

Aus dem Inhalt des Bandes
DStJG 17 (1994)

Prof. Dr. *Wolfram Reiß*, Technische Hochschule Darmstadt: Rechtsformabhängigkeit der Unternehmensbesteuerung

Dr. *Jochim Ganske*, Ministerialrat a.D., Bonn: Die Reform des Umwandlungsrechts

Dr. *Hanns F. Hügel*, Rechtsanwalt, Univ. Doz., Mödling bei Wien: Reform des Umwandlungssteuerrechts

Prof. Dr. *Georg Crezelius*, Universität Bamberg: Sicherung der Unternehmensnachfolge und Besteuerung

Helmut Becker, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf: Unternehmensbesteuerung als Standortproblem aus deutscher Sicht

Prof. Dr. *Jörg Manfred Mössner*, Universität Osnabrück: Beschränkungen des Verlustausgleichs und Verlustabzugs

Dr. *Peter Feldhausen*, Rechtsanwalt und Steuerberater, Düsseldorf: Unternehmensanierung und Mantelkauf

Dr. *Welf Müller*, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Frankfurt a.M.: Verdeckte Gewinnausschüttungen im Zivil- und Steuerrecht

Prof. Dr. *Franz Wassermeyer*, Richter am Bundesfinanzhof, München: Resümee

Sonderdruck
aus

Grundfragen der Unternehmensbesteuerung

Band 17 der Veröffentlichungen der
Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.

Herausgegeben von

Prof. Dr. Franz Wassermeyer
Richter am Bundesfinanzhof, München
Honorarprofessor an der Universität Bonn



Verlag Dr. Otto Schmidt · Köln

Reform des Umwandlungssteuerrechts¹

Dr. Hanns F. Hügel

Rechtsanwalt, Univ.Doz., Mödling bei Wien

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| I. Einleitung | Steuerwirksamkeit des |
| II. Überblick über Inhalt und Systematik des Entwurfs | Übernahmegewinnes oder |
| III. Steuerliche Rückwirkung | Übernahmeverlustes |
| 1. Formwechsel | VI. Spaltung von Körperschaften |
| 2. Einbringung | 1. Gesetzliche Verankerung |
| IV. Übergang des Verlustabzuges | 2. Beteiligte Rechtsträger |
| 1. Verlustabzug und Unternehmenskontinuität | 3. Gesellschafteridentität |
| 2. Kein Verlustübergang bei Einstellung des Geschäftsbetriebes; maßgeblicher Zeitpunkt | 4. Spaltung zur Aufnahme – Spaltung im Konzern |
| 3. Verhältnis zum Mantelkaufbestand des § 8 Abs. 4 KStG | 5. Zuzahlungen und Einlagen |
| V. Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person – Formwechsel | 6. Spaltungsteilvermögen |
| 1. Das Übernahmegewinnkonzept des geltenden Rechts: Besteuerung der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung – steuerneutrale Aufwertung der Wirtschaftsgüter | 7. Aufrechterhaltung der Steuerverstrickung auf der Gesellschafts- und Gesellschafterebene |
| 2. Wertungswidersprüche im geltenden Recht und Ausweichstrategien | 8. Mißbrauchsregelung gegen Veräußerungsstrategien |
| 3. Das Konzept des Entwurfs: Wahlrecht zur Aufwertung oder Buchwertfortführung – | 9. Übergang des Verlustabzuges |
| | 10. Zuordnung des verwendbaren Eigenkapitals |
| | VII. Anhang |
| | 1. Gegenüberstellung der Gliederung UmwStG 1977/ Referenten-Entwurf |
| | 2. Referenten-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts |
| | Diskussion |

Der Sonderdruck
ist nicht im Buchhandel erhältlich.

Verlag Dr. Otto Schmidt KG
Unter den Ulmen 96–98, 50968 Köln
Tel.: 02 21/9 37 38-01, Fax: 02 21/9 37 38-9 21

© 1994 by Verlag Dr. Otto Schmidt KG

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Lichtsatz Heinrich Fanslau, Düsseldorf

Druck und Verarbeitung: Bercker Graphischer Betrieb GmbH, Kevelaer

¹ Für wertvolle Hinweise danke ich Herrn Bundesrichter *Dr. Widmann*.

I. Einleitung

Im Juni dieses Jahres hat das Bundesministerium der Finanzen (BMF) den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts“² versendet. Anlaß für die Reform des Umwandlungssteuerrechts ist die geplante Reform des Gesellschaftsrechts. Mit dem Entwurf für ein „Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts“³ (UmwGE) hat das Bundesministerium der Justiz eine hohe Latte gelegt. Als österreichischer Jurist steht man fassungslos vor diesem Monumentalwerk, das so viele unösterreichische Tugenden vereint: durchdachte Systematik, perfektionistische Liebe zum Detail, Mut zur Kodifikation. Kein Wunder, daß bereits begehrliehe Blicke auf das große deutsche Vorbild des handelsrechtlichen Entwurfs gefallen sind, zumal die Anpassung an das EG-Gesellschaftsrecht den österreichischen Gesetzgeber ohnehin unter Zugzwang setzt. Verbindungen zwischen den beiden Ländern auf diesen Rechtsgebieten haben Tradition: Das ADHGB von 1861 kann noch als Gemeinschaftsprojekt gewürdigt werden⁴. Danach ist die juristische Leistungsbilanz hingegen passiv zu Lasten der österreichischen Seite. Der leicht adaptierten Übernahme des GmbH-Gesetzes im Jahre 1906 folgte – unter bekannten Umständen – die Einführung des Handelsgesetzbuchs, des Aktiengesetzes und des Umwandlungsgesetzes. War dies nicht gerade auf österreichische Initiativen zurückzuführen, so wurde das deutsche Bilanzrichtlinienge-

2 Schreiben des BMF vom 14. 6. 1993, IV B 7 – S 1978 – 10/93 – als Anhang zu diesem Beitrag abgedruckt. Die Grundzüge des Entwurfs wurden bereits vorgestellt von *Krebs*, Die geplante Reform des Umwandlungssteuerrechts, in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993), 241. Vgl. weiter die Stellungnahme des Steuerrichtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e. V., BB 1993, 1711 sowie zuletzt *Rödter*, Vermögensübergang von Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften und natürliche Personen im Referentenentwurf des neuen UmwStG, DStR 1993, 1349.

3 Vgl. *Ganske*, Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (Referentenentwurf vom 15. 4. 1992), BMJ-III A 1-3501/1. Vorangegangen war der im Bundesanzeiger Nr. 214 a am 15. 11. 1988 ausgegebene Diskussionsentwurf. Das Schrifttum zu den beiden Entwürfen findet sich bei *Zöllner*, ZGR 1993, 334 sowie bei *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung – Unternehmensübertragung auf verbandsrechtlicher Grundlage im österreichischen und deutschen Gesellschafts-, Bilanz- und Ertragsteuerrecht der Kapitalgesellschaften (1993) 60 Fn. 171.

4 Zur Historie vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht I 3. Aufl. (1987) § 2 II 2 und *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I 4. Aufl. (1990) 10 ff.

setz in meiner Heimat begierig abgeschrieben⁵, und zuletzt hat man das deutsche „Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG)“ zu einem allgemeinen österreichischen Spaltungsgesetz⁶ ausgebaut.

Dieser Befund scheint kaum als Rechtfertigung geeignet, einen österreichischen Juristen zur Reform des deutschen Umwandlungssteuerrechtes zu hören. Glücklicherweise ist aber die österreichische Steuerrechtsentwicklung von mehr Eigeninitiative geprägt. Obwohl praktisch das gesamte Steuerrecht – seit dem bereits angeklungenen Jahr 1939 – deutschen Ursprungs ist, hat es sich danach eigenständig entwickelt. Ich nenne hier bloß die Einführung eines einheitlichen Körperschaftsteuersatzes von 30 %, der stets zur Anwendung kommt, gleichgültig ob die Kapitalgesellschaft den Gewinn ausschüttet oder thesauriert. Er soll nunmehr auf 34 % erhöht werden, weil sich der Gesetzgeber anschiekt, Gewerbeertragsteuer und Vermögensteuer ganz zu streichen⁷. Und – um zum eigentlichen Thema zurückzukehren: Seit dem 1. 1. 1992 steht das Umgründungssteuergesetz⁸ (UmgrStG) in Geltung. Dieses stellt eine umfassende Regelung des Umwandlungssteuerrechtes dar, die alle Umwandlungsformen – so auch die Realteilung von Mitunternehmerschaften und die Spaltung von Körperschaften – umfaßt⁹. All dies ist hier zwar nicht im einzelnen darzustellen; einige Neuerungen des deutschen steuerrechtlichen Entwurfs erinnern aber an Regelungen des österreichischen Umwandlungssteuerrechtes. Die damit verbundenen Probleme sind dem österreichischen Steuerjuristen vertraut. Dies wird gelegentlich zur Sprache kommen.

5 Bundesgesetz vom 28. 6. 1990, mit dem das HGB, das AktG 1965, das GmbHG, das KapBG, die AO, das KWG, das VAG und das ArbVG geändert werden (Rechnungslegungsgesetz – RLG), öBGBI. 1990/475.

6 Art. I Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 1993 – GesRÄG 1993, öBGBI. 1993/458.

7 Der Ministerialentwurf für die Steuerreform 1993 ist abgedruckt in ÖStZ 1993, 196. Zum Inhalt der zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages vorliegenden Regierungsvorlage vgl. *Quantschnigg*, ÖStZ 1993, 295. Das Steuerreformgesetz wurde kundgemacht in öBGBI. 1993/818.

8 An umfassenden Darstellungen sind zu nennen: *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, Handkommentar zum Umgründungssteuergesetz (1992); *Helbich/Wiesner*, Umgründungen auf der Grundlage des UmgrStG 5. Aufl. (1993).

9 Das UmgrStG hat das Strukturverbesserungsgesetz (StruktVG) abgelöst, das im wesentlichen nur Verschmelzungs- und Einbringungsverfahren regelte.

Ich möchte zunächst einen Überblick über Inhalt und Systematik des Entwurfs geben (II), einige Bemerkungen zur steuerlichen Rückwirkung machen (III) und schließlich auf die Schwerpunkte der Reform eingehen. Dazu zählen der Übergang des Verlustabzuges (IV), die Neuregelung des Vermögensüberganges von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person (V) sowie die Einführung einer Spaltungsregelung (VI).

II. Überblick über Inhalt und Systematik des Entwurfs

Der vorgelegte Entwurf umfaßt vorläufig nur die §§ 1 bis 19¹⁰. Sie betreffen die Umwandlung von Körperschaften. Änderungsvorschläge zu den §§ 20 ff. des UmwStG, wo die Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben und Beteiligungen geregelt ist, behält sich das BMF vor. Die §§ 1 bis 19 entfallen nicht mehr auf fünf, sondern auf insgesamt sieben Teile. Im übrigen lehnt sich die Gliederung an jene des geltenden Gesetzes an¹¹.

Der Erste Teil definiert den Anwendungsbereich der folgenden Teile und regelt die steuerliche Rückwirkung.

Der Zweite Teil betrifft den Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person. Als Folgewirkung des handelsrechtlichen Entwurfs ergibt sich hier freilich eine Änderung der Gesetzes-systematik. Bekanntlich übernimmt der handelsrechtliche Entwurf nicht die Konstruktion der übertragenden Umwandlung. Vielmehr ist der Übergang von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft als identitätswahrender Formwechsel ausgestaltet¹². Da kein Vermögensübergang vorliegt, kommen die neuen §§ 3 bis 13 nicht unmittelbar zur Anwendung. Primärer Anwendungsbereich des Zweiten Teils sind vielmehr jene neuen Umwandlungstypen, die zum Vermögensübergang von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person führen. Dazu zählt zunächst die im Ersten Abschnitt des Zweiten Teils geregelte Verschmelzung einer Körperschaft mit einer bestehenden Perso-

nenhandelsgesellschaft (§§ 39 ff. UmwGE). Der zweite Abschnitt betrifft den „Vermögensübergang auf eine natürliche Person“. Darunter fällt die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft mit dem Vermögen des Alleingesellschafters der Kapitalgesellschaft (§§ 120 bis 122 UmwGE). Die ersten beiden Abschnitte regeln somit jene Vorgänge, die heute als verschmelzende Umwandlung eingeordnet werden (§§ 3 ff. UmwG). Inhaltlich ist der Entwurf erheblich liberaler als die heute für die übertragende Umwandlung geltende Regelung. Darauf ist im einzelnen zurückzukommen.

Der Dritte Teil des Entwurfs umfaßt – ebenso wie im geltenden UmwStG – den Vermögensübergang auf eine andere Körperschaft. Darunter fällt neben der Verschmelzung (§§ 2 ff. UmwGE) auch die Vermögensübertragung nach dem Dritten Buch des handelsrechtlichen Entwurfs (§§ 173 ff. UmwGE), sofern sie eine Vollübertragung zum Inhalt hat. Hier tritt eine Verschiebung in der Paragraphenfolge des UmwStG ein. Im geltenden Gesetz umfaßt der Dritte Teil die §§ 14 bis 16, im Entwurf hingegen die §§ 11 bis 13. Die wichtigste inhaltliche Änderung findet sich im § 12 Abs. 3 Satz 2: Danach geht der Verlustabzug auf die übernehmende Körperschaft über, wenn die übertragende Körperschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt hatte.

Ferner ist das Unterbleiben der Schlußbesteuerung durch Fortführung der steuerlichen Buchwerte nicht mehr an die Stellung eines Antrags gebunden (vgl. § 14 Abs. 2 UmwStG). Danach ist die Wahl zwischen gewinnrealisierender und steuerneutraler Verschmelzung durch Bewertung in der steuerlichen Schlußbilanz zu treffen. Wie dieses Wahlrecht angesichts des Maßgeblichkeitsgrundsatzes ausgeübt werden kann, ist freilich offen, denn in der handelsrechtlichen Schlußbilanz sind Zuschreibungen nur sehr eingeschränkt zulässig¹³. Der Entwurf enthält weiter neue Regelungen für den Vermögensübergang von einer steuerfreien auf eine steuerpflichtige Körperschaft (§§ 12 Abs. 1 Satz 2) sowie auf eine nicht gliederungspflichtige Körperschaft (§ 12 Abs. 5). § 12 Abs. 3 des Entwurfs ist weiter gefaßt als der

10 Paragraphenzahlen ohne nähere Angaben beziehen sich auf den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts“ (Fn. 2).

11 Vgl. die im Anhang unter VII 1, S. 114 ff. abgedruckte Gegenüberstellung der Gliederungen des UmwStG 1977 und des Entwurfs.

12 Beifall findet dieser Systemwechsel bei *K. Schmidt*, ZGR 1990, 594 f. und *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 533 f. Vgl. aber die Kritik bei *Raupach* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 273 ff. sowie die Replik von *Ganske*, ebenda 299.

13 Zuschreibungen verstoßen gegen das Prinzip der Bewertungsstetigkeit (§ 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB), sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise Wertaufholungen zuläßt oder gar anordnet (§§ 253 Abs. 5, 280 HGB). Zuschreibungen werden allerdings gelegentlich bei „Bilanzbereinigungen“ aus Anlaß von Sanierungen, Umwandlungen und Fusionen für zulässig angesehen. So *Schulze-Osterlob*, FR 1986, 552 f.; *Adler/Düring/Schmaltz*, 5. Aufl. § 253 HGB Rz. 546 und § 252 HGB Rz. 106 ff. Für eine Loslösung der Steuerbilanz von der Handelsbilanz im Falle der gewinnrealisierenden Verschmelzung gemäß § 14 Abs. 1 UmwStG: *Hügel*,

geltende § 15 Abs. 3 UmwStG: Klargestellt wird, daß die übernehmende Körperschaft auch hinsichtlich der Frist des § 5 Abs. 2 KapErhStG in die Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft eintritt. Schließlich entfällt die für gewinnrealisierende Verschmelzungen geltende Anschaffungsfiktion des § 15 Abs. 4 UmwStG. Ob dadurch eine materielle Änderung der Rechtslage beabsichtigt wird, ist unklar¹⁴.

