aa) (2).

<sup>120</sup> Siehe zur Gewerbesteuerpflicht hinsichtlich des Einbringungsgewinns I die Ausführungen oben unter II. 3. a) bb) (2) (i).

**(cc) Verhältnis von § 22 Abs. 1 zu Abs. 2 UmwStG-E**

Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz UmwStG-E ist § 22 Abs. 2 UmwStG anzuwenden, soweit zum übertragenen Betriebsvermögen auch Anteile an Kapitalgesellschaften oder Europäischen Genossenschaften gehören. Andererseits ordnet § 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG-E an, dass – soweit gleichzeitig die Voraussetzungen von Absatz 1 und Absatz 2 erfüllt sind – Absatz 1 vorrangig anzuwenden sei. Diese beiden Regelungen stehen im Widerspruch, da der Verweis in § 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E durch das in Absatz 2 beschriebene Vorrangverhältnis ins Leere zu laufen scheint.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>121</sup> soll durch § 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG-E sichergestellt werden, dass aus einer Sacheinlage stammende stille Reserven beim Einbringenden als Gewinn im Sinne des § 16 EStG erfasst und nicht aufgrund eines nachfolgenden Anteilstausches begünstigt im Halbeinkünfteverfahren besteuert werden können.

**Beispiel 24:**

A bringt sein Einzelunternehmen zum 31. 12. 2006 in die B-GmbH ein (Ausgliederung zur Neugründung). Die B-GmbH setzt das übernommene Betriebsvermögen mit dem Buchwert von 100 (gemeiner Wert 240) an. Am 15. 6. 2008 bringt der A seine 100%-Beteiligung an der B-GmbH zum Buchwert (gemeiner Wert der Anteile 275) in die C-GmbH ein. Die C-GmbH veräußert die Anteile an der B-GmbH am 2. 1. 2009.

Sowohl die Einbringung des Einzelunternehmens in die B-GmbH (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E) als auch der Anteilstausch (§ 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E) sind zunächst steuerneutral möglich. Aufgrund der Veräußerung der Anteile an der B-GmbH kommt es zu einer nachträglichen Besteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs (Einbringung des Einzelunternehmens), § 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 UmwStG-E (Veräußerung der erhaltenen Anteile durch die übernehmende Gesellschaft im Falle der Ketteneinbringung). Außerdem ist auch eine nachträgliche Besteuerung des Anteilstausches vorzunehmen, da die erwerbende Gesellschaft die eingebrachten Anteile veräußert hat (§ 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E). Gerade für den hier beschriebenen Fall soll die Besteuerung des Einbringungsgewinns I der Besteuerung des Einbringungsgewinns II vorgehen (§ 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG-E).

*Einbringungsgewinn I:* Er beträgt 100 ( $5/7$  von 140 = Differenz zwischen gemeinem Wert des eingebrachten Betriebsvermögens und dem Ansatz bei der übernehmenden Gesellschaft). Der Einbringungsgewinn I ist als Veräußerungsgewinn im Sinne des § 16 EStG zu erfassen. Die Anschaffungskosten für die Anteile an der B-GmbH bzw. die an ihre Stelle getretenen Anteile an der C-GmbH erhöhen sich nachträglich in Höhe dieses Einbringungsgewinns (§ 22 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E). Nach § 22 Abs. 1 Satz 5 UmwStG-E erhöhen sich auch die Anschaffungskosten der C-GmbH für die nunmehr von ihr gehaltenen Anteile an der B-GmbH entsprechend.

*Einbringungsgewinn II:* Er beläuft sich auf 75 (gemeiner Wert der eingebrachten Anteile abzüglich des Wertansatzes bei der C-GmbH zuzüglich der nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des Einbringungsgewinns I). Der Gewinn in Höhe von 75 ist nach § 17 EStG im Halbeinkünfteverfahren zu besteuern.

Durch die Besteuerung des Einbringungsgewinns II erhöhen sich die Anschaffungskosten der von der C-GmbH gehaltenen Anteile an der B-GmbH um 75 (§ 23 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E).<sup>122</sup>

Die im Zeitpunkt der Einbringung in die C-GmbH vorhandenen stillen Reserven in der B-GmbH in Höhe von 175 sind damit einmal insgesamt beim Einbringenden A der Besteuerung unterworfen worden.

Der zu weit gefasste Wortlaut des § 22 Abs. 2 Satz 6 UmwStG-E ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass das Vorrangverhältnis von Abs. 1 gegenüber Abs. 2 nur in der im Beispielfall beschriebenen Konstellation eingreifen soll.

<sup>121</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 78.

<sup>122</sup> Siehe hierzu unsere Ausführungen zu den Auswirkungen der Einbringung bei der übernehmenden bzw. erwerbenden Gesellschaft unter II. 4. b).



### c) Nachweispflichten des Einbringenden (§ 22 Abs. 3 UmwStG-E)

#### aa) Umfang der vom Einbringenden zu erbringenden Nachweise

Nach § 22 Abs. 3 Satz 1 UmwStG-E hat der Einbringende in den dem Einbringungszeitpunkt<sup>123</sup> folgenden sieben Jahren jährlich spätestens bis zum 31. 5. den Finanzbehörden bestimmte Nachweise zu erbringen. Bei dieser Frist handelt es sich nach der Gesetzesbegründung um keine Ausschlussfrist.<sup>124</sup> Dennoch wäre es wünschenswert, wenn diese Frist mit der für den jeweiligen Steuerpflichtigen bestehenden Abgabefrist für die Steuerklärung identisch wäre, da sich dadurch der mit der Erbringung der Nachweise verbundene Verwaltungsaufwand verringern ließe.<sup>125</sup>

Der Steuerpflichtige hat im Rahmen des § 22 Abs. 3 Satz 1 UmwStG-E nachzuweisen, wem mit Ablauf des Tages, der dem maßgebenden Einbringungszeitpunkt entspricht,

- in den Fällen des § 22 Abs. 1 UmwStG-E die erhaltenen Anteile und die auf diesen Anteilen beruhenden Anteile und
- in den Fällen des § 22 Abs. 2 UmwStG-E die eingebrachten Anteile und die auf diesen Anteilen beruhenden Anteile

zuzurechnen sind. Im Falle einer Ketteneinbringung (§ 22 Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 und Nr. 5 UmwStG-E) ist der Nachweis damit nicht nur für die erhaltenen und eingebrachten, sondern auch für die im Rahmen der Weitereinbringung erhaltenen Anteile und alle auf diesen Anteilen beruhenden Anteile zu führen.

Das Gesetz enthält keine Vorgaben, wie dieser Nachweis vom Steuerpflichtigen zu erbringen ist. Nach der Gesetzesbegründung<sup>126</sup> kann der geforderte Nachweis, beispielsweise durch Vorlage eines Registerauszuges oder einer Bescheinigung der betroffenen Gesellschaft, dass sich die Anteile noch in ihrem Vermögen befinden, geführt werden. Auch die Vorlage einer Bilanz der übernehmenden bzw. erwerbenden Gesellschaft sollte für den Nachweis der Zurechnung der Anteile ausreichend sein. Sieht das Finanzamt die vom Steuerpflichtigen eingereichten Unterlagen als nicht genügenden Nachweis an, hat es darauf hinzuweisen und Möglichkeit zur Nachbesserung zu gewähren.

#### bb) Rechtsfolgen bei Nichterbringung der geforderten Nachweise

Erbringt der Steuerpflichtige den geforderten Nachweis nicht, gelten die Anteile im Sinne des § 22 Abs. 1 und Abs. 2 UmwStG-E an dem Tag, der dem Einbringungszeitpunkt folgt oder der in den Folgejahren diesem Kalendertag entspricht, als veräußert, § 22 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E. Dabei soll die Fiktion nach der Gesetzesbegründung<sup>127</sup> bereits dann eingreifen, wenn der Nachweis für einen Veranlagungszeitraum nicht geführt wird. Erbringt der Steuerpflichtige zunächst die nach § 22 Abs. 3 UmwStG-E geforderten Nachweise und unterlässt dies für einen späteren, aber noch in der Haltefrist liegenden Veranlagungszeitraum, gelten die Anteile nach unserer Ansicht – obwohl sich dies nicht zweifelsfrei aus dem Gesetzestext ergibt – an dem Tag als veräußert, der auf den Tag folgt, für den der Steuerpflichtige letztmals den Nachweis erbracht hat.

<sup>123</sup> Erneut wird in § 22 UmwStG-E auf den Einbringungszeitpunkt abgestellt. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich dabei für eine Einbringung nach § 20 UmwStG-E um den steuerlichen Übertragungstichtag im Sinne des § 20 Abs. 6 UmwStG-E und für einen Anteilstausch um den Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (mit ggf. kurzer Rückwirkung).

<sup>124</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 79.

<sup>125</sup> Für eine Verlängerung der Frist bis zur Abgabe der Steuererklärung auch *Werra/Teiche* (Fn. 107), 1455.

<sup>126</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 79.

<sup>127</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 79.

**Beispiel 25:**

A bringt die Anteile an der A-GmbH nach § 21 UmwStG-E zum 31. 12. 2006 in die B-GmbH ein. Die B-GmbH setzt die übernommenen Anteile mit dem Buchwert an.

Der A weist zum 31. 12. 2007, 31. 12. 2008 und 31. 12. 2009 nach, dass die eingebrachten Anteile noch von der B-GmbH gehalten werden. Zum 31. 12. 2010 kann der Nachweis durch den A nicht mehr erbracht werden. Die Anteile an der B-GmbH gelten nach der hier vertretenen Auffassung als am 1. 1. 2010 veräußert. Der Einbringungsgewinn II ist auf diesen Zeitpunkt, d. h. unter Berücksichtigung einer Minderung von drei Siebteln zu ermitteln.

**d) Nachbesteuerung in Sonderfällen**

§ 22 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 UmwStG-E enthalten Sonderregelungen für die Besteuerung des Einbringungsgewinns I für juristische Personen des öffentlichen Rechts und für von der Körperschaftsteuer befreite Körperschaften. In diesem Fall gilt der Einbringungsgewinn als in einem Betrieb gewerblicher Art bzw. in einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der betreffenden Körperschaft entstanden. Diese Regelung entspricht der bisherigen Regelung in § 21 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 UmwStG.

**4. Auswirkungen der Einbringung bei der übernehmenden bzw. erwerbenden Gesellschaft (§ 23 UmwStG-E)**

Die Auswirkungen der Sacheinlage nach § 20 UmwStG-E und des Anteilstausches nach § 21 UmwStG-E bei der übernehmenden oder erwerbenden Gesellschaft ergeben sich zukünftig aus § 23 UmwStG-E. Die Neuregelung übernimmt größtenteils die bereits nach bisherigem Recht in § 22 UmwStG enthaltene Regelung und passt diese an das neue Konzept der Besteuerung von Einbringungsvorgängen an. So sind beispielsweise die Abs. 4 bis 6 des neu gefassten § 23 UmwStG-E – abgesehen von redaktionellen Änderungen – mit der bisherigen Regelung in § 22 Abs. 3 bis 5 UmwStG identisch. Die wichtigste Änderung enthält § 23 Abs. 2 UmwStG-E, der sich insbesondere mit der im Falle der Besteuerung des Einbringungsgewinns I bei der übernehmenden Gesellschaft auf ihren Antrag durchzuführenden Aufstockung der Werte des übernommenen Vermögens beschäftigt.<sup>128</sup>

**a) Eintritt in die Rechtsstellung des Einbringenden (§ 23 Abs. 1 UmwStG-E)**

Sofern die übernehmende oder erwerbende Gesellschaft das im Rahmen einer Einbringung übertragene Betriebsvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E zu einem unter dem gemeinen Wert liegenden Betrag ansetzt, ordnet § 23 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E die entsprechende Anwendung von § 4 Abs. 2 Satz 3 und § 12 Abs. 3 erster Halbsatz UmwStG-E an. Die übernehmende Gesellschaft tritt somit, bezogen auf das übertragene Betriebsvermögen, grundsätzlich immer dann in die steuerliche Rechtsstellung des Einbringenden ein, wenn sie das übernommene Vermögen nicht mit dem gemeinen Wert ansetzt.<sup>129</sup> Dies gilt allerdings nach § 23 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E nicht, soweit zum eingebrachten Betriebsvermögen Anteile an Kapitalgesellschaften oder Europäischen Genossenschaften gehören. In diesen Fällen tritt nicht die übernehmende Gesellschaft in die Rechtsstellung des Einbringenden ein, sondern nach § 21 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E treten viel-

<sup>128</sup> Die nachfolgenden Erläuterungen beschränken sich auf die Darstellung der sich im Verhältnis zur bisherigen Regelung in § 22 UmwStG durch das SEStEG ergebenden Änderungen.

<sup>129</sup> Nach bisherigem Recht (§ 22 Abs. 1 UmwStG) trat die übernehmende Kapitalgesellschaft nur dann in die steuerliche Rechtsstellung des Einbringenden ein, wenn sie seine Buchwerte ansetzte. Der Ansatz eines Zwischenwertes war – anders als nach der Neuregelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E – nicht ausreichend, um die übernehmende Gesellschaft in die Rechtsstellung des Einbringenden eintreten zu lassen.

mehr beim Einbringenden die im Rahmen der Sacheinlage erhaltenen an die Stelle der eingebrachten Anteile.

### **b) Ansatz des übernommenen Betriebsvermögens in Fällen der Nachversteuerung gem. § 22 Abs. 1 UmwStG-E (§ 23 Abs. 2 Sätze 1 und 2 UmwStG-E)**

Hat der Einbringende in Fällen der Sacheinlage nach § 20 UmwStG-E aufgrund der Veräußerung der erhaltenen Anteile oder der Verwirklichung eines Ergänzungstatbestandes den Einbringungsgewinn I zu versteuern, kann die übernehmende Gesellschaft grundsätzlich auf Antrag den Ansatz der von ihr übernommenen Wirtschaftsgüter in ihrer Steuerbilanz<sup>130</sup> um den Einbringungsgewinn I (Erhöhungsbetrag) erhöhen, soweit der Einbringende die auf den Einbringungsgewinn entfallende Steuer entrichtet hat. Durch den Ansatz des Erhöhungsbetrages bei der aufnehmenden Gesellschaft wird das Konzept der Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs konsequent umgesetzt und – im Gegensatz zur bisherigen Regelung zur Besteuerung einbringungsgeborener Anteile – sichergestellt, dass die vom Einbringenden nachträglich besteuerten stillen Reserven nicht mehrfach erfasst werden. Der Antrag nach § 23 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E ist nicht fristgebunden.

Wird der Erhöhungsbetrag auf Antrag durch die übernehmende Gesellschaft angesetzt, mindert sich ihr zukünftiges steuerliches Ergebnis durch die zusätzliche Abschreibung aus den aufgestockten Wirtschaftsgütern. Durch diesen positiven steuerlichen Effekt ist der Wert der Einlage für die übernehmende Gesellschaft nachträglich gestiegen. Andererseits wird der Einbringende durch die Nachbesteuerung des Einbringungsgewinns I finanziell belastet. Sofern der Einbringende nicht sämtliche Gesellschaftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft hält, stellt sich die Frage, ob und in welcher Form hier ein Ausgleich zwischen den beteiligten Parteien stattfinden kann.

### **aa) Ansatz des Erhöhungsbetrages bei der aufnehmenden Gesellschaft**

Der Ansatz des Erhöhungsbetrages bleibt nach § 23 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz UmwStG-E ohne Auswirkungen auf den Gewinn der übernehmenden Gesellschaft, d.h. die Aufstockung der Wirtschaftsgüter in der Steuerbilanz der übernehmenden Gesellschaft hat unmittelbar keine Auswirkungen auf deren steuerliches Ergebnis. Die Aufstockung hat ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>131</sup> wirtschaftsgutsbezogen zu erfolgen. Daher ist der Erhöhungsbetrag u. E. nach im Verhältnis der stillen Reserven in den eingebrachten Wirtschaftsgütern im Zeitpunkt des steuerlichen Übertragungstichtages aufzuteilen.

#### **Beispiel 26:**

A bringt sein Einzelunternehmen zum 31. 12. 2006 in die A-GmbH ein (Ausgliederung zur Neugründung). Zum eingebrachten Betriebsvermögen gehören zwei Wirtschaftsgüter: WG 1 (Buchwert 100; gemeiner Wert 212) und WG 2 (Buchwert 60; gemeiner Wert 88). Die A-GmbH setzt das übernommene Vermögen mit dem Buchwert (160) an. Im Jahr 2009 veräußert der A seine Anteile an der A-GmbH.

Die Veräußerung der Anteile an der A-GmbH führt zu einer nachträglichen Besteuerung des ursprünglichen Einbringungsvorgangs (§ 22 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E). Der von A als Gewinn im Sinne des § 16 EStG zu versteuernde Einbringungsgewinn I beträgt 100 (Differenzbetrag zwischen dem gemeinen Wert des übertragenen Vermögens (300) und dem Ansatz bei der A-GmbH (160) abzüglich zwei Siebtel für die seit dem steuerlichen Übertragungstichtag abgelaufenen zwei Zeitjahre).

<sup>130</sup> Die Erhöhung des Eigenkapitals in der Steuerbilanz durch die Aufstockung müsste zu einer korrespondierenden Erhöhung des steuerlichen Einlagekontos im Sinne des § 27 KStG führen. Dies sollte im Gesetz klargestellt werden.

<sup>131</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 81.

Vorausgesetzt, A hat die auf den Einbringungsgewinn I entfallende Steuer entrichtet, kann die A-GmbH auf Antrag die übernommenen Wirtschaftsgüter um 100 (Erhöhungsbetrag = Einbringungsgewinn I) aufstocken. Die Aufstockung der Wirtschaftsgüter hat nach unserer Ansicht entsprechend den stillen Reserven im Zeitpunkt des steuerlichen Übertragungstichtags zu erfolgen. Daher ist der Bilanzansatz von WG 1 um 80 und von WG 2 um 20 in der Steuerbilanz der A-GmbH zu erhöhen.

Nach § 23 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E sind die Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung ab dem Beginn des Wirtschaftsjahres, in welches das Ereignis fällt, das die Besteuerung des Einbringungsgewinns I auslöst, nach den um den Erhöhungsbetrag aufgestockten Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bemessen.

#### Beispiel 27:

Sachverhalt wie Beispiel 26. Die Steuer, die durch die im Jahr 2009 vollzogene Veräußerung der Anteile an der A-GmbH ausgelöst wurde, zahlt der A erst im Jahr 2011. Im Jahr 2012 stellt die übernehmende Gesellschaft den Antrag nach § 23 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E.

Die Absetzung für Abnutzung bezogen auf WG 1 und WG 2 ermittelt sich nach § 23 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E ab dem 1. 1. 2009 unter Berücksichtigung des Erhöhungsbetrages, obwohl der Antrag der übernehmenden Gesellschaft erst im Jahr 2012 gestellt wird. Bereits vorgenommene Steuerfestsetzungen für die A-GmbH sind entsprechend zu ändern.

Haben sich die Werte des übertragenen Vermögens nach dem steuerlichen Übertragungstichtag verändert, kann die Aufstockung einzelner Wirtschaftsgüter dazu führen, dass die Ansätze in der Steuerbilanz der übernehmenden Gesellschaft nunmehr den Teilwert des betreffenden Wirtschaftsgutes übersteigen und bei einer dauerhaften Wertminderung somit Teilwertabschreibungen vorzunehmen sind. Der Ansatz des Erhöhungsbetrages in Verbindung mit der vorzunehmenden Teilwertabschreibung führt dazu, dass bei der übernehmenden Gesellschaft sofort steuerlich zu berücksichtigender Aufwand entsteht. Dieses Ergebnis ist u.E. auch sachgerecht, da auch bei einer Einbringung des übernommenen Vermögens zum gemeinen Wert durch entsprechende Abschreibungen der Wertverlust bei der übernehmenden Gesellschaft realisiert worden wäre.

### bb) Erhöhungsbetrag und Übertragung des übernommenen Vermögens

Das Gesetz enthält in § 23 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E eine Beschränkung für den Ansatz des Erhöhungsbetrages durch die aufnehmende Gesellschaft. Danach kann der Erhöhungsbetrag von der übernehmenden Gesellschaft nur angesetzt werden, soweit das eingebrachte Betriebsvermögen der übernehmenden Gesellschaft noch gehört. Das Gesetz enthält keine Konkretisierung hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem das eingebrachte Betriebsvermögen noch dem Vermögen der übernehmenden Gesellschaft zuzuordnen sein muss. Entsprechend der Regelung über die Bemessung der Abschreibung im Falle des Ansatzes des Erhöhungsbetrages (§ 23 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E) ist davon auszugehen, dass das Betriebsvermögen zu Beginn des Wirtschaftsjahres, in welchem das die Nachbesteuerung auslösende Ereignis verwirklicht wurde, zum Vermögen der übernehmenden Gesellschaft gehören muss.

Die Anwendung des § 23 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E soll – auch wenn das eingebrachte Vermögen zwischenzeitlich nicht mehr zum Betriebsvermögen der übernehmenden Gesellschaft gehört – allerdings dann nicht ausgeschlossen sein (Rückausnahme), wenn die übernehmende Gesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen zum gemeinen Wert übertragen hat. Damit dürfte insbesondere die Veräußerung des eingebrachten Vermögens an einen fremden Dritten dem Ansatz des Erhöhungsbetrages nicht entgegenstehen. Der Ansatz des Erhöhungsbetrages ist nach dem Wortlaut des Gesetzes allerdings bei der Weiterübertragung des einge-

brachten Betriebsvermögens zu Buchwerten, wie auch beim zufälligen Untergang des eingebrachten Vermögens ausgeschlossen.

Den Ansatz des Erhöhungsbetrages insbesondere beim zufälligen Untergang auszuschließen, ist u.E. nicht sachgerecht; die übernehmende Gesellschaft sollte den auf das untergegangene Wirtschaftsgut entfallenden Erhöhungsbetrag als Aufwand berücksichtigen dürfen, um so den bei ihr eingetretenen Vermögensverlust vollständig steuerlich geltend machen zu können. Des Weiteren sollte jedenfalls bei einer Übertragung des Vermögens zum Buchwert nach § 20 UmwStG-E der Ansatz des Erhöhungsbetrages auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, um eine Doppelbesteuerung von stillen Reserven zu vermeiden.

Zur Behandlung des Erhöhungsbetrages bei zum gemeinen Wert übertragenes Betriebsvermögen enthält das Gesetz selbst keine Regelung. Nach der Gesetzesbegründung<sup>132</sup> ist der Erhöhungsbetrag, der auf das ausgeschiedene Wirtschaftsgut entfällt, in dem Wirtschaftsjahr, in dem das die Besteuerung des Einbringungsgewinns I auslösende Ereignis verwirklicht wurde, als sofort abzugsfähiger Aufwand anzusetzen. Diese Lösung ist nach der Systematik der §§ 22, 23 UmwStG-E sachgerecht und sollte in § 23 UmwStG-E ausdrücklich aufgenommen werden.

### **cc) Ansatz der eingebrachten Anteile in Fällen der Nachbesteuerung gem. § 22 Abs. 2 UmwStG-E (§ 23 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E)**

§ 23 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E behandelt die steuerlichen Folgen bei der erwerbenden Gesellschaft, wenn es bei der Einbringung von Anteilen an Kapitalgesellschaften im Wege der Sacheinlage oder des Anteilstausches zu einer nachträglichen Besteuerung des Einbringungsgewinns II kommt. In diesem Fall erhöhen sich die Anschaffungskosten der eingebrachten Anteile für die erwerbende Gesellschaft um den Betrag des Einbringungsgewinns II, soweit der Einbringende die auf den Einbringungsgewinn II entfallende Steuer entrichtet hat. Anders als beim Ansatz des Erhöhungsbetrages nach § 23 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E sind die nachträglichen Anschaffungskosten auch ohne einen entsprechenden Antrag der erwerbenden Gesellschaft zu berücksichtigen.

#### **Beispiel 28:**

A bringt die von ihm zu 100% gehaltenen Anteile an der A-GmbH zum Buchwert von 100 in die B-GmbH ein. Im Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums hat die Beteiligung einen gemeinen Wert von 380. Nach Ablauf von drei Jahren veräußert die B-GmbH die Anteile an der A-GmbH für 500.

Die Veräußerung der Anteile durch die B-GmbH stellt ein die Nachbesteuerung auslösendes Ereignis im Sinne des § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E dar. Der A hat den Einbringungsgewinn II in Höhe von 160 (4/7 der im Zeitpunkt der Einbringung vorhandenen stillen Reserven) zu versteuern. Nach § 23 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E erhöhen sich die Anschaffungskosten der A-GmbH um den Einbringungsgewinn II, soweit der A die auf den Einbringungsgewinn II entfallende Steuer entrichtet. Der von der A-GmbH erzielte Veräußerungsgewinn mindert sich entsprechend auf 240 (Anschaffungskosten für die Anteile an der B-GmbH insgesamt 260).

Werden die eingebrachten Anteile von der erwerbenden Gesellschaft zum Buchwert in eine weitere Gesellschaft eingebracht, führt die Nachbesteuerung des Einbringungsgewinns II nicht nur zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die eingebrachten, sondern auch auf die Anteile, die auf der Weitereinbringung beruhen (§ 23 Abs. 3 Satz 4 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 Satz 5 UmwStG-E).<sup>133</sup>

<sup>132</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 81.

<sup>133</sup> Auf die Ausführungen zu § 22 Abs. 1 Satz 5 UmwStG-E unter [■] wird verwiesen.

## 5. Anwendungsvorschriften und Abgrenzung zu den bisherigen Missbrauchsvorschriften

### a) Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der Registeranmeldung

Gemäß § 27 Abs. 1 UmwStG-E gilt die Neufassung des UmwStG für alle Einbringungen, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in ein öffentliches Register, d. h. in Deutschland zum Handelsregister, nach dem Tag der Verkündung des SEStEG erfolgt ist. Bei Einbringungen, die nach den Vorschriften des UmwG erfolgen, erfolgt eine Anmeldung sowohl zum Register des übertragenden Rechtsträgers als auch zum Register des übernehmenden Rechtsträgers. In Anlehnung an die Auslegung der bisherigen Übergangsvorschriften<sup>134</sup> wird man annehmen können, dass es ausreicht, wenn eine Anmeldung nach Verkündung des Gesetzes erfolgt.

Bei der „normalen“ Einlage durch Sachkapitalerhöhung ist nach dem Gesetzeswortlaut gleichfalls auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Sachkapitalerhöhung zum Handelsregister abzustellen.

Zu den Fällen der Gründung einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder Europäischen Genossenschaft soll in einem Verwaltungserlass Stellung genommen werden.<sup>135</sup> Zwar wird nicht ausgeführt, was Inhalt dieses Verwaltungserlasses sein soll; aus dem Kontext ergibt sich allerdings, dass diese Einbringungen von §§ 20, 23 UmwStG in der bisherigen Fassung umfasst sein sollen. Dabei muss die rückwirkende Anwendung der §§ 20, 23 UmwStG zumindest für den Zeitraum bis 1. 1. 2006 Gültigkeit haben. Denn die Änderungsrichtlinie erfordert, dass die Gründung einer SE, sei es im Wege des Anteilstausches (als Holding SE) oder im Wege der Betriebsstätteneinbringung (Tochter-SE) spätestens ab diesem Zeitpunkt steuerneutral möglich sein muss.

Es bleibt zu hoffen, dass in diesem Verwaltungserlass die Anwendung des § 23 UmwStG in der bisherigen Fassung auch für alle sonstigen im Anhang zur geänderten FRL genannten Rechtsformen seit dem 1. 1. 2006 geregelt wird. Andernfalls hätte Deutschland die Änderungsrichtlinie nicht rechtzeitig umgesetzt; diese wäre nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbares deutsches Recht geworden, so dass sich die Steuerpflichtigen ohnehin darauf berufen könnten.

### b) Weitergeltung gewährter Stundungen (§ 21 Abs. 6 UmwStG)

Sofern nach bisherigem Recht durch eine Einbringung das Besteuerungsrecht Deutschlands in Bezug auf die durch die Einbringung gewährten Anteile ausgeschlossen worden (§ 20 Abs. 3 UmwStG) und daher ein steuerlicher Einbringungsgewinn entstanden ist, bestand die Möglichkeit, die auf den Einbringungsgewinn entstandene Steuer gemäß § 20 Abs. 6 UmwStG i. V. m. § 21 Abs. 2 Satz 3 bis 6 UmwStG über einen Zeitraum von 5 Jahren zu stunden. Sofern ein Einbringender sich noch in diesem Stundungszeitraum befindet, gilt die bisherige Stundungsregelung unverändert fort (§ 27 Abs. 2 UmwStG-E).

### c) Streichung von § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG, § 8b Abs. 4 KStG sowie § 21 UmwStG und Änderung des § 21 UmwStG

Mit dem sich durch das SEStEG vollziehenden Systemwechsel bei der (nachträglichen) Besteuerung des Anteilseigners im Falle der Einbringung von Unternehmensteilen oder beim Anteilstausch können die §§ 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG, § 8b Abs. 4 KStG sowie § 21 UmwStG, die die Besteuerung einbringungsgeborener Anteile

<sup>134</sup> Pung, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, Die Körperschaftsteuer, § 27 UmwStG, Rdnr. 28; Widmann (Fn. 82), § 27 UmwStG, Rdnr. 26, beide zu dem vergleichbar lautenden § 27 Abs. 3 UmwStG i. d. F. des Gesetzes zur Fortführung der Unternehmenssteuerreform.

<sup>135</sup> Gesetzesbegründung (Fn. 1), S. 83.

behandeln, gestrichen werden.<sup>136</sup> Dies sieht der Gesetzesentwurf auch vor.

Nach § 27 Abs. 3 UmwStG-E ist § 21 UmwStG in seiner bisherigen Fassung allerdings weiterhin anwendbar, soweit durch einen Einbringungsvorgang, für den die Neufassung des UmwStG durch das SEStEG noch nicht anwendbar ist, einbringungsgeborene Anteile im Sinne des § 21 UmwStG entstanden sind. Entsprechend sind die §§ 22, 23 UmwStG-E nach der allgemeinen Anwendungsvorschrift des § 27 Abs. 1 UmwStG auf alle Einbringungsvorgänge anwendbar, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in ein öffentliches Register nach dem Tag der Verkündung des Gesetzes erfolgt.

Neben dieser Anwendungsregelung enthält § 27 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E allerdings auch eine inhaltliche Änderung des § 21 UmwStG, die sich auf alle noch nicht bestandskräftig festgesetzten Altfälle auswirkt. Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG in seiner bisherigen Fassung kommt es zu einer Realisierung der in einbringungsgeborenen Anteilen enthaltenen stillen Reserven, wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung dieser Anteile, z.B. aufgrund des Wegzugs des Einbringenden, ausgeschlossen wird. § 21 Abs. 2 Sätze 3 bis 6 UmwStG enthält für diesen Fall ergänzende Regelungen zur Stundung des Steueranspruchs. Nach § 27 Abs. 3 Satz 2 UmwStG-E ist die bisherige Regelung in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG für alle noch nicht bestandskräftig festgesetzten Steuerfälle mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Steuer gemäß § 6 Abs. 5 AStG-E unter den dort genannten Voraussetzungen gestundet wird und § 6 Abs. 6 und 7 AStG-E entsprechend anzuwenden sind.<sup>137</sup>

#### **d) Abgrenzung der Regelungskonzepte – Einbringung von einbringungsgeborenen Anteilen**

Werden einbringungsgeborene Anteile im Sinne des § 21 UmwStG unter der Geltung des UmwStG in der Fassung des SEStEG in eine Kapitalgesellschaft oder Europäische Genossenschaft unterhalb des gemeinen Wertes eingebracht (Fall des Anteilstausches im Sinne des § 21 UmwStG-E), kann eine spätere Veräußerung dieser Anteile durch die erwerbende Gesellschaft nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E die Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs (Besteuerung des Einbringungsgewinns II) auslösen. Zur Vermeidung einer doppelten Besteuerung der vorhandenen stillen Reserven regelt § 27 Abs. 4 UmwStG, dass die §§ 22, 23 UmwStG-E nicht anzuwenden sind, soweit hinsichtlich des Gewinn aus der Veräußerung der Anteile oder Verwirklichung eines Ergänzungstatbestandes im Sinne von § 22 Abs. 1 UmwStG-E<sup>138</sup> die (hälftige) Steuerfreistellung nach § 8 b Abs. 4 KStG bzw. § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG ausgeschlossen ist.

##### **Beispiel 29:**

A hält sämtliche Anteile an der A-GmbH. Die Anteile stammen aus der Einbringung des Einzelunternehmens des A in die A-GmbH zu Buchwerten im Jahr 2003 und sind daher einbringungsgeboren im Sinne des § 21 UmwStG. A bringt zum 31. 12. 2006 die Beteiligung an der A-GmbH zu Buchwerten in die B-GmbH ein. Im Jahr 2008 veräußert die B-GmbH die Anteile an der A-GmbH.

Die Anwendung der Steuerbefreiung für den Gewinn aus der Veräußerung der Anteile wird durch die Fortgeltung von § 8 b Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 KStG in Verbindung mit § 34 Abs. 7 a KStG ausgeschlossen, wenn es sich bei den

<sup>136</sup> Hinsichtlich der Anwendungsregeln für die § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG sowie § 8 b Abs. 4 KStG wird auf die Beiträge von *Stadler/Elser* und *Blumenberg/Lechner* ■ [in diesem BB-Spezial] verwiesen.

<sup>137</sup> Auf die Ausführungen zur Neufassung von § 6 AStG-E durch das SEStEG bei *Lauterer*, ■ [in diesem BB-Spezial] wird verwiesen.

<sup>138</sup> § 27 Abs. 4 verweist auf die einer Veräußerung gleichgestellten Vorgänge im Sinne des § 22 Abs. 1 UmwStG-E. Da sich die Vorschrift aber mit der Einbringung von einbringungsgeborenen Anteilen auseinandersetzt und sich die Nachbesteuerung in diesem Fall nach § 22 Abs. 2 UmwStG-E richtet, ist wohl § 22 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E (i.V.m. § 22 Abs. 1 UmwStG-E) in die Verweisung „hineinzulesen“.

übertragenen Anteilen für die B-GmbH um Anteile im Sinne des § 21 UmwStG handeln würde. Dies erscheint zweifelhaft, da nach § 27 Abs. 3 UmwStG-E zwar § 21 UmwStG, nicht aber § 22 Abs. 1 UmwStG in seiner bisherigen Fassung fortgelten soll und § 23 Abs. 1 UmwStG-E ausdrücklich anordnet, dass der übernehmende Rechtsträger hinsichtlich der erworbenen Anteile nicht in die Rechtsstellung des Einbringenden eintritt. In diesem Fall könnte die B-GmbH die Anteile steuerfrei veräußern.

Da die Einbringung der Anteile in die B-GmbH einen Anteilstausch im Sinne des § 21 UmwStG darstellt, würde die Veräußerung der Beteiligung grundsätzlich die Besteuerung des Einbringungsgewinns II beim Einbringenden A auslösen (§ 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E). Um die Doppelbesteuerung der stillen Reserven zu vermeiden, ordnet § 27 Abs. 4 UmwStG-E an, dass die §§ 22, 23 UmwStG-E dann nicht zur Anwendung kommen, wenn der Veräußerungsgewinn aus den Anteilen bei der B-GmbH nicht nach § 8 b Abs. 2 KStG steuerbefreit ist.

### III. Einbringung von Betriebsvermögen in eine Personengesellschaft

#### 1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 24 UmwStG-E

§ 24 Abs. 1 UmwStG-E ist wortidentisch mit § 24 UmwStG in der bisherigen Fassung. Damit ergeben sich grundsätzlich keine Änderungen im Hinblick von Einbringungen in eine Personengesellschaft.

#### a) Anwendungsbereich des § 24 UmwStG-E – beteiligte Rechtsträger

Durch die Geltung des § 1 UmwStG-E auch für § 24 UmwStG-E haben sich die Anforderungen an die an der Einbringung beteiligten Personen geändert. Während es nach bisherigem Recht weder auf die steuerliche Ansässigkeit des Einbringenden noch auf den Sitz und die Geschäftsleitung der übernehmenden Personengesellschaft ankam,<sup>139</sup> dürfen künftig Einbringender und Übernehmer nur noch Personen sein, die in einem EU/EWR-Staat steuerlich ansässig sind. Auch die übernehmende Personengesellschaft muss ihren Sitz und die Geschäftsleitung in einem EU/EWR-Mitgliedstaat haben.<sup>140</sup> Damit unterfällt eine Einbringung durch einen in einem Drittstaat Ansässigen<sup>141</sup> oder die Einbringung in eine in einem Drittstaat ansässige Personengesellschaft nicht mehr § 24 UmwStG.

Wie bislang auch, gilt als übernehmender Rechtsträger auch eine ausländische Kapitalgesellschaft, die nach deutschen steuerlichen Grundsätzen als Personengesellschaft anzusehen ist (transparente Gesellschaft).<sup>142</sup>

Da sich im Übrigen bei § 24 UmwStG keine grundsätzlichen Änderungen ergeben haben, ist nicht nachvollziehbar, warum der von § 24 UmwStG erfasste Personenkreis dergestalt eingeschränkt wurde. Probleme in der Anwendung des bisherigen § 24 UmwStG, die eine solche Änderung bedingt hätten, sind nicht bekannt geworden. Außerdem ist nach § 24 Abs. 2 UmwStG-E die steuerneutrale Einbringung in eine Personengesellschaft zukünftig nur

<sup>139</sup> Vgl. *Schmitt* (Fn. 20), § 24 UmwStG, Rdnr. 92 ff.

<sup>140</sup> Zu Einzelheiten vergleiche die Ausführungen zu § 20 UmwStG-E in II. 1. a) bb) (3).

<sup>141</sup> Als solche gilt auch die Einbringung durch eine EU/EWR-Personengesellschaft, an denen im Drittstaat Ansässige beteiligt sind. Allerdings wird die Anwendung des § 24 UmwStG-E nur versagt, soweit Drittstaatler an der einbringenden Gesellschaft beteiligt sind (§ 1 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E).

<sup>142</sup> Für diese ergeben sich zwar grundsätzlich besondere Schutzvorschriften aus der geänderten FRL (Art. 4 Abs. 2, 8 Abs. 3 FRL). Diesen kommt aber wegen Art. 10 a FRL keine gesonderte Bedeutung bei § 24 UmwStG-E zu. In dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag (Fn. 10) war Art. 10 a FRL nicht enthalten. Es scheint, dass Art. 10 a FRL als politischer Kompromiss in die Änderungsrichtlinie aufgenommen wurde, um das Konzept der transparenten Gesellschaften überhaupt in der FRL zu verankern. Im Ergebnis nimmt aber Art. 10 a FRL den Schutz, den transparente Gesellschaften nach Art. 4 und 8 FRL erhalten sollen, wieder hinweg.



dann möglich, wenn das deutsche Besteuerungsrecht im Hinblick auf das eingebrachte Betriebsvermögen nicht beschränkt wird; das deutsche Besteuerungsrecht kann also durch eine solche Einbringung nicht gefährdet werden. Folglich sollte der Gesetzgeber zur alten Rechtslage zurückkehren und die vorgesehenen Beschränkungen hinsichtlich der Person des Einbringenden nicht umsetzen.

