

1. Teil

Umgründungssteuergesetz

1. Hauptstück

Umgründungen

Artikel I

Verschmelzung

Anwendungsbereich

§ 1. (1) Verschmelzungen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

1. Verschmelzungen auf Grund gesellschaftsrechtlicher Vorschriften,
2. Verschmelzungen im Sinne gesellschaftsrechtlicher Vorschriften auf Grund anderer Gesetze,
3. Vermögensübertragungen im Sinne des § 236 des Aktiengesetzes und
4. Verschmelzungen ausländischer Körperschaften im Ausland auf Grund vergleichbarer Vorschriften.

(2) ¹Abs. 1 Z 1 bis 4 findet nur insoweit Anwendung, als das Besteuerungsrecht der Republik Österreich hinsichtlich der stillen Reserven einschließlich eines allfälligen Firmenwertes bei der übernehmenden Körperschaft nicht eingeschränkt wird. ²Soweit bei der Verschmelzung auf eine übernehmende

- in der Anlage genannte Gesellschaft eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder
- den Kapitalgesellschaften vergleichbare Gesellschaft eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich besteht,

die auch den Ort der Geschäftsleitung in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes hat, eine Steuerpflicht nach § 20 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 entsteht, ist die Abgabenschuld auf Grund eines in der Steuererklärung gestellten Antrags in Raten zu entrichten; dabei sind § 6 Z 6 lit. d bis e des Einkommensteuergesetzes 1988 sinngemäß anzuwenden.

(3) Auf Verschmelzungen sind die §§ 2 bis 6 anzuwenden.

[idF BGBl I 2015/163]

Rechtsentwicklung

BGBl 1991/699 (UmgrStG; RV 266 AB BlgNR 18. GP) (Stammfassung); BGBl 1993/818 (StRefG 1993; RV 1237 AB 1301 BlgNR 18. GP) (Neufassung des § 1 Abs 1, für Stichtage nach dem 30.12.1993); BGBl 1994/681 (EU-AnpG; RV 1701 AB 1816 BlgNR 18. GP) (Änderung des § 1 Abs 1 Z 4, für Umgründungen, bei denen die zugrunde liegenden Beschlüsse oder Verträge nach dem 1.1.1995 zustande gekommen sind; siehe auch BGBl 1995/50); BGBl 1996/797 (AbgÄG 1996; RV 497 AB 552 BlgNR 20. GP) (Neufassung des § 1 Abs 1 Z 4); BGBl I 1999/28 (AbgÄG 1998; RV 1471 AB 1505 BlgNR 20. GP) (Ergänzung des § 1 Abs 1 Z 4); BGBl I 2004/180 (AbgÄG 2004; RV 686 AB

734 BlgNR 22. GP) (Neufassung des § 1; für Stichtage nach dem 7.10.2004); BGBl I 2007/24 (BudBG 2007; RV 43 AB 67 BlgNR 23. GP) (Änderung des § 1 Abs 1 Z 1 und Z 2, Neufassung der S 2 und 5 des § 1 Abs 2); BGBl I 2007/99 (AbgSiG 2007; RV 270 AB 391 BlgNR 23. GP) (Änderung des § 1 Abs 2 S 2 und Anfügung des § 1 Abs 2 S 3; Änderung des § 1 Abs 2 S 2 für Stichtage nach dem 14.12.2007); BGBl I 2015/34 (Art 30; RV 354 AB 436 BlgNR 25. GP; Änderung des § 1 Abs 1 Z 3, ab 1.1.2016); BGBl I 2015/163 (AbgÄG 2015; RV 896 AB 907 BlgNR 25. GP) (Änderung des § 1 Abs 2, für Verschmelzungen, die nach dem 31.12.2015 beschlossen oder vertraglich unterfertigt werden).