Im Vierten Teil ist der Formwechsel in eine Personengesellschaft geregelt. Darunter fällt nicht nur die Umwandlung in Personenhandelsgesellschaften (§ 227 Abs. 1 UmwGE), sondern auch die Umwandlung in eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht (§ 227 Abs. 2 UmwGE)¹⁵. Handelsrechtlich treten diese Vorgänge an die Stelle der errichtenden Umwandlung (§§ 16 ff., UmwG). Die steuerrechtliche Regelung des Entwurfs erschöpft sich hier in einer Verweisung auf die für den Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft geltenden Regelungen des Zweiten Teils.

Der Fünfte Teil umfaßt die Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwGE), die Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwGE) und die Teilübertragung (§ 173 Abs. 2 UmwGE)¹⁶. Die §§ 15 und 16 unterscheiden danach, ob die Übertragung auf eine andere Körperschaft oder auf eine Personengesellschaft erfolgt. Hier sind die wichtigsten Neuerungen des steuerrechtlichen Entwurfs zu finden: § 15 unterstellt die Spaltung durch Übertragung auf Körperschaften grundsätzlich der Verschmelzungsregelung und übernimmt einige – aber nicht alle – Voraussetzungen und Einschränkungen des BMF-

Verschmelzung und Einbringung 416 f. Vgl. dazu aber *Widmann* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 291 f. und 303 f.

14 Zu den Auswirkungen der (vergleichbaren) Anschaffungsfiktion des § 5 Abs. 2 Satz 1 UmwStG vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5097 ff.

15 Die Verschmelzung mit Gesellschaften nach bürgerlichem Recht läßt der handelsrechtliche Entwurf hingegen nicht zu. Sie fällt daher auch nicht unter den Zweiten Teil des steuerrechtlichen Entwurfs. Es wäre zu erwägen, dies im Titel wie folgt zum Ausdruck zu bringen: „Vermögensübergang auf eine Personenhandelsgesellschaft oder auf eine natürliche Person“. Angesichts der sachlichen Verwandtschaft des Formwechsels in eine Personengesellschaft mit dem Zweiten Teil leuchtet nicht ein, warum die entsprechenden Regelungen erst nach dem Dritten Teil (Verschmelzung oder Vermögensübertragung [Vollübertragung] auf eine andere Körperschaft) als Inhalt des Vierten Teils erscheinen.

16 Die Ausgliederung i. S. d. § 123 Abs. 3 UmwGE erfüllt den Tatbestand der §§ 20, 24 UmwStG. Handlungsbedarf besteht nur insoweit, als auch Genossenschaften als übernehmende Rechtsträger zugelassen sind. Vgl. *Widmann*, ZGR 1990, 574 ff.

Schreibens vom 9. 1. 1992. Die Aufspaltung und Abspaltung auf Personengesellschaften¹⁷ wird im § 16 durch weitgehende Bezugnahme auf die Vorschriften des Zweiten Teils geregelt. Spaltungstypische Voraussetzungen und Einschränkungen des § 15 gelten sinngemäß. Die Differenzierung nach der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers entspricht der Systematik des Gesetzes. Der Rechtsanwender muß freilich im Auge behalten, daß auf einen einzigen Spaltungsvorgang unter Umständen Vorschriften mehrerer Teile des UmwStG zur Anwendung kommen werden. Wird etwa eine Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft und eine Kommanditgesellschaft aufgespalten, kommen – kraft der Verweisungen im Fünften Teil – sowohl die Bestimmungen des Dritten Teils als auch jene des Zweiten Teils zur Anwendung. Dies zeigt sich insbesondere bei der Bewertung in der steuerlichen Schlußbilanz: § 11 gilt für Wirtschaftsgüter, die auf die übernehmende Kapitalgesellschaft übergehen, § 3 für jene Wirtschaftsgüter, die auf die KG übergehen. Solche Erscheinungen sind auch vom handelsrechtlichen Entwurf her bekannt. Sie sind eine Folge der Verweisungstechnik.

Der Sechste Teil entspricht dem Vierten Teil des geltenden Gesetzes. § 17 regelt die „Barabfindung an Minderheitsgesellschafter“. Hier wird die Übertragung stiller Rücklagen gemäß § 6 b EStG erleichtert. Bedeutung hat dies nur für Gesellschafter, die die Beteiligung im Betriebsvermögen halten¹⁸. § 17 des geltenden Gesetzes kommt zunächst auf den Ausschluß von Minderheitsgesellschaftern bei einer Umwandlung nach dem Ersten Abschnitt des geltenden UmwG zur Anwendung¹⁹. Vergleichbare Ausschlußrechte kennt der handelsrechtliche Referentenentwurf für die Neuordnung des Umwandlungsrechts nicht²⁰. Dennoch könnte § 17 an Bedeutung

17 Die Spaltung auf eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht ist im handelsrechtlichen Entwurf nicht vorgesehen (§§ 124 Abs. 1 i. V. m. 3 Abs. 1 UmwGE). Die Überschrift zu § 14 sollte daher lauten: „Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft“.

18 Zusätzlich muß der Gesellschafter den Gewinn nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG ermitteln (§ 6 b Abs. 4 Nr. 1 EStG).

19 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6346. Überblick über die Ausschlußmöglichkeiten nach geltendem Recht bei *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 538 f.

20 Der Diskussionsentwurf wollte einer natürlichen Person, die mindestens 90 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft besitzt, noch den Ausschluß von Minderheitsgesellschaftern im Zuge der Verschmelzung ermöglichen (§§ 133 ff.). Im Referentenentwurf ist diese Regelung entfallen (vgl. Begründung S. 144 und 248).

gewinnen, weil der handelsrechtliche Entwurf den Minderheitsgesellschaftern weitgehende Austrittsrechte einräumt. Dies gilt in allen Fällen, in denen sich der Minderheitsgesellschafter nach der Umwandlung in einem Rechtsträger anderer Rechtsform wiederfindet. Austrittsrechte bestehen somit nicht nur beim Formwechsel (§ 205 UmwGE), sondern insbesondere bei der Verschmelzung mit einem aufnehmenden Rechtsträger anderer Rechtsform (§ 29 Abs. 1 Satz 1 UmwGE) sowie bei der rechtsformändernden Auf- oder Abspaltung (§§ 29 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. 125 UmwGE), ferner bei statutarischen Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich der Anteile an der übernehmenden (neuen) Gesellschaft (§ 29 Abs. 1 Satz 2 UmwGE mit Verweisungen)²¹.

§ 17 UmwStG kommt nach überwiegender Ansicht nicht bloß im Fall des Ausscheidens gegen Barabfindung der untergehenden Beteiligung zur Anwendung, sondern auch auf die verschmelzungsrechtliche Zuzahlung²² (§ 344 Abs. 2 AktG, § 23 Abs. 3 KapErhG). Gleiches muß dann wohl auch für Ausgleichszuzahlungen nach § 352 c AktG, § 31 a KapErhG gelten. Eine Klarstellung aus Anlaß der anstehenden Änderung erschiene sinnvoll, zumal verschmelzungsrechtliche Zuzahlungen an alle Gesellschafter gleichmäßig – somit keineswegs nur an Minderheitsgesellschafter – geleistet werden. Auch hier bewirkt der handelsrechtliche Entwurf eine Erweiterung des Anwendungsbereiches: Zuzahlungen können auch aus Anlaß einer Spaltung gewährt werden (§ 126 Abs. 1 Nr. 3 UmwGE). Auch die Verbesserung des Umtauschverhältnisses durch gerichtliche Festsetzung von Ausgleichszuzahlungen (§ 15 UmwGE) findet folgerichtig nicht nur bei der Verschmelzung, sondern auch bei der Aufspaltung und Abspaltung (§§ 15 i. V. m. 125 UmwGE) sowie beim Formwechsel (§ 195 UmwGE) statt. Sie kann schließlich nicht nur bei einem zu niedrigen Umtauschverhältnis begehrt werden, sondern auch dann, wenn die Mitgliedschaft bei dem neuen Rechtsträger aus anderen Gründen kein ausreichender Gegenwert für die Mitgliedschaft an dem übertragenden (formwechselnden) Rechtsträger ist²³.

21 Im einzelnen vgl. *Hoffmann-Becking*, ZGR 1990, 482 ff., *Hommelhoff*, ZGR 1993, 471 f.; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 90 ff.

22 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6346 m. w. N.

23 Zu dieser sachlichen Erweiterung der Verbesserung des Umtauschverhältnisses gegenüber §§ 352 c AktG, 31 a KapErhG vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 180 f.

Der Siebte Teil betrifft wie bisher der Fünfte Teil die Gewerbesteuer beim Vermögensübergang auf ein Personenunternehmen²⁴. An die Stelle der Besteuerung des Übertragungsgewinns tritt ein Nachversteuerungstatbestand: Bei Aufgabe oder Veräußerung des übergegangenen Betriebes innerhalb von fünf Jahren unterliegt ein Auflösungs- oder Veräußerungsgewinn der Gewerbesteuer. § 19 Abs. 2 regelt den Übergang gewerbesteuerlicher Fehlbeträge.

Keinen Regelungsbedarf sieht das BMF offenkundig im Zusammenhang mit der Verschmelzung und Spaltung von Personengesellschaften²⁵. Hier soll – wie bisher – § 24 des geltenden Gesetzes unmittelbar, im Falle der Realteilung aber analog zur Anwendung kommen. Erleichterungen im Bereich der Grunderwerbsteuer sind nicht vorgesehen, was bereits auf Kritik gestoßen ist²⁶.

Im Grundsatz läßt der Entwurf die Gliederung des UmwStG unberührt. Er ändert aber die Anknüpfungstechnik. Bisher sind gesellschaftsrechtliche Umwandlungstypen im Gesetz kaum erwähnt. Die Begriffe „Verschmelzung“ und „Umwandlung“ kommen nur im Zusammenhang mit der steuerlichen Rückwirkung vor (§ 2 Abs. 3 UmwStG). Demgegenüber verweist der steuerrechtliche Entwurf auf die Umwandlungstypen des handelsrechtlichen Entwurfs. Ähnlich wie im Rahmen des österreichischen UmgrStG²⁷ kann somit von der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts für die steuerrechtliche Regelung gesprochen werden²⁸.

III. Steuerliche Rückwirkung

1. Formwechsel

Nach § 2 Abs. 3 UmwStG ist die steuerliche Rückbeziehung der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft oder bergrechtlichen Gewerkschaft nach dem UmwG oder einer Verschmelzung von Genossenschaften nur bis zu einem Zeitraum von sechs Monaten zulässig. Die entsprechenden gesell-

24 „Gewerbesteuer bei Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person sowie bei Formwechsel in eine Personengesellschaft“.

25 Vgl. demgegenüber die Regelung des Zusammenschlusses in Art. IV UmgrStG und der Realteilung in Art. V UmgrStG.

26 Stellungnahme des Steuerrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins e. V., BB 1993, 1711.

27 Vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 470 m. w. N.

28 So auch *Raupach* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 268 f.

schaftsrechtlichen Fristen sind nicht zwingend. Es handelt sich bloß um Soll-Vorschriften. Hier greift § 2 Abs. 3 des geltenden Gesetzes mit einer zwingenden steuerrechtlichen Frist ein, um das Ausmaß der steuerlichen Rückbeziehung zu begrenzen.

Die Verfasser des Entwurfs halten diese Regelung für entbehrlich. In der Begründung heißt es, daß sich der neue § 2 „auch hier eng an die handelsrechtliche Vorschriften an[lehnt]“. Gemeint ist offenkundig folgendes: Nach dem handelsrechtlichen Entwurf ist der Anmeldung zur Eintragung einer Umwandlung in das Handelsregister eine Bilanz zugrunde zu legen, die nicht älter als acht Monate sein darf (§ 17 Abs. 2 UmwGE samt Verweisungen). Wird diese Frist versäumt, hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen. Die Umwandlung kommt nicht zustande. Der Statuierung einer gesonderten steuerrechtlichen Frist bedarf es nicht²⁹. Anders hingegen im Falle des Formwechsels: Hier sieht der Entwurf in § 14 eine steuerrechtliche Acht-Monatsfrist vor³⁰. Dies hat folgenden Hintergrund: Während § 256 des handelsrechtlichen Diskussionsentwurfs noch eine höchstens acht Monate alte Umwandlungsbilanz forderte, begnügt sich § 191 Abs. 2 des Referentenentwurfs mit einer Vermögensaufstellung, die dem Umwandlungsbericht beizufügen ist. Sie soll die Anteilshaber und das Registergericht über den tatsächlichen Wert des Gesellschaftsvermögens unterrichten³¹. Dadurch ist auch die Acht-Monatsfrist des Diskussionsentwurfs entfallen. Soll daraus folgen, daß eine handelsrechtliche Rückbeziehung des Formwechsels nicht möglich ist? Immerhin erwähnt § 193 Nr. 6 des Referentenentwurfs den Umwandlungsstichtag als Teil des Umwandlungsbeschlusses. Rechtsfolgen knüpft der Referentenentwurf daran aber nicht. Der Begriff des „Umwandlungsstichtages“ kommt

29 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 4464 ff.; vgl. weiter *Kraft*, DB 1993, 693.

30 Zusätzlich wäre § 25 Abs. 1 UmwStG anzupassen. Die hier festgesetzte Frist wäre auf acht Monate zu verlängern. Sie dürfte sich auch nur auf den Formwechsel beziehen, sofern sich der handelsrechtliche Gesetzgeber nicht doch noch zur Einführung einer handelsrechtlichen Frist entschließen sollte (dazu sogleich im Text). Die Erwähnung der Verschmelzung von Genossenschaften hätte auf jeden Fall zu entfallen.

31 Erläuterungen zum Referentenentwurf S. 224 f.; *Ganske*, a.a.O. (Fn. 12) 29. Kritik an der Umwandlungsbilanz des § 256 des Diskussionsentwurfs in der Stellungnahme des IDW, WPg 1989, 345. Kritik an der Vermögensübersicht gemäß

§ 191 Abs. 2 des Referentenentwurfs in der IDW-Stellungnahme WPg 1992, 621 sowie bei *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 446 ff.

schließlich weder im geltenden Recht der formwechselnden Umwandlung noch im UmwG vor. Obwohl die umgewandelte Gesellschaft die neue Rechtsform erst im Zeitpunkt der konstitutiven Handelsregistereintragung annimmt³², ist die Festsetzung eines Umwandlungsstichtages gleichwohl sinnvoll, weil die Rückbeziehung der Umwandlung auch handelsrechtlich in manchen Belangen zulässig, aus Praktikabilitätsgründen in der Regel aber sogar geboten ist. So können für die neue Rechtsform andere Rechnungslegungsvorschriften zur Anwendung kommen³³. Ferner denke man etwa an die Verpflichtung zur Dotierung der gesetzlichen Rücklage beim Formwechsel zwischen AG und GmbH. Hinzu kommt die zeitliche Abgrenzung unterschiedlicher Gewinnverteilungsvorschriften, insbesondere beim Wechsel von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft.