### **b) Gegenstand der Einbringung, insbesondere Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft**

Die Regelungen über den Gegenstand der Einbringung gemäß § 24 UmwStG-E sind im Vergleich zur bisherigen Rechtslage unverändert geblieben. Eingebracht werden können ein Betrieb, Teilbetrieb, ein Mitunternehmeranteil oder eine 100%ige Beteiligung an einer im Betriebsvermögen gehaltenen Kapitalgesellschaft.<sup>143</sup> Letzteres ergibt sich nach wie vor nicht aus dem Gesetzeswortlaut.<sup>144</sup>

Im Fall der Einbringung einer nicht zu 100% im Betriebsvermögen gehaltenen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft in eine (aus deutscher Sicht) transparente EU/EWR-Kapitalgesellschaft verstößt § 24 UmwStG-E auch nicht gegen die Vorgaben der FRL. Zwar ordnet Art. 8 Abs. 3 für diesen Fall an, dass die Gesellschafter der transparenten Kapitalgesellschaft mit dem Einbringungsgewinn nicht der Besteuerung unterliegen dürfen. Art. 10a Abs. 3 FRL gesteht den Mitgliedstaaten allerdings zu, dass Art. 8, einschließlich dessen Abs. 3 nicht zur Anwendung kommen muss.<sup>145</sup> Damit ist Deutschland nicht gehindert, bei der Einbringung von geringeren Beteiligungen als 100% eine Besteuerung auf der Ebene der Gesellschafter der transparenten Kapitalgesellschaft vorzunehmen.

### **c) Übersicht**

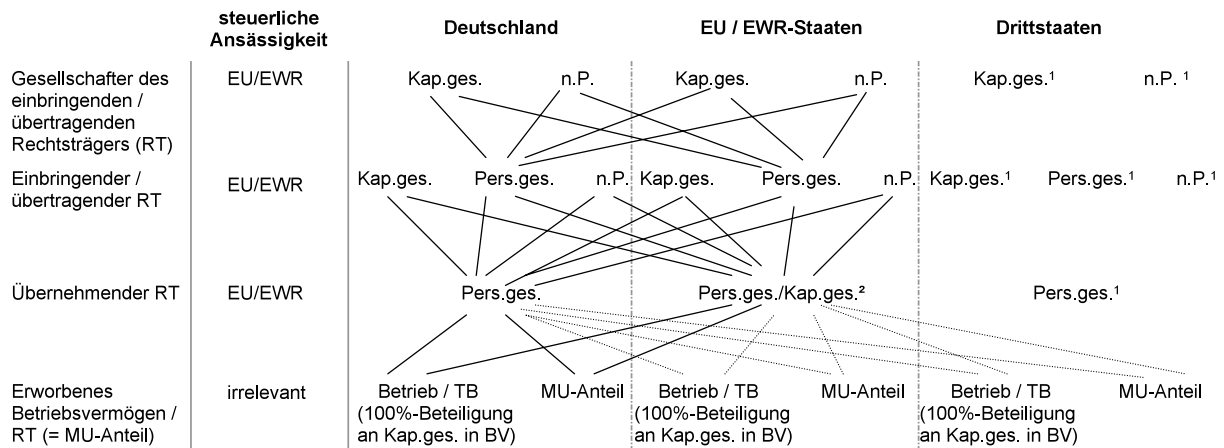
Das in Anlage 3 beigefügte Schaubild gilt eine Übersicht, welche Einbringungsvorgänge nach § 24 UmwStG-E umfasst sind.

<sup>143</sup> Vgl. nur BMF, 25. 3. 1998 – IV B 7 – S 1978 – 21/98 und IV B2 – S 1909 – 33/98, BStBl. I 1998, 268 Rndr. 24.03; *Schmitt* (Fn. 20), Rdnr. 69 m. w. N.

<sup>144</sup> Dies bedeutet, dass eine kleinere Beteiligung als 100%, ob im Betriebsvermögen gehalten oder nicht, oder eine 100%ige Beteiligung, die nicht im Betriebsvermögen gehalten wird, gemäß § 24 UmwStG-E nicht steuerneutral in eine Personengesellschaft eingebracht werden kann. Eine solche Einbringung kann aber nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG steuerneutral erfolgen. Wegen Art. 10a Abs. 3 FRL verstößt § 24 UmwStG-E i. Ü. in diesen Fällen nicht gegen die FRL, sofern die übernehmende Personengesellschaft eine transparente Gesellschaft i. S. d. FRL ist.

<sup>145</sup> Zur Kritik an den sich widersprechenden Normen vgl. bereits oben I. 2.

## Übersicht - § 24 UmwStG



## Anmerkungen:

<sup>1</sup> RT qualifizieren nicht für § 24 UmwStG

<sup>2</sup> sofern RT transparent

— Fall des § 24 UmwStG-E

..... nur relevant, wenn DBA mit D keine Freistellungsmethode für Bs-Einkünfte vorsieht

## Anlage 3

## 2. Steuerliche Behandlung auf der Ebene der Personengesellschaft (§ 24 Abs. 2 UmwStG-E)

### a) Ansatz mit dem gemeinen Wert als Grundsatz

Entsprechend der Änderungen in den übrigen Teilen des UmwStG gilt auch für § 24 UmwStG-E, dass die übernehmende Personengesellschaft das übernommene Betriebsvermögen mit dem gemeinen Wert anzusetzen hat. Wie nach bisherigem Recht auch ist dieser Ansatz entweder ausschließlich in der Gesamthandsbilanz oder in der Gesamthandsbilanz und der für den Einbringenden aufzustellenden Ergänzungsbilanz vorzunehmen.

### b) Buchwert- oder Zwischenwertansatz auf Antrag als Ausnahme

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E kann auf Antrag der Buchwert oder ein Zwischenwert angesetzt werden. Die Höchstgrenze für den Ansatz ist auch hier der gemeine Wert.

Voraussetzung für einen Ansatz unter dem gemeinen Wert ist, dass das deutsche Besteuerungsrecht hinsichtlich des eingebrachten Betriebsvermögens nicht beschränkt wird. Dieses Erfordernis ist neu in das UmwStG aufgenommen worden.<sup>146</sup> Ihm kommt nur eine beschränkte Bedeutung zu; es betrifft nur die Einbringung von im Betriebsvermögen gehaltenen 100%igen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften.

Sofern Deutschland das Besteuerungsrecht im Hinblick auf den Gewinn aus der Veräußerung der Kapitalgesellschaftsanteile vor der Einbringung hatte (dies ist regelmäßig der Fall nach den von Deutschland abgeschlossenen DBA), ist das Besteuerungsrecht nach der Einbringung beschränkt. Denn die Kapitalgesellschaftsbeteiligung ist nach der Einbringung dem Betriebsvermögen der Personengesellschaft zuzuordnen. Der Gewinn aus der Veräuße-

<sup>146</sup> Damit wird eine Besteuerungslücke geschlossen, die nach dem Gesetzeswortlaut für die Einbringung von 100% Anteilen an einer Kapitalgesellschaft bestand (vgl. *Klingberg/von Lishaut* (Fn. 14), 723). Nach wohl h. A. bestand das Erfordernis der Beibehaltung des deutschen Besteuerungsrechtes bereits nach bisherigem Recht (vgl. *Widmann* (Fn. 82), § 24 UmwStG Rdnr. 161 m. w. N.), obgleich sich dieses aus dem Gesetz nicht ableiten ließ.

zung unterliegt entweder ausschließlich der Besteuerung im Sitzstaat der übernehmenden ausländischen Personengesellschaft (Anwendung der Freistellungsmethode für die durch die ausländische Personengesellschaft erzielte Betriebsstätteneinkünfte), bzw. der deutsche Besteuerungszugriff wird durch die Anrechnung der im Sitzstaat der Personengesellschaft erhobenen (Betriebsstätten-) Steuer erheblich vermindert. Lediglich in den Fällen, in denen die Anteilsveräußerung im Sitzstaat der Personengesellschaft nicht besteuert wird und die Gewinne der Personengesellschaft in Deutschland besteuert werden dürfen (keine Freistellung), wird das Besteuerungsrecht nicht eingeschränkt. Regelmäßig ist daher ein Buchwertansatz gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E nicht möglich.

Wird inländisches Betriebsstättenvermögen in eine ausländische Personengesellschaft eingebracht, so bleibt das deutsche Besteuerungsrecht wegen § 49 Abs. 1 Satz 2 lit. a EStG erhalten.

Wird ausländisches Betriebsstättenvermögen in eine deutsche Personengesellschaft eingebracht, ändert sich das Besteuerungsrecht nicht. Da die Personengesellschaft selbst nicht abkommensberechtigt ist<sup>147</sup>, sondern die Gesellschafter, ändert sich für diese das Besteuerungsrecht nicht. Sind die einbringenden Gesellschafter in Deutschland ansässig, wird durch die inländische Personengesellschaft hindurchgesehen. Wird ausländisches Betriebsstättenvermögen in eine ausländische Personengesellschaft eingebracht und besteht der Bezugspunkt zum deutschen Steuerrecht darin, dass der Einbringende in Deutschland steuerpflichtig ist, so ergibt sich gleichfalls keine Änderung des Besteuerungsrechtes. Denn die ausländische Personengesellschaft ist gleichfalls nicht abkommensberechtigt<sup>148</sup>, so dass sich für den Einbringenden keine Änderung der Besteuerung ergibt.

#### Beispiel 30:

Die in Deutschland steuerlich ansässige A-GmbH bringt ihre Anrechnungsbetriebsstätte in Portugal in eine französische Société Civile gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ein. Zwar werden Einkünfte aus der französischen Société Civile nach dem DBA Frankreich freigestellt; dies gilt aber nicht für die portugiesischen Betriebsstätteneinkünfte. Hier gilt für die A-GmbH weiterhin das DBA Portugal. Es kommt also nicht zu einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechtes.

### c) Gewährung sonstiger Gegenleistungen

Keine Änderung hat § 24 UmwStG-E für den Fall gefunden, dass neben der Gewährung einer Mitunternehmerstellung dem Einbringenden sonstige Gegenleistungen gewährt werden. Damit gilt weiterhin die von der Rechtssprechung vorgenommene Auslegung des § 24 UmwStG, dass nämlich insoweit, wie sonstige Gegenleistungen gewährt werden, eine steuerpflichtige Veräußerung im Hinblick auf das eingebrachte Betriebsvermögen vorliegt.<sup>149</sup> Fraglich ist allerdings, warum § 24 Abs. 2 nicht wortgleich wie § 20 Abs. 2 formuliert wird.

### d) Aufgabe des Maßgeblichkeitsprinzips

Die im UmwStG-E konsequent vorgenommene Aufgabe des Maßgeblichkeitsprinzips der Handelsbilanz für die Steuerbilanz hatte und hat für die Einbringung in eine Personengesellschaft keine Relevanz. Dementsprechend bestand für § 24 UmwStG-E auch in der Vergangenheit noch keine Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz.

<sup>147</sup> Vgl. *Piltz* (Fn. 54), Art. 7 MA, Rdnr. 66 m. w. N.

<sup>148</sup> Fn. 54.

<sup>149</sup> Vgl. *Schmitt* (Fn 20), Rdnr. 242 ff.

### e) Antragserfordernis

Der Buchwert oder Zwischenwert kann nur auf Antrag angesetzt werden. § 24 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-E verweist (wie § 20 UmwStG-E) diesbezüglich auf § 3 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E. Wie bei § 20 UmwStG-E wird es auf den Zeitpunkt der erstmaligen Einreichung der Steuerbilanz ankommen, in der das eingebrachte Betriebsvermögen erstmals angesetzt wurde. Zuständiges Finanzamt ist u. E. das Finanzamt der übernehmenden Personengesellschaft, bei dem diese die Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung abzugeben hat. Ist die übernehmende Personengesellschaft im Ausland ansässig, wird aber deutsches Betriebsstättenvermögen eingebracht, ist der Antrag durch die ausländische Personengesellschaft bei dem Betriebsstättenfinanzamt zu stellen.

### f) Weitere Auswirkungen bei der übernehmenden Personengesellschaft (Abschreibungen etc.)

Gemäß § 24 Abs. 4 1. HS UmwStG-E gelten die Bestimmungen des § 23 Abs. 1, 3, 4 und 6 UmwStG-E entsprechend. Insofern sei auf die dortigen Ausführungen verwiesen.<sup>150</sup>

## 3. Steuerliche Behandlung auf der Ebene des Einbringenden (§ 24 Abs. 3 UmwStG-E)

### a) Ermittlung und Besteuerung des Einbringungsgewinns

Der Einbringungsgewinn ist Teil des laufenden Gewinns des Einbringenden. Wie nach bisherigem Recht auch, finden die Vergünstigungen des § 16 Abs. 4 und 34 EStG nur beschränkt Anwendung. Die Änderungen im Wortlaut des § 24 Abs. 3 UmwStG-E sind lediglich Änderungen im Aufbau; inhaltliche Änderungen sind hiermit nicht verbunden.

### b) Anschaffungskosten der gewährten Anteile

Da auf Grund der anzuwendenden Kapitalspiegelmethode der Buchwert der Beteiligung an der übernehmenden Personengesellschaft beim Einbringenden stets dem anteiligen Eigenkapital der Personengesellschaft (einschließlich des Eigenkapitals aus einer Ergänzungsbilanz) entspricht, ist für die Anschaffungskosten des gewährten Mitunternehmeranteils keine gesonderte Regelung zu treffen. Dementsprechend enthält § 24 UmwStG-E auch – wie nach bisherigem Recht – hierzu keine Aussage.

## 4. Zeitpunkt der Sacheinlage (§ 24 Abs. 4 2. HS UmwStG-E)

Grundsätzlich gilt die Sacheinlage steuerlich zu dem Zeitpunkt bewirkt, zu dem das wirtschaftliche Eigentum an dem eingebrachten Betriebsvermögen übergeht. Ausnahmsweise bestimmt § 24 Abs. 4 2. HS UmwStG-E, dass der Zeitpunkt bis zu acht Monate rückbewirkt werden kann. Dies gilt in den Fällen, in denen das Betriebsvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die übernehmende Personengesellschaft eingebracht wird; § 20 Abs. 5 und 6 UmwStG-E gelten entsprechend. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage, bei der bei Einbringungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Ausgliederungen nach dem UmwG) eine rückwirkende Einbringung möglich war. In allen anderen Fällen, d. h. im Fall der Einbringung im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge („normale“ Übertragung des Betriebsvermögens auf die Personengesellschaft gegen Einräumung einer Mitunternehmerstellung) besteht nach wie vor keine Möglichkeit, die Einbringung rückwirkend zu gestalten. Gründe hierfür sind nicht ersichtlich.

Durch den Verweis auf § 20 Abs. 6 UmwStG gilt die Beschränkung des § 2 Abs. 3 UmwStG-E (keine Rückwirkung bei Entstehen steuerlicher Vorteile bei einer grenzüberschreitenden Einbringung entsprechend).

## 5. Anwendungsvorschriften

Grundsätzlich gilt § 27 Abs. 1 UmwStG-E auch für § 24 UmwStG-E. Zu Einbringungen nach dem UmwG wird auf die Ausführungen zu § 20 UmwStG-E verwiesen.<sup>151</sup>

Erfolgt die Einbringung durch Einzelrechtsnachfolge, und wird die erhöhte Hafteinlage zur Eintragung in einem Register nach der Verkündung des SEStEG angemeldet, gilt die gesetzliche Neufassung des § 24 UmwStG-E.

Eine Mitunternehmerstellung i.S.d. § 24 Abs. 1 UmwStG-E kann auch durch eine bloße Erhöhung der Pflichteinlage eingeräumt werden; in diesem Fall erfolgt keine Anmeldung zum Handelsregister. Für solche Einbringungen gilt, dass sie, sofern sie nach Inkraft-Treten des SEStEG – nach Art. 12 SEStEG-E der Tag der Verkündung im BGBI. – erfolgen, § 24 UmwStG-E unterliegen. Abzustellen ist u.E. auf den Zeitpunkt des zivilrechtlichen Wirksamwerdens der Einbringung, also regelmäßig auf den Abschluss des Einbringungsvertrages.

## IV. Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (§ 25 UmwStG)

### 1. Entsprechende Anwendung der §§ 20 bis 23 UmwStG-E

Wie nach bisherigem Recht, wird die formwechselnde Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft wie eine Einbringung der Personengesellschaftsanteile bzw. des von ihr gehaltenen Vermögens in eine Kapitalgesellschaft behandelt. Entsprechend gelten die §§ 20 ff. UmwStG-E analog.

### 2. Beteiligte Rechtsträger

Nach bislang geltendem Recht unterfielen lediglich deutsche Personengesellschaften der Regelung des § 25 UmwStG. Nunmehr wird der Anwendungsbereich auf EU/EWR-Personengesellschaften ausgedehnt (§ 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 3 UmwStG-E), die nach einer § 190 UmwG vergleichbaren Regelung in Kapitalgesellschaften umgewandelt werden können.<sup>152</sup>

Die Gesellschafter der Personengesellschaft, seien es Körperschaften oder natürliche Personen, müssen in einem EU/EWR-Staat steuerlich ansässig sein. Bei doppelstöckigen Personengesellschaften wird auf die Gesellschafter der obersten Personengesellschaft abgestellt.

Die formwechselnde Umwandlung einer deutschen Personengesellschaft mit ausländischen Gesellschaftern unterlag bislang auch § 25 UmwStG. Jedoch bewirkte § 20 Abs. 3 UmwStG, dass der Formwechsel regelmäßig nicht steuerneutral durchgeführt werden konnte. Nach neuem Recht, nämlich nach der Streichung des § 20 Abs. 3 UmwStG in der bisherigen Fassung, gilt dies nicht mehr. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 UmwStG-E kommt es künftig nur darauf an, dass das deutsche Besteuerungsrecht hinsichtlich des eingebrachten Betriebsvermögens bestehen bleibt. Dies ist im Hinblick auf das Betriebsvermögen der Personengesellschaft bei einem Formwechsel stets der Fall; denn dieses Betriebsvermögen wird Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft und unterliegt damit weiterhin der deutschen Besteuerung.

Der Kreis der Anwendungsberechtigten wird wie bei § 20 und § 24 UmwStG-E durch § 1 UmwStG-E grundsätzlich auch beschränkt: Nach bisher geltendem Recht konnte auch eine deutsche Personengesellschaft mit Gesellschaftern, die steuerlich in einem Drittstaat ansässig waren, formwechselnd umgewandelt wer-

<sup>151</sup> Siehe unter II. 1. e).

<sup>152</sup> Auch im Ausland ansässige, steuerlich transparente Gesellschaften unterfallen § 25 UmwStG, da diese nach den §§ 20 ff. UmwStG-E durchgehend als Personengesellschaften/Mitunternehmerschaften angesehen werden.

den. Wegen des bereits genannten § 20 Abs. 3 UmwStG war die Steuerneutralität in diesen Fällen allerdings nur in Ausnahmen zu gewähren, nämlich dann, wenn Deutschland das Besteuerungsrecht für die Anteile an der formgewechselten Kapitalgesellschaft weiterhin zustand (z. B. Immobiliengesellschaften). Da dies nur in absoluten Ausnahmefällen möglich war, ergibt sich hieraus zwar eine rechtliche, aber eine tatsächlich sich kaum auswirkende Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 25 UmwStG-E.

### 3. Aufstellung von Schluss- und Eröffnungsbilanzen, Zeitpunkt der Sacheinlage

Der bisherige § 25 UmwStG sah vor, dass die übertragende Personengesellschaft eine Steuerbilanz auf den steuerlichen Übertragungstichtag aufzustellen hat (Satz 2). Nach neuem Recht enthält Satz 2 lediglich einen Verweis auf § 9 Satz 2, 3 UmwStG-E (Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft).

Dementsprechend hat die Personengesellschaft auf den Zeitpunkt des steuerlichen Wirksamwerdens des Formwechsels eine Schlussbilanz, die Kapitalgesellschaft eine Eröffnungsbilanz aufzustellen (§ 9 Satz 2 UmwStG-E). Beides ist notwendig, da zivilrechtlich keine Übertragung von Vermögensgegenständen und Schulden vorgenommen wird, so dass handelsrechtlich keine Abschlüsse aufzustellen sind.<sup>153</sup>

Nach § 9 Satz 3 UmwStG können diese Bilanzen auch auf einen Stichtag ausgestellt werden, der mindestens acht Monate vor der Anmeldung des Formwechsels im Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register liegt. § 9 Satz 2 UmwStG-E geht u. E. § 20 Abs. 6 UmwStG-E vor. § 20 Abs. 5 UmwStG-E findet hingegen weiterhin entsprechende Anwendung. Dies gilt insbesondere für Entnahmen und Einlagen aus und in die Personengesellschaft, die nach dem steuerlichen Übertragungstichtag erfolgen.

§ 2 Abs. 3 UmwStG-E gilt entsprechend (§ 9 Satz 2 2. HS UmwStG-E). Dies bedeutet, dass ein Formwechsel nicht rückbewirkt werden darf, soweit Einkünfte der Personengesellschaft/Kapitalgesellschaft der Besteuerung entzogen werden, wenn die formwechselnde Umwandlung nach dem ausländischen Umwandlungssteuerrecht nicht oder anders rückbewirkt wird.

### 4. Anwendungsvorschriften

Auch hier gilt § 27 Abs. 1 UmwStG-E. Sämtliche Formwechsel, die vor oder an dem Tag der Verkündung des SEStEG zum Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register<sup>154</sup> angemeldet werden, unterliegen § 25 UmwStG in seiner bisherigen Fassung, für alle danach erfolgten Anmeldungen der neuen Fassung. Stundungen gemäß § 20 Abs. 6 UmwStG gelten uneingeschränkt fort (§ 27 Abs. 2 UmwStG-E).

### V. Zusammenfassung

Durch das SEStEG soll das Umwandlungssteuerrecht internationalisiert werden. In den §§ 20 ff. UmwStG-E findet dies nur geringen Niederschlag. Zwar werden künftig einige grenzüberschreitende Einbringungsvorgänge steuerneutral möglich, die dies vorher

<sup>153</sup> In der Eröffnungsbilanz ist das eingebrachte Betriebsvermögen mit den Werten anzusetzen, die die formgewechselte Kapitalgesellschaft ansetzen möchte (Buchwert, Zwischenwert, gemeiner Wert). Dass, trotz fehlender handelsrechtlicher Abschlüsse, ein anderer Ansatz als der Buchwertansatz gewählt werden kann, hat der BFH ausdrücklich bestätigt (vgl. BFH, 19. 10. 2005 – I R 38/04, BStBl. II 2006, 568, BB 2006, 487; von der Finanzverwaltung anerkannt durch Schreiben des BMF, 4. 7. 2006 – IV B 2 – S 1909 – 12/06, BStBl. I 2006, 452).

<sup>154</sup> Gemäß Art. 3 der RL 68/151/EWG (v. 9. 3. 1968, ABI. EG Nr. L 6518 mit Änderungen) haben sämtliche Mitgliedstaaten der EU Gesellschaftsregister einzurichten. Über das EWR-Abkommen gilt dies für die EWR-Staaten entsprechend.

nicht waren. Im Gegenzug ergeben sich ebenso viele Einschränkungen, insbesondere im Hinblick auf in Drittstaaten ansässige Beteiligte. Positiv hervorzuheben ist die Streichung des § 20 Abs. 3 UmwStG, die Aufgabe der doppelten Buchwertverknüpfung beim Anteilstausch sowie das grundsätzliche Konzept der nachgelagerten Besteuerung, d.h. der Wegfall der §§ 3 Nr. 40 EStG, 8b Abs. 4 KStG und 21 UmwStG und Ersetzung durch die Siebtel-Regelung. Insgesamt finden sich zahlreiche technische Fehler in dem Gesetzentwurf, die im weiteren Gesetzgebungsverfahren bereinigt werden sollten.

**SEStEG**

Einbringungsvorgänge, UmwStG-E

**Umwandlungsteuergesetz**

Einbringungsvorgänge, SEStEG

**Einbringungsvorgänge**

SEStEG, UmwStG-E

*Dr. Rainer Stadler, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Dr. Thomas Elser, Steuerberater, beide München\**

# Der Regierungsentwurf des SEStEG: Einführung eines allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestandes und andere Änderungen des EStG

Die einkommensteuerrechtlichen Änderungen durch das SEStEG-E sind von der Einführung eines neuen zentralen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestandes bei der grenzüberschreitenden Überführung von Wirtschaftsgütern oder Nutzungsüberlassungen innerhalb desselben Betriebsvermögens geprägt. Der nachstehende Beitrag analysiert die geplanten Neuregelungen vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtslage und nimmt zu den wesentlichen Problemfeldern der bevorstehenden Gesetzesänderung Stellung.

## I. Einleitung

Unter Entstrickung wird regelmäßig ein Tatbestand verstanden, der zur Folge hat, dass stille Reserven nicht mehr in Deutschland besteuert werden können. Durch die gesetzgeberische Einführung eines neuen allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestandes sollen künftig Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert angesetzt werden, soweit deutsches Besteuerungsrecht an stillen Reserven in Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens verloren geht bzw. entsteht.

Neben den nachfolgend darzustellenden Entstrickungs- und Verstrickungsregelungen im Bereich des einkommensteuerlichen Betriebsvermögens (s.u. II. und III.) enthält das SEStEG-E<sup>1</sup> entsprechende Entstrickungs- und Verstrickungsregelungen für im Privatvermögen gehaltene Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, im Bereich der Körperschaftsteuer und im Bereich des Umwandlungssteuerrechts, die in weiteren Teilen dieser Beilage separat behandelt werden. Abschließend (s.u. IV.) erfolgt ein Überblick über die sonstigen Änderungen im Bereich des EStG.

## II. Einkommensteuerlicher Entstrickungstatbestand (§ 4 Abs. 1 Sätze 3 bis 5 EStG-E)

### 1. Einführung eines allgemeinen Entstrickungsgrundsatzes mit Sofortversteuerung

In der Rechtsprechung und in der Literatur ist es anerkannt, dass das geltende Einkommensteuerrecht keinen allgemeinen Entstrickungsgrundsatz dahingehend kennt, dass die stillen Reserven eines Wirtschaftsguts aufzulösen und zu versteuern sind, wenn das Wirtschaftsgut zukünftig nicht mehr in die Gewinnermittlung einzubeziehen ist.<sup>2</sup> Für eine solche Besteuerung bedarf es viel-

\* Dr. Rainer Stadler ist Partner und Dr. Thomas Elser ist Managing Associate bei der Sozietät Linklaters in München. Die Verf. danken Herrn RA/StB Dr. Sebastian Engler für die Unterstützung bei Anfertigung dieses Beitrags.

1 Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) – verabschiedet durch das Bundeskabinett am 12. 7. 2006.

2 BFH, 9. 2. 1972 – I R 205/88, BStBl. II 1972, 455, BB 1972, 602 m. Anm. Woerner; BFH, 14. 6. 1988 – VIII R 387/83, BStBl. II 1989, 187, BB 1989, 127; Heinicke, in:



mehr einer spezialgesetzlichen Regelung. Insoweit kamen in der Vergangenheit insbesondere der Entnahmetatbestand des § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG sowie der Tatbestand der Betriebsaufgabe nach § 16 Abs. 3 EStG in Fällen der Beendigung der Steuerpflicht oder der Überführung von Wirtschaftsgütern aus dem betrieblichen in den privaten Bereich in Betracht. Demgegenüber ging die Finanzverwaltung schon lange von einem grundsätzlich bestehenden Entstrickungsgrundsatz aus, weshalb die Gesetzesbegründung auch – unzutreffenderweise – von einer rein klarstellenden Neuregelung spricht.<sup>3</sup>

§ 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E sieht nunmehr vor, dass der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder Nutzung eines Wirtschaftsguts einer Entnahme zum gemeinen Wert gleichsteht. Der vollständige Wortlaut der § 4 Abs. 1 Satz 3 bis 5 EStG-E lautet:

„Einer Entnahme für betriebsfremde Zwecke steht der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder der Nutzung eines Wirtschaftsguts einer Entnahme zum gemeinen Wert gleich. Satz 3 gilt nicht für Anteile an einer Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft in den Fällen ... einer Sitzverlegung der Europäischen Gesellschaft ... und ... einer Sitzverlegung der Europäischen Genossenschaft. In diesen Fällen ist der Gewinn aus einer späteren Veräußerung der Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung in der gleichen Art und Weise zu besteuern, wie die Veräußerung dieser Anteile an der Europäischen Gesellschaft oder Europäischen Genossenschaft zu besteuern gewesen wäre, wenn keine Sitzverlegung stattgefunden hätte.“

Mit einer derartigen fiktiven Entnahme will der Gesetzgeber einen weiteren Ersatzrealisierungstatbestand<sup>4</sup> „Entstrickung“ gesetzlich kodifizieren mit der Folge, dass bei Verlust des deutschen Besteuerungsrechts eine Sofortbesteuerung der stillen Reserven ohne Realisation einsetzen soll. Danach soll zu den Entnahmen für betriebsfremde Zwecke insbesondere auch die Überführung eines Wirtschaftsguts von einem inländischen Betrieb in eine ausländische Betriebsstätte des Steuerpflichtigen gehören, wenn der Gewinn der ausländischen Betriebsstätte aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von der inländischen Besteuerung freigestellt oder die ausländische Steuer im Inland anzurechnen ist.<sup>5</sup> Anders als in der Gesetzesbegründung behauptet, handelt es sich bei der Neuregelung jedoch nicht um eine „Klarstellung“, sondern um weitgehende Verschärfungen gegenüber der geltenden Rechtspraxis, etwa durch Abschaffung der sog. aufgeschobenen Besteuerung bei Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte, wie sie bislang von der Finanzverwaltung zugelassen wurde.<sup>6</sup>

## 2. Entstrickung nach § 4 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, 2. HS EStG-E

### a) Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts

Erste Tatbestandsalternative von § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E ist der Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Ge-

Schmidt, EStG, § 4 Rdnr. 316; Klingberg/van Lishaut, Der Konzern 2005, 698, 703; Kulosa, in: H/H/R, EStG, § 16 Rdnr. 437; Plückerbaum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 231; Reiß, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 16 Rdnr. F 67; Ruppe, in: H/H/R, Einf. ESt Rdnr. 115; Stöcker, in: Korn, EStG, § 4 Rdnr. 292.1; Wacker, in: Blümich, EStG, § 4 Rdnr. 188.

<sup>3</sup> Stellungnahme des BdF in BFH, 16. 7. 1969 – I 266/65, BStBl. II 1970, 175, BB 1970, 200; s. Gesetzesbegründung, S. 42.

<sup>4</sup> Grundsätzlich tritt die der Besteuerung zugrunde liegende Leistungsfähigkeit erst mit der Realisierung der stillen Reserven, insbesondere durch Veräußerung ein. Bestimmte Vorgänge wie z. B. die Entnahme oder eine Betriebsaufgabe werden einer Realisierung gleichgestellt und daher als Ersatzrealisierungstatbestände bezeichnet.

<sup>5</sup> Gesetzesbegründung S. 42.

<sup>6</sup> BMF, 24. 12. 1999 – IV B 4 – S 1300 – 111/99, BStBl. I 1999, 1076, Ziff. 2.6.1.

winns aus der Veräußerung eines Wirtschaftsguts.<sup>7</sup> Nach der Gesetzesbegründung soll damit insbesondere die Überführung eines Wirtschaftsguts von einem inländischen Betrieb in eine ausländische Betriebsstätte des Steuerpflichtigen erfasst werden, wenn der Gewinn der ausländischen Betriebsstätte aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA) von der inländischen Besteuerung freigestellt ist. Fraglich ist, ob es in diesem Fall überhaupt zu einem Ausschluss des Besteuerungsrechts kommt. Die derzeit herrschende Ansicht geht davon aus, dass die Tatbestandsvoraussetzung (Ausschluss des Besteuerungsrechts) in dem in der Gesetzesbegründung beschriebenen Fall anzuwenden ist.<sup>8</sup> Demgegenüber vertritt *Wassermeyer*<sup>9</sup> die Ansicht, dass bei der Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische (Freistellungs-)Betriebsstätte ein Verlust oder eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts nicht eintrete, da Deutschland das Recht an der Besteuerung der bis zur Überführung entstandenen stillen Reserven behalte. Nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA seien nämlich bei einer späteren Veräußerung die entstehenden Veräußerungsgewinne, soweit sie auf stille Reserven entfallen, die bis zum Zeitpunkt der Überführung gebildet wurden, dem Stammhaus und damit dem Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland zuzuordnen. Danach liefe die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E weitestgehend leer.<sup>10</sup> Der Gesetzesentwurf geht demgegenüber offenbar davon aus, dass ein Ausschluss des Besteuerungsrechts bereits dann vorliegt, wenn sich der weitergehende Aufbau stiller Reserven nach der Überführung des Wirtschaftsguts im Ausland vollzieht und Deutschland auf diese neu gebildeten stillen Reserven keinen Zugriff mehr hat.

Die Rechtsprechung hatte die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte in einem Land mit Freistellungs-DBA in der Vergangenheit nach der von ihr entwickelten und vertretenen finalen Entnahmelehre als Entnahme i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG angesehen.<sup>11</sup> Die finale Entnahmetheorie des BFH wurde im Schrifttum nahezu<sup>12</sup> einhellig abgelehnt.<sup>13</sup> Nach den Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätzen<sup>14</sup> der Finanzverwaltung sollten bei der Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte im Fall des Bestehens eines DBA mit Freistellungsmethode die stillen Reserven grundsätzlich aufzudecken sein, und zwar auf der Basis des Fremdvergleichspreises. Der dadurch entstehende Gewinn war jedoch aus Gründen der „Billigkeit“ nicht sofort zu versteuern, sondern durch einen Merkposten in einer Nebenrechnung zu neutralisieren (sog. aufgeschobene Besteuerung). Dieser Merkposten war erst im Fall der tatsächlichen Veräußerung bzw. 10 Jahre nach Überführung des Wirtschaftsguts erfolgswirksam aufzulösen.<sup>15</sup> Dem Steuerpflichti-

<sup>7</sup> Zur Nutzungsüberlassung s. u. II. 2. d).

<sup>8</sup> Vgl. *Hruschka*, StuB 2006, 584, 586; *Körner*, IStR 2006, 469; *Rödter/Schumacher*, DStR 2006, 1481, 1483; *Schönherr/Lemaître*, GmbHR 2006, 561, 562; *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, NWB F. 11 Gr. 2, S. 747, 749; *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455; *Vofß*, BB 2006, 411, 412.

<sup>9</sup> DB 2006, 1176.

<sup>10</sup> *Wassermeyer*, DB 2006, 1176, 1180.

<sup>11</sup> BFH, 16. 7. 1969 (Fn. 3); BFH, 30. 5. 1972 – VIII R 111/69, BStBl. II 1972, 760, BB 1972, 1082; BFH, 17. 8. 1972 – IV R 26/69, BStBl. II 1972, 903, BB 1972, 1396; BFH, 7. 10. 1974 – GrS 1/73, BStBl. 1975, 168, BB 1975, 210; BFH, 24. 11. 1982 – I R 123/78, BStBl. II 1983, 113, BB 1983, 232; vgl. auch BFH, 14. 6. 1988 – VIII R 387/83, BStBl. II 1989, 187, BB 1989, 127.

<sup>12</sup> *Stöcker*, in: Korn, EStG, § 4 Rdnr. 292.1.

<sup>13</sup> *Korn/Strahl*, in: Korn, EStG, § 6 Rdnr. 39; *Frotscher*, EStG, § 4 Rdnr. 193f.; *Reiß*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 16 Rdnr. F 71; *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 246; *Ruppe*, in: H/H/R, Einf. ESt Rdnr. 115; *Plückebaum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 231, B 237; *Kempka*, StuW 1995, 242, 248; *Kaminski*, DStR 1996, 1794, 1797; *Schaumburg*, DStJG 4, 247; *Kramer*, StuW 1991, 151, 156; *Kleineidam*, DStR 1993, 349, 351; *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung, S. 563; *Pach-Hanssenheimb*, DB 1989, 1581, 1583, und BB 1992, 2115, 2121.

<sup>14</sup> BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6).

<sup>15</sup> BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6), Ziff. 2.6.1.

gen wurde alternativ ein Wahlrecht zur sofortigen Besteuerung eingeräumt.<sup>16</sup>

Mit der Einführung des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E soll nunmehr letztlich die Auffassung der Finanzverwaltung kodifiziert werden, allerdings mit dem zukünftig bestehenden Nachteil der Sofortbesteuerung.<sup>17</sup>

Bei beschränkt Steuerpflichtigen stellt die Überführung eines Wirtschaftsguts ins Ausland unabhängig vom Bestehen eines DBA einen Ausschluss des deutschen Besteuerungsrechts dar, da beschränkt Steuerpflichtige nur mit ihren inländischen Einkünften der deutschen Besteuerung unterliegen.

## b) Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts

Völlig neu und ebenfalls steuerverschärfend ist die Regelung eines Entstrickungstatbestandes, sofern das Besteuerungsrecht hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung eines Wirtschaftsguts aufrechterhalten, jedoch beschränkt wird. Nach der Gesetzesbegründung soll eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts bei Überführung eines Wirtschaftsguts in eine Betriebsstätte in einen Staat, mit dem ein DBA mit Anrechnungsmethode besteht, vorliegen.<sup>18</sup> Nach bisheriger Rechtslage war die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte im Fall eines Anrechnungs-DBA zu Buchwerten möglich, da die Erfassung der stillen Reserven sichergestellt war, auch wenn durch die Anrechnung der ausländischen Steuer eine vollständige inländische Besteuerung verhindert wurde. Letzteres nimmt der Gesetzgeber nunmehr offenbar zum Anlass, auch im Fall der Anrechnung eine Aufdeckung der stillen Reserven anzuordnen.

Eine Beschränkung des Besteuerungsrechts sieht der Gesetzgeber auch in dem Fall, dass die Betriebsstätte in einem Nicht-DBA-Staat liegt. Dies entspricht ebenfalls nicht der bisherigen Rechtslage, nach der es zu keiner Aufdeckung der stillen Reserven kam.<sup>19</sup> Nach dem Welteinkommensprinzip verbleibt das Besteuerungsrecht zwar hinsichtlich des Veräußerungsgewinns in Deutschland. Allerdings besteht unter den Voraussetzungen des § 34c EStG die Möglichkeit, eine im Ausland gezahlte Steuer anzurechnen, so dass im Ergebnis ebenfalls eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts eintreten kann.<sup>20</sup>

Unklar nach der Neuregelung ist, ob der Begriff der Beschränkung abstrakt nach den DBA bzw. nach § 34c EStG auszulegen ist, d. h. ob die reine Möglichkeit bereits als Beschränkung anzusehen ist oder ob es auf die tatsächliche Beschränkung des Besteuerungsrechts ankommt. Wenn und soweit der ausländische Staat auf die Veräußerung des Wirtschaftsguts keine Steuer erhebt oder wenn und soweit eine Anrechnung aus anderen Gründen (z. B. wegen eines Anrechnungsüberhangs) unterbleibt, wird das deutsche Besteuerungsrecht tatsächlich nicht beschränkt. Unseres Erachtens kann eine Beschränkung nur dann angenommen werden, wenn sich im Ergebnis auch tatsächlich eine geringere Steuerlast ergibt. Die reine Gefährdung ist noch keine Beschränkung, zumal eine solche nicht sicher ist.<sup>21</sup> Ob eine tatsächliche Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts eintritt, stellt sich nämlich frühestens im Zeitpunkt der Veräußerung heraus. Eine derartige Unsicherheit kann nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen. Auch

<sup>16</sup> BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6), Ziff. 2.6.1.d).

