

taxlex

Steuerrecht ■ Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht
für die betriebliche Praxis

Topthema

Fusionsrichtlinie (Teil 2)

Unternehmenssteuerrecht

Ausschüttungssperre für Verschmelzungsgewinne
nur aus steuerlichen Gründen?

Die Betriebseinbringung nach
Art III UmgrStG und § 11a EStG 1988

Insolvenzecke

AbgÄG 2005: Steuerliche Änderungen
betreffend das Insolvenzverfahren

Arbeits- und Sozialversicherungsrecht für die betriebliche Praxis

Die Kleinstunternehmerregelung im GSVG

Infocenter WKO

Versicherungsschutz bei der Schnupperlehre

ZEITSCHRIFT FÜR
STEUER UND BERATUNG
DEZEMBER 2005

10

541 – 588

Schriftleitung:

Markus Achatz
Sabine Kirchmayr

Redaktion:

Dietmar Aigner
Gernot Aigner
Tina Ehrke-Rabel
Johann Fischerlehner
Friedrich Fraberger
Klaus Hirschler
Sabine Kanduth-Kristen
Georg Kofler
Roman Leitner
Niklas Schmidt
Friedrich Schrenk
Stefan Steiger
Gerhard Steiner
Johannes Stipsits
Gerald Toifl

WKO
WIRTSCHAFTSKAMMER
WIEN

Helwig Aubauer
Thomas Neumann
Günter Steinlechner

MANZ

Grenzüberschreitende Umgründungen: Änderungen der steuerlichen Fusionsrichtlinie und Anpassungsbedarf in Österreich

(Teil 2) *Die unlängst erfolgte Änderung¹⁾ der gemeinschaftsrechtlichen Fusionsrichtlinie (FusionsRL)²⁾ hat nicht nur zu begrüßenswerten Erweiterungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches, über die bereits in der letzten Ausgabe der taxlex³⁾ ein erster Überblick gegeben wurde, sondern auch zu zahlreichen Erweiterungen und Klarstellungen geführt. Diese Änderungen sowie die offenen Problembereiche, die aus der Nichtumsetzung des Richtlinienvorschlages zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung und der Beibehaltung des Betriebsstättenverhaftungserfordernisses in Art 4 FusionsRL resultieren, sollen im folgenden Beitrag behandelt werden.*

Sonstige Erweiterungen und Klarstellungen der FusionsRL

GEORG KOFLER / CLEMENS PHILIPP SCHINDLER

D. SONSTIGE ÄNDERUNGEN UND KLARSTELLUNGEN

1. ANPASSUNG DER VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE BUCHGEWINNNEUTRALITÄT AN DIE MUTTER-TOCHTER-RICHTLINIE

a) *Bisherige Rechtslage und Problemstellung*

Bei Fusionen und Spaltungen kann sich der Fall ergeben, dass die übernehmenden Gesellschaften Aktiv- und Passivvermögen der einbringenden Gesellschaft unter gleichzeitigem Untergang der Beteiligung an der einbringenden Gesellschaft erwerben, wofür der Up-Stream-Merger das klassische Beispiel ist. Wenn hier der Wert des erworbenen Aktiv- und Passivvermögens höher ist als der Wert der untergehenden Anteile, entsteht eine Differenz in Höhe der nicht ausgeschütteten Gewinne oder stillen Reserven⁴⁾ der einbringenden Gesellschaft, die üblicherweise als Buchgewinn bezeichnet wird. Eine Besteuerung dieses Buchgewinnes erscheint jedoch deshalb sachwidrig, weil die übernehmende Gesellschaft diese einbehaltenen Gewinne in Form einer Gewinnausschüttung steuerfrei vereinnahmen könnte, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen der Mutter-Tochter-RL erfüllt sind.⁵⁾

Dieser Überlegung trug auch der bisherige Art 7 FusionsRL Rechnung: Nach Art 7 Abs 1 unterliegen, wenn „die übernehmende Gesellschaft am Kapital der einbringenden Gesellschaft eine Beteiligung besitzt“, im Grundsatz „die bei der übernehmenden Gesellschaft möglicherweise entstehenden Wertsteigerungen beim Untergang ihrer Beteiligung am Kapital der einbringenden

Gesellschaft keiner Besteuerung“. Die Mitgliedstaaten konnten jedoch gem Art 7 Abs 2 von diesem Grundsatz der Buchgewinnneutralität abweichen, „wenn die Beteiligung der übernehmenden Gesellschaft am Kapital der einbringenden Gesellschaft 25% nicht übersteigt“. Allerdings mangelte es hier an einer „Feinabstimmung“ zwischen FusionsRL und Mutter-Tochter-RL: Während nämlich Art 3 der (alten) Fassung der Mutter-Tochter-RL die Begünstigungen bei einer Be-

Univ.-Ass. Dr. Georg Kofler, LL.M. (NYU), ist Mitarbeiter des Forschungsinstituts für Steuerrecht und Steuermanagement der Johannes-Kepler-Universität Linz sowie korrespondierendes Mitglied des Fachsenats für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhänder; MMag. Dr. Clemens Philipp Schindler, LL.M. (NYU), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Steuerberater und Mitarbeiter der Kanzlei Haarmann Hügel in Kooperation mit Haarmann Hemmelrath.

- 1) Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17. 2. 2005, ABl L 58/19 ff (4. 3. 2005); dazu bereits *Benecke/Schmitzer*, Intertax 2005, 170 (170 ff); *Thömmes*, Intertax 2005, 258 (258 f); *Terra/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 535 ff; *Blumers/Kinzel*, BB 2005, 971 (971 ff); *Safz*, DB 2005, 1238 (1238 ff); *Schindler*, IStR 2005, 551 (551 ff); *Benecke/Schmitzer*, IStR 2005, 606 (606 ff) und 639 (639).
- 2) Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl L 225/1 ff (20. 8. 1990).
- 3) *G. Kofler/Schindler*, Grenzüberschreitende Umgründungen: Änderungen der steuerlichen Fusionsrichtlinie und Anpassungsbedarf in Österreich – Erweiterung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches, taxlex 2005, 496 (496 ff).
- 4) Vgl *Tissot*, SWI 2004, 119 (121 mwN).
- 5) Siehe auch *Terra/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 558.

teilung von „wenigstens 25%“ gewährte, erlaubte die FusionsRL eine Besteuerung, wenn die Beteiligung „25% nicht übersteigt“; der Fall der exakt 25%igen Beteiligung fiel damit „durch den Rost“: Obwohl diesfalls nach der Mutter-Tochter-RL eine begünstigte Ausschüttung möglich gewesen wäre, erlaubte die FusionsRL eine ungemilderte Besteuerung.