2. Einbringung

Noch eine Bemerkung zur steuerlichen Rückbeziehung: Sie ist sachlich keineswegs zwingend mit der handelsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge verknüpft. Das österreichische Steuerrecht kennt demgemäß auch die rückwirkende Einbringung von Betrieben, ja sogar von Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen. Zumal die deutsche Finanzverwaltung entsprechende Regelungen durch Erlaß getroffen hat³⁴, sollte die Rückbeziehung im UmwStG auch dann zugelassen werden, wenn keine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt. Dies kommt der Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen und 100 %igen Kapitalbeteiligungen zugute, die – neben den Umwandlungstypen des handelsrechtlichen Entwurfs – unverändert im Wege der Einzelrechtsnachfolge durchgeführt werden kann³⁵.

32 *Grunewald* in *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, § 365 AktG Rz. 2.

33 So auch *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 448.

34 Nachweise bei *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 7819.

35 So die Begründung zum Referentenentwurf S. 31. Ohne entsprechende Klarstellung noch die Begründung zum Diskussionsentwurf. Weiter *Ganske* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 17. Eingehend *Zöllner*, ZGR 1993, 337 f.; *Teichmann*, ZGR 1993, 406 ff.

IV. Übergang des Verlustabzuges

1. Verlustabzug und Unternehmenskontinuität

Eine weitere Neuerung des Entwurfs ist der Übergang des Verlustabzuges bei der Verschmelzung von Körperschaften und der Spaltung von Körperschaften (§ 12 Abs. 3 Satz 2) und bei der Spaltung (§ 15 Abs. 4). Vor dem Hintergrund der hehren Grundsätze, mit denen der Verlustabzug rechtspolitisch begründet wird, muß es verwundern, daß dieser – schon oft erhobenen³⁶ – Forderung nicht schon früher entsprochen wurde. Nach *Tipke*³⁷ ist der Verlustabzug keine Steuervergünstigung, sondern „eine das – bloß *technische* – Jahresprinzip durchbrechende (unvollkommene) Maßnahme i. S. des Leistungsfähigkeitsprinzips“. *Schmidt/Heinicke*³⁸ erblicken darin eine Durchbrechung der Abschnittsbesteuerung „aus Gründen der Steuergerechtigkeit“. Schwer verständlich ist es, daß die Judikatur dem erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolger den Abzug von Verlusten des Rechtsvorgängers erlaubt³⁹, nicht hingegen dem gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolger⁴⁰. Unterschiede in der Sache, die diese differenzierende Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht zu erkennen. Der österreichische Verfassungsgerichtshof hält den Übergang von Verlusten auf den Erben eines Betriebes sogar unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes für geboten⁴¹. Das österreichische Umwandlungssteuerrecht kennt den Übergang von Verlustvorträgen seit Jahrzehnten⁴².

36 Eingehend *Meyer-Arndt*, StbJb. 1966/67, 214 ff.; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht 9. Aufl. § 16 VII 3.

37 Steuerrecht 11. Aufl. S. 174.

38 EStG 12. Aufl. § 10 d Anm. 1.

39 BFH 22. 6. 1962 BStBl. III 1962, 386.

40 RFH 19. 5. 1936 RStBl. 1936, 790; RFH 2. 7. 1941 RStBl. 1941, 658; BFH 8. 4. 1964 BStBl. III 1964, 306; BFH 5. 11. 1969 BStBl. II 1970, 149. Kritik daran bereits bei *Meyer-Arndt*, StbJb. 1966/67, 214 ff.; weiter *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6227.

41 Erkenntnis vom 5. 3. 1988 VfSlg 11 636 = ÖStZB 1988, 444.

42 Früher: § 1 Abs. 5 StruktVG (Verschmelzung und Einbringung durch Körperschaften), § 6 Abs. 3 StruktVG (Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften oder Einzelunternehmen), § 8 Abs. 6 Z 3 StruktVG (Übergang nur der gewerbesteuerlichen Fehlbeträge bei der Einbringung von Personenunternehmen). Nach dem UmgrStG gehen Verlustvorträge bei allen Umgründungen unter Buchwertfortführung über. Dazu im einzelnen *Hügel*, *ecolex* 1991, 805 ff. (zur Verschmelzung) und *ecolex* 1992, 48 f. (zur übertragenden Umwandlung). Weiter *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG § 4.

Vor allem in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge ist es wirtschaftlich geboten, den Übergang des Verlustabzuges zuzulassen: Der Erwerber tritt in die unveränderte Rechtsposition des Vorgängers ein, er übernimmt das um die Verluste geminderte Vermögen. Auf ihn gehen insbesondere auch die stillen Reserven über, die oft gerade auf jenen Abschreibungen beruhen, die zur Verlustentstehung beigetragen haben. Der Entwurf geht indessen einen Schritt weiter: Verluste sollen nicht nur bei gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge, sondern auch im Falle der Spaltung übergehen. Hier ist unschwer das tragende Prinzip der meisten umwandlungssteuerrechtlichen Regelungen auszumachen: Der Verlust klebt nicht am Rechtsträger, sondern am Unternehmen⁴³. Über die Perioden hinweg sollen Verluste und Gewinne desselben Unternehmens (Teilbetriebes) verrechnet werden können. Auch der österreichische Steuergesetzgeber hat in den Fällen der Betriebs- und Teilbetriebseinbringung sowie bei der Spaltung nicht anders entschieden. Bei der Einbringung von Personenunternehmen geht sogar der Sonderausgaben-Verlustabzug des Einzel- oder Mitunternehmers auf die übernehmende Körperschaft über (§ 21 UmgrStG). Wenn der deutsche Gesetzgeber nicht einen untragbaren Wertungswiderspruch zur Spaltungsregelung des Entwurfs in Kauf nehmen will, wird er im Falle der Betriebs- und Teilbetriebseinbringung im Sinne der §§ 20 ff. UmwStG wohl nicht anders entscheiden können.

Haben sich die Verfasser des Entwurfs somit beherzt über das traditionelle Erfordernis der Personenidentität hinweggesetzt und darüber hinaus sogar die spaltungstypische Sonderrechtsnachfolge berücksichtigt, so scheint sie beim Vermögensübergang von Körperschaften auf Personenunternehmen der Mut verlassen zu haben. Der Übergang des Verlustabzuges wird nur bei der Verschmelzung von Körperschaften und der Spaltung von Körperschaften durch Übertragung des Vermögens auf andere Körperschaften gewährt⁴⁴. Für den Vermögensübergang von einer Körperschaft auf ein Personenunternehmen durch Verschmelzung oder Formwechsel sieht der Entwurf hingegen eine Ersatzlösung vor, die dem Rechtsnachfolger die steuerneutrale Aufwertung der übernommenen Wirtschaftsgüter zur Schaffung

43 Allerdings sollen die Verluste bei der Spaltung nicht an die verlustverursachenden Vermögensteile gebunden werden (dazu unten VI/9). Demgegenüber gehen nach österreichischem Recht abzugsfähige Verluste und Fehlbeträge bei der Einbringung insoweit über, „als sie dem übertragenen Vermögen zugerechnet werden können“ (§ 21 Z 1 Satz 1 UmgrStG). Dies gilt auch für die Spaltung, weil hier auf die Einbringungsregelungen verwiesen wird (§ 35 UmgrStG).

44 Vgl. die berechtigte Kritik durch den Steuerrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins e. V., BB 1993, 1711. Freilich wäre es wirtschaftlich nicht gerechtfertigt, sowohl den Übergang des Verlustabzuges als auch den Abzug von Übernahmeverlusten zu gewähren. Dazu weiter unten Fn. 96.

erhöhten Abschreibungspotentials einräumt. Darauf ist später zurückzukommen.

2. Kein Verlustübergang bei Einstellung des Geschäftsbetriebes; maßgeblicher Zeitpunkt

Nach § 12 Abs. 3 Satz 2 findet der Abzug von Verlusten der übertragenden Körperschaft bei der übernehmenden Körperschaft nur dann statt, wenn „die übertragende Körperschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt hatte“. Eine gleichartige Einschränkung enthält § 19 Abs. 2 für den Übergang gewerbesteuerlicher Fehlbeträge.

Die Stoßrichtung dieser Regelungen ist klar: Ebenso wie § 8 Abs. 4 KStG sollen sie der Verlustmantelverwertung entgegenstehen. Die Aufnahme einer Mantelgesellschaft durch Verschmelzung genügt nicht. Die Verluste gehen nur mit dem Geschäftsbetrieb über. Allerdings ist nicht erforderlich, daß es sich gerade um den verlusterzeugenden Geschäftsbetrieb handelt. Einmal fehlt im Entwurf eine entsprechende ausdrückliche Beschränkung; andererseits besteht gerade bei der Spaltung keine Bindung der Verlustteile an die verlustverursachenden Betriebsteile. § 15 Abs. 4 sieht keine genetische, sondern – zweifellos aus Praktikabilitätsgründen – eine quantitative Aufteilung entsprechend dem Umtauschverhältnis im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan vor.

Näherer Betrachtung bedarf die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Geschäftsbetrieb der übertragenden Körperschaft noch vorhanden sein muß. Der Text des Entwurfs verlangt, daß die übertragende Körperschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt hatte. Daraus folgt ohne weiteres, daß die Einstellung nach der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister unschädlich ist, weit sie bereits durch die übernehmende Körperschaft erfolgt. Hier kann das Finanzamt seine Hoffnungen nur mehr auf § 8 Abs. 4 KStG setzen. Ob die Handelsregistereintragung tatsächlich der entscheidende Zeitpunkt ist, erscheint mir nicht eindeutig zu sein. Da es um den Eintritt der übernehmenden Körperschaft in die Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft geht, könnte auch auf den Verschmelzungstichtag abgestellt werden. Jenes Ergebnis, das die übertragende Körperschaft im Zeitraum zwischen dem Schlußbilanzstichtag und ihrem gesellschaftsrechtlichen Untergang durch Löschung im Handelsregister erzielt, ist steuerrechtlich bereits der übernehmenden Körperschaft zuzurechnen⁴⁵.

⁴⁵ Glade/Steinfeld, UmwStG 1977, 3. Aufl. Rz. 306 Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht Rz. 4462 f.

Anders gewendet: Bei den übergelassenen Verlusten handelt es sich um jene, die der übertragenden Körperschaft bis zum Schlußbilanzstichtag entstanden sind. In gewissem Sinne gehen sie schon zum Stichtag der Verschmelzung und nicht erst im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung über. Nach dem Verschmelzungstichtag entstandene Verluste sind bereits „eigene“ Verluste der übernehmenden Körperschaft. Dies spricht für die Maßgeblichkeit des Verschmelzungstichtages. Dann wäre die Einstellung des Geschäftsbetriebes im Rückwirkungszeitraum, wenn auch handelsrechtlich noch durch die übertragende Körperschaft vorgenommen, steuerrechtlich unschädlich. Auch die steuerliche Rückwirkung nach § 2 weist in dieselbe Richtung. Eine Klarstellung im Text des Entwurfs wäre zu erwägen, zumal das Abstellen auf den Zeitpunkt der Handelsregistereintragung zu seltsamen Ergebnissen führt. Dies möchte ich anhand eines Falls aus meiner Praxis demonstrieren, der zu einem kleinen Disput mit der österreichischen Finanzverwaltung geführt hat.

Eine GmbH hatte ihren gesamten Betrieb veräußert. Der Veräußerungsgewinn überstieg die vortragsfähigen Verluste. Man entschied sich dafür, die GmbH als übertragende Gesellschaft mit einer Konzernschwester-Gesellschaft zu verschmelzen, die ebenfalls über Verlustvorträge verfügte. Die kumulierten Verluste beider Gesellschaften hätten den Veräußerungsgewinn neutralisiert. Die Verschmelzung erfolgte nach der Veräußerung des Betriebs, wurde jedoch auf einen vor der Veräußerung liegenden Stichtag rückbezogen. Da zu diesem Zeitpunkt letztmalig das Einkommen der übertragenden Gesellschaft zu ermitteln war, erhöhte der Veräußerungsgewinn bereits das Ergebnis der übernehmenden Gesellschaft. Hält man nun für den Übergang des Verlustabzugsrechtes das Vorhandensein des Betriebes der übertragenden Gesellschaft zum Zeitpunkt der Verschmelzung für erforderlich, so führt dies zu dem folgenden absurden Ergebnis: Der Gewinn aus der Veräußerung des Betriebs der übertragenden Gesellschaft kann zwar mit Verlusten der übernehmenden Gesellschaft verrechnet werden, nicht hingegen mit den Verlusten des veräußerten Betriebes⁴⁶.

Der österreichische Steuergesetzgeber hat dies zum Anlaß genommen, im Zusammenhang mit dem Übergang von Verlustvorträgen nicht auf den Zeitpunkt der Verschmelzung, sondern auf den Verschmelzungstichtag abzustellen (§ 4 Z 1 Satz 1 UmgrStG). Hier endet die letzte steuerliche Gewinnermittlung der übertragenden Gesellschaft. Ab diesem Zeitpunkt tritt die übernehmende Gesellschaft in die Rechtsposition der übertragen-

⁴⁶ So tatsächlich die Auskunft des österreichischen BMF vom 19. 6. 1990, RdW 1990, 273 = ecoloex 1990, 510.

den Gesellschaft ein. Wenig überzeugend erscheint es demgegenüber, auf den Zeitpunkt der gesellschaftsrechtlichen Akte abzustellen. Soll die Eintragung in das Handelsregister entscheidend sein, hängt der maßgebliche Zeitpunkt zudem von der manchmal schwer kalkulierbaren Dauer des Registerverfahrens ab.

3. Verhältnis zum Mantelkaufatbestand des § 8 Abs. 4 KStG

Bevor auf das Verhältnis der Verlustübergangsregelung des § 12 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs zum Mantelkaufatbestand des § 8 Abs. 4 KStG eingegangen wird, empfiehlt es sich, Gemeinsamkeiten und Unterschiede des Regelungsgegenstandes und der wirtschaftlichen Zwecksetzung dieser Bestimmungen herauszuarbeiten. Beide Regelungen wollen die Berücksichtigung von Verlusten im Rahmen anderer oder neuer betrieblicher Aktivitäten einschränken. Deshalb setzen beide Bestimmungen bei der Einstellung des Geschäftsbetriebes an. Dies ist im § 8 Abs. 4 KStG zwar nicht ausdrücklich festgesetzt, ergibt sich aber unstrittig aus dem Tatbestandsmerkmal der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs⁴⁷. Unterschiede bestehen hingegen im Regelungsgegenstand: § 8 Abs. 4 KStG versagt der Körperschaft den Abzug von Verlusten, die sie selbst erlitten hat. Für den Verlustabzug genügt nicht die rechtliche Identität. Das Gesetz verlangt zusätzlich die wirtschaftliche Identität. Anders die Ausgangssituation der Entwurfsregelung: Hier geht es um den Abzug von Verlusten vom Gewinn einer Körperschaft, bei der diese Verluste gerade nicht entstanden sind. Primärer Regelungsgegenstand ist daher der Übergang des Verlustabzuges. Diesen versagt das Gesetz allerdings bei Einstellung des Geschäftsbetriebs. Auf zusätzliche Merkmale, die nach § 8 Abs. 4 KStG zur Verneinung der wirtschaftlichen Identität führen, wie einen Wechsel im Gesellschafterbestand, kommt es nicht an. Da nicht einmal rechtliche Identität besteht, sind die Anforderungen an den Untergang des Verlustabzuges erheblich geringer.

