

Karin E. M. Beck
Christine Osterloh-Konrad
Editors



MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law **12**

Unternehmens- nachfolge

 Springer

Max Planck Institute for Intellectual Property,
Competition and Tax Law

For further volumes/weitere Bände:
<http://www.springer.com/series/7760>



MPI Studies on Intellectual Property,
Competition and Tax Law

Volume 12

Edited by

Josef Drexl
Reto M. Hilty
Wolfgang Schön
Joseph Straus

Karin E.M. Beck • Christine Osterloh-Konrad
(Editors)

Unternehmensnachfolge

Dr. Karin E.M. Beck, LL.M. (Berkeley)
Dr. Christine Osterloh-Konrad
Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,
Wettbewerbs- und Steuerrecht
Marshallplatz 1
80539 München
karin.beck@ip.mpg.de
christine.osterloh-konrad@ip.mpg.de

ISSN 1869-1153
ISBN 978-3-642-00259-5 e-ISBN 978-3-642-00260-1
DOI 10.1007/978-3-642-00260-1
Springer Heidelberg Dordrecht London New York

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk-sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Einbandentwurf: WMX Design GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

Springer ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Vorwort

Umstrukturierungen, Unternehmenskäufe, Todesfälle und ähnliche Vorgänge leiten eine Rechtsnachfolge im Unternehmen ein. Sie sind nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch im internationalen Kontext mit zahlreichen zivil-, gesellschafts-, erb- und steuerrechtlichen Fragen verbunden, die teilweise verfassungs- oder europarechtliche Bezüge aufweisen. Themen aus diesem Bereich waren Gegenstand der Tagung zu „Nationalen und internationalen Rechtsfragen der Unternehmensnachfolge“, zu der die Referentinnen der Abteilung Rechnungslegung und Steuern des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz eingeladen haben. Fünf Beiträge zu dieser Tagung, die am 27. Oktober 2008 in München veranstaltet wurde, sind im vorliegenden Tagungsband zusammengefasst.

Zur Diskussion stellte *Karin E. M. Beck* das Schicksal von Verlusten im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht in den Fällen der Unternehmensnachfolge. Die aktuellen gesetzlichen Verlustbeschränkungen sowie die Rechtsprechung zum Untergang von Verlustvorträgen im Erbfall werden ihrer Ansicht nach dem Charakter von Verlusten als vermögenswerten Rechten nicht gerecht.

Christine Osterloh-Konrad befasste sich mit den Schwierigkeiten, vor die das deutsche Pflichtteilsrecht die Unternehmensnachfolge von Todes wegen stellt. Aus ihrer Sicht sollten sie Anlass für eine deutliche Einschränkung des Pflichtteilsrechts sein; die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, welche die Referentin sehr kritisch beurteilte, steckt allerdings Änderungsbestrebungen einen engen Rahmen.

Starkes Interesse fand die aktuelle Entwicklung im deutschen Erbschaftsteuerrecht. *Erik Röder* diskutierte die praktischen Folgen der verkehrswertnahen Unternehmensbewertung sowie das Problem der Doppelbelastung durch Einkommen- und Erbschaftsteuer.

Clemens Philipp Schindler erörterte die grenzüberschreitende Sitzverlegung und Verschmelzung anhand der jüngeren gesellschaftsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung in den Rechtssachen *Cartesio* und *SEVIC*. Die Thematik der grenzüberschreitenden Verschmelzung behandelte auch *Harm van den Broek* speziell im Hinblick auf die Wegzugsbesteuerung. Die in vielen Mitgliedstaaten vorgesehenen *Exit Taxes* widersprechen zwar nicht der aktuellen Fassung der Fusionsrichtlinie, stellen aber einen Verstoß unmittelbar gegen die Niederlassungsfreiheit dar. Der Referent forderte daher im Ergebnis eine Anpassung und Neufassung des Sekundärrechts.

Herzlichen Dank sagen wir unserem Direktor *Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön* sowie dem Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, welche die Veranstaltung ermöglichten und großzügig förderten.

Ein weiterer Dank gilt *Markus Gromeier*, der die Autoren und Herausgeberinnen umfangreich unterstützte.

München, im Juni 2009
Karin Beck

Christine Osterloh-Konrad

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
<i>Karin Beck, Christine Osterloh-Konrad</i>	
1. Unternehmensnachfolge und Verluste	1
<i>Karin E. M. Beck</i>	
2. Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht Der Pflichtteil – ein Element wünschenswerter Generationensolidarität oder eine Bedrohung lebensfähiger Unternehmen?	39
<i>Christine Osterloh-Konrad</i>	
3. Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung Eine kritische Würdigung der Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung und ihrer Umsetzung durch das Erbschaftsteuerreformgesetz	69
<i>Erik Röder</i>	
4. Was folgt aus den EuGH-Urteilen in den Rs. Cartesio und SEVIC für die grenzüberschreitende Verschmelzung und das SE-Statut?	101
<i>Clemens Philipp Schindler</i>	
5. EU Mergers and Exit Taxes	133
<i>Harm J. van den Broek</i>	

1. Unternehmensnachfolge und Verluste

Karin E. M. Beck*

Abstract

Krisenzeiten sind Verlustzeiten. Die Rechtsnachfolger in ein Unternehmen sehen sich mit den Folgen einer negativen Wirtschaftslage konfrontiert. Der Gesetzgeber vergibt jetzt lieber Hilfsleistungen, anstatt dem eigenverantwortlichen Unternehmer den (vollen) Verlustabzug zu ermöglichen. Mit § 8c KStG und § 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG sanktioniert der Gesetzgeber den rechtsgeschäftlichen Anteilseignerwechsel bei Körperschaften sowie generell Umstrukturierungsfälle. Die Rechtsprechung (GrS 2/04) ist zudem der Ansicht, dass Verlustvorträge, die sich insbesondere aus der Anwendung der Vorschriften zur deutschen Mindestbesteuerung (§ 10d EStG; 10a GewStG) ergeben können, nicht mehr auf den Erben übergehen. Fraglich ist, ob dies sachgerecht ist und insbesondere dem Charakter von Verlusten als vermögenswerten Rechten gerecht wird.

1.1. Verluste in Deutschland	2
1.1.1. Allgemein	3
1.1.2. Mindestbesteuerung	5
1.2. Vererblichkeit von erlittenen Verlusten	8
1.2.1. Großer Senat vom 17.12.2007	8
1.2.2. Auswirkungen der Entscheidung auf „Objektbezogene Verluste“	12
1.2.3. Gestaltungen	13
1.2.4. Reformvorschlag: Ebene des Erblassers	13
1.3. Verluste von Kapitalgesellschaften und Anteilseignerwechsel	14
1.3.1. § 8c KStG	14
1.3.2. Erbfall und vorweggenommene Erbfolge	16
1.3.3. Forschung und Entwicklung in Deutschland	17
1.3.4. Umwandlung und Organschaft	20
1.4. Verfassungsrecht	21
1.4.1. Gleichheitsgrundsatz – Systemgerechtigkeit/Folgerichtigkeit	22
1.4.2. Idealtypische Besteuerung nach dem Lebenseinkommen (Totalitätsprinzip)	23
1.4.3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG	25
1.5. Europarecht	29
1.6. Fazit	31
1.7. English Abstract	31
Literaturverzeichnis	32

* Dr. jur.; LL.M. (Berkeley), Referentin am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Abteilung Rechnungslegung und Steuern (Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön).

1.1. Verluste in Deutschland

Verluste sind die „Stiefkinder des Steuerrechts“.¹ Der Staat erhebt Steuern auf die Gewinne (positiven Einkünfte) und damit auf die „upside“ des Wirtschaftens. Gleichzeitig zögert er, die negativen Einkünfte, die „downside“, vollständig zu berücksichtigen. In der gegenwärtigen Wirtschaftslage (2009) entstehen nicht bloße „Buchverluste“², sondern die Verluste belasten die Unternehmen wirtschaftlich. Die unternehmerischen Verluste auch und gerade steuerlich zu berücksichtigen entspricht einer freien Marktwirtschaft. Wenn der Staat stattdessen Hilfsleistungen verteilt, entmündigt er seine Bürger und hemmt das freie Unternehmertum.³ Der Gesetzgeber schränkte in den letzten Jahren die steuerliche Verlustberücksichtigung im Einkommen-, Körper- und Umwandlungssteuerrecht ausdrücklich immer weiter ein, um die Staatseinnahmen zu verstetigen.⁴ Die Rechtsprechung reiht sich in diesen Trend ein und lässt nun auch im Erbfall etwaige Verlustvorträge untergehen.⁵ Dabei wird auf die „das Einkommensteuerrecht beherrschenden Prinzipien“ verwiesen. Ein restriktiv verstandenes Steuersubjektprinzip bzw. ein Grundsatz der „Unternehmensidentität“⁶ scheint damit in den Vordergrund zu rücken, während der Gedanke der Leistungsfähigkeit und Totalgewinnlichkeit in den Hintergrund tritt. Im Rahmen der Unternehmensnachfolge stellen sich Fragen nach der Vererblichkeit von erlittenen Verlusten bei natürlichen Personen und damit auch den Gesellschaftern einer Personengesellschaft (1.2.) sowie das Schicksal der Verluste von Kapitalgesellschaften in den Fällen, in denen deren Anteilseigner wechseln (1.3.). Abschließend geht der Beitrag auf Verfassungsfragen und die „freiheitssichernde Wirkung

¹ RITTER, FR 1978, 397 ff. Verluste waren und sind häufiger Gegenstand von Tagungen und Beiträgen: statt aller LEHNER (Hrsg.), Verluste im internationalen Steuerrecht (2003) mit Beiträgen von LEHNER; v. GROLL; HERZIG; RAUPACH; SCHUCH; KESSLER; KAESER; v. GROLL (Hrsg.) Verluste im Steuerrecht, DStJG 28 (2005) mit Beiträgen von KIRCHHOF; ECKHOFF; WENDT; KEMPERMANN; HEINRICH; HEINTZEN; HERZIG; PROKISCH; CORDEWENER.

² Buchverluste von „Abschreibungskünstlern“ werden unter dem Begriff „unechte Verluste“ behandelt, vgl. die Redebeiträge von LORITZ, DStJG 28 (2005), 148 f. und PELKA, DStJG 28 (2005), 160 f. Sie sind das Gegenstück zu steuerlichen Lenkungsmaßnahmen/Steuersubventionen, dazu BECK (2004) S. 121 f. mwN.

³ Vgl. SCHMIDT/PAWLITA, Börsenzeitung Nr. 48 v. 11.3.2009, S. 2 „Unternehmenssteuergesetzgebung verschärft Rezession“; LANG, Editorial StuW 2009 S. 1 f.: „In der Wirtschaftskrise wird die negative volkswirtschaftliche Wirkung von Normen, die den Steuerabzug von Zinsen und Verlusten einschränken oder gar ausschließen, erheblich verstärkt; es wird der Insolvenz von Unternehmen Vorschub geleistet.“ Einen entsprechenden Antrag auf Streichung der Mindestbesteuerung, Zinsschranke und § 8c KStG lehnte das BMF allerdings mit Schreiben v. 10.12.2008 ab. In der Stellungnahme zum FMStErgG wiederholte das IDW am 12.3.2009 die Forderung nach steuerlichen Sofortmaßnahmen zur Förderung der Unternehmensliquidität, Ubg 2009, 222 ff.

⁴ HEINRICH, Verluste im Fall der Rechtsnachfolge und des Gesellschafterwechsels, in: DStJG 28 (2005), 121 (133). Die beiden Seiten des Steuerverfassungsrechts: Individueller Grundrechtsschutz und Finanzverfassung zur Staatsfinanzierung beleuchtet WALDHOFF, in: Zukunftsfragen (2009), 125 ff.

⁵ BFH GrS 2/04 v. 17.12.2007, BFHE 220, 129; BStBl. II 2008, 608.

⁶ V. LISHAUT, FR 2008, 789 (790). Ablehnend DRÜEN, Ubg 2009, 23 (28).

der Verlustberücksichtigung“⁷ (1.4.) sowie auf Fragen des Europarechts und dem Streben der Kommission nach grenzüberschreitender Verlustberücksichtigung (1.5.) ein. Grenzüberschreitende Fragen behandeln auch CLEMENS SCHINDLER (Beitrag 4.) und HARM VAN DEN BROEK (Beitrag 5.).

1.1.1. Allgemein

Gem. § 2 Abs. 2 EStG werden die Einkünfte aus jeder der sieben Einkunftsarten durch Ermittlung des Gewinns bzw. des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten gewonnen. Bereits der Abzug von Erwerbenaufwand wird u. a. eingeschränkt durch §§ 3c Abs. 1, Abs. 2; 4 Abs. 4a, Abs. 5; 4h (i. V. m. § 8a KStG); 9 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2; Abs. 5; 12 Nr. 1 S. 2 EStG. Werden innerhalb einer Einkunftsart positive und negative Einkünfte (Verluste)⁸ erzielt, so werden diese miteinander saldiert (interner = horizontaler Verlustausgleich). Diesen horizontalen Verlustausgleich beschränken u.a. § 15 Abs. 4, 15a⁹, 15b EStG.

Im deutschen Steuerrecht werden grundsätzlich die im Veranlagungszeitraum entstandenen Verluste mit positiven Einkünften verrechnet (§ 2 Abs. 3 EStG, externer = vertikaler Verlustausgleich).¹⁰ Dieser Verlustausgleich wird u.a. eingeschränkt durch §§ 2a; 2b (neu: 15b); 15 Abs. 4 S. 6; 15a; 15b; 17 Abs. 1 S. 6; Abs. 2; 20 Abs. 6; 22 Nr. 3 S. 3,4; 23 Abs. 3 S. 8; Passivierungsverbote für Rückstellungen: § 5 Abs. 2a, 3, 4¹¹, 4a, 4b EStG; §§ 8c; 14 ff. KStG; §§ 2 Abs. 5; 10a S. 7 GewStG; §§ 4; 12 Abs. 3; 15 Abs. 1 S. 4 UmwStG. Eine besondere Verlustschedule ist mit der Abgeltungssteuer für Kapitaleinkünfte geschaffen worden. Insbesondere Verluste aus privaten Aktiengeschäften dürfen nur mit wesensgleichen Gewinnen verrechnet werden (§ 20 Abs. 6 S. 5 EStG).¹²

Die Ertragsteuern sind Jahressteuern. Veranlagungszeitraum ist das Steuerjahr (§ 2 Abs. 7 S. 1 EStG; § 7 Abs. 2 S. 1 KStG; §§ 10, 14 S. 2 GewStG). Die Vorschrif-

⁷ SCHÖN, DSzJG 28 (2005), 83; LEHNER, DSzR 2009, 185 (189 ff. mwN).

⁸ Verluste sind betriebswirtschaftlich wie steuerlich Vermögenseinbußen. Nach ihrer wirtschaftlichen Art unterscheidet man zeitweilige Verluste, wie Anlauf- und Durchlaufverluste, und endgültige Verluste, die zur Einstellung des Betriebs führen. Verluste können sich auch auf einzelne abgegrenzte Geschäftsvorhaben beziehen, vgl. RITTER, FR 1978, 397.

⁹ § 15a EStG wurde bereits bei seiner Einführung als kompliziert und „geschwätzig“ kritisiert. Er hat sich seitdem als sehr konfliktträchtig erwiesen. Durch das JStG 2009 wurde die Vorschrift um Abs. 1a ergänzt, mit der vom Gesetzgeber nicht für vertretbar gehaltene Verlustnutzungen ausgeschlossen werden sollen. Damit „korrigiert“ der Gesetzgeber die BFH-Rechtsprechung. Die sanktionierten „nachträglichen Einlagen“ werden jedoch im Regelfall geleistet, um das Unternehmen in schlechter Ertragslage lebensfähig zu erhalten. Warum der Gesetzgeber solche Krisenmaßnahmen sanktioniert, ist kaum einzusehen, vgl. WENDT, Stb 2009, 1 ff.

¹⁰ Ablehnend BUCHHEISTER, der eine umfassende Verlustbeschränkung auf die „gleiche Tätigkeit“ fordert, DSz 1997, 556 ff.

¹¹ Die Richtervorlage des X. Senats des BFH zur Rückstellungsbegrenzung für Jubiläumszuwendungen in der Steuerbilanz (§ 5 Abs. 4 EStG) war seit 1999 beim BVerfG anhängig, vgl. DRÜEN, Ubg 2009, 23 Fn 10. Nach 10 Jahren entschied der 2. Senat am 12. Mai 2009 einstimmig, dass kein Verstoß gegen Art. 3 GG vorlag (2 BvL 1/00).

¹² Für verfassungswidrig hält diese Regelung LANG, in: TIPKE/LANG (19. Aufl. 2008) § 9 Rn. 506 f.; ENGLISCH, StuW 2007, 221 ff.

ten zur Verlustverrechnung erlauben aus Gründen der Steuergerechtigkeit seit jeher auf unterschiedlichste Art und Weise eine Erweiterung dieser Abschnittsbesteuerung.¹³ Seit 1999 kennt Deutschland ein Konzept der Mindestbesteuerung.¹⁴ Sie ist seit 2004 in § 10d EStG geregelt.¹⁵ Der Verlustrücktrag¹⁶ ist im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht auf 1 Jahr und auf max. 511.500 EUR (Ehegatten: 1.023.000 EUR) beschränkt (§ 10d Abs. 1 EStG).¹⁷

Nicht ausgeglichene Verluste, sind in den folgenden Veranlagungszeiträumen bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von 1 Million EUR (2 Millionen) – Mittelstandskomponente – unbeschränkt, darüber hinaus nur mehr zu 60 % abzugsfähig (§ 10d Abs. 2 EStG).¹⁸ Die Gewerbesteuer übernimmt die Vorschrift zum Verlustvortrag (§ 10a GewStG); sie kennt aber keinen Verlustrücktrag.

¹³ Das Pr.EStG 1891 trug Einkommensschwankungen Rechnung, indem auf den „Durchschnitt der drei der Veranlagung unmittelbar vorangegangenen Jahre“ abgestellt wurde; so auch der Vorschlag von DZIADKOWSKI (Diskussionsbeitrag), in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), S. 143.

¹⁴ StEntlG 1999/2000/2002, § 2 Abs. 3 S. 2 – 8 EStG wurden vom BFH nach Art. 100 GG dem BVerfG vorgelegt, BFH v. 6.9.2003 – XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 „Weder Zeitnot noch die vom Gesetzgeber selbst gewählte Komplexität der Mindestbesteuerung noch die für den Gesetzesvollzug einsetzbare Datenverarbeitungstechnik heilen die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips (...) Allein in § 2 Abs. 3 Sätze 2 ff. EStG kumulieren sämtliche Merkmale einer dem Gebot der Klarheit widersprechenden Norm: Eine gehäufte Verwendung sprachlich kaum abgrenzbarer unbestimmter Rechtsbegriffe, eine umfangreiche Textlänge, ein unübersichtlicher Gesetzaufbau, ein unklarer Satzbau, eine Häufung und Stufung von Regelausnahme-Techniken, Mehrfachverweisungen und widersprüchliche Rechtsfolgenanordnungen“ – Az. BVerfG 2 BvL 59/06.

¹⁵ Die allgemeine Mindeststeuer löst die einkunftsbezogene Verlustbeschränkung nach § 2 Abs. 3 EStG ab. Die Neuregelung betrifft insbesondere Kapitalgesellschaften, weil sie im Gegensatz zu Personenunternehmen – abgesehen von einer steuerlichen Organschaft – nicht die Möglichkeit haben, etwaige Gewinne der Anteilseigner gegenzurechnen, vgl. WATRIN/WITTKOWSKI/ULLMANN, StuW 2008, 238 ff. – mit rechtsvergleichender Analyse.

¹⁶ Erstmals wurde ein Verlustrücktrag (carry back) 1976 in das deutsche Einkommensteuerrecht ab dem VZ 1975 – wegen der besonders schlechten Konjunkturlage – eingeführt, vgl. KELLERBACH, Die steuerliche Betriebsprüfung 1976, 249 ff.; zu den Verfahrensproblemen sowie rechtsvergleichend (USA) vgl. SCHICK (1976). Die übrigen europäischen Staaten kennen überwiegend keinen Verlustrücktrag, vgl. Anhang VII zu KOM(2006) 824; WATRIN/ULLMANN/WITTKOWSKI, Ubg 2008, 557 (565).

¹⁷ Die allgemeine Beschränkung des Verlustrücktrags wird überwiegend für verfassungskonform gehalten, vgl. RÖDER, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2009), S. 268 f.; 281 mwN. Die Haushaltslage des Bundes, der Länder und v.a. der Gemeinden lassen einen (unbeschränkten) Rücktrag nicht zu. Im JStG 2009 ist eine verlängerte Rücknahme des Antrags nach § 34a Abs. 1 EStG (Thesaurierungsbegünstigung für einbehaltene Gewinne bei Personengeschaftern) vorgesehen, um unbillige Härten durch den Eintritt unerwarteter Verluste im Folgejahr abzumildern (vgl. BT-Druck 220/07, S. 102). Der Verlustrücktrag nach § 10d Abs. 1 S. 2 EStG kann dann vom Personengeschafter geltend gemacht werden, vgl. MEYER/STERNER, Ubg 2008, 733 ff.; WENDT, Stb 2009, 1 ff.

¹⁸ SCHUCH, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), S. 64 FN 13. Verfahrensrechtlich ergeben sich Fragen zur gesonderten Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags nach § 10d Abs. 4 EStG vgl. ETTLICH, DB 2009, 18 ff. zu BFH v. 17.9.2008 – IX R 70/06; BFH v. 10.7.2008 – IX R 90/07.

Aus der Beschränkung der interperiodischen Verlustverrechnung ergeben sich Fragen zur intersubjektiven Verlustverrechnung, namentlich in den Fällen der Unternehmensnachfolge.

1.1.2. Mindestbesteuerung

1.1.2.1. Allgemein

Die soeben dargestellte Regelung zur deutschen Mindestbesteuerung gilt seit 2004 im Einkommensteuerrecht für natürliche Personen und Körperschaften sowie im Gewerbesteuerrecht. Sie erfährt vielfache Kritik. Die zeitliche Streckung von Verlusten kann zur Folge haben, dass die Verlustverrechnung endgültig abgeschnitten wird, wenn der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt oder stirbt. Bereits der Monatsbericht der Deutschen Bundesbank von Dezember 2002 führte aus:

„Mit der ... Einschränkung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten wird die unternehmerische Risikobereitschaft tendenziell geschwächt und das Investitionsklima belastet. In einem *neutralen Steuersystem*¹⁹ sollte sich der Staat in gleicher Weise – d.h. in voller Höhe und zeitnah – an Gewinnen und Verlusten beteiligen“.

Neben den ökonomischen Gefahren²⁰ wird die Vorschrift des § 10d Abs. 2 EStG vielfach auch als verfassungswidrig angesehen. Sie verstoße gegen das objektive und subjektive Nettoprinzip. Besonders betroffen seien zyklische Branchen, langfristige Fertigungsfälle, Projektgesellschaften, Arbeitsgemeinschaften, Leasing-Objektgesellschaften, Branchen mit hoher Kapitalintensität, Existenzgründungen sowie Sanierungsfälle.²¹

2006 hat der Deutsche Juristentag daher beschlossen:

„Sowohl der Verlustausgleich als auch der Verlustabzug sind als Ausprägungen des Nettoprinzips systemgerechte Folgerungen der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und keine Steuervergünstigungen. (...) Die in § 10 d II EStG niedergelegte ‚Mindestbesteuerung‘ muss vom Gesetzgeber zurückgenommen werden“²²

1.1.2.2. Restriktive Auslegung²³

Eine restriktive Auslegung der Vorschriften über die Mindestbesteuerung wird aktuell für die Fälle der Verlustschedules (§§ 15 Abs. 4 S. 2; 22 Nr. 3 S. 4; 23 Abs. 3

¹⁹ Zu Entscheidungsneutralität vgl. MUSIL/LEIBOHM, FR 2008, 807 ff.; RÖDER, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (2009), S. 401 ff.

²⁰ GROTHERR, BB 1998, 2337 ff.; HERZIG/WAGNER, DStR 2003, 225 ff.

²¹ WATRIN/WITTKOWSKI/ULLMANN, StuW 2008, 238 (240 mwN); LANG/ENGLISCH, StuW 2005, 3 ff.; dies. Rechtsgutachten im Auftrag der Deutschen Bauindustrie eV u.a. AA SCHMEHL, Verlustverrechnungsbeschränkungen mit Mindestbesteuerungseffekt (2004).

²² Sitzungsbericht Q, München 2006, 168.

²³ Der 11. Senat des BFH ließ am 9.5.2001 – XI B 151/00, BFH/NV 2001, 1078 (1080) offen, ob die Mindestbesteuerung auch bei „echten“ Verlusten verfassungsgemäß sei oder insbesondere das objektive Nettoprinzip verletzt sei (dazu unter 1.4.2.).

S. 8; 15b; 20 Abs. 6 EStG etc.)²⁴ und für Liquidationsbesteuerung nach § 11 KStG²⁵ vertreten.

HAHNE geht davon aus, dass eine betragsmäßige Beschränkung des Verlustrücktrags sowie generell die Grundsätze der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 2 EStG bei den speziellen einkunftsartenbezogenen Verlusten (Verlustschedules) keine Anwendung finden. Diese speziellen Vorschriften hätten zeitlich bereits vor den Regeln zur Mindestbesteuerung bestanden und dienten dazu, bestimmte Tätigkeiten zu sanktionieren. Würde man die Regelungen zur Mindestbesteuerung anwenden, wären die Steuerpflichtigen sogar gezwungen, ihre Tätigkeit im unerwünschten Bereich auszubauen.

GEIST weist auf die Gefahr (endgültig) untergehender Verlustvorträge in Liquidationsfällen hin. Er ist der Auffassung, dass im Gegensatz zu § 8c KStG und § 12 Abs. 3 UmwStG, bei der Liquidation gerade keine Rechtsnachfolge durch Vermögensübertragung vorliegt und daher ein Verlustvortrag uneingeschränkt verrechnet werden muss, um eine übermäßige Besteuerung zu verhindern.

1.1.2.3. Gewerbesteuer, § 10a GewStG

§ 10a GewStG regelt den Gewerbeverlust. Die Regeln zur Mindestbesteuerung führen zu einem definitiven Wegfall des Verlustausgleichs, wenn die Unternehmens- oder Unternehmeridentität (teilweise) entfällt.²⁶

Unternehmensidentität wird abgeleitet aus dem Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer. Sie bedeutet, dass die Gewerbeverluste in dem Gewerbebetrieb entstehen müssen, in dem sie abgezogen werden sollen. Wenn ein Unternehmer daher mehrere Gewerbebetriebe betreibt, ist der Verlustabzug auf den jeweiligen Gewerbebetrieb beschränkt.²⁷

Unternehmeridentität bedeutet Personenidentität. Gem. § 10a S. 7 GewStG kann bei einem Übergang des Gewerbebetriebs als Ganzes (§ 2 Abs. 5 GewStG) der neue Unternehmer die Verluste nicht nutzen. Dies betrifft insbesondere Erb- und Umwandlungsfälle.²⁸ Aus dem Erfordernis der Unternehmeridentität kann man ableiten, dass (nur) der Unternehmer selbst das Recht zum Verlustabzug hat. Für Personengesellschaften ergibt sich das Erfordernis der Unternehmeridentität aus § 10a S. 5 GewStG.²⁹ Anders als der Einzelunternehmer besitzt die Personengesellschaft jedoch stets einen einheitlichen Gewerbebetrieb, so dass zumindest verschiedenen (Teil-) Betrieben ein Verlustausgleich möglich ist. Dem Einzelunternehmer ist diese Möglichkeit verwehrt. Eine zusätzliche „Verlustvernichtung“ (in Bezug auf Umwandlungsfälle) führte der Gesetzgeber mit dem JStG 2009 ein, indem er die Aus-

²⁴ HAHNE, FR 2008, 897 ff.

²⁵ GEIST, GmbHR 2008, 969 ff.

²⁶ V. TWICKEL, in: BLÜMICH, GewStG, § 10a Rn. 64, 81, 88; KLEINHEISTERKAMP, in: LENSKI/STEINBERG, GewStG, § 10a Rn. 18ff.; 69 ff.

²⁷ FROTSCHER, KStG/GewStG 2. Aufl. 2008, Rn. 701.

²⁸ FROTSCHER, KStG/GewStG 2. Aufl. 2008, Rn. 700.

²⁹ FROTSCHER, KStG/GewStG 2. Aufl. 2008, Rn. 704 f.

lagerung eines Betriebes einer Körperschaft in eine mitunternehmerische Personengesellschaft sanktioniert, falls zusätzlich ein Anteilseignerwechsel iSv § 8c KStG vorliegt (§ 10a S. 10 GewStG 2009).³⁰

In einem rechtskräftigen Urteil des FG München nimmt das Gericht zutreffend einen Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip sowie gegen das Übermaßverbot an, wenn die Verlustausgleichsbeschränkung des § 10a GewStG beim Gesellschafterwechsel zu einer definitiven Kappung des Verlustausgleichs führt.³¹

1.1.2.4. Sanierungsfälle

Die Steuerbefreiung für Sanierungsgewinne wurde für nach dem 31.12.1997 endende Wirtschaftsjahre abgeschafft (§ 3 Nr. 66 EStG a. F.). Im Sanierungserlass³² gewährt die Verwaltung bislang Ausnahmen im Billigkeitswege, wobei für gewerbesteuerliche Billigkeitsmaßnahmen allein die Gemeinden zuständig sind. Zwischen den Finanzgerichten besteht Streit über die Rechtmäßigkeit und die Reichweite des Sanierungserlasses.

Das FG München hält den Erlass für rechtswidrig.³³ Es bestehe ein ausdrücklich abweichender Wille des Gesetzgebers und das BMF maße sich an, die abgeschaffte Rechtslage faktisch wieder in Kraft zu setzen. Dagegen spricht allerdings bereits die Gesetzesbegründung mit der § 3 Nr. 66 EStG abgeschafft wurde. Danach sollte lediglich eine systemwidrige Doppelberücksichtigung von Verlusten und steuerfreien Sanierungsgewinnen verhindert werden. Nach der Einführung der Mindestbesteuerung besteht die gegenteilige Gefahr einer Nichtberücksichtigung und der Gesetzgeber sollte eine Sanierungsklausel wieder einführen.³⁴

Das FG Köln hingegen wendet den Sanierungserlass auch in dem Fall an, dass nach Verrechnung der Verlustvorträge noch Buchgewinne vorhanden sind und es wegen der Betriebsaufgabe zu keiner weiteren Verrechnungsmöglichkeit kommen kann. Die Gesellschafter sollen vorhandene Schulden abtragen und wieder in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen leben können. Die Beschränkung des Sanierungserlasses greife zu kurz und verletze den Gleichheitsgrundsatz.³⁵

³⁰ Der Zinsvortrag wurde in diesem Zusammenhang ebenfalls erfasst (§ 4h Abs. 5 S. 3 EStG), vgl. HOFFMANN, DStR 2009, 257 ff.

³¹ FG München, Beschl. v. 31.7.2008 – 8 V 1588/08, rkr, DStRE 2009, 100 ff.

³² BMF-Schreiben vom 27.3.2003, BStBl I 2003, 240.

³³ v. 12.12.2007 – 1 K 4487/06, EFG 2008, 615. – Rev. anhängig VIII R 2/08.

³⁴ KANZLER, FR 2008, 1116 f.; Stellungnahme des IDW, Ubg 2009, 222 (224).

³⁵ FG Köln v. 24.4.2008 – 6 K 2488/06, EFG 2008, 1555 – Rev. anhängig X R 34/08.

1.2. Vererblichkeit von erlittenen Verlusten

1.2.1. Großer Senat vom 17.12.2007³⁶

Das deutsche Einkommensteuerrecht kennt keine allgemeine gesetzliche Regelung für den Fall, dass der Erblasser steuerliche Verlustvorträge hinterlässt.³⁷ Die Rechtsprechung hat diese Gesetzeslücke in der Vergangenheit unterschiedlich behandelt. 1962 wich der BFH von der bisherigen Rechtsprechung des RFH ab und erklärte den Verlustvortrag für vererblich.³⁸ Er stellte auf das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB; § 45 AO) ab und erklärte dieses Prinzip auch als beachtlich für das Steuerrecht (sog. *Fortsetzungsthese*).³⁹ Der Übergang der Verluste auf die Erben sollte allerdings voraussetzen, dass diese durch die Verluste auch wirtschaftlich belastet sind.⁴⁰

Im Beschluss vom 29.3.2000 erklärte der I. Senat (unter Vorsitz von FRANZ WASSERMEYER) Zweifel an diesem Ergebnis und fragte beim IV., VIII. und XI. Senat an, ob sie an der Auffassung festhalten.⁴¹ Im Urteil vom 16.5.2001 (nun unter dem Vorsitz von DIETMAR GOSCH) verwarf der I. Senat seine Bedenken und hielt an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Die Vererblichkeit des Verlustvortrags wirke insbesondere im wirtschaftlichen Ergebnis einer „Überbesteuerung“ entgegen.⁴² Der XI. Senat stellte am 10.4.2003 ebenfalls eine Divergenzanfrage, die der I. Senat

³⁶ GrS 2/04, BFHE 220, 129, BStBl. II 2008, 608; ZEV 2008, 199 m. Anm. RÖDER; BIRNBAUM, DB 2008, 778; DÖTSCH, DStR 2008, 641; ders. HFR 2008, 439; EICH, ErbStB 2008, 182; PAUS, FR 2008, 452; SCHULE/KNIEF, BB 2008, 1046; WÄLZHOLZ, DStR 2008, 1769; WITT, BB 2008, 1199. Die Verwaltung teilte mit, dass das Urteil erst ab Verkündung des Beschlusses (12. März 2008) angewandt wird, BMF – IV C 4 – S 2225/07/0006. Zu dem Aspekt „Vertrauensschutz“ vgl. auch BFH v. 22.10.2003 – I ER – S – 1/03, NJW 2004, 1342 unter 1 aE.; FISCHER, DStR 2008, 697 ff.; KANZLER, FR 2008, 465 f.

³⁷ Nur § 52 Abs. 33 S. 4 EStG regelt den Fall des Ausscheidens eines beschränkt haftenden Gesellschafters mit negativen Kapitalkontos und gilt nur für Verluste, die nicht unter § 15a EStG fallen, vgl. HEINRICH, DStJG 28 (2005), 124, 129 ff.

³⁸ BFH v. 22.6.1962 – VI 49/61 S, BStBl. III, 1962, 386. Ebenso BFH v. 16.5.2001 – I R 76/99 (vgl. v. 22.10.2003 – I ER – S- 1/03).

³⁹ RUPPE, in: DStJG 10 (1987), 45 (51). Die Finanzverwaltung und ihr folgend die Rechtsprechung verlangten allerdings, dass der Erbe auch „wirtschaftlich“ selbst belastet sein muss, z.B. indem der verlustträchtige Betrieb fortgeführt wird. Vgl. BFH v. 5.5.1999 – XI R 1/97, BFHE 189, 57. Ablehnend bereits MÜLLER-FRANKEN, StuW 2004, 109 (120).

⁴⁰ BFH v. 17.2.1961 – VI 66/59 U, BStBl. III 1961, 230; BFH v. 22.6.1962 – VI 49/61 S, BStBl. II 1962, 386. Es sollte ursprünglich im Fall eines Nachlasskonkurses, wenn also die Nachlassgläubiger von den Verlusten betroffen sind, ausgeschlossen werden, dass die Erben von den Verlustvorträgen profitieren. Nach dem Urteil des XI. Senats v. 5.5.1999 (XI R 1/97, BStBl. II 1999, 653) sind aber auch andere Fälle denkbar, in denen es zu keiner wirtschaftlichen Belastung der Erben kommt. Auf das Kriterium der wirtschaftlichen Belastung kann es nach der hier vertretenen Auffassung nicht ankommen, da der Verlust selbst ein vermögenswertes Gut ist.

⁴¹ I R 76/99, BStBl. II 2000, 622. Eine (steuerbefreite) Stiftung als Erbin einer verstorbenen Kommanditistin machte einen Verlustvortrag nach § 10d EStG geltend.

⁴² I R 76/99, NJW 2001, 3726. Zu den methodischen Grundfragen vgl. OSTERLOH, Jahrbuch des öffentlichen Rechts (2008), S. 141 ff.

ablehnte indem er ausdrücklich an der Vererblichkeit festhielt.⁴³ Der angerufene Große Senat (Berichterstatter FRANZ DÖTSCH) gab dann am 17.12.2007 – in Abkehr zur mittlerweile mehr als 45 Jahre alten Rechtsprechung – den Grundsatz der Vererblichkeit von Verlustvorträgen auf. Er argumentierte mit den Prinzipien des deutschen Einkommensteuerrechts:

1.2.1.1. Personensteuer

Die Einkommensteuer sei eine Personensteuer. Sie erfasse die im Einkommen zu Tage tretende Leistungsfähigkeit. Die personale Anknüpfung der Einkommensteuer garantiere die Verwirklichung des verfassungsrechtlich fundierten Gebots der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Die einzelne natürliche Person sei Zurechnungssubjekt der von ihr erzielten Einkünfte (§ 2 Abs. 1 EStG). Die persönliche Steuerpflicht ende mit dem Tod. Erblasser und Erbe seien verschiedene Rechtssubjekte.⁴⁴

Dagegen lässt sich anführen, dass das Prinzip der Personen-/Subjektsteuer gerade mit der in § 6 Abs. 3 EStG angeordneten *Buchwertfortführung* sowie z.B. auch in den §§ 23 Abs. 1 S. 2; 17 Abs. 1 S. 4 EStG durchbrochen wird. Der Erbe kann danach in die *objektbezogenen* Tatbestände eintreten.⁴⁵ Ferner zeigt die Zusammenveranlagung der Ehegatten (§ 26b EStG), dass das Gesetz die Verlustnutzung durch andere Personen/Steuersubjekte ausdrücklich zulässt.⁴⁶

Zutreffend ist, dass der Verlustabzug beim Erben in Widerspruch zu dem Grundsatz der Individualbesteuerung steht. Die Verluste haben die finanzielle Leistungsfähigkeit des Erblassers und nicht die des Erben gemindert. Der Anspruch auf Verrechnung der Verluste erwächst aus dem Gebot der Nettobesteuerung. Er beschränkt sich deshalb seiner Natur nach auf den, der den Verlust erlitten hat. Andererseits lässt es sich mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit auch nicht vereinbaren, dass Verluste in Erbfällen steuerlich vollständig unter den Tisch fallen. Der Erblasser hätte dann, bezogen auf seine Lebenszeit, eine überhöhte Steuerlast zu tragen, die nicht seinem tatsächlichen erzielten Einkommen entspricht. Dieses Er-

⁴³ XI R 54/99, BFH/NV 2003, 1364 und BFH v. 22.10.2003 – I ER – S – 1/03, NJW 2004, 1342.

⁴⁴ So schon stets KEUK, *StuW* 1973, 74 (84 f.); KNOBBE-KEUK, *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht* (9. Aufl. 1993) § 8 III (S. 307); LORITZ, *Einkommensteuerrecht* (1988) Rn. 1186; FG Schleswig-Holstein v. 21.9.1999 – III 23/95, EFG 1999, 1221 mwN; RING, *DSiZ/A* 1981, 24 (27). Zustimmend WITT, *BB* 2008, 1199 (1200); HEY, *Vortrag* v. 15. Juni 2009 am Max-Planck-Institut in München.

⁴⁵ Bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ergibt sich eine völlig neue Interessenlage. Während es den Steuerpflichtigen bislang darum ging, sofort abzugsfähige Werbungskosten zu erhalten, kann es in Zukunft so sein, dass – jedenfalls bei älteren Steuersubjekten – Anschaffungskosten oder Herstellungskosten gewünscht sind, weil dies ein Fall des § 11d EStDV ist, nach dem der Erbe weiterhin in die Rechtsposition des Erblassers einrückt, vgl. CREZELIUS, *ZEV* Tagung 24.10.2008, S. 3. Das gleiche gilt für Betriebsvermögen im Rahmen der Gewinneinkünfte.

⁴⁶ WENDT, *DSiG* 28 (2005), 41 (62 f.; 68). Im Falle der Zusammenveranlagung erkannte auch der RFH v. 26.10.1933 – VI A 2067/32, *RSiBl.* 1934 S. 404 den Übergang auf den überlebenden Ehegatten an, vgl. ENNO BECKER (1940) S. 334.

gebnis lässt sich auch nicht mit dem Prinzip der Periodenbesteuerung rechtfertigen. Während dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit als Ausprägung des Gleichheitssatzes Verfassungsrang zukommt, ist die Besteuerung nach Kalenderjahren nur ein Notbehelf für die Praxis, der Verstöße gegen den Gleichheitssatz nicht rechtfertigen kann.⁴⁷

1.2.1.2. Kostentragungsprinzip

Es entspreche den allgemeinen Grundsätzen des Einkommensteuerrechts, dass ein Steuerpflichtiger Aufwendungen für und Verluste eines Dritten nicht geltend machen kann. Nur der vom Steuerpflichtigen selbst erbrachte Aufwand sei abzugsfähig. Nicht hingegen sog. Drittaufwand.

Dagegen spricht, dass diese Auffassung in der aktuellen Rechtsprechung des BFH immer weiter in Frage gestellt wird. Zuletzt konnte eine Mutter Reparaturaufwendungen für das Miethaus ihres Sohnes selbst in Auftrag geben und bezahlen und trotzdem lagen Werbungskosten des Sohnes vor.⁴⁸

1.2.1.3. Überbesteuerung/“Totalitätsprinzip“ stehe nicht entgegen

Ferner könne der Ausgleich einer Überbesteuerung beim Erblasser nicht durch eine „Unterbesteuerung“ beim Erben ausgeglichen werden. Dabei lässt der Große Senat das Spannungsverhältnis zwischen dem Abschnittsprinzip und dem abschnittsübergreifenden Nettoprinzip dahinstehen, da jedenfalls ein interpersoneller Verlustausgleich nicht aus dem Nettoprinzip verlangt werden könne. Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung stehe der Grundsatz der Individualbesteuerung einer Nutzung der Verluste des Erblassers durch den Erben entgegen.

Dagegen spricht, dass das abschnittsübergreifende Nettoprinzip dann zumindest direkt beim Erblasser zu berücksichtigen ist und seine Verluste im Todesfall zu einer vermögenswerten Rechtsposition iSd Art. 14 GG erstarken, die zumindest vererbt werden können, wenn der Gesetzgeber keine andere Lösung – *de lege ferenda* – schafft.

1.2.1.4. Rechtsgedanke aus § 24 Nr. 2 EStG ist nicht übertragbar

§ 24 Nr. 2 EStG erklärt Einkünfte aus einer ehemaligen Tätigkeit für steuerbar, auch wenn sie dem Steuerpflichtigen als Rechtsnachfolger zufließen. Diese Sonderkonstellation der so genannten gespaltenen Tatbestandsverwirklichung ist nach Ansicht des Großen Senats nicht übertragbar, da der jeweilige Tatbestand bereits voll durch den Erblasser verwirklicht worden war.

(Nachträgliche) Betriebsausgaben und Werbungskosten werden im Rahmen des § 24 Nr. 2 EStG berücksichtigt. Bereits vorab vom Erblasser verwirklichte Verlustvorträge nicht zu berücksichtigen erschiene gerade hier offensichtlich systemwidrig. Nachdem die Verlustvorträge seit 2004 aber nicht mehr einkunftsartenmäßig ermit-

⁴⁷ TIPKE, Steuerrechtsordnung, Band II (2. Aufl. 2003) S. 755 f.; PAUS, BB 1999, 2584 (2585).

⁴⁸ BFH v. 15.1.2008 – IX R 45/07, DStR 2008, 495. Die Fälle des abgekürzten Vertragswegs behandelt der IX. Senat damit gleich den Fällen des abgekürzten Zahlungswegs. Für die Frage der persönlichen Leistungsfähigkeit sei die Mittelherkunft unerheblich.

telt werden, kann nur die umfassende Verlustberücksichtigung beim Erben zu sachgerechten Ergebnissen führen.

1.2.1.5. Keine Zuordnung des Verlustabzugs zu einer bestimmten Einkunftsquelle

Schließlich betont der Große Senat den höchstpersönlichen Charakter der Steuerposition „Verlustvortrag“.⁴⁹ Sie stelle lediglich einen Rechenschritt auf dem Weg zur Ermittlung des zu versteuernden Einkommens, nicht hingegen ein Merkmal dar, welches einer konkreten einzelnen Einkunftsquelle anhaftet. Während Schulden negative Wirtschaftsgüter sind, sollen negative Einkünfte (Verluste) lediglich unlöslich mit der Person des Einkünftebezieher verbundenen Besteuerungsgrundlagen sein.

Dies zeige sich gerade daran, dass etwa der Vermächtnisnehmer, der ggf. den Gegenstand, der aufgrund von (zum Verlustvortrag führenden) Abschreibungen unterbewertet ist und bei dem sich ein etwaiger Veräußerungsgewinn steuerlich auswirken würde, nicht auch den Verlustvortrag erben kann. Dieser geht allein auf die Erben über. Das Objekt und der Verlust fallen auseinander.⁵⁰

1.2.1.6. Stellungnahme

Grundsätzlich spricht gegen die Auffassung des Großen Senats die ausdrückliche Regelung in §§ 2 Abs. 5 S. 1, 10a S. 3 GewStG (*Unternehmeridentität*), die den gewerbsteuerlichen Verlustvortrag für unvererblich erklärt.⁵¹ Ebenso bestehen in den anderen Steuergesetzen Spezialvorschriften zum Verlustuntergang (z.B. § 8c KStG; 12 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG). Im Umkehrschluss sollte der einkommensteuerliche Verlustvortrag generell vererblich sein, sofern der Gesetzgeber nicht auf andere Weise – m.E. vorzugswürdig – die Verlustberücksichtigung beim Erblasser selbst gewährleistet. Bloße Billigkeitsmaßnahmen, wie sie die Literatur⁵² und zum Teil die Rechtsprechung⁵³ vorschlagen, reichen nicht aus, um dem Vermögenscharakter eines Verlustvortrags gerecht zu werden. Eine Billigkeitslösung würde einen zusätzlichen Willküraspekt schaffen.

Aus der Rechtsprechungsänderung ergeben sich schließlich geradezu absurde Konsequenzen: Bei „älteren“ Vermietern wird nicht mehr eine Qualifikation von Ausgaben als Werbungskosten (sofort in voller Höhe abzugsfähig) angestrebt, sondern vielmehr eine Zurechnung zu den Herstellungskosten, um etwaigen Erben zumindest eine jährliche Abschreibung zu ermöglichen. Ferner gehen gerade die

⁴⁹ So bereits KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auf. 1993, § 8 III (S. 307); TRZASKALIK, StuW 1979, 97; RUPPE, DSJG 10 (1987), 45 (94 f.); STRNAD, FR 1998, 1053; BEISER, DSrR 2000, 1505; v. GROLL, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), 23 (32 f.); MÜLLER-FRANKEN, StuW 2004, 109. Zustimmend jetzt DÖTSCH, DSrR 2008, 641 ff.; WITT, BB 2008, 1199 ff.

⁵⁰ DÖTSCH, DSrR 2008, 641 (643 f.).

⁵¹ AA DÖTSCH, DSrR 2008, 641 (645 f.), der in § 10a GewStG eine Grundaussage des Gesetzgebers – gegen den Verlustübergang – sieht.

⁵² RING, DSrZ/A 1981, 24 ff.

⁵³ BFH v. 29.3.2000 – I R 76/99, BStBl. II 2000, 622 unter III.d.

„bösen Verluste“, die der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 15a EStG sanktionieren wollte, im Erbfall über und können auch noch vom Erben genutzt werden!

1.2.2. Auswirkungen der Entscheidung auf „Objektbezogene Verluste“

Die Entscheidung des Großen Senats betraf Verluste nach § 10d EStG. Offen sind die Fälle, in denen die Verlustverrechnung auf eine bestimmte Einkunftsquelle beschränkt ist (v.a. §§ 15a, 15b EStG). Hier gingen die Verluste bislang sogar bei einer lebzeitigen Übertragung der Einkunftsquelle auf den Rechtsnachfolger über.⁵⁴ Dabei handelt es sich um eine noch intensivere Durchbrechung des Grundsatzes der Individualbesteuerung, weil die Steuerpflichtigen deren Herbeiführung selbst in der Hand haben. Andererseits würden gerade diese Verluste beim Rechtsvorgänger häufig regelmäßig verfallen.⁵⁵

Die unentgeltliche Übertragung eines Kommanditanteils (oder eines vergleichbaren Mitunternehmeranteils) sowohl von Todes wegen als auch unter Lebenden führt dazu, dass der (Einzel- oder Gesamt-)Rechtsnachfolger gem. § 6 Abs. 3 EStG die Buchwerte und damit – spiegelbildlich – auch ein vorhandenes negatives Kapitalkonto fortführt. Die vom Rechtsvorgänger nicht ausgenutzten verrechenbaren Verluste iSv § 15a Abs. 2 und Abs. 3 S. 4 EStG gehen auf den Rechtsnachfolger über. Diese ständige Rechtsprechung⁵⁶ des BFH wird durch die Entscheidung v. 17.12.2008 nach Auffassung von FRANZ DÖTSCH nicht tangiert. Der verrechenbare Verlust nach § 15a EStG sei unlösbar mit dem betreffenden Kommanditeil (oder vergleichbaren Mitunternehmeranteil) verknüpft. Es handele sich um eine streng objektbezogene Verlustvorschrift.⁵⁷ Denkbar erscheint daher, dass der BFH weiterhin aufgrund der gegebenen „Objektbezogenheit“ der Verluste eine Ausnahme vom Prinzip der Individualbesteuerung macht.⁵⁸

Im Rahmen des 60. Fachkongress der Steuerberater am 22. Oktober 2008 erklärte WERNER SEITZ (FM Baden-Württemberg), dass im Rahmen des §§ 15a, 15b EStG die Vererblichkeit weiterhin möglich sein soll. Die Rechtsprechung des Großen Senats solle allerdings für Verluste nach §§ 22, 23 EStG gelten. Noch unklar sei sich die Verwaltung, wie Verluste nach §§ 2a, 15 Abs. 4 S. 5-8 EStG zu behandeln seien.

⁵⁴ BMF v. 17.7.2005, IV B 2 – S 2241b/07/0001, DStR 2007, 1350 Tz. 25.

⁵⁵ RÖDER, ZEV 2008, 205.

⁵⁶ BFH v. 11.5.1995 – IV R 44/93, BFHE 177, 466; v. 10.3.1998 – VIII R 76/96, BFHE 186, 50; hL WAKKER in SCHMIDT, 27. Aufl. 2008, § 15a Rn. 234 mwN.

⁵⁷ HFR 2008, 437 (439 f.) Anm. DÖTSCH. DÖTSCH, DStR 2008, 641 (646); BFH v. 11.5.1995 – IV R 44/93, BFHE 177, 466 unter 4.

⁵⁸ RÖDER, ZEV 2008, 205.

1.2.3. Gestaltungen

Juristen und Steuerberater diskutieren zahlreiche Gestaltungen im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung.⁵⁹ Die zielgerichtete Gestaltung zur Verlustnutzung stellt dabei grundsätzlich keinen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) dar.⁶⁰ Vorgeschlagen wird die (frühzeitige) Umwandlung (künftig) verlusttragender Einzelunternehmen in eine Kapitalgesellschaft, da § 8c KStG, nach der Auffassung des BMF, im Erbfall grundsätzlich keine Anwendung findet, solange er unentgeltlich erfolgt.⁶¹ Problematisch ist die Erbauseinandersetzung. Hier liegt Entgeltlichkeit vor, wenn Abfindungszahlungen an Erben geleistet werden, weil sie im Wert geringere Vermögensgegenstände aus dem Nachlass erhalten, als ihnen nach ihrer Erbquote zusteht.⁶² Denkbar erscheint auch den Betrieb des Erblassers rückwirkend unter Ansatz des gemeinen Werts in eine GmbH oder eine Personengesellschaft einzubringen (§§ 20 Abs. 5; 24 Abs. 4 UmwStG) und dadurch stille Reserven aufzudecken. Ob der Erbe rückwirkend die Aufgabe eines verpachteten bzw. ruhenden Gewerbebetriebs erklären kann (vgl. R 139 Abs. 5 Satz 10 EStR), erscheint zweifelhaft.⁶³ Ist im Einzelfall der Eintritt der Erbfolge vorauszusehen, bieten sich naturgemäß weiterreichende Möglichkeiten, z. B. der Verkauf des Betriebs an Angehörige oder Fremde oder die Veräußerung festverzinslicher Wertpapiere, insbesondere Zero-Bonds, bei denen die Zinsen sonst erst dem Erben zufließen würden.⁶⁴

1.2.4. Reformvorschlag: Ebene des Erblassers

Wegen des zwingenden Übergangs stiller Reserven im Falle der unentgeltlichen Übertragung eines ganzen Betriebs gehen zukünftig im Erbfall Verlustvorträge des Erblassers unter, obwohl Verrechnungspotential in Gestalt stiller Reserven vorhanden ist. Um den Wegfall des Verlustübergangs im Erbfall zu kompensieren sollte daher *de lege ferenda* die Möglichkeit geschaffen werden, die Buchwerte des Erblassers aufzustocken.⁶⁵ Dadurch wird Verlustverrechnungspotenzial zur Nutzung der Verluste geschaffen und der Erbe könnte vom erhöhten Abschreibungsvolumen profitieren. Dies bedeutet einen Beitrag zur Entschärfung der systemwidrigen Doppelbelastung des Erben im Falle des Übergangs nicht realisierter Einkünfte in Form von stillen Reserven.⁶⁶

⁵⁹ WÄLZHOLZ, DStR 2008, 1769; PILTZ, ZEV 2008, 376 ff.; PAUS, FR 2008, 452; STRAHL, 60. Fachkongress Köln 2008, S. 399; KANZLER, FR 2008, 465 f.;

⁶⁰ BFH v. 19.8.1999 – I R 77/96, BStBl. II 2001, 43.

⁶¹ BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001 Rz. 4 Satz 2, GmbHR 2008, 883.

⁶² WEBER-GRELLET, in: SCHMIDT, § 17 Rn. 84; GOSCH, in: KIRCHHOFF, § 17 Rn. 158. Als Gestaltung empfehlen sich Vermächtnisse, vgl. THONEMANN, DB 2008, 2156 – dort auch zur vorweggenommenen Erbfolge.

⁶³ PAUS, BB 1999, 2584 (2586).

⁶⁴ PAUS, BB 1999, 2584 (2586).

⁶⁵ RÖDER, ZEV 2008, 205; Vorschläge für die technische Umsetzung gibt bereits HEINZ, BB 2003, 337 (339 f.). Ablehnend MÜLLER-FRANKEN, StuW 2004, 109 (121 f. mwN).

⁶⁶ RÖDER, ZEV 2008, 169.

Darüber hinaus sollte die Verlustrücktragsmöglichkeit erweitert werden.⁶⁷ RÜDIGER V. GROLL schlägt vor, den Erbfall als Rücktragstatbestand zu normieren. Dem Erben stehe dann ein Steuererstattungsanspruch zu (es besteht die Befugnis einen Erstattungsanspruch geltend zu machen, § 45 AO). Besondere Verfahrensprobleme, z.B. im Hinblick auf Pflichtteilsberechtigte, sind dadurch nicht zu erwarten.

In der Wirtschaftswissenschaft wird schließlich allgemein die Einführung „handelbarer Verlustscheine“ diskutiert.⁶⁸ Diese wären natürlich auch vererblich. Bislang ist der Vorschlag jedoch nicht aufgegriffen worden. AXEL NAWRATH lehnte ihn jüngst explizit ab. Aus Sicht des Gesetzgebers sei eine solche „steuerliche Begünstigung“ für eine Volkswirtschaft nicht erforderlich. Er will dabei die „volkswirtschaftlichen Kategorien“ betonen. Es werde für die Wirtschaftsteilnehmer künftig nicht mehr ausreichen, lediglich betriebswirtschaftliche Kriterien in den Vordergrund ihrer Risikoabschätzung zu stellen.⁶⁹

1.3. Verluste von Kapitalgesellschaften und Anteilseignerwechsel

1.3.1. § 8c KStG⁷⁰

Über § 8 Abs. 1 KStG findet die Mindestbesteuerung des § 10d EStG auch für Körperschaften Anwendung. Zusätzliche Anforderungen an den Verlustvortrag stellt § 8c Abs. 1 KStG. Danach führt ein Anteilseignerwechsel unter folgenden Voraussetzungen zum anteiligen oder vollen Untergang des Verlustabzugs:

Übertrag

- innerhalb von 5 Jahren
- mittelbar oder unmittelbar
- mehr als 25 % bis zu 50 % (quotaler) / über 50 % (totaler Verlustuntergang)
- des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, von Beteiligungsrechten oder der Stimmrechte an einer Körperschaft
- an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen oder eine Erwerbergruppe (Erwerberkreis).

§ 8c KStG tritt an die Stelle von § 8 Abs. 4 KStG mit dem der Gesetzgeber den sog. Mantelkauf sanktionieren wollte, d.h. den Erwerb von „Verlustmänteln“ zum ausschließlichen Zweck der Verrechnung mit zukünftigen Gewinnen. Die Altregelung zeigte sich als gestaltungsanfällig und wurde daher ersetzt. Der neue § 8c KStG stößt auf einhellige Ablehnung in der Literatur⁷¹ und gehöre in die „Wolfs-

⁶⁷ RÖDER, ZEV 2008, 205; KOBLENZER, ZEV 2006, 402.

⁶⁸ SCHNEIDER, BB 1988, 1222 ff.

⁶⁹ NAWRATH, DStR 2009, 2 (4) – süffisante Kritik übt LEMPENAU, DStR-Aktuell 8/2009 VI.

⁷⁰ UntStRefG 2008 v. 14.8.2007, ab VZ 2008

⁷¹ BLÜMICH/BRANDIS, § 8c KStG Rn. 22; DRÜEN, Ubg 2009 23 (28); BREINERSDORFER, StuW 2008, 216 (225); DÖRFLER/WITTKOWSKI, GmbHR 2007, 513 (514); v. FREEDEN, in: SCHAUMBURG/RÖDDER, S. 522; FROTSCHER/MAAS, KStG/UmwStG, § 8c KStG Rn. 5 ff. (11); HANS, FR 2007, 775 (779 ff.); HEY, BB 2007, 1303 (1306); SCHWEDHELM, GmbHR 2008, 404 (405 f.), der sich auf die juristische Seminararbeit von stud. jur. MARTIN BOß bezieht; SUCHANEK/HERBST, FR 2007, 863 (869 f.); WIESE, DStR 2007, 741 (744).

schlucht“⁷². Er wird als wesentliches Investitionshindernis angesehen. Insbesondere fehlen eine Konzern- und eine Sanierungsklausel.⁷³ Rechtssystematisch handelt es sich um eine Durchbrechung des zivilrechtlichen Trennungsprinzips und der steuerrechtlichen Steuersubjektfähigkeit der Körperschaft. Der Gesetzgeber argumentiert, die wirtschaftliche Identität einer Gesellschaft werde durch den Anteilseignerwechsel und das Engagement eines anderen Anteilseigners geändert.⁷⁴ Damit verkennt er die Eigenart der juristischen Person, die gerade vom Anteilseignerbestand unabhängig ist. In der Finanzverfassung ist mit dem Dualismus von Körperschaft- und Einkommensteuer eine Grundentscheidung für dieses Trennungsprinzip vorgegeben, womit sich der Gesetzgeber dem Vorwurf der fehlenden Folgerichtigkeit aussetzt.⁷⁵ Nachdem der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft Verluste derselben generell nicht persönlich nutzen kann (hierin besteht gerade der grundlegende Unterschied zum Personengesellschafter), scheint es offenkundig unbillig, die Verlustnutzung vom Wechsel der Anteilseigner abhängig zu machen.

Die Praxis diskutiert als Gestaltung die Realisierung von steuerlichen Gewinnen bei der Verlustgesellschaft durch die Aufdeckung von stillen Reserven (Veräußerung, Entnahme bzw. Entstrickung von Wirtschaftsgütern) oder den Einsatz von Sale-and-lease-back-Strukturen, wobei die Leasingraten allerdings einer gewerbesteuerlichen Hinzurechnung unterliegen (16,25 % der Leasingraten bei beweglichen, 5 % bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern). Außerdem kann statt Fremdkapitalaufnahme ein Genussrecht ausgegeben werden, das nur zu erfüllen ist, soweit zukünftig Einnahmen oder Gewinne anfallen (§ 5 Abs. 2a EStG). Ferner wird die Nutzungseinlage in Form eines unentgeltlichen Darlehens von der Mutter an die Tochtergesellschaft vorgeschlagen, weil dadurch Ertragspotenzial der Verlust-Tochtergesellschaft zugeführt werden kann. Gleiches gilt für das steuerneutrale Übertragen eines ertragreichen Teilbetriebs auf die Verlust-Tochtergesellschaft (§§ 15 bzw. 20 UmwStG). Die Verschmelzung einer Gewinn-Tochtergesellschaft auf ihre Verlust-Mutter bzw. auf die Verlust-Schwestergesellschaft ist ebenfalls möglich. Hybride Rechtsformen, wie die KGaA, werden zur Verlustnutzung und Gesellschafter-Fremdfinanzierung vorgeschlagen.⁷⁶ Die Verrechnung von Gewinnen und Verlusten verschiedener Gesellschaften ist in Deutschland durch Bildung einer steuerlichen Organschaft (§§ 14 ff. KStG) möglich.

⁷² Zitat WOLFGANG SCHÖN anlässlich der 60. Steuerrechtlichen Arbeitstagung der Fachanwälte für Steuerrecht am 11. Mai 2009 in Wiesbaden (3. Generalthema: Die Kapitalgesellschaft in der Krise).

⁷³ Eine Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG-E) sieht jetzt das „Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung“ BR-Drs. 168/1/09 v. 23.3.2009 (lediglich) für Fälle der unmittelbaren Anteilsübertragung vor.

⁷⁴ BT-Drs. 16/4841, S. 76. Eine rückwirkende Verlustnutzung wurde durch das JStG 2009 in §§ 2 Abs. 4; 20 Abs. 6 S. 4 UmwStG eingeschränkt, vgl. SISTERMANN/BRINKMANN, DStR 2008, 2455 ff.

⁷⁵ BLÜMICH/BRANDIS, § 8c KStG Rn. 22; DRÜEN, Ubg 2009 23 (28).

⁷⁶ KOLLRUSS/WEIßBERT/ILIN, DStR 2009, 88 ff.

1.3.2. Erbfall und vorweggenommene Erbfolge

Das BMF-Schreiben zu § 8c KStG⁷⁷ sieht vor:

„Der Erwerb seitens einer natürlichen Person durch Erbfall einschließlich der unentgeltlichen Erbaueinandersetzung und der unentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge wird von § 8c KStG nicht erfasst; dies gilt nicht, wenn der Erwerb in auch nur geringem Umfang entgeltlich erfolgt.“⁷⁸

Daraus ergeben sich folgende Fragen:

1.3.2.1. Kollision mit dem Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG

Die Voraussetzung einer vollunentgeltlichen Übertragung ist steuerlich zu beurteilen. D.h. die Vermögensübertragung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die einkommensteuerrechtlich als unentgeltlich qualifiziert wird, sollte auch für Zwecke des § 8c KStG als unschädlich gelten.⁷⁹ Die Frage, ob die Voraussetzungen des Sonderausgabenabzugs für Renten/dauernde Lasten vorliegen, hat unmittelbare Bedeutung für § 8c KStG. Nach der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 1a S. 2 lit. c EStG idF des JStG 2008 kann als Wirtschaftseinheit gegen Versorgungsleistungen nur noch eine mindestens 50%-GmbH-Beteiligung mit Geschäftsführungsfunktion übertragen werden. Fehlt es hieran, ist die Übertragung auch ein nach § 8c KStG schädlicher Anteilseignerwechsel.⁸⁰

1.3.2.2. Erwerbergruppe

Im direkten Widerspruch zu § 8c KStG steht § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG (2009). Danach gehören die Anteile an einer Kapitalgesellschaft zum begünstigten Vermögen, wenn

„die Kapitalgesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums hat und der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als 25 Prozent unmittelbar beteiligt war (Mindestbeteiligung). Ob der Erblasser oder Schenker die Mindestbeteiligung erfüllt, ist nach der Summe der dem Erblasser oder Schenker unmittelbar zuzurechnenden Anteile und der Anteile weiterer Gesellschafter zu bestimmen, wenn der Erblasser oder Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterlie-

⁷⁷ BMF v. 4.7.2008 – IV C 7– S 2745-a/08/10001 Rz. 4 Satz 2, GmbHR 2008, 883.

⁷⁸ Die Ausnahme für erbfallbedingte Vorgänge ist damit enger gefasst als zu § 8 Abs. 4 KStG, da die Verwaltung nunmehr volle Unentgeltlichkeit fordert. Andererseits ist sie auch weiter, da sie auch die vorweggenommene Erbfolge erlaubt. Schädlich sind Abstandszahlungen an den Übertragenden, Gleichstellungsgelder an Dritte, die Übernahme privater Verbindlichkeiten und sogar die Übertragung auf eine gemeinnützige Stiftung. MÖHLENBROCK, in: RÖDDER/MÖHLENBROCK, Ubg 2008, 595 (598 FN 42) hält ebenfalls nur die Ausnahme für den Erwerb von Todes wegen für dogmatisch begründet. Im Übrigen (vorweggenommene Erbfolge) enthalte das BMF-Schreiben eine Billigkeitsregelung.

⁷⁹ Ebenso CREZELIUS, ZEV Tagung 24.10.2008, S. 8.

⁸⁰ LEVEDAG, GmbHR 2009, 13 ff.

gende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nichtgebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben.“⁸¹

Damit ist eine kapitalgesellschaftsrechtliche Beteiligung nur dann begünstigt, wenn der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Gesellschaft zu mehr als 25 % beteiligt war. CREZELIUS sieht eine rein schuldrechtliche Poolvereinbarung⁸², die aus erbschaftsteuerrechtlichen Motiven – um die Anwendung des § 13b ErbStG zu erreichen – geschlossen werden als unschädlich im Sinne des § 8c KStG an.⁸³ Dies könnte der erklärten Intention des Gesetzgebers, das Steueraufkommen zu sichern und etwaigen Gestaltungsmissbrauch vorzubeugen, widersprechen.⁸⁴

1.3.2.3. Schenkung

Das BMF nimmt nur die Fälle der unentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge vom Anwendungsbereich des § 8c KStG aus. Seit 2001 werden die Begriffe Schenkung und vorweggenommene Erbfolge im Regelfall synonym behandelt. Die alte Abgrenzungsfrage zu § 13a ErbStG könnte nun im Rahmen des § 8c KStG wieder relevant werden. Im Schenkungs- und Übertragungsvertrag sollte daher kenntlich gemacht werden, dass es sich um eine Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge handelt. Auch dann bleiben allerdings Zweifel, ob die – vom BFH entwickelte – restriktive Definition der vorweggenommenen Erbfolge als einem materiell dem Erbanfall vergleichbaren Sachverhalt entspricht.⁸⁵

1.3.3. Forschung und Entwicklung in Deutschland

Die bisher aufgezeigte Rechtslage ist besonders nachteilig für die Forschung und Entwicklung in Deutschland. Das Forschungs- sowie das Wissenschaftsministerium sind deshalb auf Bundesebene mit den Verlustbeschränkungen befasst.⁸⁶ Allgemein wird in Deutschland eine intensive Debatte um Forschung und Entwicklung geführt. KESSLER/NAUMANN/EICKE/OTTER⁸⁷ sowie die Arbeitsgruppe „STEUERLICHE FUE-FÖRDERUNG“⁸⁸ fordern in diesem Zusammenhang nicht nur auf staatliche Direkthilfen i.S. von Subventionen zu setzen, sondern auch auf steuerliche Anreize u.a.:

⁸¹ Eine Ausnahme gilt nach § 13b Abs. 2 ErbStG wenn das Betriebsvermögen zu mehr als 50 % aus Verwaltungsvermögen besteht.

⁸² Zur vertraglichen Ausgestaltung einer Poolvereinbarung vgl. WEBER/SCHWIND, ZEV 2009, 16 ff.; KREKLAU, BB 2009, 751 ff.

⁸³ CREZELIUS, ZEV Tagung 24.10.2008, S. 18; ebenso HANNES/v. FREEDEN, Ubg 2008, 624 ff. mit Nachweisen zum Streitstand in Fn 53.

⁸⁴ THONEMANN, DB 2008, 2156 (2159).

⁸⁵ Ausführlich THONEMANN, DB 2008, 2156 (2157 f.).

⁸⁶ HAARMANN (Diskussionsbeitrag) in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), 141 f.

⁸⁷ KESSLER/NAUMANN/EICKE/OTTER, DB 2008 1172 ff; 1237 (1240); ENDRES, PIStb 2008, 266 (269).

⁸⁸ SPENGLER u.a., Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland (2008), 37 f.; DERS., DSfR 2009, 179 ff.

- Eine Ausnahme in der Verlustverrechnungsregelung des § 8c KStG für Beteiligungswechsel im Zusammenhang mit F&E-Investitionen.
- Für Verlustvorträge aus F&E-Aufwendungen soll es generell eine Ausnahme im Rahmen der Mindestbesteuerung (§ 10d EStG) geben, um Forschungsunternehmen, die nach Verlustjahren wieder Gewinne erwirtschaften, die Möglichkeit zu geben, die steuerliche Belastung zu glätten.

Die Arbeitsgruppe „STEUERLICHE F&E-FÖRDERUNG“⁸⁹ stellt fest, dass der deutsche Steuergesetzgeber in den vergangenen Jahren die Möglichkeiten zum Ausgleich und zum Abzug von Verlusten massiv einschränkte. Damit seien zugleich „substanzielle Anreize gegen Forschung und Entwicklung gesetzt worden.“ Gerade die Mindestbesteuerung nach § 10d EStG, also die zeitliche Streckung der Verrechnungsmöglichkeiten führe zu erheblichen Liquiditätsnachteilen. Darüber hinaus besteht mit § 8c KStG eine „Strafvorschrift“, die sich v.a. auf Unternehmen auswirkt, die erhebliche Aufwendungen in Forschungs- und Entwicklungsprojekte getätigt haben und vor einem vollem Ausgleich der Kosten durch Einnahmen neue Gesellschafter aufnehmen wollen. Dies betrifft massiv kleine Technologie-Unternehmen, die nach Eintritt der Entwicklungs- oder Herstellungsreife eines innovativen Produkts zusätzliches Eigenkapital benötigen, so dass wesentliche Anteile übernommen werden sollen. Eine solche wirtschaftlich sinnvolle Neustrukturierung wird durch § 8c KStG behindert.

Im Rahmen des Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.08.2008 BGBl. I S. 1672; Geltung ab 19.08.2008 wurde das Gesetz zur Förderung von Wagniskapitalbeteiligungen = Wagniskapitalbeteiligungsgesetz (WKBG) geschaffen und zugleich das KStG sowie das GewStG geändert. Dem § 8c KStG wurde folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Ein nach Absatz 1 nicht abziehbarer Verlust kann im Falle eines unmittelbaren schädlichen Beteiligungserwerbs an einer Zielgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 3 des Wagniskapitalbeteiligungsgesetzes vom 12. August 2008 (BGBl. I S. 1672) in der jeweils geltenden Fassung durch eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft (§ 2 Abs. 1 des Wagniskapitalbeteiligungsgesetzes) anteilig abgezogen werden, soweit er auf stille Reserven des steuerpflichtigen inländischen Betriebsvermögens der Zielgesellschaft entfällt (abziehbarer Verlust). Gleiches gilt im Falle eines unmittelbaren schädlichen Beteiligungserwerbs an einer Zielgesellschaft von einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft durch einen Erwerber, der keine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft ist, wenn

1. die Zielgesellschaft bei Erwerb der Beteiligung ein Eigenkapital von nicht mehr als 20 Millionen Euro aufweist oder
2. die Zielgesellschaft bei Erwerb der Beteiligung ein Eigenkapital von nicht mehr als 100 Millionen Euro aufweist und die den Betrag von 20 Millionen Euro übersteigende Erhöhung des Eigenkapitals auf den Jahresüberschüssen der der Veräußerung vorangegangenen vier Geschäftsjahre beruht;

⁸⁹ SPENGLER u.a., Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland (2008), 45 ff.

der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Beteiligung an der Zielgesellschaft durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft darf vier Jahre nicht unterschreiten. Der nach Satz 1 abziehbare Verlust kann im Jahr des schädlichen Beteiligungserwerbs zu einem Fünftel im Rahmen des Verlustabzugs nach § 10d des Einkommensteuergesetzes abgezogen werden; dieser Betrag erhöht sich in den folgenden vier Jahren um je ein weiteres Fünftel des nach Satz 1 abziehbaren Verlustes.“

Das Inkrafttreten dieser Vorschrift steht unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Kommission (Art. 87 EGV).⁹⁰ Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Jahresteuergesetz 2009 angeregt, diese Regelung auf alle Unternehmen auszuweiten, d.h. die Nutzung von Verlustvorträgen nach einem Beteiligungserwerb auf die vor Beteiligungserwerb vorhandenen stillen Reserven zu begrenzen. Die Regelung bleibt allerdings hinter den Anforderungen an eine effizienzfördernde Ausgestaltung der Verlustverrechnungsregeln zurück und es besteht weiterer Reformbedarf gerade im Interesse innovativer Gesellschaften.

Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz v. 17.10.2008⁹¹ sieht vor, dass § 8c KStG auf den Finanzmarktstabilisierungsfonds generell keine Anwendung findet (Art. 14) und der Gesetzgeber räumt auch hier ein, dass § 8c KStG zu weit reicht und kann sein neues „System“ nicht durchhalten. Die vollkommene Konzeptionslosigkeit zeigt sich schließlich in der Neuregelung zum kommunalen steuerlichen Querverbund, wonach Versorgungsbetriebe und Bäderbetriebe einer Gebietskörperschaft unter bestimmten Voraussetzungen einen Betrieb gewerblicher Art bilden können und dann aufgrund der Zusammenfassung der Verlustausgleich nicht beschränkt ist, während im übrigen eine Spartenbetrachtung anzustellen ist.⁹²

Das vom BVerfG kürzlich im Urteil zur Pendlerpauschale⁹³ wiederholt geforderte Mindestmaß an Prinzipien- oder Systemorientierung fehlt. Gerade die Finanzmarktkrise sollte Anlass für den Gesetzgeber sein, die Vorschrift des § 8c KStG komplett zu streichen, bevor das BVerfG hierzu entscheiden muss.⁹⁴

⁹⁰ ROSER, DSStR 2008, 77 (80 f.).

⁹¹ BGBl I 2008, 1982 (1985 f.).

⁹² HÜTTEMANN, FR 2009, 308 (311 f.). Zur Rechtslage JStG 2009 vgl. auch MÜLLER-GATERMANN, FR 2009, 314 (320).

⁹³ V. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, NJW 2009, 48 ff. m.Anm. MÜLLER-FRANKEN.

