

Stefan Lammel

Besteuerung
bei Gründung der
Societas Europaea (SE)
durch Verschmelzung

PETER LANG
Internationaler Verlag der Wissenschaften

13

Einleitung

Mit Inkrafttreten der SE-Verordnung¹ (im Folgenden SE-VO) und der sie begleitenden Richtlinie² (im Folgenden SE-RL) können seit dem 8. Oktober 2004 Europäische Aktiengesellschaften gegründet werden. Es handelt sich dabei um eine neue transnationale Rechtsform für Kapitalgesellschaften. Die Gesellschaften firmieren unter *Societas Europaea*, dem jeweiligen nationalen Pendant oder der Abkürzung SE,³ die auch im Folgenden verwendet wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat es nicht geschafft, das nationale Einführungsgesetz (SEEG) rechtzeitig auf den Weg zu bringen. Aufgrund unterschiedlicher Rechtsauffassungen des unionsdominierten Bundesrats und der rot-grünen Mehrheit im Bundestag, insbesondere bezüglich der Mitbestimmung,⁴ trat das Gesetz erst am 29. Dezember 2004 in Kraft.⁵ Mit dieser Verspätung war Deutschland jedoch nicht allein. Rechtzeitig zum 8. Oktober 2004 hatten nur 6 EU-Mitgliedstaaten nationale Einführungsgesetze erlassen.⁶

Die Verabschiedung der SE-VO und SE-RL im Jahre 2001 – mehr als 30 Jahre nach dem ersten Entwurf⁷ – hat in der Literatur ein großes Echo gefun-

1 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Abl. EG v. 10.11.2001, Nr. L 294, S. 1 ff.

2 Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Abl. EG v. 10.11.2001, Nr. L 294, S. 22 ff.

3 Art. 1 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 SE-VO; siehe auch Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil B, Art. 1 SE-VO, Rn. 3.

4 Zum Gesetzgebungsverfahren siehe Neye, BB 2004, 1973 ff.

5 Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004, BGBl. I v. 28.12.2004, S. 3675.

6 Die Mitteilung der EU-Kommission vom 08.10.2004 (IP/04/1195) zählt Belgien, Österreich, Dänemark, Schweden, Finnland und Island auf. Letzteres ist als EWR-Mitgliedsstaat in den Anwendungsbereich der SE-VO mit einbezogen (siehe weiter unten S. 4). Neben diesen Staaten hatte zumindest auch Großbritannien für England, Wales und Schottland rechtzeitig Einführungsregelungen verabschiedet – „The European Public Limited-Liability Company Regulations 2004“ (SI 2004/2326 – verabschiedet am 06.09.2004, dem Parlament vorgelegt am 13.09.2004, in Kraft getreten am 08.10.2004).

7 Zur Entstehungsgeschichte der SE siehe u.a.: Mahi, Europäische Aktiengesellschaft, 2004, S. 7 ff.; Taschner in: Jannott/Frodermann, Handbuch der SE, 2005, Kap. 1; Schröder/Fuchs in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil A, Rn. 1 ff.

den. Es wurde viel zu den gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlichen Problemen publiziert.⁸ Einige Autoren bezweifelten, ob die SE die in sie gesteckten Erwartungen erfüllen kann.⁹ Hinzu kam, daß die SE von der Rechtsprechung des EuGH im Gesellschaftsrecht quasi überholt wurde. Mit den Entscheidungen *Überseering*¹⁰ und *Inspire Art*¹¹ hat der EuGH den Weg für die Nutzung ausländischer Gesellschaftsformen (insbesondere der englischen Limited) in ganz Europa frei gemacht. Darüber hinaus hat sich der Rat der Europäischen Union über eine Verschmelzungsrichtlinie verständigt, die nationalen Gesellschaften die grenzüberschreitende Verschmelzung zu Gesellschaften nationaler Rechtsformen ermöglichen soll.¹² Z.T. wurde danach der Nutzen einer SE in Zweifel gezogen.¹³ In der Zwischenzeit haben sich jedoch einige, z.T. auch sehr große Unternehmen dazu entschlossen, die Rechtsform einer SE anzunehmen. Bekannte Beispiele für die Umwandlung in eine SE sind die Bauholding Strabag SE und die Brenner Basistunnel BBT SE in Österreich; weniger bekannte die MPIT Structure Financial Service (Niederlande), Neumann Partners (Österreich) und Go-East-Invest (Deutschland). Andere Gesellschaften wie die Zoll Pool Hafen Hamburg (Deutschland), Nordea Bank (Skandinavien), Elcoteq (Finnland) und Alfred Berg (Skandinavien) sind gerade dabei, sich in eine SE umzuwandeln, oder haben dies angekündigt wie Mazars (Frankreich) und Schering Plough Clinical Trials (UK).¹⁴ Darüber hinaus gibt es eine Reihe von Unternehmen, die an der Rechtsform der SE sehr interessiert sind, die Umwandlung jedoch aus verschiedenen Gründen scheuen.¹⁵ In den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses

8 Eine wohl nahezu vollständige Übersicht über die zur SE erschienene Literatur findet sich auf der Web-Site von Dipl.-Ök. Carsten Lange unter: http://www.steuern.uni-hannover.de/Forschung/Literaturliste%20SE1_jahrsortiert.pdf.