Für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der beiden Regelungen folgt daraus: Hat die übertragende Körperschaft den Geschäftsbetrieb eingestellt, gehen die Verluste nicht über. Für § 8 Abs. 4 KStG bleibt kein Anwendungsbereich. Da die Entwurfsregelung keine Änderung im Gesell-

⁴⁷ *Achenbach* in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Die Körperschaftsteuer § 8 KStG Rz. 107j; *Streck*, KStG 3. Aufl. § 8 Anm. 16; *Hörger/Kemper*, DStR 1989, 18; *Fichtelmann*, GmbHR 1990, 309; *J. Thiel*, GmbHR 1990, 224 f.; ebenso BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. I 1990, 252; dazu *Hörger/Kemper*, DStR 1990, 539 f.

schafterbestand voraussetzt, wird die Gestaltungspraxis bei der Verschmelzung von Konzerngesellschaften wie folgt vorgehen: Hat die Verlustgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb eingestellt, fungiert sie nicht als übertragende, sondern als übernehmende Körperschaft. In dieser Form konnten Gewinn- und Verlustgesellschaften schon bisher zusammengeführt werden. § 8 Abs. 4 KStG kann im wesentlichen nur dann eingreifen, wenn zusätzlich mehr als 75 % der Anteile an der übernehmenden Verlustgesellschaft übertragen worden sind⁴⁸. Ist der Geschäftsbetrieb der übernehmenden Verlustgesellschaft eingestellt worden, so führt die Verschmelzung durch Aufnahme einer Gewinngesellschaft zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs „mit überwiegend neuem Betriebsvermögen“. Der Verlustabzug entfällt dann gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG.

Hat die Verlustgesellschaft hingegen ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eingestellt, könnte folgende Strategie zum Erfolg führen: Nach dem Kauf der Anteile an der Verlustgesellschaft wird diese als übertragende Gesellschaft mit der Gewinngesellschaft verschmolzen. Wird der Geschäftsbetrieb der ehemals übertragenden Gesellschaft erst danach eingestellt, steht dies dem Verlustübergang nach der Entwurfsregelung nicht entgegen. Auch § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG kommt nach seinem Wortlaut nicht zur Anwendung: Zwar liegt ein Anteilerwerb vor. Hat die übernehmende Gewinngesellschaft ihren eigenen Geschäftsbetrieb aber fortgesetzt, kann nicht davon gesprochen werden, daß „die Gesellschaft danach ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen wieder aufnimmt“. Denkbar ist freilich, daß der erste Satz des § 8 Abs. 4 KStG zum Zuge kommt. Dies setzt mindestens voraus, daß der erste Satz als Generaltatbestand und der zweite Satz bloß als Hauptanwendungsfall eingeordnet wird, was bekanntlich strittig ist. Diese ausschließlich § 8 Abs. 4 KStG betreffenden Probleme sind indessen nicht Thema meines Beitrags.

⁴⁸ Zur Frage, ob § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG nur ein Beispielfall des Wegfalls der wirtschaftlichen Identität ist und diese daher auch aufgrund anderer (besonderer) Umstände im Einzelfall gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG zu verneinen ist: vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1989, 15 f.; *Fichtelmann*, GmbHR 1990, 306 f.; *J. Thiel*, GmbHR 1990, 223 f.; BMF-Erlass vom 11. 6. 1990, BStBl. I 1990, 252.

V. Vermögensübergang auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person – Formwechsel

1. Das Übernahmegewinnkonzept des geltenden Rechts: Besteuerung der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung – steuerneutrale Aufwertung der Wirtschaftsgüter

Damit wende ich mich der Neuregelung des Vermögensüberganges von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person zu. Wie erwähnt, betreffen diese Regelungen nunmehr unmittelbar die Verschmelzung von Körperschaften mit Personengesellschaften oder mit dem Vermögen des Alleingeschafters. Mittelbar, nämlich kraft Verweisung, gelten diese Vorschriften auch für die Spaltung von Körperschaften durch Übertragung des Vermögens auf Personengesellschaften (§ 16) sowie für den Formwechsel einer Körperschaft in eine Personengesellschaft (§ 14). Im geltenden Recht kommen die Vorschriften des Zweiten Teils indessen ausschließlich auf die übertragende Umwandlung zur Anwendung. Der Zweite Teil des Entwurfs ist demgemäß auch nachhaltig durch die rechtspolitische Diskussion um die Neugestaltung der übertragenden Umwandlung geprägt⁴⁹.

Während die Verschmelzung und die Einbringung nach geltendem Recht im wesentlichen stets steuerneutral durchgeführt werden können, ist dies bei der übertragenden Umwandlung nicht der Fall. Läßt man die Gewerbesteuer vorläufig beiseite, so gilt folgendes: Die steuerlichen Buchwerte der übergehenden Wirtschaftsgüter können nicht fortgeführt werden. Vielmehr sind in der steuerlichen Schlußbilanz der umgewandelten Kapitalgesellschaft und in der Übernahmebilanz des Personenunternehmens die Teilwerte anzusetzen (§§ 3, 5 Abs. 1 Satz 1 UmwStG). Zwar ist der durch diese Aufwertung entstehende Übertragungsgewinn von der Körperschaftsteuer befreit (§ 4 UmwStG); bei den Gesellschaftern der bestehenden oder im Zuge der Umwandlung errichteten Personengesellschaft kommt es hinge-

⁴⁹ Dazu vgl. *Luckey*, Steuerliche Gewinnrealisierung bei Umwandlung von Unternehmungen und Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter (1977) 359 ff., 375 ff.; *R. Thiel*, FS Flume II (1978) 281 ff.; *Widmann*, DStJG Bd. 4 (1981), 167 ff.; *Wiesler*, StuW 1983, 10 ff.; *Herzig*, GmbHR 1987, 144 ff.; *ders.*, StuW 1988, 345 ff.; *Herzig/Ott*, DB 1989, 2039 f.; *Hahn* in Institut „Finanzen und Steuern“ (Hrsg.), Sind die Vorschriften des UmwStG änderungsbedürftig? (1989) 72 ff.; *Widmann*, ZGR 1990, 568 ff.; *Meyer-Scharenberg*, Steuergestaltung durch Umwandlung (1990) 315 ff.; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 4405.1 ff. Überblick über die Reformvorschläge bei *Rödter*, DStR 1993, 1350.

gen zur Besteuerung des sogenannten Übernahmegewinns, der einem Veräußerungsgewinn ähnelt: Werden die Anteile an der Kapitalgesellschaft im Betriebsvermögen gehalten, ist der Übernahmegewinn die Differenz zwischen dem Buchwert der untergehenden Anteile und dem Teilwert der übergehenden Wirtschaftsgüter. Hinzu kommt noch die anzurechnende Körperschaftsteuer (§ 5 Abs. 3 UmwStG). Das Körperschaftsteuer-guthaben der Kapitalgesellschaft geht auf die Gesellschafter der Personengesellschaft oder den Nachfolgeunternehmer über (§ 12 UmwStG). Auf die Herstellung der Ausschüttungsbelastung verzichtet das Gesetz aus Vereinfachungsgründen⁵⁰.

Mit einem komplizierten Kunstgriff erreicht das Gesetz, daß auch im Falle wesentlicher Beteiligungen (§ 17 EStG) und einbringungsgeborener Anteile (§ 21 Abs. 1 UmwStG) ein Übernahmegewinn durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt wird. Das Gesetz fingiert, daß die Anteile zum Umwandlungsstichtag in das Betriebsvermögen zu Anschaffungskosten – also nicht zum Teilwert – eingelegt wurden⁵¹. Auch dies führt zur Besteuerung eines Übernahmegewinns. Da der Übernahmegewinn die Differenz zwischen dem Teilwert des Betriebsvermögens und dem Buchwert der Beteiligung ist, ähnelt er dem Gewinn aus der Veräußerung der Beteiligung. Auch bei nicht wesentlich beteiligten Gesellschaftern wird eine Einlage der Anteile in das Betriebsvermögen fingiert; allerdings nicht zu Anschaffungskosten, sondern zum Teilwert (§ 6 Abs. 3 Satz 2 UmwStG). Dadurch kommt es zwar nicht zu einem Übernahmegewinn⁵²; die Umwandlung wird hier aber wie eine Gewinnausschüttung besteuert (§ 9 UmwStG). Wie bei der Liquidation gelten das anteilige verwendbare Eigenkapital⁵³ und die anzurechnende Körperschaftsteuer als Einkünfte aus Kapitalvermögen⁵⁴. Zu beachten ist allerdings, daß der Übertragungsgewinn das EK 02 erhöht. Dies schlägt sich wiederum in erhöhten Einkünften aus Kapitalvermögen

⁵⁰ Amtliche Begründung zu § 12 UmwStG. Vgl. *Glade/Steinfeld*, UmwStG 1977, 3. Aufl. Rz. 717 ff.; *Rödter*, DStR 1993, 1353.

⁵¹ Für wesentliche Beteiligungen ergibt sich dies aus § 6 Abs. 3 UmwStG i. V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 lit b EStG. Dazu *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5239; *Glade/Steinfeld*, UmwStG 1977, 3. Aufl. Rz. 546. Für einbringungsgeborene Anteile folgt dies aus § 22 Abs. 1 UmwStG. Dazu *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5268.

⁵² Vgl. aber *Glade/Steinfeld*, UmwStG 1977, 3. Aufl. Rz. 543; weiter *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5274 ff.

⁵³ Ausgenommen ist das EK 04.

⁵⁴ Auf die Parallele zur Liquidationsregelung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EStG weisen die Erläuterungen zu § 9 UmwStG hin. Vgl. *Glade/Steinfeld*, UmwStG 1977, 3. Aufl. Rz. 621.

um, sondern bleibt mit diesem gesellschaftsrechtlich verbunden. Ob dieser Grundsatz, woran gelegentlich gezweifelt wurde⁶¹, die Durchbrechung des Subjektsteuerprinzips rechtfertigt, ist meines Erachtens eine rechtspolitische Frage. Historisch ist nicht zu bezweifeln, daß das Prinzip der Aufrechterhaltung des unternehmerischen Engagements dem Gesetz tatsächlich zugrundeliegt.

Die übertragende Umwandlung indessen widersetzte sich lange der Einordnung unter dieses System⁶²: Im alten Körperschaftsteuerrecht waren die stillen Reserven im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft zweifach, im Konzern theoretisch sogar mehrfach mit Ertragsteuern belastet: Der steuerfreie Transfer von der Sphäre der Körperschaft in jene eines Personenunternehmens, wie er etwa in der Anfangsphase des Umwandlungssteuergesetzes von 1969 zulässig war, bedeutete den Verzicht auf eine Besteuerungsebene und damit eine systemdurchbrechende Steuerbefreiung. Seit der Reform des Jahres 1977 ist dies anders: Werden stille Reserven im Vermögen der Kapitalgesellschaft aufgelöst und wird der dadurch entstehende Gewinn ausgeschüttet, so unterliegt dieser Gewinn aufgrund der Anrechnung der Körperschaftsteuer nur einer einfachen Belastung mit Einkommensteuer. Der steuerfreie Transfer stiller Reserven in die Sphäre eines Personenunternehmens durch übertragende Umwandlung ist danach kein Systembruch, weil auch die spätere Realisierung hier zu einer gleich hohen Steuerbelastung führt. Vergleicht man die übertragende Umwandlung somit mit der Belastung ausgeschütteter Körperschaftsgewinne, ist ihre Steuerneutralität sogar ein Gebot der Wertungseinheit zwischen Umwandlungssteuerrecht und allgemeinem Ertragsteuerrecht.

Sieht man von nicht wesentlich beteiligten und ausländischen Gesellschaftern ab, behandelt das UmwStG die übertragende Umwandlung freilich nicht wie eine Ausschüttung, sondern im Prinzip wie eine Veräußerung der Beteiligung. Ähnlich wie bei anderen Ersatzrealisierungstatbeständen sollen die stillen Reserven in der Beteiligung bei der letzten sich bietenden Möglichkeit besteuert werden. Um eine Doppelbelastung stiller Reserven zu vermeiden, hat das Personenunternehmen die übergehenden Wirtschaftsgüter zum Teilwert anzusetzen. Besteuert werden also nur die stillen Reserven in der Beteiligung, nicht hingegen jene in den Wirtschaftsgütern.

61 *Tipke*, DStJG Bd. 4 (1981) 10: „Die Metapher oder Metaphrase von der Fortsetzung des wirtschaftlichen Engagements in anderer Rechtsform, genauer: im Kleide eines anderen Rechtssubjekts, übersieht schlicht das Subjekt- oder Individualprinzip“.

62 Dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 478 ff.

Welcher komplizierte Gedankengang dieser Regelung zugrunde liegt, hat *Widmann* vor mehr als zehn Jahren in einem Beitrag geschildert⁶³: Die Kombination aus steuerpflichtigem Übernahmegewinn und steuerneutraler Aufwertung der übergehenden Wirtschaftsgüter führt zu einem ähnlichen Ergebnis wie die Veräußerung der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft unter nachfolgender Anschaffung der Wirtschaftsgüter, für welche der Gesellschafter den erzielten Beteiligungskaufpreis aufwendet. Freilich macht das Gesetz auch mit diesem Gedanken nicht bis zur letzten – bitteren – Konsequenz ernst: Der originäre Firmenwert, der im Rahmen einer Veräußerung vergütet würde, ist nicht in den Übernahmegewinn einzubeziehen⁶⁴. Der Gesetzgeber des Jahres 1977 hielt es dann doch für unzumutbar, den Firmenwert der Besteuerung zu unterziehen, obwohl er nach damaliger Rechtslage in der Folge nicht hätte steuerwirksam abgeschrieben werden können⁶⁵. Auch sonst wird das Veräußerungskonzept nicht konsequent durchgehalten, die Folge ist eine Reihe von Ausweichstrategien: Entsteht ein Übernahmeverlust, ist dieser steuerneutral (§ 5 Abs. 4 UmwStG), obwohl ein Veräußerungsverlust abzugsfähig wäre. In solchen Fällen wird empfohlen, die Verlufterrealisation durch vorgezogenen Anteilsverkauf künstlich herbeizuführen⁶⁶. Werden steuerverstrickte Anteile im Privatvermögen gehalten, so führt die Fiktion der Einlage der Anteile in das Betriebsvermögen dazu, daß der ermäßigte Steuersatz des § 34 EStG nicht zur Anwendung gelangt. Auch hier wird die Gleichstellung mit einem Veräußerungsvorgang aufgegeben, und auch hier wird daher zwangsläufig die Vorwegveräußerung der Anteile als Ausweichstrategie provoziert. Um nicht die Herrschaft über das Unternehmen zu verlieren, verkaufen die Gesellschafter einander wechselseitig die Anteile, wofür das schöne Schlagwort von der „Anteilsrotation“ geprägt wurde. Aufgrund der hohen Anschaffungskosten führt die anschließende Umwandlung zu keinem Übernahmegewinn⁶⁷. Unklar ist schließlich auf den ersten Blick, warum die fehlende Steuerpflicht des Übernahmegewinns zur Besteuerung eines Übertragungsgewinnes führt (§ 13 Abs. 2 UmwStG). Hauptanwendungs-

63 DStJG 1981, 169.

64 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 4785 m.w.N.

65 Vor der Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG durch das BiRiLiG zählte der Firmenwert steuerrechtlich zu den nicht abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens. Überblick über die Entwicklung der Rechtslage bei *Söffing*, FS *Döllner* (1988) 593 ff.

66 *Meyer-Scharenberg*, Steuergestaltung durch Umwandlung (1990) 279 f.

