

Urteil vom 23. April 2026, X R 34/21

Ermittlung der gemeinen Werte der übertragenden Körperschaft bei Verschmelzung

ECLI:DE:BFH:2026:U.230426.XR34.21.0

BFH X. Senat

BewG § 9 Abs 2, BewG § 11 Abs 2, EStG § 5 Abs 1 S 1, EStG § 5 Abs 2, HGB § 246 Abs 1 S 4, HGB § 249 Abs 1 S 1, HGB § 252 Abs 1 Nr 4, UmwG § 2 Nr 1, UmwG § 122a, UmwStG 2006 § 1 Abs 1 S 1 Nr 1, UmwStG 2006 § 11 Abs 1 S 1, UmwStG 2006 § 13 Abs 1, AEUV Art 49, AEUV Art 54, EGRL 133/2009 Art 1 Buchst a, EGRL 133/2009 Art 2 Buchst a UAbs iii, EGRL 133/2009 Art 3, EGRL 133/2009 Art 4 Abs 1, EGRL 133/2009 Art 4 Abs 2 Buchst b, GG Art 2 Abs 1, GG Art 3 Abs 1, EStG VZ 2011

vorgehend Hessisches Finanzgericht , 02. Dezember 2021, Az: 4 K 130/20

Leitsätze

1. Werden bei einer Verschmelzung auf eine andere Körperschaft in der steuerlichen Schlussbilanz nach § 11 Abs. 1 Satz 1 des Umwandlungssteuergesetzes 2006 die übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert angesetzt, so ist auch ein selbst geschaffener Geschäfts- oder Firmenwert anzusetzen. Dieser kann allerdings nicht negativ sein.
2. Es sind jedoch alle Wirtschaftsgüter anzusetzen, für die im allgemeinen Bilanzsteuerrecht Ansatzverbote, insbesondere Passivierungsverbote, gelten. Dazu gehören Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten sowie Drohverlustrückstellungen. Reine Aufwandsrückstellungen sind nicht zu bilden.

Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 02.12.2021 - 4 K 130/20 aufgehoben.

Die Sache wird an das Hessische Finanzgericht zurückverwiesen.

Dem Hessischen Finanzgericht wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Tatbestand

I.

- 1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine Gesellschaft m.b.H. mit Sitz in der Republik Österreich, war alleinige Gesellschafterin der B GmbH mit Sitz im Inland.
- 2 Das Vermögen der B GmbH bestand im Wesentlichen aus Beteiligungen an in- und ausländischen Gesellschaften der A Gruppe. Gegenstand der B GmbH war die Übernahme der Holdingfunktion für die Gesellschaften der A Gruppe. Sie erbrachte dabei im Rahmen der Planung und Durchsetzung einer strategischen Ausrichtung der A Gruppe Dienstleistungen insbesondere in Form der Ausarbeitung, Überwachung und Durchführung von strategischen Vertriebs- und Marketingkonzepten, der Finanzierung der Unternehmensgruppe und der einzelnen Gesellschaften, der Unterstützung im Controlling, der Rechtsberatung und bei der Informationstechnik. Ferner überwachte sie die monatlichen Reporte der Auslandsgesellschaften. Auf Grundlage zuletzt eines Vertrags vom 01.11.2007 berechnete die B GmbH den Konzerngesellschaften Kosten für Dienstleistungen im Bereich Management, Finanzierung, Planung, Verwaltung, Buchführung und Controlling im Verhältnis der Umsatzerlöse zuzüglich eines Aufschlags von 5 %. Weitere Kosten insbesondere im Bereich des Beteiligungscontrolling waren nicht umlagefähig. Eigene Umsatzerlöse generierte sie nicht.
- 3 Mit Verschmelzungsvertrag vom 15.06.2012 wurde die B GmbH im Wege der grenzüberschreitenden Verschmelzung