9 Siehe nur: Liebman/Rousselle, Intertax 2005, 164; Götz in: Baums/Cahn, Europäische Aktiengesellschaft, 2004, S. 162; Schulz/Geismar, DStR 2001, 1078, 1079; Thömmes, Intertax 2005, 258 f. allg. für grenzüberschreitende Verschmelzungen; siehe auch: FAZ v. 05.08.2005, S. 11.

10 EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00 (*Überseering*), Slg. 2002, I-9919.

11 EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-167/01 (*Inspire Art*), Slg. 2003, I-10155.

12 Am 25.11.2004 hat sich der Rat über die Verabschiedung grundsätzlich (politisch) geeinigt (siehe Mitteilung der Kommission, IP/04/1405). Seit dem 10.05.2005 liegt hierzu die Stellungnahmen des EU-Parlaments vor (siehe Mitteilung der Kommission, IP 05/551). Die formelle Zustimmung durch den Rat erfolgte am 20.09.2005 (siehe Mitteilung des Rates, 12482/05 (Presse 238)). Der endgültige Text liegt noch nicht vor.

13 Götz in: Baums/Cahn, Europäische Aktiengesellschaft, 2004, S. 163; Götz, ZIP 2003, 1067; Kuntz, EuZW 2005, 524, 528 unter Verweis auf die ausstehende Entscheidung in der Rs. 411/03 (Sevic); weiterhin positiv dagegen: Jannott/Frodermann in: Jannott/Frodermann, Handbuch der SE, 2005, Einleitung, Rn. 10.

14 Siehe FAZ v. 05.08.2005, S. 11.

15 Zum Beispiel die Vossloh AG – siehe den Artikel im Manager Magazin Heft 6/2005, S. 10 ff.

ist die SE endgültig durch die Ankündigung der Allianz Holding gerückt, sich durch Verschmelzung in diese Rechtsform wandeln zu wollen.¹⁶ Dies zeigt, daß ein praktischer Nutzen für diese neue Rechtsform – wenn vielleicht auch nicht in dem von ihren Schöpfern erhofften Umfang – besteht.

Die praktische Nutzung einer neuen Rechtsform setzt jedoch voraus, daß sichere rechtliche Rahmenbedingungen bestehen. Dies gilt insbesondere auch für die steuerrechtlichen Vorgaben, die häufig ausschlaggebendes Motiv der Rechtsformwahl sind.¹⁷ Bei allen Gesellschaftsgründungen, sei es originär oder durch Umwandlung, ist grundsätzlich eine Besteuerung denkbar. Dies gilt für den nationalen Bereich und erst recht für grenzüberschreitende Umwandlungen wie die Gründung einer SE, bei der ein Mitgliedstaat Steuersubstrat einbüßen kann. Im Mittelpunkt steht dabei regelmäßig die Frage der Vermeidung einer Ertragsbesteuerung. Es gilt, die Aufdeckung und Besteuerung stiller Reserven zu verhindern. Mindestens ebenso relevant ist eine mögliche Verkehrsbesteuerung. Diese kann sowohl in der Form einer Gesellschaftsteuer, ausgelöst durch Neugründung oder Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft, als auch durch sonstige Verkehrsteuern wie z.B. die Grunderwerbsteuer, bei Übertragung von Grundvermögen auf die übernehmende Gesellschaft, auftreten.¹⁸

Zu den Fragen der für die SE geltenden steuerrechtlichen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts, deren Umsetzung *de lege lata* im deutschen Recht und den *de lege ferenda* notwendigen Änderungen soll diese Arbeit einen Beitrag leisten. Sie beschränkt sich dabei auf einen Teilbereich. Zum einen werden nur die steuerlichen Folgen einer bestimmten Gründungsart, der Gründung durch Verschmelzung, untersucht. Zum anderen wird nur der Bereich der Ertragsbesteuerung behandelt.

Im Rahmen dieser Einleitung sollen zunächst kurz und – soweit für die Arbeit notwendig – die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen der SE dargelegt werden (I.). Dem schließt sich eine Übersicht über den rechtlichen Rahmen der Besteuerung der SE an (II.). Anschließend wird der Gang der Untersuchung näher dargestellt (III.).