⁹⁴ DRÜEN, Ubg 2009, 23 (29). Entsprechend bittet der Bundesrat die Bundesregierung um Prüfung der Vorschrift, zum Prüfauftrag vgl. SCHMITT, Wpg 2008, 1163 (1167). Die Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG 1996 i.d.F. des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform (BGBl. I 1997, 2590) legte der I. Senat des BFH am 8.10.2008 dem BVerfG vor (I R 95/04), weil auf Körperschaften, die ihre wirtschaftliche Identität vor dem 1. Januar 1997 verloren haben, die Regelung bereits 1997 anzuwenden ist, dagegen für Körperschaften, die ihre wirtschaftliche Identität erstmals im Jahr 1997 vor dem 6. August verloren haben, erst im Jahr 1998.

1.3.4. Umwandlung und Organschaft

1.3.4.1. SEStEG

In bestimmten Umwandlungsfällen ging von 1995 bis 2006 ein verbleibender Verlustabzug des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger über. Damit sollten Umwandlungen erleichtert werden. Ein Übergang der Verlustabzugsberechtigung auf ein anderes Steuersubjekt war möglich im Rahmen der Verschmelzung von Körperschaften (§ 12 Abs. 3 S. 2 UmwStG a.F.) sowie in den Fällen der Auf- oder Abspaltung einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft (§ 15 Abs. 1, 4 UmwStG).

Anlässlich der Europäisierung des Umwandlungssteuerrechts mit dem SEStEG⁹⁵ fallen Verluste seit 2007 in folgenden Fällen fort:⁹⁶

- Verschmelzung/Teilverschmelzung von Kapitalgesellschaften (§ 12 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG, § 19 Abs. 2 UmwStG)
- Quotal in Fällen der Abspaltung (§ 15 Abs. 3, § 19 Abs. 2 UmwStG)
- Allgemein der Vermögensübergang zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft (§ 4 Abs. 2 S. 2, § 16 S. 1, § 18 Abs. 1 S. 2, § 23 UmwStG). Der Formwechsel zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft wird dabei wie ein Vermögensübergang gewertet (§§ 9, 25 UmwStG)

Der Nichtübergang von Verlusten und Verlustvorträgen ist mit dem SEStEG zu einem allgemeinen Prinzip des Umwandlungssteuerrechts geworden.⁹⁷

Von dem Übertragungsverbot betroffen sind sowohl verrechenbare Verluste als auch ein verbleibender Verlustabzug iSd § 10d Abs. 4, § 2a Abs. 1 S. 5 und des § 15 Abs. 4 EStG und nicht ausgeglichene negative Einkünfte sowie Zinsüberhänge im Rahmen der Zinsschranke (§§ 4h EStG, 8a KStG).⁹⁸ Mit der Streichung der Verlustübertragungsmöglichkeit wollte der Gesetzgeber insbesondere vermeiden, dass bei grenzüberschreitendem Hereinverschmelzen unter Berufung auf EG-Recht verlangt wird, auch Auslandsverluste in Deutschland zu berücksichtigen. Diese Sorge findet aber keine Rechtfertigung in der Fusionsrichtlinie.

Nach Art. 6 FRL verlangt die Verlustberücksichtigung nur im Rahmen von Betriebsstätten der übernehmenden Gesellschaft im Übertragungsstaat. Das Problem des Imports ausländischer Verluste in den Fällen der Sitzverlegung vom EU-Ausland nach Deutschland ist damit nicht gelöst. Gleiches gilt für die durch das Verfahren *Marks & Spencer* aufgeworfene Frage, ob im Ausland definitiv⁹⁹ steuerlich nicht

⁹⁵ Das SEStEG setzt die Änderungsrichtlinie zur Fusionsrichtlinie v. 19.2.2005, 2005/19/EG um. Vgl. ORTH, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 11 Rn. 455 ff.

⁹⁷ RÖDDER/HERLINGHAUS/VAN LISHAUT, Einf. Rn 50; BIRKEMEIER, in: RÖDDER/HERLINGHAUS/VAN LISHAUT, UmwStG 2008, § 4 Rn. 57. Zur Kritik vgl. RÖDDER, in: RÖDDER/HERLINGHAUS/VAN LISHAUT, UmwStG 2008, § 12 Rn. 107 mwN.

⁹⁸ RÖDDER, in: RÖDDER/HERLINGHAUS/VAN LISHAUT, UmwStG 2008, § 12 Rn. 104; DÖTSCH, in: DÖTSCH/JOST/PUNG/WITT, UmwStG § 12 (SEStEG) Rn. 52.

⁹⁹ Zu endgültigen Verlusten vgl. MAYR, BB 2008, 1816 ff.

nutzbare Verluste einer Tochtergesellschaft bei der deutschen Mutter berücksichtigt werden müssen.¹⁰⁰

1.3.4.2. Organschaft

Die bisher dargestellte Rechtslage zu § 8c KStG sowie zu den Umwandlungsfällen lässt die Organschaft als besonders bedeutsam erscheinen. Sofern eine körperschaftsteuerliche Organschaft besteht, fallen die Verluste bei dem Organträger an, da die laufenden Gewinne und Verluste diesem gem. § 14 Abs. 1 S. 1 KStG zugerechnet werden. Gleiches gilt für die Gewerbesteuer, § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG. Umstrukturierungen im Konzern können dann keinesfalls zum Verfall der Verlustvorträge führen, da die Tochter- und Enkelgesellschaft, mit Ausnahme der vororganschaftlichen¹⁰¹ Verluste, keine Verluste ausweisen können.

1.4. Verfassungsrecht

Das Grundgesetz enthält kein „kleines Steuergesetz“ und der Gesetzgeber besitzt einen umfassenden Gestaltungsfreiraum auch im Hinblick auf die periodenübergreifende Verlustberücksichtigung.¹⁰² Die – international vergleichsweise weit entwickelte – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt jedoch bestimmte Schranken.¹⁰³ Die Grundrechte der Bürger werden auch im Steuerrecht durchgesetzt.¹⁰⁴ Verluste betreffen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (1.4.1) und die Frage nach der idealtypischen Besteuerung des Lebens-/Erwerbseinkommens (1.4.2). Da Verluste Ergebnis eines wirtschaftlichen Engagements sind, sind die Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12, 14 GG) zu beachten (1.4.3).

¹⁰⁰ EuGH v. 13.12.2005, DStR 2005, 2168; vgl. RÖDDER/SCHUMACHER, DStR 2006, 1525 (1533). DÖRFLER/RAUTENSTRAUCH/ADRIAN, BB 2006, 1657 sprechen sich für die Bekämpfung des Verlustimports mittels streng einzelfallbezogenen Missbrauchsvorschriften aus.

¹⁰¹ Zu den Problemen der vororganschaftlichen Verluste vgl. ausführlich FROTSCHER, Der Konzern 2008, 548 ff. Eine Nutzung vororganschaftlicher Verluste ist erst nach Auflösung der Organschaft wieder möglich.

¹⁰² BVerfG v. 22.7.1991 – 1 BvR 313/88, DStR 1991, 1278 – Verfassungsbeschwerde gegen die ehemalige Beschränkung des Verlustvortrags (§ 10d Abs. 4 EStG 1976) abgewiesen; zum Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers vgl. WERNSMANN, in: Zukunftsfragen (2009), 161 ff.

¹⁰³ MELLINGHOFF, Stbg 2005, 1 ff.

¹⁰⁴ Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG im Steuerrecht, vgl. VOGEL, FS 50 Jahre BVerfG, S. 529 ff.; ARNDT/SCHUMACHER, AöR 118 (1993), 513; VOGEL/WALDHOFF, in: Bonner Kommentar, Vorb. zu Art. 104a-115, Rn. 471 ff.; WALDHOFF, Die Verwaltung 41 (2008), 259 ff.; HEY, StJB 2007/2008, 19 ff. Im Steuerrecht besteht eine besondere Situation insoweit, als während der Ära KIRCHHOF (2. Senat, 16. November 1987 – November 1999 – BVerfG-Bände 77–101) eine maßgebliche Literaturmeinung mit dem Richteramt gleichzeitig zur Rechtsprechung wurde. V. a. TIPKE kritisiert, dass sich die Literaturmeinung KIRCHHOF jetzt gerne auf die Rechtsprechung des BVerfG beruft, an der er selbst mitgewirkt hat, vgl. TIPKE, StuW 2002, S. 152 (FN 27), 165 (FN 161).

1.4.1. Gleichheitsgrundsatz – Systemgerechtigkeit/Folgerichtigkeit

Die bereichsspezifische Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG verlangt Belastungsgleichheit im Sinne von Steuergerechtigkeit und damit im Rahmen der direkten Steuern die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.¹⁰⁵ Das objektive Nettoprinzip, das in § 2 Abs. 2 EStG verankert ist, konkretisiert diesen Grundsatz, indem es die Erwerbsaufwendungen für abziehbar erklärt¹⁰⁶ und in § 2 Abs. 3 EStG eine Summenbetrachtung mit automatischer – umfassender – Verlustverrechnung anstellt. Das objektive Nettoprinzip wird im Schrifttum allgemein als verfassungsrechtlich geboten angesehen.¹⁰⁷ Das BVerfG enthält sich einer Stellungnahme.¹⁰⁸ Jedenfalls stellt das objektive Nettoprinzip den „gesetzlichen Regelfall“ der Einkommensteuer dar.¹⁰⁹ Aus Art. 3 Abs. 1 GG und aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, dass der Gesetzgeber sich an ein bestehendes System halten muss.¹¹⁰ D.h. der Gesetzgeber muss die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig umsetzen.¹¹¹ Dies erfordert prinzipiell eine vollständige, zeitlich unbegrenzte Verlustkompensation.¹¹² Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben verletzt der Gesetzgeber mittlerweile durch zahlreiche Vorschriften. Gerade die Verlustberücksichtigung scheint der Gesetzgeber als „Steuervergünstigung“ anzusehen, obwohl sie aus dem objektiven Nettoprinzip heraus geboten ist.¹¹³ Folgerichtigkeit hat in der Rechtsprechung zum Steuerrecht eine über 40-jährige Tradition. Auch gegenüber dem Steuergesetzgeber fordert das BVerfG über das Willkürverbot hinaus nicht nur einen „nachvollziehbaren“, sondern weiter nach „hinreichend sachlichen Grün-

¹⁰⁵ BVerfGE 43, 1; 84, 239; 105, 17; WALDHOF in Zukunftsfragen (2009) 125 (129 mwN); aA KRUSE, *StuW* 1991, 322 (327 f.).

¹⁰⁶ JACHMANN, *Steuergerechtigkeit durch Abziehbarkeit von Erwerbsaufwendungen*, in: BRANDT (2005), S. 59 ff.

¹⁰⁷ TIPKE, *Steuerrechtsordnung*, Band II (2. Aufl. 2003) S. 763 ff. mwN; DRÜEN, *StuW* 2008, 3 ff.; LEHNER, *DStR* 2009, 185 ff. mwN; SCHULZE-OSTERLOH, *DStJG* 23 (2000), S. 67 (69); SCHÖN, *StuW* 1995, 366 (368); ders. *FR* 2001, 381 (382).

¹⁰⁸ Zuletzt im Verfahren zur Pendlerpauschale: BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvR, *NJW* 2009, 48 ff. m. Anm. MÜLLER-FRANKEN.

¹⁰⁹ BECK (2003), S. 120.

¹¹⁰ SCHÖN, *FR* 2001, 381 (383).

¹¹¹ BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvR, *NJW* 2009, 48 ff. – Pendlerpauschale; PAPIER, *DStR* 2007, 973 ff.; SCHÖN, *Steuerpolitik* 2008 – Das Ende der Illusionen, Beihefter zu *DStR* 17 (2008), 10 (14); TIPKE, *StuW* 2007, 201; BECK (2003), S. 132 mwN.

¹¹² v. GROLL, in: LEHNER, *Verluste im internationalen Steuerrecht* (2003), 23 (34). Seine Forderung nach der Gleichbehandlung der Einkunftsarten ist spätestens mit Einführung der Abgeltungsteuer obsolet, da der Gesetzgeber nunmehr offenkundig das Prinzip der synthetischen Einkommensteuer aufgegeben hat, dazu MÖNIKES (2006), S. 17 f. mwN.

¹¹³ HERZIG, in: LEHNER, *Verluste im internationalen Steuerrecht* (2003), 37 ff.; BIRK, *Steuerrecht* (11. Aufl. 2008), Rn. 616; KIRCHOF, in: KIRCHHOF/SÖHN/MELLINGHOFF, § 2 EStG Rn. C 120; LANG, in: TIPKE/LANG (19. Aufl. 2008), § 9 Rn. 54, 61; MÖNIKES (2006) S. 17; LEHNER, *DStR* 2009, 185 ff.; WENDT, *DStJG* 28 (2005), 41 (53 f.) hält weder den horizontalen noch den vertikalen Verlustausgleich für geboten – allerdings verlangt das objektive Nettoprinzip auch seines Erachtens einen intertemporalen Verlustausgleich.

den“.¹¹⁴ Soweit Steuergesetze für verfassungswidrig erklärt wurden, war regelmäßig der Maßstab der Folgerichtigkeit von entscheidender Bedeutung.¹¹⁵

1.4.2. Idealtypische Besteuerung nach dem Lebenseinkommen (Totalitätsprinzip)

Die betriebswirtschaftliche Steuerlehre kennt den Grundsatz „In der Totalperiode ist der Gewinn immer gleich“ und meint damit, dass unabhängig davon, ob der Unternehmer bilanziert (Gewinnermittlung gem. §§ 4 Abs. 1, 5 EStG) oder nach § 4 Abs. 3 EStG eine Einnahme-/Überschussrechnung anfertigt, immer der gleiche Totalgewinn zu versteuern ist. Dieses Prinzip der Totalgewinnleichheit gilt auch im Steuerrecht¹¹⁶ und auch für Überschusseinkünfte und auftretende Verluste.¹¹⁷ Im Rahmen der Überschusseinkünfte und für den § 4 Abs. 3-Rechner gilt zwar mit § 11 EStG das Zu- und Abflussprinzip, die Steuerlast soll bei Steuerpflichtigen mit gleichem Einkommen aber gleich sein, egal, in welchen Perioden das Einkommen erwirtschaftet wird. Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist am „Lebenseinkommen“ ausgerichtet. Ein völliger Ausschluss des interperiodischen Verlustausgleichs verstößt nach überwiegender Meinung gegen das (objektive) Nettoprinzip und damit zugleich gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitende steuerliche Gleichbehandlungsgebot.¹¹⁸ Verluste und Unternehmensnachfolge betreffen unmittelbar die Frage nach der richtigen Besteuerung des Lebenseinkommens. Während eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich nicht stirbt und sich bei ihr diese Frage nicht stellt, geht es bei natürlichen Personen um die Frage, ob ihre Leistungsfähigkeit in der Zeit richtig gewürdigt wurde, oder ob bloße Zufälligkeiten im Zeitablauf sich auf die Steuerlast auswirken sollen. TIPKE und LANG sehen im Prinzip der Totalgewinnleichheit daher ein materielles Prinzip der Besteuerung, das dem bloßen technischen Prinzip einer Abschnittsbesteuerung vorgeht.¹¹⁹ Diese Argumentation wurde im Schrifttum mit dem Hinweis auf die notwendige Abwägung von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sowie staatliche Effizienz abge-

¹¹⁴ DRÜEN, in: TIPKE/KRUSE, § 3 AO Rn. 44 ff.; LEHNER, DStR 2009, 185 ff. Differenzierend HEY, StbJB 2007/2008, 19 (37).

¹¹⁵ BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvR, NJW 2009, 48 ff. – Penderlerpauschale; BVerfGE 105, 73 (125 ff.) – Alterseinkünfte; E 107, 27 (46 ff.) – doppelte Haushaltsführung; E 117, 1 (30 ff.) – Erbschaftsteuerbeschluss; v. 17.4.2008, BvL 4/05, Rz. 43 – § 13 ErbStG Wählervereinigung. MICHAEL spricht in diesem Zusammenhang vom „Gebot der Belastungsgleichheit im wirtschaftlichen Wettbewerb“ vgl. MICHAEL, JZ 2008, 875 ff. Zur Wettbewerbsgleichheit umfassend ENGLISCH, Wettbewerbsgleichheit (2007), 3. Kap. Teil C.

¹¹⁶ RITTER, FR 1978, 397 (398) „allgemein bekannt“! Grundlegend TIPKE, Steuerrechtsordnung Band I (2. Aufl. 2000), 503 ff; Band II (2. Aufl. 2003), 754 ff.

¹¹⁷ Ablehnend DÖTSCH, DStR 2008, 641 ff.

¹¹⁸ Grundlegend: BVerfG v. 30.9.1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 betreffend § 22 Nr. 3 EStG 1984 ff.; SCHÖN, StuW 1995, 366 (374).

¹¹⁹ TIPKE, Die Steuerrechtsordnung Band II (2. Aufl. 2003), S. 755 f.; MÖNIKES (2006), 32 ff. mwN.

lehnt.¹²⁰ Dabei wurde bislang nicht auf die freiheitsrechtliche Komponente und die Bedeutung der durch Art. 14 GG garantierten Privatnützigkeit eingegangen. Gleichheits- und Freiheitsrechte beeinflussen sich aber gerade im Steuerverfassungsrecht gegenseitig.¹²¹

Noch unklar ist, wie das BVerfG die Einschränkung des objektiven Nettoprinzips durch die Mindestbesteuerung einordnen wird. Rein fiskalische Gründe können eine Durchbrechung nicht rechtfertigen¹²², andererseits ist die Haltung des Gerichts zum materiellen Gehalt der Abschnittsbesteuerung bisher unklar. Man könnte daran denken, dass die bloße zeitliche Streckung von Verlustvorträgen keiner Rechtfertigung bedarf, zumal dann, wenn sie nicht auf einzelne Einkunftsarten begrenzt ist.¹²³

Im Beschluss vom 9.5.2001¹²⁴ zur Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen führte der XI. Senat des BFH eine Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Verlusten ein.¹²⁵ Danach könne der Gesetzgeber differenzieren, aus welchem Grund der Steuerpflichtige Verluste erlitten hätte und ob diese – vornehmlich bei Steuerpflichtigen mit hohen positiven Einkünften – bewusst und planvoll zur Reduzierung der Steuerlasten herbeigeführt worden seien. Solche „unechten“ Verluste müssten nicht zwingend im Verlustentstehungsjahr berücksichtigt werden, wenn sichergestellt sei, dass diese in anderen Veranlagungsjahren von den positiven Einkünften in Abzug gebracht werden könnten. Der Rückgang des Steueraufkommens durch übermäßige Inanspruchnahme der vom Gesetzgeber zum Aufbau der neuen Bundesländer angebotenen „Sonderabschreibungen“ sei ein sachlicher Grund, der eine Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips bei diesen „unechten“ Verlusten rechtfertige.¹²⁶ Auf den tatsächlichen Mittelabfluss stellte der XI. Senat des BFH

¹²⁰ DRÜEN, Periodengewinn und Totalgewinn (1999); ebenso MÜLLER-FRANKEN, *StuW* 2004, 109 (121 f.); WALDHOFF, in: *Zukunftsfragen* (2009), 125 ff.; DÖTSCH, *DStR* 2008, 641 (643); WITT, *BB* 2008, 1199 (1201).

KIRCHHOF, *HbStR V*, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 211 f. – Besteuerung des gegenwärtigen Markteinkommens. Der Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes (2001) sah im Entwurf daher noch keinen Verlustausgleich vor. Nun regelt § 8 allerdings einen 4-jährigen Verlustvortrag (ohne Mindestbesteuerung). In der Begründung (S. 34) heißt es „Das Nettoprinzip erfordert die Möglichkeit, negative Einkünfte in einem VZ auf andere Jahre übertragen zu können.“ Vgl. dazu BERG/SCHMICH, *DStR* 2002, 346 ff.

Zur praktischen Konkordanz vgl. HESSE (20. Aufl. 1995) *Rz* 72 ff.

¹²¹ WALDHOFF, in: *Zukunftsfragen* (2009), 125 (128).

¹²² Ausdrücklich BVerfG v. 9.12.2008 – 2 BvR, *NJW* 2009, 48 ff. – Penderpauschale; DRÜEN, *Ubg* 2009, 23 ff.; HEY, *StJB* 2007/2008, 19 (49).

¹²³ SCHMEHL (2004); HEY, *StJB* 2007/2008, 19 (49).

¹²⁴ XI B 151/00, *BStBl. II* 2001, 552.

¹²⁵ In der Literatur vertreten diese Unterscheidung HOLDORF, *BB* 2001, 2085 (2089); KEMPERMANN, *DSiJG* 28 (2005), 99 (105); WENDT, *DSiJG* 28 (2005), 41 (53 f.); LEHNER, in: LEHNER, *Verluste im internationalen Steuerrecht* (2003), 1 (9); STAPPERFEND, *DSiJG* 24 (2001), 329 (364 f.); VERFÜRTH, *StB* 2003, 362 (363 f.); DERS. *Verlustausgleichsverbote*, 9 f. Abgelehnt wird sie dagegen v. GROLL, in: LEHNER, *Verluste im internationalen Steuerrecht* (2003), 23 (35); ECKHOFF, *DSiJG* 28 (2005), 11 (38 f.); EGGERS, *StuB* 2003, 937 (938); KARRENBROCK, *DB* 2004, 559 (562); SCHULZE-OSTERLOH, in: LEHNER, *Verluste im internationalen Steuerrecht* (2003), 136.

¹²⁶ Vgl. KOHLHAAS, *BB* 2006, 2381 ff.

auch am 25.2.2005¹²⁷ ab. Die Normal-AfA sieht er im Unterschied zur erhöhten Absetzung oder Sonderabschreibung als „echten“ Verlust an.¹²⁸ Außerdem dürfe die Liquiditätsberechnung des steuerlich zu verschonenden Existenzminimums nicht Perioden übergreifend, sondern nur für das Veranlagungsjahr durchgeführt werden.¹²⁹

Die selbst dem „Fachmann nicht mehr hinreichend“¹³⁰ verständliche Norm des § 2 Abs. 3 S. 2 – 8 (VZ 1999 – 2003) legte der BFH am 6.9.2006¹³¹ dann allerdings dem BVerfG vor. Inhalt und Systematik der Vorschrift erschließen sich bei hoher Fehleranfälligkeit allenfalls „mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben“.¹³² Das „abschnittsübergreifende Nettoprinzip“ sieht der vorliegende XI. Senat hier ausdrücklich im Zusammenhang mit der freiheitsrechtlichen Komponente des Art. 14 GG.

1.4.3. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG

Das BVerfG lehnte es im Investitionshilfebeschluss 1954 ab, staatliche Abgabepflichten an der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu messen.¹³³ Als Ausnahme wurden schon früh Geldleistungspflichten mit erdrosselnder Wirkung genannt¹³⁴, wobei eine solche bislang nicht positiv festgestellt wurde.¹³⁵ Entgegen der anerkannten Grundrechtsdogmatik wurde hier die Frage des Schutzbereichs mit der Frage der Rechtfertigung vermenget.¹³⁶ In neueren Entscheidungen lässt das BVerfG die Frage eines Vermögensschutzes durch Art 14 GG ausdrücklich offen und misst nunmehr Einkommen- und Gewerbesteuer an Art 14 GG.¹³⁷ Jedenfalls die Einkom-

¹²⁷ XI B 78/02, BFH/NV 2005, 1279. Vgl. zu diesem Kriterium LEHNER, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), 1 (9)

¹²⁸ BFH v. 7.7.2005 – XI B 231/02, BFH/NV 2005, 178.

¹²⁹ BFH v. 25.2.2005 – XI B 78/02, BFH/NV 2005, 1279.

¹³⁰ Vgl. auch z.B. STAPPERFEND, DSiJG 24 (2001), 329 (371); RAUPACH/BÖCKSTIEGEL, FR 1999, 487 (495); GÜNKEL/HÖRGER/THÖMMES, DSiR 1999, 1873 (1877); LEIS, FR 2004, 53 (54); HOLDORF, BB 2001, 2085 (2092).

¹³¹ XI R 26/04 – Az. beim BVerfG 2 BvL 59/06.

¹³² Erkenntnis des Österreichischen Verfassungsgerichts vom 29. Juni 1990 G 81/82/90 u.a., Sammlung 12420/1990; vgl. KANZLER, FR 2003, 665.

¹³³ BVerfG v. 20.7.1954 – 1 BvR 459/52, BVerfGE 4, 7 – Investitionshilfe; zu diesem „objektbezogenen“ Verständnis vgl. auch BVerfG v. 8.04.1997 – 1 BvR 48/94, BVerfGE 95, 267, NJW 1997, 1975 – Wiedervereinigung, Altschulden. Zur Bedeutung der Eigentumsgarantie im Steuerrecht vgl. TIPKE, Die Steuerrechtsordnung Band I (2. Aufl. 2000), S. 437 ff. mwN; HEY, StJB 2007/2008, 19 (26 ff.); HStR V/KIRCHHOFF § 118 Rn 117 mwN; LANG, Habil, 186 ff.; HÜTTEMANN, StJB 2002/2003, 37 (47).

¹³⁴ BVerfG v. 24.7.1962, 2 BvL 15, 16/61, BVerfGE 14,221 (241); BVerfG v. 24.9.1965, 1 BvR 228/65, BVerfGE 19, 119 (128 f.); vgl. BIRK, in: HÜBSCHMANN/HEPP/SPITALER, § 4 AO Rn. 584 mwN Fn 19.

¹³⁵ HEY, StJB 2007/2008, 19 (27).

¹³⁶ Zur Kritik WALDHOFF, in: Zukunftsfragen (2009), 125 (132 f.).

¹³⁷ BVerfGE 115, 97 ff = NJW 2006, 1191 ff – Obergrenze für Einkommen- und Gewerbesteuer; DI FABIO, JZ 2007, 749 ff.

men- und Gewerbesteuergesetze seien rechtfertigungsbedürftige Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums. Die Frage nach einer Belastungsobergrenze, die PAUL KIRCHHOF im Wortlaut „zugleich“¹³⁸ verortete, scheint angesichts des internationalen Steuerwettbewerbs und den vergangenen Steuersenkungen in Deutschland im Hinblick auf die effektiven Ertragsteuersätze obsolet. Noch offen und ungeklärt sind indes das Zusammenspiel direkte – indirekte Steuern¹³⁹ und – insbesondere – die Frage nach der Verlustberücksichtigung.

1.4.3.1. Verluste als Schutzgut „vermögenswertes Recht“ im Sinne des Art. 14 GG

Verluste beinhalten einen – durch die Entstehung zukünftiger positiver Einkünfte bedingten – Steuerermäßigungsanspruch. Ein vermögenswertes Recht öffentlich-rechtlicher Natur wird von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, wenn es dem Einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen des Eigentümers entspricht.¹⁴⁰ Heute ist anerkannt, dass die Eigentumsgarantie nicht nur körperlich greifbare Sachen schützt, sondern auch geldwerte Forderungen, die der Berechtigte durch Einsatz von Arbeit und Kapital erworben hat. Insbesondere wird daher ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, wenn zuviel Steuer gezahlt wurde, geschützt.¹⁴¹

Der durch einen steuerlichen Verlust vermittelte zukünftige Steuererminderungseffekt stellt einen „ökonomischen Wert“ und damit eine „vermögenswerte Rechtsposition“ dar.¹⁴² Er ist bereits zu einer Anwartschaft (Vorstufe zum Erwerb eines Rechts) erstarkt. Es handelt sich hierbei nicht lediglich um ein bloßes Merkmal/Rechenschritt bei der Besteuerung.¹⁴³ Die Tatsache, dass der steuerliche Verlust grundsätzlich nur vom Steuerpflichtigen genutzt werden kann, bedeutet eine Einschrän-

¹³⁸ KIRCHHOF, VVStRL 39 (1981), 213 ff.; DERS., AÖR 128, (2003), 1 ff.; StuW 1985, 319 ff.; StuW 2006, 3 ff.; TIPKE, Die Steuerrechtsordnung Band I (2. Aufl. 2000), 439 f. m. Nachweisen des Schrifttums zum Halbteilungsgrundsatz. Ablehnend BVerfG FN 137.

¹³⁹ DI FABIO, JZ 2007, 749 (753 “unentrinnbare Konsumbedürfnisse”); HEY, StbJB 2007/2008, 19 (29).

¹⁴⁰ BVerfG v. 3.3.1965 – 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392 – Beurkundungsbefugnis; BIRK/DESENS, StuW 2004, 97 (99 mwN).

¹⁴¹ BVerfG v. 8.10.1985 – 1 BvL 17/83 u.a., E 70, 278 (285) – steuerlicher Erstattungsanspruch, vgl. BIRK/DESENS, StuW 2004, 97 ff.; BVerfG v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, E 115, 97, 112, NJW 2006, 1191 (1193); zu dieser Entscheidung etwa: WERNSMANN, NJW 2006, 1169 ff.; KIRCHHOF, in: HSTR V, 3. Aufl. 2007, § 118 Rn. 121 mwN.

¹⁴² HEY, Steuerplanungsicherheit (2002), 490; MARX, DB 2001, 2364; DERS., FR 2005, 617; PHILIPP, ZEV 2002, 355 (357). MARTEN/WEISER/KÖHLER, BB 2003, 2335 (2338 ff.) sowie KAESER, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), 115 (129) führen die Aktivierungspflicht und damit Argumente aus Bilanzierung und Rechnungslegung an. Dabei wird verkannt, dass die Rechnungslegung lediglich eine abbildende Funktion hat und insoweit ein Zirkelschluss vorläge, vgl. SCHÖN, StuW 1995, 366 (372 ff.); RÖDER (2009), 305 f. Zu „Rechenökonomie“ im Gegensatz zur „Realökonomie“ vgl. MARX, FR 2005, 617 (624 f.).

¹⁴³ So aber GrS 2/04; LEHNER, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), 1 (8); HEINTZEN, DSJG 28 (2005), 163 (175); WENDT, DSJG 28 (2005), 41 (61); MÖNIKES (2006) S. 70 f. mwN.; RÖDER (2009), 305 f.

kung der Verfügungsbefugnisse. Eine solche Einschränkung steht dem Schutz durch Art. 14 GG nicht entgegen. Zwar ist die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand ein wesentliches Merkmal des Eigentums. Jedoch ist es dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres verwehrt, die Verfügungsmöglichkeit einzuschränken. Es besteht kein sachlicher Grund, derart ausgestaltete Rechte vom Schutz der Eigentumsgarantie auszunehmen.¹⁴⁴ Das Kriterium der Eigenleistung ist nicht durchweg eine notwendige Voraussetzung für das Bestehen einer Eigentumsposition.¹⁴⁵

Auch das Anrechnungsguthaben in der Körperschaftsteuer (§§ 36 ff. KStG) hat die Rechtsprechung bereits als vermögenswertes Recht qualifiziert. Die Geltendmachung hängt auch hier davon ab, ob der Steuerpflichtige, also die betroffene Gesellschaft, Gewinne erzielt (und diese dann ausschüttet).¹⁴⁶

Den Verlust als vermögenswertes Rechts anzusehen, bestätigt auch der Blick auf das Gesellschaftsrecht. Gem. § 302 Abs. 1 AktG muss die Konzernobergesellschaft jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag ausgleichen. Das Gesetz sorgt hier für eine konsolidierte Risikoordnung bei qualifizierter Abhängigkeit.¹⁴⁷ Der Verlust bleibt dabei nicht bloße Rechenziffer, sondern hat als realwirtschaftliche Folge einen Liquiditätstransfer und Vermögensverlustausgleich zur Folge.¹⁴⁸

Schon rein tatsächlich stellen steuerliche Verlustvorträge in Unternehmenskaufverträgen einen wesentlichen Faktor des Kaufpreises dar.¹⁴⁹

Der Gesetzgeber wirkt durch § 8c KStG (früher § 8 Abs. 4 KStG) und § 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG seit geraumer Zeit einem (aus seiner Sicht) unerwünschten Transfer von Verlustabzugspotenzialen entgegen und zeigt damit, dass er den ökonomischen Wert erkennt.¹⁵⁰ Der aus dem Verlust resultierende Steuerminde- rungseffekt ist das wirtschaftliche Gegenstück zum eingesetzten (Risiko-)kapital und diesen Vermögenswert vom Schutzbereich des Art. 14 GG und damit vom Erbrecht auszunehmen, führt zu Inkonsequenzen.¹⁵¹

In Ausübung der durch Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erteilten Ermächtigung, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, muss der Gesetzgeber sowohl die Wertentscheidungen zugunsten des Privateigentums als auch die übrigen Verfassungsnormen, insbesondere den Gleichheitssatz, beachten.

¹⁴⁴ BVerfG v. 09.01.1991 – 1 BvR 929/90, E 83, 201 (209) – Vorkaufsrecht.

¹⁴⁵ BVerfG v. 26.07.2005 – 1 BvR 782 94, 957/96, E 114, 1 (58) – Lebensversicherung.

¹⁴⁶ BFH v. 8.11.2006 – I R 69/05, BStBl. II 2007, 662. Im Ergebnis wurde der Eingriff in Art. 14 GG durch die Inhalts- und Schrankenbestimmung des § 37 Abs. 2 KStG (Moratorium) jedoch als gerechtfertigt angesehen. AA BIRK/DESENS, StuW 2004, 97 ff.

¹⁴⁷ K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 1991), 956.

¹⁴⁸ MARX, FR 2005, 617 (625); SCHÖN, ZHR 168 (2004), 629 (635).

¹⁴⁹ SIMON, DStR 2000, 431 (435).

¹⁵⁰ MARX, FR 2005, 617 (625 mwN).

¹⁵¹ MARX, FR 2005, 617 (626); MARX, DB 2001, 2364.

1.4.3.2. Privatnützigkeit des Art. 14 GG

Verluste betreffen das objektive Nettoprinzip, das auch Ausdruck der Privatnützigkeit in Art. 14 GG ist.¹⁵² Insoweit besteht eine Wechselwirkung von Art. 3 und Art. 14 GG, die die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begrenzt. Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 GG liegt damit durch jede Art von Verlustbeschränkung vor. Maßgeblicher Rechtfertigungsgrund im Steuerrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Grenze zulässiger Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) ist überschritten, wenn die Steuernorm zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziel nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.¹⁵³

1.4.3.3. Folgen für die Vererblichkeit von Verlustvorträgen

In Übereinstimmung mit diesen dargestellten Grundsätzen erkannte der 1. Senat 2003 zu Recht:

„Allein die Vererbbarkeit der Verlustvorträge sichert damit zugleich ein verfassungskonformes Ergebnis; der Vererbungsausschluss droht hingegen, bei der gegenwärtigen Rechtslage eines zeitlich begrenzten Verlustrücktrages, einen Verfassungsverstoß in Gestalt eines enteignungsgleichen Eingriffs¹⁵⁴ (vgl. Art. 14 Abs. 1 GG) jedenfalls in der Person des Erblassers nach sich zu ziehen. Denn die Verluste sind bei diesem tatsächlich eingetreten und hatten sich bei diesem auch infolge der steuerlichen Abzugsfähigkeit in einer entsprechenden Rechtsposition (vgl. § 10d EStG) verdichtet.¹⁵⁵ Dessen Gesamt-Leistungsfähigkeit wurde durch die Verluste (als Teil des Lebens-Totaleinkommens) gemindert; ihr Verfall zieht insoweit eine Überbesteuerung nach sich. Schließt man die Vererbbarkeit der Verlustvorträge aus, spricht deshalb manches dafür, dass dem Erblasser aus Gründen der Gleichbehandlung in Gestalt des Leistungsfähigkeitsprinzips ein gegenüber der jetzigen Rechtslage erweiterter Verlustrücktrag zugestanden werden müsste, der wiederum Erstattungsansprüche auslösen würde, die in den Nachlass eingingen (s. oben unter 3.b aa). Dass der Erblasser in den betreffenden vergangenen Veranlagungszeiträumen leistungsgerecht besteuert worden ist, widerspricht dem nicht. Es geht nicht um die „richtige“ Erfassung der Leistungsfähigkeit in jenen Jahren, sondern um die leistungsfähigkeitsgerechte Besteuerung des Erblassers im Rahmen des erzielten und zu steuernden Totaleinkommens und in diesem Zusammenhang um die **verfassungsrechtlich gebotene Schaffung eines extraperiodischen Ausgleichs.**“ (...) „Diese (möglichen) Folgewirkungen können bei Überlegungen im Hinblick auf eine Rechtsprechungsänderung, wie sie der XI. Senat anstrebt,

¹⁵² LEHNER, DStR 2009, 185 ff.; zu Art. 14 als „besonderen Gleichheitssatz“ im Steuerrecht vgl. KIRCHHOF, in: HStR V (3. Aufl. 2007) § 118 Rn. 173 ff. mwN.

¹⁵³ BIRK/DESENS, StuW 2004, 97 (102 mwN).

¹⁵⁴ Zum enteignungsgleichen Eingriff vgl. MAURER (16. Aufl. 2006) 7. Teil Rn. 87 ff. (S. 748 ff.). Die generell-abstrakt Festlegung von Rechten und Pflichten (etwa durch Steuergesetze) stellt stets eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) dar. Lediglich der gezielte Entzug einer konkreten Rechtsposition ist eine Enteignung, vgl. BVerfG v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78, E 58, 300 – Nassauskiesung. Zur Abgrenzung im Steuerrecht vgl. BIRK/DESENS, StuW 2004, 97 (101 f.).

¹⁵⁵ Vgl. dazu KIRCHHOF/GESERICH, in: KIRCHHOF/SÖHN/MELLINGHOFF (Fn 106), § 2 Rdnr. D 162 ff.

nicht vernachlässigt werden. Eine Rechtsprechung, deren Konsequenz ein letztlich verfassungswidriger Rechtszustand wäre, lässt sich aus Sicht des I. Senats auch dann nicht rechtfertigen, wenn hierfür bei isolierter dogmatischer Betrachtung gute Gründe geltend gemacht werden können.“

Das Kriterium der „tatsächlichen wirtschaftlichen Belastung“ ist insoweit überflüssig. Der Verlustvortrag hat sich als eigenständiger Vermögenswert von der verlustverursachenden Quelle gelöst und verselbständigt. Bei mehreren Erben ist der Verlustvortrag entsprechend der Erbquoten aufzuteilen.¹⁵⁶

1.4.3.4. Folgen für die Mindestbesteuerung, § 10d EStG und § 10a GewStG

Neben den allgemeinen Bedenken gegen die Mindestbesteuerung verletzt auch § 10a GewStG das objektive Nettoprinzip. Ein Verlustuntergang im Fall eines Gesellschafterwechsels im Gewerbesteuerrecht ist nicht gerechtfertigt. Insbesondere ist die Sicherung der Gemeindefinanzierung kein ausreichender Rechtfertigungsgrund für die definitive Verlustvernichtung. Die betragsmäßige Begrenzung des Verlustausgleichs sollte diesen nicht definitiv kappen, sondern nur iHv 40 % des den Betrag von 1 Mio. übersteigenden Gewerbeertrags in spätere Erhebungszeiträume verschieben. Wirtschaftlich betrachtet ist also nur eine temporäre Begünstigung der Kommunen und eine vorübergehende Belastung des Unternehmers gewollt. Die Regelung führt zu einer Übermaßbesteuerung. Der Gewerbeertrag ergibt sich häufig infolge der Aufdeckung der stillen Reserven infolge des Gesellschafterwechsels, d.h. ohne diesen Wechsel gäbe es keine Gewinne. Es erscheint „grob widersprüchlich“ diesen zwingenden Zusammenhang außer Acht zu lassen. Im Verlustwegfall liegt ein unzulässiger Eingriff in die Substanz und ein Erfordernis der Unternehmeridentität verkennt diesen Grundrechtseingriff.¹⁵⁷

1.5. Europarecht

Der Untergang von Verlustvorträgen in (grenzüberschreitenden) Umwandlungsfällen ist auch europarechtlich problematisch. In den Entscheidungen *Amid*¹⁵⁸ und *Marks & Spencer*¹⁵⁹ betonte der EuGH, dass es europarechtswidrig ist, wenn Verluste überhaupt nicht zum Abzug zugelassen werden und dass ein Verlust primär in dem Staat zum Abzug zuzulassen ist, in dessen Territorium er entstanden ist. § 12 Abs. 3 UmwStG steht dieser Rechtsprechung entgegen, da er in vielen Fällen zu einer kompletten Versagung des Verlustabzugs führt.¹⁶⁰

Die deutschen Steuervorschriften zur Organschaft verstoßen ebenfalls gegen das Gemeinschaftsrecht, da Gesellschaften mit Sitz im Inland und Geschäftsleitung im Ausland nicht Organträger sein können. Gerade die Begrenzung der Organschaft auf

¹⁵⁶ Ebenso MARX, FR 2005, 617 (626 f. mwN).

¹⁵⁷ FG München, Beschl. v. 31.7.2008 – 8 V 1588/08, rkr, DSfRE 2009, 100 ff.

¹⁵⁸ EuGH v. 14.12.2000, C-141/99, Slg. 2000, I-11619.

¹⁵⁹ EuGH v. 12.12.2005, C-446/03, ISfR 2006, 19.

¹⁶⁰ KÖRNER, ISfR 2006, 469 (470).

Inlandssachverhalte und den daraus resultierenden Verlustuntergang erklärte der EuGH im britischen Sachverhalt *Marks & Spencer* für unzulässig.¹⁶¹

Eine Lösung könnte hier eine „Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB bzw. CCCTB)“ bringen. Danach sollen die europäischen Konzerne in der Lage sein, die körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlagen aller ihrer EU-Konzernunternehmen anhand eines einheitlichen steuerlichen Regelwerks zu ermitteln und diese in einem zweiten Schritt zu konsolidieren (Gruppenbesteuerung). Nach einer Formelzerlegung wird dann der Gewinnanteil dem jeweils individuellen Körperschaftsteuersatz des Mitgliedstaats unterworfen. Dadurch würde insbesondere ein automatischer grenzüberschreitender Verlustausgleich innerhalb des Konzerns erreicht.¹⁶²

Die Urteile hinsichtlich der Betriebsstättenverluste zu *Lidl Belgium*¹⁶³ und *Wannsee*¹⁶⁴ stellen auf die Befugnisse der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der direkten Steuern und deren Interesse an einer sachgerechten Aufteilung der Steuereinnahmen ab.

*Truck Center*¹⁶⁵ wertete Liquiditätsnachteile (nicht mehr) als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.¹⁶⁶

Dadurch scheint der „Liberalisierungsdruck“ zurückgenommen.¹⁶⁷ In der Entscheidung *Cobelfret*¹⁶⁸ betont der EuGH jetzt allerdings erneut die wirtschaftliche Bedeutung von Verlusten und erklärt eine belgische Regelung zur Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie 90/435/EWG (MTR) für europarechtswidrig, weil sie zu einer unzulässigen Minderung von Verlusten auf der Ebene der Muttergesellschaft führe. Das Ziel der MTR „jede Benachteiligung der Zusammenarbeit zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten“ zu vermeiden, werde verfehlt. Dieses aktuelle Urteil aus 2009 zeigt, dass der EuGH auch in Zukunft die direkten Steuern und insbesondere die Verlustregelungen prüfen wird. Nach Ansicht der EG-Kommission behindern die fehlenden Möglichkeiten eines sofortigen, grenzüberschreitenden Verlustausgleichs die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen innerhalb der EU, da sie zu Zins- und Liquidationsnachteilen führen. Ob die Initiative KOM 2006, 824 zur steuerlichen Behandlung von Verlusten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erfolgreich sein wird, bleibt allerdings abzuwarten und auch die steuerlichen Belastungen bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen bestehen trotz der Fusionsrichtlinie fort. Die Thematik Unternehmensnachfolge und Verluste wird daher weiterhin zur Agenda gehören.

¹⁶¹ Zur deutschen Regelung LÜDICKE, IStR 2000, 342; SCHÖN, IStR 2004, 300; WERNSMANN/NIPPERT, FR 2006, 153; KESSLER/SPENGLER, DB 2009, Beilage Nr. 1 „EG-rechtswidrige Steuernormen“ zu § 14 KStG mwN.

¹⁶² RAUTENSTRAUCH, FR 2009, 114 ff.; RAUTENSTRAUCH/MORS, Ubg 2008, 97 ff.

¹⁶³ EuGH v. 15.5.2008 – C-414/06, IStR 2008, 400 m. Anm. ENGLISCH.

¹⁶⁴ EuGH v. 23.10.2008 – C-157/07, IStR 2008, 769.

¹⁶⁵ EuGH v. 22.12.2008 – C-282/07.

¹⁶⁶ Anders noch EuGH v. 29.3.2007 – Rs. C 347/04 – Rewe.

¹⁶⁷ SCHMEHL, in: Zukunftsfragen (2009), 99 (120).

¹⁶⁸ EuGH v. 12.2.2009 – C-138/07.

1.6. Fazit

Nachdem der BFH seine Rechtsprechung zur Vererblichkeit von Verlusten geändert hat, wird „Unternehmeridentität/Steuersubjektidentität“ allgemein durchgesetzt. Die Regelungen der § 8c KStG; § 12 Abs. 3 UmwStG, durch die der Gesetzgeber den Verlustabzug in der Unternehmensnachfolge weiter begrenzt, scheinen sich einzureihen.

Jedoch widerspricht dieses Vorgehen dem Gebot der folgerichtigen Umsetzung des objektiven Nettoprinzips und stellt keinen zulässigen Prinzipienwechsel dar.

Verluste sind vermögenswerte Rechte, da sie einen latenten Steuererstattungsanspruch verkörpern. Daher sind sie vererblich. Der Untergang von körperschaftsteuerlichen Verlusten beim Anteilseignerwechsel verstößt generell gegen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip und behindert Umstrukturierungen.

1.7. English Abstract

German legislature prefers giving financial aid to companies during the current economic crisis (2009) instead of allowing unlimited loss deductions thereby disregarding principles of subsidiarity and economic freedom.

The general German loss limitation rules limit the tax loss deduction of remaining losses that could not be set off against positive income in the year in which the loss occurs (German minimum taxation – § 10d EStG; § 10a GewStG = German trade tax). A loss carry-back is permitted only for income tax purpose (not for trade tax) and is limited to the previous year and only to an amount of €511,500. A loss carry-forward is allowed indefinitely. However, an unlimited loss set off may only amount to €1,000,000. Beyond this limit 40 % of the remaining income will be taxed in the taxable year. The highest financial Court in 2008 held loss carry-forwards not transferable in the event of death.

The Business Tax Reform 2008 significantly tightened the loss-trafficking rule with regard to corporations (§ 8c KStG) which applies also to the German Trade Tax. These new rules are strict formalistic and provide for a pro-rata forfeiture of tax loss carry-forwards and current losses if within 5 years more than 25 % and up to 50 % of shares or votes are transferred to one acquire and a full forfeiture if more than 50 % are transferred. These loss-limitation-rules violate the tax-intransparent character of corporations.

Finally, losses in general are no longer transferable in the event of a business restructuring (§ 12 UmwStG).

Loss-limitation-rules conflict with the net principle of taxation which is part of the ability to pay principle. Main purpose of this article is to point out that losses are property assets within the constitutional property right (Art. 14 GG) as outlined by the German Constitutional Court. Thus, there are not only economic but also constitutional misgivings with regard to German loss-limitations-rules. Hopefully, the CCCTB will bring an unrestricted loss compensation on a European-common-corporate-tax-base level.

Literaturverzeichnis

- ARNDT, HANS-WOLFGANG/ SCHUMACHER, ANDREAS: Einkommensbesteuerung und Grundrechte, AöR 118 (1993), S. 513 ff.
- BECK, KARIN E. M.: Die Besteuerung von Beteiligungen an körperschaftsteuerpflichtigen Steuersubjekten im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht (2004).
- BECK, KARIN E.M.: Auswirkungen von Verlusten ausländischer Betriebsstätten auf die Höhe des Einkommensteuersatzes – Zum Abzugsverbot nach § 2a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und dessen Verhältnis zum negativen Progressionsvorbehalt nach § 32b EStG – Replik zu TEUPE, IStR 2005, S. 483 – IStR 2007, S. 53 ff.
- BECKER, ENNO: Die Grundlagen der Einkommensteuer, München/Berlin 1940.
- BEISER, REINHOLD: Keine Vererbbarkeit von Verlustvorträgen? – Kritik zur Divergenzanfrage des I. Senats des BFH vom 29.3.2000, DStR 2000, S. 1505 ff.
- BERG, HANS-GEORG/ SCHMICH, ROLF: Beschränkung des Verlustabzuges im Karlsruher Entwurf zum Einkommensteuergesetz, DStR 2002, S. 346 ff.
- BIRK, DIETER: Steuerrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2008.
- BIRK, DIETER/ DESENS, MARC: Der Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) bei Anwartschaftsrechten auf steuerliche Erstattungsansprüche, StuW 2004, S. 97 ff.
- BIRK, DIETER: Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, Köln 1983.
- BIRNBAUM, MATHIAS: Keine Vererbung von Verlusten, DB 2008, S. 778 ff.
- BIRTEL, THOMAS: Die Zeit im Einkommensteuerrecht, Berlin 1985.
- BLÜMICH, WALTER (Begr.): EStG/KStG/GewStG, Loseblatt, München Oktober 2008.
- BREINERSDORFER, STEFAN: Kompliziertes Steuerrecht, muss das sein?, StuW 2008, S. 216 ff.
- BUCHHEISTER, HANS-OTTO: Ist die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten ein notwendiger Bestandteil des Einkommensteuerrechts, DStZ 1997, 556 ff.
- CANARIS, CLAUD-WILHELM: Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz -, Berlin 1999.
- CORDEWENER, AXEL: Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Europäischen Recht, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DSJG 28 (2005), S. 255 ff.
- CREZELIUS, GEORG: Steuerrecht II. Die einzelnen Steuerarten, 2. Auflage, München 1994.
- DI FABIO, UDO: Steuern und Gerechtigkeit: Das Freiheits- und Gleichheitsgebot im Steuerrecht, JZ 2007, S. 749 ff.
- DOLZER, RUDOLF/ WALHOFF, CHRISTIAN/ GRAßHOF, KARIN (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Bonn Oktober 2008.
- DÖRFLER, HARALD/ WITTKOWSKI, ANAS: Verschärfung der Verlustnutzung bei Kapitalgesellschaften: Wie § 8 c KStG-E das Kinde mit dem Bade ausschüttet, GmbHR 2007, S. 513 ff.
- DÖRFLER, HARALD/ RAUTENSTRAUCH, GABRIELE/ ADRIAN, GERRIT: Verlustnutzung bei Verschmelzung von Körperschaften vor und nach Änderung des § 12 Abs. 3 UmwStG durch das SStEG, BB 2006, S. 1657 ff.
- DÖTSCH, FRANZ: Zur (Nicht-)Vererblichkeit des Verlustabzuges nach § 10d EStG, DStR 2008, S. 641 ff.
- DRÜEN, KLAUS-DIETER: Das Unternehmenssteuerrecht unter verfassungsgerichtlicher Kontrolle – Zur Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers zwischen Folgerichtigkeit und Systemwechsel, Ubg 2009, S. 23 ff.
- DRÜEN, KLAUS-DIETER: Die Bruttobesteuerung von Einkommen als verfassungsrechtliches Vabanquespiel, StuW 2008, S. 3 ff.
- DRÜEN, KLAUS-DIETER: Periodengewinn und Totalgewinn. Zum Einfluß des Totalgewinngedankens auf die steuerrechtliche Gewinnermittlung, Berlin 1999.
- DRÜEN, KLAUS-DIETER: Über den Totalgewinn – Maßstab der Gewinnerzielungsabsicht und Störfaktor für die Gewinnermittlung, FR 1999, S. 1097 ff.
- ECKHOFF, ROLF: Verluste im Einkommensteuerrecht, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DSJG 28 (2005), S. 11 ff.
- EICH, HANS DIETER: Abschied von der Vererblichkeit des Verlustabzuges, ErbStB 2008, S. 182 ff.

- ENDRES, DIETER: Steueraspekte bei der Suche nach dem optimalen FuE-Standort, PISStB 2008, S. 266 ff.
- ENGLISCH, JOACHIM: Verfassungsrechtliche und steuersystematische Kritik der Abgeltungssteuer, StuW 2007, S. 221 ff.
- ETTLICH, ROLAND: Die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Einkommensteuer, DB 2009, S. 18 ff.
- FISCHER, MICHAEL: Rückwirkende Rechtsprechungsänderung im Steuerrecht, DStR 2008, S. 697 ff.
- FROTSCHER, GERRIT/ MAAS, ERNST: KStG/UmwStG, Loseblatt.
- FROTSCHER, GERRIT: Verlustabzugsbeschränkung, § 8c KStG und Organschaft, Der Konzern 2008, S. 548 ff.
- GROTHERR, SIEGFRIED: Steht der Verlustvor- und -rücktrag steuerpolitisch zur Disposition?, BB 1998, S. 2337 ff.
- GÜNKEL, MANFRED/ HÖRGER, HELMUT/ THÖMMES, OTMAR: Ausgewählte Gestaltungsüberlegungen zum Jahreswechsel, DStR 1999, S. 1873 ff.
- HALLERBACH, DOROTHEE: Keine Vererblichkeit des Verlustabzugs nach § 10d EStG, StuB 2008, 353 ff.
- HANNES, FRANK/v. FREEDEN, ARNE: Der Abschluss eines erbschaftsteuerlich motivierten Poolvertrags unter Berücksichtigung von § 8c KStG, Ubg 2008, S. 624 ff.
- HANS, ADRIAN: Unternehmensteuerreform 2008: Kritik der Neuregelung über die Nutzung körperschaftsteuerlicher Verluste (§ 8c KStG), FR 2007, S. 775 ff.
- HEINRICH, JOHANNES: Verluste im Fall der Rechtsnachfolge und des Gesellschafterwechsels, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DSJG 28 (2005), S. 121 ff.
- HEINTZEN, MARKUS: Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft 28 (2005), S. 163 ff.
- HERZIG, NORBERT/ WAGNER, THOMAS: Einschränkung der Verlustberücksichtigung bei Kapitalgesellschaften, DStR 2003, S. 225 ff.
- HESSE, KONRAD: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999 (Nachdruck der 20. Auflage 1995).
- HEY, JOHANNA: Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerrecht im Wandel?, StbJb. 2007/2008, S. 19 ff.
- HEY, JOHANNA: Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002.
- HEY, JOHANNA: Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, S. 1303 ff.
- HOFFMANN, WOLF-DIETER: Weitere Verlustvernichtung im JStG 2009, DStR 2009, S. 257 ff.
- HOLDORF, BRITTA: Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verlustabzugsbeschränkung nach § 2 Abs. 3 EStG, BB 2001, S. 2085 ff.
- HUBER, PETER M.: Rechnungslegung und Demokratie, AöR 133 (2008), S. 389 ff.
- HÜBSCHMANN, WALTER/ HEPP, ERNST/ SPITALER, ARMIN: Abgabenordnung. Finanzgerichtsordnung. Kommentar, Loseblatt, Köln Juni 2008.
- HÜTTEMANN, RAINER: Die Besteuerung der öffentlichen Hand, FR 2009, S. 308 ff.
- IPSEN, JOSEF: Besteuerung und Eigentum, in: BRENNER, MICHAEL/ HUBER, PETER M./ MÖSTL, MARKUS (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, Tübingen 2004, S. 201 ff.
- ISENSEE, JOSEF: Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ISENSEE, JOSEF/ KIRCHHOF, PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 4: Aufgaben des Staates, 2. Auflage, Heidelberg 1999, § 98.
- ISENSEE, JOSEF: Steuerstaat als Staatsform, in: STÖDTER, ROLF/ THIEME, WERNER (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa – Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 409 ff.
- JACHMANN, MONIKA: Leistungsfähigkeit und Umverteilung, StuW 1998, S. 293 ff.

- JACHMANN, MONIKA: Steuergerechtigkeit durch Abziehbarkeit von Erwerbsaufwendungen, in: BRANDT, JÜRGEN (Hrsg.), Deutscher Finanzgerichtstag e.V. (2005), S. 59 ff.
- KAESER, CHRISTIAN: Die steuerliche und bilanzielle Behandlung von Verlusten im Konzern, in: LEHNER, Verluste im internationalen Steuerrecht (2003), S. 115 ff.
- KANZLER, HANS-JOACHIM: Vertrauensschutz oder Rückwirkungsverbot bei Rechtsprechungswandel im Steuerrecht – entschieden am Beispiel der Vererblichkeit des Verlustabzugs, FR 2008, S. 465 ff.
- KANZLER, HANS-JOACHIM: Tod auf Raten – Steht die Steuerbefreiung des Sanierungsgewinns vor dem endgültigen Ableben?, FR 2008, S. 1116 f.
- KELLERBACH, HEINRICH: Der Verlustrücktrag, Die steuerliche Betriebsprüfung 1976, S. 249 ff.
- KESSLER, WOLFGANG/ SPENGLER, CHRISTOPH: Checkliste potenziell EG-rechtswidriger Normen des deutschen direkten Steuerrechts – Update 2009, DB 2009, Beilage Nr. 1.
- KEUK, BRIGITTE: Die neuere Einkommensteuer-Rechtsprechung des BFH, StuW 1973, S. 74 ff.
- KIRCHHOF, PAUL/ SÖHN, HARTMUT/ MELLINGHOFF, RUDOLF (Hrsg.): Einkommensteuergesetz. Kommentar, Loseblatt, Heidelberg Oktober 2008.
- KIRCHHOF, PAUL: Besteuerung und Eigentum, VVDStRL 39 (1981), S. 213 ff.
- KIRCHHOF, PAUL: Der Grundrechtsschutz des Steuerpflichtigen, AöR 128, (2003), S. 1 ff.
- KIRCHHOF, PAUL: Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, StuW 1985, S. 319 ff.
- KIRCHHOF, PAUL: Die freiheitsrechtliche Struktur der Steuerrechtsordnung, StuW 2006, S. 3 ff.
- KIRCHHOF, PAUL: Die Steuern, in: ISENSEE, JOSEF/ KIRCHHOFF, PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage, Heidelberg 2007, § 118, S. 959 ff.
- KLEMT, FELIX: Keine Auswirkungen des § 8c KStG auf Venture-Capital-Investitionen durch vermögensverwaltende Fonds?, DB 2008, S. 2100 ff.
- KNOBBE-KEUK, BRIGITTE: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auflage, Köln 1993.
- KOHLHAAS, KARL-FRIEDRICH: Die Mindestbesteuerung a.F. – sieben Jahre danach, BB 2006, S. 2381 ff.
- KOLLRUSS, THOMAS/ WEIßERT, SÖREN/ ILIN, NATALIA: Die KGaA im Lichte der Verlustabzugsbeschränkung des § 8c KStG und der Zinsschranke, DStR 2009, S. 88 ff.
- KÖRNER, ANDREAS: Anmerkungen zum SEStEG-Entwurf vom 21.4.2006, IStR 2006, S. 469 ff.
- KREKLAU, JAN: Die Poolvereinbarung im Lichte des neuen Erbschaftsteuergesetzes, BB 2009, 751 ff.
- KRUSE, HEINRICH WILHELM: Die Einkommensteuer und die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen, in: WENDT, RUDOLF/ HÖFLING, WOLFRAM/ KARPEN, ULRICH (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, S. 793 ff.
- KRUSE, HEINRICH WILHELM: Über Gleichmäßigkeit der Besteuerung, StuW 1991, S. 322 ff.
- LANG, JOACHIM/ ENGLISCH, JOACHIM: Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, StuW 2005, S. 3 ff.
- LANG, JOACHIM: Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer – Rechtssystematische, Köln 1988.
- LEHNER, MORIS: Die verfassungsrechtliche Verankerung des objektiven Nettoprinzip, DStR 2009, S. 185 ff.
- LEHNER, MORIS: Einkommensteuerrecht und Sozialhilferecht. Bausteine zu einem Verfassungsrecht des sozialen Steuerstaates, Tübingen 1993.
- LEHNER, MORIS: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verlustberücksichtigung, in: LEHNER, MORIS (Hrsg.), Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht, München 2004, S. 1 ff.
- LEIS, GERT: Steueränderungen zum 1.1.2004 im Überblick, FR 2004, S. 53.
- LENSKI, EDGAR/ STEINBERG, WILHELM/ SARRAZIN, VIKTO: GewStG, Loseblatt Oktober 2008.
- LEVEDAG, CHRISTIAN: Anpassungsbedarf von Gesellschaftsverträgen bei Personen- und Kapitalgesellschaften nach der Unternehmensteuerreform 2008 anhand ausgewählter Problemfälle, GmbHR 2009, S. 13 ff.
- LOOSE, MATTHIAS/ SUCK, JENDRIK: Die Bindungswirkung des § 10a GewStG im Rahmen von Gesellschaftserwechseln bei Personengesellschaften, FR 2008, S. 864 ff.

- LORITZ, KARL-GEORG: Einkommensteuerrecht, Heidelberg, 1988.
- LÜDICKE, JÜRGEN: Europatauglichkeit deutscher Steuernormen, IStR 2000, S. 342 ff.
- MARTEN, KAI-UWE/ WEISER, FELIX M./ KÖHLER, ANNETTE G.: Aktive latente Steuern auf steuerliche Verlustvorträge: zunehmende Tendenz zur Aktivierung, BB 2003, S. 2335 ff.
- MARX, FRANZ JÜRGEN: Der Verlustabzug im Erbfall als vermögenswerte Rechtsposition – eine ökonomische Analyse, FR 2005, S. 617 ff.
- MARX, FRANZ JÜRGEN: Der Verlustabzug im Erbfall und die „Rechtsprechung der ruhigen Hand“, DB 2001, S. 2364 ff.
- MAUNZ, THEODOR/ DÜRIG, GÜNTER: Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, München Mai 2008.
- MAURER, HARTMUT: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München 2006.
- MEINCKE, JENS PETER: Die Auswirkungen der Rechtsnachfolge auf das Steuerrechtsverhältnis, in: SCHULZE-OSTERLOH, LERKE (Hrsg.), Rechtsnachfolge im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DStJG 10 (1987), S. 19 ff.
- MELLINGHOFF, RUDOLF: Steuergesetzgebung und Verfassungsstaat, Stbg 2005, S. 1 ff.
- MEYER, HENRIK/ STERNER, INGO: Thesaurierung und Nachversteuerung – BMF-Schreiben und JStG 2009, Ubg 2008, S. 733 ff.
- MICHAEL, LOTHAR: Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit, JZ 2008, S. 875 ff.
- MÖNIKES, CORDULA: Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung (Diss. Münster 2006).
- MORS, MATTHIAS/ RAUTENSTRAUCH, GABRIELE: Die gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) als harmonisiertes europäisches Körperschaftsteuerrecht der Zukunft?, Ubg 2008, S. 733 ff.
- MÜLLER-FRANKEN, SEBASTIAN: Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfall und einkommensteuerliche Verluste, StuW 2004, S. 109 ff.
- MÜLLER-GATERMANN, GERT: Die Besteuerung der Kommunen – eine Bestandsaufnahme, FR 2009, S. 314 ff.
- MUSIL, ANDREAS/ LEIBOHM, THOMAS: Die Forderung nach Entscheidungsneutralität der Besteuerung als Rechtsproblem, FR 2008, S. 807 ff.
- NAWRATH, AXEL: Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers und gleichheitsgerechte Sicherung des Steueraufkommens, DStR 2009, S. 2 ff.
- OSTERLOH, LERKE: Methodenproblem im Steuerrecht, Jahrbuch der öffentlichen Verwaltung (2008), S. 141 ff.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN: Steuerrecht im Wandel – verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik, DStR 2007, S. 973 ff.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN: Besteuerung und Eigentum, DVBl. 1980, S. 787 ff.
- PAPIER, HANS-JÜRGEN: Steuerrecht im Wandel – Verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik, DStR 2007, S. 973 ff.
- PAUS, BERNHARD: Kein Verlustabzug beim Erben: Verfassungsfragen und Gestaltungsüberlegungen, FR 2008, S. 452 ff.
- PAUS, BERNHARD: Verlustabzug in Erbfällen, BB 1999, S. 2584 ff.
- PEINE, FRANZ-JOSEPH: Systemgerechtigkeit: Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden 1986.
- PHILIPP, CAROLINE: Der Verlustabzug im Erbfall, ZEV 2002, S. 355 ff.
- PILTZ, DETLEV: Maßnahmen gegen den Verlust des Verlustvortrags im Erbfall, ZEV 2008, S. 376 ff.
- PROKISCH, RAINER: Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DStJG 28 (2005), S. 229 ff.
- PROKISCH, RAINER: Von der Sach- und Systemgerechtigkeit zum Gebot der Folgerichtigkeit, in: KIRCHHOF, PAUL/ LEHNER, MORIS/ RAUPACH, ARNDT/ RODI, MICHAEL (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 293 ff.
- RAUTENSTRAUCH, GABRIELE: Die gemeinsame konsolidierte KSt-Bemessungsgrundlage (GKKB) als Vorbild für ein eigenständiges Bilanzsteuerrecht in Deutschland?, FR 2009, S. 114 ff.

- RING, LUDWIG: Darf der Erbe Sonderausgaben des Erblassers abziehen und einen Verlustausgleich vornehmen?, DStZ/A 1981, S. 24 ff.
- RITTER, WOLFGANG: Verluste – Stiefkinder des Steuerrechts, FR 1978, S. 297 ff.
- RÖDDER, THOMAS/ MÖHLENBROCK, ROLF: Die Neuregelung des § 8c KStG betr. Verluste von Kapitalgesellschaften bei Beteiligungserwerben, Ubg 2008, S. 595 ff.
- RÖDDER, THOMAS/ HERLINGHAUS, ANDREAS/ VAN LISHAUT, INGO: Umwandlungssteuergesetz, 2008.
- RÖDDER, THOMAS/ SCHUMACHER, ANDREAS: Das kommende SEStEG – Teil II: Das geplante neue Umwandlungssteuergesetz – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, DStR 2006, S. 1525 ff.
- RÖDER, ERIK: Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht (Diss. Bayreuth 2009).
- ROSER, FRANK: Verlust- (und Zins-) Nutzung nach § 8c KStG, DStR 2008, S. 77 ff.
- ROSER, FRANK: Verlustabzüge nach § 8c KStG – ein ernüchterndes Anwendungsschreiben, DStR 2008, S. 1561 ff.
- RUPPE, HANS GEORG: Einkommensteuerrechtliche Positionen bei Rechtsnachfolge in DStJG 10 (1987), S. 45 ff.
- SACHS, MICHAEL: Grundgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2007.
- SACHSE, UWE BERND: Die Abschnittsbesteuerung im deutschen Ertragssteuerrecht – Prinzip und Ausnahmen, Mainz 1977.
- SACKSOFSKY, UTE: Halbteilungsgrundsatz ade – Scheiden tut nicht weh, NVwZ 2006, S. 661 ff.
- SCHICK, WALTER: Der Verlustrücktrag, München 1976.
- SCHMEHL, ARNDT: Nationales Steuerrecht im internationalen Steuerwettbewerb, in: SCHÖN, WOLFGANG/ BECK, KARIN (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts (2009), S. 99 ff.
- SCHMEHL, ARNDT: Reine Verlustverrechnungsbeschränkungen mit Mindestbesteuerungseffekt – ein tragfähiges Konzept für das Einkommensteuerrecht?, Gießen 2004.
- SCHMIDT, KARSTEN: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1991.
- SCHMIDT, LUTZ/ HEINZ, CARSTEN: Neues zur Betriebsstättenbesteuerung im Jahressteuergesetz 2009 – Unstimmigkeiten und Empfehlungen, IStR 2009, S. 43 ff.
- SCHMITZ, MICHAEL: Entwicklungen im Unternehmenssteuerrecht, Wpg 2008, S. 1163 ff.
- SCHMITZ, KLAUS: Kein Abzug eines ererbten Verlustvortrags gemäß § 10 d EStG bei fehlender wirtschaftlicher Belastung des Erben?, BB 1996, S. 987 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Abschied vom Vertragskonzern, ZHR 168 (2004), S. 629 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Besteuerung im Binnenmarkt – die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, IStR 2004, S. 300 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Die Abzugsschranken des § 3 c EStG zwischen Verfassungs- und Europarecht, FR 2001, S. 381 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Die Steuerbilanz zwischen Handelsrecht und Grundgesetz, StuW 1995, S. 366 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit, StuW 2005, S. 247 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Steuergesetzgebung zwischen Markt und Grundgesetz, StuW 2004, S. 62 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Steuergesetzgebung zwischen Markt und Grundgesetz, in: MELLINGHOFF, RUDOLF/ MORGENTHAUER, GERT/ PUHL, THOMAS (Hrsg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Professor Dr. Paul Kirchhoff, Heidelberg 2003, S. 143 ff.
- SCHÖN, WOLFGANG: Steuerpolitik 2008 – Das Ende der Illusionen, DStR Beihefter zu H. 17/2008, S. 10 ff.
- SCHWEDHELM, ROLF: Die Neuregelung des Mantelkaufs in § 8c KStG – verfassungs- und steuer-systematische Würdigung, GmbHR 2008, S. 404.
- SIMON, STEFAN: Zulässigkeit von Gewerbesteuerumlagen nach der Belastungsmethode im Lichte der zivilrechtlichen Rechtsprechung, DStR 2000, 431 ff.;

- SIMON, STEFAN: Zur Ausgestaltung von Gewerbesteuermulagen, DStR 2000, 537 ff.
- SISTERMANN, CHRISTIAN/ BRINKMANN, JAN: Rückwirkende Verlustnutzung nach dem JStG 2009, DStR 2008, S. 2455 ff.
- SPENGLER, CHRISTOPH u.a.: Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland, Berlin 2008.
- SPENGLER, CHRISTOPH u.a.: Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung in Deutschland – Ökonomische Begründung, Handlungsbedarf und Reformoptionen, DStR 2009, S. 179 ff.
- STRNAD, OLIVER: Vererblichkeit des einkommensteuerlichen Verlustabzuges (§ 10d EStG 1997)?, FR 1998, S. 935 ff.
- THONEMANN, SUSANNE: Verlustbeschränkung und Zinsschranke in der Unternehmensnachfolgeplanung, DB 2008, 2156 ff.
- TIPKE, KLAUS/ LANG, JOACHIM: Steuerrecht, 19. Auflage, Köln 2008.
- TIPKE, KLAUS: Steuergerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots, StuW 2007, S. 201 ff.
- TIPKE, KLAUS: Steuerrechtsordnung Band I, 2. Auflage, Köln 2000.
- TIPKE, KLAUS: Steuerrechtsordnung Band II, 2. Auflage, Köln 2003.
- TRZASKALIK, CHRISTOPH: Personal gebundene Einkommensteuerpflicht und Gesamtrechtsnachfolge, StuW 1979, S. 97 ff.
- VAN LISHAUT, INGO: Grenzfragen zum „Mantelkauf“ (§ 8c KStG), FR 2008, S. 789 ff.
- VOGEL, KLAUS: Der Finanz- und Steuerstaat, in: ISENSEE, JOSEF/ KIRCHHOF, PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 2: Verfassungsstaat, 3. Auflage, Heidelberg 2004, § 30.
- VOGEL, KLAUS: Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung für das Verfassungsrecht, in: FRIAUF, KARL HEINRICH (Hrsg.), Steuerrecht und Verfassungsrecht, Köln, DSJG 12 (1989), S. 123 ff.
- VOGEL, KLAUS: Steuergesetzgebung und Verfassungsrecht, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1972/73.
- VOGEL, KLAUS: Verfassungsrechtsprechung zum Steuerrecht, Berlin 1999.
- WALDHOFF, CHRISTIAN: Die „andere Seite“ des Steuerverfassungsrechts, in: SCHÖN, WOLFGANG/ BECK, KARIN (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts (2009), S. 125 ff.
- WALDHOFF, CHRISTIAN: Rechtsprechungsanalyse Steuerrecht und Verfassungsrecht, Die Verwaltung 41 (2008), S. 259 ff.
- WÄLZHOLZ, ECKHARD: Verlustnutzung nach dem Beschluss des Großen Senats vom 17.12.2007, GrS 2/07 – Gestaltungshinweise, DStR 2008, S. 1769 ff.
- WATRIN, CHRISTOPH/ ULLMANN, ROBERT/ WITTKOWSKI, ANSAS: Modelltheoretische Überlegungen zur Reform der deutschen Konzernbesteuerung, Ubg 2008, S. 557 ff.
- WATRIN, CHRISTOPH/ WITTKOWSKI, ANSAS/ ULLMANN, ROBERT: Deutsche Mindestbesteuerung und ihre Belastungswirkung, StuW 2008, S. 238 ff.
- WEBER, KLAUS/ SCHWIND, HEIKE: Vertragliche Ausgestaltung von Poolvereinbarungen unter Berücksichtigung des neuen Erbschaftsteuerrechts, ZEV 2009, S. 16 ff.
- WEHRHEIM, MICHAEL/ HAUSSMANN, KATRIN: Die gewerbesteuerliche Verlustnutzung von Personenunternehmen und Körperschaften: Eine vergleichende Analyse, StuW 2008, S. 317 ff.
- WENDT, MICHAEL: Personengesellschaften – Verluste und Gewinne, Stb 2009, S. 1 ff.
- WENDT, MICHAEL: Prinzipien der Verlustberücksichtigung, in: VON GROLL, RÜDIGER (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft DSJG 28 (2005), S. 41 ff.
- WERNER, FRITZ: Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBL 1959, S. 527.
- WERNSMANN, RAINER/ NIPPERT, ALLIT: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung im Konzern, FR 2006, S. 153 ff.
- WERNSMANN, RAINER: Die Steuer als Eigentumsbeeinträchtigung?, NJW 2006, S. 1169 ff.
- WERNSMANN, RAINER: Zunehmende Europäisierung und Konstitutionalisierung als Herausforderungen für den Steuergesetzgeber, in: SCHÖN, WOLFGANG/ BECK, KARIN (Hrsg.), Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts (2009), S. 161 ff.
- WIDMANN, SIEGFRIED (Hrsg.): Umwandlungsgesetz/Umwandlungssteuergesetz, Loseblatt.

- WIESE, GÖTZ: Der Untergang des Verlust- und Zinsvortrages bei Körperschaften, DStR 2007, S. 741 ff.
- WITT, CARL-HEINZ: Keine Vererblichkeit von Verlustvorträgen – Der Beschluss des Großen Senats und seine Folgen, BB 2008, S. 1199 ff.

2. Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht

Der Pflichtteil – ein Element wünschenswerter Generationensolidarität oder eine Bedrohung lebensfähiger Unternehmen?

Christine Osterloh-Konrad*

Abstract

Der Beitrag zeigt zunächst die Schwierigkeiten auf, vor die das geltende Pflichtteilsrecht die Unternehmensnachfolge stellt. Nach einem Blick auf die geplante Reform des Pflichtteilsrechts werden sodann weitere Änderungsmöglichkeiten in den Blick genommen. Im Fokus des Interesses stehen dabei die verfassungsrechtlichen Grenzen, die der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 einer Einschränkung des Pflichtteilsrechts setzt. Mit ihnen setzt sich die Verfasserin kritisch auseinander und gelangt zu dem Ergebnis, dass als verfassungsrechtliches Minimum nur Ansprüche bedürftiger naher Verwandter garantiert sind. Da eine am Bedarf orientierte Lösung aber nach der verfassungsgerichtlichen Judikatur ausscheidet, sollten zumindest die Pflichtteilsquote reduziert und die Stundungsvoraussetzungen über die derzeitigen Reformüberlegungen hinaus erweitert werden.

