

Privatstiftung und Umgründungen

**Gedenkschrift
für
Franz Helbich**

herausgegeben von

Dr. Elisabeth König

Dr. Eberhard Wallentin

Prof. Dr. Werner Wiesner



LexisNexis®

Verlustvortrag bei Verschmelzungen in- und außerhalb von Unternehmensgruppen

– Zugleich eine steuersystematische und rechtspolitische Kritik der Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung –

Hanns F. Hügel¹

Gliederung	Seite
I. Einleitung	190
II. Ratio legis des Verlustabzugs	191
III. Kernelemente der steuergesetzlich verpönten Verlustverwertung	192
A. Vorpositivistische Betrachtung: mögliche Regelungselemente	192
1. Argumente gegen die Diskriminierung der Verlustverwertung	192
2. Erstes Kernelement: Verlustübertragung in die Sphäre anderer Rechtsträger	193
3. Zweites Kernelement: Wegfall, Reduktion oder Änderung des Vermögens der Verlust-Körperschaft	194
4. Rechtsfolgen: Verlustuntergang, verweigerter Verlustübergang	195
5. Unwiderlegliche Vermutung einer Verlustverwertungs-Transaktion kraft Anknüpfung an Surrogatmerkmale	196
B. Rechtsnachfolge in Steuerrechtspositionen gemäß § 19 Abs 1 BAO	196
1. Verlustübergang bei todesbedingter Gesamtrechtsnachfolge	197
2. Kontinuität bei Umgründungen ohne Buchwertfortführung	199
C. Analyse der geltenden Antiverlustverwertungs-Regelungen	203
1. Mantelkaufatbestand (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG)	203
2. Einschränkung des Verlustabzuges bei Umgründungen nach § 4 Z 1 UmgrStG	204
3. Fazit: Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential aus Aktivitäten anderer Rechtsträger als Kern der gesetzlich verpönten Verlustverwertung	205
4. Ein Seitenblick auf das Unionsrecht	206
IV. Kritik der Lex lata und Reformvorschläge	208
A. Verschmelzungen außerhalb von Unternehmensgruppen	208
1. Verlustwegfall bei der übernehmenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit b UmgrStG)	208
2. Verluste der übertragenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit a UmgrStG)	211
B. Verschmelzungen unter Beteiligung von Gruppengesellschaften	212
1. Gruppenbezogene Betrachtungsweise des Objektbezugs	212
2. Gruppeninterne Verschmelzung	213
3. Verschmelzung mit einer gruppenexternen Körperschaft	216
C. Vorgeschlagene Gesetzesänderungen	217
V. Rechtspolitische Einwände gegen die Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung	217
VI. Ergebnisse	220

¹ Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel, Rechtsanwalt in Mödling, Universität Wien.

Literatur:

Beiser, Die „Vererbbarkeit“ von Verlustvorträgen im Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland, RdW 2000, 571; Werner Doralt, Verlustvertrag und Verlustausgleich nicht vererbbar? RdW 1986, 125; Farmer, Verlustübergangs- und Verlustvortragsbeschränkungen im Umgründungssteuerrecht – Missbrauchsbekämpfung oder Steueranknüpfung?, in FS Pircher (2007) 99; Gassner, Steuerliche Rechtsnachfolge und Strukturverbesserungsrecht, in FS Helbich (1990) 33; Gassner, Die Bedeutung der Rechtsnachfolge im Steuerrecht, in FS Stoll (1990) 317; Gatterer, Der Wartungserlass 2011 (Art I) zu den UmgrStR im Zusammenhang mit der Gruppenbesteuerung, taxlex 2012, 85; Helbich, Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht² (1984); Helbich, Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht² (1984); Hey, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303; Hohenwarter-Mayr, Rechtsnachfolge im Steuerrecht, in Holoubek/Lang, Die allgemeinen Bestimmungen der BAO (2012) 355; Mayr, Gruppenbesteuerung: Verlustvortrag bei Umgründungen, RdW 2010, 536; Mayr/Petrag/Schlager, UmgrStR: Aktuelles zur Verschmelzung, RdW 2012, 54; Pinetz/Schaffer, Übergang von Verlustvorträgen bei Umgründungen in der Unternehmensgruppe, ÖStZ 2013, 80; Plott, Kann durch eine Umgründung auf Ebene der Gruppenmitglieder tatsächlich ein Verlustvortrag beim Gruppenträger untergehen? ÖStZ 2010, 436; Ruppe, Einkommensteuerrechtliche Positionen bei Rechtsnachfolge, in Schulze-Osterloh (Hrsg), Rechtsnachfolge im Steuerrecht (1987) 45; Schneider, Was verlangt eine marktwirtschaftliche Steuerreform: Einschränkung des Verlust-Mantelkaufs oder Ausweitung des Verlustausgleichs durch handelbare Verlustverrechnungsgutscheine? BB 1988, 1222; Taucher, Erbschaften und Ertragsteuern – Erblasserische Rechtspositionen, Ruhender Nachlass, Erbauseinandersetzungen (1991); Wiesner, Bestand und Zukunft des Strukturverbesserungsrechtes, in FS Stadler (1981) 393; Wild, Verlustuntergang bei Umgründungen, in Kirchmayr/Mayr, Umgründungen (2014) mit Fallbeispielen von Hügel und Diskussionsbeiträgen von Hügel, Mayr, Schumacher, Kirchmayr, Jann und Wiesner.

I. Einleitung

Franz Helbich, dessen die Autoren dieses Aufsatzbandes gedenken, war einer der ersten auf Steuerrecht spezialisierten Rechtsanwälte der Zweiten Republik.² Seine Beiträge zum Vorläufer des UmgrStG, dem Strukturverbesserungsgesetz (StruktVG), sind noch heute lesenswert. Er war Mitherausgeber des umfassenden „Handbuchs der Umgründungen“. Doch nicht nur der *lex lata* galt sein Interesse. Stets hat er auch die Fortentwicklung dieses Rechtsgebiets in rechtspolitischer Hinsicht begleitet und beeinflusst.

So ist es kein Zufall, dass die in diesem Beitrag behandelten Fragen in zweifacher Weise an das Wirken des Verstorbenen anknüpfen:

Die *rechtsdogmatische Frage*, ob die durch den Wartungserlass 2011³ in die UmgrStR aufgenommenen neuen Ausführungen zum Verlustabzug bei Umgründungen (Rz 351, 351e, 352, 352e, 353d und 353g) den gesetzlichen Vorgaben entsprechen,⁴ war Anlass, den Verlustübergang bei Umgründungen auch *steuersystematisch und rechtspolitisch* neu zu überdenken. Dies betrifft vor allem den bereits früher kritisierten, zu weit gehenden Antiverlustverwer-

² Andere sind die Kollegen Franz Eckert sowie – erst vor wenigen Jahren zu früh von uns gegangen – Wolf-Dietrich Arnold. Zur anwaltlichen Tradition multidisziplinärer Rechts- und Steuerberatung vgl das in Vergessenheit geratene, fast 800 Seiten umfassende Monumentalwerk „Recht und Rechnungswesen“ (1948) des Wiener Rechtsanwaltes Robert Haas mit einer umfassenden Darstellung von Buchhaltung, Bilanz und Steuerrecht mit Querverbindungen zum Handelsrecht, Hinweisen zur Unternehmensbewertung und Gestaltung von Gesellschaftsverträgen, ferner selbst zu zivil- und stenerrechtlichen Aspekten von Umgründungen.

³ AÖF 2011/268.

⁴ Dazu vgl den programmatischen Beitrag von Mayr, Gruppenbesteuerung: Verlustvortrag bei Umgründungen, RdW 2010, 536, der im Wartungserlass 2011 umgesetzt wurde. Dagegen – noch vor dem Wartungserlass 2011 – Plott, Kann durch eine Umgründung auf Ebene der Gruppenmitglieder tatsächlich ein Verlustvortrag beim Gruppenträger untergehen? ÖStZ 2010, 436. Zur Kritik am Wartungserlass vgl Wild, Verlustuntergang bei Umgründungen, in Kirchmayr/Mayr, Umgründungen (2014) mit Fallbeispielen von Hügel und Diskussionsbeiträgen von Hügel, Mayr, Schumacher, Kirchmayr, Jann und Wiesner.

tungs-Tatbestand des § 4 Z 1 UmgrStG,⁵ auf dem die genannten Änderungen der UmgrStR beruhen. Angesichts der überaus technisch wirkenden Anknüpfung der Verlustabzugsbegrenzung des § 4 Z 1 UmgrStG und ihrer – aufgrund der Komplexität der Gruppenbesteuerungsregelungen – schwierigen Anwendung auf Verschmelzungen mit Gruppengesellschaften⁶ sind freilich die Grundlagen des Verlustabzugs und die steuersystematische und rechtspolitische Fragwürdigkeit seiner Beschränkung bei Umgründungen und Verlustverwertungs-Transaktionen aus dem Blickfeld geraten; Gleiches gilt im Zusammenhang mit den Aussagen des Wartungserlasses 2011 zum Verlustwegfall bei gruppeninternen Umgründungen für den *telos der Gruppenbesteuerung*, der wegen der Gesamtverrechnung gruppeninterner Gewinne und Verluste an die Stelle der Körperschaft als Einzel-Besteuerungssubjekt – tendenziell – die Unternehmensgruppe als „Konzernbesteuerungseinheit“ stellt.

Die Rückbesinnung auf die Grundprinzipien und die *ratio legis*, die dem Verlustabzug im Allgemeinen und den positiven Anti-Verlustwertungsbestimmungen (dazu II. und III.) sowie der Gruppenbesteuerung zugrunde liegen, ist Voraussetzung der Untersuchung der Rechtsanwendungsfragen des § 4 Z 1 UmgrStG und der oben angeführten Änderungen der UmgrStR durch den Wartungserlass 2011. Die Defizite der positiven Rechtslage gegenüber den herausgearbeiteten *rationes legis* führen zu Reformvorschlägen (dazu IV.). Aus Raumgründen ist mein Beitrag auf die Verschmelzung beschränkt, doch liegen die Konsequenzen für die anderen Umgründungen aufgrund der relevanten Verweisungsnormen des UmgrStG auf der Hand. Die hier analysierten Regelungsdefizite und wirtschaftlichen Effekte bilden zuletzt die Basis einer kritischen Würdigung der Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung (dazu V.).⁷

Und auch diese teleologischen und steuerpolitischen Fragestellungen haben *Franz Helbich* schon frühzeitig beschäftigt.⁸

II. Ratio legis des Verlustabzugs

Nach *Tipke*⁹ ist der Verlustabzug keine Steuervergünstigung, sondern „eine das – bloß technische – Jahresprinzip durchbrechende (unvollkommene) Maßnahme im Sinne des Leistungsfähigkeitsprinzips“. Doch, wie *Knobbe-Keuk*¹⁰ treffend bemerkte, ist „der Verlustabzug nach seiner historischen Entwicklung letztlich nur ein – wenn auch unvollkommener – Ersatz für eine mehrjährige Unternehmens-Durchschnittsbesteuerung“. Die Totalgewinnbesteuerung wäre nur vollkommen verwirklicht, fände die Besteuerung erst beim Tod der natürlichen Person bzw der Vollbeendigung der Körperschaft statt. Doch so lange wartet der Fiskus mit der Besteuerung nicht zu. Die machbare Alternative zeitlich unbegrenzter Verlustvortrags- und Verlustrücktragsregelungen wurde offenkundig noch nie erwogen. Immerhin bewirkt die geltende Verlustabzugsregelung im System der Abschnittsbesteuerung eine Annäherung an die Erfassung nur des Totalgewinns, die dem Leistungsfähigkeitsprinzip vollkommen entsprechen würde.

Abweichungen vom Prinzip der Totalgewinnbesteuerung zum Nachteil des Steuerpflichtigen bestehen im geltenden Recht in mehrfacher Hinsicht. Zunächst ist das Fehlen eines Ver-

⁵ Hügel, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht (2009) § 4 Rz 58 f mwN.

⁶ Sowohl Gruppenmitglieder als auch den Gruppenträger umfassender Obergriff.

⁷ Verfassungsrechtliche Fragen bleiben aus Raumgründen unbehandelt. Vgl aber den instruktiven Überblick über die Verfassungsbedenken gegen § 4 UmgrStG bei *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG³ § 4 Rz 5.

⁸ *Helbich*, Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht² (1984) 25 ff.

⁹ Steuerrecht¹¹ (1987) 174.

¹⁰ Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht (1993) § 16 VII 3.

lustrücktrags zu beanstanden:¹¹ Folgen auf Verlustjahre keine Gewinnjahre (mit zumindest gleich hohen Gewinnen), wird mehr als der Totalgewinn besteuert. Beim Verlustvortrag führt die 75 %-Verrechnungsgrenze – nunmehr auf Körperschaften beschränkt (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG) – stets zu Zinsennachteilen des Steuerpflichtigen, ist aber auch geeignet, die gerade beschriebene, endgültige Nichtberücksichtigung von Verlusten zu begünstigen. Gravierende Abweichungen vom Prinzip der Totalgewinn- bzw Totalüberschussbesteuerung bewirken das ärgerliche Fehlen von Verlustvortragsregelungen bei den außerbetrieblichen Einkünften sowie die Beschränkungen des Verlustausgleichs. Schon hier – noch außerhalb der fiskalisch motivierten Bestimmungen gegen die Verlustverwertungs-Transaktionen – zeigt sich die von *Franz Heidinger* – in Anlehnung an die häufig als sittenwidrig eingestufte *societatis leonina*¹² – pointiert kritisierte Tendenz des Hochsteuerstaates, sich zwar an allen Gewinnen, nicht aber an allen Verlusten zu beteiligen.

III. Kernelemente der steuergesetzlich verpönten Verlustverwertung

A. Vorpositivistische Betrachtung: mögliche Regelungselemente

1. Argumente gegen die Diskriminierung der Verlustverwertung

Wer erlittene Verluste mangels ausreichender Gewinnchancen nicht selbst steuerlich verwerten kann, tendiert dazu, die Verluste anderen Steuerpflichtigen auf entgeltlicher Basis zur steuerlichen Verwertung zu überlassen. Der Erwerber übernimmt die Verluste, um sie mit eigenen positiven Einkünften zu verrechnen. Früher nahm der Gesetzgeber an derartigen Transaktionen keinen Anstoß. Für die steuersystematische und steuerpolitische Unbedenklichkeit solcher Verlustverwertungs-Transaktionen lassen sich gute Gründe ins Treffen führen: Ist das Vermögen des Übertragenden durch die Verluste gemindert worden, tritt der „Kaufpreis“ der Verluste an die Stelle der Steuerminderung, die der Veräußerer – mangels eigener positiver Einkünfte – nicht durch Verlustausgleich oder Verlustabzug lukrieren kann. Der „Kaufpreis“ nähert die wirtschaftliche Situation des „Verkäufers“ an jene anderer Steuerpflichtiger an, die den Verlust infolge eigener positiver Einkünfte selbst verwerten können. Eine Gleichstellung mit solchen Investoren bewirkt die Verlustverwertung ohnehin nicht. Denn: Entspräche der „Kaufpreis“ der Steuerminderung (Verlustbetrag x Steuersatz), käme die Steuerminderung dem „Käufer“ nicht einmal teilweise zugute. Zusätzlich wird der „Käufer“ das Verlustverwertungsrisiko mit einem weiteren Abschlag bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigen. Für die Zulassung von Verlustverwertungs-Transaktionen spricht eine Annäherung der wirtschaftlichen Folgen der gescheiterten Investition des „Newcomers“ an jene der gescheiterten Investition seines arrivierten Konkurrenten, dem die Verrechnung mit eigenen positiven Einkünften offensteht. Zusätzlich mindert die Verlustverwertungsmöglichkeit ganz allgemein das Verlustrisiko von Investitionen.

Dennoch traten die Fisci in vielen Jurisdiktionen der Verlustverwertung entgegen. Ziel ist – oft ganz unverhohlen – nur die Steigerung der Staatseinnahmen. Steuersystematische und rechtspolitische Einwände gegen die Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung wurden in

¹¹ Demgegenüber kennt das deutsche Steuerrecht einen Verlustrücktrag wenigstens auf das unmittelbar vorangehende Gewinnjahr (§ 10d dEStG, § 8 Abs 9 Satz 4 dKStG).

¹² So bezeichneten die römischen Juristen die in einer Fabel des Phaedrus geschilderte Gemeinschaft zur Futtermittelbeschaffung zwischen Kuh, Ziege, Schaf und Löwe, bei der der Löwe allein alles auffraß.

Österreich kaum,¹³ in Deutschland hingegen mit aller nur wünschenswerter Deutlichkeit¹⁴ erhoben.

2. Erstes Kernelement: Verlustübertragung in die Sphäre anderer Rechtsträger

Was die Reichweite der Antiverlustverwertungs-Regelung – konkret: den Kreis der diskriminierten Transaktionsarten – betrifft, kann die Regelung unterschiedliche Intensität aufweisen: Sachlogisch knüpfen die Mantelkauf-Regelungen zunächst an einen *Gesellschafterwechsel an der Verlust-Körperschaft* an, denn ein Kernelement der missbilligten Transaktion ist die Verwertung des Verlustes durch einen Rechtsträger, der den Verlust nicht erlitten hat.¹⁵ Die Verlust-Körperschaft wird – und mit ihr der Verlustvortrag – in die Sphäre, meist in den Konzern eines anderen Rechtsträgers, der über Potential zur künftigen Erzielung von Gewinnen verfügt, übertragen. Die Verrechnung der Verluste erfolgt nicht mit Einkünften des erwerbenden Rechtsträgers, sondern der Rechtsträger oder eine Konzerngesellschaft verlagert gewinnbringende Aktivitäten in die erworbene Verlustgesellschaft. Anders bei der Verlustverwertung durch *Umgründung*: Hier kommt es zur Vereinigung der Verlust-Körperschaft (zB bei der Verschmelzung) oder zur Übertragung des verlustverursachenden Vermögens samt Verlustvortrag (zB bei der Einbringung) auf einen anderen Rechtsträger mit Gewinnpotential. Obwohl die Umgründung nicht notwendig zum Gesellschafterwechsel führt, wie die Konzernverschmelzung zeigt, ist auch hier die *ratio legis* die Verhinderung der Verlustübertragung in die Sphäre eines anderen Rechtsträgers mit Gewinnpotential.