<sup>17</sup> Der Gesetzesentwurf spricht unzutreffenderweise von einer „Klarstellung“ zum geltenden Recht, s. Gesetzesbegründung, S. 42.

<sup>18</sup> Gesetzesbegründung, S. 42. Ebenso Hruschka, StuB 2006, 584, 585; Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1483 f.; Schönherr/Lemaître, GmbHR 2006, 561, 562; Werra/Teiche, DB 2006, 1455.

<sup>19</sup> Vgl. Looks, in: Löwenstein/Looks, Betriebsstättenbesteuerung, Rdnr. 860 ff.

<sup>20</sup> Hruschka, StuB 2006, 584, 585; Schönherr/Lemaître, GmbHR 2006, 561, 562; Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller, NWB F. 11 Gr. 2, S. 749; Werra/Teiche, DB 2006, 1455.

<sup>21</sup> Im Ergebnis wohl ebenso Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1483.

dies zeigt, wie unbestimmt der neue Entstrickungstatbestand ist. So kann z. B. in den Fällen, in denen der ausländische Staat das Wirtschaftsgut in der Anrechnungsbetriebsstätte zu Buchwerten erfasst und damit bei Vernachlässigung weiterer Wertsteigerungen im Ausland keine Steuer anfällt, mangels Anrechnung nicht von einer Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts die Rede sein.

Ungeklärt ist, ob auch bei Überführung eines Wirtschaftsguts von einer Anrechnungs- in eine Freistellungsbetriebsstätte mit der Folge, dass ggf. das deutsche, schon beschränkte Besteuerungsrecht weiter beschränkt wird, den Tatbestand der fiktiven Entnahmen erfüllt. Die gleiche Frage stellt sich, wenn ein Wirtschaftsgut einer Anrechnungsbetriebsstätte zuzuordnen ist und mit dem ausländischen Staat ein DBA mit Freistellungsmethode abgeschlossen wird. Anders als nach bisheriger Rechtslage<sup>22</sup> ist künftig wohl von einer fiktiven Entnahme auszugehen, obwohl der Steuerpflichtige selbst keine steuerrelevanten Handlungen unternommen hat.<sup>23</sup> Demgegenüber dürfte der Wegfall der Berücksichtigung beim Progressionsvorbehalt bei einem Freistellungs-DBA keine Beschränkung des Besteuerungsrechts darstellen, da dieses bereits abgeschlossen war.

### c) Verhältnis zu § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG

Nach der Einführung des § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG („Überführung eines Wirtschaftsguts zwischen verschiedenen Betriebsvermögen eines Steuerpflichtigen zu Buchwerten, sofern die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist“) im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002<sup>24</sup> wurde im Hinblick auf die seinerzeitige Gesetzesbegründung<sup>25</sup> die Auffassung vertreten, dass sich daraus nunmehr die Pflicht zur Sofortversteuerung der stillen Reserven bei Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte ergebe.<sup>26</sup> Diese Ansicht konnte sich jedoch nicht durchsetzen, da eine Betriebsstätte kein „anderes Betriebsvermögen“ i. S. d. § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG ist und nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 OECD-MA auch kein Verlust des deutschen Besteuerungsrechts an den stillen Reserven entsteht.<sup>27</sup> Daran dürfte sich auch nach dem SEStEG nichts ändern, soweit es um die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte geht.

Wird demgegenüber ein Wirtschaftsgut in ein anderes Betriebsvermögen im Ausland überführt, z. B. bei Überführung in ein anderes Einzelunternehmen des Steuerpflichtigen im Ausland, stellt sich zunächst die Frage, wann die Besteuerung der stillen Reserven i. S. v. § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG nicht mehr sichergestellt ist. Das ist der Fall, wenn nach dem einschlägigen DBA die Einkünfte aus dem ausländischen Betriebsvermögen von der deutschen Besteuerung freigestellt sind. Im Fall der Anrechnungsmethode ging man bisher davon aus, dass die Besteuerung der stillen Reserven sichergestellt sei.<sup>28</sup> Nach Ansicht von *Hruschka* soll das auch nach dem SEStEG gelten.<sup>29</sup> Dies ist u. E. nicht zwingend. Vielmehr zeigt die Einführung des Tatbestandes der „Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts“ in § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E, dass der Gesetzge-

22 BFH, 16. 12. 1975 – VIII R 3/74, BStBl. II 1976, 246, BB 1976, 398, AWD 1976, 238; BFH, 29. 10. 1981 – IV R 138/78, BStBl. II 1982, 381, BB 1982, 414 Ls; *Kulosa*, in: H/H/R, EStG, § 16 Rdnr. 439; *Plückebaum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 259; *Reiß*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 16 Rdnr. F 71.

23 Ebenso *Rödler/Schumacher*, DStR 2006, 1481, 1484.

24 BGBl. I 1999, 402.

25 BT-Drs. 14/23, 173.

26 *Cattelaens*, DB 1999, 1083.

27 *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 243; *Pfarr*, IStR 2000, 42, 46; *Buciek*, DStZ 2000, 636, 637.

28 *Hoffmann*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 6 Rdnr. 1151.

29 *Hruschka*, StuB 2006, 584, 586, unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zur Verstrickung.

ber davon ausgeht, dass auch im Anrechnungsfall die Besteuerung der stillen Reserven nicht sichergestellt ist. Danach kann es tatbestandlich zu Überschneidungen der Anwendungsbereiche des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E und des § 6 Abs. 5 EStG kommen, was die Frage nach deren Konkurrenzverhältnis aufwirft, da beide Normen unterschiedliche Rechtsfolgen (§§ 4 Abs. 1 Satz 3, 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, 2. HS EStG-E: gemeiner Wert / § 6 Abs. 5 EStG: Teilwert) anordnen. U. E. ist § 6 Abs. 5 EStG der Vorrang einzuräumen, da es sich insoweit um die speziellere Norm handelt.<sup>30</sup>

#### d) Nutzungsüberlassung

Im Verhältnis zwischen einer Mutter- und einer Tochtergesellschaft können Wirtschaftsgüter entweder dauerhaft übertragen werden, insbesondere durch Eigentumsübertragung oder Abtretung, oder aber nur zur Nutzung überlassen werden, etwa im Wege der Vermietung und Verpachtung. Derartige Vertragsverhältnisse sind zwischen Betriebsstätte und Stammhaus nicht möglich, da es sich insoweit rechtlich um ein einheitliches Unternehmen handelt. Gleichwohl wird auch im Verhältnis Stammhaus – Betriebsstätte zwischen einer dauerhaften Überlassung mit Zuordnungswechsel (Überführung) und einer nur vorübergehenden Überlassung zur Nutzung unterschieden.<sup>31</sup>

Anders als noch der Referentenentwurf des SEStEG vom 21. 4. 2006 fingiert der nun vorliegende Kabinettsentwurf in § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG eine Entnahme auch dann, wenn das Besteuerungsrecht Deutschlands hinsichtlich des Gewinns aus der Nutzung eines Wirtschaftsguts ausgeschlossen oder beschränkt wird. Nach der Gesetzesbegründung soll danach die Nutzung eines einer inländischen Betriebsstätte zugeordneten Wirtschaftsguts in einer ausländischen Betriebsstätte eine Entnahme für betriebsfremde Zwecke darstellen.<sup>32</sup>

Wird ein dem inländischen Stammhaus zugeordnetes Wirtschaftsgut<sup>33</sup> einer ausländischen Betriebsstätte zur (Mit-)Nutzung überlassen<sup>34</sup>, ist nach derzeit noch geltender Rechtslage der aus der Nutzungsüberlassung resultierende Vorteil der Betriebsstätte gegenüber dem Stammhaus abzugelten.<sup>35</sup> Höhe und Berechnung des abzugeltenden Vorteils sind außerordentlich umstritten und in der Praxis schwierig. Nach wohl herrschender Ansicht sind die mit dem Wirtschaftsgut in Zusammenhang stehenden Aufwendungen zwischen dem Stammhaus und der Betriebsstätte aufzuteilen, und zwar ohne Berücksichtigung eines Gewinnaufschlags, was im Ergebnis zu einer Kostenumlage führt.<sup>36</sup> Darüber hinaus ist nach zum Teil vertretener Ansicht das Stammhaus auch an den Einnahmen bzw. den Mehrgewinnen der Betriebsstätte zu beteiligen, soweit sie auf die Nutzung des Wirtschaftsguts zurückzuführen sind.<sup>37</sup> Nach anderer Auffassung soll die Abrechnung der

<sup>30</sup> Im Ergebnis ebenso *Hruschka*, StuB 2006, 584, 587.

<sup>31</sup> Zu den Abgrenzungsproblemen vgl. *Raab/Looks*, in: Löwenstein/Looks, Betriebsstättenbesteuerung, Rdnr. 771.

<sup>32</sup> Gesetzesbegründung, S. 42.

<sup>33</sup> Vgl. zur Frage der Zuordnung z. B. *Kumpff/Roth*, in: H/H/R, § 49 Rdnr. 260 ff.

<sup>34</sup> Z. B. wenn eine dem inländischen Stammhaus zugeordnete Marke auch von der ausländischen Betriebsstätte genutzt wird.

<sup>35</sup> *Borstell/Brüninghaus*, in: Vogel/Borstell/Engler, HdB der Verrechnungspreise, M Rdnr. 86 ff.; *Piltz*, in: Piltz/Schaumburg, Betriebsstättenbesteuerung, S. 14; *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 278; *Wied*, in: Blümich, EStG, § 49 Rdnr. 78.

<sup>36</sup> BFH, 27. 7. 1965 – I 110/63 S, BStBl. III 1966, 24, BB 1966, 66, AWD 1966, 37; *Borstell/Brüninghaus*, in: Vogel/Borstell/Engler, HdB der Verrechnungspreise, M Rdnr. 89; *Debatin*, DB 1989, 1692, 1739; *Hemmelrath*, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 7 Rdnr. 119; *Kempff/Roth*, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG, § 49 Rdnr. 324; *Piltz*, in: Piltz/Schaumburg, Betriebsstättenbesteuerung, S. 14; *Raab/Looks*, in: Löwenstein/Looks, Betriebsstättenbesteuerung, Rdnr. 780; *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 278; *Wied*, in: Blümich, EStG, § 49 Rdnr. 78.

<sup>37</sup> *Borstell/Brüninghaus*, in: Vogel/Borstell/Engler, HdB der Verrechnungspreise, M Rdnr. 89; *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 278.

Nutzungsüberlassung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach Marktpreisen erfolgen.<sup>38</sup>

Es ist u. E. nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung die vorübergehende Nutzungsüberlassung der (dauerhaften) Überführung gleichstellen wollte mit der Folge, dass auch bei der nur vorübergehenden Überlassung des Wirtschaftsguts die gesamten stillen Reserven aufzudecken sind.<sup>39</sup> Nach der Begründung zum Kabinettsentwurf handelt es sich bei § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E um eine „Klarstellung zum geltenden Recht“, so dass es sich bei der Neuregelung nur um die (fingierte) Entnahme der Nutzung als solche handeln kann, wie sie bereits im geltenden Recht praktiziert wird und auch im Bereich der privaten Nutzung von Betriebsvermögen anerkannt ist.<sup>40</sup> Für die Zuordnung von Wirtschaftsgütern gelten unverändert die bisherigen Grundsätze (Betriebsstättenerlass). Hieraus folgt, dass es ohne Zuordnungswechsel des Wirtschaftsguts von einer inländischen in eine ausländische Betriebsstätte zu einer steuerpflichtigen Nutzungsentnahme kommt.

Der künftige Ansatz von Nutzungsentnahmen mit dem gemeinen Wert (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, 2. HS EStG-E) wird jedoch zu einer Steuer Mehrbelastung des inländischen Stammhauses führen, da er in der Regel über den Selbstkosten liegen wird.<sup>41</sup> Daneben kann die Bewertung mit dem gemeinen Wert aus steuersystematischer Sicht nicht überzeugen, da es zur inländischen Besteuerung von Ergebnissen kommt, welche von der ausländischen Betriebsstätte erzielt wurden und dieser zuzuordnen sind.

### e) Keine Betriebsaufgabe bei Verlegung einer Betriebsstätte

Die in § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E geregelten Entstrickungsgrundsätze gelten dem Wortlaut nach bei der Überführung einzelner Wirtschaftsgüter. Dies schließt auch die Überführung mehrerer Wirtschaftsgüter, also insbesondere die Verlegung einer gesamten Betriebsstätte ins Ausland, mit ein. Stellt die zu verlegende Betriebsstätte einen Betrieb oder einen Teilbetrieb dar oder wird durch den Transfer der Wirtschaftsgüter ein gesamter Anteil eines Mitunternehmers ins Ausland überführt, sollen nach der Gesetzesbegründung die Grundsätze zur Betriebsaufgabe/Totalentnahme auf die übertragene Sachgesamtheit entsprechend anzuwenden sein.<sup>42</sup> Dies hätte insbesondere zur Folge, dass nicht bilanzierte immaterielle Wirtschaftsgüter sowie ein ggf. bestehender Geschäftswert bei der Besteuerung der stillen Reserven zu berücksichtigen wären.

Parallel zum finalen Entnahmebegriff hatte die Rechtsprechung in der Vergangenheit einen finalen Betriebsaufgabebegriff entwickelt. Danach liegt eine Betriebsaufgabe vor, wenn die Erfassung der stillen Reserven nicht mehr gewährleistet ist. Dies soll bei Verlegung eines Betriebs in einen ausländischen Staat, mit dem ein DBA nach der Freistellungsmethode besteht, der Fall sein.<sup>43</sup> Das überwiegende Schrifttum ging demgegenüber davon aus, dass keine Betriebsaufgabe vorliegt.<sup>44</sup> Der Wortsinn des Begriffs „Aufgabe“ werde bei der vom BFH vorgenommenen Auslegung überschritten. Es handele sich insoweit um eine unzulässige Gesetzes-

38 Becker, DB 1989, 10; ders., DB 1990, 392; Kroppen, in: Becker/Höppner/Grotherr/Kroppen, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 168 ff.

39 So jedoch Werra/Teiche, DB 2006, 1455, 1456; wie hier Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1484.

40 Vgl. z. B. Crezelius, in: Kirchhof, EStG, § 4 Rdnr. 90.

41 S.u. II. 2. f).

42 Gesetzesbegründung, S. 43.

43 BFH, 28. 4. 1971 – I R 55/66, BStBl. II 1971, 630, BB 1971, 1090; BFH, 13. 10. 1976 – I R 261/70, BStBl. II 1977, 76, BB 1977, 381, AWD 1977, 53; BFH, 22. 4. 1998 – XI R 28/97, BStBl. II 1998, 665, BB 1998, 1833 Ls; vgl. auch BFH, 7. 10. 1974 (Fn. 11); BFH, 29. 10. 1989 (Fn. 22).

44 Z. B. Kauffmann, in: Frotscher, EStG, § 16 Rdnr. 144; Geissler, in: H/H/R, EStG, § 16 Rdnr. 17; Kulosa, in: H/H/R, EStG, § 16 Rdnr. 438; Reiß, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 16 Rdnr. F71.

analogie, da die Voraussetzungen für eine solche nicht vorliegen. Im Übrigen sei ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 gegeben.<sup>45</sup>

Es ist zweifelhaft, ob die Betriebsverlegung von § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E erfasst wird.<sup>46</sup> § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E spricht nur von Wirtschaftsgütern. Zwar wird die Betriebsaufgabe als „Totalentnahme“ von der Rechtsprechung als Sonderform der Entnahme angesehen<sup>47</sup>, geregelt wird diese „Totalentnahme“ vom Gesetz jedoch in § 16 Abs. 3 EStG. Auch nach bisheriger Rechtslage hatte der BFH nicht mit dem Entnahmebegriff nach § 4 Abs. 1 EStG, sondern mit dem Begriff der Betriebsaufgabe operiert. So wie nunmehr die §§ 4 Abs. 1, 17 EStG und § 12 KStG um den Tatbestand „Ausschluss oder Beschränkung des Besteuerungsrechts“ ergänzt werden, hätte u.E. auch der § 16 Abs. 3 EStG entsprechend ergänzt werden müssen, wenn man den Fall der Betriebsverlegung hätte erfassen wollen. Dies sollte zumindest für einen selbst geschaffenen Firmenwert gelten.

### f) Rechtsfolge der fiktiven Entnahme: Sofortversteuerung durch Ansatz mit dem gemeinen Wert

Rechtsfolge des Ausschlusses oder der Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts ist die Gleichstellung mit einer Entnahme, die den steuerpflichtigen Gewinn erhöht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG). Dies führt zu einer Entstrickung und zur Pflicht zur Versteuerung der bislang entstandenen stillen Reserven. Als Entnahmewert ist jedoch nicht der Teilwert, sondern nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1, 2. HS EStG-E der gemeine Wert anzusetzen. Während der Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG der Betrag ist, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde, wenn dieser den Betrieb fortführen würde, will der gemeine Wert den objektiven Wert des einzelnen Gegenstandes für jedermann erfassen. Der gemeine Wert wird nach § 9 Abs. 2 BewG durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen. Der gemeine Wert ist danach ein rein objektiver Wert, den eine Sache nach dem Grad ihrer Beschaffenheit für jeden Besitzer hat.<sup>48</sup> Nach der Gesetzesbegründung<sup>49</sup> soll der gemeine Wert auch einen Gewinnaufschlag enthalten. Warum der Gesetzgeber hier zwischen einem Gewinnaufschlag und dem gemeinen Wert einen Zusammenhang sieht, ist nicht nachvollziehbar. U.E. können insbesondere für die Ermittlung des gemeinen Werts nicht die bei dem Stammhaus angefallenen Kosten zzgl. eines Gewinnaufschlags zur Ermittlung des gemeinen Werts herangezogen werden, da nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass mit jedem Produkt der geplante Umsatz erzielt werden kann. Der Begriff des gemeinen Werts stellt vielmehr auf den am freien Markt erzielbaren Preis ab.<sup>50</sup> Dieser kann auch unter den Selbstkosten liegen.

Der Hinweis des Gesetzgebers auf den Gewinnzuschlag muss u.E. vor dem Hintergrund des in der Vergangenheit bei der Überführung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte von der Finanzverwaltung angewendeten Fremdvergleichspreises

45 Reifß, in: Kirchhof, EStG, § 16 Rdnr. 315; Stahl, in: Korn, EStG, § 16 Rdnr. 24.

46 Vgl. auch Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1485; für die Erfassung der Verlegung einer Betriebsstätte bei beschränkter Steuerpflichtigen Wassermeyer, DB 2006, 1176, 1180.

47 BFH, 13. 12. 1983 – VIII R 90/81, BStBl. II 1984, 474, BB 1984, 1211 m. Anm. Woerner.

48 Gürsching/Denger, Bewertungsgesetz, § 9 Rdnr. 7; Kreutziger, in: Kreutziger/Lindberg/Schaffner, Bewertungsgesetz, § 9 Rdnr. 10.

49 Gesetzesbegründung, S. 43.

50 Kreutziger/Lindberg/Schaffner, Bewertungsgesetz, § 9 Rdnr. 10; Rössler/Troll, Bewertungsgesetz, § 9 Rdnr. 3.

gesehen werden. Bei der Ermittlung von Fremdvergleichspreisen ist grundsätzlich auch ein Gewinnaufschlag zu berücksichtigen.<sup>51</sup> Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der gemeine Wert in der Regel über einem Fremdvergleichspreis liegen dürfte. Liefert beispielsweise ein inländisches Stammhaus Waren an seine ausländische Betriebsstätte, ist ein Fremdvergleichspreis so zu ermitteln, wie wenn das Stammhaus an einen unabhängigen Vertriebshändler liefern würde. Die durch den Vertrieb entstehende Gewinnmarge fällt jedoch dann erst auf Ebene der Betriebsstätte an. Bewertet man demgegenüber – so wie das künftige SEStEG – die überführten Wirtschaftsgüter bereits mit dem gemeinen Wert, wird diese Vertriebsmarge bereits zugunsten des Stammhauses verrechnet. Darüber hinaus werden beim gemeinen Wert im Unterschied zum Fremdvergleichspreis ungewöhnliche und persönliche Verhältnisse nicht berücksichtigt. Wenn und soweit man die Verbringung eines Wirtschaftsguts in eine Betriebsstätte mit der Übertragung auf eine Tochtergesellschaft gleichstellen will<sup>52</sup>, wäre der Ansatz des Fremdvergleichspreises konsequent gewesen.

### g) Kritik an der Sofortversteuerungskonzeption

Die Neuregelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E ist u. E. europarechtswidrig, da ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG vorliegt.<sup>53</sup> Während die Übertragung eines Wirtschaftsguts von einer inländischen Betriebsstätte auf eine andere keine steuerlichen Konsequenzen nach sich zieht, führt die Überführung in eine Betriebsstätte ins EU-Ausland zu einer Sofortbesteuerung der stillen Reserven. In der Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*■<sup>54</sup> hatte der EuGH entschieden, dass im Fall des Wegzugs einer natürlichen Person, die Anteile an einer Kapitalgesellschaft hält, die Sofortbesteuerung der entstandenen stillen Reserven ohne tatsächliche Veräußerung der Anteile gegen die europäischen Grundfreiheiten verstößt. Die vom EuGH aufgestellten Grundsätze gelten auch im betrieblichen Bereich.<sup>55</sup> Zwingende Gründe des Gemeinwohls, die den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Das auch vom Gesetzgeber<sup>56</sup> vorgebrachte Argument, eine Stundungslösung sei nicht administrierbar, reicht nicht aus, um den Eingriff zu rechtfertigen.<sup>57</sup> Es kann auch in der Sache nicht überzeugen. Zum einen hat die Finanzverwaltung in der Vergangenheit bei Überführung von Wirtschaftsgütern in ausländische Betriebsstätten eine Stundungslösung praktiziert, zum anderen muss dieser Weg im Bereich des § 6 AStG auch gegangen werden. Im Übrigen bieten auch die Amtshilferichtlinie sowie die Beitreibungsrichtlinie adäquate Instrumente zur Durchsetzung der deutschen Besteuerungsinteressen. Österreich praktiziert ebenfalls eine Stundungslösung.<sup>58</sup>

Wenn schon bei der Überführung von einzelnen Wirtschaftsgütern ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliegt<sup>59</sup>, dann im Übrigen erst recht auch bei der Verlegung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs.<sup>60</sup>

Wenig überzeugen kann auch die Argumentation in der Gesetzesbegründung, eine Sofortbesteuerung habe lediglich negative Li-

51 Baumhoff, in: Flick/Baumhoff/Wassermeyer, AStG, § 1 Rdnr. 521 ff.

52 So die Gesetzesbegründung, S. 40.

53 Ebenso Körner, iStR 2006, 469; Schönherr/Lemaitre, GmbHR 2006, 561, 563; Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller, IWB Fach 11 Gruppe 2, S. 747, 749; Werra/Teiche, DB 2006, 1455, 1457.

54 EuGH, 11. 3. 2004 – Rs. C-9/07, RIW 392, EWS 2004, 180.

55 Dietz, ■iStR 2005, 43; Körner, ■iStR 2004, 424, 429; Schnittger, BB 2004, 804, 812; Wassermeyer, GmbHR 2004, 613, 616.

56 Gesetzesbegründung, S. 39 f.

57 Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1485; Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller, IWB F. 11 Gr. 2, S. 749.

58 Vgl. Staringer, SWI 2005, 213.

59 S. o. II.2.e)aa)

60 Kessler/Huck, StuW 2005, 193, 208.



liquiditätseffekte, die sich bei einer späteren tatsächlichen Veräußerung wieder ausgleichen würden.<sup>61</sup> Vielmehr ist es denkbar, dass der später tatsächlich erzielte Veräußerungserlös unter dem gemeinen Wert zum Zeitpunkt der Überführung des Wirtschaftsguts liegt. In diesem Fall hätte der Steuerpflichtige einen Gewinn versteuert, den er tatsächlich überhaupt nicht erzielt hat. Eine derartige Behandlung verstieße gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip, da eine Leistungsfähigkeit besteuert wurde, die tatsächlich nicht existierte, zumal die insoweit maßgebliche Steigerung der Leistungsfähigkeit erst mit der Realisierung der stillen Reserven eintritt. Im Übrigen ließe sich mit dem fragwürdigen Argument der „bloßen Liquiditätseffekte“ jegliche Besteuerung von stillen Reserven ohne Realisationsvorgang rechtfertigen.

Nach Ansicht des Gesetzgebers soll eine Stundungslösung tatsächlich nicht durchführbar und der Gesetzesvollzug nicht sichergestellt sein.<sup>62</sup> Dies rufe verfassungsrechtliche Bedenken hervor, da Art. 3 GG die rechtliche und tatsächliche Gleichbelastung der Steuerpflichtigen verlange.<sup>63</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass auch nach bisheriger Verwaltungspraxis die Mitwirkung der Steuerpflichtigen erforderlich war. Darüber hinaus würde der Vollzug einer Stundungslösung durch die im betrieblichen Bereich bestehende Buchführungspflicht mit der damit nach § 147 AO verbundenen Aufbewahrungspflicht sowie durch die stattfindenden Betriebsprüfungen sichergestellt. Insofern unterscheidet sich die Situation von der vom BVerfG entschiedenen Frage der gleichmäßigen Besteuerung von Spekulationsgeschäften nach § 23 Abs. 1 Nr. 1b EStG 1997, in der die Steuererhebung ausschließlich von der Ehrlichkeit der Steuerpflichtigen abhing.<sup>64</sup>

### **3. Beteiligungen von Kapitalgesellschaften im Betriebsvermögen (§ 4 Abs. 1 Sätze 4, 5 EStG-E)**

#### **a) Sitzverlegung der Kapitalgesellschaft**

Die Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft, deren Anteile im Betriebsvermögen gehalten werden, kann – je nach DBA – zum Ausschluss oder zur Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts am Veräußerungsgewinn der Anteile an der Kapitalgesellschaft führen. Das ist nach Art. 13 Abs. 2 OECD-MA insbesondere der Fall, wenn die Beteiligung nach der Sitzverlegung künftig einer ausländischen Betriebsstätte funktional zuzuordnen ist oder wenn das DBA das Besteuerungsrecht im Hinblick auf Anteilsveräußerungsgewinne aus anderen Gründen nicht dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters, sondern dem Sitzstaat der Gesellschaft zuweist. Auch in diesem Fall ist nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E eine fiktive Entnahme der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft gegeben mit der Folge, dass die in der Beteiligung enthaltenen stillen Reserven sofort zu versteuern sind.

Eine Ausnahme hiervon sehen § 4 Abs. 1 Sätze 4 und 5 EStG-E für die Sitzverlegung einer Europäischen Gesellschaft (SE) oder einer Europäischen Genossenschaft (SEC) vor. Diese Ausnahme war nach Art. 10d Abs. 1 der Fusionsrichtlinie<sup>65</sup> geboten, der eine Besteuerung der Gesellschafter bei Sitzverlegung einer SE oder SEC verbietet. In diesen Fällen findet eine Besteuerung erst bei tatsächlicher Veräußerung statt, allerdings bezogen auf den tatsächlichen Veräußerungserlös und nicht bezogen auf den Wert im Zeitpunkt der Sitzverlegung. Dies stellt einen *treaty override* dar und kann zu einer DBA-rechtlich unzulässigen Doppelbesteuerung führen.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Vgl. Gesetzesbegründung, S. 39.

<sup>62</sup> Gesetzesbegründung, S. 40.

<sup>63</sup> Gesetzesbegründung, S. 40 mit Verweis auf BVerfG, 9. 3. 2004 – 2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94, 112, und BVerfG, 27. 6. 1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239, 286 ff., BB 1991, Beilage 16 zu Heft 21.

<sup>64</sup> Vgl. BVerfG, 9. 3. 2004 (Fn. 63).

<sup>65</sup> ABIEU Nr. L 58/19 v. 4. 3. 2005.

## b) Änderung der funktionalen Zuordnung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zur Betriebsstätte

Wird die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die bisher funktional einer inländischen Betriebsstätte zugeordnet war<sup>67</sup>, künftig einer ausländischen Betriebsstätte zugerechnet, kommt es nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E zur Sofortbesteuerung. Bereits nach bisheriger Rechtslage lag darin die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte, allerdings mit der Möglichkeit der aufgeschobenen Besteuerung. Zu beachten ist, dass dies auch im Fall einer SE oder SEC gilt, da die Ausnahmenvorschriften der § 4 Abs. 1 Sätze 4 und 5 EStG-E nur im Fall der Sitzverlegung Anwendung finden.

## III. Einkommensteuerliche Verstrickung (§ 4 Abs. 1 Satz 8, 2. HS EStG-E)

### 1. Begründung des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung eines Wirtschaftsguts nach § 4 Abs. 1 Satz 8, 2. HS EStG-E

Unter „Verstrickung“ wird regelmäßig ein Tatbestand verstanden, der zur Folge hat, dass stille Reserven in einem Wirtschaftsgut erstmals in Deutschland besteuert werden können. Nach § 4 Abs. 1 Satz 8, 2. HS EStG-E steht künftig die Begründung des deutschen Besteuerungsrechts hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung eines Wirtschaftsguts einer Einlage gleich („fiktive Einlage“).

Bei unbeschränkt Steuerpflichtigen ist das bei Überführung eines Wirtschaftsguts von der ausländischen Freistellungs-Betriebsstätte in das inländische Stammhaus der Fall. Demgegenüber ist die Überführung eines Wirtschaftsguts von der ausländischen Anrechnungs-Betriebsstätte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen in das Inland im Fall eines Anrechnungs-DBA nicht als Einlage anzusehen, da das Wirtschaftsgut schon vor der Überführung dem deutschen Besteuerungsrecht unterlag. Letzteres gilt auch, wenn kein DBA besteht. Nach bisheriger Rechtslage wurde unabhängig vom jeweiligen DBA die Überführung eines Wirtschaftsguts vom ausländischen Stammhaus in eine inländische Betriebsstätte als Einlage i. S. v. § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG angesehen.<sup>68</sup> Erfasst werden soll künftig nur die erstmalige steuerliche Erfassung eines Wirtschaftsguts im Inland. Insbesondere ist der Wechsel von einem eingeschränkten zu einem uneingeschränkten Besteuerungsrecht (z. B. ein bisher der Anrechnungsmethode unterliegendes Wirtschaftsgut wird in die unbeschränkte Steuerpflicht überführt) nicht als Einlage zu behandeln, da das Wirtschaftsgut bereits steuerverstrickt war.<sup>69</sup> Systematisch widerspricht dies den Entstrickungsregelungen, da diese davon ausgehen, dass bei der Anrechnungsmethode keine (vollständige) Verstrickung erhalten bleibt.

Die Rückführung eines Wirtschaftsguts aus einer ausländischen Betriebsstätte ins inländische Stammhaus war in der Vergangenheit zu Buchwerten möglich.<sup>70</sup> Auch für die Fälle der Rückführung gelten die nunmehr neu eingeführten Regelungen zur Verstrickung. Im Vergleich zur früheren Rechtslage stellt sich die Si-

<sup>66</sup> Rödder/Schumacher, DStR 2006, 1481, 1486; Werra/Teiche, DB 2006, 1455, 1457 f.

<sup>67</sup> Vgl. zur Zuordnung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften Wassermeyer, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, MA Art. 7 Rdnr. 241 a; Maier, in: Löwenstein/Looks, Betriebsstättenbesteuerung, Rdnr. 666 ff.; Kumpff/Roth, in: H/H/R, EStG, § 49 Rdnr. 272.

<sup>68</sup> Heinicke, in: Schmidt, EStG, § 4 Rdnr. 360 „Ausland“; Hoffmann, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4 Rdnr. 280 „Ausland“; Wassermeyer, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 258; einschränkend auf den Fall des Freistellungs-DBA: Plückerbaum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 286; vgl. auch FG Düsseldorf, 30. 1. 1986 – XV 275/85, EFG 1986, 446.

<sup>69</sup> Gesetzesbegründung, S. 43.

<sup>70</sup> Wassermeyer, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 263; BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6), Ziff. 2.6.2.

tuation insofern besonders nachteilig dar, als dass die Überführung eines Wirtschaftsguts in eine ausländische Betriebsstätte mit anschließender Rückführung zur vollen Aufdeckung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Überführung führt, ohne dass diese bei Rückführung wieder rückgängig gemacht wird.<sup>71</sup>

Bei beschränkt Steuerpflichtigen ist die Überführung eines Wirtschaftsguts vom ausländischen Stammhaus in die inländische Betriebsstätte unabhängig von einem DBA als Einlage anzusehen. Denn sowohl im Fall des Freistellungs-DBA als auch im Fall des Anrechnungs-DBA und erst recht, wenn kein DBA besteht, wird das deutsche Besteuerungsrecht begründet.

Nach bisher herrschender Literaturansicht war als Rechtsfolge im Fall der Überführung eines Wirtschaftsguts ins Inland der Teilwert anzusetzen<sup>72</sup>, während die Finanzverwaltung vom Fremdvergleichspreis ausging.<sup>73</sup> § 6 Abs. 1 Nr. 5a EStG-E geht nunmehr vom Ansatz des gemeinen Werts aus, und zwar unabhängig von der steuerlichen Behandlung im Ausland.<sup>74</sup> Im Referentenentwurf vom 21. 4. 2006 war noch ein Ansatz mit demjenigen Wert vorgesehen, mit dem das Wirtschaftsgut anlässlich der Überführung in dem Staat der ausländischen Betriebsstätte einer Besteuerung unterlegen hat.

Die Einordnung der Überführung eines Wirtschaftsguts in das Inland als Einlage entspricht der bisherigen Rechtslage und ist im System des SEStEG konsequent. Im Interesse der Rechtsklarheit, der Rechtssicherheit und der Vereinfachung ist der Ansatz des gemeinen Werts ohne Berücksichtigung der steuerlichen Behandlung im Ausland zu begrüßen. Setzt der ausländische Staat das Wirtschaftsgut bei Überführung mit einem geringeren Wert als dem gemeinen Wert an, ergibt sich für den Steuerpflichtigen insoweit ein Vorteil. Er kann den Differenzbetrag als steuerfreien *step up* erzielen. Andererseits besteht auch die Gefahr der Doppelbesteuerung, wenn der ausländische Staat das Wirtschaftsgut bei Überführung mit einem höheren Wert als dem (deutschen) gemeinen Wert ansetzt.

## 2. Zulässigkeit von Nutzungseinlagen nach Wegfall des Klammerzusatzes in § 4 Abs. 1 Satz 8, 1. HS EStG-E ?

Weitgehend unbeachtet geblieben und auch nicht im Rahmen der Gesetzesbegründung thematisiert ist der Wegfall des Klammerzusatzes „(Bareinzahlungen und sonstige Wirtschaftsgüter)“ in der Einlagendefinition gem. § 4 Abs. 1 Satz 8, 1. HS EStG-E (zur Zeit noch § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG). *Hruschka*<sup>75</sup> folgert hieraus, dass künftig Nutzungsvorteile einlagefähig seien, weil der Begriff des Wirtschaftsguts in § 4 Abs. 1 Satz 8, 1. HS EStG-E künftig so zu verstehen sei, wie er im Klammerzusatz des § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG „(Barentnahmen, Waren, Erzeugnisse, Nutzungen und Leistungen)“ definiert sei. Danach sei künftig insbesondere auch Dritt- aufwand abziehbar.<sup>76</sup> Diese Ansicht kann u. E. zum einen deshalb nicht überzeugen, weil durch die Verwendung des Begriffs „sonstige Wirtschaftsgüter“ (wie definiert in § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG) im Klammerzusatz des § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG der Nutzungsvorteil bereits nach derzeitiger Gesetzesfassung vom Begriff des Wirtschaftsguts in § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG erfasst wird und daher hätte

71 Nach BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6), Ziff. 2.6.2. behandelt die Finanzverwaltung die Rückführung derzeit als rückwirkendes Ereignis i. S. v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.

72 *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, § 4 Rdnr. 360 „Ausland“; *Hoffmann*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4 Rdnr. 280 „Ausland“; *Wassermeyer*, in: Debatin/Wassermeyer, DBA, Art. 7 MA Rdnr. 258; einschränkend auf den Fall des Freistellungs-DBA: *Plückerbaum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 286; vgl. auch FG Düsseldorf, 30. 1. 1986 (Fn. 68).

73 BMF, 24. 12. 1999 (Fn. 6), Ziff. 2.6.2.

74 Gesetzesbegründung, S. 43.

75 StuB 2006, 584, 589.

76 StuB 2006, 584, 589.

einlagefähig sein müssen.<sup>77</sup> Zum anderen hat der BFH entschieden, dass die Klammerzusätze des § 4 Abs. 1 EStG nicht rechtsbegründend sind und – lösgelöst von den Klammerzusätzen – nur bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter (d.h. nicht bloße Nutzungen) einlagefähig sind.<sup>78</sup> Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es bei der Nutzungsentnahme in § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG in der Sache nicht um die Entnahme von Nutzungsvorteilen, sondern darum geht, durch außerbilanzielle Korrektur zu verhindern, dass der Steuerpflichtige nicht betrieblich veranlasste Aufwendungen gewinnmindernd geltend macht. Mit anderen Worten: Es handelt sich bei Nutzungsentnahmen nicht um Nutzungsvorteilsentnahmen, sondern um Aufwendungsentnahmen.<sup>79</sup> Diese Überlegungen sind korrespondierend auch bei der Beurteilung von einlagefähigen Wirtschaftsgütern zu berücksichtigen. Einlagefähig sind daher allenfalls Nutzungsaufwendungen des Überlassenden und nicht die Nutzungsvorteile des Nutzenden als solche.<sup>80</sup> Die Nutzung von eigenen betriebsfremden Wirtschaftsgütern<sup>81</sup> ist als einlagefähig anerkannt, nämlich als sog. Aufwandseinlage.<sup>82</sup> Dagegen ist die Nutzung fremden Vermögens im Grundsatz nicht einlagefähig, weil es sich um sog. Drittaufwand handelt.<sup>83</sup> Durch den Wegfall des Klammerzusatzes in § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG wird sich u. E. daran aber auch nach dem SEStEG nichts ändern.

### 3. Keine Nutzungseinlage bei Begründung des deutschen Besteuerungsrechts nach § 4 Abs. 1 Satz 8, 2. HS EStG-E

Im Gegensatz zu § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E umfasst § 4 Abs. 1 Satz 8 EStG-E nicht den Fall der Begründung eines Besteuerungsrechts hinsichtlich der Nutzungen eines Wirtschaftsguts, so dass die Nutzung eines einer ausländischen Betriebsstätte zugeordneten Wirtschaftsguts durch das inländische Stammhaus nicht zu einer Nutzungseinlage im Inland führt.<sup>84</sup> Dies stimmt mit der Dogmatik im geltenden Einkommensteuerrecht überein, nach der Nutzungen grundsätzlich nicht einlagefähig sind.<sup>85</sup> Insoweit bleibt es hier bei der bestehenden Rechtslage, wonach bei der veranlassungsgerechten Zuordnung von Nutzungen zwischen Betriebsstätten und zwischen Betriebsstätten und Stammhaus von den Selbstkosten auszugehen ist.<sup>86</sup>

## IV. Sonstige Änderungen im EStG sowie Anwendungs- und Übergangsregelungen

### 1. Rückwirkende Anwendung der Entstrickungs- und Verstrickungsregelungen zum 1. 1. 2006

Nach § 52 Abs. 8b und Abs. 16a EStG-E sollen die neuen Regelungen zur Entstrickung und Verstrickung erstmals für nach dem

77 *Frye*, FR 1998, 973, 976; *Plückerbaum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 225, 293; a. A. *Frotscher*, EStG, § Rdnr. 201, 203.

