

■ RdW 2007/595, 568

Internationale Verschmelzungen nach dem BudBG 2007

Teil II: Auswirkungen auf Gesellschafterebene

Mit dem EU-Verschmelzungsgesetz können internationale Verschmelzungen nun tatsächlichen in die Praxis umgesetzt werden. Während sich Teil I des Beitrages (RdW 8/2007) mit den steuerrechtlichen Auswirkungen internationaler Verschmelzungen auf Gesellschaftsebene beschäftigte, werden nunmehr die Implikationen des verschmelzungsbedingten Anteilstausches auf Gesellschafterebene beleuchtet. Im Zentrum der Betrachtung stehen dabei sowohl die Änderungen durch das BudBG 2007 als auch DBA- und gemeinschaftsrechtliche Fragestellungen.

Mag. Daniela Hohenwarter, LL.M.
Wirtschaftsuniversität Wien

3.2. Verschmelzungsbedingter Anteilstausch nach § 5 Abs 1 UmgrStG

3.2.1. § 5 Abs 1 Z 1 UmgrStG

Im Falle der (partiellen) Nichtanwendbarkeit des UmgrStG nach § 1 Abs 2¹⁾ fingiert § 20 iVm § 19 KStG die (partielle) Liquidationsbesteuerung lediglich auf Ebene der übertragenden Körperschaft, nicht hingegen auf Ebene ihrer Gesellschafter. Da im Rahmen der verschmelzungsbedingten Liquidationsbesteuerung aber keine Liquidation im Sinne einer „Versilberung“ des Vermögens stattfindet, kommt es auf Gesellschafterebene auch zu keinem Zufluss eines Abwicklungsguthabens, der auf dieser Ebene eine Liquidationsbesteuerung im engeren Sinne auslösen könnte²⁾. Obwohl die Abfindung mit Anteilen als Bestandteil des verbandsrechtlichen Vorganges „Verschmelzung“ kein Tauschvertrag iSd Zivilrechts ist³⁾, wird sie steuerrechtlich dennoch als Tausch eingeordnet⁴⁾. Liegt ein solcher Anteilstausch auf Gesellschafterebene vor, treten im betrieblichen Bereich die Rechtsfolgen des § 6 Z 14 lit a EStG ein, während im außerbetrieblichen Bereich eine Steuerpflicht nach den §§ 30 und 31 EStG in Betracht kommt. Analog zu § 6 Z 14 lit a EStG ordnen die §§ 30 Abs 5 und 31 Abs 7 EStG auch im außerbetrieblichen Bereich den gemeinen Wert der hingegebenen Anteile als Bewertungsmaßstab an⁵⁾. Dies führt konsequenterweise zu einem Austausch von Anteilen an der übertragenden Körperschaft gegen Anteile an der übernehmenden Körperschaft und damit zu einer Realisierung der in den Anteilen an der übertragenden

Körperschaft enthaltenen stillen Reserven. Da nun aber im Anwendungsbereich des UmgrStG § 5 Abs 1 Z 1 explizit anordnet, dass der verschmelzungsbedingte Anteilstausch nicht als Tausch gilt, wird die Gewinnrealisierung unterdrückt und der Anteilstausch somit steuerneutral gestellt⁶⁾.

Durch das BudBG 2007⁷⁾ wurde dieser Anteilstausch um eine Rückwirkungsfiktion erweitert. Danach gelten die Anteile an der übernehmenden Körperschaft mit Beginn des dem Verschmelzungstichtag folgenden Tages als erworben. Praktische Bedeutung hat diese Neuerung insbesondere im Rahmen der Gruppenbesteuerung, da sie die rückwirkende Aufnahme einer gruppenfremden Körperschaft in eine bestehende Unternehmensgruppe im Wege eines verschmelzungsbedingten Anteilstausches ermöglicht⁸⁾.

3.2.2. § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG

Im Hinblick auf internationale Verschmelzungen ist aber vor allem § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG von Bedeutung. Diese Bestimmung greift nämlich in jenen Fällen, in denen das Besteuerungsrecht der Republik Österreich hinsichtlich des übertragenen Vermögens verschmelzungsbedingt eingeschränkt wird. Auch dann soll die Tauschneutralität der Z 1 für die Anteilsinhaber gelten, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass diese in einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR mit umfassender Amts- und Vollstreckungshilfe ansässig sind. § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG ist vor allem deshalb wichtig, weil die Einschränkung des Besteuerungsrechts hinsichtlich des übertragenen Vermögens nach § 1 Abs 2 UmgrStG zu einer partiellen Liquidationsbesteuerung führt und somit die Bestimmungen des UmgrStG, also grundsätzlich auch § 5 UmgrStG insoweit nicht anwendbar sind. Ohne die Z 3 würde in solchen Fällen daher die Steuerneutralität auch auf Anteilseignerebene – zumindest partiell – wegfallen⁹⁾, was aber insbesondere aus dem Blickwinkel der FusionsRL bedenklich wäre.

1) Ausführlich dazu *Hohenwarter*, Internationale Verschmelzungen nach dem BudBG 2007 – Teil I: Auswirkungen auf Gesellschaftsebene, RdW 2007, 501 (503 ff).

2) Vgl *Bruckner* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (1. Lfg 2002) Art I § 1 Rz 44.

3) § 1045 ABGB.

4) *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), Umgründungssteuergesetz (2000) § 5 Rz 13; *ders*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 486 ff; ausführlich dazu auch *Staringer*, Einlagen und Umgründungen (1994) 176; weiters *Bruckner* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen Art I § 1 Rz 45; *Walter*, Umgründungssteuerrecht⁶ (2006) Rz 133; *UmgrStR* 2002, § 5 Rz 256 ff; aA *Kirchmayr*, Besteuerung von Beteiligungserträgen (2004) 188 ff, die von einer spiegelbildlichen Liquidationsbesteuerung von Körperschaft und Anteilsinhaber mit (gedanklicher) Vermögensauskehr und nachfolgender Wiedereinlage ausgeht. Diese Argumentation basiert auf den Erläuterungen zum Steuerreformgesetz 1993 (BGBl 1993/818), die als Anwendungsfall von § 31 Abs 2 Z 1 EStG jede Beendigung einer Körperschaft (mit oder ohne Liquidation) steuerlich erfassen wollen. Das UmgrStG und dessen Bestimmungen gehen aber als *lex specialis* vor. Siehe 1237 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 18.GP, 54.

5) Vgl für viele *Staringer*, Einlagen 176; *Hügel*, Verschmelzungen und Einbringungen 468; *ders* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG § 5 Rz 13 mwN.

6) Vgl *Bruckner* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen Art I § 5 Rz 15 ff; *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG § 5 Rz 14 ff.

7) BGBl I 2007/24.

8) Vgl *Hohenwarter/Staringer*, Umgründungen und Gruppenbesteuerung, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner* (Hrsg), Grundfragen der Gruppenbesteuerung (2007) 385 (393 ff) mwN; weiters *Zöchling/Haslinger*, Verschmelzungsbedingter Anteilstausch: Wesentliche Änderungen durch das Budgetbegleitgesetz 2007, RdW 2007, 369 (396 ff); *Wiesner/Mayr*, UmgrStG: Aktuelles zur Verschmelzung, RdW 2007, 435 (437).

9) Vgl *Bruckner* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen Art I § 5 Rz 27 ff; *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG § 5 Rz 32 ff; *Wundsam/Huber/Zöchling/Khun*, UmgrStG Kommentar³ (2001) § 5 Rz 1 und 9 ff.

