

An das
Bundesministerium der Finanzen
Herrn MD Dr. Nils Weith
Leiter der Steuerabteilung
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

ausschließlich per E-Mail

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
USt-ID Nummer: DE119353203

Düsseldorf, 27.07.2023
703

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Wachstumschancen,
Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfair-
ness (Wachstumschancengesetz),
GZ: IV B 5 - S 1919/22/10015 :004, DOK: 2023/0661932
hier: Anmerkungen zur geplanten Änderung des § 15 Abs. 2 UmwStG**

Sehr geehrter Herr Dr. Weith,

wie bereits mit der begleitenden E-Mail zur Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz) angekündigt, finden Sie in der Anlage weitere Anmerkungen zur geplanten Änderung des § 15 Abs. 2 UmwStG.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Moser

Brokamp, LL.M. Int'l. Tax (N.Y.U.),
RA (Syndikus-RA)
Technical Director Tax

GESCHÄFTSFÜHRENDE R VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Melanie Sack, WP StB,
stv. Sprecherin des Vorstands;
Dr. Torsten Moser, WP

Amtsgericht Düsseldorf
Vereinsregister VR 3850

Seite 1/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

Anmerkungen zum Entwurf von § 15 Abs. 2 UmwStG-E, insbesondere zur Definition der „außenstehenden Person“ (§ 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE) und den Beschränkungen von konzerninternen Umstrukturierungen / Einführung einer Börsenklausel

I. Einführung

Das Bundesministerium der Finanzen hat am 17.07.2023 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz) mit Bearbeitungsstand vom 14.07.2023, 19:04 Uhr („**WachstumschancenG-RefE**“) auf seiner Homepage¹ veröffentlicht.

In Artikel 8 des WachstumschancenG-RefE finden sich Änderungen des Umwandlungssteuergesetzes, namentlich von § 15 Abs. 2 Sätze 2 ff. UmwStG (vgl. Art. 8 Nr. 1 WachstumschancenG-RefE, sog. „Nachspaltungsveräußerungssperre“) sowie die Einführung einer diesbezüglichen Anwendungsregelung in § 27 Abs. 19 UmwStG (vgl. Art. 8 Nr. 2 WachstumschancenG-RefE).² Anlass der im WachstumschancenG-RefE vorgesehenen Änderung von § 15 Abs. 2 UmwStG ist ausweislich der Begründung zum WachstumschancenG-RefE das Urteil des BFH vom 11.8.2021 (I R 39/18, BFHE 274, 115 = BFH/NV 2022, 297 = FR 2022, 215 m. Anm. Schumacher).³ Dort hat der BFH entschieden, dass § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG in der derzeit geltenden Fassung nur die Grundlage für die Vermutung des Satzes 4 bildet und kein eigenständiger Ausschlussgrund für eine Buchwertfortführung ist. Es handele sich um eine einheitliche Missbrauchsvermeidungsregelung bestehend aus den Sätzen 3 und 4 des § 15 Abs. 2 UmwStG.⁴ Dadurch eröffnen sich nach dem WachstumschancenG-RefE ungerechtfertigte Gestaltungsmöglichkeiten zur steuerfreien Veräußerung von Teilbetrieben, die in Widerspruch zu den gesetzgeberischen Zielen des Umwandlungssteuergesetzes stünden.⁵ Im Kern handelt es sich daher aus Sicht der Finanzverwaltung mit Blick auf

¹ Vgl. https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/20_Legislaturperiode/2023-07-17-Wachstumschancengesetz/0-Gesetz.html (Abruf 20.7.2023).

² Vgl. WachstumschancenG-RefE, S. 28.

³ Vgl. WachstumschancenG-RefE, S. 161.

⁴ Vgl. BFH v. 11.8.2021, I R 39/18, BFHE 274, 115 = BFH/NV 2022, 297 = FR 2022, 215 m. Anm. Schumacher, Ls.

⁵ Vgl. WachstumschancenG-RefE, S. 161. Es ist allerdings zu bezweifeln, dass diese Begründung im RefE zutreffend ist, hatte der Gesetzgeber in § 15 Abs. 3 Satz 4 UmwStG 1995 (heute inhaltsgleich in § 15 Abs. 2 Satz 6 UmwStG 2006) bewusst eine 20 %-De minimis-Grenze kodifiziert (ursprünglich vorgesehen waren zunächst 10 %), damit nicht jede Anteilsübertragung sperrfristschädlich ist. Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) v. 15.6.1994, BT-Drs. 12/7945, 64: *Für Gesellschaften mit breit gestreutem Anteilsbesitz kann eine Schwelle von nur 10 % allerdings zu einer faktischen Spaltungssperre führen, die mit der Zielsetzung des Umwandlungs- wie des Umwandlungssteuergesetzes im Widerspruch stünde; die Gesellschaft hat in diesen Fällen kaum Möglichkeiten zur Überprüfung der Veräußerung von Anteilen, so*

Seite 2/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

die vorgenannte BFH-Rechtsprechung um ein sog. (rechtsprechungsbrechendes) „Nichtanwendungsgesetz“.

Allerdings gehen die Regelungen in § 15 Abs. 2 UmwStG i.d.F. des WachstumschancenG-RefE („**§ 15 Abs. 2 UmwStG-RefE**“) in struktureller Hinsicht – vermutlich unbeabsichtigt – deutlich über eine bloße „Nichtanwendung“ des BFH-Urteils I R 39/18 hinaus. Grund hierfür ist, dass § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE **erstmalig den Begriff der „außenstehenden Person“ gesetzlich definiert** und die Anwendung von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011⁶ damit im Ergebnis zukünftig voraussichtlich „gesperrt“ sein würde mit der **Folge einer erheblichen Beschränkung bzw. Verhinderung von konzerninternen Umstrukturierungen**. Es ist auf der Grundlage der Begründung zu § 15 Abs. 2 UmwStG-RefE nicht ersichtlich, dass die mit der Legaldefinition der „außenstehenden Person“ verbundenen Auswirkungen bei der Formulierung des Normvorschlags (überhaupt) erkannt oder gar ausreichend berücksichtigt wurden (s. dazu näher w.u. Tz. II.). Insofern besteht gesetzlicher Klarstellungsbedarf, der im späteren Gesetzesentwurf (Regierungsentwurf) berücksichtigt werden sollte.

