

# Die Europäische Aktiengesellschaft SE in Deutschland und Europa



Wahed T. Barezai, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht, LL.M.,  
Partner der Korts  
Rechtsanwaltskanzlei mbH, Köln

Wahed T. Barezai, attorney-at-law,  
certified attorney at tax law, LL.M.,  
partner at Korts  
Rechtsanwaltskanzlei mbH, Cologne

## The European Company (SE) in Germany and Europe

### Part 3: Taxation of the SE

*It is unanimously agreed that apart from the question of worker participation, also tax conditions are of crucial importance to the acceptance of the "German-type" SE within the European framework. For a long time, tax conditions for cross-border transactions have been anything but satisfactory – at least in the entrepreneurial sector. Now there is such a regulation, namely the "SEStEG" as it is termed, but it remains to be seen whether it is to everyone's satisfaction. One of the declared main aims of the SEStEG – the instant taxation of hidden reserves if assets are transferred abroad (for example in the case of cross-border transfer of an SE's registered office) – was watered down virtually at the last minute.*

### 3. Teil: Das Steuerrecht der SE

Es besteht Einigkeit, dass für die Akzeptanz der „deutschen“ SE im europäischen Rahmen neben der Frage der Arbeitnehmermitbestimmung auch die steuerlichen Bedingungen eine entscheidende Rolle spielen. Lange Zeit waren die steuerlichen Bedingungen für grenzüberschreitende Sachverhalte jedenfalls im unternehmerischen Bereich alles andere als zufriedenstellend. Nun liegt zwar mit dem sogenannten „SEStEG“ eine solche Regelung vor, ob sich damit auch Zufriedenheit einstellt, bleibt abzuwarten. Eines der erklärten Hauptziele des SEStEG – die sofortige Besteuerung stiller Reserven bei der Verlagerung von Vermögens in das Ausland (z. B. bei grenzüberschreitender Sitzverlegung einer SE) – wurde quasi in letzter Minute entschärft.

#### Rechtsgrundlagen der SE-Besteuerung

Die europäischen Regelwerke zur SE enthalten keine eigenen Bestimmungen zur Besteuerung, sondern verweisen auf das jeweils geltende nationale Recht des SE-Sitzstaates. Dies wird i. d. R. eine unbeschränkte Steuerpflicht nach dem **Welteinkommensprinzip** vorsehen. Daneben sind die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts (u. a. Mutter-Tochter-Richtlinie sowie die Zinsen-Lizenzen-Richtlinie) und die zwischen den jeweiligen Mitgliedstaaten bestehenden **Doppelbesteuerungsabkommen** anwendbar und regelmäßig wird in dem beteiligten Mitgliedstaat eine beschränkte Steuerpflicht für dort erzielte Einkünfte zu beachten sein. Im Rahmen der laufenden Besteuerung gibt es also keine Sonderrechte der SE. Die steuerlichen Bedingungen bei der SE-Gründung sind abhängig von der Wahl der Gründungsform. Einzig die Gründung durch Umwandlung einer nationalen AG in eine SE ist unproblematisch steuerneutral möglich und soll daher hier nicht näher dargelegt werden.

Auf europäischer Ebene kommen insbesondere die **steuerlichen Fusionsrichtlinien** des Rates aus den Jahren 1990 und 2005 (FRL 1990 und FRL 2005) in Betracht, die von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen waren. In Deutschland erfolgte die Umsetzung durch das Gesetz über die steuerlichen Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften („SEStEG“) vom 07.12.2006, welches vor allem die Gründung der SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung und die grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE regelt. Von besonderem Interesse wird in diesen Zusammenhängen regelmäßig die Frage nach der Aufdeckung stiller Reserven und deren Besteuerung sein.