b) Änderung der FusionsRL

Da die Definition der „ausreichenden Beteiligung“ in Art 7 Abs 2 FusionsRL bisher somit nicht identisch mit der Definition in Art 3 Mutter-Tochter-RL war, wurde durch die ÄnderungsRL ein Gleichlauf mit der kürzlich geänderten Mutter-Tochter-RL⁶⁾ hergestellt:⁷⁾ Nunmehr ist – entsprechend der Beteiligungsvoraussetzungen der Mutter-Tochter-RL – eine Besteuerung des Buchgewinnes nach Art 7 Abs 2 FusionsRL nur mehr dann zulässig, wenn die Beteiligung „weniger als“ 20% beträgt, wobei sich der erforderliche Mindestanteil ab 1. 1. 2007 auf 15% bzw ab 1. 1. 2009 auf 10% reduziert.⁸⁾

c) Anpassungsbedarf in Österreich

Die österreichische Rechtslage entspricht bereits jetzt den Vorgaben der geänderten FusionsRL: Beim übernehmenden Rechtsträger aufgrund der Umgründung durch den Untergang der Beteiligung entstehende Übernahmegewinne – vom UmgrStG als Buchgewinne bezeichnet – sind unabhängig von der Beteiligungshöhe steuerneutral (§§ 3 Abs 2, 9 Abs 2, 18 Abs 5 und 34 Abs 2 Z 1 UmgrStG).⁹⁾

2. ERWEITERUNG DER DEFINITION DES ANTEILSTAUSCHES HINSICHTLICH DER ERGÄNZUNG BESTEHENDER MEHRHEITSBETEILIGUNGEN

a) Bisherige Rechtslage

Bisher definierte Art 2 lit d FusionsRL den „Austausch von Anteilen“ als einen Vorgang, „durch den eine Gesellschaft am Gesellschaftskapital einer anderen Gesellschaft eine Beteiligung erwirbt, die ihr die Mehrheit der Stimmrechte verleiht, und zwar gegen Gewährung von Anteilen¹⁰⁾ an der erwerbenden Gesellschaft an die Gesellschafter der anderen Gesellschaft“. Aus dieser Definition ging nicht klar hervor, ob der Erwerb weiterer Anteile durch einen Gesellschafter, der bereits über eine Mehrheit der Stimmrechte verfügt, ebenso umfasst ist wie der erstmalige Erwerb einer Stimmrechtsmehrheit. Die hA im Schrifttum ging allerdings bereits bisher davon aus, dass auch die Erweiterung einer bestehenden Mehrheitsbeteiligung von der FusionsRL erfasst ist.¹¹⁾

b) Änderung der FusionsRL

Diese Unklarheit wurde durch eine textuelle Änderung in Art 2 lit d beseitigt, sodass nunmehr auch die Erweiterung einer bereits bestehenden Mehrheitsbeteiligung in den Anwendungsbereich der FusionsRL fällt. Die Änderung des Art 2 lit d klärt allerdings nicht die schon lange diskutierte Frage, ob das Mehrheitserfordernis auf Basis einer „stand-alone-Betrachtung“ erfüllt sein muss, oder ob auch jene Fälle erfasst sind, in denen die erworbenen Anteile

gemeinsam mit bereits gehaltenen Anteilen eine Mehrheit verschaffen,¹²⁾ wie zB bei einer Aufstockung einer 49%igen Minderheitsbeteiligung auf eine 51%-ige Mehrheitsbeteiligung. Diese Frage wird in der Literatur zu Recht schon lange bejaht¹³⁾ und ergibt sich uE auch klar aus dem Wortlaut des Art 2 lit d FusionsRL, wonach der Erwerb der Anteile die Mehrheit der Stimmrechte verleihen muss, nicht jedoch der Erwerb der Mehrheit der Stimmrechte erforderlich ist; bestärkt wird diese Auffassung auch durch die erfolgte Änderung des Art 2 lit d FusionsRL, wiewohl sie diesen Fall nicht direkt anspricht.¹⁴⁾ Dabei ist die FusionsRL in einer solchen Situation grundsätzlich nur auf den Erwerb der (gesamten)¹⁵⁾ zusätzlichen Anteile, die letztlich zur Überschreitung der Mehrheitsschwelle führen, anzuwenden;¹⁶⁾ wird also beispielsweise eine bestehende 30%ige Beteiligung zunächst um 10% und sodann um 15% aufgestockt, so fällt der gesamte 15%ige Anteilserwerb, durch den letztlich die Mehrheitsschwelle überschritten wird, unter die FusionsRL. Unter teleologischen Gesichtspunkten sind bei einem entsprechend dokumentierten und determinierten Gesamtplan uE auch juristisch voneinander separierte Anteilserwerbe, die auf einen gemeinsamen Stichtag abzielen und in Summe zum Überschreiten der Mehrheitsgrenze führen, für Zwecke des Art 2 lit d FusionsRL gemeinsam zu betrachten.¹⁷⁾ Es wäre

- 6) In der Fassung der Richtlinie 2003/123/EG des Rates vom 22. 12. 2003, ABl L 7/41 ff (13. 1. 2004); zu diesen Änderungen siehe etwa *Bendlinger*, SWI 2004, 277 (277 ff); *Tissot*, GeS 2004, 244 (244 ff); *Maisto*, EC Tax Rev 2004, 164 (164 ff); *Bell*, DFI 2005, 18 (18 ff).
- 7) Vgl Nr 24 und 25 der Präambel zur ÄnderungsRL 2005/19/EG.
- 8) Die in der nunmehrigen Fassung enthaltene 20%-Grenze scheint keinen Anwendungsbereich zu haben, weil die Mitgliedstaaten diese neue Bestimmung erst per 1. 1. 2007 umzusetzen haben und dann schon die Reduktion des Mindestbeteiligungsmaßes auf 15% Platz greift. Von Bedeutung ist die 20%-Grenze also nur für Fälle einer vorzeitigen Umsetzung durch einen Mitgliedstaat, also etwa eine Gesetzgebung per 1. 1. 2006.
- 9) Siehe nur *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) Einl Rz 80.
- 10) Entgegen der Ansicht von *Hasenauer*, GeS 2004, 434 (434), muss die Gegenleistung nicht zwingend aus einer Kapitalerhöhung stammen, sondern kann auch aus eigenen Anteilen bestehen; vgl *Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung⁵ (2002) 1134 f; *Schindler*, CDFI 90 b (2005) 49 (59 mwN).
- 11) So etwa *Saff*, DB 1990, 2340 (2343); *Tumpel*, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 162 mwN; *Terra/Wattel*, European Tax Law³ (2001) 379; *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), EC Corporate Tax Law (2004) Ch 5 Rz 102; *Maisto*, ET 2002, 287 (301); zuletzt ebenso *Schindler*, CDFI 90 b (2005) 49 (59); *Terra/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 544; aA *Beneckel Schnitger*, IStR 2005, 639 (639).
- 12) Vgl *Maisto*, ET 2002, 287 (301 mwN); *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), EC Corporate Tax Law (2004) Ch 5 Rz 96.
- 13) Siehe zB *Tumpel*, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 162 mwN; *Terra/Wattel*, European Tax Law³ (2001) 379; *Maisto*, ET 2002, 287 (301 mwN); *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), EC Corporate Tax Law (2004) Ch 5 Rz 96; *Terra/Wattel*, European Tax Law⁴ (2005) 543 f.
- 14) *Schindler*, CDFI 90 b (2005) 49 (59).
- 15) Siehe auch *Saff*, DB 1990, 2340 (2343).
- 16) Vgl *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), EC Corporate Tax Law (2004) Ch 5 Rz 97.
- 17) Zur üblichen „Zusammenfassung“ mehrerer Erwerbe bei der dem Anteilstausch vergleichbaren „B-Reorganization“ im US-amerikanischen