Bei den Mantelkauf-Regelungen hängt die Intensität der Diskriminierung – der *Kreis der erfassten Transaktionstypen* – vor allem vom quotenmäßigen Umfang des Gesellschafterwechsels ab, der Tatbestandsmerkmal des Verlustwegfalls ist.¹⁶ Manchmal wird neben der Übertragung von Anteilen an der Verlust-Körperschaft auch der mittelbare Gesellschafterwechsel – durch Anteilsübertragung auf höheren Konzernebenen – erfasst.¹⁷ Kommt es bei einer solchen Gestaltung zusätzlich auf den Wegfall oder die qualifizierte Änderung des Vermögens als Surrogatmerkmal der unwiderleglich angenommenen Verlustverwertungsabsicht an (dazu unten 3), muss dieses Kriterium freilich auf alle übertragenen Konzernebenen angewendet werden.

Kernelement jeder Antiverlustverwertungs-Regelung ist somit der (sonst eintretende) *Übergang von Verlusten* in die Sphäre eines Rechtsträgers, der *die Verluste nicht erlitten* hat. Dies soll die Verwertung der Verluste durch Verrechnung mit *Gewinnen des die Verluste erwerbenden Rechtsträgers* verhindern. Die Antiverlustverwertungs-Regelungen knüpfen aber nicht an die *tatsächliche* Verrechnung mit *später angefallenen* Gewinnen, sondern an die

¹³ Vgl aber zuletzt verdienstvoll *Farmer*, Verlustübergangs- und Verlustvortragsbeschränkungen im Umgründungssteuerrecht – Missbrauchsbekämpfung oder Steueranknüpfung? in FS Pircher (2007) 99.

¹⁴ *Schneider*, Was verlangt eine marktwirtschaftliche Steuerreform: Einschränkung des Verlust-Mantelkaufs oder Ausweitung des Verlustausgleichs durch handelbare Verlustverrechnungsgutscheine? BB 1988, 1222; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht⁹ § 16 VII 3; *Johanna Hey*, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303, 1306 f.

¹⁵ Natürlichen Personen ist die rechtsgeschäftliche Übertragung von Verlusten mangels geeigneter Rechtskonstruktionen verschlossen. Vgl aber *Dieter Schneiders* Vorschlag zur Einführung „handelbarer Verlustverrechnungsgutscheine“. Dazu unten V.

¹⁶ Vgl etwa § 8c dKStG, der den Verlustwegfall bereits bei Anteilsveräußerungen von mehr als 25 % eintreten lässt.

¹⁷ So § 8c dKStG. Anders die hA zu § 8 Abs 4 Z 2 KStG: *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 8 Rz 563 mwN.

zum Zeitpunkt der Transaktion verwirklichten Tatbestandsmerkmale an. Diskriminiert ist somit bereits die Zusammenführung von Verlusten mit *Gewinnpotential des anderen Rechtsträgers*.

3. Zweites Kernelement: Wegfall, Reduktion oder Änderung des Vermögens der Verlust-Körperschaft

Der Gesellschafterwechsel ist in der Regel nicht die einzige Voraussetzung des Verlustwegfalls. Andernfalls wäre die Veräußerung auch bestehender operativer Aktivitäten, im Ergebnis somit jeder Share Deal, bei welchem die Zielgesellschaft über Verluste verfügt, behindert, weil alleine die Anteilsabtretung zu einer Wertminderung der Zielgesellschaft führen würde.¹⁸ Will der Gesetzgeber daher nicht schlechthin jegliche Verlustübertragung – und damit auch M&A-Transaktionen, die mit Verlustverwertung nichts zu tun haben – diskriminieren, sondern nur solche, die typischerweise ausschließlich zur Verlustverrechnung mit anderen Aktivitäten des Erwerbers vorgenommen werden, kommt – neben dem Gesellschafterwechsel – als zweites Kernelement der Wegfall oder die qualifizierte Reduktion der Aktivitäten der Verlust-Körperschaft in Betracht.¹⁹ Darin liegt ein *typisiertes Missbrauchskriterium*: Ausgangspunkt ist die Überlegung, der Anteilserwerb oder die Umgründung ohne Übertragung (namhafter) operativer Aktivitäten diene regelmäßig ausschließlich der Verlustverwertung. Zusätzlich hat das Kriterium den Effekt, den Verlustwegfall auf jene Konstellationen zu beschränken, in welchen die Verrechnung in aller Regel²⁰ nur mit den eigenen Gewinnen des Erwerbers in Betracht käme. Allerdings wäre die Anknüpfung an die Änderung oder den Wegfall der operativen Aktivitäten der Verlust-Körperschaft im Wege der Tatbestandbildung schwer erfassbar. Stattdessen stellen die gesetzlichen Regelungen auf den Wegfall oder die qualifizierte Änderung des Vermögens der Verlust-Körperschaft ab.

Dies führt zu der bekannten, aus zwei Elementen bestehenden Struktur der verpönten Verlustverwertung: Verhindert wird die Übertragung von Verlusten in die Sphäre eines anderen Rechtsträgers zur Verrechnung mit *künftigen Gewinnen aus Aktivitäten des anderen Rechtsträgers*. Tatbestandselemente sind hier der (qualifizierte) Gesellschafterwechsel oder eine Umgründung. Zusätzlich muss das Vermögen der Verlust-Körperschaft weggefallen oder (qualifiziert) geändert sein. Freilich bestehen Unterschiede im Detail: Bei § 4 Z 1 UmgrStG kommt es gerade auf den Wegfall oder die Reduktion des *verlustverursachenden* Vermögens an, sodass der Übergang anderen Vermögens den Verlustwegfall nicht hindert; der Mantelkaufatbestand des § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG hingegen berücksichtigt die Änderung des ge-

¹⁸ Diese einschneidende Ergebnis ist aber tatsächlich die Rechtsfolge der – im Verhältnis zum österreichischen Mantelkaufatbestand erheblich restriktiveren – Regelung des § 8c dKStG. Dazu sogleich FN 19.

¹⁹ Eine derart weitgehende, vom Wegfall oder der Änderung der Aktivitäten und des Vermögens der Verlust-Körperschaft unabhängige Beschränkung, die M&A-Transaktionen in Form des Share Deals auch ohne Verlustverwertungsabsicht in hohem Maße behindert, wird grundsätzlich in § 8c Abs 1 Satz 1 dKStG angeordnet. Sie wird aber abgemildert durch die Aufrechterhaltung des Verlustabzugs im Ausmaß übergehender stiller Reserven. Zur steuersystematischen Kritik vgl. Hey, BB 2007, 1306 f. Bei der Verschmelzung lässt § 4 Abs 2 Satz 2 dUmwStG jegliche Verluste des übertragenden Rechtsträgers – unabhängig vom Übergang stiller Reserven – entfallen. Dies „strahlt“ auch auf den Mantelkaufatbestand aus: Bei der Aufrechterhaltung des Verlustabzugs im Ausmaß stiller Reserven nach § 8c Abs 1 Satz 6 ff dKStG bleiben rückwirkend durch Verschmelzung übertragene stille Reserven unberücksichtigt (§ 8c Abs 1 Satz 9 dKStG).

²⁰ Ist das verlusterzeugende Vermögen nicht mehr (vergleichbar) vorhanden, scheidet der Verlustübergang gemäß § 4 Z 1 lit a UmgrStG aber auch dann, wenn die übertragende Körperschaft noch über anderes Vermögen verfügt. In diesem Fall werden nicht nur eigene Gewinne der übernehmenden Körperschaft, sondern auch Gewinne aus diesem übergehenden Vermögen von der Verlustverrechnung bei der übernehmenden Körperschaft ausgeschlossen, obwohl die Verrechnung – ohne Verschmelzung – bei der übertragenden Körperschaft stattgefunden hätte.

samen Vermögens, ohne zwischen verlusterzeugenden und anderen Vermögensteilen zu differenzieren.

4. Rechtsfolgen: Verlustuntergang, verweigerter Verlustübergang

Auch die *Intensität der diskriminierenden Rechtsfolge* – des Ausschlusses des Verlustabzuges – kann unterschiedlich sein: Denkbar ist zunächst der Ausschluss der Verrechnung der Verluste mit jeglichen positiven Einkünften, gleichgültig ob diese aus eigenen Aktivitäten des Erwerbers oder aus allenfalls noch vorhandenen Aktivitäten des Veräußerers stammen, die mit den Verlusten auf den Erwerber übergehen. Alternativ könnte nur die Verrechnung mit eigenen Gewinnen des Erwerbers ausgeschlossen werden.

Wollte der Gesetzgeber die zuletzt genannte, gemäßigte Variante, die dem herausgearbeiteten Antiverlustverwertungs-Zweck entsprechen würde, verwirklichen, wäre er allerdings mit erheblichen Regelungsproblemen konfrontiert. Denn: Der Erwerb betrieblicher Aktivitäten (durch Anteilskauf oder Umgründung) führt – um die Einbindung in die Organisation des Erwerbers zu bewirken, häufig auch zwecks Erzielung von Synergieeffekten – in der Regel zur Zusammenführung mit den angestammten Aktivitäten des Erwerbers. Ob künftige Gewinne noch aus den übertragenen, früher verlustbringenden Aktivitäten stammen, wird danach auf der Sachverhaltsebene vielfach schwer zu beurteilen sein. Zwecks Vermeidung von Anwendungsproblemen in den „Vermischungsfällen“ diskriminiert das Gesetz überschießend auch solche Fälle, in denen die Aktivitäten klar getrennt bleiben.

Möglicherweise ist die Vermeidung dieses Regelungsproblems auch ein Grund der Anknüpfung an das Vorhandensein bzw den Untergang des (verlustverursachenden) Vermögens²¹ in nicht grundsätzlich geänderter Struktur. Der Hauptgrund ist freilich die (unwiderlegliche) Vermutung, dass die Übertragung von Verlusten in die Sphäre eines anderen Rechtsträgers bei Wegfall oder grundlegender Änderung des Vermögens der Verlust-Körperschaft typischerweise der (verpönten) Verlustverwertung dient.

Das zweite, vermögensbezogene Kernelement der Anti-Verlustverwertungsbestimmungen führt bei den verschiedenen Transaktionstypen teilweise zu unterschiedlichen Rechtsfolgen: Da – aus Gründen der Regelungsvereinfachung nicht unverständlich, wenn auch überschießend – nicht nur die Verrechnung von Verlusten mit künftigen Gewinnen aus der Sphäre des erwerbenden Rechtsträgers, sondern auch die Verrechnung mit künftigen Gewinnen aus den fortgeführten Alt-Aktivitäten der Verlust-Körperschaft ausgeschlossen sein soll, ist die Rechtsfolge des Mantelkauf-Tatbestands der *gänzliche Wegfall* der Verluste. Angesichts des transaktionstypisch bedingten Untergangs der übertragenden Körperschaft gilt für deren Verluste das Gleiche bei der Verschmelzung. Der § 4 Z 1 UmgrStG zugrunde liegende „Symmetriegedanke“ führt schließlich zur Gleichbehandlung der Verluste der übernehmenden Körperschaft.

Nur bei solchen Umgründungen, bei denen – wie bei der Einbringung – die übertragende Körperschaft bestehen bleibt, greift die dramatische Rechtsfolge des *Verlustuntergangs* nicht ein; da letztlich nur die Vereinigung mit dem Gewinnpotential eines anderen Rechtsträgers verhindert werden soll, wird lediglich der *Übergang* der Verluste der einbringenden Körperschaft auf die übernehmende Körperschaft ausgeschlossen; der Verlust bleibt dem Einbrin-

²¹ Anders als gemäß § 4 Z 1 UmgrStG kommt es nach § 8 Abs 4 Z 2 KStG nicht gerade auf das *verlustverursachende* Vermögen an.

genden erhalten. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Diskriminierung der Verlustverwertung beim Mantelkauf und der Verschmelzung.²²

5. Unwiderlegliche Vermutung einer Verlustverwertungs-Transaktion kraft Anknüpfung an Surrogatmerkmale

Antiverlustverwertungs-Regelungen berücksichtigen in der Regel nicht die *subjektiven Absichten* der Transaktionsbeteiligten. Anders als nach § 22 BAO ist es irrelevant, ob die Transaktion ausschließlich der Steuervermeidung dienen soll. Da die Rechtsfolgen an zum Zeitpunkt der Transaktion (zB Verschmelzungstichtag) bestehende Sachverhaltselemente anknüpfen, ist es ferner nicht entscheidend, ob später Gewinne anfallen, die zur *tatsächlichen Verlustverwertung* führen. Folglich kommt den Tatbestandselementen der Norm der Charakter von *Surrogatmerkmalen* zu: Nicht (tatsächliche) Verlustverwertung oder darauf gerichtete subjektive Absicht löst den Verlustwegfall aus, sondern solche Sachverhaltselemente, die nach der Einschätzung des Gesetzes typischerweise der Verlustverwertung dienen. Die Tatbestandsbildung unter Verwendung von Surrogatmerkmalen und die Auswirkungen dieser Gesetzestechnik auf die Normanwendung hat der leider weithin in Vergessenheit geratene, große *Philipp Heck* erstmals mit unüberöffener Präzision formuliert: „Das Gesetzesgebot wird in Fällen dieser Art nicht an das für die sachliche Wertung relevante Moment, sondern an ein ‚Surrogatmerkmal‘ geknüpft, die konkrete Angemessenheit wird der sicheren Feststellbarkeit geopfert. ... infolge dieser Tendenz widerstreben sie [die Normen] der analogen Ausdehnung und der Einschränkung seitens des Richters aus den von dem Gesetzgeber vorausgesehenen, aber abgelehnten Angemessenheitsrücksichten.“²³

Eine solche im Steuerrecht durchaus verbreitete Gesetzgebungstechnik birgt indessen die Gefahr der überschießenden Reichweite der Norm, und es ist häufig zu beobachten, dass die der Finanzverwaltung angehörenden Redaktoren – in der Sorge, Besteuerungslücken zu übersehen – fiskalische „Zuvielregelungen“ zum Einsatz bringen. Beruht dies – wie meist – auf einer bewussten Strategie, scheidet eine rechtsfortbildende Einschränkung der Norm, im Wege einer teleologischen Reduktion, in Ermangelung einer verdeckten Gesetzeslücke aus. Nur *planwidrig* überschießende Regelungen können rechtsfortbildend reduziert werden, um die zweckwidrige Diskriminierung von Sachverhalten, die vom Wortlaut der Norm erfasst werden, zu verhindern.²⁴ Gerade im ohnehin schnelllebigen Steuerrecht stellt sich dann aber das *rechtspolitische Thema* der gesetzlichen Korrektur der typisierten Missbrauchsverhinderungsvorschrift.

B. Rechtsnachfolge in Steuerrechtspositionen gemäß § 19 Abs 1 BAO

Sollen die Antiverlustverwertungs-Regelung des § 4 UmgrStG und ihre Interpretation in den UmgrStR kritisch gewürdigt werden, müssen angesichts der skizzierten, unterschiedlichen Techniken und Intensitäten gerade jene Kernelemente herausgearbeitet werden, die den geltenden Antiverlustverwertungs-Bestimmungen zugrunde liegen. Gegenstand der Analyse ist einerseits die *allgemeine* Antiverlustverwertungs-Regelung, der Mantelkaufbestand des § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG, und andererseits die *spezielle*, umgründungsspezifische Regelung

²² Hügel in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 21 Rz 20; *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG § 21 Rz 5. Die weiterhin gegebene Abzugsfähigkeit der Verluste beim Einbringenden wird in Rz 1181 der UmgrStR klar gestellt.

²³ *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914) I, 182 ff.

²⁴ Zum Vorliegen einer verdeckten Lücke als Voraussetzung der teleologischen Reduktion gesetzlicher Regelungen vgl nur *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 480 f mwN.

des § 4 UmgrStG. Bedeutsam ist, dass die Letztere, die im Wesentlichen unverändert aus § 1 Abs 5 StruktVG in das UmgrStG übernommen wurde, älter ist als die allgemeine Regelung des Mantelkaufatbestandes. Die Stammfassung des § 1 Abs 5 StruktVG aus dem Jahr 1969²⁵ statuierte im ersten Satz eine abgabenrechtliche Gesamtrechtsnachfolge. Der zweite Satz ordnete in Form einer Fiktion an, dass dies „auch hinsichtlich des Verlustabzuges ... und des Fehlbetrages gemäß § 6 Abs. 3 des GewStG“ gilt. Die auf das verlusterzeugende Vermögen abstellenden Beschränkungen wurden mit dem AbgÄG 1980²⁶ eingeführt und von dort weitgehend unverändert in § 4 UmgrStG übernommen. Die Mantelkaufregelung wurde erst mit dem KStG 1988²⁷ eingeführt.

Die Anordnung einer abgabenrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge in § 1 Abs 5 StruktVG steht mit der Einordnung des Verlustabzuges als „höchstpersönliches Recht“ und der damals geltenden Fassung des § 19 BAO im Zusammenhang. Das StruktVG hat insbesondere Wortlaut und Systematik des § 4 Z 1 UmgrStG geprägt. Dabei wurde die Rechtsentwicklung im Zusammenhang mit der *allgemeinen Frage der Rechtsnachfolge in Steuerrechtspositionen*, insbesondere aufgrund der Änderung des § 19 BAO durch die BAO-Novelle 1980, freilich zu wenig beachtet. Die Analyse dieser Entwicklung, die allerdings stets auf die *todesbedingte Gesamtrechtsnachfolge* fokussiert war, ist indessen nicht nur für das Verständnis der Antiverlustverwertungs-Regelungen relevant (dazu unten C.), sondern liefert auch die Grundlagen für die rechtspolitische Kritik jeglicher Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung (unten V.).