Ausweislich der Anwendungsregelung in § 27 Abs. 19 UmwStG-RefE soll § 15 Abs. 2 UmwStG-RefE erstmalig auf Spaltungen anzuwenden sein, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in das für die Wirksamkeit des jeweiligen Vorgangs maßgebende öffentliche Register nach dem Tag der Veröffentlichung des Referentenentwurfs erfolgt. Zur Kritik an dieser geplanten und u.E. verfassungsrechtlich problematischen Anwendungsregelung s.w.u. Tz. III. (4)

Zum besseren Verständnis stellen wir eine Synopse zwischen § 15 Abs. 2 UmwStG und § 15 Abs. 2 UmwStG-RefE voran, wobei **Gegenstand der vorliegenden Anmerkungen schwerpunktmäßig § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE** (erstmalige Definition der „außenstehenden Person“) sowie die Einführung einer sog. „Börsenklausel“ ist. Die in der Synopse als solche kenntlich gemachten Änderungsvorschläge werden unter Tz. III. und IV. näher begründet:

§ 15 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 UmwStG 2006	§ 15 Abs. 2 Sätze 2 bis 6 UmwStG-RefE mit Änderungsvorschlägen des IDW (Sätze wurden neu durchnummeriert)
² § 11 Abs. 2 ist ebenfalls nicht anzuwenden, wenn durch die Spaltung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen wird.	² § 11 Abs. 2 ist ebenfalls nicht anzuwenden, wenn durch die Spaltung

daß die Steuerneutralität von Spaltungen von Vorgängen abhinge, die die Gesellschaft kaum beeinflussen kann. Es erscheint deshalb ausreichend, einen Mißbrauch nur anzunehmen, wenn mehr als 20 v. H. der Anteile veräußert werden.“

⁶ Vgl. BMF-Schreiben v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314.

Seite 3/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

<p>³Das Gleiche gilt, wenn durch die Spaltung die Voraussetzungen für eine Veräußerung geschaffen werden.</p>	<p>tung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen oder vorbereitet wird. [RefE] ³Als außenstehende Personen gelten Personen, die nicht ununterbrochen fünf Jahre vor der Spaltung an der übertragenden Körperschaft beteiligt waren.</p>
	<p>[Vorschlag IDW]: ⁴Keine außenstehenden Personen in diesem Sinne sind verbundene Unternehmen im Sinne des § 271 Abs. 2 HGB und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich ihrer Betriebe gewerblicher Art, wenn im Anschluss an eine Veräußerung nach Satz 2 keine unmittelbare oder mittelbare Veräußerung durch ein verbundenes Unternehmen an eine außenstehende Person stattfindet.</p>
<p>⁴Davon ist auszugehen, wenn innerhalb von fünf Jahren nach dem steuerlichen Übertragungsstichtag Anteile an einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft, die mehr als 20 Prozent der vor Wirksamwerden der Spaltung an der Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen, veräußert werden.</p>	<p>[RefE] ⁵In den Fällen der Vorbereitung einer Veräußerung kommt Satz 2 nur zur Anwendung, wenn innerhalb von fünf Jahren nach dem steuerlichen Übertragungsstichtag eine Veräußerung mindestens eines Anteils an einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft an außenstehende Personen erfolgt; die Veräußerung des Anteils gilt als rückwirkendes Ereignis im Sinne von § 175 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 der Abgabenordnung. [RefE] ⁶Werden innerhalb von fünf Jahren nach dem steuerlichen Übertragungsstichtag Anteile an einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft, die mehr als 20 Prozent des Wertes der Anteile an der übertragenden Körperschaft am steuerlichen Übertragungsstichtag ausmachen, an außenstehende Personen veräußert, ist unwiderlegbar zu vermuten, dass durch die Spaltung eine Veräußerung im Sinne des Satzes 2 vorbereitet wurde. [RefE] ⁷Sind an der übertragenden Körperschaft außenstehende Personen beteiligt, gilt die Spaltung nur</p>

Seite 4/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

	dann als Veräußerung an außenstehende Personen im Sinne des Satzes 2, wenn die Spaltung zu einer Wertverschiebung zugunsten dieser Personen führt.
⁵ Bei der Trennung von Gesellschafterstämmen setzt die Anwendung des § 11 Abs. 2 außerdem voraus, dass die Beteiligungen an der übertragenden Körperschaft mindestens fünf Jahre vor dem steuerlichen Übertragungstichtag bestanden haben.	<i>[unverändert]</i> ⁸ Bei der Trennung von Gesellschafterstämmen setzt die Anwendung des § 11 Abs. 2 außerdem voraus, dass die Beteiligungen an der übertragenden Körperschaft mindestens fünf Jahre vor dem steuerlichen Übertragungstichtag bestanden haben.
	<i>[Vorschlag IDW]</i> ⁹ Die Sätze 2 bis 8 finden keine Anwendung, wenn die Veräußerung von Anteilen von einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft an einer anerkannten Börse stattfindet.

II. Problemstellung: „Nachspaltungsveräußerungssperre“ zukünftig auch bei Umstrukturierungen innerhalb verbundener Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB?