nämlich nicht einzusehen, weshalb der gesamtplanmäßige Erwerb von mehreren Tranchen der Anteile an der Zielkörperschaft nur teilweise begünstigt sein und es insofern auch auf den – oftmals Zufälligkeiten unterliegenden – Zeitablauf ankommen sollte.¹⁸⁾ Eine zusätzliche Erweiterung des Anteilstausches erblickt das Schrifttum im Zusammenhang mit der Aufnahme transparenter Gesellschaften in den Anwendungsbereich der FusionsRL: Von der Definition des Art 2 lit d FusionsRL soll nunmehr auch die Einbringung von Mitunternehmeranteilen erfasst sein.¹⁹⁾

c) Anpassungsbedarf in Österreich

Die in der FusionsRL als Anteilstausch definierten Vorgänge sind nach österreichischem Umgründungssteuerrecht als Einbringungen von Kapitalanteilen nach Art III UmgrStG zu qualifizieren.²⁰⁾ Auch hier ergibt sich durch die Ergänzung des Art 2 lit d FusionsRL um die Erweiterung einer bestehenden Mehrheitsbeteiligung kein Anpassungsbedarf in Österreich, zumal diese Variante bereits bisher durch § 12 Abs 2 Z 3 TS 2 UmgrStG erfasst ist: Danach liegt einbringungsfähiges Vermögen nämlich nicht nur dann vor, wenn der eingebrachte Kapitalanteil mindestens ein Viertel des gesamten Nennkapitals oder des rechnerischen Wertes der Gesamtanteile umfassen, sondern auch dann, „wenn die eingebrachten Anteile der übernehmenden Gesellschaft für sich oder gemeinsam mit ihr bereits vor der Einbringung gebörenden Anteilen unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft, deren Anteile eingebracht werden, vermitteln oder erweitern“. Dieser Tatbestand erfasst nicht nur die – nunmehr in Art 2 lit d FusionsRL aufgenommene – Erweiterung einer bestehenden Mehrheitsbeteiligung,²¹⁾ sondern auch jene Fälle, in denen durch die erworbenen (unter 25% liegenden) Anteile gemeinsam mit bereits gehaltenen Anteilen die Stimmrechtsmehrheit erlangt wird.²²⁾ Zudem sind nach österreichischer Rechtslage alle auf einen Stichtag bezogenen Übertragungen als Einheit zu sehen,²³⁾ sodass unter dieser Voraussetzung auch in Streubesitz gehaltene Anteile die Begünstigung des Art III UmgrStG in Anspruch nehmen können.²⁴⁾

3. DRITTSTAATSANSÄSSIGKEIT DES EINBRINGENDEN

Im Kommissionsvorschlag fand sich auch eine Klarstellung dahingehend, dass der Erwerb einbringungsgeborener Anteile durch einen im Drittlandsgebiet ansässigen Gesellschafter der Steuerneutralität des Anteilstausches nach der FusionsRL nicht entgegensteht: Art 8 FusionsRL sollte durch einen neuen Abs 12 explizit derart geändert werden, dass die FusionsRL eindeutig auch jene Fälle des Anteilstausches abdeckt, in denen eine in einem Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft von einem außerhalb der Gemeinschaft ansässigen Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte erwirbt.²⁵⁾ Danach sollte die „Tatsache, dass eine Gesellschaft eine Beteiligung an der erworbenen Gesellschaft von Gesellschaftern erwirbt, die für Steuerzwecke außerhalb der Gemeinschaft ansässig sind, [...] der Anwendung der in diesem Artikel vorgesehenen steu-

erlichen Entlastung“ nicht entgegenstehen. Da der einbringende Gesellschafter nach der FusionsRL ohnehin keine persönlichen Voraussetzungen erfüllen muss, entspricht diese Sichtweise der bereits bisher hA im Schrifttum.²⁶⁾

Allerdings wurde dieser Kommissionsvorschlag nicht in die ÄnderungsRL übernommen, weshalb nicht auszuschließen ist, dass sich einzelne Mitgliedstaaten – darunter wohl auch Österreich im Hinblick auf § 16 Abs 2 Z 2 UmgrStG²⁷⁾ – weiterhin auf den Standpunkt stellen werden, dass die Ansässigkeit des Einbringenden in der Gemeinschaft Voraussetzung der Steuerneutralität des Anteilstausches ist. Demgegenüber ergibt sich aus einem Ratsdokument zur ÄnderungsRL, dass die Drittstaatsansässigkeit des Einbringenden der Steuerneutralität des Anteilstausches nicht entgegensteht: „Der Rat und die Kommission sind übereinstimmend der Auffassung, dass Artikel 8 der Richtlinie 90/434/EWG nicht bedeutet, dass in den Mitgliedstaaten ansässige Gesellschafter nicht in den Genuss der Rechtsvorteile der Richtlinie kommen, wenn die Mehrheitsbeteiligung sowohl von in der EU Ansässigen als auch von in Drittstaaten Ansässigen er-

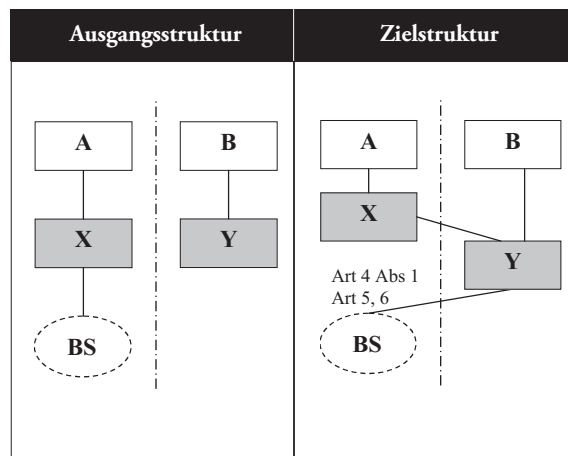
Umgründungsrecht (sog „creeping acquisition“) siehe jüngst *Buzanich/G. Kofler/Mason in Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005) 395 (436 ff).