1. Verlustübergang bei todesbedingter Gesamtrechtsnachfolge

Bei der Verschmelzung geht das gesamte Vermögen der übertragenden Körperschaft *ex lege* – nämlich aufgrund der Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch – auf die übernehmende Körperschaft über (§ 225a Abs 3 Z 1 AktG). Dies umfasst insbesondere auch alle zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse. Die übernehmende Körperschaft erwirbt das um die Verluste geminderte Vermögen. Somit liegt es – wie bereits *Franz Helbich* schon vor vielen Jahren bemerkt hat²⁸ – nahe, dass sie auch in die noch nicht verrechneten Verlustvorträge eintritt.

Der Übergang von Verlusten wurde zunächst ausschließlich im Zusammenhang mit der todesbedingten Gesamtrechtsnachfolge erörtert. Hier hat erstmals *Werner Doralt*²⁹ den Übergang der Verluste des Erblassers auf den Erben befürwortet. Damit wandte er sich vor allem gegen die restriktive Judikatur des VwGH, die den Übergang des Verlustvortrags mit der Begründung, es handle sich um ein „höchstpersönliches Recht“, verneinte. *Doralt* kritisierte, dies lasse sich – entgegen der auf den RFH zurückgehenden Judikatur – nicht aus der Einordnung des Verlustvortrags als Sonderausgabe ableiten. Zumindest im Ausmaß der stillen Reserven, die infolge der Buchwertfortführung auf den Erben übergehen, müsse dem Erben auch der Verlustvortrag zustehen. Dem hat *Ruppe*³⁰ entgegengehalten, dass steuerliche Verluste nicht notwendig etwas mit stillen Reserven zu tun haben. Der Verlustabzug könne auch aus echten betrieblichen Verlusten des Erblassers stammen. Ferner müsse der Erbe nicht notwendig die stillen Reserven des Erblassers versteuern. Dies trifft, wie ergänzend zu bemerken ist,

²⁵ BGBl 1969/69.

²⁶ BGBl 1980/563. Dazu vgl *Helbich*, Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht² 25 ff.

²⁷ BGBl 1988/401.

²⁸ Neuerungen im Strukturverbesserungsrecht² 26.

²⁹ RdW 1986, 125.

³⁰ Einkommensteuerrechtliche Positionen bei Rechtsnachfolge, in *Schulze-Osterloh* (Hrsg), Rechtsnachfolge im Steuerrecht (1987) 45, 94 ff.

vor allem dann zu, wenn der Betrieb des Erblassers, etwa aufgrund eines Vermächtnisses oder Erbteilungsübereinkommens, nicht auf den Erben, sondern auf einen Dritten übergeht.

Der zuletzt genannte Einwand betrifft die hier interessierende Frage der umgründungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge nicht, denn hier können Verluste und Betriebsvermögen nicht getrennte Wege gehen.³¹

Soweit steuerliche Verluste zu stillen Reserven geführt haben, ist *Doralt's* Argumentation ohne Zweifel überzeugend: Beruhen Verluste nicht auf tatsächlichen Vermögensminderungen, etwa bei übermäßigen Abschreibungen oder bei nicht aktivierten, selbst erstellten unkörperlichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens (§ 4 Abs 1 Satz 4 EStG), müssen die Verluste als Gegengewicht zu den übernommenen stillen Reserven und der darauf lastenden, latenten Steuerbelastung übergehen.³² Andernfalls trifft den Gesamtrechtsnachfolger bei Realisierung der stillen Reserven zu Unrecht eine Steuerbelastung, weil diese sonst – nämlich ohne verschmelzungsbedingten Wegfall der Verluste – die Funktion hat, die durch die Reservenbildung bewirkte Steuerminderung (nachträglich) rückgängig zu machen. Gerade diese Steuerminderung darf dem Gesamtrechtsnachfolger wegen des Überganges der Steuerlatenz nicht vorenthalten werden. Doch auch bei tatsächlichen, betrieblichen Verlusten sind die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Gesamtrechtsnachfolger durchaus vergleichbar: Zunächst gehen auch die Verbindlichkeiten über, die häufig aufgrund der Verluste entstanden sind oder erhöht wurden. Diese finanzielle Belastung trifft den Erben unmittelbar, ist – wirtschaftlich betrachtet – sogar drückender als die bloße Steuerlatenz. Wurden Verluste demgegenüber durch die Aufwendung (betrieblicher oder außerbetrieblicher) Vermögenswerte abgedeckt, ist der Erbe ebenfalls durch den Übergang des reduzierten Vermögens betroffen, mag dies auch nicht auf erhöhten Verbindlichkeiten beruhen. In allen Fällen ist der Vermögenszugang reduziert; ob dies aufgrund aktueller Verbindlichkeiten, Reduktion von Aktivvermögen oder (bloß) auf dem Übergang von Steuerlatenzen beruht, macht keinen grundsätzlichen Unterschied.

Unter dem Eindruck der Argumentation *Doralt's* und wohl auch eines Judikaturwechsels in Deutschland³³ bejahte die Finanzverwaltung den Übergang des Verlustabzugs auf den Erben,³⁴ verneinte ihn aber unverändert im Falle der verschmelzungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge.³⁵

Die Argumentation *Doralt's* und der Meinungswandel der Finanzverwaltung überzeugten den VfGH.³⁶ Unter Hinweis auf den Eintritt des Erben eines Betriebs in die steuerlichen Buchwerte und steuerfreie Rücklagen sowie den Umstand, „daß der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger umfassend in die wirtschaftliche und steuerliche Stellung des Erblassers eintritt, sämtliche Vermögenswerte des Erblassers übernimmt und auch für Verbindlichkeiten des

³¹ Anders bei der spaltungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge, doch hier sorgt der Objektbezug gemäß §§ 35, 4 Z 1 UmgrStG für die Verknüpfung von Verlusten und stillen Reserven.

³² *Werner Doralt*, RdW 1986, 125; zustimmend insbesondere VfGH 5. 3. 1988, G 248/87 VfSlG 11.636 = ÖStZB 1988, 444. Ähnlich aufgrund Totalgewinnbesteuerung und Einmal erfassung für den betriebsverknüpften Übergang von Verlustvorträgen: *Beiser*, RdW 2000, 571. Weiters *Hügel*, Referat beim 11. ÖJT, Band III (1992) (insbesondere zum umgründungsbedingten Verlustübergang unabhängig von der Buchwertfortführung); *Hügel*, Reform des Umwandlungssteuerrechts, in *Wassermeyer* (Hrsg), Grundfragen der Unternehmensbesteuerung, DStJG 1994, 69, 80 f; *Peklar*, Verluste im Umgründungssteuerrecht 48 ff, 56 f; *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 3 Rz 1 ff, § 4 Rz 18 ff – jeweils mwN.

³³ Dazu *Werner Doralt*, RdW 1986, 125.

³⁴ BMF-Erlass GZ 06 0940/1-IV/6/87, AÖF 1987/183; dazu *Quantschnigg*, Verlustabzug bei Mantelkauf, Erbgang, Schenkung und Fusion, ÖStZ 1987, 142; *Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch § 18 Rz 107.

³⁵ *Quantschnigg*, ÖStZ 1987, 143.

³⁶ Erkenntnis vom 5. 3. 1988, G 248/87 VfSlG 11.636 = ÖStZB 1988, 444.

Erblässers einzustehen hat“, ist der Übergang der Verluste nach Ansicht des VfGH aufgrund des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG) geboten. Seit damals entspricht der Übergang von Verlusten auf den Erben der fast einhelligen Ansicht im Schrifttum,³⁷ die auch von der Finanzverwaltung geteilt wird.³⁸

Der Meinungsumschwung der Finanzverwaltung und das genannte VfGH-Erkenntnis stehen auch mit der bereits früher erfolgten Erweiterung des § 19 BAO, der Steuerrechtsfolgen der zivilrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge regelt, im Einklang. Die Stammfassung des § 19 BAO (Satz 1) lautete: „Bei Gesamtrechtsnachfolge geht die Abgabenschuld des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger über.“ In der Beschränkung der Rechtsnachfolge auf die Abgabenschuld lag die positivistische Grundlage der Ablehnung einer umfassenden steuerlichen Gesamtrechtsnachfolge. Durch die BAO-Novelle 1980³⁹ erhielt die Regelung die auch heute noch geltende Fassung, die den Übergang der „Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers auf den Rechtsnachfolger“ statuiert. Die Materialien⁴⁰ begründen die Änderung mit der Feststellung, dass die Stammfassung nur den Übergang der Abgabenschuld, „nicht aber auch den Übergang aus den Abgabenvorschriften sich ergebender Rechte oder anderer über das Abgabenschuldverhältnis hinausgehender Pflichten“ regelt. Bemerkenswerterweise sollte dies die herrschende Ansicht, die den Übergang von Verlusten bei *umgründungsbedingter Gesamtrechtsnachfolge* – ungeachtet des Paradigmenwechsels beim Übergang auf den Erben – verneint, unbeeindruckt lassen.

2. Kontinuität bei Umgründungen ohne Buchwertfortführung

Ursprünglich wurde der Verlustübergang bei umgründungsbedingter Gesamtrechtsnachfolge einhellig verneint: Unter Berücksichtigung der früheren Fassung des § 19 Abs 1 BAO und angesichts des Dogmas von der „Höchstpersönlichkeit“ von Verlusten ist es einsichtig, dass die Stammfassung des StruktVG in § 1 Abs 5 die *konstitutive Anordnung des Übergangs* von Verlusten und des gewerbesteuerlichen Fehlbetrags auf die übernehmende Gesellschaft enthielt. Der Grundsatz der „Höchstpersönlichkeit steuerlicher Verluste“ sowie die frühere Fassung des § 19 BAO verdunkelten die dargelegte teleologische Berechtigung, ja Notwen-

³⁷ *Doralt/Renner*, EStG¹⁰ § 18 Rz 323 ff (allerdings unter wohl nicht aussagekräftiger Berufung auf VwGH 18. 1. 1994, 90/14/0095 ÖStZB 1994, 531, wo der Abzug der Erblässer-Verluste aus den Vorjahren durch das Finanzamt anerkannt und vor dem VwGH somit nicht mehr streitgegenständlich war; der VwGH lehnte den Abzug des Verlustes des Erblässers im Todesjahr von den Einkünften des Erben ab); *Wiesner/Grabner/Wanke*, EStG § 18 Rz 195 (S 141); *Baldauf* in *Jakom* EStG⁷ § 18 Rz 176 (mit der Einschränkung aufgrund von VwGH 25. 4. 2013, 2010/15/0131 – dazu sogleich); *Doralt/Ruppel/Mayr*, Steuerrecht I¹¹ Rz 627. Den Übergang von Verlusten auf den Erben ablehnend: *Taucher*, Erbschaften und Ertragsteuern 136 unter Berufung auf VwGH 19. 9. 1984, 84/13/0059 ÖStZB 1985, 223, wo der Verlustübergang auf den Erben auch nach Änderung des § 19 Abs 1 BAO durch die BAO-Novelle 1980 wegen der „Höchstpersönlichkeit“ des Verlustes abgelehnt wird. Ohne Stellungnahme nur die Rechtsentwicklung referierend: *Stoll*, BAO, Band 1 (1994) 193 f; *Ritz*, BAO⁵ (2014) § 19 Rz 5. Auf die durch VwGH 25. 4. 2013, 2010/15/0131, in Frage gestellte Notwendigkeit des Überganges von Verlusten im Falle der todesbedingten Gesamtrechtsnachfolge kann hier nicht eingegangen werden. Die Situation weicht insofern von der gesellschaftsrechtlichen Problematik ab, als hier „getrennte Wege“ der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben und des verlusterzeugenden (Betriebs-) Vermögens – etwa auf einen Legatar oder im Falle eines Erbteilungsübereinkommens – möglich sind. Allerdings hat VwGH 25. 4. 2013, 2010/15/0131, den Verlustübergang zwar nicht schlechthin auf *jeden Erben*, aber immerhin im Falle des Erwerbs des verlusterzeugenden Betriebs durch den Erben bejaht und ist zumindest insoweit von dem Dogma der Unübertragbarkeit aufgrund der „Höchstpersönlichkeit“ der Verluste abgewichen (zur früheren Judikatur vgl etwa VwGH 19. 9. 1984, 84/13/0059 ÖStZB 1985, 223 samt Nachweisen zur Rspr des VwGH). Dazu vgl *Zorn*, VwGH zur Vererblichkeit des Verlustvortrages, RdW 2013, 354; *Stückler*, Verluste nur bei Übernahme des Betriebs vererbbar? ÖStZ 2013, 487, 513.

³⁸ EStR Rz 4535.

³⁹ BGBl 1980/151.

⁴⁰ ErläutRV 128 BlgNR XV. GP 24.

digkeit des Verlustüberganges auf den gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolger. Indessen sprechen die tragenden Gründe des VfGH-Erkenntnisses vom 5. 3. 1988, die auf den umfassenden Eintritt des Erben in die wirtschaftliche und steuerliche Stellung des Erblassers, insbesondere die Identität des Betriebs und den Übergang der Verbindlichkeiten und stillen Reserven abstellen, dafür, dass der Gleichheitssatz in gleicher Weise den Verlustübergang auf den gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolger – zumindest bei Fortführung der Buchwerte – gebietet. In die gleiche Richtung weist die bereits vor der Entscheidung des VfGH erfolgte Erweiterung des § 19 Abs 1 BAO. Der Wortlaut der geänderten Regelung erfasst mit dem Übergang der „Rechte“ insbesondere auch den Verlustübergang und entzieht der Metapher von der „Höchstpersönlichkeit“ des Verlustabzugs jegliche Grundlage.

Dennoch halten Wortlaut und Gesetzestechnik des § 4 Z 1 UmgrStG an dem verfehlten Rechtsgedanken der „Höchstpersönlichkeit“ fest. Denn – wie das Vorbild des § 1 Abs 5 StruktVG – geht die Regelung nicht von einem im Grundsatz stattfindenden Übergang der Verluste der übertragenden Körperschaft aus und ordnet für (typisierte) Missbrauchsgestaltungen den Verlustuntergang an; vielmehr statuiert § 4 Z 1 lit a UmgrStG – gerade umgekehrt – Voraussetzungen des Verlustüberganges, geht also implizit vom Grundsatz des Verlustwegfalls aus.⁴¹ Entsprechend verneint die Finanzverwaltung – im klaren Widerspruch zu § 19 Abs 1 BAO – den Verlustübergang bei Umgründungen, die nicht unter das UmgrStG fallen.⁴² Zur Begründung beruft sie sich⁴³ auf den – von Anbeginn verfehlten,⁴⁴ jedenfalls aber seit der Änderung des § 19 Abs 1 BAO durch die BAO-Novelle 1980 überholten und nach der Judikatur des VfGH dem Gleichheitssatz widersprechenden – Grundsatz der „Höchstpersönlichkeit des Verlustabzugs“, obwohl dieser – zu Recht! – die Finanzverwaltung nicht hindert, den Verlustübergang im Erbwege anzuerkennen.

Demgegenüber lehnt *Gassner*⁴⁵ ohne Differenzierung zwischen erb- und gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge den umfassenden Eintritt des Rechtsnachfolgers in die steuerrechtlichen Positionen des Rechtsvorgängers als Rechtsfolge des § 19 Abs 1 BAO ab. Er will den Übergang der mit der BAO-Novelle in § 19 Abs 1 BAO zusätzlich aufgenommenen „sich aus Abgabenvorschriften ergebenden Rechte“ weiterhin ausschließlich aus den jeweiligen Steuergesetzen ableiten. Daran habe § 19 Abs 1 BAO nichts geändert. Indessen verbietet sich von vornherein eine Auslegung, die einer Gesetzesänderung keinerlei Wirkung beimisst. Auch den Materialien ist eindeutig zu entnehmen, dass der geltende § 19 BAO, der nur den Übergang der Abgabenschuld, „nicht aber auch den Übergang aus den Abgabenvorschriften sich ergebender Rechte oder anderer über das Abgabenschuldverhältnis hinausgehender Pflichten“ regelte, inhaltlich geändert werden sollte.⁴⁶

⁴¹ Konstitutiv ist indessen nur die Anordnung des Verlustübergangs bei jenen Umgründungen, bei denen mangels gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge § 19 Abs 1 BAO nicht eingreift: Dies gilt für den Verlustübergang bei der Einbringung gemäß § 21 Z 1.

⁴² UmgrStG Rz 399; KStR Rz 992 (vormals: 1177); ebenso *Wiesner* in FS Stadler 347. Kritik bei *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 19; gleichsinnig *Bruclner* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen § 4 Rz 5; aA *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG³ § 4 Rz 2.

⁴³ So KStR Rz 992 (vormals: 1177). In Rz 399 der UmgrStR wird der Verlustübergang unverständlicherweise auf die fehlende steuerliche Gesamtrechtsnachfolge gestützt.

⁴⁴ *Werner Doralt*, RdW 1986, 125.

⁴⁵ Die Bedeutung der Rechtsnachfolge im Steuerrecht, in FS Stoll (1990) 317, 324 ff.

⁴⁶ Tendenziell noch anders *Gassner*, Steuerliche Rechtsnachfolge und Strukturverbesserungsrecht, in FS Helbich 33, 38. Den Übergang des Verlustabzugs lehnte *Gassner* aber auch damals unter Hinweis auf seine „Höchstpersönlichkeit“ ab.

Diesem nahe liegenden Einwand versucht *Hohenwarter-Mayr*⁴⁷ zu begegnen, indem sie der Erweiterung des § 19 Abs 1 BAO die „*Funktion eines offenen Leitsatzes*“ zuerkennt, seine Anwendung auf „Rechte“ aber auf aktuell entstandene Rechte, wie Erstattungs-, Rückforderungs- und Vergütungsansprüche des Rechtsvorgängers sowie damit zusammenhängende verfahrensrechtliche Positionen („Steuerpflichtverhältnis“), beschränkt.⁴⁸ Im Übrigen hänge die Rechtsnachfolge von der Interpretation der jeweils einschlägigen Rechtsnormen ab.