Literatur 2016

Arlt, Einlagenrückgewähr beim Upstream Merger, *GesRZ* 2016, 219; *Fugger*, Verschärfungen in der österreichischen Wegzugsbesteuerung ab 1.1.2016, *IStr* 2016, 574; *Hirschler/Knesl*, Nichtfestsetzungs- und Ratenzahlungskonzept bei Betriebseinbringung nach § 16 UmgrStG, *ÖStZ* 2016/701, 499; *Hirschler/Knesl*, Nichtfestsetzungs- und Ratenzahlungskonzept gem § 6 Z 6 EStG, *ÖStZ* 2016/389, 257; *Hübner-Schwarzinger*, Die Highlights des UmgrStR-Wartungserlasses, *SWK* 2016, 377 (Teil I: VwGH-Judikatur – grenzüberschreitende Umgründungen – Gruppenbesteuerung – Verlustvortrag), *SWK* 2016, 432 (Teil II: Einbringung gemäß Art III UmgrStG), und *SWK* 2016, 471 (Teil III: Realteilung gemäß Art V UmgrStG); *Klampfl*, Anwendbares Recht und Schutz von Gläubigern bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung, *GesRZ* 2016, 228; *Kofler*, Das „Ratenzahlungskonzept“ bei verschmelzungsbedingter Entstrickung, in *Kirchmayr/Mayr/Oberhammer/Rüffler/Torggler* (Hrsg), *Umgründungen*, FS Hügel (2016) 199; *Mair*, Grenzüberschreitende Einbringungen (2016); *Massoner/Stefaner*, Umgründungen, in *Stefaner/Schragl* (Hrsg), *Wegzugsbesteuerung*, *SWK-Spezial* (2016) 129; *Mayr*, Tatsächliche und endgültige Vermögensverluste nach § 10 Abs 3 KStG bei vorangegangener Importverschmelzung, *RdW* 2016/429, 559; *Mayr/Mair*, Entstrickungsbesteuerung NEU im EStG und bei Umgründungen, in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler* (Hrsg), *Aktuelle Fragen der Konzernbesteuerung* (2016) 47; *Mayr/Mair*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Einbringungen nach dem AbgÄG 2015, *RdW* 2016/42, 72; *Mechtler/Spies*, Die Entstrickungsbesteuerung bei beschränkter Steuerpflicht nach dem Abgabenänderungsgesetz 2015, *SWI* 2016, 505; *Mechtler/Spies*, Die Entstrickungsbesteuerung im betrieblichen Bereich nach dem AbgÄG 2015, *RdW* 2016/522, 697; *Pinetz/Schaffer*, Unionsrechtskonformität der neuen Entstrickungsbesteuerung („Exit Tax“) im Hinblick auf Drittstaatssachverhalte, *ÖStZ* 2016/555, 377; *Schilcher*, Neuregelung der „Wegzugsbesteuerung“ im EStG, *SWI* 2016, 160; *Schragl/Stefaner*, Die neue Wegzugsbesteuerung im betrieblichen Bereich, *SWK* 2016, 763; *Schragl/Stieglitz/Kronig*, Ratenzahlungskonzept, in *Stefaner/Schragl* (Hrsg), *Wegzugsbesteuerung*, *SWK-Spezial* (2016) 94; *Stanek/Gurtner*, Verfahrensrechtliche Fragen der neuen Entstrickungsbesteuerung, *ÖStZ* 2016/438, 290; *Stefaner/Schragl* (Hrsg), *Wegzugsbesteuerung*, *SWK-Spezial* (2016); *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht (2016).

Übersicht

I. Anwendungsbereich

A. Verschmelzungsbegriff

1. Allgemeines

- | | |
|------------------------------------|------|
| a) Begriffsbestimmung..... | 1 |
| b) Anwendungsvoraussetzungen | 2, 3 |

2. Fusionsrichtlinie

a) Grenzüberschreitende Umgründungen in der EU	4
b) Anwendungsvoraussetzungen	5, 6
3. Verschmelzungsrelevante Besteuerungsebenen	7
B. Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts	11–19
C. Kategorisierung	
1. Rechtliche Kategorisierung	21
2. Wirtschaftliche Kategorisierung	
a) Konzentrations- und Konzernverschmelzung	22
b) Konzentrationsverschmelzung	23
c) Konzernverschmelzung	24
aa) „Upstream-Verschmelzung“ (Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft)	25
bb) „Downstream-Verschmelzung“ (Verschmel- zung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft)	27
cc) „Sidestream-Verschmelzung“ (Schwesternver- schmelzung).....	28, 29
3. Internationale Kategorisierung.....	30
4. Kategorisierung nach der gesellschaftsrechtlichen oder betrieblichen Grundlage	
a) Verschmelzungsdifferenzen	31
b) Verschmelzungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage	32, 33
c) Verschmelzungen auf betrieblicher Grundlage.....	34, 35
II. Inlandsverschmelzungen (Abs 1 Z 1 bis 3)	
A. Gesellschaftsrechtliche Tatbestände	41, 42
B. Verschmelzungen aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Abs 1 Z 1)	45, 46
C. Verschmelzungen aufgrund anderer Gesetze (Abs 1 Z 2)	51
D. Verschmelzungsartige Vermögensübertragungen (Abs 1 Z 3).....	56, 57
III. Auslandsverschmelzungen (Abs 1 Z 4)	
A. Anwendungsvoraussetzungen	
1. Verschmelzungen ausländischer Körperschaften	61
2. Inlandsvermögen und inländische Anteilsinhaber	62
3. Grenzüberschreitende Auslandsverschmelzungen	63
B. Vergleichbarkeit des Verschmelzungsrechts.....	64–66
C. Vergleichbarkeit mit inländischen Körperschaften	67
IV. Grenzüberschreitende Verschmelzungen inländischer Körper- schaften (Abs 1 Z 1)	
A. Begriff.....	71
B. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit	
1. SE, SCE und EU-VerschG	72
2. Verschmelzungen außerhalb des EU-VerschG	73, 74
V. Aufrechterhaltung der Steuerverstrickung (Abs 2 erster Satz)	
A. Verstrickungserfordernis	81–87
B. Vermögen der übertragenden Körperschaft	91, 92