- 18) Interessiert sich die erwerbende Gesellschaft etwa für drei Aktienpakete von 51%, 25% und 24% an der Zielkörperschaft und wickelt die Akquisition nach einem einheitlichen Plan ab, so käme es bei einer hier abgelehnten isolierten Betrachtungsweise lediglich dann zu einer vollen Begünstigung, wenn der Erwerb der 51%igen Beteiligung zeitlich zuerst erfolgt. Da der zeitliche Ablauf oftmals von nicht beeinflussbaren Faktoren (zB kartellrechtliche Genehmigung, Registereintragung etc) abhängt, wäre zwischen teilweiser und vollständiger Anwendung der FusionsRL das oszillierende Ausmaß der Begünstigung zufällig. Praktische Bedeutung haben diese Überlegungen auch für den Erwerb einer Publikumsgesellschaft, bei der die einzelnen Anteilsinhaber – vielleicht mit Ausnahme eines Kernaktionärs – regelmäßig keine ausreichende Beteiligung für einen steuerneutralen Anteilstausch hätten.
- 19) *Beneckel/Schmitzer*, IStR 2005, 639 (639).
- 20) Siehe nur *Hügel in Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) § 12 Rz 7, 21 ff.
- 21) Rz 732 UmgrStRL; *Hügel in Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) § 12 Rz 106.
- 22) Siehe nur Rz 732 UmgrStRL.
- 23) Dazu *Hügel in Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) § 12 Rz 105 mwN.
- 24) So zur Gründung einer Holding-SE *Schindler*, Die Europäische Aktiengesellschaft (2002) 101.
- 25) Siehe Nr 31 der Präambel zum FusionsRL-V: „Artikel 8 wird so geändert, dass die Richtlinie eindeutig auch jene Fälle des Anteilstausches abdeckt, in denen eine in einem Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft von einem außerhalb der Europäischen Union ansässigen Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte erwirbt.“
- 26) Vgl *Saß*, DB 1990, 2340 (2343); *Tumpel*, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 159 f; *Hügel in Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) § 12 Rz 21 und § 16 Rz 62 ff; *Staringer in Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Umgründungen Q2 Rz 63; ebenso jüngst *Tissot*, SWI 2004, 119 (124); *Hasenauer*, GeS 2004, 434 (435); *Schindler*, CDFI 90 b (2005) 49 (56 und 61); *Saß*, DB 2005, 1238 (1239); aA offenbar *Blumers/Kinzel*, BB 2005, 971 (975).
- 27) Rz 862 ff UmgrStRL; dazu ausführlich *Staringer in Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Umgründungen Q2 Rz 61; *D. Aigner in Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005) 101 (119 ff).

worben wird“.²⁸⁾ Aus diesem Grund scheint auch auf eine entsprechende explizite Regelung in der FusionsRL verzichtet worden zu sein.²⁹⁾ Fraglich könnte vor dem Hintergrund des Denkavit-Urteils allenfalls sein, ob durch diese Erklärung des Rates die – offenbar gewünschte – Klarstellung rechtlich abgesichert ist, zumal von „den Mitgliedstaaten im Rat dargelegte Beweggründe [...] rechtlich ohne Bedeutung [sind], wenn sie in den Rechtsvorschriften keinen Ausdruck gefunden haben“.³⁰⁾ Hält man sich aber vor Augen, dass die FusionsRL bereits bisher von der hA und der Kommission³¹⁾ in diesem Sinne ausgelegt wurde, so bestätigt die Erklärung lediglich das bereits bisher im existierenden Richtlinienentwurf zum Ausdruck kommende Auslegungsergebnis. Legistisch ist die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewählte Lösung auf Grund der mit ihr verbundenen Rechtsunsicherheit aber zu kritisieren. Wenn schon nicht die Verabschiedung des Art 8 Abs 12 FusionsRL-V für erforderlich gehalten wurde, so hätte zumindest eine entsprechende Aussage in den Erwägungsgründen der ÄnderungsRL getroffen werden sollen.³²⁾

E. UNTERBLIEBENE ÄNDERUNGEN

1. KEIN VERBOT DER VERDOPPELUNG STILLER RESERVEN BEI ANTEILSTAUSCH UND EINBRINGUNG VON UNTERNEHMENSTEILEN



Beispiel: Die Problematik der Verdoppelung von stillen Reserven sei kurz anhand der Einbringung von Unternehmensteilen dargestellt. Die in einem Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft X bringt ihren Betrieb BS in die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft Y gegen Gewährung von Anteilen an Y ein. Auf Ebene der Betriebsstätte ist dieser Vorgang nach Art 4 FusionsRL steuerneutral, sofern es zur Buchwertfortführung kommt. Die FusionsRL enthält jedoch keine Regelungen, wie die von X erworbenen Anteile an Y zu bewerten sind. Sieht hier der betreffende Mitgliedstaat in seiner nationalen Rechtsordnung zB vor, dass die erworbenen Anteile mit den Buchwerten des übertragenen Vermögens zu bewerten sind, werden die ursprünglich nur in der Betriebsstätte verfangenen stillen Reserven „verdoppelt“ und sind damit sowohl im Betriebsstättenvermögen als auch in den Anteilen der X an Y steuerverfangen. In Österreich ergibt sich diese „Verdoppelung der stillen Reserven“ aus §§ 18 Abs 1 iVm 16, 17 und §§ 16 iVm 20 UmgrStG.