Die *allgemeine Frage* der Rechtsnachfolge geht über jene des Verlustübergangs weit hinaus.⁴⁹ Im Vordergrund stehen meist die bilanzsteuerrechtliche Buchwertfortführung und die hier aus dem Stetigkeitsgebot folgende Bindung des Rechtsnachfolgers an die Bewertungsmethoden des Rechtsvorgängers. Bei Rechtsnachfolge beginnen Besitz- und Behaltefristen nicht neu zu laufen, sondern werden fortgesetzt.⁵⁰ Im Zusammenhang mit dem Fortwirken von Rechtslagen können den Rechtsnachfolger Nachversteuerungspflichten oder auch die Zuschreibungsverpflichtung nach § 6 Z 13 EStG treffen, Abzugsverbote können weiterhin zur Anwendung gelangen. Zuletzt geht es um den bruchlosen Eintritt in verfahrensrechtliche Positionen.

Gewiss wird sich gegen *Hohenwarter-Mayrs* These von der unveränderten Relevanz von Einzelregelungen kein Widerspruch regen. Diese Relevanz konnte durch die Änderung des § 19 Abs 1 BAO zweifelsfrei nicht beseitigt werden, wie gerade auch § 4 UmgrStG zeigt. *Fehlt* hingegen im Zusammenhang mit einer Steuerrechtsposition eine derartige *Einzelregelung*, folgt aus der Neufassung des § 19 Abs 1 BAO der Übergang dieser Steuerrechtsposition. Die Neuregelung ist mehr als bloß ein „offener Leitsatz“. Vielmehr statuiert sie ein Regel-Ausnahme-Verhältnis von genereller Kontinuität und übergangshemmenden Einzelregelungen.⁵¹

Hier ist vor allem auf die von *Hohenwarter-Mayr* vertretene Ablehnung umfassender Kontinuität der Steuerrechtspositionen und insbesondere des Verlustübergangs bei Umgründungen, die von der Schlussbesteuerung nach § 20 KStG erfasst werden,⁵² einzugehen. Dies betrifft entstrickende Export-Verschmelzungen und -Umwandlungen iSv § 1 Abs 2, § 7 Abs 2 UmgrStG, ferner Umwandlungen, die dem Betriebserfordernis des § 7 Abs 2 UmgrStG nicht genügen, und schließlich Verschmelzungen und Umwandlungen mit Aufwertung (§ 2 Abs 2, § 8 Abs 2 UmgrStG).

Doch warum sollte hier Kontinuität nicht aus § 19 Abs 1 BAO folgen? Für die Fälle der gewinnrealisierenden Verschmelzung leitet *Hohenwarter-Mayr* den Kontinuitätsbruch *im Allgemeinen* – also keineswegs auf den Verlustübergang beschränkt – aus der Schlussbesteuerung gemäß § 20 KStG und der fehlenden Buchwertfortführung ab. Außerhalb des UmgrStG gelten Umgründungen nach allgemeinem Steuerrecht als veräußerungsähnliche Realisationsakte. Die Steuerwirksamkeit der Übertragung wirke regelmäßig als Zäsur, die Übergang und

⁴⁷ *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die allgemeinen Bestimmungen der BAO (2012) 355.

⁴⁸ AaO 376 f. Der gleichfalls von ihr erwähnte Übergang von „Steuer- und Haftungsschulden“ ergab sich bereits aus § 19 BAO aF und ist somit keine inhaltliche Erweiterung durch die BAO-Novelle 1980.

⁴⁹ Im Kontext des Umgründungsrechtes vgl die Behandlung der einzelnen Steuerrechtspositionen bei *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 3 Rz 5 ff sowie *Hohenwarter-Mayr* aaO.

⁵⁰ Vgl die Aufzählung bei *Hügel*, aaO Rz 22.

⁵¹ Vgl Rz 119 UmgrStR mit einer gleichsinnigen Aussage zum Verhältnis von § 19 BAO zu Einzelregelungen, die den Übergang ausschließen. AA *Hohenwarter-Mayr* aaO 381 und 402 in Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.

⁵² AaO 401 f.

Weiterwirken von Rechtslagen hindere.⁵³ Die modifizierte Liquidationsbesteuerung des § 20 KStG stehe „für das ertragsteuerliche Ende des Steuerpflichtigen“. Kontinuität könne daher nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein. Deshalb gingen auch Verlustvorträge nicht über.

Indessen wird damit die Bedeutung der Schlussbesteuerung nach § 20 KStG überschätzt. Zunächst sind der Begriff und der Charakter als „Schlussbesteuerung“ jedenfalls seit der Einbeziehung der in § 20 Abs 2 Z 2 und Z 3 KStG genannten Umgründungen überholt. Auch unabhängig davon spricht die bilanzsteuerrechtliche Erfassung und Besteuerung der stillen Reserven der übertragenden Körperschaft für einen Kontinuitätsbruch eben nur in *bilanzsteuerrechtlichen Belangen*; so folgt daraus ohne Weiteres die Irrelevanz der AfA-Methoden⁵⁴ des Vorgängers für die Bilanzierung des übernehmenden Rechtsträgers. Auch das BMF nimmt bei einer Aufwertungs-Verschmelzung, die gemäß § 2 Abs 2 UmgrStG zur Schlussbesteuerung nach § 20 KStG führt, eine umfassende abgabenrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in sämtliche Rechtspositionen der übertragenden Körperschaft an und verneint dies nur bei solchen Gewinnermittlungsrechtlichen Positionen, die an die Fortführung der Buchwerte anknüpfen.⁵⁵

Doch welche teleologische oder steuersystematische Relevanz sollte der Schlussbesteuerung beispielsweise für das Weiterlaufen von Besitzfristen,⁵⁶ etwa nach § 10 Abs 2 KStG, zukommen? § 10 Abs 2 KStG ist keinerlei Hinweis für eine Fristunterbrechung zu entnehmen. Eher für das Gegenteil, denn die Optionsausübung für die Steuerwirksamkeit der Schachtelbeteiligung gilt nach § 10 Abs 3 Z 4 KStG für den Rechtsnachfolger auch bei Umgründungen ohne Buchwertfortführung, ja sogar für den Einzelrechtsnachfolger. Hat die übertragende Körperschaft etwa eine Besitzfrist iSv § 22 Abs 4 UmgrStG begonnen, warum sollte diese im Falle einer gewinnrealisierenden Verschmelzung nicht weiterlaufen? Auch der Übergang der Gruppenträger-Eigenschaft im Falle einer Verschmelzung⁵⁷ kann nicht an der Schlussbesteuerung nach § 20 KStG scheitern, ebenso wenig wie die Nachversteuerung von Verlusten ausländischer Betriebsstätten (§ 2 Abs 8 Z 4 EStG) oder ausländischer Gruppenmitglieder (§ 9 Abs 6 Z 7 KStG) bei einer Zweitverwertung der Verluste nach einer gewinnrealisierenden Verschmelzung, die zum Übergang der Betriebsstätte oder des Gruppenmitglieds geführt hat. In all diesen Fällen ist die Schlussbesteuerung nach § 20 KStG für die Kontinuitätsfrage irrelevant; der Kontinuitätsbruch findet in den Einzelvorschriften (§ 10 Abs 2 KStG, § 22 Abs 4 UmgrStG, § 2 Abs 8 EStG, § 9 Abs 6 Z 7 KStG) keine Deckung.

Allerdings könnte für das hier primär interessierende Thema des *Verlustüberganges* aus dem Fehlen jener Buchwertfortführung, die die laufenden steuerlichen Buchwerte betrifft, Abweichendes – nämlich das Unterbleiben des Verlustüberganges – abgeleitet werden.⁵⁸ Doch dies trifft nicht zu. Der Liquidationsgewinn wird ohnehin mit dem Verlustvortrag ver-

⁵³ Die Berufung auf *Ruppe* in *Schulze-Osterloh*, Rechtsnachfolge 85 überzeugt schon deswegen nicht, weil *Ruppe* mit dem zitierten Absatz nicht Gesamtrechtsnachfolgevorgänge im Blick hat und überdies im deutschen Steuerrecht, dem *Rupes* Beitrag ausschließlich gewidmet ist, eine § 19 Abs 1 BAO vergleichbare Regelung fehlt. § 42 dAO betrifft lediglich den Übergang von „Forderungen und Schulden“.

⁵⁴ Die Unanwendbarkeit von § 6 Z 13 EStG hingegen folgt daraus, dass nach einer Aufwertungs-Umgründung iSv § 202 Abs 1 UGB keine Zuschreibungspflicht gemäß § 208 UGB auf die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers besteht: UFS 21. 8. 2009, GZ RV/0825-K/07, bejaht die Zuschreibungspflicht nach einer Buchwert-Einbringung, weil die Anschaffungskosten des Einbringenden aufgrund der Buchwertfortführung nach § 202 Abs 2 Z 1 HGB auch die Anschaffungskosten der übernehmenden Gesellschaft bilden.

⁵⁵ UmgrStR Rz 135. Darauf weist zutreffend UFS 25. 4. 2013, GZ RV/0088-W/12 zum verschmelzungsbedingten Übergang der Gruppenträgerstellung hin.

⁵⁶ *Hohenwarter-Mayr* verneint das Fortlaufen von Behaltefristen (bei FN 276).

⁵⁷ Dazu UFS 25. 4. 2013, GZ RV/0088-W/12.

⁵⁸ Tatsächlich ordnet gerade § 20 Abs 3 KStG auch eine Buchwertfortführung an, allerdings die Fortführung der Realisationswerte.

rechnet und insoweit kommt ein Übergang nicht mehr in Betracht. Ist der Verlustvortrag höher, wird dies auf tatsächlichen Verlusten beruhen – und der Übergang des Restverlustes ist die Kehrseite des Übergangs des um die Verluste geminderten Vermögens, wie dies häufig die Belastung des Gesamtrechtsnachfolgers mit jenen Verbindlichkeiten zeigt, die aufgrund der Verluste entstanden sind oder erhöht wurden. Daher ist der Übergang des Restverlustes auch verfassungsrechtlich geboten.⁵⁹ Denn die tragenden Gründe des VfGH-Erkenntnisses vom 5. 3. 1988 gelten auch für die gewinnrealisierende Verschmelzung. Dass die stillen Reserven infolge Realisierung nicht übergehen, rechtfertigt nicht, den Übergang des Restverlustes abzulehnen. Allerdings sind die Voraussetzungen des § 4 Z 1 lit a UmgrStG im Falle einer nicht unter das UmgrStG fallenden Verschmelzung *analog anzuwenden*.⁶⁰ Der Verlustübergang hängt somit vom Vorhandensein des verlusterzeugenden Vermögens in vergleichbarem Umfang ab; dies ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil der VfGH wesentlich auf den Betriebsübergang abstellt. Das Erfordernis einer Buchwert-Verschmelzung ist aber auch bei einer Verschmelzung außerhalb des UmgrStG gemäß § 20 Abs 3 KStG erfüllt, denn die Realisationswerte sind die letzten steuerlichen Buchwerte der übertragenden Körperschaft

C. Analyse der geltenden Antiverlustverwertungs-Regelungen

Ziel der folgenden Analyse ist die Erfassung der dem Gesetz zugrunde liegenden *Struktur der diskriminierten Verlustverwertungs-Transaktionen*. Diese Struktur wird nicht direkt durch die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Antiverlustverwertungs-Regelungen beschrieben, weil es sich bei diesen – wie erwähnt – um *Surrogatmerkmale* handelt. Dennoch muss die Analyse hier beginnen, um die Vorstellungen des Gesetzgebers über den Kern der verpönten Verlustverwertung-Transaktionen zu identifizieren. Erst dadurch wird das Ausmaß der Durchbrechung des allgemeinen Kontinuitätsprinzips des § 19 Abs 1 BAO deutlich und dies erlaubt die teleologische und steuerrechtssystematische Abgrenzung gegenüber nicht diskriminierungswürdigen Vorgängen.

1. Mantelkaufatbestand (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG)

Am Beginn der Analyse steht der *Mantelkaufatbestand* des § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG als *allgemeine* Antiverlustverwertungs-Regelung.

⁵⁹ Anders offenkundig die von *Wiesner*, RWZ 2009, 137, referierte Ablehnung der Behandlung einer gegen § 10 UmgrStG gerichteten Beschwerde durch den (nicht veröffentlichten) VfGH-Beschluss vom 24. 2. 2009, B 1275/08-7. Nach der Beschlussbegründung sollen die Grundsätze des VfGH-Erk vom 5. 3. 1988, G 284/87, nur für die „Sondersituation des Erbfalles“ gelten. So auch *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG³ § 4 Rz 2.

⁶⁰ *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 19 (aA folgerichtig aufgrund der Ablehnung des Verlustübergangs außerhalb des UmgrStG: *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG³ § 4 Rz 2): Der Gesetzgeber hat bei Erweiterung des § 19 BAO Verschmelzungen außerhalb des StruktVG – zu Recht – nicht für möglich gehalten und daher einen Wertungswiderspruch zur eingeschränkten Verlustübergangsregelung des § 1 Abs 5 StruktVG wohl nicht bedacht. Erst seit der Möglichkeit von Verschmelzungen außerhalb des UmgrStG, insbesondere bei Nichterfüllung des Verstrickungserfordernisses gemäß § 1 Abs 2 UmgrStG, liegt im Wortlaut des § 19 Abs 1 BAO eine planwidrige „Zuviel“-Regelung vor. Die Regelung weist eine verdeckte Lücke auf, weil ihr Wortlaut den Verlustübergang bei *allen* Umgründungen anzuordnen scheint und dadurch ein gravierender Wertungswiderspruch zu § 4 Z 1 UmgrStG entstünde. Diese Lücke ist mE durch eine analoge Anwendung des § 4 Z 1 lit a UmgrStG zu schließen. Dass die Regelung rechtspolitisch abzulehnen ist, steht der Analogie nicht entgegen.

Nachdem es die Höchstgerichte sowohl in Deutschland⁶¹ als auch in Österreich⁶² abgelehnt hatten, einer Körperschaft unter Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs mangels wirtschaftlicher Identität den Verlustabzug zu verweigern, reagierte der österreichische Gesetzgeber mit der Einführung des Mantelkaufatbestands.⁶³ Danach entfällt der Verlustabzug, wenn *drei wesentliche Strukturänderungen* der Körperschaft zusammentreffen. Zu einem qualifizierten Gesellschafterwechsel („wesentliche Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage“) müssen wesentliche Änderungen der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur hinzutreten. Letztere setzt voraus, dass die aus Vermögen und Tätigkeit gebildete wirtschaftliche Einheit im Hinblick auf sämtliche bisherige Tätigkeitsbereiche verloren geht.⁶⁴ Die erfasste Verlustverwertungs-Transaktion besteht somit in der Zusammenführung der Verluste mit Gewinnpotential aus anderen Aktivitäten, die die neuen Gesellschafter in die Mantelgesellschaft verlagern können. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis der wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Struktur der Mantelgesellschaft, die – als Surrogatmerkmal – die Verrechnung mit Gewinnen aus neuen Aktivitäten, die aus der Sphäre der neuen Gesellschafter stammen, ausschließen soll.⁶⁵

2. Einschränkung des Verlustabzuges bei Umgründungen nach § 4 Z 1 UmgrStG

Ist der Verlustübergang bei umgründungsbedingter Gesamtrechtsnachfolge *im Allgemeinen* – zwar nicht aufgrund des Gleichheitsgebotes (Art 7 B-VG), aber aufgrund von § 19 Abs 1 BAO, der abgesehen von § 4 UmgrStG durch keine einzelsteuerlichen Regelungen eingeschränkt wird – zu bejahen, ist nunmehr auf die Spezialregelungen des UmgrStG einzugehen: Inhaltlich macht § 4 Z 1 lit a UmgrStG den Verlustübergang bei Buchwert-Verschmelzungen vom Vorhandensein des verlusterzeugenden Vermögens in vergleichbarem Umfang abhängig; maßgeblich ist der Verschmelzungsstichtag. Somit diskriminiert § 4 Z 1 lit a UmgrStG – in ähnlicher Weise wie die Mantelkaufregelung – die *Zusammenführung von Verlusten aus nicht mehr (vergleichbar) vorhandenen Aktivitäten*⁶⁶ mit *potenziell gewinnbringenden Aktivitäten anderer Rechtsträger*. Das Kriterium der Nutzung der Verluste durch andere wirtschaftlich Berechtigte ist freilich nur verwirklicht, wenn an der übernehmenden Körperschaft auch tatsächlich andere beteiligt sind als an der übertragenden Körperschaft, somit im Falle der Konzentrationsverschmelzung.

Zu Recht hat daher *Bruckner*⁶⁷ darauf hingewiesen, dass die Übertragung von Verlusten innerhalb eines Konzerns nichts mit Verlustverwertung zu tun hat und § 4 Z 1 UmgrStG ins-

⁶¹ BFH 29. 10. 1986 BStBl II 1987, 310 und BFH 29. 10. 1986 BStBl II 1987, 308; dazu *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht⁹ § 16 VII.

⁶² VwGH 4. 6. 1986, 84/13/0251 ÖStZB 1987, 147; VwGH 22. 9. 1987, 87/14/0063 ÖStZB 1988, 187; dazu *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 8 Rz 540.

⁶³ Der deutsche Gesetzgeber erließ in § 8 Abs 4 dKStG eine weitgehend gleichartige Regelung (vgl dazu die Kritik von *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht⁹ § 16 VII), die im Jahr 2007 allerdings durch die wesentlich restriktivere Regelung des § 8c dKStG ersetzt wurde. Zur Kritik vgl *Johanna Hey*, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, 1303.

⁶⁴ KStR Rz 1181; *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 11; *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 8 Rz 548.

⁶⁵ Fraglich ist, ob dem Erfordernis der wesentlichen Änderung der organisatorischen Struktur zusätzliche Elemente der erfassten Verlustverwertungs-Transaktion zu entnehmen sind. Darunter fallen Änderungen im Geschäftsleitungsorgan. Da solche Änderungen im Rahmen des § 4 Z 1 UmgrStG irrelevant sind, wird der Frage hier nicht weiter nachgegangen.

⁶⁶ Wie dargelegt, kommt es nach § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG aber nicht gerade auf das *verlustverursachende* Vermögen an.