mit Wirkung zum Ablauf des 31.12.2011 auf die Klägerin verschmolzen. Die gemeinen Werte der übergehenden Wirtschaftsgüter wurden mit Hilfe eines Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 27.06.2012 ermittelt. Das Gutachten ging nach dem Discounted-Cash-Flow-Verfahren (DCF-Verfahren) vor, und zwar dem sum-of-the-parts-Verfahren, so dass die Werte aller Beteiligungsgesellschaften getrennt ermittelt und im Rahmen der Wertermittlung bei der B GmbH die Erträge und Aufwendungen aus dem Halten der Beteiligungen nicht berücksichtigt wurden. Das Gutachten ermittelte aus den weiteren Erträgen (Weiterverrechnung von Kosten an die Tochtergesellschaften) und den diese insgesamt übersteigenden Aufwendungen (Personalaufwand sowie sonstige Aufwendungen), die als Zwischenwert negative earnings before interest and taxes (EBIT) ergaben, ferner unter weiterer Berücksichtigung von Ertragsteuern auf das EBIT, einer Hinzurechnung von Net Working Capital (erwartete Vereinnahmung eines bisher nicht ausgezahlten Jahresüberschusses einer der Beteiligungsgesellschaften) sowie durch Kapitalisierung und Abzinsung des nachhaltigen Free Cashflow einen negativen DCF-Wert als "Unternehmensgesamtwert" (gerundet ./ 3.192.000 €) per 01.01.2012. Nach Hinzurechnung des Netto-Finanzvermögens war der "Unternehmenswert" (das Eigenkapital) positiv. Das Rechenwerk als solches steht nicht im Streit.

- 4 Die B GmbH wies daher in ihrer steuerlichen Schlussbilanz im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 des Umwandlungssteuergesetzes (UmwStG) 2006 einen negativen Geschäfts- oder Firmenwert in Höhe von ./ 3.191.985,14 € aus.
- 5 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) berücksichtigte den Verschmelzungsgewinn mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Bescheiden vom 12.02.2013 betreffend Körperschaftsteuer 2011, Gewerbesteuermessbetrag 2011 sowie Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags 2011 zunächst erklärungsgemäß.
- 6 Das FA kam in einer im Jahre 2016 begonnenen Außenprüfung zu dem Ergebnis, dass der negative Geschäfts- oder Firmenwert nicht anzusetzen sei, da der Substanzwert des Betriebsvermögens die steuerliche Wertuntergrenze sei. Es versagte den Ansatz des negativen Geschäfts- oder Firmenwerts und erließ am 25.01.2019 entsprechende Änderungsbescheide.
- 7 Sowohl die Einsprüche wie auch die Klage blieben erfolglos. Das Finanzgericht (FG) ging davon aus (Entscheidungen der Finanzgerichte 2022, 293), die streitigen Aufwendungen seien Verwaltungskosten, die die B GmbH ohne Gegenleistung für den Gesellschafter erbracht habe und die deshalb nicht dem verschmolzenen Unternehmen anhafteten. Dies entspreche den für eine nicht operativ tätige Holdinggesellschaft entwickelten Grundsätzen.
- 8 Mit ihrer Revision macht die Klägerin geltend, das FG gehe mittels in sich widersprüchlicher Feststellungen zu Unrecht von einer nicht operativ tätigen Holdinggesellschaft aus. Es verkenne auch die Bedeutung der Substanzwertuntergrenze, denn sowohl der Liquidations- als auch der Fortführungswert müssten den negativen Barwert im Substanzwert berücksichtigen, sei es als Kosten, die den Liquidationskosten vergleichbar seien, sei es als notwendige weiterlaufende Kosten, da die Leitung der Konzerngesellschaften unternehmerisch notwendig sei.
- 9 Die Nichtberücksichtigung negativer Wertbeiträge durch Begrenzung des Geschäfts- oder Firmenwerts auf einen positiven Betrag führe insgesamt zu einem Wertansatz oberhalb des gemeinen Werts. Werde kein negativer Geschäfts- oder Firmenwert zugelassen, was ertragsteuerlich im Wege einer Differenzberechnung problemlos möglich wäre, müsse daher die Bildung eines negativen Ausgleichspostens zugelassen werden, um den gemeinen Wert der Sachgesamtheit zutreffend abzubilden.
- 10 Schließlich verstoße die Nichtberücksichtigung des negativen Wertbeitrags gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sowie gegen Art. 49, 54 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 01.12.2009 (Amtsblatt der Europäischen Union 2008, Nr. C 115, 47) --AEUV--.
- 11 Die Klägerin beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil und die Einspruchsentscheidungen vom 08.01.2020 aufzuheben und die gegen die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der B GmbH ergangenen Bescheide über Körperschaftsteuer 2011, Gewerbesteuermessbescheid 2011 und die Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags 2011, alle vom 25.01.2019, dahingehend zu ändern, dass ein um 3.191.985,14 € niedrigerer Übertragungswert berücksichtigt wird.
- 12 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

- 13** Das FG habe zu Recht den negativen Geschäfts- oder Firmenwert nicht berücksichtigt und auch nicht in die Ermittlung des Substanzwerts einbezogen. Zu dem Substanzwert gehörten zwar die geschäftswert-, firmenwert- oder praxiswertbildenden Faktoren, aber nicht der negative Geschäftswert selbst und auch keine negativen Ertragsaussichten.