2.1. Einführung	39
2.2. Die Pflichtteilslast in der Unternehmensnachfolge	40
2.3. Das Unternehmen als Nachlassbestandteil und seine Bewertung	42
2.4. Nachfolgeplanung und Pflichtteilsvermeidung	44
2.5. Unternehmensnachfolge und Erbrechtsreform	47
2.6. Ein unternehmerfreundliches Pflichtteilsrecht	50
2.6.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	51
2.6.2. Kritische Anmerkungen	53
2.6.3. Wider ein bedarfsunabhängiges Pflichtteilsrecht	58
2.6.4. Weitere Änderungsvorschläge	60
2.7. Schluss	63

2.1. Einführung

Fragen der Unternehmensnachfolge sind für den Wirtschaftsstandort Deutschland von erheblicher Bedeutung. Dies verdeutlichen einige Zahlen: Jährlich entsteht in ca. 71.000 deutschen Unternehmen das Nachfolgeproblem, weil der bisherige Betriebsinhaber das Unternehmen nicht weiterführen kann oder will. Vorwiegend handelt es sich dabei um Familienunternehmen mit einem jährlichen Umsatz von

* Dr. jur. Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München.

weniger als 2.000.000 € Von diesen Unternehmen werden ca. 44 % an Familienmitglieder übertragen. In 21 % der Fälle kommt es zum Verkauf, immerhin 8 % der Unternehmen werden mangels eines geeigneten Nachfolgeszenarios stillgelegt.¹

Die hohe Zahl an Übertragungen innerhalb der Familie lässt erahnen, dass Erbrecht und vorweggenommene Erbfolge hier eine große Rolle spielen. Vielen Unternehmensinhabern ist es ein wichtiges Anliegen, dass ihr Betrieb durch Familienmitglieder fortgeführt wird, vorzugsweise eigene Kinder. Ebenso wichtig ist es ihnen aber mitunter, (vermeintlich) ungeeignete nahe Angehörige von der Nachfolge auszuschließen. Dieser Wunsch hängt nicht notwendigerweise mit einer Geringschätzung dieser Personen zusammen. Denn oft ist es sinnvoll, das Unternehmen in einer Hand zu belassen, um allzu schwerfällige Entscheidungsprozesse oder eine Aufteilung des Betriebes zu vermeiden.

Die Freiheit des Unternehmers, seinen Betrieb innerhalb oder außerhalb der Familie an einen Nachfolger weiterzugeben, der ihm geeignet erscheint, wird im deutschen Recht allerdings mittelbar durch das Pflichtteilsrecht naher Angehöriger eingeschränkt. Denn die Erfüllung von Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüchen kann für den Übernehmer große Schwierigkeiten mit sich bringen.

2.2. Die Pflichtteilslast in der Unternehmensnachfolge

Die Ausgestaltung des Pflichtteils als Geldanspruch in § 2303 BGB erscheint auf den ersten Blick als eine Erleichterung für die Unternehmensnachfolge von Todes wegen: Dass das BGB keine zwingende dingliche Beteiligung naher Angehöriger am Nachlass vorsieht, bedeutet immerhin, dass etwaige „schwarze Schafe“ der Familie nach dem Erbfall nicht zwangsläufig am Betriebsvermögen und an der Unternehmensführung beteiligt werden müssen. Das Unternehmen kann insgesamt zu Lebzeiten oder von Todes wegen in eine Hand übertragen werden, unabhängig davon, ob (weitere) Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind. Dies war ein Anliegen des historischen Gesetzgebers: Aus seiner Sicht sprach gegen ein echtes Noterbrecht die Gefahr, dass anderenfalls Fabriken, größere Geschäfte etc. nicht als Einheit erhalten werden könnten, mithin eine Vermögenszersplitterung drohe.²

Der Erbe eines Unternehmens sieht sich aufgrund dieser Entscheidung des Gesetzgebers allerdings Zahlungsansprüchen etwaiger Pflichtteilsberechtigter ausgesetzt, die mit dem Erbfall entstehen und – vor allem – zu diesem Zeitpunkt bereits fällig werden, §§ 2317 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB. Die Erfüllung dieser Forderungen kann vor allem dann schwierig werden, wenn das Unternehmen den wesentlichen Vermögensbestandteil des Erblassers darstellte. Denn möchte der Erbe es in seiner Gesamtheit erhalten, so sind seine eigenen Einnahmen auf die laufenden Erträge beschränkt, während er dem Pflichtteilsberechtigten sofort dessen Anteil am Gesamtwert des Unternehmens in Geld auszahlen muss. Daher bereitet das Barabfindungs-

¹ Quelle: Institut für Mittelstandsforschung Bonn, Daten abrufbar unter <http://www.ifm-bonn.org/index.php?id=111>.

² Motive zum BGB, 387, in: MUGDAN (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 205.

prinzip, das die Unternehmensnachfolge nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade erleichtern sollte, beim Betriebsübergang große Probleme,³ aus denen vereinzelt sogar verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Pflichtteilsrecht hergeleitet werden: Die verminderte Leistungsfähigkeit der Erben müsse in derartigen Fällen von Verfassungen wegen Berücksichtigung finden.⁴

Nach geltendem Recht muss sich der Pflichtteilsberechtigte um das Interesse des Erben und anderer am Unternehmen beteiligter Personen, den Betrieb als lebensfähige Einheit zu erhalten, bei der Durchsetzung seiner Ansprüche regelmäßig nicht kümmern. Einen Anspruch auf Stundung kennt das Gesetz bisher⁵ nur in sehr engen Grenzen: § 2331a Abs. 1 BGB setzt nicht nur voraus, dass der in Anspruch genommene Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist, sondern verlangt neben der Zumutbarkeit einer Stundung für den Pflichtteilsberechtigten auch, dass die sofortige Erfüllung des gesamten Pflichtteilsanspruchs für den Erben eine ungewöhnliche Härte darstellt. Als Beispiel wird der wirtschaftliche Zwang zur „Aufgabe der Familienwohnung“ oder zur „Veräußerung eines Wirtschaftsguts [...], das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet“, genannt. Daraus lässt sich folgern, dass allein das Interesse an der Erhaltung des Unternehmens (und damit auch der dortigen Arbeitsplätze, des Firmen(mehr)werts etc.) nicht ausreicht, um eine Stundung zu rechtfertigen. Diese darf auch nicht nur deshalb gewährt werden, weil der Erbe anderenfalls gezwungen würde, Vermögensobjekte zur Unzeit (etwa in Zeiten schwächelnder Konjunktur oder niedriger Aktienkurse) zu veräußern.⁶ Die Forderung OECHSLERS nach einer sehr viel weiteren Auslegung des § 2331a BGB zur Lösung der mit dem Barabfindungsprinzip verbundenen Probleme⁷ hat sich nicht durchgesetzt und dürfte angesichts des engen Wortlauts der Norm auch nicht umzusetzen sein. Die von ihm aus historischer, systematischer und teleologischer Gesamtschau des Pflichtteilsrechts hergeleitete „Pflicht des Pflichtteilsberechtigten zur Rücksichtnahme auf die letztwillige Verfügung des Erblassers“⁸ lässt sich in § 2331a BGB nicht nachweisen.

Verschärft wird dieses Problem unter Umständen durch die beträchtliche Höhe des Pflichtteils nach deutschem Recht. Die Pflichtteilslast kann bis zur Hälfte des Nachlasses reichen, wenn das Unternehmen an einen Dritten vererbt oder übertragen wird, der seinerseits nicht pflichtteilsberechtigt ist. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass von einem Zahlungsanspruch in dieser Höhe die Existenz des Betriebes bedroht sein kann. Das Stichtagsprinzip des § 2311 Abs. 1 S. 1 BGB führt außerdem dazu, dass die Pflichtteilslast für die Beteiligten schwer planbar ist. Weder der Erblasser noch sein designierter Nachfolger vermögen zum Zeitpunkt der Errichtung eines Testaments oder Erbvertrages vorherzusehen, mit welchem Wert dereinst das Unternehmen bei der Bewertung des Nachlasses zu Buche schlagen wird. Besonders

³ S. auch K. SCHMIDT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 37 (39 f.).

⁴ HAAS, ZEV 2000, 249 (256).

⁵ Zur geplanten Erbrechtsreform s. unter 2.5.

⁶ LANGE, DNotZ 2007, 84 (90); a.A. OECHSLER, AcP 200 (2000), 603 (617).

⁷ OECHSLER, AcP 200 (2000), 603 (616 f.).

⁸ OECHSLER, AcP 200 (2000), 603 (612).

schwierig kann die Situation für den Unternehmensnachfolger werden, wenn – z.B. aufgrund der aktuellen Wirtschaftskrise – nach dem Erbfall erhebliche Wertverluste eintreten. Denn an diesen Verlusten partizipiert der Pflichtteilsberechtigte nicht.

Für den Unternehmer als künftigen Erblasser, der bei der Nachfolgeplanung die Pflichtteilslast im Auge hat, kann diese schließlich noch aus weiteren Gründen eine „bittere Pille“ sein. Sein Gerechtigkeitsempfinden wird sich daran stören, dass der Pflichtteil nicht nur unabhängig von der Bedürftigkeit des Berechtigten ist, sondern auch unabhängig davon, ob dieser einen Beitrag zur Vermögensbildung, konkret: zum Unternehmensaufbau, geleistet hat. Erfahrungsgemäß ist es für potentielle Erblasser ferner schwer zu akzeptieren, dass der Pflichtteil in keiner Weise von der persönlichen Beziehung des Pflichtteilsberechtigten zu ihnen abhängig ist. Dem sich liebevoll kümmernden Sohn steht derselbe Mindestanteil am Nachlass zu wie der schon seit Jahren „untergetauchten“ Tochter, die einen Kontakt zwischen ihren eigenen Kindern und den Eltern verhindert.

2.3. Das Unternehmen als Nachlassbestandteil und seine Bewertung

Zu den Schwierigkeiten, die das Stichtagsprinzip bei der Nachfolgeplanung bereiten kann, kommt hinzu, dass die Unternehmensbewertung als solche bereits eine Vielfalt von Problemen aufwirft. Zunächst muss festgestellt werden, welcher Vermögensgegenstand (Einzelunternehmen, Gesellschaftsbeteiligung oder Abfindungsanspruch) überhaupt in den Nachlass gefallen ist. Hier bietet sich das bekannte Spektrum unterschiedlicher gesellschafts- und erbrechtlicher Rechtsfolgen des Todes eines Unternehmers: Aktien und GmbH-Anteile gehen immer⁹ auf die Erben über, während in OHG und KG mangels abweichender Regelung in der Satzung der Tod eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu dessen Ausscheiden führt, so dass nur das Abfindungsguthaben in den Nachlass fällt, § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB; der Kommanditanteil ist wiederum vererblich, § 177 HGB. Für die BGB-Gesellschaft schließlich sieht das Gesetz in § 727 Abs. 1 BGB für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vor, so dass der Pflichtteilsberechnung der Anteil an der Liquidationsgesellschaft zugrunde zu legen ist. Vielfach stellen gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklauseln Anteile allerdings abweichend von der gesetzlichen Regelung vererblich, so dass sie mit dem Erbfall in den Nachlass fallen.

Steht fest, dass das Unternehmen bzw. der Gesellschaftsanteil des Erblassers tatsächlich in den Nachlass gefallen ist und damit bewertet werden muss, ist sein „wahrer“ Wert zu ermitteln, d.h. der Verkehrswert als derjenige Preis, der bei einem Verkauf am Stichtag erzielt werden könnte. Wird das Unternehmen zeitnah¹⁰ nach dem

⁹ Nach ganz herrschender Auffassung lässt sich die Vererblichkeit von GmbH-Anteilen nicht durch Satzung ausschließen, s. nur HUECK/FASTRICH, in: BAUMBACH/HUECK, GmbHG, § 15 Rn. 12 m.w.N.

¹⁰ BGH, NJW 1982, 2497 (2498): 1 Jahr nach dem Erbfall (vgl. auch § 11 Abs. 2 BewG); BGH, NJW-RR 1993, 131: bei Grundstück sogar fünf Jahre.

Erbfall veräußert, so kann der Kaufpreis als Anhaltspunkt für den Wert zum Stichtag dienen, soweit nicht besondere Umstände dafür sprechen, dass in der Zwischenzeit erhebliche Wertveränderungen stattgefunden haben. Wird das Unternehmen hingegen vom Erben fortgeführt, so scheidet diese Möglichkeit aus, so dass sein Wert auf andere Weise ermittelt werden muss, wobei in der Judikatur inzwischen eine Tendenz zur Ertragswertmethode festzustellen ist.¹¹ Die großen Unterschiede, die Bewertungen ein und desselben Unternehmens durch verschiedene Sachverständige z.B. aufgrund der Wahl unterschiedlicher Kapitalisierungszinssätze aufweisen können, und die daraus resultierenden Streitigkeiten machen die Vorliebe der Rechtsprechung für den tatsächlich erzielten Verkaufspreis verständlich.

Besonders problematisch bei der Bewertung ist der Umgang mit gesellschaftsvertraglichen Abfindungs- und Veräußerungsbeschränkungen. Denn bewertet man den vererbten Anteil etwa mithilfe eines Ertragswertverfahrens anhand der zu erwartenden künftigen Zahlungsströme und gelangt auf diese Weise zu einem Preis, den ein potentieller Investor für diese Ertragsersparungen zu zahlen bereit wäre, so bleibt unberücksichtigt, dass der Erbe diesen Wert möglicherweise wegen der beschränkenden Satzungsklausel gegenwärtig nicht realisieren kann, insbesondere weil er bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft keine vollwertige Abfindung erhalte. Andererseits ist die Beteiligung für ihn persönlich u. U. durchaus vollwertig, falls er sich dafür entscheidet, den Anteil zu behalten. Klar ist hier nur, dass sich die Wertermittlung nach dem in der Satzung vorgesehenen Abfindungsbetrag richtet, wenn eine Kündigung des Erblassers zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits erfolgt war.¹² Im Übrigen ist die Lösung derartiger Fälle höchst umstritten: Während einige die Abfindungs- oder Veräußerungsbeschränkungen außer Acht lassen und grundsätzlich auf den Vollwert des Anteils abstellen möchten, wenn der Erbe in die Gesellschaft eintritt,¹³ schlagen viele Autoren Wertabschläge vor, die sich nach der Wahrscheinlichkeit einer Beendigung der Beteiligung richten sollen.¹⁴ Andere möchten zwar vom Vollwert ausgehen, dem Erben aber vorübergehend ein Leistungsverweigerungsrecht zugestehen.¹⁵ Am wenigsten berücksichtigen die Interessen des Pflichtteilsberechtigten diejenigen, die als Bewertungsgrundlage den (eingeschränkten) Abfindungsanspruch als den einzigen Wert ansehen, den der Erbe zum Stichtag tatsächlich realisieren kann.¹⁶ Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage noch nicht umfassend Stellung genommen, in einer Entscheidung zum Zuge-

¹¹ Ausführlich z.B. BayObLG, NJW-RR 1996, 1125 ff.; s. auch WINKLER, ZEV 2005, 89 (90) m.w.N.

¹² BGH, NJW 1980, 229; WINKLER, ZEV 2005, 89 (92).

¹³ TIEDAU, MDR 1959, 253 (256); ZIMMERMANN, BB 1969, 965 (969); STÖTTER, DB 1970, 573 (575); im Grundsatz auch ULMER, ZGR 1972, 324 (342), der sich allerdings für eine nachträgliche Herabsetzung des Wertes bei einem späteren, auf der Nachfolge beruhenden Ausscheiden des Erben ausspricht.

¹⁴ REIMANN, ZEV 1994, 7 (10); ders., DNotZ 1992, 472 (486); BRATKE, ZEV 2000, 16 (18); GORONCY, NJW 1962, 1895 (1898).

¹⁵ SIEBERT, NJW 1960, 1033 (1034); WINKLER, ZEV 2005, 89 (93).

¹⁶ MEINCKE, Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, 202; HUBER, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 347.

winnausgleich jedoch auch für das Pflichtteilsrecht festgehalten, dass derartige Klauseln allenfalls wertmindernd zu berücksichtigen seien; entscheidend sei dabei, ob und in welchem Ausmaß sich die eingeschränkte Verwertbarkeit nach der Verkehrsauffassung auf den Wert der Beteiligung auswirkt.¹⁷ Die Höhe des angemessenen Abschlages lässt sich durch diesen Verweis auf die Verkehrsauffassung freilich nicht leichter ermitteln; immerhin dürfte aber grundsätzlich vom Vollwert auszugehen sein.¹⁸ Die Frage eines Leistungsverweigerungsrechts bei Zahlungsschwierigkeiten hat das Gericht ausdrücklich offen gelassen.¹⁹

Stehen mehrere denkbare Szenarien einer Wertrealisierung im Raum, so stellt sich schließlich die Frage, ob der Bewertung im Interesse des Pflichtteilsberechtigten immer die bestmögliche Verwertungsart zugrunde zu legen oder ein gewisses Entscheidungsrecht des Erben über das Schicksal des Unternehmens anzuerkennen ist.²⁰ Weitgehend wird zu Recht jedenfalls der Liquidationswert als Untergrenze der Bewertung angesehen.²¹ Entscheidet sich der Erbe dafür, ein Unternehmen mit negativen Ertragsaussichten dennoch fortzuführen, so muss der Pflichtteilsberechtigte diese Entscheidung nicht durch eine Verminderung seiner Ansprüche mit tragen.

2.4. Nachfolgeplanung und Pflichtteilsvermeidung

Angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten verwundert es nicht, dass die Rechtspraxis intensiv nach Wegen am Pflichtteil vorbei sucht. Die geradlinige Lösung eines Pflichtteilsentzugs kommt dabei allenfalls in seltenen Ausnahmefällen in Betracht, da die §§ 2333 ff. BGB dem Erblasser nur bei massivem Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten ein Entziehungsrecht einräumen. Auch durch die geplante Erbrechtsreform²² wird sich daran nichts grundlegend ändern. Das Pflichtteilsentziehungsrecht ist nicht dafür konzipiert, Schwierigkeiten des künftigen Erben bei der Pflichtteilsbegleichung abzuwehren, sondern dient nur dazu, erhebliche Pflichtverstöße des Pflichtteilsberechtigten zu sanktionieren.

¹⁷ BGH, NJW 1980, 229 (231); zustimmend TANCK, Beilage zu BB 2004, 19 (21).

¹⁸ Auf dieser Linie liegt auch eine spätere Entscheidung zum Zugewinnausgleich, derzufolge bei einer nicht frei verwertbaren Unternehmensbeteiligung die weitere Nutzungsmöglichkeit durch den Inhaber maßgeblich deren wahren Wert bestimmt, s. BGH, NJW 1987, 321 (322).

¹⁹ BGH, NJW 1980, 229 (231).

²⁰ Hierfür spricht sich BGH, NJW 1973, 509 (510), aus; s. ferner HAAS, in: STAUDINGER, § 2311 Rn. 56d.

²¹ LANGE, in: MüKo-BGB, § 2311 Rn. 25; WINKLER, ZEV 2005, 89 (90); v. HOYENBERG, RNotZ 2007, 377 (390); nach BGH, NJW 1982, 2497 (2498), gilt dies jedenfalls dann, wenn das Unternehmen am Stichtag keinerlei Ertragswert besitzt und wenige Jahre später liquidiert wird; a. A. OECHSLER, AcP 200 (2000), 603 (623); In Analogie zu § 2313 Abs. 1 S. 3 iVm Abs. 2 S. 2 BGB sei zunächst (nur) der Ertragswert zum Stichtag anzusetzen, im Fall einer Werterhöhung innerhalb von drei Jahren nach dem Erbfall aber ein Ausgleich an den Pflichtteilsberechtigten zu leisten; a.A. auch REIMANN, DNotZ 1992, 472 (475): Liquidationswert als Untergrenze nur dann, wenn die Betriebsfortführung wirtschaftlich unvertretbar ist.

²² Regierungsentwurf abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/3011/RegE%20Gesetz%20zur%20C3%84nderung%20des%20Erb-%20und%20Verj%C3%A4hrungsrechts.pdf>.

Als konsensuale Lösung liegt die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts nach § 2346 Abs. 2, Abs. 1 BGB nahe, die auf das Unternehmen bzw. die Unternehmensbeteiligung beschränkt werden kann. Im Rahmen einer „Patriarchenlösung“ allein nach den Vorgaben des Erblassers lässt sie sich allerdings meistens nicht durchsetzen.²³ Insbesondere sind Abkömmlinge, mit denen der Erblasser bereits zerstritten ist, nur schwer zu einem Verzicht auf ihre Rechte zu überreden. Häufig ist diese Lösung deshalb mit hohen Abfindungen verbunden, bei denen sich das Liquiditätsproblem in ähnlicher Weise stellen kann wie beim regulären Pflichtteil. Um ihm zu entgehen, kann es sinnvoll sein, dem weichenden Erben als Gegenleistung eine stille Beteiligung oder Unterbeteiligung am Unternehmen anzubieten.²⁴

Eine unentgeltliche Übertragung des Unternehmens im Wege der vorweggenommenen Erbfolge kann die Pflichtteilslast allenfalls dann vermeiden, wenn die Nachfolgeplanung hinreichend früh in Angriff genommen wird, da sie anderenfalls Pflichtteilsergänzungsansprüche nach den §§ 2325 ff. BGB auslöst. Die Beteiligten können zwar versuchen, die Gefahr eines Unterschreitens der zehnjährigen Grenze des § 2325 Abs. 3 BGB gering halten, doch lässt sich der Erbfall nicht planen. Behält sich der Unternehmer außerdem einen zu weitreichenden Einfluss vor, etwa durch die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts, so beginnt die Frist unter Umständen mangels „Leistung“ des verschenkten Gegenstandes im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB gar nicht zu laufen.²⁵ Auch bei der Vereinbarung eines Nießbrauchsvorbehalts wird der Fristbeginn nach herrschender Auffassung hinausgeschoben.²⁶ Dennoch kann die Einräumung eines Nießbrauchs für die Minimierung von Pflichtteilsansprüchen je nach Zeitpunkt der Übertragung (und damit der Wahrscheinlichkeit, die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB zu überschreiten) sogar von Vorteil sein. Denn für die Berechnung der Pflichtteilsergänzung wird der Nießbrauchswert abgezogen, wenn Bewertungsstichtag nach § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB der Schenkungszeitpunkt ist.

Reduziert werden kann die Pflichtteilslast unter Umständen auch durch Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen. Denn oftmals lassen gerade wohlhabende Unternehmer unabhängig von der Planung der Unternehmensnachfolge allen Kindern schon zu Lebzeiten Vermögenswerte zukommen, beispielsweise Zuschüsse zum Kauf eines Familienwohnheims oder zur Finanzierung anderer kostspieliger Anschaffungen. Diese Zuwendungen können auf den Pflichtteil angerechnet werden, allerdings nur dann, wenn der künftige Erblasser dies bereits bei der Zuwendung gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten angeordnet hat, damit dieser die Möglichkeit hat, die Zuwendung zurückzuweisen (§ 2315 Abs. 1 BGB). Dem Problem, dass die Anrechnungsbestimmung in der Praxis häufig unterbleibt, soll die geplante Erbrechtsreform abhelfen.²⁷

²³ PILTZ, in: Harzburger Steuerprotokoll 1999, 147 (150).

²⁴ THOMA, ZEV 2003, 278 (280).

²⁵ S. hierzu nur WINKLER, ZEV 2005, 89 (94).

²⁶ S. nur BGHZ 125, 395 (398); OLG Köln, FamRZ 1997, 1113; EDENHOFER, in: PALANDT, § 2325 Rn. 23.

²⁷ S. unter 2.5.

Bei den Personengesellschaften kann der Unternehmer schließlich durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages dafür sorgen, dass sein Anteil am Nachlass vorbei auf den gewünschten Nachfolger übergeleitet wird, beispielsweise durch eine Eintrittsklausel. Damit verbunden wird ein gesellschaftsvertraglicher Ausschluss der Abfindung nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB, den die überwiegende Auffassung zu Recht – anders als den Ausschluss für den Fall eines Ausscheidens unter Lebenden – für zulässig hält.²⁸ Durch derartige Gestaltungen lassen sich Pflichtteilsansprüche vermeiden, da der Unternehmenswert nicht in den Nachlass fällt.²⁹ Es stehen aber – ebenso wie bei einer aufschiebend bedingten Übertragung des Gesellschaftsanteils („rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel“) – Pflichtteilergänzungsansprüche im Raum, die sich unter den Voraussetzungen des § 2329 Abs. 1 BGB auch gegen den Eintretenden persönlich richten können. Zwar stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters als solche im Regelfall keine unentgeltliche Zuwendung dar, weil der Aufgenommene im Gegenzug seine Arbeitsleistung schuldet und die persönliche Haftung übernimmt.³⁰ Dem Vertrag zugunsten Dritter, durch den im Falle der Eintrittsklausel der Anspruch auf Übertragung des Kapitalanteils gegen die verbliebenen Gesellschafter begründet wird, liegt im Verhältnis zwischen Erblasser und Begünstigtem aber in der Regel eine nach § 2325 Abs. 1 BGB ergänzungspflichtige Schenkung zugrunde.³¹

Anders stellt sich die Sachlage möglicherweise dar, wenn der Gesellschaftsvertrag zwar einen Abfindungsausschluss, aber keine Eintrittsklausel enthält, so dass Gesellschafts- und Kapitalanteil des Verstorbenen infolge von Anwachsung dauerhaft bei seinen Mitgesellschaftern verbleiben. Denn wenn es sich um einen allseitigen Abfindungsausschluss handelt, lässt sich der Schenkungscharakter dieser Vereinbarung in Zweifel ziehen – ist doch zum Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung bzw. der Aufnahme der Klausel in den Gesellschaftsvertrag zumeist völlig unklar, wer letztlich davon profitieren wird. Da es für die rechtliche Einordnung auf die Situation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht auf das wirtschaftliche Ergebnis ankommt, stellt sich die Vereinbarung nach überwiegender Auffassung zumindest dann, wenn die Gesellschafter annähernd gleich alt und bei ähnlich guter Gesundheit sind, eher als Wette denn als Schenkung dar, so dass für § 2325 BGB kein Raum sein soll.³² Eine Einordnung als Schenkung komme allerdings dann in

²⁸ REIMANN, ZEV 1994, 7 (11); ders., DNotZ 1992, 472 (488 f.); BRATKE, ZEV 2000, 16 (18); WINKLER, ZEV 2005, 89 (93); K. SCHMIDT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 37 (52) m. w. N.

²⁹ A.A. BRATKE, ZEV 2000, 16 (18), der davon ausgeht, bei Fortsetzung der Gesellschaft ohne die Erben des Gesellschafters seien die Pflichtteilsansprüche ungeachtet etwaiger Abfindungsbeschränkungen in der Satzung nach dem vollen Wert des gesetzlich vorgesehenen Abfindungsanspruchs gemäß § 738 Abs. 1 S. 2 BGB zu bemessen.

³⁰ S. nur BGH, NJW 1990, 2616 (2617).

³¹ LANGE, in: MüKo-BGB, § 2325 Rn. 19.

³² BGH, DNotZ 1966, 620 (622); BGHZ 22, 186 (194); v. OLSHAUSEN, in: STAUDINGER, § 2325 Rn. 32; EDENHOFER, in: PALANDT, § 2325 Rn. 15; LANGE, in: MüKo-BGB, § 2325 Rn. 20; REINICKE, NJW 1957, 561 (562); WINKLER, ZEV 2005, 89 (93); aA wohl TANCK, Beilage zu BB 2004, 19 (22).

Betracht, wenn der Abfindungsausschluss nicht alle Gesellschafter gleichermaßen betrifft oder aus ihrer Sicht mit dem früheren Ableben eines bestimmten Gesellschafters zu rechnen ist, so dass die Vereinbarung von vornherein als einseitige Begünstigung erscheint.³³ Die Grenzlinie dürfte allerdings schwer zu ziehen sein.³⁴ Wegen dieser Abgrenzungsschwierigkeiten spricht vieles dafür, trotz des aleatorischen Charakters des Geschäfts durchgehend von Schenkungen von Todes wegen auszugehen, zumal die unentgeltliche Zuwendung an die übrigen Gesellschafter zumindest *eventualiter* beabsichtigt ist.³⁵

Dieser Überblick über einige Strategien der Pflichtteilsvermeidung zeigt, dass sich das Liquiditätsproblem kaum erfolgreich umgehen lässt. Scheitert eine einvernehmliche Lösung durch – mit Abfindungen verbundenen – Pflichtteilsverzicht, so führt letztlich nur die nicht vorhersehbare Überschreitung der Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB durch vorweggenommene Erbfolge zuverlässig dazu, dass dem Übernehmer keine Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche drohen. Allenfalls erscheint bei Personengesellschaften nach der bisherigen Rechtsprechung außerdem ein isolierter Abfindungsausschluss zu Lasten der Erben als pflichtteilsfest, wenn er zu einem Zeitpunkt allseitig vereinbart wird, zu dem er nicht als einseitige Begünstigung eines bestimmten Gesellschafters erscheint. Er eignet sich aber kaum als Instrument der Nachfolgeplanung, da der Unternehmer seinen Anteil meist nicht an die anderen Gesellschafter, sondern an eigene Nachkommen weitergeben möchte.

2.5. Unternehmensnachfolge und Erbrechtsreform

Gewisse Erleichterungen für die Unternehmensnachfolge könnte die geplante Reform des Erb- und Pflichtteilsrechts bringen, die das Kabinett bereits 2008 gebilligt hat.³⁶ Die derzeitige Bundesministerin der Justiz, BRIGITTE ZYPRIES, hat schon auf dem 1. Deutschen Erbrechtstag 2007 in ihrer Eröffnungsansprache erkennen lassen, dass sie dem Pflichtteilsrecht kritisch gegenübersteht;³⁷ wohl wegen der noch zu erörternden³⁸ Position des Bundesverfassungsgerichts enthält der Entwurf jedoch keine wesentlichen Einschränkungen des Pflichtteilsanspruchs, sondern nur einige punktuelle Änderungen.

Ein wesentlicher Kritikpunkt des geltenden Pflichtteilsrechts ist die Bestimmung des § 2315 Abs. 1 BGB über die Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil. Diese Möglichkeit wird in der Praxis wenig genutzt, da viele Laien die Anrechnung für selbstverständlich halten und sie deshalb nur selten anlässlich der

³³ BGH, NJW 1981, 1956 (1957).

³⁴ Zu weitergehenden Differenzierungen s. MAYER, ZEV 2003, 355 (357 f.).

³⁵ Ebenso K. SCHMIDT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 37 (53).

³⁶ Regierungsentwurf abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/3011/RegE%20Gesetz%20zur%20C3%84nderung%20des%20Erb-%20und%20Verj%C3%A4hrungsrechts.pdf>.

³⁷ Abrufbar unter http://www.bmj.bund.de/enid/0,3b8ddf706d635f6964092d0934303939093a095f7472636964092d0935323933/Reden/Brigitte_Zypries_zc.html.

³⁸ S. unter 2.6.1.

Zuwendung ausdrücklich anordnen, wie es § 2315 Abs. 1 BGB verlangt.³⁹ Diese Schwachstelle des geltenden Rechts möchte die Reform in § 2315 Abs. 1 BGB-E beseitigen und, wie in der Literatur vorgeschlagen,⁴⁰ eine nachträgliche Anrechnungsbestimmung genügen lassen:

Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Gleiches gilt, wenn der Erblasser die Anrechnung nachträglich bestimmt hat. Der Erblasser kann seine Anordnungen über die Anrechnung nachträglich ändern. Nachträgliche Anordnungen erfolgen durch Verfügung von Todes wegen.

Die Regelung vergrößert die Spielräume der Pflichtteilsminimierung bei der Unternehmensnachfolge insbesondere in denjenigen Fällen, in denen die Nachfolgeplanung zu einem Zeitpunkt in Angriff genommen wird, zu dem der Unternehmer seinen Abkömmlingen bereits erhebliche finanzielle Zuwendungen hat zukommen lassen. Denn auch wenn er bei seinen Schenkungen die Pflichtteilsproblematik noch nicht im Blick hatte oder die Anordnung der Anrechnung in der irrigen Annahme unterließ, diese erfolge ohnehin automatisch, können die Zuwendungen im Nachhinein in die Planung einbezogen werden. Nach der geplanten Neufassung von § 2315 Abs. 1 BGB genügt eine einseitige nachträgliche testamentarische Anordnung; die Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten ist nicht erforderlich.

Nicht gefolgt ist der Entwurf allerdings der weitergehenden Forderung, die Anrechnung als Regelfall vorzusehen, wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hat.⁴¹ Angesichts der Tatsache, dass die automatische Anrechnung dem Gerechtigkeitsempfinden weiter Bevölkerungskreise entsprechen dürfte, sollte diese Entscheidung überdacht werden. Von Bedeutung wäre eine dahingehende Änderung insbesondere in denjenigen Fällen, in denen der Erblasser bei der Nachfolgeplanung nicht sachkundig beraten wird und deshalb die Möglichkeit der Anrechnung nicht in den Blick nimmt oder diese für selbstverständlich hält.

Eine weitere Änderung, welche die Unternehmensnachfolge erleichtern kann, betrifft das Recht der Pflichtteilsergänzung. Während das bisherige Recht in § 2325 Abs. 3 BGB eine starre Zehnjahresfrist nach dem Prinzip „ganz oder gar nicht“ enthält, soll der neue § 2325 Abs. 3 BGB-E bestimmen:

Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe.

Wie bisher scheidet danach ein Pflichtteilsergänzungsanspruch aus, wenn seit dem Vollzug der Schenkung zehn Jahre verstrichen sind. Bei kürzeren Zeitabständen soll es aber nach neuem Recht zu einer Abschmelzung des pflichtteilsergänzungsre-

³⁹ HENRICH, DNotZ 2001, 441, 450.

⁴⁰ S. beispielsweise KLINGELHÖFFER, ZEV 2002, 293 (294).

⁴¹ MUSCHELER, ZEV 2008, 105 (108); ODERSKY, MittBayNot 2008, 2 (5).

vanten Betrages kommen, und zwar um jeweils ein Zehntel pro vor dem Erbfall verstrichenem Jahr. Diese Regelung wird die Situation desjenigen, der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge den Betrieb übernommen hat, erheblich verbessern. Trifft ihn bisher beim Tode des Unternehmers innerhalb von zehn Jahren nach der Schenkung die volle Pflichtteilslast, so wird das Zahlungsrisiko nach der Neufassung mit jedem verstrichenen Jahr geringer. Dies ist vor allem dann von Vorteil, wenn ein längerer Ruhestand des bisherigen Betriebsinhabers nach seinem Rückzug aus der Firma abzusehen ist.

Direkt auf die Problematik der Unternehmensnachfolge zielt nach dem Willen der Entwurfsverfasser die Neufassung der Stundungsregelung in § 2331a Abs. 1 BGB-E ab:

Der Erbe kann Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen.

Aus Sicht des Justizministeriums soll die Norm insbesondere der Gefahr der Zerschlagung lebensfähiger Betriebe vorbeugen, indem sie die Stundungsmöglichkeiten erweitert.⁴² Ob diese Erwartung berechtigt ist, bleibt allerdings skeptisch abzuwarten. Zwar enthält die Neuregelung eine erhebliche und begrüßenswerte Erweiterung des Kreises der Begünstigten, indem sie jedem Erben unabhängig von seiner eigenen Pflichtteilsberechtigung die Möglichkeit gibt, Stundung zu verlangen; ob sie jedoch die Schwelle für die Gewährung einer Stundung herabsetzen wird, ist ausgesprochen zweifelhaft. Denn ob die mit der Anwendung der Norm befassten Gerichte tatsächlich der Auffassung sein werden, eine „unbillige“ Härte liege häufiger vor als die in § 2331a BGB bisher geforderte „ungewöhnliche“ Härte,⁴³ ist unklar. Ebenso zweifelhaft ist die weitere „maßvolle Herabsetzung“ der Anforderungen, welche die Entwurfsverfasser sich von der Ersetzung der „Zumutbarkeit“ für den Pflichtteilsberechtigten durch die „angemessene Berücksichtigung“ seiner Interessen versprechen.⁴⁴ Hier werden unbestimmte Rechtsbegriffe durch andere unbestimmte Rechtsbegriffe ausgetauscht, deren Reichweite sich von derjenigen der bisherigen Fassung jedenfalls auf den ersten Blick nicht unterscheidet. Vor allem aber spricht der Umstand, dass die in der Norm genannten „Regelbeispiele“ unverändert bleiben sollen, dagegen, dass die Neuregelung die sachlichen Voraussetzungen einer Stundung tatsächlich verändern wird. Denn wird als Beispiel nach wie vor die Veräußerung eines Wirtschaftsguts genannt, das für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellt, so bedeutet dies, dass der

⁴² Vgl. DIWELL, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 185 (191).

⁴³ So SCHAAL/GRIGAS, BWNNotZ 2008, 2 (16).

⁴⁴ Vgl. Begründung Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, 46 f., abrufbar unter <http://www.bmj.bund.de/files/-/3011/RegE%20Gesetz%20zur%20%C3%84nderung%20des%20Erb-%20und%20Verj%C3%A4hrungsrechts.pdf>.

Zwang zur Betriebsaufgabe oder -veräußerung unter Wert für sich genommen weiterhin nicht als Stundungsgrund ausreichen wird, falls der Erbe und seine Familie auf das Unternehmen nicht zur Erzielung ihres Lebensunterhalts angewiesen sind. Infolgedessen dürfte die Neufassung entgegen der Zielsetzung des Regierungsentwurfs in sachlicher Hinsicht wohl keine wesentlichen Auswirkungen haben.⁴⁵

Der geplante § 2331a BGB-E kommt daher, abgesehen von einer sinnvollen Erweiterung auf jeden Erben, der zu Recht erhobenen Forderung nach einer Ausweitung der Stundungsmöglichkeiten⁴⁶ nicht ausreichend nach. Möchte der Gesetzgeber sein Ziel einer maßvollen Herabsetzung der Stundungsvoraussetzungen tatsächlich verwirklichen, so sollten zumindest die bisherigen „Regelbeispiele“ in § 2331a BGB-E gestrichen werden. Im Übrigen wäre zu überlegen, die Norm an § 1382 BGB anzugleichen und eine Zahlung „zur Unzeit“ für eine Stundung genügen zu lassen;⁴⁷ eine Neuformulierung in diesem Sinne könnte sowohl Fälle erfassen, in denen etwa aufgrund niedriger Börsenkurse ein sofortiger Verkauf wirtschaftlich ungünstig wäre, als auch den Gefahren eines sofortigen Liquiditätsabzugs für das Unternehmen begegnen. Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, zur Klarstellung Unternehmen und Gesellschaftsanteile in § 2331a BGB ausdrücklich als schutzfähige Wirtschaftsgüter und unternehmerische Thesaurierungsinteressen als zusätzliche Abwägungskriterien zu benennen,⁴⁸ beispielsweise wiederum in Form von „Regelbeispielen“. Zu weit geht demgegenüber der Vorschlag, generell eine gesetzliche Vermutung des Inhalts aufzustellen, bei unternehmerisch gebundenem Vermögen lägen ausreichende Gründe für eine Stundung vor.⁴⁹ Denn das Unternehmen kann je nach Höhe der Pflichtteilsansprüche und derzeitiger Liquidität ihre sofortige Begleichung möglicherweise durchaus verkraften, zumal wenn zusätzlich erhebliches Barvermögen vorhanden ist. Hinzu kommt, dass es für den Pflichtteilsberechtigten als Außenstehenden schwierig wäre, die Vermutung zu entkräften.

2.6. Ein unternehmerfreundliches Pflichtteilsrecht

Die geplante Erbrechtsreform bietet demnach zwar einzelne Erleichterungen für die Unternehmensnachfolge, kann jedoch keinesfalls als „großer Wurf“ einer Einschränkung des Pflichtteilsrechts bezeichnet werden. Belässt man, wie bislang vorgesehen, hinsichtlich der Voraussetzungen und der Höhe des Pflichtteilsanspruchs alles beim Alten, so ist die geplante Erweiterung der Stundungsmöglichkeiten ein Schritt in die richtige Richtung, der allerdings durchaus beherzter hätte ausfallen dürfen. Auch die „Abschmelzungslösung“ des geplanten § 2325 Abs. 3 BGB ist zu begrüßen. Grundsätzlicher lässt sich aber die Frage stellen, ob die Probleme des Pflichtteilsrechts für die Unternehmensnachfolge nicht Anlass dafür sein sollten,

⁴⁵ So auch MUSCHELER, ZEV 2008, 105 (106).

⁴⁶ S. nur MARTINY, in: Verhandlungen des 64. deutschen Juristentages, Bd. 1 A 1 (A 115); OTTE, AcP 202 (2002), 317 (360); LANGE, DNotZ 2007, 84 (94); ders., in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 57 (70).

⁴⁷ MUSCHELER, ZEV 2008, 105 (106); LANGE, DNotZ 2007, 84 (95).

⁴⁸ K. SCHMIDT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 37 (47).

⁴⁹ LANGE, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 57 (66).

über seine Berechtigung als solche und seine strukturelle Ausgestaltung im BGB nachzudenken, zumal sich seit einigen Jahren die kritischen Stimmen zum Pflichtteilsrecht mehren.⁵⁰ Eine im Jahre 2005 ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵¹ scheint weitreichenden Änderungen jedoch auszuschließen. Bevor verschiedene Vorschläge zur Gestaltung eines unternehmerfreundlichen Pflichtteilsrechts diskutiert werden, sind deshalb Inhalt und Überzeugungskraft dieses Beschlusses zu erörtern.

2.6.1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das Bundesverfassungsgericht hat sich erst vor wenigen Jahren zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Pflichtteilsrechts geäußert; seine frühere Rechtsprechung beschränkte sich auf die Feststellung, das bestehende Pflichtteilsrecht sei als Einschränkung der Testierfreiheit verfassungsgemäß.⁵² So war lange Zeit nicht klar, ob das Gericht der Auffassung des Bundesgerichtshofs folgen würde, der das Pflichtteilsrecht als durch Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 6 Abs. 1 GG garantiert ansah.⁵³ Die Literatur hielt das Pflichtteilsrecht überwiegend ebenfalls für verfassungsrechtlich abgesichert, wobei unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten wurden, ob es in der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 zu verorten sei, als Beschränkung derselben aus Art. 6 Abs. 1 GG hergeleitet werden müsse oder aus beiden Artikeln zusammen folge.⁵⁴ Vereinzelt wurde jedoch auch vertreten, der Pflichtteil sei verfassungswidrig.⁵⁵

Im Jahre 2005 gaben zwei Zivilverfahren, in denen um das Recht zur Pflichtteilsentziehung gestritten wurde, dem Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, sich grundsätzlich mit der verfassungsrechtlichen Verankerung des Pflichtteilsrechts auseinander zu setzen – notwendig wäre dies allerdings nicht gewesen, hätte es doch auch hier für die Sachentscheidung genügt, die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des Pflichtteilsrechts festzustellen und die Pflichtteilsentziehungsgründe an den Vorgaben des Grundgesetzes zu prüfen. In dem spektakuläreren der beiden Fälle, in dem es um die Entziehung des Pflichtteils eines Sohnes ging, der seine Mutter, die Erblasserin, im Zustand der Schuldunfähigkeit vorsätzlich getötet hatte, begegnete das Gericht dem nachvollziehbaren Unverständnis über seine Pflichtteilsberechtigung mit der Aufhebung der zivilgerichtlichen Entscheidungen: Die

⁵⁰ S. nur PETRI, ZRP 1993, 205 f.; HENRICH, DNotZ 2001, 441 ff.; DAUNER-LIEB, DNotZ 2001, 460 ff.; dies., FF 2001, 78 ff.; STÜBER, JR 2002, 359 (361 ff.); ders., NJW 2005, 2122 ff.; KLEENSANG, ZEV 2005, 277 ff.; MAYER, FamRZ 2005, 1441 ff.; BECKERT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 1 ff.

⁵¹ BVerfGE 112, 332 ff.; hierzu s. GAIER, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 161 ff.

⁵² BVerfGE 91, 346 (359 f.).

⁵³ BGHZ 98, 226 (233).

⁵⁴ Vgl. ausführlich HAAS, ZEV 2000, 249 ff.; ferner OTTE, AcP 202 (2002), 317 (319); ders., ZEV 1994, 193 (194); SCHLÜTER, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 1047 (1064 f.). Kritisch zur verfassungsrechtlichen Begründung des Pflichtteilsrechts DEPENHEUER, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, Art. 14 Rn. 527.

⁵⁵ PETRI, ZRP 1993, 205 (206).

Anknüpfung an schuldhaftes Verhalten im strafrechtlichen Sinne bei der Auslegung des § 2331 Nr. 1 BGB trage der Ausstrahlungswirkung der Testierfreiheit der Erblasserin auf das einfache Recht nicht ausreichend Rechnung.⁵⁶ In dem zweiten Fall, in dem die Pflichtteilsentziehung mit der Weigerung eines Sohnes des Erblassers begründet wurde, diesem den Kontakt zu seinen Enkelkindern zu ermöglichen, wies das Gericht die Verfassungsbeschwerde dagegen mit der Bemerkung zurück, der Pflichtteilsentziehung liege hier „eine familiäre Konfliktsituation zu Grunde, wie sie kennzeichnend für eine Enterbung ist und in der das Pflichtteilsrecht gerade seine Funktion erfüllt“⁵⁷. Welches diese Funktion und die Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts sind, stellt das Gericht in dem „allgemeinen Teil“ seiner Entscheidung dar, der im ersten Leitsatz zusammengefasst ist: „Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass wird durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet.“⁵⁸ Seine Ausführungen beschränken sich dabei auf den Kindespflichtteil; Eltern- und Ehegattenpflichtteil waren nicht Gegenstand der Ausgangsrechtsstreitigkeiten und damit auch nicht der verfassungsrechtlichen Erörterungen.

Der hier interessierende erste Leitsatz fußt auf unterschiedlichen Begründungssträngen. In seinen Ausführungen zu Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG stützt sich das Gericht zunächst auf die Überlegung, die gesonderte Erwähnung des Erbrechts neben der Eigentumsgarantie wäre nicht verständlich, wenn damit nur die Testierfreiheit angesprochen wäre, da diese schon aus der Eigentumsgarantie hergeleitet werden könne.⁵⁹ Im Folgenden arbeitet der Senat hauptsächlich mit historischen Argumenten. Das Pflichtteilsrecht habe eine lange Tradition und sei bereits vor Einführung des BGB in allen Partikularrechten anerkannt gewesen; an diese traditionelle Ausgestaltung des Erbrechts habe der Verfassungsgeber in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG angeknüpft.⁶⁰ Die Ausgestaltung des Pflichtteils als grundsätzlich unentziehbares und bedarfsunabhängiges Recht zähle zu den tragenden Strukturprinzipien des geltenden Pflichtteilsrechts, das in dieser Weise ausgestaltete Pflichtteilsrecht seinerseits zu den traditionellen Kernelementen des deutschen Erbrechts.⁶¹ Gestützt wird diese Begründung durch rechtsvergleichende Überlegungen zu den anderen im römischen Recht wurzelnden Rechtsordnungen, die ebenfalls alle ein Pflichtteilsrecht kennen.⁶² Eine inhaltliche Rechtfertigung des Pflichtteils leitet das Bundesverfassungsgericht schließlich aus Art. 6 Abs. 1 GG her: Dieser schütze die familiäre Verantwortlichkeit füreinander und gehe von einer grundsätzlich unauflösbaren Familiensolidarität als Pflicht zu Beistand und Rücksichtnahme im Verhältnis der

⁵⁶ BVerfGE 112, 332 (358).

⁵⁷ BVerfGE 112, 332 (362).

⁵⁸ BVerfGE 112, 332.

⁵⁹ BVerfGE 112, 332 (349); s. auch OTTE, AcP 202 (2002), 317 (321); ähnlich SCHIEMANN, ZEV 1995, 197 (199).

⁶⁰ BVerfGE 112, 332 (350 f.).

⁶¹ BVerfGE 112, 332 (349 f.).

⁶² BVerfGE 112, 332 (351 f.).

Eltern zu ihren Kindern aus.⁶³ Ähnlich wie die Verfügungsfreiheit unter Lebenden durch das Unterhaltsrecht beschränkt sei, unterliege auch die Freiheit des Erblassers von Verfassungen wegen diesen durch Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen.⁶⁴

2.6.2. Kritische Anmerkungen

Alle diese Begründungsversuche sind allerdings starken Bedenken ausgesetzt. Dies gilt zunächst für die Argumentation, die ausdrückliche Erwähnung des Erbrechts neben dem Eigentum in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG wäre überflüssig, wenn damit nur die Testierfreiheit, nicht aber das Pflichtteilsrecht als deren Schranke angesprochen wäre. Denn ohne weiteres ist eine Rechtsordnung denkbar, die zwar das lebzeitige Eigentum schützt, seine privatautonom bestimmte Weitergabe von Todes wegen aber ausschließt, also beispielsweise vorsieht, dass mit dem Erbfall das Vermögen des Erblassers an den Staat fällt. Umgekehrt spricht die gemeinsame Nennung mit der Eigentumsgarantie sogar gegen die verfassungsrechtliche Verankerung des Pflichtteilsrechts in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Denn sie stellt das Erbrecht primär in Zusammenhang mit der Verfügungsfreiheit des Eigentümers, deren Einschränkungen auf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG gestützt werden können. Aus systematischer Sicht sollte der Pflichtteil demnach eher den Inhalts- und Schrankenbestimmungen des S. 2 zugeordnet werden.⁶⁵

Ferner ist fraglich, ob man das Pflichtteilsrecht tatsächlich zum historisch gesicherten Bestand des Erbrechts zählen kann, war doch bei Schaffung des BGB seine Einführung durchaus nicht selbstverständlich.⁶⁶ Sowohl das römische Recht⁶⁷ als auch die am Ende des 19. Jahrhunderts bestehenden Partikularrechtsordnungen kannten zwar den Pflichtteil, jedoch in sehr unterschiedlicher Ausgestaltung.⁶⁸ Seine Berechtigung wurde zudem bereits im 19. Jahrhundert in Frage gestellt. Auf dem 14. Deutschen Juristentag im Jahre 1878 äußerten sich beide für das Pflichtteilsrecht zuständige Referenten skeptisch, und zwar teils mit ähnlichen Argumenten wie seine heutigen Kritiker: Die dadurch erzwungene Teilung der Erbschaft könne höchst nachteilig für den gesamten Wert des Vermögens sein, beispielsweise bei Betrieben von Bauern, Handwerkern, Fabrikanten oder Kaufleuten.⁶⁹ Auch die Beliebtheit von Strategien zur Pflichtteilsvermeidung ist offensichtlich nichts Neues; so konstatierte MEYERSBURG, einer der Referenten:

⁶³ BVerfGE 112, 332 (352).

⁶⁴ BVerfGE 112, 332 (353).

⁶⁵ So auch STÜBER, JR 2002, 359 (361); ders., NJW 2005, 2122 (2123).

⁶⁶ Zur Entstehungsgeschichte ausführlich MERTENS, Erbfolge und Pflichtteilsrecht, 81 ff.

⁶⁷ Hierzu s. ZIMMERMANN, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 97 ff.

⁶⁸ BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72; Übersicht bei MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 (53 ff.).

⁶⁹ BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (90); ähnlich MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 (61).

„Es muß die Wahrnehmung für ernste Männer einen Gegenstand schwerer Bedenken bilden, daß die Sitte und die wirklichen Bedürfnisse der Familie durch das Recht häufig gezwungen werden, sich auf krummen Wegen eine Hülfe – oft vergeblich – zu suchen.“⁷⁰

Er sprach sich dafür aus, das Pflichtteilsrecht ganz zu beseitigen und Eltern, Kindern und Ehegatten nur im Falle der Bedürftigkeit eine Art Unterhaltsanspruch zuzugestehen.⁷¹ BRUNS, der andere Referent, ging der philosophischen Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts nach und kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei der sittlichen Pflicht der Beerbung der Eltern durch die Kinder anders als bei der Unterhaltspflicht nicht um eine (erzwingbare) Rechtspflicht handele.⁷² Dennoch hielt er die Einführung absoluter Testierfreiheit in Deutschland für bedenklich, weil sie einen Bruch mit dem bisherigen Rechtszustand darstellen und dem Rechtsbewusstsein des Volkes widersprechen würde.⁷³

Wenig materiellen Gerechtigkeitsgehalt sprachen dem Pflichtteilsrecht offensichtlich auch die Verfasser des Preußischen Allgemeinen Landrechts zu. Seine innere Berechtigung sahen sie nur insoweit, als die Eltern auch nach ihrem Tode für die Erziehung und Versorgung minderjähriger Kinder vorsorgen müssten; in das ALR wurde es nur übernommen, weil es dem geltenden Rechtszustand entsprach und immerhin nicht „der natürlichen Billigkeit oder dem Endzweck des gemeinen Besten zuwiderlaufe“.⁷⁴ Ähnlich pragmatisch äußern sich die Motive zum BGB: Vom Standpunkt der Sozialpolitik sei die Frage einer Aufhebung des Pflichtteilsrechts nicht spruchreif, denn ein Rechtszustand, der durchweg gelte, dürfe nur bei ganz überwiegenden Gründen beseitigt werden.⁷⁵

Der Pflichtteil stand demnach schon vor dem Inkrafttreten des BGB in der Kritik; insbesondere hielten viele seine bedarfsunabhängige Ausgestaltung für sachlich kaum zu rechtfertigen. Seine Abschaffung wurde hauptsächlich deshalb nicht ernsthaft erwogen, weil er zum gemeinsamen Bestand der Partikularrechte gehörte und keine überwiegenden Gründe für seine Streichung zu bestehen schienen. Die Gründe für eine Aufnahme des Pflichtteilsrechts ins BGB waren damit in hohem Maße zeitgebunden; es ist sehr fraglich, ob es vor diesem Hintergrund als historisch gesicherter Bestandteil des Erbrechts betrachtet werden kann, dem die Verfasser des Grundgesetzes Verfassungsrang zugestehen wollten.⁷⁶

In der historischen Diskussion lassen sich das Familienerbrecht auf der einen und die Testierfreiheit auf der anderen Seite als diametral entgegengesetzte gedankliche Ausgangspunkte des Erbrechts nachweisen.⁷⁷ Abhängig davon, in welchem der bei-

⁷⁰ MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 (61 f.).

⁷¹ MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 (65).

⁷² BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (82).

⁷³ BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (86 f.).

⁷⁴ Vgl. hierzu RGZ 6, 247 (248).

⁷⁵ Motive zum BGB, 382, in: MUGDAN (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 202 f.

⁷⁶ S. auch KLEENSANG, ZEV 2005, 277 (279).

⁷⁷ Vgl. MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 f.

den Prinzipien jeweils die Grundlage gesehen wird, erscheint der Pflichtteil als rechtfertigungsbedürftige Freiheitsbeschränkung oder umgekehrt die Testierfreiheit über das pflichtteilsfreie Vermögen als Zugeständnis an den Erblasser. In der gesellschaftlichen Entwicklung tritt der Gedanken des Familienerbrechts aber immer weiter zurück. Kaum noch lässt sich von einem „Familienvermögen“ sprechen, wird doch das Vermögen in den meisten Bevölkerungskreisen gefühlsmäßig ausschließlich Einzelpersonen zugeordnet; die Familie als Produktionsgemeinschaft hat ausgedient.⁷⁸ Infolge zunehmender Lebenserwartung sind die Kinder beim Erbfall außerdem meistens schon selbst nicht mehr jung und nur selten auf das Ererbte angewiesen,⁷⁹ auch wenn dieser Effekt angesichts dessen, dass vor allem die Kindersterblichkeit gesunken ist, nicht ganz so signifikant ist, wie die Altersstatistiken für sich genommen vermuten lassen.⁸⁰ Ist aber eine derartige Tendenz festzustellen, so ist die Argumentation mit der traditionellen Ausgestaltung des Erbrechts auch aus diesem Grund kritisch zu sehen. Denn dann lässt sich mit Recht die Frage stellen, ob diese Tendenz sich nicht in der Rechtsentwicklung widerspiegeln müsste.

Die rechtsvergleichenden Überlegungen des Gerichts büßen ebenfalls an Überzeugungskraft ein, wenn man sich nicht auf die auf dem römischen Recht basierenden Rechtsordnungen beschränkt und außerdem berücksichtigt, wie unterschiedlich das Pflichtteilsrecht in verschiedenen Ländern ausgestaltet ist. Während Frankreich und Italien hohe, als Noterbrechte ausgestaltete Pflichtteilsrechte kennen, sind z.B. in Norwegen zwar grundsätzlich 2/3 des Vermögens durch den Pflichtteil der Abkömmlinge gebunden, dieser ist jedoch der Höhe nach pro Kind auf eine Million norwegischer Kronen (ca. 113.000,- €) begrenzt (Erbgesetz Kap. 4 § 29). England kennt gar kein Pflichtteilsrecht im eigentlichen Sinne, sondern nur eine Art Unterhaltsanspruch von Todes wegen: 1975 hat der Gesetzgeber durch den *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* die Möglichkeit für vom Erblasser finanziell abhängige Personen geschaffen, um gerichtlichen Schutz nachzusuchen, wenn keine angemessene Verfügung von Todes wegen zu ihren Gunsten getroffen wurde.⁸¹ Derartige Klagen sind vor allem bei minderjährigen Kindern erfolgversprechend.⁸² Neben dieser ausschließlich an den Bedarf anknüpfenden Regelung kennen andere nationale Rechte zumindest der Höhe nach eine Differenzierung nach Bedürftigkeit bzw. (als Fall typischer finanzieller Abhängigkeit) Minderjährigkeit der Kinder, etwa das polnische und das tschechische Recht.⁸³ Einige Rechtsordnungen berücksichtigen auch das Näheverhältnis zwischen Erblasser und Abkömmlingen. So beläuft sich beispielsweise in Spanien der für die Abkömmlinge reservierte Teil des Vermögens auf 2/3; hiervon ist jedoch nur ein Drittel fest gebunden, während der Erblasser ein weiteres Drittel nach Belieben unter den Abkömmlingen verteilen

⁷⁸ SCHIEMANN, ZEV 1995, 197 f.; LEIPOLD, AcP 180 (1980), 160 (175); SCHLÜTER, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 1047 (1048).

⁷⁹ STRÄTZ, FamRZ 1998, 1553 (1566); LEIPOLD, AcP 180 (1980), 160 (185).

⁸⁰ OTTE, AcP 202 (2002), 317 (338 f.).

⁸¹ S. hierzu HENRICH, DNotZ 2001, 441 (448).

⁸² NÖCKER, ZErB 2004, 342 (346).

⁸³ Hierzu s. HENRICH, DNotZ 2001, 441 (448).

kann (Art. 808 *Código Civil*). Das österreichische Recht lässt eine Reduzierung des Pflichtteils um die Hälfte zu, wenn zwischen dem Kind und seinem Elternteil zu keiner Zeit ein Näheverhältnis bestanden hat, wie es in der Familie üblich ist (§ 773a ABGB). Als „kleinster gemeinsamer Nenner“ in diesem Vergleich erscheint lediglich die zwingende Beteiligung bedürftiger Angehöriger am Nachlass; weitere Übereinstimmungen sind nicht festzustellen.

Des Weiteren überzeugt auch die Argumentation mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht. Die Annahme, das Pflichtteilsrecht schütze die familiäre Solidarität,⁸⁴ ist nämlich keineswegs selbstverständlich. Eine persönliche Bindung und das Gefühl wechselseitiger Verantwortlichkeit unter Familienangehörigen werden eher durch freiwillige Zuwendungen befördert, so dass sich umgekehrt die Frage stellt, ob eine weitgehende Aufhebung des Pflichtteilsrechts nicht zur Solidarität beitragen könnte, indem sie den auf familiärer Verbundenheit beruhenden Gabencharakter der Vererbung betonen würde.⁸⁵ Der Pflichtteil entkoppelt den finanziellen Transfer von der emotionalen Bindung; fehlt es an einem finanziellen Bedarf des Begünstigten, so ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund diese Entkoppelung berechtigt sein sollte. Das Pflichtteilsrecht trägt außerdem dazu bei, den Kindern bereits vor dem Erbfall das Gefühl zu vermitteln, das Vermögen der Eltern sei eigentlich – zumindest zum Teil – bereits ihres; ein Gefühl, das vielfach zu Streitigkeiten führt, wenn die Kinder den Erblassern *in spe* (im wahrsten Sinne des Wortes) in ihre Vermögensangelegenheiten hineinreden möchten.

Am Beispiel des Berliner Testaments, das dem berechtigten Interesse der Absicherung des überlebenden Ehegatten dient, aber stets mit dem Risiko verbunden ist, dass eines der zu Schlusserben eingesetzten Kinder den Pflichtteil vom überlebenden Ehegatten fordert,⁸⁶ lässt sich deutlich zeigen, dass das Pflichtteilsrecht dazu beitragen kann, familiäre Beziehungen zu zerstören. In Fällen schwerer Zerrüttung ist durch den Pflichtteil außerdem nichts zu retten; die Sicherheit, ihn zu erhalten, ermuntert eher zu weiterer Abwendung.⁸⁷ Schließlich spürt ein enterbtes Kind die Zurücksetzung unabhängig davon, ob das Gesetz ihm einen Pflichtteil zugesteht. Ob es sich dadurch trösten lässt, dass das Pflichtteilsrecht ihm das Gefühl gibt, der Erblasser habe gesellschaftliche und rechtliche Grenzen überschritten und die geforderte Rücksichtnahme missachtet,⁸⁸ ist ausgesprochen fraglich. Dass sich gerade der Wegfall des Pflichtteilsrechts als „psychische Katastrophe“ und „besonders negativ für den Familienverband“ auswirken würde,⁸⁹ ist daher nicht plausibel. Ebenso we-

⁸⁴ In diesem Sinne auch ZACHER, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 135 (150).

⁸⁵ So zutreffend BECKERT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 1 (8); ausführlich und kritisch zur Argumentation mit familiärer Solidarität auch ebd., 13 ff.

⁸⁶ Zu diesem Problem bereits BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (95); s. ferner MAYER, FamRZ 2005, 1441 (1443).

⁸⁷ LEISNER, NJW 2001, 126 (127).

⁸⁸ So SCHLÜTER, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 1047 (1070).

⁸⁹ SCHRÖDER, DNotZ 2001, 465 (472).

nig dürfte der Wegfall des bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrechts mehr „Anlass zum Kampf um das Erbe“ bieten als das geltende Recht.⁹⁰

Wenig realitätsnah ist schließlich die Annahme des Bundesverfassungsgerichts, der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruhe in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder.⁹¹ Denn nur in seltenen Fällen tragen Abkömmlinge zur Vermögensbildung bei. Außerdem würde zur Umsetzung dieses Gedankens die rechtliche Anerkennung tatsächlich gelebter Solidarität (etwa durch finanzielle Berücksichtigung von Pflegeleistungen) ausreichen.⁹²

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Pflichtteilsrechts überzeugt aber vor allem in dem folgenden Punkt nicht: Nach Auffassung des Gerichts garantieren Art. 14 Abs. 1 S. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG eine Mindestteilhabe naher Angehöriger am Nachlass unabhängig von ihrem konkreten Bedarf. Zentral für die Begründung ist der Hinweis auf die „unauflösbare Familiensolidarität“ zwischen Eltern und Kindern, die diese Einschränkung der Testierfreiheit rechtfertigen könne. Dies rückt das Pflichtteilsrecht, wie der Senat selbst ausführt, deutlich in die Nähe des Unterhaltsrechts; der Pflichtteil erscheint als Fortsetzung des Familienunterhalts über den Tod hinaus. Damit stellt sich aber die Frage, weshalb das Unterhaltsrecht (zweifelloos verfassungskonform) bedarfsabhängig ausgestaltet ist, das Pflichtteilsrecht aber von Verfassungs wegen bedarfsunabhängig ausgestaltet sein muß. Man wird kaum annehmen können, dass die vom Grundgesetz geforderte Familiensolidarität der Eltern mit dem Erbfall ansteigt. Häufig befinden sich die pflichtteilsberechtigten Kinder zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits in einer finanziell abgesicherten Lebenssituation, so dass sie die verfassungsrechtlich garantierte Zuwendung ihrer Eltern eher als angenehmen Zusatz empfinden, während sie in jüngeren Jahren auch ohne unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit eine solche Zuwendung weit mehr gebrauchen könnten, etwa wenn sie sich eine Familie aufbauen oder sich selbständig machen möchten. Auch aus Sicht der Pflichtteilsberechtigten ist damit nicht recht erklärbar, dass die Verfassung ihren Eltern finanziell von Todes wegen mehr abverlangt als unter Lebenden.

Allenfalls ließe sich argumentieren, das Interesse potentieller Erblasser an der freien Verfügung über ihr Vermögen zu Lebzeiten wiege schwerer als das Interesse daran, ihr Vermögen von Todes wegen nach Belieben weitergeben zu können. Diese Aussage mag zwar richtig sein, kann aber dennoch den Bruch in der verfassungsgerichtlichen Argumentation nicht erklären. Denn hiermit lassen sich allenfalls quantitative Unterschiede zwischen Unterhalts- und Pflichtteilsanspruch rechtfertigen, nicht hingegen der im Gesetz angelegte Systemwechsel von vollständiger Bedarfsabhängigkeit zu vollständiger (von der Verfassung geforderter!) Bedarfsunabhängigkeit.

Damit soll nun nicht gesagt sein, dass die Bedarfsunabhängigkeit des geltenden Pflichtteilsrechts verfassungswidrig wäre – aber anzunehmen, sie sei verfassungs-

⁹⁰ So aber FREYTAG, ZRP 1991, 304 (306).

⁹¹ BVerfGE 112, 332 (353).

⁹² STÜBER, JR 2002, 359 (363).

rechtlich gefordert, müsste gleichzeitig das geltende Unterhaltsrecht schweren verfassungsrechtlichen Bedenken aussetzen. Natürlich ist nicht zu leugnen, dass der Wegfall eines bedarfsunabhängigen Anspruchs der Kinder auf Nachlassteilhabe auch Ergebnisse zulässt, die als ungerechte Bevorzugung bzw. Übervorteilung einzelner Kinder durch den Erblasser erscheinen, gerade wenn Kinder aus einer früheren Ehe oder Beziehung vorhanden sind. Ob die Verfassung dem damit verbundenen – durchaus berechtigten – Gefühl der Zurücksetzung aber tatsächlich durch einen Schutzauftrag begegnet, ist eine ganz andere Frage.

Gerade wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht das Pflichtteilsrechts inhaltlich aus der in Art. 6 Abs. 1 GG geforderten Familiensolidarität herleitet, wäre es folgerichtig, bei der Bestimmung des verfassungsrechtlich geforderten Minimums an den Bedarf des Begünstigten anzuknüpfen. Denn je mehr sich der Pflichtteilsberechtigte in finanziellen Nöten befindet, desto mehr bedarf er auch der finanziellen Solidarität des Erblassers. Mithin wäre es verfassungswidrig, bedürftige nahe Angehörige von jeder wirtschaftlichen Beteiligung am Nachlass auszuschließen. Das deutsche Zivilrecht muss demzufolge mindestens eine dem englischen Recht vergleichbare Regelung zugunsten finanziell abhängiger naher Angehöriger enthalten, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen. Nicht hingegen muss es alle nahen Angehörigen unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Situation gleichermaßen begünstigen, wie das geltende Recht es tut.

2.6.3. Wider ein bedarfsunabhängiges Pflichtteilsrecht

Mit dieser Kritik an der Annahme, die Bedarfsunabhängigkeit des geltenden Pflichtteilsrechts der Kinder sei verfassungsrechtlich zwingend, ist noch nicht entschieden, ob sie nicht sachlich geboten sein könnte. Für ihre Beibehaltung werden viele Gründe vorgebracht.⁹³ So wird argumentiert, ohne das Pflichtteilsrecht wäre der Sinn familienbezogener Förderung der Vermögensbildung in Frage gestellt; diese lasse sich nämlich nur rechtfertigen, wenn zumindest ein Teil des geförderten Vermögens von Todes wegen den Angehörigen zugute komme.⁹⁴ Dieses Argument ist hauptsächlich deshalb zweifelhaft, weil die Regelungen zur Familienförderung lediglich einen gewissen Ausgleich dafür schaffen, dass es für Kinderlose sehr viel leichter ist als für Eltern, Vermögen zu bilden. Sie zielen damit auf eine Kompensation für die finanzielle Belastung durch Kinder und gleichzeitig auf die Sicherung ihrer langfristigen guten Versorgung ab, nicht auf eine Vermehrung des (End-)Vermögens von Eltern im Vergleich zu Kinderlosen, also nicht auf den Erbgang.⁹⁵ Immer wieder wird auch auf den Streuungseffekt des Pflichtteilsrechts verwiesen: Es trage dazu bei, die Konzentration zu großer Vermögen in der Hand Einzelner zu verhindern.⁹⁶ In einer Zeit, in der große Vermögen sich weitgehend in der Hand juristi-

⁹³ Überblick bei MARTINY, in: Verhandlungen des 64. deutschen Juristentages, Bd. 1 A 1 (A 67 ff.)

⁹⁴ OTTE, ZEV 1994, 194 (196); ders., AcP 202 (2002), 317 (345); RÖTHEL, ZEV 2006, 8 (11).

⁹⁵ STÜBER, JR 2002, 359 (363).

⁹⁶ OTTE, ZEV 1994, 194 (196); RÖTHEL, ZEV 2006, 8 (11).

scher Personen befinden, die nicht sterben können, entbehrt dieser Gedanke allerdings ebenfalls der Überzeugungskraft.⁹⁷

Auch die Überlegung, das Pflichtteilsrecht erscheine als notwendige Begrenzung einer Freiheit, deren Gebrauch für den Erblasser persönlich keine spürbaren Folgen hat,⁹⁸ ist angreifbar. Denn sie setzt implizit voraus, dass die Angehörigen vor der „Willkür“ des Erblassers geschützt werden müssten, und postuliert damit eine Art (moralischen?) Anspruch auf den Nachlass, der aber gerade gerechtfertigt werden soll. Sie beruht mithin auf einem Zirkelschluss.⁹⁹ Das ebenfalls vorgebrachte Argument, die ältere Generation habe ihrerseits vom Pflichtteilsrecht profitiert und dürfe daher nun nicht davon befreit werden,¹⁰⁰ postuliert letztlich eine Art Unabänderbarkeit erbrechtlicher Rechtspositionen, die abzulehnen ist. Dass sich das geltende Pflichtteilsrecht schließlich auch nicht mit dem Versorgungsgedanken rechtfertigen lässt,¹⁰¹ ergibt sich bereits aus den obigen Überlegungen zur Position des Bundesverfassungsgerichts. Denn es fehlt an einer angemessenen rechtstechnischen Verknüpfung zwischen ihm und den Unterhaltspflichten gegenüber bedürftigen Angehörigen.¹⁰²

Für das Festhalten an der geltenden bedarfsunabhängigen Mindestteilhabe am Nachlass scheinen vielfach Emotionen maßgeblich zu sein; insbesondere gehen heute, wie bereits vor der Einführung des BGB, viele davon aus, das Pflichtteilsrecht sei im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung tief verwurzelt. Jedoch lässt sich auch diese Annahme in Zweifel ziehen. Denn auf Seiten der potentiellen Erblasser herrscht häufig Unverständnis über die Vorgaben des geltenden Rechts, vor allem über die hohen Anforderungen an die Pflichtteilsentziehung; DAUNER-LIEB konstatiert gar einen „Bewusstseinswandel“ gegen das traditionelle Pflichtteilsrecht.¹⁰³ Und wäre es angesichts dessen, dass neben dem Pflichtteilsrecht auch das Gefühl, das Vermögen der eigenen Eltern stehe ab einem bestimmten Alter „eigentlich“ bereits der nachfolgenden Generation zu, im Rechtsbewusstsein vieler Menschen fest verankert zu sein scheint, nicht gerade wünschenswert, an dieser Verwurzelung durch Modifizierung der rechtlichen Vorgaben etwas zu ändern?

Vieles spricht deshalb dafür, das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge von der Unterhaltsberechtigung abhängig zu machen, wie es etwa in § 396 ZGB-DDR vorgesehen war,¹⁰⁴ oder sogar insgesamt zu einer familienrechtlichen Lösung überzuge-

⁹⁷ STÜBER, JR 2002, 359 (364).

⁹⁸ OTTE, ZEV 1994, 194 (197).

⁹⁹ So auch DAUNER-LIEB, DNotZ 2001, 460 (463); STÜBER, JR 2002, 359 (363).

¹⁰⁰ OTTE, ZEV 1994, 194 (197).

¹⁰¹ SCHLÜTER, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 1047 (1050); STÜBER, JR 2002, 359 (363); SCHRÖDER, DNotZ 2001, 465 (469); OECHSLER, AcP 200 (2000), 603 (608); kritisch zum Alimentationsgedanken auch STRÄTZ, FamRZ 1998, 1553 (1566); LEIPOLD, AcP 180 (1980), 160 (185).

¹⁰² DAUNER-LIEB, DNotZ 2001, 460 (463).

¹⁰³ DAUNER-LIEB, FF 2001, 78 (79).

¹⁰⁴ BOSCH, FamRZ 1992, 993 (999); TRITTEL, DNotZ 1991, 237 (246); der Tendenz nach auch DAUNER-LIEB, DNotZ 2001, 460 (465); LEIPOLD, AcP 180 (1980), 160 (185); für eine teilweise bedarfsabhängige Pflichtteilsberechtigung im Sinne flexiblerer Quoten STRÄTZ, FamRZ 1998, 1553 (1566).

hen und bedürftigen Abkömmlingen einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zuzugestehen.¹⁰⁵ In beiden Fällen müsste überlegt werden, ob die Anspruchsberechtigung an einen Bedarf zum Zeitpunkt des Erbfalls anknüpfen sollte oder zur Vermeidung der aus dem Stichtagsprinzip folgenden Zufälligkeiten¹⁰⁶ auch ein nach dem Erbfall eintretender Bedarf berücksichtigt werden müsste; letzteres wäre allerdings rechtstechnisch komplizierter und müsste mit einer Pflicht des Erben zur Bildung von Rückstellungen über einen gewissen Zeitraum verbunden werden.¹⁰⁷ Soweit gegen eine solche Lösung praktische Schwierigkeiten eingewandt werden, etwa der Aufwand der Bedürftigkeitsprüfung oder die zu erwartenden Streitigkeiten bei der Bemessung,¹⁰⁸ so ist darauf zu erwidern, dass die Praxis auch mit der Verfolgung von Unterhaltsansprüchen zurecht kommt, und zwar nicht wesentlich schlechter als mit der Pflichtteilsdurchsetzung, die häufig ebenfalls mit langen Prozessen, oft in Form der Stufenklage, verbunden ist. Über die genaue Ausgestaltung eines bedarfsabhängigen Pflichtteilsrechts nachzudenken, ist allerdings so lange müßig, wie das Verfassungsgericht seine Rechtsprechung zur Verankerung der Bedarfsunabhängigkeit im Grundgesetz nicht revidiert.

2.6.4. Weitere Änderungsvorschläge

Da eine am unterhaltsrechtlichen Bedarf orientierte Lösung nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts derzeit ausscheidet, sind abschließend verschiedene weitere Änderungsvorschläge auf ihre Zweckmäßigkeit und verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu untersuchen.