16 Siehe nur: Handelsblatt v. 13.09.2005, S. 1 u. 2.; Financial Times Deutschland v. 04.10.2005, S. 32.

17 Siehe nur: Kessler/Schiffers/Teufel, Rechtsformwahl, 2002, § 1, Rn. 59 u. § 3, Rn. 1.

18 Siehe hierzu: Maier/Lammel in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil D, Kap. 2, Rn. 5 ff. u. 87 ff.

I. Gründung einer SE – gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen der SE sind in der SE-VO verankert. Da es sich um eine Verordnung handelt, gelten die Regelungen gemäß Art. 249, 2. Unterabs. EG unmittelbar in den Mitgliedstaaten; eine Umsetzung in nationales Recht ist nicht erforderlich. Die SE-VO stellt jedoch keine umfassende Kodifikation des für die SE geltenden Gesellschaftsrechts dar. Sie enthält nur punktuelle Regelungen und verweist sowohl in einer Art Generalklausel, dem Art. 9 SE-VO, als auch in einer Reihe von Einzelvorschriften, z.B. Art. 15, 18 SE-VO, auf das nationale Gesellschaftsrecht. Damit und aufgrund der Tatsache, daß die SE-RL einer Umsetzung in nationales Recht bedurfte, waren nationale Einföhrungsgesetze für die SE unumgänglich.¹⁹ Dementsprechend verpflichtet Art. 68 Abs. 1 SE-VO die Mitgliedstaaten, alles zur Einföhrung der SE Notwendige zu veranlassen. In Deutschland wurden die gesellschaftsrechtlichen Anpassungen in Art. 1 SEEG, dem SE-Ausföhrungsgesetz (SEAG), vorgenommen.

Die grundlegenden Voraussetzungen für die Gründung einer SE und die Rechtswirkungen sind jedoch in der SE-VO geregelt. Dem nationalen Gesetzgeber blieb überwiegend die Regelung verfahrensrechtlicher Fragen – die hier nicht interessieren – vorbehalten.

1. Wo kann eine SE gegründet werden? – geographischer Anwendungsbereich

Nach Art. 1 Abs. 1 SE-VO können im Gebiet der Gemeinschaft SEs gegründet werden. Als Sekundärrecht hat die Verordnung den gleichen Anwendungsbereich wie der EG-Vertrag.²⁰ Die SE-VO gilt daher in sämtlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union,²¹ so daß SE-Gründungen in jedem Mitgliedstaat möglich sind. Für die am 1. Mai 2004 neu in die Union aufgenommenen Mitgliedstaaten wurde die SE-VO nachträglich geändert, damit sich auch Gesellschaften aus diesen Staaten an einer SE-Gründung beteiligen können.²²

19 So auch Mahi, Europäische Aktiengesellschaft, 2004, S. 2 unter Hinweis auf den 22. Erwägungsgrund der SE-VO.

20 EuGH v. 16.2.1978, Rs. 61/77 (Kommission/Irland), Slg. 1978, 417, Rn. 45/51; Schröder in: von der Groeben/Schwarze, Art. 299 EG, Rn. 1, 53.

21 Zur Frage der Sondergebiete, für die Art. 299 EG besondere Regelungen enthält, siehe unten S. 11.

22 Nach Art. 2 der Beitrittsakte gelten die vor dem Beitritt erlassenen Rechtsakte ab dem Tag des Beitritts in den neuen Mitgliedstaaten. Die Anhänge I und II der SE-VO, die die zur Gründung einer SE berechtigten nationalen Gesellschaftsformen aufzählen, wurden durch die Verordnung (EG) Nr. 885/2004 des Rates vom 26.04.2004 (Abl. v. 01.05.2004, Nr. L 168, S. 1, 2) um die jeweiligen Rechtsformbezeichnungen in den Beitrittsländern ergänzt.

Durch Beschluß des gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 25. Juni 2002 wurde der Anwendungsbereich der SE-VO auf die EWR-Mitgliedstaaten Island, Liechtenstein und Norwegen ausgedehnt.²³ SE-Gründungen können damit unter Beteiligung von Gesellschaften aus diesen Staaten und in den EWR-Staaten stattfinden.

2. Wie entsteht eine SE? – Gründungsarten

Eine SE kann nicht originär durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und Leistung einer Einlage gegründet werden. Sie entsteht gemäß Art. 2 SE-VO vielmehr nur aufgrund bestimmter grenzüberschreitender Umwandlungen, genauer durch:

- Verschmelzung nationaler Aktiengesellschaften (Art. 2 Abs. 1 SE-VO);
- Gründung einer Holding-SE (Art. 2 Abs. 2 SE-VO);
- Gründung einer Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 2 SE-VO);
- Formwechsel einer nationalen Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 4 SE-VO).

Abgesehen von der Tatsache, daß es sich bei der SE um eine neue und transnationale Gesellschaftsform handelt, sind nur die Gründungsmöglichkeiten durch Verschmelzung und Formwechsel wirklich neu. Auch bislang war es Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten möglich, Holding- oder Tochtergesellschaften zu gründen. Nur standen hierfür ausschließlich nationale Rechtsformen zur Verfügung, und die Gründung richtete sich ausschließlich nach nationalem Recht.