⁶⁷ *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen § 4 Rz 10.

besondere im Falle der *Konzernverschmelzung* teleologisch überschießend ist.⁶⁸ Damals war dies insbesondere eine Frage der teleologischen Wertungseinheit mit dem Mantelkaufatbestand, der auf die bloße Änderung der wirtschaftlichen Struktur – ohne Änderung der wirtschaftlich Beteiligten (der Gesellschafterstruktur) – eben gerade nicht mit dem Verlustwegfall reagiert. Es liegt auf der Hand, dass der Verlustuntergang bei Konzernverschmelzungen nunmehr zu einem *groben Wertungswiderspruch zur Gruppenbesteuerungsregelung des § 9 KStG* führt, deren zentrales Anliegen die Gewinn- und Verlustverrechnung in der Gruppe darstellt.⁶⁹ Dies ist denn auch der Haupteinwand gegen die Aussagen des Wartungserlasses 2011 zur Anwendung von § 4 UmgrStG auf gruppeninterne Umgründungen.

§ 1 Abs 5 StruktVG enthielt auch bereits eine weitgehend § 4 Z 1 lit b UmgrStG entsprechende Regelung, die bei Wegfall oder fehlender Vergleichbarkeit des verlusterzeugenden Vermögens den Untergang der Verluste der übernehmenden Körperschaft vorsah. Die nach dem Grundtatbestand verpönte Verlustverwertung soll nicht durch eine „Umkehrung der Verschmelzungsrichtung“ unterlaufen werden. Auf den ersten Blick mag dies plausibel erscheinen. Indessen hat die Praxis gezeigt, dass gerade diese Regelung aufgrund ihres überschießenden Charakters zahlreiche sinnvolle Umgründungen verhindert, bei denen keine Absicht zur Verlustverwertung besteht und die Verrechnung von Verlusten manchmal sogar rechtlich ausgeschlossen ist. Und es sollte zu denken geben, dass selbst die deutschen „Hardcore“-Regelungen gegen Verlustverwertung, die den Verlustuntergang bei einem mehr als 25%igen Gesellschafterwechsel auch ohne Änderung der wirtschaftlichen Struktur (§ 8c dKStG⁷⁰) Verschmelzung generell hinsichtlich der Verluste der übertragenden Körperschaft (§ 4 Abs 2 Satz 4 UmwStG) eintreten lassen, keinen Wegfall der Verluste der übernehmenden Körperschaft anordnen, obwohl die Ausweichstrategie durch Umkehrung der Verschmelzungsrichtung auch in Deutschland seit langem bekannt ist.⁷¹ Auch in anderem Zusammenhang ist das – sonst durchwegs strengere – deutsche Steuerrecht beim Verlustwegfall liberaler. So hat *Andreas Schumacher* in der Diskussion der Verlustproblematik bei gruppeninternen Verschmelzungen im Rahmen des Wiener Konzernsteuertags 2012 darauf hingewiesen,⁷² dass es bei vergleichbaren Verschmelzungen im Organkreis nach deutschem Recht nicht zum Wegfall von Verlusten kommt, die dem Organträger zugerechnet wurden.

3. Fazit: Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential aus Aktivitäten anderer Rechtsträger als Kern der gesetzlich verpönten Verlustverwertung

Wie dargestellt, bestehen die Kernelemente der gesetzlich verpönten Verlustverwertungs-Transaktion in der Zusammenführung von Verlusten von Gesellschaften mit weggefallenem oder wesentlich verändertem Vermögen mit Gewinnpotential anderer Rechtsträger. Zwecks Vermeidung unbestimmter Gesetzesbegriffe, unpraktikabler Anknüpfung an subjektive Absichten – und wohl auch zum Zweck oder zumindest mit dem faktischen Ergebnis der Erhöhung der Planungssicherheit – knüpfen § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG und § 4 Z 1 UmgrStG den

⁶⁸ Konsequenterweise müsste dann aber auch im Rahmen des Mantelkaufatbestands der Verlustwegfall bei bloß konzerninternem Gesellschafterwechsel vermeint werden. Die Frage ist – soweit ersichtlich – unerörtert.

⁶⁹ Hügel, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 58 f mwN. Dazu und insbesondere auch zu Verfassungsfragen *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG³ § 4 Rz 5.

⁷⁰ Die sehr differenzierten Voraussetzungen, Gegenausnahmen und abgestuften Rechtsfolgen werden hier nicht geschildert.

⁷¹ *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht⁹ § 16 VII 3.

⁷² *Kirchmayr/Mayr* (Hrsg), Umgründungen – Praxisfragen und Fallbeispiele (2014) 194 f.

Verlustwegfall nicht an eine Verlustverwertungsabsicht oder eine in der Folge *tatsächlich stattgefundene Verlustverrechnung*, sondern an die beschriebenen Surrogatmerkmale.

Während dogmatische und praxisbezogene Untersuchungen sich häufig ausschließlich mit der Auslegung der Surrogatmerkmale befassen, ist die Analyse und Identifizierung der „hinter“ diesen gesetzlichen Regelungen stehenden Verlustverwertungs-Strukturen, die das Gesetz letztlich erfassen will, für die vorliegende Untersuchung von zentraler Bedeutung. Sie erlaubt zunächst die Herausarbeitung jener Sachverhalte, die durch die geltenden Antiverlustverwertungs-Bestimmungen zu Unrecht erfasst werden. Die auf dem Einsatz von Surrogatmerkmalen basierende Regelungstechnik ist weniger treffsicher als die Anknüpfung an die wertungsmäßig entscheidenden Kriterien. Daher birgt sie das Risiko teleologisch unbegründeter – entweder zu weit oder zu kurz greifender – Rechtsfolgen. In Kenntnis dieses Risikos – und in der Sorge, im Zuge der häufig unter hohem Zeitdruck stehenden Gesetzesabfassung unbemerkt Vermeidungsstrategien zu ermöglichen – tendieren die Gesetzesredaktoren der Finanzverwaltung zu Gesetzesregelungen und Richtlinien-Bestimmungen mit *fiskalisch überschießender Tatbestandsbildung*. Dies zeigt sich vor allem beim verschmelzungsbedingten Untergang der Verluste der übernehmenden Körperschaft sowie anhand der Beurteilung der Verschmelzung von Gruppengesellschaften im Wartungserlass 2011. Auf diese, den Kern meines Beitrags bildenden Fragen, für welche die bisherigen Untersuchungen die Grundlage liefern sollten, wird im Folgenden eingegangen.

4. Ein Seitenblick auf das Unionsrecht

Zuvor soll jedoch noch darauf hingewiesen werden, dass das Unionsrecht den entgegengesetzten Weg geht. Denn der EuGH-Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Beschränkungen von Grundfreiheiten sowie zur Nichtanwendung von Richtlinien-Bestimmungen aufgrund von Rechtsmissbrauch oder Steuerumgehungsabsicht ist nach herrschender Ansicht geradezu das *Verbot typisierender Missbrauchsbestimmungen* zu entnehmen⁷³.

Leading Case ist das EuGH-Urteil vom 17. 7. 1997 in der Rechtssache *Leur-Bloem*.⁷⁴ Die niederländische Finanzverwaltung hatte gegen einen Anteilstausch in der Form der Einbringung von Anteilen an zwei Gesellschaften in eine neu einbezogene Zwischen-Holding, die zur Verlustverrechnung „*innerhalb der so geschaffenen steuerlichen Einheit*“ geführt hätte, eingewandt, es liege keine steuerneutrale „*Fusion*“ vor, weil der beabsichtigte Vorgang angesichts der schon bisher gegebenen Alleingesellschafter- und Geschäftsführerstellung der Einbringenden (Frau Leur-Bloem) bereits eine bestehende Einheit sei.⁷⁵ Nach Art 15 Abs 1 lit a

⁷³ *Hübner-Schwarzinger/Kofler* in *Kofler*, UmgrStG³ § 44 Rz 16; weiters *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG³ § 16 Rz 62; *Terra/Wattel*, *European Tax Law*⁵ (2008) 510, 550.

⁷⁴ EuGH 17. 7. 1997, C-28/95, *Leur-Bloem*; weiters: EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, *ICI*; EuGH 9. 3. 1999, C-212/97, *Centros*; EuGH 8. 3. 2001, C-397/98, C-410/98, *Metallgesellschaft, Hoechst*; EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, *Riksskatteverk*; EuGH 30. 9. 2003, C-167/01, *Inspire Art*; EuGH 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*; EuGH 5. 7. 2007, C-321/05, *Kofoed*; EuGH 11. 10. 2007, C-451/05, *ELISA*; EuGH 11. 12. 2008, C-285/07, *A. T.* (zur Unzulässigkeit der doppelten Buchwertverknüpfung nach der Fusionsrichtlinie); EuGH 20. 5. 2010, C-352/08, *Zwijenburg*; EuGH 10. 11. 2011, C-126/10, *Foggia* (zu Art 11 FRL); EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*; EuGH 29. 3. 2012, C-417/10, *3M Italia*.

⁷⁵ Das EuGH-Urteil ist auch in einem weiteren Gesichtspunkt richtungweisend gewesen: Die strittige Fusion betraf nur Inlandsgesellschaften und fiel deswegen nicht in den Anwendungsbereich der FRL. Dennoch bejahte der EuGH seine Zuständigkeit aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens des niederländischen „Gerichtshofes“, weil die Voraussetzungen nationaler und grenzüberschreitender Fusionen übereinstimmend im Sinne der FRL geregelt waren und somit ein Bedarf an einer einheitlichen, den nun gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Auslegung bestand.

FRL⁷⁶ (früher Art 11 Abs 1 lit a FRL) kann ein Mitgliedstaat die Anwendung der FRL versagen oder rückgängig machen, wenn der (grundsätzlich von der FRL erfasste) Vorgang aus dem hauptsächlichen Beweggrund der Steuerhinterziehung oder -umgehung erfolgt, wovon ausgegangen werden kann, wenn keine vernünftigen wirtschaftlichen Gründe – insbesondere der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften – vorliegen. Bei der Prüfung, ob der beabsichtigte Vorgang einen solchen Beweggrund hat, können sich die nationalen Behörden nach dem Urteil in der Rechtsache *Leur-Bloem* jedoch nicht darauf beschränken, vorgegebene allgemeine Kriterien anzuwenden; sie müssen vielmehr eine „*globale Untersuchung jedes Einzelfalls*“ vornehmen. Die Untersuchung muss gerichtlich überprüfbar sein.⁷⁷ Zwar sind die Mitgliedstaaten berechtigt, die zur Anwendung dieser Bestimmung „*erforderlichen Modalitäten*“ – wohl im Rahmen von Ausführungsbestimmungen – festzulegen. „*Dabei ginge jedoch eine generelle Vorschrift, mit der bestimmte Gruppen von Vorgängen auf der Grundlage von Kriterien ... [der in der Rechtssache strittigen Art] automatisch und unabhängig davon, ob tatsächlich eine Steuerhinterziehung oder -umgehung vorliegt, vom Steuervorteil ausgeschlossen werden, über das zur Verhinderung einer Steuerhinterziehung oder -umgehung Erforderliche hinaus und beeinträchtigte das mit der Richtlinie verfolgte Ziel. Dies wäre auch dann der Fall, wenn eine derartige Vorschrift nur der Verwaltung das Ermessen einräumte.*“

Es liegt auf der Hand, dass § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG und § 4 Z 1 UmgrStG sowie die strittigen Regelungen des Wartungserlasses 2011 gegen diese Grundsätze verstoßen würden, kämen diese Grundsätze auf sie zur Anwendung. Letzteres ist indessen *nicht der Fall*: Denn die FRL zwingt die Mitgliedstaaten nicht, den Verlustübergang bei Fusionen (und den anderen unter die FRL fallenden Vorgängen) einzuräumen. Vielmehr müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art 6 FRL den Verlustübergang bei unter die FRL fallenden Umstrukturierungen nur unter denselben Voraussetzungen anerkennen, wie dies bei nationalen Umstrukturierungen der Fall ist. Im Ergebnis konkretisiert die FRL somit das aus den Grundfreiheiten folgende Diskriminierungsverbot für die unter die FRL fallenden Umstrukturierungen. Da die strittigen typisierenden Missbrauchsbestimmungen in gleicher Weise für nationale und grenzüberschreitende Verschmelzungen gelten, stehen die FRL und die Grundfreiheiten diesen Regelungen, obwohl sie die Überprüfung der Absicht der Steuerumgehung ausschließen, nicht entgegen.

Gleichwohl kommt der beschriebenen Judikatur des EuGH Bedeutung für das vorliegende Thema zu. Diese Judikatur zeugt nämlich von hohem Respekt gegenüber den Rechten der Staatsbürger, im konkreten Zusammenhang: der Steuerpflichtigen, deren Rechte der Staat nicht leichter Hand, nämlich durch zu grobe weil nicht ausreichend treffsichere Surrogatmerkmale und dadurch überschießende Regelungen, beschneiden sollte. Auch und gerade ein Hochsteuerland, wie es Österreich ist, müsste sorgsam bemüht sein, die ohnehin in vielen Zusammenhängen kaum zumutbar belasteten Steuerpflichtigen wenigstens von solchen Nachteilen freizuhalten, die nicht einmal durch Fiskalinteressen gedeckt sind.

⁷⁶ (Steuerliche) Fusionsrichtlinie RL 2009/133/EG.

⁷⁷ Rz 41 unter Hinweis auf EuGH Slg I 1993, 1663, *Kraus*.

IV. Kritik der Lex lata und Reformvorschläge

A. Verschmelzungen außerhalb von Unternehmensgruppen

1. Verlustwegfall bei der übernehmenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit b UmgrStG)

Wie oben ausgeführt, soll § 4 UmgrStG der Verlustverwertung durch die Zusammenführung von Verlusten, bei denen das verlustverursachende Vermögen nicht oder nicht mehr vergleichbar vorhanden ist, mit künftigen Gewinnen – kurz: Gewinnpotential – eines anderen Rechtsträgers entgegentreten: § 4 Z 1 lit a UmgrStG tritt der *Übertragung einer Verlust-Gesellschaft* entgegen. § 4 Z 1 lit b UmgrStG hat ergänzende Funktion; diese Regelung soll Strategien, bei denen die Verschmelzungsrichtung umgekehrt wird, entgegenwirken und richtet sich gegen die *Übertragung von Gewinn-Gesellschaften* (mit Gewinnpotential) auf Verlust-Gesellschaften.

Daraus folgt, dass § 4 Z 1 lit b UmgrStG – ausgehend von der *ratio legis* der Verhinderung umgründungsbedingter Verlustverwertungsmaßnahmen – nur dann berechtigt ist, wenn das verschmelzungsbedingt übertragene Vermögen künftig zu Gewinnen führen kann. Dies ist in der Regel nur bei Übertragung von betrieblichem Vermögen, ausgenommen Betriebsstätten in einem Befreiungs-DBA-Land, der Fall, *nicht aber bei der Übertragung von Beteiligungen an Körperschaften*.

Die zu weite Fassung des § 4 Z 1 lit b UmgrStG führt dazu, dass Gesellschaften, die verlustverursachende Vermögensteile zwecks Erhaltung des Gesamtunternehmens veräußert, liquidiert oder qualifiziert (im Sinne von § 4 Z 1 lit c UmgrStG) eingeschränkt haben, an keiner Umgründung als übernehmende Gesellschaft beteiligt sein können, ohne die Abzugsfähigkeit der (wirtschaftlich tatsächlich erlittenen) Verluste zu gefährden. Sinnvolle Umgründungen, vor allem auch Unternehmensakquisitionen, die keineswegs für Zwecke der Verlustverwertung vorgenommen werden, in vielen Fällen sogar zur Verlustverwertung objektiv ungeeignet sind, müssen aus diesem Grund oft unterbleiben.⁷⁸

Daher sollte der Gesetzgeber § 4 Z 1 UmgrStG *einschränken*. Zumindest solche Verschmelzungen, bei denen Verlustverwertung im beschriebenen Sinne – nämlich die Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential anderer Rechtsträger – aus tatsächlichen Gründen nicht stattfinden kann, sollten aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausgeschlossen werden.

Indessen liegt – bei Aufrechterhaltung der Diskriminierung der Verlustverwertung, die allerdings steuersystematisch und rechtspolitisch zu hinterfragen ist (dazu unten V.) – wohl Weg darin, den Verlustwegfall an das Vorliegen einer missbräuchlichen Umgründung iSv § 44 UmgrStG – und damit an eine wohl in der Regel nachgelagerte Einzelfallprüfung durch Finanzamt und Gerichte – zu binden: Einerseits handelte es sich um eine grundlegende Konzeptänderung des § 4 UmgrStG, der als typisierte Missbrauchsverhinderungsvorschrift nicht auf das Vorliegen einer (subjektiven) Steuerminderungsabsicht abstellt. Andererseits lässt sich das Fehlen einer derartigen Absicht kaum im Wege der Vorweg-Klärung durch Auskunft des Finanzamts feststellen. Die dann verbleibende, nachprüfende Kontrolle im Abgabenverfahren wäre der Planungssicherheit in hohem Maße abträglich.

⁷⁸ Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Kritik auch bei *Bruckner* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen § 4 Rz 10.

Die Alternative besteht in einer Einschränkung des § 4 Z 1 lit b UmgrStG, die den Verlustwegfall bei solchen Umgründungen ausschließt, die von vornherein zu keiner Verlustverwertung führen können. Gesetzestechnisch geht es um die Rückführung einer zu weit greifenden, weil nach zu groben Surrogatmerkmalen typisierenden Missbrauchsverhinderungsvorschrift auf jene Sachverhalte, die nach der beschriebenen *ratio legis* als Verlustverwertungs-Transaktionen missbilligt sind. Dies ist naturgemäß nur bei solchen Transaktionen der Fall, bei denen die Verrechnung der existierenden Verluste mit künftigen Gewinnen überhaupt möglich ist.