Verschiedentlich vorgeschlagen wird eine Einschränkung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten; zur Diskussion gestellt ist dabei in erster Linie der Elternpflichtteil, den viele abschaffen möchten,¹⁰⁹ zumindest für den Fall des Zusammentreffens mit einem überlebenden Ehegatten.¹¹⁰ Dieser Vorschlag entspricht der Rechtslage in vielen anderen europäischen Ländern: Meistens sind entweder nur die Kinder oder Kinder und Ehegatte pflichtteilsberechtigt.¹¹¹ Angesichts der oben formulierten Bedenken gegen ein weit reichendes Pflichtteilsrecht wäre eine derartige Einschränkung des Berechtigtenkreises zu begrüßen. Allerdings würde sie sich auf die typische Unternehmensnachfolgeproblematik nur selten positiv auswirken, da

¹⁰⁵ BECKERT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 1 (17).

¹⁰⁶ Kritisch deshalb MARTINY, in: Verhandlungen des 64. deutschen Juristentages, Bd. 1 A 1 (A 88); OTTE, AcP 202 (2002), 317 (349); FREYTAG, ZRP 1991, 304 (306); HAAS, ZEV 2000, 249 (257).

¹⁰⁷ Zur denkbaren Ausgestaltung einer bedarfsabhängigen Lösung kürzlich OTTE, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 203 ff., der diese allerdings selbst nicht befürwortet; vgl. auch ders., AcP 202 (2002), 317 (350).

¹⁰⁸ MARTINY, in: Verhandlungen des 64. deutschen Juristentages, Bd. 1 A 1 (A 88); HAAS, ZEV 2000, 249 (257).

¹⁰⁹ SCHLÜTER, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 1047 (1068); DAUNER-LIEB, DNotZ 2001, 460 (464); KLINGELHÖFFER, ZEV 2002, 293 (295); schon im Jahre 1878 BRUNS, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (101 f.).

¹¹⁰ MARTINY, in: Verhandlungen des 64. deutschen Juristentages, Bd. 1 A 1 (A 102).

¹¹¹ Vgl. HENRICH, DNotZ 2001, 441 (448).

dort meistens die Vererbung des Betriebes an einen von mehreren Abkömmlingen in Frage steht, so dass den Eltern des Erblassers von vornherein kein Pflichtteil zusteht.

Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Abschaffung des Elternpflichtteils könnte sprechen, dass das Bundesverfassungsgericht in seinen Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 GG auf die „wechselseitige[n] Pflicht von Eltern wie Kindern zu Beistand und Rücksichtnahme“ Bezug nimmt.¹¹² Daraus könnte man schließen, dass das Gericht von einer reziproken Beziehung finanzieller Verantwortung ausgeht, aus der zu Lebzeiten die Unterhaltspflicht und von Todes wegen das Pflichtteilsrecht abzuleiten sei. Jedoch lässt sich weder die historische noch die rechtsvergleichende Argumentation des Senats auf den Elternpflichtteil übertragen. Auch der von ihm in Zusammenhang mit der Familiensolidarität angesprochene Gedanke eines „Familienvermögens“, zu dem Kinder wie Eltern beitragen, rechtfertigt eher eine zwingende (partielle) Weitergabe an die nachfolgende Generation als an die Aszendenten. Es ist daher davon auszugehen, dass auch aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts der Elternpflichtteil zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht.

Hinsichtlich der Pflichtteilsquote stehen verschiedene Möglichkeiten zur Debatte. Eine Absenkung auf $\frac{1}{4}$ oder $\frac{1}{3}$ wird ebenso erwogen¹¹³ wie eine dem spanischen Recht vergleichbare Lösung, derzufolge zwar die Gesamtquote bei $\frac{1}{2}$ bleiben, doch bis zur Grenze von $\frac{1}{4}$ individuell unter den Pflichtteilsberechtigten verteilt werden können soll.¹¹⁴ Angedacht wird ferner eine Maximalquote für jeden Pflichtteilsberechtigten, z.B. $\frac{1}{4}$ des Erblasservermögens, oder auch eine Gruppenthöchstquote.¹¹⁵

In welcher Höhe eine Reduzierung der Pflichtteilsquote nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zulässig sein würde, lässt sich kaum prognostizieren. Die Höhe des Pflichtteils ist verfassungsrechtlich nicht strikt vorgegeben; das Gericht spricht nur von einer „angemessenen“ Mindestteilhabe, füllt diesen Begriff aber nicht näher aus.¹¹⁶ Immerhin lässt sich der Entscheidung entnehmen, dass eine höhere Quote als derzeit im BGB vorgesehen von der Verfassung nicht gefordert wird.¹¹⁷ Da $\frac{1}{4}$ des gesetzlichen Erbteils noch einen erheblichen Anteil darstellt, so dass das Pflichtteilsrecht durch eine Absenkung auf diese Höhe nicht ausgehöhlt würde, spricht einiges dafür, dass das verfassungsrechtliche Minimum hierdurch nicht unterschritten wäre. Eine generelle Minderung der Quote ist dabei wegen der Fragwürdigkeit des bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrechts generell einer dem spanischen Recht vergleichbaren Lösung ebenso vorzuziehen wie einer (Gruppen- oder Einzel-)Höchstquote.

¹¹² BVerfGE 112, 332 (352).

¹¹³ SCHRÖDER, DNotZ 2001, 465 (471).

¹¹⁴ SCHRÖDER, DNotZ 2001, 465 (471). Bereits 1878 schlug BRUNS vor, dem Erblasser vollständig freie Hand über seine Vermögensvererbung zu lassen, soweit er zugunsten einzelner Kinder oder des Ehegatten testiert, s. ders., in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 72 (95).

¹¹⁵ ODESKY, MittBayNot 2008, 2 (4).

¹¹⁶ BVerfGE 112, 332 (355).

¹¹⁷ BVerfGE 112, 332 (355).

Hält man eine allgemeine Reduzierung der Pflichtteilsquote aber für verfassungsrechtlich bedenklich, so sollte zumindest eine Maximalquote eingeführt werden. Denn die Tatsache, dass sich der Pflichtteil eines einzelnen Abkömmlings u.U. auf die Hälfte des Erblasservermögens belaufen kann, ist vor allem deswegen ausgesprochen problematisch, weil Patchwork-Familien immer zahlreicher werden. Das geltende Recht beschränkt die Freiheit des Erblassers zu stark, zugunsten von Familienmitgliedern zu testieren, die nicht mit ihm verwandt oder verheiratet sind. Denn bereits wenn neben seinem einzigen leiblichen Kind zwei Stiefkinder vorhanden sind, macht das Pflichtteilsrecht es ihm unmöglich, gegen den Willen seines leiblichen Kindes alle drei Kinder gleichmäßig zu bedenken.

Erwogen werden könnte ferner, in Anlehnung an das norwegische Recht eine absolute Wertgrenze einzuführen, z.B. – gegriffen – 150.000,- € Dies würde bei großen Vermögen eine erhebliche Beschränkung des Pflichtteilsanspruchs bedeuten und könnte deshalb in vielen Fällen die Problematik des Pflichtteils in der Unternehmensnachfolge zu entschärfen helfen. Nicht zu unterschätzen ist auch der Vorteil, dass die (maximale) Pflichtteilslast dann für die Beteiligten planbar würde. Ebenso wenig wie die Position des Bundesverfassungsgerichts zur verfassungsrechtlich geforderten Minimalquote prognostiziert werden kann, lässt sich aber abschätzen, ob eine derartige Wertgrenze seiner Auffassung nach zulässig wäre. Die vom 1. Senat aufgestellte Grenze der „angemessenen“ Beteiligung kann nämlich sowohl relativ als auch absolut verstanden werden. Für ein absolutes Verständnis zumindest hinsichtlich des Kindespflichtteils spricht, dass auch der Unterhaltsanspruch gegenüber Kindern, die nicht mehr minderjährig sind oder sich in der Ausbildung befinden, von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern grundsätzlich unabhängig ist, § 1610 Abs. 1 BGB. Für die typische Konstellation, in der der Erbfall erst eintritt, wenn die Kinder bereits eine eigene Lebensstellung begründet haben, fehlt es auch für den Pflichtteilsanspruch an einem Grund dafür, sie an den Lebensverhältnissen der Eltern teilhaben zu lassen. Dennoch ist fraglich, ob das Bundesverfassungsgericht eine absolute Höchstgrenze akzeptieren würde, weil es die von ihm selbst postulierte Nähe des Pflichtteils zum Unterhaltsrecht nicht konsequent durchhält und der Beschluss vom 19. April 2005 insgesamt sehr pflichtteilsfreundlich ist.¹¹⁸ Angesichts der erheblichen Erleichterungen, die sie für die Unternehmensnachfolge mit sich bringen würde, käme es aber auf einen Versuch an.

Unmittelbar auf das Problem der Unternehmensnachfolge zielt der Vorschlag ab, das Ertragswertprivileg des § 2312 BGB auf sämtliche Unternehmen zu übertragen, um im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung der Betriebe zu erreichen.¹¹⁹ Dagegen spricht aber zum einen, dass eine dahingehende Änderung nicht zielgenau wäre: Sie würde – wenn überhaupt – nur für Unternehmen eine Privilegierung bedeuten und ihre Erben damit generell besser stellen als diejenigen etwa von Immobilienvermögen, obgleich die Pflichtteilslast nicht bei jedem Betrieb zu Liquiditätsproblemen führen muss (etwa wenn hinreichend Barvermögen vorhanden ist) und sich auch bei anderen Vermögensgegenständen das Liquiditätsproblem

¹¹⁸ Zweifelnd auch ODERSKY, MittBayNot 2008, 2 (3).

¹¹⁹ MAYER, FamRZ 2005, 1441 (1444).

stellen kann. Hinzu kommt, dass der Vorschlag den steuerrechtlichen Neuregelungen, die auf der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Erbschaftsteuer vom 7. November 2006¹²⁰ beruhen, zuwider läuft, soweit er auf eine Abweichung vom (auch für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen) Verkehrswert abzielt. Die Bewertung betriebsgebundenen Vermögens zu einem anderen Wert als dem Verkehrswert für Zwecke der Pflichtteilsberechnung wäre letztlich den gleichen Bedenken ausgesetzt wie die alten steuerrechtlichen Regelungen: Teilweise berechnete Entlastungsziele würden in nicht folgerichtiger Weise durch eine gleichheitswidrige Besserstellung bestimmter Vermögensgegenstände umgesetzt. Ebenso wenig zu empfehlen wäre aus ähnlichen Gründen eine Erweiterung der engen Pflichtteilsentziehungsgründe, um bei einem Betriebsübergang eine Rücksichtnahme des Berechtigten zu erzwingen.¹²¹ Hiermit würde in die Pflichtteilsentziehungsgründe eine Regelung eingefügt, die mit dem Zweck der Pflichtteilsentziehung, ein Fehlverhalten des Pflichtteilsberechtigten zu sanktionieren, nichts zu tun hätte.

Ebenfalls auf die Unternehmensnachfolge zugeschnitten, aber im Gegensatz zu den soeben erörterten Vorschlägen zielgenau ist schließlich KARSTEN SCHMIDTS Idee, § 2307 BGB für eine bestimmte Konstellation einzuschränken. Er schlägt vor, dem nicht zur Unternehmensführung berufenen Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis in Höhe des Pflichtteils als typischer stiller Gesellschafter oder als typischer Unterbeteiligter mit quotengerechter Gewinnbeteiligung zuzuweisen, um der Problematik des Barabfindungsprinzips aus dem Wege zu gehen. Zusätzlich müsste dann § 2307 BGB entsprechend umformuliert werden, um dem Pflichtteilsberechtigten den Weg in die Ausschlagung unter Einforderung des Geldpflichtteils zu versperren.¹²² Dieser Vorschlag hat, möchte man nicht das Pflichtteilsrecht insgesamt aus den hier erörterten Gründen erheblich beschneiden, einiges für sich, um das Problem des Pflichtteils in der Unternehmensnachfolge zu entschärfen. Aus meiner Sicht ist aber der generellen Besserstellung von Unternehmen, die durch eine solche Regelung erreicht würde, eine deutliche Erweiterung der Stundungsvorschrift des § 2331a BGB vorzuziehen. Denn hiermit könnten die problematischen Konstellationen erfasst werden, ohne die Rechte des Pflichtteilsberechtigten in Fällen zu beschneiden, in denen sich – etwa wegen ausreichenden Barvermögens – das Liquiditätsproblem nicht stellt.

2.7. Schluss

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Pflichtteilsrecht die Planung einer Unternehmensnachfolge vor Probleme stellen und dem Übernehmer nach dem Erbfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Viele Gründe sprechen dafür, das Pflichtteilsrecht als bedarfsunabhängige Beteiligung der Angehörigen am Nachlass insgesamt abzuschaffen; seiner Einschränkung sind durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 jedoch enge Grenzen

¹²⁰ BVerfGE 117, 1 ff.

¹²¹ Hierfür wohl LEISNER, NJW 2001, 126 (127).

¹²² K. SCHMIDT, in: RÖTHEL (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 37 (47 ff.).

gesetzt. Eine bedarfsabhängige Lösung dürfte derzeit ausgeschlossen sein; die Verfassungsfestigkeit einer Absenkung der Quote oder der Einführung eines Maximalbetrages lässt sich nicht sicher prognostizieren. Verschiedene andere Vorschläge zur Pflichtteilseinschränkung, etwa die Abschaffung des Elternpflichtteils, sind zu erwägen, entschärfen die Pflichtteilsproblematik für die Unternehmensnachfolge allerdings nur unwesentlich. Um Liquiditätsproblemen des Unternehmensnachfolgers abzuwehren und damit zu vermeiden, dass wegen der Pflichtteilslast lebensfähige Betriebe zerschlagen oder veräußert werden müssen, bietet es sich an, die Voraussetzungen einer Stundung über die derzeitigen Reformüberlegungen hinaus herabzusetzen und in § 2331a BGB klarzustellen, dass die Gefahr einer Veräußerung „zur Unzeit“ zur Rechtfertigung des Stundungsbegehrens ausreicht.

In wie vielen Fällen eine solche Änderung tatsächlich praktische Bedeutung hätte, lässt sich allerdings schwer abschätzen. Obgleich in der Literatur die Vorstellung vom mit dem Erbfall fälligen Pflichtteil als Unternehmenszerstörer weithin anerkannt ist, weckt ein Blick in die Datenbank Juris sogar den Eindruck, es könne sich hier um ein Scheinproblem handeln. Dort sind lediglich drei Entscheidungen zu § 2331a BGB nachgewiesen, obwohl man erwarten könnte, dass sich eine umfangreiche Judikatur zu den Voraussetzungen der Stundung ausgebildet haben müsste, wenn sich das Liquiditätsproblem in der Praxis häufig stellen würde. Nicht überschaubar ist aber die Dunkelziffer fehlgeschlagener Nachfolgeplanungen; häufig scheidet das vom Unternehmer anvisierte Szenario bereits weit vor dem Moment, in dem der Erbe vor der Frage steht, ob er mit Aussicht auf Erfolg das Nachlassgericht um Stundung ersuchen kann. Insofern hat sich seit 1878 nichts an der folgenden Feststellung eines der beiden Referenten zum 14. Deutschen Juristentag geändert:

„Weit häufiger, als auf Grund ihrer Erfahrungen auch Richter annehmen, welche in anhängigen Erbschaftsprozessen die bereits streitig gewordenen Collisionen und dann regelmäßig nur in der Gestalt von formulirten Proceßhandlungen erkennen können, treten dem bei Abfassung letztwilliger oder ähnlicher Verfügungen das Publikum beratenden Juristen die schweren Bedrängnisse entgegen, in welche besonders Eltern häufig durch das Pflichttheilsrecht geraten.“¹²³

¹²³ MEYERSBURG, in: Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages, Bd. 1, 50 (60).

Literaturverzeichnis

- BAUMBACH, ADOLF/ HUECK, ALFRED (Hrsg.): GmbH-Gesetz, 19. Auflage, München 2009 (zitiert: BEARBEITER, in: BAUMBACH/HUECK, GmbHG).
- BECKERT, JENS: Familiäre Solidarität und die Pluralität moderner Lebensformen – Eine gesellschaftstheoretische Perspektive auf das Pflichtteilsrecht, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 1 ff.
- BOSCH, FRIEDRICH-WILHELM: Familienrecht und Erbrecht als Themen der Rechtsangleichung nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1992, S. 993 ff.
- BRATKE, HARALD: Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsansprüche, ZEV 2000, S. 16 ff.
- BRUNS, CARL-GEORG: Gutachten zu der Frage: Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung beschränkt werden soll? in: DEUTSCHER JURISTENTAG (Hrsg.), Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin 1878, S. 72 ff.
- DAUNER-LIEB, BARBARA: Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts? DNotZ 2001, S. 460 ff.
- DAUNER-LIEB, BARBARA: Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsentziehung auf dem Prüfstand, FF 2001, S. 78 ff.
- DIWELL, LUTZ: Reformen im Erb- und Pflichtteilsrecht – Spielräume aus Sicht des Bundesministers der Justiz, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 185 ff.
- FREYTAG, ALEXANDER: Das Pflichtteilsrecht nach dem BGB und ZGB im Vergleich, ZRP 1991, S. 304 ff.
- GAIER, REINHARD: Pflichtteil und grundrechtliche Freiheit, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 161 ff.
- GORONCZY, ROBERT: Bewertung und Pflichtteilsberechnung bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, NJW 1962, S. 1895 ff.
- HAAS, ULRICH: Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig? ZEV 2000, S. 249 ff.
- HENRICH, DIETER: Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, DNotZ 2001, S. 441 ff.
- VON HOYENBERG, PHILIPP: Ausgewählte Fragen zum Unternehmertestament, RNotZ 2007, S. 377 ff.
- HUBER, ULRICH: Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg 1970.
- KLEENSANG, MICHAEL: Familienerbrecht versus Testierfreiheit – Das Pflichtteilsentziehungsrecht auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, ZEV 2005, S. 277 ff.
- KLINGELHÖFFER, HANS: Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Bereich des Pflichtteilsrechts neu zu gestalten? – Einige Bemerkungen zum Gutachten von *Martiny* für den 64. Deutschen Juristentag, ZEV 2002, S. 293 ff.
- LANGE, KNUT WERNER: Die Möglichkeit zur Privilegierung unternehmerischen Vermögens im Pflichtteilsrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 2312 BGB, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 57 ff.
- LANGE, KNUT WERNER: Reform des Pflichtteilsrechts: Änderungsvorschläge zu Anrechnung und Stundung, DNotZ 2007, S. 84 ff.
- LEIPOLD, DIETER: Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980), S. 161 ff.
- LEISNER, WALTHER: Pflichtteilsentziehungsgründe nach §§ 2333 ff. BGB verfassungswidrig? – BVerfG lässt eine wichtige Frage offen, NJW 2001, S. 126 ff.
- VON MANGOLDT, HERMANN/ KLEIN, FRIEDRICH/ STARCK, CHRISTIAN (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Auflage, München 1999 (zitiert: BEARBEITER, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG).
- MARTINY, DIETER: Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten? Unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten, in: DEUTSCHER JURISTENTAG (Hrsg.), Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, München 2002, S. A1 ff.

- MAYER, JÖRG: Anmerkung zu BVerfG Beschluss 1 BvR 1644/00; 1 BvR 188/03 v. 19.04.2005, FamRZ 2005, S. 1441 ff.
- MAYER, ULRICH: Der Abfindungsausschluss im Gesellschaftsrecht: pflichtteilsfester Vermögens-transfer am Nachlass vorbei?, ZEV 2003, S. 355 ff.
- MEINCKE, JENS PETER: Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, Frankfurt a. M. 1973.
- MERTENS, HANS-GEORG: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970.
- MEYERSBURG, FRIEDRICH: Gutachten über die Frage: Ob und in wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung eingeschränkt werden soll, in: DEUTSCHER JURISTENTAG (Hrsg.), Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages, Band I, Berlin 1878, S. 50 ff.
- MUSCHELER, KARLHEINZ: Die geplanten Änderungen im Erbrecht, Verjährungsrecht und Nachlassverfahrensrecht, ZEV 2008, S. 105 ff.
- NÖCKER, ULRICH: Nachlaßverwaltung, materielles Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht in England – Eine Einführung (Teil II), ZErB 2004, S. 342 ff.
- ODERSKY, FELIX: Reformüberlegungen im Erbrecht, MittBayNot 2008, S. 2 ff.
- OECHSLER, JÜRGEN: Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen, AcP 200 (2000), S. 603 ff.
- OTTE, GERHARD: Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), S. 317 ff.
- OTTE, GERHARD: Pflichtteilsrecht als Unterhaltssicherung, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 203 ff.
- OTTE, GERHARD: Um die Zukunft des Pflichtteilsrechts, ZEV 1994, S. 193 ff.
- PALANDT, OTTO (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, München 2009 (zitiert: BEARBEITER, in: PALANDT).
- PETRI, KLAUS: Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRP 1993, S. 205 ff.
- PILTZ, DETLEV: Ausgewählte Probleme der Unternehmensnachfolge, in: Harzburger Steuerprotokoll 1999, Köln 2000, S. 147 ff.
- REBMAN, KURT/ SÄCKER, FRANZ JÜRGEN/ RIXECKER, ROLAND (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9: Erbrecht, 4. Auflage, München 2004 (zitiert: BEARBEITER, in: MüKo-BGB).
- REIMANN, WOLFGANG: Gesellschaftsvertragliche Bewertungsvorschriften in der notariellen Praxis, DNotZ 1992, S. 472 ff.
- REIMANN, WOLFGANG: Gesellschaftsvertragliche Abfindung und erbrechtlicher Ausgleich, ZEV 1994, S. 7 ff.
- RÖTHEL, ANNE: Pflichtteil und Stiftungen: Generationengerechtigkeit versus Gemeinwohl?, ZEV 2006, S. 8 ff.
- SCHAAL, DANIEL/ GRIGAS, FRANK, Der Regierungsentwurf des Erb- und Verjährungsrechts, BWNotZ 2008, S. 2 ff.
- SCHIEMANN, GOTTFRIED: Die Renaissance des Erbrechts, ZEV 1995, S. 197 ff.
- SCHLÜTER, WILFRIED: Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext, in: CANARIS, CLAU-WILHELM/ HELDRICH, ANDREAS (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000, S. 1047 ff.
- SCHMIDT, KARSTEN: Pflichtteil und Unternehmensnachfolge – Rechtspolitische Überlegungen im Schnittfeld von Erbrecht und Unternehmensrecht, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 37 ff.
- SCHRÖDER, RAINER: Pflichtteilsrecht, DNotZ 2001, S. 465 ff.
- SIEBERT, WOLFGANG: Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht, NJW 1960, S. 1033 ff.
- STAUDINGER, JULIUS VON (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5 – Erbrecht – §§ 2265-2338, Berlin/New York 2006 (zitiert: BEARBEITER, in: STAUDINGER).
- STÖTTER, VIKTOR: Die Nachfolge in Anteile an Personengesellschaften auf Grund Gesellschaftsvertrages oder Erbrechts (II), DB 1970, S. 573 ff.

- STRÄTZ, HANS-WOLFGANG: Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahren BGB, FamRZ 1998, S. 1553 ff.
- STÜBER, STEPHAN: BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, S. 2122 ff.
- STÜBER, STEPHAN: Zusammenspiel von Erbrechtsgarantie und dem Schutz von Ehe und Familie, JR 2002, S. 359 ff.
- TANCK, MANUEL: Pflichtteil bei unternehmerisch gebundenem Vermögen, Beilage zu BB 2004, S. 19 ff.
- THOMA, KATRIN: Maßnahmen zur Reduzierung des Pflichtteilsrisikos, ZEV 2003, S. 278 ff.
- TIEDAU, ERWIN: Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959, S. 253 ff.
- TRITTEL, MANFRED: Deutsch-deutsches Erbrecht nach dem Einigungsvertrag, DNotZ 1991, S. 237 ff.
- ULMER, PETER: Gesellschafternachfolge und Erbrecht (Fortsetzung und Schluß), ZGR 1972, S. 324 ff.
- WINKLER, CHRISTIAN: Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht – Wege zur Minimierung des Störfaktors „Pflichtteilsansprüche“, ZEV 2005, S. 89 ff.
- ZACHER, HANS F.: Pflichtteil und intergenerationelle Solidarität, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 135 ff.
- ZIMMERMANN, KLAUS: Pflichtteilsrecht und Zugewinnausgleich bei Unternehmer- und Gesellschafternachfolge, BB 1969, S. 965 ff.
- ZIMMERMANN, REINHARD: Die Erbfolge gegen das Testament im Römischen Recht – Formelles und materielles Noterbrecht im Spannungsfeld von Testierfreiheit und familiärer Solidarität, in: RÖTHEL, ANNE (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, Band I, Köln/Berlin/München 2007, S. 97 ff.

Page laissée blanche intentionnellement

3. Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung

Eine kritische Würdigung der Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung und ihrer Umsetzung durch das Erbschaftsteuerreformgesetz

Erik Röder*

Abstract

Die Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung wird vielfach als unpraktikabel kritisiert. Zudem werden gegen einen Verkehrswertansatz steuersystematische Bedenken im Hinblick auf die Gefahr einer Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaftsteuer gelten gemacht. Bei näherer Betrachtung erscheinen die praktischen Schwierigkeiten, die mit einer verkehrswertnahen Bewertung ganzer Unternehmen verbunden sind, beherrschbar. Die daraus resultierende Gefahr einer systemwidrigen steuerlichen Doppelbelastung von Unternehmensübertragungen sollte durch eine Anrechnung der latenten Einkommensteuer auf die erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage beseitigt werden. Das Erbschaftsteuerreformgesetz setzt zwar die Vorgaben des BVerfG zur Unternehmensbewertung um, enthält aber keine befriedigende Lösung für die Problematik der systemwidrigen Doppelbelastung.

3.1. Einleitung	70
3.2. Ausgangslage	71
3.2.1. Unternehmensbewertung vor Inkrafttreten des Erbschaftsteuerreformgesetzes	71
3.2.2. Vorgaben des BVerfG	71
3.3. Neuregelung der Unternehmensbewertung durch das ErbStRG.	75
3.4. Unpraktikabilität einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung?	82
3.5. Systemwidrige Doppelbelastung durch eine verkehrswertnahe Bewertung?	84
3.5.1. Verhältnis von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer.	85
3.5.2. Zeitliche Reihenfolge der Besteuerung als Kriterium für eine systemwidrige Doppelbelastung	86
3.5.3. Möglichkeiten zur Vermeidung der systemwidrigen Doppelbelastung.	88
3.5.3.1. Beibehaltung des Buchwertansatzes für Betriebsvermögen	88
3.5.3.2. Abschaffung der einkommensteuerlichen Buchwertverknüpfung	88
3.5.3.3. Anrechnung der Erbschaftsteuer auf die Einkommensteuer.	89
3.5.3.4. Anrechnung der latenten Ertragsteuerbelastung auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage	90

* Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth), Maître en Droit (Université Montesquieu – Bordeaux IV), Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Abteilung Rechnungslegung und Steuern (Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön).

3.6. Bewertung des neuen Bewertungsrechts	92
3.6.1. Umsetzung der Vorgaben des BVerfG.....	92
3.6.2. Vermeidung der systemwidrigen Doppelbelastung?.....	96
3.7. Zusammenfassung	97
Literatur	98

3.1. Einleitung

Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer ist der Wert der Bereicherung des Erwerbers durch Erbfall oder Schenkung.¹ Für ihre Ermittlung ist folglich eine Bewertung der übertragenen Vermögensgegenstände erforderlich. Die Regeln, nach denen diese Bewertung durchzuführen ist, mussten infolge des Erbschaftsteuerbeschlusses des BVerfG vom 07. November 2006² bis zum 31. Dezember 2008 grundlegend umgestaltet werden. Anderenfalls hätte die Erbschaft- und Schenkungssteuer ab dem 01. Januar 2009 nicht mehr erhoben werden dürfen. Der Gesetzgeber hat versucht, die Vorgaben des BVerfG für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage durch das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht (Erbschaftsteuerreformgesetz – ErbStRG)³ umzusetzen. Nachdem sich das Gesetzgebungsverfahren wegen des politischen Streits um die Begünstigung von Unternehmens- und Immobilienvermögen erheblich verzögert hatte, konnte das Erbschaftsteuerreformgesetz dank eines im November 2008 erzielten Kompromisses innerhalb der Großen Koalition gerade noch rechtzeitig verabschiedet werden, um die vom BVerfG gesetzte Frist zu wahren.⁴

Die Kernaussage der Entscheidung des BVerfG vom 07. November 2006 ist, dass eine gleichheitssatzkonforme Ausgestaltung der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage voraussetzt, dass alle Vermögensklassen einheitlich annähernd mit dem Verkehrswert erfasst werden. Lenkungszwecke darf der Gesetzgeber erst in einem zweiten Schritt – etwa durch zielgenaue Verschonungstatbestände – verfolgen.⁵ Die Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Bewertung ist insbesondere im Hinblick auf die Bewertung ganzer Unternehmen heftig kritisiert worden, wobei sich zwei Hauptargumentationsstränge unterscheiden lassen: Zum einen wird eine verkehrswertnahe Unternehmensbewertung als grundsätzlich nicht praktikabel angesehen.⁶ Dies wird insbesondere damit begründet, dass

¹ Vgl. §§ 10 ff. ErbStG

² BVerfG, 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 ff. = NJW 2007, 573 ff. = DStR 2007, 235 ff. = ZEV 2007, 76 ff.

³ BGBl. 2008 I, 3018.

⁴ Der Bundestag hat dem Gesetz am 27. November 2008, der Bundesrat am 05. Dezember 2008 zugestimmt. Nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten wurde das Gesetz schließlich am 24. Dezember 2008 im Bundesgesetzblatt verkündet.

⁵ BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

⁶ Vgl. SCHULTE, FR 2007, 309 (317); SEER, ZEV 2007, 101 (103); SPIEGELBERGER, Stbg 2007, 305 (309, 313).

trotz des damit verbundenen enormen Aufwands⁷ die Ergebnisse notwendig mit einem hohen Maß an Unsicherheit belastet seien.⁸ Zum anderen wird kritisiert, dass es durch die verkehrswertnahe Bewertung zu einer Doppelbelastung mit Einkommensteuer bzw. Erbschaft- und Schenkungsteuer komme.⁹

Nachfolgend sollen zunächst die bisherige Praxis der Unternehmensbewertung und die vom BVerfG aufgestellten Vorgaben kurz erläutert werden (unten 3.2.). Im Anschluss daran wird das neue Bewertungsrecht vorgestellt, das diese Vorgaben umsetzen soll (unten 3.3.). Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag schließlich der Frage nach, inwieweit die gegen eine verkehrswertnahe Unternehmensbewertung vorgebrachten Bedenken begründet sind (unten 3.4. und 3.5.). Den Abschluss bildet eine kritische Würdigung der Regelungen des Erbschaftsteuerreformgesetzes zur Unternehmensbewertung (unten 3.6.).

3.2. Ausgangslage

3.2.1. Unternehmensbewertung vor Inkrafttreten des Erbschaftsteuerreformgesetzes

Nach altem Recht gingen im Erbgang oder durch Schenkung übertragene Unternehmen bzw. Unternehmensanteile mit Wertansätzen in die erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage ein, die deutlich hinter dem Verkehrswert zurückblieben.¹⁰ Die Unternehmensbewertung erfolgte dabei rechtsformabhängig. Einzelunternehmen und Personengesellschaften wurden nach dem Grundsatz der sog. „Verlängerten Maßgeblichkeit“ bewertet, Kapitalgesellschaften hingegen in den meisten Fällen nach dem sog. „Stuttgarter Verfahren“.

Zwar war schon nach bisherigem Bewertungsrecht für die Ermittlung der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage grundsätzlich der gemeine Wert maßgeblich. Der gemeine Wert wird in § 9 Abs. 2 BewG als der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erzielende Veräußerungspreis definiert. Er entspricht somit dem Verkehrswert im Sinne eines Verkaufswertes.¹¹ Allerdings wurde das Betriebsvermögen von Einzelunternehmen und Personengesellschaften abweichend davon gemäß §§ 12 Abs. 5 ErbStG, 109 BewG a.F. mit den Steuerbilanzwerten angesetzt. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz, der gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG zwischen Handels- und Steuerbilanz besteht, wurde so in die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer hinein verlängert.¹² Daher sprach man auch von einer „verlängerten Maßgeblichkeit“ der Handelsbilanz für die Vermögensaufstel-

⁷ SPIEGELBERGER befürchtet insofern einen „Bürokratieexzess“, vgl. SPIEGELBERGER, Stbg 2007, 305 (313).

⁸ SEER spricht anschaulich von „Scheingenauigkeit“, vgl. SEER ZEV 2007, 101 (103).

⁹ Vgl. beispielsweise HÜBNER, DStR 2007, 1013 (1018 f.); RAUPACH, DStR 2007, 2037 (2041); SPIEGELBERGER, Stbg 2007, 305 (309).

¹⁰ Vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (22).

¹¹ Vgl. HEINZ, Vermögensübergänge im Spannungsfeld von Erbschaftsteuer und Einkommensteuer, 2002, 216; CREUTZMANN, DB 2008, 2784.

¹² Vgl. ROEDDER, DB 1993, 2137 (2138).

lung bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer.¹³ Ausnahmen vom Grundsatz der verlängerten Maßgeblichkeit bestanden nur punktuell.¹⁴

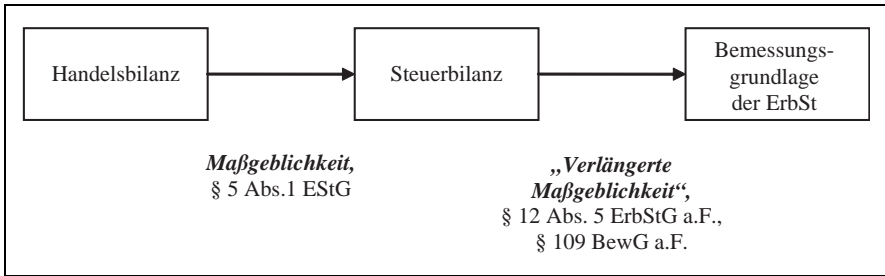


Abbildung 1: Verlängerte Maßgeblichkeit

Die Maßgeblichkeit der Steuerbilanzwerte für die Bemessungsgrundlage der Erbschaft- und Schenkungsteuer bedeutete regelmäßig eine Unterbewertung des Betriebsvermögens. Denn die gegenwärtige deutsche Bilanzkonzeption ist vom Leitbild des Gläubigerschutzes geprägt,¹⁵ wodurch es nahezu zwangsläufig zur Bildung von stillen Reserven¹⁶ kommt. Da die stillen Reserven infolge der verlängerten Maßgeblichkeit bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage unberücksichtigt blieben, konnte in Unternehmen gebundenes Vermögen teilweise steuerfrei übertragen werden. Das Ausmaß der Steuervergünstigung infolge der verlängerten Maßgeblichkeit war abhängig vom Verhältnis der stillen Reserven zum Buchwert des Unternehmens. Im Einzelfall konnte sich die verlängerte Maßgeblichkeit jedoch auch nachteilig auswirken. Dies war der Fall, wenn die Bilanz statt stiller Reserven stille Lasten barg, wenn also der Verkehrswert unter dem steuerbilanziellen Buchwert des Unternehmens lag.

Für die Bewertung von Kapitalgesellschaften war hingegen bislang ein dreistufiges Bewertungsverfahren vorgesehen. Für börsennotierte Aktien erfolgte die Bewertung gemäß § 11 Abs. 1 BewG anhand des Börsenkurses am Bewertungsstichtag. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich unproblematisch, da der Börsenkurs ein sehr guter Indikator für den Verkehrswert ist. Es handelt sich daher um eine der wenigen Vorschriften des bisherigen Bewertungsrechts, die durch das Erbschaftsteuerreformgesetz nicht geändert wurden. War das zu bewertende Unternehmen hingegen – wie in den allermeisten Fällen – nicht börsennotiert, so sollte der ge-

¹³ Vgl. HERZIG, DB 1992, 1053.

¹⁴ Beispielsweise für Betriebsgrundstücke und Wertpapiere im Betriebsvermögen, §§ 12 Abs. 5 ErbStG a.F., 99 BewG a.F.

¹⁵ Das Leitbild des Gläubigerschutzes findet seinen Ausdruck im Realisations- und Imparitätsprinzip. Das Realisationsprinzip verbietet die Aktivierung unrealisierter Gewinne, während das im Imparitätsprinzip umgekehrt die Passivierung nicht realisierter Verluste verlangt, vgl. SIGLOCH, Rechnungslegung, 5. Aufl. 2007, 20.

¹⁶ Stille Reserven können als verdeckte, unrealisierte Gewinne charakterisiert werden, vgl. HOFMANN, Nachfolgeplanung in mittelständischen Unternehmen, 1995, 261.

meine Wert vorrangig aus Verkäufen abgeleitet werden, die weniger als ein Jahr zurück lagen. Hatte eine derartige Transaktion nicht stattgefunden, so war der gemeine Wert gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 BewG a.F. unter Berücksichtigung des Vermögens und der Ertragsaussichten der Kapitalgesellschaft zu schätzen. Dies geschah in der Praxis nach dem in den Erbschaftsteuerrichtlinien¹⁷ geregelten „Stuttgarter Verfahren“.

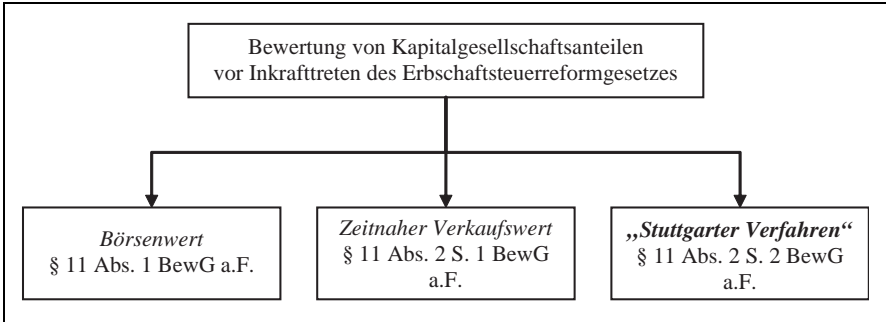


Abbildung 2: Bewertung von Kapitalgesellschaftsanteilen nach § 11 BewG a.F.

Im Kern handelte es sich beim Stuttgarter Verfahren um ein Substanzwertverfahren, bei dem der Unternehmenswert aus den Steuerbilanzwerten abgeleitet wurde. Die verlängerte Maßgeblichkeit kam insofern auch bei der Bewertung von Kapitalgesellschaftsanteilen zum Tragen. Die Berücksichtigung der Ertragsaussichten diente im Rahmen des Stuttgarter Verfahrens lediglich zur Korrektur des Substanzwertes nach der sog. Übergewinnmethode.¹⁸ Auf eine genauere Erläuterung der Funktionsweise des Stuttgarter Verfahrens soll an dieser Stelle verzichtet werden, da es für Unternehmensübertragungen ab dem 01. Januar 2009 obsolet ist. Ausreichend ist der Hinweis, dass die nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Werte im Durchschnitt deutlich hinter dem gemeinen Wert zurückbleiben.¹⁹

3.2.2. Vorgaben des BVerfG

Am 07. November 2006 hat das BVerfG entschieden, dass eine gleichheitssatzkonforme Erhebung der Erbschaft- und Schenkungsteuer voraussetzt, dass bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage alle Wirtschaftsgüter annähernd mit dem Verkehrswert angesetzt werden.²⁰ Ausgangspunkt der Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Bewertung ist die Überlegung, dass die Erbschaftsteuer in ihrer Ausgestaltung als Erbanfallsteuer die Steigerung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Erwerbers erfassen soll.²¹ Da sich die finanzielle Leistungsfähigkeit in

¹⁷ ErbStR 2003, R 96 ff.

¹⁸ Vgl. RiD, DStR 1997, 858 (859).

¹⁹ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (583) m.w.N.

²⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

²¹ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (575).

Geld bemisst, sind alle Wirtschaftsgüter mit dem Geldwert anzusetzen. Dies ist der bei einer Veräußerung unter objektivierten Bedingungen erzielbare Preis.²²

Bezüglich der Wahl der konkreten Wertermittlungsmethode billigt das BVerfG dem Gesetzgeber insbesondere in Hinblick auf die Erfordernisse eines praktikablen Steuererhebungsverfahrens sowie der gesetzessystematisch notwendigen Typisierungen und Pauschalierungen einen Entscheidungsspielraum zu. Allerdings muss die gewählte Methode gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände zumindest annäherungsweise mit dem Verkehrswert erfasst werden.²³ Auf welches Verfahren zurückzugreifen ist, entscheidet daher letztlich die Bewertungspraxis. Denn eine Annäherung an den Verkehrswert kann nur mittels eines Verfahrens gelingen, das auch tatsächlich am Markt bei der Kaufpreisfindung für ein Unternehmen zum Einsatz kommt. Nur dann ist gewährleistet, dass der gefundene Wertansatz zumindest grob den Geldwert widerspiegelt, den der Erbe durch eine Veräußerung des Unternehmens realisieren könnte. Die beiden Standardverfahren für die Bewertung ganzer Unternehmen sind nach der derzeitigen Bewertungspraxis das Ertragswertverfahren und das Discounted Cash Flow-Verfahren (DCF-Verfahren).²⁴ Ausgehend von der Annahme der Unternehmensfortführung ermitteln beide Verfahren den Unternehmenswert durch die Abzinsung der zukünftig nachhaltig zu erwirtschaftenden Überschüsse.²⁵ Geht man vereinfachend davon aus, dass die zukünftigen jährlichen Überschüsse konstant sind und das Unternehmen zeitlich unbegrenzt fortgeführt wird, ergibt sich der Unternehmenswert als Barwert einer ewigen Rente:

$$\text{Unternehmenswert} = \frac{\text{Zukünftige jährliche Überschüsse}}{\text{Kalkulationszinssatz}}$$

Abbildung 3: Unternehmenswert als Barwert einer ewigen Rente

Der so ermittelte Wert ist gegebenenfalls um die Erlöse aus der Veräußerung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens zu erhöhen.²⁶ Der Gesamtwert eines Unternehmens setzt sich somit zusammen aus dem Wert der zukünftigen finanziellen Überschüsse aus dem betriebsnotwendigen Vermögen und dem Liquidationswert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens.²⁷ Von der Grundannahme einer Fortführung des Unternehmens ist dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Barwert der Überschüsse aus der Liquidation des Unternehmens höher ist als der Fortführungswert.²⁸ Der Liquidationswert hat somit die Funktion einer Wertuntergrenze.²⁹

²² Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (576).

²³ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (576).

²⁴ Vgl. WAGNER, in: WP-Handbuch 2008, Bd. II, Rn. 10. Auf diese beiden Bewertungsverfahren weist auch das BVerfG ausdrücklich hin, vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (577).

²⁵ Vgl. BEHRINGER, DSStR 1999, 731; ROSENBAUM, DB 1999, 1613.

²⁶ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 130; PILTZ, Ubg 2009, 13 (16).

²⁷ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 151.

²⁸ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 345.

²⁹ Vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (17).

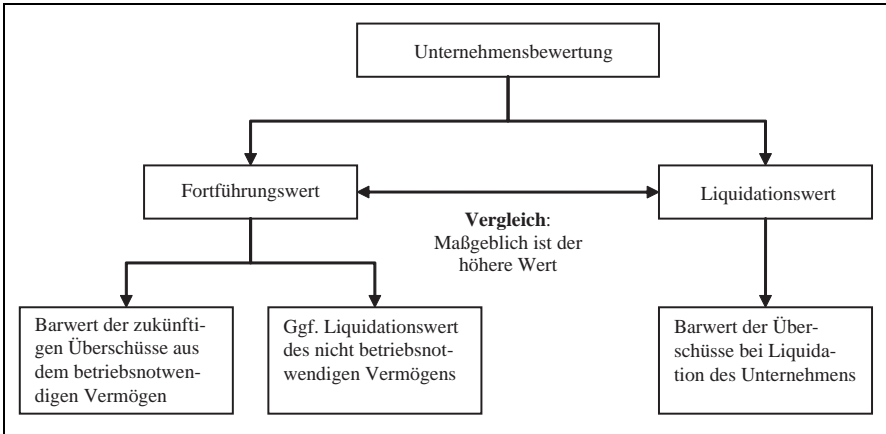


Abbildung 4: Verkehrswertnahe Unternehmensbewertung

3.3. Neuregelung der Unternehmensbewertung durch das ErbStRG

Nach dem Erbschaftsteuerreformgesetz werden Kapitalgesellschaften, Einzelunternehmen und Personengesellschaften zukünftig grundsätzlich nach einheitlichen Regeln bewertet.³⁰ Das bedeutet, dass die bisherige Zweiteilung des Bewertungsrechts zugunsten einer rechtsformneutralen Unternehmensbewertung überwunden wurde. Regelungstechnisch wird dies dadurch erreicht, dass § 109 BewG bezüglich der Bewertung des Betriebsvermögens von Einzelunternehmen und Personengesellschaften auf § 11 Abs. 2 BewG verweist, der die Bewertung von Kapitalgesellschaften regelt. Nach § 11 Abs. 2. S. 2 Hs. 1 BewG ist der gemeine Wert eines Unternehmens wie bislang primär aus Verkäufen unter fremden Dritten abzuleiten, die weniger als ein Jahr zurückliegen. Eine zeitnahe Markttransaktion liefert im Regelfall eine gute Annäherung an den als Veräußerungswert definierten gemeinen Wert.³¹ Allerdings dürfte das Vorliegen solcher Werte bei Betriebsvermögen und nicht börsennotierten Kapitalgesellschaftsanteilen die absolute Ausnahme sein. Die

³⁰ Eine Sonderregelung besteht nur für börsennotierte Aktien, die auch zukünftig gemäß § 11 Abs. 1 BewG mit dem Kurs am Bewertungsstichtag angesetzt werden. Hierbei ist u.U. ein Paketzuschlag zu berücksichtigen, § 11 Abs. 3 BewG. Der Börsenkurs geht allen anderen Bewertungsmethoden vor, vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (14).

³¹ Problematisch ist das Abstellen auf einen in der Vergangenheit erzielten Veräußerungspreis allerdings im Falle von erheblichen Wertschwankungen. Bei einem starken Wertverlust bis zum Bewertungsstichtag würde der Steuerpflichtige übermäßig belastet. Allerdings lässt es der Wortlaut des § 11 Abs. 2 BewG zu, in einem solchen Fall den Veräußerungswert unberücksichtigt zu lassen, da aus ihm dann gerade nicht auf den gemeinen Wert geschlossen werden kann, vgl. SEER, GmbHR 2009, 225 (231). Insofern sollte jedoch *de lege ferenda* eine Klarstellung erfolgen. Vgl. zu der Problematik eingehend CREUTZMANN, DB 2008, 2784 (2787 f.).

geringe Fungibilität von in Unternehmen gebundenem Vermögen ist ja gerade eines der Hauptargumente, die für seine erbschaftssteuerliche Begünstigung ins Feld geführt werden.³²

Daher wird die subsidiäre Ermittlung des Unternehmenswertes unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten oder nach einer anderen, auch für nichtsteuerliche Zwecke üblichen Methode gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BewG künftig der Regelfall sein. Entsprechend der Natur des Verkehrswertes als Verkaufswert soll die Methode angewendet werden, die ein Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zugrunde legen würde, § 11 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BewG. Da der Erwerber stets an einem möglichst niedrigen Preis interessiert ist, sollen so Schätzunschärfen zu Lasten des Steuerpflichtigen vermieden werden.³³ Für die Ermittlung des gemeinen Wertes „unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten“ ist entsprechend der Bewertungspraxis in aller Regel auf das Ertragswertverfahren bzw. das DCF-Verfahren zurückzugreifen.³⁴ Durch die Möglichkeit, den Unternehmenswert alternativ auch nach einer anderen anerkannten Methode zu ermitteln, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass sich das Ertragswertverfahren nicht für die Bewertung jedes Unternehmens eignet bzw. am jeweiligen Markt nicht stets üblich ist.³⁵ Die Feststellungslast, ob eine alternative Bewertungsmethode anwendbar ist, trägt der sich darauf Berufende,³⁶ also entweder das Finanzamt oder der Steuerpflichtige.

Als Mindestwert ist nach § 11 Abs. 2 S. 3 BewG der sog. „Substanzwert“ heranzuziehen, der als Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Unternehmens abzüglich der Schulden definiert ist. Nach der Gesetzesbegründung soll nur dann, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht weiter betrieben wird, der Liquidationswert als „besondere Ausprägung“ des Substanzwertes maßgeblich sein.³⁷ Diese Begriffswahl ist erläuterungsbedürftig. Der Begriff „Substanzwert“ wird als Oberbegriff für Unternehmenswerte verwendet, die nach völlig unterschiedlichen Methoden ermittelt werden.³⁸ Der sog. „liquidationsorientierte Substanzwert“³⁹ entspricht dem bereits beschriebenen Liquidationswert.⁴⁰ In der Regel wird unter dem Begriff „Substanzwert“ jedoch der Rekonstruktions- oder Wiederbeschaffungswert aller in einem Unternehmen vorhandenen materiellen oder immateriellen Werte

³² Vgl. dazu BVerfG, 2 BvR 552/91, BStBl. II 1995, 671 (674).

³³ BR-Drs. 4/08, 62.

³⁴ Zwar sind nach dem Gesetzeswortlaut grundsätzlich auch Bewertungsverfahren zulässig, bei denen die Ertragsaussichten nur eines von mehreren Bewertungselementen bilden („unter Berücksichtigung“), wie etwa das „Stuttgarter Verfahren“, vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (14 f.). Voraussetzung ist aber nach dem Telos der Vorschrift, dass es sich um ein für die Bewertung ganzer Unternehmen marktübliches Verfahren handelt, da nur so eine Annäherung an den gemeinen Wert gewährleistet ist.

³⁵ BR-Drs. 4/08, 62. Als mögliche alternative Methoden nennt die Gesetzesbegründung vergleichsorientierte Methoden und Multiplikatorenmethoden.

³⁶ BR-Drs. 4/08, 62.

³⁷ BR-Drs. 4/08, 62.

³⁸ Vgl. beispielsweise KUßMAUL/PFIRMAN/HELL/MEYERING, BB 2008, 472 (476).

³⁹ Vgl. KUßMAUL/PFIRMAN/HELL/MEYERING, BB 2008, 472 (476).

⁴⁰ Siehe oben unter 3.2.2.

verstanden.⁴¹ Dieser sog. „reproduktionsorientierte Substanzwert“⁴² gibt an, wie viel ein exakter Nachbau des zu bewertenden Unternehmens kosten würde. Ihm kommt für die Unternehmensbewertung im Rahmen von Unternehmenstransaktionen keine eigenständige Bedeutung zu.⁴³ Denn für einen potentiellen Unternehmenskäufer ist es in der Regel uninteressant, wie viel ein Nachbau des Unternehmens kosten würde. Ihn interessiert vielmehr, wie viel Ertrag er bei einer Fortführung bzw. Zerschlagung des zu erwerbenden Unternehmens erzielen kann. Der in § 11 Abs. 3 S. 3 BewG definierte „Substanzwert“ entspricht weitgehend dem Liquidationswert bzw. „liquidationsorientierten Substanzwert“.⁴⁴ Die Summe der gemeinen Werte der zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter ist der bei einer Veräußerung der einzelnen Wirtschaftsgüter – also bei einer Zerschlagung des Unternehmens – zu erzielende Erlös. Der Unterschied zwischen beiden Werten besteht lediglich darin, dass wegen der Annahme einer Unternehmensfortführung keine fiktiven Liquidationskosten berücksichtigt werden müssen.⁴⁵

Seit dem 01.01.2009 sind somit für die Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung drei Wertermittlungsmethoden vorgesehen, die einerseits in einem Subsidiaritäts- und andererseits in einem Alternativverhältnis zu einander stehen:

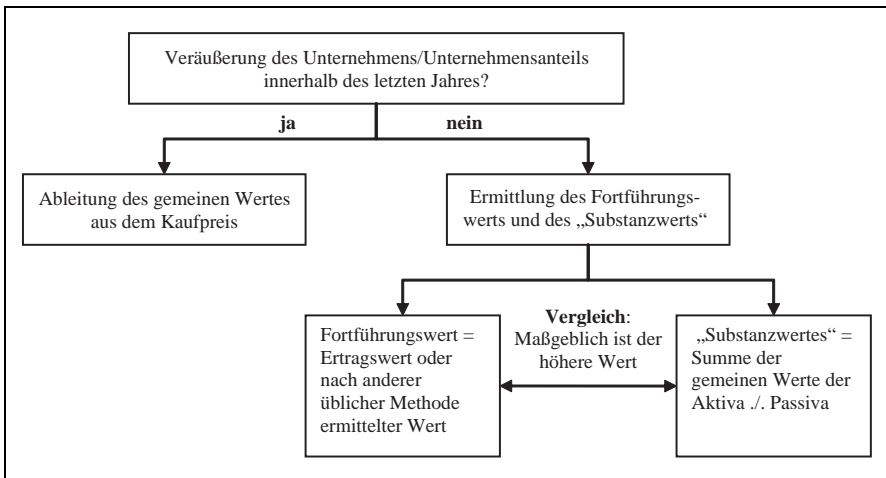


Abbildung 5: Bewertung von Betriebsvermögen nach dem ErbStRG

⁴¹ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 394; PILTZ, DStR 2008, 745 (747); SEER, GmbHR 2009, 225 (231).

⁴² Vgl. KUßMAUL/PFIRMANN/HELL/MEYER, BB 2008, 472 (476).

⁴³ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 5.

⁴⁴ So auch ROHDE/GEMEINHARDT, StuB 2009, 167 (172).

⁴⁵ Vgl. MANNEK, DB 2008, 423.

Zur Ermittlung des Unternehmenswertes unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten stellt der Gesetzgeber in den §§ 199 – 203 BewG ein optionales vereinfachtes Ertragswertverfahren zu Verfügung. Ursprünglich war geplant, dieses Verfahren in einer Rechtsverordnung zu regeln.⁴⁶ Das BMF hatte bereits den Diskussionsentwurf für eine entsprechende Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung (AntBVBewV) veröffentlicht.⁴⁷ In der endgültigen Fassung des Erbschaftsteuerreformgesetzes wurde der Kern der im Entwurf der AntBVBewV enthaltenen Regelungen in das Bewertungsgesetz inkorporiert. Dies geschah im Hinblick auf verfassungsrechtliche Bedenken, wonach die ursprüngliche Verordnungsermächtigung gegen Art. 80 GG verstieß.⁴⁸

Das vereinfachte Ertragswertverfahren soll bei kleinen und mittleren Unternehmen die Möglichkeit bieten, den Ertragswert ohne großen Aufwand und insbesondere ohne hohe Kosten für einen Gutachter zu ermitteln.⁴⁹ Das vereinfachte Ertragswertverfahren ist nicht anwendbar, wenn es offensichtlich zu unzutreffenden Ergebnissen führt. Auf ein unzutreffendes Ergebnis kann insbesondere aufgrund von Erbaueinandersetzungen oder zeitnahen Verkäufen nach dem Bewertungsstichtag geschlossen werden.⁵⁰ Der Steuerpflichtige kann sich daher nicht auf einen nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelten Unternehmenswert berufen, wenn er das Unternehmen kurz nach dem Bewertungsstichtag für einen wesentlich höheren Betrag veräußert. Diese Einschränkung ist sachgerecht. Hätte die entsprechende Transaktion kurz vor dem Bewertungsstichtag stattgefunden, so wäre sie von vornherein gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 ErbStG der Bewertung zu Grunde gelegt worden und das vereinfachte Ertragswertverfahren wäre schon gar nicht anwendbar gewesen. Die Folge ist, dass eine normale Unternehmensbewertung unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten oder nach einer anderen marktüblichen Methode durchzuführen ist. Auf den Veräußerungserlös kann nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur bei einem zeitlich vor dem Bewertungsstichtag liegenden Verkauf abgestellt werden.⁵¹

Zum Teil wird vertreten, dass die Unternehmensbewertung nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren zwingend und vorrangig durchzuführen sei. Ein nach einem alternativen Bewertungsverfahren ermittelter Wert soll nur beachtlich sein, wenn dem Steuerpflichtigen der Nachweis gelingt, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren im konkreten Fall zu einem offensichtlich unzutreffenden Ergebnis führt.⁵² Nach der zutreffenden Gegenansicht steht dem Steuerpflichtigen hingegen

⁴⁶ Vgl. § 11 Abs. 2 S. 4 BewG in der Fassung des Regierungsentwurfs zum Erbschaftsteuerreformgesetz.

⁴⁷ Diskussionsentwurf für eine Verordnung zur Durchführung des § 11 Abs. 2 des Bewertungsgesetzes Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung, abrufbar unter: http://rsw.beck.de/rsw/upload/Beck_Aktuell/Diskussionsentwurf2.pdf.

⁴⁸ Vgl. dazu PETRAK, WPg 2008, 1032 (1035 ff.); SÖFFING, DStZ 2008, 867 (868).

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 16/11107, 22 sowie bereits die Begründung zum Diskussionsentwurf der AntBVBewV (Fn. 47), 5.

⁵⁰ Vgl. Begründung zum Diskussionsentwurf der AntBVBewV (Fn. 47), 5.

⁵¹ Vgl. auch PILTZ, Ubg 2009, 13 (15).

⁵² Vgl. Mannek, DB 2008, 423 (428).

ein echtes Wahlrecht zu, ob er sich des vereinfachten Ertragswertverfahrens bedient oder von vornherein eine Unternehmensbewertung nach dem „normalen“ Ertragswertverfahren oder einer anderen marktüblichen Bewertungsmethode durchführt.⁵³ Hierfür spricht neben dem Wortlaut⁵⁴ vor allem der Sinn- und Zweck der Regelung: Wenn dem Steuerpflichtigen mit dem vereinfachten Ertragswertverfahren lediglich eine Option für eine preiswerte Unternehmensbewertung eröffnet werden soll, so ist nicht ersichtlich, warum es ihm – sofern er bereit ist, die Kosten zu tragen – nicht freistehen sollte, hierauf zu verzichten und eine „normale“ Unternehmensbewertung durchzuführen. Für den Steuerpflichtigen hat die Annahme eines Wahlrechts vor allem den Vorteil, dass er nicht mit der Ungewissheit belastet wird, ob die Finanzverwaltung auf der Grundlage einer nach einer alternativen Bewertungsmethode durchgeführten Unternehmensbewertung das Ergebnis des vereinfachten Ertragswertverfahrens als offensichtlich unzutreffend akzeptiert. Bei einer unflexiblen Haltung der Finanzverwaltung müsste die Frage der zutreffenden Unternehmensbewertung sonst regelmäßig vor den Finanzgerichten geklärt werden.⁵⁵

Nach § 200 Abs. 1 BewG ist der vereinfachte Ertragswert das Produkt des zukünftig nachhaltig zu erzielenden Jahresertrags und des Kapitalisierungsfaktors. Der Kapitalisierungsfaktor ist nichts anderes als der Kehrwert des Kapitalisierungszinssatzes ($1/\text{Kapitalisierungszinssatz}$). Bereinigt man die Formel um diesen überflüssigen Zwischenschritt, so ergibt sich der Ertragswert als Barwert einer mit dem Kapitalisierungszinssatz abgezinsten ewigen Rente. Der zukünftige nachhaltig erzielbare Jahresertrag wird gemäß § 201 BewG regelmäßig aus dem Durchschnittsertrag der vergangenen drei abgeschlossenen Geschäftsjahre abgeleitet, wobei alle drei Jahre gleich gewichtet werden. Liegen besondere Umstände vor, kann der Zeitraum verkürzt werden bzw. das Rumpfgeschäftsjahr bis zum Übertragungssichtag einbezogen werden, § 201 Abs. 2 und 3 BewG.

Ausgangspunkt für die Ermittlung der für die Bestimmung des Durchschnittsertrags maßgeblichen Betriebsergebnisse ist gemäß § 202 Abs. 1 und 2 BewG der durch Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 EStG) oder Einnahmenüberschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG), ermittelte Gewinn. Dieser wird zunächst durch Hinzurechnungen und Kürzungen um bestimmte nicht nachhaltige Ergebnisbestandteile bereinigt. So werden beispielsweise Sonderabschreibungen und einmalige Veräußerungsverluste dem Gewinn hinzugerechnet, einmalige Veräußerungsgewinne hingegen abgezogen. Darüber hinaus ist der Gewinn um einen angemessenen Un-

⁵³ Vgl. WIEGAND, ZEV 2008, 129 (131); HANNES/ONDERKA, ZEV 2008, 173 (174); SÖFFING, DSStZ 2008, 867 (868); CREUTZMANN, DB 2008, 2784 (2786); SEER, GmbHR 2009, 225 (227); PILTZ, DSStR 2008, 745 (748); DERS., Ubg 2009, 13 (16). Bei Anwendung einer nicht ertragswertbasierten Methode trifft den Steuerpflichtigen insofern lediglich die Pflicht, die „Üblichkeit“ der Methode im Hinblick auf das konkret zu bewertende Unternehmen nachzuweisen.

⁵⁴ Nach § 199 Abs. 1 BewG „kann“ das vereinfachte Ertragswertverfahren angewendet werden, wenn es nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt. Wenn stets auf das vereinfachte Ertragswertverfahren zurückzugreifen wäre, sofern nicht der Steuerpflichtige den Nachweis des offensichtlich unzutreffenden Ergebnisses führt, so hätte die Verwendung des Wortes „ist“ nahegelegen.

⁵⁵ Hiervon gehen beispielsweise ROHDE/GEMEINHARDT, StuB 2009, 167 (171) aus.

ternehmerlohn und ggf. um fiktiven Lohnaufwand für kostenlos mitarbeitende Familienangehörige zu mindern. Die Frage der Angemessenheit des Unternehmerlohns dürfte in der Praxis sehr streitanfällig sein. Bei vielen Kleinbetrieben ist die Höhe des fiktiven Unternehmerlohns ausschlaggebend dafür, ob sich überhaupt ein positiver Unternehmenswert ergibt. Nimmt man beispielsweise an, dass ein Einzelunternehmer einen Gewinn von 80.000 Euro erzielt, so ergibt sich dann, wenn man den angemessenen Unternehmerlohn auf 80.000 € festsetzt, ein Unternehmenswert von Null Euro. Hält man hingegen 50.000 € für angemessen, wäre das Unternehmen bei einem Kapitalisierungszinssatz von 10 % mit 300.000 € zu bewerten (30.000 € / 10 %). Schließlich ist der Gewinn zur Berücksichtigung des Ertragsteueraufwands gemäß § 202 Abs. 3 BewG pauschal um 30 % zu kürzen. Dementsprechend ist zuvor der tatsächliche Ertragsteueraufwand (Körperschaftsteuer, Zuschlagsteuern und Gewerbesteuer) dem Gewinn hinzuzurechnen, § 202 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. e BewG. Hierdurch soll die Rechtsformneutralität der Unternehmensbewertung sichergestellt werden.⁵⁶

Die zweite zur Bestimmung des Ertragswertes nötige Größe ist der Kapitalisierungszinssatz. Dieser setzt sich gemäß § 203 Abs. 1 BewG aus einem variablen Basiszinssatz und einem fixen Zuschlag von 4,5 % zusammen. Der Basiszinssatz wird aus der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen abgeleitet und einmal jährlich im Bundesteuerblatt veröffentlicht. Er ist allen Bewertungen im jeweiligen Kalenderjahr zu Grunde zu legen. Für das Kalenderjahr 2009 beträgt der Basiszinssatz 3,61 %, ⁵⁷ so dass sich ein Kapitalisierungszinssatz von 8,11 % und ein Kapitalisierungsfaktor von 12,33 ergeben.

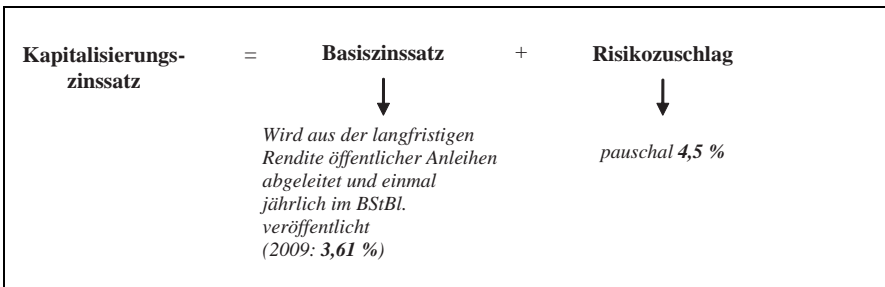


Abbildung 6: Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes nach § 203 BewG

Neben dem Ertragswert müssen gemäß § 200 Abs. 2 bis 4 BewG drei Kategorien von Wirtschaftsgütern eingeständig bewertet und dem Ertragswert hinzugerechnet werden. Dabei handelt es sich um:

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 16/11107, 23 sowie PILTZ, Ubg 2009, 13 (20) und ROHDE/GEMEINHARDT, StuB 2009, 167 (170).

⁵⁷ Vgl. BMF v. 07.01.2009 - IV C 2 - S 3102/07/0001.

- Wirtschaftsgüter des nicht notwendigen Betriebsvermögens nebst zugehöriger Schulden, § 200 Abs. 2 BewG.
- Zum notwendigen Betriebsvermögen gehörende Beteiligungen an anderen Gesellschaften, § 200 Abs. 3 BewG.
- Innerhalb von zwei Jahren vor dem Bewertungsstichtag in das Betriebsvermögen eingelegte Wirtschaftsgüter nebst zugehöriger Schulden, § 200 Abs. 4 BewG.

Der gesonderte Ansatz des nicht betriebsnotwendigen Vermögens entspricht der Praxis der Unternehmensbewertung. Aus Sicht des Fiskus geht es darum zu verhindern, dass Wirtschaftsgüter mit einem hohen gemeinen Wert und geringen laufenden Erträgen durch eine Zuordnung zum gewillkürten Betriebsvermögen dem Steuerzugriff – zumindest teilweise – entzogen werden.

Beispiel:

Drei Jahre vor der geplanten Übertragung seines Einzelunternehmens an seine Tochter T legt E ein momentan ungenutztes Grundstück in das gewillkürte Betriebsvermögen ein. Da das Grundstück keine Erträge abwirft, kommt es dadurch nicht zu einer Erhöhung des Ertragswertes. Würde das Grundstück nicht gesondert angesetzt, könnte sein Wert im Ertragswert des Unternehmens „versteckt“ werden.

§ 200 Abs. 2 BewG sieht eine funktionale Abgrenzung vor. Als nicht betriebsnotwendiges Vermögen gelten alle Wirtschaftsgüter, die aus dem Unternehmen herausgelöst werden können, ohne die eigentliche Unternehmenstätigkeit zu beeinträchtigen. Diese Beurteilung ist einzelfallabhängig und streitanfällig.⁵⁸ Wohl auch deshalb wurde bei „jungen“ Wirtschaftsgütern auf eine Abgrenzung ganz verzichtet und generell eine gesonderte Bewertung angeordnet. Weniger als zwei Jahre vor dem Übertragungszeitpunkt eingelegte Wirtschaftsgüter werden so gewissermaßen unter einen Manipulationsgeneralverdacht gestellt. Ebenfalls um eine Maßnahme zur Missbrauchsvermeidung handelt es sich beim gesonderten Ansatz von zum notwendigen Betriebsvermögen gehörenden Gesellschaftsanteilen. Denn eine Thesaurierung der Erträge auf der Ebene der Gesellschaft in den drei der Übertragung vorangehenden Wirtschaftsjahren hätte zur Folge, dass der Wert der Beteiligung im Ertragswert überhaupt nicht berücksichtigt würde.⁵⁹ Die Folge ist, dass im Rahmen des vereinfachten Ertragswertverfahrens grundsätzlich für jede betriebsnotwendige Beteiligung eine eigenständige Unternehmensbewertung durchzuführen ist.⁶⁰ Dies entspricht nicht der gängigen betriebswirtschaftlichen Praxis der Unternehmensbewertung, nach der Unternehmensgruppen in der Regel einheitlich auf der Grundlage des konsolidierten Gruppenergebnisses bewertet werden.⁶¹

⁵⁸ Vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (18).

⁵⁹ Vgl. Begründung zum Diskussionsentwurf der AntBVBewV (Fn. 47), 6.

⁶⁰ Vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (19); ROHDE/GEMEINHARDT, StuB 2009, 167 (170).

⁶¹ Vgl. KOHL/SCHILLING, StuB 2008, 909 (916); CREUTZMANN, DB 2008, 2784 (2789); PILTZ, Ubg 2009, 13 (19).

Um eine Doppelerfassung zu vermeiden, müssen Erträge und Aufwendungen, die gesondert zu bewertende Wirtschaftsgüter betreffen, aus den für die Ermittlung des Ertragswerts maßgeblichen Betriebsergebnissen eliminiert werden, § 202 Abs. 1 Nr. 1 lit. f und Nr. 2 lit. f. BewG. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die eigenständige Bewertung bei Wirtschaftsgütern des nicht notwendigen Betriebsvermögens und bei „jungen“ Wirtschaftsgütern auch die zugehörigen Schulden und dementsprechend den Zinsaufwand erfasst. Es ist zu befürchten, dass die Zuordnung der Schulden zu einzelnen Wirtschaftsgütern in der Praxis äußerst gestaltungs- und streitanfällig sein wird.

Ist ein Anteil an einer Personengesellschaft zu bewerten, so ist das vereinfachte Ertragswertverfahren nur auf das Gesamthandsvermögen anzuwenden und das Sonderbetriebsvermögen getrennt mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Der Anteilswert ergibt sich aus dem Anteil des Gesellschafters am Ertragswert des Gesamthandsvermögens sowie dem gemeinen Wert seines Sonderbetriebsvermögens. Zur Aufteilung des Gesamthandsvermögens wird den einzelnen Gesellschaftern zunächst ein Anteil in Höhe ihres Kapitalkontos zugewiesen. Der verbleibende Ertragswert wird anhand des Gewinnverteilungsschlüssels aufgeteilt.⁶²

3.4. Unpraktikabilität einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung?

Die Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Bewertung von Betriebsvermögen wird oft hinsichtlich ihrer Praktikabilität angezweifelt. Zum Teil wird darauf verwiesen, dass mit den gängigen Verfahren der Unternehmensbewertung keine exakten Unternehmenswerte gewonnen werden können.⁶³ Ein weiterer Kritikpunkt ist der hohe Aufwand, der mit einer am Verkehrswert orientierten Unternehmensbewertung verbunden ist.⁶⁴

Der erste Einwand der fehlenden Ermittelbarkeit realistischer Verkehrswerte wirft letztlich die Frage nach dem Fortbestand der Erbschafts- und Schenkungsteuer auf. Wenn es nicht möglich wäre, losgelöst von einer tatsächlichen Markttransaktion verlässliche Verkehrswerte für Unternehmen bzw. Unternehmensanteile zu ermitteln, so wäre die Forderung des BVerfG nach einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung nicht umsetzbar. Das BVerfG hat aber im Erbschaftsteuerbeschluss vom 07. November 2006 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass eine gleichheitssatzkonforme Ausgestaltung der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage voraussetzt, dass alle Klassen von Vermögensgegenständen annähernd mit dem Verkehrswert erfasst werden. Daher bliebe nur, die Erbschaft- und Schenkungsteuer mangels Möglichkeit einer verfassungskonformen Erhebung ganz abzuschaffen.⁶⁵

⁶² §§ 202 Abs. 1, 97 Abs. 1a BewG. Vgl. auch ROHDE/GEMEINHARDT, *StuB* 2009, 167 (171).

⁶³ Vgl. beispielsweise SCHULTE, *FR* 2007, 309 (317); LANG, *StuW* 2008, 189 (193 ff.).

⁶⁴ Vgl. SCHULTE, *FR* 2007, 309 (317); SPIEGELBERGER, *Stbg* 2007, 305 (313).

⁶⁵ In diesem Sinne LANG, *StuW* 2008, 189 ff.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Nur weil sich die Bewertung ganzer Unternehmen aufgrund ihrer geringen Fungibilität als schwierig erweist, darf vor dieser Aufgabe nicht einfach kapituliert werden. Dass dies auch nicht nötig ist, zeigt die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte, die sich beispielsweise bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs oder von Pflichtteilsansprüchen immer wieder mit der Notwendigkeit konfrontiert sehen, Unternehmen bewerten zu müssen.⁶⁶ Wenn auch die Ergebnisse im Einzelfall angreifbar sein mögen, so beweist die zivilrechtliche Rechtsprechung doch, dass eine Unternehmensbewertung auch losgelöst von konkreten Unternehmenstransaktionen grundsätzlich möglich ist. Die mit der Unternehmensbewertung praktisch verbundenen Schwierigkeiten beeinflussen zudem den verfassungsrechtlichen Maßstab, an dem sich die Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung messen lassen muss. Das BVerfG hat im Beschluss vom 07. November 2006 nicht gefordert, dass alle Gruppen von Vermögensgegenständen „exakt“ mit dem gemeinen Wert anzusetzen sind. Es hat vielmehr verlangt, dass die Bewertung am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel *ausgerichtet* sein muss. Die Bewertungsmethoden müssen lediglich gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände in einem *Annäherungswert* an den gemeinen Wert erfasst werden.⁶⁷ Die Bewertung von Sachwerten ist letztlich immer mit einer Schätzung verbunden.⁶⁸ Fakt ist, dass für die Bewertung von Unternehmen Bewertungsverfahren existieren, deren Ergebnisse im Wirtschaftsleben als Grundlage für die Ermittlung des Preises eines Unternehmens akzeptiert werden. Unternehmenstransaktionen unterbleiben nicht deshalb, weil eine wissenschaftlich exakte Bestimmung „des“ Unternehmenswertes unmöglich ist. Was aber dem Markt genügt, muss auch für das Steuerrecht ausreichen. Um zu vermeiden, dass die verbleibende Bewertungsunsicherheit im Einzelfall zu einer nicht leistungsfähigkeitsgerechten Überbelastung der Steuerpflichtigen führt, muss allerdings für die Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung von mehreren möglichen Unternehmenswerten auf den niedrigeren Wert zurückgegriffen werden.⁶⁹

Schwerer wiegt der Einwand der fehlenden Administrierbarkeit einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung. In der Tat verlöre die Erbschaft- und Schenkungssteuer ihre Existenzberechtigung, wenn ein Großteil ihres Aufkommens für die Deckung der Steuererhebungskosten benötigt würde bzw. wenn die Befolgungskosten den Steuerpflichtigen fast genauso stark belasteten wie die Steuerlast selbst. Allerdings sind diese Bedenken wohl übertrieben. Erstens dürfte die deutliche Anhebung der persönlichen Freibeträge für Steuerpflichtige der Steuerklasse I⁷⁰ eine

⁶⁶ Vgl. beispielsweise BGH, IV a ZR 27/81, NJW 1982, 2497 ff.; BGH, XII ZR 101/89, NJW 1991, 1547 ff.

⁶⁷ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573. Vor diesem Hintergrund geht auch SEER davon aus, dass die Erhebung der Erbschaft- und Schenkungssteuer aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht an der fehlenden Ermittelbarkeit hinreichend genauer Unternehmenswerte scheitert, vgl. SEER, GmbHR 2009, 225 (227).

⁶⁸ Vgl. HÜBNER, DSStR 2007, 1013 (1016).