3. Gründung einer SE durch Verschmelzung

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich – wie oben dargelegt – auf die Untersuchung der Gründung einer SE durch Verschmelzung. Daher sollen die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Gründungsart hier kurz dargestellt werden.²⁴ Im Verlauf der Untersuchung wird hierauf jeweils zurückgegriffen.

Art. 2 Abs. 1 SE-VO beschränkt den Kreis der möglichen Gründungsgesellschaften auf nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Aktiengesellschaft

²³ Beschluß des gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 93/2002 vom 25. Juni 2002 zur Änderung des Anhangs XXII (Gesellschaftsrecht) des EWR-Abkommens, Abl. EG v. 03.10.2002, Nr. L 266, S. 69.

²⁴ Ausführlich zu den gesellschaftsrechtlichen Regelungen z.B. Scheifele, Gründung der SE, 2004, S. 129 ff.

ten, die Sitz und Hauptverwaltung²⁵ in der Gemeinschaft haben und in Anhang I der SE-VO aufgeführt sind. Art. 3 Abs. 1 SE-VO stellt die SE diesbezüglich nationalen Aktiengesellschaften gleich, so daß auch sie als Gründungsgesellschaft einer SE in Betracht kommt.²⁶ Gemäß Art. 2 Abs. 5 SE-VO können die Mitgliedstaaten vorsehen, daß sich Gesellschaften, die ihre Hauptverwaltung außerhalb der EU haben, aber nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaats tatsächlich und dauerhaft in Verbindung stehen, an einer SE-Gründung beteiligen können.²⁷

Art. 2 Abs. 1 SE-VO verlangt darüber hinaus, daß mindestens zwei der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen. Welchem Recht eine Gesellschaft unterfällt, bestimmt sich nach den Regeln des nationalen Internationalen Privatrechts. Unglücklicherweise werden hierzu in den Mitgliedstaaten der EU zwei verschiedene Theorien vertreten: die Sitz- und die Gründungstheorie. Dies führt zu Problemen, die näher zu erläutern sein werden.²⁸

Art. 17 Abs. 2 SE-VO verweist bezüglich der möglichen Verschmelzungsarten auf die Art. 3 und 4 der sogenannten Verschmelzungsrichtlinie²⁹ (im Folgenden VerschmRL):

- Nach Art. 17 Abs. 2 a) SE-VO i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VerschmRL übertragen bei einer *Verschmelzung durch Aufnahme* eine oder mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine bestehende Gesellschaft.

25 Dieser Begriff ist identisch mit dem im deutschen Gesellschaftsrecht gebräuchlichen Terminus des Verwaltungssitzes – so zum gleichlautenden Begriff im Entwurf der 14. (Sitzverlegungs-) Richtlinie: Hügel, ZGR 1999, 71, 75.

26 Umstritten ist jedoch, ob die SE auch als aufnehmende Gesellschaft in Betracht kommt. Dies bejahend: Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil B, Art. 3 SE-VO, Rn. 1, 8. Ablehnend: Jannott in: Jannott/Frodermann, Handbuch der SE, 2005, Kap. 3, Rn. 6 m.w.N.

27 Davon hat z.B. Großbritannien Gebrauch gemacht – siehe Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO, Rn. 86. Eine nach Art. 2 Abs. 5 SE-VO zur Beteiligung an der SE-Gründung zugelassene Gesellschaft kann regelmäßig nur übertragende Gesellschaft sein. Art. 7 SE-VO würde bei einer aufnehmenden Gesellschaft eine gleichzeitig mit Verschmelzung erfolgende Verlegung der Hauptverwaltung verlangen. Da die Verlegung des Satzungssitzes in einen Mitgliedstaat anlässlich der Verschmelzung nach Art. 37 Abs. 3 SE-VO analog unzulässig ist (Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil B, Art. 8 SE-VO, Rn. 15) müßte die Hauptverwaltung in den Staat des Satzungssitzes zurückverlegt werden. Siehe zu Art. 2 Abs. 5 SE-VO ausführlich: Scheifele, Gründung der SE, 2004, S. 99 ff.

28 Siehe unten S. 18.

29 Dritte Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), Abl. EG v. 20. 10.1978, Nr. L 295, S. 36 ff.

Die übertragenden Gesellschaften werden ohne Abwicklung aufgelöst. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften erhalten für ihre Anteile an der übertragenden Gesellschaft Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft.³⁰ Eine gegebenenfalls vorhandene Barzuzahlung darf 10 % des Nennwertes (oder des entsprechenden rechnerischen Wertes) der gewährten Anteile nicht übersteigen.

- Nach Art. 17 Abs. 2 b) SE-VO i.V.m. Art. 4 Abs. 1 VerschmRL findet die *Verschmelzung durch Neugründung* dadurch statt, daß mehrere Gesellschaften ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine durch sie neu gegründete Gesellschaft übertragen. Auch hier werden die übertragenden Gesellschaften ohne Abwicklung aufgelöst. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften erhalten für ihre Anteile an den übertragenden Gesellschaften Anteile an der neu gegründeten SE. Die Barzuzahlung ist auf 10% des Nennwertes bzw. den entsprechenden Rechenwert begrenzt.