Dennoch ist die derzeitige Ausgestaltung der Regelung insgesamt fragwürdig¹⁰⁾. In den Fällen, in denen Österreich nämlich ein Besteuerungsrecht hinsichtlich der in den Anteilen an der übertragenden Körperschaft enthaltenen stillen Reserven hat und es aufgrund einer (grenzüberschreitenden) Verschmelzung mangels Verlust von inländischen Besteuerungsrechten am übertragenen Vermögen aber zu keiner (aufgeschobenen) Liquidationsbesteuerung nach § 1 Abs 2 UmgrStG kommt¹¹⁾, kann auf Anteilseignerebene dennoch ein Verlust der Besteuerungsrechte eintreten. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn beschränkt steuerpflichtige Gesellschafter steuerhängige Anteile an der inländischen übertragenden Körperschaft halten¹²⁾ und die übernehmende Körperschaft eine ausländische ist. Aufgrund des verschmelzungsbedingten Anteilstausches tritt ein Verlust des Besteuerungsrechts hinsichtlich der in den Anteilen gespeicherten stillen Reserven ein, da der Gesellschafter nach der Verschmelzung nur mehr Anteile an der ausländischen übernehmenden Körperschaft hält, an denen Österreich aber schon aufgrund von § 98 Abs 1 EStG kein Besteuerungsrecht (mehr) hat. Die Verschmelzung muss jedoch nicht zwingend eine grenzüberschreitende sein, damit auf Gesellschafterebene ein Verlust des Besteuerungsrechts eintritt. Zu denken ist in diesem Zusammenhang vor allem an nationale Verschmelzungen, bei denen beschränkt steuerpflichtige Anteilseigner in einem Staat mit abweichendem DBA ansässig sind und nach der Verschmelzung die Kriterien, denen zufolge Österreich als Ansässigkeitsstaat der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft ebenfalls ein Besteuerungsrecht an etwaigen Veräußerungsgewinnen hinsichtlich der Anteile zukommt, nicht mehr erfüllt sind¹³⁾.

Ein solcher Verlust des Besteuerungsrechts auf Gesellschafterebene löst jedoch nach § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG idGF für sich alleine keine Entstrickungsbesteuerung aus, sondern wird vom Gesetzgeber „sanktionslos“ hingenommen. Will der Gesetzgeber dies jedoch verhindern, müsste er konsequenterweise auf die verschmelzungsbedingte Steuerentstrickung der in den Anteilen enthaltenen stillen Reserven abstellen. Bewirkt die Verschmelzung den Verlust dieser Besteuerungsrechte, könnte dem – durch eine entsprechende Gesetzesänderung – eine (aufgeschobene) Besteuerung entgegenwirken. Zwar wird in der Literatur die in § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG normierte „Tauschneutralität“ grundsätzlich als von der FusionsRL gefordert erachtet¹⁴⁾, einen vollständigen

Verzicht auf Besteuerungsrechte verlangt die FusionsRL aber mE nicht¹⁵⁾. Zwar normiert Art 8 Abs 1 der FusionsRL, dass der Anteilstausch im Gefolge einer grenzüberschreitenden Verschmelzung „für sich allein“ keine Besteuerung des Veräußerungsgewinnes beim Anteilseigner auslösen darf, allerdings sind die Mitgliedstaaten nach Art 8 Abs 6 der FusionsRL sehr wohl berechtigt, den Gewinn aus einer späteren Veräußerung der erworbenen Anteile so zu besteuern, wie den Gewinn aus einer Veräußerung der vor der Verschmelzung vorhandenen Anteile. Insoweit könnte daher auch nach der FusionsRL eine Entstrickungsbesteuerung auf Gesellschafterebene zulässig sein, sofern diese bis zur Veräußerung der im Zuge der Verschmelzung erworbenen Anteile an der übernehmenden Gesellschaft durch den Anteilseigner aufgeschoben würde. In Verbindung mit den Vorgaben des primären Gemeinschaftsrechts¹⁶⁾ und des DBA-Rechts¹⁷⁾ dürften jedoch nur die stillen Reserven erfasst werden, die bis zum Verschmelzungstichtag in Österreich steuerhängig waren. Ob dies auch im Verhältnis zu Anteilseignern erforderlich wäre, die in einem Drittstaat ansässig sind, mag hingegen bezweifelt werden¹⁸⁾: Auch wenn die hA davon ausgeht, dass auch Drittstaatsangehörige als Anteilseigner von den Begünstigungen des Art 8 FusionsRL erfasst sind¹⁹⁾, scheint ein durch die Richtlinie aufgezwungener Besteuerungsverzicht im Verhältnis zu Drittstaaten noch fragwürdiger als bei rein innergemeinschaftlichen Sachverhalten. Dazu braucht man sich nur die Zielsetzung der FusionsRL, die Sicherung bestehender Besteuerungsrechte der Mitgliedstaaten²⁰⁾, vor Augen führen. Orientiert an der Rechtsprechung des EuGH zur gemeinschaftsrechtskonformen Ausgestaltung von Entstrickungstatbeständen in innergemeinschaftlichen Fällen²¹⁾, ließe sich aber auch in derartigen Drittstaats Sachverhalten ein Besteuerungsaufschub argumentieren. Besteht mit dem Ansässigkeitsstaat des Anteilseigners eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe und erachtet man diese völkerrechtliche Vereinbarung als Äquivalent für die gemeinschaftsrechtliche Amtshilfe- und Beitreibungsrichtlinie²²⁾, könnte die Anwendung des Nichtfestsetzungskonzepts geboten sein. Besteht hingegen keine Amts- und Vollstreckungshilfe, könnte die sofortige Besteuerung anlässlich des Anteilstausches gerechtfertigt sein.

3.2.2.1. § 5 Abs 1 Z 3 im Lichte der Grundfreiheiten des EG-Vertrages

Aus dem Blickwinkel der Grundfreiheiten ist vor allem das Verhältnis von § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG idGF zur Kapitalverkehrsfreiheit des Art 56 EG bei Drittstaatsfällen von besonderem

10) Vgl dazu auch *Staringer*, Einlagen 176; weiters *Hügel*, Umgründungssteuergesetz: Allgemeine Grundlagen – Verschmelzung, *ecolex* 1991, 802 (807 f).

11) Weil das übertragene Vermögen etwa einer inländischen Betriebsstätte der übernehmenden Körperschaft zurechenbar ist. Für weitere Beispiele siehe zB *Staringer* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), *Handbuch der Umgründungen* Q 2 Rz 17; *UmgrStR* 2002 Rz 72.

12) Im Hinblick auf beschränkt Steuerpflichtige besteht ein inländisches Besteuerungsrecht insbesondere dann, wenn das konkrete DBA mit dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters von Art 13 Abs 5 OECD-MA abweicht, wie etwa in Art 13 Abs 3 lit a DBA Österreich-Frankreich, oder mit dem Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters überhaupt kein DBA abgeschlossen wurde.

13) Als Beispiel hierfür sind Art 13 Abs 4 OECD-MA nachgebildete Verteilungsnormen zu nennen. Anteile an Immobiliengesellschaften können danach nur dann im Ansässigkeitsstaat besteuert werden, wenn deren Wert zu mehr als 50 % unmittelbar oder mittelbar auf unbeweglichem Vermögen beruht, das im Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft belegen ist. Gerade diese 50%-Kriterium kann aber aufgrund der verschmelzungsbedingten Vermögensvereinigung verloren gehen, was in der Folge die Steuerentstrickung auf Gesellschafterebene bewirkt.