Jedenfalls⁷⁹ in den nachstehenden Umgründungsfällen ist die Eignung zur Verlustverwertung von vornherein auszuschließen:

- *Verschmelzungsbedingte Übertragung einer Inlandsbeteiligung*: Da aus der Beteiligung kein laufender Gewinn entstehen kann, der zur Verrechnung mit den Verlusten der übernehmenden Gesellschaft geeignet wäre, ist der Verlustwegfall als Rechtsfolge der Verschmelzung nicht gerechtfertigt. Das „fiskalische Risiko“ der Entsteuerung eines Gewinns aus der späteren Veräußerung einer verschmelzungsbedingt übertragenen Inlandsbeteiligung wird noch zur Sprache kommen.
- *Verschmelzungsbedingte Übertragung einer steuerneutralen Schachtelbeteiligung*:⁸⁰ Auch hier können keine laufenden Gewinne entstehen, die durch Verrechnung mit den Verlustvorträgen der übernehmenden Körperschaft entsteuert werden. Abweichend von der Übertragung einer Inlandsbeteiligung besteht nicht das „Risiko“ einer allfälligen Entsteuerung von Veräußerungsgewinnen.
- *Verschmelzungsbedingte Übertragung einer steuerpflichtigen Schachtelbeteiligung*: Hier gleicht die Situation jener bei Inlandsbeteiligungen.

Aus Gründen der Einfachheit könnte § 4 Z 1 lit b UmgrStG nur insoweit eingeschränkt werden, als die verschmelzungsbedingte Übertragung von (Inlands- und Auslands-)Beteiligungen vom Verlustuntergang ausgenommen wird.⁸¹ Zwei verschiedene Varianten, die sich durch die Reichweite der Einschränkung des Verlustuntergangs unterscheiden, kommen in Betracht:

- *Variante 1*: Zunächst könnte überlegt werden, den Verlustuntergang nach § 4 Z 1 lit b UmgrStG *ohne Einschränkung* entfallen zu lassen, wenn nur Beteiligungen an Körperschaften (Inlandskörperschaften, Schachtelbeteiligungen) eingebracht werden. Dadurch entfielen die in der M&A-Praxis äußerst ärgerliche Behinderung von Akquisitionen, bei denen der Erwerber nicht mit Geld, sondern mit neuen oder eigenen Anteilen bezahlt. Bedeutung hat dies nicht nur für den (eher selteneren) Fall des Erwerbs der Target-Beteiligung durch Verschmelzung in die Erwerber-Gesellschaft, sondern – über den auf die Verschmelzung beschränkten Gegenstand des vorliegenden Beitrags hinausgehend – vor allem für die (häufigere) Einbringung der Target-Beteiligung als Kapitalanteil iSd § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG. Auch öffentliche Übernahmeangebote, die als Tauschangebote (zB in Form einer „Papieralternative“ zum Barangebot⁸²) durchgeführt werden, fallen unter diese Regelung. Historisch geht die Einbeziehung des Anteilstauschs in die FRL (Art 2

⁷⁹ Als vierter Fall ist die umgründungsbedingte Übertragung einer Betriebsstätte in einem Befreiungs-DBA-Land zu nennen.

⁸⁰ Zu all dem vgl. Hügel, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 58 ff; Kirchmayr/Mayr (Hrsg), Umgründungen – Praxisfragen und Fallbeispiele (2014) 159 ff mit Diskussion zwischen Hügel, Jann, Mayr, Schumacher und Wiesner.

⁸¹ Überschießend wäre die Regelung danach unverändert bei verschmelzungsbedingter Übertragung einer Betriebsstätte in einem Befreiungs-DBA-Land.

⁸² Reine Tauschangebote (ohne alternatives Barangebot) sind bei Kontrollbeteiligungen, die meist Gegenstand eines Übernahmeangebots sind, nicht zulässig (§ 26 Abs 1 ÜbG).

lit d, Art 4 ff) gerade auf die Ermöglichung von Übernahmeangeboten zurück. Die Einbeziehung erfolgte über Initiative des Vereinigten Königreichs, weil dieses den Anteilstausch als gebräuchlichste Form einer fusionsähnlichen Unternehmensübernahme kannte, während die Verschmelzung (jedenfalls früher) eher ungebräuchlich war.⁸³

- *Variante 2:* Allerdings könnte dann noch immer die fiskalische Befürchtung bestehen, dass die Verluste der übernehmenden Körperschaft mit dem *Veräußerungsgewinn bei späterem Verkauf der Beteiligung* zur Verrechnung kämen. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Wird die Beteiligung – im Rahmen einer M&A-Transaktion – von einem konzernfremden Dritten erworben, kommt es in aller Regel zu keiner kurzfristigen Weiterveräußerung mit Veräußerungsgewinn: Zunächst ist die kurzfristige Weiterveräußerung nach einer Akquisition unüblich; findet sie dennoch statt, wird angesichts des erst vor kurzem bezahlten, fremdüblichen Erwerbspreises kaum ein Veräußerungsgewinn entstehen. Erfolgt keine Akquisition von einem Dritten, sondern wird die Beteiligung im Wege einer Umgründung von einer Konzerngesellschaft erworben, könnte dies in der Absicht geschehen, den Veräußerungsgewinn aus dem – schon vor der Einbringung geplanten – Verkauf der Beteiligung mit Verlusten der übernehmenden Konzern-Körperschaft zu verrechnen. Auch dieser Fall dürfte indessen aus praktischen Gründen zu vernachlässigen sein, weil in Konzernen die Verlustverwertung in aller Regel durch eine Gruppenbesteuerung sichergestellt wird, sodass eine derartige Vorweg-Übertragung durch Umgründung zur Verlustverrechnung gar nicht erforderlich ist. Hinzu kommt: Die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten im Konzern ist, wie bereits oben dargelegt (II., III.A.1. sowie unten V.), von vornherein keine zu diskriminierende Verlustverwertung. Es wäre wertungswidersprüchlich, die Verrechnung bei (vorangehender) Begründung einer Unternehmensgruppe zuzulassen, bei anlassbezogener Bewirkung der Verrechnung durch Umgründung aber nicht.

Doch Gesetzgebungskunst – wie auch Vorschläge zu Gesetzgebungsänderungen – ist die „Kunst des Möglichen“. Sollte die Gesetzesredakteure das „fiskalische Risiko“ der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen allzu heftig plagen, wäre eine nur eingeschränkte Einschränkung des § 4 Z 1 lit b UmgrStG das geringere Übel gegenüber der unveränderten Aufrechterhaltung der überschießenden Regelung. Zwecks Vermeidung des genannten „fiskalischen Risikos“ könnte im Fall der Übertragung einer Beteiligung die Beibehaltung der Verluste der übernehmenden Körperschaft zugelassen und nur die Verrechnung der Verluste mit allfälligen Gewinnen aus der künftigen Veräußerung der Beteiligung ausgeschlossen werden.⁸⁴

Je nachdem, welche Variante umgesetzt werden soll, wäre § 4 Z 1 lit b UmgrStG um folgenden Satz bzw folgende Sätze zu ergänzen:

„Die Verluste bleiben jedenfalls dann abzugsfähig, wenn die Verschmelzung nur zum Übergang von Beteiligungen an Körperschaften (§ 10 Abs 1 KStG) führt; [werden die Beteiligungen später veräußert, sind die bis zum Verschmelzungstichtag noch nicht verrechneten Verluste vom Veräußerungsgewinn nicht abzuziehen.]“

⁸³ Vgl im Einzelnen Hügel, Umgründungssteuergesetz und Fusionsbesteuerungsrichtlinie, in FS Werilly (2000) 161, 162 ff.

⁸⁴ Da die Beteiligung im Vermögen der übernehmenden Körperschaft klar unterscheidbar beibehalten wird, wirft die Einschränkung der Verlustverwertung bei Beteiligungen keine Rechtsanwendungsprobleme auf. Bei der Einbringung betrieblicher Einheiten hingegen würde eine derartige Regelung häufig zu Abgrenzungsproblemen führen, weil aufgrund der „Vermischung“ des eingebrachten Betriebsvermögens mit dem betrieblichen Vermögen der übernehmenden Körperschaft in aller Regel schon nach einigen Jahren die Identifikation eines gerade auf das eingebrachte Betriebsvermögen entfallenden Veräußerungsgewinns wohl nicht mehr möglich wäre.

Die Regelung gilt für alle Beteiligungen, somit sowohl für Inlandsbeteiligungen als auch für Schachtelbeteiligungen. Bei steuerneutralen Schachtelbeteiligungen hat die Regelung im Veräußerungsfall keinen Anwendungsbereich, es sei denn, die Veräußerung führt zur Aufdeckung von steuerverstrickten stillen Reserven (§ 3 Abs 4, § 9 Abs 4 Z 1, § 18 Abs 4 Z 1, § 34 Abs 3 Z 1 UmgrStG).

Die vorgeschlagene Änderung ersetzt die Rechtsfolge des Verlustwegfalls durch ein beschränktes Verlustverrechnungs-Verbot: Die Verluste der übernehmenden Körperschaft fallen nicht weg, können somit auch nach der Umgründung mit „eigenen“ Gewinnen der übernehmenden Körperschaft verrechnet werden; nur die Verrechnung mit Gewinnen aus dem übertragenen Vermögen wird ausgeschlossen. Nur Letzteres ist aufgrund der *ratio legis* des § 4 UmgrStG, auf die Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential zu reagieren, erforderlich. Die vorgeschlagene Regelung entspricht somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, denn sie vermeidet die überschießende, negative Konsequenz des gänzlichen Verlustwegfalls.

2. Verluste der übertragenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit a UmgrStG)

Daher könnte überlegt werden, das geschilderte Verlustverrechnungs-Verbot nicht bloß auf Verluste der *übernehmenden* Körperschaft anzuwenden, sondern auch auf Verluste der *übertragenden* Körperschaft zu erstrecken. In diesem Falle wäre § 4 Z 1 lit a UmgrStG um folgenden Satz zu ergänzen:

„Die Verluste der übertragenden Körperschaft sind bei der übernehmenden Körperschaft abzugsfähig, wenn die übernehmende Körperschaft zum Verschmelzungstichtag nur über Beteiligungen verfügt; [werden die Beteiligungen später veräußert, können die Verluste der übertragenden Körperschaft vom Veräußerungsgewinn nicht abgezogen werden].“

Eine derartige Regelung würde sicherstellen, dass die Verluste der übertragenden Körperschaft unverändert mit den Gewinnen aus den anderen Aktivitäten der übertragenden Körperschaft, die auf die übernehmende Körperschaft (gemeinsam mit den Verlusten) übergehen, abgezogen werden können. Der nach dem geltenden § 4 Z 1 lit a UmgrStG auch hier eingreifende Verlustwegfall ist ebenso überschießend wie die oben geschilderten negativen Effekte des § 4 Z 1 lit b UmgrStG. Denn bei Unterbleiben der Verschmelzung wären die Verluste der Körperschaft mit den Gewinnen aus ihren anderen Aktivitäten verrechnet worden. Die Verschmelzung auf eine übernehmende Körperschaft, die lediglich über eine Beteiligung verfügt, ist für die Verlustverwertung von vornherein ungeeignet.

Ungeachtet der gleichfalls gegebenen Reformbedürftigkeit von § 4 Z 1 lit a UmgrStG zeigt die Unternehmenspraxis, dass vor allem der Wegfall von Verlusten der übernehmenden Körperschaft nach § 4 Z 1 lit b UmgrStG in erheblichem Umfang sinnvolle Umstrukturierungsmaßnahmen behindert. Diese Regelung wirkt sich vor allem auf Konzernspitzengesellschaften oder andere bedeutende Gesellschaften, die bei Konzernumstrukturierungen, vor allem aber auch bei Akquisitionen als übernehmende Gesellschaften fungieren, nachteilig aus. Dabei handelt es sich häufig um Gesellschaften, die – trotz Stilllegung verlustbringender Einheiten – noch über erhebliche, andere Aktivitäten verfügen und in deren Rahmen Fusionen durch Aufnahme anderer Aktivitäten (durch Verschmelzung) oder Akquisitionen (durch Beteiligungseinbringung) durchführen. Derartigen, durchaus andere als die früheren verlust-erzeugenden Aktivitäten betreibenden Körperschaften in typisierender Betrachtung bei jeder Umgründung (unwiderleglich) Missbrauchsabsicht zu unterstellen, geht entschieden zu weit. Dies zeigt auch der Vergleich mit der deutschen Rechtslage (siehe oben III.C.2.).

B. Verschmelzungen unter Beteiligung von Gruppengesellschaften

1. Gruppenbezogene Betrachtungsweise des Objektbezugs

§ 4 Z 1 UmgrStG macht den Verlustabzug⁸⁵ davon abhängig, dass das verlustverursachende Vermögen zum Verschmelzungstichtag in vergleichbarem Umfang vorhanden ist. Mangels gegenteiliger Anordnung betrifft dies das Vorhandensein bei der übertragenden oder übernehmenden Körperschaft.

Demgegenüber stellen die UmgrStR bei Umgründungen unter Beteiligung von Gruppengesellschaften seit dem Wartungserlass 2011 im Anschluss an eine programmatische Untersuchung von *Gunter Mayr*⁸⁶ darauf ab, ob das verlustverursachende Vermögen „zum Verschmelzungstichtag in der Unternehmensgruppe in vergleichbarer Form noch vorhanden ist. Ein Transfer dieses Vermögens innerhalb der Gruppe (zB aufgrund einer vor der Verschmelzung erfolgten Einbringung in ein anderes Gruppenmitglied) ist daher unschädlich.“⁸⁷

Darin liegt ein Paradigmenwechsel in zweifacher Hinsicht:

Zunächst bewirkt der Wartungserlass 2011 eine zu begrüßende *Annäherung* an § 4 Z 1 UmgrStG, weil er – anders als die UmgrStR früherer Fassung – an das verlusterzeugende Vermögen und nicht an die Beteiligung an dem Verlust-Gruppenmitglied anknüpft; Letzteres war mit § 4 UmgrStG unvereinbar.⁸⁸

Neu ist vor allem aber das Abstellen auf das Vorhandensein des verlustverursachenden Vermögens nicht bei der jeweils übertragenden oder übernehmenden Körperschaft, sondern auf das Vorhandensein „in der Unternehmensgruppe“.

Steuerpolitisch und rechtssystematisch spricht für diese „gruppenbezogene Betrachtungsweise“ (*Mayr*; UmgrStR Rz 352), dass die Gruppenbesteuerung bis zu einem gewissen Grad die „Unternehmensgruppe als Besteuerungseinheit“ an die Stelle der jeweiligen Einzel-Körperschaft setzt. *Mayr*: „Der Grundsatz der Individualbesteuerung ist bei der Gruppenbesteuerung durchbrochen, die Unternehmensgruppe als solche wird besteuert.“⁸⁹

Insoweit ist die Einführung der gruppenbezogenen Betrachtungsweise ein steuersystematischer, die teleologische Folgerichtigkeit des § 4 UmgrStG verbessernder Fortschritt. Indessen sollte der tatsächliche Umfang des Fortschritts nicht überschätzt werden: Zu einem erheblichen Teil führt die gruppenbezogene Betrachtungsweise nur deswegen zu Vorteilen, weil der Wartungserlass 2011 den Verlustuntergang auch an gruppeninterne Verschmelzungen knüpft, was wohl durch den Gesetzeswortlaut des § 4 Z 1 UmgrStG nicht gedeckt ist, jedenfalls aber dem *telos* der Gruppenbesteuerung widerspricht (dazu unten 2). Insoweit liegt also bloß eine (beschränkte) „Rückkorrektur“ einer verfehlten Ausweitung des Antiverlustverwertungs-Regimes vor. Sollte sich – wie in diesem Beitrag vertreten – die Unschädlichkeit gruppeninterner Verschmelzungen durchsetzen, hätte die gruppenbezogene Betrachtungsweise aber jeden-

⁸⁵ Genauer: den Übergang von Verlusten der übertragenden Körperschaft auf die übernehmende Körperschaft (§ 4 Z 1 lit a UmgrStG) bzw die weiterhin gegebene Abzugsfähigkeit der Verluste der übernehmenden Körperschaft (§ 4 Z 1 lit b UmgrStG).

⁸⁶ Gruppenbesteuerung: Verlustvortrag und Umgründungen, RdW 2010, 536.

⁸⁷ UmgrStR Rz 351 letzter Absatz, Rz 351e Abs 3, Rz 352 nach Beispiel 2, Rz 352e Abs 6, Rz 353d Abs 3.

⁸⁸ Im Einzelnen *Hügel*, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 61 f mwN. Ablehnend auch *Mayr/Petrag/Schlager*, RdW 2012, 58. Darstellung des Meinungsstandes zur Relevanz der Beteiligung an dem verlusterzeugenden Gruppenmitglied nach den UmgrStR vor dem Wartungserlass 2011 bei *Jannl/Rittsteuer/Schneider* in *Kofler*, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 570 ff.

⁸⁹ RdW 2010, 536.

falls Bedeutung für die Verschmelzung von Gruppengesellschaften mit gruppenexternen Gesellschaften (dazu unten 3.).

Allerdings wird die gruppenbezogene Betrachtungsweise nur in wenigen Fällen zu Vorteilen führen, weil das verlusterzeugende Vermögen einer Gruppengesellschaft wohl nur selten vor einer schädlichen Umgründung dieser Gruppengesellschaft an eine andere Gruppengesellschaft übertragen wird, sodass die gruppenbezogene Betrachtungsweise den Verlustwegfall verhindert.

Ist die gruppenbezogene Betrachtungsweise jedenfalls wegen ihrer steuersystematischen Folgerichtigkeit und ihrer praktischen Bedeutung bei Verschmelzungen mit gruppenexternen übertragenden Körperschaften zu begrüßen, ist doch kritisch anzumerken, dass sie in § 4 UmgrStG, der aus Anlass der Einführung der Gruppenbesteuerung in § 9 KStG nicht verändert wurde, *keine Rechtsgrundlage* hat. Denn § 4 UmgrStG geht vom Vorhandensein der verlustverursachenden Vermögensteile bei der übertragenden oder übernehmenden Körperschaft aus, nicht vom Vorhandensein „in der Unternehmensgruppe“.

Um die gruppenbezogene Betrachtungsweise im Gesetz zu verankern, sollte § 4 UmgrStG daher angepasst werden.

