

## Urteil vom 02. Juli 2014, I R 57/12

### 2. Rechtsgang in der Rechtssache "Glaxo Wellcome": § 50c EStG a.F. und sog. Doppelumwandlungsmodell

BFH I. Senat

EStG § 50c Abs 1, EStG § 50c Abs 4, EStG § 50c Abs 7, EGVtr Art 73b, EG Art 56, AEUV Art 63, UmwStG § 4 Abs 5

vorgehend FG München, 24. Mai 2012, Az: 8 K 1509/10

### Leitsätze

NV: Zu der im Wege einer sog. geltungserhaltenden Reduktion des Wortlauts des § 50c Abs. 4 Satz 1 EStG 1990 eingeräumten Möglichkeit des Steuerpflichtigen (Senatsurteil vom 3. Februar 2010 I R 21/06, BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692), den Nachweis zu erbringen, dass die Anschaffungskosten der Anteile eine Abgeltung eines Körperschaftsteuerguthabens an den nicht anrechnungsberechtigten Veräußerer der Anteile nicht einschließen.

### Tatbestand

- 1 I. Streitig ist der Ansatz eines sog. Sperrbetrages nach § 50c des Einkommensteuergesetzes 1990 i.d.F. des Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz) vom 13. September 1993 (BGBl I 1993, 1569, BStBl I 1993, 774) --EStG 1990-- im Streitjahr 1995 mit Folgewirkungen auf die weiteren Streitjahre 1996 bis 1998. Das Verfahren befindet sich im zweiten Rechtsgang. Es handelt sich um jenes Klageverfahren, das dem Vorabentscheidungsersuchen des Senats an den Europäischen Gerichtshof --nunmehr Gerichtshof der Europäischen Union-- (EuGH) vom 23. Januar 2008 I R 21/06 (BFHE 220, 280), dem anschließenden Urteil des EuGH vom 17. September 2009 C-182/08 "Glaxo Wellcome" (Slg. 2009, I-8591) sowie dem das Verfahren an die Vorinstanz zur weiteren Sachaufklärung zurückverweisenden Senatsurteil vom 3. Februar 2010 I R 21/06 (BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692) zugrunde liegt.
- 2 Dem letzteren Urteil ist der Sach- und Streitstand zu entnehmen. Darauf wird, um Wiederholungen zu vermeiden, Bezug genommen.
- 3 Der Senat hat die Sache durch jenes Urteil an die Vorinstanz zurückverwiesen, weil die von dieser getroffenen Feststellungen nicht ausreichten, um eine abschließende Entscheidung über die Höhe der --in ihrem Anwendungsbereich aus unionsrechtlicher Sicht auf einen verhältnismäßigen Kern beschränkten und bei der Ermittlung des Übernahmeverlusts anzusetzenden-- Sperrbeträge und die Höhe der Gewerbesteuer-Rückstellungen zu treffen. Auch auf die Gründe, die dem zugrunde liegen und die den Senat insoweit zur Zurückverweisung bewogen haben, wird auf das zitierte Urteil verwiesen.
- 4 Im zweiten Rechtsgang hat das Finanzgericht (FG) die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) aufgefordert, nachzuweisen, dass weder die Anschaffungskosten für die Anteile an der ... (W-GmbH) noch die der ... (GV-GmbH) für die Anteile an der Klägerin eine Abgeltung des Körperschaftsteuerguthabens an die ausländischen Anteilsverkäufer eingeschlossen haben oder dass dies nur in einem bestimmten, genau zu beziffernden Umfang der Fall war. Außerdem wurde ihr aufgegeben, die Zusammensetzung des Betriebsvermögens der W-GmbH zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile sowie der ... (G-GmbH) und der ... (G/GW-GmbH) zum 29. Juni 1995 detailliert darzustellen. Dazu hat die Klägerin ausgeführt, zu dem relevanten Zeitpunkt sei bei der G-GmbH vom zuständigen Finanzamt nur sog. EK 0 festgestellt worden. Es sei also kein Körperschaftsteuerguthaben vorhanden gewesen, das im Fall einer Ausschüttung an die Anteilsinhaber hätte weitergeleitet werden können. Die Zielgruppe, die nach Erwerb durch den Konzern mit diesem habe zusammengeführt werden sollen, sei global und nach einheitlichen objektiven Maßstäben bewertet worden. Steuerguthaben (gleich in welchem Staat) hätten hierbei keine Rolle gespielt. Die Steuern seien nicht einmal bei den Kosten erwähnt worden. Die allein entscheidende Rolle für die Kaufpreisfindung hätten die Zukunftsaussichten eines weltweit agierenden Konzerns gespielt. Die steuerlichen Erwägungen hätten sich auf die Gestaltung der neuen deutschen Konzerngruppe bezogen. Der Anfall von Ertragsteuern sei von ihren Beratern