14) Vgl *Bachl/Staringer*, Der Anteilstausch nach der EU-Fusionsrichtlinie im österreichischen Umgründungssteuerrecht, *SWI* 1994, 400 (406 f); *Hügel*, Verstrickung und Entstrickung stiller Reserven bei internationalen Einbringungen, *ÖStZ* 1996, 74 (82); *Damböck*, Anteilstausch mit österreichischen Kapitalanteilen bei Verlust des österreichischen Besteuerungsrechts, *SWI* 1999, 339 (347 f).

15) Vgl *Hohenwarter*, *RdW* 2006, 731; so offenbar auch *Betten/Bouzoraal/Wheeler*, *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives* (IBFD 1995) 67.

16) Ausführlich dazu in Teil I des Beitrages, *RdW* 2007, 506 ff.

17) Siehe dazu Kapitel 3.2.2.2, vorausgesetzt man folgt der Auslegung, dass auch der verschmelzungsbedingte Anteilstausch auf Gesellschafterebene unter Art 13 OECD-MA fällt.

18) Vgl dazu bereits *Hohenwarter*, *RdW* 2006, 731.

19) Für viele *Tumpel*, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 112 mwN.

20) Der zweite Erwägungsgrund der ÄnderungsRL 2005/19/EG nennt als Ziel der Richtlinie explizit den „Schutz der Besteuerungsrechte der Mitgliedstaaten“; ähnlich auch die Begründungserwägungen der Ursprungsversion der FusionsRL 90/434/EG.

21) In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zur Wegzugsbesteuerung heranzuziehen. EuGH 11. 3. 2004, C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant* und 7. 9. 2006, C-470/04 *N*. Vgl dazu Teil I des Beitrags, *RdW* 2007, 506 f.

22) Kritisch dazu *Plansky*, The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries, in *Lang/Schuchl/Staringer* (Hrsg), *Tax Treaty Law and EC Law* (2007), 293 (317); *Heidenbauer/Metzler*, National Report Austria, in *Lang/Pistone* (Hrsg), *EU and Third Countries: Direct Taxation* (2007) 97 (107 ff).

Interesse. Zu einer Besteuerung auf Gesellschafterebene kann es nämlich nach derzeitiger Rechtslage nur kommen, wenn die Verschmelzung auf Gesellschaftsebene zu einem Verlust des Besteuerungsrechts hinsichtlich des übertragenen Vermögens führt. Weiters ist nach der Ansässigkeit der betroffenen Anteilseigner zu differenzieren, weil sich danach – selbst bei einem Verlust des Besteuerungsrechts – die Tauschneutralität auf Gesellschafterebene ergibt. Aufgrund der Tatsache, dass von der Besteuerung derzeit lediglich Drittstaatsansässige betroffen sind, sollen die nachfolgenden Aussagen auch auf diese beschränkt werden.

Erfolgt die Verschmelzung auf eine Gesellschaft, die in einem Drittstaat ansässig ist, bewirkt dies bei entsprechendem Verlust der Besteuerungsrechte aufgrund der sofortigen Liquidationsbesteuerung auf Gesellschaftsebene auch die sofortige Aufdeckung der stillen Reserven auf Gesellschafterebene. Wie in Teil I des Beitrages aufgezeigt, sprechen gute Gründe dafür, die grenzüberschreitende Verschmelzung als Niederlassungsvorgang zu werten. Verneint man aufgrund der jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH in einer derartigen Konstellation die parallele Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit²³⁾, hat dies zur Folge, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung auf eine Drittstaatgesellschaft durch die Grundfreiheiten nicht geschützt ist²⁴⁾. Davon zu unterscheiden ist jedoch die steuerliche Behandlung auf Anteilseignerebene. Gerade in diesem Zusammenhang drängt sich allerdings die Frage auf, ob der Gesamtvorgang „Verschmelzung“ für Zwecke der gemeinschaftsrechtlichen Prüfung eine getrennte Beurteilung von Gesellschafts- und Gesellschafterebene gebietet.

Geht man zunächst vom Erfordernis einer getrennten Beurteilung von Gesellschafts- und Gesellschafterebene aus, könnte dies angesichts der Rechtsprechung des EuGH zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, je nach dem, ob im Rahmen des Anteilstausches eine beherrschende Beteiligung oder eine „Portfoliobeteiligung“ ausgetauscht wird. Erkennt man nämlich im Tausch einer beherrschenden Beteiligung im Verhältnis zu Drittstaaten einen Niederlassungsvorgang²⁵⁾, scheint dieser im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH nicht vom Schutzbereich der Grundfreiheiten erfasst zu sein²⁶⁾. Eine sofortige Besteuerung wäre demnach gemeinschaftsrechtlich zulässig. Aber selbst wenn man die Kapitalverkehrsfreiheit auf diesen Sachverhalt für anwendbar erachtet²⁷⁾, dürfte die sofortige Besteuerung aufgrund der Stillstandsklausel des Art 57 Abs 1 EG erlaubt sein²⁸⁾. Denn die aufgrund der (partiellen) Nichtanwendbarkeit von Art I UmgrStG eintretende Besteuerung auf Anteilseignerebene hat bereits vor dem 31. 12. 1993 bestanden. Erst mit dem AbgÄG 2004²⁹⁾ wurde die Tauschneutralität für Anteilseigner,

die in einem Mitgliedstaat der EU bzw des EWR mit umfassender Amts- und Vollstreckungshilfe ansässig sind, in § 5 Abs 1 UmgrStG verankert. Dadurch wurde die seit der Einführung des UmgrStG mit dem BGBl 1991/699 bestehende Beschränkung im Verhältnis zu EU/EWR-Staaten lediglich abgemildert bzw beseitigt, was aber für die generelle Anwendbarkeit der Stillstandsklausel in Bezug auf beherrschende Beteiligungen mit Drittstaatsbezug unschädlich ist³⁰⁾. Dem entgegenstehend würde der Tausch einer Portfoliobeteiligung grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit fallen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob im Verhältnis zu Drittstaaten gleich strenge Erfordernisse hinsichtlich der Rechtfertigung möglicher Diskriminierungen gelten wie in innergemeinschaftlichen Fällen³¹⁾.

Nun kann es aber auch bei Verschmelzungen auf eine EU/EWR-Gesellschaft, die zweifelsfrei vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit umfasst sind, zu einer sofortigen Besteuerung auf Anteilseignerebene kommen. Auch hier stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf den Anteilstausch im Verhältnis zu Gesellschaftern, die in einem Drittstaat ansässig sind. Der Unterschied zu den oben genannten Fällen liegt hier jedoch darin, dass die Vermögensübertragung auf Gesellschaftsebene eindeutig in den Schutzbereich der Grundfreiheiten fällt. Ob dies eine Auswirkungen auf die Beurteilung der steuerlichen Konsequenzen auf Gesellschafterebene hat, ist fraglich. Kommt es nämlich zur sofortigen Besteuerung, kann dies zumindest mittelbar nachteilige Auswirkungen auf die übernehmende ausländische EU/EWR-Gesellschaft haben: Die grenzüberschreitende Verschmelzung auf sie ist im Vergleich zu einer rein inländischen Verschmelzung insgesamt ungünstiger. Bejaht man daher in dieser Konstellation die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf den Anteilstausch im Verhältnis zu Drittstaatsangehörigen, gilt es noch mögliche Rechtfertigungsgründe für die durch sofortige Besteuerung verursachte Beschränkung auszuloten.