C. Fusionsrichtlinie und UmgrStG	
1. Betriebsstättenverhaftungserfordernis.....	96
2. Verhältnis zum Verstrickungserfordernis nach § 1 Abs 2	97, 98
D. Inländische Verschmelzungen	
1. Überblick.....	101
2. Inlandsverschmelzung auf steuerbefreite Körperschaften	102, 103
3. Inlandsverschmelzungen mit Auslandsbezug.....	104
E. Auslandsverschmelzungen mit Inlandsbezug	
1. Überblick.....	106, 107
2. Einzelfälle	
a) Inländische Betriebsstätten.....	108, 109
b) Inländisches unbewegliches Vermögen.....	110
c) Beteiligungen an inländischen Körperschaften.....	111
F. Grenzüberschreitende Verschmelzungen unter Beteiligung inländischer Körperschaften	
1. Überblick.....	116, 117
2. Import-Verschmelzungen (Hereinverschmelzungen)	118
3. Export-Verschmelzungen (Hinausverschmelzungen)	
a) Verstrickungseinschränkung.....	119, 120
b) Inländische Betriebsstätte.....	121
c) Inländisches unbewegliches Vermögen.....	122
d) Ausländische Betriebsstätte	
aa) Anrechnungsmethode.....	123, 124
bb) Befreiungsmethode.....	125, 126
e) Beteiligungen an inländischen Körperschaften.....	127
f) Beteiligungen an ausländischen Körperschaften und internationale Schachtelbeteiligungen.....	128–130
g) Sonstiges Vermögen.....	132
VI. Ratenzahlungskonzept (Abs 2 zweiter Satz)	
A. System.....	141–147
B. Übertragende und übernehmende Körperschaft	
1. Übertragende Körperschaft.....	151
2. Übernehmende Körperschaft	
a) EU- oder EWR-Gesellschaft.....	152–155
b) Ort der Geschäftsleitung.....	156, 157
C. Antragsgebundenes Ratenzahlungskonzept	
1. Antrag in der Steuererklärung.....	161, 162
2. Steuerschuld.....	163
3. Entrichtung in Raten.....	164–166
4. Vorzeitige Fälligkeitstellung der Raten.....	167–170
VII. Anwendung der §§ 2 bis 6 (§ 1 Abs 3)	
A. Anwendbarkeit des Art I.....	191
B. Nicht- und Teilanwendbarkeit des Art I	
1. Gründe für die Nicht- bzw Teilanwendbarkeit des Art I	192, 193
2. Rechtsfolgen bei Nichtanwendbarkeit.....	194, 195
3. Rechtsfolgen bei Teilanwendbarkeit.....	196–198

I. Anwendungsbereich

A. Verschmelzungsbegriff

1. Allgemeines

a) Begriffsbestimmung

Eine **Verschmelzung** („Fusion“, „Merger“) im rechtlichen Sinn ist eine unternehmensrechtliche Strukturmaßnahme, bei der mehrere Körperschaften zu einer rechtlichen Einheit vereinigt werden, wobei die übertragende Körperschaft im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** („Universalsukzession“) unter **Ausschluss der Abwicklung** ihr Vermögen auf eine andere bestehende Körperschaft („**Verschmelzung durch Aufnahme**“; zB §§ 220 ff AktG, § 96 Abs 1 Z 1 GmbHG) oder eine neu gegründete Körperschaft („**Verschmelzung durch Neugründung**“; zB § 233 AktG, § 96 Abs 1 Z 2 GmbHG) überträgt (UmgrStR Rz 4; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 1; *Hügel* § 1 Rz 1; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K⁵* § 1 Rz 13 ff). Die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers werden mit **Anteilen am übernehmenden Rechtsträger** (und uU baren Zuzahlungen; zB § 224 Abs 5 AktG) abgefunden; die Gewährung von Anteilsrechten ist allerdings kein unabdingbares Merkmal der Verschmelzung (UmgrStR Rz 6) und kann oder muss unter gewissen Umständen unterbleiben (zB § 224 AktG; s Rz 22 ff u § 5 Rz 21 ff).

Von den unternehmensrechtlichen Verschmelzungsvorschriften nicht erfasst ist die **Vereinigung von Personenunternehmen** (Einzelunternehmen, Personengesellschaften), die steuerrechtlich als Zusammenschluss unter Art IV UmgrStG fällt (*Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 1). Zur Abgrenzung von der **verschmelzenden Umwandlung nach Art II** s Rz 26.

b) Anwendungsvoraussetzungen

Eine Verschmelzung fällt dann unter Art I, wenn (1) eine der in § 1 Abs 1 Z 1 bis 4 definierten **gesellschaftsrechtlichen Verschmelzungsformen** vorliegt (Rz 41 ff), (2) „insoweit“ das **Steuerverstrickungserfordernis** des § 1 Abs 2 erfüllt ist (Rz 81 ff), und (3) **keine missbräuchliche Umgründung** vorliegt (s § 44 Rz 1 ff). Soweit eine Verschmelzung zur Einschränkung des österreichischen Besteuerungsrechts führt, fällt sie – *e contrario* § 1 Abs 3 und ungeachtet einer Option zur Entrichtung der Steuerschuld in Raten nach § 1 Abs 2 S 2 – nicht unter die §§ 2 bis 6 (zur teilweisen Anwendbarkeit des Art I s Rz 192 ff).

Abweichend von den anderen Umgründungsformen des UmgrStG kommt es für die Anwendbarkeit des Art I nicht darauf an, ob **bestimmtes qualifiziertes Vermögen** (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmer- oder Kapitalanteil) übertragen wird (s bereits *Quantschnigg* in FS Bauer 257; s zur Verlustvortragsnachfolge § 4 Rz 46 ff); Art I erfasst also auch die Verschmelzung von vermögensverwaltenden **Körperschaften ohne originärem Betriebsvermögen** (zB **Holding- oder Besitzgesellschaften**; UmgrStR Rz 49; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 78; *Hügel* § 1 Rz 1 und 57), von **Mantelgesellschaften** (UmgrStR Rz 49; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 78) oder von **Körperschaften mit Liebhabereibetrieben** (*Hilber*, SWK 1998, S 516; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 78 m FN 126; *Hügel* § 1 Rz 1). Die Anwendbarkeit von Art I hängt auch nicht davon ab, ob **Arbeitnehmer** von der übernehmenden Körperschaft übernommen werden (*Bednar/Reisch/Wiesner*, RdW 1995, 493).