seinerzeit verneint, der Anfall von Grunderwerbsteuern hingegen für zumindest wahrscheinlich gehalten worden; der durchgeführte sog. Step-up sei vorgenommen worden, um die erworbenen Geschäftswerte abschreiben zu können. Darüber hinaus hat die Klägerin auf einen Feststellungsbescheid für die W-GmbH zum 29. Juni 1995 gemäß § 47 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes verwiesen.

- 5 Das FG hat daraufhin der Klage stattgegeben und die Gewinne der Klägerin unter Abänderung des Feststellungsbescheids vom 6. November 2002 für die Streitjahre auf ./... DM (1995), + ... DM (1996), ... DM (1997) und ... DM (1998) festgestellt (Urteil des FG München vom 25. Mai 2012 8 K 1509/10, abgedruckt in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 1849).
- 6 Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) rügt mit seiner vom FG abermals zugelassenen Revision die Verletzung materiellen und formellen Rechts und beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 7 Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 8 Das dem Revisionsverfahren beigetretene Bundesministerium der Finanzen (§ 122 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--) hat keinen Antrag gestellt.

## Entscheidungsgründe

- 9 II. Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Klageabweisung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat bei der Ermittlung des Übernahmeergebnisses zu Unrecht von dem Ansatz von Sperrbeträgen abgesehen; die vom FA in den Änderungsbescheiden festgestellten Einkünfte sind rechtsfehlerfrei ermittelt worden.
- 10 1. Der von der Klägerin im Zuge der Umwandlung erzielte Übernahmeverlust ist um einen Sperrbetrag i.S. des § 50c EStG 1990 (in verschiedenen Teilbeträgen) zu mindern und beträgt 5.531.063 DM.
- 11 a) Die Voraussetzungen für die Bildung eines Sperrbetrages gemäß § 50c Abs. 1 EStG 1990 waren im Augenblick des Erwerbs der 5 %igen Beteiligung an der GW-GmbH durch die GV-GmbH und der insgesamt 100 %igen Beteiligung an der W-GmbH durch die GW-GmbH erfüllt. Insbesondere liegt ein Erwerb von einem nichtanrechnungsberechtigten Anteilseigner vor. Auch dies folgt aus den Gründen des Senatsurteils in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692.
- 12 b) Der den Anteilen an der W-GmbH anhaftende Sperrbetrag ist im Zuge der Verschmelzung der W-GmbH auf die G/GW-GmbH nicht untergegangen. Eine Berücksichtigung des Sperrbetrages bei der Ermittlung des Übernahmeergebnisses der Klägerin folgt aus § 50c Abs. 7 EStG 1990. Dies folgt abermals aus den Gründen des Senatsurteils in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692.
- 13 c) Bei der Berechnung des Übernahmeverlusts war der Übernahmegewinn/-verlust im Streitfall so zu ermitteln, als seien Anteile an der übertragenden Körperschaft --hier: der GW-GmbH--, die zum inländischen Betriebsvermögen eines Gesellschafters der übernehmenden Personengesellschaft --hier: der GV-GmbH-- gehören, zum Buchwert in das Betriebsvermögen der Personengesellschaft überführt worden. Dass die Berechnung des diese Anteile betreffenden Sperrbetrages (22.887.706 DM) den Maßgaben des § 50c Abs. 4 EStG 1990 entspricht, war unter den Beteiligten nicht im Streit.
- 14 2. Der Ansatz dieser Sperrbeträge steht mit unionsrechtlichen Anforderungen in Einklang.
- 15 a) Wie der EuGH in seinem Urteil in Slg. 2009, I-8591 entschieden hat, ist Art. 73b des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (bzw. später Art. 56 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften und einiger damit zusammenhängender Rechtsakte --EG--, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 1997, Nr. C-340, 1, jetzt Art. 63 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --AEUV--, Amtsblatt der Europäischen Union 2008, Nr. C-115, 47) dahin auszulegen, dass er § 50c EStG 1990 nicht entgegensteht, soweit sich diese Regelung auf das beschränkt, was erforderlich ist, um die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren und um rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern, die allein zu dem