78 BFH, 26. 10. 1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, 352, BB 1988, 535. Ebenso H 4.2 „Nutzungsrechte/Nutzungsvorteile“ und H 4.3. „Nutzungsrechte/Nutzungsvorteile“ EStR 2005; *Stöcker*, in: Korn, EStG, § 4 Rdnr. 299.2., 300.

79 *Beiser*, DB 2003, 15, 16; vgl. auch *Wacker*, in: Blümich, EStG, § 4 Rdnr. 206 „Nutzungen/NutzungsR“.

80 *Beiser*, DB 2003, 15; *ders.*, DStR 1995, 635; vgl. auch *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, § 4 Rdnr. 307; *Hoffmann*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, § 4 Rdnr. 271.

81 Z. B. wenn der steuerpflichtige Einzelunternehmer ein ihm gehörendes und dem Privatvermögen zugeordnetes Wirtschaftsgut betrieblich nutzt.

82 BFH, 26. 10. 1987 (Fn. 78), 353; *Crezelius*, in: Kirchhof, EStG, § 4 Rdnr. 102; *Wacker*, in: Blümich, EStG, § 4 Rdnr. 206 „Aufwandeinlage“; *Plückerbaum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 4 Rdnr. B 310; *Stöcker*, in: Korn, EStG, § 4 Rdnr. 300.3.

83 Einlagefähig sind dagegen Nutzungsrechte, d. h. dingliche und obligatorische Ansprüche auf Nutzungsgewährung aufgrund gesicherter Rechtsposition. Vgl. *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, § 4 Rdnr. 304.

84 *Hruschka*, StuB 2006, 584, 590.

85 BFH, 26. 10. 1987 (Fn. 78); BFH, 20. 9. 1990 – IV R 300/84, BStBl. II 1991, 82, 83, BB 1991, 322; *Wacker*, in: Blümich, EStG, § 4 Rdnr. 206 „Nutzungen/NutzungsR“.

86 S. o. III.1; vgl. *Hruschka*, StuB 2006, 590.

31. 12. 2005 endende Wirtschaftsjahre anzuwenden sein. Das bedeutet, dass – verfassungsrechtlich fragwürdig – von der Neuregelung auch sämtliche Vorgänge in 2006 betroffen sind, die vor der Verkündung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt stattgefunden haben. Bei abweichendem Wirtschaftsjahr sind ggf. Vorgänge des Jahres 2005 betroffen.

## **2. § 52 Abs. 3 Satz 5 EStG-E**

§ 52 Abs. 3 Satz 5 EStG-E sieht eine Erweiterung der Nachversteuerungsregelung für die Altfälle des § 2a Abs. 3, 4 EStG vor. Auch im Wegzugsfall soll die Nachversteuerung der vorher zum Abzug zugelassenen ausländischen Betriebsstättenverluste vorgenommen werden.

## **3. Sonstige Änderungen**

### **a) § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a Satz 3 EStG-E**

Wie bei der Wertaufholung nach einer früheren voll steuerwirksamen Teilwertabschreibung soll das Halbeinkünfteverfahren bei Veräußerungsgewinnen aus Beteiligungen auch dann nicht gelten, soweit in den früheren Jahren (vor der zeitlichen Geltung des Halbeinkünfteverfahrens) ein voll steuerwirksamer Abzug nach § 6b EStG oder hiermit vergleichbare Abzüge vorgenommen worden sind.

### **b) Anpassung infolge der Neukonzeption des Einbringungsteils des UmwStG**

Im Zuge der Neukonzeption des Einbringungsteils des UmwStG wurden § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG sowie § 6b Abs. 10 Satz 11 EStG aufgehoben. § 20 Abs. 1 Nr. 10 Buchst. b Satz 1 EStG-E und § 44 Abs. 6 Sätze 2 und 5 EStG-E stellen redaktionelle Anpassungen in diesem Zusammenhang dar. § 52 Abs. 4b Satz 2 EStG-E normiert die Übergangsregelung für alte einbringungsgeborene Anteile und § 52 Abs. 18b EStG-E regelt den zeitlichen Anwendungsbereich des alten § 6b Abs. 10 Satz 11 EStG.

### **c) § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 4 EStG-E**

Infolge der Einführung von § 6 Abs. 5a EStG-E wurden § 6 Abs. 2 Sätze 1 und 4 EStG-E redaktionell angepasst.

### **d) Änderungen des § 17 EStG, § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 EStG-E**

Die Änderung des § 17 EStG hat Auswirkungen auf Anteilseignerebene in den Fällen des „Wegzugs“ von Kapitalgesellschaften.<sup>87</sup> Daneben werden Verstrickungsregelungen bei Beteiligungen im Rahmen von § 6 AStG geregelt.<sup>88</sup> Infolge der Änderung des § 17 EStG wurde auch § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 EStG angepasst.

### **e) § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG-E, § 49 Abs. 1 Nr. 2f EStG-E**

Im Zuge der Änderungen von §§ 27, 28 KStG wurde auch § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG redaktionell angepasst. Das Gleiche gilt für § 49 Abs. 1 Nr. 2f EStG wegen der Änderung von § 8 Abs. 2 KStG.

## **V. Zusammenfassung**

Die Einführung des neuen Entstrickungstatbestandes „Ausschluss und Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts“ führt zu weitreichenden Verschärfungen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Überführungen von Wirtschaftsgütern in ausländische Betriebsstätten in einem Staat mit Freistellungs-DBA sind künftig mit dem gemeinen Wert anzusetzen und haben die sofortige Versteuerung der bisher entstanden stillen Reserven zur Folge. Die bislang von der Finanzverwaltung praktizierte aufgeschobene Be-

<sup>87</sup> Hierzu *Blumenberg/Lechner*, ■ [dieser Beilage].

<sup>88</sup> Hierzu *Lausterer*, ■ [dieser Beilage].

steuerung auf Grundlage des Fremdvergleichspreises ist damit hinfällig. Anders als bisher gilt der Entstrickungstatbestand auch im Fall der Überführung eines Wirtschaftsguts in eine Betriebsstätte in einem Land mit Anrechnungsmethode. Das EStG wird künftig zwei verschiedene Entnahmen unterscheiden: Privatentnahmen erfolgen unverändert zum Teilwert; fiktive „Entstrickungsentnahmen“ werden dagegen zum gemeinen Wert erfasst. Auch Nutzungsüberlassungen von dem inländischen Betrieb zugeordneten Wirtschaftsgütern an ausländische Betriebsstätten sind künftig mit dem gemeinen Wert und nicht mehr mit den Selbstkosten zu bewerten. Aus dem Wegfall des Klammerzusatzes in § 4 Abs. 1 Satz 8, 1. HS EStG-E (früher § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG) resultiert u.E. nicht die Zulässigkeit von Nutzungseinlagen und steuerlich abziehbarem Drittaufwand. Zu begrüßen ist der Ansatz der Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert im Verstrickungsfall. Im Übrigen rufen die Neuregelungen eine Reihe von noch zu klärenden Rechtsfragen hervor. Fraglich ist insbesondere, ob es bei der Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts auf die abstrakte Gefährdung oder auf eine tatsächliche Beschränkung ankommt. Unklar ist darüber hinaus das Verhältnis von § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E zu § 6 Abs. 5 EStG sowie die Frage, ob die Verlegung einer Betriebsstätte ins Ausland als Betriebsaufgabe zu behandeln ist. Die Sofortbesteuerung im betrieblichen Bereich wird europarechtlich nicht standhalten.

**Einkommensteuer**

SEStEG, Entstrickung, Verstrickung

**SEStEG**

Entstrickung, Verstrickung, ESt

**Entstrickung**

Verstrickung, SEStEG, ESt

**Verstrickung**

Entstrickung, SEStEG, ESt

Andreas Schafitzl, Steuerberater, und Dr. Gerhard Widmayer, Steuerberater, München\*

# Die Besteuerung von Umwandlungen nach dem Regierungsentwurf des SEStEG

Durch das SEStEG soll das UmwStG grundlegend geändert werden. Bestimmte grenzüberschreitende Umwandlungen sollen zukünftig erstmals steuerneutral möglich werden. Aber auch bei rein nationalen Umwandlungen ergeben sich eine Vielzahl von Änderungen. Gegenstand des Beitrags sind die Auswirkungen nach SEStEG auf die durch die §§ 1 bis 19 UmwStG geregelten Umwandlungen, d.h. insbesondere die Verschmelzung, die Ab- und Aufspaltung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft bzw. auf eine andere Körperschaft sowie der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft.

## I. Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (§ 1 UmwStG-E<sup>1</sup>)

### 1. Europarechtliche Vorgaben

Das gegenwärtig geltende UmwStG erfasst im Wesentlichen nur innerstaatliche Umwandlungen auf deutscher gesellschaftsrechtlicher Grundlage (insbesondere nach dem UmwG) und übertragendem und übernehmendem Rechtsträger mit Sitz und Geschäftsleitung in Deutschland. Diese Grundstruktur des deutschen UmwStG ist seit seiner Einführung im Wesentlichen beibehalten worden. Europarechtliche Vorgaben haben das UmwStG bisher lediglich in geringem Umfang beeinflusst. Zwar wurde bereits 1990 die sog. steuerliche Fusionsrichtlinie verabschiedet. Die Umsetzung in nationales Recht wurde jedoch mangels gesellschaftsrechtlicher Grundlage für die darin erfassten Umstrukturierungen weitgehend aufgeschoben. Eine Ausnahme bilden lediglich die Regelungen über die grenzüberschreitende Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben oder (mehrheitsvermittelnden oder -verstärkenden) Anteilen an Kapitalgesellschaften, die mit § 23 UmwStG in nationales Recht umgesetzt wurden.

Zwischenzeitlich zwingen sekundäres, aber auch primäres Gemeinschaftsrecht<sup>2</sup> den deutschen Steuergesetzgeber zu strukturellen Änderungen des UmwStG. Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts ergeben sich insbesondere aus folgenden EG-Richtlinien und EG-Verordnungen:

- Die Richtlinie 90/434/EWG des Rates v. 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (nachfolgend: „FusionsRL“),

\* Andreas Schafitzl ist Partner und Dr. Gerhard Widmayer ist Managing Associate bei der Sozietät Linklaters.

1 Die Einzelgesetze in der Fassung des Entwurfs eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BR-Drs. 542/06 vom 11. 8. 2006 (nachfolgend kurz „SEStEG“) werden nachfolgend mit dem Zusatz „-E“ bezeichnet.

2 Vgl. zu den sich aus dem primären Gemeinschaftsrecht ergebenden Auswirkungen zuletzt EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-411/03, SEVIC, ABl. EU 2006, Nr. C 36, 5, BB 2006, 11; Sedmund, BB 2006, 519.

- die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (nachfolgend: „SE Verordnung“),
- die Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) (nachfolgend: „SCE Verordnung“),
- die Richtlinie 2005/19/EG des Rates v. 17. 2. 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensanteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (nachfolgend: „ÄnderungsRL“),
- die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 12. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

Der Anwendungsbereich des UmwStG muss deshalb insbesondere in zweierlei Hinsicht erweitert werden:

- Die SE und die SCE müssen in den Kreis der übertragenden oder übernehmenden Rechtsträger aufgenommen werden, und
- die Gruppe der übertragenden und übernehmenden Rechtsträger muss auf Gesellschaften bzw. natürliche Personen, die im EU/EWR Raum ansässig sind, ausgedehnt werden.

## 2. Erweiterter Anwendungsbereich

Entsprechend den europarechtlichen Vorgaben soll § 1 UmwStG völlig neu gefasst werden. § 1 Abs. 1 und 2 UmwStG-E regeln den Anwendungsbereich des UmwStG für bestimmte gesellschaftsrechtliche Umwandlungsvorgänge (Verschmelzung, Spaltung [Aufspaltung, Abspaltung – nicht jedoch Ausgliederung], Formwechsel und Vermögensübertragung).

Der 2. bis 5. Teil des UmwStG (§§ 3–19 UmwStG-E) gilt – wie bisher – für Verschmelzungen, Aufspaltungen und Abspaltungen (nicht für Ausgliederungen) von Körperschaften, für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft, Umwandlungen i.S.v. § 1 Abs. 2 UmwStG-E sowie für Vermögensübertragungen, jeweils nach deutschem UmwStG.

Darüber hinaus gelten die §§ 3–19 UmwStG-E nunmehr auch für Umwandlungen

- auf Grund vergleichbarer ausländischer Vorschriften oder
- auf Grund vergleichbarer Vorschriften in Verordnungen der Europäischen Union.

Nach der Gesetzesbegründung umfasst die Vergleichbarkeitsprüfung für die Regelung des ausländischen Umwandlungsrechts sowohl die Rechtsfolgen des Umwandlungsvorgangs (z.B. Auflösung ohne Abwicklung, Gesamtrechtsnachfolge) als auch die beteiligten Rechtsträger (Typenvergleich). Zu berücksichtigen seien auch Regelungen zu baren Zuzahlungen.

Vergleichbare Vorschriften in den Verordnungen der Europäischen Union sind derzeit nur in der SE Verordnung sowie in der SCE Verordnung zur Gründung einer europäischen Gesellschaft bzw. einer europäischen Genossenschaft enthalten.

Die §§ 3–19 UmwStG-E sind aber nur anwendbar, wenn

- beim Formwechsel der umzuwandelnde Rechtsträger eine EU/EWR Gesellschaft ist oder bei anderen Umwandlungen die übertragenden und die übernehmenden Rechtsträger EU/EWR Gesellschaften sind. Es muss sich um nach den Rechtsvorschriften eines EU/EWR Staats gegründete Gesellschaften i.S.d. Art. 48 EG-Vertrag bzw. Art. 34 des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum gegründete Gesellschaften handeln, deren Sitz



und Ort der Geschäftsleitung im Zeitpunkt der Umwandlung sich in einem EU/EWR Staat befindet (nachfolgend: „EU/EWR Gesellschaft“). Als Gesellschaften i. S. d. Art. 48 des EG-Vertrages gelten alle Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Gleiches gilt für den wortgleich aus dem EG-Vertrag übernommenen Art. 34 des EWR Abkommens. Nach der Gesetzesbegründung müssen der Gründungsstaat und der Sitzstaat der Gesellschaft nicht identisch sein, oder

- übertragender Rechtsträger eine EU/EWR Gesellschaft und übernehmender Rechtsträger eine natürliche Person ist, deren Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt sich innerhalb des Hoheitsgebiets eines EU/EWR Staats befindet und die nicht aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens mit einem Drittstaat als außerhalb der EU/EWR ansässig angesehen wird (nachfolgend: „EU/EWR Ansässiger“).

Neu geregelt ist darüber hinaus in § 1 Abs. 3 und 4 UmwStG-E der Anwendungsbereich des 6. bis 8. Teils des UmwStG (§§ 20–25 UmwStG-E) betreffend

- Verschmelzung, Aufspaltung und Abspaltung von Personengesellschaften,
- Ausgliederung von Vermögensteilen auf Kapital- oder Personengesellschaften,
- Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft,

jeweils nach den Vorschriften des UmwG oder auf Grund vergleichbarer ausländischer Vorschriften. Der 6. bis 8. Teil des UmwStG soll auch gelten für

- die Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapital- oder Personengesellschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge und
- für den Austausch von Anteilen.

Einschränkend setzt die Anwendung der §§ 20–25 UmwStG-E jedoch wiederum voraus, dass es sich bei den beteiligten Rechtsträgern um EU/EWR Gesellschaften handelt. In Einbringungsfällen müssen einbringender und übernehmender Rechtsträger diese Voraussetzung erfüllen bzw. es muss sich um einen EU/EWR Ansässigen handeln. Der Anteilstausch fällt nur dann unter das UmwStG, wenn der erworbene Rechtsträger (weggetauschte Anteile) und der erwerbende Rechtsträger (eingetauschte Anteile) Gesellschaften eines EU bzw. EWR Staates in obigem Sinne sind.

Sofern es sich bei dem umzuwandelnden, übertragenden oder einbringenden Rechtsträger um eine Personengesellschaft handelt (z. B. Verschmelzung einer deutschen Personengesellschaft auf eine deutsche Kapitalgesellschaft), soll für die Anwendung des UmwStG zusätzlich auf den unmittelbar oder mittelbar über eine oder mehrere Personengesellschaften beteiligten Gesellschafter abzustellen sein. Das UmwStG soll nicht anzuwenden sein, sofern der Gesellschafter als Körperschaft, Personenvereinigung, Vermögensmasse oder natürliche Person nicht die Voraussetzungen als EU/EWR Gesellschaft bzw. EU Ansässiger erfüllt. Diese Forderung erscheint in den Fällen überzogen, in denen das deutsche Besteuerungsrecht durch die Umstrukturierung nicht eingeschränkt wird.

**Beispiel:** Der in der Schweiz lebende A ist als Kommanditist an zwei operativ tätigen deutschen Personengesellschaften beteiligt. Im Rahmen einer Restrukturierung kommt es zu einer Verschmelzung der beiden Personengesellschaften. Die Verschmelzung führt nicht zu einer Einschränkung des deutschen Besteuerungsrechts. Auch nach der Umwandlung unterliegt A mit seinem laufenden Gewinnanteil wie auch mit einem Veräußerungsgewinn der beschränkten deutschen Steuerpflicht. Gleichwohl soll die Ver-

schmelzung nicht als steuerneutrale Einbringung i. S. v. § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E behandelt werden können. Dies erscheint wenig verständlich; es bleibt zu hoffen, dass eine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereiches des UmwStG-E erfolgt.

Im Ergebnis ist der Anwendungsbereich des UmwStG-E auf Umwandlungen im EU/EWR Raum beschränkt, obwohl die Ausdehnung auf Umwandlungen nach vergleichbaren ausländischen Vorschriften zuerst auf eine weltweite Anwendung hindeutet. Ausgenommen hiervon ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E explizit lediglich § 13 UmwStG-E, der die steuerliche Behandlung des Anteilseigners bei einer Umwandlung einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft regelt. Die Behandlung eines deutschen Anteilseigners unterliegt somit unter den in § 13 UmwStG-E geregelten Voraussetzungen auch dann dem UmwStG, wenn übertragende Körperschaft bzw. übernehmende Körperschaft oder beide Rechtsträger in einem Drittstaat ansässig sind.

### 3. Begriffsbestimmungen

In § 1 Abs. 5 UmwStG-E werden die Fusionsrichtlinie, die SE Verordnung und die SCE Verordnung sowie der Begriff „Buchwert“ wegen der besseren Zitierfähigkeit – so die Gesetzesbegründung – definiert. Maßgebend ist dabei die zum Zeitpunkt des steuerlichen Übertragungstichtags geltende Fassung der Fusionsrichtlinie, der SE Verordnung und der SCE Verordnung.

Buchwert ist der Wert, der sich nach steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung in einer für den steuerlichen Übertragungstichtag aufzustellenden Steuerbilanz ergibt oder ergäbe.

## II. Steuerliche Rückwirkung (§ 2 UmwStG-E)

### 1. Steuerliche Rückwirkung im Grundsatz unverändert

§ 2 UmwStG-E behandelt – wie bisher – die steuerliche Rückbeziehung von Umwandlungsvorgängen, die steuerlich in den §§ 3 – 19 UmwStG-E geregelt werden, also insbesondere

- die Verschmelzung, Abspaltung oder Aufspaltung einer Kapitalgesellschaft bei einer Personengesellschaft als übernehmendem Rechtsträger und
- die Verschmelzung, Abspaltung oder Aufspaltung einer Kapitalgesellschaft bei einer Kapitalgesellschaft als übernehmendem Rechtsträger.

Die Rückbeziehung des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ergibt sich aus § 9 Satz 3 UmwStG-E (bisher § 14 Satz 3 UmwStG<sup>3</sup>).

Das Konzept der steuerlichen Rückbeziehung bleibt grundsätzlich unverändert:

- Das Einkommen und das Vermögen der übertragenden Körperschaft sowie des übernehmenden Rechtsträgers sind so zu ermitteln, als ob das Vermögen der Körperschaft mit Ablauf des steuerlichen Übertragungstichtags ganz oder teilweise auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen wäre.
- Der steuerliche Übertragungstichtag ist dabei stets der Tag, der dem handelsrechtlichen Umwandlungstichtag (also dem Zeitpunkt, von dem an die Handlungen des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten, vgl. z. B. § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) unmittelbar vorausgeht. Der steuerliche Übertragungstichtag ist damit letztlich mit dem Tag identisch, auf den die handelsrechtliche Schlussbilanz aufgestellt wird, die der Anmeldung der Umwandlung beim Handelsregister beigefügt wird.<sup>4</sup> Die beigefügte

3 Vgl. unten III.3.

Schlussbilanz darf dabei höchstens auf einen acht Monate vor der Handelsregisteranmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden sein (§ 17 Abs. 2 UmwG).

Steuerlich ist damit wie bisher eine bis zu achtmonatige Rückbeziehung der Umwandlung zulässig. Allerdings soll § 2 UmwStG-E durch einen neuen Abs. 3 ergänzt werden, der die Zulässigkeit der Rückwirkung bei bestimmten grenzüberschreitenden Umwandlungen beschränkt.

## 2. Mögliche Besteuerungskonflikte bei grenzüberschreitenden Umwandlungen

Die Regelungen zur steuerlichen Rückbeziehung von Umwandlungsvorgängen sind in den einzelnen Staaten unterschiedlich ausgestaltet. Damit sind bei grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen Doppelbesteuerungen aber auch das Entstehen von weißen Einkünften zumindest theoretisch denkbar.

### Beispiel 1: Lizenzeinnahmen

Die deutsche A-GmbH soll in 2006 auf die im EU Ausland ansässige B-Corp. verschmolzen werden. Übertragungsstichtag ist aus deutscher steuerlicher Sicht der 31. 12. 2005. Im Ansässigkeitsstaat der B-Corp. gibt es keine steuerrechtliche Rückwirkung. Die Verschmelzung wird dort mit der zivilrechtlichen Wirksamkeit auch steuerrechtlich wirksam, z. B. zum 1. 10. 2006. Die A-GmbH erzielt v. 1. 1. 2006 bis 1. 10. 2006 Lizenzeinnahmen iHv. EUR 1 Mio. Nach der Verschmelzung verbleibt in Deutschland keine Betriebsstätte.

Die Lizenzeinnahmen werden – vorbehaltlich des § 2 Abs. 3 UmwStG-E – weder in Deutschland noch im Ansässigkeitsstaat der B-Corp. besteuert. Es entstehen weiße Einkünfte.

Erzielt statt der A-GmbH die B-Corp. die Lizenzeinnahmen und wird die B-Corp. auf die A-GmbH verschmolzen, werden diese Lizenzeinnahmen – als steuerlicher Übertragungsstichtag aus deutscher steuerlicher Sicht wiederum der 31. 12. 2005 bzw. aus Sicht des EU-Auslands der 1. 10. 2006 unterstellt – doppelt besteuert.

### Beispiel 2: Konzerninterne Darlehen

Die M-Corp. hält alle Anteile an der deutschen T-GmbH. Die M-Corp. hat der T-GmbH ein verzinsliches Darlehen gewährt. Die T-GmbH wird aus deutscher steuerlicher Sicht mit Ablauf des 31. 12. 2005 (= steuerlicher Übertragungsstichtag) auf die M-Corp. verschmolzen. Das ausländische Recht kennt keine steuerliche Rückwirkung, die Verschmelzung wird im Ausland zum 1. 10. 2006 steuerrechtlich wirksam. Die T-GmbH wird nach der Verschmelzung als Betriebsstätte geführt.

Selbst wenn das ausländische Steuerrecht grundsätzlich Darlehensbeziehungen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte ebenfalls nicht anerkennt, werden die Zinsen für den Zeitraum 1. 1. 2006 bis 1. 10. 2006 wirtschaftlich doppelt besteuert, da sie in Deutschland steuerrechtlich nicht abgezogen werden können, gleichwohl aber im Ansässigkeitsstaat der M-Corp. versteuert werden müssen.

Ist aus deutscher steuerlicher Sicht der steuerliche Übertragungsstichtag für einen ausländischen Rechtsträger zu bestimmen, soll es auf den Stichtag der Bilanz nach ausländischem Gesellschaftsrecht ankommen. Dabei soll das Recht des Staates, in dem der übertragende Rechtsträger ansässig ist, maßgeblich sein.<sup>5</sup>

### Beispiel 3: Auslandsverschmelzung

Eine im EU-Ausland ansässige Kapitalgesellschaft mit deutscher Betriebsstätte wird auf eine im selben Staat ansässige transparente Personengesellschaft verschmolzen. ■Ende Bsp.?

U.E. ist die Gesetzesbegründung zu § 2 UmwStG-E so zu verstehen, dass es für den steuerlichen Übertragungsstichtag aus deutscher steuerlicher Sicht auf den Stichtag der Bilanz der übertragenden Körperschaft nach ausländischem Gesellschaftsrecht an-

<sup>4</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 – IV B 2 – S 1909 – 33/98, BStBl. I 1998, 268, Tz. 02.2. f.

<sup>5</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 2 UmwStG-E.

kommt. Im vorliegenden Beispiel wäre die Bestimmung des steuerlichen Übertragungstichtages für die Frage von Bedeutung, bis zu welchem Zeitpunkt die Betriebstätteneinkünfte aus deutscher steuerlicher Sicht noch der übertragenden Kapitalgesellschaft bzw. bereits den Gesellschaftern der übernehmenden Personengesellschaft zuzurechnen sind, ggf. mit Auswirkungen z. B. für den anzuwendenden Steuersatz oder das anzuwendende DBA.

### 3. Beschränkung der Rückwirkung durch § 2 Abs. 3 UmwStG-E

Nach § 2 Abs. 3 UmwStG-E sind § 2 Abs. 1 und 2 UmwStG-E – d. h. die Regelungen zur steuerlichen Rückwirkung – nicht anzuwenden, „soweit Einkünfte auf Grund abweichender Regelungen zur Rückbeziehung eines im § 1 Abs. 1 bezeichneten Vorgangs in einem anderen Staat der Besteuerung entzogen werden“.

Obgleich der Wunsch des Gesetzgebers verständlich ist, auf Grund von unterschiedlichen Regelungen der steuerlichen Rückwirkung entstehende weiße Einkünfte zu vermeiden, ist die konkrete Ausgestaltung von § 2 Abs. 3 UmwStG-E aus mehreren Gründen problematisch:

U.E. bezieht sich der Satzteil „in einem anderen Staat“ auf die „abweichenden Regelungen zur Rückbeziehung“ und nicht auf „der Besteuerung entzogen werden“. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch § 2 Abs. 3 UmwStG-E weiße Einkünfte, d. h. in keinem der Staaten besteuerte Einkünfte vermieden werden. Eine Nichtbesteuerung nur im anderen Staat ist hierfür nicht ausreichend. Es wäre wünschenswert, wenn der Wortlaut des § 2 Abs. 3 UmwStG-E insoweit klargestellt werden würde.

U.E. ist § 2 Abs. 3 UmwStG-E dahingehend zu verstehen, dass die Rückwirkung nur versagt wird, soweit weiße Einkünfte entstehen. Im Übrigen sollte deshalb die Rückwirkung anwendbar sein. Vor dem Hintergrund, dass mit Hilfe der Rückwirkung regelmäßig auf die letzte Jahresbilanz zurückgegriffen wird, um auf die Erstellung eines Zwischenabschlusses zu verzichten, wäre somit der übertragende Rechtsträger auch bei einer Versagung der Rückwirkung für einzelne Geschäftsvorfälle nicht gezwungen, eine Zwischenbilanz aufzustellen.

Letztlich sind aber die Rechtsfolgen für die Wirtschaftsgüter, deren Übergang auf den übernehmenden Rechtsträger nach § 2 Abs. 3 UmwStG-E nicht zurückbezogen werden kann, unklar. Spätester Zeitpunkt für deren Übergang wäre die zivilrechtliche Wirksamkeit der Umwandlung, also die Eintragung im öffentlichen Register (vgl. z. B. § 20 UmwG). Fraglich ist aber, ob – falls die Voraussetzungen hierfür vorliegen – ein vorheriger Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der Wirtschaftsgüter nach den vom IDW aufgestellten Voraussetzungen in der Handelsbilanz auch steuerlich im Rahmen des § 2 Abs. 3 UmwStG-E anzuerkennen wäre.<sup>6</sup>

Wie in Beispiel 1 und 2 dargestellt, können durch die verschiedenen Rückbeziehungsvorschriften nicht nur weiße Einkünfte, sondern auch Doppelbesteuerungen entstehen. Hier hilft § 2 Abs. 3 UmwStG-E bisher nicht weiter. U.E. besteht insoweit Regelungsbedarf.

<sup>6</sup> Vgl. ausführlich IDW, Stellungnahme HFA 2/1997, WPg 1997, 235 (236 f.).

### III. Verschmelzung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft und Formwechsel in eine Personengesellschaft (§§ 3-10 UmwStG-E)

#### 1. Auswirkungen auf Ebene der übertragenden Körperschaft

##### a) Bewertung in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft

###### aa) Grundsatz: Ansatz zum gemeinen Wert

Die übertragende Körperschaft hat – wie bisher – eine steuerliche Schlussbilanz zu erstellen. Darin sind die übergehenden Wirtschaftsgüter grundsätzlich mit ihrem gemeinen Wert anzusetzen (§ 3 Abs. 1 UmwStG-E). Es kommt zu einer steuerpflichtigen Realisierung stiller Reserven, soweit keine Befreiungsvorschriften wie z.B. § 8b Abs. 2 KStG im Hinblick auf Anteile an Tochterkapitalgesellschaften oder die Freistellung von ausländischen Betriebsstätten einkünften bzw. -veräußerungsgewinnen nach DBA zur Anwendung kommen. Der Ansatz der Wirtschaftsgüter zum Buchwert oder zu einem Zwischenwert ist zukünftig gem. § 3 Abs. 2 UmwStG-E lediglich auf Antrag unter bestimmten weiteren Voraussetzungen möglich.<sup>7</sup>

Im Fall des § 3 Abs. 1 UmwStG-E sind alle Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Dies schließt auch nicht entgeltlich erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter ein.<sup>8</sup> Davon wäre insbesondere ein originärer Firmenwert erfasst.<sup>9</sup> Lediglich Pensionsrückstellungen sind nach § 3 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E mit dem Wert nach § 6a EStG anzusetzen. Da der Wert nach § 6a EStG regelmäßig nicht den tatsächlichen Wert der Pensionsverpflichtung widerspiegelt,<sup>10</sup> würde andernfalls bei einer Bewertung der Pensionsverpflichtung in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft zum gemeinen Wert steuerlich regelmäßig Aufwand entstehen. Sind in den Pensionsverpflichtungen solche stille Lasten enthalten, die in der steuerlichen Übertragungsbilanz nicht durch den Ansatz des gemeinen Werts ausgewiesen werden dürfen, dann müsste u. E. ein vorhandener originärer Firmenwert zumindest nur um den um die stillen Lasten verminderten Betrag zu aktivieren sein.

Nach bisher geltendem Recht besteht ein Wahlrecht, die übergehenden Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem Buchwert, einem Zwischenwert, höchstens aber mit dem Teilwert – nicht mit dem gemeinen Wert – anzusetzen (§ 3 Satz 1 und 4 UmwStG). Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde. Dabei ist die Fortführung des Unternehmens zu unterstellen (§ 10 Satz 2 und 3 BewG). Der gemeine Wert ist hingegen der Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 Abs. 2 BewG). Der gemeine Wert kann – in Abhängigkeit von der Art des zu bewertenden Wirtschaftsguts – höher oder niedriger als der Teilwert sein.<sup>11</sup> Die Gründe für den Wechsel des Bewertungsmaßstabes werden in der Gesetzesbegründung nicht dargelegt; die zukünftige Verwendung des gemeinen Werts mag jedoch vor dem Hintergrund der Europäisierung des Umwandlungssteuergesetzes durch eine Vereinheitlichung des Bewertungsmaßstabes für Umwandlungs-, Wegzugs- und Überführungsfälle veranlasst sein.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> S. dazu unten III.1. a) bb).

<sup>8</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1 UmwStG-E.

<sup>9</sup> Vgl. Förster/Felchner, DB 2006, 1072 (1072); Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian, GmbHR 2006, 623 (624). Für das gegenwärtig geltende Recht ebenso Schmitt, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 4. Aufl. 2006, § 3 UmwStG, Rdnr. 45; Widmann, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG, Rdnr. 307. A. A. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 03.7.

<sup>10</sup> Dies wird auch vom BFH so gesehen. Vgl. BFH, 15. 10. 1997 – I R 58/93, BStBl. II 1998, 305, BB 1998, 419.

<sup>11</sup> Vgl. dazu ausführlich Kaminski/Kessler/Märkle/Mössner/Offerhaus/Söffing, BB 2004, Beilage 3 zu Heft 24, 12–15.

## bb) Auf Antrag: Ansatz zum Buchwert oder Zwischenwert

Gemäß § 3 Abs. 2 UmwStG-E können auf Antrag die übergehenden Wirtschaftsgüter einheitlich mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert angesetzt werden, soweit

(1) sie Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft oder natürlichen Person werden und sichergestellt ist, dass sie später der Besteuerung mit Einkommen- oder Körperschaftsteuer unterliegen<sup>13</sup>, und

(2) das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei den Gesellschaftern der übernehmenden Personengesellschaft oder bei der natürlichen Person nicht beschränkt wird<sup>14</sup> und

(3) eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht.

Die übergehenden Wirtschaftsgüter müssen beim übernehmenden Rechtsträger einer Besteuerung mit inländischer oder ausländischer Einkommen- oder Körperschaftsteuer unterliegen. Ein Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter zum Buchwert oder zum Zwischenwert ist deshalb insbesondere dann nicht möglich, wenn der übernehmende Rechtsträger subjektiv steuerbefreit ist.<sup>15</sup>

Bei einer Personengesellschaft als übernehmendem Rechtsträger müssen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 UmwStG-E für jeden Gesellschafter der Personengesellschaft gesondert geprüft werden.<sup>16</sup> Soweit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 UmwStG-E Gesellschafter bezogen erfüllt sind, kann anteilig auch der Buchwert oder ein Zwischenwert der Wirtschaftsgüter angesetzt werden; im Übrigen ist anteilig der gemeine Wert anzusetzen.<sup>17</sup>

Der Antrag, die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert bzw. einem Zwischenwert anzusetzen, ist vom übertragenden Rechtsträger spätestens bis zur erstmaligen Einreichung der steuerlichen Schlussbilanz bei dem für die Besteuerung der übertragenen Körperschaft zuständigen Finanzamt zu stellen (§ 3 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E). Der Antrag ist für die Wirtschaftsgüter, die die aufgezählten Voraussetzungen erfüllen, einheitlich zu stellen. Durch das Einreichen der steuerlichen Schlussbilanz gilt der Antrag als gestellt.<sup>18</sup> Eine spätere Änderung erscheint nicht möglich.<sup>19</sup>

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E ist der Antrag, die übergehenden Wirtschaftsgüter zum Buchwert oder Zwischenwert anzusetzen, einheitlich zu stellen. Da es letztlich aber im Hinblick auf das Besteuerungsrecht Deutschlands verschiedene Gruppen von Wirtschaftsgütern gibt, kann ein einheitlicher Ansatz über alle Gruppen hinweg problematisch sein.

**Beispiel:** Inlandsverschmelzung mit Auslandsbezug

Eine deutsche GmbH mit Betriebsstätte im EU-Ausland (DBA mit Freistellungsmethode; für natürlichen Personen mit Progressionsvorbehalt) wird auf eine deutsche GmbH & Co. KG verschmolzen. Gesellschafter der GmbH & Co. KG sind ausschließlich in Deutschland ansässige natürliche Personen.

Nach dem Wortlaut erfüllt sowohl das deutsche Betriebsvermögen als auch das ausländische Betriebsstättenvermögen die Voraussetzungen des § 3

<sup>12</sup> So *Klingberg/van Lishaut*, Der Konzern, 2006, 698 (704).

<sup>13</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>14</sup> Siehe unten II.1. a) cc).

<sup>15</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>16</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>17</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E. Ebenso *Förster/Felchner*, DB 2006 1072 (1073); ebenso *Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian*, GmbHR 2006, 623 (625).

<sup>18</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>19</sup> Vgl. zur bisherigen Rechtslage BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 20.33; BFH, 25. 4. 2006 – VIII R 52/04, BB 2006, 1786 Ls, DStR 2006, 1408.

Abs. 2 UmwStG-E.<sup>20</sup> U. E. kann § 3 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E aber nicht so zu verstehen sein, dass – wenn Deutschland bisher am übergehenden ausländischen Betriebsvermögen kein Besteuerungsrecht hatte – das deutsche Betriebsvermögen nur dann mit dem Buchwert angesetzt werden kann, wenn auch das ausländische Betriebsstättenvermögen zum Buchwert angesetzt wird. Dies könnte im Hinblick auf den Progressionsvorbehalt bei einer späteren Veräußerung von Betriebsstättenvermögen nachteilig sein. Die im Zeitpunkt der Verschmelzung vorhandenen stillen Reserven im ausländischen Betriebsstättenvermögen werden für den Progressionsvorbehalt erstmalig in Deutschland steuerverstrickt. Diese Wirtschaftsgüter sind deshalb u. E. in analoger Anwendung der §§ 6 Abs. 1 Nr. 5 a i. V. m. 4 Abs. 1 Satz 8 EStG-E zwingend mit dem gemeinen Wert anzusetzen,<sup>21</sup> unabhängig davon können für das deutsche Betriebsvermögen die Buchwerte fortgeführt werden.

Das gleiche Problem stellt sich, wenn bei einer Verschmelzung einer ausländischen Körperschaft auf eine transparente Personengesellschaft bei einem in Deutschland ansässigen Gesellschafter die Doppelbesteuerung im Hinblick auf das übergehende ausländische Betriebsstättenvermögen im Wege der Anrechnungsmethode vermieden wird und so durch die Verschmelzung das ausländische Betriebsvermögen erstmals in Deutschland steuerverstrickt wird.

### cc) Keine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts

Die übergehenden Wirtschaftsgüter können in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft nur insoweit mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert angesetzt werden, als das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der übertragenen Wirtschaftsgüter nicht beschränkt wird. Der Frage der Beschränkung kommt deshalb bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen erhebliche Bedeutung zu.

- Eine Beschränkung des deutschen Besteuerungsrechts liegt z. B. dann vor, wenn vor der Umwandlung die Doppelbesteuerung aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens (Aktivitätsvorbehalt) oder einer vergleichbaren Regelung (§ 20 Abs. 2 AStG) durch Anrechnung und nach der Umwandlung beim übernehmenden Rechtsträger durch Freistellung vermieden wird.<sup>22</sup>
- Eine Beschränkung des Besteuerungsrechts setzt aber voraus, dass vor der Umwandlung ein Besteuerungsrecht bestanden hat. Ist Deutschland bereits bei der übertragenen Körperschaft an der Besteuerung der stillen Reserven (z. B. aufgrund eines DBAs mit Freistellungsmethode) gehindert, liegt keine Beschränkung des Besteuerungsrechts vor.
- Unklar ist, ob von einer Beschränkung des Besteuerungsrechts auszugehen ist, wenn nach der Umwandlung die Hinzurechnungsbesteuerung (§§ 7 ff. AStG) nicht mehr angewendet werden kann. Nach der Gesetzesbegründung zum Entwurf des SEStEG zum 19. 9. 2005 sollte insoweit keine Beschränkung des Besteuerungsrechts i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwStG-E vorliegen. In der jetzigen Fassung des Gesetzentwurfes ist dieser Hinweis nicht mehr in der Gesetzesbegründung enthalten.