2. Fusionsrichtlinie

a) Grenzüberschreitende Umgründungen in der EU

- 4 Die 2009 kodifizierte unionsrechtliche **Fusionsrichtlinie (FRL)** verpflichtet ua zur steuerneutralen Behandlung von Fusionen von Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (RL 2009/133/EG; zuvor RL 90/434/EWG idF RL 2005/19/EG und 2006/98/EG); die FRL nimmt in ihrem Anwendungsbereich **Vorrang vor entgegenstehendem nationalem Recht** (s *Terra/Wattel*, European Tax Law⁶ 652 ff; *Zöchling/Puchner* in *Frotz/Kaufmann*², SteuerR Rz 26; *Hügel* § 1 Rz 13; *Kofler*, MTR Einl Rz 63 ff; *Hirschler* in Vienna Law Inauguration Lectures 3, 3; s a UmgrStR Rz 37). Die Vorgaben der FRL für **grenzüberschreitende Umgründungen** wurden bereits vor dem EU-Beitritt Österreichs in der **Stammfassung des UmgrStG** und durch das **EU-AnpG** (BGBl 1994/681) weitgehend berücksichtigt (s *Loukota/Wiesner*, RdW 1992, 155 ff; *Staringer*, SWK 1994, A 472 ff; *Strimitzer/Wurm* in *T/W*, EU-VerschG² SteuerR Rz 7; krit *Köglberger*, WT 6/1991, 10 f).

b) Anwendungsvoraussetzungen

- 5 Die FRL stellt – anders als das UmgrStG – nicht auf das Personalstatut (Rz 42 ff), sondern auf die **Steueransässigkeit** ab (Art 3). Erfasst sind Fusionen zur Aufnahme (Art 2 lit a sublit i) und zur Neugründung (Art 2 lit a sublit ii) sowie „Upstream-Fusionen“ (Art 2 lit a sublit iii; zur Nichtregelung der „Downstream-Fusion“ s *Furherr/Huber*, IntUmgr 42; *Strimitzer/Wurm* in *T/W*, EU-VerschG² SteuerR Rz 9), sofern daran **Gesellschaften aus zwei oder mehr Mitgliedstaaten** beteiligt sind (Art 1 lit a); damit wird nach hA nicht die Verschmelzung von Gesellschaften erfasst, die im selben Mitgliedstaat steueransässig sind (*Schindler* in *Kals/Hügel* III Rz 55; *Hügel* § 1 Rz 13). Eine **qualifizierte Gesellschaft eines Mitgliedstaates** muss mehrere Kriterien erfüllen (s a *Strimitzer/Wurm* in *T/W*, EU-VerschG² SteuerR Rz 12 ff): Sie muss (1) eine der in der Anlage zur FRL angeführten **Rechtsformen** aufweisen (Art 3 lit a; erfasst sind auch die SE und die SCE, s *Kofler/Schindler*, taxlex 2005, 498 f; *Hofstätter*, *ecolex* 2005, 824 f), (2) nach dem Steuerrecht eines Mitgliedstaates in Bezug auf den steuerlichen Wohnsitz als **in diesem Staat ansässig** und aufgrund eines mit einem dritten Staat geschlossenen DBA in Bezug auf den steuerlichen Wohnsitz nicht als außerhalb der Gemeinschaft ansässig betrachtet werden (Art 3 lit b; dazu und zur Erfassung doppelt ansässiger Gesellschaften s *Kofler*, MTR Art 2 Rz 23 ff; *Hügel* § 1 Rz 13), und (3) ohne Wahlmöglichkeit einer der in der Anlage zur FRL genannten **Körperschaftsteuern** oder irgendeiner Steuer, die eine dieser Steuern ersetzt, unterliegen, ohne davon befreit zu sein (Art 3 lit b; dazu ausf *Kofler*, MTR Art 2 Rz 30 ff).
- 6 Auch nach der FRL muss eine Fusion **nicht zur Übertragung eines Betriebes oder Teilbetriebes** (Art 2 lit j) führen (s *Terra/Wattel*, European Tax Law⁶ 659 ff; *Hügel* § 1 Rz 13; aA *Staringer* in *Gassner/Lechner*, Integration 142), doch ist im Unterschied zum österreichischen Gesellschaftsrecht (zB § 224 AktG) – abgesehen von „Upstream-Fusionen“ – stets die **Gewährung von Anteilen** an der übernehmenden Gesellschaft vorgesehen (s Art 2 lit a u *Furherr/Huber*, IntUmgr 88; *Strimitzer/Wurm* in *T/W*, EU-VerschG² SteuerR Rz 10). Die FRL und das UmgrStG unterscheiden sich auch hinsichtlich der materiellen **Anwendungsvoraussetzungen für die Steuerneutralität** auf Gesellschaftsebene (Rz 96) und der **Rechtsfolgentechnik** (Rz 97 f); die FRL hat auch Bedeutung im Hinblick auf die **Steuerneutralität**

von **Buchgewinnen** (§ 3 Rz 90), die **Steuerneutralität des Anteilstausches** (§ 5 Rz 10) und den **Verlustvortrag** (§ 4 Rz 29 ff).