#### Besteuerung bei der Verschmelzungsgründung

Bei der Verschmelzung durch Aufnahme geht das gesamte Vermögen einer (oder mehrerer) Gesell-

schaften im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf eine bestehende nationale Gesellschaft über, die im selben Rechtsakt die Gestalt einer SE annimmt. Bei der Verschmelzung durch Neugründung entsteht die Gesellschaft in Form der SE neu, indem zwei (oder mehrere) Gesellschaften ihr gesamtes Vermögen im Wege der Auflösung ohne Abwicklung auf die neu zu gründende Gesellschaft übertragen. Aus deutscher Sicht sind bei der Beteiligung eines deutschen Gründungsunternehmens die Hinausverschmelzung (die zu gründende SE hat ihren Sitz im EU-/EWR-Ausland) und die Hineinverschmelzung (die neu zu gründende SE hat ihren Sitz in Deutschland) zu unterscheiden.

Bei der **Hinausverschmelzung** werden die auf die neue SE zu übertragenden Wirtschaftsgüter der deutschen Körperschaft in der Schlussbilanz mit dem gemeinen Wert angesetzt, was zu einer **Aufdeckung stiller Reserven** führen würde. Auf Antrag können die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert angesetzt werden, soweit sichergestellt ist, dass sie später bei der übernehmenden Körperschaft der Besteuerung mit Körperschaftsteuer unterliegen, das Recht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird und eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder in Gesellschaftsrechten besteht. Die wäre zum Beispiel der Fall, wenn in Deutschland eine **Betriebsstätte** der ausländischen SE verbleibt, welcher die Wirtschaftsgüter des deutschen Gründungsunternehmens zuzurechnen sind und im Verhältnis zum SE-Sitzstaat das Betriebsstättenprinzip im Sinne von Art. 7 OECD-MA gilt.

Auf der Ebene der **Anteilseigner** der deutschen (übertragenden) Körperschaft wird der Erwerb neuer Anteile an der ausländischen SE wie eine Veräußerung behandelt und durch den Ansatz des gemeinen Werts werden stille Reserven aufgedeckt. Auf Antrag kann jedoch auch hier der Buchwert angesetzt werden, da es sich bei der SE-Verschmelzungsgründung um eine Umwandlung im Sinne der FRL 1990 / 2005 handelt.

Bei der **Hineinverschmelzung** hat die übernehmende (deutsche) Körperschaft (d. h. die neu entstehende SE mit Sitz in Deutschland) die auf sie übertragenen Wirtschaftsgüter mit den in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft enthaltenen Werten zu übernehmen. Bei der übernehmenden Körperschaft bleibt ein Gewinn oder ein Verlust in Höhe des Unterschieds zwischen dem Buchwert der Anteile an der übertragenden Körperschaft und dem Wert, mit dem die übergehenden Wirtschaftsgüter zu übernehmen sind, außer Ansatz. Die übernehmende Körperschaft tritt in die steuerliche Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft ein.

Auf der Ebene der **Anteilseigner** der deutschen Körperschaft und nach der Verschmelzung der deutschen SE findet kein steuerlicher Realisationstatbe-



stand Anwendung, so dass sich keinerlei steuerliche Wirkungen ergeben.

Die bislang zulässige Übertragung von Verlustvorträgen von der übertragenden auf die übernehmende Körperschaft ist jedoch seit Inkrafttreten des SEStEG nicht mehr möglich, der deutsche Gesetzgeber will damit einen „Import von EU-Auslandsverlusten“ vermeiden.

## Besteuerung bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Bisher war im deutschen Steuerrecht für den Fall, dass eine in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft ihren Sitz ins Ausland verlegt und sich damit der unbeschränkten deutschen Steuerpflicht entzieht, vorgesehen, dass die Sitzverlegung wie eine Liquidation zu behandeln und zu versteuern ist, was zur Aufdeckung aller stillen Reserven führte. Dies bleibt so für den Fall, dass die Sitzverlegung in einen **Drittstaat** (also Nicht-EU-/EWR-Staat) erfolgt.