(1) Geltende Rechtslage: Nach der derzeit geltenden Rechtslage auf Basis von § 15 Abs. 2 Satz 2 UmwStG 2006 (SEStEG) sind nur Veräußerungen „an außenstehende Personen“ sperrfristschädlich. Nach der Verwaltungsauffassung ist grundsätzlich „jede“ Übertragung „gegen Entgelt“ innerhalb von 5 Jahren nach dem steuerlichen Übertragungstichtag bzgl. der „Nachspaltungsveräußerungssperre“ schädlich (Rz. 15.24 UmwSt-Erlass 2011), wobei nach Verwaltungsauffassung (auch) alle Umwandlungen grundsätzlich schädliche „Veräußerungen“ sein sollen (vgl. Rz. 00.02 und Rz. 00.03 UmwSt-Erlass 2011). Dabei ist nach der herrschenden Meinung in der Literatur⁷ und auch nach Auffassung der Finanzverwaltung (in Rz. 15.22, Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011) der Begriff „*außenstehende Person*“ in die Sätze 3 und 4 „*hineinzulesen*“.

⁷ Vgl. z.B. *Asmus*, in: *Haritz/Menner/Bilitewski*, UmwStG, 5. Aufl. 2019, § 15, Rz. 165; *Schumacher*, in: *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, 3. Aufl. 2019, Rz. 228; *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 15 UmwStG, Rz. 198. Zur Unschädlichkeit von Veräußerungen im Konzern (zum UmwStG 1995) vgl. z.B. *Thiel*, DStR 1995, 237, 242; *Thiel/Eversberg/van Lishaut/Neumann*, GmbHR 1998, 397, 427 („*Schädlich ist stets nur die Veräußerung an außenstehende Personen. Um solche handelt es sich nicht bei Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb verbundener Unternehmen i.S.v. § 271 Abs. 2 HGB ...*“); *Wochinger*, in: *Dötsch/van Lishaut/ Wochinger*, DB Beil. 7/98, 30; *Fey/Neyer*, GmbHR 1999, 274, 277 f. (S.278: „*Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum innerhalb einer Sperrfrist von fünf Jahren nach einer steuerbegünstigten Spaltung weitere konzerninterne Maßnahmen steuerschädlich sein sollten, ...*“); *Blumers*, DB 2000, 589, 592; *Hörger*, in: *StbJb* 1994/95, 225, 253; *Stegemann*, DStR 2002, 1549, 1552.

Seite 5/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

Auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 UmwStG sind aber nach Auffassung der Finanzverwaltung in **Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 „Umstrukturierungen innerhalb verbundener Unternehmen“** i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB unter weiteren, dort genannten Voraussetzungen, **keine „schädlichen“ Veräußerungen „an außenstehende Personen“**. Rz. 15.26 Abs. 1 UmwSt-Erlass 2011 lautet wie folgt (Hervorh. nur hier):⁸

„15.26 Die **Umstrukturierung innerhalb verbundener Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB** und juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich ihrer Betriebe gewerblicher Art stellt ebenso wie eine Anteilsveräußerung innerhalb des bisherigen Gesellschafterkreises nur dann **keine schädliche Veräußerung i.S.d. § 15 Abs. 2 Satz 3 und 4 UmwStG** dar, wenn im Anschluss an diesen Vorgang keine unmittelbare oder mittelbare Veräußerung an eine außenstehende Person stattfindet.“

„**Verbundene Unternehmen**“ waren in **§ 271 Abs. 2 HGB a.F.** wie folgt gesetzlich definiert (Hervorh. nur hier):

„(2) Verbundene Unternehmen im Sinne dieses Buches sind solche Unternehmen, die als Mutter- oder Tochterunternehmen (§ 290) in den **Konzernabschluss** eines Mutterunternehmens nach den Vorschriften über die Vollkonsolidierung **einzubeziehen** sind, das als oberstes Mutterunternehmen den am weitestgehenden Konzernabschluss nach dem Zweiten Unterabschnitt aufzustellen hat, ...“

§ 271 Abs. 2 HGB wurde durch das *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/2101 im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuerinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen sowie zur Änderung des Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes (ERUG)*⁹ mit Wirkung vom 22.6.2023 nunmehr wie folgt gefasst (Hervorh. nur hier):

„(2) Verbundene Unternehmen im Sinne dieses Buches sind unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrem Sitz solche, die **im Verhältnis zueinander Mutterunternehmen und Tochterunternehmen** gemäß § 290 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 bis 4 sind; **alle mit demselben Mutterunternehmen verbundenen Tochterunternehmen sind auch untereinander verbundene Unternehmen.**“

⁸ Rz. 15.26 Abs. 1 UmwStE 2011 entspricht im Wesentlichen der Vorgängervorschrift in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 1998, der wie folgt lautet: „Die Umstrukturierung innerhalb verbundener Unternehmen i.S. des § 271 Abs. 2 HGB und juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich ihrer Betriebe gewerblicher Art stellt keine schädliche Veräußerung an eine außenstehende Person dar.“ Im UmwSt-Erlass 2011 erfolgte durch die doppelte Negativformulierung („... nur dann keine schädliche Veräußerung ..., wenn im Anschluss an diesen Vorgang keine unmittelbare oder mittelbare Veräußerung an eine außenstehende Person stattfindet“) eine Änderung (Verschärfung) im Vergleich zum UmwSt-Erlass 1998 (mit Übergangsregelung in Rz. S.07 UmwSt-Erlass 2011), obwohl der Gesetzeswortlaut in § 15 Abs. 2 UmwStG 2006 wortgleich ist mit der Vorgängerefassung § 15 Abs. 3 UmwStG 1995.

⁹ Vgl. [BGBl. I 2023, Nr. 154](#) (Abruf 20.7.2023).

Seite 6/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

(2) § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE: Der Begriff der „außenstehende Personen“ ist in § 15 Abs. 2 UmwStG nicht (legal) definiert. Im Gegensatz dazu enthält § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE nun – erstmals – eine gesetzliche Definition der „außenstehenden Personen“ in Form einer Fiktion („... gelten Personen“), die wie folgt lautet:

„Als außenstehende Personen gelten Personen, die nicht ununterbrochen fünf Jahre vor der Spaltung an der übertragenden Körperschaft beteiligt waren.“

Zur **Begründung** führt der WachstumschancenG-RefE insofern auf S. 162 wie folgt aus:

„Der neue Satz 3 definiert erstmals den Begriff der „außenstehenden Person“ im Sinne des § 15 Absatz 2 UmwStG. Um weitere Umgehungsmöglichkeiten auszuschließen, gelten danach als außenstehende Personen solche Personen, die nicht ununterbrochen fünf Jahre vor der Spaltung (Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit) an der übertragenden Körperschaft beteiligt waren. Die Fünf-Jahres-Frist entspricht der des bisherigen § 15 Absatz 2 Satz 5 (neu: Satz 7) UmwStG.“

Die Definition in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE zählt solche Personen zu „außenstehenden Personen“, die nicht ununterbrochen fünf Jahre vor der Spaltung *an der* übertragenden Körperschaft beteiligt waren.