⁶⁹ So auch SEER, GmbHR 2009, 225 (227 f.).

⁷⁰ Von 307.000 € auf 500.000 € für Ehegatten und von 205.000 € auf 400.000 € für Kinder des Erblassers/Schenkers, vgl. § 16 ErbStG a.F. und § 16 ErbStG n.F.

gewisse Entlastung bewirken.⁷¹ Hinterlässt beispielsweise ein Unternehmer einen Ehegatten und zwei Kinder, so fällt – wenn kein sonstiges Vermögen vorhanden ist – bei vollständiger Ausnutzung der Freibeträge bis zu einem Unternehmenswert von 1,3 Millionen Euro überhaupt keine Erbschaftsteuer an. Dadurch wird die Bewertung eines zum Nachlass gehörenden Unternehmens zwar nicht von vornherein entbehrlich. Wenn sich aber abzeichnet, dass selbst bei einer großzügigen Schätzung des Unternehmenswertes die Freibeträge nicht überschritten werden, dann kann der Verwaltungsaufwand auf ein Minimum reduziert werden.⁷² Zweitens ist es keineswegs so, dass bislang im Rahmen der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Veranlagung eine verkehrswertnahe Bewertung von Unternehmen gänzlich entbehrlich gewesen wäre. Die Rechtsprechung des BFH zur gemischten Schenkung machte schon bislang bei der teilentgeltlichen Übertragung eines Unternehmens eine Ermittlung des Verkehrswertes erforderlich.⁷³ Es handelt sich hierbei keineswegs um eine vernachlässigbare, marginale Fallgruppe. Gerade Unternehmensübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge weisen häufig Elemente der Teilentgeltlichkeit auf, weil die Versorgung der weichenden Generation sichergestellt und nicht mit der Unternehmensfortführung betraute Abkömmlinge abgefunden werden müssen.

Um den mit der verkehrswertnahen Unternehmensbewertung verbundenen Aufwand in den Griff zu bekommen, bietet sich die Entwicklung typisierender Bewertungsverfahren an.⁷⁴ Gleichzeitig ist aber aufgrund der Komplexität der Unternehmensbewertung auf eine hinreichende Flexibilität zu achten. Dem Steuerpflichtigen muss stets die Möglichkeit offen stehen, einen von der typisierten Bewertung abweichenden Wert darzulegen.⁷⁵ Dies ist besonders bei kleinen Unternehmen entscheidend. Diese sind unter Umständen so stark auf den Unternehmer zugeschnitten, dass sie ohne ihn überhaupt nicht werthaltig sind.⁷⁶

3.5. Systemwidrige Doppelbelastung durch eine verkehrswertnahe Bewertung?

Ein weiterer Einwand, der gegen eine verkehrswertnahe Unternehmensbewertung vorgebracht wird, ist die Gefahr einer Doppelbelastung unentgeltlicher Unternehmensübertragungen mit Einkommenssteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer. Vor dem Hintergrund, dass die Erbschaft- und Schenkungsteuer einerseits und die Einkommensteuer andererseits grundsätzlich in einem Exklusivitätsverhältnis stehen (3.5.1.), ist dieser Einwand berechtigt (3.5.2.). Dadurch wird jedoch nicht die Möglichkeit einer verkehrswertnahen Unternehmensbewertung für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung in Frage gestellt, sondern vielmehr die

⁷¹ So auch KÜHNHOLD, DStZ 2007, 591 (595).

⁷² Vgl. dazu auch BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (579).

⁷³ Vgl. dazu RÖDER, ZEV 2007, 505 ff.

⁷⁴ Vgl. HÜBNER, DStR 2007, 1013 (1016).

⁷⁵ So auch RAUPACH, DStR 2007, 2037 (2041).

⁷⁶ Vgl. BEHRINGER, DStR 1999, 731 (735); GOUTIER, ZSteu 2008, 422 (424).

Frage aufgeworfen, wie die systemwidrige Doppelbelastung sachgerechter Weise vermieden werden kann (3.5.3.).

3.5.1. Verhältnis von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer

Von einer ungerechtfertigten Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu sprechen ergibt nur dann Sinn, wenn beide Steuerarten in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen. Dies wird vom BFH verneint, der zum Verhältnis von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer die sog. „Zwei-Ebenen-These“ vertritt. Danach haben beide Steuerarten unterschiedliche Steuergegenstände und liegen damit gleichsam auf zwei unterschiedlichen Ebenen.⁷⁷ Nach Ansicht des BFH können daher beide Steuerarten auch kumulativ erhoben werden.⁷⁸ Dem ist entgegen zu halten, dass es sich bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer steuersystematisch gesehen um eine Einkommensteuer im weiteren Sinne handelt, die grundsätzlich auch in das EStG einbezogen werden könnte.⁷⁹ Die Einkommensteuer knüpft an den Zuwachs an steuerlicher Leistungsfähigkeit in Form des entgeltlichen Erwerbs an, während die Erbschaft- und Schenkungsteuer – in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung als Erbanfallsteuer – die Bereicherung des Erben/Beschenkten in Form des unentgeltlichen Erwerbs erfasst. Theoretisch müssten sich daher beide Steuern einerseits gegenseitig ausschließen und andererseits ergänzen.⁸⁰ Dass dies aufgrund einer mangelnden Abstimmung zwischen Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer in der Praxis nicht immer der Fall ist,⁸¹ ändert nichts an der Richtigkeit dieser Erkenntnis. Für ein unkoordiniertes Nebeneinander von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer existiert keine innere Rechtfertigung.⁸² Insofern ist es nicht erstaunlich, dass der BFH vor den Konsequenzen seiner eigenen Rechtsprechung zurückschreckt und eine Ausnahme vom Grundsatz der unabhängigen Erhebung beider Steuerarten dann für angezeigt hält, wenn die Erbschaftsteuer auf Bereicherungen zugreift, die wertgleich in die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer eingeflossen sind.⁸³ Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer sind jedoch auch darüber hinaus so abzustimmen, dass es weder zu Überschneidungen, noch zu Besteuerungslücken kommt.⁸⁴

⁷⁷ Vgl. BFH, II R 190/81, BStBl. II 1987, 175 (177); BFH, X R 72/89, BStBl. II 1991, 350 ff.

⁷⁸ Vgl. BFH, X R 72/89, BStBl. II 1991, 350 (353).

⁷⁹ Vgl. MEINCKE, ErbStG, 14. Aufl. 2004, Einführung Rn. 2; CREZELIUS, FR 2007, 613 (616); SEER, GmbHR 2009, 225 (226).

⁸⁰ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 183.

⁸¹ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 237 f.

⁸² Vgl. MEINCKE (Fn. 79), Einführung Rn. 3.

⁸³ Vgl. BFH, X R 72/89, BStBl. II 1991, 350 (353).

⁸⁴ Vgl. MELLINGHOFF, in: BIRK (Hrsg.), Steuern auf Erbschaft und Vermögen, 1999, 127 (136); HEINZ (Fn. 11), 263; HUBER/REIMER, DStR 2007, 2042 (2046); BIRNBAUM, Leistungsfähigkeitsprinzip und ErbStG, 2007, 43.

3.5.2. Zeitliche Reihenfolge der Besteuerung als Kriterium für eine systemwidrige Doppelbelastung

Allerdings muss – um Missverständnissen vorzubeugen – betont werden, dass der kumulative Anfall von Einkommensteuer und Erbschaftsteuer im Zeitablauf *per se* kein Indiz für eine systemwidrige Doppelbelastung ist. Sofern das der Erbschaft- oder Schenkungsteuer unterliegende Vermögen aus versteuertem Einkommen gebildet wurde, handelt es sich dabei vielmehr um einen normalen und systemimmanenten Vorgang.⁸⁵ Die daraus resultierende Doppelbelastung könnte nur durch die Abschaffung einer der beiden Steuerarten beseitigt werden.⁸⁶ Das Kriterium für die Identifizierung einer ungerechtfertigten Überbelastung ist vielmehr die zeitliche Reihenfolge der Besteuerung.⁸⁷ Im Normalfall der Übertragung realisierter und versteuerter Einkünfte fällt die Einkommensteuer zeitlich vor der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer an. Zu einer vollen Doppelbelastung kommt es, wenn Erbschaft- und Einkommensteuer zeitgleich anfallen, wenn also der gleiche Vorgang sowohl der Einkommensteuer als auch der Erbschaftsteuer unterworfen wird. Dies ist jedoch trotz der „Zwei-Ebenen-These“ des BFH die absolute Ausnahme.⁸⁸ In der Regel fallen Vorgänge, die von der Einkunftsarten des EStG erfasst werden, nicht unter das ErbStG und umgekehrt. Zu einer partiellen Doppelbelastung kommt es hingegen, wenn sich die Reihenfolge der Besteuerung umkehrt, wenn also die Einkommensteuer – abweichend vom Normalfall – zeitlich nach der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer anfällt. Dieser wesentlich praxisrelevantere Fall tritt immer dann ein, wenn Vermögen der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer unterworfen wird, das mit einer latenten Einkommensteuerschuld belastet ist.

Das klassische Beispiel ist insofern die Honorarforderung des Freiberuflers, der seinen Gewinn nach der Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG ermittelt. Für ihn gilt wie bei den Überschusseinkünften das Zuflussprinzip gemäß § 11 EStG. Eine im Todeszeitpunkt noch offene Honorarforderung wird daher erst bei seinen Erben gemäß § 24 Nr. 2 EStG der Einkommensteuer unterworfen, sobald diese die Forderung einziehen. Erbschaftsteuerlich wird die Forderung jedoch zum Bruttowert angesetzt, also ohne Berücksichtigung der latenten Einkommensteuerbelastung. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BFH steht die Ausgestaltung der Erbschaftsteuer als Stichtagsteuer gemäß § 11 ErbStG der Berücksichtigung einer latenten Ertragsteuerlast entgegen.⁸⁹ Da sich die Belastung mit Einkommensteuer noch nicht realisiert hat, wird so getan, als ob die latente Einkommensteuerlast nicht existierte. Hätte hingegen noch der Erblasser die Forderung eingezogen, so hätte sich der Wert des Nachlasses um die gemäß § 45 AO vom Erben geschuldete Einkommensteuer gemindert. Als Folge dieser Rechtsprechung ergibt

⁸⁵ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, *StuW* 1992, 302 (303); HUBER/REIMER, *DStR* 2007, 2042; SCHULTE, *FR* 2007, 305 (312).

⁸⁶ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, *StuW* 1992, 302 (303).

⁸⁷ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, *StuW* 1992, 302 (303); HERZIG/JOISTEN/VOSSEL, *DB* 2009, 584.

⁸⁸ Vgl. HUBER/REIMER, *DStR* 2007, 2042 f. mit Beispielen und w.N.

⁸⁹ Vgl. BFH, *X R 72/89*, *BStBl. II* 1991, 350 (353).

sich bei der Übertragung nicht realisierter Einkünfte im Vergleich zur Übertragung realisierter Einkünfte eine systemwidrige Doppelbelastung in Höhe der Erbschaftsteuer auf die latente Einkommensteuerlast.⁹⁰ Die Überbelastung resultiert dabei vor allem aus der Verbreiterung der Bemessungsgrundlage. Zusätzlich kann es zu einer Progressionswirkung kommen, wenn durch die Nichtberücksichtigung der latenten Steuerlast eine höhere Stufe des Erbschaft- und Schenkungsteuertarifs erreicht wird.⁹¹

Beispiel:

Rechtsanwalt R hat gegen M eine Honorarforderung in Höhe von 10.000 €. In Alternative a zahlt M kurze Zeit vor, in Alternative b hingegen erst kurz nach dem Tod des R. Zur Vereinfachung wird unterstellt, dass der Einkommensteuersatz 40 % und der Erbschaftsteuersatz 10 % beträgt.

In Alternative a haben sich die Einkünfte noch bei R realisiert. Die Einkommensteuerschuld (4.000 €), für die S aufkommen muss, mindert als Nachlassverbindlichkeit die erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage, so dass S nur 6.000 € versteuern muss (Erbschaftsteuer = 10 % von 6.000 € = 600 €). Netto verbleiben ihm 5.400 €.

In Alternative b wird die Honorarforderung hingegen ungeachtet der latenten Einkommensteuerbelastung erbschaftsteuerlich mit 10.000 € bewertet, was zu einer Steuerbelastung in Höhe von 1.000 € führt (10 % von 10.000 €). Im Zeitpunkt der Zahlung durch M muss S ungeachtet der Erbschaftsteuerbelastung Einkommensteuer auf die vollen 10.000 € bezahlen, was einer Steuerschuld von 4.000 € entspricht. Netto verbleiben S nur 5.000 €. Er erhält somit 400 € weniger als in Alternative a. Die Mehrbelastung entspricht genau der Erbschaftsteuer auf die latente Einkommensteuerlast (10 % von 4.000 €).

Für den Erben eines Freiberuflers ist diese Art der Doppelbelastung sicherlich ärgerlich. Die weitaus wichtigere Erscheinungsform nicht realisierter, mit einer latenten Ertragsteuerschuld belasteter Einkünfte sind jedoch stille Reserven in steuerlich verstricktem Vermögen.⁹² Damit ist der Bogen zur Unternehmensbewertung geschlagen. Steuerverstrickt ist stets das Betriebsvermögen von Einzelunternehmen und Personengesellschaften. Bei einer unentgeltlichen Übertragung von Betriebsvermögen muss der Übernehmer gemäß § 6 Abs. 3 EStG zwingend die Buchwerte des Übergebers fortführen. § 6 Abs. 3 EStG ermöglicht also die Übertragung der im Betrieb ruhenden stillen Reserven vom Übergeber auf dem Übernehmer. Auf den stillen Reserven in ihrer Eigenschaft als noch nicht realisierte Einkünfte liegt eine latente Einkommensteuerlast.⁹³ Sobald es zur Auflösung der stillen Reserven kommt, muss der Übernehmer anstelle des Übergebers für diese Steuerlast aufkommen. Die Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer fällt zeitlich vor der Einkommensteuer

⁹⁰ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, StuW 1992, 302 (304).

⁹¹ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 157.

⁹² Vgl. HUBER/REIMER, DSStR 2007, 2042 (2044).

⁹³ Vgl. HOFMANN (Fn. 16), 261.

an. Aber auch Anteile an Kapitalgesellschaften sind, obwohl Privatvermögen, gemäß § 17 EStG ab einer Beteiligungsschwelle von 1 % steuerverstrickt. Seit dem 01. Januar 2009 sind als Folge der Unternehmensteuerreform 2008 Wertveränderungen von Kapitalgesellschaftsanteilen sogar generell steuerbar.⁹⁴ Auch bei Kapitalgesellschaftsanteilen erfolgt im Falle der unentgeltlichen Übertragung keine Aufdeckung und Versteuerung der nicht realisierten Wertgewinne, so dass sich die Doppelbelastungsproblematik hier in gleicher Weise stellt.

3.5.3. Möglichkeiten zur Vermeidung der systemwidrigen Doppelbelastung

Strategien zur Vermeidung der Doppelbelastung können sowohl bei der Einkommensteuer als auch bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer ansetzen.

3.5.3.1. Beibehaltung des Buchwertansatzes für Betriebsvermögen

Zum Teil findet sich in der Literatur die Ansicht, die Doppelbelastung ließe sich nur durch eine Beibehaltung der verlängerten Maßgeblichkeit vermeiden.⁹⁵ Da durch den Rückgriff auf die Steuerbilanzwerte die stillen Reserven bei der Ermittlung der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage völlig unberücksichtigt bleiben, wird zwar die Gefahr einer Überbelastung beseitigt. Die vollkommene Nichtberücksichtigung der stillen Reserven stellt allerdings eine Überkompensation dar und führt zu ebenso wenig zu rechtfertigenden Besteuerungslücken.⁹⁶ Allein der Umstand, dass der Wert der stillen Reserven abzüglich der latenten Einkommensteuerbelastung sowohl in die einkommensteuerliche als auch in die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage einfließt, bedeutet noch keine systemwidrige Doppelbelastung. Vielmehr wird damit nur die systemimmanente Doppelbelastung von Einkünften mit Einkommensteuer und mit Erbschaft- und Schenkungsteuer gewährleistet, die sich auch bei der Übertragung realisierter Einkünfte ergeben würde. Es ist wenig glaubwürdig, einerseits eine bessere Abstimmung von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu fordern, andererseits aber eine Lösung vorzuschlagen, die genau dies nicht leistet (vgl. dazu auch das Beispiel unten unter 3.5.3.4.). Eine theoretisch exakte Lösung muss die Überbelastung beseitigen ohne andererseits zu einer Minderbesteuerung zu führen.

3.5.3.2. Abschaffung der einkommensteuerlichen Buchwertverknüpfung

Wollte man das Problem an Wurzel packen, müsste man die Möglichkeit der intersubjektiven Übertragung latenter Einkünfte beseitigen.⁹⁷ Konkret für die Übertragung von Betriebsvermögen bedeutete dies die Aufgabe der in § 6 Abs. 3 EStG vorgesehenen Buchwertverknüpfung. Stattdessen müsste eine Aufdeckung und

⁹⁴ § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG.

⁹⁵ Vgl. CREZELIUS, BB-Special 10/2007, 1 (19); SEER, in: BIRK (Hrsg.), Steuern auf Erbschaft und Vermögen, 1999, 191; DERS., ZEV 2007, 101 (102 f.)

⁹⁶ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 271 f.

⁹⁷ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, StuW 1992, 302 (306); SEER, ZEV 2007, 101 (103).

Versteuerung der stillen Reserven beim Erblasser/Schenker erfolgen. Steuersystematisch spricht für diese Lösung, dass § 6 Abs. 3 EStG bereits innerhalb der Einkommensteuer ein Fremdkörper ist, da die Vorschrift vom Grundsatz der Individualbesteuerung abweicht.⁹⁸ Allerdings würde die damit einhergehende kumulierte Liquiditätsbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer alle gegenwärtigen Bemühungen zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge *ad absurdum* führen. Zudem würden die Bewertungsunsicherheiten bei der Unternehmensbewertung so auf die Einkommensteuer ausgedehnt. Das Modell erscheint daher insgesamt als nicht praktikabel.⁹⁹ Sinnvoll wäre es hingegen, bei unentgeltlichen Unternehmensübertragungen zumindest ein Wahlrecht zur Aufstockung der Buchwerte einzuführen. Sofern der Übernehmer infolge der Aufdeckung der stillen Reserven über ein erhöhtes Abschreibungsvolumen verfügt, muss sich daraus bei einer generationenübergreifenden Betrachtung nicht zwangsläufig ein Nachteil ergeben. In Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung des BFH zur Vererblichkeit von Verlusten¹⁰⁰ wäre eine freiwillige Buchwertstockung sogar vorteilhaft, wenn der Erblasser noch über ungenutzte Verlustvorträge verfügte.

3.5.3.3. Anrechnung der Erbschaftsteuer auf die Einkommensteuer

Ein weiterer Lösungsvorschlag bei der Einkommensteuer sieht vor, die auf die latente Einkommensteuer entfallende Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer auf die Einkommensteuer anzurechnen.¹⁰¹ Dies würde – bei Vernachlässigung des Zeitaspektes – die Doppelbelastung beseitigen.

Beispiel:

In Bezug auf das obige Beispiel der vererbten Honorarforderung bedeutet dies, dass der Erbe zunächst 1.000 € Erbschaftsteuer auf die ererbte Forderung in Höhe von 10.000 € zu zahlen hätte. Sobald er die Forderung einzieht, müsste er hierauf eigentlich Einkommensteuer in Höhe von 4.000 € zahlen. Auf diese Steuerlast würde jedoch die auf die latente Einkommensteuerschuld gezahlte Erbschaftsteuer (10 % von 4.000 € = 400 €) angerechnet. Die Einkommensteuerbelastung minderte sich dementsprechend auf 3.600 €. Netto verblieben dem Erben 5.400 €, was exakt dem Wert entspricht, der sich ergeben hätte, wenn noch der Erblasser die Forderung eingezogen und versteuert hätte.

Zu unbefriedigenden Ergebnissen führt diese Lösung jedoch immer dann, wenn die Realisierung der latenten Einkünfte nicht unmittelbar nach dem Erbfall bzw. der Schenkung erfolgt. Im Fall von stillen Reserven bliebe der Vorgang unter Umständen jahrzehntelang in der Schwebe. Bei so langen Zeiträumen würde zudem das Anrechnungsguthaben des Steuerpflichtigen durch Zinseffekte weitgehend entwertet.

⁹⁸ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 249.

⁹⁹ Skeptisch bezüglich der Praktikabilität einer fiktiven Realisation der stillen Reserven im Übertragungszeitpunkt auch BIRNBAUM (Fn. 84), 51 f.

¹⁰⁰ Vgl. BFH, GrS 2/04, BStBl II 2008, 608 ff.

¹⁰¹ Vgl. HUBER/REIMER, DStR 2007, 2042 (2047).

3.5.3.4. Anrechnung der latenten Ertragsteuerbelastung auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage

Im Hinblick auf den Charakter der Erbschaft- und Schenkungsteuer als Stichtagsteuer erscheint eine Anrechnung der latenten Einkommensteuerschuld auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage als die sachgerechteste Lösung für die Doppelbelastungsproblematik. Nur so können alle mit der Vermögensübertragung zusammenhängenden erbschaft- und schenkungsteuerlichen Aspekte abschließend im Rahmen der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Veranlagung berücksichtigt werden. Zur Verdeutlichung das nachfolgende Beispiel:

Beispiel:

Unternehmer A will seiner Tochter B den Wert seines Einzelunternehmens zuwenden. Der Verkehrswert des Unternehmens beträgt 200.000 €, das Kapitalkonto beläuft sich auf 100.000 €.

- a) A verkauft das Unternehmen zum Verkehrswert und überträgt B den Verkaufserlös.*
- b) A überträgt B das Einzelunternehmen. B gelingt unmittelbar danach der Verkauf zum Verkehrswert. Das Unternehmen wird schenkungsteuerlich mit dem Verkehrswert angesetzt.*
- c) Wie (b). Allerdings wird das Unternehmen schenkungsteuerlich mit den Steuerbilanzwerten bewertet.*
- d) Wie (b). Allerdings wird die latente Einkommensteuerlast bei der Bestimmung der schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage vom Verkehrswert des Unternehmens abgezogen.*

Vereinfachend wird im Beispiel von einem Einkommensteuersatz von 40 % und einem Schenkungsteuersatz von 10 % ausgegangen. Gewerbesteuer wird nicht berücksichtigt. Es wird unterstellt, dass B die Schenkungsteuer aus ihrem Privatvermögen begleicht.

	Alt. (a)	Alt. (b)	Alt. (c)	Alt. (d)
Veräußerungsgewinn gemäß § 16 Abs. 2 EStG	100.000 €	100.000 €	100.000 €	100.000 €
/ . 40 % Einkommensteuer	-40.000 €	-40.000 €	-40.000 €	-40.000 €
Bemessungsgrundlage Schenkungsteuer	160.000 €	200.000 €	100.000 €	160.000 €
/ . 10 % Schenkungsteuer	-16.000 €	-20.000 €	-10.000 €	-16.000 €
Vermögenszuwachs bei B nach allen Abzügen	144.000 €	140.000 €	150.000 €	144.000 €
Gesamtsteuerbelastung	-56.000 €	-60.000 €	-50.000 €	-56.000 €

Alternative (a) stellt den Normalfall der Übertragung realisierter Einkünfte dar. Bei Alternative (b) kommt es demgegenüber zu einer Mehrbelastung des Übertragungsvorgangs in Höhe von 4.000 €, was genau der Schenkungsteuer auf die in den stillen Reserven enthaltene latente Einkommensteuerlast entspricht (10 % von 40.000 €).

Da es sich aus ökonomischer Sicht um zwei identische Sachverhalte handelt, liegt in dieser Ungleichbehandlung eine ungerechtfertigte Überbelastung. Bei Alternative (c) führt die Nichtberücksichtigung der stillen Reserven ohne die latente Einkommensteuerlast in Höhe von 60.000 € hingegen zu einer Besteuerungslücke von 6.000 € gegenüber Alternative (a). Nur in Alternative (d) wird durch die Berücksichtigung der latenten Einkommensteuerlast das gleiche Ergebnis erzielt wie im Referenzfall der Übertragung realisierter Einkünfte in Alternative (a).

In der Literatur ist die Anrechnung der latenten Einkommensteuerschuld auf die erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage schon oft vorgeschlagen worden.¹⁰² Vielfach wird vertreten, dass dies schon nach geltendem Recht möglich wäre¹⁰³ – gegebenenfalls im Wege einer verfassungskonformen Auslegung.¹⁰⁴ Da aber der BFH in ständiger Rechtsprechung einerseits vertritt, dass Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer nicht abstimmsbedürftig seien und andererseits eine Qualifikation latenter Ertragsteuern als Nachlassverbindlichkeit im Sinne von § 10 Abs. 5 ErbStG ablehnt, ist eine gesetzliche Regelung wohl unumgänglich.

Kritiker einer Anrechnung der latenten Einkommensteuerbelastung auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage verweisen darauf, dass im Übertragungszeitpunkt unklar sei, ob und wann die stillen Reserven aufgedeckt werden und wie hoch die Steuerschuld dann tatsächlich ausfällt.¹⁰⁵ Zudem wird teilweise eine Berücksichtigung von Zinseffekten gefordert.¹⁰⁶ Während der erstgenannte Aspekt wohl durch eine Pauschalierung in den Griff zu bekommen wäre, würde der Zinsaspekt den Todesstoß für die hier vorgeschlagene Lösung bedeuten. Denn je nachdem, ob die stillen Reserven vom Rechtsnachfolger sofort oder nie aufgedeckt werden, schwankt der Barwert der latenten Einkommensteuerschuld zwischen 100 % und – annäherungsweise – 0 %.

M.E. ist allerdings das Abstellen auf den konkreten Realisationszeitpunkt der stillen Reserven unangebracht. Als Stichtagsteuer soll die Erbschaft- und Schenkungsteuer den Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit erfassen, den der Steuerpflichtige im Moment des Vermögensübergangs erfährt. Bei nicht in Geld bestehenden Vermögenswerten bestimmt sich der Zuwachs an finanzieller Leistungsfähigkeit nunmehr zwingend nach dem Verkehrswert:

„... die durch den Vermögenszuwachs beim Erwerber entstandene finanzielle Leistungsfähigkeit besteht darin, dass er aufgrund des Vermögenstransfers über Geld oder Wirtschaftsgüter mit einem Geldwert verfügt. Letzterer kann durch den Verkauf des Wirtschaftsguts realisiert werden. Die durch den Erwerb eines nicht in Geld bestehenden Wirtschaftsguts vermittelte finanzielle Leistungsfähigkeit wird daher durch den bei einer Veräußerung unter objektivierten

¹⁰² Zum Beispiel von MEINCKE (Fn. 79), § 10 ErbStG Rn. 32; RAUPACH, DStR 2007, 2037 (2041); HUBER/REIMER, DStR 2007, 2042 (2048).

¹⁰³ Vgl. SCHULTE, FR 2007, 305 (316).

¹⁰⁴ Vgl. CREZELIUS, BB-Special 10/2007, 1 (19); HUBER/REIMER, DStR 2007, 2042 (2048).

¹⁰⁵ Vgl. KROSCHEL/WELLISCH, BB 1999, 2533 (2538).

¹⁰⁶ Vgl. DAUTZENBERG/HEYERES, StuW 1992, 302 (310).

*Bedingungen erzielbaren Preis, mithin durch den gemeinen Wert im Sinne des § 9 Abs. 2 BewG, bemessen.*¹⁰⁷

Wie die Ausführungen des BVerfG verdeutlichen, basiert der gemeine Wert bzw. der Verkehrswert auf einer Veräußerungsfiktion.¹⁰⁸ Der Steuerpflichtige ist daher so zu stellen wie er im Falle einer sofortigen Veräußerung stünde. Im Rahmen einer Veräußerung würden die stillen Reserven aufgedeckt und die finanzielle Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen unmittelbar durch die anfallenden Ertragsteuern gemindert. Es widerspräche dem Charakter der Erbschaft- und Schenkungsteuer als Stichtagsteuer, zugunsten oder zulasten des Steuerpflichtigen spätere Änderungen seines Grenzsteuersatzes zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Berücksichtigung des bis zur tatsächlichen Auflösung der stillen Reserven vergehenden Zeitraums durch eine Abzinsung der Einkommensteuerschuld. Dies würde bedeuten, den Steuerpflichtigen dafür zu bestrafen, dass er das übergegangene Vermögen nicht sofort durch Veräußerung in finanzielle Leistungsfähigkeit umsetzt. Je länger der Steuerpflichtige das ererbte Unternehmen voraussichtlich fortführt, desto höher fielen seine Erbschaftsteuerbelastung aus. Dies wäre gerade im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers, die Unternehmensfortführung zu begünstigen,¹⁰⁹ kontraproduktiv. Zudem müsste nach dieser Logik auch der ermittelte Verkehrswert vom voraussichtlichen Veräußerungszeitpunkt auf den Bewertungsstichtag abgezinst werden, denn erst zu diesem Zeitpunkt realisiert der Steuerpflichtige den Geldwert des Betriebes.

Die hier vorgeschlagene Lösung hätte im Übrigen den Vorteil, mit einem Minimum an Verwaltungsaufwand verbunden zu sein. Die Höhe der am Übertragungstag vorhandenen stillen Reserven kann leicht aus der Gegenüberstellung des ohnehin zu ermittelnden Verkehrswerts des Unternehmens und des bilanziellen Eigenkapitals abgeleitet werden. Zur weiteren Vereinfachung könnte die auf den stillen Reserven lastende latente Einkommensteuerschuld mit einem pauschalen Steuersatz – zum Beispiel 40 % – ermittelt werden. Der so bestimmte Wert wäre abschließend vom Verkehrswert des Unternehmens abzuziehen.

3.6. Bewertung des neuen Bewertungsrechts

Abschließend soll das durch das Erbschaftsteuerreformgesetz geschaffene neue Bewertungsrecht einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

3.6.1. Umsetzung der Vorgaben des BVerfG

Ob sich das neue Bewertungsrecht in der Praxis bewähren wird oder ob Nachbesserungsbedarf besteht, muss sich erst noch erweisen. Viel wird insofern davon abhängen, in welcher Weise die Finanzverwaltung die ihr eröffneten Spielräume bei der Anwendung des neuen Rechts nutzt. Fest steht aber bereits, dass das neue Bewer-

¹⁰⁷ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (575 f.).

¹⁰⁸ Vgl. HEINZ (Fn. 11), 216.

¹⁰⁹ Vgl. BR-Drs. 4/08, 53.

tungsrecht im Großen und Ganzen den vom BVerfG im Erbschaftsteuerbeschluss vom 07. November 2006 aufgestellten Anforderungen genügt.

Die vom BVerfG geforderte Ausrichtung der Unternehmensbewertung am Verkehrswert setzt in erster Linie voraus, dass die Bewertung auf der Grundlage einer Bewertungsmethode erfolgt, die auch im Verkehr bei der Kaufpreisfindung für das konkret zu bewertende Unternehmen zum Einsatz kommen würde. Denn nur dann ist gewährleistet, dass der gefundene Wertansatz zumindest grob den Geldwert widerspiegelt, den der Erbe durch eine Veräußerung des Unternehmens realisieren könnte. Dem trägt das neue Bewertungsrecht Rechnung. Nach § 11 Abs. 2 BewG erfolgt die Unternehmensbewertung grundsätzlich ertragswertbasiert, was der Praxis der Unternehmensbewertung entspricht.¹¹⁰ Gleichzeitig wahrt die Vorschrift die nötige Flexibilität, indem sie auch andere am Markt üblich Bewertungsverfahren zulässt. Die Bewertung eines im Erbgang oder durch Schenkung übertragenen Unternehmens kann somit stets auf der Grundlage einer Bewertungsmethode erfolgen, die für die jeweilige Art von Unternehmen auch für nichtsteuerliche Zwecke üblich ist.

Auch wenn die so ermittelten Werte notwendig mit Unsicherheit behaftet sind, stellt dies die Verfassungsmäßigkeit des neuen Bewertungsrechts nicht in Frage.¹¹¹ Denn mit § 11 Abs. 2 BewG in der Fassung des Erbschaftsteuerreformgesetzes bringt der Gesetzgeber zumindest sein ernsthaftes Bemühen zum Ausdruck, eine Annäherung an den gemeinen Wert zu erzielen. Dies unterscheidet das neue Bewertungsrecht von den Bewertungsmethoden „verlängerte Maßgeblichkeit“ und „Stuttgarter Verfahren“, die von vornherein auf völlig willkürliche Ergebnisse ausgerichtet waren.¹¹² Das BVerfG war sich des Umstandes bewusst, dass sich außerhalb einer konkreten Markttransaktion ein exakter Unternehmenswert nicht bestimmen lässt. Dementsprechend hat es nur eine *Ausrichtung* des Wertansatzes am Verkehrswert gefordert.¹¹³ Allerdings muss verhindert werden, dass sich die Bewertungsunsicherheiten zu Lasten des Steuerpflichtigen auswirken. Zumindes auf Gesetzesebene wird dem dadurch vorgebeugt, dass nach § 11 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BewG die Methode anzuwenden ist, die ein – an einem niedrigen Preis interessierter – Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zu Grunde legen würde. So ist grundsätzlich gewährleistet, dass Schätzunschärfen nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen. In der Praxis wird es insofern entscheidend auf die Handhabung der Vorschrift durch die Finanzverwaltung ankommen, an die nur appelliert werden kann, die gesetzliche Vorgabe ernst zu nehmen und im Zweifel den Unternehmenswert niedrig anzusetzen. Insbesondere dürfen die Anforderungen an die Darlegung der Üblichkeit einer alternativen, zu einem niedrigeren Unternehmenswert führenden Bewertungsmethode durch den Steuerpflichtigen nicht überspannt werden.

¹¹⁰ Siehe oben unter 2.2.

¹¹¹ So auch SEER, GmbHR 2009, 225 (232).

¹¹² Zwar führten diese Verfahren regelmäßig zu einer Unterbewertung gegenüber dem Verkehrswert. Das Ausmaß der Unterbewertung war jedoch höchst unterschiedlich. Vgl. auch PILTZ, Ubg 2009, 13 (22).

¹¹³ Vgl. BVerfG, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

Allerdings darf nicht unerwähnt bleiben, dass dem neuen Bewertungsrecht Verfassungskonformität nur deshalb attestiert werden kann, weil im Gesetzgebungsverfahren im letzten Moment auf eine verbindliche Festlegung des Kapitalisierungszinssatzes für alle ertragswertbasierten Bewertungsverfahren verzichtet wurde. Eine entsprechende Regelung war im Regierungsentwurf in § 11 Abs. 2 S. 4 BewG¹¹⁴ i. V.m. § 5 Abs. 4 AntBV BewV¹¹⁵ vorgesehen. Dies hätte zu völlig willkürlichen Unternehmenswerten geführt. Der Kapitalisierungszinssatz hat die Funktion, eine Anlagealternative abzubilden.¹¹⁶ Dies setzt in erster Linie Risikoäquivalenz voraus. In der Praxis wird der Kapitalisierungszinssatz deshalb ermittelt, indem der Zinssatz für eine risikolose Kapitalanlage um einen unternehmensindividuellen Risikozuschlag erhöht wird.¹¹⁷ Wenn – wie dies ursprünglich geplant war – der im vereinfachten Ertragswertverfahren nach den § 199 ff. BewG anzuwendende einheitliche Risikozuschlag von 4,5 % für allgemeinverbindlich erklärt worden wäre, so hätte dies bedeutet, dass jedes Unternehmen bezüglich des Risikos gleich behandelt worden wäre. Dass eine solche Regelung nicht sachgerecht sein kann, ist offensichtlich.¹¹⁸ Für jedes Unternehmen ergibt sich in Abhängigkeit von einer Fülle unterschiedlicher Faktoren ein unternehmensspezifisches Risikoprofil. Als ein zentrales Kriterium sei nur auf die Branchenzugehörigkeit verwiesen. Es leuchtet unmittelbar ein, dass beispielsweise ein „Biotech-Startup“ ein höheres branchenspezifisches Unternehmensrisiko aufweist als ein Energieversorgungsunternehmen. Daher ist in der Praxis die unternehmensindividuelle Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes ein Schwerpunkt der Unternehmensbewertung.¹¹⁹

Zwar kann Unsicherheit hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung eines Unternehmens auch durch eine vorsichtiger Prognose der zukünftigen Erträge berücksichtigt werden. Dies entspricht jedoch nicht dem IDW-Standard IDW S 1, wonach das gesamte Risiko über den Risikozuschlag bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes ausgedrückt werden soll.¹²⁰ Zudem blieb für die Berücksichtigung des Risikos bei der Ertragsprognose nach dem Wortlaut der Begründung zum Entwurf der AntBV BewV streng genommen kein Raum. Durch den Zuschlag von 4,5 % sollte das Unternehmerrisiko nämlich pauschal abgegolten werden.¹²¹ Es hätte demzufolge nicht nochmals bei der Ermittlung der zukünftig nachhaltig erzielbaren Erträge berücksichtigt werden können. Wendet man ein Ertragswertverfahren mit

¹¹⁴ BR-Drs. 4/08, 18, 62.

¹¹⁵ § 5 Abs. 4 AntBV BewV lautet: „Der Kapitalisierungsfaktor ist für alle Verfahren anzuwenden, bei denen der gemeine Wert nach § 11 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten zu bewerten ist. Er ist für alle Verfahren anzuwenden, bei denen der gemeine Wert nach § 11 Abs. 2 Satz 2 des Bewertungsgesetzes unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten zu bewerten ist.“.

¹¹⁶ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 283.

¹¹⁷ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 294.

¹¹⁸ Kritisch beispielsweise auch HANNES/ONDERKA, ZEV 2008, 173 (177); KOHL/SCHILLING, StuB 2008, 909 (917); CREUTZMANN, DB 2008, 2784 (2789).

¹¹⁹ Vgl. PILTZ, Ubg 2009, 13 (20).

¹²⁰ Vgl. WAGNER (Fn. 24), Rn. 185.

¹²¹ Vgl. Begründung zum Diskussionsentwurf der AntBV BewV (Fn. 47), 8.

einem fixen Kapitalisierungszinssatz mechanisch an, so kann dies leicht zu absurd hohen Unternehmenswerten führen, die nichts mit dem Verkehrswert zu tun haben. Zwar sollten auch andere Bewertungsverfahren zugelassen werden, wenn die Ertragswertmethode für das jeweilige Unternehmen nicht geeignet oder am jeweiligen Markt unüblich ist. Dies hätte aber in den Fällen nicht weitergeholfen, in denen das Ertragswertverfahren zwar an sich die richtige Bewertungsmethode ist, aber ein viel höherer Risikozuschlag erforderlich wäre.

Beispiel:

X betreibt ein Ingenieurbüro und erzielte in den vergangenen drei Jahren ein nach § 202 BewG bereinigtes Betriebsergebnis von jährlich 900.000 €. Der Großteil des Umsatzes und Gewinns resultiert aus Aufträgen des mittelständischen Autozulieferers Y. Im Alter von 65 Jahren geht X in Rente und überträgt das Einzelunternehmen unentgeltlich an seinen Sohn Z, der es fortführt. Zwei Jahre später wird Y insolvent. Der nachhaltig zu erzielenden Jahresüberschuss sinkt dadurch auf 100.000 €.

Da die Erlöse des Unternehmens im Wesentlichen aus einer einzigen Quelle herrühren, die jederzeit versiegen kann, ist ein Risikozuschlag von 4,5 % offensichtlich unangemessen gering. Bei einem Kapitalisierungszinssatz von 9 % würde sich ein Unternehmenswert von 10.000.000 € ergeben, der am Markt niemals zu realisieren wäre. Der spätere Gewinnrückgang könnte wegen des Stichtagsprinzips nicht berücksichtigt werden.

Das Beispiel macht deutlich, dass es eine verkehrswertnahe und Bewertung über ein Ertragswertverfahren mit festem Kapitalisierungszinssatz nicht zu gewährleisten ist.¹²² Zwar kann im Rahmen der Erbschaftsbesteuerung nicht in die Zukunft geschaut werden. Dass die Vertragsbeziehung vorliegend relative kurze Zeit nach der Unternehmensübertragung beendet wurde, kann daher nicht berücksichtigt werden. Allerdings würde ein Erwerber des Unternehmens der extremen Abhängigkeit von nur einem Kunden durch einen hohen Risikozuschlag bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes Rechnung tragen. Genau dies sollte aber ausgeschlossen sein. Die sich daraus ergebenden Bewertungsunterschiede sind enorm. Legt man im Beispiel der Bewertung einen realistischeren Zinssatz von 30 % zu Grunde, so sinkt der Unternehmenswert von 10 Millionen Euro auf 3 Millionen Euro.

Eine typisierende Festlegung eines Kapitalisierungszinssatzes ist folglich nur dann akzeptabel, wenn der Steuerpflichtige auch insoweit die Möglichkeit hat, die Notwendigkeit der Anwendung eines abweichenden, höheren Zinssatzes zu begründen. Wäre es bei der verbindlichen Festlegung des Kapitalisierungszinssatzes geblieben, wäre die nächste Entscheidung des BVerfG zur Bewertungsproblematik im Rahmen der Erbschaft- und Schenkungsteuer vorprogrammiert gewesen.

¹²² Vgl. auch SCHULTE/BIRNBAUM/HINKERS, BB 2009, 300 (301).

3.6.2. Vermeidung der systemwidrigen Doppelbelastung?

Lange Zeit sah es danach aus, als ob die Doppelbelastungsproblematik im Zuge der Erbschaftsteuerreform gänzlich unberücksichtigt bleiben würde. Erst der Bundesrat hat sich dieser Frage angenommen und in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Erbschaftsteuerreformgesetzes vom 15. Februar 2008 die Schaffung einer Regelung zur Vermeidung der Doppelbelastung angeregt.¹²³ Danach ist in dieser Frage lange Zeit nichts passiert. Erst in letzter Minute wurde mit § 35b EStG doch noch eine Regelung in das Erbschaftsteuerreformgesetz aufgenommen, die im wirtschaftlichen Ergebnis darauf abzielt, die Doppelbelastung durch eine Anrechnung der übermäßigen Erbschaftsteuer auf die spätere Einkommensteuer auszugleichen. Der Zeitmangel ist wahrscheinlich auch für den Mangel an gesetzgeberischer Kreativität verantwortlich, der in diesem Schritt zum Ausdruck kommt. Denn mit § 35b EStG wird Wort für Wort eine Regelung wieder eingeführt, die früher in § 35 EStG enthalten war.

§ 35 EStG a.F. war durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 mit Wirkung zum 01. Januar 1999 aufgehoben worden. Gerechtfertigt wurde dieser Schritt ausschließlich mit dem Gesichtspunkt der Steuervereinfachung. Interessanter Weise räumt die Gesetzesbegründung ausdrücklich ein, dass es infolgedessen zu einer Verschärfung der „dem Leistungsfähigkeitsprinzip widersprechende[n] Doppelbelastung von Einkünften mit Einkommen- und Erbschaftsteuer“ kommt.¹²⁴ Allerdings kann nicht geäußert werden, dass sich der historische Gesetzgeber mit der Abschaffung der Vorschrift tatsächlich um die Rechtsvereinfachung verdient gemacht hatte. Ihr Wortlaut ist äußerst sperrig und bei erster unvoreingenommener Lektüre nur schwer verständlich.

Lässt man unnötige Verkomplizierungen beiseite und führt die Vorschrift auf ihren Kerngedanken zurück, so besagt sie, dass die Einkommensteuer auf Einkünfte, die der Erbschaftsteuer unterlegen haben, prozentual um die durchschnittliche effektive Erbschaftsteuerbelastung gemindert wird.¹²⁵

Beispiel:

*Stark vereinfacht*¹²⁶ bedeutet die Anwendung des § 35b EStG im Hinblick auf das obige Beispiel der Honorarforderung Folgendes: Der Erbe muss zunächst 1.000 € Erbschaftsteuer auf die ererbte Forderung in Höhe von 10.000 € zahlen. Sobald er die Forderung einzieht, müsste er hierauf eigentlich Einkommensteuer in Höhe von 4.000 € zahlen. Diese Steuerlast wird jedoch gemäß § 35b

¹²³ Stellungnahme des Bundesrates Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (Erbschaftsteuerreformgesetz - ErbStRG), BR-Drs. 4/08 (B), 16.

¹²⁴ BT-Drs. 14/23, 183.

¹²⁵ Vgl. HECHTNER, BB 2009, 486 (487). Zur Ermittlung des Prozentsatzes wird die festgesetzte Erbschaftsteuer ins Verhältnis gesetzt zur um die erbschaftsteuerlichen Freibeträge erhöhten Erbschaftsteuerbemessungsgrundlage. Vgl. dazu auch das Beispiel bei SCHULTE/BIRNBAUM/HINKERS, BB 2009, 300 (305 f.).

¹²⁶ Für eine ausführliche Darstellung der Funktionsweise des § 35b EStG mit zahlreichen Beispielen vgl. HECHTNER, BB 2009, 486 (487 ff.)

EStG um die prozentual Erbschaftsteuerbelastung des unentgeltlichen Erwerbs, also 10 %, reduziert und beträgt daher nur 3.600 €. Netto verbleiben dem Erben somit 5.400 €, was exakt dem Wert entspricht, der sich ergeben hätte, wenn noch der Erblasser die Forderung eingezogen und versteuert hätte.

Als Antwort auf die Doppelbelastungsproblematik bei der unentgeltlichen Übertragung von zum Verkehrswert bewerteten Unternehmen oder Unternehmensanteilen ist die Vorschrift aus zwei Gründen ungeeignet. Erstens ist ihr sachlicher Anwendungsbereich zu eng: § 35b EStG erfasst nur Erwerbe von Todes wegen, nicht hingegen Schenkungen. Zweitens greift auch ihr zeitlicher Anwendungsbereich zu kurz: Die prozentuale Reduzierung der Einkommensteuer wird nur gewährt, wenn der Erbfall im Veranlagungszeitraum der Einkommensbesteuerung oder in den vorangegangenen vier Veranlagungszeiträumen erfolgt ist.¹²⁷ Daraus ergibt sich, dass die Vorschrift zwar einigermaßen dazu geeignet ist, die Doppelbelastungsproblematik im Fall der unentgeltlichen Übertragung der Honorarforderung des Freiberuflers zu lösen. Denn bei diesen Fällen handelt es sich um Erwerbe von Todes wegen und zudem zieht der Erbe die Forderung in der Regel zeitnah nach dem Erbfall ein. Demgegenüber erfolgt eine unentgeltliche Unternehmensübertragung – wegen der besseren Planbarkeit – oftmals noch zu Lebzeiten des Übergebers im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Und gerade im Fall der Unternehmensfortführung, den die Politik nach eigenem Bekunden begünstigen will, liegen zwischen der Übertragung und der Realisierung der stillen Reserven durch den Erwerber häufig mehr als fünf Jahre. Bei der Übertragung von in Betriebsvermögen gebundenen stillen Reserven muss daher in wesentlich längeren Zeiträumen gedacht werden. Das Mindeste wäre es insofern gewesen, den zeitlichen Anwendungsbereich des § 35b EStG mit der sieben bzw. zehnjährigen Haltefrist abzustimmen, die ein Unternehmenserbe erfüllen muss, um in den Genuss der Steuerbegünstigung bzw. -befreiung nach § 13a ErbStG zu kommen.

Vorzugswürdig wäre es jedoch in jedem Fall, wie oben dargestellt, die Doppelbelastungsproblematik durch den Abzug der latenten Einkommensteuerlast von der Bemessungsgrundlage der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer zu lösen.

3.7. Zusammenfassung

Die vom BVerfG geforderte verkehrswertnahe Bewertung von Unternehmen für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsbesteuerung ist entgegen in der Literatur geäußelter Bedenken nicht generell unpraktikabel. Aus rein erbschaft- und schenkungsteuerlicher Perspektive ist der einheitliche Ansatz aller Vermögensarten zu Verkehrswerten sowohl im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG als auch aus steuersystematischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen. Allerdings führt eine verkehrswertnahe Bewertung von Betriebsvermögen zu Problemen im Zusammenspiel von Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer.

¹²⁷ Kritisch bezüglich des eingeschränkten Anwendungsbereichs des § 35b EStG beispielsweise auch THONEMANN, DB 2008, 2616 (2629); CREZELIUS, ZEV 2009, 1 (3); SEER, GmbHR 2009, 225 (236 f.); HECHTNER, BB 2009, 486 (487); HERZIG/JOISTEN/VOSSEL, DB 2009, 584 ff.

Die Neuregelung des Bewertungsrechts durch das Erbschaftsteuerreformgesetz gewährleistet grundsätzlich eine verkehrswertnahe Unternehmensbewertung entsprechend den Vorgaben des BVerfG. Das höchst problematische Vorhaben, den bei der Unternehmensbewertung anzuwendenden Kapitalisierungszinssatz verbindlich vorzuschreiben, wurde fallen gelassen. Im Hinblick auf die sich aus der verkehrswertnahen Bewertung ergebende Gefahr einer systemwidrigen Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer erweist sich die durch das Erbschaftsteuerreformgesetz (wieder) eingeführte Regelung des § 35b EStG jedoch als völlig unbefriedigend. Hier besteht Nachbesserungsbedarf. *De lege ferenda* sollte die Doppelbelastungsproblematik durch eine Anrechnung der latenten Einkommensteuerschuld auf die erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Bemessungsrundlage gelöst werden.

Literaturverzeichnis

- BEHRINGER, STEFAN: Unsicherheit und Unternehmensbewertung, DStR 1999, S. 731 ff.
- BIRNBAUM, MATHIAS: Leistungsfähigkeitsprinzip und ErbStG, Berlin 2007.
- CREUTZMANN, ANDREAS: Unternehmensbewertung im Steuerrecht – Neuregelungen des Bewertungsgesetzes ab dem 1.1.2009, DB 2008, S. 2784 ff.
- CREZELIUS, GEORG: Die Entwicklung des Erbschaftsteuerrechts in den letzten 100 Jahren, FR 2007, S. 613 ff.
- DERS.: Mehrfachbelastungen mit Erbschaftsteuer und Ertragsteuern nach der Entscheidung des BVerfG vom 7.11.2006, BB-Special 2007, Nr 10, S. 1 ff.
- DERS.: Das neue Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im Rechtssystem, ZEV 2009, S. 1 ff.
- DAUTZENBERG, NORBERT/HEYERES, RALF: Doppelbelastung mit Erbschaftsteuer und Einkommensteuer vor und nach Einführung der verlängerten Maßgeblichkeit, StuW 1992, S. 302 ff.
- GOUTIER, KLAUS: Erbschaftsteuerreform: Mittelständler packt die Koffer!, ZSteu 2008, S. 422 ff.
- HANNES, FRANK/ONDERKA, WOLFGANG: Die Bewertung von Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften nach der „AntBVBewV“, ZEV 2008, S. 173 ff.
- HECHTNER, FRANK: Neuregelung des § 35b EStG durch das ErbStRG – Ermittlung der Steuerermäßigung und ökonomische Belastungsanalyse, BB 2009, S. 486 ff.
- HEINZ, CARSTEN: Vermögensübergänge im Spannungsfeld von Erbschaftsteuer und Einkommensteuer: Ansätze einer systemkonformen Ausgestaltung der Besteuerung im Erb- oder Schenkungsfall, Aachen 2003.
- HERZIG, NORBERT: Verlängerte Maßgeblichkeit und Bilanzpolitik, DB 1992, S. 1053 ff.
- HERZIG, NORBERT/JOISTEN, CHRISTIAN/VOSSSEL, STEPHAN: Die Vermeidung der Doppelbelastung mit ESt und ErbSt nach Einführung des § 35b EStG, DB 2009, S. 584 ff.
- HOFMANN, UWE: Nachfolgeplanung in mittelständischen Unternehmen – Zivil- und steuerrechtliche Rahmenbedingungen, Probleme und Lösungsansätze, Dissertation Universität Bayreuth 1995.
- HUBER, MATTHIAS/REIMER, EKKEHART: Mängel bei der Abstimmung von Erbschaftsteuer und Ertragsteuern, DStR 2007, S. 2042 ff.
- HÜBNER, HEINRICH: Die „Erleichterung“ der Unternehmensnachfolge nach der Entscheidung des BVerfG, DStR 2007, S. 1013 ff.
- IDW INSTITUT D. WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND E.V. (Hrsg.): WP Handbuch 2008: Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Band II, 13. Auflage 2007 (zitiert: BEARBEITER, in: WP Handbuch 2008, Bd. II)
- KOHL, THORSTEN/SCHILLING, DIRK: Die Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts im Lichte des IDW S 1 i.d.F. 2008, StuB 2008, S 909 ff.
- KÜHNOLD, JÖRG: Erbschaftsteuer-Reform: Verkehrswerte auch in Deutschland notwendig und möglich, DStZ 2007, S. 591 ff.

- KUßMAUL, HEINZ/PFIRMANN, ARMIN/HELL, CHRISTOPH/MEYERING, STEPHAN: Die Bewertung von Unternehmensvermögen nach dem ErbStRG und Unternehmensbewertung: Eine Analyse des Gesetzentwurfs aus der Sicht der Beratungspraxis, BB 2008, S. 472 ff.
- KROSCHEL, JÖRG/WELLISCH, DIETMAR: Steuersystematische Überlegungen zu § 35 EStG, BB 1999, S.2533 ff.
- LANG, JOACHIM: Das verfassungsrechtliche Scheitern der Erbschaft- und Schenkungsteuer, StuW 2008, S. 189 ff.
- MANNEK, WILFRIED: Diskussionsentwurf für eine Anteils- und Betriebsvermögensbewertungsverordnung – AntBVVBewV, DB 2008, S. 423 ff.
- MEINCKE, JENS PETER: ErbStG. Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. Kommentar, 14. Auflage, München 2004.
- MELLINGHOFF, RUDOLF: Das Verhältnis der Erbschaftsteuer zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, in: BIRK (Hrsg.), Steuern auf Erbschaft und Vermögen, DStJG Bd. 22, 1999, S. 127 ff.
- PETRAK, LARS: Die Regelungskonzeption des § 11 Abs. 2 BewG-E und das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes, WPg 2008, S. 1032 ff.
- PILTZ, DETLEV J.: Unternehmensbewertung im neuen Erbschaftsteuerrecht, DStR 2008, S. 745 ff.
- DERS.: Der gemeine Wert von Unternehmen und Anteilen im neuen ErbStG, Ubg 2009, S. 13 ff.
- RAUPACH, ARNDT: Der Verkehrswert als alleiniger Bewertungsmaßstab für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer: Der Ertragswert ist tot, es lebe der Ertragswert, DStR 2007, 2037 ff.
- RID, MAX: Stuttgarter Verfahren und Anteile ohne Einfluß auf die Geschäftsführung, DStR 1997, S. 858 f.
- RÖDDER, THOMAS: Der Einfluß der Erbschaftsteuer auf die Rechtsformwahl mittelständischer Familienunternehmen: Analyse unter besonderer Berücksichtigung der substanzsteuerlichen Änderungen zum 1.1.1993, DB 1993, S. 2137 ff.
- RÖDER, ERIK: Teilentgeltliche Vermögensübertragungen nach der Erbschaftsteuer-Entscheidung des BVerfG, ZEV 2007, S. 505 ff.
- ROHDE, ANDREAS/GEMEINHARDT, GEREON: Bewertung von Betriebsvermögen nach der Erbschaftsteuerreform 2009, StuB 2009, S. 167 ff.
- ROSENBAUM, DIRK: Beratung und Unternehmensbewertung bei Unternehmenstransfers, DB 1999, S. 1613 ff.
- SCHULTE, WILFRIED: Ist die Erbschaftsteuer reformierbar? Die Problematik der Besteuerung der Unternehmensnachfolge, FR 2007, S. 309 ff.
- SCHULTE, WILFRIED/BIRNBAUM, MATHIAS/HINKERS, JOSEF: Unternehmensvermögen im neuen Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht – Zweifelsfragen und Gestaltungsansätze, BB 2009, S. 300 ff.
- SEER, ROMAN: Das Betriebsvermögen im Erbschaftsteuerrecht, in: BIRK (Hrsg.), Steuern auf Erbschaft und Vermögen, DStJG Bd. 22, 1999, S. 191 ff.
- DERS.: Der Beschluss des BVerfG zur Erbschaftsteuer vom 7.11.2006 - Analyse und Ausblick, ZEV 2007, S. 101 ff.
- DERS.: Die Erbschaft- und Schenkungsteuer im System der Besteuerung nach der Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit – Zugleich kritische Würdigung des Erbschaftsteuerreformgesetzes v. 24.12.2008, GmbHR 2009, S. 225 ff.
- SIGLOCH, JOCHEN: Rechnungslegung – Jahresabschluss nach Handels- und Steuerrecht und internationalen Standards, 5. Auflage, Bayreuth 2007.
- SÖFFING, MATTHIAS: Besteuerung des Unternehmensvermögens nach dem Erbschaftsteuerreformgesetz: ErbStRG i.d.F. der Beschlussfassung des Bundestages vom 27.11.2008, DStZ 2008, S. 867 ff.
- SPIEGELBERGER, SEBASTIAN: Der Erbschaftsteuerbeschluss des BVerfG vom 7.11.2006: Eine kritische Würdigung, Stbg 2007, S. 305 ff.
- THONEMANN, SUSANNE: Erbschaftsteuerreform – Änderungsantrag der Regierungsfractionen: Neuerungen zum Regierungsentwurf vom 28.1.2008 und Konsequenzen, DB 2008, S. 2616 ff.
- WIEGAND, STEFFEN: Die Neuregelung des erbschaftsteuerlichen Bewertungsrechts auf der Grundlage der künftigen Bewertungsverordnungen, ZEV 2008, S. 129 ff.

Page laissée blanche intentionnellement

4. Was folgt aus den EuGH-Urteilen in den Rs. *Cartesio* und *SEVIC* für die grenzüberschreitende Verschmelzung und das SE-Statut?

Clemens Philipp Schindler*

Abstract

*Sowohl die grenzüberschreitende Sitzverlegung¹ als auch die grenzüberschreitende Verschmelzung² sind zuletzt (wieder) stark in den Blickpunkt geraten. Binnen weniger Jahre haben sowohl der Gemeinschaftsgesetzgeber als auch der EuGH Anlass gegeben, sich mit dieser Thematik – sowohl aus gesellschafts- als auch aus steuerrechtlicher Sicht – zu befassen. Die Spannbreite der damit zusammenhängenden Rechtsfragen ist derart groß, dass eine vollständige Behandlung an dieser Stelle unterbleiben muss. Dieser Beitrag widmet sich der jüngeren gesellschaftsrechtlichen EuGH-Rechtsprechung in den Rs. *CARTESIO* und *SEVIC*.*

4.1. Einleitung	102
4.2. Rechtssache SEVIC	105
4.2.1. Der Anlassfall	105
4.2.2. Die Schlussanträge des Generalanwalts	106
4.2.2.1 Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit	106
4.2.2.2 Prüfung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit	108
4.2.3. Das Urteil des EuGH	113
4.3. Rechtssache Cartesio	115
4.3.1. Der Anlassfall	115
4.3.2. Die Schlussanträge des Generalanwalts	116
4.3.2.1. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit	116
4.3.2.2. Prüfung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit	117
4.3.3. Das Urteil des EuGH	119
4.4. Was die Rs. SEVIC und Cartesio für die Herausverschmelzung bedeuten	121
4.5. Was die Rechtssache Cartesio für Art. 7 und 64 SE-VO bedeutet	124
4.6. Zusammenfassung	125
Literatur	126

* RA/StB MMag. Dr. Clemens Philipp SCHINDLER, LL.M., ist Partner bei WOLF THEISS Rechtsanwältinnen GmbH in Wien. Der Verfasser dankt Frau Mag. Eva Strunz für die Überarbeitung des Fußnotenapparates und kritische Durchsicht des Beitrags.

¹ Vgl. stellvertretend LEIBLE, ZGR 2004, 531 ff.

² Vgl. stellvertretend KALLMEYER/KAPPES, AG 2006, 224 ff.; KOPPENSTEINER, Der Konzern 2006, 40 ff.; KRAUSE/KULPA, ZHR 171 (2007) 38 ff.; SCHINDLER, in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008) 205 ff.

4.1. Einleitung

Fragen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften sind seit jeher ein ebenso zentraler wie umstrittener Bereich des Gemeinschaftsrechts. Nach den EuGH-Entscheidungen *Daily Mail*³, *Centros*⁴, *Überseering*⁵ und *Inspire Art*⁶ betreffend die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes bzw. die Errichtung von (Zweig-)Niederlassungen nationaler Kapitalgesellschaften⁷, hatte der EuGH in der Rs. *Cartesio* erneut Gelegenheit, über einen Sachverhalt zum Themenbereich „Sitzverlegung“ abzusprechen. Wie schon bei der Rs. *Daily Mail*⁸ handelte es sich um einen Wegzugsfall⁹. Nach den Urteilen in den Rs. *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art*, ferner jenem in der Rs. *SEVIC* (dazu sogleich), hat der EuGH in der Rs. *Cartesio* – für viele überraschend¹⁰ und entgegen den Schlussanträgen von Generalanwalt *MADURO*¹¹ – zulasten der betroffenen Gesellschaft entschieden, der ein „Wegzug“ somit verwehrt wurde¹².

³ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483.

⁴ EuGH v. 9.3.1999, Rs. 212/97, Slg. 1999, I-1459.

⁵ EuGH v. 5.11.2002, Rs. 208/00, Slg. 2002, I-9919.

⁶ EuGH v. 30.9.2003, Rs. 167/01, Slg. 2003, I-10155.

⁷ Das Schrifttum zu den in Fn. 3 bis 6 genannten EuGH-Entscheidungen ist derart umfangreich, dass jegliche Auswahl durch Unvollständigkeit geprägt wäre. Der Verfasser verweist daher stellvertretend auf drei Sammelbände und deren Literaturverzeichnisse: AIGNER/KOFLER/TUMPEL, *Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht* (2004); HIRTE/BÜCKER (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Gesellschaften* (2005); EIDENMÜLLER (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht* (2004).

⁸ Es ging wie in der Rs. *Daily Mail* um die (Hinaus)Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat (vgl. etwa LEIBLE/HOFMANN, BB 2009, 58 (58); unzutreffend GROHMANN/GRUSCHINSKE, EuZW 2008, 463, die von einer „*bislang noch ungeklärte[n] Frage*“ sprechen).

⁹ Nur hingewiesen sei an dieser Stelle auf steuerrechtliche Rechtsprechung zum Wegzug (allerdings betreffend natürliche Personen): EuGH v. 11.3.2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409; vgl. dazu etwa ISMER/REIMER/RUST, EWS 2004, 207 ff.; KOFLER, ÖStZ 2004, 195 ff.; SCHINDLER, IStR 2004, 300 ff.; DERS., GeS 2004, 184 ff.; SCHNITGER, BB 2004, 804 ff.; WASSERMAYER, GmbHR 2004, 613 ff.; ferner EuGH v. 7.9.2006, Rs. C-470/04, Slg. 2006, I-7409.

¹⁰ Vgl. z.B. TEICHMANN, EWiR 2008, 397 (398).

¹¹ Schlussanträge Generalanwalt MADURO v. 22.5.2008, C-210/06, Slg. 2008, I-0000; abgedruckt in: ZIP 2008, 1067 ff. mit Anm. RINGE. Vgl. weiters die Beiträge von BEHME/NOHLEN, NZG 2008, 496 ff.; GROHMANN/GRUSCHINSKE, EuZW 2008, 463 f.; RAUTER, JAP 2008/2009, 51 ff.; RICHTER, IStR 2008, 719 ff.; TEICHMANN, EWiR 2008, 397 f.; WENIG, EWS 2008, 264 ff.; WILHELMI, DB 2008, 1611 ff.

¹² EuGH v. 16.12.2008, C-210/06, Slg. 2008, I-00000; abgedruckt in: BB 2009, 11 ff. mit Anm. BEHME/NOHLEN = DStR 2009, 121 ff. mit Anm. GOETTE = GmbHG 2009, 96 ff. mit Anm. MEILICKE = ZIP 2009, 24 ff. mit Anm. KNOF/MOCK. Vgl. weiters die Beiträge von AIGNER, SWI 2009, 76 ff.; BOLLACHER, RIW 2009, 150 ff.; BRAKALOVA/BARTH, DB 2009, 213 ff.; M. DORALT, RdW 2009, 255 ff.; FROBENIUS, DStR 2009, 487 ff.; KINDLER, NZG 2009, 130 ff.; LEIBLE/HOFFMANN, BB 2009, 58 ff.; PAEFGEN, WM 2009, 529 ff.; RATKA/RAUTER, wbl 2009, 62 ff.; RICHTER, IStR 2009, 64 ff.; RUHMS/TOMS, GeS 2009, 2 ff.; SETHE/WINZER, WM 2009, 536 ff.; SCHULZ/SCHRÖDER, EWiR 2009, 141 f.; TEICHMANN, ZIP 2009, 393 ff.; WERDNIK, RWZ 2009, 70 ff.; WERNER, GmbHR 2009, 191 ff.; ZIMMER, NJW 2009, 545 ff.

Die Rs. *SEVIC* gab dem EuGH erstmals Gelegenheit über die Zulässigkeit einer Verschmelzung über die Grenze abzusprechen, die er – wie schon Generalanwalt *TIZZANO*¹³ – für gemeinschaftsrechtlich geboten hält¹⁴ (sowohl in Deutschland¹⁵ als auch in Österreich¹⁶ war die Rechtslage davor umstritten¹⁷, wengleich aus beiden

¹³ Schlussanträge Generalanwalt *TIZZANO* v. 7.7.2005, C-411/03, Slg. 2005, I-10805; abgedruckt in: DB 2005, 1510 ff. = ZIP 2005, 1227 ff. Vgl. dazu die Beiträge von *DRYGALA*, ZIP 2005, 1995 ff.; *GEYRHALTER/WEBER*, NZG 2005, 837 f.; *KNAPP*, DNotZ 2005, 723 ff.; *KUNTZ*, EuZW 2005, 524 ff.; *KOHLHAUSER/HUPFER*, SWI 2005, 474 ff.; *SCHINDLER*, ÖStZ 2005, 467 ff.; *SINEWE*, DB 2005, 2061 f.; *WACHTER*, EWIR 2005, 581 f.

¹⁴ EuGH v. 13.12.2005, C-411/03, Slg. 2005, I-10805; abgedruckt in: DB 2005, 2804 ff. mit Anm. *RINGE* = GmbHR 2006, 140 ff. mit Anm. *HARITZ* = BB 2006, 11 ff. mit Anm. *SCHMIDT/MAUL* = ISR 2006, 32 ff. mit Anm. *BEUL* = EuZW 2006, 81 ff. mit Anm. *GOTTSCHALK* = RIW 2006, 140 ff. mit Anm. *PAAL*. Vgl. weiters die Beiträge von *BAYER/SCHMIDT*, ZIP 2006, 210 ff.; *BEHRENS*, EuZW 2006, 65; *BUNGERT*, BB 2006, 53 ff.; *M. DORALT*, IPRax 2006, 572 ff.; *DRYGALA*, EWIR 2006, 25 f.; *GIESSEN*, ISr 2006, 224 ff.; *HUEMER*, RWZ 33 ff. (Teil I) und 65 ff. (Teil II); *KAPPES*, NZG 2006, 101 ff.; *KIENINGER*, EWS 2006, 49 ff.; *KUNTZ*, ISr 2006, 224 ff.; *LEIBLE/HOFFMANN*, RIW 2006, 161 ff.; *LUTTER/DRYGALA*, JZ 2006, 770 ff.; *MELICKE/RABBACK*, GmbHR 2006, 123 ff.; *OECHSLER*, NJW 2006, 812 ff.; *RIEDER*, GeS 2006, 1 ff.; *SCHINDLER*, ECFR 2006, 109 ff.; *SEDEMUND*, BB 2006, 519 ff.; *SIEMS*, EuZW 2006, 135 ff.; *TEICHMANN*, ZIP 2006, 355.

¹⁵ Vgl. etwa – unter Berücksichtigung der vorerwähnten EuGH-Entscheidungen – *LUTTER/DRYGALA*, in: *LUTTER* (Hrsg.), UmwG I³ (2004), § 1 Rz. 5 ff. (alte Auflage); *PAEFGEN*, GmbHR 2004, 463 ff. m.w.N. Aus dem früheren Schrifttum vgl. *KLOSTER*, Grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse (2004); *LENNERZ*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften (2001). Zuletzt auch *DRINHAUSEN/GESELL*, BB-Special 8 (Beilage zu Heft 44/2006), 3 ff., die den aktuellen Streitstand umfassend darstellen.

¹⁶ Vgl. statt vieler *SEITZ*, in: *HELBICH/WIESNER/BRUCKNER* (Hrsg.), Handbuch Umgründungen (1. Lieferung 2002), Q1 m.w.N. Für die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung argumentierten im früheren Schrifttum insbesondere *HARRER*, GesRZ 1995, 141 ff.; *KALSS*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997), § 219 AktG Rz. 5; *KOPPENSTEINER*, GmbH² (1999), § 96 Rz. 5. Die erstgenannte Kommentierung v. *SEITZ* wurde durch *FIDA* umfassend aktualisiert (5. Lieferung 2005), für eine Darstellung der ursprünglichen Rechtslage bleibt der Verweis auf *SEITZ* aber weiterhin aufrecht. Ferner erklärte der österreichische OGH die – einer grenzüberschreitenden Verschmelzung weitgehend vergleichbare – verschmelzende Umwandlung über die Grenze für zulässig: OGH 20.3.2003, 6 Ob 283/02i; abgedruckt in *ecolex* 2003, 689 ff. mit Anm. *G. NOWONTY* = GeS 2003, 246 f. mit Anm. *BIRKNER* = GesRZ 2003, 161 ff. mit Anm. *BITTNER*. Vgl. auch die Anm. *HIRTE/MOCK*, EWIR 2003, 595 f. Vgl. weiters die Beiträge von *BITTNER*, SWK 2003, W 113 f.; *M. DORALT*, NZG 2004, 396 ff.; *DIES.*, GesRZ 2004, 26 ff.; *HASENAUER*, GeS 2003, 357 ff.; *PAEFGEN*, IPRax 2004, 132 ff.; *RÜFLER*, GesRZ 2004, 3 ff.; *WENGER*, RWZ 2003, 205 f.; *ZEHENTER/GRÖSS*, *ecolex* 2003, 683 ff. Entgegen *N. VAVROVSKY*, *ecolex* 2006, 952 (952 mit Fn. 9), betrifft die OGH-Entscheidung 6 Ob 283/02i keine Verschmelzung im eigentlichen Sinne, sondern eine – in dieser Form im österreichischen Recht inzwischen nicht mehr vorgesehene (vgl. § 2 Abs. 1 öUmwG i.d.F. BGBI I 2007/72; die von *DORALT*, RdW 2009, 255 (257), referierte Umwandlungsmöglichkeit auf eine ausländische Aktiengesellschaft steht daher nicht mehr zur Verfügung) – verschmelzende Umwandlung auf den Hauptgesellschafter nach den Bestimmungen des österreichischen Umwandlungsgesetzes.

¹⁷ Für eine zusammenfassende Darstellung siehe *KEPPLINGER*, wbl 2000, 485 ff. m.w.N.

Mitgliedstaaten Einzelfälle bekannt sind, in denen nationale Gerichte grenzüberschreitende Verschmelzungen anerkannt und in das Register eingetragen haben¹⁸. Da die Rs. *SEVIC* eine Hereinverschmelzung betraf, war weiterhin die Zulässigkeit der Herausverschmelzung umstritten; dennoch sind Praxisfälle bekannt, in denen nationale Gerichte auf Grundlage der *SEVIC*-Rechtsprechung grenzüberschreitende Verschmelzungen eingetragen haben¹⁹. Eine Herausverschmelzung hatte der EuGH bislang zwar nicht zu entscheiden, doch äußerte er sich in der Rs. *Cartesio obiter* zu „Herausumwandlungen“.

Auch auf sekundärrechtlicher Ebene existiert – abgesehen von der supranationalen Rechtsform der SE²⁰ – ein entsprechendes gesellschaftsrechtliches Regelwerk nur zur grenzüberschreitenden Verschmelzung²¹, indessen nicht zur grenzüber-

¹⁸ Vgl. DORR/STUCKENBORG, DB 2003, 647 ff. (von Italien/Frankreich nach Deutschland); ECKERT, *ecolex* 2002, 97 ff. (von Italien nach Österreich); N. VAVROVSKY, *ecolex* 2006, 952 ff. (von Litauen nach Österreich); WENGLORZ, BB 2004, 1061 ff. (von Deutschland nach Österreich). Für eine negative Entscheidung betreffend die Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Deutschland nach England in das (deutsche) Handelsregister der Zweigniederlassung siehe OLG München, 2.5.2006, 31 Wx 9/06; abgedruckt in GmbHR 2006, 600 ff. mit Anm. WACHTER; vgl. dazu auch M. DORALT, IPRax 2006, 572 (577). Vgl. ferner zum „Wegzug“ OLG München, 4.10.2007, 31 Wx 36/07, abgedruckt in: GmbHR 2007, 1273 ff.; weitere Nachweise dazu bei LEIBLE/HOFMANN, BB 2009, 58 (61).

¹⁹ Vgl. GESELL/RIEMER, ECFR 2007, 308 ff. (von den Niederlanden nach Deutschland).

²⁰ Verordnung 2157/2001 v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft („SE-VO“), ABl. 2001, L 294/1. Die mitbestimmungsrechtlichen Fragen regelt Richtlinie 2001/86/EG v. 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001, L 294/22. Für eine umfassende Darstellung der SE siehe etwa JANNOTT/FRODERMANN (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft (2005); KALSS/HÜGEL (Hrsg.), SE-Kommentar (2004); LUTTER/HOMMELHOFF, SE-Kommentar (2008); MANZ/MAYER/SCHRÖDER (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft (2005); SCHINDLER, Europäische Aktiengesellschaft (2002); SCHWARZ, SE-VO (2006); STRAUBE/AICHER (Hrsg.), Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (2005); THEISEN/WENZ (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft² (2005); VAN HULLE/MAUL/DRINHAUSEN (Hrsg.), Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE) (2007). Für eine rechtsvergleichende Darstellung siehe SCHINDLER/TEICHMANN, in: Theisen/Wenz (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft² (2005), 739 ff.