Zweck geschaffen wurden, ungerechtfertigt in den Genuss eines Steuervorteils zu kommen. Die Prüfung sei dem nationalen Gericht vorbehalten. Dieser Prüfungsauftrag lässt Raum für die der ständigen Spruchpraxis des erkennenden Senats entsprechende "geltungserhaltende Reduktion" einer nationalen Norm, um dem Anwendungsvorrang unionsrechtlichen Primärrechts (und damit hier der Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 56 EG, jetzt Art. 63 AEUV) vor nationalem Recht durch das "Hineinlesen" der vom EuGH verbindlich formulierten unionsrechtlichen Erfordernisse in die betroffene nationale Norm Rechnung zu tragen (vgl. z.B. Senatsurteile vom 10. Januar 2007 I R 87/03, BFHE 216, 312, BStBl II 2008, 22; vom 9. August 2006 I R 31/01, BFHE 214, 496, BStBl II 2007, 838; s.a. Gosch, Deutsches Steuerrecht 2007, 1553, 1555; derselbe, Die Unternehmensbesteuerung 2009, 73, 77 f., jeweils m.w.N.).

- 16** b) Auf dieser Basis gilt nach den Vorgaben, die der EuGH in seinem Urteil in Slg. 2009, I-8591 gegeben hat, im Einzelnen Folgendes:
- 17** aa) Die Prüfung, ob die Beschränkungswirkung des § 50c EStG 1990 verhältnismäßig ausgestaltet ist, bezieht sich zunächst auf die Bemessung des Sperrbetrages. Indem der Sperrbetrag anhand der Anschaffungskosten der betreffenden Anteile errechnet und hierbei allein darauf abgestellt wird, dass der Kaufpreis den Nennbetrag der Anteile übersteigt, beruht er auf der (gesetzlichen) Vermutung, "dass jede Erhöhung des Verkaufspreises unweigerlich die Berücksichtigung der Steuergutschrift umfasst", obgleich "die nicht ausgeschütteten Gewinne und die Möglichkeit, in den Genuss einer mit den Anteilen zusammenhängenden Steuergutschrift zu kommen, nur ein Bestandteil des Verkaufspreises der Anteile" sein kann (EuGH-Urteil in Slg. 2009, I-8591, dort Rz 94 bis 96).
- 18** aaa) Die gesetzliche Regelung zur Ermittlung des Sperrbetrages in § 50c Abs. 4 Satz 1 EStG 1990 belässt mit dem Hinweis auf den Unterschiedsbetrag zwischen den Anschaffungskosten und dem Nennbetrag der Anteile nach seinem Wortlaut keine Möglichkeit, einen solchen Unterschiedsbetrag daraufhin zu untersuchen, wodurch er veranlasst ist, und ihn gegebenenfalls aufzuspalten. Eine solche Differenzierung ist aber nach den unionsrechtlichen Vorgaben erforderlich, um die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung zu wahren. Dem Erwerber der Anteile muss ermöglicht werden, nachzuweisen, dass der konkret gezahlte Kaufpreis eine besondere Vergütung des bereits bestehenden Körperschaftsteuerguthabens (bezogen auf bereits versteuerte Rücklagen, die bei einer Ausschüttung eine Körperschaftsteuererminderung bei der Körperschaft und eine Körperschaftsteueranrechnung beim Ausschüttungsempfänger zur Folge haben) nicht enthält.