Die Verschmelzung zu einer SE bedarf der Zustimmung der Hauptversammlungen sämtlicher beteiligter Gesellschaften (Art. 23 Abs. 1 SE-VO). Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer an dem Umwandlungsprozeß zu beteiligen (Art. 23 Abs. 2 SE-VO i.V.m. SE-RL) und Rechtmäßigkeitskontrollen durch die beteiligten Mitgliedstaaten durchzuführen (Art. 25 u. 26 SE-VO). Für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger sind Schutzvorschriften vorgesehen (Art. 24 SE-VO), und die Mitgliedstaaten können unter bestimmten Voraussetzungen die Verschmelzung verhindern (Art. 19 SE-VO). Durch Verweise in den entsprechenden Artikeln sowie durch den Generalverweis in Art. 18 SE-VO ist die detaillierte Ausgestaltung dieser verfahrensrechtlichen Regelungen weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen.

Die Rechtsfolgen der Verschmelzung legt Art. 29 SE-VO fest. Danach

- gehen ipso jure die Aktiva und Passiva auf die aufnehmende oder neu gegründete SE über (Gesamtrechtsnachfolge),
- die Aktionäre der übertragenden Gesellschaften werden Aktionäre der SE und
- die übertragenden Gesellschaften erlöschen.

³⁰ Eine Ausnahme besteht, wenn eine Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft verschmolzen wird (Upstream-Merger). In diesem Fall verbieten die Art. 19 Abs. 2 VerschmRL umsetzenden nationalen Regelungen, die nach Art. 15 Abs. 1 und Art. 18 SE-VO Anwendung finden, die Gewährung von Anteilen an der aufnehmenden SE. Die SE-VO selbst enthält für den Fall des Upstream-Mergers nur verfahrensrechtliche Erleichterungen in Art. 31.

Für den Fall der Verschmelzung durch Aufnahme bestimmt Art. 29 Abs. 1 lit. d) SE-VO darüber hinaus, daß die aufnehmende Gesellschaft die Rechtsform der SE annimmt. Bei der Verschmelzung durch Neugründung ist die neu gegründete Gesellschaft eine SE (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 SE-VO). Art. 29 Abs. 3 SE-VO sichert den Übergang der Aktiva und Passiva im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die SE ab. Soweit nach nationalem Recht der Übergang von bestimmten Formalia abhängt, können diese entweder von den übertragenden Gesellschaften oder der aufnehmenden SE erfüllt werden. Damit ist sichergestellt, daß sämtliche Aktiva und Passiva auf die SE übergehen. Art. 29 Abs. 4 SE-VO geht in der angeordneten Rechtsfolge noch über die Gesamtrechtsnachfolge hinaus; nicht nur Arbeitsverträge sondern auch Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gehen über und gelten fort.³¹

Die Verschmelzung zur SE wird mit der Eintragung der SE in das Handelsregister ihres Sitzstaates wirksam (Art. 27 Abs. 1 und Art. 12 SE-VO) und die SE erlangt ihre Rechtspersönlichkeit (Art. 16 Abs. 1 SE-VO). Mit der Eintragung kann die Verschmelzung nicht mehr für nichtig erklärt werden (Art. 30, 1. Unterabs. SE-VO).

II. Rechtlicher Rahmen der Besteuerung der SE

1. Europarecht

Die SE-VO selbst enthält – im Gegensatz zu ihren Entwürfen³² – keine steuerlichen Regelungen. Dies wird im 20. Erwägungsgrund der SE-VO ausdrücklich festgestellt. Art. 10 SE-VO sorgt aber für eine Gleichstellung der SE mit den nationalen Aktiengesellschaften ihres jeweiligen Sitzstaates.

Die Tatsache, daß für die SE kein einheitliches, aber damit auch exklusives Steuersystem geschaffen wurde, wird von den meisten Autoren begrüßt.³³ Denn die Rechtsformneutralität im Verhältnis zu den nationalen Gesellschaften ist damit gewährleistet. Nur einige Stimmen in der Literatur hatten sich von der SE eine Pilot- oder Flaggschifffunktion erhofft,³⁴ was teilweise auch Überlegungen

31 Schröder in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil B, Art. 29 SE-VO, Rn. 29 ff.

32 Art. 275 ff. Entwurf 1975 (Beilage 4/75 zum Bulletin der EG); Art. 133 Entwurf 1989 (Abl. EG v. 16.10.1989, Nr. C 263, S. 41); Art. 133 Entwurf 1991 (Abl. EG v. 08.07.1991, Nr. C 176, S.1).

33 Siehe nur Lutter, BB 2002, 1, 6 f.; Schulz/Geismar, DStR 2001, 1078, 1085 f.; Schindler in: Hügel/Kalss, SE-Kommentar, Steuerrecht, Rn. 2.

