

Einführung

A. Einleitung

Die stetige Zunahme grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung und Unternehmenstransaktionen begründet ein erhebliches Bedürfnis, steuerliche Hindernisse grenzüberschreitender Umstrukturierungen zu beseitigen. Eine Sofortbesteuerung allein aufgrund eines Grenzübertritts wirkt in vielen Fällen prohibitiv, weil der Steuerpflichtige ohne Veräußerungsakt nicht über die zur Zahlung der Steuer erforderliche Liquidität verfügt, so daß wirtschaftlich sinnvolle grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse unterbleiben oder auf Umwegen erreicht werden müssen. Auch wenn das neue Umwandlungssteuergesetz¹ nunmehr grundlegend und systematisch mit dem Ziel der Internationalisierung² überarbeitet worden ist, so ist dennoch dessen Europarechtskonformität angesichts der jüngsten Entwicklung des europäischen Primärrechts im Bereich der direkten Steuern³ fraglich. Eine Aufdeckung und sofortige Besteuerung stiller Reserven kann betriebswirtschaftlich gewünschte internationa-

¹ Umwandlungssteuergesetz vom 07.12.2006, verkündet als Art. 6 des Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG), BGBl. I S. 2782, ber. 2007 I S. 66, am 13.12.2006 in Kraft getreten.

² Bericht des Finanzausschusses des Bundestags vom 09.11.2006, BT-Drucksache 16/3369, zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (SEStEG) - Drucksachen 16/2710, 16/2934 -, S. 2.

³ Vorweg wird auf folgende Urteile des EuGH hingewiesen: Nach dem Urteil vom 21.11.2002, C-436/00 (X und Y), Slg. 2002, I-10829, verstößt eine Norm, die isoliert bei rein innerstaatlichen Umstrukturierungen auf die Aufdeckung stiller Reserven verzichtet, gegen die Niederlassungsfreiheit - bzw. je nach der Höhe der Beteiligung - gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Nach dem Urteil vom 11.03.2004, C-9/02 (de Lasteyrie du Saillant), Slg. 2004, I-2409, benachteiligt die französische Wegzugsbesteuerung den grenzüberschreitenden Wegzug natürlicher Personen innerhalb der Europäischen Union, weil sie diesen zum Anlaß der Besteuerung unrealisierter Wertsteigerung bestimmter Wertpapiere nimmt, dagegen bei Verbleib im Inland die tatsächliche Realisation abwartet. Im Urteil vom 07.09.2006, C-470/04 (N), Slg. 2006, I-7409, wurde festgestellt, daß es einem Mitgliedstaat verwehrt ist, ein System einzuführen, nach dem der latente Wertzuwachs von Gesellschaftsanteilen besteuert wird, wenn ein Steuerpflichtiger aus diesem Mitgliedstaat wegzieht, das die Stundung dieser Steuer von der Leistung von Sicherheiten abhängig macht und das Wertminderungen, die möglicherweise nach der Verlegung des Wohnsitzes des Betroffenen eingetreten und nicht bereits im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt worden sind, nicht vollständig berücksichtigt.

le Umstrukturierungen behindern. Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, daß durch einen Wechsel der Steuerhoheit anläßlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung die Gefahr des endgültigen Verlustes bestehender deutscher Besteuerungsrechte besteht. Das fiskalische Interesse an der Sicherung inländischen Steuersubstrats gelangt so in ein Spannungsverhältnis mit den europäischen Grundfreiheiten. Bei der Besteuerung grenzüberschreitender Sachverhalte innerhalb des europäischen Binnenmarktes ist nämlich stets auch das vorrangige EG-Recht zu bedenken⁴. Die Frage nach der europarechtskonformen Auflösung dieses Spannungsverhältnisses mündet vorliegend in der Untersuchung der Sofortbesteuerungsregelung des neuen Umwandlungssteuergesetzes betreffend einen bestimmten wirtschaftlich bedeutenden Umwandlungstypus: die Verschmelzung.

Die Verschmelzung, welche auch als Fusion bezeichnet wird, ist eine der effektivsten Möglichkeiten einen Unternehmenszusammenschluß herbeizuführen. Unter ihr wird ein Zusammenschluß von zwei oder mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen zu einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit verstanden. Dabei kann zwischen zwei Arten der Verschmelzung unterschieden werden: der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung durch Neugründung. Eine Verschmelzung durch Aufnahme liegt vor, wenn eine oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen; eine Verschmelzung durch Neugründung, wenn das gesamte Vermögen auf eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen wird. Mit der Vermögensübertragung, die sich nach deutschem Recht im Wege der Universalsukzession⁵ vollzieht, wird der übertragende Rechtsträger aufgelöst.