²¹ Richtlinie 2005/56/EG v. 26.10.2005 über die Verschmelzung v. Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (auch 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie; internationale VerschmelzungsRL; in diesem Beitrag: „iVRL“), ABl. 2005, L 310/1. Vgl. dazu etwa BAYER/SCHMIDT, NJW 2006, 401 ff.; BLASY, RdW 2006, 138 ff.; DRINHAUSEN/KEINATH, RIW 2006, 81 ff.; FRISCHHUT, EWS 2006, 55 ff.; GROHMANN/GRUSCHINSKE, GmbHR 2006, 191 ff.; RATKA, GeS 2006, 2 ff.; NAGEL, NZG 2006, 97 ff.; NEYE, ZIP 2005, 1893 ff.; OECHSLER, NZG 2006, 161 ff.; PRIEMAYER, *ecolex* 820 ff. Umfassend zuerst KALLMEYER dann KOPPENSTEINER, Der Konzern 2006, 40 ff.; KALLMEYER/KAPPES, AG 2006, 224 ff.; zum Verhältnis der internationalen VerschmelzungsRL zur Rs. *SEVIC* auch GEYRALHALTER/WEBER, DSrR 2006, 146 ff. Die basierte auf einem Vorschlag v. 18.11.2003 für eine RL über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, KOM (2003) 703 endg.; vgl. dazu: Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 30.4.2004, ABl. 2004, C 117/43; Pressemitteilung 14687/04 des Rates v. 25./26.11.2004; Bericht des Rechtsausschusses (EP) v. 25.4.2005 (Berichterstatte LEHNE), A6-0089/2005 endg.; Pressemitteilung C/05/238 v. 20.9.2005 sowie Rz. 32 des Ratsdokuments 12242/05 v. 16.9.2005; zum Gesetzgebungsverlauf siehe http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DosId=186914; aus

schreitenden Sitzverlegung. Ein entsprechender Entwurf aus 1997²² wurde bislang nicht verabschiedet, Kommissar *MC CREVY* verkündete vielmehr öffentlich die (vorläufige) Einstellung der Arbeiten an einer 14. Richtlinie²³.

Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Rechtsprechung des EuGH, behandelt somit weder die bereits verabschiedeten noch die im Entwurf vorliegenden Quellen des Sekundärrechts oder noch deren Umsetzung in nationales Recht.

4.2. Rechtssache *SEVIC*

4.2.1. Der Anlassfall

Die *SEVIC Systems Aktiengesellschaft* („*SEVIC*“) mit Sitz in Neuwied/Deutschland und die *Security Vision Concept SA* („*SVC*“) mit Sitz in Luxemburg schlossen im Jahr 2002 einen Verschmelzungsvertrag, in dem sie die Auflösung der *SVC* ohne Abwicklung und die Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die *SEVIC* vereinbarten.

Das AG Neuwied wies den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister zurück und begründete die Ablehnung mit § 1 Abs. 1 UmwG, der nur die Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland zulasse. Der Anlassfall hingegen betreffe die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft einerseits und einer Gesellschaft luxemburgischen Rechts andererseits.

SEVIC erhob gegen diese Entscheidung Beschwerde beim LG Koblenz, welches Zweifel an der Vereinbarkeit des § 1 Abs. 1 UmwG mit den Art. 43 und 48 EG hegte und deshalb das anhängige Verfahren mit Beschluss vom 16.9.2003 ausgesetzt und dem EuGH nach Art. 234 EG folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte²⁴:

„Sind die Artikel 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deut-

dem Schrifttum vgl. etwa GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht* (2004) 421 ff.; GRÜNWALD, *ÖStZ* 2004, 372 ff.; MAUL/TEICHMANN/WENZ, *BB* 2003, 2633 ff.; MÜLLER, *ZIP* 2004, 1790 ff.; PLUSKAT, *EWS* 2004, 1 ff.; SCHMITTMANN, *UM* 2004, 16 ff.; SCHULTE-HILLEN/HIRSCHMANN, *GPR* 2/2003-04, 89 ff.; ferner WIESNER, *DB* 2005, 91, der auf die Anpassungen des Entwurfs im Bereich der Mitbestimmung eingeht. Zur Umsetzung in Deutschland stellvertretend WIDMANN/MAYER (Hrsg.), *Umwandlungsrecht* (96. Erg.-Lfg. / August 2007), § 122a ff.; zur Umsetzung in Österreich stellvertretend FROTZ/KAUFMANN (Hrsg.), *Grenzüberschreitende Verschmelzungen* (2008).

²² Vorentwurf zur 14. Richtlinie KOM XV/6002/97 v. 20.4.1997; abgedruckt in *ZGR* 1999, 157 ff.; *ZIP* 1997, 1721 ff. Vgl. dazu die Referate v. DI MARCO, NEYE, K. SCHMIDT, PRIESTER, HEINZE, HÜGEL, RAJAK, WYMEERSCH und TIMMERMAN anlässlich des 10. Bonner Europa-Symposiums in *ZGR* 2001, 1 ff. Vgl. weiters den Beitrag von HOFFMANN, *ZHR* 2000, 43 ff.

²³ Vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_de.htm; ferner Kommissionsdokument vom 12.12.2007, SEC(2007) 1707.

²⁴ LG Koblenz v. 16.9.2003, 4 HK.T 1/03; abgedruckt in *IStr* 2003, 736 ff. mit Anm. BEUL. Für weitere Anmerkungen siehe: KLOSTER, *GmbHR* 2003, 1413 ff.; JUNG, *GPR* 2/2003-04, 87 ff.; SCHMITTMANN, *StuB* 2004, 47 f. Vgl. auch RATKA, *GeS* 2004, 20 (21 f.).

schen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister gemäß den §§ 16 ff. UmwG versagt wird, weil § 1 Absatz 1 Nummer 1 UmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht?

4.2.2. Die Schlussanträge des Generalanwalts²⁵

Der Generalanwalt formulierte seine Schlussanträge klar und deutlich im Sinne der Niederlassungsfreiheit. Die Regelung des § 1 Abs. 1 UmwG – die dazu führt, dass die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft mit einer ausländischen Gesellschaft nicht in das deutsche Handelsregister eingetragen wird²⁶ – verstoße nach seiner Ansicht gegen die Niederlassungsfreiheit.

4.2.2.1 Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit

Einleitend stellte der Generalanwalt fest, dass die fragliche innerstaatliche Rechtsvorschrift unmittelbare Auswirkungen auf die Zulässigkeit internationaler (d.h. grenzüberschreitender) Verschmelzungen hat, obwohl sie nur die Verschmelzung von Gesellschaften mit Sitz in Deutschland regelt²⁷.

Die deutsche und die niederländische Regierung bestritten im Ausgangspunkt, dass § 1 Abs. 1 UmwG (vor Umsetzung der internationalen VerschmelzungsRL) unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit zu prüfen ist. Begründet wurde dies damit, dass die fragliche Verschmelzung nicht zu einer „Niederlassung“ im Sinne des Vertrags führe: Vielmehr gehe *SVC* aufgrund der Verschmelzung in der übernehmenden *SEVIC* auf, was mit dem Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit verbunden sei. Da sich aber eine nicht mehr bestehende Gesellschaft definitionsgemäß weder mit einem Haupt- noch mit einem Zweitsitz in einem anderen Mitgliedstaat „niederlassen“ könne, seien bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen der Art. 43 und 48 EG nicht erfüllt²⁸. Die niederländische Regierung fügte hinzu, dass sich der Untergang einer Gesellschaft unmittelbar auf ihre Gründung und Existenz auswirke, also auf Aspekte, die entsprechend der Entscheidung in der Rs. *Daily Mail*²⁹ – die der EuGH in der Rs. *Überseering* erneut bestätigt hat³⁰ – ausschließlich der Regelungskompetenz des Wegzugsstaats unterliegen.

Beide Einwände teilte der Generalanwalt – zu Recht³¹ – nicht und entgegnete ihnen wie folgt³²: Der Untergang der übernommenen Gesellschaft sei nicht Ursache,

²⁵ ABl. 2003, C 289/13.

²⁶ Strittig war, ob § 1 Abs. 1 UmwG (vor Umsetzung der internationalen VerschmelzungsRL in §§ 122a ff. UmwG) ein Verbot grenzüberschreitender Verschmelzungen enthielt oder diesen Fall schlicht nicht regelte; vgl. dazu LUTTER/DRYGALA, in: LUTTER (Hrsg.), UmwG I³ (2004), § 1 Rz. 6 m.w.N. (alte Auflage); widersprüchlich KUNTZ, EuZW 2005, 524 (525 f. und 528).

²⁷ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 18.

²⁸ Ebenso JUNG, GPR 2/2003-04, 87 (88); KUNTZ, EuZW 2005, 524 (526). Vgl. auch PAEFGEN, GmbHR 2004, 463 (467 und 470), der nur der übernehmenden Gesellschaft eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ermöglichen will.

²⁹ EuGH v. 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483, Rz. 18 f.

³⁰ EuGH v. 5.11.2002, Rs. 208/00, Slg. 2002, I-9919, Rz. 81.

³¹ A.A. KUNTZ, EuZW 2005, 524 (526).

³² Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 24 ff.

sondern vielmehr Folge der Verschmelzung, sodass sich der Untergang als Rechtfertigung für das Eintragungsverbot einer grenzüberschreitenden Verschmelzung geradezu ausschließe. In Wirklichkeit bestünden beide Gesellschaften in der gesamten der Verschmelzung vorgelagerten Phase und bis zu deren Eintragung als juristische Personen. Erst mit der Eintragung erlösche einer der beiden Rechtsträger. Bis dahin verhalte es sich aber anders, denn wenn die Verschmelzung nicht vollendet wird, bestehe die übertragende Gesellschaft als eigenständige juristische Person weiterhin fort. Die streitige innerstaatliche Rechtsvorschrift betreffe deshalb Rechtsträger im vollen Besitz ihrer Rechtsfähigkeit, denen gerade diese Rechtsvorschrift die Möglichkeit verwehre, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.

Nach Ansicht des Generalanwalts wäre die Unanwendbarkeit der Vertragsbestimmungen auf grenzüberschreitende Verschmelzungen nur dann unter Berufung auf die angeblich fehlende Rechtspersönlichkeit der übernommenen Gesellschaft zu rechtfertigen gewesen, wenn man Ursache und Wirkung verwechsle³³. Im Übrigen betreffe die Niederlassungsfreiheit nicht nur das Recht, in einen anderen Mitgliedstaat zu übersiedeln, sondern alle Aspekte, die mit der Ausübung dieser Tätigkeit (und hierdurch mit der vollen Ausübung der im Vertrag verankerten Freiheit) in irgendeiner Weise komplementär und funktionell zusammenhängen³⁴.

Im Ergebnis ist dem Generalanwalt zuzustimmen, wenngleich hinsichtlich des Einwands der Niederlande – der Untergang einer Gesellschaft wirke sich unmittelbar auf ihre Gründung und Existenz aus und unterliege als solcher ausschließlich der Regelungskompetenz des Wegzugsstaats – eine anders gelagerte Entgegnung zu erwarten gewesen wäre: Die streitige Vorschrift des Umwandlungsgesetzes untersagt die Eintragung einer Hereinverschmelzung, dem Pendant zum Zuzug. Der Einwand der Niederlande kann aber sinnvollerweise nur das Verbot einer Herausverschmelzung betreffen, für den Fall der Hereinverschmelzung lässt sich aus der Argumentation der Niederlande indessen nichts gewinnen. Insofern wäre eine Differenzierung in den Schlussanträgen wünschenswert gewesen.³⁵

Interessant ist ein weiterer Ansatz des Generalanwalts, wonach die Verschmelzung nicht nur als ein Fall der Hauptniederlassung, sondern auch als ein Fall der Sekundärniederlassung beurteilt werden kann³⁶: Die Übernahme einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft schließe nicht aus, dass die übernehmende Gesellschaft – gerade als Folge der Verschmelzung – in die Lage geraten könnte, mit einer festen Niederlassung in jenem Mitgliedstaat tätig zu werden, in dem die übertragende Gesellschaft – vor der Verschmelzung – ihren Sitz hatte. Im vorliegenden Fall bestimme auch der Verschmelzungsvertrag, dass *SEVIC* Güter, Personal und Produktionsmittel der *SVC* in Luxemburg belasse und hierdurch

³³ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 27.

³⁴ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 32.

³⁵ SCHINDLER, in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (212 f.)

³⁶ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 34 ff. Ähnlich JUNG, GPR 2/2003-04, 87 (88); dem EuGH zustimmend KUNTZ, EuZW 2005, 524 (526). Vgl. auch SCHÖN, ECFR 2006, 122 (142).

eine Sekundärniederlassung im Ausland errichte. Da Art. 43 Abs. 1 EG vorsieht, von der Niederlassungsfreiheit sowohl über Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit als auch über Einrichtungen ohne Rechtspersönlichkeit Gebrauch zu machen, und der Rechtsprechung³⁷ zu entnehmen sei, dass die Bezugnahme in der genannten Vorschrift auf „Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften“ als bloß beispielhafte und nicht abschließende Aufzählung zu verstehen ist, erfordere die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht zwangsläufig die Gründung einer neuen oder zusätzlichen Niederlassung im Ausland. Vielmehr kann sie – wie im Ausgangsfall – auch in Form der Übernahme einer bereits bestehenden Gesellschaft erfolgen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Niederlassungsfreiheit nach Ansicht des Generalanwalts auf den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung jedenfalls Anwendung findet: Sowohl die übertragende Gesellschaft – als Anwendungsfall der primären Niederlassung – als auch die übernehmende Gesellschaft – als Anwendungsfall der sekundären Niederlassung – können sich auf Art. 43, 48 EG berufen.

4.2.2.2. Prüfung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit

4.2.2.2.1. Vorliegen einer Diskriminierung bzw. Beschränkung

Vor Prüfung des nationalen Rechts erinnerte der Generalanwalt nochmals an die geringen Anforderungen für das Vorliegen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht: Nach ständiger Rechtsprechung reicht es für einen Verstoß aus, dass die nationale Vorschrift geeignet ist, die betroffene Person vom Gebrauch der Niederlassungsfreiheit abzuhalten³⁸. Art. 43 EG verbietet selbst geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit³⁹; schon die bloße Eignung nationaler Maßnahmen, einen Wirtschaftsbeteiligten vom Gebrauch der Niederlassungsfreiheit abzuschrecken, stellt demnach einen Verstoß dar^{40, 41}.

Durch die streitige innerstaatliche Rechtsvorschrift verliere *SEVIC* – wie im übrigen auch alle anderen Gesellschaften des deutschen Rechts – laut dem Generalanwalt die Möglichkeit der Verschmelzung nur deswegen, weil sie eine Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat übernehmen möchte. *SEVIC* entgehe damit eine Möglichkeit von erheblicher und offenkundiger Bedeutung in einem Binnenmarkt wie dem europäischen, außer sie wäre bereit, auf rechtstechnische Alternativen zurückzugreifen. Die Verschmelzung stelle aber ein besonders wirksames Instrument dar, weil sie im Rahmen eines einzigen Vorgangs und ohne Unterbrechung ermögliche, eine bestimmte Tätigkeit in neuen Formen auszuüben. Hierdurch könne auch der mit „Umgehungslösungen“ regelmäßig verbundene Zeit- und Kos-

³⁷ EuGH v. 4.12.1986, Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Rz. 21.

³⁸ Vgl. nur EuGH v. 13.4.2000, Rs. C-251/98, Slg. 2000, I-2787, Rz. 28, und die dort zitierte Rechtsprechung.

³⁹ Vgl. EuGH v. 15.2.2000, Rs. C-34/98, Slg. 2000, I-995, Rz. 49.

⁴⁰ Vgl. zuletzt EuGH v. 11.3.2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409, Rz. 45.

⁴¹ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 44.

tenaufwand beträchtlich verringert werden; gleiches gilt für andere typische Komplikationen im Zusammenhang mit derartigen Transaktionen⁴²: Steht die Verschmelzung nicht zur Verfügung, müsse der Aktionsplan zur Erreichung einer gewünschten Endstruktur etwa die Auflösung der Gesellschaft mit Vermögensabwicklung, die anschließende Gründung einer neuen Gesellschaft, die Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände, usw. umfassen. Es sei daher klar, dass Alternativlösungen nicht die gleichen Merkmale und Vorteile aufweisen.⁴³

Darüber hinaus stellte der Generalanwalt fest, dass die fragliche Maßnahme auch für Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten eine beschränkende Wirkung erzeugt: Diesen sei es völlig verwehrt, auf eine Modalität des Zugangs zum deutschen Markt zurückzugreifen. Insbesondere könne eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland nicht dadurch in Deutschland tätig werden, dass sie sich durch die „Übernahme“ einer bereits bestehenden Gesellschaft oder über die Gründung einer neuen Gesellschaft mit deutschen Gesellschaften zusammenschließt. Um das gewünschte Ergebnis zu erreichen, müsse vielfach zuerst eine neue Gesellschaft in Deutschland gegründet werden, was – wie der EuGH bereits in der Rs. *Überseering* klargestellt hat – „der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich[komme]“^{44, 45}. Wenngleich der Generalanwalt – wohl zu Recht – (auch) die Sicht der ausländischen Gesellschaft ins Treffen geführt hat, wäre an dieser Stelle eine Vertiefung seiner Argumente wünschenswert gewesen, zumal die Rs. *Überseering* einen doch wesentlich anders gelagerten Fall betraf, als die Rs. *SEVIC*.

Als Zwischenergebnis stellte der Generalanwalt somit fest, dass eine Rechtsvorschrift – wie die im Ausgangsverfahren fragliche – unstreitig geeignet ist, sowohl inländische als auch ausländische Wirtschaftsbeteiligte von der Ausübung der Niederlassungsfreiheit zumindest abzuschrecken⁴⁶.

4.2.2.2.2. Prüfung von Rechtfertigungsmöglichkeiten

Die deutsche Regierung brachte – unterstützt von der niederländischen Regierung – vor, dass es Deutschland in Ermangelung spezifischer Harmonisierungsmaßnahmen nicht möglich sei, grenzüberschreitende Verschmelzungen anzuerkennen, da es immer noch erhebliche Unterschiede zwischen dem Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten gebe und solche Vorgänge besonders komplex seien. Das untersuchte Verbot sei deshalb durch die Notwendigkeit begründet, einen angemessenen Grad an Rechtssicherheit im Handelsverkehr sowie den Schutz der Interessen von Arbeitnehmern, Gläubigern und Minderheitsaktionären der deutschen Gesellschaften zu gewährleisten.

⁴² Vgl. beispielsweise einen Bericht über den „Zusammenschluss“ der Hoechst AG mit der Rhône-Poulenc SA von HOFFMANN, NZG 1999, 1077 ff. Für eine kritische Würdigung möglicher Ersatzkonstruktionen aus österreichischer Sicht siehe CH. NOWOTNY, ÖStZ 2004, 384 ff.

⁴³ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 47 f.

⁴⁴ EuGH v. 5.11.2002, Rs. 208/00, Slg. 2002, I-9919, Rz. 81.

⁴⁵ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 50.

⁴⁶ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 46.

Zunächst erinnerte der Generalanwalt daran, dass das Gemeinschaftsrecht auf der Ebene der anerkannten Ausnahmen von den Grundfreiheiten klar zwischen diskriminierenden und nicht diskriminierenden Maßnahmen unterscheidet. Diskriminierungen sind nur dann zulässig, wenn sie nach Art. 46 Abs. 1 EG aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden können. Maßnahmen dagegen, die unterschiedslos auf Inländer und Angehörige anderer Mitgliedstaaten anwendbar sind, könnten dann zugelassen werden, wenn sie durch andere zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sind. Nach der *Gebhard*-Formel müssen derartige Beschränkungen geeignet sein, das verfolgte Ziel zu erreichen, und dürfen über das hierfür Erforderliche nicht hinausgehen^{47, 48}.

Im vorliegenden Fall bejahte der Generalanwalt das Vorliegen einer diskriminierenden Rechtsvorschrift⁴⁹. Dies sei darin begründet, dass die untersuchte Regelung Gesellschaften unter Zugrundelegung ihres Sitzes eindeutig ungleich behandle: Verschmelzungen nach dem (damaligen) Umwandlungsgesetz sind nur dann gestattet, wenn sämtliche Gesellschaften in Deutschland niedergelassen sind. Hat hingegen eine der Gesellschaften ihren Sitz im Ausland, ist eine Verschmelzung nicht möglich.⁵⁰ Vor dem Hintergrund der Einordnung als Diskriminierung kämen als Rechtfertigung deshalb einzig die in Art. 46 EG vorgesehenen Ausnahmen in Betracht⁵¹. Überdies müsse diese Bestimmung insofern, als sie eine Ausnahme von einem tragenden Grundsatz des Vertrags enthält, eng ausgelegt werden, weshalb der EuGH ihre Anwendbarkeit an das Vorliegen einer „*tatsächlichen und hinreichend*

⁴⁷ EuGH v. 31.3.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rz. 32; EuGH v. 30.11.1995, C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37; EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Rz. 34; EuGH v. 5.10.2004, Rs. C-442/02, Slg. 2004, I-8961 0, Rz. 17.

⁴⁸ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 55.

⁴⁹ Vgl. auch EIDENMÜLLER, JZ 2004, 24 (30); JUNG, GPR 2/2003-04, 87 (88); a.A. LENNERZ, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften (2001), 93 ff., die nur im Fall der Herausverschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländischen Gesellschaft die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots bejaht. Uneinigkeit besteht im Schrifttum hinsichtlich der Form der Diskriminierung: Während LUTTER/DRYGALA, in: LUTTER (Hrsg.), UmwG I³ (2004) § 1 Rz. 15 (alte Auflage); PAEFGEN, GmbHR 2004, 463 (470); WACHTER, GmbHR 2005, R 285; DERS., EWIR 2005, 581 (581), eine offene Diskriminierung annehmen, geht KLOSTER, GmbHR 2003, 1413 (1414), von einer versteckten Diskriminierung aus. Diese Unterscheidung ist insbesondere auf Rechtfertigungsebene von Bedeutung, weil im ersten Fall nur die ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen des Art. 46 Abs. 1 EG beachtlich sind, während im zweiten Fall auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe Anwendung finden; vgl. dazu etwa CORDEWENER, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), 127 m.w.N. in Fn. 82. Diese scharfe Unterscheidung scheint mittlerweile obsolet geworden zu sein: CORDEWENER, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), 330 ff. m.w.N.; KOKOTT/HENZE, in: LÜDICKE (Hrsg.), Tendenzen der Europäischen Unternehmensbesteuerung (2005), 67 (92 f.). Der Verfasser dieses Beitrags geht von einer offenen Diskriminierung aus.

⁵⁰ Vgl. hingegen die unzutreffend gewählten Vergleichspaare von KUNTZ, EuZW 2005, 524 (527). Die Diskriminierung ist ja gerade darin zu sehen, dass die (damaligen) Bestimmungen des deutschen Umwandlungsgesetzes Gesellschaften mit Sitz im Ausland nicht erfassen.

⁵¹ Generalanwalt TIZZANO geht somit ebenfalls von einer offenen Diskriminierung aus.

*schweren Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt*⁵², geknüpft hat. Es liege aber keine „Gefährdung“ solcher Art und solchen Ausmaßes vor, die ein „Grundinteresse der Gesellschaft“ betreffe und demnach von Art. 46 EG erfasst wäre.⁵³ Auch für den Fall, dass der EuGH die Vorschrift nicht als Diskriminierung, sondern als Beschränkung ansehen würde⁵⁴, schloss der Generalanwalt eine Rechtfertigung aus⁵⁵.

Hinsichtlich des Bestehens zwingender Gründe des Allgemeininteresses unterschied der Generalanwalt zunächst zwischen dem Herkunftsstaat der übertragenden Gesellschaft und jenem der übernehmenden Gesellschaft. Nur der erstgenannte Mitgliedstaat – gewissermaßen der „Wegzugsstaat“ – sehe sich damit konfrontiert, dass eine Gesellschaft, die vor der Verschmelzung seiner Rechtsordnung unterlag, infolge des Aufgehens in der übernehmenden (ausländischen) Gesellschaft zu bestehen aufhöre und er die unmittelbare Kontrolle somit nicht mehr ausüben könne⁵⁶. Dennoch bezweifelte der Generalanwalt, dass die behaupteten Probleme der Kompatibilität oder Koordinierung verschiedener Rechtsordnungen zu Recht als zwingende Gründe des Allgemeininteresses eingestuft werden könnten. Dies folgte er aus der Überlegung, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen in mehreren Mitgliedstaaten zugelassen sind und es dort offenbar nicht zu jenen unüberwindlichen Schwierigkeiten kommt, die von den Mitgliedstaaten im Verfahren behauptet worden sind.⁵⁷

Ferner argumentierte der Generalanwalt dahingehend, dass die streitige Maßnahme ein absolutes und automatisches Verbot aufstelle, welches unabhängig von der Feststellung konkreter Nachteile oder Gefahren für alle grenzüberschreitenden Verschmelzungen gelte. Dies hielt der Generalanwalt vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung – gemessen am verfolgten Ziel – für unverhältnismäßig, weil das gewünschte Ziel durch weniger einschränkende Maßnahmen erreicht werden könne. Denkbar wäre zum Beispiel, die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn offenkundige und erwiesene Schwierigkeiten bei der Koordinierung der betroffenen Rechtsordnungen bestünden, welche die Rechtssicherheit oder den Schutz der Interessen von Arbeitnehmern, Gläubigern oder Minderheitsaktionären der betroffenen Gesellschaften ernsthaft gefährden würden. Eine Maßnahme, die ein absolutes und

⁵² Vgl. nur EuGH v. 27.10.1977, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, Rz. 35; EuGH v. 26.11.2002, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981, Rz. 39.

⁵³ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 56 ff.

⁵⁴ PAEFGEN, GmbH 2004, 463 (476), hält die Zulässigkeit grenzüberschreitender Umgründungen nur vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots für gemeinschaftsrechtlich geboten; aus der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit selbst will er indessen kein Recht auf derartige Vorgänge ableiten. Im Anwendungsbereich der 3. RL existiert freilich in allen Mitgliedstaaten ein innerstaatliches Pendant.

⁵⁵ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 59.

⁵⁶ Vgl. auch JUNG, GPR 2/2003-04, 87 (88).

⁵⁷ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 62. Beispielhaft nennt der Generalanwalt die spanische, portugiesische, italienische, französische und belgische Rechtsordnung.

automatisches Verbot aufstellt, könne indessen keinesfalls als verhältnismäßig angesehen werden.⁵⁸

Auch der Einwand der (damals noch) ausstehenden internationalen VerschmelzungsRL scheidet als Rechtfertigung aus, obwohl – nach Ansicht der beteiligten Regierungen – die Durchführung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Harmonisierung nicht möglich sei. Diese Ansicht des Generalanwalts steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH, wonach die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht von der Verabschiedung von Harmonisierungsmaßnahmen abhängig gemacht werden kann⁵⁹. Dies wird damit begründet, dass Richtlinien im Vertrag verankerte Rechte nicht begründen, sondern lediglich deren Ausübung erleichtern sollen⁶⁰. Im konkreten Fall wird dies auch von der ersten Begründungserwägung des Kommissionsvorschlages aus 2003 bestätigt, wonach durch die (nunmehr verabschiedete) internationale VerschmelzungsRL grenzüberschreitende Verschmelzungen „erleichtert“ werden sollen.⁶¹

Nach Ansicht des Generalanwalts ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen, dass § 1 Abs. 1 UmwG (in der damaligen Fassung) weder durch Art. 46 EG noch aufgrund eines sonstigen – von den Mitgliedstaaten vorgebrachten – zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses i.S.d. *Gebhard-Formel*⁶² gerechtfertigt werden kann. Der Generalanwalt konstatierte daher einen Verstoß der streitigen Bestimmung gegen Art. 43, 48 EG⁶³.

4.2.2.2.3. Ergänzende Prüfung nach der Kapitalverkehrsfreiheit

Obwohl das LG Koblenz in seiner Vorlagefrage nur auf die Vorschriften zur Niederlassungsfreiheit Bezug nahm, griff der Generalanwalt das Vorbringen der Kommission auf, wonach in § 1 Abs. 1 UmwG auch ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit erblickt werden könne. Diese Prüfung erfolgte unter dem Hinweis auf jene Rechtsprechung, wonach der EuGH – um eine sachdienliche Antwort zu geben – auch auf solche gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eingehen kann, die das vorliegende Gericht in seiner Frage nicht angeführt hat⁶⁴. Obwohl der EuGH mehrfach ausgesprochen hat, dass die (zusätzliche) Prüfung einer nationalen Bestimmung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalverkehrsfreiheit nicht (mehr) erforderlich ist, wenn bereits eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit festge-

⁵⁸ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 64 ff. Ähnlich KLOSTER, GmbHR 2003, 1413 (1415).

⁵⁹ EuGH v. 28.4.1977, Rs. 71/76, Slg. 1977, 765, Rz. 17 und 27; EuGH v. 31.3.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Rz. 30; EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rz. 55.

⁶⁰ Ebenso SCHÖN/SCHINDLER, ISrR 2004, 571 (576).

⁶¹ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 67 f.

⁶² EuGH v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37.

⁶³ Zuletzt ebenso KRAFT/BRON, RIW 2005, 641 (642).

⁶⁴ EuGH v. 20.3.1986, Rs. 35/85, Slg. 1986, 1207, Rz. 9; EuGH v. 27.3.1990, Rs. C-315/88, Slg. 1990, I-1323, Rz. 10; EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Rz. 39.

stellt ist,⁶⁵ prüfte der Generalanwalt die streitige Vorschrift (zusätzlich) nach Art. 56 EG⁶⁶. Diese Vorgehensweise wurde in den Schlussanträgen damit begründet, dass der EuGH einen Verstoß des § 1 Abs. 1 UmwG (in der damaligen Fassung) gegen Art. 43 EG verneinen könnte und diesfalls eine Prüfung nach Maßgabe der Vorschriften über den freien Kapitalverkehr erforderlich wäre. Inhaltlich bejahte der Generalanwalt zunächst eindeutig die Anwendbarkeit des Art. 56 EG auf grenzüberschreitende Verschmelzungen und attestierte der streitigen Vorschrift in einem zweiten Schritt – mit Verweis auf seine Ausführungen über die Niederlassungsfreiheit – einen nicht rechtfertigbaren Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.⁶⁷

4.2.2.2.4. Vorschlag zur Beantwortung der Vorlagefrage

Der Generalanwalt bejahte somit einen Verstoß von § 1 Abs. 1 UmwG (in der damaligen Fassung) gegen die Grundfreiheiten und schlug dem EuGH vor, die Frage des vorliegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

„Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen einer Regelung eines Mitgliedstaats, wie sie das Umwandlungsgesetz darstellt, entgegen, die die Eintragung von Verschmelzungen von Gesellschaften mit Sitz in diesem Staat und Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten in das nationale Handelsregister nicht zulässt.“⁶⁸

4.2.3. Das Urteil des EuGH

Dem Generalanwalt folgend entschied der EuGH die Rs. *SEVIC* klar und deutlich im Sinne der Niederlassungsfreiheit⁶⁹. Dass letztere auf den Anlassfall Anwendung findet, ist für den EuGH unzweifelhaft⁷⁰. Auf den ersten Blick lässt der EuGH – entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts⁷¹ – offen, ob sich nur eine der Gesellschaften (und wenn ja, welche) oder doch beide Gesellschaften auf die Niederlassungsfreiheit berufen können⁷². Eine Gesamtinterpretation der Entscheidung

⁶⁵ Vgl. z.B. EuGH v. 28.4.1998, Rs. C-118/96, Slg. 1998, I-1897, Rz. 35; EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-200/98, Slg. 1999, I-8261, Rz. 30; EuGH v. 13.4.2000, Rs. C-251/98, Slg. 2000, I-2787, Rz. 42; EuGH v. 8.3.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98, Slg. 2001, I-1727, Rz. 75; EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00, Slg. 2002, I-10829, Rz. 66.

⁶⁶ Zum Verhältnis gegenüber Drittstaaten etwa LEIBLE/HOFFMANN, RIW 2006, 161 (166 f.).

⁶⁷ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 71 ff. Ebenfalls einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit konstatiert PAEFGEN, GmbHR 2004, 463 (472 ff.).

⁶⁸ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 79.

⁶⁹ Entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung nahm der EuGH keine (zusätzliche) Prüfung des Sachverhalts nach der Kapitalverkehrsfreiheit vor; vgl. dazu etwa SCHINDLER, ECFR 2006, 109 (115 m.w.N. in Fn. 34).

⁷⁰ A.A. im Vorfeld der *SEVIC*-Entscheidung JUNG, GPR 2/2003-04, 87 (88); KUNTZ, EuZW 2005, 524 (526). Vgl. auch PAEFGEN, GmbHR 2004, 463 (467 und 470), der nur der übernehmenden Gesellschaft eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ermöglichen will. Vgl. weiters die Nachweise bei KRAFT/BRON, IStR 2006, 26 (27 f.). Auch KOPPENSTEINER, Der Konzern 2006, 40 (41), äußert sich kritisch zur Begründung des EuGH, stimmt im Ergebnis aber mit diesem überein.

⁷¹ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 24 ff. und 34 ff.

⁷² Wie hier TEICHMANN, ZIP 2006, 355 (356).

führt nach Ansicht des Verfassers dieses Beitrags zu dem Ergebnis, dass sich wohl beide, also sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft, auf die Niederlassungsfreiheit berufen können^{73 74}.

Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ist auch eine Formulierung des EuGH, wonach seine Aussagen offenbar nicht auf grenzüberschreitende Verschmelzungen beschränkt sind, sondern auch für „andere Gesellschaftsumwandlungen“ gelten⁷⁵. Der EuGH bestätigt auch seine ständige Rechtsprechung, wonach aus fehlenden Harmonisierungsmaßnahmen – konkret der internationalen VerschmelzungsRL – keine Einschränkung der Grundfreiheiten resultieren kann. Harmonisierungsmaßnahmen haben auf die Ausübung der Grundfreiheiten – hier der Niederlassungsfreiheit – vielmehr nur unterstützende Wirkung.⁷⁶

Während sowohl der Generalanwalt⁷⁷ als auch das herrschende Schrifttum den Anlassfall als Diskriminierung eingestuft haben⁷⁸, spricht sich der EuGH – ohne nähere Begründung – für das Vorliegen (nur) einer Beschränkung aus⁷⁹. Damit eröffnet der EuGH den Mitgliedstaaten die „volle Palette“ an Rechtfertigungsmöglichkeiten, somit auch solche, die – im Fall einer offenen Diskriminierung – nicht zur Verfügung gestanden wären, weil diesfalls eine Rechtfertigung grundsätzlich nur an Hand der in Art. 46 Abs. 1 EG genannten Gründe („öffentliche Ordnung, Gesundheit und Sicherheit“) möglich gewesen wäre⁸⁰.

Mit Verweis auf seine frühere Rechtsprechung stellt der EuGH erneut fest, dass „zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern⁸¹ sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs⁸² unter bestimmten Umständen und bei Beachtung bestimmter Voraussetzungen eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Maßnahme rechtfertigen können“.⁸³ Ein pauschales Verbot grenzüberschreitender Verschmelzungen geht über das hierfür Erfor-

⁷³ I.d.S. auch BEUL, IStR 2006, 32 (34); SCHINDLER, ECFR 2006, 109 (113); TEICHMANN, ZIP 2006, 355 (358).

⁷⁴ SCHINDLER, in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (218 f.)

⁷⁵ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 19. Ebenso M. DORALT, IPRax 2006, 572 (573), die auf S. 576 auch ausdrücklich die Übertragbarkeit der SEVIC-Entscheidung auf Spaltungen bejaht.

⁷⁶ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 26.

⁷⁷ Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 56.

⁷⁸ Vgl. die Fundstellen in Fn 49.

⁷⁹ Ebenso BEHRENS, EuZW 2006, 65 (65); DRYGALA, EWiR 2006, 25 (25 f.). Vgl. auch BEUL, IStR 2006, 32 (35); KRAFT/BRON, IStR 2006, 26 (28); SCHINDLER, ECFR 2006, 109 (115). A.A. LEIBLE/HOFFMANN, RIW 2006, 161 (163).

⁸⁰ Für eine eingehende Kritik siehe TEICHMANN, ZIP 2006, 355 (356 f.); zustimmend M. DORALT, IPRax 2006, 572 (573 m.w.N.). Vgl. auch HUEMER, RWZ 2006, 33 (35); SEDEMUND, BB 2006, 519 (519 f.); weiters die Nachweise in Fn. 49.

⁸¹ EuGH v. 5.12.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rz. 92.

⁸² EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155, Rz. 132.

⁸³ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 28.

derliche aber jedenfalls hinaus und verstößt somit gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot. Dieses Ergebnis begründet der EuGH insbesondere damit, dass andernfalls „*grenzüberschreitende Verschmelzungen auch dann verhindert [würden], wenn die [...] genannten Interessen nicht bedroht sind*“.⁸⁴

Der EuGH kommt zu folgendem Ergebnis: Eine Regelung wie § 1 Abs. 1 UmwG (vor Verabschiedung der internationalen VerschmelzungsRL) – die dazu führt, dass die Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft mit einer ausländischen Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann – verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit. Dementsprechend beantwortet der EuGH die Vorlagefrage wie folgt:

„Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen dem entgegen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben.“

4.3. Rechtssache *Cartesio*

4.3.1. Der Anlassfall

CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt („*Cartesio*“), eine Kommanditgesellschaft nach ungarischem Recht (sogenannte „*betéti társaság*“) mit Sitz in Baja/Ungarn, stellte beim Komitatsgericht Bács-Kiskun (*Bács-Kiskun Megyei Bíróság*) als Handelsregistergericht einen Antrag auf Änderung des örtlichen Handelsregistereintrags, um die Verlegung des Sitzes nach Gallarte/Italien eintragen zu lassen (und damit die Verlegung des Sitzes in das Ausland zu bestätigen). Der Sitz einer Gesellschaft nach ungarischem Recht ist jener Ort, an dem sich der operative Geschäftssitz („*központi ügyintézés helye*“) der Gesellschaft befindet⁸⁵. Der konkrete Antrag lautete daher auf Eintragung des neuen (ausländischen) operativen Geschäftssitzes in das lokale Handelsregister⁸⁶.

Dieser Antrag wurde vom lokalen Handelsregistergericht zurückgewiesen. Es vertrat die Auffassung, es sei nach ungarischem Recht nicht möglich, dass Gesellschaften ungarischen Ursprungs ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen und gleichzeitig ihren Rechtsstatus als ungarische Gesell-

⁸⁴ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 30.

⁸⁵ Art. 16 Abs. 1 des cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. Törvény (Gesetz CXLV v. 1997 über das Handelsregister, gewerbliche Werbung und handelsrechtliche Verfahren).

⁸⁶ Vgl. Art. 34 Abs. 1 des Gesetzes CXLV v. 1997: „Wird der Sitz einer Gesellschaft an einen Ort verlegt, der in die Zuständigkeit eines anderen, mit der Führung des Handelsregisters betrauten Gerichts fällt, ist diese Änderung bei dem Gericht einzutragen, das für den Ort des früheren Sitzes zuständig ist. Das zuletzt genannte Gericht prüft die Anträge, die sich auf Änderungen beziehen, die vor der Änderung des Sitzes eintreten, und bestätigt die Verlegung des Sitzes.“

schaft aufrechterhalten. Wenn *Cartesio* seinen operativen Sitz in das Ausland verlagern möchte, müsse die Gesellschaft zunächst in Ungarn aufgelöst und anschließend nach italienischem Recht neu gegründet werden.

CARTESIO legte gegen diesen Beschluss ein Rechtsmittel beim Rechtsmittelgericht Szeged („Szegedi Ítéltábla“) ein, welches Zweifel an der Vereinbarkeit der ungarischen Rechtslage mit den Art. 43 und 48 EG hegte und deshalb das anhängige Verfahren mit Beschluss vom 20.04.2006 ausgesetzt und dem EuGH nach Art. 234 EG (unter anderem)⁸⁷ folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte⁸⁸:

„4.

a) Handelt es sich bei der Absicht einer in Ungarn nach ungarischem Gesellschaftsrecht gegründeten und in das ungarische Handelsregister eingetragenen Gesellschaft, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu verlegen, um eine Frage, deren Regelung unter das Gemeinschaftsrecht fällt, oder ist mangels Harmonisierung der Rechtsvorschriften ausschließlich das nationale Recht anwendbar?

b) Kann sich eine ungarische Gesellschaft bei der Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union unmittelbar auf das Gemeinschaftsrecht (hier die Art. 43 EG und 48 EG) berufen? Wenn ja, kann die Sitzverlegung – sei es durch den Herkunftsstaat, sei es durch den Aufnahmestaat – von einer Bedingung oder einer Genehmigung abhängig gemacht werden?

c) Sind die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, wonach Handelsgesellschaften in Bezug auf die Ausübung ihrer Rechte unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, in welchem Mitgliedstaat sie ansässig sind?

d) Sind die Art. 43 EG und 48 EG dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung oder Praxis mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist, wonach es einer ungarischen Gesellschaft verwehrt ist, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zu verlegen?“⁸⁹

4.3.2. Die Schlussanträge des Generalanwalts

Wie schon in der Rs. *SEVIC* formulierte der Generalanwalt seine Schlussanträgen klar und deutlich im Sinne der Niederlassungsfreiheit. Die Regelungen des ungarischen Rechts, die dazu führen, dass die Verlegung des Sitzes einer ungarischen Gesellschaft in das Ausland nicht zulässig ist, verstoßen nach seiner Ansicht gegen die Niederlassungsfreiheit.

4.3.2.1. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit

Unter anderem die ungarische Regierung machte geltend, dass die Sitzverlegung *a priori* nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fällt. Anders der Generalanwalt, der in Übereinstimmung mit der Kommission und den Niederlanden keinen Zweifel daran hatte, dass der Sachverhalt unter den Anwendungsbe-

⁸⁷ Weitere Vorlagefragen betreffen Verfahrensrecht und sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

⁸⁸ Rechtsmittelgericht Szeged v. 24.6.2006; abgedruckt in ZIP 2006, 1536; dazu NEYE, EWiR 2006, 459 f.; ferner KLEINERT/SCHWARZ, GmbHR 2006, R 565 f.

⁸⁹ ABI. 2006, C 167/17.

reich der Niederlassungsfreiheit fällt. Der Generalanwalt führte dazu aus, dass „*nationale Vorschriften, die die Verlegung des operativen Geschäftssitzes einer Gesellschaft nur innerhalb des nationalen Hoheitsgebiets erlauben, grenzüberschreitende Sachverhalte eindeutig ungünstiger [behandeln] als rein nationale Sachverhalte*“. Er ging sogar einen Schritt weiter und erblickte in den Wirkungen der Vorschriften des ungarischen Rechts eine Diskriminierung.⁹⁰

An späterer Stelle schränkte der Generalanwalt – bei seinem Versuch die Rechtsprechung des EuGH zur Sitzverlegungsthematik in einer Gesamtschau zu beurteilen – den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit insofern ein, als er unter Hinweis auf das eher Steuerexperten bekannte Urteil in der Rs. *Cadbury Schweppes*⁹¹ feststellte, dass unter Umständen eine Berufung auf die Niederlassung nicht immer möglich sei. Als derartigen Fall käme nach Ansicht des Generalanwalts ein Sachverhalt in Frage, bei dem die Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat nur *pro forma* erfolge, und zwar mit dem Zweck, das eigene nationale Recht zu umgehen. Der Generalanwalt kommt nicht umhin anzumerken, dass die Urteile in den Rs. *Inspire Art* und *Centros* „*etwas anderes zu besagen scheinen*“. Der Generalanwalt hält das Urteil in der Rs. *Cadbury Schweppes* für eine „*erhebliche Einschränkung der Feststellungen in den Urteilen Centros und Inspire Art [...], auch wenn der Gerichtshof den Begriff „Missbrauch“ weiterhin – zu Recht – nur sehr eingeschränkt verwendet*“.⁹²

4.3.2.2. Prüfung eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit

4.3.2.2.1. Keine Unterscheidung zwischen Zuzug und Wegzug

Zunächst referierte der Generalanwalt die Rs. *Daily Mail* und wies auf Stimmen hin, wonach „*ausschließlich der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, über ‚Leben und Tod‘ der Gesellschaft entscheidet*“. Darauf folgte zwar die Aussage „*Der Staat hat’s gegeben, der Staat hat’s genommen – und damit müssen wir uns abfinden.*“⁹³, doch fand sich der Generalanwalt keineswegs damit ab. Vielmehr wies er darauf hin, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung seit der Rs. *Daily Mail* fortentwickelt habe und nun einen differenzierten Ansatz verfolge, der von zahlreichen Widersprüchen begleitet ist. Es könne „*beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts unmöglich argumentiert werden [...], dass die Mitgliedstaaten völlig frei über ‚Leben und Tod‘ der nach ihrem nationalen Recht gegründeten Gesellschaften verfügen können*“. Geradezu rechtspolitische formuliert der Generalanwalt: „*Inbesondere für kleine und mittlere Gesellschaften kann eine innergemeinschaftliche Verlegung des operativen Geschäftssitzes eine einfache und wirksame Möglichkeit sein, echte wirtschaftliche Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, ohne den Kosten und administrativen Belastungen ausgesetzt zu sein, die mit*

⁹⁰ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 25.

⁹¹ EuGH v. 12.09.2006, Rs. C-196/04, Slg. 2006, I-7995.

⁹² Unzutreffende Kritik an der (grundsätzlichen) Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Gesellschaftsrecht bei RICHTER, IStR 2008, 721 f.

⁹³ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 26.

der Abwicklung der Gesellschaft in ihrem Herkunftsstaat und dem anschließenden kompletten Wiederaufbau im Bestimmungsmitgliedstaat verbunden sind.“⁹⁴ Mit der Kommission wies der Generalanwalt zudem auf den mit Abwicklung und Neugründung verbundenen Zeitverlust hin. Unerwähnt bleibt der häufig schwerwiegendste Nachteil, dass durch die Abwicklung und Neugründung sämtliche Rechtsbeziehungen unterbrochen werden (zu denken ist etwa an Bezugs- oder Lieferverträge), was im Falle einer sog. „identitätswahrenden Sitzverlegung“ unproblematisch ist und im Falle einer Verschmelzung durch die Gesamtrechtsnachfolge gelöst wird. Häufig kommt eine Neugründung und Abwicklung einer Gesellschaft also schon aus diesem Grunde nicht in Frage.

4.3.2.2.2. Prüfung von Rechtfertigungsmöglichkeiten

Obwohl der Generalanwalt einleitend von einer Diskriminierung spricht, die eine Rechtfertigung (grundsätzlich) nur an Hand der in Art. 46 Abs. 1 EG genannten Gründe („öffentliche Ordnung, Gesundheit und Sicherheit“) zulassen würde, geht er in weiterer Folge von einer Beschränkung aus und wirft unter Verweis auf die Rs. *Überseering* die Frage auf, aus welchen „Gründen des allgemeinen öffentlichen Interesses, wie z.B. [...] Schutz vor Missbrauch oder betrügerischem Verhalten, [ferner Schutz von] Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern[,] Arbeitnehmern oder Finanzbehörden“⁹⁵, derartige Beschränkungen gerechtfertigt sein können.⁹⁶

Im Licht dieser Interessen kann es nach Ansicht des Generalanwaltes akzeptabel sein, dass ein Mitgliedstaat bestimmte Voraussetzungen festlegt, die erfüllt sein müssen, bevor eine Gesellschaft, die nach dem nationalen Gesellschaftsrecht dieses Mitgliedstaats gegründet wurde, ihren operativen Geschäftssitz in das Ausland verlegen kann. Konkret hält es der Generalanwalt offenbar für zulässig, dass ein Mitgliedstaat einer nach seinem Recht gegründeten „Gesellschaft auftragen [kann], dass sie ihre Satzung ändert und nicht mehr in vollem Umfang dem Gesellschaftsrecht [dieses Mitgliedstaates] unterliegt“.⁹⁷ Er tätigt diese Aussage unter Verweis auf Art. 8 SE-VO, der eine vergleichbare Regelung enthält.

Da *Cartesio* aber überhaupt keine Möglichkeit hatte, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen – die Sitzverlegung demnach nicht durch bestimmte Voraussetzungen nur erschwert, sondern gänzlich ausgeschlossen war – vertrat der Generalanwalt, dass diese – einer Negierung der Niederlassungsfreiheit – gleichkommende Beschränkung nicht rechtfertigbar sei.⁹⁸

⁹⁴ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 31.

⁹⁵ EuGH v. 5.12.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, Rz. 92.

⁹⁶ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 33. Vgl. auch WENG, EWS 2008, 264 (272).

⁹⁷ Kritik dazu bei GROHMANN/GRUSCHINSKE, EuZW 2008, 464; vgl. auch RINGE, ZIP 2008, 1072 (1073 f.).

⁹⁸ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 34.

4.3.2.2.3. Vorschlag zur Beantwortung der Vorlagefrage

Der Generalanwalt bejahte somit einen Verstoß der ungarischen Vorschriften gegen die Niederlassungsfreiheit und schlug dem EuGH vor, die Frage des vorlegenden Gerichts wie folgt zu beantworten:

*„Art. 43 EG und 48 EG stehen nationalen Vorschriften entgegen, die eine nach nationalem Recht gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.“*⁹⁹

4.3.3. Das Urteil des EuGH

Entgegen den Schlussanträgen von Generalanwalt *MADURO* sieht der EuGH in den Vorschriften des ungarischen Rechts keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit. Er bestätigt vielmehr sein Urteil in der Rs. *Daily Mail*¹⁰⁰ und führt zum Anlassfall aus, dass die Frage, ob *Cartesio* sich überhaupt auf die Niederlassungsfreiheit berufen könne, eine Vorfrage wäre, die beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nach nationalem Recht zu klären sei. Insbesondere kann ein Mitgliedstaat sowohl die Anknüpfung bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um als nach dessen Recht gegründet angesehen zu werden, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird: *„Diese Befugnis umfasst die Möglichkeit für diesen Mitgliedstaat, es einer Gesellschaft seines nationalen Rechts nicht zu gestatten, diese Eigenschaft zu behalten, wenn sie sich durch die Verlegung ihres Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat dort neu organisieren möchte und damit die Anknüpfung löst, die das nationale Recht des Gründungsmitgliedstaats vorsieht.“*¹⁰¹

Nach der in aller Deutlichkeit erfolgten Bestätigung der verbreiteten – wenn auch häufig kritisierten¹⁰² – Auffassung, dass zwischen dem Wegzug und dem Zuzug zu unterscheiden sei¹⁰³, konkret kein Recht auf Wegzug bestehe, obwohl der Zuzug vom „Aufnahmemitgliedstaat“ erlaubt werden müsse¹⁰⁴, will der Gerichtshof das Recht auf „Wegzug“ aber offenbar nicht gänzlich in die Hand der Mitgliedstaaten legen, als er einen Alternativweg aufzeigt: Wenn eine *„Gesellschaft [ihren Sitz] aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird“*, ver-

⁹⁹ Generalanwalt *MADURO*, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 36.

¹⁰⁰ Ebenso *BOLLACHER*, RIW 2009, 150 (150); *BRAKALOVA/BARTH*, DB 2009, 213 (215); *KINDLER*, NZG 2009, 130 (131); *LEIBLE/HOFFMANN*, BB 2009, 58 (60); *KOROM/METZINGER*, ECFR 2009, 125 (147); *MEILICKE*, GmbHR 2009, 91 (93); *PAEFGEN*, WM 2009 529 (529); *ZIMMER/NAENDRUP*, NJW 2009, 545 (624). Zweifel daran äußern offenbar *RUHM/TOMS*, GeS 2009, 48 (50), die im Ergebnis nicht von einer *acte clair* ausgehen.

¹⁰¹ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 110.

¹⁰² Vgl. etwa *PAEFGEN*, GmbHR 2004, 463 (467 m.w.N. in Fn. 49); *KOPPENSTEINER*, Der Konzern 2006, 40 (41 f.).

¹⁰³ Grundlegend dazu *SCHÖN*, in: FS *LUTTER* (2000), 685 (702 f.).

¹⁰⁴ Vgl. dazu etwa *AIGNER/KOFLER/TUMPEL*, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht (2004), 47 ff.; *EIDENMÜLLER/REHM*, ZGR 2004, 159 (175 ff.); *HIRTE*, in: *HIRTE/BÜCKER* (Hrsg.), Grenzüberschreitende Gesellschaften (2005), 56 ff. mit Rz. 16 ff.

stößt eine nationale Regelung, die einer derartigen Umwandlung entgegensteht (weil diese eine Auflösung und Liquidation der Gesellschaft erfordert) gegen die Niederlassungsfreiheit, sofern eine derartige Umwandlung nach dem Recht des anderen Mitgliedstaates möglich ist¹⁰⁵ und nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Beschränkung rechtfertigen.¹⁰⁶ Diese Aussage beschränkt der EuGH allerdings auf die Umwandlung; für den Wegzug im Wege der Sitzverlegung hat sie somit keine Geltung¹⁰⁷.

In weiterer Folge befasst sich der EuGH mit Artt. 7 ff. SE-VO und weist darauf hin, dass eine – von der Kommission vorgeschlagene – analoge Anwendung des SE-Statuts schon deshalb nicht zum gewünschten Ergebnis führen kann, weil erstens nach Art. 7 SE-VO Sitz und Hauptverwaltung einer SE-VO in demselben Mitgliedstaat liegen müssen, und zweitens nach Art. 8 i.V.m. Art. 9 SE-VO die Sitzverlegung einer SE gerade zum Wechsel des (subsidiär) anwendbaren nationalen Rechtes führt.¹⁰⁸ Dass diese zweite Vorgabe mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, dürfte nach dem vorliegenden Urteil unzweifelhaft sein; auch gegen die erste Vorgabe scheint der EuGH keine allzu großen Bedenken zu hegen, wenngleich er zu dieser Frage mangels Relevanz für den Ausgangsfall keine Aussage trifft (näher dazu unter Punkt E.).

Der EuGH kommt zu folgendem Ergebnis: Die Vorschriften ungarischen Rechts, die es einer nach diesem Recht gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft ungarischen Rechts beizubehalten, verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit. Dementsprechend beantwortet der EuGH die Vorlagefrage wie folgt:

„Die Art. 43 EG und 48 EG sind beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten.“¹⁰⁹

¹⁰⁵ FROBENIUS, DStR 2009, 487 (490 f.), erblickt darin einen Widerspruch zum EuGH-Urteil in der Rs. *SEVIC*. Der vermeintliche Widerspruch ist dahingehend aufzulösen, dass der EuGH noch keine Aussage zu dem Fall getroffen hat, bei dem eine grenzüberschreitende Verschmelzung in keinem der beteiligten Mitgliedstaaten geregelt ist. Vgl. in diesem Zusammenhang auch BEHME/NOHLEN, BB 2009, 13 (14).

¹⁰⁶ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 111 ff.

¹⁰⁷ A.A. TEICHMANN, ZIP 2009, 393 (397 f.), der gerade das Wort „Umwandlung“ unterschlägt, was zu einer falschen Interpretation des EuGH-Urteils führen kann.

¹⁰⁸ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 115 ff. Die Beibehaltung des nationalen Rechts kann die Niederlassungsfreiheit daher nicht garantieren: TEICHMANN, ZIP 2009, 393 (394).

¹⁰⁹ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 125.

4.4. Was die Rs. *SEVIC* und *Cartesio* für die Herausverschmelzung bedeuten

Einleitend könnte man zu Recht die Frage aufwerfen, ob eine Erörterung des Rechtes einer nationalen Gesellschaft auf Herausverschmelzung durch Verabschiedung der internationalen VerschmelzungsRL obsolet geworden ist. Da die Thematik aber für sogenannte „Altfälle“ Relevanz haben könnte, ferner nur die Rechtsformen AG und GmbH unter den Anwendungsbereich der internationalen VerschmelzungsRL fallen, erscheint eine Erörterung weiterhin sinnvoll.

Der EuGH äußert sich in der Rs. *Cartesio* erstmals¹¹⁰ zu einer Herausumwandlung und postuliert in seinem Urteil *obiter* ein Recht darauf¹¹¹, dessen Beschränkung nur durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, sofern der Sitz(Mitglied)staat der aufnehmenden Gesellschaft eine derartige Umwandlung über die Grenze – aus seiner Sicht ein Fall der Hereinverschmelzung – zulässt. Der EuGH unterscheidet somit – wie auch der Verfasser dieses Beitrags¹¹² – den Fall der Herausverschmelzung daher von jenem des Wegzugs¹¹³.

¹¹⁰ Die Rs. *SEVIC* beschränkte sich auf den Fall der Hereinverschmelzung; ebenso SCHMIDT/MAUL, BB 2006, 11 (14); a.A. WENG, EWS 2008, 264 (269 m.w.N. in Fn. 50). Vgl. aber die Aussage des Generalanwalt TIZZANO, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, in Rz. 45, wonach aus der Rechtsprechung hervorgeht, dass „[...] ein Mitgliedstaat nach Art. 43 EG nicht nur die Niederlassung ausländischer Wirtschaftsbeteiligter im Inland nicht verhindern oder beschränken, sondern auch die Niederlassung inländischer Wirtschaftsbeteiligter in einem anderen Mitgliedstaat nicht behindern darf [mit Verweis auf EuGH v. 13.4.2000, Rs. C-251/98, Slg. 2000, I-2787, Rz. 28; EuGH v. 11.3.2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409, Rz. 42]. Mit anderen Worten sind sowohl Beschränkungen des ‚Zugangs‘ zum nationalen Hoheitsgebiet als auch Beschränkungen des ‚Weggangs‘ aus diesem Gebiet verboten.“. Vgl. neben den vorgenannten Fundstellen aus dem Schrifttum: KUNTZ, EuZW 2005, 524 (526), hielt auf dieser Grundlage eine Rechtsprechungswende des EuGH für möglich; a.A. SCHINDLER, ÖStZ 2005, 467 (471 f. mit Fn. 68). Vgl. indessen WACHTER, GmbHR 2006, 601 (602), wonach der EuGH „in keiner Weise zwischen Herein- und Herausverschmelzung [unterschied und] in den Urteilsgründen auch nicht auf den konkret zu entscheidenden Fall Bezug [nahm]“; ähnlich KIENINGER, EWS 2006, 49 (51 f.), wonach „die Diktion des EuGH eher den Schluss zu[lässt], dass er bei den Verschmelzungsfällen nicht zwischen der Wegzugs- und der Zuzugsperspektive differenzieren wird“; ebenso KALLMEYER/KAPPES, AG 2006, 224 (226); SEDEMUND, BB 2006, 519 (520 f.). Etwas vorsichtiger, aber in dieselbe Richtung: BAYER/SCHMIDT, ZIP 2006, 210 (211); M. DORALT, IPRax 2006, 572 (575); LUTTER/DRYGALA, JZ 2006, 770 (771 f.).

¹¹¹ Vgl. SETHE/WINZER, WM 2009, 536 (539); SCHULZ/SCHRÖDER, EWIR 2009, 141 (142).

¹¹² Vgl. i.d.S. bereits SCHINDLER, ÖStZ 2005, 467 (471 f.); DERS., ECFR 2006, 109 (117); DERS., in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (218 f.); a.A. etwa EIDENMÜLLER, JZ 2004, 24 (31); zum Streitstand vgl. LUTTER/DRYGALA, in: LUTTER (Hrsg.), UmwG I³ (2004) § 1 Rz. 21 mit Fn. 1 (alte Auflage). Vgl. auch LUTTER/DRYGALA, JZ 2006, 770 (772), wonach die Herausverschmelzung nicht *a limine* ausgeschlossen werden darf, gegenüber der Hereinverschmelzung aber erhöhte Beschränkungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten bestehen. Nach SCHÖN, ECFR 2006, 122 (142), kann die Reichweite bzw. der Schutzbereich des Art. 43 EG nicht davon abhängen, ob ein und derselbe Vorgang (konkret die grenzüberschreitende Verschmelzung) aus Inbound- oder Outbound-Sicht betrachtet wird.

¹¹³ RUHM/TOMS, GeS 2009, 48 (51), halten eine Differenzierung danach, ob durch die grenzüberschreitende Sitzverlegung eine Umwandlung stattfinden soll, für nicht überzeugend.

Die Begründung für diese Unterscheidung hatte der Verfasser dieses Beitrags bereits an anderer Stelle dargelegt¹¹⁴: Der grundlegende Unterschied der Hinausverschmelzung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung besteht darin, dass die übertragende Gesellschaft – gerade anders als die wegziehende Gesellschaft – nicht als Gesellschaft bzw. in einer Rechtsform des Wegzugsstaats weiterbesteht¹¹⁵. Je nach Art der Verschmelzung kommt es zur Aufnahme der übertragenden Gesellschaft entweder durch eine neu gegründete Gesellschaft oder durch eine bestehende Gesellschaft des Zuzugsstaats. Der Fall, dass die übertragende Gesellschaft die Rechtsform ihres (früheren) Sitzstaats exportiert¹¹⁶, ist somit – anders als im Fall der Sitzverlegung – nicht denkbar.¹¹⁷ Auch die von Generalanwalt MADURO (tendenziell) bejahte¹¹⁸ Frage, ob der Wegzugsstaat der Gesellschaft auftragen darf, ihre Satzung an die Rechtslage des Zuzugsstaats anzupassen, stellt sich hier nicht.

Folglich sind die Interessen des bisherigen Sitzstaats bei der Herausverschmelzung nicht mit jenen im Fall des Wegzugs vergleichbar. Vor diesem Hintergrund vertrat der Verfasser daher bereits an anderer Stelle¹¹⁹ die Ansicht, dass nationale Beschränkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer strengen Rechtfertigungsüberprüfung¹²⁰ zu unterziehen sind und ein absolutes, automatisches Verbot¹²¹ der (Heraus-)Verschmelzung über die Grenze einer derartigen Rechtfertigungsüberprüfung nicht standhalten würde, weil jedenfalls mildere Mittel zum Schutz der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses ersichtlich sind^{122, 123}.

¹¹⁴ Vgl. bereits SCHINDLER, RdW 2005, 467 (471 f.); für eine ausführliche Argumentation siehe DERS., in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (222 ff.).

¹¹⁵ SCHINDLER, ECFR 2006, 109 (117). Ebenso WENG, EWS 2008, 264 (269). Hingegen erblicken LUTTER/DRYGALA, in: LUTTER (Hrsg.), UmwG I³ (2004) § 1 Rz. 21 f. (alte Auflage), im Untergang der übertragenden Gesellschaft und der Annahme einer ausländischen Rechtsform ein Hindernis für die Bejahung der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Herausverschmelzung. Mit einem Verweis auf die Rechte der aufnehmenden Gesellschaft kommen die Autoren dann aber doch zu dem Ergebnis, dass eine Herausverschmelzung gemeinschaftsrechtlich geboten ist.

¹¹⁶ Vgl. LEIBL/HOFFMANN, RIW 2006, 161 (164), im Zusammenhang mit dem verminderten Bedarf für Verschmelzungsbeschränkungen im Fall der Hereinverschmelzung.

¹¹⁷ SCHINDLER, in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (222 ff.).

¹¹⁸ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 33. Kritik dazu bei GROHMANN/GRUSCHINSKE, EuZW 2008, 464; vgl. auch RINGE, ZIP 2008, 1072 (1073 f.).

¹¹⁹ Vgl. bereits SCHINDLER, RdW 2005, 467 (471 f.); für eine ausführliche Argumentation siehe DERS., in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (222 ff.).

¹²⁰ Zu denkbaren Rechtfertigungsmöglichkeiten siehe KUNTZ, EuZW 2005, 524 (527 f.).

¹²¹ Im Ergebnis gleicher Ansicht M. DORALT, IPRax 2006, 572 (576).

¹²² Vgl. auch GEYRHALTER/WEBER, DStR 2006, 146 (150); HUEMER, RWZ 2006, 65 (66); KLOSTER, GmbHR 2003, 1413 (1416); SCHÖN, ECFR 2006, 122 (142 ff.).

¹²³ KUNTZ, EuZW 2005, 524 (527), geht davon aus, dass sich das Urteil des EuGH in der Rs. SEVIC „mit umgekehrten Vorzeichen“ auf den Fall der Herausverschmelzung übertragen lässt, bleibt für diese These aber jegliche Begründung schuldig.

Bemerkenswert ist, dass der EuGH das Recht auf Herausumwandlung bejaht, ohne die *Daily Mail*-Doktrin aufzugeben; auch dies hat der Verfasser bereits an anderer Stelle vertreten¹²⁴.

Nicht zu folgen ist hingegen der im Schrifttum vertretenen Auffassung, dass sich das Recht auf Herausverschmelzung aus dem Zusammenspiel von Art. 48 EG mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Hughes de Lasteyrie du Saillant*¹²⁵ ergibt¹²⁶.¹²⁷ Ging man – wie der Verfasser dieses Beitrags – davon aus, dass die *Daily Mail*-Doktrin durch die gesellschaftsrechtlichen Urteile in den Rs. *Centros*, *Überseering* und *Inspire Art* nicht derogiert worden ist, folgt aus einem EuGH-Urteil betreffend den Wegzug einer natürlichen Person nicht notwendigerweise die Wegzugsfreiheit einer Gesellschaft, also die Aufgabe der *Daily Mail*-Doktrin. Die Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht fußt ja ganz wesentlich darauf, dass der Wegzugsstaat „Schöpfer“ der betroffenen Gesellschaft ist. Bei natürlichen Personen fehlt es naturgemäß an einer derartigen Wurzel.¹²⁸ Wenn nun aber der echte Wegzug einer Gesellschaft weiterhin behindert oder sogar versagt werden darf, ist nicht einzusehen, wieso auf dieser Grundlage die Herausverschmelzung zulässig sein soll. Zwar spricht und sprach sich der Verfasser für die Zulässigkeit der Herausverschmelzung aus, die Begründung über Art 48 EG und das Urteil in der Rs. *Hughes de Lasteyrie du Saillant* erscheint ihm aber ein Zirkelschluss zu sein, der das gewünschte Ergebnis nicht zu tragen vermag. Eine andere Frage ist, ob das Urteil in der Rs. *Hughes de Lasteyrie du Saillant* auf die Wegzugsbesteuerung von Gesellschaften übertragbar ist; dies ist aus Sicht des Verfassers mit der h.A. klar zu bejahen¹²⁹. Hierbei handelt

¹²⁴ Vgl. SCHINDLER, in: LIEBSCHER (Hrsg.), Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen (2008), 205 (222 ff.); vgl. indessen LEIBLE/HOFFMANN, RIW 2006, 161 (166), die eine Aufgabe der *Daily Mail*-Doktrin für erforderlich hielten.

¹²⁵ EuGH v. 11.3.2004, Rs. C-9/02, Slg. 2004, I-2409.

¹²⁶ So zuletzt M. DORALT, IPRax 2006, 572 (57 m.w.N. in Fn. 47); vgl. auch HUEMER, RWZ 2006, 65 (66). Der Hinweis auf EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805, Rz. 32, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, zumal der EuGH in der zitierten Urteilspassage zur Rs. *SEVIC* schlicht Nachweise für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der *Gebhard*-Formel (EuGH v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37) angeführt hat. Nur so lässt sich auch der zusätzliche Hinweis auf EuGH v. 21.11.2002, Rs. C-436/00, Slg. 2002, I-10829, verstehen. Auch TEICHMANN, ZIP 2006, 355 (357), hält die Rs. *Hughes de Lasteyrie du Saillant* für einschlägig, folgert daraus aber nicht unmittelbar die Zulässigkeit der Herausverschmelzung. In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung ebenfalls a.A. KOPPENSTEINER, Der Konzern 2006, 40 (41 mit Fn. 14); OECHSLER, NJW 2006, 812 (813).

¹²⁷ Im Zusammenhang mit der Rs. *Cartesio* vgl. auch WENG, EWS 2008, 264 (268 f.).

¹²⁸ Würde der EuGH die *Daily Mail*-Doktrin aufrechterhalten wollen, wäre eine Differenzierung durchaus möglich. Grundlegend zu den Unterschieden zwischen Gesellschaften und natürlichen Personen in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit TEICHMANN, ZIP 2006, 355 (358 f.).

¹²⁹ Vgl. etwa AIGNER/TISSOT, SWI 2004, 293 (295); EICKER/SCHWIND, EWS 2004, 186 (188); ISMER/REIMER/RUST, EWS 2004, 207 (216 f.); KOFLER, ÖStZ 2004, 195 (198 f.); SCHINDLER, IStR 2004, 300 (310); DERS., GeS 2004, 184 (189); SCHÖN, IStR 2004, 289 (296); DERS., Tax Notes International v. 12.04.2004, 197 (201 f.); SCHÖN/SCHINDLER, IStR 2005, 571 (575); SCHNITGER, BB 2004, 804 (807); WASSERMAYER, GmbHR 2004, 613 (615). A.A. BEISER, ÖStZ 2004, 282 (285); FRANZ, EuZW 2004, 270 (272). Für den Meinungsstand vor der Ent-

es sich nämlich um einen Vorgang, der unter den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fällt; gerade diese Vorfrage hat der EuGH in der Rs. *Cartesio* für die Verlegung des Verwaltungssitzes aber verneint.

4.5. Was die Rechtssache *Cartesio* für Art. 7 und 64 SE-VO bedeutet

Art. 7 SE-VO schreibt vor, dass Sitz und Hauptverwaltung einer SE in demselben Mitgliedstaat liegen müssen. Im Zusammenhang mit den EuGH-Urteilen betreffend die Rs. *Überseering* und *Inspire Art* wurde im Schrifttum die Frage aufgeworfen, ob Art. 7 Satz 1 SE-VO (und folglich Art. 64 SE-VO) mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. Die Meinungen hierzu sind uneinheitlich: Die herrschende Auffassung¹³⁰ verneint einen Verstoß gegen Art. 43 EG mit Verweis auf das Urteil in der Rs. *Daily Mail*. Der Verfasser dieses Beitrags hatte dies wie folgt begründet: Dem Gründungsstaat steht es als „Schöpfer“ der betreffenden Gesellschaft frei, die Verlegung des Verwaltungssitzes und/oder des Satzungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet einzuschränken. Haben es nationale Gesetzgeber in der Hand, den Wegzug der nach ihrer Rechtsordnung geschaffenen Gesellschaften zu beschränken, ja sogar zu versagen, muss dies auch für den Gemeinschaftsgesetzgeber gelten. Als „Gründungsstaat“¹³¹ kann er den Wegzug durch Sekundärrecht geschaffener Rechtsformen jedenfalls Beschränkungen unterwerfen (er könnte aber auch eine großzügigere

scheidung Rs. C-9/02 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*) am Beispiel des § 6 ASG siehe SCHINDLER, ISr 2004, 300 (304 mit Fn. 49). Zur SE siehe KESSLER/ACHILLES/HUCK, ISr 2003, 715 (719).

¹³⁰ SCHINDLER, RdW 2003, 122 (124 f.); TEICHMANN, 4 (2003) German Law Journal [GLJ] 309 (315); DERS., ZGR 2003, 367 (399 f.); EIDENMÜLLER, JZ 2004, 24 (31); LEIBLE, ZGR 2004, 531 (548 mit Fn. 76); LIND, Europäische Aktiengesellschaft (2004) 72 ff.; LOMBARDO/PASOTTI, ECGI Law Working Paper No. 19/2004, 12, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=493422>; SCHINDLER, wbl 2004, 253 (254 f.); SCHÖN/SCHINDLER, ISr 2004, 571 (572); THÖMMES, ET 2004, 22 (27); WENZ, ET 2004, 4 (9); GREDA in: KALSS/HÜGEL, SE-Kommentar (2004), § 5 Rz. 17; DIES., GesRZ 2004, 91 (94); FUCHS, in: MANZ/MAYER/SCHRÖDER, SE-Kommentar (2005), Art. 7 Rz. 11; HUNGER, in: JANNOTT/FRODERMANN (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft (2005), Kapitel 9 Rz. 24; SCHINDLER, in: ACHATZ/AIGNER/KOFLER/TUMPEL, Internationale Umgründungen (2005), 271 (275); OECHSLER, in: MünchKomm AktG² (2006) Art. 7 SE-VO Rz. 2; SCHWARZ, SE-VO (2006), Art. 7 Rz. 13 mit Fn. 31 und Rz. 16; ZIMMER/RINGE, in: LUTTER/HOMMELHOFF, SE-Kommentar (2008), Art. 7 SE-VO (§ 2 SEAG) Rz. 30. Zu Art. 64 SE-VO vgl. EHRICKE, in: LUTTER/HOMMELHOFF, SE-Kommentar (2008), Art. 64 SE-VO (§ 52 SEAG) Rz. 4; SCHÄFER, in: MünchKomm AktG² (2006), Art. 64 SE-VO Rz. 3; SCHWARZ, SE-VO (2006) Art. 7 Rz. 13 mit Fn. 31 und Rz. 16. A.A. HEMPEL, in: MAYER (Hrsg.), EUV EGV (2003) Art. 44 Rz. 46; RATKA, GeS 2003, 432 (434); M. KAROLLUS, in: FS FISCHER (2004) 163 (179 ff.); (differenzierend) RINGE, Die Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft (2006) 29 ff.; STORM, in: VAN GERVEN/STORM (Hrsg.), The European Company (2006), 3 (11); WYMEERSCH, ECGI – Law Working Paper No. 08/2003, 33, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=384802>; ZIEMONS, ZIP 2003, 1913 (1918).

¹³¹ EIDENMÜLLER, JZ 2004, 24 (31).

Regelung schaffen¹³²).¹³³ Sowohl der deutsche als auch der österreichische Gesetzgeber folgten dieser Ansicht und berücksichtigten sowohl die Regelungsermächtigung des Art. 7 Satz 2 SE-VO als auch den Regelungsauftrag des Art. 64 SE-VO¹³⁴.

In der Rs. *CARTESIO* hat sich zunächst Generalanwalt *MADURO* zur SE-Rechtslage geäußert¹³⁵. Seine Aussage, dass der Gründungsstaat Voraussetzungen festlegen darf, die Gesellschaften für eine Verlegung z.B. der Hauptverwaltung erfüllen müssen, wurde im Schrifttum auf Art. 7 SE-VO bezogen, und so verstanden, dass der Generalanwalt diese Regelung für gemeinschaftsrechtskonform hält¹³⁶. Auch der EuGH hat diese Regelung in seine Urteilsbegründung aufgenommen, ohne deren (mögliche) Unvereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht anzudeuten¹³⁷. Die herrschende Auffassung, die Art. 7 SE-VO (und folglich Art. 64 SE-VO) schon im Vorfeld für gemeinschaftsrechtskonform hielt, hat durch die Rs. *CARTESIO* jedenfalls Bekräftigung erhalten.¹³⁸

4.6. Zusammenfassung

Durch die jüngeren Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht sind grenzüberschreitende Umstrukturierungen in Europa in Gestalt der Verschmelzung nunmehr ausdrücklich möglich, während die Verlegung des Verwaltungssitzes vom Gründungsstaat einer nationalen Gesellschaft eingeschränkt werden kann. Daraus folgt, dass Unternehmen mitunter den Weg der Verschmelzung gehen müssen, um im Ergebnis eine Sitzverlegung über die Grenze zu erreichen. Man darf gespannt sein, wie stark die Unternehmen von diesen neuen Möglichkeiten Gebrauch machen werden. Die Regelung des Art. 7 SE-VO (und in weiterer Folge die in Art. 64 SE-VO geregelte Sanktion), wonach Sitz und Hauptverwaltung einer SE in demselben Mitgliedstaat liegen müssen, dürften nach dem gegenwärtigen Stand der EuGH-Rechtsprechung mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sein.

¹³² FROBENIUS, DSrR 2009, 487 (491).

¹³³ Vgl. auch EHRICKE, in: LUTTER/HOMMELHOFF, SE-Kommentar (2008), Art. 64 SE-VO (§ 52 SEAG) Rz. 4; ZIMMER/RINGE, in: LUTTER/HOMMELHOFF, SE-Kommentar (2008), Art. 7 SE-VO (§ 2 SEAG) Rz. 29.

¹³⁴ Vgl. §§ 2 und 49 SEAG (Deutschland) und § 5 SEG (Österreich).

¹³⁵ Generalanwalt MADURO, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 33.

¹³⁶ RINGE, ZIP 2008, 1072 (1073 f.); WELHELMI, DB 2008, 1611 (1614).