Als tragfähigster Rechtfertigungsgrund kommt in den genannten Fällen mit Drittstaatsbezug die Sicherung der steuerlichen Aufsicht und Kontrolle in Frage. Diese kann im Verhältnis zu Drittstaaten aufgrund der oftmals fehlenden Amts- und Vollstreckungshilfe nicht gewährleistet werden³²⁾. Daher dürfte im Verhältnis zu den Drittstaaten, mit denen keine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, die sofortige Besteuerung der stillen Reserven anlässlich des Anteilstausches gerechtfertigt sein. Aber auch im Verhältnis zu den Drittstaaten, mit denen vergleichbare Maßnahmen auf Ebene des Abkommensrechts verankert sind, ist noch nicht vollständig geklärt, ob diese abkommensrechtlichen Instrumente, deren Vollzug nicht der gemeinschaftsrechtlichen Kontrolle unterliegt, mit gemeinschaftsrechtlich verankerten Instrumenten gleichgestellt werden können. Bejaht man dies, wäre in diesen Drittstaatsfällen zumindest ein Aufschub der Besteuerung iSv § 1 Abs 2 UmgrStG gemeinschaftsrechtlich geboten.

Im Lichte der Rs *A und B*³³⁾ könnte allerdings zumindest für jene Fälle, in denen die übernehmende Körperschaft in einem Drittstaat ansässig ist, hinterfragt werden, ob hier tatsächlich eine getrennte Beurteilung der Verschmelzung in Gesellschafts- und

23) Vgl dazu *Hohenwarter/Plansky*, Die Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten im Lichte der Rechtssache *Holböck*, SWI 2007, 346 (349 ff).

24) Siehe dazu Teil I des Beitrages, RdW 2007, 507 ff.

25) Nach der ständigen Rsp des EuGH fallen „nationale Vorschriften über den Besitz von Beteiligungen, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Beteiligungsgesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, in den sachlichen Geltungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit“. EuGH 10. 5. 2007, C-492/04 *Lasertec*, RN 20; in diesem Sinne auch die Urteile vom 21. 11. 2002, C-436/00 *X und Y*, RN 37 und 66; 12. 9. 2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes*, RN 31 und 13. 3. 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, RN 27.

26) Vgl *Schwenke*, Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BFH an den EuGH vom 22. August 2006 – I R 116/04, IStR 2006, 818 (820).

27) Vgl dazu *Cordewener/Kofler/Schindler*, Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec*, *A und B* und *Holböck*, *European Taxation* 2007, 371 (372 ff).

28) Siehe dazu auch Teil I des Beitrages, RdW 2007, 507 ff.

29) BGBl 2004/180.

30) Siehe dazu EuGH 12. 12. 2006, C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, RN 192 mit Hinweisen auf die ältere Judikatur und jüngst auch 24. 5. 2007, C-157/05 *Holböck*, RN 41.

31) Ausführlich dazu *Hohenwarter/Plansky*, 357 ff.

32) Vgl dazu Teil I des Beitrages, RdW 2007, 507 ff mwN.

33) EuGH 10. 5. 2007, C-102/05 *A und B*.

Gesellschafterebene geboten ist³⁴⁾. In Anlehnung an die Argumentation des EuGH in der Rs *A und B* könnte in nämlich vertreten werden, dass der verschmelzungsbedingte Anteilstausch, selbst wenn er für sich genommen einen Kapitalverkehrsvorgang darstellt, lediglich die unvermeidbare Konsequenz der Verschmelzung als Ausübung eines Niederlassungsvorganges, ist, der im Verhältnis zu Drittstaaten eben keinem gemeinschaftsrechtlichen Schutz unterliegt³⁵⁾. Da § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG jedoch nach der Ansässigkeit der Anteilseigner differenziert und primär Drittstaatsansässige benachteiligt, bleibt abzuwarten, ob die in der Rs *A und B* herangezogene Argumentation hier wirklich übertragbar ist. Denn im Unterschied zu § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG betraf die in der Rs *A und B* streitgegenständliche Regelung offenbar auch im Inland ansässige Gesellschafter und nicht nur ausländische Anteilseigner³⁶⁾.

3.2.2.2. § 5 Abs 1 Z 3 UmgrStG im Lichte des DBA-Rechts

Greift nun nach § 5 Abs 1 Z 3 iVm Z 1 UmgrStG die Tauschneutralität auf Gesellschafterebene nicht und kommt es dementsprechend zur Gewinnrealisierung, stellt sich außerdem die Frage, unter welche abkommensrechtliche Verteilungsnorm dieser Gewinn zu subsumieren ist. Daraus ergibt sich nämlich erst, ob dessen steuerliche Erfassung überhaupt mit den Vorgaben des DBA-Rechts vereinbar ist. Die verschmelzungsbedingte Vermögensübertragung auf Gesellschafterebene wird nach hA zu Recht als Veräußerung iSd Art 13 OECD-MA betrachtet³⁷⁾. Ob diese klare Kategorisierung aber auch auf Gesellschafterebene zutrifft, ist weit weniger eindeutig. Während die hL davon ausgeht, dass auch der verschmelzungsbedingt durch den Anteilstausch auf Gesellschafterebene realisierte Gewinn ein Anwendungsfall von Art 13 OECD-MA sei³⁸⁾, scheint in diesem Fall aber auch eine Subsumption unter Art 10 OECD-MA denkbar³⁹⁾.

Nach der hL ist der verschmelzungsbedingte Anteilstausch abkommensrechtlich als Veräußerungsvorgang iSd Art 13 OECD-MA zu qualifizieren. Je nachdem, ob die untergehende Beteiligung tatsächlich einem Betriebsvermögen oder einem Privatvermögen zuzurechnen ist, erfolgt die Einordnung unter Art 13 Abs 2 oder Abs 5 OECD-MA. Für dieses Auslegungsergebnis spricht der Umstand, dass auch der Kommentar zum

OECD-MA von einem denkbar weiten Veräußerungsbegriff ausgeht und selbst Veräußerungsfiktionen, die Entstrickungsbesteuerung bei der Überführung von Wirtschaftsgütern sowie die Besteuerung von nicht realisierten Wertzuwächsen als von Art 13 OECD-MA erfasst sieht⁴⁰⁾. Aufgrund der Verschmelzung gehen zwar die Anteile an der übertragenden Körperschaft im Zuge des Anteilstausches unter, an deren Stelle treten aber unmittelbar (neue) Anteile an der übernehmenden Körperschaft. Der für die Anwendung von Art 13 OECD-MA geforderte Zurechnungswechsel wird somit nicht direkt, sondern lediglich indirekt bewirkt. Die Ähnlichkeit mit einem Tausch ist aber nicht von der Hand zu weisen.