2. Gruppeninterne Verschmelzung

Eine weitere Neuerung des Wartungserlasses 2011 ist die Aussage, dass bei Wegfall des verlustverursachenden Vermögens und bei qualifizierter Umfangsminderung iSv § 4 Z 1 lit c UmgrStG eigene Verluste des Gruppenträgers sowie zugerechnete Verluste auch aus Anlass einer gruppeninternen Verschmelzung entfallen.

Verschärft wird diese Ansicht dadurch, dass bei Verschmelzungen auf den Gruppenträger nicht nur von der jeweils übertragenden Gesellschaft zugerechnete Verluste wegfallen sollen, sondern – neben den *eigenen Verlusten* des Gruppenträgers – *alle zugerechneten Verluste*, bei denen das verlusterzeugende Vermögen nicht mehr (vergleichbar) in der Gruppe vorhanden ist. Denn die UmgrStR behaupten die Anwendung des § 4 UmgrStG „*sowohl [auf] die vom Gruppenträger selbst erwirtschafteten Verluste als auch jene der Gruppenmitglieder, die ihm zugerechnet wurden*“.⁹⁰ Erfasst sind somit auch Verluste solcher Gruppenmitglieder, die an der konkreten Verschmelzung *überhaupt nicht beteiligt sind* und deren Verluste – existierte keine Unternehmensgruppe – zwangsläufig nicht betroffen wären.

Dagegen bestehen folgende Einwände:

- Zunächst steht der Verlustwegfall aufgrund einer gruppeninternen Umgründung mit dem *Zweck* – der *ratio legis* – der Gruppenbesteuerung, Gewinne und Verluste innerhalb der Gruppe zu verrechnen, *im Widerspruch*. Es ist nicht ersichtlich, warum von einem bestimmten Gruppenmitglied an den Gruppenträger abgegebene Verluste (nachträglich) entfallen sollen, bloß weil das betreffende – möglicherweise bereits komplett funktionslos gewordene – Gruppenmitglied später mit dem Gruppenträger oder einem anderen Gruppenmitglied verschmolzen wird. § 4 UmgrStG soll das Zusammenführen von Gewinnpotential und Verlusten zwecks Verlustverwertung vermeiden. Im genannten Beispiel findet aber keine andere Verlustverwertung statt als jene, die gerade das *Ziel der Gruppenbesteuerung* ist. Folglich spricht gerade die von *Gunter Mayr* mit guten steuer-

⁹⁰ UmgrStR Rz 353d Abs 3 (zur gruppeninternen Verschmelzung des Gruppenträgers). Dieses Verständnis wurde beim Wiener Konzernsteuerntag 2012 von *Mayr* bestätigt: siehe *Kirchmayr/Mayr*, Umgründungen 192. Zum Meinungsstand vgl. *Jann/Rittsteuer/Schneider in Kofler*, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 617. Die Aussagen zu den anderen Verschmelzungskonstellationen finden sich in Rz 351 letzter Absatz, Rz 351e Abs 3, Rz 352 nach Beispiel 2, Rz 352e Abs 6, Rz 353g Abs 3 (mit geringfügigen Modifikationen im Wortlaut).

systematischen Gründen befürwortete „gruppenbezogene Betrachtungsweise“ auch für die Unschädlichkeit gruppeninterner Umgründungen.⁹¹ Pointiert: Die gruppenspezifische Gewinn- und Verlust-Saldierung ist die Hauptwirkung der § 9 KStG *generell* – nicht bloß im Zusammenhang mit der Auswirkung von Umgründungen auf Verluste – zugrunde liegenden „gruppenbezogenen Betrachtungsweise“.

- Der Wegfall *sämtlicher* Verluste, auch solcher, die nicht von den an der Umgründung beteiligten Gruppenmitgliedern stammen, führt zu einer geradezu widersinnigen *Diskriminierung gruppeninterner Verschmelzungen* gegenüber Verschmelzungen in solchen Konzernen, die nicht für die Anwendung der Gruppenbesteuerung (§ 9 KStG) optiert haben, und insbesondere auch gegenüber Verschmelzungen von *nicht verbundenen Unternehmen* (Konzentrationsverschmelzung). Ohne Gruppenbesteuerung blieben Verluste von solchen Konzerngesellschaften, die an der jeweiligen Verschmelzung nicht beteiligt sind (vorbehaltlich der Anwendung zB der Mantelkaufregelung), bei der jeweiligen Konzerngesellschaft aufrecht, ohne dass deren Abzugsfähigkeit von der Verschmelzung *anderer* (in der Regel übergeordneter) Konzerngesellschaften betroffen wäre. In der Unternehmensgruppe hingegen würde die Zurechnung *aller* Gruppenmitglieder-Verluste zum Gruppenträger dazu führen, dass diese – bei fehlendem Objektbezug – durch jede noch so unbedeutende Verschmelzung, an welcher der *Gruppenträger beteiligt* ist, wegfielen.⁹² Die neue Rechtsmeinung der UmgrStR führt dazu, dass sich ein Konzern durch die Optionsausübung für die Gruppenbesteuerung – wohl in der Regel: unbewusst! – erhebliche Umgründungsbeschränkungen auferlegt!
- Eine weitere Diskriminierung gegenüber gruppenfreien Konzernen ergibt sich daraus, dass die Verlustzurechnung in der Gruppe der Ersatz für die in der Gruppe gestrichene Steuerwirksamkeit der Teilwertabschreibung (§ 9 Abs 7 Satz 1 KStG) ist. Der Verlust eines Gruppenmitglieds kann sich in der Gruppe nur durch Zurechnung an den Gruppenträger steuerlich auswirken. Daher darf er auch nicht aus Anlass einer Umgründung wegfallen⁹³ – außer bei der Umgründung mit einer gruppenexternen Körperschaft (dazu unten 3.).

Die oben geschilderte negative Konsequenz, wonach eine durch Veräußerung, Liquidation oder Einschränkung von verlustverursachenden Teilbetrieben oder Vermögensteilen sanierte Gesellschaft durch den drohenden Wegfall von Verlusten an der Vornahme jeglicher Umgründung gehindert ist, wird durch diese Ansicht der UmgrStR im Falle von Unternehmensgruppen erheblich verschärft, weil

- bei *Umgründungen auf den (übernehmenden) Gruppenträger* sämtliche Verluste des Gruppenträgers, bei denen das verlustverursachende Vermögen in der Gruppe nicht mehr vorhanden oder nicht mehr vergleichbar ist, wegfallen sollen, auch wenn die Verluste mit der konkreten Umgründung und dem übertragenden Rechtsträger in keinerlei Zusammenhang stehen,⁹⁴ sodass der Gruppenträger an *jeglicher gruppeninterner Umgründung* – nicht nur an Umgründungen mit Gruppenmitgliedern mit weggefallenem oder nicht mehr vergleichbarem verlustverursachenden Vermögen – *gehindert* ist;

⁹¹ Zutreffend *Plott*, ÖStZ 2010, 437 f; *Gatterer*, taxlex 2012, 87.

⁹² Diese Konsequenz zieht Rz 352 der UmgrStR für gruppeninterne Umgründungen von Gruppenmitgliedern – also ohne Beteiligung des Gruppenträgers – hingegen ausdrücklich nicht (dazu sogleich).

⁹³ Zutreffend *Plott*, ÖStZ 2010, 438; *Gatterer*, taxlex 2012, 87; *Pinetz/Schaffer*, ÖStZ 2013, 82.

⁹⁴ Dazu *Hügel* und *Mayr* in *Kirchmayr/Mayr*, Umgründungen 192.

- selbst *gruppeninterne Umgründungen ohne Beteiligung des Gruppenträgers* zum Wegfall der dem Gruppenträger zugerechneten Verlusten jener Gruppenmitglieder, die an der Umgründung teilnehmen,⁹⁵ führen sollen.⁹⁶

Vor allem die letztgenannte Ansicht steht im klaren Widerspruch zum Gesetzeswortlaut des § 4 Z 1 UmgrStG, der (nur) den Wegfall der Verluste der *an der Verschmelzung beteiligten Körperschaften* vorsieht. Insbesondere wegen des Widerspruchs auch zur *ratio legis* sowohl des § 4 Z 1 UmgrStG als auch der auf Gewinn-Verlust-Verrechnung gerichteten Gruppenbesteuerung (siehe oben) lässt sich dies nicht mit dem ergebnisbezogenen Argument beiseiteschieben, das Gesetz zwingt zum Verlustwegfall und, da „die Verluste systembedingt (nur) beim Gruppenträger“ vorzufinden seien, müssten sie dann eben beim Gruppenträger entfallen.⁹⁷

Fungiert der Gruppenträger als übernehmende Gesellschaft, mag es zwar vertretbar erscheinen, im Rahmen einer reinen Wortlautinterpretation auch die *zugerechneten* Verluste unter den Begriff der „Verluste der übernehmenden Körperschaft“ zu subsumieren.⁹⁸ Dennoch besteht kein Zweifel, dass die – nicht für Gruppenbesteuerungsfälle konzipierte – Regelung Verluste im Blick hat, die gerade bei der übertragenden und übernehmenden Körperschaft *entstanden* sind. Nicht nur die angeführten teleologischen Überlegungen, sondern auch der historische Sinn des § 4 Z 1 lit b UmgrStG widersprechen der Meinung des Verfügungserlasses 2011 zu Verschmelzungen unter Beteiligung des Gruppenträgers.

Zur Verschmelzung ohne Beteiligung des Gruppenträgers ist noch darauf hinzuweisen, dass der Verlustwegfall zusätzlich auch deswegen abzulehnen ist, weil der Gruppenträger an Umgründungen auf unteren Gruppenebenen (zB Verschmelzung von zwei Gruppenmitglieder-Enkelgesellschaften des Gruppenträgers) gesellschaftsrechtlich nicht beteiligt sein muss, insbesondere nicht an den betreffenden Gesellschafterbeschlüssen mitwirken muss und dennoch negative Rechtsfolgen derartiger Umgründungen zu tragen hätte. Ferner wird der Gruppenträger – je nach Ausgestaltung der Steuerausgleichvereinbarung⁹⁹ – vielfach einen *negativen Steuerausgleich* für die zugerechneten Verluste bezahlt haben, sodass ihm der Entzug der „bezahlten Verluste“ keinesfalls zuzumuten ist.¹⁰⁰

Ausgehend von der oben dargelegten *ratio legis* des § 4 UmgrStG kommt die Beschränkung des Verlustabzugs nur beim umgründungsbedingtem Zusammenführen von Verlusten mit *Gewinnpotential anderer Steuerpflichtiger* in Betracht. Da die Gruppenbesteuerung aber gerade auf die Verrechnung von Verlusten und Gewinnen *verschiedener – in der Gruppe zusammengefasster – Gesellschaften* gerichtet ist, sind gruppeninterne Umgründungen keine nach § 4 UmgrStG zu diskriminierenden Maßnahmen; die Verschmelzung von Gruppengesellschaften erfolgt innerhalb der „Besteuerungseinheit Unternehmensgruppe“ und führt gerade

⁹⁵ Rz 352 der UmgrStR sieht weder den Wegfall der Verluste *anderer* Gruppenmitglieder noch den der *eigenen* Verluste des Gruppenträgers vor, denn diese Regelung lautet: „Hinsichtlich jener Verluste des *übertragenden bzw übernehmenden* Gruppenmitgliedes, die seit der Gruppenzugehörigkeit entstanden sind, in den Verlustvortrag des Gruppenträgers Eingang gefunden haben ... und zum Verschmelzungsstichtag noch nicht verrechnet sind, kommt § 4 UmgrStG ebenfalls zur Anwendung.“ So auch *Mayr/Petrag/Schlager*, RdW 2012, 59; *Jann/Rittsteuer/Schneider* in *Kofler*, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 632.

⁹⁶ So UmgrStR Rz 352 zur „Verschmelzung inländischer Gruppenmitglieder“ (Überschrift vor UmgrStR Rz 352).

⁹⁷ So aber *Mayr/Petrag/Schlager*, RdW 2012, 58.

⁹⁸ So auch *Jann/Rittsteuer/Schneider* in *Kofler*, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 618.

⁹⁹ Zu den in Betracht kommenden Steuerausgleichsmethoden vgl *Hügel*, Steuerausgleich in der Unternehmensgruppe, GesRZ 2005, 155; weiters *Urtz* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG § 9 Rz 549 ff; *Stefaner/Weninger* in *Lang/Schuch/Starlinger*, KStG § 9 Rz 128 ff.

¹⁰⁰ Vgl wiederum *Plott*, ÖStZ 2010, 437; *Gatterer*, taxlex 2012, 87; *Jann/Rittsteuer/Schneider* in *Kofler*, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 630.

nicht zur Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential eines *anderen* Steuerpflichtigen. Hinzu kommt, dass gruppeninterne Umgründungen eine derartige „Zusammenführung“ gar nicht mehr bewirken können. Denn: *Ein Verlust-Gruppenmitglied verfügt ja über gar keine Verluste mehr.* Diese wurden bereits an den Gruppenträger abgegeben. *Gruppeninterne Umgründungen sind somit per se keine Verlustverwertungsmaßnahmen.* Die – legitime! – Verlustübertragung ist *bereits vor der Umgründung*, nämlich im Wege der Zurechnung der Ergebnisse an den Gruppenträger erfolgt.¹⁰¹

3. Verschmelzung mit einer gruppenexternen Körperschaft

Selbst ausgehend von dem gegenwärtigen Dogma der Diskriminierung von Verlustverwertungs-Transaktionen (zur steuerpolitischen Kritik vgl V) kann somit nur die Verschmelzung einer *gruppenexternen Körperschaft* auf den Gruppenträger oder ein Gruppenmitglied zu einer regelungsbedürftigen Verlustverwertung führen. Stuft man die Unternehmensgruppe im Sinne der „gruppenbezogenen Betrachtungsweise“ *Mayrs* als Quasi-Besteuerungseinheit ein, liegt nur hier die Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential zweier *verschiedener* „Besteuerungseinheiten“ vor.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

- Durch die Übertragung einer *gruppenexternen Gewinn-Körperschaft* auf den Gruppenträger oder auf ein Gruppenmitglied wird in die Gruppe *Gewinnpotential eines anderen Steuerpflichtigen* eingeführt, dessen spätere Realisierung zur Verrechnung mit den dem Gruppenträger zugerechneten Verlusten oder eigenen Verlusten des Gruppenträgers („Gruppenträgerverlusten“) führt.¹⁰² Ist das verlusterzeugende Vermögen in der Gruppe weggefallen oder nicht mehr vergleichbar, ist der Wegfall der zugerechneten Verluste beim Gruppenträger systemkonform, auch wenn der Verlustwegfall durch die gegenwärtige Fassung des § 4 Z 1 UmgrStG nicht gedeckt ist. Andernfalls könnte die durch Verschmelzung außerhalb einer Gruppe nicht erzielbare Verlustverwertung durch eine der Verschmelzung vorgeschaltete Gruppenbildung ermöglicht werden.
- Durch die Übertragung einer *gruppenexternen Verlust-Körperschaft* kann es zu folgenden Effekten kommen: Bei der Übertragung auf den Gruppenträger können die Verluste, wenn das verlusterzeugende Vermögen noch (vergleichbar) vorhanden ist, mit „Gruppenträgergewinnen“ verrechnet werden. Dies ist systemkonform. Bei Übertragung auf ein Gruppenmitglied kommt eine (unmittelbare) Verrechnung mit „Gruppenträgergewinnen“ zwar nicht in Betracht, weil die Verluste zu Außergruppenverlusten werden und folglich nicht dem Gruppenträger zuzurechnen sind (§ 9 Abs 6 Z 4 KStG); die Außergruppenverluste werden aber mit künftigen Gewinnen des übernehmenden Gruppenmitglieds verrechnet, bevor diese dem Gruppenträger zugerechnet werden, sodass zumindest auf diesem Weg „Gruppenträgergewinne“ gekürzt werden. Da die Verlustverrechnung vom Vorhandensein des verlusterzeugenden Vermögens in vergleichbarem Umfang abhängt, ist auch diese Verlustverrechnung „über den Umweg der Außergruppenverluste“ systemkonform, denn sie wäre auch bei Fehlen der Gruppe möglich. Ist die Objektvoraussetzung des § 4 Z 1 lit a UmgrStG bei der gruppenexternen Verlust-Körperschaft nicht gegeben, ist der Verlustwegfall wiederum systemkonform.

¹⁰¹ So im Ergebnis auch *Jann/Rittsteuer/Schneider in Kofler, UmgrStG³ § 9 KStG Rz 631*: Durch die gruppeninterne Umgründung wird „keinerlei Besserstellung in der Verwertbarkeit der Verlustvorträge beim Gruppenträger bewirkt“.

¹⁰² Vgl wiederum die Diskussion zwischen *Hügel, Jann, Mayr, Schumacher* und *Wiesner in Kirchmayr/Mayr, Umgründungen* (2014).

C. Vorgeschlagene Gesetzesänderungen

Regelungsbedürftig¹⁰³ sind folglich:

- die Beschränkung der lit a und lit b des § 4 Z 1 UmgrStG auf die Verschmelzung von *gruppenexternen* Gesellschaften auf den Gruppenträger oder ein Gruppenmitglied, woraus sich durch Umkehrschluss die *Unschädlichkeit gruppeninterner Verschmelzungen* ergibt;
- die Beschränkung des Wegfalls von „Gruppenträgerverlusten“ auf jene Fälle, in denen das verlustverursachende Vermögen (in vergleichbarem Umfang) nicht mehr in der Unternehmensgruppe vorhanden ist („*gruppenbezogene Betrachtungsweise*“);
- die Beschränkung des Wegfalls von „Gruppenträgerverlusten“ auf solche Verluste, die gerade aus dem nicht mehr in der Unternehmensgruppe (vergleichbar) vorhandenem Vermögen stammen. Andere „Gruppenträgerverluste“ müssen abzugsfähig bleiben, weil andernfalls die Unternehmensgruppe – ohne sachliche Rechtfertigung – gegenüber nicht für die Gruppenbesteuerung optierenden Konzernen, aber auch gegenüber unverbundenen Unternehmen, die miteinander verschmelzen, diskriminiert würden.