¹³⁷ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-0000, Rz. 115 ff.

¹³⁸ Vgl. i.d.S. auch ZIMMER/NAENDRUP, NJW 2009, 545 (549).

Literaturverzeichnis

- AIGNER: EuGH: Verhinderung des identitätswahrenden Wegzugs durch Sitzverlegung ins EU-Ausland zulässig, ECJ: Hungarian Rules on the Transfer of a Company's Operational Headquarter to Another Member State are in Line with the Freedom of Establishment, SWI 2009, 76 ff.
- AIGNER/KOFLER/TUMPEL: Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht, Wien 2004.
- AIGNER/TISSOT: Rs Hughes de Lasteyrie du Saillant – Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Wegzugsbesteuerungen innerhalb der EU, SWI 2004, 293 ff.
- BAYER/SCHMIDT: Der Schutz der grenzüberschreitenden Verschmelzung durch die Niederlassungsfreiheit, ZIP 2006, 210 ff.
- BAYER/SCHMIDT: Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, Inhalt und Anregung zur Umsetzung in Deutschland, NJW 2006, 401 ff.
- BEHEME/NOHLEN: Zur Wegzugsfreiheit von Gesellschaften – Der Schlussantrag von Generalanwalt Maduro in der Rechtssache Cartesio (C-210/06), NZG 2008, 496 ff.
- BEHEME/NOHLEN: EuGH: Cartesio – EuGH lehnt freie Verwaltungssitzverlegung ab, BB 2009, 11 ff.
- BEHRENS: Die neue Lektion aus Luxemburg zur internationalen Mobilität von Gesellschaften: Grenzüberschreitende Verschmelzungen sind möglich! EuZW 2006, 65 ff.
- BEISER: Die Wegzugsbesteuerung und das arm's length-Prinzip im Licht der Rechtsprechung „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, ÖStZ 2004, 282 ff.
- BEUL: SEVIC: Grenzüberschreitende Verschmelzung schon ohne Verschmelzungsrichtlinie, IStR 2006, 32 ff.
- BITTNER: Umwandlung über die Grenze. Umwandlung einer österreichischen GmbH durch Übertragung ihres Unternehmens auf den ausländischen Alleingesellschafter weiterhin zulässig, SWK 2003, W 113 ff.
- BLASY: Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – Die 10. gesellschaftsrechtliche Richtlinie, RdW 2006, 138 ff.
- BOLLACHER: Keine Verletzung der Niederlassungsfreiheit durch nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften – Besprechung zu EuGH, RIW 2009, 70 – Cartesio; RIW 2009, 150 ff.
- BRAKALOVA/BARTH: Nationale Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU bleiben zulässig DB 2009, 213 ff.
- BUNGERT: Grenzüberschreitende Verschmelzungsmobilität – Anmerkung zur Sevic-Entscheidung des EuGH, BB 2006, 53 ff.
- CORDEWENER: Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, Köln 2002.
- DI MARCO UA: 10. Bonner Europa-Symposiums in ZGR 1999, 1 ff.
- DORALT: OGH zur verschmelzenden Umwandlung über die Grenze – ein Meilenstein im internationalen Gesellschaftsrecht? GesRZ 2004, 26 ff.
- DORALT: OGH zur verschmelzenden Umwandlung über die Grenze nach Deutschland, NZG 2004, 396 ff.
- DORALT: Zur Verschmelzung auf eine Scheinauslandsgesellschaft, IPRax 2006, 572 ff.
- DORALT: Zur Sitzverlegung ins Ausland im Licht von Cartesio, RdW 2009, 255 ff.
- DORR/STUKENBORG: „Going to the Chapel“: Grenzüberschreitende Ehen im Gesellschaftsrecht – Die ersten transnationalen Verschmelzungen nach dem UmwG (1994), DB 2003, 647 ff.
- DRINHAUSEN/KEINATH: Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW 2006, 81 ff.
- DRYGALA: Die Mauer bröckelt – Bemerkungen zur Bewegungsfreiheit deutscher Unternehmen in Europa, ZIP 2005, 1995 ff.
- DRYGALA: Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, EWIR 2006, 25 ff.
- ECKERT: Die Überwindung der Palmström-Doktrin. Erfahrungsbericht über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ecolex 2002, 97 ff.

- EICKER/SCHWIND: EWS-Kommentar, EWS 2004, 186 ff.
- EIDENMÜLLER (Hrsg.): Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, München 2004.
- EIDENMÜLLER: Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 24 ff.
- EIDENMÜLLER/REHM: Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs: Konturen des Europäischen Internationalen Gesellschaftsrechts, ZGR 2004, 159 ff.
- FRANZ: Berührt „Hughes de Lasteyrie du Saillant“ die durch den Wegzug veranlasste Besteuerung von Kapitalgesellschaften in Deutschland, EuZW 2004, 270 ff.
- FRISCHHUT: Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften – ein Überblick über die Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie, EWS 2006, 55 ff.
- FROBENIUS: „Cartesio“: Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR 2009, 487 ff.
- FROTZ/KAUFMANN (Hrsg.): Grenzüberschreitende Verschmelzungen, Wien 2008.
- GESELL/RIEMER: „Outbound“ Cross-border Mergers Protected by Freedom of Establishment Annotation to the Decision of the Amsterdam District Court (Kantongerecht) 29 January 2007, EA 06-3338 166, ECFR 2007, 308 ff.
- GEYRHALTER/WEBER: Die Schlussanträge des Generalanwalts in Sachen *SEVIC Systems AG* – Niederlassungsfreiheit über Alles, NZG 2005, 837 ff.
- GEYRHALTER/WEBER: Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen *SEVIC Systems* und der Verschmelzungsrichtlinie, DStR 2006, 146 ff.
- GIESSEN: Internationales Umwandlungsrecht – zugleich eine Besprechung des Urteils „*Sevic Systems*“, IStR 2006, 224 ff.
- GOETTE: Niederlassungsfreiheit zwingt Nationalstaaten nicht zur Erlaubnis des uneingeschränkten Wegzugs von Unternehmen in anderen EU-Staat, DStR 2009, 121 ff.
- GROHMANN/GRUSCHINSKE: Die identitätswahrende grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung in Europa – Schein oder Realität? GmbHR 2006, 191 ff.
- GROHMANN/GRUSCHINSKE: Beschränkungen des Wegzugs von Gesellschaften innerhalb der EU, EuZW 2008, 464 ff.
- GRÜNWALD: Internationale gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsrichtlinie ante portas, ÖStZ 2004, 372 ff.
- HARRER: Internationale Verschmelzung, GesRZ 1995, 141 ff.
- HASENAUER: Neue Rechtsprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, OGH 20. 3. 2003, 6 Ob 283/02i, RdW 2003, 357 ff.
- HELBICH/WIESNER/BRUCKNER (Hrsg.): Handbuch Umgründungen, 1. Lieferung, Wien 2002.
- HIRTE/BÜCKER (Hrsg.): Grenzüberschreitende Gesellschaften, 2. Auflage, Köln 2005.
- HIRTE/MOCK: Grenzüberschreitende, verschmelzende Umwandlung, EWIR 2003, 595 ff.
- HOFFMANN: Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa? ZHR 2000, 43 ff.
- HOFFMANN: S.A. – ein Lehrstück des europäischen Gesellschaftsrechts, NZG 1999, 1077 ff.
- HUEMER: Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (Teil 1) – Auswirkungen der Entscheidung in der Rs *SEVIC Systems AG* auf das internationale Gesellschaftsrecht, RWZ 2006, 33 ff.
- HUEMER: Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften (Teil 2) – Auswirkungen der Entscheidung in der Rs *SEVIC Systems AG* auf das internationale Gesellschaftsrecht, RWZ 2006, 65 ff.
- ISMER/REIMER/RUST: Ist § 6 AStG noch zu halten? – Die Wegzugsbesteuerung auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts nach der Entscheidung des *Lasteyrie du Saillant*, EWS 2004, 207 ff.
- JANNOTT/FRODERMANN (Hrsg.): Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, Heidelberg 2005.
- JUNG: Hereinverschmelzung durch Aufnahme und Niederlassungsfreiheit: Anmerkung zum Vorlagebeschluß des LG Koblenz vom 16.9.2003, 4 HK.T 1/031, GPR 2/2003-04, 87 ff.
- KALLMEYER/KAPPES: Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach *SEVIC Systems* und der EU-Verschmelzungsrichtlinie, AG 2006, 224 ff.
- KALSS: Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, Wien 1997.
- KALSS/HÜGEL (Hrsg.): Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar, Wien 2004.

- KAPPES: Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, NZG 2006, 101 ff.
- KAROLLUS: Die Regelung des Sitzes in der SE-Verordnung. Zugleich zur Frage der Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, in: FS FISCHER (2004), 169 ff.
- KEPPLINGER: Grenzüberschreitende Verschmelzungen, zulässig – aber undurchführbar? wbl 2000, 485 ff.
- KESSLER/ACHILLES/HUCK: Die Europäische Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen nationalem Steuergesetzgeber und EuGH, IStR 2003, 715 ff.
- KIENINGER: Grenzüberschreitende Verschmelzungen in der EU – das SEVIC-Urteil des EuGH, EWS 2006, 49 ff.
- KINDLER: Ende der Diskussion über die so genannte Wegzugsfreiheit, NZG 2009, 130 ff.
- KLEINERT/SCHWARZ: Droht vom EuGH ein neues „Daily Mail“? Neue Vorlage zu Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit beim Wegzug in anderen EU-Staat, GmbHR 2006, R 365 ff.
- KLOSTER: EU-grenzüberschreitende Verschmelzungen sind (steuerneutral) durchführbar, GmbHR 2003, 1413 ff.
- KLOSTER: Grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse, Hamburg 2004.
- KOFLER: Aus der Rechtsprechung des EuGH: Hughes de Lasteyrie du Saillant: Französische „Wegzugsbesteuerung“ verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, ÖStZ 2004, 195 ff.
- KOPPENSTEINER: GmbHG, 2. Auflage, Wien 1999.
- KOPPENSTEINER: Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2006, 40 ff.
- KOROM/METZINGER: Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06, ECFR 2009, 125 ff.
- KRAFT/BRON: Defizite bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung – eine sekundärrechtliche Bestandsaufnahme, RIW 2005, 641 ff.
- KRAFT/BRON: Grundfreiheiten und grenzüberschreitende Verschmelzung im Lichte aktueller EuGH- Rechtsprechung (Sevic), IStR 2006, 26 ff.
- KRAUSE/KULPA: Grenzüberschreitende Verschmelzungen, ZHR 171 (2007) 38 ff.
- KUNTZ: Zur Möglichkeit grenzüberschreitender Fusionen, Die Schlussanträge in Sachen SEVIC Systems Aktiengesellschaft, EuZW 2005, 524 ff.
- KUNTZ: Internationales Umwandlungsrecht- zugleich eine Besprechung des Urteils „Sevic Systems“, IStR 2006, 224 ff.
- LEIBLE: Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, 531 ff.
- LEIBLE/HOFFMANN: Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Binnenmarkt nach „Sevic“ RIW 2006, 161 ff.
- LEIBLE/HOFFMANN: Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot, BB 2009, 58 ff.
- LENNERZ: Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, Köln 2001.
- LIND: Europäische Aktiengesellschaft, Wien 2004.
- LOMBARDO/PASOTTI: ECGI Law Working Paper No. 19/2004, 12 ff.
- LOUKOTA Doppelbesteuerungsabkommen im Einflussreich des Gemeinschaftsrechts in: FS NOLZ (2008), 131 ff.
- LÜDICKE (Hrsg.): Tendenzen der Europäischen Unternehmensbesteuerung, Köln 2005.
- LUTTER (Hrsg.): Umwandlungsgesetz Kommentar, Band I, 3. Auflage, Köln 2004.
- LUTTER/HOMMELHOFF (Hrsg.): SE-Kommentar, München 2008.
- LUTTER/DRYGALA: Internationale Verschmelzungen in Europa, JZ 2006, 770 ff.
- MANZ/MAYER/SCHRÖDER (Hrsg.): Europäische Aktiengesellschaft SE-Kommentar, München 2005.
- MAUL/TEICHMANN/WENZ: Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2633 ff.
- MAYER (Hrsg.): EUV EGV, Wien 2003.
- MEILICKE: Ausländische GmbH: Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen EU-Mitgliedsstaat als den Gründungsmitgliedstaat, GmbHR 2009, 91 ff.

- MEILICKE/RABBACK: Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Sevic* und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht, *GmbHR* 2006, 123 ff.
- MÜLLER: Die grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem neuen Richtlinienentwurf der EU-Kommission, *ZIP* 2004, 1790 ff.
- NAGEL: Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, *NZG* 2006, 97 ff.
- NEYE: Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, *ZIP* 2005, 1893 ff.
- NEYE: Regionalgericht Szeged, *EWiR* Art. 43 EG 1/06, 459 ff.
- NOWOTNY: Unternehmenszusammenschlüsse über die Grenze – Traditionelle Wege auch weiterhin gefragt? *ÖStZ* 2004, 384 ff.
- OECHSLER: Die Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, *NZG* 2006, 161 ff.
- OECHSLER: Die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen – Die *Sevic*-Entscheidung des EuGH, *NJW* 2006, 812 ff.
- PAEFGEN: Umwandlung über die Grenze – ein leichtes Spiel? *IPRax* 2004, 132 ff.
- PAEFGEN: Umwandlung, europäische Grundfreiheiten und Kollisionsrecht, *GmbHR* 2004, 463 ff.
- PAEFGEN: „*Cartesio*“: Niederlassungsfreiheit minderer Güte – Zum Urteil des EuGH vom 16.12.2008 („*Cartesio*“), *WM* 2009, 529 ff.
- PLUSKAT: Der neue Entwurf für eine europäische Verschmelzungsrichtlinie – Transnationale Fusionen in Europa damit in greifbare Nähe gerückt, *EWS* 2004, 1 ff.
- PRIEMAYER: Neues zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, *ecolex* 820 ff.
- RATKA: Aktuelle Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht, *GeS* 2004, 20 ff.
- RATKA: Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, *GeS* 2006, 52 ff.
- RATKA/RAUTER: *Cartesio* und das *ius vitae necisque* des Wegzugsstaates, *wbl* 2009, 62 ff.
- RAUTER: EuGH – Schlussanträge zur Rs. „*Cartesio*“, *JAP* 2008/2009, 51 ff.
- RICHTER: Der identitätswahrende Wegzug deutscher Gesellschaften ins EU-/EWR-Ausland auf dem Vormarsch (C-210/06 *Cartesio*), *IStR* 2008, 719 ff.
- RICHTER: Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat als den Gründungsmitgliedstaat, *IStR* 2009, 64 ff.
- RIEDER: EuGH-Rechtssache *Sevic*: Grenzüberschreitende Verschmelzung zulässig, *GeS* 2006, 4 ff.
- RINGE: Die Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft (2006), *Tübingen* 2006.
- RINGE: Anmerkung zu EuGH GA, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06, *ZIP* 2008, 1072 ff.
- RÜFFLER: Die Umwandlung auf den deutschen Alleingesellschafter – eine Kritik an der Entscheidung des OGH 6 Ob 283/02i, *GesRZ* 2004, 3 ff.
- RUHM/TOMS: EuGH Rechtssache *Cartesio* – Noch ein steiniger Weg zur gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit, *GeS* 2009, 48 ff.
- SCHINDLER: Europäische Aktiengesellschaft, *Wien* 2002.
- SCHINDLER: „Überseering“ und *Societas Europaea*: Vereinbar oder nicht vereinbar, das ist hier die Frage, *RdW* 2003, 122 ff.
- SCHINDLER: Das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, *wbl* 2004, 253 ff.
- SCHINDLER: *Hughes de Lasteyrie du Saillant* als Ende der (deutschen) Wegzugsbesteuerung? *IStR* 2004, 300 ff.
- SCHINDLER: Die EuGH – Entscheidung „*HUGHES DE LASTEYRIE DU SAILLANT*“ und ihre Auswirkungen auf die österreichische Wegzugsbesteuerung, *GeS* 2004, 184 ff.
- SCHINDLER, Gründung und Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung des österreichischen Ausführungsgesetzes, in: ACHATZ/AIGNER/KOFLER/TUMPEL: Internationale Umgründungen, *Wien* 2005, 271 ff.
- SCHINDLER: Schlussanträge in der Rs *Sevic* – Gemeinschaftsrecht ermöglicht grenzüberschreitende Verschmelzung, *ÖStZ* 2005, 467 ff.
- SCHINDLER, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – ein Vergleich der deutschen und der österreichischen Rechtslage, in: LIEB-

- SCHER (Hrsg.): Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Deutschland, Österreich und Polen, Baden-Baden 2008, 205 ff.
- SCHINDLER: Cross-Border Mergers in Europe – Company Law is catching up! – Commentary on the ECJ's Decision in SEVIC Systems AG, ECFR 2006, 109 ff.
- SCHMIDT/MAUL: Niederlassungsfreiheit: Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das nationale Handelsregister darf nicht verweigert werden – SEVIC Systems, BB 2006, 11 ff.
- SCHMITTMANN: Verschmelzung ausländischer Rechtsträger auf inländische Rechtsträger? StuB 2004, 47 f.
- SCHNITGER: Verstoß der Wegzugsbesteuerung (§ 6 AStG) und weiterer Entstrickungsnormen des deutschen Ertragssteuerrecht gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, BB 2004, 804 ff.
- SCHÖN: Die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften im System der Grundfreiheiten, in: FS LUTTER (2000), 685 ff.
- SCHÖN: Besteuerung im Binnenmarkt- die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, IStR 2004, ff.
- SCHÖN: Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union, Tax Notes International 2004, 197 ff.
- SCHÖN: The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders, ECFR 2006, 122 ff.
- SCHÖN/SCHINDLER: Seminar D: Zur Besteuerung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft, IStR 2005, 571 ff.
- SCHULTE-HILLEN/HIRSCHMANN: Die grenzüberschreitende Verschmelzung – Ein erster Überblick über den Entwurf der Richtlinie „über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten“, GPR 2/2003-04, 89 ff.
- SCHULZ/SCHRÖDER: Vereinbarkeit von Wegzugsbeschränkungen mit der Niederlassungsfreiheit („Cartesio“), EWiR 2009, 141 ff.
- SEDEMUND: EU-weite Verschmelzungen: Gesellschaftsrechtliche Vorgaben und steuerliche Implikationen des SEVIC-Urteils des EuGH vom 13.12.2005, BB 2006, 519 ff.
- SETHE/WINZER: Der Umzug von Gesellschaften in Europa nach dem Cartesio- Urteil, WM 2009, 536 ff.
- SIEMS: SEVIC: Der letzte Mosaikstein im Internationalen Gesellschaftsrecht der EU? EuZW 2006, 135 ff.
- SINEWE: Eintragungsfähigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen, DB 2005, 2061 ff.
- STRAUBE/AICHER (Hrsg.): Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, Wien 2005.
- TEICHMANN: Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, ZGR 2003, 367 ff.
- TEICHMANN: Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach „Sevic“, ZIP 2006, 355 ff.
- TEICHMANN: Zur Niederlassungsfreiheit in Wegzugsfällen, EWiR 2008, 397 ff.
- TEICHMANN: Cartesio – Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, 393 ff.
- THEISEN/WENZ (Hrsg.): Europäische Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Baden-Baden 2005.
- THÖMMES: EC Law Aspects of the Transfer of Seat of a SE; ET 2004, 22 ff.
- VAN GERVEN/STORM (Hrsg.): The European Company, Cambridge 2006.
- VAN HULLE/MAUL/DRINHAUSEN (Hrsg.): Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE), München 2007.
- VAVROVSKY: Grenzüberschreitende Verschmelzung. Die 10. gesellschaftsrechtliche RL und ein praktischer Fall, ecolex 2006, 952 ff.
- WACHTER: Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung und Niederlassungsfreiheit – Schlußanträge des Generalanwalts beim EuGH in der Rechtssache „Sevic“ R 285, GmbHR 2005, R 285 ff.
- WACHTER: Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, EWiR 2005, 581 f.
- WACHTER: Zur Frage der Eintragungsfähigkeit der Verschmelzung einer inländischen GmbH auf eine englische Limited in das Handelsregister von deren inländischer Zweigniederlassung, GmbHR 2006, 601 ff.
- WASSERMEYER: Steuerliche Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil „Hughes de Lasteyrie du Saillant“, GmbHR 2004, 613 ff.

- WENGER: Umwandlung über die Grenze, RWZ 2003, 205 ff.
- WENGLORZ: Die grenzüberschreitende Heraus- Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft: Und es geht doch! BB 2004, 1061 ff.
- WENIG: Die Rechtssache *Cartesio* – das Ende Daily Mails? EWS 2008, 264 ff.
- WERDNIK: Neue EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit – Rechtssache *Cartesio*, RWZ 2009, 70 ff.
- WERNER: Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht nach *Cartesio* und *Trabrennbahn*, GmbHR 2009, 191 ff.
- WIDMANN/MAYER (Hrsg.): Umwandlungsrecht Kommentar, Loseblatt, Stand: 96. Erg.-Lfg. / August 2007.
- WIESNER: Die grenzüberschreitende Verschmelzung und der neue Mitbestimmungskompromiss, DB 2005, 91 ff.
- WILHELMI: Der Wegzug von Gesellschaften im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, DB 2008, 1611 ff.
- WYMEERSCH: ECGI – Law Working Paper No. 08/2003, 33 ff.
- ZEHENTER/GRÖSS: OGH: Grenzüberschreitende Umwandlung auf deutschen Alleingesellschafter zulässig, *ecolex* 2003, 683 ff.
- ZIEMONS: Freie Bahn für den Umzug von Gesellschaften nach *Inspire Art*? ZIP 2003, 1913 ff.
- ZIMMER/NAENDRUP: Das *Cartesio*-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545 ff.

Page laissée blanche intentionnellement

5. EU Mergers and Exit Taxes

Harm J. van den Broek*

Abstract

Exit taxes hamper cross-border reorganisations and seat transfers. The Merger Directive only partially precludes exit taxation. It applies, for example, to a limited group of companies. It requires a remaining permanent establishment, and loss carry-over may evaporate. Furthermore, the host state is not obliged to register assets or shares received at market value, which easily results in double taxation. The Merger Directive needs improvement. From the SEVIC-case and Cartesio-case emerges that the freedom of establishment applies to cross-border mergers and to seat transfers if the migrating company continues to exist or is converted. Proportionate exit taxes may, however, be justified. The ECJ still has to specify the conditions for corporate exit taxation. But the European Commission actively challenges corporate exit taxes and the Cartesio-ruling encourages taxpayers to do the same.

5.1	Introduction	134
5.1.1	Exit Taxes and Migration	134
5.1.2	Exit Taxes and Mergers	135
5.1.3	Exit Taxes and the Merger Directive	136
5.2	The Freedom of Establishment	137
5.2.1	Individuals	137
5.2.1.1	The De Lasteyrie du Saillant-case	137
5.2.1.2	The N-case	139
5.2.2	Companies	140
5.2.2.1	The Daily Mail-case	141
5.2.2.2	The Überseering-case	142
5.2.2.3	Literature before the Cartesio-ruling	143
5.2.2.4	The Approach of EU Institutions	144
5.2.2.5	The Cartesio-case	147
5.2.2.6	The SEVIC-case	151
5.2.2.7	Conclusions	152
5.3	Merger Directive and Exit Taxes	152
5.3.1	Mergers	153
5.3.1.1	Roll-over Relief	153
5.3.1.2	The Permanent Establishment Requirement	154
5.3.1.3	Foreign Permanent Establishments	155
5.3.2	The Transfer of Seat	156
5.3.3	Comparison Mergers and Seat Transfer	157
5.3.4	The Philosophy behind the Merger Directive	159

* PhD researcher at the Tax Law Institute, Radboud University Nijmegen (the Netherlands) and tax adviser with the European Tax Law Group, Deloitte Eindhoven (the Netherlands). Any comments may be addressed at h.vandenbroek@jur.ru.nl. The text is based on a speech given on 27 October 2008 at the Max Planck Institute, Munich (Germany).

5.3.5	The Survivor of the Merger and the Paradox of the Merger Directive	160
5.3.6	Conclusions	163
5.4	The Freedom of Establishment and Exit Taxes on Cross-border Mergers	163
5.4.1	Introduction	163
5.4.2	Failing Grounds of Justification	164
5.4.2.1	The Loss of Tax Revenues	164
5.4.2.2	Prevention of Tax Avoidance	165
5.4.2.3	The Cohesion Principle	166
5.4.3	The Division of Taxing Powers in line with Territoriality	167
5.4.3.1	Introduction	167
5.4.3.2	Ground for Justification in the N-case	168
5.4.3.3	Appropriate to Attain the Objective?	175
5.4.3.4	Proportionate Measures?	176
5.4.4	Conclusions	180
Case Law		182
Literature		182

5.1 Introduction

5.1.1 Exit Taxes and Migration

When individuals or companies migrate to another country Member States are eager to safeguard their tax claims. Therefore Member States generally¹ levy exit taxes from both companies and individuals. A famous example of Member States' struggle to assure their tax base is offered by the Daily Mail case.²

Daily Mail was an English company which, in 1984, decided to transfer its residence from the United Kingdom to the Netherlands. Under British company law, which used to apply the incorporation system, companies incorporated under British law and having its registered office in the United Kingdom, were allowed to transfer their central management and control (real seat) abroad, without losing their legal personality or ceasing to be a British company.³ Daily Mail was in possession of assets with substantial latent capital gains. The principle reason for the transfer of the company's real seat was to enable Daily Mail, after establishing its residence for tax purposes in the Netherlands, to sell a significant part of its assets without having to pay capital gains tax in the United Kingdom.⁴ British exit taxes, to be levied on these latent capital gains on occasion of the seat transfer, did not exist. Therefore, the Treasury refused to grant its consent which was required by the Income and Corporation Taxes Act 1970, and consequently Daily Mail was prohibited from ceasing to be tax resident in the United Kingdom.⁵ The United Kingdom clearly feared to lose its tax claims on the assets which Daily Mail was about to carry abroad, since the United Kingdom would only retain its power to tax on UK sourced income.

¹ In 2003, Portugal did not levy any exit taxes in case companies transfer their head office abroad, IBFD, Survey on the Societas Europaea, 27.

² ECJ, case C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Rec. 1988, 5483.

³ ECJ, case C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Rec. 1988, 5483 (par. 3).

⁴ ECJ, case C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Rec. 1988, 5483 (par. 6).

⁵ ECJ, case C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Rec. 1988, 5483 (par. 5).

Nowadays, when companies transfer their tax residence and their business activities abroad, Member States applying the incorporation theory generally levy exit taxes on:

- latent capital gains on business assets and other assets which are transferred abroad; these assets are deemed to be disposed of at fair market value;
- fiscal reserves and provisions which are deemed to be wound up; and
- latent capital gains on participations in the migrating company (these latent capital gains are deemed to be realised by its shareholders).

Member States which apply the real seat theory, according to which migrating companies shall be liquidated, even tax all latent gains of the migrating company, whether the assets involved are transferred abroad or not.

It goes beyond saying that exit taxes hamper international migration of individuals and companies.⁶

In the first place, latent income is taxed at an earlier moment compared to the situation that these individuals or companies should not have transferred their residence abroad.

In the second place, the latent income is taxed at a moment when these gains are not actually realised, at a moment, therefore, when the migrating individuals or companies do not receive a cash flow out of which the exit tax can be paid.

And in the third place, the exit taxes are levied even though it is not certain that these potential gains will actually be realised. If the market value of participations or assets should happen to drop after the migration, taxes are levied on income which will never be earned.

5.1.2 Exit Taxes and Mergers

In case of cross-border mergers and other forms of cross-border reorganisations, Member States levy exit taxes which are basically similar to those levied on the transfer of the seat of a company.

If a company merges with a foreign company and carries all its activities abroad, the state of origin (the exit state) loses its tax claims on these activities and on the connected latent gains accrued prior to the reorganisation. Therefore states levy exit taxes on outbound mergers without the possibility to obtain merger relief, at least to the extent that the assets are transferred abroad and the state of origin loses its power to tax. By contrast, in case of domestic mergers, Member States generally grant merger facilities. The hidden reserves in the assets transferred are not taxed. The receiving company is obliged to register the assets at their former book values. In that way tax claims are rolled over to the company surviving the merger and future taxation of the latent gains by the Member State involved is assured. However,

⁶ See ECJ, case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, I-2409 (par. 48); ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 38).

domestic merger facilities usually do not apply to activities which are transferred abroad in case of outbound mergers.

5.1.3 Exit Taxes and the Merger Directive

Fortunately, within the European Community, merging companies can appeal to the Merger Directive⁷, as a result of which cross-border mergers are privileged. That, at least, would be a logic first thought. How disappointing it is, however, when we realise that the Merger Directive does not provide merger benefits to assets which are transferred abroad in the course of outbound mergers. The merger benefits with regard to latent capital gains on assets (Article 4), the carry over of provisions and reserves (Article 5), and the carry over of losses (Article 6) are all subject to the condition that after the reorganisation, a permanent establishment remains behind in the state of origin. Moreover, the merger benefits only apply to the extent that the assets involved remain connected to that permanent establishment. The merger benefits offered by the Directive do not apply to the assets which in the course of the reorganisation are transferred abroad and consequently do not remain subject to tax in the state of origin. The Merger Directive does not prevent exit taxation on these assets.

In this paper, I discuss the question to what extent exit taxes levied from companies on occasion of cross-border mergers are in line with the Merger Directive and the freedom of establishment as laid down in Articles 43 and 48 of the EC Treaty. I will make a comparison with the way in which the Merger Directive treats the seat transfer of companies. I will not discuss the way in which Member States tax the shareholders of the merging companies. Pursuant to Article 8 Merger Directive, Member States are not allowed to levy tax from these shareholders in the course of a reorganisation.

First of all, in paragraph 5.2, I discuss some of the most fundamental rulings of the European Court of Justice with regard to the migration of individuals and companies, and in particular the application of the freedom of establishment to these cases. I conclude paragraph 5.2 with a description of the SEVIC-case and the applicability of the freedom of establishment to cross-border mergers.

In paragraph 5.3 I describe to what extent the Merger Directive provides relief for companies taking part in cross-border reorganisations and for European Companies transferring their seat to other Member States. I make a comparison between the treatment of cross-border mergers and the transfer of the seat of an SE. I conclude by treating the issue of the double taxation which often follows the application of the Merger Directive.

In paragraph 5.4 I discuss the case-law of the European Court of Justice on exit taxes and its consequences for the question whether exit taxes levied on occasion of cross-border mergers are in line with the fundamental Treaty freedoms.

⁷ Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ 1990 L 225/1.

5.2 The Freedom of Establishment

The ECJ has never given a ruling on exit taxes of companies.⁸ The Court has ruled, however, with regard to similar exit taxes levied from migrating individuals in possession of substantial shareholdings in companies. Also when individuals transfer their residence abroad, Member States lose all or part of their fiscal jurisdiction and consequently tend to levy exit taxes. In this paragraph, I discuss some of the most fundamental rulings of the European Court of Justice with regard to the migration abroad of individuals and companies, and in particular the application of the freedom of establishment in these cases. I conclude with a description of the SEVIC-case⁹ in which the Court has determined, roughly said, that also cross-border mergers are subject to the freedom of establishment. This means that, to the extent that cross-border mergers are objectively comparable to the transfer of residence of individuals, the conditions on exit taxes put forward by the Court, may apply to mergers as well.

5.2.1 Individuals

Since the arrangements on the citizenship of the European Union are laid down in the EC Treaty per November 1, 1993, Article 18 EC¹⁰ contains the principle that “Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States”. Moreover, a national of a Member State who holds shares in the capital of a company established in another Member State, which gives him definite influence over the company's decisions and allows him to determine its activities, is exercising his right of establishment.¹¹ Therefore, where migrating individuals are able to invoke the application of Article 43 EC, any “restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited.” On March 19, 2009, the European Commission has decided to refer Spain to the European Court of Justice for its tax provisions which impose an exit tax on individuals who cease to be tax resident in Spain.¹² The ECJ has issued rulings in the following two similar exit tax cases.

5.2.1.1 The De Lasteyrie du Saillant-case

In the year 2004 the ECJ ruled in the *De Lasteyrie du Saillant* case.¹³ Mr. De Lasteyrie was owner of a substantial part of the shares in a French company. France used to tax the realised capital gains on such participations. In 1998, France had adopted

⁸ In the Daily Mail-case, the European Court of Justice had the possibility to express itself, in an obiter dictum, on exit taxes levied from companies, but the Court did not seize that occasion. Apparently it was not considered indispensable to reach a conclusion.

⁹ ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805.

¹⁰ Until May 1, 1999: Article 8a EC. Article 8a EC Treaty was introduced by the Treaty on the European Union of July 29, 1992, OJ 1992 C 191/1.

¹¹ ECJ, case C-251/98, Baars, Rec. 2000, I-2787 (par. 22).

¹² IP/09/431.

¹³ ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409.

a tax act which stipulated that taxpayers normally resident for tax purposes in France are taxable, at the date of the transfer of their residence from France to another state, on the increases in value in these securities. When Mr. De Lasteyrie migrated to Belgium in 1998, France imposed a tax assessment with regard to the latent capital gains, even though Mr. De Lasteyrie did not sell his shares. The tax assessment therefore had the character of an exit tax.

The first question which rose was whether Mr. De Lasteyrie could invoke Article 43 (then Article 52). Before the Court, the German and Netherlands Governments argued that the order for reference does not contain sufficient evidence that Mr. De Lasteyrie used the freedom of establishment. In his observations before the Court, Mr. De Lasteyrie, as one might expect, indicated that he moved his tax residence to Belgium for the purpose of carrying on his profession there.¹⁴ The Advocate General concluded on basis of this statement that either the freedom of establishment or the free movement of workers applied.¹⁵ Finally, the Court ruled that “in the absence of sufficient information on that point in the documents presented before the Court, it should be noted that (...) any assessment of the facts in the case is a matter for the national court (...) and that, in this case, the referring court appears to have concluded that Article 52 of the Treaty applies to the dispute before it.”¹⁶

The documents presented before the Court did not contain sufficient information as to determine the applicability of the freedom of establishment. There could be several reasons for this conclusion. One might wonder whether a controlling shareholding (which meets the *Baars-test*) of a migrating individual in a domestic company as such is subject to the freedom of establishment. As a result of the migration, a purely domestic situation turns into an international case. A second doubt could arise from the fact that the Court’s ruling does not indicate the amount of shares Mr. De Lasteyrie possessed at the moment of his emigration.¹⁷ Therefore it is not clear whether the *Baars-test* was met. The defence of Mr. De Lasteyrie, who argued that it was his purpose to carry on his profession in Belgium, should avoid both problems.

Assuming that the freedom of establishment applies, the ECJ ruled that the French exit tax restricts the exercise of that right.¹⁸ Although the objective envisaged was to prevent a taxpayer from temporarily transferring his tax residence before selling his securities with the sole aim of avoiding payment of tax on the capital gains, the exit tax could not be justified as anti-avoidance measure. The French tax law was aimed generally at any situation in which a taxpayer with a substantial holding transfers his tax residence outside France, but such transfer does not, in itself, imply tax

¹⁴ ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 19-20).

¹⁵ AG Mischo, 13 March 2003, ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 18-20).

¹⁶ ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 41).

¹⁷ Cfr. ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 12).

¹⁸ Cfr. ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 45).

avoidance.¹⁹ In other words, the measure went beyond what was strictly necessary and failed the proportionality test.

5.2.1.2 The N-case

In the year 2006, the ECJ ruled in the N-case²⁰ on a similar Dutch exit tax on substantial participations. On 22 January 1997,²¹ Mr. N, a Dutch national, migrated from the Netherlands to the United Kingdom. At the time he left the Netherlands, he was the sole shareholder of three Dutch companies, the management of which since that same date was transferred to Curaçao (Netherlands Antilles). Since 2002, N has been running a farm with an apple orchard in the United Kingdom.²²

The Dutch Court in Arnhem raised several preliminary questions to the ECJ. In particular, it asked whether Mr. N could rely on Article 18 EC, or alternatively, on Article 43 even though it was not clear or plausible from the outset that Mr. N would be pursuing in the United Kingdom an economic activity. Advocate General Kokott concluded that Article 43 does not apply “solely by the fact that a natural person who is the sole shareholder in a company moves his private residence from one Member State to another.”²³

The ECJ was not impressed by the apple orchard and practically considered it irrelevant.²⁴ The Court reminded of its Baars-ruling²⁵, and concluded that a 100% participation in a company seated in another Member State may fall within the freedom of establishment. Since the transfer of his residence, the Court ruled, Mr. N “has been living in one Member State and holding all the shares of companies established in another. It follows that, since that transfer, N has fallen within the scope of Article 43 EC”.²⁶

This ruling is interesting and somewhat curious. The Court ruled that after his migration, Mr. N has been holding all the shares of companies established in another Member State. Although the registered office of these companies remained

¹⁹ Cfr. ECJ, case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, I-2409 (par. 50-51).

²⁰ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409.

²¹ The Netherlands introduced an emigration tax per 1 January 1997. Most probably his tax adviser suggested Mr. N to emigrate before that date. The N-case seems a classic example of negligent implementation of tax advice.

²² ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 15). Mr. N apparently underlined his apple orchard in order to strengthen his appeal to the freedom of establishment. His move is understandable, taking into account, among others, that his companies have transferred their head offices to Curaçao.

²³ Advocate General Kokott, 30 March 2006, ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 57).

²⁴ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 24).

²⁵ ECJ, case C-251/98, *Baars*, Rec. 2000, I-2787.

²⁶ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 28).

within the Netherlands, the Court had ruled that the management of these companies (and therefore, I would say, their real seats) has been transferred to Curaçao.²⁷

Terra and Wattel consider it surprising that the ECJ decided the case on the basis of establishment; as the Dutch Antilles are not a part of the territory of the EC (see Article 299 EC). They deduct that the N-case implies that the right of establishment is engaged in a company incorporated in another Member State, even if the company is managed outside the EC.²⁸

The Court clearly ruled that the exit tax levied on occasion of the transfer of Mr. N's residence fell within the scope of Article 43 since, as a result of his migration, Mr. N holds the shares in "a company established in another Member State". Furthermore, the Court ruled that the Dutch tax system was likely to hinder the exercise of the freedom of establishment.²⁹

As I will discuss in paragraph 5.4, the ECJ accepted as such the ground of justification for the exit tax put forward by the Dutch government, being the objective to allocate between Member States, on the basis of the territoriality principle, the power to tax increases of value in company holdings. However, the Dutch tax law made the granting of deferral of the payment of that tax conditional on the provision of guarantees and did not take full account of reductions in value capable of arising after the transfer of residence by the person concerned and which were not taken into account by the host Member State.³⁰ Therefore, the Court considered the Dutch arrangement disproportionate.

From the N-case clearly appears that the migration of individual holders of substantial participations may as such be subject to the freedom of establishment. Exit taxes shall be in line with that fundamental freedom. Emigration as such cannot be considered abusive (*De Lasteyrie du Saillant*), but exit taxes may be justified by the necessity to allocate the power to tax on the basis of territoriality.

5.2.2 Companies

But what applies to individuals from a European perspective, does that apply to companies as well? The freedom of establishment may preclude Member States from levying exit taxes on latent capital gains in the hands of migrating individuals carrying their properties (substantial participations) abroad. To what extent does the freedom of establishment preclude Member States from levying exit taxes on latent

²⁷ The Advocate General points out three times that the companies were established on the Dutch Antilles, but she does not qualify that as an issue for the application of Article 43. AG Kokott, 30 March 2006, ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 32, 35, 40). *Idem* VAKSTUDIENIEUWS, Annotation to the N-case, V-N 2006/46.4.

²⁸ *TERRA/WATTEL*: European Tax Law, 40-41, 57; BURGERS, Annotation to the N-case, BNB 2007/22c, par. 7, provided that the shareholder is a resident of a Member State.

²⁹ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 39).

³⁰ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 73).

capital gains in the hands of companies transferring their tax residence and assets abroad? Until the recent *Cartesio*-ruling, the position of companies appeared to be completely different. In fact, before, the ECJ never ruled that the freedom of establishment includes the right to transfer the seat of a company abroad. Consequently, the ECJ has never examined exit taxes levied from migrating companies. The *Cartesio*-case was a partial breakthrough in a deadlock.

5.2.2.1 The Daily Mail-case

In the *Daily Mail* case, the description of which I started this paper with, the English company decided to transfer its tax residence from the United Kingdom to the Netherlands, which was allowed under British company law, but which was prohibited by the UK Treasury. In its appeal against the prohibition, *Daily Mail* stated that the Treasury's prohibition infringed upon the freedom of establishment. During the proceedings, the Commission argued that where the transfer of central management and control is possible under national legislation, the right to transfer it to another Member State is a right protected by Article 52 (nowadays Article 43) of the Treaty.³¹

The Court, however, referred to Article 220 EC which “provides for the conclusion (...) of agreements between the Member States with a view to securing the retention of legal personality in the event of transfer of the registered office³² of companies from one country to another”, and notices that no convention in this area has yet come into force. The Court ruled that the Treaty regards the question, whether – and if so how – the registered office or real head office of a company incorporated under national law may be transferred from one Member State to another, as a problem which is not resolved by the rules concerning the right of establishment. The freedom of establishment cannot be interpreted as conferring on companies a right to transfer their central management and control and their central administration to another Member State while retaining their status as companies incorporated under the legislation of the Member State of origin.³³

In other words, Member States remain free to apply either the real seat principle or the incorporation principle. The Member States remain free to decide about “life and death” of companies transferring their real seat abroad.

One of the things which makes *Daily Mail* problematic is the fact that British company law did allow companies to transfer their real seat abroad. The “life and death” of *Daily Mail* was not at stake. It was only the Tax Administration who feared to lose tax revenues.

³¹ ECJ, case C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*, Rec. 1988, 5483 (par. 14).

³² ECJ, case C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*, Rec. 1988, 5483 (par. 21). Note, however, that *Daily Mail* did not regard the transfer of the *registered office*, but the transfer of the centre of management, the real seat.

³³ ECJ, case C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*, Rec. 1988, 5483 (par. 21-24).

5.2.2.2 The Überseering-case

In the year 2002, in the Überseering-case³⁴, the ECJ confirmed its Daily Mail ruling. Überseering BV was a Dutch company which allegedly transferred its head office from the Netherlands to Germany, as was allowed under Dutch company law. Überseering had acquired a piece of land in Düsseldorf (Germany) and engaged NCC to refurbish a garage and a motel on the site in 1992. The contractual obligations were performed but Überseering claimed that the paint work was defective.

Überseering brought an action before the Regional Court in order to obtain damage compensation. The German Courts dismissed the action, finding that Überseering had transferred its actual centre of administration from the Netherlands to Düsseldorf once its shares had been acquired by two German nationals. As a company incorporated under Netherlands law, Überseering did not have legal capacity in Germany and, consequently, could not bring legal proceedings there. In the denying the company's legal capacity, the courts applied the German *Sitztheorie* in a straight forward manner. The German *Bundesgerichtshof* apparently was doubtful whether the denial of legal personality would infringe upon the freedom of establishment.

In the Überseering-case, the ECJ reminds what it has ruled in the Daily Mail-case. The Court does not mitigate the right of the state of origin to rule on the "life and death" of companies. The Court however specified that it did not intend to recognise a Member State as having the power, vis-à-vis companies validly incorporated in other Member States and found by it to have transferred their seat to its territory, to subject those companies' effective exercise in its territory of the freedom of establishment to compliance with its domestic company law.³⁵ The Court, on the contrary, ruled that the freedom of establishment applies to the rules which the host state applies to a company which is validly incorporated in a Member State where it has its registered office if that company is deemed, under the law of the host Member State, to have moved its actual centre of administration to the host state.³⁶ Consequently, Germany shall recognise the legal personality of Überseering BV.

One of the points I consider interesting in this case, is the fact that the Court refers to the (alleged) transfer of the real seat of Überseering as "the (effective) exercise of the freedom of establishment".³⁷ It seems quite a paradox: the right of establishment does not confer companies the right to transfer their head office, but if these companies transfer their head office they exercise the right of establishment.

³⁴ ECJ, case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec. 2002, I-9919.

³⁵ ECJ, case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec. 2002, I-9919 (par. 72).

³⁶ ECJ, case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec. 2002, I-9919 (par. 52).

³⁷ ECJ, case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec. 2002, I-9919 (par. 72-73).

5.2.2.3 Literature before the Cartesio-ruling

Many scholars³⁸ have been critical of the point of view of the ECJ in the Daily Mail ruling.

Terra and Wattel deduct from Daily Mail and Überseering that Member States may stop recognizing companies incorporated within their jurisdiction if they transfer their real seat abroad, which apparently implies the freedom to (currently) tax companies upon their emigration, where this would not be allowed upon the emigration of an individual.³⁹ If the exit State may legally kill the company upon emigration, it may also tax it upon emigration.⁴⁰

This raises the question whether exit taxes may be levied if the exit State is *not* allowed to legally kill the company upon emigration, as in the case of an SE or SCE. And may exit taxes be levied if Member States are allowed to legally kill companies but refrain from doing so, applying the incorporation principle? Can these companies appeal to the freedom of establishment?

According to Meussen⁴¹ there is no principle difference between migrating companies and migrating non-incorporated entrepreneurs. Albert,⁴² on the other hand, considers it conceivable that the ECJ will allow (the Dutch) exit taxation from migrating companies. Zuijendorp, civil servant at the Commission, argues that De Lasteyrie du Saillant shall also be applied to exit taxes levied from migrating companies,⁴³ which means that in his view the freedom of establishment applies. Te Boekhorst thinks that a Dutch company which transfers its seat and activities abroad, is, according to Daily Mail, not protected by the freedom of establishment, but this might be different in case of a European Company which maintains its legal personality.⁴⁴ Kemmeren argues that in Daily Mail the ECJ did not answer the part of the first preliminary question which regarded exit taxation. Therefore, Daily Mail, which is superseded by later case-law, does not justify exit taxation levied from companies. Kemmeren argues that a migrating company can appeal to the freedom of establishment if, in the course of its emigration, it does not cease to exist and continues to be a company. This applies both to the transfer of the real seat and the

³⁸ WEBER, Vpb 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2007/1251 (par. 2.5.6), is surprised by the narrow view of the ECJ. TERRA/WATTEL, European Tax Law, 787-789, consider the ruling puzzling, and do not see why the Court should exercise more judicial restraint in company law cases than it does in tax law.

³⁹ TERRA/WATTEL, European Tax Law, 56, 529.

⁴⁰ TERRA/WATTEL, European Tax Law, 788.

⁴¹ MEUSSEN, Annotation to the De Lasteyrie-case, BNB 2004/258c (par. 7).

⁴² ALBERT, HvJ EG: Franse exit-heffing over vennootschapsrechten strijdig met EG-recht, NTFR 2004/397 (par. 12).

⁴³ ZUIDENDORP, Is er een toekomst voor exitheffingen in de EU na “De Lasteyrie” en “N.”?, in: SMIT, Verslag van het EFS-seminar “Exitheffingen in Europa”, WFR 2006/835 (par. 2).

⁴⁴ TE BOEKHORST, Exitheffingen in de winstfeer EU-proof?, in: SMIT, Verslag van het EFS-seminar “Exitheffingen in Europa”, WFR 2006/835 (par. 4). Note, however, that also a Dutch company which transfers its head office abroad maintains its legal personality.

statutory seat.⁴⁵ According to Van de Streek,⁴⁶ exit taxation in case of a seat transfer of an SE is subject to the freedom of establishment. Weber notes that according to the Daily Mail ruling, the freedom of establishment does not apply to the transfer of the real seat of a company which is established under the incorporation principle, even if such company does not lose its legal personality. Weber wonders whether the ECJ would continue to rule so if it is clear that an exit tax is not linked to the continuation of legal personality.⁴⁷ Terra and Wattel do not state whether migrating companies could appeal to the freedom of establishment.

In my view, from the case law of the ECJ before the *Cartesio*-ruling could be concluded that *if* national (or European) law allows companies to transfer their real seats or statutory seats abroad without being liquidated *then* the freedom of establishment applies to such cross-border seat transfers. In that case, exit taxes may be levied to the extent that they are in line with that fundamental freedom, in practice that they shall be adequate and proportionate. This would lead to the curious result that Member States adhering to the real seat principle may levy any kind of exit taxes, while those of the Member States adhering to the incorporation principle shall meet the requirements of Article 43.

5.2.2.4 The Approach of EU Institutions

In the year 2001 the Regulation on the Statute of the European Company⁴⁸ was adopted, which provides for the creation of European public limited liability companies (*Societas Europaea*, or SE). Article 8 of the Regulation grants European Companies the right to transfer their head office and statutory seat abroad without being wound up and liquidated. The Regulation therefore confers a right which, under the case-law of the ECJ before the *Cartesio* ruling, the freedom of establishment doesn't confer.

In 2005 the Merger Directive 1990/434 was amended by Directive 2005/19⁴⁹, among others in order to bring it in line with the Regulation on the European Company. A new arrangement was introduced, consisting of the Articles 10b-10d, which provide tax benefits on behalf of SE's and SCE's transferring their registered office and head office to another Member State. Paragraph 6⁵⁰ of the Preamble of Directive 2005/19 states:

“(6) The transfer of the registered office is a means of exercising freedom of establishment as provided for in Articles 43 and 48 of the Treaty.”

⁴⁵ KEMMEREN, Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar, WFR 2004/1613 (par. 6.2).

⁴⁶ VAN DE STREEK, Omzetting van rechtspersonen, 332.

⁴⁷ WEBER, Vpb 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, WFR 2007/1251 (par. 2.5.6).

⁴⁸ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), OJ 2001 L 294/1.

⁴⁹ Council Directive 2005/19/EC of 17 February 2005 amending Directive 90/434/EEC 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ 2005 L 58/19.

⁵⁰ Also KEMMEREN, Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar, WFR 2004/1613, par. 6.2, refers to paragraph 6 of the Preamble.

In drafting the Preamble, the Commission expresses its consideration that the transfer of the registered office by a European Company is subject to the freedom of establishment. Also the European Economic and Social Committee is of that opinion and states that “this freedom should not be impaired by tax provisions”.⁵¹

This seems to indicate that the freedom of establishment grants the right to transfer the seat of a company.

After the Court ruling in the *De Lasteyrie-case* in 2004, and only 3 months after the ECJ ruling in the *N-case*, on December 19, 2006, the European Commission issued its communication on exit taxes.⁵² In the Communication, the Commission expresses its opinion that the *De Lasteyrie-ruling* has direct implications on exit tax rules on companies.⁵³ In case of the transfer of a seat of an SE, the freedom of establishment applies to the assets which do not remain connected to a permanent establishment and which are taxed.⁵⁴ Member States may impose reasonable obligations, such as a simple annual statement from the taxpayer that it continues to possess the assets and a final statement of disposal or of subsequent transfer. Member States may offer the voluntary option for immediate taxation.⁵⁵

The Commission seems eager to apply the principles of the *De Lasteyrie-case* to companies. The Commission, however, fails to address the preliminary question whether the transfer of the seat of a company is covered by the freedom of establishment. The Commission simply assumes that companies have the right to transfer their seat abroad. But at the time of the Communication on exit taxes that was not an *acte claire* at all. The ECJ has had the opportunity to reconsider its position in the *Cartesio-case* (see par. 5.2.2.5). The Commission furthermore does not address the issue of exit taxes levied on occasion of cross-border reorganisations, and that is a pity.

Recently, on September 18, 2008, the European Commission has formally requested Sweden to change its tax provisions which impose an exit tax on companies ceasing to be taxable in Sweden.⁵⁶ Under Swedish Law⁵⁷ an exit tax is levied on unrealised capital gains, and on deductions made for the untaxed reserves if the company is no longer taxable in Sweden upon a change of the seat or place of effective management. Such provisions are likely to dissuade companies from benefiting from the freedom of establishment and, as a result, constitute a restriction. Accord-

⁵¹ OJ 2004 C110/32 (par. 3.5.4.1).

⁵² COM(2006)825 final.

⁵³ The Commission reminds that the *Lasteyrie-case* generally refers to the term of “taxpayer” instead of merely referring to taxation of individuals, COM(2006)825 final, par. 3.1. Moreover, in the *SEVIC-ruling* on mergers of companies, the ECJ refers to the *Lasteyrie-case*. The Commission does not explicitly refer to other companies than SEs, but they seem to be included in the expression “taxpayer”.

⁵⁴ COM(2006)825 final (par. 3.1).

⁵⁵ COM(2006)825 final (par. 3.1).

⁵⁶ IP/08/1362, 2007/2372.

⁵⁷ Mainly Chapter 22, Section 7, 1st Paragraph read in conjunction with Chapter 22, Section 5, 4th Paragraph, and Chapter 30, Section 8, 4th Paragraph of *Inkomstskattelagen*.

ing to the Commission, the provisions are incompatible with the freedom of establishment as guaranteed by Article 43 of the EC Treaty and Article 31 of the EEA Agreement.⁵⁸ The Commission's opinion is based on the *De Lasteyrie du Saillant*-case, as well as on the Commission's Communication on exit taxation of 2006. Compared to the Courts case-law, the Commission has an active and progressive approach.

And on 27 November 2008, the European Commission has formally requested Portugal and Spain to change their tax provisions.⁵⁹ Under Spanish and Portuguese law, when a resident company transfers its residence to another Member State or when a permanent establishment ceases its activities or transfers assets abroad, unrealised capital gains are included in the taxable base, while that is not required in purely domestic operations. Moreover, in case a Portuguese company transfers its seat and place of effective management abroad, its shareholders are taxed with regard to the unrealised capital gains on their participations. According to the Commission, these arrangements constitute a restriction of the freedom of establishment.

On 2 December 2008 the Council has adopted a Council Resolution⁶⁰ on coordinating exit taxation, providing guiding principles based on a merely political commitment, without any obligation of implementation. The Resolution envisages a tax treatment in case of the transfer abroad of a company's residence or its activities. If the exit State taxes the unrealised capital gains and the winding up of reserves, the host state is invited to register the assets at market value and to provide for the creation of reserves or provisions resulting in tax deduction in the year of creation. In this way, the Resolution aims at preventing double taxation. Unfortunately, the Resolution covers seat transfers, but not cross-border mergers, and it does not preclude or discourage exit taxation. It is useful that the host state shall register the assets at market value. This is more a problem in case of cross-border mergers than in case of seat transfers (see paragraph 5.3.5).

So nowadays we may say that both the Commission, who proposed the 2005 amendment to the Merger Directive, and the European Parliament, who approved that proposal, and the Member States who adopted the proposal, and most scholars, are of the opinion that the freedom of establishment includes the right for companies to transfer their real seat abroad.

If we consider the *Überseering* ruling, which referred to the *Daily Mail* case without the ECJ renouncing its prior position, there seemed to be little reason for the ECJ to suddenly change its case-law. The ECJ has never appeared impressed by the Commission's view of companies' right to transfer their real seat abroad, and neither by the view of scholars. There seemed little reason for the ECJ to suddenly change its position. The *Daily Mail* ruling of the ECJ could not be regarded a fossil of an era which has passed long time ago. And then the ECJ delivered its *Cartesio*-ruling.

⁵⁸ If the freedom of establishment precludes exit taxes in case of seat transfers to EEA Member States, it applies, for example, to the seat transfer of an SE from Sweden to Norway.

⁵⁹ IP/08/1362, 2007/1813.

⁶⁰ Council Resolution on coordinating exit taxation, 2 December 2008, 16412/08, FISC 176.

5.2.2.5 The Cartesio-case

The ECJ was put at the test in the Cartesio-case.⁶¹ The Cartesio-case regarded a Hungarian limited partnership which in 2005 wanted to transfer its head office from Hungary to Italy, while maintaining its registered office in Hungary. The Hungarian commercial register refused to enter this change of address of the operational headquarters, since Hungarian commercial law, which applies the *Sitztheorie*, requires to wind up the Hungarian company and reconstitute an Italian company. In the course of the proceedings, the European Commission has, not surprisingly, expressed its opinion that the Articles 43 and 48 apply and that the Hungarian legislation restricts the right of establishment.⁶²

On 22 May 2008, Advocate General Poiares Maduro has considered the transfer of the operational headquarters to Italy as “the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in another Member State for an indefinite period”⁶³ to which the right of establishment applies.⁶⁴ The case-law on the right of establishment of companies has developed since the ruling in *Daily Mail* and the Court’s approach has become more refined, the Advocate General concluded.⁶⁵ Despite what the ruling in *Daily Mail* seems to suggest, the Court does not, a priori, exclude particular segments of the laws of the Member States from the scope of the right of establishment. It is impossible, in his view, to argue on the basis of the current state of Community law that Member States enjoy an absolute freedom to determine the ‘life and death’ of companies constituted under their domestic law, irrespective of the consequences for the freedom of establishment.⁶⁶

The Advocate General concluded that the freedom of establishment precludes national rules which make it impossible for a company constituted under national law to transfer its operational headquarters to another Member State.

Poiares Maduro showed to be an Advocate of change. His Opinion meant, that the freedom of establishment grants the Hungarian company the right to transfer its real seat to Italy. Certain exceptions to the freedom of establishment could be justified, thus the Advocate General, but Hungary did not put forward any justification.

The question could rise what the consequences would be if the ECJ followed the conclusion of the Advocate General that the freedom of establishment grants companies the right to transfer their real seat abroad. With regard to the provisions of company law, Member States might be obliged to abolish certain elements of the *Sitztheorie* which qualify as a restriction of that freedom unless they can be justified. With regard to company taxation, it would mean that the ECJ can materially examine

⁶¹ ECJ, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, [not yet published].

⁶² Opinion Advocate General, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (par. 24).

⁶³ The ECJ applies that criterion for the application of the freedom of establishment in the case ECJ, case C-221/89, *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, Rec. 1991, I-3905 (par. 20, 22).

⁶⁴ Opinion Advocate General, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (par. 25).

⁶⁵ Opinion Advocate General, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (par. 27).

⁶⁶ Opinion Advocate General, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (par. 30-31).

whether exit taxes levied on occasion of such a transfer are in line with the freedom of establishment, as the Commission would like.⁶⁷

In its ruling of 16 December 2008, the ECJ repeated⁶⁸ much of its Daily Mail and Überseering rulings. The ECJ concluded that a Member State has the power to define both the connecting factor required of a company if it is to be regarded as incorporated under the law of that Member State and, as such, capable of enjoying the right of establishment, and the connecting factor required if the company is to be able subsequently to maintain that status. That power includes the possibility for that Member State not to permit a company governed by its law to retain that status if the company intends to reorganise itself in another Member State by moving its seat to the territory of the latter, thereby breaking the connecting factor required under the national law of the Member State of incorporation.⁶⁹ In other words, Cartesio could not appeal to the freedom of establishment and Hungary was allowed to refuse the registration of the new Italian head office of Cartesio since Cartesio chose to maintain its status under Hungarian law. The ECJ explicitly distinguished the question whether a company possesses and maintains the nationality of its Member State of incorporation from the question whether an existing company from a Member State is faced with a restriction of his right of establishment.⁷⁰ If, under Hungarian law, a company which transfers (merely) its head office loses its legal personality, then it cannot invoke the freedom of establishment.

While it might seem disappointing that the ECJ did not follow Poiarés Maduro's Opinion, the Cartesio-ruling is still regarded an important milestone⁷¹ as a result of the Court's observations, in an *obiter dictum*,⁷² concerning a seat transfer with consequent change of company statute. Shortly before the Cartesio-ruling, Van de Streek⁷³ could still argue that, under the present ECJ case-law, only the prohibition of inbound transformations restricts the freedom of establishment, not the prohibition of outbound transformations. However, the ECJ distinguishes the Cartesio-case, a seat transfer without change of company statute, from the situation where a company governed by the law of one Member State moves to another Member State with an attendant change as regards the national law applicable. In the latter situation the company is converted into a form of company which is governed by the law of the Member State to which it has moved. In that case, the power on 'life and death' of companies cannot justify the Member State of incorporation, by requiring the wind-

⁶⁷ Cfr. the Commissions procedure against the Swedish exit tax. In my view, even before the Cartesio-ruling, the ECJ could already examine whether exit taxes are in line with the freedom of establishment, if national law or EC law allows a company to transfer its statutory or real seat abroad.

⁶⁸ ECJ, case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, [not yet published], par. 105-108.

⁶⁹ ECJ, case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, [not yet published], par. 110.

⁷⁰ ECJ, case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, [not yet published], par. 123.

⁷¹ VAN VEEN, Europeesrechtelijke perikelen, Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie, TvOB, 2009-1, par. 3; BELLINGWOUT, Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, WFR 2009/217.

⁷² ECJ, case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, [not yet published], par. 111-113.

⁷³ VAN DE STREEK, Omzetting van rechtspersonen, 306.

ing-up or liquidation of the company, in preventing that company from converting itself into a company governed by the law of the other Member State, if it is permitted under the law of the host state to do so. Such a barrier to the actual conversion of such a company, without prior winding-up or liquidation, into a company governed by the law of the Member State to which it wishes to relocate constitutes a restriction on the freedom of establishment, unless it serves overriding requirements in the public interest. The power on ‘life and death’ of companies far from implies that national legislation on the incorporation and winding up of companies enjoys any form of immunity from the rules of the freedom of establishment, thus the Court. According to the ECJ, the exit state is obliged to allow outbound transformations if the host state allows foreign companies to transform into companies governed by the law of that host state. Host states adhering to the incorporation principle, like the Netherlands,⁷⁴ generally do not permit inbound transformations, however Italy is an exception.⁷⁵

It is surprising that the ECJ took the occasion to rule on the legal transformation of a company, since that was not at stake in the *Cartesio*-case.⁷⁶ It is remarkable that the ECJ does not explain its new but unclear exception made to the *Daily Mail* doctrine, neither its reason nor its scope.⁷⁷

Important is the general decision of the ECJ that Member States’ power to define both the connecting factor required of a company if it is to be regarded as incorporated under the laws of that Member State and that required if the company is to be able subsequently to maintain that status, far from implies that national legislation on the incorporation and winding-up of companies enjoys any form of immunity from the rules of the freedom of establishment.⁷⁸ It is just one example of the lack of immunity, that Member States may not preclude companies from transferring both their statutory and real seat while transforming into a foreign legal body. For instance SEs are allowed to transfer both their real seat and their statutory seat, while transforming into an SE governed by the SE Regulation and by the law of the host Member State. From the *Cartesio*-ruling emerges that such an SE’s seat transfer is doubtlessly subject to the freedom of establishment. Future case law of the ECJ will have to provide other examples of the lack of immunity of Member States’ power on ‘life and death’ of companies, possibly in the field of exit taxation.

Exit taxation

Scholars have reacted quite differently regarding the impact of the *Cartesio*-ruling to exit taxation.

⁷⁴ VAN VEEN, Europeesrechtelijke perikelen, Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie, TvOB, 2009-1, par. 4.3.

⁷⁵ BELLINGWOUT, *Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na *Daily Mail*, WFR 2009/217, par. 7.1.

⁷⁶ VAN VEEN, Europeesrechtelijke perikelen, Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie, TvOB, 2009-1, par. 3.

⁷⁷ VAKSTUDIENIEUWS, Annotation to the *Cartesio*-case, V-N 2009/6.22.

⁷⁸ ECJ, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató* bt, [not yet published], par. 110-111.

According to Pronk it remains unclear whether the ECJ has changed its thoughts concerning exit taxation.⁷⁹ Vakstudienieuws⁸⁰ considers it evident that exit taxation from real seat states is possible, since migrating companies are wound up and liquidated. The *Cartesio*-case does not shed light on exit taxes levied by incorporation states, like the Netherlands. Immediate exit taxation might be problematic, and a milder variant might be required, such as the protective assessment from the *N*-case. According to Koerts,⁸¹ it seems possible that exit taxes have to be examined in the light of the freedom of establishment. From the fact that the life and death of companies is not immune to the freedom of establishment, she deduces that exit taxation is not immune either. Thomas⁸² states that, under the Dutch incorporation system, the transfer of the fiscal residence is independent from the transfer of the statutory seat of a company. Therefore, the Dutch company law does not justify exit taxation. Thomas concludes that only domestic company law can be invoked in order to justify arrangements which hamper emigration. Bellingwout⁸³ briefly points out that it is finally made clear that Dutch exit taxes can be examined against the freedom of establishment. He concludes that exit taxation does not enjoy immunity from the freedom of establishment, and that the question will be when restrictions can objectively be justified.

In my view, from the *Cartesio*-case emerges that if a company continues to exist under the applicable company law in case of a seat transfer, then it can invoke the freedom of establishment. SEs transferring their registered office and head office can invoke the freedom of establishment, and exit taxation shall be in line with that fundamental freedom. Differently from the *Daily Mail*-case and the *Cartesio*-case, the Dutch incorporation system allows its limited liability companies (NVs and BVs) to transfer their real seat abroad while maintaining their registered office within the Netherlands. These companies do not need to convert into foreign legal bodies in order to continue to exist. Also Dutch exit taxation shall therefore be in harmony with the freedom of establishment. Also if *Cartesio*, or a German AG, would migrate to a real seat state which allows the conversion into a domestic company, exit taxation shall be in line with the freedom of establishment. But if the host state applies the incorporation system and does not allow such conversion, the freedom of establishment does not preclude the state of origin from winding up and liquidating the company nor from levying exit taxes.⁸⁴ With regard to exit taxation, migrating companies are therefore dependent on the company law of both the state of origin

⁷⁹ PRONK, Annotation to the *Cartesio*-case, NTFR 2009/46.

⁸⁰ VAKSTUDIENIEUWS, Annotation to the *Cartesio*-case, V-N 2009/6.22.

⁸¹ KOERTS, Houdbaarheid van exithellingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europeesrechtelijk perspectief, WFR 2009/532.

⁸² THOMAS, Annotation to the *Cartesio*-case, FED 2009/10.

⁸³ BELLINGWOUT, *Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na *Daily Mail*, WFR 2009/217, par. 8-9.

⁸⁴ I expect that the ECJ would not rule the levying of exit taxes in this case to be a second exception to the power of Member States on 'life and death' of companies. In fact, in cases in which the ECJ allows Member States to liquidate migrating companies, it most probably also allows exit taxation in line with the company law liquidation arrangements.

and of the host state. A timely transformation into an SE offers a partial fiscal safe harbour for a subsequent seat transfer: then exit tax can only be levied in line with the freedom of establishment (see par. 5.4).

5.2.2.6 The SEVIC-case

With regard to the impact of the fundamental Treaty freedoms on cross-border mergers, the case-law of the ECJ is already one step ahead.

In 2005, the ECJ ruled in the SEVIC-case⁸⁵ that Germany's commercial register could not refuse generally to register cross-border mergers on the simple ground that German civil law only allows German companies to merge with domestic companies. A general refusal is disproportionate and infringes upon the freedom of establishment, thus the ECJ.⁸⁶

The ECJ ruled that the Articles 43 EC and 48 EC apply to cross-border mergers. The freedom of establishment includes in particular the formation and management of foreign companies under the conditions legally defined for its own companies. The freedom of establishment covers all measures which permit or even merely facilitate access to another Member State and the pursuit of an economic activity in that State by allowing the persons concerned to participate in the economic life of the country effectively and under the same conditions⁸⁷ as national operators. The ECJ ruled that cross-border merger operations, like other company transformation operations, respond to the needs for cooperation and consolidation between companies established in different Member States. They constitute particular methods of exercise of the freedom of establishment and are therefore important for the proper functioning of the internal market.⁸⁸

The ECJ, of course, only gave a ruling for the case at hand. And actually, the SEVIC case concerned an upstream merger between a subsidiary company established under the law of Luxemburg and a German parent company as the surviving party. In its ruling, the ECJ does not explicitly refer to the fact that the case regards a parent-subsidiary merger.⁸⁹ That only appears from the hearing, to be precise from the *Sitzungsbericht*.⁹⁰ The ECJ ruled that the freedom of establishment covers "all measures which permit or facilitate access to another Member State." Clearly, that kind of access is obtained not only in case of parent-subsidiary mergers. Therefore I conclude that the right of establishment does not apply only to parent-subsidiary mergers, but to cross-border mergers in general.

⁸⁵ ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805.

⁸⁶ ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805 (par. 30).

⁸⁷ In my view the obligation to provide for "the same conditions" implies that Member States shall also grant the same fiscal merger benefits in case of cross border mergers.

⁸⁸ ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805 (par. 17-19).

⁸⁹ An indication to that end could be found in par. 17 where the ECJ refers to Article 43(2) EC Treaty.

⁹⁰ Paragraph 17 of the Report for the hearing refers that SEVIC Systems AG is the parent company of Security Vision. The Report has not been published, but is available at the Court on request.

The ECJ furthermore recognises that there may be imperative reasons in the public interest which, in certain circumstances and under certain conditions, justify a measure restricting the freedom of establishment.⁹¹ But in the SEVIC-case, Germany did not invoke any ground for justification at all.

With regard to cross-border mergers, the case-law of the ECJ was one step ahead compared to the case law on the simple transfer of the head office of companies. In my view also such a transfer can be regarded as one of those “measures which permit or facilitate access to another Member State” and to which the freedom of establishment applies.⁹²

5.2.2.7 Conclusions

Under the present case law of the ECJ, the freedom of establishment applies to the transfer of residence of an individual who, consequently, is living in one Member State and holding shares in the capital of a company in another Member State which confers him a definite influence over the company’s decisions and allows him to determine its activities.

In my view, companies should have the same rights of establishment to transfer their real seat and tax residence to other Member States without incurring exit taxes. However, the ECJ confirmed in the *Cartesio*-ruling that the freedom of establishment doesn’t confer on companies a right to transfer their real seat to another Member State while retaining their legal status under the state of origin. But we may conclude that *if* company law does not provide in the liquidation of companies transferring their real seat abroad, and these companies continue to exist, *then* they may invoke the freedom of establishment. Moreover, if the host Member State allows so, companies have the right to transfer their seat abroad and convert into a foreign legal body. In my view, the freedom of establishment can be invoked if national law or EC law, like the SE Regulation, grants companies the right to transfer their registered office or real seat abroad. From the SEVIC-case appears that the freedom of establishment applies to cross-border mergers.

5.3 Merger Directive and Exit Taxes

Under the Court’s case-law, particularly before the *Cartesio*-ruling, there was doubt whether exit taxes, levied on the transfer of the tax residence of companies (generally: the central management), shall be in line with the freedom of establishment. Does the freedom of establishment grant companies the right to transfer their real seat and statutory seat abroad? And if national law, the SE Regulation or

⁹¹ ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805 (par. 28).

⁹² The distinction which the ECJ used to make between seat transfers and mergers is somewhat curious. Daily Mail brought along that Member States have the exclusive power to decide about life and death of companies. In a certain way, the point of life and death also applies to mergers, since a merger results in the winding up of the transferring company. I doubt, therefore, whether the ECJ would enforce outbound mergers (contrary to SEVIC which regarded an inbound merger).

Article 43 EC grants that right, does the freedom of establishment preclude exit taxation?

In the *Cartesio*-case, the European Commission and the Netherlands Government submitted that the Articles 43 EC and 48 EC apply and that there has been a restriction on the right of establishment.⁹³ ⁹⁴ By contrast, even after the *De Lasteyrie*-ruling, the Netherlands Finance Ministry continues to take the view that (corporate) exit taxes levied from companies which transfer their tax residence abroad do not infringe upon the freedom of establishment.⁹⁵ The Ministry apparently thinks that Article 43 EC does not apply to seat transfers. Only recently civil servants of the Finance Ministry have cautiously expressed the opinion that, on the basis of paragraphs 111-113 of the *Cartesio*-ruling, it cannot be excluded that the ECJ considers the freedom of establishment applicable to seat transfers from incorporation states. In that case the proportionality of immediate exit taxation would be at stake.⁹⁶

With regard to mergers the ECJ is clear. The ECJ ruled in the *SEVIC* case that the freedom of establishment applies to cross-border mergers. Therefore, there is no reason to doubt that exit taxes levied on mergers not only have to be in line with the Merger Directive, but also with the freedom of establishment. In many Member States exit taxes levied in case of mergers seem to infringe upon the freedom of establishment.⁹⁷

The compatibility of exit taxes with the freedom of establishment is particularly relevant to the extent that the Merger Directive does not prevent exit taxes. So what does the Merger Directive stipulate concerning exit taxes on outbound mergers and seat transfers? That is the topic of paragraph 5.3.

5.3.1 Mergers

5.3.1.1 Roll-over Relief

The Articles 4, 5 and 6 contain the heart of the Merger Directive. Article 4 concerns the taxation of capital gains on the assets which are transferred by the disappearing company to the foreign, receiving company. Article 4(1) stipulates that “a merger (...) shall not give rise to any taxation of capital gains (...) of the assets and liabilities transferred”. The basic rule is therefore that no tax shall be levied from the company transferring its assets on occasion of the reorganisation. Article 4(3) makes this benefit conditional on the fact that the receiving company shall compute any new depreciations and any gains or losses in respect of these assets and liabili-

⁹³ Opinion Advocate General, case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, (par. 24).

⁹⁴ IP/08/1362, 2007/2372.

⁹⁵ Letter Dutch State Secretary of Finance of 13 April 2004, WDB2004/188U, V-N 2004/21.8. The annotator, who refers to interesting literature, considers the Finance Ministry’s view “disappointing”. In his annotation to the *De Lasteyrie*-case, MEUSSEN, BNB 2004/258c, considers the Finance Ministry’s view “perplexing”.

⁹⁶ PETERS/MONFROOL, *Exitheffingen bij vertrek?*, WFR 2009/638. Both authors are civil servants at the Dutch Finance Ministry.

⁹⁷ See paragraph 5.4.

ties according to the rules that otherwise would have applied to the transferring company. In other words, the receiving company shall adopt the old book values of the assets. That brings about that the tax claims on the hidden reserves are shifted to the foreign company which survives the merger. Taxation is therefore secured but deferred.

Pursuant to Article 4(1)(b), this roll-over relief only applies to “those assets and liabilities (...) which, in consequence of the merger (...) are effectively connected with a permanent establishment (...) in the Member State of the transferring company and play a part in generating the profits or losses taken into account for tax purposes.” In other words, capital gains on assets shall not be taxed only if these assets remain behind in a permanent establishment in the state of the transferring company. The Directive does not prevent Member States from taxing the hidden reserves of assets which are physically transferred abroad and do not remain connected to that permanent establishment.

That condition for roll-over relief is not surprising at all. If the assets are physically transferred abroad the former state of residence of the transferring company loses its tax jurisdiction. Only if a permanent establishment remains behind, that state maintains its power to tax to the extent that the assets remain connected to the permanent establishment. Then tax claims can be shifted from the disappearing company to the new permanent establishment of the receiving company, and the financial interests of the state of origin are safeguarded.

While Article 4 applies to the capital gains on assets and liabilities, Article 5 contains a similar provision concerning the carry over of tax exempt fiscal provisions and reserves. Article 5 stipulates that such provisions and reserves, if not derived from permanent establishments abroad, may be carried over by the permanent establishment of the receiving company situated in the state of the transferring company. Therefore, provisions and reserves may be carried over by those same permanent establishments, which shall assume the rights and obligations of the transferring company in respect of those provisions and reserves.

And Article 6 of the Merger Directive contains a non-discrimination provision with regard to the carry over of losses by the receiving company from the transferring company. Pursuant to Article 6, to the extent that a Member State would apply to domestic reorganisations provisions allowing to take over losses, it shall extend those provisions to the remaining permanent establishment in a cross-border reorganisation. Article 6 does therefore not grant material rights, like the Articles 4 and 5 do, but it prevents discrimination in the treatment of losses.