3. Verschmelzungsrelevante Besteuerungsebenen

Liegt eine Verschmelzung iSd § 1 Abs 1 vor, so kommen auf diese zwingend §§ 2 bis 6 zur Anwendung (§ 1 Abs 3; UmgrStR Rz 2 u 25). Da eine Verschmelzung die Steuerrechtsverhältnisse auf drei Ebenen berührt (UmgrStR Rz 21; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 30), nämlich die der übertragenden Körperschaft, der übernehmenden Körperschaft und der Gesellschafter der beteiligten Körperschaften, regeln die in § 1 Abs 3 genannten Bestimmungen die Steuerrechtsfolgen der Verschmelzung für die **übertragende Körperschaft** (§ 2), die **übernehmende Körperschaft** (§ 3) und die **Anteilsinhaber** (§ 5); zudem bestehen Vorschriften für den **Übergang bzw die Fortführung des Verlustabzugs** (§ 4) und **sonstige Rechtsfolgen** (§ 6).

B. Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts

Art I definiert keinen eigenen Verschmelzungsbegriff, sondern knüpft entsprechend dem **Grundsatz der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts** an gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsformen an (ErlRV 266 BlgNR 18. GP, 16; VwGH 18.6.2002, 2001/16/0597, ÖStZB 2003/106; UmgrStR Rz 46; *Hügel*, *ecolex* 1991, 804; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 49; *Hügel* § 1 Rz 2; zur Rückwirkung s § 2 Rz 52 ff). Dies hat **zweifache Bedeutung**:

- Liegt in **gesellschaftsrechtlicher Beurteilung** eine der in § 1 Abs 1 Z 1 bis 4 genannten Verschmelzungsformen vor, ist der **Anwendungsbereich des Art I** eröffnet (ErlRV 266 BlgNR 18. GP, 16); ein steuerrechtliches Abweichen von der gesellschaftsrechtlichen Einordnung, etwa durch Annahme einer anderen Umgründungsform oder eines nicht unter das UmgrStG fallenden Veräußerungsvorganges, ist nicht möglich (UmgrStR Rz 46; *Hügel*, *ecolex* 1991, 804; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ § 1 Rz 73; *Hügel* § 1 Rz 3; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 6; s a Rz 26).

Bei **Zurückweisung** des Antrags auf Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses in das Firmenbuch oder **Zurückziehung** vor Protokollierung kommt eine Verschmelzung weder gesellschaftsrechtlich noch steuerrechtlich zustande und löst auch keine Steuerwirkungen aus (UmgrStR Rz 46; *Wiesner/Schwarzinger*, UmS 21/34/00, SWK 2000, S 804; s a *Damböck*, ÖStZ 1999, 505; *Mayr/Wellinger* in HB Sonderbilanzen II 13). Kommt es zu einer **nachträglichen Löschung der Eintragung** der Verschmelzung als nichtig (§ 10 Abs 2 FBG), ist dies auch steuerrechtlich beachtlich, sodass eine getrennte Besteuerung der verschmolzenen Körperschaften ab dem Verschmelzungstichtag – allenfalls durch Schätzung (§ 184 BAO) – vorzunehmen ist (UmgrStR Rz 47; *Hügel* § 1 Rz 4; s a *Wolf*, FJ 2004, 146); dies allerdings nur, wenn die spätere gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit im Rahmen der verfahrensrechtlichen Möglichkeiten berücksichtigt werden kann (*Schneider*, SWK 1992, A I 260). In Frage kommt hier uE zunächst ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gem § 303 Abs 1 lit c BAO. Denkbar wäre auch, die nachträgliche Löschung als rückwirkendes Ereignis iSd § 295a Abs 1 BAO zu qualifizieren.

- Die Frage, ob eine Verschmelzung iSd Art I vorliegt, ist aufgrund des Verweises auf gesellschaftsrechtliche Verschmelzungsvorschriften eine vom zuständigen **Firmenbuchgericht zu lösende Vorfrage** (*Mayr/Wellinger* in HB Sonderbilanzen II 13). Die Abgabenbehörden sind nach § 116 Abs 2 BAO an die **Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch** gebunden (ErlRV 266 BlgNR

18. GP, 16; UmgrStR Rz 46; *Hügel*, *ecolex* 1991, 804; *Mayr* in HB Sonderbilanzen II 7; *Hügel* § 1 Rz 4; *Mayr* in *D/R I*¹¹ Tz 1111; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 12; zum Bestandsschutz eingetragener Verschmelzungen s *Napokoj*, GeS 2007, 231 ff); diese haben die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen ohne weitere Nachprüfung als gegeben anzunehmen (*Schneider*, SWK 1992, A I 260; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 73). Diese Bindung besteht auch im Hinblick auf Entscheidungen des Firmenbuchgerichts betreffend **grenzüberschreitende Verschmelzungen** (UmgrStR Rz 23 u 41 ff; BMF 3.5.2000, *ecolex* 2000, 682 = RdW 2000/624, 642; BMF 5.8.2004, EAS 2513 = SWI 2004, 535; *Damböck*, *ecolex* 2000, 741; *Staringer* in HBW Q2 Rz 15; *Wiesner/Mayr*, RdW 2007/447, 435; *Hohenwarter*, RdW 2007/518, 502; *Hügel* § 1 Rz 4 und 90); Art I findet damit auch auf **Export-Verschmelzungen** Anwendung, wenn sie im Firmenbuch bzw dem ausländischen entsprechenden Register eingetragen und damit gesellschaftsrechtlich wirksam werden (UmgrStR Rz 45).