Besondere Probleme können sich insbesondere im Zusammenhang mit der Zuordnung von Wirtschaftsgütern zum Stammhaus bzw. zur Betriebsstätte ergeben.<sup>23</sup>

### dd) Aufgabe des Maßgeblichkeitsgrundsatzes

Der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz soll bei Verschmelzungen einer Körperschaft auf eine

<sup>20</sup> Ebenso vgl. Förster/Felchner, DB 2006, 1072 (1077).

<sup>21</sup> Als Folge kann sich eine entsprechende Erhöhung des Übernahmegewinns i. S. v. § 4 Abs. 4 Satz 1 UmwStG-E ergeben. Nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf würde allerdings in solchen Fällen regelmäßig § 4 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E greifen, d. h. für Zwecke der Übernahmegewinnermittlung wären die übergehenden Wirtschaftsgüter unabhängig vom Wertansatz in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Vgl. dazu und zur insoweit vorgeschlagenen Stundungslösung unten III.2. c) bb).

<sup>22</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu den Beitrag von Blumenberg/LechnerXXXX [in diesem BB-Special].

Personengesellschaft zukünftig nicht mehr gelten.<sup>24</sup> Die Wertansätze in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft erfolgen unabhängig von den Wertansätzen in der Handelsbilanz. Nach Auffassung der Finanzverwaltung<sup>25</sup> kommt nach bisher geltendem Recht bei der Ausübung des Bewertungswahlrechts nach § 3 UmwStG der Maßgeblichkeitsgrundsatz zur Anwendung. Folgt man dieser Ansicht, läuft das steuerliche Bewertungswahlrecht im Ergebnis weitgehend leer. Schon bisher lehnt die Rechtsprechung<sup>26</sup> die bisherige Auffassung der Finanzverwaltung jedoch ab und folgt damit der wohl herrschenden Meinung in der Kommentarliteratur.<sup>27</sup> U.E. ist jedenfalls fraglich, ob sich insoweit durch das SEStEG tatsächlich eine neue Rechtslage ergibt.<sup>28</sup>

### ee) Zur Erstellung einer Schlussbilanz verpflichtete Körperschaften

Eine steuerliche Schlussbilanz i.S.d. § 3 UmwStG-E haben nunmehr nicht nur inländische, sondern auch ausländische Körperschaften zu erstellen, die vom sachlichen Anwendungsbereich des Umwandlungssteuergesetzes erfasst werden. Die Vorlage einer steuerlichen Schlussbilanz sei nur dann nicht erforderlich, wenn sie für inländische Besteuerungszwecke nicht benötigt werde. Nach der Gesetzesbegründung sei bei der Verschmelzung auf eine Personengesellschaft die Erstellung der steuerlichen Schlussbilanz – trotz fehlender inländischer Steuerpflicht der übertragenden Körperschaft – für die inländische Besteuerung von Bedeutung, wenn ein Mitunternehmer der übernehmenden Personengesellschaft in Deutschland der unbeschränkten oder beschränkten Steuerpflicht unterläge.<sup>29</sup>

### ff) Gestaltungsüberlegungen bei der Ausübung des Bewertungswahlrechts insbesondere bei inländischen Verschmelzungen

Wird eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft auf eine Personengesellschaft verschmolzen, deren Gesellschafter in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig sind, werden regelmäßig die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 UmwStG-E erfüllt sein, d.h. die übertragende Körperschaft hat letztlich ein Wahlrecht, ob sie die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert, Zwischenwert oder gemeinen Wert ansetzt.

Regelmäßig dürfte es dabei vorteilhaft sein, die Buchwerte der übertragenden Körperschaft fortzuführen. Denn bei Aufdeckung von stillen Reserven wird der Barwert der steuerlichen Nachteile auf Grund der sofortigen Besteuerung des Übertragungsgewinns bzw. gegebenenfalls zusätzlich aus einem höheren steuerpflichtigen Übernahmeergebnis regelmäßig größer sein als der Barwert der steuerlichen Vorteile aus höheren Wertansätzen bei der Übernehmerin (z.B. höhere Abschreibungen, niedrigere Veräußerungsgewinne).

Vorteilhaft kann der Ansatz des gemeinen Werts oder eines Zwischenwerts allerdings dann sein, wenn auf Ebene der Körper-

<sup>24</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 UmwStG-E.

<sup>25</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 03.1.

<sup>26</sup> Vgl. FG Baden-Württemberg, 4. 3. 2004 – 6 K 103/99, EFG 2004, 858 bzgl. der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft (§ 11 UmwStG); die Rechtsfrage wurde in der nachfolgenden Entscheidung des BFH offen gelassen, BFH, 19. 10. 2005 – I R 34/04, BFH/NV 2006, 1099. Vgl. auch FG München, 23. 3. 2004 – 7 K 4036/01, EFG 2004, 1334, zum Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft (§ 25 UmwStG); bestätigt durch BFH, 19. 10. 2005 – I R 38/04, BFHE 211, 472, BB 2006, 354.

<sup>27</sup> Vgl. z. B. *Widmann* (Fn. 9), § 3 UmwStG, Rdnr. 304; *Schmitt* (Fn. 9), § 3 UmwStG, Rdnr. 32. Vgl. auch *Trossen*, FR 2006, 617.

<sup>28</sup> Vgl. auch BMF, 4. 7. 2006 – IV B 2 – S 1909 – 12/06, BStBl. I 2006, 445, nach dem die Grundsätze des BFH-Urteils v. 19. 10. 2005 (Fn. 26) in allen noch offenen Fällen anzuwenden sind.

<sup>29</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1 UmwStG-E.



schaft Verlustvorträge vorhanden sind, die durch die Umwandlung entfallen würden. Die Beschränkungen der Mindestbesteuerung sind allerdings auch bei einer Verrechnung von Verlustvorträgen mit einem Übertragungsgewinn zu beachten, obwohl das die letzte Möglichkeit ist, den Verlustvortrag überhaupt geltend zu machen. Entgegen der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Mindestbesteuerung wird die Mehrbelastung definitiv, es kommt nicht (nur) zu einer zeitlichen Streckung des Verlustabzugs.<sup>30</sup> U.E. besteht insoweit Handlungsbedarf des Gesetzgebers, z.B. im Wege der Zulassung einer vollen Verlustverrechnung des Übertragungsgewinns.

## b) Anrechnung ausländischer Steuern

Ist übertragender Rechtsträger eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft und hat diese Körperschaft eine Betriebsstätte im Ausland, sind – wenn Deutschland die Doppelbesteuerung im Hinblick auf die Betriebsstätte durch die Anrechnungsmethode vermeidet – gem. § 3 Abs. 3 UmwStG-E folgende ausländische Steuern auf die deutsche Steuer auf den Übertragungsgewinn anzurechnen:

- Behandelt der Betriebsstättenstaat die Umwandlung als steuerpflichtig, richtet sich die Anrechnung der tatsächlich erhobenen Steuer nach den allgemeinen Vorschriften des § 26 KStG.<sup>31</sup>
- Befindet sich unter dem übergehenden Vermögen einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft eine Betriebsstätte in einem anderen EU-Mitgliedstaat und hat Deutschland nicht auf die Besteuerung der im Ausland belegenen Betriebsstätte verzichtet und findet die Freistellungsmethode deshalb keine Anwendung, kann Deutschland zwar auch insoweit einen Übertragungsgewinn grundsätzlich besteuern. Ist Art. 10 der Fusions-RL anzuwenden, ist aber die Körperschaftsteuer auf den Übertragungsgewinn gemäß § 26 KStG um die fiktive ausländische Steuer zu ermäßigen, die nach dem Steuerrecht des Betriebsstättenstaats erhoben worden wäre, wenn das übertragene Betriebsstättenvermögen zum gemeinen Wert veräußert worden wäre (§ 3 Abs. 3 UmwStG-E).

## c) Körperschaftsteuerguthaben, EK 02 und Einlagekonto

Vgl. dazu oben *Blumenberg/Lechner* XXXX [in diesem BB-Special].

## d) Fallkonstellationen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen

### aa) Inlandsverschmelzung mit Auslandsbezug

Es handelt sich um Fallkonstellationen, bei denen der übertragende Rechtsträger eine deutsche Körperschaft mit Geschäftsleitung und Sitz im Inland ist. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit in Deutschland ansässigen Gesellschaftern. Der Auslandsbezug entsteht durch ausländisches Betriebsstättenvermögen der übertragenden Körperschaft und/oder durch einen oder mehrere im Ausland ansässige Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers.

Das inländische Vermögen kann auf Antrag in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert angesetzt werden, wenn das übergehende inländische Vermögen bei der übernehmenden Gesellschaft im Rahmen einer inländischen Betriebsstätte steuerverhaftet bleibt. Ob an der übernehmenden Personengesellschaft zukünftig im Ausland ansässige Gesellschafter beteiligt sind, ist dabei insoweit unerheblich.

<sup>30</sup> Vgl. BT-Drs. 15/1518 v. 8. 9. 2003, 13.

<sup>31</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 3 UmwStG-E.

Hinsichtlich des übergehenden ausländischen Vermögens gilt Folgendes:

Besteht mit dem ausländischen Betriebsstättenstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen, das Gewinne aus der Veräußerung des ausländischen Vermögens von der Besteuerung freistellt, ist u.E. – unabhängig von der Bewertung des deutschen Betriebsvermögens – das ausländische Betriebsstättenvermögen zum gemeinen Wert anzusetzen. Da Deutschland aber insoweit für einen etwaigen Übertragungsgewinn kein Besteuerungsrecht hat, hat dies auf Ebene der übertragenden Körperschaft keine steuerlichen Konsequenzen.<sup>32</sup>

Besteht mit dem ausländischen Betriebsstättenstaat ein DBA mit Anrechnungsmethode, ist der Buchwert- bzw. Zwischenwertansatz nur insoweit möglich, als nach der Umwandlung in Deutschland ansässige Gesellschafter an der übernehmenden Personengesellschaft beteiligt sind. Soweit im Ausland ansässige Gesellschafter beteiligt sind, wird das Besteuerungsrecht Deutschlands beschränkt: Vor der Verschmelzung unterliegen die Einkünfte der ausländischen Betriebsstätte auf Ebene der übertragenden Kapitalgesellschaft der deutschen Besteuerung (unter Anrechnung der ausländischen Steuer). Mangels unbeschränkter Steuerpflicht der ausländischen Gesellschafter der übernehmenden Personengesellschaft fällt das Besteuerungsrecht Deutschlands insoweit aufgrund Verschmelzung fort. Insoweit ist in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft der gemeine Wert anzusetzen. Bei einer Betriebsstätte im EU-Ausland ist aber die ausländische Steuer anzurechnen, die bei einer Veräußerung des Betriebsstättenvermögens im Ausland entstanden wäre (§ 3 Abs. 3 UmwStG-E).<sup>33</sup>

### **bb) Auslandsverschmelzung mit Inlandsbezug**

Bei einer Auslandsumwandlung mit Inlandsbezug ist übertragender Rechtsträger eine im EU/EWR-Ausland ansässige Körperschaft. Übernehmender Rechtsträger ist eine im transparente Personengesellschaft mit im EU/EWR-Ausland ansässigen Gesellschaftern. Der Inlandsbezug ergibt sich aus in Deutschland belegtem Betriebsstättenvermögen bzw. durch im Inland ansässige Gesellschafter der übertragenden Körperschaft.

Die ausländische übertragende Körperschaft muss – zumindest für das in Deutschland steuerverhaftete Betriebsstättenvermögen – eine steuerliche Schlussbilanz für deutsche steuerliche Zwecke aufstellen. Bei den Wirtschaftsgütern der Betriebsstätte, die auch nach der Verschmelzung der deutschen Betriebsstätte zuzuordnen sind, können für deutsche steuerliche Zwecke die Buchwerte bzw. Zwischenwerte angesetzt werden. Ob ein DBA mit Freistellungs- oder Anrechnungsmethode besteht, ist insoweit unbeachtlich.

### **cc) Hereinverschmelzung**

Bei einer Hereinverschmelzung ist übertragender Rechtsträger eine im EU/EWR-Ausland ansässige Körperschaft. Übernehmender Rechtsträger ist eine Personengesellschaft mit in Deutschland ansässigen Gesellschaftern. Die übertragende Körperschaft hat eine deutsche Betriebsstätte.

Die ausländische Körperschaft hat für deutsche steuerliche Zwecke eine Schlussbilanz aufzustellen. Im Hinblick auf das deutsche Betriebsstättenvermögen geht ein deutsches Besteuerungsrecht nicht verloren, so dass der bisherige Buchwert oder ein Zwischenwert angesetzt werden kann. Sind an der übernehmenden inländischen Personengesellschaft in Deutschland ansässige Gesellschafter beteiligt und vermeidet die Bundesrepublik Deutschland eine Doppelbesteuerung durch die Anrechnungsmethode, stellt

<sup>32</sup> Vgl. dazu oben III.1. a) cc). Zu den Auswirkungen auf den Übernahmegewinn vgl. unten III.2. c) bb).

<sup>33</sup> Vgl. dazu oben III.1. b).

sich die Frage, mit welchem Wert das ausländische Vermögen der übertragenden Körperschaft in Deutschland steuerverstrickt wird. U.E. ist vom gemeinen Wert auszugehen.<sup>34</sup> Ein ähnliches Problem stellt sich, wenn an der übernehmenden Personengesellschaft in Deutschland ansässige natürliche Personen beteiligt sind und Deutschland die Doppelbesteuerung durch die Freistellungsmethode unter Progressionsvorbehalt vermeidet.

### **dd) Hinausverschmelzung**

Bei einer Hinausverschmelzung ist der übertragende Rechtsträger eine deutsche Körperschaft mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit im EU/EWR-Ausland ansässigen Gesellschaftern.

Die übertragende Körperschaft hat eine steuerliche Schlussbilanz aufzustellen. Das deutsche Vermögen, das zukünftig weiterhin im Rahmen einer deutschen Betriebsstätte steuerverhaftet bleibt, kann zum Buchwert oder zu einem Zwischenwert angesetzt werden. Ursprünglich deutsches Betriebsstättenvermögen, das nach der Verschmelzung aufgrund Zurechnung zum ausländischen Stammhaus nicht mehr der deutschen Betriebsstätte zuzurechnen ist, muss in der steuerlichen Schlussbilanz mit dem gemeinen Wert angesetzt werden. Wendet Deutschland im Hinblick auf ausländisches Betriebsstättenvermögen der übertragenden Kapitalgesellschaft die Anrechnungsmethode an, wird – soweit an der übernehmenden ausländischen Personengesellschaft keine in Deutschland ansässigen Gesellschafter beteiligt sind – das deutsche Besteuerungsrecht beschränkt: Vor der Verschmelzung unterliegen ausländische Betriebsstätteinkünfte unter Anrechnung der ausländischen Steuer auf Ebene der übertragenden Kapitalgesellschaft der deutschen Besteuerung. Mangels unbeschränkter Steuerpflicht der nicht in Deutschland ansässigen Gesellschafter der übernehmenden Personengesellschaft fällt dieses deutsche Besteuerungsrecht aufgrund Verschmelzung fort. Das ausländische Betriebsstättenvermögen ist insoweit in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft zum gemeinen Wert anzusetzen. Gegebenenfalls kommt eine fiktive Anrechnung nach § 3 Abs. 3 UmwStG-E in Betracht.

## **2. Auswirkungen auf Ebene der übernehmenden Personengesellschaft (einschließlich Gesellschafter)**

### **a) Wertverknüpfung; Eintritt in die steuerliche Rechtsstellung**

Der übernehmende Rechtsträger hat – wie bisher – die in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft angesetzten Werte zu übernehmen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 UmwStG-E). Die Wirtschaftsgüter sind mit dem gemeinen Wert oder mit dem nach § 3 Abs. 2 UmwStG-E gewählten Wert anzusetzen.<sup>35</sup>

Ebenfalls unverändert zur bisherigen Rechtslage soll die übernehmende Personengesellschaft in die steuerliche Rechtsstellung der Kapitalgesellschaft eintreten (§ 4 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E). Auch die bisherige Regelung betreffend Abschreibung der übergegangenen Wirtschaftsgüter auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers wird fortgeführt.

Steuerliche Verluste gehen – wie bisher – nach § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E grundsätzlich nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über. Die Vorschrift wird sprachlich neu gefasst, teilweise wird dadurch der Anwendungsbereich erweitert:

– Während in der bislang geltenden Fassung lediglich Verlustvorträge i. S. d. §§ 2 a, 10 d, 15 Abs. 4 oder § 15 a EStG nicht überge-

<sup>34</sup> Vgl. dazu oben III.1. a) cc). Zu den Auswirkungen auf den Übernahmegewinn vgl. unten III.2. c) bb).

<sup>35</sup> Vgl. Voss, BB 2006, 411 (414).

hen, gilt dies nun für alle verrechenbaren Verluste und verbleibende Verlustvorträge.

- Nicht ausgeglichene negative Einkünfte bis zum steuerlichen Übertragungszeitraum des laufenden Jahres gehen ebenfalls nicht über.<sup>36</sup>
- Bisher trat die übernehmende Personengesellschaft nach einer Billigkeitsregelung der Finanzverwaltung<sup>37</sup> hinsichtlich einer Nachversteuerung nach § 2 a Abs. 3 Satz 3–5 EStG in die Rechtsposition der übertragenden Körperschaft ein. Diese Billigkeitsregelung soll zukünftig nicht mehr gelten.<sup>38</sup> Die Nachversteuerung soll damit durch die Umwandlung eintreten und den Übertragungsgewinn erhöhen.<sup>39</sup>

## **b) Erhöhung des laufenden Gewinns des übernehmenden Rechtsträgers**

Eine Erhöhung des laufenden Gewinns des übernehmenden Rechtsträgers kann sich durch die folgenden zwei neuen Tatbestände ergeben:

- Ist der übernehmende Rechtsträger an der übertragenden Körperschaft beteiligt, hat der übernehmende Rechtsträger diese zum steuerlichen Übertragungstichtag mit dem Buchwert, erhöht um steuerwirksame Abschreibungen früherer Jahre sowie um Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge, höchstens mit dem gemeinen Wert, anzusetzen. Die aus der Zuschreibung entstehenden Erträge erhöhen den laufenden Gewinn des übernehmenden Rechtsträgers und unterliegen den Regelungen für die Behandlung von Veräußerungsgewinnen aus Beteiligungsgewinnen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E).<sup>40</sup> In der Regel werden diese Zuschreibungen voll steuerpflichtig sein.<sup>41</sup>
- Handelt es sich bei der übertragenden Körperschaft um eine Unterstützungskasse, so erhöht sich der laufende Gewinn des übernehmenden Rechtsträgers in dem Wirtschaftsjahr, in das der Umwandlungstichtag fällt, um die von ihm oder seinen Gesellschaftern an die Unterstützungskasse geleisteten Zuwendungen nach § 4d EStG (§ 4 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-E). Laut Gesetzesbegründung dient dies der Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme des Betriebsausgabenabzugs für Altersversorgungsaufwendungen (einmal nach § 4d EStG bei Leistungen an eine Unterstützungskasse, zum anderen gem. § 6a EStG bei der Bildung einer Pensionsrückstellung). Die nach § 4d EStG abgezogenen Aufwendungen führen im Fall einer Verschmelzung der Unterstützungskasse auf ihr Trägerunternehmen oder auf einen Rechtsträger, an dem das Trägerunternehmen beteiligt ist, zu laufendem Ertrag. Der Betriebsausgabenabzug früherer Jahre nach § 4d EStG wird damit im Ergebnis rückgängig gemacht.

## **c) Besteuerung des Übernahmeergebnisses**

### **aa) Fingierte Ausschüttung der offenen Rücklagen des übertragenden Rechtsträgers**

Nach § 7 UmwStG-E werden jedem Anteilseigner der übertragenden Körperschaft entsprechend seiner Beteiligung das in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital abzüglich des steuerlichen Einlagekontos, das sich nach der Anwendung des § 29 Abs. 1 KStG ergibt, als Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zugerechnet. Im Ergebnis wird somit eine Ausschüt-

<sup>36</sup> Vgl. hierzu BFH, 31. 5. 2005 – I R 68/03, BStBl. II 2006, 380, BB 2006, 1315, das als Begründung für die Gesetzesänderung insoweit dient, sowie den dazu ergangenen Nichtanwendungserlass des BMF, 7. 4. 2006 – IV B 7 – S 1978 b – 1/06, BStBl. I 2006, 344.

<sup>37</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 04.8.

<sup>38</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>39</sup> Vgl. *Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian*, GmbHR 2006, 623 (626).

<sup>40</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 1 UmwStG-E.

<sup>41</sup> Vgl. *Förster/Felchner*, DB 2006, 1072 (1074).

tung der offenen Rücklagen fingiert. Dies geschieht im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage<sup>42</sup> unabhängig davon, ob für den Anteilseigner ein Übernahmeergebnis nach §§ 4 oder 5 UmwStG-E ermittelt wird. Zu den offenen Rücklagen zählen u.E. auch Gewinne der übertragenden Körperschaft, die aufgrund Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz mit dem gemeinen Wert i.S.v. § 3 Abs. 1 UmwStG-E entstanden sind.<sup>43</sup>

Die Bezüge sollen dem Kapitalertragsteuerabzug nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG unterliegen.<sup>44</sup> Die Kapitalertragsteuer entsteht mit dem zivilrechtlichen Wirksamwerden der Umwandlung.<sup>45</sup>

Auf diese Einkünfte aus Kapitalvermögen ist bei einer in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft als Anteilseigner § 8b Abs. 1 und 5 KStG anzuwenden. Soweit natürliche Personen beteiligt sind, unterliegen die Einkünfte dem Halbeinkünfteverfahren. Die einbehaltene Kapitalertragsteuer kann in beiden Fällen angerechnet werden.

Sind beschränkt Steuerpflichtige an der übertragenden Körperschaft beteiligt, wird die Kapitalertragsteuer grundsätzlich definitiv (§ 50 Abs. 5 EStG, ausgenommen die Anteile an der übertragenden Rechtsträger werden in einer inländischen Betriebsstätte gehalten). Die Höhe des Kapitalertragsteuerabzugs bei Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 7 UmwStG-E wird aber – wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen – beschränkt durch

- § 43b EStG; diese deutsche Umsetzungsvorschrift der Mutter-Tochter-Richtlinie ist bereits nach dem Wortlaut für alle Kapitalerträge nach § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG anwendbar;
- die Regelungen des anzuwendenden DBA.

Nach Art. 10 Abs. 3 OECD-MA sind auch „aus ... Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt sind“, Dividenden. Der Verweis auf die Behandlung nach nationalem Steuerrecht könnte für Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG i.V.m. § 7 UmwStG-E die abkommensrechtliche Behandlung als Dividenden eröffnen. Nachdem Deutschland als Quellenstaat regelmäßig nur im Rahmen des Dividendenartikels ein Besteuerungsrecht hat – nicht jedoch bei Einkünften aus Veräußerungsgewinnen gem. Art. 13 Abs. 4 OECD-MA bei Behandlung als Umwandlungsgewinn bzw. als andere Einkünfte gem. Art. 21 OECD-MA – dürfte davon auszugehen sein, dass die Finanzverwaltung den Dividendenartikel (Art. 10 OECD-MA) anwenden wird.

## bb) Ermittlung des Übernahmegewinns/-verlusts

Wie bisher ist ein Übernahmegewinn bzw. -verlust gesellschafterbezogen zu ermitteln. Nach der in § 5 UmwStG-E enthaltenen Einlagefiktion ist kein Übernahmeergebnis zu ermitteln, soweit die Anteile zum steuerlichen Privatvermögen gehören und keine wesentliche Beteiligung i.S.v. § 17 EStG darstellen. Gemäß § 4 Abs. 4 UmwStG-E ergibt sich das Übernahmeergebnis aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert, mit dem die übergangenen Wirtschaftsgüter zu übernehmen sind, abzüglich der Kosten für den Vermögensübergang und dem Wert der Anteile an der übertragenden Körperschaft.

<sup>42</sup> Vgl. § 7 UmwStG, nach dem die Ausschüttungsfiktion nur für Anteile im steuerlichen Privatvermögen gilt, die keine wesentliche Beteiligung i.S.v. § 17 EStG darstellen.

<sup>43</sup> Vgl. zum bisherigen Recht *Pung*, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG, § 7 UmwStG n. F., Rdnr. 22.

<sup>44</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 7 UmwStG-E.

<sup>45</sup> BMF, 16. 12. 2003 – IV A 2 – S 1978 – 1603, BStBl. I 2003, 786, Tz. 10; *Schmitt* (Fn. 9), § 7 UmwStG, Rdnr. 25 mit weiteren Nachweisen.

Anders als bisher sind zukünftig Umwandlungskosten der übernehmenden Personengesellschaft bzw. deren Gesellschafter unmittelbar in das Übernahmeergebnis einzubeziehen.

Für die Ermittlung des Übernahmegewinns bzw. -verlusts sind übergehende Wirtschaftsgüter, soweit an ihnen kein Recht der Bundesrepublik Deutschland zur Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung bestand, mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 4 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E). Durch diese Neuregelung soll die Besteuerung der stillen Reserven in den untergehenden Anteilen sichergestellt werden. Bei einer Veräußerung der Anteile hätten die stillen Reserven in den Anteilen der deutschen Besteuerung unterlegen.<sup>46</sup>

#### Beispiel: Hineinverschmelzung

Eine im EU/EWR-Ausland ansässige Körperschaft mit in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtigen wesentlich beteiligten Anteilseignern wird auf eine inländische Personengesellschaft verschmolzen. Die Körperschaft hält ausschließlich ausländisches Betriebsvermögen. Durch die Verschmelzung entsteht ein Übernahmegewinn, der dem Halbeinkünfteverfahren unterliegt. Dieses Ergebnis wäre auch durch einen Verkauf der Anteile an der Körperschaft oder einem Herausverkauf der Wirtschaftsgüter durch die Körperschaft mit anschließender Ausschüttung des Veräußerungsgewinns<sup>47</sup> an die deutschen Anteilseigner eingetreten. Sofern mit dem EU/EWR Ausland (Betriebsstättenstaat) ein DBA mit Freistellungsmethode besteht, unterliegen derartige Veräußerungsgewinne nach Umwandlung nur mehr im Rahmen des Progressionsvorbehalts der deutschen Besteuerung.

Die in § 4 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E vorgesehene Regelung beinhaltet jedoch – soweit die Wirtschaftsgüter im EU/EWR-Ausland belegen sind – eine europarechtswidrige Diskriminierung, da stille Reserven im inländischen Betriebsvermögen nicht das Übernahmeergebnis erhöhen.<sup>48</sup> U.E. ist die Regelung in § 4 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E überflüssig und sollte gestrichen werden. Dies aus folgenden Gründen:

- Die übertragende Körperschaft hat die übergehenden Wirtschaftsgüter, soweit an ihnen kein deutsches Besteuerungsrecht bestanden hat, in der steuerlichen Schlussbilanz i.S.v. § 3 UmwStG-E u.E. mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Unmittelbare Folgen ergeben sich daraus mangels Steuerpflicht der übertragenden Körperschaft nicht.
- Die übernehmende Personengesellschaft hat das ausländische Vermögen aufgrund der in § 4 Abs. 1 UmwStG-E normierten Buchwertverknüpfung mit dem gemeinen Wert zu übernehmen. Aufgrund dieser Buchwertverknüpfung ergeben sich unmittelbar Auswirkungen für die Ermittlung des Übernahmeergebnisses i.S.v. § 4 Abs. 4 Satz 1 UmwStG-E, d.h. ein Übernahmegewinn erhöht sich um den gemeinen Wert bzw. ein Übernahmeverlust mindert sich entsprechend.
- Im Ergebnis kommt es damit zu einer Verstrickung der stillen Reserven des ausländischen Vermögens in Deutschland. Anstelle einer Sofortversteuerung sollte – wie allgemein für Entstrickungs- und Verstrickungsfälle gefordert<sup>49</sup> – eine Stundung bis zum endgültigen Verkauf gewährt werden.

Wie nach bisheriger Rechtslage erhöht ein Sperrbetrag i.S.d. § 50 c EStG den Übernahmegewinn bzw. mindert den Übernahmeverlust.<sup>50</sup> Zukünftig vermindert sich der Übernahmegewinn bzw. erhöht sich der Übernahmeverlust zur Vermeidung einer doppel-

<sup>46</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 4 UmwStG-E.

<sup>47</sup> Unter Vernachlässigung der Unterschiede bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns und der Steuerbelastung auf Ebene der ausschüttenden Körperschaft.

<sup>48</sup> So zumindest *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455 (1459); *Förster/Felchner*, DB 2006, 1072 (1075).

<sup>49</sup> Vgl. z.B. *Rödder/Schumacher*, DStR 2006, 1481 (1485); *Schönherr/Lemaitre*, GmbHR 2006, 561 (564). Zur Kritik siehe auch den Beitrag von *Stadler/Elser* in diesem BB-Spezial.

<sup>50</sup> Vgl. § 52 Abs. 59 EStG zur letztmaligen Anwendung von § 50 c EStG.

ten Berücksichtigung zusätzlich um die als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG i.V.m. § 7 UmwStG-E zu besteuern offenen Rücklagen (§ 4 Abs. 5 Satz 2 UmwStG-E).

### cc) Besteuerung des Übernahmegewinns

Nach bisheriger Rechtslage bleibt der Übernahmegewinn außer Ansatz, soweit er auf eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse als Mitunternehmerin der Personengesellschaft entfällt. Zukünftig sollen für den Übernahmegewinn in diesen Fällen gem. § 4 Abs. 7 UmwStG-E die Regelungen des § 8b KStG unmittelbar anzuwenden sein. Im Regelfall ist der Übernahmegewinn danach im Ergebnis nur noch i.H.v. 95% steuerfrei. Diese Gleichstellung mit Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Tochterkapitalgesellschaften bzw. Dividendenerträgen führt zu Liquiditätsnachteilen, da im Rahmen der Verschmelzung keinerlei Mittelzufluss stattfindet und die Steuerlast aus eventuell gebundenen Betriebsmitteln getilgt werden muss.<sup>51</sup>

Soweit natürliche Personen an der Personengesellschaft mitunternehmerisch beteiligt sind, bleibt – wie bisher – der Übernahmegewinn zur Hälfte steuerfrei. Gesetzestechnisch wird dies zukünftig durch einen Verweis auf §§ 3 Nr. 40 Satz 1 und 2, 3c EStG erreicht (§ 4 Abs. 7 Satz 2 UmwStG-E). Für die Abzugsfähigkeit von Umwandlungskosten der übernehmenden Personengesellschaft bzw. deren Gesellschafter<sup>52</sup> dürfte die neue Verweisung auf § 3c EStG allerdings im Ergebnis keine Auswirkungen haben, da zukünftig bereits der Übernahmegewinn um die Umwandlungskosten zu mindern ist.

Abkommensrechtlich wird ein Übernahmegewinn regelmäßig als Veräußerungsgewinn behandelt,<sup>53</sup> für die ausschließlich der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters ein Besteuerungsrecht hat, falls die Anteile nicht zu einer inländischen Betriebsstätte gehören.<sup>54</sup>

### dd) Behandlung des Übernahmeverlustes

Die steuerliche Behandlung hängt davon ab, auf wen der Übernahmeverlust als Gesellschafter (Mitunternehmer) der übernehmenden Personengesellschaft entfällt. Es ergeben sich folgende Fallgruppen:

- Gemäß § 4 Abs. 6 Satz 1 UmwStG-E bleibt ein Übernahmeverlust – wie bisher – außer Ansatz, soweit er auf eine Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse als Mitunternehmerin der Personengesellschaft entfällt.
- Soweit der Übernahmeverlust auf Anteile entfällt, die die Voraussetzungen des § 8b Abs. 7 oder Abs. 8 Satz 1 KStG erfüllen (im Wesentlichen also die von Banken bzw. Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen gehaltenen Anteile an der übertragenden Körperschaft), ist er bis zur Höhe der gem. § 7 UmwStG-E als Ausschüttungen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG angesetzten Bezüge zu berücksichtigen. Im Ergebnis soll eine Kompensation der Steuerpflicht aus der Ausschüttungsfiktion für die offenen Rücklagen erreicht werden.
- In den übrigen Fällen (Übernahmegewinn entfällt auf natürliche Personen) ist der Übernahmeverlust in Höhe der Bezüge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zur Hälfte zu berücksichtigen. Hierdurch wird die nach § 7 UmwStG-E vorzunehmende Zurechnung der offenen Rücklagen als Ausschüttungen i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ebenfalls kompensiert.

<sup>51</sup> Vgl. Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller, IWB Fach 11 Gruppe 2, 747 (753).

<sup>52</sup> Vgl. zum bisherigen Meinungsstreit z.B. Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian, GmbHR 2006, 623 (627).

<sup>53</sup> Vgl. z. B. Pung (Fn. 43), § 5 UmwStG n. F., Rdnr. 99.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 5 OECD-MA. Nach Art. 13 Abs. 4 OECD-MA können Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an bestimmten grundbesitzenden Gesellschaften auch von dem Staat besteuert werden, in dem der Grundbesitz belegen ist.

– Zur Verhinderung von Missbräuchen bleibt ein Übernahmeverlust in Anlehnung an § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG außer Ansatz, soweit der übernehmende Rechtsträger die Anteile an der übertragenden Körperschaft innerhalb der letzten 5 Jahre vor dem steuerlichen Übertragungstichtag erworben hat oder die Voraussetzung des § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG erfüllt sind. Diese Einschränkungen sind bisher in § 5 Abs. 2 und 3 UmwStG enthalten.

#### **d) Anpassung der Einlagefiktion (§ 5 UmwStG-E)**

§ 5 UmwStG-E regelt die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Anteilseigner der übertragenen Körperschaft und fingiert wie nach bisherigem Recht eine Einlage für bestimmte Anteile an der übertragenden Körperschaft in das Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft.

Während § 5 Abs. 1 UmwStG-E unverändert bleibt, werden die in der bislang geltenden Fassung auf unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschafter begrenzten Einlagefiktionen des § 5 Abs. 2 UmwStG-E für Anteile im Sinne des § 17 EStG auf beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner erweitert.<sup>55</sup>

Mit Blick auf die Neukonzeption des § 4 Abs. 6 UmwStG-E entfällt in § 5 Abs. 2 UmwStG-E die bisherige Bestimmung, dass Anteile, bei deren Veräußerung ein Veräußerungsverlust nach § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG nicht zu berücksichtigen wäre, nicht als Anteile i. S. d. § 17 EStG gelten. Eine wesentliche Beteiligung des Anteilseigners löst nunmehr immer die Einlagefiktion des § 5 UmwStG-E aus. § 4 Abs. 6 UmwStG-E gewährleistet, dass diese Anteile nicht zu einem Übernahmeverlust führen.<sup>56</sup>

In § 5 Abs. 3 UmwStG-E wird nunmehr hinsichtlich der Anlagefiktion für Anteile, die einem Betriebsvermögen zuzuordnen sind, nicht mehr zwischen inländischem und ausländischem Betriebsvermögen unterschieden. Es reicht also bereits aus, wenn die Beteiligung in einem ausländischen Betriebsvermögen gehalten wird.<sup>57</sup>

Die Einlagefiktion und damit die Ermittlung eines Übernahmevergebnisses i. S. v. § 4 Abs. 4 UmwStG-E erfolgt nicht, soweit die Anteile im steuerlichen Privatvermögen gehalten werden und keine wesentliche Beteiligung gem. § 17 EStG vorliegt.

§ 5 Abs. 4 UmwStG soll laut Gesetzesbegründung aufgrund der Ausweitung der Definition in § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG und der Neukonzeption des Einbringungsteils gestrichen werden.

#### **e) Übernahmefolgegewinn (§ 6 UmwStG-E)**

Die in § 6 UmwStG-E geregelte Gewinnerhöhung durch Vereinigung von Forderungen und Verbindlichkeiten folgt im Wesentlichen der bisherigen Regelung.

Die in der gegenwärtig geltenden Fassung des § 6 UmwStG enthaltene Bestimmung zu Darlehensforderungen i. S. d. § 17 des Berlinförderungsgesetzes 1990 hat keine praktische Bedeutung mehr und wurde daher gestrichen.

Der bislang in § 26 Abs. 1 UmwStG vorgesehene rückwirkende Wegfall des § 6 UmwStG wurde in Abs. 3 des § 6 UmwStG-E übernommen. Eine materielle Änderung tritt dadurch nicht ein.

#### **f) Fallkonstellationen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen**

##### **aa) Inlandsverschmelzung mit Auslandsbezug**

Es handelt sich um Fallkonstellationen, bei denen der übertragende Rechtsträger eine deutsche Körperschaft mit Geschäftsleitung

<sup>55</sup> Vgl. Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian, GmbHR 2006, 623 (627).

<sup>56</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 6 UmwStG-E.

<sup>57</sup> Vgl. Voss, BB 2006, 411 (416).



und Sitz im Inland ist. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit in Deutschland ansässigen Gesellschaftern. Der Auslandsbezug entsteht durch ausländisches Betriebsstättenvermögen der übertragenden Körperschaft und/oder durch einen oder mehrere im Ausland ansässige Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers.

Für die Übernahme des inländischen Vermögens der übertragenden Körperschaft durch die übernehmende Personengesellschaft gilt gem. § 4 Abs. 1 UmwStG-E die Buchwertverknüpfung. Sofern die Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem gemeinen Wert bzw. einem Zwischenwert angesetzt und insoweit stille Reserven realisiert werden, erhöht sich das steuerbilanzielle Eigenkapital der übertragenden Körperschaft. Dies führt wiederum zu höheren fingierten Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 7 UmwStG-E. Um eine doppelte Berücksichtigung zu vermeiden, ist der Übernahmeertrag in Höhe der anteiligen Einnahmen aus Kapitalvermögen gem. § 7 UmwStG-E zu mindern bzw. ein Übernahmeverlust entsprechend zu erhöhen (§ 4 Abs. 5 Satz 2 UmwStG-E).

Hinsichtlich des übergehenden ausländischen Vermögens gilt u. E. Folgendes:

- Besteht mit dem ausländischen Betriebsstättenstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Freistellungsmethode, ist das ausländische Betriebsstättenvermögen u. E. – unabhängig von der Bewertung des deutschen Betriebsvermögens – in der steuerlichen Schlussbilanz zum gemeinen Wert anzusetzen. Die übernehmende Personengesellschaft hat das ausländische Vermögen mit dem gemeinen Wert zu übernehmen. Es ergeben sich unmittelbar Auswirkungen auf die Ermittlung des Übernahmeergebnisses bzw. auf die Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 7 UmwStG-E. U. E. sollte im Falle eines dadurch entstehenden Übernahmeertrags eine Stundung gewährt werden.<sup>58</sup>
- Besteht mit dem ausländischen Betriebsstättenstaat ein DBA mit Anrechnungsmethode, wird das Besteuerungsrecht Deutschlands beschränkt, soweit im Ausland ansässige Gesellschafter beteiligt sind. In der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft ist insoweit der gemeine Wert anzusetzen. Die auf diese Weise entstehenden offenen Rücklagen sind den in Deutschland unbeschränkt bzw. beschränkt steuerpflichtigen Gesellschaftern gem. § 7 UmwStG-E als Ausschüttung zuzurechnen. Zur Vermeidung einer doppelten Berücksichtigung ist der Übernahmeertrag gem. § 4 Abs. 5 Satz 2 UmwStG-E entsprechend zu mindern bzw. ein Übernahmeverlust entsprechend zu erhöhen.