Die nunmehr vorgesehene fünfjährige Vorbehaltensfrist in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE auch für Fälle außerhalb der „Trennung von Gesellschafterstämmen“ nach § 15 Abs. 2 Satz 5 UmwStG 2006 (in der Zählung des RefE jetzt inhaltsgleich Satz 7, vgl. WachstumschancenG-RefE, S. 162, zu Satz 3 neu) hat **keine Entsprechung im geltenden Recht** und ist anhand der Begründung im WachstumschancenG-RefE nicht ohne Weiteres verständlich. Möglicherweise sollen damit zukünftig (vermeintliche) „Veräußerungsfälle“ abgedeckt werden, bei der sich der Erwerber unmittelbar vor der Veräußerung des übernehmenden Rechtsträgers am übertragenden Rechtsträger beteiligt (und damit de lege lata im Zeitpunkt der Spaltung nach allgemeiner Auffassung keine „außenstehende Person“ i.S.v. § 15 Abs. 2 Satz 3 und 4 UmwStG 2006 ist).¹⁰

Nach dem Wortlaut von § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE sind nur die unmittelbaren Anteilseigner der an der Spaltung beteiligten Körperschaften von Satz 3 erfasst, da die Regelung keine Aussage zu „mittelbaren“ Beteiligungen erfasst. Das wirft die Frage auf, inwieweit Umstrukturierungen in „vertikaler Hinsicht“ (d.h. entlang einer Beteiligungskette) die Nachspaltungsveräußerungssperre auslösen. Darüber hinaus ist zumindest auf der Grundlage des Wortlauts von § 15 Abs.

¹⁰ Vgl. stv. *Schießl*, in: Widmann/Mayer, § 15 UmwStG, Rz. 241 (Jan. 2014) („Unter außenstehende Personen sind Personen zu verstehen, die an dem übertragenden Rechtsträger nicht beteiligt waren.“).

Seite 7/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

2 Satz 3 UmwStG-RefE davon auszugehen, dass Übertragungen bzw. **Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen in „horizontaler Hinsicht“** (d.h. bspw. auf Schwestergesellschaften) **die Nachspaltungsveräußerungssperre auslösen**, da es sich insoweit um „außenstehende Personen“ handelt.

(3) (Unbeabsichtigte) „Abschaffung“ von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 und der damit einhergehenden Unschädlichkeit konzerninterner Umstrukturierungsmaßnahmen (?): In der Praxis werden konzerninterne Umstrukturierungen im Zusammenhang mit Spaltungen nach § 15 UmwStG derzeit „auf Basis“ von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 durchgeführt. Dabei soll die dort vorgesehene, grundsätzliche Möglichkeit der Umstrukturierung innerhalb verbundener Unternehmen (§ 271 Abs. 2 HGB) nach Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 nach einer Auffassung in der Literatur eine Billigkeitsmaßnahme darstellen.¹¹

Wenn nun aber die „**außenstehende Person“ in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE durch den Gesetzgeber legaldefiniert wird**, ist u.E. sehr zweifelhaft, ob Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 weiterhin anwendbar ist, der „Normgeber“ des UmwSt-Erlasses 2011 (d.h. das BMF) Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 überhaupt aufrecht erhält oder ggf. anpasst bzw. aus Gründen geänderter Gesetzgebung (unter der Annahme der Neufassung von Satz 3) sogar anzupassen hat. Denn insofern könnte ein inhaltlicher Widerspruch (und damit ein Konflikt) vorliegen, der ggf. „zugunsten“ der (vorrangigen) gesetzlichen Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE aufzulösen wäre. Darüber hinaus ist es insbesondere mit Blick auf die **Entscheidung des Großen Senats des BFH zum sog. „Sanierungserlass“**¹² generell mit erheblichen Zweifeln behaftet, ob und in welchem Umfang die Finanzverwaltung Fälle der sog. „Gruppenunbilligkeit“¹³ überhaupt (noch) durch generalisierende Regelungen in BMF-Schreiben (wie z.B. in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011) regeln darf.

Die hiermit verbundenen **Rechtsunsicherheiten sind ebenso erheblich wie vermeidbar** (s. zu möglichen Regelungsvorschlägen sogleich Tz. III). Es ist davon auszugehen, dass es zu erheblichen Beschränkungen von konzerninternen Umstrukturierungsmaßnahmen kommen wird bzw. diese gar unmöglich werden,

¹¹ Vgl. z.B. *Dötsch/Stimpel*, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 15 UmwStG, Rz. 239 (März 2021); *Aßmann*, in: Patt/Rupp/Aßmann, Der neue Umwandlungssteuererlass, 2011, S. 95; *Luce/Claß*, in: Haase/Hruschka, UmwStG, 3. Aufl. 2022, § 15, Rz. 130; *Schießl*, in: Widmann/Mayer, § 15 UmwStG, Rz. 242 (Jan. 2014); *Frotscher*, Umwandlungssteuererlass 2011, 2012, 337; *Nitzschke*, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 15 UmwStG, Rz. 102 (Nov. 2020); *Schießl*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 15 UmwStG, Rz. 242 (Jan. 2014). Der Wortlaut der Erlassregelung gibt dies allerdings nicht her. Die Unschädlichkeit der Veräußerung im Konzern (innerhalb „verbundener Unternehmen“) ergibt sich nach vorzugswürdiger Auffassung bereits aus dem Tatbestandsmerkmal „*Veräußerung an außenstehende Personen*“ (in Satz 2), das nach zutr. h.M. (wie schon zum UmwStG 1995) auch in die Sätze 3 und 4 von § 15 Abs. 2 UmwStG „*hineinzulesen*“ ist (s. vorstehend Fn. 7).