67 *Meyer-Scharenberg*, Steuergestaltung durch Umwandlung (1990) 272 f.

fall sind ausländische Gesellschafter, bei welchen Gewinne aus der Veräußerung der Beteiligung – und damit folgerichtig auch der Übernahmeerwerb – nach den einschlägigen DBA nicht der deutschen Besteuerung unterliegen⁶⁸. Da dem deutschen Fiskus – mangels Besteuerungsrechtes – keine stillen Reserven entgehen, ist die Ersatzrealisierung prima facie nicht berechtigt. Obwohl die Materialien zu § 13 UmwStG schweigen, dürfte die Erfassung auch dieser Gesellschafter auf folgendem beruhen: Wie erwähnt, gewährt der Gesetzgeber im Ausgleich für die Besteuerung der stillen Reserven in der Beteiligung die steuerfreie Aufwertung der Wirtschaftsgüter. Da dies in der Bilanz der übernehmenden Mitunternehmenschaft und damit selbstverständlich für alle Gesellschafter gleichmäßig zu geschehen hat, will das Gesetz – unabhängig von der Steuerverstrickung der Beteiligungen – alle Gesellschafter gleichmäßig zur Kasse bitten. Dies dürfte der Grund der Einlagefiktion für wesentlich beteiligte Gesellschafter und der Übertragungsgewinnbesteuerung im Falle des § 13 UmwStG sein. Auch hier sind schließlich Auswege denkbar: Ausländische Gesellschafter, die nicht anrechnungsberechtigt sind, werden darauf dringen, daß das verwendbare Eigenkapital vor der Umwandlung ausgeschüttet wird. Dadurch wird die Körperschaftsteuerbelastung auf 36 %, nach dem Inkrafttreten des Standortsicherungsgesetzes (StandOG), BGBl. I 1993, 1569⁶⁹, auf 30 % ermäßigt. Reduziert das einschlägige DBA die Kapitalertragsteuer auf 25 % oder weniger, ist die Steuerbelastung niedriger als im Falle der Umwandlung⁷⁰. Ein anderer Ausweg ist manchmal die Liquidation. Auch hier wird die Ausschüttungsbelastung hergestellt⁷¹. Die Umwandlung hingegen gilt nicht als Gewinnausschüttung. Daher kommt es nicht zur Herstellung der Ausschüttungsbelastung, aber auch nicht zu einem Kapitalertragsteuerabzug⁷². Das verwendbare Eigenkapital bleibt mit dem höheren Tarifsatz belastet⁷³.

68 Dazu oben Fn. 56. Sofern die Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen durch ein DBA der beschränkten Steuerpflicht entzogen sind, wird dies auch nicht dadurch unterlaufen, daß § 6 Abs. 3 UmwStG die Einlage in das Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft fingiert. Vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5026.

69 Die Reduzierung der Ausschüttungsbelastung auf 30 % kommt erstmals auf Gewinnausschüttungen und sonstige Leistungen zur Anwendung, die in dem ersten nach dem 31. 12. 1993 endenden Wirtschaftsjahr der ausschüttenden Körperschaft erfolgen. Vgl. *Dötsch*, DB 1993, 1790 f.

70 Vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5616.

71 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 4435 ff., 5758.1.

72 *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5615 und 5758.1.

73 *Meyer-Scharenberg*, Steuergestaltung durch Umwandlung (1990) 285 ff.

Die Besteuerung der stillen Reserven in der Beteiligung steht auch im Widerspruch zu jener Regelung, die das UmwStG für den vergleichbaren Fall der Konzernverschmelzung von Kapitalgesellschaften parat hält. Hier besteht dieselbe Problematik: Da die Beteiligung an der übertragenden Tochtergesellschaft im Zuge der Verschmelzung untergeht, entgehen allfällige in der Beteiligung angesammelte stille Reserven endgültig der Besteuerung. Aus diesem Grund ist die deutsche Finanzverwaltung unter literarischer Federführung von *Rudolf Thiel*⁷⁴ früher gegen die Konzernverschmelzung zu Felde gezogen. Zunächst verneinte sie die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 KStG 1934, weil die Besteuerung der stillen Reserven nicht in voller Höhe gesichert sei. Diese Ansicht lehnte der BFH⁷⁵ unter Aufrechterhaltung der Rechtsprechung des RFH⁷⁶ ab. In der Folge vertrat die Finanzverwaltung den Standpunkt, daß die in der Beteiligung angesammelten stillen Reserven nach allgemeinen Tauschgrundsätzen aufzudecken seien⁷⁷. Auch dem erteilte der BFH eine Absage⁷⁸. Mehr noch: Der BFH anerkannte den steuerwirksamen Abzug des Buchverlustes, also der Differenz zwischen dem höheren Ansatz der untergehenden Beteiligung und dem eingebuchten Betriebsvermögen. Dies ist heute gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 UmwStG ausgeschlossen. Grundsätzlich unterbleibt auch die Besteuerung der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung⁷⁹.

74 DB 1957, 28 ff.; *ders.*, DB 1959, 1092 ff., dagegen *Fasselt*, DB 1959, 1064 und *Flume*, DB 1959, 1233. Vgl. dazu auch *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 584 ff.

75 BFH 14. 5. 1969, BStBl. II 1969, 598; BFH 13. 10. 1971, BStBl. II 1972, 97.

76 RFH 6. 7. 1943, RStBl. 1943, 758.

77 Erlaß des Finanzministeriums von Nordrhein-Westfalen vom 27. 6. 1972, DB 1972, 1265. Dagegen *Keuk*, DB 1973, 17 ff.

78 BFH 14. 6. 1984, BStBl. II 1985, 64.

79 Im Rahmen des Beteiligungskorrekturgewinns gemäß § 15 Abs. 2 UmwStG werden nur solche stillen Reserven erfaßt, die durch Abschreibungen von den Anschaffungskosten der Beteiligung gebildet wurden, tatsächlich aber aufgrund höherer Werte des Betriebsvermögens zum Zeitpunkt der Verschmelzung nicht (mehr) gerechtfertigt sind. Über die Anschaffungskosten hinausgehende stille Reserven werden unter keinen Umständen aufgedeckt. Dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 589 ff.

3. Das Konzept des Entwurfs: Wahlrecht zur Aufwertung oder Buchwertfortführung – Steuerwirksamkeit des Übernahmeertrages oder Übernahmeverlustes

Gegenüber dem geltenden Steuerrecht der übertragenden Umwandlung liegt in der Regelung des Entwurfs für den Vermögensübergang auf Personenunternehmen ein erheblicher Fortschritt. Auch hier ist zwischen der Ebene der übertragenden oder umgewandelten Körperschaft und der Ebene des übernehmenden Personenunternehmens zu unterscheiden:

§ 3 und § 4 Abs. 1 des Entwurfs übernehmen das Konzept der geltenden Verschmelzungsregelung: In der steuerlichen Schlußbilanz der Körperschaft können die Wirtschaftsgüter entweder mit dem Buchwert oder mit einem höheren Wert angesetzt werden. Dieser Wert ist vom Personenunternehmen zu übernehmen. Im Falle der Buchwertfortführung kommt es zu keinem steuerpflichtigen Übertragungsgewinn. Insoweit ergibt sich zumindest im Ergebnis vorerst keine Änderung, weil der durch den zwingenden Ansatz der höheren Teilwerte entstehende Übertragungsgewinn nach dem geltenden § 4 UmwStG von der Körperschaftsteuer befreit ist. Neu hingegen ist die Steuerpflicht des Übertragungsgewinnes im Falle des freiwilligen Ansatzes des Teilwerts oder eines Zwischenwerts. Wie bei der Verschmelzung⁸⁰ müßte die Aufwertung in der Steuerbilanz an der Unzulässigkeit vergleichbarer Zuschreibungen in der Handelsbilanz scheitern; doch wird man, da die Regelung sonst in erheblichem Umfang obsolet wäre, eine (ungeschriebene) Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EStG) annehmen müssen.

Wesentliche Änderungen ergeben sich hingegen auf der Ebene des übernehmenden Personenunternehmens. Freilich konnten sich die Entwurfsverfasser doch nicht entschließen, auf die Besteuerung der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung ganz zu verzichten. Auch § 4 Abs. 4 des Entwurfs sieht die Besteuerung eines Übernahmeertrages vor. Dieser ist – wie nach geltendem Recht – die Differenz zwischen dem Buchwert der untergehenden Beteiligung und dem Wert, mit dem die übergehenden Wirtschaftsgüter zu übernehmen sind⁸¹. Entscheidende Vorteile bringt dies im – nunmehr zugelassenen – Fall der Buchwertfortführung: Dem Beteiligungsbuchwert wird nur der Buchwert des übergehenden Vermögens

80 Vgl. oben Fn. 12. Zur Problematik der Entwurfsregelung *Widmann* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 291 f. und 303 f.

81 Wie im geltenden Recht erhöht sich dieser Übernahmeertrag um die anzurechnende Körperschaftsteuer und um einen Sperrbetrag im Sinne des § 50 c EStG (§ 4 Abs. 5).

gegenübergestellt und nicht – wie im geltenden Recht – der Teilwert. Der so ermittelte Übernahmeertrag wird somit stets niedriger sein als nach geltendem Recht⁸². Häufig wird kein Übernahmeertrag, sondern ein Übernahmeverlust entstehen. Dann ist die Umwandlung zur Gänze steuerneutral.

Andererseits fehlt im Entwurf eine dem geltenden § 8 UmwStG vergleichbare Regelung, nach welcher die Besteuerung eines Gewinns aus der Vereinigung von Forderungen und Verbindlichkeiten auf drei Jahre verteilt werden darf. Eine Begründung dafür findet sich in den Erläuterungen nicht. Im Bereich der Gewerbeertragsteuer hingegen enthält der Entwurf wiederum wesentliche Verbesserungen: Nach geltendem Recht ist der Übertragungsgewinn zur Gänze, der Übernahmeertrag hinsichtlich im Betriebsvermögen gehaltener Anteile zu einem Drittel gewerbesteuerpflichtig (§ 18 UmwStG). Der Entwurf läßt die Buchwertfortführung auch mit Wirkung für die Gewerbesteuer zu (§ 18 Abs. 1). Zusätzlich wird der Übernahmeertrag von der Gewerbesteuer freigestellt (§ 18 Abs. 2).

Will man die Entwurfsregelung rechtspolitisch und rechtssystematisch würdigen, muß man nach dem zugrundeliegenden Besteuerungskonzept fragen. Der Entwurf baut insoweit auf der Reformdiskussion auf. Zwar hat *Widmann* darauf hingewiesen, daß es dem Gesamtkonzept des UmwStG entspräche, von der Besteuerung der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung ganz abzusehen⁸³; der Entwurf verwirklicht indessen die gleichfalls von *Widmann* angebotene „denkbare Kompromißlösung“, bei welcher nur die Differenz zwischen dem Buchwert des übergehenden Vermögens und dem Buchwert der untergehenden Beteiligung besteuert wird⁸⁴. Diese Variante wurde erstmals von *Luckey* vorgestellt⁸⁵. Er geht davon aus, daß die stillen Reserven in der Beteiligung nur so weit besteuert werden sollen, als sie den Betrag der stillen Reserven im Betriebsvermögen der umgewandelten Körperschaft übersteigen. Entsprechend der Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Körperschaftsgewinnen werden die stillen Reserven in der Beteiligung und im Betriebsvermögen, soweit sie sich betraglich decken, nur einmal besteuert. Dies erfolgt, sofern

82 Vgl. das Beispiel bei *Krebs* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993) 247 f.

83 DStJG 1981, 170: „In das Gesamtkonzept des UmwStG hätte es sich jedoch *besser eingefügt, von der Erfassung der zweiten Ebene abzusehen.*“

84 DStJG 1981, 170.

85 Steuerliche Gewinnrealisierung bei Umwandlung von Unternehmungen und Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter (1977) 377 f.

die Buchwerte fortgeführt werden, nicht im Zuge der Umwandlung, sondern erst bei der späteren Veräußerung der Wirtschaftsgüter durch die übernehmende Personengesellschaft. Nur soweit die stillen Reserven in der Beteiligung höher sind als die stillen Reserven im Betriebsvermögen, werden sie im Rahmen des Übernahmegewinns sofort steuerwirksam aufgedeckt. Was den Gesamtbetrag der zu versteuernden stillen Reserven betrifft, ergibt sich keine Änderung gegenüber dem geltenden Recht. Der Gesamtbetrag entspricht den in der Beteiligung angesammelten stillen Reserven. Nur der Zeitpunkt der Besteuerung wird teilweise hinausgeschoben: In der Höhe der stillen Reserven in den Wirtschaftsgütern gewährt der Entwurf einen Steueraufschub. Hingegen wird der Mehrbetrag der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung aus Anlaß der Umwandlung sofort erfaßt, weil er andernfalls endgültig der Besteuerung entginge.

Indessen bin ich mir nicht sicher, ob diese Überlegungen tatsächlich dem Entwurf zugrundeliegen. In den Erläuterungen heißt es: „Der Übernahmegewinn, der sich bei der übernehmenden Personengesellschaft innerhalb ihres Betriebsvermögensvergleichs ergibt, umfaßt daher im Regelfall nur die im übertragenen Vermögen enthaltenen offenen Reserven.“⁸⁶ Danach hat es den Anschein, daß die Entwurfsverfasser nicht so sehr die stillen Reserven in der Beteiligung im Blick hatten, sondern vielmehr das verwendbare Eigenkapital erfassen wollten. Dies erinnert an die Besteuerung nicht wesentlich beteiligter Anteilseigner nach § 9 UmwStG. Hier werden das verwendbare Eigenkapital und die anzurechnende Körperschaftsteuer als Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuert. In diesem Punkt weicht der Entwurf nicht vom geltenden Recht ab. Freilich bringt auch hier die Buchwertfortführung Vorteile. Da kein Übertragungsgewinn entsteht, der das EK 02 erhöht, kommt es – anders als nach geltendem Recht – zu keiner anteiligen Erfassung als Einkünfte aus Kapitalvermögen. Statt dessen bleiben die stillen Reserven in den Wirtschaftsgütern steuerverstrickt. Im Ergebnis werden nur die offenen Rücklagen besteuert⁸⁷. Allerdings fehlt im Entwurf die Einlagefiktion im Falle nicht wesentlicher Beteiligungen. Folgerichtig bleibt bei der Ermittlung des Übernahmegewinns oder des Übernahmeverlustes der Wert der übergegangenen Wirtschaftsgüter, soweit er auf Anteile an der übertragenden Körperschaft entfällt, die am steuerlichen Übertragungsstichtag nicht zum Betriebsvermögen der übernehmenden

86 Ebenso *Krebs* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993) 246.

87 Vgl. das Beispiel bei *Krebs* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993) 249.

Personengesellschaft gehören“, außer Ansatz (§ 4 Abs. 4 Satz 3)⁸⁸. Die Einlagefiktion beschränkt sich auf wesentliche Beteiligungen (§ 5 Abs. 2) und auf einbringungsgeborene Anteile (§ 5 Abs. 4). Sie sind mit den Anschaffungskosten zu bewerten. Insoweit bringt der Entwurf keine Änderung.

In einem anderen Punkt weicht der Entwurf jedoch wiederum deutlich vom geltenden Recht ab: Die Besteuerung des Übertragungsgewinnes im Falle nicht anrechnungsberechtigter Gesellschafter entfällt. Eine § 13 Abs. 2 UmwStG vergleichbare Vorschrift fehlt. Der Entwurf begnügt sich vielmehr auch hier mit der Fortführung der stillen Reserven im Betriebsvermögen.

Ist der Übernahmegewinn nach dem Entwurf steuerpflichtig, so wäre zu erwarten, daß ein allfälliger Übernahmeverlust – die Differenz zwischen dem untergehenden Beteiligungsansatz und dem eingebuchten Wert des Betriebsvermögens – abzugsfähig ist. Indessen konnten sich die Entwurfsverfasser dazu nicht entschließen⁸⁹. Sie gehen vielmehr einen Mittelweg: Bis zur Höhe des Übernahmeverlustes⁹⁰ dürfen die Buchwerte der Wirtschaftsgüter steuerneutral bis zu den Teilwerten aufgestockt werden. Verbleibt ein Restbetrag, sind auch immaterielle Wirtschaftsgüter und ein Geschäftswert zu aktivieren. Nur ein dann noch verbleibender Übernahmeverlust ist sofort abzugsfähig (§ 4 Abs. 6). Die erhöhten Abschreibungen, die von den aufgestockten Buchwerten zu berechnen sind⁹¹, mindern das steuerwirksame Ergebnis der Folgeperioden.