Als Alternative zu Art 13 OECD-MA könnte allerdings auch Art 10 OECD-MA zum Tragen kommen, der die Aufteilung der Besteuerungsrechte für „Dividenden“ normiert. Als Dividenden iS dieser Abkommensnorm gelten nach Abs 3 Einkünfte aus Aktien, Genussaktien oder Genussscheinen, Kuxen, Gründeranteilen oder anderen Rechten – ausgenommen Forderungen – mit Gewinnbeteiligung sowie aus sonstigen Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte, die nach dem Recht des Staates, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist, den Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt sind⁴¹⁾. Für die abkommensrechtliche Beurteilung des Anteilstausches könnte die von *Lang* vertretene Position ausschlaggebend sein. Danach sind alle Einkünfte, für deren Bezug der Untergang von Gesellschaftsanteilen kausal ist, unter Art 10 OECD-MA zu subsumieren. Nach dieser Ansicht fallen daher auch Liquidationserlöse unter Art 10 OECD-MA und nicht unter Art 13 OECD-MA⁴²⁾. Auch beim verschmelzungsbedingten Anteilstausch kommt es zu einem Untergang der Anteile an der übertragenden Körperschaft. Erachtet man daher den Anteilstausch als fortgeführte Liquidationsbesteuerung, würde dies für die Anwendung von Art 10 OECD-MA sprechen, wonach Österreich als Quellenstaat im Regelfall ein beschränktes Besteuerungsrecht zugewiesen bekäme. Dies würde insgesamt zu folgenden Ergebnissen führen: In den Fällen, in denen Österreich zwar eine tatsächliche Veräußerung der Anteile aufgrund eines OECD-MA-konformen Art 13 nicht besteuern dürfte, würde die Realisierung der (gleichen) stillen Reserven im Zuge eines Anteilstausches nach Art 10 OECD-MA zumindest eine eingeschränkte Besteuerung ermöglichen. Während Österreich als Quellenstaat im Anwendungsbereich des Art 13 OECD-MA nur im Ausnahmefall ein Besteuerungsrecht an den stillen Reserven in den Anteilen hat, würde die Anwendung von Art 10 OECD-MA im Regelfall – je nach Beteiligungshöhe – zu einer Erweiterung der Besteuerungsrechte führen⁴³⁾. Die Subsumption des verschmelzungsbedingten Anteilstausches unter Art 10 OECD-MA würde aber im Verhältnis zu anderen Umgrün-

34) Die betroffene schwedische Regelung führte zu einer ungünstigeren Besteuerung der Anteilseigner schwedischer Gesellschaften, wenn diese oder eine ihrer Konzerngesellschaften eine Zweigniederlassung in einem Drittstaat unterhielt. Insofern sind hier auch zwei unterschiedliche Ebenen – die der Gesellschafter und die der Gesellschaft – betroffen. EuGH 10. 5. 2007, C-102/05 *A und B*, RN 14; vgl dazu *Wiman*, Pending Cases filed by Swedish Courts: The Skatteverket v A, Skatteverket v A and Bouanich Cases, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 297 (302 ff).

35) EuGH 10. 5. 2007, C-102/05 *A und B*, RN 27; 3. 10. 2006, C-452/04 *Fidium Finanz AG*, RN 48 f; 13. 3. 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, RN 34; 10. 5. 2007, C-492/04 *Lasertec*, RN 25; Ausführlich dazu Teil I des Beitrages, RdW 2007, 507 ff.

36) Vgl *Wiman* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 303.

37) Siehe dazu Teil I des Beitrages, RdW 2007, 504 f.

38) Vgl beispielsweise *Bruckner* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen Art I § 5 Rz 30; *Dötsch*, Inländische Umwandlungsvorgänge mit Auslandsberührung, in *Fischer* (Hrsg), Steuerplanung zwischen Abkommens- und nationalem Außensteuerrecht (1998) 83 (117); *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler* (Hrsg), UmgrStG § 5 Rz 35 und 43; *Prokisch* in *Vogel/Lehner* (Hrsg), DBA⁴ (2003) Art 13 Rz 64; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht² (1998) Rz 17.34 f; *Wassermeyer* in *Wassermeyer/Lang/Schuch* (Hrsg), Doppelbesteuerungsabkommen – OECD-Musterabkommen, DBA Österreich-Deutschland (2004) MA Art 13 Rz 135 b.

39) Der verschmelzungsbedingte Anteilstausch könnte nach den für Liquidationserlöse geltenden Grundsätzen behandelt werden. Vgl dazu zB *Lang*, Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht (1991) 104 f.

40) Kommentar zu Art 13 OECD-MA, Rz 5 ff.

41) Ausführlich dazu *Tischbirek* in *Vogel/Lehner* (Hrsg), DBA⁴, Art 10 Rz 183 ff; *Wassermeyer* in *Wassermeyer/Lang/Schuch* (Hrsg), Doppelbesteuerung, MA Art 10 Rz 91 ff.

42) *Lang*, Hybride Finanzierungen, 104; weiters *Staringer*, Liquidation, Kapitalrückzahlung und Aktienrückkauf im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, in *Lang/Jirousek* (Hrsg), Praxis des internationalen Steuerrechts – FS Loukota (2005) 481 (478 ff). Diese Auffassung ist allerdings umstritten. Für einen Überblick siehe *Kirchmayr*, Besteuerung von Beteiligungserträgen (2004) 367 ff mwN; *Helminen*, The Dividend Concept in International Tax Law (1999) 361 ff; aA ist auch die österreichische Finanzverwaltung, die Liquidationsgewinne nicht als Dividenden iSd Art 10 OECD-MA anerkennen; vgl zB EAS 2470 vom 5. 7. 2004, SWI 2004, 421.

43) Diesbezüglich ist anzumerken, dass auch Art 4 Abs 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie davon ausgeht, dass die Begünstigungen der Richtlinie nicht auf Gewinne anzuwenden sind, die anlässlich der Liquidation der Tochtergesellschaft ausgeschüttet werden.

dungsformen zu gewissen Wertungswidersprüchen führen. Zu denken ist hier insbesondere an den mitunter auch als „unechte“ Verschmelzung bezeichneten „klassischen“ Anteilstausch. Dieser fällt unzweifelhaft in den Anwendungsbereich von Art 13 OECD-MA⁴⁴). Wirtschaftlich betrachtet sind die Ergebnisse in beiden Fällen ähnlich, deren Besteuerung wäre jedoch aufgrund der Einordnung unter verschiedene Verteilungsnormen unterschiedlich.

Insgesamt betrachtet befindet sich der verschmelzungsbedingte Anteilstausch im Graubereich zwischen den Artikeln 13 und 10 OECD-MA⁴⁵). Erachtet man jedoch mit der hL die Elemente der Tauschähnlichkeit⁴⁶) als überwiegend, legt dies die Subsumtion unter Art 13 OECD-MA nahe. Folgt man dieser Auffassung, gelten die Ausführungen des Kapitels 3.1.3⁴⁷) daher entsprechend auch auf Anteilseignerebene. Folglich steht das Abkommensrecht sowohl einer sofortigen Besteuerung als auch einer aufgeschobenen Besteuerung im Rahmen des Nichtfestsetzungskonzepts nicht entgegen⁴⁸).

3.2.3. § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG

Mit dem BudBG 2007 neu eingeführt und bereits kontroversiell diskutiert wurde die Z 4 des § 5 Abs 1 UmgrStG⁴⁹), die wie folgt lautet:

„Soweit das Besteuerungsrecht der Republik Österreich an den **Anteilen der übertragenden Körperschaft** aufgrund des Austausches eingeschränkt wird, gilt dies als Tausch im Sinne des § 6 Z 14 lit a des Einkommensteuergesetzes 1988 an dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Tag. § 1 Abs 2 ist sinngemäß anzuwenden.“⁵⁰)

Der Wortlaut dieser Norm bezieht sich somit – anders als die übrigen Bestimmungen des Abs 1 – nicht auf die Anteile, die die Gesellschafter an der übertragenden Körperschaft halten, sondern auf „Anteile[n] der übertragenden Körperschaft“. Während also Z 1 von den Anteilen an der übertragenden Körperschaft spricht, stellt Z 4 auf die Anteile der übertragenden Körperschaft ab. Dies legt den Schluss nahe, dass es sich bei den betroffenen Anteilen um Anteile handelt, die im Vermögen der übertragenden Körperschaft stehen und die im Rahmen der Verschmelzung übertragen werden. Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Norm im Schrifttum umstritten. Grund dafür ist nicht nur der Umstand, dass die Verankerung dieser Bestimmung in § 5 Abs 1 UmgrStG als Systembruch im Normengefüge des Art I UmgrStG erachtet wird, sondern vor allem die missverständlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage⁵¹).