- 19** bbb) Dass der Sperrbetrag neben den im Kaufpreis mitbezahlten offenen Rücklagen auch die stillen Reserven der Kapitalgesellschaft erfasst, die im Augenblick der Anteilsübertragung vorhanden sind, birgt zwar die Gefahr, dass § 50c EStG 1990 insoweit über seinen Zweck --die Verhinderung der Körperschaftsteuer-Anrechnung "über die Grenze"-- hinausreicht. Denn über die Einbeziehung derjenigen stillen Reserven, die bisher im Inland nicht zu besteuern waren und daher auch keinen Körperschaftsteuer-Anrechnungsanspruch ausgelöst haben, werden "über" den Sperrbetrag letztlich diese stillen Reserven (bzw. deren Ausschüttung, im Streitfall in Gestalt der Verringerung des Übernahmeverlusts) besteuert. Der Senat hat allerdings in seinem Urteil in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692 darauf hingewiesen, dass mit der Erfassung der stillen Reserven im Sperrbetrag nicht auf die Wertsteigerung der Anteile zugegriffen wird, die der Besteuerungsbefugnis des Sitzstaates des Anteilsveräußerers unterliegen. Vielmehr geht es um die (Einmal-)Besteuerung der im Inland erwirtschafteten stillen Reserven der juristischen Person, die ansonsten unter Berücksichtigung der Wirkungen der einkommensmindernden ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung beim Anteilserwerber --der zugleich Empfänger der Ausschüttung ist, welche wiederum als aus der Realisierung dieser stillen Reserven finanziert angesehen werden kann-- gefährdet wäre. Damit wird dem Gesichtspunkt der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten, die der EuGH als Rechtfertigungsgrund einer Beschränkung anerkannt hat, entsprochen, soweit die im Sperrbetrag erfassten stillen Reserven als der deutschen Besteuerung unterliegend angesehen werden können.
- 20** bb) Nach den weiteren Vorgaben des EuGH-Urteils in Slg. 2009, I-8591 (dort Rz 97 f.) kann in eine Prüfung, ob sich § 50c EStG 1990 auf das beschränkt, was erforderlich ist, um die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren, gegebenenfalls auch die Wirkung weiterer Steuerarten einzubeziehen sein. Dazu hat der Senat in seinem Urteil in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692 darauf verwiesen, dass jedenfalls in der Situation des § 4 Abs. 5 des Umwandlungssteuergesetzes 1995 eine Ausschüttung zu Buchwerten erfolgt, so dass der Gesichtspunkt der Sicherstellung der (inländischen) Einmalbesteuerung nicht berührt ist. Im Übrigen wird die Gewerbesteuer nicht durch den Tatbestand ausgelöst, der die Rechtsfolge des § 50c EStG 1990 nach sich zieht; sie knüpft vielmehr nur an die Erhöhung der inländischen Bemessungsgrundlage an (§ 6 Satz 1 i.V.m. § 7 des Gewerbesteuergesetzes 1991), so dass ihr --abweichend von der Rechtsansicht der Klägerin-- insoweit kein eigenständiger Regelungszweck im hier streitigen Zusammenhang zukommt.