Tabelle 1

Die Bewertungsbestimmungen der FusionsRL sind lückenhaft: So enthält sie im Falle des Tausches von Anteilen an der erworbenen Gesellschaft gegen Anteile an der erwerbenden Gesellschaft zwar in Art 8 Abs 1 und 2 FusionsRL das Gebot der Buchwertfortführung auf Ebene der übertragenden Gesellschaft als Voraussetzung für die Steuerneutralität, regelt jedoch nicht, wie die erwerbende Gesellschaft die erhaltenen Anteile an der erworbenen Gesellschaft zu bewerten hat. Ähnlich stellt sich die Situation bei der Einbringung von Unternehmensteilen dar, wo zwar Art 4 FusionsRL die Steuerneutralität von der Buchwertfortführung hinsichtlich des erworbenen Unternehmensteiles durch die übernehmende Gesellschaft abhängig macht, jedoch keine Bestimmungen für die Bewertung der durch die einbringende Gesellschaft erworbenen Anteile enthält. Wenn nun Mitgliedstaaten³³⁾ den bei einer späteren Veräußerung der erworbenen Anteile erzielten Veräußerungsgewinn auf der Basis des Buchwerts der ausgetauschten Anteile vor dem Anteilstausch bzw der eingebrachten Unternehmensteile vor der Einbringung berechnen, kommt es zu einer Verdoppelung der stillen Reserven und damit im Ergebnis zu einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung, zumal derselbe Veräußerungsgewinn zwei verschiedenen Steuerpflichtigen zugerechnet und zweimal besteuert wird. Eine solche „Verdoppelung der stillen Reserven“ findet sich seit jeher auch im österreichischen Umgründungssteuerrecht.³⁴⁾

Siehe Tabelle 1

Vor diesem Hintergrund hatte die Kommission in Art 8 Abs 10 FusionsRL-V beim Anteilstausch bei der erwerbenden Gesellschaft eine Bewertung der erworbenen Anteile mit dem tatsächlichen Wert vorgesehen, was zu einer Beseitigung der Verdoppelung der stillen Reserven geführt hätte.³⁵⁾ Ebenso schlug die Kommission für die Einbringung von Unternehmensteilen die Einfügung eines Art 9 Abs 2

28) Ratsdokument 6504/05 ADD 1 vom 8. 3. 2005 zur 2638. Tagung des Rates (Wirtschaft und Finanzen) vom 17. 2. 2005, abrufbar unter: <http://register.consilium.eu.int/pdf/de/05/st06/st06504-ad01.de05.pdf>

29) Siehe auch *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (172); *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 606 (609); zuletzt auch mit Hinweis auf EuGH 14. 10. 2004, C-299/02, Slg 2004, I-9761, *Kommission/Niederlande*.

30) EuGH 17. 10. 1996, C-283/94, C-291/94 und C-292/94, Slg 1996, I-5063, *Denkavit International BV ua – Tz 29*.

31) Die Kommission spricht im FusionsRL-V ausdrücklich vom klarstellenden Charakter des Änderungsvorschlags (Punkt 8 zu Nummer 6 der Erläuterungen zum FusionsRL-V) und ging damit offenbar bereits bisher von dieser Auslegung aus; dies bestätigt auch das oben zitierte Ratsdokument 6504/05 ADD 1.

32) *Schindler*, IStR 2005, 551 (556).

33) Nach *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (171), sind dies etwa Deutschland, Italien, Frankreich, Österreich und Spanien; vgl auch *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 606 (607 m FN 14), zu den jeweiligen Bestimmungen des nationalen Rechts.

34) *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG (1999) Einl Rz 74 und insb § 16 Rz 24 ff.

35) Art 8 Abs 11 FusionsRL-V sah für jene Fälle eine Ausnahme von dieser neuen Bewertungsregel vor, in denen die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile hält und anstelle einer Kapitalerhöhung diese Anteile an die Einbringenden überträgt. Eine allfällige Differenz zwischen dem Anschaffungswert dieser Anteile und ihrem tatsächlichen Wert im Zeitpunkt der Anteilstausches hätte von den Mitgliedstaaten bei späterer Veräußerung der Anteile besteuert werden können.

FusionsRL-V vor, wonach den erworbenen Anteilen der tatsächlichen Wert beizumessen wäre, „der dem übertragenen Aktiv- und Passivvermögen unmittelbar vor der Einbringung der Unternehmensteile beigemessen war“.³⁶⁾ Beide Änderungen wurden letztlich nicht verabschiedet,³⁷⁾ sodass es in manchen Mitgliedstaaten und insbesondere auch in Österreich³⁸⁾ bei diesen Umstrukturierungsvorgängen weiterhin zur Verdoppelung der stillen Reserven kommt.

2. BEIBEHALTUNG DES BETRIEBSSTÄTTENVERHAFTUNGSERFORDERNISS UND NATIONALE UMSETZUNG

Nach dem Regelungskonzept des Art 4 FusionsRL unterbleibt auf Ebene des übertragenen Vermögens eine sofortige Besteuerung der stillen Reserven nur, wenn und soweit das Vermögen der einbringenden Gesellschaft einer Betriebsstätte³⁹⁾ im Staat der einbringenden Gesellschaft zugerechnet bleibt und somit weiterhin zur Erzielung des steuerlichen Ergebnisses dieser Betriebsstätte beiträgt (Art 4 Abs 1 Teilstrich 2 FusionsRL).⁴⁰⁾ Man spricht hier von Betriebsstättenverhaftungserfordernis⁴¹⁾ bzw. Betriebsstättenbedingung.⁴²⁾ Dieses Konzept hat der europäische Gesetzgeber in der ÄnderungsRL nicht nur beibehalten, sondern vielmehr in Art 10 b Abs 1 FusionsRL auf den Fall der Sitzverlegung ausgedehnt.

Das Erfordernis der Steuererstrickung in Form des Betriebsstättenverhaftungserfordernis steht freilich in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des EuGH in den Rs *X und Y*⁴³⁾ und *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.⁴⁴⁾ In diesen Urteilen wurde sowohl für den Fall eines grenzüberschreitenden Aktientauschs als auch für den Fall des Wegzugs einer natürlichen Person die sofortige Aufdeckung und Be-

steuerung stiller Reserven auch für solche Wirtschaftsgüter für unzulässig erklärt, die dauerhaft der Besteuerungshoheit des Wegzustandes entzogen werden. Im Schrifttum wurde aus diesen Urteilen überwiegend gefolgert, dass eine Entstrickungsbesteuerung⁴⁵⁾ zwar grundsätzlich zulässig sei,⁴⁶⁾ die Steuer aber erst bei tatsächlicher Realisierung erhoben werden dürfe.⁴⁷⁾ Der österreichische Gesetzgeber und die deutsche Finanzverwaltung haben bereits entsprechend auf diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben reagiert: In Österreich wurde durch das AbgAG 2004⁴⁸⁾ eine „Komplettlösung“ vorgesehen, indem die österreichischen Entstrickungsstatbestände – § 6 Z 6 und § 31 Abs 2 Z 2 EStG sowie die entsprechenden Tatbestände des UmgrStG⁴⁹⁾ – umfassend an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst wurden und auf Antrag einen Aufschub der Besteuerung bis zur tatsächlichen Realisierung gestatten.⁵⁰⁾ Deutschland hat auf diese Rechtsprechung unlängst erlassmäßig durch eine zinslose Stundung der aufgrund der Entstrickung nach § 6 dAStG entstandenen Steuer unter dem Vorbehalt des Widerrufs dieser

36) Dazu ausführlich *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974 ff.).