- 15** Die **Bindung an die Entscheidung des Firmenbuchgerichts** hat insb Bedeutung für die Erforderlichkeit der verschmelzungsrechtlichen **Anteilsgewährung** (BMF 22.6.1992, SWK 1992, A I 254; BMF 18.8.1993, *ecolex* 1993, 706 = RdW 1993, 386 = SWK 1993, A 500; BMF 14.8.1997, *ecolex* 1997, 884; *Hügel* § 1 Rz 4 u 41 ff; s a *Hügel*, *ecolex* 1991, 804; *Köglberger*, WT 6/1991, 10 f), das (allfällige) Erfordernis eines **positiven Verkehrswerts** (UmgrStR Rz 50; BMF 19.2.1993, RdW 1993, 166 = SWK 1993, A 316; *Hügel*, *ecolex* 1991, 804; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 74 f; *Hügel* § 1 Rz 4 u Rz 50; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 12; ausf zu Umgründungen im Rahmen von Sanierungsmaßnahmen *Kauba/Krickl* in FS Schlager 579 ff), das Verschmelzungshindernis einer **verbotenen Einlagenrückgewähr** (UmgrStR Rz 51; *Schwarzinger/Wiesner* I/1³ 59 f; *Hügel* § 1 Rz 4; s a Rz 24 ff) und das Verschmelzungshindernis des **kapitalentsperrenden Effekts** (*Kalss*² § 224 AktG Rz 40 ff mwN). Auch **nichtverhältnismäßige Verschmelzungen** fallen unter § 1 Abs 1 (s § 6 Rz 11 ff; zur gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit s zB *Rohregger*, GeS 2002, 74 ff u GeS 2003, 15 ff).
- 16** Nach den UmgrStR hat die Abgabenbehörde bei **Verschmelzungen auf Grund bundes- oder landesgesetzlicher Sondernormen** iSd § 1 Abs 1 Z 2, bei denen die Befassung eines Firmenbuchgerichtes nicht notwendig ist, das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen eigenständig zu beurteilen (UmgrStR Rz 53). Auch bei **Auslandsverschmelzungen** soll die Abgabenbehörde das Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen – die Vergleichbarkeit des Verschmelzungsrechts (Rz 64 ff) und die Vergleichbarkeit mit inländischen Körperschaften (Rz 67) – eigenständig zu beurteilen haben (UmgrStR Rz 53; krit *Hügel* § 1 Rz 4).
- 17** Ungeachtet der **Rückwirkung der Verschmelzung** (§ 220 Abs 2 Z 5 und Abs 3 AktG und §§ 2 Abs 3, 3 Abs 1 Z 3) muss die **übernehmende Gesellschaft** zum Verschmelzungstichtag weder gegründet noch – aufgrund der Eintragung ins Firmenbuch – entstanden sein (VwGH 17.3.1994, 91/14/0071, ÖStZB 1994, 702, zu § 1 Abs 4 StruktVG; UmgrStR Rz 46 u 83; *Schwarzinger/Wiesner*, SWK 1995, A 329; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 2 Rz 33; *Adensamer*, GeS 2009, 329; *Hügel* § 1 Rz 29 u § 2 Rz 43; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 12; *Walter*¹¹ Rz 69b; s a *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 220 Rz 15). Sie kann auch im Rückwirkungszeitraum bzw im Zuge einer Verschmelzung zur Neugründung gegründet werden. Körperschaftsteuerrechtlich entsteht die übernehmende Gesellschaft in diesen Fällen bereits mit Beginn des auf den Verschmelzungstichtag folgenden Tages (UmgrStR

Rz 46). Die **übertragende Gesellschaft** muss hingegen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zum Verschmelzungsstichtag bereits existiert haben, da der Stichtag der Schlussbilanz wohl nicht vor dem Gründungszeitpunkt gelegen sein kann (UmgrStR Rz 83; *Hügel* § 2 Rz 42; *Zöchling/Puchner* in *Frotz/Kaufmann*², SteuerR Rz 6 m FN 20; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 12; s aber a § 2 Rz 49).

Auch ein **Gesellschafterwechsel** bei der übernehmenden oder übertragenden Körperschaft zwischen dem rückwirkenden Stichtag und der Eintragung der Verschmelzung im Firmenbuch (zB vorbereitender Anteilswerb) ändert nichts an der Anwendbarkeit des Art I; der Gesellschafterwechsel unterliegt dem allgemeinen Steuerrecht (ErlRV 43 BlgNR 23. GP, 25 f; UmgrStR Rz 46, 73 u 85; BMF 8.2.1994, SWK 1994, A 241; BMF 22.9.1995, RdW 1995, 452 = SWK 1996, A 17 f; BMF 17.11.1999, ÖStZ 2000/133, 53 = RdW 1999, 819; *Wiesner* in *Bertl*, Kauf und Verkauf 133; *Schwarzinger/Wiesner*, SWK 1995, A 329; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 2 Rz 33; *Wiesner/Mayr*, RdW 2007/447, 437; *Hügel* § 1 Rz 29; *Zöchling/Tüchler* in *W/Z/H/K*⁵ § 5 Rz 11; s aber zur Frage des Mantelkaufs bei vorbereitenden Anteilswerben § 4 Rz 153 u zu den zeitlichen Wirkungen § 5 Rz 56).