34 Thömmes in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, 2002, S.482 ff.; Endres, RIW 2004, 735, 739; bedauernd auch: Büsching in: Jannott/Frodermann, Handbuch der SE, 2005, Kap. 14, Rn. 2; Schaumburg in: Lutter/Hommelhoff, Europäische Gesellschaft, 2005, S.319.

der EU-Kommission entspricht.³⁵ Ob ein derartiges steuerliches Sonderregime für die SE mit dem Diskriminierungsverbot des EG-Vertrages vereinbar wäre, erscheint jedoch sehr zweifelhaft.³⁶

Der EG-Vertrag enthält keine expliziten Regelungen für die direkten Steuern.³⁷ Im Gegensatz zu den indirekten Steuern besteht dementsprechend kein Harmonisierungsauftrag³⁸ und es gibt für den Bereich der direkten Steuern keine umfassende europarechtliche Regelung.³⁹ Die Gründung einer SE fällt jedoch teilweise, wie noch genauer darzustellen und zu untersuchen sein wird, in den Anwendungsbereich der schon 1990 (auf der Grundlage des jetzigen Art. 94 EG) verabschiedeten, steuerlichen Fusionsrichtlinie⁴⁰ (im Folgenden auch FRL). Diese ist auf die Regelung der (hier untersuchten) ertragsteuerlichen Folgen beschränkt.⁴¹ Die FRL wurde auf Vorschlag der Kommission⁴² mit der Richtlinie des Rates vom 17.02.2005⁴³ geändert (im Folgenden auch FRL-Änderungsrichtlinie). Für die Be-

35 Siehe Mitteilung der Kommission vom 24.11.2003, KOM (2003) 726 endgültig, Tz. 4.5, S. 28 ff.

36 Merkt, BB 1992, 652, 658; siehe auch die Studie von Deloitte und Touche für die EU-Kommission vom 18. August 2004 (TAXUD/2003/DE/305), S. 2 (abrufbar unter <http://europa.eu.int>), die darüber hinaus zu dem Ergebnis kommt, daß eine steuerliche Sonderbehandlung der SE einen Verstoß gegen die beihilferechtlichen Vorschriften darstellte.

37 Die einzige Norm des EG-Vertrages, die sich zumindest mittelbar mit den direkten Steuern befaßt, Art. 293 EG (der einen Auftrag zur Beseitigung der Doppelbesteuerung an die Mitgliedstaaten enthält), spielt für die vorliegende Untersuchung keine zentrale Rolle. Sie stellt nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH v. 11.07.1985, Rs. 137/84 (Ministère Public/Mutsch), Slg. 1985, 2691, Rn. 11) kein unmittelbar geltendes Recht, sondern nur eine Zielvorgabe dar.

38 Dautzenberg, Unternehmensbesteuerung im EG-Binnenmarkt, 1997, S. 11 m.w.N. in Fn. 39.

39 Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 1998, Rn. 3.62; Manke, ZGR 1992, 333; Dautzenberg, BB 2004, 17 Fn. 1.

40 Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, Abl. EG v. 20.8.1990, Nr. L 225, S. 1.

41 Tumpel, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung, 1994, S. 100. Im Gegensatz dazu sah Art. 7 des Entwurfs von 1969 (Abl. EG v. 22.03.1969, Nr. C 39, S. 4) noch Regelungen für die Gesellschaftsteuer und den Verzicht auf die Grunderwerbsteuer vor – Saß, BB AWD 1970, 533, 538.

42 Vorschlag der Kommission vom 17.10.2003 für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen; KOM(2003) 613 endgültig; 2003/0239 (CNS).

43 Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17. Februar 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, Abl. EG v. 04.03.2005, Nr. L 58, S. 19.

steuerung der Gründung einer SE durch Verschmelzung sind die Aufnahme der SE in den Anhang der Richtlinie und die Angleichung einiger Voraussetzungen an die entsprechenden Regelungen in der Mutter-Tochter-Richtlinie⁴⁴ (im Folgenden auch MTRL) relevant. Die die SE betreffenden Änderungen sind bis zum 01.01.2006, alle sonstigen bis zum 01.01.2007 in nationales Recht umzusetzen (Art. 2 der Änderungsrichtlinie). Die vorliegende Arbeit verwendet schon die Neufassung der FRL hinsichtlich der Paragraphennummerierung. Soweit sich durch die Änderung der FRL abweichende Regelungen ergeben, wird hierauf verwiesen.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH fallen daher direkte Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese müssen ihre Befugnisse jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben.⁴⁵ Es gilt also (neben der FRL) die allgemeinen Vorgaben des Primärrechts des EG-Vertrages, insbesondere die Grundfreiheiten, bei der Besteuerung des Gründungsvorgangs zu beachten.