¹² Vgl. BMF v. 27.3.2003, BStBl. I 2003, 240, ergänzt durch BMF v. 22.12.2009, BStBl. I 2010, 18.

¹³ Vgl. BFH GrS v. 28.11.2016, GrS 1/15, BFHE 255, 482 = BStBl. II 2017, 393, Rz. 121.

Seite 8/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

falls § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE in Kraft tritt und es keine „flankierende“ Regelung einer „Konzernklausel“ gibt (entsprechend – und vorzugswürdig – der ehemaligen Erlassregelung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 1998¹⁴ bzw. Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011). All das führt zu der Frage, ob die Verwaltungsauffassung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011, wonach Übertragungen im Konzern grundsätzlich (Ausnahme: Übertragungen an „außenstehende Personen“ „im Anschluss“ i.S.v. Rz. 15.26) für die Nachspaltungsveräußerungssperre unschädlich sind, (evtl. ohne Absicht des Gesetzgebers?) abgeschafft werden soll.

III. Regelungsvorschlag zur gebotenen Beibehaltung konzerninterner Umstrukturierungsmöglichkeiten (Satz 4-E neu)

(1) Petitum: Eine gesetzliche Derogation der Verwaltungsauffassung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 (s. dazu vorstehend), wonach Übertragungen im Konzern zukünftig schädlich sind für die Nachspaltungsveräußerungssperre, kann richtigerweise vom Gesetzgeber nicht gewollt sein und wäre auch nicht mit dem Unionsrecht vereinbar. Denn nach st. Rechtsprechung des EuGH sind typisierende Missbrauchsvorschriften ohne Möglichkeit des Gegenbeweises nach Art. 11 Abs. 1 Buchst. a FRL 1990 (jetzt: Art. 15 Abs. 1 Buchst. a FRL 2009) unzulässig und verstoßen gegen die Fusionsrichtlinie.¹⁵

Außerdem entspricht die Unschädlichkeit von Veräußerungen (bzw. diesen gleichgestellten Umwandlungsmaßnahmen) der unbestrittenen Auffassung in der Literatur seit dem UmwStG 1995.¹⁶ Ein abweichender Wille des „Gesetzgebers“ (im aktuellen Verfahrensstadium eines „Gesetzgebungsprozesses“ das BMF als Urheber des WachstumschancenG-RefE) ist in der Begründung zum WachstumschancenG-RefE auch nicht erkennbar. Eine andere Interpretation würde auch im Widerspruch dazu stehen, dass durch die Änderungen § 15 Abs. 2 UmwStG-RefE „die Möglichkeiten zu steuerneutralen Spaltungen wieder auf ihren ursprünglich vom Gesetzgeber intendierten Anwendungsbereich zurückgeführt“ werden sollen (s. ausdrücklich WachstumschancenG-RefE, S. 161 a.E.“). Denn

¹⁴ Vgl. oben Fn. 8.

¹⁵ Vgl. stv. EuGH v. 17.07.1997, C-28/95 (*Leur Bloem*), FR 1997, 685 m. Anm. *Dautzenberg*; EuGH v. 08.03.2017, Rs. C-14/16 (*Euro Park Service*), IStR 2017, 409, Rz. 26; EuGH v. 10.11.2011, C-126/10 (*Foggia*), IStR 2012, 34, Rz. 37; *Schumacher*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 15, Rz. 245; *Hageböke*, DK 2016, 6, 11 ff.; *Schießl*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 15 UmwStG, Rz. 298.2 (Juli 2018); *Hahn*, GmbHR 2006, 442; *Th. Müller*, DB 2017, 814 (Anm. zu EuGH C-14/16); *Eisendle*, ISR 2017, 157 (Anm. zu EuGH C-14/16); *Heurung/Engel/Schröder*, GmbHR 2011, 617, 623.

¹⁶ Vgl. *Thiel*, DStR 1995, 237, 242; *Thiel/Eversberg/van Lishaut/Neumann*, GmbHR 1998, 397, 427 („Schädlich ist stets nur die Veräußerung an außenstehende Personen. Um solche handelt es sich nicht bei Umstrukturierungsmaßnahmen innerhalb verbundener Unternehmen i.S.v. § 271 Abs. 2 HGB ...“); *Wochinger*, in: Dötsch/van Lishaut/Wochinger, DB Beil. 7/98, 30; *Fey/Neyer*, GmbHR 1999, 274, 277 f. (S. 278: „Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum innerhalb einer Sperrfrist von fünf Jahren nach einer steuerbegünstigten Spaltung weitere konzerninterne Maßnahmen steuerschädlich sein sollten, ...“); *Blumers*, DB 2000, 589, 592; *Hörger*, in: StbJb 1994/95, S. 225, 253; *Stegemann*, DStR 2002, 1549, 1552.

Seite 9/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

bei Anwendung der derzeit geltenden Rechtslage sind konzerninterne Umstrukturierungen (d.h. innerhalb verbundener Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB) grundsätzlich nach Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 (bzw. waren zuvor nach Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 1998) ohne „Auslösen“ der Nachspaltungsveräußerungssperre möglich.