37) Ausführlich zu den – nunmehr nicht eintretenden – Auswirkungen der geplanten Änderung *Hasenauer*, GeS 2004, 434 (434 ff.); *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (172 ff.); *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974 mwN); vgl. auch *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 606 (608 ff.), die auf Problemkonstellationen mit transparenten Gesellschaften eingehen.

38) Dazu nur *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg.), UmgrStG (1999) Einl Rz 74 und insb § 16 Rz 24 ff.

39) Zum Betriebsstättenbegriff siehe etwa *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg.), UmgrStG (1999) § 1 Rz 46 f.

40) Dieses Erfordernis der Zurechnung zu einer Betriebsstätte als Voraussetzung der Steuernutralität wurde in der Literatur zu Recht dahingehend kritisiert, dass es ausschließlich auf die unveränderte Steuerhängigkeit der stillen Reserven ankommen sollte. Nach dem insoweit klaren Wortlaut der FusionsRL besteht nämlich außerhalb der Betriebsstättenverhaftung die Möglichkeit der Besteuerung der im übertragenen Vermögen enthaltenen stillen Reserven, selbst wenn diese – außerhalb einer Betriebsstätte – auch nach der Verschmelzung steuerhängig sind (*Hirschler* in *König/Schwarzinger* [Hrsg.], Körperschaften im Steuerrecht, FS Wiesner [2004] 145 [149]); die Betriebsstättenverhaftung nach Art 4 FRL ist somit insb bei der Verschmelzung von Holding- oder Mantelgesellschaften nicht erfüllt (dazu *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler* [Hrsg.], UmgrStG [1999] § 1 Rz 48).

41) Rz 72 UmgrStR 2002; *Hügel* in *Hügel/Mühlechner/Hirschler* (Hrsg.), UmgrStG (1999) § 1 Rz 46.

42) *Staringer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Umgründungen Q2 Rz 19.

43) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, *X und Y*.

44) EuGH 11. 3. 2004, C-9/02, Slg 2004, I-2409, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.

45) Zu Entstrickungsfällen bei internationalen Umgründungen zuletzt *J. Metzler*, RWZ 2005, 161 (161 ff.).

46) Siehe etwa *G. Kofler*, ÖStZ 2004/483, 195 (197 ff.); *Schön*, IStR 2004, 289 (296); *Schindler*, IStR 2004, 300 (300 ff.); *Körner*, IStR 2004, 424 (428); *Schnitger*, BB 2004, 804 (807); *Fraberger/Zöchling*, ÖStZ 2004/770, 410 (412); *Schindler* in *Kals/Hügel* (Hrsg.), SE-Kommentar (2004) Teil III Rz 29. Die Sicherung der Besteuerung jener stillen Reserven, die während der unbeschränkten Steuerpflicht im Inland angesammelt wurden, stellt ein legitimes Allgemeininteresse dar (s. *G. Kofler*, ÖStZ 2003/503, 262 [266 mwN]), weshalb die Kommission im Hinblick auf § 6 dAStG auch die Meinung vertreten hat, dass die Verletzung des Gemeinschaftsrechts nicht in der Besteuerung des Wertzuwachses an sich liege, sondern in der Besteuerung eines nicht realisierten Wertzuwachses (so die Pressemitteilung der Kommission vom 19. 4. 2004 „Steuern: Kommission fordert Deutschland zur Aufhebung der Wegzugsbesteuerung auf“, IP/04/493, abgedruckt in IStR 9/2004, III); aA *Hügel* (in *König/Schwarzinger* [Hrsg.], Körperschaften im Steuerrecht, FS Wiesner [2004] 177 [195]), der den „freien Verkehr stiller Reserven im Binnenmarkt“ fordert; in diese Richtung auch *Soler Roch*, ET 2004, 11 (15).

47) Siehe zB *G. Kofler*, ÖStZ 2003/503, 262 (266); *G. Kofler*, ÖStZ 2004/483, 195 (197 ff.); *D. Aigner/Tissot*, SWI 2004, 293 (295); *Schön*, 34 Tax Notes Int'l 197 (201 ff) (Apr 12, 2004); *Schön*, IStR 2004, 289 (296); *Schindler*, IStR 2004, 300 (309); *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571 (571 ff.); *Schnitger*, BB 2004, 804 (807); *Wassermeyer*, GmbHR 2004, 613 (615). AA wohl *Beiser*, ÖStZ 2004/661, 282 (285); *Franz*, EuZW 2004, 270 (272).

48) BGBl I 2004/180; siehe auch die Übersicht zum Begutachtungsentwurf bei *Atzmüller/Herzog/Mayr*, RdW 2004/581, 621 (621 ff.); *Tumpel/G. Kofler*, SWK 2004, T 135 (T 135 ff.); im Detail zu den einschlägigen Änderungen im Bereich der Wegzugsbesteuerung *Schindler*, IStR 2004, 711 (711 ff.).

49) Siehe dazu ausführlich die Beiträge in *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg.), Internationale Umgründungen (2005); siehe auch zur „verschlechternden“ Anpassung des § 7 Abs 2 UmgrStG die Kritik bei *Staringer*, SWI 2005, 220 (220 ff.); zur Frage der Spaltung siehe aber den Beitrag von *G. Kofler/Schindler* in der vorigen taxlex.

50) Zur Neuregelung ausführlich *Schindler*, IStR 2004, 711 (711 ff.); *D. Aigner/G. Kofler*, taxlex 2005, 6 (6 ff.); *Lechner* in *Jirousek/Lang* (Hrsg.), Praxis des Internationalen Steuerrechts, FS Loukota (2005) 289 ff.; *Staringer*, SWI 2005, 213 (213 ff.); ausf. zum neuen System der aufgeschobenen Entstrickungsbesteuerung bzw. Neubewertung insbesondere *Achatz/G. Kofler* in *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg.), Internationale Umgründungen (2005) 23 (31 ff. und 54 ff.); zum Begutachtungsentwurf bereits *Atzmüller/Herzog/Mayr*, RdW 2004/581, 621 (622 ff.).