⁴ Vgl. zum Einfluß des Europarechts auf die Körperschaftsteuer *Fischer*, DStR 2006, S. 2281.

⁵ Die Universalsukzession wird grundsätzlich als Nachfolge in das vollständige Vermögen einer Person definiert, wenn diese erlischt. Wegen der bisher fehlenden bzw. unzureichenden gesellschaftsrechtlichen Grundlagen für grenzüberschreitende Verschmelzungen wurde in der Praxis versucht, aus wirtschaftlicher Sicht ein der Verschmelzung ähnliches Ergebnis durch Einzelrechtsnachfolge zu erzielen. Es wurde das übertragende Unternehmen liquidiert und die Vermögensgegenstände und Schulden einzeln auf das übernehmende Unternehmen übertragen. Bekannt wurden dabei vor allem Großfusio-

Unter einer grenzüberschreitenden Verschmelzung versteht man die gesellschaftsrechtliche Fusion über die Grenze oder den grenzüberschreitenden Zusammenschluß mehrerer Unternehmen zu einem Unternehmen im Wege des Vermögensübergangs von dem übertragenden auf das übernehmende bzw. neue Unternehmen. Die grenzüberschreitende Verschmelzung bezeichnet also die Vereinigung von Gesellschaften, die in unterschiedlichen Staaten ansässig sind⁶. Die Vereinigung erfolgt dabei in der Weise, daß zumindest eine der beteiligten Gesellschaften unter Ausschluß der Abwicklung ihre rechtliche Existenz aufgibt. Aus Sicht des nationalen Gesetzgebers wird die grenzüberschreitende Verschmelzung daher in zwei Fallgruppen unterteilt: Befindet sich die übertragende Gesellschaft im Inland und die übernehmende bzw. neuzugründende Gesellschaft im Ausland, handelt es sich um eine Hinausverschmelzung; im umgekehrten Fall um eine Hereinverschmelzung.

Die Verschmelzung läßt sich des weiteren hinsichtlich ihres Funktionstypus unterscheiden: Die Verschmelzung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten vereinigt idealtypisch voneinander unabhängige Unternehmen. Sie ist eine Maßnahme der Unternehmenskonzentration und kann daher als Konzentrationsverschmelzung bezeichnet werden. Demgegenüber erfaßt die Konzernverschmelzung Unternehmen, die schon vor der Verschmelzung verbunden waren. Die wirtschaftliche Verfügungsmacht wird durch die Verschmelzung daher kaum berührt. Da in den Machtverhältnissen keine Änderung eintritt, bewirkt die Verschmelzung nicht eine Unternehmenskonzentration, sondern eine Konzernumstrukturierung.

Schließlich hat die Verschmelzung diese beiden Funktionstypen mit der Unternehmenseinbringung gemeinsam. Erfolgt die Einbringung in eine Gesellschaft, die bereits ein Unternehmen betreibt und mit dem einbringenden Rechtsträger nicht beteiligungsmäßig verbunden ist, liegt wiederum ein Konzentrationsvor-

nen wie von Daimler/Chrysler aus dem Jahr 1998 und von Hoechst/Rhone-Poulenc aus dem Jahr 1999.

⁶ Da der Unternehmenszusammenschluß über die Grenze zweier Staaten erfolgt, kann der Begriff der transnationalen Verschmelzung synonym verwendet werden. Hierzu und zu den Begriffen der Fusion und Verschmelzung ausführlich *Kindler*, in: MüKo, IntGesR, Rn. 829.

gang vor. Diese verschmelzungsähnliche Einbringung unterscheidet sich von der Konzentrationsverschmelzung nur durch das Fehlen der Universalsukzession und der automatischen Vollbeendigung der übertragenden Gesellschaft. Erfolgt die Einbringung hingegen in eine Untergesellschaft, handelt es sich bei diesem als Ausgliederung bezeichneten Vorgang um eine Maßnahme der Konzernumstrukturierung. Ebenso wie bei der Konzernverschmelzung bleibt die Verfügungsmacht faktisch erhalten; nur ihr „rechtliches Kleid“ ändert sich. Das eingebrachte Unternehmen, das dem übertragenden Rechtsträger zunächst unmittelbar schuld- und sachenrechtlich zugeordnet war, wird nach der Einbringung über eine Beteiligung beherrscht. Die Konzernverschmelzung kann insofern als *actus contrarius* zur Ausgliederung betrachtet werden.