3.2.3.1. Anwendung von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG auf „down-stream“-Verschmelzungen?

Von der Neuregelung der Z 4 sollen nach *Wiesner/Mayr* insbesondere „down-stream“-Verschmelzungen erfasst werden, bei denen es im Zuge der Anteilsauskehr zu einem Verlust des österreichischen Besteuerungsrechts kommt⁵²). Betroffen ist daher in erster Linie die „down-stream“-Verschmelzung einer inländischen Gesellschaft auf ihre ebenfalls inländische Tochtergesellschaft, wenn die übertragende (Mutter)Gesellschaft ihrerseits von im Ausland ansässigen Anteilseignern gehalten wird⁵³). Bei einer „down-stream“-Verschmelzung in dieser Konstellation werden die steuerhängigen Anteile der Muttergesellschaft an der Tochtergesellschaft im Wege des Durchgangserwerbs an die ausländischen Gesellschafter der übertragenden Muttergesellschaft ausgekehrt. Sobald diese in einem Staat ansässig sind, mit denen Österreich ein OECD-MA-konformes DBA abgeschlossen hat⁵⁴), verliert Österreich durch die Anteilsauskehr – also aufgrund eines verschmelzungsbedingten Austausches der Anteile – das Besteuerungsrecht an den stillen Reserven, die während der österreichischen Steuerhoheit in den ausgekehrten Anteilen entstanden sind. Diesem Verlust des Besteuerungsrechts soll nun die § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG mit einer sinngemäßen Anwendung von § 1 Abs 2 UmgrStG entgegnet werden⁵⁵).

Im Anwendungsbereich von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG gilt somit die Auskehr der verschmelzungsbedingt durch die übernehmende Körperschaft an ihr selbst erworbenen Anteile an die Anteilseigner der übertragenden Körperschaft entgegen der Z 1 als Tausch. Anders gewendet, übernimmt die übernehmende Körperschaft an dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Tag für eine juristische Sekunde eigene Anteile; die unmittelbar darauf folgende Anteilsdurchschleusung und die mit ihr verbundene Steuerentstrickung gilt als Tausch im Sinne des § 6 Z 14 EStG. Die sofortige Besteuerung der aufgrund der Aufdeckung der stillen Reserven entstehenden Steuerschuld kann jedoch durch sinngemäße Anwendung von § 1 Abs 2 UmgrStG vermieden werden.

Ist daher der Gesellschafter, an den die Anteile an der übernehmenden Körperschaft ausgekehrt werden, eine EU/EWR-Gesellschaft iSd § 1 Abs 2 UmgrStG, kann ein Antrag auf Nichtfestsetzung der Steuerschuld gestellt werden. Dieser Antrag ist dabei aufgrund des Hinweises, dass der Tausch erst mit dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Tag als bewirkt gilt, aber nicht von der eigentlich übertragenden Körperschaft zu stellen, sondern von der übernehmenden Körperschaft iSd § 1 Abs 2 UmgrStG. Um aus der übernehmenden Körperschaft iSd § 1 Abs 2 UmgrStG dennoch eine „übertragende“ Körperschaft machen zu können, muss man auf die Anteilsauskehr abstellen. Denn bezogen auf diese Anteile ist auch die übernehmende Körperschaft eine übertragende Körperschaft. Die im Rahmen der Anteilsauskehr entstandene Steuerschuld wird aber erst festgesetzt, wenn die Anteile aus dem „Vermögen der übernehmenden Gesellschaft“ ausscheiden. Auch hier ist Folgendes zu beachten: Die durchgeschleusten Anteile scheiden bei

44) Ausführlich dazu *Hohenwarter*, RdW 2006, 725 f, mwN.

45) Zur Abgrenzung zwischen Art 10 und 13 OECD-MA führt *Helminen* aus, dass Dividenden aufgrund der Position als Anteilseigner gezahlt werden; Veräußerungsgewinne hingegen entstehen durch die Aufgabe dieser Position (*Helminen*, The Dividend Concept in International Tax Law, 359). Auch nach dieser Auffassung könnte man den verschmelzungsbedingten Anteilstausch unter Art 13 OECD-MA subsumieren, denn auch hier wird die Position als Anteilseigner zumindest für eine juristische Sekunde aufgegeben. Verneint, man jedoch sowohl die Anwendbarkeit von Art 13 als auch Art 10 OECD-MA, bleibt als Auffangregel Art 21 OECD-MA über, dessen Aufbau aber jedem von Art 13 OECD-MA entspricht.

46) Vgl *Prokisch* in *Vogel/Lehner* (Hrsg) DBA⁴ Art 13 Rz 64.

47) Teil I des Beitrages, RdW 2007, 504 f.

48) Teil I des Beitrages, RdW 2007, 504 f; so auch schon *Hohenwarter*, RdW 2006, 725 ff.

49) Beispielsweise *Zöchling/Haslinger*, RdW 2007, 371 ff; *Wiesner/Mayr*, RdW 2007, 438.

50) Hervorhebung im Text durch die Verfasserin.

51) Vgl dazu ausführlich *Zöchling/Haslinger*, RdW 2007, 371 ff.

52) *Wiesner/Mayr*, UmgrStG: Aktuelles zur Verschmelzung, RdW 2007, 438.

53) Für eine Illustration dieses Falles siehe auch *Zöchling/Haslinger*, RdW 2007, 372 f.

54) Die spätere Veräußerung der Anteile ist unter eine dem Art 13 Abs 5 OECD-MA nachgebildeten Verteilungsnorm zu subsumieren; folglich hat Österreich als Quellenstaat kein Besteuerungsrecht am Veräußerungsgewinn.

55) *Wiesner/Mayr*, Aktuelles zur Verschmelzung, RdW 2007, 438.

Realisierung aus dem Vermögen der Anteilseigner aus und nicht aus dem Vermögen der eigentlich übernehmenden Körperschaft iSd § 1 Abs 2 UmgrStG. Ist die Anteilseignerin daher eine Körperschaft, muss man auch hier auf die im Durchgangserwerb erworbenen Anteile abstellen, damit aus der Anteilseignerin eine „übernehmende Körperschaft“ wird.

Schon aus den obigen Ausführungen wird deutlich, dass der bloße Verweis von § 5 Abs 1 Z 4 auf § 1 Abs 2 UmgrStG aufgrund der darin verwendeten Terminologie legistisch nicht ganz geglückt ist. Denn als Anteilseigner iSd § 5 Abs 1 UmgrStG kommt eben nicht nur eine „übernehmende Körperschaft“ im oben beschriebenen Sinne in Betracht, sondern auch mehrere Körperschaften sowie natürliche Personen. Will man daher § 5 Abs 1 Z 4 auf „down-stream“-Versmelzungen angewendet wissen, wird man aus dem systematischen Zusammenwirken von § 5 Abs 1 Z 4 und § 1 Abs 2 UmgrStG den Begriff der „übernehmenden Körperschaft“ für Zwecke des § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG so interpretieren müssen, dass damit aufgrund des Anteilstausches die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft gemeint sind. Eine ähnliche Umdeutung der Begriffe hat auch dahin gehend zu erfolgen, als der Antrag auf Nichtfestsetzung nicht von der eigentlich übertragenden Körperschaft iSd Art 1 Abs 2 UmgrStG, sondern von der übernehmenden Körperschaft gestellt wird⁵⁶⁾. Diese Auslegung lässt sich aber dadurch rechtfertigen, dass § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG die Anwendung von § 1 Abs 2 UmgrStG eben nur „sinngemäß“ anordnet.