Stundung bei Realisierung der entstrickten stillen Reserven reagiert.⁵¹⁾

Zu Recht geht die hA davon aus, dass diese Überlegungen auch auf eine Steuerentstrickung im Falle von Umgründungen Anwendung finden,⁵²⁾ weshalb aus der Sicht der Grundfreiheiten gefordert wurde, das in Art 4 bzw Art 10 b Abs 1 FusionsRL vorgesehene Betriebsstättenverhaftungserfordernis nicht beizubehalten, sondern eine Besteuerung nur bei späterer tatsächlicher Realisation vorzusehen.⁵³⁾ Da der europäische Gesetzgeber diese Änderung gerade nicht vorgenommen hat, sind nunmehr die nationalen Gesetzgeber in der Ausführungsgesetzgebung zur Einhaltung der Grundfreiheiten aufgerufen. Gerade im jüngeren Schrifttum wurde nachgewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch Primärrecht gezwungen sein können, den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich einer Richtlinie im Rahmen ihrer Umsetzung in nationales Recht zu erweitern;⁵⁴⁾ Sekundärrecht kann einen Mitgliedstaat weder dazu ermächtigen noch dazu verpflichten, eine nationale Vorschrift zu erlassen, die ihrerseits gegen die Grundfreiheiten verstößt.⁵⁵⁾ Das Betriebsstättenverhaftungserfordernis, welches in Art 4 und Art 10 b Abs 1 FusionsRL vorausgesetzt wird, hindert somit nicht eine weiter gehende Wirkung der Grundfreiheiten auf grenzüberschreitende Umgründungsvorgänge, wie sie in der Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rs *Hughes de Lasteyrie du Saillant*⁵⁶⁾ angelegt ist.⁵⁷⁾ Dies haben die Mitgliedstaaten – trotz Festhaltens des europäischen Gesetzgebers am Betriebsstättenverhaftungserfordernis – bei Umsetzung der verabschiedeten Änderungen in nationales Recht zu beachten. Als europäischer „Musterschüler“ hat Österreich diesen Anforderungen des primären Gemeinschaftsrecht im AbgÄG 2004 durch den Aufschub der umgründungsbedingten Entstrickungsbesteuerung bis zur tatsächlichen Realisierung Rechnung getragen.⁵⁸⁾

F. EXKURS: UMSTRUKTURIERUNGEN UNTER BETEILIGUNG HYBRIDER GESELLSCHAFTEN⁵⁹⁾

Neu aufgenommen wurden auch Regelungen betreffend transparente Gesellschaften. Solche Gesellschaften zeichnen sich dadurch aus, dass ein Mitgliedstaat die in seiner Besteuerungshoheit ansässige Gesellschaft als körperschaftsteuerpflichtig behandelt, während ein anderer Mitgliedstaat, dessen Steuerpflichtiger an der betreffenden Gesellschaft beteiligt ist, diese als steuerlich transparent ansieht und daher dem Gesellschafter den Gewinn der Gesellschaft direkt zu-rechnet und entsprechend besteuert. Art 4 Abs 2 und Art 8 Abs 3 FusionsRL beziehen hybride Gesellschaften nunmehr in den Anwendungsbereich der Richtlinie ein und verpflichten den Mitgliedstaat, der die hybride Gesellschaft als transparent ansieht, sowohl die Umstrukturierung auf Gesellschaftsebene als auch die Anteilszuteilung an die hybride Gesellschaft – und damit aus seiner Sicht an die Gesellschafter – steuerneutral zu halten, da die Gewinne sonst doppelt besteuert würden.⁶⁰⁾

Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf wurde den Mitgliedstaaten in Art 10 a FusionsRL zur Vermeidung von Steuerumgehungen jedoch die Möglichkeit eines „opting-out“ gewährt und damit nur eine halbherzige Lösung implementiert:⁶¹⁾ Betrachtet ein Mitgliedstaat die einbringende oder erworbene Gesellschaft als steuerlich transparent, dann ist er berechtigt, Veräußerungsgewinne eines unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafters iSd Art 4 Abs 1 FusionsRL einer Besteuerung zu unterziehen. Hierbei hat der Mitgliedstaat gem Art 10 a Abs 2 FusionsRL aber jene (fiktive) Steuer anzurechnen,⁶²⁾ die ohne die Bestimmungen der FusionsRL auf die Veräußerungsgewinne der steuerlich transparenten Gesellschaft erhoben worden wäre.⁶³⁾ Weiters ist ein solcher Mitgliedstaat nach Art 10 a Abs 3 FusionsRL berechtigt, den Anteilstausch beim Gesellschafter entgegen Art 8 FusionsRL zu besteuern. Diesfalls muss⁶⁴⁾ er aber nach Art 10 a Abs 4 FusionsRL jedem