Ungeachtet der Unterschiede zwischen den rechtlichen Strukturtypen der Verschmelzung und Einbringung, die sich mit den Funktionstypen der Unternehmenskonzentration und Konzernumstrukturierung überschneiden, ist diesen Übertragungsvorgängen gemeinsam, daß das unternehmerische Engagement - trotz Wechsels des Rechträgers - fortgeführt wird. Bei der Konzernumstrukturierung durch Ausgliederung wird die wertmäßige Zuordnung und Verfügungsmacht über das Unternehmen durch die Beteiligung vermittelt, sachen- und schuldrechtliche Herrschaftsbefugnisse sind durch verbandsrechtliche ersetzt worden. Bei der Konzernverschmelzung wechselt das Rechtskleid des unternehmerischen Engagements in umgekehrter Richtung.

Die steuerliche Problematik der grenzüberschreitenden Verschmelzung liegt in einer durch den Vorgang ausgelösten steuerlichen Zusatzbelastung⁷. Ein wesentlicher Schritt zur Beseitigung steuerlicher Hindernisse wurde durch die „Richtlinie des Rates vom 23. Juni 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten

⁷ Vgl. Jacobs, Unternehmensbesteuerung, S. 1087.

betreffen“⁸, geschaffen. Die steuerliche Fusionsrichtlinie sollte eine steuerneutrale Verschmelzung von EU-Kapitalgesellschaften⁹ ermöglichen.

Das deutsche Gesellschaftsrecht enthielt hierzu allerdings bislang keine ausdrücklichen Regelungen. Obwohl vereinzelt grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung deutscher Rechtsträger erfolgreich durchgeführt wurden¹⁰, wurde bisher die Beteiligung von deutschem Recht unterliegenden Rechtsträgern an sämtlichen Formen grenzüberschreitender Umwandlungen für unzulässig angesehen¹¹. Der Gesetzgeber sah sich daher nicht veranlaßt, die Vorgaben der steuerlichen Fusionsrichtlinie insofern in innerstaatliches Recht umzusetzen.

Dies hat sich zwischenzeitlich geändert. Seit dem 15.12.2005 lag zum einen die Verschmelzungsrichtlinie¹² vor, die einen detaillierten rechtlichen Rahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen von EU-Kapitalgesellschaften vorgibt.

⁸ Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (Steuerliche Fusionsrichtlinie), Abl. EG L 225 vom 20.08.1990, S. 1. Die steuerliche Fusionsrichtlinie ist durch die Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17.02.2005, Abl. EG L 58 vom 04.03.2005, S. 19, geändert worden. Sie entspricht zwar der ursprünglichen Fassung im Wesentlichen, soll aber vor allem eine Erweiterung des Anwendungsbereichs und eine Verbesserung der Methoden des Besteuerungsaufschubs bewirken. Zu den Änderungen vgl. auch *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, S. 2640.

⁹ Unter einer EU-Kapitalgesellschaft ist eine in Art. 3 der steuerlichen Fusionsrichtlinie und des Anhangs zur steuerlichen Fusionsrichtlinie aufgeführte Kapitalgesellschaft zu verstehen. Eine Wiedergabe dieser Anlage findet sich in der Anlage zum UmwStG. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen vgl. *Widmann*, in: *Widmann/Mayer*, Anh. 1 Rn. 3.

¹⁰ Nach *Dorr/Stukenborg*, DB 2003, S. 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, S. 1061.

¹¹ *Großfeld*, AG 1996, S. 302; *Großfeld*, in: *Staudinger*, IntGesR, Rn. 699; *Hoffmann*, NZG 1999, S. 1077 (1078); *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger*, Rn. B 27; *Schaumburg*, GmbHR 1996, S. 501; *Heckschen*, in: *Widmann/Mayer*, § 1 UmwG Rn. 29; *Semler/Stengel*, in: *Semler/Stengel*, Einl. A Rn. 112 ff.; *Stratz*, in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 1 Rn. 3 ff.

¹² Richtlinie 2005/56/EG des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Verschmelzungsrichtlinie), Abl. EG L 310 vom 25.11.2005, S. 1; die Umsetzungsfrist läuft bis Dezember 2007.