Demgegenüber würde die (erstmalige) gesetzliche Definition der „außenstehenden Person“ in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE ohne eine begleitende Kodifizierung einer gesetzlichen „Konzernklausel“ dazu führen, dass zukünftig auch konzerninterne Umstrukturierungen die Nachspaltungsveräußerungssperre auslösen. Das aber führt im Ergebnis nicht – wie eigentlich vom Gesetzgeber beabsichtigt – zu einer Wiederherstellung des status quo ante, sondern zu einer **massiven Schlechterstellung im Vergleich zur heutigen, seit 1995 im Kern unveränderten Rechtslage zur Unschädlichkeit von Übertragungen innerhalb verbundener Unternehmen i.S.v. § 271 Abs. 2 HGB.** Schließlich sind unwiderlegliche Vermutungen in typisierenden Missbrauchsvorschriften nach st. Rspr. des EuGH unzulässig und verstoßen gegen die Fusionsrichtlinie (s.o.). Konzerninterne Übertragungen im Nachgang einer Spaltung im Konzern sind nicht missbräuchlich. Eine solche Neuregelung in Satz 3 ohne eine flankierende gesetzliche „Konzernklausel“ würde im Ergebnis auch die Aussage auf S. 1 des RefE ad absurdum führen, dass durch das WachstumschancenG *„aus steuerlicher Sicht die Rahmenbedingungen für mehr Wachstum, Investitionen und Innovationen verbessert werden“* sollen. Das Gegenteil wäre der Fall. Des Weiteren hat der Gesetzgeber aktuell bereits an anderer Stelle des UmwStG Konzernausnahmen geregelt (§ 2 Abs. 4 Satz 6 UmwStG), in der ebenso auf § 271 Abs. 2 HGB abgestellt wird.

(2) Regelungsvorschläge: Zur gebotenen Beseitigung der aufgezeigten Beschränkung von konzerninternen Umstrukturierungen nach Durchführung einer Spaltung sind die **folgenden Möglichkeiten** denkbar, wobei in Anbetracht der damit einhergehenden Rechtssicherheit die zweite Möglichkeit vorzugswürdig ist:

- (i) **Ersatzlose Streichung der** in § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE **vorgesehenen Legaldefinition** der „außenstehenden Person“.

oder – vorzugswürdig –

- (ii) **Gesetzliche Normierung von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011** (bzw. – und u.E. vorzugswürdig – entsprechend Rz. 15.26 UmwSt-erlass 1998) in Form eines Ausnahmetatbestands hinter der Legaldefinition der „außenstehenden Person“ i.d.F. von § 15 Abs. 2 Satz 3 UmwStG-RefE, d.h. in § 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG-RefE, beispielsweise wie folgt:

„⁴Keine außenstehenden Personen in diesem Sinne sind verbundene Unternehmen im Sinne des. § 271 Abs. 2 HGB und juristische Personen des öf-

Seite 10/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

fentlichen Rechts einschließlich ihrer Betriebe gewerblicher Art, wenn im Anschluss an eine Veräußerung nach Satz 2 keine unmittelbare oder mittelbare Veräußerung durch ein verbundenes Unternehmen an eine außenstehende Person stattfindet.“

(3) Begründung zu Satz 4-E neu:

- zu (i) Der Regelungsvorschlag (i) führt (wie es der WachstumschancenG-RefE auf Seite 161 a.E. auch ausdrücklich vorsieht) zur Wiederherstellung des früheren Zustands (status quo ante). In der Praxis findet eine Abstimmung mit der Finanzverwaltung regelmäßig auf der Grundlage von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 statt. Dadurch werden konzerninterne Umstrukturierungen im Ergebnis – entsprechend des generellen Regelungsanliegens des Gesetzgebers – generell ermöglicht. Die gesetzliche Anpassung von § 15 Abs. 2 UmwStG kann aber im Interesse einer durch das Gesetz gewährleisteten Rechtssicherheit auch als Anlass dazu genommen werden, die ohnehin „gelebte Praxis“ auf der Grundlage von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 gesetzlich zu kodifizieren (s. dazu sogleich).
- zu (ii) Der – **vorzugswürdige – Regelungsvorschlag (ii)** hat zum Ziel, die langjährige Praxis und Verwaltungsauffassung zu konzerninternen Umstrukturierungen gesetzlich zu verankern. Das trägt dem legitimen Interesse nach Rechtssicherheit hinreichend Rechnung und führt auch dazu, dass es einer „Billigkeitsmaßnahme“ auf Grundlage von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 nicht länger bedarf. Durch die Kodifikation einer „Konzernklausel“ werden Zweifel obsolet, ob Rz. 15.26 UmwSt-Erlass einen Fall der sog. „Gruppenunbilligkeit“ erfasst, was in Ansehung von BFH GrS 1/15 (Verstoß des sog. Sanierungserlasses gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)¹⁷ schon dem Grunde nach Zweifelsfragen zum fortwährenden Bestand der Erlassregelung aufwirft. Im Ergebnis wird damit die für den Steuerpflichtigen günstige „Ausnahme“ ebenso gesetzlich geregelt, wie der für den Steuerpflichtigen belastende Eingriffstatbestand (Nachspaltungsveräußerungssperre). Eine solche Regelung entspricht auch dem konzeptionellen Ansinnen des WachstumschancenG-RefE, Seite 161 a.E., mit den Änderungen von § 15 Absatz 2 UmwStG die Möglichkeiten zu steuerneutralen Spaltungen wieder auf ihren ursprünglich vom Gesetzgeber intendierten Anwendungsbe- reich zurückzuführen.

Darüber hinaus trägt der Regelungsvorschlag Ausführungen in der Literatur zu Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 Rechnung, wonach eine Veräußerung nur dann im Hinblick auf die Nachspaltungsveräußerungssperre

¹⁷ Vgl. BFH GrS v. 28.11.2016, GrS 1/15, BFHE 255, 482 = BStBl. II 2017, 393.

Seite 11/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

unschädlich ist, „wenn im Anschluss an diesen Vorgang keine unmittelbare oder mittelbare Veräußerung an eine außenstehende Person stattfindet“.