Entscheidungsgründe

II.

- 14** Die Revision ist begründet, das angefochtene FG-Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 15** Für die Ermittlung des Verschmelzungsergebnisses sind in der steuerlichen Schlussbilanz der B GmbH die auf die Klägerin übergegangenen Wirtschaftsgüter einschließlich nicht entgeltlich erworbener oder selbst geschaffener immaterieller Wirtschaftsgüter gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 mit dem gemeinen Wert zu bewerten (unten 1.). Anzusetzen sind alle Wirtschaftsgüter, namentlich Passiva, auch wenn sie im Übrigen einem bilanzsteuerrechtlichen Ansatzverbot unterliegen (unten 2.). Ein nicht entgeltlich erworbenes oder selbst geschaffenes immaterielles Wirtschaftsgut ist insbesondere auch der Geschäfts- oder Firmenwert (unten 3.). Dieser kann jedoch nicht mit einem negativen Wert angesetzt werden, da der in dessen Berechnung eingehende Substanzwert der Sachgesamtheit der B GmbH nicht unterschritten werden darf (unten 4.). Der wirtschaftlich in einem negativen Geschäfts- oder Firmenwert verkörperte Minderwert kann auch nicht ersatzweise durch andere bilanzielle Maßnahmen abgebildet werden (unten 5.). Dieses Ergebnis verstößt weder gegen Verfassungsrecht (unten 6.) noch gegen Unionsrecht (unten 7.). Der Senat vermag jedoch nicht zu beurteilen, ob die wirtschaftlichen Umstände, die sich in dem durch die Klägerin gebildeten negativen Geschäfts- oder Firmenwert widerspiegeln, stattdessen nach Maßgabe der unter II.2. dargelegten Grundsätze in der steuerlichen Schlussbilanz angesetzt werden können, da das FG dazu keine Feststellungen getroffen hat (unten 8.).
- 16** 1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 sind bei einer Verschmelzung auf eine andere Körperschaft die übergehenden Wirtschaftsgüter, einschließlich nicht entgeltlich erworbener oder selbst geschaffener immaterieller Wirtschaftsgüter, in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem gemeinen Wert anzusetzen.
- 17** a) Die Vorschrift findet nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG 2006 i.d.F. des Streitjahres (a.F.) i.V.m. § 2 Nr. 1, § 122a des Umwandlungsgesetzes a.F. auch auf grenzüberschreitende Verschmelzungen Anwendung. Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass die Voraussetzungen insbesondere des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG 2006 a.F. vorliegen, so dass der Senat von weiteren Ausführungen absieht.
- 18** b) Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 UmwStG können auf Antrag die übergehenden Wirtschaftsgüter abweichend von § 11 Abs. 1 UmwStG einheitlich mit dem Buchwert oder einem höheren Wert, höchstens jedoch mit dem Wert nach Abs. 1, angesetzt werden, soweit unter anderem (Nr. 2) das Recht der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) hinsichtlich der Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung der übertragenen Wirtschaftsgüter bei der übernehmenden Körperschaft nicht ausgeschlossen oder beschränkt wird. An Letzterem fehlt es. Dementsprechend wurde auch kein Buch- oder Zwischenwertantrag gestellt.
- 19** c) Für die Bestimmung des gemeinen Werts eines Wirtschaftsguts ist auf § 9 des Bewertungsgesetzes (BewG) zurückzugreifen. Der Begriff des gemeinen Werts ist weder im Umwandlungssteuergesetz 2006 noch im Einkommensteuergesetz (EStG) oder im Körperschaftsteuergesetz legal definiert, so dass § 9 BewG auch für Zwecke der ertragsteuerrechtlichen Bewertung Anwendung findet (vgl. § 1 BewG; Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 26.02.1997 - X R 31/95, BFHE 183, 65, BStBl II 1997, 561, unter 4.a, und vom 12.04.2017 - I R 36/15, BFH/NV 2018, 58, Rz 18). Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 BewG wird der gemeine Wert durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind nach § 9 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG alle Umstände zu berücksichtigen, die den Preis beeinflussen, nicht hingegen ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse.
- 20** 2. In der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft sind auch alle Wirtschaftsgüter anzusetzen, für die im allgemeinen Bilanzsteuerrecht Ansatzverbote, insbesondere Passivierungsverbote, gelten (ebenso die in dem Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 02.01.2025, BStBl I 2025, 92, Anwendung des Umwandlungssteuergesetzes --UmwStE 2025--, Rz 11.03, 03.04, 03.06 zum Ausdruck gekommene Auffassung der