Für die Sitzverlegung in einen EU-/EWR-Staat tritt nach der durch das SEStEG geänderten Rechtslage eine Versteuerung nur dann ein, wenn das Besteuerungsrecht der BRD durch die Sitzverlegung ausgeschlossen oder beschränkt wird. Soweit also Vermögen der wegziehenden SE weiterhin in Deutschland **steuerverstrickt** bleibt (z. B. durch Zurechnung zu einer in Deutschland verbleibenden Betriebsstätte der SE), kommt es nicht zur Besteuerung. Eine solche Zurechnung von Vermögen zu einer Betriebsstätte ist immer dann problematisch, wenn es sich um Beteiligungen oder um immaterielle Wirtschaftsgüter (wie Patente, Lizenzen) handelt. Solche Wirtschaftsgüter werden nicht einer Betriebsstätte, sondern dem Stammhaus zugerechnet. Schließlich stellt sich die **Problematik der Besteuerung stiller Reserven** als besonders gravierend dar, wenn die sitzverlegende SE über einen hohen selbst geschaffenen Firmenwert oder andere, selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter verfügt. Da diese nicht aktiviert sind, bei Wegzug i. d. R. nicht einer etwaigen verbleibenden Betriebsstätte zugerechnet und zu versteuern sind, ist hier mit einer hohen steuerlichen Belastung zu rechnen. Wo sich solche Konstellationen abzeichnen, bedarf es einer sehr sorgfältigen und abwägenden anwaltlichen Beratung, welche die gesellschaftlichen und steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Sitzverlegungen **steueroptimal** gewährleistet.

Eine andere Situation besteht für die Anteilseigner einer SE, die ihren Sitz aus Deutschland heraus in einen anderen EU-/EWR-Staat verlegt. Aufgrund der europäischen Vorgaben ist eine Besteuerung der stillen Reserven in den Anteilen an einer SE aus Anlass der Sitzverlegung verboten. Für diesen Fall gilt jedoch, dass ein **späterer Veräußerungsgewinn** dieser Anteile der deutschen Besteuerung zu unterwerfen ist, als hätte es die Sitzverlegung nicht gegeben. Gleiches gilt, wenn später die Anteile verdeckt in eine Kapitalgesellschaft eingelegt werden, wenn die SE aufgelöst oder wenn ihr Kapital herabgesetzt und zurückgezahlt wird oder wenn Beträge aus dem steuerlichen Einlagenkonto (§ 27 KStG) ausgeschüttet oder zurückgezahlt werden.

Mit dieser Regelung sind der deutschen Besteuerung nicht nur die stillen Reserven unterworfen, die zum Zeitpunkt der Sitzverlegung bestehen, sondern auch die, die bis zur tatsächlichen Veräußerung der Anteile ggf. noch entstehen. Das deutsche Besteuerungsrecht für spätere Veräußerungen besteht unabhängig von etwaigen anderslautenden DBA-Regelungen, was zwangsläufig zu **Doppelbesteuerungssachverhalten** führen wird. ■

## Legal bases for the taxation of an SE

The European regulations governing the SE do not contain any provisions of their own regarding taxation but refer to the particular applicable national law of the country in which the SE has its registered office. This will usually provide for unlimited tax liability according to the **principle of income-source neutrality**. In addition, the provisions of Community law (inter alia the Parent/ Subsidiary Directive as well as the Interest/ Royalty Directive) and the **double taxation agreements** between the particular member states shall apply, and limited tax liability for income realized in the member state involved will always have to be borne in mind. Hence, the SE does not have any special privileges within the framework of recurrent taxation. The tax consequences of the formation of an SE depend on how the SE is formed. Only formation by conversion of an existing national public limited company into an SE is tax-neutral and will therefore not be discussed in more detail.

At a European level, in particular the **EC Merger Directives** of 1990 and 2005 (FRL 1990 and FRL 2005) have to be considered, which had to be implemented into national law by the member states. They were transposed into German law by the „Gesetz über die steuerlichen Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften“ (**„SESIEG“**) (Act on Tax Measures regarding the Introduction of the European Company and Amendment to Other Tax Regulations) of 7 December 2006, which particularly governs the formation of an SE by cross-border merger and the cross-border transfer of the SE's registered office. In this connection, the question of disclosure of hidden reserves and their taxation will be of particular interest.

## Taxation in the event of formation by merger

In the case of a merger by acquisition, all the assets and liabilities of each company being acquired are transferred without winding up to an existing national company, which at the same time adopts the form of an SE. In the case of a merger by the formation of a new company, all the assets and liabilities of two (or more) merging companies are transferred to the company newly to be formed, which shall take the form of an SE, whereas the merging companies cease to exist. From a German point of view, one has to distinguish between outbound merger (the SE newly to be formed is domiciled in another EU/ EEA member state) and inbound merger (the SE newly to be formed is domiciled in Germany) if a German promoting company is involved.