2. Deutsches Steuerrecht

Das SEEG enthält keine einzige steuerrechtliche Regelung. Damit gilt für die SE auch in Deutschland kein besonderes Steuerregime.

Nach Art. 10 SE-VO ist die SE einer nationalen Aktiengesellschaft gleichgestellt. Damit ist die SE je nach Satzungssitz und Ort der Geschäftsleitung unbeschränkt oder beschränkt körperschaftsteuerpflichtig⁴⁶ und im Fall der unbeschränkten Steuerpflicht auch abkommensberechtigt.⁴⁷

44 Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, Abl. EG v. 20.8.1990, Nr. L 225, S. 6; zuletzt geändert durch: Richtlinie 2003/123/EG vom 22. Dezember 2003 zur Änderung der Richtlinie 90/435/EWG über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, Abl. EG v. 13.1.2004, Nr. L 7, S. 41.

45 St. Rspr. seit EuGH v. 14.02.1995, Rs. C-279/93 (Schumacker), Slg. 1995, I-225, Rn. 21 – siehe nur EuGH v. 11.03.2004, Rs. C-9/02 (Lasteyrie du Saillant), Slg. 2004, I-2409, Rn. 44.

46 Eine SE mit Sitz und Hauptverwaltung in Deutschland ist nach § 1 Abs. 1 KStG mit ihrem Welteinkommen unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Eine SE mit Sitz und Hauptverwaltung in einem anderen Staat ist mit ihrem in Deutschland erzielten Einkommen gemäß § 2 Nr. 1 KStG beschränkt steuerpflichtig. Eine Doppelanässigkeit sollte wegen Art. 7 SE-VO nicht vorkommen. Ist dies dennoch der Fall, entscheidet die tie-breaker-rule nach Vorbild des Art. 3 Abs. 4 OECD-MA über die Anässigkeit – siehe Schindler in: Hügel/Kalss, SE-Kommentar, Steuerrecht, Rn. 9; Maier/Lammel in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil D, Kap. 1, Rn. 80 ff.

47 Schindler in: Hügel/Kalss, SE-Kommentar, Steuerrecht, Rn. 10; Maier/Lammel in: Manz/Mayer/Schröder, SE-Kommentar, Teil D, Kap. 1, Rn. 91.

Die steuerlichen Folgen von Verschmelzungen sind in Deutschland im Umwandlungssteuergesetz geregelt. Da zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der FRL eine grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften als gesellschaftsrechtlich unzulässig angesehen wurde, hat der deutsche Gesetzgeber die entsprechenden Vorgaben der FRL jedoch nicht in deutsches Recht umgesetzt.⁴⁸ Die Anwendbarkeit des Umwandlungssteuergesetzes auf die grenzüberschreitende Verschmelzung zu einer SE ist daher zweifelhaft.⁴⁹

Für die Ermittlung der steuerlichen Folgen einer Verschmelzung nationaler Gesellschaften zu einer SE verbleiben – soweit das UmwStG keine Anwendung findet – als Rechtsrahmen nur die allgemeinen Vorschriften des KStG und des EStG.

III. Gang der Untersuchung

Die Vorgaben der Fusionsrichtlinie sollen zuerst untersucht werden. Die Fusionsrichtlinie enthält sehr detaillierte und umfassende Regelungen, die den Mitgliedstaaten nur einen geringen Spielraum bei der Umsetzung lassen. Ob dieser Rahmen vom nationalen Gesetzgeber eingehalten wurde, kann besser überprüft werden, wenn zunächst die europarechtlichen Vorgaben im Zusammenhang dargestellt wurden. Anderenfalls müßte dies inzident bei der Bewertung der deutschen Normen erfolgen. Die zusammenhängende Darstellung der Fusionsrichtlinie bedingt eine Betrachtung aus europäischer Perspektive. Das heißt, es werden die Rechtsfolgen für sämtliche Beteiligten im Ganzen und nicht als Vorgänge aus nationaler Sicht dargelegt.

Die Fusionsrichtlinie ist schon in einer Vielzahl wissenschaftlicher Abhandlungen untersucht worden. Ziel der vorliegenden Arbeit kann es nicht sein, eine (erneute) Kommentierung der Fusionsrichtlinie zu erstellen. Aufzuzeigen sind die durch die Richtlinie vorgegeben steuerlichen Rahmenbedingungen der Gründung einer SE durch Verschmelzung. Genauer zu untersuchen sind die Punkte, die für die Gründung einer SE durch Verschmelzung von besonderer Bedeutung sind oder die in der bisher erschienenen Literatur nur unbefriedigend gelöst wurden.

48 BT-Drucks. 12/1108, S. 36, 80; BT-Drucks. 12/7945, S. 4; Busekist, GmbHR 2004, 650, 652 m.w.N. in Fn. 28; Bogenschütz, IStR 2000, 609, 610; Krebs, ZGR 1992, 346, 352.