18

Nicht vom Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Maßgeblichkeit ist die **Bewertung** erfasst, die in den §§ 2 und 3 eine eigenständige – von § 202 UGB unabhängige – Regelung erfährt (UmgrStR Rz 52; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 79; *Zöchling/Paterno* in *W/Z/H/K*⁵ § 1 Rz 12; s a § 3 Rz 15).

19

C. Kategorisierung

1. Rechtliche Kategorisierung

Das **Gesellschaftsrecht** unterscheidet zwei Formen der Verschmelzung (UmgrStR Rz 10; *Schneider*, SWK 1992, A I 258; *Hügel* § 1 Rz 33; s a §§ 219 ff AktG, § 96 ff GmbHG, § 1 GenVG, § 1 Abs 4 EU-VerschG, Art 17 Abs 2 SE-VO, Art 19 SCE-VO, § 25 Abs 1 SpG, § 60 VAG 2016):

21

- Bei der **Verschmelzung durch Aufnahme** überträgt die übertragende Körperschaft ihr Vermögen als Ganzes auf eine bestehende übernehmende Körperschaft (grundsätzlich) gegen Gewährung von Anteilsrechten an ihre Gesellschafter (zB §§ 219 Z 1, 220 ff AktG, § 96 Abs 1 Z 1 GmbHG).
- Bei der **Verschmelzung durch Neugründung** übertragen zwei oder mehrere übertragende Körperschaften ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine im Zuge der Verschmelzung *uno actu* entstehende Körperschaft gegen Gewährung von Anteilsrechten an der neuen Körperschaft (zB §§ 219 Z 2, 233 AktG, § 96 Abs 1 Z 2 GmbHG).

2. Wirtschaftliche Kategorisierung

a) Konzentrations- und Konzernverschmelzung

Im Hinblick auf die Verbundenheit der verschmelzenden Körperschaften vor der Umgründung werden die **Konzentrations- und Konzernverschmelzung** unterschieden (UmgrStR Rz 11 f; *Schneider*, SWK 1992, A I 258; *Hügel*, RdW 1993, 55 ff; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 9; *Hügel* § 1 Rz 41 ff; s a *Grünwald* in *W/H/M*, HdU¹¹ I Rz 2).

22

b) Konzentrationsverschmelzung

Den gesellschaftsrechtlichen Definitionen (zB §§ 219 AktG, § 96 GmbHG) liegt als gesetzestypischer Normalfall die Vereinigung zweier oder mehrerer zum Ver-

23

schmelzungszeitpunkt **weder unmittelbar noch mittelbar durch Beteiligungen** verbundener Körperschaften zu Grunde, wodurch eine **rechtliche, wirtschaftliche und organisatorische Unternehmenskonzentration** bewirkt wird („**Konzentrationsverschmelzung**“). Die Verschmelzung erfolgt gegen Anteilsgewährung, dh die Anteilsinhaber der übertragenden Körperschaft müssen als Ersatz für ihre untergehende Beteiligung neue Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten (*Hügel* § 1 Rz 42), es sei denn, sie verzichten auf die Gewährung von Anteilen durch die übernehmende Körperschaft (s § 224 Abs 2 Z 2 AktG; dazu § 5 Rz 25). Der Anteilsaustausch kann entweder durch Gewährung neuer, dh durch Kapitalerhöhung geschaffener Anteile, oder durch Gewährung alter Anteile (eigener Anteile) erfolgen (UmgrStR Rz 11); auch erfasst sind Anteile, die Dritte zur Verfügung stellen (*Hügel* § 1 Rz 42; ausf § 5 Rz 23).

c) Konzernverschmelzung

- 24 Bei der Konzernverschmelzung sind die Gesellschaften bereits vor der Verschmelzung mittelbar oder unmittelbar durch **Beteiligungen** – im Extremfall zu 100 % – verbunden („**Konzernverschmelzung**“); besteht eine Verbindung in einem Ausmaß von weniger als 100 %, spricht man von einer „**gemischten Konzentrations- und Konzernverschmelzung**“ (UmgrStR Rz 16; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 11; *Hügel* § 1 Rz 48). Im Gegensatz zur Konzentrationsverschmelzung wird beim Idealtypus der Konzernverschmelzung keine Erweiterung angestrebt, sondern eine **Veränderung (Bereinigung) bestehender Konzernstrukturen** (UmgrStR Rz 12; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 10). Je nach **Verschmelzungsrichtung** sind folgende Typen der Konzernverschmelzung zu unterscheiden:

aa) „Upstream-Verschmelzung“ (Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft)

- 25 Gem § 224 Abs 1 Z 1 AktG hat eine Anteilsgewährung zu unterbleiben, soweit die übernehmende Muttergesellschaft Anteile an der übertragenden Tochtergesellschaft besitzt (*Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 17; *Hügel* § 1 Rz 48); hält daher die Muttergesellschaft vor der Verschmelzung alle Anteile der Tochtergesellschaft, muss die Anteilsgewährung zur Gänze unterbleiben (*Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 16; *Hügel* § 1 Rz 45; zur Verschmelzung der Enkel- auf die Großmuttergesellschaft s *Schwarzingler/Wiesner* I/1³ 318 ff). Dem Wegfall der Beteiligung an der übertragenden Tochtergesellschaft steht die Übernahme ihres Vermögens gegenüber.