Auch diese Regelung birgt erhebliche Probleme des Verhältnisses der Handelsbilanz zur Steuerbilanz: § 4 Abs. 6 Satz 1 enthält ein steuerrechtliches Aktivierungsgebot. Da kein Wahlrecht vorliegt, greift § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht ein. Die Anwendung der Entwurfsregelung ist nicht davon

88 Kraft der Einlagefiktionen für wesentliche Beteiligungen und einbringungsgeborene Anteile werden diese von § 4 Abs. 4 Satz 3 nicht erfaßt. Die auf diese Anteile entfallenden Wirtschaftsgüter sind somit bei der Ermittlung des Übernahmegewinns oder Übernahmeverlusts zu berücksichtigen.

89 Die daran vom Steuerrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins e. V., BB 1993, 1711 f., geübte Kritik ist m. E. nicht berechtigt. In der Höhe der Differenz zwischen den Buchwerten und den Teilwerten der übergehenden Wirtschaftsgüter liegt eben kein tatsächlicher Verlust vor. Ließe der Entwurf auch in dieser Höhe den Abzug eines Übernahmeverlustes zu, so würde die dadurch bewirkte Steuerminderung in den Folgeperioden durch die Auflösung stiller Reserven wieder rückgängig gemacht. Eine derartige Verschiebung der Steuerbelastung ergäbe wirtschaftlich keinen Sinn.

90 Vermindert um die nach § 9 anzurechnende Körperschaftsteuer und um einen Sperrbetrag i. S.d. § 50 c EStG (§ 4 Abs. 5). Kritik an der Terminologie des Entwurfs bei *Rödter*, DStR 1993, 1353 Fn. 45.

91 *Krebs* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts (1993) 246 f.

abhängig, daß die entsprechenden Ansätze bereits in der Handelsbilanz vorgenommen werden. Dies wäre denn auch im weiten Umfang unzulässig. Sind an der übernehmenden Personengesellschaft und an der übertragenden Kapitalgesellschaft – wie etwa im Falle der 100 %igen Beteiligungsverflechtung – dieselben Personen (unmittelbar oder mittelbar) mit identischen Quoten beteiligt, ist der Untergang der Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft keine Gegenleistung und der Übergang des Betriebsvermögens kein entgeltlicher Erwerb, so daß die Aktivierung immaterieller Anlagegegenstände und eines Firmenwerts gegen die §§ 248 Abs. 2, 255 Abs. 4 HGB verstößt⁹². Noch schärfer treten die Widersprüche zwischen Handelsbilanz und Steuerbilanz beim Formwechsel hervor. Da keine Vermögensübertragung erfolgt, liegt handelsrechtlich Bilanzkontinuität vor. Zuschreibungen scheitern in aller Regel auch bei materiellen Vermögensgegenständen am Grundsatz der Bewertungsstetigkeit. Erst recht kann nicht an die Aktivierung immaterieller Anlagegüter oder eines Firmenwertes gedacht werden. Der Begründung ist zu entnehmen, daß der steuerrechtliche Entwurf im Falle des Formwechsels bewußt vom Handelsrecht abweichende Wege geht.

Der Gestaltungspraxis eröffnet § 4 Abs. 6 des Entwurfs außerordentlich interessante Möglichkeiten: Werden im Zuge einer Unternehmensakquisition alle Anteile an einer Kapitalgesellschaft gekauft, sind die Anschaffungskosten der Beteiligung in der Regel höher als das buchmäßige Eigenkapital der Gesellschaft. Die Differenz geht auf stille Reserven in den Wirtschaftsgütern und auf den Firmenwert zurück. Wird die Kapitalgesellschaft nach dem Anteilskauf mit einer Personenhandelsgesellschaft des Käufers verschmolzen, entsteht in der Höhe des Unterschiedsbetrages der eben beschriebene Übernahmeverlust. Im Ergebnis können – ebenso wie bei einem Unternehmenskauf unter Einzelrechtsnachfolge – die Wirtschaftsgüter und der Firmenwert aufgestockt und danach steuerwirksam abgeschrieben werden. Die zivilrechtlichen Vorteile einer Unternehmensakquisition unter Gesamtrechtsnachfolge können mit den steuerlichen Vorteilen der Buchwertaufstockung verbunden werden. Bemerkenswert ist, daß die Erhöhung des Abschreibungspotentials nicht notwendig mit einer entsprechenden Gewinnrealisierung beim Verkäufer der Anteile verbunden sein muß. Wie hoch bei diesem die Beteiligung zu Buche stand, ist ohne Einfluß auf die Höhe des Umwandlungsverlustes beim Erwerber. Dies macht das Modell nicht nur für Unternehmensakquisitionen attraktiv; auch im Zuge

92 Im einzelnen Hügel, Verschmelzung und Einbringung 300 ff. Wohl aus entsprechenden Gründen verneint Rödder, DStR 1993, 1353 Fn. 48 die Anwendbarkeit von § 5 Abs. 2 EStG, die ebenfalls einen entgeltlichen Erwerb erforderte.

der Umstrukturierung von Konzernen eröffnen sich interessante Gestaltungsmöglichkeiten. Allerdings werden dadurch neue Ungereimtheiten im Verhältnis zur Verschmelzungs- und Spaltungsregelung in das Gesetz hineingetragen. Der Kauf von Anteilen durch eine Kapitalgesellschaft unter nachfolgender Verschmelzung wird in vielen Fällen unattraktiv sein. Die Gestaltungspraxis wird dazu neigen, als erwerbenden Rechtsträger eine Personengesellschaft „einzuschieben“, um die Verschmelzung mit dieser durchzuführen und sie danach durch Anwachsung unter Gesamtrechtsnachfolge zu beseitigen. Die Inkonsistenz der Regelungen könnten somit auch hier zu Umwegstrategien führen.

Obleich oder vielleicht sogar gerade weil die Übernahme durch eine Personengesellschaft bei Entstehung eines Buchverlustes erhebliche Vorteile bringt, wirft sie auch steuersystematische Fragen auf. Wie im geltenden Recht werden die Gesellschafter ungleich behandelt. Bei einer Beteiligung im Betriebsvermögen oder einer wesentlichen Beteiligung im Privatvermögen entsteht ein Übernahmeverlust, so daß die Umwandlung zu keiner Besteuerung, ja sogar zu abzugsfähigen Betriebsausgaben führt. Bei einem nicht wesentlich beteiligten Gesellschafter stellen das verwendbare Eigenkapital und das Körperschaftsteuerguthaben steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen dar. Die Ungleichbehandlung ist vor allem dann evident, wenn beide Gruppen eben erst die Anteile zum selben Kurs erworben haben.

Hinzu kommt die unterschiedliche Behandlung des verwendbaren Eigenkapitals, je nachdem, ob ein Übernahmegewinn oder ein Übernahmeverlust entsteht, obwohl an manchen Stellen der Eindruck vermittelt wird, daß es den Entwurfsverfassern in Wahrheit um die Erfassung des verwendbaren Eigenkapitals geht. So betonen die Erläuterungen, daß der Übernahmegewinn den offenen Rücklagen entsprechen wird. Auch bei nicht wesentlich beteiligten Gesellschaftern soll im Wege der Ausschüttungsfiktion des § 6 des Entwurfs das verwendbare Eigenkapital erfaßt werden. Dies soll auch nicht durch eine vor der Umwandlung stattfindende Einlage privat gehaltener Anteile in das Betriebsvermögen zum Teilwert verhindert werden können. Hier stellt die Mißbrauchsregelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfs die Erfassung des verwendbaren Eigenkapitals sicher⁹³. Warum geht dann

93 Vgl. Krebs in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 249 f. Die Erläuterungen zum Entwurf bemerken in diesem Zusammenhang zutreffend, daß durch die Einlage zum Teilwert die Besteuerung der offenen und der stillen Reserven umgangen werden könnte: Nicht nur ein Übernahmegewinn entfielen, vielmehr käme es zu einem Übernahmeverlust, der – entsprechend § 4 Abs. 6 des Entwurfs – zur steuerneutralen Aufstockung der Buchwerte berechtigte.

im Falle eines Übernahmeverlustes das verwendbare Eigenkapital ohne Steuerbelastung auf den Gesellschafter über? Daß der Verlustabzug nicht übergeht, andererseits aber die steuerfreie Schaffung zusätzlichen Abschreibungspotentials im Falle eines Übernahmeverlustes zugelassen wird, begründet ferner Wertungswidersprüche zur Verschmelzungs- und Spaltungsregelung.

Danach muß die Stellungnahme zu diesem Teil des Entwurfs zwiespältig ausfallen: Die Vorteile für die Praxis sind unübersehbar. Vermutlich wird es nur in wenigen Fällen zu einem steuerpflichtigen Übernahmegewinn kommen. Auch dann wird er in der Regel deutlich niedriger sein als der Übernahmegewinn nach geltendem Recht. Der Haupteinwand gegen die geltende Regelung wird erheblich abgeschwächt: In vielen Fällen – insbesondere nach einem Kauf der Anteile an der Kapitalgesellschaft – kann der Übergang von einer Kapitalgesellschaft auf ein Personenunternehmen steuerneutral durchgeführt werden. Die Aufstockung der Buchwerte und die Aktivierung eines Firmenwerts im Falle eines Übernahmeverlustes eröffnen interessante Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere im Zusammenhang mit Unternehmensakquisitionen.

Diesen praxisbezogen-positiven Aspekten stehen steuersystematische Einwände gegenüber: Die Regelung ist kompliziert, weil sie – je nach Status des Gesellschafters – unterschiedlich ausgestaltet ist und teilweise auch mit Fiktionen arbeiten muß. Während eine Gruppe von Gesellschaftern – bei Entstehen eines Übernahmeverlustes – Betriebsausgaben abziehen kann, haben nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter, die die Anteile zum selben Kurs gekauft haben, Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. Da nur ein Teil der stillen Reserven in der untergehenden Beteiligung aufgedeckt wird, entfernt sich die Entwurfsregelung noch mehr von der Veräußerungskonzeption als das geltende Recht. Ausweichstrategien – insbesondere in der Form der Vorabausschüttung – werden nach wie vor provoziert. Neue werden hinzukommen, weil der Entwurf Übernahmeverluste gegenüber Verschmelzungsverlusten begünstigt.

Wenn die Erläuterungen im Ergebnis die offenen Rücklagen besteuern wollen und im Zusammenhang mit der Körperschaftsteueranrechnung die Herstellung der Ausschüttungsbelastung nur aus Vereinfachungsgründen entfallen lassen, so ahnen sie die systemgerechte Lösung und wagen dennoch nicht den befreienden Schritt. Dieser bestünde darin, den Vermögensübergang auf ein Personenunternehmen wie eine Ausschüttung des verwendbaren Eigenkapitals zu behandeln. Dieses Konzept wurde schon bei der Schaffung des UmwStG 1977 erwogen⁹⁴. Der österreichische

⁹⁴ Widmann, DStJG 1981, 170.

Gesetzgeber hat es im Zuge der letzten Reform verwirklicht (§ 9 Abs. 5 UmgrStG)⁹⁵. Viele Probleme würden dadurch mit einem Schlag entfallen:

- Der Übergang des verwendbaren Eigenkapitals und des Körperschaftsteuerguthabens wird beim Gesellschafter wie eine Gewinnausschüttung besteuert. Dies führt zu Einkünften aus Gewerbebetrieb oder aus Kapitalvermögen. Der Übernahmegewinn ist wie im Rahmen der geltenden Verschmelzungsregelung steuerneutral. Auf die Fiktion der Einlage von Beteiligungen in das Betriebsvermögen der Personengesellschaft kann verzichtet werden.
- Im Interesse der ausländischen Gesellschafter sollte die Herstellung der Ausschüttungsbelastung erwogen werden. Die vom geltenden Recht und auch vom Entwurf aus Praktikabilitätsgründen in Kauf genommene Definitivbelastung mit Körperschaftsteuer zu 56 % oder 50 % – ab dem StandOG: 45 % – ist ein Systembruch und kann, wie erwähnt, ohnehin durch Vorabausschüttungen vermieden werden.
- Der Übernahmeverlust ist – ebenso wie der Verschmelzungsverlust nach geltendem Recht – steuerneutral. Dies ermöglicht es, den Verlustabzug auch hier übergehen zu lassen⁹⁶. Wertungswidersprüche zur Regelung der Verschmelzung und Spaltung von und auf Körperschaften würden dadurch vermieden.

⁹⁵ Dazu Hügel, *ecolex* 1992, 47 f.; Schneider, SWK 1992 A I 281 f.; Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 9 Rz. 28 ff.

⁹⁶ Die in § 4 Abs. 6 des Entwurfs vorgesehene (steuerfreie) Aufstockung der Buchwerte zur Schaffung eines erhöhten (steuerwirksamen) Abschreibungspotentials steht der (gleichzeitigen) Zulassung des Überganges des Verlustabzuges entgegen: Andernfalls käme es zur zweifachen Steuerminderung durch die zweifache Abschreibung derselben Wirtschaftsgüter: Die Verluste der Vorperioden werden häufig auf Abschreibungen von den im Zuge der Verschmelzung übergehenden Wirtschaftsgütern beruhen. So auch Rödder, DStR 1993, 1353 f. Dies wird vom Steuerrechtsausschuß des Deutschen Anwaltsvereins e. V. in seiner Stellungnahme BB 1993, 1711 f. nicht berücksichtigt.

VI. Spaltung von Körperschaften⁹⁷

1. Gesetzliche Verankerung

Neben der Verbesserung und Erweiterung der Regelungen des Zweiten Teils des UmwStG ist für die Praxis vor allem die gesetzliche Verankerung der Spaltungsregelung im neuen Fünften Teil von erheblicher Bedeutung. Dadurch wird die Billigkeitsregelung im BMF-Schreiben vom 9. 1. 1992⁹⁸ abgelöst⁹⁹. Zu begrüßen ist dies nicht nur wegen des größeren Anwendungsbereiches und des Wegfalls einzelner Beschränkungen des BMF-Schreibens; ins Gewicht fällt vor allem, daß die Verankerung im UmwStG eine erhebliche Verbesserung unter dem Blickwinkel des Rechtsstaatlichkeitsprinzips mit sich bringt. Heute wäre jeder Streit mit der Finanzverwaltung über bestimmte Steuerrechtsfragen einer Spaltung mit dem Risiko belastet, daß die Finanzgerichte der Billigkeitsregelung in anderen Punkten oder insgesamt die gesetzliche Deckung absprechen. Angesichts der – für Unternehmen und beteiligte Berater gleichermaßen – existenzbedrohenden Folgen der Ertragsbesteuerung einer Spaltung kann sich die Praxis Meinungsverschiedenheiten mit der Finanzverwaltung in Wahrheit gar nicht leisten¹⁰⁰. Die gesetzliche Regelung verbessert die Rechtssicherheit. Ungeachtet von Auslegungstreitigkeiten im Detail garantiert sie, daß es eine steuerneutrale Spaltung überhaupt gibt.

97 Nachweise zum gesellschafts- und steuerrechtlichen Schrifttum zur Spaltung bei Hügel, Verschmelzung und Einbringung 66 f. und 70 ff.