## bb) Auslandsverschmelzung mit Inlandsbezug

Es handelt sich um eine im EU/EWR-Ausland ansässige Körperschaft als übertragenden Rechtsträger. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit im EU/EWR-Ausland ansässigen Gesellschaftern. Der Inlandsbezug ergibt sich aus in Deutschland belegtem Betriebsstättenvermögen bzw. durch im Inland ansässige Gesellschafter der übertragenden Körperschaft.

Nur für die in Deutschland steuerpflichtigen Gesellschafter der übertragenden Körperschaft kommt die Ermittlung eines Übernahmeergebnisses in Betracht. Das in Deutschland belegene Betriebsvermögen ist dabei mit dem in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft angesetzten Wert zu übernehmen. Nach § 4 Abs. 4 Satz 2 UmwStG-E hat die übernehmende Personengesellschaft das ausländische Vermögen der übertragenden Körperschaft für die Ermittlung des Übernahmeertrags hinsichtlich der in Deutschland steuerpflichtigen Gesellschafter der übernehmen-

<sup>58</sup> Vgl. dazu oben III.2. c) bb).

den Personengesellschaft mit dem gemeinen Wert anzusetzen, soweit bisher kein deutsches Besteuerungsrecht bestand. U. E. ist diese Vorschrift überflüssig.<sup>59</sup> Sachgerechterweise sollte das ausländische Vermögen in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft – unabhängig von der Wahl eines Buchwert- oder Zwischenwertansatzes für das inländische Vermögen – mit dem gemeinen Wert angesetzt werden. Der gemeine Wert ist aufgrund Buchwertverknüpfung von der übernehmenden Personengesellschaft zu übernehmen. Ein sich daraus ergebender Übernahmegewinn i. S. v. § 4 Abs. 4 Satz 1 UmwStG basiert auf einer Entstrickung und sollte unter eine Stundungsregelung fallen.

### cc) Hereinverschmelzung

Bei einer Hereinverschmelzung ist übertragender Rechtsträger eine im EU/EWR-Ausland ansässige Körperschaft. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit in Deutschland ansässigen Gesellschaftern. Die übertragende Körperschaft hat eine deutsche Betriebsstätte.

Ein Übernahmegewinn ist lediglich für in Deutschland steuerpflichtige Gesellschafter der übertragenden Körperschaft zu ermitteln. Die Konsequenzen entsprechen denen für in Deutschland ansässige Gesellschafter der übertragenden Körperschaft bei einer Auslandsverschmelzung mit Inlandsbezug.

### dd) Hinausverschmelzung

Es handelt sich um eine deutsche Körperschaft mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland als übertragenden Rechtsträger. Übernehmender Rechtsträger ist eine transparente Personengesellschaft mit im EU/EWR-Ausland ansässigen Gesellschaftern.

Im Hinblick auf die Besteuerung des Übernahmeergebnisses für an der übertragenden Körperschaft unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtigen Gesellschafter kann auf die Ausführungen zu Inlandsvermelzung mit Auslandsbezug verwiesen werden.

## 3. Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft

Der bisher in § 14 UmwStG geregelte Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft soll materiell weitestgehend unverändert in § 9 UmwStG-E übernommen werden. Wie bisher sollen die Regelungen zur Verschmelzung auf eine Personengesellschaft i. S. v. §§ 3 bis 8 und 10 UmwStG-E entsprechend anzuwenden sein (§ 9 Satz 1 UmwStG-E).

Auch bei einem Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist – wie bei der Verschmelzung auf Personengesellschaften<sup>60</sup> – nach Ansicht der Finanzverwaltung in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft aufgrund Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz ein Ansatz über dem Buchwert nur eingeschränkt möglich.<sup>61</sup> Der Gesetzgeber scheint auch beim Formwechsel von einer „Aufgabe“ des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auszugehen, auch wenn dies in der Gesetzesbegründung zu § 9 UmwStG-E nicht ausdrücklich erwähnt ist.<sup>62</sup>

Für den Formwechsel ist nach wie vor eine eigenständige Rückwirkungsregelung vorgesehen. Die Übertragungsbilanz der Kapitalgesellschaft und die Eröffnungsbilanz der Personengesellschaft können weiterhin auf einen Stichtag aufgestellt werden, der höchstens acht Monate vor der Anmeldung des Formwechsels zur Eintragung in ein öffentliches Register liegt. § 2 Abs. 3 UmwStG-E (also die Beschränkung der Rückwirkung für bestimmte Fälle der grenzüberschreitenden Umwandlung) gilt entsprechend.

<sup>59</sup> Vgl. dazu oben III.2. c) bb).

<sup>60</sup> Vgl. dazu oben III.1. a) dd).

<sup>61</sup> BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 14.02, 14.03.

<sup>62</sup> Vgl. dazu oben III.1. a) dd).

Zukünftig sollen die Regelungen zur steuerlichen Behandlung des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft nicht mehr gelten für den Formwechsel einer eingetragenen Genossenschaft in eine Personengesellschaft i.S.d. § 38a des LwAnpG. § 14 Satz 4 UmwStG wird nicht in § 9 UmwStG-E übernommen.

#### **IV. Verschmelzung von Körperschaften (§§ 11–13 UmwStG-E)**

##### **1. Auswirkungen auf Ebene der übertragenden Körperschaft**

###### **a) Bewertung in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft**

###### **aa) Grundsatz: Ansatz mit dem gemeinen Wert**

Nach der Neuregelung des § 11 UmwStG-E sind bei einer Verschmelzung einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft die übergehenden Wirtschaftsgüter in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft grundsätzlich mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Der Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter mit ihrem Buchwert bzw. einem Zwischenwert ist zukünftig lediglich unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Die Pflicht zur Erstellung der Schlussbilanz gilt unabhängig davon, ob die Körperschaft im Inland steuerpflichtig ist oder ob sie im Inland zur Führung von Büchern verpflichtet ist. Die Vorlage einer steuerlichen Schlussbilanz ist nur dann nicht erforderlich, wenn sie für inländische Besteuerungszwecke nicht benötigt wird.<sup>63</sup>

Die Bewertungskonzeption des § 11 Abs. 1 UmwStG-E entspricht insoweit der Bewertungskonzeption des § 3 Abs. 1 UmwStG-E bei der Verschmelzung von Körperschaften auf Personengesellschaften. Hinsichtlich der Aktivierung nicht entgeltlich erworbener immaterieller Wirtschaftsgüter, der zwingenden Bewertung von Pensionsverpflichtungen nach § 6a EStG (§ 11 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E) und des gemeinen Werts als Bewertungsmaßstab kann deshalb auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>64</sup>

###### **bb) Auf Antrag: Ansatz mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert**

Gemäß § 11 Abs. 2 UmwStG-E können auf Antrag die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert oder mit einem Zwischenwert angesetzt werden, soweit

- (1) sichergestellt ist, dass sie später bei der übernehmenden Körperschaft der Besteuerung mit Körperschaftsteuer unterliegen und
- (2) das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht beschränkt wird und
- (3) eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht.

Neu ist bei einer Verschmelzung von Körperschaften lediglich das Erfordernis, dass das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der übertragenen Wirtschaftsgüter sichergestellt bleiben muss (§ 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG-E). § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 3 UmwStG-E waren bereits in der bisher geltenden Fassung des UmwStG als § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 UmwStG enthalten.

Die Voraussetzungen für einen Ansatz des Buchwertes oder eines Zwischenwertes sind somit bei der Verschmelzung einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft weitgehend deckungsgleich mit den Voraussetzungen bei einer Verschmelzung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft. Auch im Hinblick auf die Antragstellung gilt § 3 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E entsprechend

<sup>63</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 11 Abs. 1 UmwStG-E.

<sup>64</sup> Vgl. dazu oben III.1. a) aa).

(§ 11 Abs. 3 UmwStG-E). Es wird deshalb auf die Ausführungen in Abschnitt III.1. a) bb) verwiesen.

Zur Frage, wann das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft beschränkt wird, vgl. oben Abschnitt III.1. a) cc).

Zur Aufgabe des Maßgeblichkeitsgrundsatzes gilt u.E. das Gleiche wie bei der Verschmelzung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft.<sup>65</sup>

Zur Ausübung des Bewertungswahlrechts insbesondere bei inländischen Umwandlungen<sup>66</sup> und zur Anrechnung ausländischer Steuern<sup>67</sup> kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden. Dies gilt auch für die Behandlung des Körperschaftsteuerguthabens, EK 02 und für das Einlagekonto.<sup>68</sup>

## b) Downstream Merger

Soweit die übertragende Körperschaft an der übernehmenden Körperschaft beteiligt (sog. Downstream Merger) ist, sind die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft mindestens mit dem Buchwert, erhöht um Abschreibungen sowie um Abzüge nach § 6b EStG und ähnliche Abzüge, die in früheren Jahren steuerwirksam vorgenommen worden sind, höchstens mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Auf einen sich hieraus ergebenden Gewinn findet § 8b Abs. 2 Satz 4 und 5 KStG Anwendung (§ 11 Abs. 2 Satz 2 und 3 UmwStG-E).

Bisher waren die §§ 11–13 UmwStG nur auf übereinstimmenden Antrag aller an der Umwandlung Beteiligten aus Billigkeitsgründen anwendbar. Insoweit die Muttergesellschaft eine steuerwirksame Teilwertabschreibung auf die Anteile an der Tochtergesellschaft vorgenommen hatte, wurden nach Ansicht der Finanzverwaltung durch den Downstream Merger die Voraussetzungen für die Besteuerung nach § 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG geschaffen. Durch die Verschmelzung wurde die Differenz zwischen Buchwert und historischen Anschaffungskosten als steuerpflichtig behandelt.

Nach der neuen Rechtslage tritt insoweit eine Verbesserung ein, da die Korrektur nur bis zum gemeinen Wert der Anteile an der Tochtergesellschaft – und nicht bis zu den historischen Anschaffungskosten – erfolgt.

Erstmals wird nun der Downstream Merger in den §§ 11–13 UmwStG-E gesetzlich erwähnt. U.E. spricht dies dafür, dass die §§ 11–13 UmwStG-E zukünftig generell auch auf einen deutschen Downstream Merger angewendet werden können und ein Antrag bei der Finanzverwaltung auf die Anwendung der §§ 11–13 UmwStG-E aus Billigkeitsgründen zukünftig nicht mehr erforderlich sein wird.<sup>69</sup> Ob dies die Finanzverwaltung genau so sieht, bleibt abzuwarten.

## c) Fallkonstellationen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen

Im Hinblick auf die übertragende Körperschaft entsprechen die Konstellationen denen bei der Verschmelzung einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft. Abweichungen ergeben sich nur insoweit als der übernehmende Rechtsträger Steuersubjekt und keine transparente Gesellschaft ist. Insoweit kommt es auf die Gesellschafter der übernehmenden Personengesellschaft nicht an.

<sup>65</sup> Vgl. oben III.1. a) dd).

<sup>66</sup> Vgl. dazu oben Abschnitt III.1. a) ff).

<sup>67</sup> Vgl. dazu oben Abschnitt III.1. b).

<sup>68</sup> Vgl. dazu den Beitrag von *Blumenberg/Lechner*, XXXXX [in diesem BB-Special].

<sup>69</sup> Ebenso vgl. *Voss*, BB 2006, 411 (417).

## 2. Auswirkungen auf Ebene der übernehmenden Körperschaft

### a) Wertverknüpfung

Nach § 12 Abs. 1 UmwStG-E hat die übernehmende Körperschaft die auf sie übergegangenen Wirtschaftsgüter mit den in der Schlussbilanz der übertragenen Körperschaft enthaltenen Werten i. S. d. § 11 UmwStG-E zu übernehmen.

Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E gilt § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 UmwStG-E entsprechend. Damit kommt es zu einer Wertaufholung in den Anteilen der übernehmenden Körperschaft an dem übertragenen Rechtsträger, soweit vorher steuerwirksame Teilwertabschreibungen und ähnliche steuerlich wirksame Abzüge vorgenommen worden sind, höchstens bis zum gemeinen Wert der Anteile. Diese Wertaufholung erhöht den laufenden Gewinn der übernehmenden Körperschaft.<sup>70</sup>

### b) Besteuerung des Übernahmeergebnisses

Ist die übernehmende Körperschaft an der übertragenden Körperschaft beteiligt, entsteht in Höhe der Differenz zwischen dem Wert, mit dem die übergegangenen Wirtschaftsgüter zu übernehmen sind und dem Buchwert der Anteile an der übertragenen Körperschaft, die im Zuge der Verschmelzung untergehen, ein sog. Übernahmegewinn bzw. Übernahmeverlust.

Wie bisher bleibt ein Übernahmegewinn bzw. Übernahmeverlust steuerlich außer Ansatz (§ 12 Abs. 2 Satz 1 UmwStG-E). Neu ist allerdings, dass vom Übernahmegewinn 5% als Ausgaben der übernehmenden Körperschaft gelten, die nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden dürfen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E). Im Ergebnis bleiben damit lediglich 95% des Übertragungsgewinns steuerlich außer Ansatz. Art. 7 Fusions-RL sieht vor, dass im Falle einer Beteiligung der übernehmenden Gesellschaft an der übertragenden Gesellschaft, Wertsteigerungen bei Untergang der Beteiligung am Kapital der übertragenden Gesellschaft keiner Besteuerung unterliegen. Davon können die Mitgliedstaaten lediglich abweichen, wenn der Anteil der übernehmenden Gesellschaft am Kapital der übertragenden Gesellschaft weniger als 20% beträgt. § 12 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E dürfte damit in der vorliegenden Fassung wohl gegen die Fusions-RL verstoßen.<sup>71</sup> Soweit der steuerpflichtige Übernahmegewinn auf der Übernahme bisher in Deutschland nicht steuerpflichtigen Vermögens zum gemeinen Wert beruht (Hineinverschmelzung einer ausländischen EU/EWR Kapitalgesellschaft mit ausländischer Betriebsstätte), sollte u. E. ebenfalls eine Stundung gewährt werden.<sup>72</sup>

### c) Wegfall des Verlustübergangs

Bisher geht nach § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG ein Verlustvortrag auf die übernehmende Körperschaft über unter der Voraussetzung, dass der Betrieb oder Betriebsteil, der den Verlust verursacht hat, über den Verschmelzungstichtag hinaus in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird.

Nach § 12 Abs. 3 UmwStG-E tritt die übernehmende Körperschaft – wie bisher – in die steuerliche Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft ein. Gemäß § 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG-E gehen zukünftig aber verrechenbare Verluste, verbleibende Verlustvorträge oder vom übertragenden Rechtsträger nicht ausgeglichene negative Einkünfte keinesfalls mehr auf die übernehmende Körperschaft über.

<sup>70</sup> Vgl. hierzu ausführlich III.2. b).

<sup>71</sup> Vgl. *Thömmes/Schulz/Eismayr/Müller*, IWB Fach 11 Gruppe 2, 747 (754); *Körner*, ISTR 2006, 469 (470); *Werra/Teiche*, DB 2006, 1455 (1459 f.).

<sup>72</sup> Vgl. hierzu oben III.2 c) bb).

Ziel ist es – laut BMF – den „Steuerstandort Deutschland vor dem Import von Verlusten durch grenzüberschreitende Umwandlungen zu schützen“. <sup>73</sup> Im Falle der Hereinverschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft entstünden nicht abschätzbare Minderungen der Steuereinnahmen. <sup>74</sup>

Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Import von Verlusten überhaupt möglich ist: So sieht Art. 6 der Fusions-RL vor, dass im Falle einer Hineinverschmelzung einer ausländischen Körperschaft mit ausländischer Betriebsstätte der Mitgliedstaat der Betriebsstätte die Übertragung der Verlustvorträge auf die Betriebsstätte zulassen muss, sofern in Inlandsfällen ein Verlustübergang zugelassen ist. Die Verluste blieben daher allenfalls im ausländischen Betriebsstättenstaat zurück; ein Import der ausländischen Verluste findet also nicht statt. <sup>75</sup> Bleibt nach der Verschmelzung keine Betriebsstätte im Ausland bestehen, so steht gemäß Art. 4 der Fusions-RL dem Mitgliedstaat der übertragenden Körperschaft das Besteuerungsrecht der stillen Reserven des übergehenden Betriebsvermögens zu und kann der Verlustvortrag in der Schlussbesteuerung geltend gemacht werden. <sup>76</sup> Eine solche Behandlung wird auch dem vom EuGH in seiner Futura/Singer Entscheidung <sup>77</sup> aufgestellten Grundsatz gerecht, wonach Verluste grundsätzlich im Staat ihrer wirtschaftlichen Verursachung berücksichtigt werden sollen. Ein hiernach verbleibender Verlustvortrag würde grundsätzlich untergehen, da weder die Fusionsrichtlinie noch das geltende deutsche Steuerrecht einen Übergang auf die übernehmende Gesellschaft in Deutschland regeln. <sup>78</sup> Ein Imports ausländischer Verluste würde ebenfalls nicht eintreten. Die Befürchtung des BMF erscheint nur bei analoger Anwendung der Grundsätze der Marks & Spencer Entscheidung des EuGH <sup>79</sup> nachvollziehbar.

Aufgrund der geltenden Mindestbesteuerung kann der Wegfall des Verlustübergangs in Inlandsfällen häufig auch nicht durch eine entsprechende Aufstockung der Buchwerte in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft gem. § 3 UmwStG-E kompensiert werden. Ein vollumfänglicher Ausschluss des Verlustübergangs ist daher weder notwendig noch systemgerecht.

Für Gewinne aus der Vereinigung von Forderungen und Verbindlichkeiten gilt § 6 UmwStG-E wie bisher sinngemäß.

Auch § 12 Abs. 5 UmwStG-E, der den Fall eines Vermögensübergangs in den nicht steuerpflichtigen oder steuerpflichtigen Bereich der übernehmenden Körperschaft regelt, hat lediglich redaktionelle Änderungen erfahren.

### 3. Auswirkungen auf Anteilseignerebene (§ 13 UmwStG-E)

#### a) Grundsatz: Fiktive Veräußerung zum gemeinen Wert

Nach § 13 Abs. 1 UmwStG-E gelten die Anteile an der übertragenden Körperschaft grundsätzlich als zum gemeinen Wert veräußert; die Anteile an der übernehmenden Körperschaft gelten als zum gemeinen Wert angeschafft.

Die Regelungen auf Gesellschafterebene sollen für unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner unabhängig davon gelten, ob auf Ebene der übertragenden Körperschaft § 11 UmwStG-E und auf Ebene der übernehmenden Körperschaft § 12 UmwStG-E angewendet worden ist. § 13 UmwStG-E kann damit

<sup>73</sup> Vgl. Pressemitteilung BMF Nr. 89/2006.

<sup>74</sup> Vgl. *Dötsch/Pung*, Der Konzern 2006, 258 (260).

<sup>75</sup> Vgl. *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1657.

<sup>76</sup> Vgl. *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1657.

<sup>77</sup> Vgl. EuGH, 15. 5. 1997 – Rs. C-250/95, Futura Singer, Slg. 1997, S. I – 2471, EuGH E I 1997, 2471, RIW 1997, 610, EWS 1997, 211, DB 1997, 1211.

<sup>78</sup> Vgl. *Thömmes/Schulz/Eisenmayr/Müller*, IWB Fach 11 Gruppe 2, 507 (514).

<sup>79</sup> Vgl. EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-446/03, Marks & Spencer, ABl. EU 2006, Nr. C 36, 5, BB 2006, 23.

letztlich auch z. B. bei der Verschmelzung zweier Körperschaften in einem oder in mehreren Drittstaaten Anwendung finden, soweit ein inländischer Anteilseigner beteiligt ist.

Für die Ermittlung der Einkünfte sollen die allgemeinen Grundsätze (z. B. §§ 17, 22 Nr. 2 EStG, § 21 UmwStG-E bzw. §§ 4, 5 EStG etc.) sowie § 8b KStG und die Vorschriften der Doppelbesteuerungsabkommen Anwendung finden.<sup>80</sup>

## **b) Auf Antrag: Ansatz des Buchwerts**

### **aa) Voraussetzungen**

Auf Antrag sind die Anteile an der übernehmenden Körperschaft mit dem Buchwert der Anteile an der übertragenden Körperschaft anzusetzen, wenn

(1) das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der Anteile an der übernehmenden Körperschaft nicht beschränkt wird oder

(2) die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei einer Verschmelzung Art. 8 der FusionsRL anzuwenden haben; in diesem Fall ist der Gewinn aus einer späteren Besteuerung der erworbenen Anteile ungeachtet der Bestimmungen eines Doppelbesteuerungsabkommens in der gleichen Art und Weise zu besteuern wie die Veräußerung der Anteile an der übertragenen Körperschaft zu besteuern wäre.

Nach gegenwärtig geltendem Recht gelten nach § 13 Abs. 1 UmwStG die Anteile an der übertragenen Körperschaft, die zu einem Betriebsvermögen gehören, als zum Buchwert veräußert und die an diese Stelle tretenden Wertanteile als mit diesem Wert angeschafft. Insoweit bietet das neue Recht einen größeren Handlungsspielraum, da auch gezielt eine Aufdeckung der stillen Reserven möglich ist. Dies könnte z. B. vorteilhaft sein, wenn mit einer Verschärfung der Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen (§ 3 Nr. 40 EStG, § 8b KStG) gerechnet wird.<sup>81</sup>

### **bb) Eintritt in die steuerliche Rechtsstellung**

Nach § 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E treten die Anteile an der übernehmenden Körperschaft steuerlich an die Stelle der Anteile an der übertragenen Körperschaft. Die Anteile an der übernehmenden Körperschaft treten dadurch in die „Rechtsstellung“ der bisherigen Anteile ein. Nach der Gesetzesbegründung sind etwaige frühere Teilwertabschreibungen auf die Anteile ggf. bei Neuanteilen wieder steuerwirksam aufzuholen.<sup>82</sup> Bestand vor dem Vermögensübergang eine Beteiligung i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG an der übertragenen Körperschaft und liegt an der übernehmenden Körperschaft keine Beteiligung i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG vor, so sollen bei einer späteren Veräußerung der Anteile die Grundsätze des § 17 EStG gelten (sog. verschmelzungsgeborene Anteile).<sup>83</sup>

Nach wohl herrschender Meinung geht die Wertaufholungsverpflichtung für eine in früheren Wirtschaftsjahren vorgenommene Teilwertabschreibung nach bislang geltendem Recht nicht über. Die Verschmelzung stellt nach § 13 Abs. 1 UmwStG in der bisher geltenden Fassung auf Ebene der Anteilseigner einen Tausch der Anteile an der übertragenen Körperschaft gegen Anteile an der übernehmenden Körperschaft dar. In Höhe der Buchwerte der übergehenden Anteile liegen somit eigene Anschaffungskosten für die Anteile an der übernehmenden Körperschaft vor, über die hinaus nicht zugeschrieben werden darf.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 13 UmwStG-E.

<sup>81</sup> Vgl. *Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian*, GmbHR 2006, 623 (629).

<sup>82</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2 UmwStG-E.

<sup>83</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2 UmwStG-E.

#### 4. Exkurs: Verschmelzung beschränkt steuerpflichtiger Körperschaften außerhalb des UmwStG

Außerhalb der EU/EWR ansässige Körperschaften mit in Deutschland belegenem Vermögen können lediglich nach § 12 Abs. 2 KStG-E steuerneutral verschmolzen werden. Danach sind die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert anzusetzen, wenn u. a.

- das Vermögen durch einen Vorgang übertragen wird, der einer Verschmelzung i. S. d. § 2 UmwG vergleichbar ist, und
- die Umwandlung auf eine andere Körperschaft desselben ausländischen Staates erfolgt.

Darüber hinaus sind für den Buchwertansatz die gleichen Voraussetzungen zu erfüllen wie sie nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 UmwStG für eine steuerneutrale Verschmelzung von Körperschaften erforderlich sind, d. h. insbesondere darf das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht beschränkt werden.

Gegenüber § 12 Abs. 2 Satz 2 KStG in der bisher geltenden Fassung wird der Anwendungsbereich des § 12 Abs. 2 KStG-E in einem wichtigen Punkt eingeschränkt: Auch wenn das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland durch die Umwandlung nicht beschränkt werden sollte, ist zukünftig eine Verschmelzung auf eine in einem anderen ausländischen Staat ansässige Körperschaft nicht mehr steuerneutral möglich.<sup>85</sup>

#### V. Aufspaltung und Abspaltung zwischen Körperschaften (§ 15 UmwStG-E)

##### 1. Entsprechende Anwendung der §§ 11–13 UmwStG-E

Für den Übergang vom Vermögen einer Körperschaft auf eine oder mehrere andere Körperschaften durch Aufspaltung oder Abspaltung oder durch Teilübertragung gelten – wie bisher – die §§ 11–13 UmwStG-E (d. h. die Regelungen zur Verschmelzung von Körperschaften) entsprechend.

Die übertragende Körperschaft hat somit in der steuerlichen Schlussbilanz für das übergehende Vermögen grundsätzlich den gemeinen Wert anzusetzen. Unter den Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 UmwStG-E kommt jedoch auch der Ansatz des Buchwerts oder eines Zwischenwerts in Betracht. Auf die obigen Ausführungen in Abschnitt IV. wird verwiesen.

##### 2. Beibehaltung des doppelten Teilbetriebserfordernisses

Bei einer Aufspaltung oder Abspaltung ist § 11 Abs. 2 UmwStG-E (Wahlrecht zur Bewertung zum Buchwert bzw. Zwischenwert auf Ebene der übertragenden Körperschaft) jedoch nur anzuwenden, wenn auf die Übernehmerinnen ein Teilbetrieb übertragen wird und im Falle der Aufspaltung oder Teilübertragung bei der übertragenden Körperschaft ein Teilbetrieb verbleibt (§ 15 Abs. 1 Satz 2 UmwStG-E). Kann das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers nicht vollständig den Teilbetrieben zugeordnet werden, ist nach bisheriger Ansicht der Finanzverwaltung eine steuerneutrale Spaltung nicht möglich.<sup>86</sup> Als fiktive Teilbetriebe gelten wie bisher auch ein Mitunternehmeranteil oder die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die das gesamte Nennkapital der Gesellschaft umfasst.

<sup>84</sup> Schmitt (Fn. 9), § 13 UmwStG, Rdnr. 21; Widmann (Fn. 9), § 13 UmwStG, Rdnr. 28; Bärwaldt, in: Haritz/Benkert, UmwStG, 2. Aufl., § 13, Rdnr. 21; a. A. BMF, 16. 12. 2003 – IV A 2 – S 1978 – 16/03, BStBl. I, 786, Rdnr. 16.

<sup>85</sup> Vgl. zum bisher geltenden Recht Dötsch (Fn. 43), § 12 KStG n. F. Rdnr. 55.

<sup>86</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 15.02.



Dieses sog. „doppelte Teilbetriebserfordernis“ wird somit beibehalten. Unseres Erachtens führt jedoch eine Nichterfüllung dieser Voraussetzung zu deutlich anderen steuerlichen Konsequenzen wie nach bisherigem Recht. Gingen im Rahmen einer Aufspaltung oder Abspaltung nicht nur Teilbetriebe auf die übernehmenden Gesellschaften über bzw. wurde im Fall der Abspaltung nicht auch ein Teilbetrieb zurückbehalten, kamen die §§ 11–13 UmwStG insgesamt nicht zur Anwendung. Die steuerlichen Konsequenzen für die Aufspaltung bzw. Abspaltung richteten sich dann nach allgemeinen Grundsätzen.<sup>87</sup> Dies hatte zur Folge, dass nach altem Recht

- die stillen Reserven im übergehenden Vermögen als realisiert angesehen wurden und
- im Umfang des übergehenden Vermögens an den Anteilseigner eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen und
- insoweit eine verdeckte Einlage in die übernehmende Gesellschaft angenommen wurde.

Nach neuem Recht soll nun zumindest nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 UmwStG-E lediglich die Anwendung des § 11 Abs. 2 UmwStG-E, d. h. der Ansatz des Buchwerts bzw. eines Zwischenwerts auf Ebene der übertragenden Körperschaft, nicht möglich sein. U. E. kommt es nach der Neufassung jedoch nicht mehr zu einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze im Hinblick auf die Besteuerung der Anteilseigner. Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Umfang des übergehenden Vermögens an die Anteilseigner sowie die verdeckte Einlage dieses Vermögens in die übernehmende Gesellschaft scheidet danach zukünftig aus. Letztlich hat dann die Nichterfüllung des „doppelten Teilbetriebserfordernisses“ die gleichen Konsequenzen wie ein Verstoß gegen die allgemeinen Missbrauchstatbestände gem. § 15 Abs. 2 UmwStG-E bzw. § 15 Abs. 3 UmwStG in der gegenwärtig geltenden Fassung.

### 3. Missbrauchstatbestände i. S. v. § 15 Abs. 2 UmwStG-E

Die bisher in § 15 Abs. 3 UmwStG geregelten Missbrauchstatbestände wurden materiell unverändert in § 15 Abs. 2 UmwStG-E übernommen. Ein erster, allerdings inoffizieller Entwurf des SEStEG hatte hier noch Vereinfachungen vorgesehen. Nach § 15 Abs. 3 UmwStG-E ist § 11 Abs. 2 UmwStG-E nicht anzuwenden, wenn

- Mitunternehmeranteile und 100%ige Beteiligungen an Kapitalgesellschaften („fiktive Teilbetriebe“) innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren vor dem steuerlichen Übertragungstichtag durch Übertragung von Wirtschaftsgütern, die kein Teilbetrieb sind, erworben oder aufgestockt worden sind,
- durch die Spaltung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen wird. Das Gleiche gilt, wenn durch die Spaltung die Voraussetzungen für eine Veräußerung geschaffen werden. Davon ist auszugehen, wenn innerhalb von 5 Jahren nach dem steuerlichen Übertragungstichtag Anteile an einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft, die mehr als 20% der vor wirksam werden der Spaltung an der Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen, veräußert werden, oder
- bei einer Trennung von Gesellschafterstämmen die Beteiligungen an der übertragenden Körperschaft nicht mindestens fünf Jahre vor dem steuerlichen Übertragungstichtag bestanden haben.

<sup>87</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 15.11; *Widmann* (Fn. 9), § 15 UmwStG, Rdnr. 134–136.

#### 4. Wegfall steuerlicher Verlustvorträge

Die steuerliche Behandlung von Verlustvorträgen in § 15 Abs. 3 UmwStG-E (bisher § 15 Abs. 4 UmwStG) – wurde entsprechend der Neuregelung bei Verschmelzung von Körperschaften – neu gefasst.

Bei einer Aufspaltung gehen danach körperschaftsteuerliche Verlustvorträge vollständig unter (vgl. Begründung zu § 15 Abs. 3 UmwStG-E). Bei einer Abspaltung mindert sich ein verbleibender Verlustvortrag der übertragenden Körperschaft in dem Verhältnis, in dem bei Zugrundelegung des gemeinen Werts das Vermögen auf eine andere Körperschaft übergeht. Ein Verlust bleibt also nur insoweit erhalten, wie Vermögen bei der übertragenden Körperschaft verbleibt (vgl. Begründung zu § 15 Abs. 3 UmwStG-E). Bewertungsmaßstab für die Bestimmung des übergehenden Vermögens im Verhältnis zum Gesamtvermögen der übertragenden Körperschaft ist der gemeine Wert. Auf das Umtauschverhältnis der Anteile (§ 126 Abs. 1 Nr. 3, § 136 UmwG) kommt es – anders als in § 15 Abs. 4 UmwStG a. F. – nicht mehr an.<sup>88</sup>

Vor diesem Hintergrund bietet sich aus steuerlicher Sicht an, Schulden – soweit dies wirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich möglich ist – dem übergehenden Teilbetrieb zuzuordnen. Der gemeine Wert des übergehenden Vermögens wird geringer, entsprechend bleibt ein höherer Anteil des Verlustvortrags bei der übertragenden Körperschaft bestehen. Schulden sind grundsätzlich keine wesentlichen Betriebsgrundlagen eines Teilbetriebs, so dass regelmäßig eine freie Zuordnung möglich ist.<sup>89</sup>

#### VI. Aufspaltung und Abspaltung auf eine Personengesellschaft (§ 16 UmwStG-E)

§ 16 UmwStG wird lediglich redaktionell geändert.<sup>90</sup> Soweit Vermögen einer Körperschaft durch Aufspaltung oder Abspaltung auf eine Personengesellschaft übergeht, gelten wie bisher die §§ 3–8, 10 und 15 UmwStG-E entsprechend.

Insoweit Vermögen auf eine Personengesellschaft übergeht, vermindert sich wie bisher ein Verlustvortrag des übertragenden Rechtsträgers. Auf Grund der Neuregelung in § 15 Abs. 3 UmwStG-E, der über § 16 S. 1 UmwStG-E auch bei der Abspaltung auf eine Personengesellschaft Anwendung findet, wurde die gesonderte Regelung des § 16 S. 3 UmwStG in der bisher geltenden Fassung überflüssig.

#### VII. Gewerbesteuer

##### 1. Gewerbesteuer bei Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder natürliche Person sowie bei Formwechsel in eine Personengesellschaft (§ 18 UmwStG-E)

§ 18 UmwStG bleibt materiell unverändert.<sup>91</sup> Bei Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person sowie bei einem Formwechsel in eine Personengesellschaft gelten die §§ 3–19 und 16 UmwStG-E – wie bisher – auch für die Ermittlung des Gewerbeertrags. U.E. ist wie nach bisheriger Rechtslage<sup>92</sup> nicht erforderlich, dass die stillen Reserven auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers der Gewerbesteuer unterliegen, wie z. B. im Falle der Verschmelzung einer inländischen Körperschaft auf eine inländische Freiberufler-Personengesellschaft.

Es bleibt somit dabei, dass ein Übertragungsgewinn grundsätzlich der Gewerbesteuer unterliegt. Ein Übernahmegewinn oder ein

<sup>88</sup> Vgl. zu den Problemen dieses Bewertungsmaßstabes insb. bei einer Abspaltung *Dötsch/Pung* (Fn. 43) § 15 UmwStG n. F., Rdnr. 158.

<sup>89</sup> Vgl. *Dötsch/Pung* (Fn. 43), § 15 UmwStG n. F., Rdnr. 87.

<sup>90</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 16 UmwStG-E.

<sup>91</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 18 UmwStG-E.

<sup>92</sup> Vgl. BMF, 25. 3. 1998 (Fn. 4), Tz. 18.01.

Übernahmeverlust ist – ebenfalls wie bisher – gewerbsteuerlich nicht zu erfassen (§ 18 Abs. 2 UmwStG-E). Gewerbsteuerliche Verlustvorträge gehen unter (§ 18 Abs. 1 S. 2 UmwStG-E).

Die Missbrauchsbestimmung des § 18 Abs. 4 UmwStG wird unverändert in § 18 Abs. 3 UmwStG-E übernommen. Wird der Betrieb der Personengesellschaft oder der natürlichen Person, ein Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil innerhalb von fünf Jahren nach der Umwandlung aufgegeben oder veräußert, unterliegt somit ein Aufgabe- oder Veräußerungsgewinn nach wie vor der Gewerbesteuer.

## 2. Gewerbesteuer bei Vermögensübergang auf eine andere Körperschaft (§ 19 UmwStG-E)

Auch § 19 UmwStG bleibt materiell unverändert.<sup>93</sup> Geht das Vermögen der übertragenden Körperschaft auf eine andere Körperschaft über, gelten die §§ 11–15 UmwStG-E<sup>94</sup> auch für die Ermittlung des Gewerbeertrags.

Für gewerbsteuerliche Verlustvorträge der übertragenden Körperschaft gelten die § 12 Abs. 3 UmwStG-E (und damit § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG-E) und § 15 Abs. 3 UmwStG-E entsprechend. Entsprechend der körperschaftsteuerlichen Konzeption gehen somit gewerbsteuerliche Verlustvorträge bei einer Verschmelzung oder Aufspaltung unter, bei einer Abspaltung entfallen gewerbsteuerliche Verlustvorträge im Verhältnis des gemeinen Wertes des übergehenden Vermögens zum gemeinen Wert des Gesamtvermögens der übertragenden Körperschaft.

## VIII. Anwendungsvorschriften (§ 27 UmwStG-E)

§ 27 UmwStG-E regelt die erstmalige Anwendung des UmwStG in der Fassung des SEStEG. Danach ist die Neufassung des UmwStG erstmals auf Umwandlungen und Einbringungen anzuwenden, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in ein öffentliches Register nach dem Tag der Gesetzesverkündung erfolgt ist (§ 27 Abs. 1 UmwStG-E). § 27 Abs. 1 UmwStG-E greift auch für die Umwandlungen, die den §§ 1–19 UmwStG-E unterliegen. Mit „öffentliches Register“ kann u.E. sowohl ein inländisches als auch ein ausländisches Register gemeint sein.

Regelmäßig werden diese Umwandlungen sowohl in das Register des übernehmenden als auch in das Register des übertragenden Rechtsträgers einzutragen sein. Fraglich ist daher, welche Gesetzesfassung zur Anwendung kommt, wenn die Anmeldung zur Eintragung in das zuständige öffentliche Register bei einem an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger vor dem Tag der Gesetzesverkündung, beim anderen Rechtsträger jedoch nach dem Tag der Gesetzesverkündung erfolgt. U.E. spricht der Wortlaut des § 27 Abs. 1 UmwStG-E eher dafür, dass in diesem Fall bereits die neue Fassung anzuwenden ist („... bei denen die *Anmeldung* zur Eintragung in *ein* öffentliches Register ...“).<sup>95</sup>

## IX. Fazit

Die Europäisierung des Anwendungsbereichs des deutschen UmwStG durch das SEStEG ist europarechtlich dringend erforderlich. Für die Unternehmenspraxis ist diese Erweiterung des Anwendungsbereiches grundsätzlich zu begrüßen, da nunmehr eine

<sup>93</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 19 UmwStG-E.

<sup>94</sup> Dabei ist zu beachten, dass im Gesetzentwurf § 14 UmwStG weggefallen ist.

<sup>95</sup> Nach § 27 Abs. 3 UmwStG in der gegenwärtig geltenden Fassung sind § 4 Abs. 5 und 6, § 5 Abs. 2, §§ 7 und 12 Abs. 2 und 3 UmwStG erstmals auf Umwandlungsvorgänge anzuwenden, deren Eintragung im Register nach dem 5. 8. 1997 beantragt worden ist. Auch in diesem Fall soll es für die Anwendung der Neuregelung ausreichen, wenn nur eine der notwendigen Anmeldungen nach dem 5. 8. 1997 beim zuständigen Registergericht eingegangen ist (vgl. z. B. *Widmann* (Fn. 9), § 27 UmwStG, Rdnr. 26; *Pung* (Fn. 43), § 27 UmwStG n. F., Rdnr. 28).

größere Anzahl von betriebswirtschaftlich erforderlichen Umstrukturierungen ohne Realisierung stiller Reserven durchgeführt werden kann.