49 Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeit war der angekündigte Entwurf des „Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften“ noch nicht veröffentlicht. Die vorab erfolgte Darstellung von Details – siehe Hahn, IStR 2005, 677 ff. – beschäftigt sich nicht mit der hier untersuchten Verschmelzung.

Recht überraschend⁵⁰ hat sich die Frage aufgetan, ob die Vorgaben der Fusionsrichtlinie im Hinblick auf das Primärrecht überhaupt ausreichend sind. Der EuGH hat insbesondere in der Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*⁵¹ den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit weit ausgedehnt und das nationale Besteuerungsrecht stark eingeschränkt. Aufbauend auf schon vorhandene Arbeiten⁵² soll untersucht werden, ob durch eine Besteuerung anlässlich der Gründung einer SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung Primärrecht verletzt wird. Dies betrifft insbesondere Besteuerungsrechte, die nicht schon von der FRL ausgeschlossen werden, aber auch die Frage, ob nach der FRL zulässige Besteuerungen gegen Primärrecht verstoßen. Daran schließt sich die Frage der Kollision von europäischem Sekundär- mit Primärrecht an.

Die Prüfung des Primärrechts hat der Untersuchung der FRL nachzufolgen, da im Bereich des harmonisierten Rechts der EuGH nationales Recht zunächst am Sekundärrecht mißt und nur dann auf das Primärrecht zurückgreift, wenn das Sekundärrecht keine Regelungen enthält; wie im nationalen Recht ist zunächst die sachnähe Quelle zu prüfen.⁵³

Im Rahmen der dergestalt erarbeiteten europarechtlichen Vorgaben kann eine Untersuchung der nationalen steuerrechtlichen Regelung des Gründungsvorgangs der SE erfolgen. Aus nationaler Sicht sind bei der Entstehung einer SE durch Verschmelzung drei Grundfälle⁵⁴ zu unterscheiden:

- Hinausverschmelzung: Eine deutsche AG wird als übertragende Gesellschaft auf bzw. zu einer im Ausland ansässigen SE verschmolzen.
- Hineinverschmelzung: Eine deutsche Aktiengesellschaft nimmt unter gleichzeitiger Umwandlung in eine SE eine ausländische Gesellschaft auf bzw. zwei

50 Thömmes in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, vor § 23 UmwStG, Rn. 85 erklärte noch 2000 das Betriebsstättenprinzip für eine geeignete Grundlage der Lösung der steuerrechtlichen Probleme bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen. Ähnlich Griemla, Grenzüberschreitende Verschmelzung, 2003, S. 449.

51 EuGH v. 11.03.2004, Rs. C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*), Slg. 2004, I-2409.

52 Zu nennen ist hier schon das umfassende Werk von Cordewener, Europäische Grundfreiheiten, 2002.

53 Ehlers in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 7, Rn. 7; Frenz, Handbuch Europarecht – Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rn. 350.

54 Die z.T. noch aufgeführte Fallgruppe „Inlandsverschmelzung mit Auslandsbezug“ (siehe nur Henckel, DStR 2005, 1785) kann angesichts der Voraussetzung des Art. 2 Abs. 1 SE-VO (Beteiligung von Gesellschaften, die dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterfallen) bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung grundsätzlich nicht auftreten. Nur bei doppelansässigen Gründungsgesellschaften oder Beteiligung von mehr als zwei Gründungsgesellschaften ist dies möglich. Dieser Sonderfall soll hier nicht gesondert untersucht werden, sondern wird im Rahmen der Hineinverschmelzung unter Beteiligung einer weiteren, deutschen Gründungsgesellschaft dargestellt.

Gründungsgesellschaften – aus welchen Mitgliedstaaten auch immer – verschmelzen zu einer SE mit Sitz in Deutschland.

- Auslandsverschmelzung mit Inlandsbezug: Zwei ausländische Gesellschaften verschmelzen zu einer SE. Der Inlandsbezug wird durch Einkünfte in Deutschland (insbesondere deutsche Betriebsstätte, ein in Deutschland gelegenes Grundstück, Anteile an einer deutschen Gesellschaft) wenigstens einer der beiden Gesellschaften hergestellt.

Zunächst ist genauer zu untersuchen, ob die Vorschriften des Umwandlungssteuergesetzes Anwendung finden und welche Besteuerungsfolgen die anwendbaren Normen des deutschen Rechts auslösen. Soweit diese nicht den europarechtlichen Vorgaben entsprechen, stellt sich die Frage, ob die Fusionsrichtlinie unmittelbar anzuwenden ist. Diese Frage hat durch die Einführung der SE aufgrund der mitbestimmungsrechtlichen Regelung in der SE-RL neue Aktualität erlangt. Auch die Frage der Beachtung des Primärrechts durch nationale Steuerregelungen stellt sich an dieser Stelle.

Soweit die Untersuchungen ergeben, daß die deutschen Normen den europäischen Vorgaben nicht entsprechen, sollen *de lege ferenda* anzuwendende Besteuerungsgrundsätze aufgezeigt werden.