Altogether, the benefits of Articles 4, 5 and 6 only apply to the extent that the assets, liabilities, reserves and losses remain connected to a domestic permanent establishment. To the extent that such connection does not exist, the Merger Directive does not prevent exit taxation when the reorganisation takes place.

5.3.1.2 The Permanent Establishment Requirement

Although the presence of a permanent establishment is of crucial importance, the Directive fails to provide a definition of what a permanent establishment is. Shall we conceive it as a common, autonomous European concept, or are Member States

allowed to apply their domestic interpretations? Many scholars⁹⁸ assume that the benefits of Article 4 only apply to the extent that, after the reorganisation, the assets involved remain, both under national law and the applicable tax conventions, taxable in the state of the transferring company as part of a permanent establishment. Only then the conditions of Article 4 are met that the “assets and liabilities (...) are effectively connected with a permanent establishment (...) and play a part in generating the profits or losses.”

Literature⁹⁹ provides the example of two merging airline companies from different Member States. After the merger all aircraft of the disappearing company remain connected to a permanent establishment in the state of residence of the absorbed company. Are the conditions of Article 4 met and do, consequently, the merger benefits apply? With regard to income from and capital gains on aircraft and ships, Articles 8 and 13(3) OECD Model Tax Convention stipulate that these gains shall be taxable only in the state of the effective management of the enterprise. So, even if the aircraft remain connected to a permanent establishment, the state of origin generally loses its power to tax, as a result of the tax treaty. Article 4 Merger Directive requires that the assets remain connected to a permanent establishment *and* that they play a part in generating profits and losses. In the case at hand, the aircraft do not generate profits on behalf of the permanent establishment. Consequently the benefits of Article 4 do not apply and exit tax may be levied on the airplanes. The Directive fails to grant merger relief to, for example, airline companies and shipping companies.

5.3.1.3 Foreign Permanent Establishments

Article 10 Merger Directive provides furthermore an arrangement for the transfer of *foreign* permanent establishments. Article 10 applies if in the course of a merger the transferring company (in Member State A) transfers a foreign permanent establishment (in Member State B) to the surviving company (in Member State C). Article 10 stipulates, roughly said, that the Member State of the permanent establishment which is transferred may not tax any capital gains on occasion of the merger. It shall apply the provisions of Articles 4, 5 and 6 accordingly and provide roll-over relief. If the state of the head office of the transferring company taxes the world wide income, including the profits from foreign permanent establishments, it may tax the transfer of the foreign permanent establishment but it shall grant a credit for foreign *fictitious* tax. It shall grant a tax credit for the tax which the state of the permanent establishment *would* have levied if it was not obliged to grant roll-over relief. In practice this credit for fictitious tax will not be easy to calculate. Furthermore, the state of the head office may also recapture old losses of the permanent establishment which were deducted in the state where the head office is located.

⁹⁸ SIMONIS, Fusierichtlijn; Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, WFR 1991/5985, 1654; CONCI, The Tax Treatment of the Creation of an SE, European Taxation, January 2004, 16, note 8; VAN DEN BRANDE-BOOMSLUITER, De Bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, 54-58; IBFD, The Merger Directive, Art. 4 (par. 163).

⁹⁹ IBFD, The Merger Directive, Art. 4 (par. 163).

Consequently, also the transfer of a foreign permanent establishment results in exit taxes, since the state of the head office may reinstate losses and may tax capital gains, although a tax credit shall be granted with regard to the capital gains.

5.3.2 The Transfer of Seat

Per 2005, the Merger Directive has been amended¹⁰⁰, among others, to bring it in line with the Regulation on the Statute of the European Company (SE).¹⁰¹ Article 8 of the Regulation 2157/2001 allows SEs to transfer both their registered office and their real seat to another Member State without being liquidated. For Member States which apply the *Sitztheorie* (real seat principle), like Germany and Belgium, that was a revolutionary development. And so was the possibility to transfer the *registered* office for Member States which apply the incorporation principle.

Since 2005 the Merger Directive contains a provision which regards exit taxation of SEs and SCEs transferring their seats to another Member State. The arrangement only applies to these European legal entities and discriminates against domestic companies.¹⁰² Article 10b(1) stipulates that the “transfer of registered office or the cessation of residence shall not give rise to any taxation of capital gains, calculated in accordance with Article 4(1) (...) derived from those assets and liabilities of the SE or SCE which, in consequence, remain effectively connected with a permanent establishment (...) and play a part in generating the profits or losses”.

Therefore, also with regard to the transfer of the seat of an SE, benefits are granted to the extent that the assets remain behind in a permanent establishment in the state of origin and remain there effectively subject to tax. Had the SE Regulation not entered into force, a number of Member States would have considered a migrating company as liquidated, both for civil law purposes and for tax law purposes. They would have imposed a final tax assessment on all the hidden and open reserves of the company and any loss carry-forward would evaporate. By contrast, the Merger Directive leads to the result that only those assets may be taxed which are transferred abroad, which, to be more precise, do not remain connected to a permanent establishment.

Article 10c(1) contains a similar provision with regard to tax exempt provisions and reserves. It determines that properly constituted “provisions or reserves may be carried over (...) by a permanent establishment of the SE or the SCE” within the state of origin.

And Article 10c(2), finally, contains an arrangement with regard to the carry forward and carry back¹⁰³ of losses. It determines, roughly said, that the transfer of the

¹⁰⁰ Council Directive 2005/19/EC of 17 February 2005 amending Directive 90/434/EEC 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ 2005 L 58/19.

¹⁰¹ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), OJ 2001 L 294/1.

¹⁰² TERRA/WATTEL, European Tax Law, 548.

¹⁰³ Note that, by contrast, Article 6 does not refer to the carry back of losses.

registered office to another Member State shall have the same tax consequences with regard to losses as the transfer of the registered office of a company within that Member State, at least to the extent that a permanent establishment remains behind within the state of origin. Like Article 6, Article 10c(2) has the character of a non-discrimination provision, which does not directly grant material rights.

The draft Directive 2005/19 used to stipulate that Article 10 would apply to the transfer of the registered office of an SE as well. Under that proposal, if a European Company from Member State A with a permanent establishment in Member State B would transfer its registered office and real seat to Member State C, state A and B were obliged to grant relief with regard to the permanent establishment. That provision was, however, not adopted and the Merger Directive does not preclude taxation with regard to foreign permanent establishments of migrating SEs. In my view, that was an important omission, which hampers the migration of SEs without any justification and which seems to infringe upon the freedom of establishment.

5.3.3 Comparison Mergers and Seat Transfer

Mergers and other forms of reorganisations on the one hand, and the transfer of the registered office of a European Company (or SCE) on the other hand, are all means of exercising the freedom of establishment. Because of the features they have in common for tax law purposes, and the similarity of the financial interests involved for Member States, they are all subject to the same Merger Directive. The Directive applies to reorganizations and seat transfers basically the same set of tax benefits, consisting of roll-over relief, the take over of provisions and reserves, and the carry-over of losses, all subject to the condition of a remaining permanent establishment. Against that background of similarity, the four existing main differences in treatment which are laid down in the Directive or result from the ECJ's case law are highly curious and seem without justification.

First difference. With regard to losses, both the Articles 6 and 10c(2) stipulate that losses may be carried over in cross-border situations to the extent that national law allows to carry over losses in similar domestic situations. With regard to domestic mergers, there is a group of Member States which allow the carry-over of losses, like the Netherlands, while there is a group of Member States, like Germany, which do not allow so. Consequently, the Netherlands shall allow the take over of losses in cross-border mergers, while Germany is not obliged to do so.

Article 10c(2) applies a similar anti-discrimination provision with regard to the transfer of the seat of a company. In practice, however, to my knowledge, there is not a single Member State which provides for the evaporation of losses if a company transfers its seat from one city within that state to another city within that state. That being so, in case a European Company transfers its seat to another Member State, all states of origin shall allow the remaining permanent establishment to take over the losses of the SE. In this respect, many States, like Germany, treat outbound mergers worse than the transfer of a seat.

Second difference. With regard to the transfer of a foreign permanent establishment, the benefits of Article 10 apply to mergers and other forms of reorganisations,

while they do not apply to seat transfers. In this respect, seat transfers are treated worse. I consider this pure discrimination against seat transfers.

Third difference. With regard to the applicability of the freedom of establishment, under the case-law of the ECJ, that fundamental freedom applies to cross-border mergers (SEVIC-case), while it still isn't crystal clear under what conditions it applies to the transfer of the seat of companies (Daily Mail-case, Cartesio-case), including SEs. Seat transfers can be of worse. It is relevant, for example, whether companies which transfer their real seat can appeal to Article 43 EC when claiming the benefits of Article 10 of the Directive. This might not be the case if the company is not transformed into a company governed by the law of the host state.

Fourth difference. The provisions on seat transfers are limited to SEs and SCEs while the other provisions can apply to all companies enlisted on the Annex of the Merger Directive which was extended per 2007.

Table 1 summarises the differences in treatment between mergers and seat transfers.

Table 1: Comparison between treatment of Mergers and Seat Transfers

	<i>Merger</i>	<i>Transfer Seat</i>
Carry-over losses	National Treatment	Yes ¹⁰⁴
Benefits Foreign PE (Art 10)	Yes	No
Freedom of Establishment (ECJ)	Yes	Under conditions
Legal form	Annex	SE, SCE

In my view, these differences do not make any sense. From a point of tax neutrality and from a point of safeguarding the financial interests of Member States, there is no reason to allow (practically always) the transfer of losses in case of a seat transfer and to allow only a domestic treatment in case of a merger. Exceptional cases of abuse can be dealt with under Article 11 of the Directive.

In fact, the principle of tax neutrality, which is laid down in the Directive's Preamble, demands that the Articles 6 and 10c(2) shall be transformed into provisions which grant unconditional rights to companies, like the Articles 4 and 5 do. The application of domestic provisions to cross-border mergers is completely in breach of the ratio of the Directive. When the Directive was drafted, in 1969, the application of national tax provisions was considered inadequate¹⁰⁵ to guarantee the tax neutrality of cross-border mergers which were considered necessary to make the European Community a competitive player on the world market. Therefore, European arrange-

¹⁰⁴ Per se Article 10c(2) grants a national treatment, but in practice it means that losses may be carried over.

¹⁰⁵ COM (1969)5, Explanatory Memorandum, 2; EUROPEAN COMMISSION, Programme for the harmonisation of direct taxes, 26 June 1967, Supplement to the Bulletin nr. 8-1976, 6-22, on which the 1969 draft Directive was based.

ments were introduced which Member States were obliged to apply to cross-border mergers. The 1969 draft contained a mandatory provision concerning the carry over of losses, but as an apparent political compromise, that provision was dropped in favour of the present text of Article 6. The shortcomings resulting from the permissive character of Article 6 is particularly aching under the present economic crisis which results in huge banking institutes collapsing and being taken over by competitors. Instead of sustaining its suffering companies, the European legislator allows Member States to provide for the evaporation of the tax losses of these companies in the course of a reorganization. Moreover, a similar additional tax burden infringes upon the tax neutrality principle.

5.3.4 The Philosophy behind the Merger Directive

The lack of ambition (and creativity) of the Merger Directive in offering solutions with regard to exit taxation is striking. The Directive only provides solutions with regard to assets and liabilities which remain connected to a permanent establishment, assets and liabilities which remain within the fiscal jurisdiction of the state of the transferring company. Did it really take Member States over 20 years, from the 1969 draft to the 1990 Directive, to reach this halfway solution? To be honest, the answer is “no”. The 1969 draft of the Merger Directive used to contain a very interesting system to prevent all kinds of exit taxes, which I would call the *fictitious or deemed permanent establishment*.

Differently from the 1990 adopted version of the Merger Directive, the 1969 draft contained a definition of permanent establishments. That definition was mainly based on the OECD Model Tax Convention and was laid down in an Annex to the Directive. The last paragraph of the Annex, the extraordinary par. 7, used to stipulate that “the term “permanent establishment” furthermore refers to any installation to which are allocated *in the books* (italics by JJvdB), the goods of the transferring company following a merger, a division or a transfer of assets.”

Pursuant to that definition, companies were practically free to choose which assets should be attributed to the permanent establishment and which not. Article 4 used to refer to immovable property, securities and participations, goodwill, patent and similar rights in industrial or intellectual property. All these assets could, in the books, be allocated to the permanent establishment, from whichever state these assets were actually managed. Article 4 contained an exception to other assets which were physically transferred abroad, such as the products which a company had in stock and which were carried to a warehouse abroad. These are the only assets which could not be attributed to the permanent establishment. For all other assets, the only criterion was that the assets should be registered in the books of the installation. The draft Directive supported a legitimate variant of creative bookkeeping.

If all assets were registered in the books of that permanent establishment (and specific assets were not physically transferred abroad), no exit taxes would be levied on the hidden reserves in these assets. The condition that the assets shall be connected to a permanent establishment was in that way not a restriction at all (provided that at least some kind of “installation” existed in the state of the transferring com-

pany). In fact the 1969 Commentary to the draft Directive states that in all cases the receiving company can easily maintain a permanent establishment and that with regard to all assets one can opt between deferral of taxation or taxation of the capital gains.¹⁰⁶

Unfortunately, in the 1990 version, the Annex with the generous definition of permanent establishments was not adopted. The present Directive does not contain any definition of permanent establishments. Apart from the legal uncertainty which the present text creates, it fails to resolve the problem of exit taxes. The solution offered by the 1969 draft Directive required a corresponding amendment of the permanent establishment definition within the Double Tax Conventions between Member States. This was probably considered too complicated and too deviating from the principles of international tax law.

5.3.5 The Survivor of the Merger and the Paradox of the Merger Directive

As we have seen, the Merger Directive does not resolve the problem of exit taxation with regard to assets which are transferred abroad. With regard to those assets and liabilities to which the Merger Directive does apply, other problems occur. Where the state of the receiving company does not grant a step-up regarding the value of the assets received, it may lead to double taxation. If the state of the receiving company taxes resident companies upon their worldwide income, after the reorganization that state will take into account for tax purposes both the assets transferred to the new head office and the assets remaining in the permanent establishment in the state of the transferring company. The question rises at which value the state of the receiving company shall register the assets and liabilities received, in particular those assets which remain connected to the permanent establishment.

Example

N corp. is a company established in Ireland where it runs a trade. The trade's value for tax purposes is 300, while its real market value amounts 500. N corp. merges into P corp., a UK based independent company, and transfers its assets and liabilities to P corp. After the merger, the trade qualifies as an Irish permanent establishment of P corp. One year after the merger P corp. sells the trade for 600.

The standard rate of Irish corporation tax for trading income is 12.5% (Sec. 21 TCA 1997).¹⁰⁷ In the UK, the main rate of corporation tax for 2008 is 28% (Sec. 13 ICTA). A UK resident company is subject to corporation tax on its worldwide profits (Sec. 6 ICTA). Capital gains are included in the total profits of the foreign permanent establishment. Unilateral relief from foreign taxation is given by the credit method, while relief by exemption is given only by a provision in a tax treaty.¹⁰⁸ Since the

¹⁰⁶ COM (1969)5, Explanatory Memorandum, 5-6.

¹⁰⁷ IBFD, Country Analyses, Ireland (par. 2.12.1).

¹⁰⁸ IBFD, Country Analyses, United Kingdom (par. 7.2.1).

United Kingdom applies the *credit method* with regard to foreign permanent establishments and a tax rate which is much higher than the rate in the state of the permanent establishment, the question is relevant whether the United Kingdom grants a step-up for the value of the assets.

If the United Kingdom does not grant a step-up, the disposal of the trade results in a UK tax assessment of 46,5 (the capital gain of 300 is taxed at 28% to the amount of 84, while granting a credit of 37,5 for the 12,5% Irish tax). If, on the contrary, the United Kingdom should grant a step-up to the fair market value of 500, the disposal of the factory results in an UK tax assessment of only 15,5 (the capital gain of 100 is taxed at 28% to the amount of 28, while granting a credit of 12,5 for the Irish tax at a rate of 12,5%).¹⁰⁹

The example demonstrates the importance of the value at which the state of the receiving company registers the assets which remain connected to a permanent establishment. If the host state does not grant a step-up on occasion of the reorganisation, then in the end, the hidden reserves are taxed twice. In that case, also the state of the receiving company taxes the hidden reserves accrued prior to the merger. By contrast to the term exit tax, I would call this a (latent) immigration tax or a (latent) welcome tax. Tax deferral provided for by the Directive ends up in double taxation. Such double taxation hinders the exercise of the freedom of establishment, which requires a step-up.

How do national tax provisions of Member States address the issue? At which value shall the foreign assets, which a domestic company receives in the course of a reorganization, be registered? The IBFD-report on SEs¹¹⁰ provides, among others, an overview of the tax treatment in the Member State of the receiving company in 2003. This overview is part of Chapter G of the report concerning an Analysis of the answers to the questions related to the purpose and the spirit of the Merger Directive.

¹⁰⁹ IBFD, Survey on the Societas Europaea, 56-57, indicates that within the United Kingdom the assets are registered at a value agreed by parties (limited up to market value).

¹¹⁰ IBFD, Survey on the Societas Europaea, 56-57, 26-27.

In table 2 I summarize the results from the SE report with regard to mergers and seat transfers.

Table 2: Registered value of assets received

	Value at which assets are registered in state <i>receiving</i> company:	Merger by acquisition	Merger by formation new company	Transfer of Seat
1	Book value (if no treaty or treaty with credit method: fair market value)	1	1	-
2	Book value	7	8	-
3	Book value (if transformation into SE has no tax consequences)	1	-	-
4	Unclear	2	2	5
5	Value agreed by parties (max. market value)	3	3	-
6	Choice depending on law Member State transferring company (between book value and fair market value)	1	1	-
7	Market value	-	-	7 + 3 (if deemed disposal)

From the abovementioned table results, that in 9 out of 15 Member States in 2003, on occasion of (the formation of an SE by means of) a cross-border merger, the state of the receiving company registers the assets received at the book value applied by the state of the transferring company. That means that latent capital gains on the assets will be taxed by the state of the receiving company as well. Under domestic legislation of a vast majority of Member States, cross-border mergers lead to double taxation. This problem might be mitigated by the unilateral application of the exemption system or by bilateral tax conventions.

In case of the transfer of the seat of an SE, 10 out of 15 Member States register the assets of the immigrating SE at market value, while the position of 5 out of 15 Member States is not clear. The vast majority grants a step-up. Double taxation may occur in a minority of cases, but that is not clear.

The SE report states that if because of a double or triple roll over (regarding assets and liabilities, shares or a combination of both) an existing tax claim is being doubled or tripled, the question arises whether this is in violation of the purpose and the spirit of the Directive, since it is not in violation of the text of the Directive.¹¹¹ The report, however, does not draw any conclusions regarding this possible violation.

¹¹¹ IBFD, Survey on the Societas Europaea, 54.

I conclude that application of the Merger Directive may result in double taxation if it leads to an “immigration claim”. I would like to call this the Paradox of the Merger Directive. Where the Merger Directive does not apply, the assets are taxed and transferred at market value and no double taxation occurs in case of cross-border mergers, but where the Merger Directive applies, the assets are transferred at book value and the text of the Merger Directive allows the hidden reserves to be taxed twice. In fact, in the vast majority of Member States double taxation occurs (unless unilateral or bilateral arrangements provide otherwise). In my view this problem can be and should be resolved. The Merger Directive should stipulate that the state of the receiving company shall register all assets received at fair market value and refrain from taxing the hidden reserves accrued prior to the reorganisation. A similar provision should be adopted with regard to the value of the shares received in a share exchange or a contribution of assets. That solution is in line with the territoriality principle.

5.3.6 Conclusions

What conclusions can we draw from the Merger Directive? The Directive does not forbid exit taxes at all. The Directive only resolves part of the exit tax problems which occur on occasion of cross-border reorganisations or seat transfers. If a substantial part of the assets is transferred abroad, exit tax may be significant and practically block the merger. This also applies to immovable property, ship, aircraft and other assets which remain within the state of origin but which do not constitute a permanent establishment. The 1969 proposal for a *deemed* permanent establishment could have resolved this, but was not adopted. Furthermore, the carry-over of losses is not guaranteed, and in this respect reorganizations are treated worse than seat transfers. By contrast, in case of seat transfers, the Directive’s benefits do not apply to foreign permanent establishments of migrating companies. And seat transfer benefits discriminate against all companies other than SEs and SCEs. If a host state does not register assets and shares received at market value (granting a step-up), then the hidden reserves accrued prior to the reorganization or seat transfer are taxed twice: the host state practically applies a (*latent*) *welcome tax*. Paradoxically, tax deferral provided for by the Directive ends up in double taxation. The exercise of the freedom of establishment requires a step-up, but the Merger Directive fails to address the host state and to impose that state to register the assets and shares received at fair market value.

5.4 Freedom of Establishment and Exit Taxes on Cross-Border Mergers

5.4.1 Introduction

As we have seen, the Merger Directive does not preclude Member States from levying exit taxes. This raises the question to what extent exit taxes levied from companies on occasion of cross-border mergers are in line with the freedom of

establishment as laid down in the Articles 43 and 48 EC. From the SEVIC-case it appears that cross-border mergers are subject to the freedom of establishment. Without any doubt exit taxes constitute a burden to cross-border mergers.¹¹² The 2001 Bolkestein-report¹¹³ acknowledges that cross-border restructuring operations are only partly covered by the Merger Directive. The Commission considers exit taxation tax obstacle which hampers reorganisations.¹¹⁴ The main question is therefore whether this tax burden can be justified. It is settled case law of the ECJ that national laws which hinder the exercise of fundamental freedoms or make it less attractive may be justified if they pursue a legitimate objective in the general interest.¹¹⁵ These measures shall be appropriate to attain that objective, and may not go beyond what is necessary.¹¹⁶ In paragraph 5.4 I examine the possible justifications. I conclude that the existing exit taxes on cross-border reorganisations cannot be justified.

5.4.2 Failing Grounds of Justification

Apart from the means of justification laid down in the EC Treaty,¹¹⁷ the ECJ has also recognised a limited number of means of justification which are based upon the so-called rule of reason.¹¹⁸ Member States can only appeal to these grounds of justification to the extent that their national legislations are actually based upon those grounds.¹¹⁹ In paragraph 5.4.2 I treat three failing grounds of justification.

5.4.2.1 The Loss of Tax Revenues

To the extent that the assets of a merging and disappearing company are transferred abroad, e.g. leave the tax jurisdiction of the country of origin in the course of a reorganisation, the Member State of origin will generally lose its power to tax these assets and the hidden reserves connected to them. Consequently, the financial interests of these Member States of origin cannot be safeguarded unless by imposing tax assessments in the course of the operation. In fact, historically, the necessity to safeguard Member States' financial interests was one of the grounds on which the

¹¹² BELLINGWOUT, Fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie (en omzetting), WPNR 2007/6721, 722, notices that in a domestic merger no tax is levied, while this occurs (or may occur) in a cross-border situation.

¹¹³ SEC(2001)1681, (par. 3.2.3, 6.3.1), 331-332.

¹¹⁴ COM 01)582 final, 42 (par. 56). The Commission proposes to defer exit taxation with regard to assets which do not remain connected to a permanent establishment.

¹¹⁵ ECJ, case C-212/97, Centros Ltd, Rec. 1999, I-1459 (par. 34).

¹¹⁶ ECJ, case C-55/94, Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Rec. 1995, I-4165 (par. 37); ECJ, case C-212/97, Centros Ltd, Rec. 1999, I-1459 (par. 34); ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 49); ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 40).

¹¹⁷ Article 46 EC allows special treatments for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health.

¹¹⁸ ECJ, case C-120/78, Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec.1979, 649.

¹¹⁹ ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409 (par. 83-87).

Merger Directive was built.¹²⁰ That was exactly the reason why the reorganisation benefits are denied with regard to assets which do not remain connected to a permanent establishment in the state of origin. But although safeguarding of Member States' financial interests is the political basis of the Merger Directive, it is settled case-law that the loss of tax revenues does not qualify as a ground for justification for the European Court.¹²¹

5.4.2.2. Prevention of Tax Avoidance

A ground of justification which the ECJ does recognise is the necessity to prevent the risk of tax avoidance.¹²² The prevention of tax avoidance requires that the national measures apply to "wholly artificial arrangements set-up to circumvent [national] legislation."¹²³ This raises the question whether cross-border mergers shall be considered as wholly artificial structures which are set-up to circumvent national taxation. In the *Centros*-case, the ECJ ruled that such abuse may only be determined case by case, on the basis of objective evidence.¹²⁴

In the field of exit taxes, the avoidance justification was at stake in the *De Lasteyrie*-case. The exit tax which France used to levy from emigrating individual shareholders was inspired by the objective to prevent a taxpayer from temporarily transferring his tax residence before selling his securities¹²⁵ in order to avoid French taxation of capital gains. However, the French tax law was aimed generally at *any* situation in which a taxpayer with a substantial holding transferred his tax residence outside France. The ECJ ruled that such transfer does not, in itself, imply tax avoidance.¹²⁶ The same shall be held true with regard to cross-border mergers. International mergers can not generally be considered as an abusive practice. International mergers are economically useful and are often a necessary means of reorganisation. Exit taxes levied in the course of outbound mergers and which are aimed generally at *any* situation in which assets are transferred abroad go beyond what is strictly necessary to prevent the risk of tax avoidance. The mere avoidance justification does therefore not apply.

In *Marks & Spencer*, tax avoidance was accepted as part of a three-fold ground of justification, even if tax avoidance was not examined in the case at

¹²⁰ Cfr. Preamble Merger Directive: "Whereas the common tax system ought to avoid the imposition of tax in connection with mergers, divisions, transfers of assets or exchanges of shares, while at the same time safeguarding the financial interests of the State of the transferring or acquired company".

¹²¹ ECJ, case C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, Rec. 1998, I-4695 (par. 28); ECJ, case C-446/03, *Marks & Spencer*, Rec. 2005, I-10837 (par. 44).

¹²² ECJ, case C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, Rec. 1998, I-4695 (par. 26); ECJ, case C-446/03, *Marks & Spencer*, Rec. 2005, I-10837 (par. 57).

¹²³ ECJ, case C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, Rec. 1998, I-4695 (par. 26).

¹²⁴ ECJ, case C-212/97, *Centros Ltd*, Rec. 1999, I-1459 (par. 25).

¹²⁵ ECJ, case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, I-2409 (par. 54).

¹²⁶ Cfr. ECJ, case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, I-2409 (par. 50-51).

hand.¹²⁷ The ECJ rather took into account the *possibility* of tax avoidance,¹²⁸ by transferring losses to high rate Member States, in combination with the risk that losses would be deducted twice and the risk of jeopardizing a balanced allocation of the power to tax by granting companies the choice where to deduct the losses. In this line of thinking, exit taxes on outbound mergers might be acceptable as part of a three fold justification. Without exit taxes companies could be tempted to merge with companies from low tax or no tax Member States, like Ireland and Estonia, in order to prevent taxation of latent capital gains, while shifting tax claims from one state to another. The double dip argument does, however, not apply.

5.4.2.3 Cohesion Principle

In the *Bachmann – case*¹²⁹, the *Commission v Belgium case*¹³⁰ and recently the *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee – case*,¹³¹ the ECJ has accepted “the need to ensure the cohesion of the tax system”¹³² of Member States as a valid ground which can justify provisions which per se hinder the exercise of fundamental Treaty Freedoms. The coherence argument involved in the *Bachmann* case regarded the presupposition that “in the event of a State being obliged to allow the deduction of life assurance contributions paid in another Member State, it should be able to tax sums payable by insurers.”¹³³ The *Commission v Belgium*-case regarded a similar issue. In the *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee – case* the ECJ ruled on the reinstatement at the German head office of former losses of an Austrian permanent establishment when the permanent establishment started to make profits. The ECJ ruled that the reintegration of losses system cannot be dissociated from their having earlier been taken into account in Germany. That reintegration reflects a logical symmetry and the restriction¹³⁴ which follows from the reintegration is justified by the need to guarantee the coherence of the German tax system.¹³⁵

¹²⁷ The ECJ used to require a case by case approach with regard to the anti-abuse justification. Cfr. ECJ, case C-212/97, *Centros Ltd*, Rec. 1999, I-1459 (par. 25), with regard to the freedom of establishment, and ECJ, case C-28/95, *Leur-Bloem*, Rec. 1997, I-4161 (par. 41), with regard to the Directive 434/90. It seems as if the ECJ abandoned its case by case approach in *Marks & Spencer* (par. 61), where it “generally” allows specific anti-abuse legislation. Cfr. WATTEL, Annotation to the *Marks & Spencer*-case, BNB 2006/72c (par. 15).

¹²⁸ ECJ, case C-446/03, *Marks & Spencer*, Rec. 2005, I-10837 (par. 49).

¹²⁹ ECJ, case C-204/90, *Bachmann / Belgian State*, Rec. 1992, I-249.

¹³⁰ ECJ, case C-300/90, *Commission v Belgium*, Rec. 1992, I-305.

¹³¹ ECJ, case C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, [not yet published].

¹³² ECJ, case C-204/90, *Bachmann / Belgian State*, Rec. 1992, I-249 (par. 28).

¹³³ ECJ, case C-204/90, *Bachmann / Belgian State*, Rec. 1992, I-249 (par. 23).

¹³⁴ In ECJ, case C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, [not yet published], par. 37, the ECJ ruled that the German legislation thus subjected resident companies with permanent establishments in Austria to less favourable treatment than that enjoyed by resident companies with permanent establishments situated in Germany. That conclusion seems not correct. If the permanent establishment were to be situated in Germany, Germany would tax the profits of the permanent establishment as well.

¹³⁵ ECJ, case C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, [not yet published], par. 42-43.

With regard to cross-border mergers, one might be tempted to consider it a matter of cohesion¹³⁶ of the tax system that, on the one hand, exit tax is levied with regard to assets which are transferred abroad on occasion of cross-border mergers, and, on the other hand, that a step-up is granted for assets which are brought within the jurisdiction of that Member State in the course of inbound mergers. At first sight, the coherence justification could be sought in the registration of the latter assets at market value, as a result of which only those gains are taxed in the host state which have accrued during the period of jurisdiction of that Member State in respect of those assets. However, the need to ensure the cohesion of the tax system shall be rejected as a means of justification of exit taxation of outbound mergers.

In later case-law, the ECJ has specified that in *Bachmann* and *Commission v Belgium*, a direct link existed, in the case of one single taxpayer, between the grant of a tax advantage and the offsetting of that advantage by a fiscal levy, both of which related to the same tax. Where there is no such direct link, because, for example, one is dealing with different taxes or the tax treatment of different taxpayers, the argument based on the coherence of the tax system cannot be relied upon.¹³⁷

With regard to cross-border mergers, a certain level of cohesion can arise from a symmetrical treatment (i.e. at fair market value) of assets in inbound and outbound mergers. However, as a consequence of an outbound merger, the company involved ceases to exist. Therefore, it is impossible to offset the disadvantage of an exit tax against any future tax advantages in the hands of the company which has been wound up. After the outbound merger, the company has ceased to exist and cannot participate anymore in any inbound merger, while the ECJ requires the offsetting of advantages against disadvantages in the hands of one single taxpayer. The “cohesion” may be structured at a macro-economic level, in the symmetrical treatment of inbound and outbound mergers in general, but since that involves different taxpayers it does not qualify as the coherence ground for justification under settled case-law. These facts rather seem to refer to another ground of justification, i.e. the allocation of power to tax between Member States.

5.4.3 The Division of Taxing Powers in line with Territoriality

5.4.3.1 Introduction

A ground for justification which may be successfully invoked by a Member State is the division of the power to tax, which as such was recognised in the *Gilly-case*, and the application of the territoriality principle which derives from the *Futura Participations-case*, particularly if we take into account in which way the ECJ has applied these grounds in the N-case to exit taxes levied from individuals. In the *Marks & Spencer-case* the ECJ allowed Member States to combine such grounds.

¹³⁶ In fact, the annotator to the N-case, V-N 2006/46.4, refers to it as the “coherence principle based on the territoriality principle”.

¹³⁷ ECJ, case C-35/98, *Verkooijen*, Rec. 2000, I-4071 (par. 57); ECJ, case C-251/98, *Baars*, Rec. 2000, I-2787 (par. 40); ECJ, case C-168/01, *Bosal*, Rec. 2003, I-9409 (par. 29-30).

In the *Gilly-case*,¹³⁸ the ECJ has ruled that although in a Tax Convention the criterion of nationality appears, such differentiation cannot be regarded as constituting discrimination. It follows, in the absence of any unifying or harmonising measures, from the contracting parties' competence to define the criteria for allocating their powers of taxation as between themselves, with a view to eliminating double taxation. In the allocation of fiscal jurisdiction, it is not unreasonable for the Member States to base their agreements on international practice and the OECD Model Tax Convention.

In the *Futura-case*¹³⁹ the ECJ recognised the principle of territoriality. This case regarded the loss carry forward of a permanent establishment within Luxemburg. The ECJ allowed Luxemburg to make the carrying forward of previous losses subject to the condition that the losses must be economically linked to the income earned in that state (and not, for example, to the foreign head office). The Court considered such a system in conformity with the fiscal principle of territoriality and it cannot be regarded as entailing any discrimination, overt or covert, prohibited by the Treaty.

In the *Marks & Spencer-case*,¹⁴⁰ which regarded the non-deductibility in the hands of the parent company of losses incurred by foreign subsidiary companies, where, by contrast, group taxation was allowed in case of domestic subsidiaries, the ECJ accepted a combination of three grounds of justification. The Court ruled that the United Kingdom was acting in accordance with the principle of territoriality enshrined in international tax law and recognised by Community law, but determined that that could not in itself justify the restriction of group relief to losses of resident companies. As combined threefold means of justification, the Court referred to the preservation of the allocation of the power to impose taxes, the danger that losses would be used twice, and the possibility of tax avoidance, consisting in the risk that within a group of companies losses will be transferred to companies established in Member States applying high tax rates. The Court accepted a combination of grounds of justification.

5.4.3.2 Ground for Justification in the N-case

5.4.3.2.1 Exit tax is justified in N-case

The division of taxing powers between Member States in line with the territoriality principle was accepted as means of justification in the N-case (see paragraph 5.2.1.2).¹⁴¹ That case is particularly relevant with respect to cross-border mergers.

¹³⁸ ECJ, case C-336/96, Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Rec. 1998, I-2793 (par. 30-31).

¹³⁹ ECJ, case C-250/95, Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions, Rec. 1997, I-02471 (par. 3, 21-22).

¹⁴⁰ ECJ, case C-446/03, Marks & Spencer, Rec. 2005, I-10837 (par. 45-46, 49-51).

¹⁴¹ ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409; NIESSSEN, Conserverende aanslag deels gered, FTV, Oktober – 2006, 9-10; VAKSTUDIE-NIEUWS, Annotation to the N-case, V-N 2006/46.4; BURGERS, Annotation to the N-case, BNB 2007/22c.

The N-case regards exit taxes as well, although levied from migrating individual shareholders instead of from merging companies.

The Dutch Court which raised the preliminary questions in the N-case, observes that, having taken into account the original circumstances of their adoption, the national provisions at issue in the main proceedings are designed, in particular, to allocate between Member States, on the basis of the territoriality principle, the power to tax increases of value in company holdings. This is a relevant point, as appears from, among others, a comparison with the *De Lasteyrie-ruling* in which a rather similar exit tax, introduced as anti-abuse measure, was considered unjustified. In the N-case, the Netherlands Government, furthermore argued that the legislation at hand was also designed to prevent double taxation.¹⁴²

The ECJ acknowledges that no unifying or harmonising measure for the elimination of double taxation has yet been adopted, and Member States have not yet concluded any multilateral convention to that effect.¹⁴³ Under those circumstances, Member States retain the power to define, by treaty or unilaterally, the criteria for allocating their powers of taxation, particularly with a view to eliminating double taxation.¹⁴⁴ The ECJ repeats that it is not unreasonable for the Member States to find inspiration in international practice and, particularly, OECD Model Tax Conventions.¹⁴⁵

5.4.3.2.2 *In line with the OECD Model Tax Convention?*

According to the ECJ, the capital gains realised on the disposal of shares are taxed, in accordance with Article 13(5) OECD Model Tax Convention in the State of which the person making the disposal is a resident. The ECJ rules that, as the Advocate General Kokott has observed in paragraphs 96 and 97 of her Opinion, it is in accordance with that principle of fiscal territoriality, connected with a temporal component, namely residence within the territory during the period in which the taxable profit arises, that the national provisions in question provide for the charging of tax on increases in value recorded in the Netherlands, the amount of which has been

¹⁴² ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 41). The Dutch government did not indicate in which way the exit tax can prevent double taxation. Advocate General Kokott does not treat this point either.

¹⁴³ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 43). There may be no harmonizing measures with regard to exit taxes of individuals. Taxation of cross-border mergers and seat transfers of SEs is harmonised by the Merger Directive.

¹⁴⁴ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 44); ECJ, case C-336/96, *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, Rec. 1998, I-2793 (par. 24,30); ECJ, case C-307/97, *Saint-Gobain ZN*, Rec. 1999, I-6161 (par. 57); ECJ, case C-385/00, *De Groot*, Rec. 2002, I-11819 (par. 93); ECJ, case C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, Rec. 2006, I-1957 (par. 47-48).

¹⁴⁵ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 46-47); ECJ, case C-336/96, *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, Rec. 1998, I-2793 (par. 31); ECJ, case C-513/03, *van Hilten-van der Heijden*, Rec. 2006, I-1957 (par. 48).

determined at the time the taxpayer concerned emigrated and payment of which has been suspended until the actual disposal of the securities.¹⁴⁶

One may however doubt whether the Dutch exit tax on shareholders is in line with international tax treaties.¹⁴⁷ The question rises whether Article 13(5) also regards a *deemed* disposal of shares (the Netherlands qualifies the emigration as a deemed disposal). The Advocate General argued that “In theory the Netherlands legislature could equally have structured the tax as a periodic charge payable at the end of every tax year on unrealised profits”.¹⁴⁸ I would like to point out that before N’s emigration the situation was purely domestic, so no treaty applied. Moreover, Article 13(5) OECD does not grant the state of origin a prolonged jurisdiction like the Dutch-English Double Tax Convention did during five years.¹⁴⁹

On September 15, 2005, the Higher Tax Court of ‘s-Hertogenbosch¹⁵⁰ has ruled that the exit tax levied on latent capital gains of a Dutch shareholder who emigrated to Belgium infringed upon the 1970 Dutch-Belgian Double Tax Convention.¹⁵¹ On 04 October 2006, the Dutch Advocate General Wattel, on the contrary, concluded that the exit tax levied does not infringe upon the Dutch-Belgian Double Tax Convention, nor upon the EC Treaty.¹⁵² In 2009 the Dutch Supreme ruled that the Dutch exit tax does not infringe upon the text of the Dutch-Belgian Double Tax Convention, nor upon the good faith required for the interpretation of tax treaties.¹⁵³ In the simultaneous follow up of the N-case, the Dutch Supreme Court ruled that the tax assessment did not infringe upon the tax treaty between the Netherlands and the United Kingdom.¹⁵⁴ Although the Dutch arrangement infringed upon Article 43 EC, the tax assessment could be maintained, while giving up guarantees, providing a compensation for costs, and providing tax deduction of post migration decreases in value. The N-case victory turned into a Pyrrhic victory.

¹⁴⁶ ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 46).

¹⁴⁷ NIESSEN, Conserverende aanslag deels gered, FTV, Oktober – 2006, 10; VAKSTUDIENIEUWS, Annotation to the N-case, V-N 2006/46.4.

¹⁴⁸ Advocate General Kokott, 30 March 2006, ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 104).

¹⁴⁹ Idem BURGERS, Annotation to the N-case, BNB 2007/22c (par. 4).

¹⁵⁰ Higher Tax Court ‘s-Hertogenbosch, case 03/00689, V-N 2005/47.11.

¹⁵¹ By contrast, on 07 November 2007, the Court of Arnhem ruled in the case of a shareholder who migrated in 1999 from the Netherlands to the United States that the exit tax did not infringe upon the Treaty with the United States. Moreover, the shareholder could not appeal to the free movement of capital. This freedom, according to the Court, which refers to par. 38 of AG Kokott’s Opinion of 30 March 2006 in the N-case, does not apply to the mere transfer of residence. Taking into account the ECJ’s ruling in the N-case, that appears to be a wrong conclusion. Higher Tax Court Arnhem, 04/01464, V-N 2007/13.1.01. On 10 June 2008, Advocaat-Generaal Wattel concluded that the exit tax did not infringe upon the applicable tax treaty, nor upon the free movement of capital. Advocaat-Generaal Wattel, 43760, V-N 2008/39.10.

¹⁵² Conclusie Advocaat-Generaal Wattel, case 42702 (par. 4.45, 5.26), case 42699 and case 42701, V-N 2007/4.13.

¹⁵³ Dutch Supreme Court, 20 February 2009, nr. 42701, 42702, 42699, V-N 2009/12.8.

¹⁵⁴ Dutch Supreme Court, 20 February 2009, nr. 07/12314, V-N 2009/11.9.

AG Kokott notices in her Opinion to the N-case that according to the English-Dutch Double Tax Convention, the Netherlands maintains its power to tax the capital gain in the contested shares during a period of 5 years, while the Dutch national provisions provide for the collection of the deferred tax in case the shares are disposed of within a period of 10 years. The AG qualifies this as a “possible discrepancy” which should be solved by Dutch national law.¹⁵⁵

5.4.3.2.3 *Is compatibility with the OECD Model Tax Convention relevant?*

One might wonder how the AG would conclude and how the ECJ would rule if the applicable UK-Dutch Double Tax Convention would not allocate any power to tax to the state of origin in respect of gains accrued in the period after the emigration of the shareholder. Only under those circumstances, the applicable treaty would really be in line with the OECD Model Tax Convention and with international practice.¹⁵⁶ The important issue is, whether Article 13(5) includes *deemed* disposals of assets.

The ECJ refers to par. 96 and 97 of the AG’s Opinion that the Dutch exit tax is in line with the OECD Model Tax Convention. In my view, what is important to the ECJ is not in the first place the compatibility of the Dutch exit tax with the extended power to tax as laid down in the Dutch-UK Tax Convention, but rather with the power to tax during the period that N used to be a resident of the Netherlands. I think, that even if the Dutch Supreme Court should rule that the Dutch exit tax infringed upon the Dutch-UK Tax Convention, the ECJ would still rule that the exit tax in principle is a justified restriction of the freedom of establishment if the conditions of appropriateness and proportionality are met.

The ECJ refers to the Dutch exit tax as being in accordance with that principle of fiscal territoriality, connected with a temporal component, namely residence within the territory during the period in which the taxable profit arises. I interpret the wording of the decision of the ECJ as follows. In the period that N used to be a resident of the state of origin, that state had the power to tax capital gains on N’s shares, and that is in line with the OECD Model Tax Convention. Whether that gain is levied during its residence in the state of origin, or by means of an exit tax, seems irrelevant to the ECJ for the purpose of the territoriality principle and the allocation of the power to tax between Member States.

5.4.3.2.4 *Allocation of jurisdiction, territoriality and outbound mergers*

Also with regard to outbound mergers, the allocation of jurisdiction on the basis of the territoriality principle plays a crucial role. Also with regard to exit taxes levied in case of outbound mergers, it can be argued that “it is in accordance with that principle of fiscal territoriality, connected with a temporal component, namely residence

¹⁵⁵ Advocate General Kokott, 30 March 2006, ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 95,99).

¹⁵⁶ BURGERS, Annotation to the N-case, BNB 2007/22c (par. 5), considered the motivation of the ECJ “surprising”. After the *Gilly-ruling*, she expected that the ECJ would generally examine whether national provisions to allocate the power to tax are literally in line with the OECD Model Tax Convention instead of with the scope and purpose of the Model Tax Convention.

within the territory during the period in which the taxable profit arises, that the national provisions in question provide for the charging of tax on increases in value recorded in the Netherlands.”¹⁵⁷

The additional remark of the ECJ that “the amount of which has been determined at the time the taxpayer concerned emigrated and payment of which has been suspended until the actual disposal of the securities” does not seem constitutive for application of the means of justification, but rather relevant for application of the proportionality test. That is particularly relevant in respect of exit taxes on outbound mergers. It would imply that it is irrelevant whether the state of origin has temporarily extended its power to tax the assets which are transferred abroad, as happened in the N-case between the United Kingdom and the Netherlands. That is fundamental, particularly since such temporarily extension with regard to business assets is not in line with international practice. After a seat transfer, the OECD does not allow the state of origin to tax capital gains on assets accrued after the seat transfer if the assets are transferred abroad. Pursuant to Article 13(5) OECD Model Tax Convention, capital gains which have accrued on these assets after the seat transfer shall be taxable exclusively in the host state. The same applies after an outbound merger.

The elements referred to by the ECJ of territoriality, the temporal component, and the increases in value recorded in the state of origin, perfectly fit to outbound mergers. Exit taxes are levied on the gains accrued in the period in which the state of origin had the power to tax the assets of the disappearing company. With regard to this combined means of justification, outbound mergers and the seat transfer abroad of a domestic company equally fulfil the requirements of the N-case.

5.4.3.2.5 *National objective of exit tax*

In order to be justified, national arrangements on exit taxes of outbound mergers shall be designed, having regard to the original circumstances of their adoption,¹⁵⁸ in particular, to allocate between Member States, on the basis of the territoriality principle, the power to tax increases of value in company holdings.¹⁵⁹ Whether exit taxes are allowed depends partly on their scope as laid down in national parliamentary history. National exit taxes on cross-border mergers which are exclusively meant as anti-abuse provisions, cannot be justified.¹⁶⁰ On the other hand, national exit taxes on cross-border mergers which are meant to allocate the power to tax between Member States on the basis of the territoriality principle, may be justified.

The question rises whether exit taxes can be justified if, according to parliamentary history, they were merely meant to implement the Merger Directive. Can these exit taxes be justified? That is rather questionable. Member States could argue that

¹⁵⁷ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 46).

¹⁵⁸ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 67).

¹⁵⁹ ECJ, case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Rec. 2004, I-2409 (par. 83-87).

¹⁶⁰ A combination of means of justification might be justified more easily.

the exemptions serve to implement the Merger Directive, while taxation serves to divide the taxing rights according to the territoriality principle.

The N-case did not regard the implementation or application of harmonizing measures and does, therefore, not provide guidance.

First of all, it should be noted that the Merger Directive does not require Member States to levy exit taxes.¹⁶¹ It rather obliges Member States to *exempt* certain gains from taxation. Implementation of the Merger Directive therefore seems a too poor justification of exit taxation.

Furthermore, it should be noted that the Merger Directive is not particularly meant to prevent double taxation, unlike the Parent-Subsidiary Directive.¹⁶² The Merger Directive is rather meant to prevent immediate taxation on occasion of reorganisations and to safeguard the financial interests of Member States. In fact, several proposals to amend the Merger Directive and to introduce arrangements to prevent double taxation, in 1969 and in 2003, were rejected by the Member States.¹⁶³ Reorganizations may, in fact, lead to double taxation, as the German A.T.- case demonstrates.¹⁶⁴ The scope of the Merger Directive to safeguard the tax claims of Member States is clearly not a legitimate justification.

One might wonder whether, perhaps implicitly, the Merger Directive may have the intention to allocate the power to tax in accordance with the territoriality principle. In fact, up to a certain extent the Merger Directive does so, by not precluding Member States from levying exit taxes and allowing Member States to safeguard their financial interests. However, as the rejected amendments to the Directive demonstrate, the Merger Directive is not an adequate means to prevent double taxation.

5.4.3.2.6 *Harmonisation measures*

Cross-border mergers differ from exit taxes of migrating individuals in the sense that the taxation of cross-border mergers has been harmonized by means of the Merger Directive. The Directive is applicable to the extent that its conditions are met. The question is what the consequences of the harmonization are on cross-border mergers with regard to the application of the Treaty Freedoms in cases in which

¹⁶¹ As described in paragraph 5.3, the Merger Directive does not preclude exit taxation either.

¹⁶² Only certain specific provisions, like Articles 10(2) and 10a(2) are designed to prevent double taxation.

¹⁶³ Articles 12-14 of the 1969 draft Directive contained double taxation arrangements with regard to permanent establishments, but the present text doesn't. The present text intends to prevent direct taxation in occasion of reorganizations. COM(2003)613 final proposed to introduce Article 8(10) in order to register the shares received in the course of a share exchange at market value. This provision was not adopted. A provision to prevent double taxation in occasion of the issue of shares in the course of a contribution of assets which was proposed in 1969 (draft Article 9(3)) was not adopted either.

¹⁶⁴ ECJ case C-285/07, A.T., [not yet published]. In the A.T. case, the ECJ prohibited Germany, as state of the shareholder, to apply its '*doppelte Buchwertverknüpfung*' (double book value carry-over) as a condition for tax benefits in a share exchange. The ECJ did, however, not rule whether the application of such double book value carryover by the state of the acquiring company infringes upon the Merger Directive.

the Directive applies but in which it does not preclude taxation, for example when assets are transferred abroad. As several authors have pointed out, the Merger Directive does not preclude companies from appealing to the fundamental freedoms as enshrined in the EC Treaty. On the contrary, in the *Bosal-case*, the ECJ held that the national legislation at issue should be in line with EC law, and that the Parent Subsidiary Directive shall be interpreted in line with the Treaty Freedoms.¹⁶⁵ The ECJ leaves Member States even less discretionary power in areas which have been harmonised, like the area of cross-border mergers.

5.4.3.2.7 *Merger versus seat transfer: company ceases to exist*

In case of the transfer of residence of an individual, or in case of the seat transfer of a company, it may be possible to defer the imposition of tax assessments, while maintaining the latent tax claim on the same legal person. By contrast, in case of a merger, the transferring company ceases to exist, and the last opportunity to levy tax from that legal person is the moment of the merger. That might theoretically be a sound ground to justify final taxation in case of mergers, even under circumstances in which the freedom of establishment would not permit to levy exit taxes on the transfer of an individual's residence or of a company's seat. This possible 'last opportunity' justification can even arise in case of assets which remain within the power to tax of the state of origin, for example immovable property which does not constitute a permanent establishment and to which, consequently, the Merger Directive does not apply.¹⁶⁶ In case of a transfer of residence or seat, imposition of a tax assessment on the migrating owner of the immovable can be deferred, but in case of cross-border mergers, the company ceases to be a legal subject invested with rights and obligations and it is the last opportunity to tax that particular legal person.¹⁶⁷

¹⁶⁵ ECJ, case C-168/01, *Bosal*, Rec. 2003, I-9409 (par. 26, 43-44).

¹⁶⁶ The Merger Directive does not apply to immovable property which does not constitute and is not part of a permanent establishment. Individuals and companies transferring their residence shall in that case rely on the freedom of establishment. Since the immovable property remains within the power to tax of the state of origin, the *N-case* justification of allocation of power to tax and territoriality with a temporal component does not apply. The freedom of establishment precludes Member States from taxing the hidden reserves in this immovable property.

Also in case of an outbound merger, the Merger Directive does not apply to that immovable property. One might wonder whether Member States are allowed to tax the hidden reserves, since it is their last chance to tax the disappearing, merging company. Does the freedom of establishment oblige Member States to shift the tax claim to the receiving company where that is technically possible? In my view, it should. However, the distinction between different legal subjects is a principle which the ECJ adheres to, for example with regard to the cohesion justification. The ECJ might therefore justify exit taxation in this case.

¹⁶⁷ One might wonder how an outbound merger should be treated if all assets remain connected to a permanent establishment. For reasons of territoriality, there is no reason to levy any exit tax. But because the company ceases to be a legal person, it is the last occasion to tax that specific company. Within the EC, that situation is harmonised and Article 4 Merger Directive precludes taxation. In case of a merger of, for example, a German AG with a Norwegian public limited liability company into a Norwegian SE, the Merger Directive does not apply. The freedom of establishment laid down in the EEA Agreement may preclude Germany to levy exit taxes.

In case of a domestic or cross-border merger, the last opportunity to levy tax from a disappearing company is in the course of the merger. In practice, however, Member States apply arrangements on domestic mergers in which the companies involved may opt for shifting the tax claims from the disappearing legal subject to the company which survives the merger. The Merger Directive even provides for similar harmonized arrangements for cross-border mergers. Where these provisions apply, the Member States have found alternative and acceptable ways to levy tax on the latent gains. The reorganisation is not necessarily the last opportunity to tax the latent gains, although it is with regard to the transferring company where the latent gains are arisen, and while it is the receiving company where they will be taxed. In my view the widely accepted practice to shift the tax claim to the receiving company neutralizes this “last opportunity” justification, since less burdensome solutions appear to be available. In fact, shifting the tax claim to another legal person is perfectly in line with the principle of universal succession, which brings about the transfer of all assets and liabilities, in case of mergers as laid down in, for example, the Third Council Directive.¹⁶⁸ I conclude that the fact that the merging company ceases to exist, does not provide any additional ground for justification compared to the situation of a seat transfer of a company. In both cases, it is crucial whether the assets remain within the jurisdiction of the state of origin.

5.4.3.2.8 Conclusion

Exit taxes levied in the course of a merger can be justified as a means for allocating the power to tax in accordance with the principle of fiscal territoriality if the national provisions are adopted for that purpose.

5.4.3.3 Appropriate to Attain the Objective?

In the N-case, the Court considers it in accordance with the principle of fiscal territoriality, connected with a temporal component that the national provisions in question provide for the charging of tax on increases in value recorded in the Netherlands, the amount of which is determined at the time the taxpayer concerned emigrated and payment of which has been suspended until the actual disposal of the securities. “It follows (...) that the measure (...) is appropriate for ensuring the attainment of that objective.”¹⁶⁹ In other words, the Court rules that determining the amount of capital gains at the time the taxpayer emigrated and suspension of payment until the actual disposal of the securities is appropriate. The Court does not seem to bother very much whether the exit tax actually prevents double taxation, whether, for example, the host state is obliged to grant a step-up. In fact, the ECJ does not seem to take into consideration the statement of the Dutch government, that

¹⁶⁸ Third Council Directive concerning mergers of public limited liability companies 78/855/EEC, OJ 1978 L 295/36.

¹⁶⁹ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 46-47).

the exit tax would be “designed to prevent double taxation”,¹⁷⁰ without examining that statement or giving it any importance.

To the extent that the exit tax in cross-border mergers is designed in a similar way as in the N-case, it shall be considered “appropriate” to attain the same objective in the public interest as well. Also if the amount of capital gains is determined at the time of the cross-border merger while *no* suspension of payment until the actual disposal of the assets is granted, the arrangement is appropriate to allocate taxing power on the basis of territoriality. If no deferral of collection is granted, one should however examine whether the arrangement is proportionate.

Whether the exit tax is actually appropriate to preclude double taxation, is not relevant under the ECJ’s case-law. However, as I argued in par. 5.3.5, exit taxes in practice seem to have the collateral effect of preventing double taxation, since the host Member States often grant a step-up after an exit tax.¹⁷¹ Whether the Merger Directive is actually appropriate to preclude double taxation (*quod non*), is not relevant.

I conclude that, with regard to cross-border mergers, exit taxes are certainly an appropriate means to allocate taxing rights in line with the territoriality principle to the state of the transferring company.

5.4.3.4 Proportionate Measures?

The last question to be examined is whether an exit tax on cross-border mergers goes beyond what is necessary to attain the objective it pursues.

Transfer of residence

In the N-case, the ECJ ruled that the tax declaration demanded at the time of transfer of residence, necessary in order to calculate the tax on income, constitutes an administrative formality likely to hinder the exercise of fundamental freedoms by the person concerned or make such exercise less attractive. However, the Court did not regard the tax declaration as disproportionate, even if it would have been possible to determine the exit tax only at the date of the actual disposal of the securities.¹⁷²

According to the Court, the obligation to provide guarantees, necessary for the granting of a deferral of the tax normally due, whilst doubtless facilitating the collection of that tax from a foreign resident, goes beyond what is strictly necessary in order to ensure the functioning and effectiveness of such a tax system based on the principle of fiscal territoriality.¹⁷³ The Court reminds that there are methods less restrictive of fundamental freedoms. In particular, Council Directive 77/799/EEC¹⁷⁴

¹⁷⁰ ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 41).

¹⁷¹ On the other hand, roll-over relief in respect of the assets which remain behind in a permanent establishment may end up in double taxation if the host state taxes companies’ world wide income applying the credit method while not granting a step-up on inbound mergers.

¹⁷² ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 39, 49).

¹⁷³ ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409 (par. 51-53).

allows a Member State to request from the competent authorities of another Member State all the information enabling it to ascertain the correct amount of income tax.¹⁷⁵ Moreover, Council Directive 76/308/EEC¹⁷⁶ provides that a Member State may request the assistance of another Member State in the recovery of debts relating to certain taxes, including those on income and capital. Member States shall therefore grant deferral without the obligation to provide guarantees.

And finally, the ECJ ruled that, in order to be regarded in this context as proportionate to the objective pursued, such a system for recovering tax on the income from securities would have to take full account of reductions in value capable of arising after the transfer of residence by the taxpayer concerned, unless such reductions have already been taken into account in the host Member State.¹⁷⁷

Mergers and proportionality

In the N-case, the ECJ provides guidelines with regard to the proportionality of exit taxes levied as means of allocation of taxing power between Member States. What do these guidelines bring about for mergers?

Like in case of the transfer of residence of an individual in the N-case, also on occasion of a (domestic or) cross-border merger the disappearing company shall generally file a tax declaration. That formality shall, according to the Court in the N-case, not be regarded as disproportionate. The 2006 Commission paper on exit taxation even states that it would be proportionate to require the filing of annual statements declaring whether the assets involved have been disposed of or not.¹⁷⁸ I fully agree with that conclusion, also with regard to mergers.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, certain excise duties and taxes on insurance premiums, OJ 1977 L 336/15, as amended by Council Directive 2004/106/EC of 16 November 2004.

¹⁷⁵ ECJ, case C-55/98, *Vestergaard*, Rec. 1999, I-7641 (par. 26); ECJ, case C-422/01, *Skandia and Ramstedt*, Rec. 2003, I-6817 (par. 42).

¹⁷⁶ Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims resulting from operations forming part of the system of financing the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, and of the agricultural levies and customs duties, OJ 1976 L 73/18, as amended by Council Directive 2001/44/EC of 15 June 2001, OJ 2001 L 175/17.

¹⁷⁷ ECJ, case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Rec. 2006, I-7409 (par. 54).

¹⁷⁸ COM (2006)825 final, 6. Unfortunately, the Commission does not address the issue of exit taxes levied in occasion of cross-border reorganisations.

¹⁷⁹ VAN ARENDONK, *Inkomstenbelasting en Europa: nationale folklore met een Europees sausje*, MBB 2008/121, par. 4.1, considers a system of protective assessments not appropriate in case of seat transfers of companies. Instead of one shareholding, a quantity of assets is involved which are written down. Van Arendonk considers it impossible and burdensome to file annual tax declarations after a seat transfer, and moreover not in line with current international tax law, in particular the territoriality principle. In my view, tax deferral does not require annual tax declarations, but only simple annual statements on the status of the assets. That does not infringe upon the territoriality principle: it serves to obtain deferral of taxes already levied and does not involve the levying of tax on these assets, for instance in respect of future increases of value.

From the N-case it follows that the imposition of (deferred) tax assessments on occasion of a migration is proportionate. In case of mergers, however, differently from the exit tax levied from migrating shareholders, the payment of tax assessments may generally not be deferred under Member States' legislations.¹⁸⁰ Exit taxes levied from companies which are absorbed in outbound mergers shall usually be paid immediately. These companies, and their legal successors, do not benefit from any deferred collection of taxes. Since in the N-case, the ECJ required deferment of payment without the obligation to provide any guarantees, at first sight, the element of direct collection in case of mergers seems to be disproportionate.

However, there are distinctions between migrating individuals and merging companies. In the first place, the company which is absorbed in a merger ceases to exist, also as a legal subject. That brings about that the future collection of deferred exit taxes from mergers encounters a burden which doesn't exist in case of migrating shareholders. After a merger with deferred payment of tax, the exit tax cannot be collected from the transferring company as it has disappeared in the course of the merger. Instead, in the future it shall be collected from another legal entity, being its legal successor under universal title. In domestic situations, that might not be a legal problem.¹⁸¹ But theoretically it might cause problems in international situations, particularly in case of distortions between the different national provisions of private law involved with regard to universal succession in case of mergers, and perhaps also in application of the Mutual Assistance Directives.

A second point is the question until which moment the exit tax shall be deferred. Shall the exit tax which is levied from company A be deferred until company B disposes of the former assets of company A? Up to a certain extent that would make sense. But on the other hand, it isn't evident that the collection of tax from a company depends on the behaviour of another legal subject. In this case, its universal successor, company B shall pay the exit tax levied from company A, at the moment when that same company B disposes of the former assets of company A. Under those circumstances this connection between the disappearing company and its legal successor seems justified.

A third issue regards assets which the receiving company does not dispose of. A migrating individual will sooner or later dispose of his shares, while it is not sure whether the receiving company will ever dispose of the assets, like goodwill, received in the course of the merger. It can hardly be expected from Member States to defer the collection of exit taxes *in saecula saeculorum*, taking into account the yearly administrative effort of such deferral and the risk of abuse. I consider it proportionate to put a certain time limit to the deferral, for example, not exceeding 10 years.¹⁸²

¹⁸⁰ This applies for instance to the Netherlands.

¹⁸¹ Note that in domestic situations, this problem usually does not occur. Member States do not defer the collection of tax which has been levied, but instead shift the tax claim to another legal body, the receiving company. The latent claim is both levied and collected from one single legal person, the receiving company.

I conclude that, where effective distortions in the field of universal succession actually occur and seriously hamper the collection of deferred taxes, the denial of deferred collection could be justified.¹⁸³ In principle, however, the immediate collection of exit taxes shall be considered disproportionate. Member States can apply other conditions which are less restrictive, like deferral of collection until the moment that the assets are actually disposed of and the capital gains are actually realised. To the extent that a Member State can demonstrate that deferred collection causes serious recovery problems, which cannot be resolved by the Mutual Assistance Directives nor by other unilateral or bilateral measures, immediate collection may be a proportionate arrangement.

Finally, the ECJ ruled in the N-case that the state of origin would have to take full account of reductions in value capable of arising after the transfer of residence by the taxpayer concerned, unless such reductions have already been taken into account in the host Member State. This condition posed by the ECJ, which grants the taxpayer the right to deduct reductions in value arising after the migration, is in breach of the territoriality principle¹⁸⁴ and in breach of international practice, particularly the OECD Model Tax Convention. Normally, those losses shall be allocated to the new home state of the individual migrating shareholder like Mr. N. The condition is however in line with the so-called *always-somewhere* principle recognised in the ECJ's case-law,¹⁸⁵ which tends to mitigate the disadvantages for taxpayers of a straight application of the territoriality principle.

After a cross-border merger, I assume that there is not a single state of origin which takes into account a post merger reduction in value of assets which are transferred abroad and which triggered exit taxes. In practice, however, even under the *always-somewhere* principle, the state of origin is generally not obliged to take those post merger losses into account. Generally, on occasion of a merger in which exit taxes are levied on the basis of the fair market value, the host state will register the assets transferred at fair market value as well. Consequently, the host state takes into

¹⁸² TERRA/WATTEL, European Tax Law, 788, refer to the same problem in case of emigration of companies and propose a ten-year period as well. With regard to the emigration of not incorporated entrepreneurs, VAN ARENDONK, *Inkomstenbelasting en Europa: nationale folklore met een Europees sausje*, MBB 2008/121, par. 4.1, suggests a practicable system of immediate exit taxation with a deferred, phased collection, for instance during a five years' period. KOERTS, *Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europees-rechtelijk perspectief*, WFR 2009/533-534, considers immediate exit taxation disproportionate (only) if the host state does not grant a step-up, while a phased payment might be proportionate. She does not consider phased payment an ideal solution. She proposes to harmonize the tax base within the EC while maintaining exit taxation. The exit tax should be collected in the future at the moment of realisation. Also PETERS/MONFROOIJ, *Exitheffingen bij vertrek?*, WFR 2009/639, refer, with regard to seat transfers, to a phased payment of tax during a period of five to ten years.

¹⁸³ That would require further study on private international law, the Mutual Assistance Directives, and the principle of universal succession under the various national merger provisions which are applicable.

¹⁸⁴ The annotator to the N-case, V-N 2006/46.4, considers the application of the territoriality principle remarkable, taking into account among others the deduction of post migration losses.

account future decreases in value of these assets in the hands of the receiving company.¹⁸⁶ With regard to the *always-somewhere* principle, the ECJ does not require that the losses are taken into account in the hands of the same legal subject, i.e. the transferring company, as appears from the Marks & Spencer-ruling.

5.4.5 Conclusions

The Merger Directive does not preclude exit taxes on assets transferred abroad. That does not mean that the Directive justifies exit taxation. In order to be justified as a restriction of the freedom of establishment, exit taxes levied on occasion of cross-border mergers shall at least be, historically, designed to allocate the power to tax between Member States on the basis of territoriality. The mere objective to implement the Merger Directive does not suffice. The allocation and territoriality test developed by the ECJ in the N-case, also fits mergers. Whether exit taxes on mergers are in line with the applicable tax conventions is not crucial. Member States shall defer the collection of exit taxes until the assets involved are actually realised or, in my view, until a reasonable period of time has passed, maximally ten years. Immediate collection might be justified if distortions in the field of universal succession of tax debts hamper future collection. Almost all Member States' exit taxes on cross-border mergers are collected immediately. They are disproportionate and infringe upon the freedom of establishment. Member States may not require guarantees as a condition to obtain deferral. To the extent that the host state registers the assets transferred at fair market value, the state of origin is not obliged to take into account future decreases in value of these assets. Member States may require merging companies to file non-recurrent tax declarations, and also annual declarations as to the status of the assets involved.

Where merger provisions infringe upon the freedom of establishment immediate action from the national legislators is required. Merging companies may challenge these national provisions in court cases. Moreover, the European Commission may require from Member States to amend their legislations and, if necessary, start infringement procedures on the basis of Article 226 EC against Member States, like the Commission already does in the field of exit taxes levied from migrating indi-

¹⁸⁵ In his annotation to the *Marks & Spencer-case*, WATTEL notices that the ECJ has adopted, what WATTEL calls, the “*always-somewhere*” principle (“altijd-ergens beginsel”), BNB 2006/72c, annotation, par. 2. “The principle that a taxpayer who crosses an internal border within the EC and exercises his Treaty Freedoms shall not find himself in a disadvantageous position compared to staying at home. In the end he shall be able, *somewhere* within the internal market, to convert into cash his deductible costs, losses, personal compensations, credits, etc. This should preferably be possible within the right jurisdiction, the jurisdiction which taxes the connected income. But if that finally results impossible then it should be allowed within the, from a territorial point of view, wrong jurisdiction if there is a positive tax base” (translation JJvdB).

¹⁸⁶ Should the host state register the assets at former book value, a post merger decrease in value, from market value to former book value, is not taken into account by the host state. In that case, the requirement that reductions in value shall fully be taken into account is not met. The state of origin has to provide relief.

viduals and companies. On the long run, positive integration could offer alternative solutions.

In my opinion, the Merger Directive should also apply to assets which remain within the power to tax of the state of origin, even if these assets are not part of a remaining permanent establishment. Furthermore, new provisions should be introduced in the Merger Directive granting deferred collection of exit taxes, in line with the N-ruling, in respect of assets for which the Directive does not provide relief. In addition, new provisions should oblige the host state to register assets and shares transferred at market value. But these amendments require consensus among Member States.

Under negative integration, and possibly under positive integration, the tax benefits for companies involved in cross-border reorganizations are becoming a two-stage rocket:

- the Merger Directive offers roll-over relief on behalf of assets which remain effectively connected to a permanent establishment and which as such remain taxable in the state of origin;
- the freedom of establishment offers deferral of collection of exit taxes on behalf of the other assets involved until they are disposed of.

More fundamental forms of positive integration, such as the ideas of Common Consolidated Tax Base or of Home State Taxation, could offer additional variants for merger arrangements.

Cases European Court of Justice

- ECJ, case C-120/78, Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec.1979, 649
 ECJ, case C-81/87, Daily Mail and General Trust PLC, Rec. 1988, 5483
 ECJ, case C-221/89, The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame, Rec. 1991, I-3905
 ECJ, case C-204/90, Bachmann / Belgian State, Rec. 1992, I-249
 ECJ, case C-300/90, Commission v Belgium, Rec. 1992, I-305
 ECJ, case C-55/94, Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, Rec. 1995, I-4165
 ECJ, case C-28/95, Leur-Bloem, Rec. 1997, I-4161
 ECJ, case C-250/95, Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions, Rec. 1997, I-02471
 ECJ, case C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI), Rec. 1998, I-4695
 ECJ, case C-336/96, Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, Rec. 1998, I-2793
 ECJ, case C-212/97, Centros ltd, Rec. 1999, I-1459
 ECJ, case C-307/97, Saint-Gobain ZN, Rec. 1999, I-6161
 ECJ, case C-35/98, Verkooijen, Rec. 2000, I-4071
 ECJ, case C-55/98, Vestergaard, Rec. 1999, I-7641
 ECJ, case C-251/98, Baars, Rec. 2000, I-2787
 ECJ, case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), Rec. 2002, I-9919
 ECJ, case C-385/00, De Groot, Rec. 2002, I-11819
 ECJ, case C-168/01, Bosal, Rec. 2003, I-9409
 ECJ, case C-422/01, Skandia and Ramstedt, Rec. 2003, I-6817
 ECJ, case C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, Rec. 2004, I-2409
 ECJ, case C-411/03, SEVIC Systems AG, Rec. 2005, I-10805
 ECJ, case C-446/03, Marks & Spencer, Rec. 2005, I-10837
 ECJ, case C-513/03, van Hilten-van der Heijden, Rec. 2006, I-1957
 ECJ, case C-470/04, N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo, Rec. 2006, I-7409
 ECJ, case C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee, [not yet published].
 ECJ, case C-285/07, A.T., [not yet published]
 ECJ, case C-210/06, Cartesio Oktató és Szolgáltató bt, [not yet published]

Other Case Law

- Higher Tax Court 's-Hertogenbosch, case 03/00689, V-N 2005/47.11
 Higher Tax Court Arnhem, 04/01464, V-N 2007/13.1.01
 Opinion Advocaat-Generaal Wattel, case 43760, V-N 2008/39.10
 Opinion Advocaat-Generaal Wattel, cases 42702, 42699, 42701, V-N 2007/4.13
 Dutch Supreme Court, 20 February 2009, nr. 42701, 42702, 42699, V-N 2009/12.8.
 Dutch Supreme Court, 20 February 2009, nr. 07/12314, V-N 2009/11.9.

Literature

- ALBERT, PHILIPPE G.H., HvJ EG: Franse exit-heffing over vennootschapsrechten strijdig met EG-recht, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NTFR) 2004/397.
 ARENDONK, HENK P.A.M. VAN: Inkomstenbelasting en Europa: nationale folklore met een Europees sausje, Maandblad Belasting Beschouwingen 2008/121.

- BELLINGWOUT, JAAP W.: Fiscale aspecten van grensoverschrijdende fusie (en omzetting), Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR), 138, September 2007/6721.
- BELLINGWOUT, JAAP W.: Cartesio: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, Weekblad voor Fiscaal Recht, 2009/217.
- Boekhorst, Paul J. Te. : Exitheffingen in de winstfeer EU-proof?, in: Smit, D.S., Verslag van het EFS-seminar "Exitheffingen in Europa", Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2006/835.
- BRANDE-BOOMSLUITER, EVA VAN DEN: De Bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting, dissertation, second edition, Kluwer, Deventer, 2004.
- BURGERS, IRENE J.J.: Annotation to the N-case, Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 2007/22c.
- CONCI, PAOLO: The Tax Treatment of the Creation of an SE, European Taxation, January 2004, 16.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION (IBFD): Survey on the Societas Europaea, 2003.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION (IBFD): The Merger Directive, loose-leaf, July 2004.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION (IBFD): Country Analyses, Ireland, loose-leaf.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION (IBFD): Country Analyses, United Kingdom, loose-leaf.
- KEMMEREN, ERIC C.C.M.: Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar, Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2004/1613.
- KOERTS, MARIEKE: Houdbaarheid van exitheffingen bij de zetelverplaatsing van vennootschappen in Europeesrechtelijk perspectief, Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2009/529.
- MEUSSEN, GERARD T.K.: Annotation to the De Lasteyrie-case, Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 2004/258c.
- NIESSEN, RENÉ E.C.M.: Conserverende aanslag deels gered, Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV), Oktober – 2006, 10.
- PETERS, FAUSTINA G.F./MONFROUJ, RENÉ P.A.: Exitheffingen bij vertrek?, Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2009/637.
- PRONK, JAAP D.: Annotation to the Cartesio-case, Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NTFR) 2009/46.
- SIMONIS, PAUL H.: Fusierichtlijn; Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Weekblad voor Fiscaal Recht (WFR) 1991/5985.
- STREEK, JAN L. VAN DE: Omzetting van rechtspersonen, Fiscale Monografieën nr. 129, 2008, Kluwer, Deventer.
- TERRA, BEN J.M./WATTEL, PETER J.: European Tax Law, Fiscale Handboeken nr. 10, 2008, Kluwer, Deventer, 2008.
- THOMAS, EDWIN.: Annotation to the Cartesio-case, FED Fiscaal Weekblad (FED), 2009/10.
- VAKSTUDIENIEUWS: Annotation to the N-case, Vakstudienieuws 2006/46.4.
- VAKSTUDIENIEUWS: Annotation to Cartesio-case, Vakstudienieuws 2009/6.22.
- VEEN, WIJNANDUS J.M. VAN: Europeesrechtelijke perikelen, Nu ook grensoverschrijdende zetelverplaatsing ... dankzij het Europese Hof van Justitie, TvOB, 2009-1.
- WATTEL, PETER J.: Annotation to the Marks & Spencer-case, Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 2006/72c.
- WEBER, DENNIS M.: Vpb 2007. Opruimen van EG-rechtelijke knelpunten, Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2007/1251.
- ZUIDENDORP, Bert C.: Is er een toekomst voor exitheffingen in de EU na "De Lasteyrie" en "N."?, in: Smit, D.S., Verslag van het EFS-seminar "Exitheffingen in Europa", Weekblad Fiscaal Recht (WFR) 2006/835.

Official Documents

- European Commission, Programme for the harmonisation of direct taxes, 26 June 1967, Supplement to the Bulletin nr. 8-1967.
- Proposal for a Directive concerning the common system of taxation applicable to mergers, divisions and contributions of assets between companies of different Member States, COM(1969)5, OJ 1969 C 39/1.
- Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market, SEC(2001)1681.
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Towards an Internal Market without Obstacles, COM(2001)582 final.
- Letter Dutch State Secretary of Finance of 13 April 2004, 13 April 2004, WDB2004/188U, V-N 2004/21.8, with annotation.
- Proposal for a Council Directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, COM(2003)613 final.
- Commission Communication, Direct taxation: Commission requests Sweden to change restrictive exit tax provisions for companies, IP/08/1362, 2007/2372.
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, 19 December 2006, COM(2006)825 final.
- Council Resolution on coordinating exit taxation, 2 December 2008, 16412/08, FISC 176.