Im Detail enthält der Entwurf jedoch eine Vielzahl von Unstimmigkeiten und Einschränkungen. Dies gilt insbesondere für die Sofortbesteuerung ausländischer stiller Reserven im Rahmen der Übernahmeergebnisermittlung sowie den Wegfall steuerlicher Verlustvorträge bei Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. Es bleibt zu hoffen, dass möglichst viele Unstimmigkeiten und Einschränkungen bis zur Verabschiedung des Gesetzes noch behoben werden.

**SEStEG**

Umwandlungen, Besteuerung, Überblick,  
Lizenzentnahmen, konzerninterne Darlehen,  
Auslandsverschmelzungen, Inlandsverschmelzungen,  
UmwStG

**UmwStG**

Umwandlungen, Besteuerung, Überblick,  
Lizenzentnahmen, konzerninterne Darlehen,  
Auslandsverschmelzungen, Inlandsverschmelzungen,  
SEStEG

**Umwandlungen**

Umwandlungen, Besteuerung, Überblick,  
Lizenzentnahmen, konzerninterne Darlehen,  
Auslandsverschmelzungen, Inlandsverschmelzungen,  
SEStEG

**Europäische Aktiengesellschaft**

Umwandlungen, Besteuerung, Überblick,  
Lizenzentnahmen, konzerninterne Darlehen,  
Auslandsverschmelzungen, Inlandsverschmelzungen,  
SEStEG

Dr. Karl Schäfer, Rechtsanwalt, München, und Dr. Jens Blumenberg, Steuerberater, Frankfurt a.M.\*

## Der Regierungsentwurf des SEStEG im Überblick

Am 12. 7. 2006 hat die Bundesregierung nach mehreren Anläufen den Kabinettsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) verabschiedet<sup>1</sup>.

Mit dem SEStEG soll das deutsche Steuerrecht an Vorgaben und Entwicklungen des europäischen Gesellschafts- und Steuerrechts angepasst werden. Zu berücksichtigen sind insbesondere die unmittelbar anwendbaren Verordnungen über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)<sup>2</sup> und der Europäischen Genossenschaft (SCE)<sup>3</sup>, die u. a. die identitätswahrende Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat ermöglichen. Im Hinblick auf die Einführung der SE wurde Anfang 2005 die steuerliche Fusionsrichtlinie<sup>4</sup> geändert. Für Änderungsbedarf im nationalen Steuerrecht sorgen zudem die gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vom 15. 12. 2005<sup>5</sup> und die gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *Centros*<sup>6</sup>, *Überseering*<sup>7</sup>, *Inspire Art*<sup>8</sup> und zuletzt *Sevic*<sup>9</sup>. Auch steuerliche Entscheidungen des EuGH machen Anpassungen erforderlich, allen voran die Rechtssachen *de Lasteyrie du Saillant*<sup>10</sup> zur (französischen) Wegzugsbesteuerung natürlicher Personen und *X und Y*<sup>11</sup> zum steuerneutralen Anteilstausch (in Schweden).

Der Gesetzgeber ist mit der Umsetzung einiger Vorgaben bereits in Verzug. Beispielsweise sind die steuerlichen Regelungen zur Sitzverlegung der SE zum 1. 1. 2006 in nationales Recht umzusetzen<sup>12</sup>. Mit Verzögerung hatte das BMF am 21. 4. 2006 den Referentenentwurf des SEStEG vorgelegt, der in zentralen Punkten für vehemente Proteste der Wirtschaft sorgte. Nach mehreren Anläu-

\* Die Autoren sind Partner der Sozietät Linklaters.

- 1 BR-Drs. 542/06 v. 11. 8. 2006, nachfolgend „SEStEG“. Die Einzelgesetze in der Fassung des SEStEG werden nachfolgend mit dem Zusatz „-E“ bezeichnet, z. B. EStG-E oder KStG-E.
- 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 S. 1.
- 3 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. EG Nr. L 207 S. 1.
- 4 Richtlinie 2005/19/EG des Rates v. 17. 2. 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. EG Nr. L 58, S. 19. In der Vergangenheit hatte der deutsche Gesetzgeber weite Teile der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG vom 23. 7. 1990 (ABl. EG v. 20. 8. 1990 Nr. L 225/1) unter Hinweis auf die fehlenden gesellschaftsrechtlichen Grundlagen nicht umgesetzt.
- 5 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15. 12. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EG Nr. L 130, S. 1.
- 6 EuGH, 9. 3. 1999 – Rs. C-212/97, EuGHE 1999, I-1459, BB 1999, 809 (Tenor), RIW 1999, 447, EWS 1999, 140.
- 7 EuGH, 5. 11. 2002 – Rs. C-208/00, EuGHE 2002, I-9919, BB 2002, 2402, RIW 2002, 954, EWS 2002, 569.
- 8 EuGH, 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01, EuGHE 2003, I-10155, BB 2003, 2195, RIW 2003, 957, EWS 2003, 513.
- 9 EuGH, 13. 12. 2005 – Rs. C-411/03, GmbHR 2006, 140, BB 2006, 11 m. Komm. *Schmidt/Maul*, RIW 2006 140, m. Komm. *Paal*, EWS 2006, 27.
- 10 EuGH, 11. 3. 2004 – Rs. C-9/02, EuGHE 2004, I-2409, RIW 2004, 392, EWS 2004, 180.
- 11 EuGH, 21. 11. 2002 – Rs. C-436/00, IStR 2003, 23; vgl. dazu *Lausterer*, IStR 2003, 19.
- 12 Die übrigen Änderungen der Fusionsrichtlinie sind bis spätestens 1. 1. 2007 umzusetzen.

fen wurde dann am 12. 7. 2006 der Regierungsentwurf verabschiedet, der trotz der vorhergehenden Kritik die Regelungen des Referentenentwurfs weitgehend übernommen hat.

Nach der Regierungsbegründung<sup>13</sup> soll das SEStEG steuerliche Hemmnisse für die als Folge der zunehmenden internationalen wirtschaftlichen Verflechtung immer wichtiger werdende grenzüberschreitende Umstrukturierung von Unternehmen beseitigen und die Möglichkeiten der freien Rechtsformwahl verbessern. Es stelle damit einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Attraktivität des Investitionsstandorts Deutschland dar. Insbesondere werde ein systematisch in sich geschlossenes zukunftsfähiges steuerliches Umstrukturierungsrecht geschaffen, das sich auch für die künftige Weiterentwicklung des Gesellschaftsrechts öffnet. Künftig sollen europaweit die gleichen steuerlichen Grundsätze für inländische und für grenzüberschreitende Umstrukturierungen von Unternehmen gelten. Der Regierungsentwurf betont aber auch, dass die Beseitigung steuerlicher Umstrukturierungshemmnisse nicht zu einer Gefährdung deutschen Steueraufkommens führen dürfe. Mit dem SEStEG sollen deshalb im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben deutsche Besteuerungsrechte konsequent gesichert werden. Verhindert werden sollen insbesondere steuermindernde Gestaltungen, die vor dem Hintergrund des derzeitigen Standes der Harmonisierung bei den direkten Steuern in der Gemeinschaft und der Zusammenarbeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten nicht ausgeschlossen werden können. Laut Regierungsbegründung wird die Notwendigkeit nationaler Regelungen zur Sicherung des Steueraufkommens mit zunehmender Harmonisierung abnehmen; verwiesen wird ausdrücklich auf die Bestrebungen der Europäischen Kommission zur Schaffung einer gemeinsamen konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage.

Der Entwurf der Bundesregierung zum SEStEG geht über die Neuregelung grenzüberschreitender Umstrukturierungen weit hinaus. Er beinhaltet generelle Änderungen des Umwandlungssteuerrechts (insbesondere im Einbringungsteil), des Einkommensteuer- und des Körperschaftsteuerrechts (insbesondere die Einführung eines generellen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestands) sowie der Wegzugsbesteuerung nach AStG. Die in der Gesetzesbegründung genannten Ziele werden nur teilweise erreicht. Die Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts ist zu begrüßen; ein Rückschritt gegenüber der aktuellen Rechtslage sind hingegen die vorgesehenen Einschränkungen im Hinblick auf in (DBA-)Drittstaaten ansässige Personen. In dem Bemühen der Sicherung inländischer Besteuerungsrechte schafft der Regierungsentwurf hohe steuerliche Hürden für mehr unternehmerische Mobilität in Europa. Einige der Regelungen schießen über das eigentliche Ziel hinaus (z. B. die Streichung des Verlustübergangs bei Verschmelzungen und die generelle Missbrauchsvorschrift des UmwStG-E) und sind europarechtlich problematisch. Letzteres gilt vor allem für den neu ins Gesetz aufgenommenen generellen Entstrickungstatbestand mit Sofortbesteuerung, der sich als roter Faden durch das SEStEG zieht. Vor allem für Unternehmen, die über hohe stille Reserven in immateriellen Wirtschaftsgütern verfügen, droht die grenzüberschreitende Umwandlung oder Sitzverlegung zum unkalkulierbaren Abenteuer zu werden oder komplizierte Steuervermeidungskonstruktionen erforderlich machen. Maßnahmen zur Wahrung des inländischen Besteuerungsrechts sind ohne jeden Zweifel legitim. Gleichwohl sollten mildere Mittel als die Sofortbesteuerung noch einmal genauer geprüft werden.

In diesem BB-Special werden die umfassenden steuerlichen Neuregelungen durch das SEStEG sowie die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen in verschiedenen Beiträgen im Einzelnen

dargestellt und analysiert; teilweise werden erste Gestaltungsüberlegungen aufgezeigt.

*Drinhausen/Gesell* stellen die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten grenzüberschreitender Mobilität für Unternehmen in Europa dar, die sich in den letzten Jahren rasant erweitert haben. Allerdings ist der gesellschaftsrechtliche Zuwachs an Mobilität in vieler Hinsicht noch nicht in der Praxis angekommen. Unerlässlich scheint insbesondere eine Harmonisierung der Handhabung durch die Registergerichte, die teils äußerst kooperativ, teils sehr zurückhaltend mit den entstehenden Rechtsfragen umgehen. Auch die Einbeziehung der Arbeitnehmer muss sich erst einspielen.

Eine zentrale Änderung des Steuerrechts besteht in der Einführung eines neuen allgemeinen Entstrickungs- und Verstrickungstatbestands insbesondere bei der grenzüberschreitenden innerbetrieblichen Überführung von Wirtschaftsgütern oder bei Nutzungsüberlassungen. Vor allem die sofortige Aufdeckung und ungemilderte Besteuerung der in den Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven führt zu einer weit reichenden Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtslage. *Stadler/Elser* analysieren die einkommensteuerrechtlichen Neuregelungen und zeigen noch zu klärende Rechtsfragen auf.

Die im EStG-E kodifizierte Entstrickungsregelung ist in weitgehend identischer Form auch im KStG-E vorgesehen. Von besonderer Bedeutung ist dies für die identitätswahrende Sitzverlegung der SE, die in Zukunft zwar grundsätzlich steuerneutral möglich ist (Streichung der bisherige Liquidationsbesteuerung bei Ausschneiden aus der unbeschränkten Steuerpflicht), auf die praktisch aber in den meisten Fällen die Entstrickungsregelung steuerlich abschreckend wirken dürfte. *Blumenberg/Lechner* stellen in ihrem Beitrag die Besteuerung der Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften und flankierende körperschaftsteuerliche Änderungen (steuerliches Einlagekonto, Körperschaftsteuererminderung und -erhöhung) dar.

Kernstück des SEStEG ist die grundlegende Änderung des Umwandlungssteuergesetzes. Wie schon der Referentenwurf beschränkt sich auch der Regierungsentwurf auf die Europäisierung des UmwStG; Umwandlungen mit Drittstaatenbezug sind vom Anwendungsbereich des UmwStG-E weitgehend ausgenommen. Die Bindungswirkung handelsrechtlicher Wertansätze für die Steuerbilanz soll für Umwandlungsvorgänge aufgegeben werden. Mit der Streichung des Übergangs von steuerlichen Verlustvorträgen in Verschmelzungsfällen und der Behandlung von 5% des Übernahmegewinns in Verschmelzungsfällen als nicht abzugsfähige Betriebsausgabe stellt das SEStEG neue Umstrukturierungshindernisse auf. Auf Einzelheiten und Gestaltungsmöglichkeiten hierzu gehen *Schafitzl/Widmayer* ein.

Das SEStEG stellt die steuerliche Behandlung der Einbringung von Unternehmensteilen und Anteilen an Kapitalgesellschaften auf eine völlig neue Grundlage. Wesentliche Änderungen sind die Abschaffung des Systems der einbringungsgeborenen Anteile und die Einführung einer Nachbesteuerung des Einbringungsvorgangs im Falle einer schädlichen Übertragung der erhaltenen Anteile oder des eingebrachten Vermögens. Die nachträglich zu versteuernden stillen Reserven sollen jährlich linear um ein Siebtel abgebaut werden; korrespondierend zur Besteuerung beim Einbringenden soll die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Wirtschaftsgüter steuerfrei aufstocken können. *Benz/Rosenberg* erläutern in ihrem Beitrag Einzelheiten der §§ 20–25 UmwStG-E, zeigen Unstimmigkeiten des Gesetzesentwurfs und erste Gestaltungsüberlegungen auf.

Nach der neuen allgemeinen Missbrauchsregelung des § 26 UmwStG-E sollen die Vergünstigungen des UmwStG ganz oder teil-

weise versagt oder rückgängig gemacht werden, wenn einer der hauptsächlichen Beweggründe der Umstrukturierung die Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung ist. *Bödefeld* unterzieht die neue Vorschrift einer kritischen Analyse. Das Urteil ist verheerend: Die Regelung ist hinsichtlich ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen unbestimmt, europarechtlich problematisch und steht in einem kaum aufzulösenden Konkurrenzverhältnis zu anderen Missbrauchsregelungen.

Die nach dem EuGH-Urteil *de Lasteyrie du Saillant* notwendige Neuregelung der Wegzugbesteuerung (§ 6 AStG-E) wird in dem Beitrag von *Lausterer* untersucht. Die Grundkonzeption der Wegzugsbesteuerung bleibt im Wesentlichen erhalten, wird aber durch eine zinslose Stundung von Amts wegen ohne Sicherheitsleistung in EG-/EWR-Fällen gemildert. Trotz der Verbesserung gegenüber der bisherigen Rechtslage hinterlässt die Neuregelung Zweifel, Fragen und Ungereimtheiten. Ihr größtes Manko besteht darin, dass die latente Steuerlast in EG-/EWR-Fällen zeitlich unbeschränkt fortbesteht.

Das Gesetzgebungsverfahren zum SEStEG soll dem Vernehmen nach Ende November abgeschlossen sein. Als strittige Themen könnten sich vor allem die Sofortbesteuerung bei Entstrickung (§ 4 Abs. 1 Satz 3 EStG-E, § 12 Abs. 1 KStG-E) sowie die Streichung des Verlustübergangs bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (§ 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG) erweisen. Es ist zu hoffen, dass im Laufe des Weiteren Verfahrens die systematisch unnötigen, verschärfenden Änderungen herausgenommen oder wenigstens abgemildert und die vorhandenen Unstimmigkeiten behoben werden.

## **SEStEG**

Regierungsentwurf, Überblick



Dr. Martin Lausterer, Rechtsanwalt, München \*

## Die Wegzugsbesteuerung nach dem Regierungsentwurf des SEStEG

Das EG-Recht zwingt den Gesetzgeber, die Wegzugsbesteuerung des § 6 AStG zu reformieren und ihre beschränkende Wirkung in EG- und EWR-Fällen auf ein gemeinschaftskonformes Maß zu reduzieren. Nach dem SEStEG-Entwurf bleibt die Grundkonzeption des § 6 AStG im Wesentlichen erhalten, allerdings unter erheblicher Ausdehnung des Besteuerungstatbestands, der umfassend ausgestaltet und auf Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften ausgeweitet wird, was zu weiterer Inkonsistenz der Wertzuwachsbesteuerung insgesamt führt. Der EG-rechtlichen Vorgabe, einen Vermögenszuwachs nur bei der Realisierung zu besteuern, will die Vorschrift dadurch entsprechen, dass in EG- und EWR-Fällen vollkommen neue und komplexe Regelungen zur Stundung und zu Wertminderungen nach dem Wegzug gelten, die allerdings mit erheblichen Auflagen und Pflichten versehen sind. Für die Drittlands-Fälle ergeben sich auch nach der Neuregelung keine Erleichterungen bei der Stundung. Ein nachträgliches Entfallen des Steueranspruchs ist nicht mehr auf die Wiederbegründung der unbeschränkten Steuerpflicht bei nur vorübergehender Abwesenheit beschränkt ist, sondern gilt zeitlich unbefristet, ist der Höhe nach aber beschränkt. An europarechtskonformen Ausgestaltung der Wegzugsbesteuerung bestehen weiterhin Zweifel.

### I. Anlass der Neuregelung

Deutschland hat 1972 mit dem Außensteuergesetz eine Wegzugsbesteuerung eingeführt. Diese vielfach als *lex Horten* bezeichnete spezifische Entstrickungsnorm des § 6 AStG soll als Ergänzung zu § 17 EStG auch ohne eine Veräußerung die steuerliche Erfassung stiller Reserven in Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sicherstellen, wenn infolge eines Wegzugs insbesondere aufgrund eines dann anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens das deutsche Besteuerungsrecht für Veräußerungsgewinne verloren geht.

Die derzeitige Regelung des § 6 AStG fingiert bei einer natürlichen Person, die insgesamt mindestens zehn Jahre der unbeschränkten Einkommensteuerpflicht in Deutschland unterlegen hat und durch Wegzug ins Ausland aus der unbeschränkten Steuerpflicht ausscheidet, eine Veräußerung der Anteile an einer inländischen Kapitalgesellschaft im Sinne des § 17 EStG; der Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht sind Ersatztatbestände, namentlich der Wechsel der Ansässigkeit nach einem Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) gleichgestellt. Der Einkommensteuer unterliegt als fiktiver Veräußerungsgewinn grundsätzlich die Differenz zwischen dem gemeinen Wert der Anteile beim Wegzug und den historischen Anschaffungskosten. Das Gesetz sieht Milderungen nur in engen Grenzen vor, so ein rückwirkendes Entfallen des Steueranspruchs bei nur vorübergehender Abwesenheit von maximal zehn Jahren aus beruflichen Gründen oder eine Stundung in Teilbeträgen gegen Sicherheitsleistung bei erheblichen Härten.

Bereits seit längerer Zeit wurde angezweifelt, dass § 6 AStG mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages vereinbar ist.<sup>1</sup> Die Absenkung der Beteiligungsgrenze in § 17 EStG von zunächst 25% auf

\* Der Autor ist Partner der Sozietät Linklaters. Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite ■.

10% und dann auf 1% verschärfte die Brisanz der Wegzugsbesteuerung. Die EG-rechtlichen Zweifel wurden durch das EuGH-Urteil *de Lasteyrie du Saillant*<sup>2</sup> bekräftigt, in dem der EuGH entschied, dass die französische Wegzugsbesteuerung mit der Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag unvereinbar ist.<sup>3</sup> Zwar verfolgt die französische Regelung ein anderes Ziel<sup>4</sup> als § 6 AStG<sup>5</sup>. Aber die Zielsetzung einer Wegzugsbesteuerung ist nicht allein entscheidend für ihre gemeinschaftsrechtliche Beurteilung; maßgeblich ist vor allem die Verhältnismäßigkeit ihrer Ausgestaltung.<sup>6</sup> Hieran und nicht an ihrer Zielsetzung scheiterte die französische Regelung vor dem EuGH.<sup>7</sup> Daher hat das EuGH-Urteil die EG-Rechtswidrigkeit auch der deutschen Wegzugsbesteuerung verdeutlicht.<sup>8</sup> Durch die Festsetzung und sofortige Erhebung der Steuer auf einen fiktiven Veräußerungsgewinn wird ein Wegziehender steuerlich benachteiligt gegenüber den im Inland verbleibenden Steuerpflichtigen, bei denen erst ein tatsächlich realisierter Veräußerungsgewinn besteuert wird. Dadurch wird die EG-rechtlich garantierte Freizügigkeit<sup>9</sup> unverhältnismäßig eingeschränkt.<sup>10</sup>

Die Notwendigkeit einer Reaktion wurde in Berlin erkannt. Die Kommission hatte bereits früher ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, es aber bis zur Entscheidung in dem Verfahren *de Lasteyrie du Saillant* zurückgestellt. Dieses Vertragsverletzungsverfahren wurde nach dem EuGH-Urteil fortgeführt. Das BMF führte Gespräche mit der Kommission über eine EG-konforme Ausgestaltung der Wegzugsbesteuerung und gab im Vorgriff auf eine gesetzliche Neuregelung am 8. 6. 2005 ein Schreiben zur EG-konformen Anwendung des § 6 AStG heraus.<sup>11</sup> Abgesehen von der Frage, ob eine EG-rechtswidrige Norm des deutschen Steuerrechts durch ein BMF-Schreiben im Wege der geltungserhaltenden Reduktion EG-konform angewendet werden kann, war klar, dass eine baldige gesetzliche Regelung unabdingbar ist.

Diese gesetzliche Neuregelung der Wegzugsbesteuerung ist Teil der geplanten umfangreichen Änderungen des Steuerrechts durch das SEStEG.<sup>12</sup>

- 1 Vgl. u. a. Thömmes, in: JbFSt 1997/98, 90; Birk, in: Festschrift Offerhaus 1999, S. 163 ff.
- 2 EuGH, 11. 3. 2004 – Rs. C-9/02 *de Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409, RIW 2004, 392, EWS 2004, 180.
- 3 Zu den Parallelen und Unterschieden der französischen und der deutschen Wegzugsbesteuerung vgl. *Lausterer*, DStZ 2004, 299.
- 4 Nach ihrem spezifischen Ziel will die französische Regelung der Steuerflucht durch kurzfristige Wohnsitzverlegung zum Zweck der Veräußerung der Beteiligung vorbeugen, vgl. EuGH, 11. 3. 2004 (Fn. 2), Rdnr. 50.
- 5 Das Ziel von § 6 AStG besteht insbesondere darin, „die im Inland angesammelten stillen Reserven vorzeitig der inländischen Besteuerung zu unterwerfen und dies zu einem Zeitpunkt, in dem die Gefahr besteht, dass das Besteuerungsrecht dem Inland auf Dauer verloren geht“, *Wassermeyer*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, § 6 AStG Anm. 8.
- 6 Eine die Freizügigkeit beschränkende Regelung wie die Wegzugsbesteuerung muss ein berechtigtes und mit dem EG-Vertrag zu vereinbarendes Ziel verfolgen und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Dazu muss ihre Anwendung zur Zielerreichung geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist, vgl. EuGH, 11. 3. 2004 (Fn. 2), Rdnr. 50.
- 7 Auf das Vorbringen der deutschen Regierung, dass die Aufteilung der Besteuerungsrechte zwischen dem Wegzugsstaat und dem Aufnahmestaat zu berücksichtigen sei, hat der EuGH ausgeführt, „dass es in dem Rechtsstreit weder um die Aufteilung der Besteuerungsrechte zwischen den Mitgliedstaaten noch um das Recht der französischen Behörden geht, latente Wertsteigerungen zu besteuern, um auf künstliche Wohnsitzverlegungen zu reagieren, sondern um die Frage, ob die hierzu erlassenen Maßnahmen im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit stehen“, EuGH, 11. 3. 2004 (Fn. 2), Rdnr. 68.
- 8 Zumal die Modalitäten der französischen Regelungen im Vergleich zu § 6 AStG als moderat bezeichnet werden können.
- 9 Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 39 EG-Vertrag, Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag oder allgemeine Freizügigkeit nach Art. 18 EG-Vertrag.
- 10 Der EuGH hat die Grundsätze des Urteils *de Lasteyrie du Saillant* (Fn. 2) kürzlich weitgehend bestätigt und in Teilen konkretisiert in dem Urteil v. 7. 9. 2006 – Rs. C-470/04 N.
- 11 BMF, 8. 6. 2005 – IV B 5 – S 1348 – 35/05 – BStBl. I 2005, 714.

## II. Neuregelungen in § 6 AStG-E

### 1. Grundtatbestand der Wegzugsbesteuerung (§ 6 Abs. 1 und 2 AStG-E)

Persönlich betroffen von der Wegzugsbesteuerung ist auch in der Neuregelung eine natürliche Person, die insgesamt mindestens zehn Jahre nach § 1 Abs. 1 EStG unbeschränkt steuerpflichtig war, ergänzt um den fast unveränderten § 6 Abs. 2 AStG-E, wonach bei Anteilerwerb durch ganz oder teilweise unentgeltliches Rechtsgeschäft die Dauer der unbeschränkten Steuerpflicht des Rechtsvorgängers (oder der Rechtsvorgänger bei mehrmaliger Übertragung) bis zur Übertragung der Anteile dem Steuerpflichtigen zugerechnet wird, bei gleichzeitiger unbeschränkter Steuerpflicht des Steuerpflichtigen und des Rechtsvorgängers (oder der Rechtsvorgänger) allerdings nur einmal.

Sachlicher Anknüpfungspunkt des § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E ist das Halten von Anteilen im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG, der durch das SEStEG nicht geändert werden soll. Die Wegzugsbesteuerung erfasst daher Anteile an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Steuerpflichtige innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1% beteiligt war. Das bedeutet eine Ausdehnung des Tatbestands der Wegzugsbesteuerung auf Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften, denn bisher erfasst § 6 AStG nur Anteile an einer inländischen Kapitalgesellschaft.

Als – einer Veräußerung nach § 17 EStG gleichgestellter – Besteuerungsanlass gilt nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E der Ausschluss oder die Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile. Durch dieses umfassende Tatbestandsmerkmal sollen der derzeit in § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG geregelte Wegzug<sup>13</sup> und die in § 6 Abs. 3 AStG aufgeführten weiteren Einzelatbestände<sup>14</sup> erfasst werden. Damit soll die Wegzugsbesteuerung anders als nach dem derzeitigen Recht auch den Erbfall erfassen, „weil auch in dieser Situation, wie auch bei der Schenkung, das deutsche Besteuerungsrecht am Gewinn aus der Veräußerung der Anteile verloren gehen kann“<sup>15</sup>. Ob das mit der Regelung gelingt, erscheint indes fraglich, da nur der Erbe den Tatbestand des § 6 Abs. 1 AStG-E realisieren könnte; ist der Erbe aber in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig, geht ihm gegenüber der Steueranspruch aus § 6 Abs. 1 AStG bei Anteilen an ausländischen Gesellschaften ins Leere, und bei Anteilen an inländischen Gesellschaften kann ein Steueranspruch nicht durchgesetzt werden, wenn der Erbe im Zeitpunkt des Erbfalls abkommensberechtigt ist.<sup>16</sup>

### 2. Ansatz eines fiktiven Veräußerungsgewinns als Rechtsfolge

Als Rechtsfolge der Wegzugsbesteuerung bestimmt § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E, der im Wesentlichen der derzeitigen Vorschrift entspricht, dass § 17 EStG auch ohne Veräußerung anzuwenden ist, soweit die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. Die Vorschrift enthält zum einen eine Rechtsgrundverweisung auf § 17 EStG, d. h. außer der an sich erforderlichen Anteilsveräu-

12 Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), BR-Drs. 542/06 v. 11. 8. 2006 (nachfolgend kurz „SEStEG“). Die Einzelgesetze in der Fassung des SEStEG werden nachfolgend mit dem Zusatz „-E“ bezeichnet, z. B. AStG-E oder EStG-E.

13 Ausscheiden aus der unbeschränkten Steuerpflicht durch Aufgabe des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts.

14 Unentgeltliche Übertragung durch Rechtsgeschäft, vorrangige Ansässigkeit in einem anderen Staat auf Grund der Vorschriften eines Doppelbesteuerungsabkommens, Einlage in einen Betrieb oder eine Betriebsstätte im Ausland, Tausch gegen Anteile an einer ausländischen Kapitalgesellschaft.

15 Begründung zu § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E.

16 Vgl. im Einzelnen Wassermeyer, DB 2006, 1390.

ßerung müssen alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sein, als auch eine Rechtsfolgenverweisung auf § 17 EStG, d. h. der Steuerpflichtige verwirklicht einen (fiktiven) Veräußerungsgewinn. Der Veräußerungsgewinn<sup>17</sup> wird grundsätzlich ermittelt als Differenz zwischen dem Veräußerungspreis und den Anschaffungskosten<sup>18</sup>. Da beim Wegzug kein Veräußerungspreis realisiert wird, tritt an seine Stelle nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AStG-E der gemeine Wert der Anteile im Zeitpunkt, in dem das Besteuerungsrecht Deutschlands eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.<sup>19</sup>

Nach § 6 Abs. 1 Satz 3 AStG-E bleibt wie bisher<sup>20</sup> die Besteuerung von realisierten Veräußerungsgewinnen unter der beschränkten Steuerpflicht grundsätzlich unberührt. Allerdings wird dann der Gewinn um den bereits versteuerten Vermögenszuwachs gekürzt. Wird beim Wegzug ein fiktiver Veräußerungsgewinn besteuert, so fällt daher ein späterer Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an deutschen Kapitalgesellschaften weiter unter die beschränkte Steuerpflicht nach §§ 17, 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG und wird nochmals besteuert<sup>21</sup>. Bei der dann zu ermittelnden Bemessungsgrundlage für den tatsächlichen Veräußerungsgewinn wird ein Teil in Höhe des bereits beim Wegzug versteuerten Vermögenszuwachses herausgenommen.

### 3. Nachträgliches Entfallen des Steueranspruchs (§ 6 Abs. 3 AStG-E)

#### a) Ausdehnung des Anwendungsbereichs

Nach dem derzeitigen § 6 Abs. 4 AStG entfällt der Steueranspruch, wenn die Anteile nach vorübergehender Abwesenheit des Steuerpflichtigen<sup>22</sup> durch Wiederbegründung der unbeschränkten Steuerpflicht wieder verstrickt werden. Die Vorschrift greift bei einer Schenkung der Anteile oder unentgeltlichen Übertragung in anderer Weise an einen unbeschränkten Steuerpflichtigen nicht ein, obwohl die Wertsteigerungen der Anteile dann in der Person des Rechtsnachfolgers in Deutschland steuerverhaftet sind<sup>23</sup>. Damit geht die bisherige Regelung über das Ziel der Wegzugsbesteuerung hinaus, die Besteuerung der in den Anteilen ruhenden stillen Reserven sicherzustellen.

Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 AStG-E soll nun allgemein der Steueranspruch nach § 6 Abs. 1 AStG-E entfallen, „soweit das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung der Anteile wieder begründet wird“. Das trifft neben der Wiederbegründung der unbeschränkten Steuerpflicht des Weggezogenen z. B. auch dann zu, wenn die Anteile einer unbeschränkt steuerpflichtigen Person geschenkt werden, wenn der Steuerpflichtige nach einem DBA wieder als vorrangig im Inland ansässig anzusehen ist oder wenn er die Anteile in einen Betrieb oder eine Betriebsstätte im Inland einlegt oder den Betrieb oder die Betriebsstätte aus dem Ausland in das Inland verlegt.<sup>24</sup> Die Regelung ist damit nicht mehr auf den Wiederzuzug des Anteilseigners bezogen, sondern hat die erneute Steuerverstrickung der Anteile selbst zum Gegenstand. Daher wird auch das Entfallen des Steuer-

<sup>17</sup> Siehe § 17 Abs. 2 EStG.

<sup>18</sup> Nach § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E kann in Fällen eines früheren Zuzugs anstelle der historischen Anschaffungskosten der steuerliche Wert der Anteile beim Zuzug zum Ansatz kommen, siehe dazu unten III.

<sup>19</sup> Das dies entspricht der bisherigen Regelung in § 6 Abs. 1 Satz 3 AStG.

<sup>20</sup> § 6 Abs. 1 Satz 4 AStG.

<sup>21</sup> Vorbehaltlich des regelmäßig in den DBA dem Ansässigkeitsstaat zugewiesenen Besteuerungsrechts.

<sup>22</sup> Bis zu fünf Jahre; auf Antrag verlängerbar um weitere fünf Jahre, „wenn der Steuerpflichtige glaubhaft macht, dass berufliche Gründe für die Abwesenheit maßgebend sind und seine Absicht zur Rückkehr unverändert fortbesteht“.

<sup>23</sup> Vgl. Menck, in: Blümich, AStG, § 6 Rz. 41.

<sup>24</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 3 AStG-E.

anspruchs nicht mehr auf fünf Jahre begrenzt, sondern ist zeitlich unbeschränkt möglich.

## b) Begrenzung der Höhe nach

Der Steueranspruch soll allerdings nach dem schwer verständlichen § 6 Abs. 3 Satz 2 AStG-E nur in eingeschränktem Umfang entfallen: „Ist in diesem Fall zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns an Stelle der Anschaffungskosten ein anderer Wert anzusetzen, so entfällt der Steueranspruch nur insoweit, als er den Steueranspruch hinsichtlich des Veräußerungsgewinns übersteigt, der sich durch Ansatz dieses anderen Werts als Veräußerungspreis ergeben hätte.“ Damit soll nach der Gesetzesbegründung erreicht werden, dass der Steueranspruch nur in dem Umfang entfällt, in dem die Steuer auf den Vermögenszuwachs nach § 6 Abs. 1 AStG-E bei Wegzug des Steuerpflichtigen höher ist als die Steuer auf den im Zeitpunkt der Wiederbegründung des Besteuerungsrechts ermittelten fiktiven Veräußerungsgewinn; dieser fiktive Veräußerungsgewinn beim Wiederrückzug besteht in der Differenz zwischen dem Wert bei erneuter Begründung des Besteuerungsrechts und den historischen Anschaffungskosten. Gedacht ist damit v.a. daran, dass beim Wiederrückzug § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E zur Anwendung kommt<sup>25</sup> oder dass bei Überführung der Anteile aus einer ausländischen in eine inländische Betriebsstätte der gemeine Wert<sup>26</sup> anzusetzen ist. Hier würde ein gänzliches Entfallen des Steueranspruchs aus § 6 Abs. 1 AStG-E dazu führen, dass der auf die Zeit der Steuerverstrickung in Deutschland entfallende Wertzuwachs endgültig nicht mehr besteuert werden könnte, da für Zwecke einer späteren Veräußerungsgewinnbesteuerung als Anschaffungskosten der Anteile nach § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E der entsprechend höhere Wert<sup>27</sup> anzusetzen ist.

*Beispiel:* Ein Steuerpflichtiger unterliegt der Einkommensteuer mit einem fiktiven Veräußerungsgewinn beim Wegzug. Ohne die Anteile zwischenzeitlich zu veräußern, zieht er nach einigen Jahren wieder nach Deutschland. Dabei wird von dem anderen Staat eine § 6 AStG vergleichbare Steuer erhoben.

Gemeiner Wert beim Wegzug	100
Anschaffungskosten	<u>./.</u> 10
Fiktiver Veräußerungsgewinn beim Wegzug	<u>90</u>
Wert bei Wiederrückzug nach § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E 50	
Anschaffungskosten	<u>./.</u> 10
Fiktiver Veräußerungsgewinn beim Wiederrückzug	<u>40</u>

Nach § 6 Abs. 3 AStG-E entfällt der Steueranspruch nur insoweit, als die Einkommensteuer auf den fiktiven Veräußerungsgewinn beim Wegzug (90) die Einkommensteuer auf den fiktiven Veräußerungsgewinn beim Wiederrückzug (40) übersteigt, also in Höhe der Einkommensteuer auf 50. Daher verbleibt es hier bei der Festsetzung der Einkommensteuer auf 40.

Im Ergebnis bleibt die ursprüngliche Steuerfestsetzung bei diesen Sachverhalten bestehen und zwar ganz (wenn der Wiederrückzugswert über dem Wegzugswert liegt oder der andere Staat keine § 6 AStG vergleichbare Wegzugssteuer erhebt) oder teilweise (wie im Beispielsfall, wenn der andere Staat eine § 6 AStG vergleichbare Wegzugssteuer erhebt und der Wiederrückzugswert unter dem Wegzugswert liegt). Soweit die Steuerfestsetzung bestehen bleibt, soll dies auch für die Nebenbestimmung der Stundung nach § 6 Abs. 5 AStG-E gelten.

Werden im Beispielsfall die Anteile nach dem Wiederrückzug für 80 veräußert, unterliegt ein Veräußerungsgewinn von 30 der Besteuerung nach § 17 EStG. Hinzu kommt die verbliebene, gegebene

<sup>25</sup> Siehe dazu unten III.

<sup>26</sup> § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG-E.

<sup>27</sup> Wert, den der Wegzugsstaat bei der Berechnung seiner Wegzugssteuer angesetzt hat, höchstens jedoch der gemeine Wert, siehe dazu unten 0■.

nenfalls gestundete Wegzugssteuer auf 40, so dass Deutschland im Ergebnis einen Wertzuwachs von 70 besteuert. Das entspricht zwar der Besteuerung in einem reinen Inlandsfall, vernachlässigt jedoch, dass im Wegzugs- und Wiederzuzugsfall der andere Staat auch Steuer auf den Betrag von 40 erhoben hat, der damit einer zweifachen Besteuerung unterliegt.

#### 4. Stundung in Drittlands-Fällen (§ 6 Abs. 4 AStG-E)

Die Stundung in den Fällen des Wegzugs in einen Drittstaat und von Drittstaatsangehörigen regelt § 6 Abs. 4 AStG-E entsprechend der derzeitigen Regelung<sup>28</sup>. Die auf den fiktiven Veräußerungsgewinn geschuldete Einkommensteuer wird auf Antrag in regelmäßigen Teilbeträgen für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren seit Eintritt der ersten Fälligkeit gegen Sicherheitsleistung gestundet, „wenn ihre alsbaldige Einziehung mit erheblichen Härten für den Steuerpflichtigen verbunden wäre“. Die Stundung erfolgt damit im Vergleich zu den EG-/EWR-Fällen<sup>29</sup> unter erschwerten Voraussetzungen. Bei einer Veräußerung von Anteilen während des Stundungszeitraums ist die Stundung entsprechend zu widerrufen (§ 6 Abs. 4 Satz 2 AStG-E).

In der Literatur werden Bedenken geäußert, ob die Wegzugsbesteuerung in ihrer jetzigen Ausprägung in Drittlandsfällen gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 EG-Vertrag verstößt<sup>30</sup>, die als einzige der Grundfreiheiten einen Drittstaatenbezug aufweist. Denn zur Kapitalverkehrsfreiheit gehöre jede Art von privaten Vermögenstransfers und daher auch der Vermögenstransfer bei einem Wohnsitzwechsel<sup>31</sup>. Wäre diese Ansicht zutreffend, würde die Europarechtswidrigkeit auch die § 6 Abs. 5 AStG entnommene Stundungsregelung des § 6 Abs. 4 AStG-E im Verhältnis zu Drittstaaten erfassen. Allerdings spricht gegen diese Literaturauffassung, dass nach dem EuGH-Urteil *van Hilten-van der Heijden*<sup>32</sup> die bloße Verlegung des Wohnsitzes für sich genommen keine finanziellen Transaktionen oder die Übertragung von Eigentum umfasst und auch keine anderen Merkmale einer Bewegung von Kapital aufweist.<sup>33</sup> Darüber hinaus könnte § 6 Abs. 4 AStG-E, dessen Regelungsinhalt bereits in § 6 Abs. 5 AStG enthalten ist, eine zulässige Altbeschränkung nach Art. 57 Abs. 1 EG-Vertrag darstellen. Im Übrigen könnte ein Beschränkung dadurch gerechtfertigt sein, dass die Amtshilfe- und die Beitreibungsrichtlinie im Verhältnis zu Drittstaaten nicht greift<sup>34</sup>.