98 BStBl. I 1992, 47 = DB 1992, 65. Dazu J. Thiel, StbJb. 1991/92, 61 ff.; Krebs, BB 1992, 184; Schulze zur Wiesche, FR 1992, 396; Wochinger, DB 1992, 163; Herzig/Förster, DB 1992, 1251; Herzig/Dautzenberg, BB 1992, 1901; Blumers, DB 1992, 1317; Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) mit Beiträgen von J. Thiel, Hörger, Herzig, Reiß und Ganske; Hernler, DB 1993, 299; Wassermeyer, DStR 1993, 589; Blumers/Kramer, DB 1993, 852; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht Rz. 6553 ff.

99 Das BMF-Schreiben vom 8. 5. 1991 BStBl. 1991, 743 = BB 1991, 1110 über die ertragsteuerrechtliche Behandlung der Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Kapitalgesellschaften dürfte obsolet werden, weil das neue Umwandlungsgesetz das Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen vom 5. 4. 1991 BGBl. I. S. 854 ersetzen wird. Auch die Spaltung von Unternehmen, die von der Treuhandanstalt verwaltet werden, wird handelsrechtlich dem neuen Umwandlungsgesetz und steuerrechtlich dem geänderten UmwStG unterstehen.

100 Vgl. zudem die Bedenken gegen die Rechtsgrundlage und den Inhalt des BMF-Schreibens bei Wassermeyer, DStR 1993, 589 und Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Rz. 6556.5 ff.

2. Beteiligte Rechtsträger

Auch die Spaltungsregelung des Entwurfs (§§ 1 Abs. 4, 15 Abs. 1) verweist auf den handelsrechtlichen Entwurf. Dieser – bereits erwähnte – Grundsatz der „Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts“ führt zu einer erheblichen Erweiterung der steuerneutralen Spaltungsmöglichkeiten gegenüber der Billigkeitsregelung des BMF-Schreibens:

Als spaltungsfähige Rechtsträger können nicht nur Kapitalgesellschaften und Genossenschaften¹⁰¹ fungieren, sondern weiter auch eingetragene Vereine, wirtschaftliche Vereine, genossenschaftliche Prüfungsverbände und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§§ 124 i.V.m. 3 Abs. 1 UmwGE)¹⁰². Im selben Umfang erweitert sich auch der Kreis der übernehmenden Rechtsträger. Nur wirtschaftliche Vereine scheiden insoweit aus (§ 124 Abs. 1 UmwGE). Die Entwurfsregelung gilt aber nicht nur für die Auf- und Abspaltung nach dem Zweiten Buch des handelsrechtlichen Entwurfs, sondern ferner für die im Dritten Buch geregelte Teilübertragung.

Im Zusammenhang mit dem eingehend diskutierten Problem der grenzüberschreitenden Spaltung führt die Anknüpfung an das Handelsrecht freilich zu einer Beschränkung: Nach Nr. 2 lit a des BMF-Schreibens müssen die übertragende und die übernehmende Kapitalgesellschaft unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sein. Dies wurde als Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung i. S.d. Art. 52 Abs. 2 EWG-Vertrag kritisiert¹⁰³. Hinzu kommt, daß ein vergleichbarer Vorgang seit dem StÄndG 1992 steuerneutral durchgeführt werden kann: § 20 Abs. 8 UmwStG regelt nunmehr Einbringungsvorgänge unter Beteiligung ausländischer Kapitalgesellschaften: Dies betrifft einmal die Einbringung eines Betriebes oder Teilbetriebes einer unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Kapitalgesellschaft in eine beschränkt körperschaftsteuerpflichtige EG-Kapitalgesellschaft¹⁰⁴. Ferner ist auch die Einbringung einer inländischen Betriebsstätte durch eine beschränkt körperschaftsteuerpflichtige EG-Kapitalgesellschaft er-

101 Vgl. Nr. 5 des BMF-Schreibens vom 9. 1. 1992 a.a.O. (Fn. 98).

102 Der Kreis der spaltungsfähigen Rechtsträger ist in § 124 Abs. 1 UmwGE weiter gezogen: Die Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes, einer Stiftung oder einer Gebietskörperschaft würde unter die §§ 20 bis 23 UmwStG fallen.

103 Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht 9. Aufl. § 25 III 2; Herzig/Dautzenberg, BB 1992, 1901; vgl. auch Herzig in Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) 36 ff., 52 ff. sowie Wassermeyer, DStR 1993, 591.

104 J. Thiel, StbJb. 1991/92, 51 f.

faßt, wobei als aufnehmende Gesellschaft sowohl in- als auch ausländische Kapitalgesellschaften fungieren können¹⁰⁵. Der Ausschluß beschränkt steuerpflichtiger EG-Kapitalgesellschaften von der Spaltungsregelung des BMF-Schreibens ist danach schwer verständlich: Im Rahmen des geltenden Gesellschaftsrechts, das keinen einheitlichen Vorgang der Spaltung kennt, ist der erste Akt zur Verwirklichung der Spaltung zweifellos eine Einbringung.

Der handelsrechtliche Entwurf regelt freilich nur die Umwandlung von Gesellschaften „mit Sitz im Inland“ (§ 1 Abs. 1 UmwGE). Nach dem herrschenden, wenn auch heftig kritisierten Verständnis der Sitztheorie setzt dies voraus, daß die Gesellschaft nach inländischem Recht gegründet wurde. Verlegt hingegen eine ausländische Gesellschaft ihren Sitz in das Inland, führt dies zur Aberkennung der Rechtsfähigkeit durch den (nunmehrigen) Sitzstaat¹⁰⁶. Diese Konsequenz der Sitztheorie muß zur Unanwendbarkeit der Bestimmungen des UmwGE führen. Dies entspricht auch der Intention der Redaktoren¹⁰⁷. Auch die Fusionsbesteuerungsrichtlinie hilft nicht weiter, weil sie den gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebernicht zur Einführung grenzüberschreitender Verschmelzungs- und Spaltungstatbestände zwingt. § 1 Abs. 5 des steuerrechtlichen Entwurfs stellt das Erfordernis der unbeschränkten Steuerpflicht für alle an den Umwandlungsvorgängen beteiligten Körperschaften auf. § 1 Abs. 2 UmwStG begnügt sich demgegenüber mit der unbeschränkten Steuerpflicht der übertragenden Körperschaft. Der durch den handelsrechtlichen Entwurf abgesteckte Anwendungsbereich wird dadurch freilich nicht eingeschränkt. Der „Sitz im Inland“ (§ 1 Abs. 1 UmwGE) führt stets zur unbeschränkten Steuerpflicht (§ 1 Abs. 1 KStG).

3. Gesellschafteridentität

In Nr. 2 lit c stellt das BMF-Schreiben das Erfordernis der Gesellschafteridentität auf. Der steuerrechtliche Entwurf erwähnt es nicht, weil es sich bereits aus dem Spaltungsbegriff des handelsrechtlichen Entwurfs ergibt (vgl. §§ 126 Abs. 1 Nr. 10, 131 Abs. 1 Nr. 3 UmwGE). Wie nach dem BMF-Schreiben können sich die Beteiligungen ändern. Sowohl die verhältnismäßige als auch die nicht-verhältnismäßige Spaltung sind zulässig. Ein Unterfall der letzteren ist die Spaltung, bei der Gesellschaftergruppen durch Zuweisung von Anteilen an verschiedenen Gesellschaften vollständig

105 J. Thiel, StbJb. 1991/92, 53.

106 Vgl. im einzelnen die Kritik an der Sitztheorie bei Knobbe-Keuk, ZHR 154 (1990) 325 ff.; dies., DB 1990, 2573 ff. jeweils m. w. N..

107 Begründung zum UmwGES. 30. Vgl. auch Lutter, ZGR 1990, 413 f.

getrennt werden, so daß sie keine der neuen Gesellschaften gemeinsam besitzen. Wird eine derartige Trennung von Gesellschafterstämmen herbeigeführt, verlangt der Entwurf – wie das BMF-Schreiben (Nr. 2 lit f letzter Satz) –, daß die Beteiligungen an der übertragenden Körperschaft mindestens fünf Jahre bestanden haben (§ 15 Abs. 3 Satz 5).

4. Spaltung zur Aufnahme – Spaltung im Konzern

Die für die Praxis wohl wichtigste Erweiterung besteht darin, daß der Entwurf – entsprechend der Typenbildung des handelsrechtlichen Entwurfs – nicht nur die Spaltung zur Neugründung, sondern auch die Spaltung zur Aufnahme zuläßt. Als übernehmende Rechtsträger kommen somit auch bereits bestehende Gesellschaften in Betracht. Die Spaltung kann so mit Verschmelzungsvorgängen kombiniert werden.

Ist dies schon für die Praxis von erheblicher Bedeutung, so führt die Verweisung auf das Handelsrecht noch zu einer weiteren – auf den ersten Blick wohl nicht ins Auge fallenden – Ausdehnung des Anwendungsbereiches. Das BMF-Schreiben verlangt die Gewährung von Anteilen an den übernehmenden Gesellschaften. Der handelsrechtliche Entwurf läßt die Spaltung im Konzern hingegen auch ohne Kapitalerhöhung zu. Dies ergibt sich aus der generellen Verweisung auf das Verschmelzungsrecht (§ 125 UmwGE). So braucht die übernehmende Gesellschaft nach den §§ 54 und 68 UmwGE ihr Nennkapital nicht erhöhen, soweit der übertragende Rechtsträger Anteile an der übernehmenden Gesellschaft hält. Die Abspaltung auf eine bestehende Tochtergesellschaft ist somit ohne Kapitalerhöhung zulässig. Auch die steuerrechtlichen Verschmelzungsregelungen, auf die der Fünfte Teil des Entwurfs verweist, stehen dem nicht entgegen. Die Buchwertfortführung ist nach § 11 des Entwurfs – ebenso wie nach § 14 des geltenden Gesetzes – auch dann zulässig, wenn keine Gegenleistung gewährt wird. Dies sollte m. E. Anlaß sein, auch im Rahmen der Einbringungsregelung des § 20 UmwStG das Anteilsgewährungserfordernis zu überdenken. Die Fortführung der stillen Reserven zur Sicherstellung der Besteuerung ist jedenfalls bei der Einbringung in eine 100 %ige Tochtergesellschaft nicht von der Ausgabe von Gesellschaftsrechten abhängig¹⁰⁸.

Analog zur Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft ist auch die Spaltung auf die Muttergesellschaft zwingend ohne Kapitalerhöhung durchzuführen. Wie schon mehrmals im Schrifttum betont, sollte auch die Verschmelzung von Schwestergesellschaften ohne Kapitaler-

108 Im einzelnen vgl. Hügel, Verschmelzung und Einbringung 690 ff.

höhung zulässig sein¹⁰⁹. Gleiches muß für die Abspaltung durch Übertragung von Vermögensteilen auf eine Schwestergesellschaft gelten.

5. Zuzahlungen und Einlagen

Das BMF-Schreiben schließt in Nr. 2 lit h jede über die Gewährung von Gesellschaftsrechten hinausgehende Gegenleistung aus. Zuzahlungen kommen daher nicht in Betracht. Auch hier bringt die Anknüpfung an den handelsrechtlichen Entwurf eine Erweiterung. Bei der Spaltung von Kapitalgesellschaften sind Zuzahlungen bis zu 10 % des Gesamtnennbetrags der gewährten Anteile zulässig (§§ 54 Abs. 4, 68 Abs. 3 i.V.m. 125 UmwGE). Das BMF-Schreiben schließt die Steuerneutralität der Spaltung in einem solchen Fall zur Gänze aus. Nach dem Entwurf kommt es nur anteilig – nämlich im Ausmaß der Zuzahlungen – zur Gewinnrealisierung und zwar – wie bei der Verschmelzung¹¹⁰ – sowohl auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft als auch auf jener der begünstigten Anteilsinhaber. Soweit Gesellschaftsrechte gewährt werden, ist die Spaltung hingegen steuerneutral.

Anders als BMF-Schreiben enthält der Entwurf schließlich keine Regelung, die sich gegen die spätere Rückzahlung von Einlagen richtet, die aus Anlaß der Spaltung geleistet wurden. Erst recht ist die Schaffung spaltungsfähiger Portionen durch Zuweisung von liquiden Mitteln, Forderungen oder Schulden auf der Ebene der Gesellschaft zulässig¹¹¹.

6. Spaltungsteilvermögen

Freilich ist nicht jede Spaltung im Sinne des handelsrechtlichen Entwurfs steuerneutral. Wie das BMF-Schreiben enthält der Fünfte Teil des Entwurfs steuerrechtspezifische Restriktionen. Hier bleibt überwiegend alles beim alten. Weggefallen ist lediglich das Erfordernis, daß die Spaltung zu keiner Einschränkung des mitbestimmungsrechtlichen Status führen darf. Im

109 Grundlegend *Priester*, BB 1985, 363 ff.; zustimmend *Rowedder/Zimmermann*, GmbHG § 77 Anh Rz. 487; *Heckschen*, Verschmelzung von Kapitalgesellschaften (1989) 53 f. m.w.N.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. § 23 KapErhG Rz. 3; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 659 ff.

110 Zur anteiligen Schlußbesteuerung bei einer Verschmelzung unter Zuzahlungen vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 5885 ff. sowie zur anteiligen Gewinnrealisierung auf der Ebene der Gesellschafter vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6318. Weiter *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 496 ff.

111 Vgl. *J. Thiel* in Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) 17.

übrigen finden sich die folgenden Einschränkungen des BMF-Schreibens fast wortgleich im steuerrechtlichen Entwurf. Da sie im Schrifttum schon eingehend diskutiert wurden, gehe ich auf sie nur kurz ein:

Die erste Einschränkung betrifft die Grenzziehung zwischen der Spaltung und der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter. Darin liegt eine Grundentscheidung nicht nur des Steuerrechts, sondern auch des Gesellschaftsrechts der Spaltung. Soll die Spaltung nicht als Instrument der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter dienen, muß eine quantitative und/oder qualitative Untergrenze des durch Spaltung übertragbaren Vermögensteils definiert werden. Der handelsrechtliche Entwurf zieht den Anwendungsbereich der Spaltung weit, indem er eine negative Abgrenzung wählt: Keine Spaltung liegt vor, wenn „im wesentlichen nur ein einzelner Gegenstand übertragen oder eine einzelne Verbindlichkeit übergeleitet (wird), es sei denn, daß ein einzelner Anteil an einem Rechtsträger übertragen werden soll“ (§ 123 Abs. 5 UmwGE). Das Steuerrecht ist restriktiver und stellt eine zusätzliche – positiv formulierte – Voraussetzung auf: Entsprechend der Einbringungsregelung in § 20 UmwStG kann im Wege der Spaltung nur ein Teilbetrieb, ein Mitunternehmeranteil oder ein 100 %iger Anteil an einer Kapitalgesellschaft übertragen werden¹¹². Insoweit ergibt sich keine Änderung gegenüber dem BMF-Schreiben (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1).

Möglicherweise beabsichtigt aber der letzte Satz des § 15 Abs. 1 des steuerrechtlichen Entwurfs eine Einschränkung. Dort heißt es: „Im Falle der Abspaltung oder Teilübertragung muß das der übertragenden Körperschaft verbleibende Vermögen ebenfalls ein Teilbetrieb sein.“ Anders als im BMF-Schreiben findet sich im Entwurf keine Regelung, die dem Teilbetrieb in diesem Zusammenhang Mitunternehmeranteile und 100 %ige Anteile an Kapitalgesellschaften gleichstellt.

Die Argumente für und gegen das Teilbetriebserfordernis sind bekannt. Einerseits wurde die Steuerneutralität von Einbringungen immer damit gerechtfertigt, daß die betriebliche Einheit bestehen bleibe und sich nur das Rechtskleid ändere¹¹³. Die Verlagerung stiller Reserven bei Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter scheidet danach am Subjektsteuerprinzip. Dieses tritt nur dann zurück, wenn betriebliche Einheiten unter Aufrechterhaltung des unternehmerischen Engagements übergehen. Dieser traditionel-

112 Anders als § 20 UmwStG nennt § 15 Abs. 1 UmwStG nicht den Begriff „Betrieb“ (ebenso das BMF-Schreiben vom 9. 1. 1992 a.a.O. Fn. 98). Dem liegt offenkundig die Vorstellung zugrunde, daß eine Kapitalgesellschaft nur einen Betrieb haben kann. Vgl. *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6556.30.