3.2.3.2. Zweifelsfragen rund um § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG

Da sich § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG auf Vermögen der übertragenden Gesellschaft bezieht, hätte man diese Regelung eher in § 1 Abs 2 UmgrStG erwartet. Denkbar wäre jedoch auch eine Verankerung in § 3 UmgrStG gewesen, da die Steuerschuld hinsichtlich der bis zur Verschmelzung angefallenen stillen Reserven und auch deren spätere Festsetzung bei der übernehmenden Gesellschaft erfolgt⁵⁷⁾. Bezogen auf ihren Telos passt die Z 4 dennoch zu § 5 Abs 1 UmgrStG, hängt doch ihr Regelungszweck unmittelbar mit dem verschmelzungsbedingten Anteilstausch zusammen. Bestätigt wird das Interpretationsergebnis, wonach § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG primär „down-stream“-Versmelzungen erfasst, auch durch den Umstand, dass diese Norm einen weiteren Schritt in Richtung Komplettierung der Entstrickungstatbestände im Rahmen des UmgrStG darstellt, die offensichtlich vom Gesetzgeber seit dem AbgÄG 2004 angestrebt wird. Verdeutlicht wird dies zusätzlich durch die ebenso mit dem BudBG 2007 in § 20 Abs 2 UmgrStG eingeführte Z 2⁵⁸⁾. Diese sieht nunmehr für die Abfindung des Einbringenden mit eigenen Anteilen der übernehmenden Körperschaft eine ähnliche Regelung wie § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG vor. Wird die Abfindung an einen ausländischen Einbringenden gewährt, normiert § 20 Abs 2 Z 2 UmgrStG die sinngemäße Anwendung von § 6 Z 6 EStG.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Erläuterungen zu § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG missverständlich sind. Dort wird nämlich von grenzüberschreitenden Verschmelzungen gesprochen. Wie bereits aufgezeigt handelt es sich bei den Fällen, die man offenbar in erster Linie erfassen wollte, allerdings

um Inlandsverschmelzungen mit Auslandsbezug. Grenzüberschreitend ist hier lediglich der Anteilstausch. Irreführend ist auch der Hinweis, dass mit der Regelung „Anteilsgewährungen an andere Personen als den Anteilsinhaber der übertragenden Körperschaft“ umfasst werden sollen⁵⁹⁾. Zum Teil dürften die missverständlichen Erläuterungen jedoch darauf zurückzuführen sein, dass die entsprechende Stelle des § 5 Abs 1 UmgrStG im Ministerialentwurf noch anders formuliert war.

„Soweit das Besteuerungsrecht der Republik Österreich an den Anteilen der übertragenden Körperschaft aufgrund des Austausches eingeschränkt wird, gilt dies als Tausch zum Verschmelzungstichtag. Im Falle des Übergangs des Besteuerungsrechtes auf einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder auf einen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich besteht, ist auf Antrag des Anteilsinhabers § 6 Z 6 bzw § 31 Abs 2 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 sinngemäß anzuwenden.“⁶⁰⁾

Dieser Wortlaut – auch wenn er von „Anteilen der übertragenden Körperschaft“ spricht – hätte tatsächlich so gedeutet werden können, dass die Bestimmung auf die Anteile an der übertragenden Körperschaft abstellt und das fehlende „an“ auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen ist. Denn so wäre explizit festgehalten gewesen, dass der Anteilsinhaber den Antrag auf Nichtfestsetzung zu stellen hat. Mit der Verwendung des Begriffs „Anteilsinhaber“ wäre aber in diesem Zusammenhang eindeutig verankert gewesen, dass es sich hier um die Inhaber der Anteile an der übertragenden Körperschaft handeln muss. Da diese ihre Anteile sowohl im Betriebsvermögen als auch im Privatvermögen halten können, ist auch verständlich, dass in so einer Konstellation § 6 Z 6 und § 31 EStG als relevante Entstrickungsnormen angewendet werden hätten sollen. Genau diese Passage findet sich aber im endgültigen Gesetzeswortlaut nicht mehr. Es ist vielmehr § 1 Abs 2 UmgrStG sinngemäß anzuwenden, der jedoch für den Austausch von Anteilen, die von natürlichen Personen gehalten werden, kaum als einschlägig erachtet werden kann. Nach § 5 Abs 1 Z 4 iVm § 1 Abs 2 UmgrStG idF BudBG 2007 ist der Antrag auf Nichtfestsetzung von der übernehmenden Körperschaft zu stellen. Genau darin liegt der Unterschied zum Ministerialentwurf. Denn in der Fassung des Ministerialentwurfes hätten die Anteilsinhaber den Antrag auf Steueraufschub stellen müssen, was zwangsläufig bedeutet, dass auch bei ihnen die Steuerschuld aufgrund des Anteilstausches entstehen hätte müssen. Im Gegensatz zum Gesetzestext wurden jedoch die Erläuterungen, die den Hauptgrund für die Zweifelsfragen bei der Auslegung von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG darstellen, nicht geändert, Zumindest diese Zweifelsfragen hätte man durch eine eindeutiger Wortfolge vermeiden können:

„Soweit das Besteuerungsrecht der Republik Österreich **hinsichtlich der Anteile der übertragenden Körperschaft an der übernehmenden Körperschaft** aufgrund des Austausches eingeschränkt wird, gilt dies als Tausch im Sinne des 6 Z 14 lit a des Einkommensteuergesetzes 1988 an dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Tag.“

Unabhängig davon führt ein solches Verständnis von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG dennoch – wie bereits von Zöchling/Haslinger dargelegt – zu Wertungswidersprüchen. Wird nämlich in der eingangs erläuterten Konstellation die (inländische) Enkelgesellschaft auf die (inländische) Tochtergesellschaft

56) Eine ähnliche Problematik ergibt sich auch bei der sinngemäßen Anwendung von § 1 Abs 2 UmgrStG iVm § 9 Abs 1 Z 2 UmgrStG.

57) So auch Zöchling/Haslinger, RdW 2007, 373.

58) Auf diese Parallele hinweisend auch Zöchling/Haslinger, RdW 2007, 373.

59) Erläuterungen zum BudBG 2007, 43 der Beilagen 23. GP 11; für Beispiele siehe Zöchling/Haslinger, RdW 2007, 371 f.

60) <https://www.bmf.gv.at/Steuern/Fachinformation/NeueGesetze>.

„up-stream“ verschmolzen, würde dies ebenfalls zu einem Verlust von Besteuerungsrechten hinsichtlich der in den untergehenden Anteilen enthaltenen stillen Reserven führen. Eine Entstrickungsbesteuerung findet aber in diesem Fall gerade nicht statt. Wirtschaftlich betrachtet ist das Ergebnis der beiden Umgründungsformen gleich, dennoch erfolgt steuerrechtlich eine Differenzierung⁶¹⁾.

Folgt man aber mit *Wiesner/Mayr* dem Wortlaut von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG und vertritt entsprechend die Auffassung, dass diese Norm auch in ihrer derzeitigen Fassung „down-stream“-Verschmelzungen erfasst, ergeben sich daraus folgende Konsequenzen aus DBA- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht.