#### 5. Stundung in EG-/EWR-Fällen (§ 6 Abs. 5 AStG-E)

##### a) Stundung bei Steuerpflicht im EG-/EWR-Zuzugsstaat

Die in § 6 Abs. 5 AStG-E enthaltene Stundungsregelung ist das Kernstück der Neuregelung und soll die Wegzugsbesteuerung EG-konform ausgestalten. Denn dieser Besteuerung steht im Fall des Wegzugs von Staatsangehörigen eines EG-/EWR-Mitgliedstaates in einen dieser Staaten grundsätzlich das EG-Recht, namentlich die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Niederlassungsfreiheit oder die allgemeine Freizügigkeit, entgegen. Daher sieht § 6 Abs. 5 AStG-E unter engen Voraussetzungen eine gemilderte Steuererhebung vor, indem die Steuer gestundet wird und die Stun-

<sup>28</sup> § 6 Abs. 5 AStG. Der jetzige § 6 Abs. 5 Satz 3 AStG bezieht sich ausschließlich auf die Stundung im Falle einer vorübergehenden Abwesenheit nach § 6 Abs. 4 AStG. Da das nachträgliche Entfallen des Steueranspruchs nach § 6 Abs. 3 Satz 1 AStG-E zeitlich nicht mehr begrenzt sein soll, ist eine § 6 Abs. 5 Satz 3 AStG entsprechende Regelung entbehrlich.

<sup>29</sup> Siehe dazu unten II.5.

<sup>30</sup> Vgl. z. B. *Kinzl/Goerg*, ISTR 2005, 450; *Wassermeyer*, GmbHR 2004, 613.

<sup>31</sup> Vgl. *Bron*, IStR 2006, 296; *Dautzenberg*, FR 1998, 491.

<sup>32</sup> EuGH, 23. 2. 2006 – Rs. C-513/03 *van Hilten-van der Heijden*, EWS 2006, 128, IStR 2006, 309, Rdnr. 49.

<sup>33</sup> So auch schon *Hahn*, ISTR 1998, 431.

<sup>34</sup> A. A. *Kinzl/Goerg*, ISTR 2005, 450; *Wassermeyer*, GmbHR 2004, 613.

derung erst bei Eintritt von Realisierungsereignissen zu widerrufen ist.

Nach § 6 Abs. 5 Satz 1 AStG-E ist die nach § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E zusätzlich geschuldete Steuer von Amts wegen zinslos und ohne Sicherheitsleistung zu stunden, wenn der Steuerpflichtige Staatsangehöriger eines EG-/EWR-Mitgliedsstaates ist und in einem dieser Staaten (Zuzugsstaat) einer der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht vergleichbaren Steuerpflicht unterliegt. Im Fall der Übertragung durch ganz oder teilweise unentgeltliches Rechtsgeschäft müssen nach § 6 Abs. 5 Satz 2 AStG-E diese Voraussetzungen auch durch den Rechtsnachfolger des Steuerpflichtigen erfüllt sein<sup>35</sup>. Der Gesetzesbegründung ist nicht zu entnehmen, welchem Zweck die Voraussetzung dient, dass der Weggezogene oder sein Rechtsnachfolger in dem Zuzugsstaat unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sein muss, und nach welchen Kriterien die Vergleichbarkeit mit der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht festzustellen ist.

### **b) Amtshilfe und Beitreibungsunterstützung müssen gewährleistet sein**

Die Stundung setzt weiter voraus, dass die Amtshilfe und die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung der geschuldeten Steuer zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem anderen Staat gewährleistet sind (§ 6 Abs. 5 Satz 3 AStG-E). Nach der Gesetzesbegründung ist im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der EU auf Grund der geltenden EG-Amtshilferichtlinie und der EG-Beitreibungsrichtlinie anzunehmen, dass dies gewährleistet ist. Zudem hat der EuGH mehrmals betont, dass die EG-Amtshilferichtlinie Möglichkeiten zur Erlangung notwendiger Auskünfte bietet, die mit den für die inländischen Steuerverwaltungen im Verhältnis zueinander bestehenden Möglichkeiten vergleichbar sind.<sup>36</sup> Für die EG-Beitreibungsrichtlinie gilt das ebenfalls. Daher kann die Finanzverwaltung die Stundung im Einzelfall nicht mit dem Hinweis ablehnen, dass im Verhältnis zu diesem Zuzugsstaat Amtshilfe und Beitreibungsunterstützung nicht funktionieren und daher nicht gewährleistet seien. Die beiden Richtlinien gelten allerdings nicht für die EWR-Mitgliedstaaten Norwegen, Island und Liechtenstein. Im Fall von Norwegen sind die Amtshilfe und Beitreibungsunterstützung aber durch die Bestimmungen des DBA gewährleistet. Das DBA mit Island enthält hingegen nur eine kleine Auskunftsklausel, und mit Liechtenstein besteht kein DBA, so dass die Amtshilfe und Beitreibungsunterstützung nicht gewährleistet sind und die Stundung hieran wohl scheitert. Leistet der andere Staat ohne völkerrechtsvertragliche Verpflichtung lediglich freiwillig Amtshilfe und Beitreibungsunterstützung<sup>37</sup>, dürften diese nicht gewährleistet sein, so dass eine Stundung ausscheidet.

### **c) Zwingender Widerruf der Stundung**

Die Stundung ist nach § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 1 bis 4 AStG-E zwingend zu widerrufen,

– soweit der Steuerpflichtige oder sein Rechtsnachfolger die Anteile veräußert oder einen der Veräußerung gleichgestellten Tatbestand erfüllt; hierzu gehören die verdeckte Einlage und die von § 17 Abs. 4 EStG erfassten Fälle<sup>38</sup>,

<sup>35</sup> D.h. der Rechtsnachfolger muss Staatsangehöriger eines EG-/EWR-Mitgliedsstaates und in einem dieser Staaten einer der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht vergleichbaren Steuerpflicht unterliegen.

<sup>36</sup> Vgl. bereits EuGH, 14. 2. 1995 – Rs. C-279/93 *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, BB 1995, 438, RIW 1995, 336.

<sup>37</sup> Liechtenstein gibt bekanntermaßen überhaupt keine Auskünfte.

<sup>38</sup> Auflösung einer Kapitalgesellschaft, Kapitalherabsetzung und -zurückzahlung, Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagenkonto im Sinne des § 27 KStG.

- soweit Anteile unentgeltlich auf eine Person übergehen, die nicht Staatsangehöriger eines EG-/EWR-Mitgliedstaates ist oder nicht in einem dieser Staaten einer der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht vergleichbaren Steuerpflicht unterliegt,
- soweit eine Entnahme der Anteile oder ein vergleichbarer Vorgang verwirklicht wird, der nach inländischem Recht zum Ansatz des Teilwerts oder des gemeinen Werts führt (z.B. Umwandlungsvorgänge),
- wenn für den Steuerpflichtigen oder seinen Rechtsnachfolger durch einen weiteren Wegzug keine der deutschen unbeschränkten Einkommensteuerpflicht vergleichbare Steuerpflicht in einem EG-/EWR-Mitgliedstaates mehr besteht, also namentlich bei einem späteren Wegzug in einen Drittstaat.

#### **d) Auf Antrag keine Realisierung in Umwandlungsfällen**

§ 6 Abs. 5 Satz 5 AStG-E gilt (als Unterausnahme zu § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 3 AStG-E) für die Fälle, in denen auf Grund eines Umwandlungsvorgangs (z. B. Verschmelzung, Spaltung oder Anteilstausch) die ursprünglichen Anteile untergehen und neue Anteile erworben werden. Hierin liegt grundsätzlich eine Veräußerung, die zum Widerruf der Stundung führen würde. Doch soll dieses Ergebnis in den Fällen ausgeschlossen werden, in denen bei einem unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner nach §§ 13 Abs. 2, 21 Abs. 2 UmwStG-E auf Antrag der Buchwert der Anteile anzusetzen ist. Soweit die Umwandlung also erfolgsneutral stattfinden kann, ist auf Antrag auch keine Gewinnrealisierung mit der Folge des Widerrufs der Stundung anzunehmen. Die durch den Umwandlungsvorgang erworbenen Anteile ersetzen die hingegebenen Anteile für die weitere Anwendung des § 6 AStG-E. Die Stundung bezieht sich nunmehr auf die erworbenen Anteile; die Voraussetzungen des Widerrufs der Stundung sind hinsichtlich dieser Anteile zu beurteilen. Das gilt ebenfalls für das nachträgliche Entfallen des Steueranspruchs gemäß § 6 Abs. 3 AStG-E, Wertminderungen nach dem Wegzug nach § 6 Abs. 6 AStG-E und die Mitteilungspflichten des § 6 Abs. 7 AStG-E.

#### **e) Stundungsumfang in Verlustfällen**

§ 6 Abs. 5 Satz 6 AStG-E regelt die Steuerfestsetzung und Verlustermittlung, wenn der Gesamtbetrag der Einkünfte ohne Einbeziehung des fiktiven Veräußerungsgewinns negativ ist. In diesem Fall würden durch die Berücksichtigung des Vermögenszuwachses nach § 6 AStG der entstehende Verlustrücktrag und gegebenenfalls ein Verlustvortrag gemindert. Der Steuerpflichtige würde durch die Kürzung des zu berücksichtigenden Verlusts schlechter gestellt als ein vergleichbarer Steuerpflichtiger im Inlandsfall. Daher erfolgt die Festsetzung zwar im üblichen Verfahren erfolgen, der fiktive Veräußerungsgewinn wird aber für Zwecke der Anwendung des § 10d EStG nicht berücksichtigt.

#### **f) Verfahrensrechtliche Regelung**

§ 6 Abs. 5 Satz 7 AStG-E ermöglicht die Änderung der Bescheide, die auf Grundlage der Regelung des § 6 Abs. 5 Satz 6 AStG-E ergangen sind, soweit ein Ereignis eintritt, das zum Widerruf der Stundung<sup>39</sup> führt. Dann sind der Verlustrücktrag und gegebenenfalls der Verlustvortrag rückwirkend anzupassen; ergangene oder geänderte Feststellungsbescheide oder Steuerbescheide sind aufzuheben oder zu ändern. Dies betrifft den Steuerbescheid des Veranlagungszeitraums vor dem Veranlagungszeitraum der Festsetzung von Wegzugssteuer sowie gegebenenfalls auch einen Feststellungsbescheid über einen Verlustvortrag nach § 10d EStG und die Steuerbescheide folgender Veranlagungszeiträume. Dazu dient

39 § 6 Abs. 5 Satz 4 AStG-E.



diese verfahrensrechtliche Regelung zur Durchbrechung der Bestandskraft der Bescheide; durch die Anordnung der entsprechenden Geltung des § 175 Abs. 1 Satz 2 AO soll die Festsetzungsverjährung wie bei rückwirkenden Ereignissen gehemmt werden.

## 6. Wertminderung nach dem Wegzug (§ 6 Abs. 6 AStG-E)

### a) Wertminderung bei Nichtberücksichtigung im Zuzugsstaat

Ist der tatsächliche Gewinn aus einer Veräußerung der Anteile niedriger als der fiktive Veräußerungsgewinn im Zeitpunkt des Wegzugs, so ist die eingetretene Wertminderung der Anteile beim Vermögenszuwachs zu berücksichtigen, weil in einer rein inländischen Konstellation nur der tatsächliche Veräußerungsgewinn von § 17 EStG erfasst wird. Wertminderungen nach dem Wegzug soll § 6 Abs. 6 Satz 1 AStG-E Rechnung zu tragen. Nach dieser Regelung wird eine Wertminderung allerdings nur unter weiteren, zum Teil vom Steuerpflichtigen nachzuweisenden Voraussetzungen berücksichtigt und ist betragsmäßig begrenzt.

Außer der verfahrensrechtlichen Regelung zur Durchbrechung der Bestandskraft des Steuerbescheids, in dem der Vermögenszuwachs beim Wegzug erfasst wurde, soll durch die Anordnung der entsprechenden Geltung des § 175 Abs. 1 Satz 2 AO die Festsetzungsverjährung wie bei rückwirkenden Ereignissen gehemmt werden. Eine Berücksichtigung der Wertminderung soll aber nur in den Fällen in Betracht kommen, in denen der Steuerpflichtige oder sein Rechtsnachfolger die Anteile veräußert oder einen der Veräußerung gleichgestellten Tatbestand erfüllt<sup>40</sup>. In den übrigen Fällen des Widerrufs der Stundung bleiben zwischenzeitliche Wertminderungen unberücksichtigt. Dies ist namentlich bei den Umwandlungsvorgängen nicht ganz einsichtig.

Grundvoraussetzung für die Berücksichtigung der Wertminderung bei der nachträglichen Berechnung des Vermögenszuwachses ist, dass die Wertminderung bei der Einkommensteuer im Zuzugsstaat nicht berücksichtigt wird.<sup>41</sup> Das ist der Fall, wenn nach den gesetzlichen Vorschriften des Zuzugsstaates der Veräußerungsgewinn nicht besteuert wird oder dieser Staat bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns die historischen Anschaffungskosten und nicht den Wertansatz der deutschen Wegzugssteuer zugrunde gelegt hat.<sup>42</sup> Diese Voraussetzung will vermutlich eine doppelte Verlustberücksichtigung vermeiden. Sie führt aber systembedingt zu einer Doppelbesteuerung, es sei denn der Zuzugsstaat besteuert den Veräußerungsgewinn gar nicht, oder zu einer Schlechterstellung gegenüber dem Inlandsfall, wenn der Zuzugsstaat zwar die Wertminderung berücksichtigt, aber einen niedrigeren Steuersatz anwendet.

*Beispiel:* Die historischen Anschaffungskosten der Anteile betragen 100, ihr gemeiner Wert beim Wegzug 200, der Veräußerungspreis 120.

– Wird die Wertminderung vom Zuzugsstaat nicht berücksichtigt, weil er seiner Veräußerungsgewinnbesteuerung die historischen Anschaffungskosten zugrunde legt, so unterliegt der realisierte Veräußerungsgewinn von 20 der Besteuerung im Zuzugsstaat. Die Wertminderung nach dem Wegzug in Höhe von 80 (= 200–120) wird bei der Berechnung des Vermögenszuwachses von ursprünglich 100 berücksichtigt; damit unterliegt der tatsächliche Vermögenszuwachs von 20 der Besteuerung in Deutschland. Im Ergebnis besteuern Deutschland und der Zuzugsstaat die gleiche Bemessungsgrundlage, nämlich die Diffe-

<sup>40</sup> § 6 Abs. 5 Nr. 1 AStG-E.

<sup>41</sup> Nach EuGH, 7. 9. 2006 (Fn. 10) Rdnr. 54, 55 ist ein Besteuerungssystem unverhältnismäßig, wenn es Wertminderungen nach dem Wegzug nicht vollständig berücksichtigt, soweit sie nicht bereits im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt worden sind.

<sup>42</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 6 Satz 1 AStG-E.

renz zwischen tatsächlich erzieltm Veräußerungserlös und den historischen Anschaffungskosten. Im reinen Inlandsfall fällt hierauf nur einmal Steuer an. Dem mag entgegengehalten werden, dass die Besteuerung im Zuzugsstaat von diesem und nicht von Deutschland verursacht wird. Einem von der Doppelbesteuerung betroffenen Steuerpflichtigen wird dies als Erklärung kaum ausreichen. Er könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die Freizügigkeit im Binnenmarkt allein durch die doppelte Besteuerung beeinträchtigt ist und zumindest die Steuern gegenseitig anzurechnen sind unabhängig davon, welcher Mitgliedstaat die doppelte Besteuerung verursacht.

- Wird die Wertminderung vom Zuzugsstaat berücksichtigt, so ergeben sich Verwerfungen, vor allem wenn sich die Wertminderung im Zuzugsstaat zu einem niedrigeren Steuersatz auswirkt. Im Beispiel hat die Berücksichtigung der Wertminderung der Anteile im Zuzugsstaat von 80 (= 200 – 120) bei einem Steuersatz von z. B. 30% einen Steuerwert von –24. Deutschland berücksichtigt die Wertminderung nicht und erhebt auf den fiktiven Veräußerungsgewinn von 100 bei einem Grenzsteuersatz von 44% (einschließlich Solidaritätszuschlag) Einkommensteuer von 44. Der Saldo der ausländischen und der deutschen Steuer beträgt 20. Bei einem reinen Inlandsfall beträgt der Veräußerungsgewinn 20 (= 120–100) und die Einkommensteuer hierauf lediglich ( $20 \times 44\% =$ ) 8,8. Die im Vergleich mit einem Inlandsfall höhere steuerliche Belastung im grenzüberschreitenden Fall kann die Freizügigkeit beschränken<sup>43</sup>. Es erscheint fraglich, ob eine solche Beschränkung mit der fehlenden Harmonisierung der direkten Steuern gerechtfertigt werden könnte.

Durch das Erfordernis der Nichtberücksichtigung der Wertminderung durch den Zuzugsstaat wird die Verringerung des Veräußerungsgewinns in Deutschland ebenfalls von einem Umstand abhängig gemacht, der vom Steuerpflichtigen nicht beeinflussbar ist. Allein die potenziell nachteiligen Auswirkungen sind geeignet, einen Steuerpflichtigen von der Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit abzuschrecken. Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass der Steuerpflichtige die Feststellungslast dafür tragen soll, dass die Wertminderung durch den Zuzugsstaat nicht berücksichtigt wird. Da indes die Amtshilfe bereits für die Stundung gewährleistet sein muss<sup>44</sup>, erscheint ein Auskunftersuchen an den Zuzugsstaat das probatere Mittel für die Finanzverwaltung, um über die Nichtberücksichtigung der Wertminderung Klarheit zu erlangen.

## b) Wertminderung muss betrieblich veranlasst sein

Eine Berücksichtigung der Wertminderung durch Änderung des ursprünglichen Bescheids setzt weiterhin den Nachweis des Steuerpflichtigen voraus, dass die Wertminderung betrieblich veranlasst ist und nicht auf eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme, insbesondere eine Gewinnausschüttung, zurückzuführen ist (§ 6 Abs. 6 Satz 2 AStG-E). Die Regelung will insbesondere verhindern, dass beim Wegzug vorhandene Gewinnrücklagen, die für die Ermittlung des fiktiven Veräußerungsgewinns bestimmend waren, nach dem Wegzug ausgeschüttet werden, der Steuerpflichtige also die stillen Reserven in den Anteilen realisiert, und die bei der Veräußerung eingetretene Wertminderung der Anteile bei der nachträglichen Berechnung des Vermögenszuwachses anzusetzen wäre. Der Steuerpflichtige soll nachweispflichtig sein, dass die Wertminderung nicht auf die Umsetzung eines Gesellschafterbeschlusses zurückzuführen ist. Dieses Nachweiserfordernis ist unzumutbar, wenn der Steuerpflichtige keinen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft hat.

<sup>43</sup> Vgl. Kinzl/Goerg, IStR 2005, 450.

<sup>44</sup> Vgl. § 6 Abs. 5 Satz 3 AStG-E.

### c) Höchstbetrag der Wertminderung

Nach § 6 Abs. 6 Satz 3 AStG-E ist die Wertminderung höchstens im Umfang des fiktiven Veräußerungsgewinnes zu berücksichtigen. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass die Minderung den Betrag nicht übersteigt, der in Deutschland bei Wegzug als Vermögenszuwachs angesetzt wurde.<sup>45</sup> Die Berücksichtigung einer weitergehenden Wertminderung nach dem Wegzug unter die bei der Ermittlung des fiktiven Veräußerungsgewinns angesetzten Anschaffungskosten bleibt damit dem Zuzugsstaat überlassen.<sup>46</sup>

### d) Anrechnung der deutschen Kapitalertragsteuer

Ist die Wertminderung auf Gewinnausschüttungen zurückzuführen und wird sie bei der inländischen Einkommensbesteuerung nicht berücksichtigt (§ 6 Abs. 6 Satz 2 AStG-E), so ermöglicht § 6 Abs. 6 Satz 4 AStG-E wenigstens eine Steueranrechnung. Auf die nach dem fiktiven Veräußerungsgewinn ermittelte Steuer wird die auf die Gewinnausschüttungen erhobene und keinem Ermäßigungsanspruch mehr unterliegende inländische Kapitalertragsteuer (einschließlich des hierauf entfallenden Solidaritätszuschlages) angerechnet.

## 7. Mitteilungspflichten (§ 6 Abs. 7 AStG-E)

§ 6 Abs. 7 AStG-E statuiert für die Stundung in EG-/EWR-Fällen des § 6 Abs. 5 AStG-E umfassende Mitteilungspflichten des Steuerpflichtigen, deren Nichterfüllung ihrerseits einen Widerruf der Stundung auslösen kann. Die erhöhten Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen (§ 90 Abs. 2 AO) sollen die Erhebung der Steuer sichern.

Nach § 6 Abs. 7 Satz 1 AStG-E hat der Steuerpflichtige dem zuletzt für ihn beim Wegzug zuständigen Finanzamt nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck die Verwirklichung eines Tatbestandes mitzuteilen, der nach § 6 Abs. 5 Satz 4 AStG-E zum Widerruf der Stundung führt. Die Mitteilung hat innerhalb eines Monats nach dem meldepflichtigen Ereignis zu erfolgen (§ 6 Abs. 7 Satz 2, AStG-E). Im Fall einer Veräußerung oder unentgeltlichen Übertragung<sup>47</sup> ist ein schriftlicher Nachweis für das Rechtsgeschäft beizufügen (§ 6 Abs. 7 Satz 3 AStG-E).

Nach § 6 Abs. 7 Satz 4 AStG-E hat der Steuerpflichtige dem zuständigen Finanzamt zudem jährlich bis zum 31. 1. schriftlich seine am 31. 12. des vorangegangenen Kalenderjahres geltende Anschrift mitzuteilen und zu bestätigen, dass er oder im Fall der unentgeltlichen Rechtsnachfolge der Rechtsnachfolger weiterhin Inhaber der Anteile ist. Wird die aktuelle Anschrift nicht mitgeteilt oder die weitere Inhaberschaft nicht bestätigt, so besteht die Möglichkeit des eigenständigen Widerrufs der Stundung (§ 6 Abs. 7 Satz 5 AStG-E). Dies ist EG-rechtlich bedenklich, weil sie im Verhältnis zu Inlandsfällen eine Schlechterstellung darstellt. Bei der Ermessensentscheidung über den Widerruf wird zu bedenken sein, ob die Nichtmitteilung den Schluss zulässt, dass ein Widerrufsgrund nach § 6 Abs. 5 Satz 4 AStG-E vorliegt und entgegen § 6 Abs. 7 Satz 1 AStG-E nicht mitgeteilt, oder ob die Mitteilung schlicht nicht erfolgte (z. B. vergessen wurde).

## 8. Steuerpflicht in Nicht-DBA-Fällen (§ 6 Abs. 8 AStG-E)

§ 6 Abs. 8 AStG-E enthält eine neuartige Regelung, die als Ergänzung zum Grundtatbestand des § 6 Abs. 1 Satz 1 AStG-E zu sehen ist.<sup>48</sup> Danach gilt auch der Wegfall der unbeschränkten Steuerpflicht durch Begründung des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Auf-

<sup>45</sup> So die knappe Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 6 Satz 3 AStG-E.

<sup>46</sup> Vgl. dazu oben Fn. 41.

<sup>47</sup> § 6 Abs. 5 Satz 4 Nr. 1 und 2 AStG-E.

<sup>48</sup> Nach Wassermeyer (Fn. 16) ist § 6 Abs. 8 AStG-E „eine Fehlleistung besonderer Art“, da sie gedanklich und begrifflich misslungen sei.

enthalt in einem Staat, mit dem kein DBA besteht, als Veräußerung von Anteilen (§ 6 Abs. 8 Satz 1 AStG-E). Eine Steuerpflicht nach § 6 Abs. 1 AStG-E würde in diesen Fällen nicht entstehen, weil das deutsche Besteuerungsrecht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften unter der beschränkten Einkommensteuerpflicht<sup>49</sup> nicht ausgeschlossen ist. Nach der Gesetzesbegründung soll zur Sicherung des deutschen Steueraufkommens eine Entstrickung angenommen werden. Daher will § 6 Abs. 8 Satz 1 AStG-E eine Veräußerung fingieren. § 6 Abs. 8 Satz 2 AStG-E erstreckt die Anwendung der Bestimmung auf Fälle der unentgeltlichen Rechtsnachfolge, wenn der Rechtsnachfolger seinen Wohnsitz in einem Nicht-DBA-Staat hat, und auf Fälle der Einlage der Anteile in eine Betriebsstätte in einem Nicht-DBA-Staat.

### 9. Anwendungsvorschrift (§ 21 Abs. 13 AStG-E)

Nach § 21 Abs. 13 Satz 1 AStG-E sind § 6 Abs. 1 und Abs. 8 AStG-E erstmals für den Veranlagungszeitraum 2007 anzuwenden. Da diese Bestimmungen zu einer wesentlichen Erweiterung des Anwendungsbereiches der Wegzugsbesteuerung führen und insbesondere Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften dieser Besteuerung unterwerfen, besteht bis Ende 2006 ein Zeitfenster, der Wegzugsbesteuerung bei Anteilen an ausländischen Kapitalgesellschaften durch Wegzug oder die nach § 6 Abs. 3 AStG gleichgestellten Tatbestände zu entgehen.

Nach § 21 Abs. 13 Satz 2 AStG-E sind § 6 Abs. 2 bis 7 AStG-E in allen Fällen anzuwenden, in denen die Einkommensteuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt ist. Die Anwendung der Neuregelungen in § 6 Abs. 2 bis 7 AStG-E auf nichtbestandskräftige Fälle begegnet keinen wesentlichen Bedenken, weil diese Regelungen grundsätzlich eine Milderung gegenüber der derzeitigen Regelung (§ 6 Abs. 4 und 5 AStG) darstellen. Allerdings enthalten diese neuen Regelungen in ihrem Anwendungsbereich auch Belastungen, u. a. Nachweis- und Mitteilungspflichten, die naturgemäß nicht rückwirkend rechtzeitig erfüllt werden können. Auch ist der Widerruf der Stundung zumindest isoliert betrachtet nachteilig, so dass sich die Frage stellt, ob die Anwendung der Neuregelung auf nicht bestandskräftige Fälle zu einer unzulässigen Rückwirkung führt. Dagegen könnte man anführen, dass ein möglicher Vertrauenstatbestand durch das BMF-Schreiben vom 8. 7. 2005<sup>50</sup> zerstört wurde. Allerdings dürfte diesem BMF-Schreiben EG-rechtlich kaum durchschlagende Wirkung zukommen. Ausgangspunkt ist, dass die derzeitige Wegzugsbesteuerung EG-rechtswidrig ist, und sei es nur aufgrund ihrer Ausgestaltung. Wenn aber die bisherige Wegzugsbesteuerung gemeinschaftsrechtswidrig ist, kann ein Verwaltungserlass diese Vorschrift nicht auf das gerade noch europarechtlich verträgliche Maß reduzieren und damit aufrecht erhalten. Denn die EG-Rechtswidrigkeit nationaler Rechtsvorschriften kann nur durch zwingende innerstaatliche Bestimmungen behoben werden, die dieselbe rechtliche Wirkung besitzen, wie die zu ändernden Bestimmungen.<sup>51</sup> Auch eine gesetzliche Neuregelung kann EG-rechtlich kaum zu einer geltungserhaltenden Reduktion für die Vergangenheit führen, soweit die auf abgeschlossene Sachverhalte anzuwendenden Vorschriften ihrerseits zu Erschwernissen und Belastungen führen.<sup>52</sup> Denn sonst würde eine gemeinschaftsrechtlich abgesicherte Rechtsposition durch die Neuregelung abgeschwächt. Es bestehen daher Chancen, der Wegzugsbesteuerung bis Ende 2006 zu entgehen, ohne dass die in § 6 Abs. 5

<sup>49</sup> § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e EStG.

<sup>50</sup> BMF, 8. 6. 2005 (Fn. 11).

<sup>51</sup> Vgl. EuGH, 26. 10. 1995 – Rs. C-151/94, Kommission/Luxemburg, Slg. 1995, I-3685, RfW 1995, 1046, EWS 1996, 73 (Biehl II).

<sup>52</sup> Das EuGH-Urteil N (Fn. 10) Rdnr. 57 spricht meines Erachtens auch dafür, dass die Unverhältnismäßigkeit einer Wegzugsbesteuerung nicht rückwirkend beseitigt werden kann.

Satz 4 AStG-E angeführten Ereignisse doch noch zur Steuererhebung führen.

### III. Wertverknüpfung bei Zuzug (§ 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E)

In unmittelbarem Zusammenhang mit der Neuregelung der Wegzugsbesteuerung steht § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E, der die Gewinnermittlung in Zuzugsfällen betrifft.

Bei der Veräußerung von Anteilen wird der Gewinn grundsätzlich als Differenz zwischen dem Veräußerungspreis der Anteile<sup>53</sup> und den Anschaffungskosten ermittelt. Nach der derzeitigen Rechtslage sind die historischen Anschaffungskosten auch maßgeblich, wenn der Anteilseigener im Zeitpunkt der Anschaffung noch beschränkt steuerpflichtig war<sup>54</sup>, was zu einer rückwirkenden Wertzuwachsbesteuerung führt. Lediglich im Rahmen der Wegzugsbesteuerung ist derzeit bei Anteilen, die dem Steuerpflichtigen nachweislich bei der erstmaligen Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht gehört haben, der gemeine Wert der Anteile in diesem Zeitpunkt anzusetzen.<sup>55</sup>

Nach § 17 Abs. 2 Satz 3 EStG-E soll nun in Fällen eines vorangegangenen Zuzugs nach Deutschland für die Wertzuwachsbesteuerung an die Stelle der historischen Anschaffungskosten allgemein der Wert treten, den der Wegzugsstaat seiner Wegzugsbesteuerung zugrunde gelegt hat, höchstens jedoch der gemeine Wert der Anteile beim Zuzug. Dazu muss der Steuerpflichtige nachweisen, dass ihm die Anteile bereits bei Begründung der unbeschränkten Steuerpflicht zuzurechnen waren und dass der bis dahin entstandene Vermögenszuwachs im Wegzugsstaat einer Wegzugsbesteuerung unterlegen hat, die § 6 AStG vergleichbar ist.<sup>56</sup>

Die Wertverknüpfung verhindert, dass Deutschland den Wertzuwachs vor dem Zuzug ein zweites Mal besteuert. Setzt der Wegzugsstaat aber einen höheren als den gemeinen Wert an, kommt es zu einer Überschneidung und einer partiellen Doppelbesteuerung.

### IV. Beurteilung der neuen Wegzugsbesteuerung

Nach den EuGH-Urteilen *de Lasteyrie du Saillant*<sup>57</sup> und *N*<sup>58</sup> muss davon ausgegangen werden, dass nicht jede Wegzugsbesteuerung schlechthin und unabhängig von der jeweiligen Zielsetzung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist und dass das Gemeinschaftsrecht auch keinen endgültigen Verzicht des Wegzugsstaates auf die im Zeitpunkt des Wegzugs bestehenden stillen Reserven verlangt<sup>59</sup>. Allerdings müssen die Modalitäten der Wegzugsbesteuerung gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet werden. Dabei darf insbesondere der Wegzugsfall nicht schlechter behandelt werden als der rein inländische Fall, die Besteuerungsmaßnahmen müssen verhältnismäßig sein und dürfen nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.

Dem wird die Neuregelung meines Erachtens nicht durchgängig gerecht. Sie von dem Streben geprägt ist, die deutsche Besteuerung möglichst weit auszudehnen und zeitlich unbeschränkt aufrechtzuerhalten.<sup>60</sup>

53 Bei der verdeckten Einlage der gemeine Wert der Anteile, § 17 Abs. 2 Satz 2 EStG.

54 Vgl. BFH, 19. 3. 1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312, BB 1996, 1258 m. w. N. Lediglich wenige DBA enthalten eine Wertverknüpfung mit der Wegzugsbesteuerung des anderen Staates, u. a. DBA mit Finnland, Österreich, Polen, vgl. *Prokisch*, in Vogel/Lehner, DBA, Art. 13 Rz. 83 f.

55 § 6 Abs. 1 Satz 2 AStG.

56 Da dieser Wertansatz des § 17 EStG auch bei der Anwendung des § 6 AStG gilt, erübrigt sich die bisherige Regelung des § 6 Abs. 1 Satz 2 AStG.

57 EuGH, 11. 3. 2004 (Fn. 2).

58 EuGH, 7. 9. 2006 (Fn. 10).

59 Siehe dazu EuGH, 7. 9. 2006 (Fn. 10) Rdnr. 41 ff.

Die wesentliche Neuregelung besteht in der zinslosen Stundung von Amts wegen ohne Sicherheitsleistung in EG-/EWR-Fällen. Die Ausgestaltung der Besteuerung wird nach der Neuregelung zwar verbessert, hinterlässt aber Zweifel, Fragen und Unklarheiten. Die Wegzugsbesteuerung führt schon durch die Steuerfestsetzung (ungeachtet der Stundungsmöglichkeit) zu einer wirtschaftlichen Belastung mit einer latenten Steuer, die sich nachteilig auswirkt (z. B. bei der Kreditwürdigkeit des Steuerpflichtigen). Die Stundung ist zudem an materiell- und verfahrensrechtliche Voraussetzungen geknüpft, die sowohl EG-rechtliche Bedenken auslösen als auch die praktische Tauglichkeit in Frage stellen können; sie liegen außerhalb des Einflussbereichs des Steuerpflichtigen und sind Sache der Finanzverwaltungen der Mitgliedstaaten. Die beschränkte Berücksichtigung von Wertminderungen nach dem Wegzug ist unzulänglich und führt zu steuerlichen Mehrbelastungen. Hinzu kommen strenge Nachweis- und zeitlich knapp bemessene Mitteilungspflichten, die der Steuerpflichtige zum Teil tatsächlich und rechtlich nicht erfüllen kann. Die Neuregelung erscheint daher in wesentlichen Punkten nachbesserungsbedürftig.

Das größte Manko der Neuregelung besteht darin, dass die latente Steuerlast in EG-/EWR-Fällen zeitlich unbeschränkt fortbesteht. Allein die praktische Handhabbarkeit durch den Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung spricht dagegen, potenzielle Steuererhebungsfälle ohne zeitliche Begrenzung verfahrensmäßig zu führen und zu kontrollieren. Auch wenn der realisierte Veräußerungsgewinn dem rechnerischen Vermögenszuwachs beim Wegzug entspricht, kann vernünftigerweise nicht bestritten werden, dass der Art und Qualität nach häufig andere stille Reserven realisiert werden, wenn der Verkauf lange Zeit nach dem Wegzug erfolgt. Die auf die beim Wegzug vorhandenen stillen Reserven gründende Ermittlung des Vermögenszuwachses verliert daher im Laufe der Zeit ihre Berechtigung. Hier sollte nach angemessener Zeit (z. B. die in Anlehnung an die zeitliche Anknüpfung des § 6 Abs. 1 AStG nach zehn Jahren) die nachträgliche Steuererhebung entfallen.

Man wird dem Gesetzgeber kaum streitig machen können, dass er den Besteuerungsanlass umfassend regelt und auch Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften der Wegzugsbesteuerung unterwirft. Damit vollzieht sich ein Paradigmenwechsel. Nach den ersten Referentenentwürfen<sup>61</sup> für das AStG sollte sich die Wegzugsbesteuerung auf Anteile sowohl an inländischen als auch an ausländischen Kapitalgesellschaften erstrecken. Da jedoch nach dem Sinn der Wegzugsbesteuerung nur die dem Inland zuzuordnenden stillen Reserven besteuert werden sollten, beschränkten sich die späteren Entwürfe und die derzeitige Fassung des § 6 AStG auf Anteile an inländischen Kapitalgesellschaften, weil nur insoweit eine Bindung an die deutsche Volkswirtschaft besteht. Bei einer Ausweitung der Wegzugsbesteuerung auf Anteile an ausländischen Kapitalgesellschaften fehlt der doppelte Bezug zum Inland, der bei solchen Anteilen nur aufgrund der mindestens zehnjährigen unbeschränkten Steuerpflicht des Anteilsinhabers besteht.

Eine Wegzugsbesteuerung muss sich aber auf die stillen Reserven beschränken, die sich während der Ansässigkeit im Inland gebildet haben.<sup>62</sup> Folgerichtig wäre, der Vermögenszuwachsbesteuerung nach § 17 EStG den Wert der Anteile beim Zuzug ins Inland unabhängig von der Besteuerung im Wegzugsstaat zugrunde zu legen.<sup>63</sup> Die jetzt vorgesehene bloße Wertverknüpfung kann be-

60 *Wassermeyer* (Fn. 16) wirft dem Gesetzgeber zudem zahlreiche Denkfehler bei § 6 AStG-E vor.

61 Referentenentwürfe von Ende 1970 und März 1971.

62 Das entspricht auch dem vom EuGH im Urteil *N* (Fn. 10) Rdnr. 41 ff., 46 grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund anerkannten Territorialitätsprinzip.

stenfalls eine Doppelbesteuerung vermeiden, macht aber bei der Wegzugsbesteuerung den fehlenden Bezug zum Inland insbesondere bei Anteilen an einer ausländischen Kapitalgesellschaft augenscheinlich. Bei Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften stellt die Wertverknüpfung eine Verschlechterung gegenüber der derzeitigen Wegzugsbesteuerung<sup>64</sup> dar, die sich auf die Besteuerung der während der inländischen Ansässigkeit entstandenen stillen Reserven beschränkt.

Ohne eine entsprechende Rechtsangleichung unter den Mitgliedstaaten bleibt der steuerliche Umzug innerhalb der Union nachteilig und stehen die Regelungen der Mitgliedstaaten der Verwirklichung des Binnenmarkts entgegen. Auch nach der Neuregelung wird der Umzug von München nach Bozen steuerlich anders behandelt als der Umzug von München nach Bonn.

### **SEStEG**

Wegzugsbesteuerung, Drittlands-Fälle, Stundung,  
Wertminderung nach Wegzug

### **Wegzugsbesteuerung**

Überblick, Drittlands-Fälle, Stundung, Wertminderung  
nach Wegzug, SEStEG

**63** Die österreichische Wegzugsbesteuerung erfasst zwar die stillen Reserven beim Wegzug, führt aber nicht zu einer Steuerfestsetzung. Veräußert der Steuerpflichtige die Anteile nicht innerhalb von zehn Jahren nach seinem Wegzug, entfällt die österreichische Wegzugsbesteuerung. Deshalb hat der Wertzuwachs aus deutscher Sicht nicht einer Besteuerung im Wegzugsstaat unterliegen. Bei Festsetzung einer ausländischen Wegzugssteuer, die schlicht nicht bezahlt wird und möglicherweise wegen Zahlungsverjährung erlischt, hätte der Wertzuwachs einer Besteuerung unterliegen, auch wenn die Steuer nicht effektiv erhoben wurde.

**64** Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AStG wird der gemeine Wert der Anteile beim Zuzug unabhängig von einer Wegzugsbesteuerung durch den Wegzugsstaat angesetzt wird.