In the case of an **outbound merger**, the German corporation's assets and liabilities to be transferred to the new SE are valued at their fair market value in the closing balance sheet, which would lead to **disclosure of hidden reserves**. Upon request, the transferred assets and liabilities can be valued at book value provided that they will be subject to corporation tax at the level of the absorbing company later on, that Germany's right to tax the profits on any sale of the transferred assets accrued to the absorbing company is not excluded or limited and that no consideration, even in the form of membership rights, is given. This would, for example, be the case if a permanent establishment of the foreign SE remains in Germany to which the assets of the German promoting company are attributable and if the principle of **permanent establishment** as defined by Art. 7 OECD-MC applies in relation to the country in which the SE has its registered office.

At the German (transferring) company's **shareholder** level, the acquisition of new shares in the foreign SE is treated like a disposal and by assessing the fair market value hidden reserves are disclosed. Upon request, however, also in this case the book value can be carried forward as the formation of the SE by merger is a conversion as defined by of FRL 1990 / 2005.

In the case of an **inbound merger**, the absorbing (German) corporation (i.e. the newly formed SE domiciled in Germany) has to take over and assume the transferred assets and liabilities at the values stated in the transferring company's closing balance sheet. Any profit or loss accrued to the absorbing company to the amount of the difference between the book value of the shares in the transferring company and the value at which the transferred assets and liabilities have to be assumed is not taken into account. The absorbing company takes over the tax and legal position of the transferring company.

At the German corporation's **shareholder** level and after the merger into the German SE, no taxable event occurs so that there will be no tax consequences.

Ever since the SEStEG came into force, any loss carryovers of the transferor company can no longer be taken over by the transferee company. In this way, the German legislator wants to prevent the carryover of losses incurred in other EU member states.

## Taxation in the event of cross-border transfer of registered office

So far, if a corporation resident in Germany for tax purposes transfers its registered office abroad and thus avoids unlimited German tax liability, the German tax law has provided for the transfer of the registered office to be treated like a winding-up and to be subject to taxation, which has led to the disclosure of all hidden reserves. This stays this way in case the registered office is transferred to a **third country** (i.e. non-EU/ EEA member state).

Pursuant to the changes in tax law brought about by the SEStEG, the transfer of an SE's registered office to an EU/ EEA member state shall not give rise to taxation unless Germany's right to tax is excluded or limited. If, for example, the assets of the SE transferring its registered office remain effectively connected with a permanent establishment of the SE still situated in Germany, no taxation shall occur. Such attribution of assets to a permanent establishment is always problematic if interests or intangible assets (such as patents or licences) are involved. Such assets are not attributable to a permanent establishment, but to the parent company. Finally, **the problem of taxation of hidden reserves** is particularly serious if the SE transferring its registered office has a high self-generated goodwill amount or other self-generated intangible assets. As these are not capitalized, usually not attributable to a remaining permanent establishment in the event of a transfer and subject to taxation, one must reckon with a high tax burden. In such constellations, very diligent and careful legal advice by an attorney-at-law is required, ensuring optimum ways of transferring the registered office under corporate and tax law.

The shareholders of an SE which transfers its registered office from Germany to another EU/ EEA member state are faced with a different situation. The European directives prohibit taxation of hidden reserves on the shares in an SE on the occasion of the transfer of the registered office. In this case, however, any **gain on a subsequent disposal** of these shares is subject to German taxation as if the registered office hadn't been transferred. The same applies if the shares are later contributed to a corporation as hidden contributions, if the SE is dissolved or if its capital is reduced and repaid or if dividends from the deposit account (Section 27 Corporations Income Tax Act) are distributed or repaid.

Pursuant to this regulation, not only the hidden reserves that exist at the time of the transfer of the registered office, but also those that may still arise until the actual disposition of the shares are subject to German taxation. Germany's right to tax subsequent dispositions exists irrespectively of any contrary double taxation agreements, which will inevitably lead to **double taxation**. ■