Nach Aussage von Vertretern der Finanzverwaltung in der Kommentarliteratur will Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 damit – aus Sicht der Finanzverwaltung – „missbräuchliche“ Gestaltungen der anschließenden Einbringung des aufnehmenden Rechtsträgers, auf den „der zu verkaufende Teilbetrieb“ abgespalten wird.¹⁸ Dabei ist allen in der genannten Literatur gebildeten Beispielen gemein, dass (1) ein Teilbetrieb zunächst konzernintern auf einen übernehmenden Rechtsträger abgespalten wird, unmittelbar anschließend (2) eine steuerneutrale Buchwerteinbringung des aufnehmenden Rechtsträgers konzernintern in eine „Zwischengesellschaft“ erfolgt (§ 21 UmwStG) und (3) anschließend die Zwischengesellschaft und damit „mittelbar“ der aufnehmende Rechtsträger der Teilbetriebsabspaltung in Schritt (1) an eine „außenstehende Person“ veräußert wird.

Diesen „Telos“ der Verwaltungsauffassung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 vorweggeschickt soll aber **gerade nicht der Fall erfasst werden, in dem der durch Spaltung übertragene Teilbetrieb im Konzern verbleibt**. In der Praxis der konzerninternen Umstrukturierungen kann es nämlich Konstellation geben, in denen zwar die Anteile an einer an der Spaltung beteiligten Person veräußert werden, das „zuvor“ im Rahmen von § 15 Abs. 1 UmwStG abgespaltene Vermögen (d.h. der entsprechende Teilbetrieb) aber im Konzern verbleibt. In diesem Fall widerspricht es dem „Telos“ der Verwaltungsauffassung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011, Veräußerungen der Nachspaltungsveräußerungssperre zu unterwerfen. Insofern dürfte es nämlich aus der Sicht der Finanzverwaltung für eine „Schädlichkeit“ ausschlaggebend sein, dass das abgespaltene Vermögen „den Konzern verlässt“.

Dies steht in Einklang mit dem bisherigen „Telos“ von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011, wonach die „Zwischenschaltung“ einer Kapitalgesellschaft nach § 21 UmwStG vor den übernehmenden Rechtsträger und anschließende Veräußerung der Zwischengesellschaft sperrfristschädlich sein soll.

Im Übrigen handelt es sich bei dem Regelungsvorschlag (ii) hinsichtlich der Tatbestandsausnahme von „konzerninternen Umstrukturierungen“ („Keine außenstehenden Personen in diesem Sinne sind verbundene

¹⁸ Vgl. R. Neumann, GmbHR 2012, 141, 148; ähnlich Aßmann, in: Patt/Rupp/Aßmann, Der neue Umwandlungssteuererlass, 2011, S. 95; Dötsch/Stimpel, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 15 UmwStG, Rz. 239 (März 2021).

Seite 12/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

Unternehmen i.S.d. § 271 Abs. 2 HGB und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich ihrer Betriebe gewerblicher Art, [...]“) um eine **klarstellende gesetzliche Regelung**. Denn nach der h.M. in der Literatur¹⁹ und nach Auffassung der Finanzverwaltung (in Rz. 15.22, Rz. 15.26 UmwSt Erlass) ist seit jeher ein weiteres (begrenzendes) Tatbestandsmerkmal in § 15 Abs. 2 Sätze 3 und 4 UmwStG in methodischer Hinsicht „hineinzulesen“, wonach nur Veräußerungen „an außenstehende Personen“ sperrfristschädlich sind. D.h., der Wortlaut der Nachspaltungsveräußerungssperre ist auch unter der aktuellen Rechtslage im Ergebnis zu reduzieren, da nicht jede Veräußerung, sondern nur solche an außenstehende Personen sperrfristschädlich sind. Richtigerweise bedarf daher es daher methodisch auch keiner „Billigkeit“ im Sinne von Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011, da der gesetzliche Tatbestand bereits den Fall regelt (vgl. den „Vorrang der Gesetzesauslegung vor einer Billigkeitsmaßnahmen“).²⁰ Rechtsgrundlage für eine Versagung der Buchwertfortführung de lege lata in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 ist daher nach zutreffender Auffassung § 42 AO.²¹

(4) Anwendungsregelung: § 27 Abs. 19 UmwStG-RefE sieht vor, dass die Änderungen in §15 Abs. 2 UmwStG-RefE erstmals auf Spaltungen anzuwenden sind, bei denen die Anmeldung zur Eintragung in das für die Wirksamkeit des jeweiligen Vorgangs maßgebende öffentliche Register nach dem Tag der Veröffentlichung des Referentenentwurfs erfolgt. Die Anknüpfung an den Tag der Veröffentlichung des Referentenentwurfs (d.h. den 17.7.2023) begegnet **Bedenken im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit** der Rückwirkung von Gesetzen.²² Nach der Rechtsprechung des BVerfG wird das Vertrauen des Steuerpflichtigen auf die geltende Rechtslage grundsätzlich erst durch die Einbringung eines Gesetzentwurfs in den Bundestag durch ein initiativberechtigtes Organ (vgl. Art. 76 Abs. 1 GG) und schon vorher im Fall der Zuleitung eines Gesetzentwurfs durch die Bundesregierung an den Bundesrat (vgl. Art. 76 Abs. 2 Satz 1 GG) beeinträchtigt.²³ Das BMF hat als Bundesministerium mit Ressortkompetenz

¹⁹ Vgl. z.B. *Asmus*, in: Haritz/Menner/Bilitewski, UmwStG, 5. Aufl. 2019, § 15, Rz. 165; *Schumacher*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, Rz. 228; *Hörtnagl*, in: Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 15 UmwStG, Rz. 198.

²⁰ Vgl. etwa *Hageböke/Stangl*, GmbHR 2011, 744, 746.

²¹ Nach u.E. zutr. Auffassung kann Rechtsgrundlage für diese Verwaltungsauffassung in Rz. 15.26 UmwSt-Erlass 2011 (allenfalls) nur § 42 AO sein (vgl. z.B. *Schumacher*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 15, Rz. 254; *Hörtnagl*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 15 UmwStG, Rz. 208; *Asmus*, in: Haritz/Menner/Bilitewski, UmwStG, 5. Aufl. 2019, § 15, Rz. 165).

²² Zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der „vergleichbaren“ Anwendungsregelung in § 27 Abs. 16 UmwStG vgl. etwa *Nitzschke*, in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 27 UmwStG, Rz. 32 (Aug. 2021); *Altenburg*, in: Eisgruber, UmwStG, § 27, Rz. 139 (Stand 1.5.2023).

²³ Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021, 2 BvL 1/11, BVerfGE 157, 177 = juris, Rz. 66, 81; ferner BVerfG v. 10.10.2012, 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302 BStBl. II 2012, 932 = juris, Rz. 59.

Seite 13/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

(vgl. Art. 65 Satz 2 GG) allerdings kein solches im Gesetzgebungsverfahren vorgesehenes Initiativrecht. Die Anwendungsregelung sollte daher im Interesse der (formellen) Verfassungsmäßigkeit dahingehend überdacht werden, dass (frühestens) auf den Tag der Einbringung des Wachstumschancengesetzes in den Bundestag oder der Zuleitung der Bundesregierung an den Bundesrat abgestellt wird.

IV. Rechtspolitischer Vorschlag zur Einführung einer sog. „Börsenklausel“ im Zusammenhang mit der Nachspaltungsveräußerungssperre

(1) Einführung: Es ist seit der Einführung des UmwStG 1995 bekannt, dass die Nachspaltungsveräußerungssperre bei (börsennotierten) Publikumsgesellschaften zu einer **faktischen Spaltungssperre bei börsennotierten Unternehmen** führt.²⁴ Denn diese müssen stets davon ausgehen, dass für die Dauer der fünfjährigen sog. Sperrfrist mehr als die „zulässige“ Anzahl von Aktien (s. die 20 %-Grenze) übertragen werden wird, da sie keine Einflussmöglichkeiten auf das Verhalten ihrer Gesellschafter haben (können). Der Steuerpflichtige ist damit hinsichtlich des Eintritts von entscheidenden und i.d.R. einschneidenden Steuerfolgen von einem Verhalten „Dritter“ abhängig. Dieser Umstand hindert börsennotierte Unternehmen an ökonomisch sinnvollen Umstrukturierungen. Dementgegen will der WachstumschancenG-RefE ausweislich seines Ziels die Wachstumsschancen für die deutsche Wirtschaft erhöhen, Investitionen und Innovation in neue Technologien ermöglichen und die Wettbewerbsfähigkeit des Standorts Deutschland stärken (vgl. WachstumschancenG-RefE, S. 1). Diesem Ziel wird de lege ferenda die Einführung einer sog. Börsenklausel in § 15 Abs. 2 UmwStG gerecht.

(2) Regelungsvorschlag: Um die faktische Spaltungssperre aufzuheben, bietet sich die Einführung einer sog. **Börsenklausel** „analog“ zu § 50d Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 EStG an, die systematisch hinter § 15 Abs. 2 Satz 8 UmwStG-RefE verortet werden und bspw. den folgenden Wortlaut haben könnte:

„⁹Die Sätze 2 bis 8 finden keine Anwendung, wenn die Veräußerung von Anteilen von einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft an einer anerkannten Börse stattfindet.“

(3) Begründung: Die Neuregelung betrifft grundsätzlich zwei Fälle: Zum einen die Spaltung der börsennotierten Gesellschaft selbst und zum anderen die Aufnahme eines Teilbetriebes bzw. fiktiven Teilbetriebes durch eine börsennotierte

²⁴ Kritisch schon (aus dem sog. „verwaltungsnahen“ Schrifttum) *Thiel*, DStR 1995, 237242; ebenso z.B. *Hörger*, in: *Bien et al.*, DStR 1998 Beilage zu Heft 17/1998, 4, 31 (zu Rz.15.28 - Rz. 15.30 UmwSt-Erlass 1998). Zur Problematik s.a. *Hörtnagl*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG/UmwStG, § 15 UmwStG, Rz. 197; *Asmus*, in: *Haritz/Menner/Bilitewski*, UmwStG, 5. Aufl. 2019, § 15, Rz. 186, jeweils m.w.N.

Seite 14/14 der Anlage zum Schreiben vom 27.07.2023 an das Bundesministerium der Finanzen

Kapitalgesellschaft.²⁵ Bei einer Auf- oder Abspaltung auf eine bestehende börsennotierte Gesellschaft oder eine Gesellschaft, deren Anteile nach der Abspaltung erstmalig börsennotiert werden (Fälle des Spin-off bzw. des IPO) lässt sich über einen Zeitraum von fünf Jahren nicht sichern, dass nur Anteile, die 20 % oder weniger des Werts der gespaltenen Gesellschaft ausmachen, an einer Börse gehandelt werden. Für börsennotierte Gesellschaften mit Streubesitz liegt es auf der Hand, dass es der Hauptversammlung, die eine Spaltung beschließt, nicht um die „Umgehung“ der Nachspaltungsveräußerungssperre geht.²⁶ Beim Handel mit solchen Anteilen über eine Börse oder einen anderen Handelsplatz spielen andere Gründe als die steuerneutrale Übertragung von Teilbetrieben eine Rolle. Demgegenüber kann auch ein Handel mit Anteilen über eine Börse zu Veräußerungen an „außenstehenden Personen“ führen. Die damit verbundene faktische „Spaltungssperre“ von börsennotierten Gesellschaften, die im Übrigen schwerlich mit Art. 15 Abs. 1 Buchst. a FRL vereinbar ist, soll zukünftig beseitigt werden.

Die Einführung einer Börsenklausel führt zu einer Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen und entspricht der Zielsetzung des WachstumschancenG.

* * * * *

²⁵ Vgl. *Hörger*, in: *Bien et al.*, DStR 1998 Beilage zu Heft 17, 4, 31 (zu Rz. 15.28-Rz. 15.30 UmwSt-Erlass 1998).

²⁶ Vgl. *Asmus*, in: *Haritz/Menner/Bilitewski*, UmwStG, 5. Aufl. 2019, § 15, Rz. 186.