3.2.3.3. § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG im Lichte des DBA-Rechts

DBA-rechtlich stellt die Vorgehensweise des § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG dann kein Problem dar, wenn man die Ansicht vertritt, dass auf die Gegebenheiten im Zeitpunkt des Anteilstausches abzustellen ist, der wiederum als Veräußerungsvorgang iSd Art 13 OECD-MA gewertet wird⁶²⁾. Da im Anwendungsbereich von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG die übernehmende Körperschaft zunächst eigene Anteile erwirbt, die unmittelbar danach an die Gesellschafter der übertragenden Körperschaft ausgekehrt werden, findet in Hinblick auf diese Anteile daher ein Zurechnungswechsel iSd Art 13 OECD-MA statt⁶³⁾. Dieser Umstand spricht auch dafür, den Anteilstausch als Veräußerungsvorgang nach Art 13 OECD-MA und nicht als Liquidationsvorgang iSd Art 10 OECD-MA zu werten. Nach Art 13 Abs 5 OECD-MA hat Österreich als Ansässigkeitsstaat der übertragenden und der übernehmenden Körperschaft das ausschließliche Besteuerungsrecht an den stillen Reserven der ausgekehrten Anteile. Dementsprechend sollte das Abkommensrecht auch hier kein Hindernis für die aufgeschobene Besteuerung im Rahmen des Nichtfestsetzungskonzepts darstellen. Problematischer erscheint in Bezug auf § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG aber die Beurteilung aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts.

3.2.3.4 § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG im Lichte des Gemeinschaftsrechts

Für Zwecke der gemeinschaftsrechtlichen Analyse von § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG soll noch einmal die Wirkungsweise dieser Norm verdeutlicht werden. Kommt es im Rahmen des § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG zum Aufschub der Besteuerung im Rahmen des Nichtfestsetzungskonzepts, erfolgt die Besteuerung der bis zur Verschmelzung in den durchgeschleusten Anteilen entstandenen stillen Reserven bei der übernehmenden Körperschaft, obwohl diese stillen Reserven von den Anteilseignern der übertragenden Körperschaft realisiert werden. Im Vergleich zum reinen Inlandssachverhalt fallen somit die Ebene der Realisierung und jene der Besteuerung auseinander. Dadurch ist § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG jedoch geeignet, inländische Kapitalgesellschaften davon abzuhalten, Kapital von Anteilseignern aus anderen Mitgliedstaaten aufzunehmen, was einen Verstoß gegen die passive Kapital- bzw. Niederlassungsfreiheit bewirken kann. Selbst die Anwendung des Nichtfestsetzungskonzepts dürfte in dieser Konstellation nicht ausreichen, um den Vorwurf eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten zu entkräften. Denn in seinen Urteilen zur Wegzugsbesteuerung hat der EuGH bei einer

sofortigen Besteuerung der stillen Reserven nämlich deshalb Bedenken ausgesprochen, weil der Steuerpflichtige mit einem Einkommen steuerpflichtig wird, über das er nicht verfügt. Damit hat der EuGH dem Aspekt des Mittelzuflusses besondere Bedeutung beigemessen⁶⁴⁾. Überträgt man diesen Gedanken auf die Fälle des § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG, könnte daraus abgeleitet werden, dass eine Besteuerung der übernehmenden Gesellschaft aufgrund der Veräußerung der Anteile durch die Anteilseigner der übertragenden Körperschaft gemeinschaftsrechtlich unzulässig ist. Auch eine Gesamtbetrachtung der übernehmenden Körperschaft und der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft als wirtschaftliche Einheit, vermag in dieser Konstellation den potenziellen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht kaum abzuschwächen⁶⁵⁾. Denn selbst bei Bestehen eines Beherrschungsverhältnisses zwischen Anteilseigner und übertragender Körperschaft ist es letztlich die übernehmende Körperschaft als beherrschte Körperschaft, die die durch die Veräußerung festgesetzte Steuerlast zu tragen hat, obwohl sie weder einen Einfluss auf die Veräußerungsentscheidung noch auf die Verwindung der dadurch erzielten Erlöse hat.

Außerdem gilt es zu beachten, dass die spätere Veräußerung von Anteilen bzw. die sofortige Besteuerung im Zuge der Anteilsauskehr alle Gesellschafter trifft. Da durch die Festsetzung der Steuer auf Ebene der übernehmenden Körperschaft das Ausschüttungspotenzial dieser Körperschaft insgesamt gemindert wird, können auch Anteilseigner aus anderen Mitgliedstaaten betroffen sein, die ihre Anteile nicht veräußert haben. Im Vergleich zu einem reinen Inlandsfall, an dem auch auf Anteilseignerebene nur im Inländer beteiligt sind, tritt dieser Nachteil hingegen nicht ein. Ebenso ist es für Anteilseigner, die innerhalb der EU ansässig sind, nachteilig, wenn auch Drittstaatsangehörige am Kapital der später übertragenden Körperschaft beteiligt sind. Anzumerken ist jedoch, dass in solchen Situationen auch inländische Anteilseigner benachteiligt werden. Wie der EuGH auf solche Situationen reagieren wird, ist unklar, könnte aber allenfalls durch das Urteil in der Rs *Orange European Smallcap Fund* angedeutet werden⁶⁶⁾. Teilt man die Einschätzung des Generalanwalts *Bot*, betrifft dieser Fall zumindest in einzelnen Aspekten strukturell ähnliche Fragen wie § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG. In seinen Schlussanträgen vom 3. Juli 2007 kommt der Generalanwalt in den für § 5 Abs 1 Z 4 UmgrStG möglicherweise aufschlussreichen Punkten zum Ergebnis einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit⁶⁷⁾. Zwar wird man im Verhältnis zu Drittstaaten – wie oben dargestellt – spezifische Rechtfertigungsgründe ins Treffen führen können; ob diese allerdings auch dann greifen können, wenn die Auswirkungen

61) *Zöchling/Haslinger*, RdW 2007, 373.

62) Siehe Kapitel 3.2.2.2.

63) Ähnlich zum Aktienrückkauf mit anschließender Wiederausgabe siehe *Staringer in Lang/Jirousek* (Hrsg), FS Loukota 498.

64) EuGH 7. 9. 2006, C-470/04 *N*, RN 35; 11. 3. 2004, C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, RN 46; ähnlich auch EuGH 21. 11. 2002, C-436/00 *X und Y*, RN 31, 36 und 38. Vgl *Hohenwarter*, RdW 2006, 729 f.

65) Hier ist allerdings anzumerken, dass sich aus der Rechtsprechung des EuGH eine Gesamtbetrachtung nur ansatzweise ergibt. Eine Gesamtbetrachtung im Bereich natürlicher Personen nimmt der EuGH in gewisser Weise in der Rs *Schempp* vor (EuGH 12. 7. 2005, C-403/03 *Schempp*); bei juristischen Personen taucht dieses Argument ansatzweise in der Rs *Manninen* im Rahmen der Erwägungen zur Kohärenz auf (EuGH 7. 9. 2004, C-319/02 *Manninen*); allgemein auch in den Rechtssachen *Marks & Spencer* (EuGH 13. 12. 2005, C-446/03 *Marks & Spencer*) und *Thin Cap GLO* (EuGH 13. 3. 2007, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*). Eine Gesamtbetrachtung eindeutig abgelehnt hat der EuGH aber in der Rs *Cadbury Schweppes* (EuGH 12. 9. 2006, C-196/04 *Cadbury Schweppes*).

66) C-194/06 *Orange European Smallcap Fund NV*; vgl *Weber*, Pending Case Filed by Dutch Courts II: The Orange European Smallcap [sic] Fund Case, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2007 (2007) 167 (169 ff).

67) SA von GA *Bot* vom 3. 7. 2007 in der Rs C-194/06 *Orange European Smallcap Fund*, insbesondere RN 115 ff und RN 122.