- 21** cc) Wie der EuGH in seinem Urteil in Slg. 2009, I-8591 sodann (dort in Rz 99 f.) ausgeführt hat, kann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Regelungsziel --die Verhinderung rein künstlicher, jeder wirtschaftlichen Realität barer Gestaltungen-- nur dadurch entsprochen werden, dass es einem nationalen Gericht möglich ist, eine Einzelfallprüfung auf der Grundlage objektiver Elemente durchzuführen. Bezieht man diese Möglichkeit zur unionsrechtskonformen Ausgestaltung des § 50c EStG 1990 ein, muss das Unionsrecht der Anwendung der Sperrbeträge im Streitfall nicht entgegenstehen. Dabei kommt es in Betracht, bei der Prüfung beide rechtfertigenden Gesichtspunkte --die Notwendigkeit der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten ebenso wie die Notwendigkeit der Verhinderung einer Steuerumgehung-- im Rahmen einer "Gesamtbetrachtung" zu würdigen.
- 22** c) Nach den Feststellungen des FG ist der Klägerin der ihr hiernach obliegende (s. insoweit Senatsurteil in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692, dort Rz 40) Nachweis nicht gelungen.
- 23** aa) Soweit es um den Ansatz der Sperrbeträge "dem Grunde nach" geht, fehlt eine solche Nachweismöglichkeit ohnehin. Denn insoweit hat der Senat aus der äußerst engen zeitlichen Abfolge der einzelnen Umstrukturierungsmaßnahmen (Anteilserwerb mit zeitnaher Aufwärtsverschmelzung und daran anknüpfender ausschüttungsgleicher Umwandlung) indiziell auf das planerische Ziel der Vermeidung der Einmalbesteuerung geschlossen. Damit ist typisierend ebenso wie einzelfallbezogen von einer "Künstlichkeit" der Gestaltung auszugehen, ohne dass es noch einer weiteren Möglichkeit des "Gegenbeweises" bedürfte, der der Klägerin einzuräumen wäre (s.a. Roser, GmbH-Rundschau --GmbHR-- 2010, 721; Gosch, BFH/PR 2010, 252, 253). Die Qualifizierung als "künstlich" betrifft dabei nicht die Unternehmensumstrukturierung "als solche", sondern nur die dadurch ausgelösten Steuerfolgen: Es wird ein "Steuervorteil" durch "künstliche Konstruktion" erlangt, der nach der Grundkonzeption den Anteilsverkäufern nicht zustehen würde, nämlich die Anrechnung der Körperschaftsteuer durch Verkauf des Anrechnungsguthabens, die Verhinderung einer Einmalbesteuerung im Inland als Gestaltungsanreiz. Dass der Konzern "das mit dem Doppelumwandlungsmodell erreichte Ergebnis bei nahezu gleicher steuerlicher Belastung auch auf anderem Wege" hätte realisieren können, wie das FG festgehalten hat, ist in Anbetracht dessen nicht mehr entscheidungserheblich.
- 24** bb) Soweit es um den Ansatz des Sperrbetrages "der Höhe nach" geht, kann der Steuerpflichtige --und konnte auch die Klägerin-- zwar den Gegenbeweis führen, dass missbräuchliche Wirkungen der "künstlichen" Struktur nicht eingetreten sind, weil bei der Kaufpreisbemessung nicht die Steuereffekte der Vermeidung der Einmalbesteuerung oder der Realisierung des Anrechnungsguthabens im Vordergrund gestanden haben, vielmehr sonstige Vorteile des Erwerbers (Synergien, Konkurrenzsituation, Expansion usf.) oder die Abgeltung im Ausland angesammelter stiller Reserven, die nicht als bis zum Verkauf erwirtschaftetes inländisches Besteuerungssubstrat anzusehen sind (zu dieser Differenzierung z.B. Roser, GmbHR 2010, 721; Gosch, BFH/PR 2010, 252, 253; Heger, Der Betrieb 2010, 989, 990; Frischmuth, Unternehmenssteuern und Bilanzen 2010, 743, 746). Etwaige missbräuchliche Wirkungen der "künstlichen Struktur" hätten sich dann im Kaufpreis nicht niedergeschlagen. An einem solchen Nachweis fehlt es jedoch. Die Feststellungen des FG gehen dahin, dass "mit dem Kaufpreis --neben den Aktiva-- ganz überwiegend die stillen Reserven in den Betriebsvermögen der Zielgesellschaften vergütet wurden, Körperschaftsteuerguthaben hingegen --wenn überhaupt-- nur in ganz geringem Umfang". Damit haben die Anschaffungskosten jedenfalls teilweise ein Anrechnungsguthaben abgegolten und es ist nicht (z.B. durch eine Unternehmensbewertung) nachgewiesen, dass die Differenz zwischen Anschaffungskosten (abzgl. Anrechnungsguthaben) und Nennwert ausschließlich im gerade beschriebenen Sinne "zukunftsbezogen" veranlasst ist.
- 25** 3. Feststellungen des FG zur Höhe der Gewerbesteuer-Rückstellung waren auf der Grundlage der im zweiten Rechtsgang vom FG getroffenen Entscheidung entbehrlich. Das FG hat der Klage auf der Grundlage der bezifferten Anträge vollen Umfangs entsprochen; sie entsprechen damit der begehrten Einkünfte minderung (Fortfall der Sperrbeträge; Ansatz der Folge-Abschreibungen für Abnutzung nach Vornahme eines sog. Step-up) ohne zeitgleiche Korrektur der Gewerbesteuer-Rückstellungen, was bezogen auf jene Rückstellungen den Vorgaben des Senatsurteils in BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692 entspricht.
- 26** 4. Zu einer abermaligen Vorlage an den EuGH (Art. 267 AEUV) besteht kein Anlass.
- 27** 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.