Vorgeschlagen wird, in einer neuen lit d¹⁰⁴ des § 4 Z 1 UmgrStG¹⁰⁵ folgende Sätze einzuführen:

„Bei einer Verschmelzung unter Beteiligung des Gruppenträgers oder eines Gruppenmitglieds gilt

- *lit a nur für die Verluste einer übertragenden Körperschaft, die der Unternehmensgruppe (§ 9 KStG) vor der Verschmelzung noch nicht angehört;*
- *lit b für die eigenen oder gemäß § 9 Abs 6 Z 2 KStG zugerechneten Verluste des Gruppenträgers nur im Falle der Verschmelzung mit einer noch nicht der Unternehmensgruppe angehörenden, übertragenden Körperschaft. Abweichend von lit c bleiben solche Verluste des Gruppenträgers abzugsfähig, die einem Betrieb, Teilbetrieb oder einem nicht einem Betrieb zurechenbaren Vermögensteil zugerechnet werden können, der zum Verschmelzungstichtag in der Unternehmensgruppe tatsächlich und nicht im Sinne von lit c vermindert vorhanden ist.“*

V. Rechtspolitische Einwände gegen die Antiverlustverwertungs-Gesetzgebung

Neben Steuerentlastung zählt die Vereinfachung des Steuerrechts zu den tagespolitischen Forderungen. Dass die Streichung von § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG und § 4 UmgrStG in erheblichem Maße zur Vereinfachung beitragen würde, ist für den Steuerpraktiker seit Langem evident und wird nicht nur durch Auslegungsprobleme des § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG, insbesondere im Zusammenhang mit den quantitativen Kriterien der drei Strukturänderungen und ähnlichen Abgrenzungsfragen des § 4 Z 1 UmgrStG, sondern insbesondere durch die Folgeprobleme bei Anwendung dieser Regelungen auf Unternehmensgruppen iSd § 9 KStG nachhaltig unterstrichen. Dies gilt nicht nur für den Verlustübergang bei Umgründungen, sondern

¹⁰³ Zwecks Vermeidung einer zu weit gehenden Umgestaltung des § 4 Z 1 UmgrStG wird die mE abzulehnende Regelungstechnik beibehalten, die – ausgehend von der „Höchstpersönlichkeit“ der Verluste und eines daraus folgenden grundsätzlichen Nichtüberganges – die Abzugsfähigkeit der Verluste bei der übernehmenden Körperschaft statuiert.

¹⁰⁴ Die gegenwärtige lit d des § 4 Z 1 UmgrStG wird zur lit e.

¹⁰⁵ Es wäre nicht sinnvoll, die umgründungssteuerrechtliche Verlustverwertungsregelung in § 9 KStG einzufügen, denn dann müsste eine Formulierung gefunden werden, die *alle* Umgründungsformen abdeckt. Demgegenüber könnte sich die Änderung in § 4 UmgrStG auf die Verschmelzung beschränken. Die Anwendung auf andere Umgründungen ergibt sich aus den Verweismormen (§§ 11, 21, 35 UmgrStG).

auch für die Mantelkauf-Regelung, die gleichfalls erhebliche Anwendungsprobleme – in- und außerhalb von Unternehmensgruppen – aufwirft.¹⁰⁶

Zwar mag es in Zeiten, in denen Budgetnöte zum Ruf nach neuen Steuern führen, auf den ersten Blick weltfremd und utopisch anmuten, die bestehenden Antiverlustverwertungs-Regelungen in Frage zu stellen. Doch wäre es kleinmütig, im Rahmen einer Gedenkschrift, die auf ein Menschenalter zurückblickt und letztlich auch mit der Ewigkeit zu tun hat, Tagesaktualität der behandelten Themen und Thesen zu verlangen.

Nicht überraschend sind die vorgenannten Anwendungsprobleme die Folge der Durchbrechung grundlegender Besteuerungsprinzipien: Wer die Grundregel durchbrechen will, muss Ausnahmen statuieren. Und da die Grundregel meist einem guten Zweck dient, ist die Tatbestandsbildung der zweckwidrigen Ausnahme schwierig, führt oft zu überschießenden Rechtsfolgen und erfordert deshalb nicht selten komplexitätssteigernde Gegenausnahmen; zu Letzterem genügt der Hinweis auf die Rücknahme des Verlustübergangsausschlusses durch die – beihilferechtlich problematischen¹⁰⁷ – Sanierungs- und Rationalisierungsklauseln (§ 8 Abs 4 Z 2 lit c Satz 2 KStG, § 4 Z 2 Satz 2 UmgrStG). Denn: Das Leistungsfähigkeitsprinzip und das daraus folgende Gebot der möglichst weit gehenden Annäherung an die Besteuerung (nur) des Totalgewinns sprechen für möglichst weit gehende Verlustverrechnung und folglich für den Verlustübergang, wenn der Erwerber auch die Kehrseite der Verluste – das um Verluste geminderte Betriebsvermögen, die aufgrund der Verluste entstandenen Verbindlichkeiten und/oder die auf stillen Reserven lastenden Steuerlatenzen – übernimmt. Will der Gesetzgeber – entgegen den vorgenannten Prinzipien – Ausnahmen für Transaktionen statuieren, bei denen die „Gefahr“ der Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential anderer Steuerpflichtiger besteht, führt dies – ich hoffe, dies hat mein Beitrag gezeigt – zwangsläufig zu komplexen Regelungsproblemen.

Die oben genannten, letztlich aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip abgeleiteten, steuersystematischen Argumente sind um *wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitüberlegungen* zu ergänzen:

In einer Zeit geringer Investitionen, stagnierender Unternehmensneugründungen, wovon Österreich überdurchschnittlich betroffen ist, und folglich gedämpften Wirtschaftswachstums ist die Frage nach neuen steuerlichen Investitionsanreizen besonders dringend. Der Steuerrechtsdogmatiker wird gegenüber steuersystemwidrigen vorzeitigen Abschreibungen und Investitionsprämien der Beseitigung systemwidriger Diskriminierungsvorschriften, wie es die Antiverlustverwertungs-Regelungen sind, zweifelsfrei den Vorzug geben. Und gerade diese Beseitigung könnte als erheblicher Investitionsanreiz dienen, denn die Kosten einer gescheiterten Investition werden gemildert, wenn der Investor Verluste gegen Entgelt übertragen kann. Zudem ist es nicht nur wirtschaftspolitisch, sondern auch steuersystematisch abzulehnen, dass jener – besonders förderungswürdige – Investor, der (noch) über keine anderen gewinnbringenden Einkunftsquellen für Zwecke des Verlustausgleichs verfügt, gegenüber konkurrierenden Investoren, denen der Verlustausgleich offensteht, benachteiligt wird. Gerade die Förderung von Unternehmensneugründungen, die wirtschaftspolitisch von besonderer Bedeutung ist, spricht dafür, alternative Verlustverwertungsmöglichkeiten zu eröffnen – und folglich für die Nichtdiskriminierung der Verlustmantel-Verwertung.

¹⁰⁶ Zu gruppenspezifischen Anwendungsproblemen vgl nur Hügel, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht § 4 Rz 63 mwN.

¹⁰⁷ Vgl Novacek, Sanierungsklausel – Verbotene Beihilfe? Mantelkauf – verfassungswidrig? RdW 2012, 245; Peyerl, Die Sanierungsklausel des § 8c dKStG – Eine Frage der beihilferechtlichen Selektivität, in Jahrbuch Beihilferecht 2013, 591.

Es liegt auf der Hand, dass die Verlustverwertung ohnehin nicht zu einer Gleichbehandlung von Unternehmensneugründern mit ihren arrivierten Konkurrenten führt, denn die „Kaufpreise“ für Verlustmäntel sind zwangsläufig niedriger als der Steuervorteil aus der Verrechnung mit (eigenen) positiven Einkünften. Dies – aber auch die weiter gehende Diskriminierung einer erfolglosen Investition bei fehlender sofortiger Verlustausgleichsmöglichkeit – hat *Dieter Schneider* dem auch veranlasst, nicht nur die Streichung von Mantelkaufregelungen, sondern sogar die „*Ausweitung des Verlustausgleichs durch handelbare Verlustverrechnungsgutscheine*“ zu fordern.¹⁰⁸ Die Sicherstellung des sofortigen Verlustausgleichs ist nach *Dieter Schneider* nicht nur zur Herstellung von Wettbewerbsneutralität zwischen den Investitionen, sondern zusätzlich im Interesse des Abbaus der hemmenden Wirkung der Besteuerung auf die Risikobereitschaft erforderlich.

Käme es zur Streichung der Antiverlustverwertungs-Regelungen, so mag es auf den ersten Blick irritieren, dass die Verlustverwertung durch Mantelkauf und Verschmelzung nur Körperschaften, nicht aber natürlichen Personen offenstehen soll. Doch wie *Farmer* gezeigt hat,¹⁰⁹ ist der Verlust einer Körperschaft stets auch ein Verlust jeder natürlichen Person, die als Gesellschafter aus versteuerten Einkünften finanziertes Eigenkapital zur Verfügung gestellt und dieses verloren hat. Deshalb substituiert der Kaufpreis für den Verlustmantel berechtigterweise die im Privatvermögen fehlende Teilwertabschreibung auf die Beteiligung. Während die natürliche Person eigene Verluste zwar nicht übertragen, aber immerhin unbegrenzt zur Neutralisierung der ESt-Tarifbelastung ausgleichen oder vortragen kann, könnten Körperschaftsverluste bei Nichtdiskriminierung des Mantelkaufs zur Neutralisierung der KöSt-Halbsatzbelastung auf Gesellschaftsebene und zusätzlich zur Erzielung eines Verlustkaufpreises auf Gesellschafterebene verwendet werden. Dies entspricht tendenziell dem systembedingten Antagonismus von Einmalbesteuerung natürlicher Personen und doppelter Halbsatzbelastung von Körperschaftsgewinnen.

Der Mantelkaufatbestand verletzt wegen des bewirkten Verstoßes gegen die Totalgewinnbesteuerung jedenfalls das Leistungsfähigkeitsprinzip im Zusammenhang mit der Besteuerung des Einkommens der Körperschaft. Allerdings mag dieser Einwand auf den ersten Blick nicht in gleicher Weise dem verschmelzungsbedingten Wegfall von Verlustvorträgen entgegenstehen; denn hier besteht das Spannungsverhältnis zum Subjektsteuerprinzip, das die steuerliche Erfassung stiller Reserven gerade bei jenem Steuerpflichtigen verlangt, bei dem sie gelegt wurden.¹¹⁰ Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass das Subjektsteuerprinzip keinesfalls zur Rechtfertigung des Verlustwegfalls bei der *übernehmenden* Körperschaft ins Treffen geführt werden kann; hier ist die Situation nicht anders als beim Mantelkauf. In beiden Fällen widerspricht der Verlustwegfall der Erfassung der Leistungsfähigkeit ein und desselben Steuerpflichtigen.

Und schließlich verfängt das Argument letztlich auch nicht im Zusammenhang mit den Verlusten der *übertragenden* Körperschaft. Denn das Konzept der Verschmelzung und der gesellschafts- und steuerrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge ist gerade die bruchlose Fortsetzung der übertragenden Gesellschaft in der übernehmenden Gesellschaft. Treffend hat der OGH

¹⁰⁸ Was verlangt eine marktwirtschaftliche Steuerreform: Einschränkung des Verlust-Mantelkaufs oder Ausweitung des Verlustausgleichs durch handelbare Verlustverrechnungsgutscheine? BB 1988, 1222.

¹⁰⁹ In FS Pircher 106 f.

¹¹⁰ Dies konzidiert *Hey*, BB 2007, 1306 dem deutschen Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Streichung des Verlustübergangs bei der Verschmelzung. Dies gilt aber nicht für den Mantelkauf, wie *Hey* gleichfalls betont. Allgemein zum Subjektsteuerprinzip *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 462 f und 465 ff, auch zur Durchbrechung im Rahmen des Umgründungssteuerrechts.

bereits im Jahr 1931¹¹¹ betont, dass die übertragende Gesellschaft, „wenn sie auch als selbständige juristische Person verschwunden ist, wirtschaftlich in der neu entstandenen juristischen Person enthalten [ist] und es bleiben daher auch alle Rechte der beiden vereinigten juristischen Personen der neu geschaffenen juristischen Person erhalten“. Dies sollte auch in der Steuerpolitik zu denken geben, zumal das wirtschaftlichen Gegebenheiten gegenüber zivilrechtlichen Gestaltungen höheres Gewicht beimessende Steuerrecht erst recht nicht die Verschmelzungsrichtung als entscheidendes Kriterium betrachten kann. Ist der Wegfall der Verluste der übernehmenden Körperschaft als Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip abzulehnen, ist der Verlustwegfall bei der übertragenden Körperschaft nicht weniger bedenklich.

VI. Ergebnisse

1. Die Besteuerung nur des Totalgewinns des Steuerpflichtigen entspricht dem Leistungsfähigkeitsprinzip. Der Verlustabzug nähert die auf der Abschnittsbesteuerung beruhende höhere Belastung der Totalgewinnbesteuerung an; er ist daher durch das Leistungsfähigkeitsprinzip gefordert.
2. Der gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolger kann gemäß § 19 Abs 1 BAO – unabhängig von der Anwendbarkeit des UmgrStG – Verluste des Rechtsvorgängers abziehen. Dies ist steuersystematisch gerechtfertigt, weil auf den Gesamtrechtsnachfolger das durch die Verluste geminderte Vermögen, und insbesondere die oft aufgrund der Verluste entstandenen Schulden des Rechtsvorgängers übergehen. Die gegenteilige Ansicht in UmgrStR Rz 399 und KStR Rz 992 verstößt gegen § 19 Abs 1 BAO und das einkommensteuerrechtliche Leistungsfähigkeitsprinzip. Allerdings sind die Beschränkungen des § 4 Z 1 UmgrStG auf Verschmelzungen außerhalb des UmgrStG analog anzuwenden.
3. Die Antiverlustverwertungs-Regelungen der § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG und § 4 Z 1 UmgrStG wollen durch Anknüpfung an Surrogatmerkmale (Gesellschafterwechsel, Verschmelzung, wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Struktur, Wegfall oder qualifizierte Minderung des verlusterzeugenden Vermögens) – folglich als typisierte Missbrauchsverhinderungsvorschriften – Verlustverwertungs-Transaktionen erfassen, deren Kernelemente in der Zusammenführung von Verlusten aus weggefallenen oder wesentlich geänderten Aktivitäten mit Gewinnpotential anderer Rechtsträger bestehen. Die Anknüpfung an Surrogatmerkmale begründet die Gefahr der Erfassung von Sachverhalten, die keine Verlustverwertung im genannten Sinne verwirklichen können; tendenziell führt dies zu fiskalisch überschießenden Regelungen.
4. Selbst unter Zugrundlegung des fiskalischen Ziels der Bekämpfung von Verlustverwertungs-Transaktionen sind im vorgenannten Sinne überschießend:
 - a) der Verlustwegfall bei der übernehmenden Körperschaft infolge eines verschmelzungsbedingten Beteiligungserwerbs, weil die Verluste der übernehmenden Körperschaft – mangels laufender Gewinne aus der übergehenden Beteiligung – mit keinem Gewinnpotential zusammengeführt werden;
 - b) der Wegfall der Verluste der übertragenden Körperschaft, wenn die übernehmende Körperschaft nur über Beteiligungen verfügt, weil auch hier keine Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential eines anderen Rechtsträgers stattfindet;
 - c) der im Wartungserlass 2011 zu den UmgrStR vertretene Wegfall sämtlicher (eigener und zugerechneter) Verluste des Gruppenträgers bei einer Verschmelzung des Gruppenträgers sowie der Wegfall der Verluste bei der Verschmelzung von Gruppenmit-

¹¹¹ OGH 2. 2. 1931, SZ 13/64.

gliedern. Insoweit steht der Wartungserlass 2011 mit § 4 Z 1 UmgrStG insbesondere aber mit dem auf gruppeninterne Gewinn- und Verlustverrechnung gerichteten *telos* der Gruppenbesteuerung im Widerspruch. Da die Unternehmensgruppe als „eigene Besteuerungseinheit“ anzusehen ist, findet nicht die für Verlustverwertungs-Transaktionen typische Zusammenführung von Verlusten mit Gewinnpotential eines anderen Steuerpflichtigen statt.

5. Zur Korrektur der fiskalisch überschießenden Rechtsfolgen des § 4 Z 1 UmgrStG wird vorgeschlagen, eine Ausnahme vom Verlustuntergang für solche Fälle zu statuieren, in denen eine der an der Verschmelzung beteiligte Körperschaft kein Betriebsvermögen, sondern nur Beteiligungen an Körperschaften besitzt.
6. In § 4 Z 1 UmgrStG sollte klargestellt werden, dass die Regelung nicht bei gruppeninternen Verschmelzungen zur Anwendung kommt. Ihr Anwendungsbereich ist auf die Verschmelzung des Gruppenträgers oder eines Gruppenmitglieds mit gruppenexternen Gesellschaften zu beschränken. Hier kommt der im Wartungserlass 2011 zu den UmgrStR vertretenen, steuersystematisch zu begrüßenden „gruppenbezogenen Betrachtungsweise“ im Zusammenhang mit dem Vorhandensein des verlusterzeugenden Vermögens Relevanz zu. Die „gruppenbezogene Betrachtungsweise“ sollte in § 4 Z 1 UmgrStG verankert werden.
7. Steuersystematische und wirtschaftspolitische Gründe sprechen für die Verwertbarkeit von Verlusten durch entgeltliche Übertragung, somit für die Streichung von § 4 UmgrStG (samt Verweisungen) und von § 8 Abs 4 Z 2 lit c KStG. Darin läge ein Anreiz zu Investitionen, weil die finanzielle Belastung des Investors aus gescheiterten Investitionen durch die Verlustverwertung gegen Entgelt gemindert wird. Zusätzlich würde diese Maßnahme die wirtschaftliche Ungleichbehandlung gegenüber dem konkurrierenden Investor, der über Verlustausgleichs- oder Verlustvortragmöglichkeiten verfügt, reduzieren und folglich dem wirtschaftspolitischen Ziel der Wettbewerbsneutralität dienen.