Gesellschaftsrechtliche **Grenzen der Zulässigkeit einer Upstream-Verschmelzung** bestehen insb in Fällen, in denen das Aktivvermögen der übernehmenden Gesellschaft nach Durchführung der Verschmelzung nicht ausreicht, um sämtliche Verbindlichkeiten abzudecken (s zB *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 6 ff; *Kalss*² § 224 AktG Rz 40 ff u 57 ff; *Grünwald* in *W/H/M*, HdU¹¹ I Rz 114; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 224 Rz 29 ff).

- 26 Einer „Upstream-Verschmelzung“ wesensverwandt ist die **verschmelzende Umwandlung** einer Kapitalgesellschaft auf eine andere Körperschaft als Hauptgesellschafter gem § 2 Abs 1 UmwG, die infolge der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechtes jedoch nicht unter Art I, sondern zur Gänze unter **Art II** fällt (UmgrStR Rz 13 idF vor WE 2011; *Bruckner* in *W/H/M* HdU¹ I § 1 Rz 7; *Zöchling/Paterno* in

W/Z/H/K⁵ § 1 Rz 6; *Hügel* § 1 Rz 2 und 45; anders zum StruktVG VwGH 22.10.1997, 93/13/0295, ÖStZB 1998, 494 = *ecolex* 1998, 259 m Anm *Bachl*, und dazu krit *Wiesner*, RdW 1997, 748 ff; s a *Kohler*, SWK 1998, S 51 f). Allerdings ist seit dem **GesRÄG 2007** (BGBl I 2007/72) nach § 2 Abs 1 UmwG eine verschmelzende Umwandlung auf eine AG, eine GmbH oder sonst eine Kapitalgesellschaft iSd § 1 Abs 2 EU-VerschG unzulässig, sodass in diesen Fällen eine **Vereinigung von Kapitalgesellschaften** nur nach den §§ 219 ff, 234, 234a AktG, §§ 96 ff GmbHG sowie nach den Bestimmungen des EU-VerschG erfolgen kann (*Hügel* § 1 Rz 45) und diesfalls unter **Art I** fällt. Eine verschmelzende Umwandlung nach Art II ist aber unverändert zulässig, wenn es sich bei der übernehmenden Körperschaft entweder um eine Nicht-Kapitalgesellschaft oder um eine Drittstaats-Kapitalgesellschaft handelt (s *Stefaner* § 7 Rz 26 ff u zB *Kalss*, GesRZ 2007, 232).

bb) „Downstream-Verschmelzung“ (Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft)

Bei einer **Downstream-Verschmelzung** gehen mit dem Vermögen auch die Anteile an der Tochtergesellschaft verschmelzungsbedingt auf die Tochtergesellschaft über und werden bei dieser zu eigenen Anteilen. Dies ist nach § 224 Abs 3 AktG trotz der Einschränkung der § 65 AktG und § 81 GmbHG insb dann zulässig, wenn die Anteile zur Abfindung der Gesellschafter für den Verlust der Anteile an der übertragenden Obergesellschaft verwendet werden („**Durchgangserwerb durch die Untergesellschaft**“; OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, GesRZ 2000, 25 = RWZ 2000/16, 47 m Anm *Wenger*; UmgrStR Rz 14 u Rz 258; VwGH 31.1.1995, 94/14/0171, ÖStZB 1995, 539; BMF 31.10.1996, ÖStZ 1997, 31; *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 18; *Hügel* § 1 Rz 46 u § 5 Rz 15; *Kalss*² § 224 AktG Rz 31 ff; *Grünwald* in *W/H/M*, HdU¹¹ I Rz 123; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 224 Rz 15; s a § 5 Rz 28); insoweit hat bei der Tochtergesellschaft eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung zu unterbleiben (§ 224 Abs 3 AktG). Bei einer „Auskehrung“ der Anteile der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter nach § 224 Abs 3 und § 225a Abs 3 Z 3 AktG erfolgt der **Erwerb durch die Gesellschafter** der übertragenden Gesellschaft *ipso iure* und bedarf keines zusätzlichen Rechtsaktes (OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, GesRZ 2000, 25 = RWZ 2000/16, 47 m Anm *Wenger*; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 224 Rz 15). Soweit der übernehmenden Tochtergesellschaft **sonstiges Vermögen der Muttergesellschaft** verbleibt, ist (zusätzlich) die Gewährung neuer – durch Kapitalerhöhung geschaffener – Anteile zulässig (*Schwarzinger/Wiesner* I/1³ 353; *Hügel* § 1 Rz 46 u § 5 Rz 15; s a UmgrStR Rz 14; *Kalss*² § 224 AktG Rz 33).

Gesellschaftsrechtlich ist eine Downstream-Verschmelzung grundsätzlich nur dann zulässig, wenn trotz Nichtberücksichtigung des Wertes der Beteiligung an der Tochtergesellschaft bei der übertragenden Muttergesellschaft noch immer ein **positiver Verkehrswert** des zu übertragenden Vermögens gegeben ist (OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b, GesRZ 2000, 25 = RWZ 2000/16, 47 m Anm *Wenger*; für Details s *Bruckner* in *W/H/M*, HdU¹ I § 1 Rz 19; *Wolf*, FJ 2004, 145 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 17 f u § 96 Rz 6; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 14; *Kalss*² § 224 AktG Rz 57 ff; *Grünwald* in *W/H/M*, HdU¹¹ I Rz 126 ff; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 52 Rz 21; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 224 Rz 27 f; ausf zu Umgründungen iRv Sanierungsmaßnahmen *Kauba/Krickl* in FS Schlager 579 ff). Zudem darf das Grund- bzw Stammkapital der über-