- 51) Siehe BMF-Schreiben vom 8. 6. 2005 – IV B 5 – S 1348 – 35/05, IStR 2005, 463; dazu *Kinzl*, IStR 2005, 450 (450 ff). Seit wenigen Wochen liegt der Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG) des dBMF vor, worin auch eine Änderung des § 6 dAStG vorgesehen ist. Zum Entwurf des SEStG vgl zuletzt *Thiel*, DB2005, 2316 (2316 ff).
- 52) Zuletzt *Achatz/G. Kofler* in *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005) 23 (40 ff); siehe weiters *Schön*, IStR 2004, 289 (297); *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571 (575); *Fraberger/Zöchling*, ÖStZ 2004/837, 433 (435 f); *Schindler*, IStR 2004, 711 (713 f mwN); *Schindler* in *Kals/Hügel* (Hrsg), SE-Kommentar (2004) Teil III Rz 26 ff; anders womöglich EAS 2514 = SWI 2004, 535, wonach zwar bei einer Downstream-Hinausverschmelzung auf eine 100%ige EU-Tochtergesellschaft Art I UmgrStG Anwendung findet, allerdings nur, „wenn bzw soweit das Besteuerungsrecht der Republik Österreich bestehen bleibt“.
- 53) Siehe etwa *Fraberger/Zöchling*, ÖStZ 2004, 433 (435); *Schön*, IStR 2004, 289 (297); *Schön*, 34 Tax Notes Int'l 197 (202) (Apr 12, 2004); *Hügel* in *König/Schwarzinger* (Hrsg), Körperschaften im Steuerrecht, FS Wiesner (2004) 177 (196); *Schindler* in *Kals/Hügel* (Hrsg), SE-Kommentar (2004) Teil III Rz 23 ff, 88; *Achatz/G. Kofler* in *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005) 23 (40 ff); *Schindler*, IStR 2005, 551 (556); siehe auch *Gammie*, ET 2004, 35 (42); *Rödler*, DStR 2005, 893 (895 f); aA noch *Thömmes*, ET 2004, 22 (27).
- 54) *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571 (575); *G. Kofler/Toifl*, ET 2005, 232 (236 ff mwN). Kritisch hierzu *Thiel*, DB 2005, 216 (218).
- 55) Ausführlich zur Mutter-Tochter-RL *G. Kofler/Toifl*, ET 2005, 232 (236 ff mwN); ebenso UFS Linz 13. 1. 2005, RV/0279-L/04 (abrufbar unter <http://ufs.bmf.gv.at/Entscheidungen/RV0279L04.pdf>).
- 56) EuGH 11. 3. 2004, C-9/02, Slg 2004, I-2409, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.
- 57) Siehe dazu insb *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571 (576); *Schindler* in *Kals/Hügel* (Hrsg), SE-Kommentar (2004) Teil III Rz 30 ff; *Schindler*, CDFI 90 b (2005) 49 (66 f); *Schindler*, IStR 2005, 551 (556 f).
- 58) Siehe dazu ausführlich *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005).
- 59) Hierzu und zum Anpassungsbedarf in Österreich in Kürze ausführlich *G. Kofler/Schindler*, SWI 2005 (in Druck); vgl auch *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 606 (610 ff) und 639 (642 ff).
- 60) Vgl Nr 22 der Präambel zum FusionsRL-V.
- 61) Mit gemeinschaftsrechtlichen Bedenken hierzu *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974).
- 62) Vgl hierzu etwa *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (642 f).
- 63) Kritisch zur Umsetzbarkeit je nach DBA *Saff*, DB 2005, 1238 (1239).
- 64) Bei isolierter Betrachtung des Art 10 a Abs 4 FusionsRL scheint es sich um eine Bestimmung zu handeln, die im Ermessen des jeweiligen Mit-

unmittelbaren oder mittelbaren beteiligten Gesellschaften dieselbe steuerliche Behandlung zuteil werden lassen, wie wenn die übernehmende Gesellschaft in seinem Gebiet ansässig wäre, also eine entsprechende Umstrukturierung nach nationalem Recht vorläge.⁶⁵⁾

G. ZUSAMMENFASSUNG

Die verabschiedeten Änderungen zur FusionsRL waren ein wichtiger und notwendiger Schritt, wenngleich wesentliche Punkte des Kommissionsentwurfs letztlich nicht übernommen wurden; hier sind einerseits die Bewertungsvorschriften im Zusammenhang mit dem Problem der Verdoppelung stiller Reserven, andererseits die ausdrückliche Bestimmung, wonach die Ansässigkeit des Einbringenden für die Anwendbarkeit der FusionsRL irrelevant ist, zu nennen. Positiv ist freilich insbesondere die Aufnahme neuer Vorschriften zur Sitzverlegung, wenngleich fraglich ist, ob deren Einschränkung auf die SE und SCE sinnvoll war, zumal hier die künftige Entwicklung im Gesellschaftsrecht durchaus einen erweiterten Anwendungsbereich aufzeigen könnte.⁶⁶⁾ Es verwundert schließlich auch, dass für die SE-bezogenen Änderungen eine Umsetzungsfrist bis 1. 1. 2006 gewährt wurde, obwohl die Gründung und Sitzverlegung einer SE bereits seit dem 8. 10. 2004 möglich ist.⁶⁷⁾ Hauptkritikpunkt⁶⁸⁾ an den verabschiedeten Änderungen ist aber die Beibehaltung des Betriebsstättenverhaftungserfordernisses, welches nach mittlerweile ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum in seiner derzeitigen Form nicht mit den Grundfreiheiten vereinbar ist. Abgesehen von der durch den EuGH drohenden Sanktion stellen derartige Wegzugshemmnisse einen erheblichen Schaden für den jeweiligen Wirtschaftsstandort dar, weshalb durchaus Hoffnung besteht, dass die Mitgliedstaaten diesen Umstand im Rahmen der nationalen Umsetzung der FusionsRL nicht außer Acht lassen werden. Der

österreichische Ansatz einer aufgeschobenen Entstrickungsbesteuerung⁶⁹⁾ kann hier durchaus als europäisches Vorbild gelten.

- gliedstaats liegt. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, erscheint die Einhaltung des Art 10 a Abs 4 FusionsRL bei Inanspruchnahme des Art 10 a Abs 3 FusionsRL aber zwingend geboten; ebenso *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178); *Schindler*, IStR 2005, 551 (553).
- 65) Nicht anwendbar ist Art 10 a Abs 4 FusionsRL aber im Fall des Anteilstausches; siehe zB *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178).
- 66) Vgl die Kritik von *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), EC Corporate Tax Law (2004) Ch 5 Rz 338 f.
- 67) *Schindler*, IStR 2005, 551 (557).
- 68) Soweit ersichtlich bezweifelt nur *Saß*, DB 2005, 1238 (1239), die praktische Relevanz dieser Frage.
- 69) Siehe zu den diesbezüglichen Änderungen durch das AbgÄG 2004 etwa *Schindler*, IStR 2004, 711 (711 ff); *D. Aigner/G. Kofler*, taxlex 2005, 6 (6 ff), und *Lechner* in *Jirousek/Lang* (Hrsg), Praxis des Internationalen Steuerrechts, FS Loukota (2005) 289 (289 ff) (zur grenzüberschreitenden Verlagerung von Betrieben und Wirtschaftsgütern); *Achatz/G. Kofler*, GeS 2005, 119 (119 ff), und *Staringer*, SWI 2005, 213 (213 ff) (zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Sitzverlegung); für eine umfassende Behandlung siehe *Achatz/D. Aigner/G. Kofler/Tumpel* (Hrsg), Internationale Umgründungen (2005).

SCHLUSSSTRICH

Nach dem Motto „Was wären die großen Erfolge ohne die kleinen“ stellt die Änderung der FusionsRL einen wichtigen Schritt in die richtige Richtung dar, wenngleich längst nicht alle Probleme gelöst sind. Es bleibt insbesondere zu hoffen, dass die Kommission in naher Zukunft die Problematik der dem Art 4 inhärenten Wegzugsbeschränkung sowie jene der Verdoppelung stiller Reserven erneut aufgreifen wird.