113 Vgl. *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 451 ff., 460 ff. m.w.N..

len Sicht wird vor allem die Unschärfe des Teilbetriebsbegriffes entgegengehalten¹¹⁴. M. E. muß man die Folgewirkungen im Auge behalten, die sich aus der Aufgabe des Teilbetriebsbegriffes im UmwStG ergeben würden. Es ist kaum denkbar, die steuerneutrale Abspaltung einzelner Wirtschaftsgüter zuzulassen und dennoch an der gewinnrealisierenden Wirkung der offenen und verdeckten Einlage von Wirtschaftsgütern außerhalb des UmwStG festzuhalten¹¹⁵.

Nachhaltig zu unterstreichen ist hingegen die Kritik an jenen Regelungen, nach denen bei der abspaltenden Gesellschaft ein Teilbetrieb zurückbleiben muß. Abgesehen davon, daß dieses Erfordernis durch den Zukauf eines verhältnismäßig geringfügigen Teilbetriebs oder einer Beteiligung leicht umgangen werden kann¹¹⁶, scheint mir auch ein gravierender Wertungswiderspruch zur Einbringungsregelung des § 20 UmwStG zu bestehen. Danach kann eine Kapitalgesellschaft ihren gesamten Betrieb in eine Tochtergesellschaft einbringen, ohne daß ein Teilbetrieb zurückbleiben muß. Die Kapitalgesellschaft ist – wenn ich recht sehe – auch nicht gehindert, einzelne Wirtschaftsgüter, die nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählen, von der Einbringung auszuschließen. Auch das österreichische UmgrStG knüpft die Steuerneutralität einer Einbringung oder Spaltung nicht an das Zurückbleiben eines Teilbetriebs.

Freilich eröffnet die Spaltung spezifische Veräußerungsstrategien: Ein für die Veräußerung vorgesehenes Einzelwirtschaftsgut – etwa ein brachliegendes aber wertvolles Grundstück – könnte bei der abspaltenden Kapitalgesellschaft zurückbehalten und dadurch vom übrigen Betriebsvermögen getrennt werden. Ist der Buchwert der Anteile höher als der Buchwert des Wirtschaftsgutes, führt die Veräußerung der Anteile im Vergleich mit der Veräußerung des Wirtschaftsgutes zu einer Steuerersparnis. Diese Möglichkeit ist im Rahmen der Einbringung nicht gegeben. Da die Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft der übertragenden Gesellschaft zugeteilt werden – und nicht, wie bei der Spaltung, ihren Gesellschaftern – wird keine Trennung bewirkt. Die Veräußerung der Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft würde nicht nur das hier zurückbehaltene Wirt-

114 Vgl. etwa *Blumers*, DB 1992 1318 f.; vgl. weiter *Binz/Freudenberg/Sorg*, DStR 1993, 3 ff. Grundlegend zum Teilbetriebsbegriff im Kontext der Spaltungsregelung nunmehr *Blumers/Kramer*, DB 1993, 852.

115 Überblick bei *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht 9. Aufl. § 5 VII 1 b und c; eingehend *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 336 ff.

116 *Blumers*, DB 1992, 1319; vgl. weiter die Diskussion in *Herzig* (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften 81 ff.; *Wassermeyer*, DStR 1993, 592.

schaftsgut, sondern auch die Anteile an der übernehmenden Kapitalgesellschaft umfassen. Der Entwurf übernimmt schließlich auch jene Mißbrauchsregelung des BMF-Schreibens gegen die Übertragung von Mitunternehmeranteilen und Beteiligungen, die innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vor der Spaltung durch Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern erworben oder aufgestockt worden sind¹¹⁷.

7. Aufrechterhaltung der Steuerverstrickung auf der Gesellschafts- und Gesellschafterebene

Nach Nr. 2 lit d des BMF-Schreibens „muß sichergestellt sein, daß die stillen Reserven im Vermögen der übertragenden Kapitalgesellschaft und in den untergehenden Gesellschaftsanteilen bei einer späteren Realisierung wie bisher der Besteuerung unterliegen“.

Für die im übergehenden Vermögen angesammelten stillen Reserven enthält der Entwurf in § 11 Abs. 1 Nr. 1 (entspricht § 14 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG) eine identische Regelung, die unmittelbar die Verschmelzung betrifft, kraft der Verweisung in § 15 Abs. 1 aber auch für die Spaltung gilt.

Auf der Ebene der Anteilseigner stellt der Entwurf durch die Erweiterung der nur für die verschmelzungsrechtliche Anteilsgewährung geltenden Regelung des § 16 UmwStG sicher, daß keine stillen Reserven der Besteuerung entgehen¹¹⁸. Die Buchwertfortführung nach § 13 Abs. 1 Satz 1 (entspricht § 16 Abs. 1 UmwStG) gilt auch für Anteile, die aus Anlaß einer Spaltung gewährt werden (Verweisung in § 15 Abs. 1). Gleiches gilt für die Fortführung der Anschaffungskosten nach § 13 Abs. 2 Satz 1 (entspricht § 16 Abs. 2 UmwStG) bei wesentlichen Beteiligungen und solchen Anteilen, die noch der Spekulationsfrist (§ 23 EStG) unterliegen¹¹⁹. Wie nach § 16 Abs. 2

117 Kritisch dazu *Widmann* in IDW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts 293.

118 *Wassermeyer*, DStR 1993, 592; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6556.24.

119 Die Erwähnung von § 23 EStG ist neu. Damit soll klargestellt werden, daß der verschmelzungs- oder spaltungsrechtliche Anteilstausch kein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft begründet. So schon jetzt *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6338 gegen die dort zitierte herrschende Meinung. Der Wortlaut des § 13 Abs. 2 kann nunmehr zu der Annahme verleiten, daß bei einem Anteilstausch innerhalb der Spekulationsfrist die erworbenen Anteile als Anteile im Sinne des § 17 EStG gelten, selbst wenn die untergehenden Anteile nicht nach § 17 EStG (sondern nur nach § 23 EStG) steuerverstrickt waren. Da weder § 16 UmwStG noch § 13 des Entwurfs eine Verschärfung der Steuerverstrickung beabsichtigt, dürfte diese Konsequenz nicht gewollt sein. Eine Klarstellung ist zu empfehlen.

Satz 2 UmwStG bleibt die Steuerverstrickung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 selbst dann aufrecht, wenn die ausgegebenen Anteile die Quotengrenze des § 17 EStG nicht überschreiten. Dies gilt nunmehr auch für die Spaltung.

Freilich wird die Spaltung häufiger zum Steigen der Beteiligungsquote führen. Dies gilt insbesondere für Entflechtungsvorgänge. Für solche Fälle stellt § 13 Abs. 2 Satz 3 sicher, daß der Anteilstausch nicht zur Einbeziehung der vor der Spaltung angesammelten stillen Reserven in die Steuerverstrickung führt: „Werden aus Anteilen, die die Voraussetzungen des § 17 EStG nicht erfüllen, Anteile im Sinne des § 17 EStG, gilt als Anschaffungskosten für diese Anteile der gemeine Wert am steuerlichen Übertragungstichtag.“ Im Falle der späteren Veräußerung werden somit nur solche stillen Reserven erfaßt, die nach dem Spaltungstichtag entstanden sind.

§ 13 Abs. 3 befaßt sich schließlich mit dem bisher nicht geregelten Schicksal einbringungsgeborener Anteile (§ 21 UmwStG) in der Hand der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Sie bleiben wie Beteiligungen i. S.d. § 17 EStG steuerverstrickt.

Zu überlegen ist m. E. noch, ob die Spaltung zur Aufnahme ohne Kapitalerhöhung nicht zusätzliche Regelungen für die Anteilsbewertung erfordert. Der Entwurf begnügt sich mit der Verweisung auf § 13, der – wie der geltende § 16 UmwStG – für den Fall des verschmelzungsrechtlichen Anteilstauschs die Fortführung der Buchwerte bzw der Anschaffungskosten anordnet. Bei der Abspaltung in eine 100 %ige Tochtergesellschaft hingegen kommt es zu keinem Anteilstausch. Vielmehr liegt – wie bei der Einbringung – ein Tausch von Betriebsvermögen gegen Anteile vor. Hier kommt eine entsprechende Anwendung der für einbringungsgeborene Anteile geltenden Regelung in Betracht (§ 20 Abs. 4 UmwStG). Ferner fehlt eine Regelung für die Abspaltung eines Teilbetriebes oder einer Beteiligung auf die 100 %ige Übergesellschaft. Hier ist offen, ob der Beteiligungsansatz an der abspaltenden Untergesellschaft im Verhältnis des übertragenen und zurückbehaltenen Teilvermögens abzuschreiben oder ob einfach der Buchwert des übergehenden Teilbetriebes abzuziehen ist¹²⁰.

8. Mißbrauchsregelung gegen Veräußerungsstrategien

Wie nach dem BMF-Schreiben wird die Steuerneutralität der Spaltung rückwirkend versagt, wenn „durch die Spaltung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen wird“ oder „die Voraussetzungen für eine

¹²⁰ Vgl. demgegenüber die detaillierten Bewertungsregelungen des § 20 UmgrStG.

Veräußerung geschaffen werden“ (§ 15 Abs. 3 Satz 2 und 3). Als Anwendungsfall dieser – offenkundig als Generalklauseln gedachten – Regelungen nennt der Entwurf – wie das BMF-Schreiben – die innerhalb von fünf Jahren nach der Spaltung erfolgende Veräußerung von Anteilen (§ 15 Abs. 3 Satz 4). Neu ist hingegen die Einführung einer Bagatellgrenze. Nur die Veräußerung von Anteilen, „die mehr als 10 vom Hundert der vor Wirksamwerden der Spaltung an der Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen“, schließt die Steuerneutralität der Spaltung aus. Es kommt somit nicht auf die Quoten der Beteiligungen an den übernehmenden Gesellschaften an. Die Beteiligungsgrenze gilt vielmehr für jene (im Zuge der Spaltung untergegangenen) Anteile, an deren Stelle die später veräußerten Anteile getreten sind.

Welche Veräußerungsstrategien die Entwurfsverfasser im Blick haben, ist bekannt¹²¹. Soll ein Teilbetrieb veräußert werden, könnte es vor allem in zwei Fällen verlockend sein, den Teilbetrieb zunächst im Wege der Spaltung auf eine andere Kapitalgesellschaft zu übertragen und danach die Anteile an dieser zu veräußern: Der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile ist niedriger, wenn das buchmäßige Eigenkapital des Teilbetriebs niedriger ist als der entsprechende Beteiligungsbuchwert. Sind die Anteilseigner beschränkt steuerpflichtig, so unterliegt die Veräußerung der Anteile nach den gängigen DBA nicht der deutschen Besteuerung¹²². Gegenüber dem BMF-Schreiben bringt der Entwurf in einem Punkt eine Präzisierung: Die Veräußerung von Anteilen bis 10 % ist unschädlich. Offen bleiben jedoch viele Fragen: Beginnt die 5-Jahres-Frist mit dem Abschluß des Spaltungsvertrages, mit dessen Genehmigung oder erst im Zeitpunkt der Eintragung der Spaltung in das Handelsregister zu laufen? Ist auch der Beitritt eines neuen Gesellschafters aus Anlaß einer Kapitalerhöhung bei einer der Nachfolgesellschaften eine begünstigungsschädliche Veräußerung?¹²³ Was gilt im Falle der Verschmelzung einer Nachfolgesellschaft?¹²⁴ Ist es mit dem Prinzip der Steuergerechtigkeit, ins-

¹²¹ Vgl. *J. Thiel* in Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) 10 ff.; eingehend *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6556.46 ff.

¹²² Vgl. oben Fn. 56.

¹²³ Vgl. die Diskussion zwischen *Linden* und *J. Thiel* in Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) 86 und 89; weiter *Wassermeyer*, DSrR 1993, 593.

¹²⁴ Keine „Veräußerung“ nach *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rz. 6556.53 und *Wassermeyer*, DSrR 1993, 593. Vgl. demgegenüber *J. Thiel* in Herzig (Hrsg.), Besteuerung der Spaltung von Kapitalgesellschaften (1992) 87.

besondere in seiner Ausformung des Übermaßverbotes, vereinbar, daß die spätere Veräußerung von Anteilen an einer der Nachfolgegesellschaften rückwirkend zur Ertragsbesteuerung der Spaltung – auch bei allen anderen beteiligten Gesellschaften – führt? Zumal die Spaltung nicht selten als Mittel zur Trennung verfeindeter Familienstämme propagiert wird, ist es zweifellos kontraproduktiv, den einen Teil der Familie Jahre nach der glücklich vollzogenen Spaltung mit steuerrechtlichen Sanktionen für unvorsichtige Veräußerungsakte des anderen Familienteils, mit dem man sich eben nicht mehr herumärgern wollte, zu belasten.

9. Übergang des Verlustabzuges

Nach diesem Überblick über den Anwendungsbereich der Spaltungsregelung des Entwurfs noch einige Bemerkungen zu den Rechtsfolgen: Am meisten fällt der Übergang des Verlustabzuges ins Gewicht. Die Verluste sind nach jenem Verhältnis auf die übernehmenden Körperschaften aufzuteilen, das sich aus dem vertraglichen Umtauschverhältnis ergibt (§ 15 Abs. 4). Anders als nach der Billigkeitsregelung führt die Aufspaltung nicht zum Wegfall des Verlustabzuges. Sind Verluste vorhanden, kommt heute in der Regel nur eine Abspaltung in Betracht, weil hier der Verlustabzug der abspaltenden Gesellschaft erhalten bleibt.

Soweit das Vermögen auf Personengesellschaften übergeht, ist der Verlustabzug ausgeschlossen. Bei der Abspaltung bleibt der Verlustabzug zur Gänze der abspaltenden Körperschaft erhalten. Erfolgt eine Aufspaltung auf mehrere Personengesellschaften, geht der Verlustabzug zur Gänze unter. Existieren nach der Spaltung sowohl Personengesellschaften als auch Körperschaften, kommt nur ein anteiliger Übergang auf die Körperschaften in Betracht.

10. Zuordnung des verwendbaren Eigenkapitals

Auch die Eigenkapitalanteile der übertragenden Kapitalgesellschaft sind entsprechend dem Umtauschverhältnis den Nachfolgegesellschaften zuzuordnen. Fehlen entsprechende Angaben im Spaltungs- und Übernahmevertrag oder im Spaltungsplan, so ist das Verhältnis der gemeinen Werte der übergehenden Vermögensteile maßgeblich. Gegenüber der flexiblen Regelung des BMF-Schreibens wird die Gestaltungsfreiheit somit erheblich eingeschränkt.

Geht schließlich Vermögen von einem nicht-gliederungspflichtigen Rechtsträger – etwa einer Personenhandelsgesellschaft – durch Verschmel-

zung, Aufspaltung oder Abspaltung auf eine Kapitalgesellschaft über, ist das verwendbare Eigenkapital dem EK 04 zuzuordnen (§ 38 b KStG). Dies entspricht dem geltenden § 30 Abs. 3 KStG, der etwa auf die Einbringung oder Umwandlung von Personenunternehmen in Kapitalgesellschaften zur Anwendung kommt¹²⁵.

¹²⁵ Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, Die Körperschaftsteuer § 30 KStG Rz. 83.