Finanzverwaltung; zustimmend Schmitt in Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl., § 11 UmwStG Rz 26; Brandis/Heuermann/Nitzschke, § 11 UmwStG Rz 58; Klier in Bordewin/Brandt, § 11 UmwStG 2006 Rz 70; ebenso zu der insoweit vergleichbaren Vorschrift in § 3 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 284 ff.; zweifelnd hingegen Rödder in Rödder/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl. 2025, § 11 Rz 136 ff., 140; zweifelnd wohl auch Tiedchen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 11 UmwStG Rz 47 ff.).

- 21** Das betrifft vor allem die in den verschiedenen Absätzen des § 5 EStG genannten Passivierungsverbote (vgl. die Übersichten über die unter dem Stichwort "stille Lasten" geführten Passivierungsverbote bei Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 283, sowie bei Tiedchen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 11 UmwStG Rz 47).
- 22** a) § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 nennt "die übergehenden Wirtschaftsgüter" ohne Ausnahme. Damit erfasst die Vorschrift, wenn nicht nach § 11 Abs. 2 UmwStG 2006 die Buchwerte fortgeführt werden, schon dem Wortlaut nach auch solche Wirtschaftsgüter, die sonst in der Steuerbilanz nicht oder nicht in dem in der Handelsbilanz ausgewiesenen Umfang angesetzt werden dürfen. Steuerliche Aktivierungs- oder Passivierungsverbote lassen aber die Eigenschaft als Wirtschaftsgut unberührt (Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 280). Während bei dem Ansatz zu Buchwerten nach § 11 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 5 Nr. 4 UmwStG 2006 die steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung zu berücksichtigen sind, was den Ansatz der einem Bilanzierungsverbot unterliegenden Wirtschaftsgüter ausschließt, fehlt der Bewertung zum gemeinen Wert eine solche Verknüpfung (so auch Schmitt in Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl., § 11 UmwStG Rz 25 f.).
- 23** b) Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 ausdrücklich entgegen § 5 Abs. 2 EStG den Ansatz auch der nicht entgeltlich erworbenen oder selbst geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgüter anordnet, hingegen gerade keine vergleichbare Anordnung für die übrigen bilanzsteuerrechtlichen Aktivierungs- und Passivierungsverbote trifft (so aber Desens, GmbHRundschau --GmbHR-- 2007, 1202, 1203; so Lemaître/Schönherr, GmbHR 2007, 173, 174 f., der dafür allerdings auch einen passiven Ausgleichsposten ansetzen möchte; so wohl auch Rödder in Rödder/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl., § 11 Rz 140, m.w.N.; offen Birkemeier in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl. 2019, § 3 Rz 80). Der von jenen Autoren befürwortete Umkehrschluss trägt im Ergebnis nicht. § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG ist nicht nach Art eines Katalogs aufgebaut, der zwar bestimmte, einem bilanzsteuerrechtlichen Ansatzverbot unterliegende Wirtschaftsgüter enthielte, andere jedoch nicht. Vielmehr nennt die Vorschrift zunächst "die übergehenden Wirtschaftsgüter", um sodann den Einschluss der genannten immateriellen Wirtschaftsgüter hervorzuheben. Damit ist klargestellt, dass ungeachtet bilanzsteuerrechtlicher Sondervorschriften *alle* übergehenden Wirtschaftsgüter anzusetzen sind.
- 24** c) Das bedeutet, dass in der steuerlichen Schlussbilanz nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 diejenigen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter anzusetzen sind, die nach allgemeinen steuerbilanziellen Regeln anzusetzen wären, wenn das jeweilige Ansatzverbot nicht bestünde. Soweit die Passivierungsverbote nicht gelten, führt das nicht dazu, dass nunmehr jegliche wirtschaftlich belastende Umstände passiviert werden könnten. Die Vorschrift begründet, auch wenn §§ 3, 11 UmwStG 2006 eigenständige Ansatz- und Bewertungsvorschriften sind (so zutreffend Tz. 03.04, 11.03 UmwStE), kein bilanzsteuerrechtliches Erfindungsrecht, da sie dann konturlos wäre.
- 25** aa) Die Passivierungsverbote betreffen neben einigen noch nicht konkretisierten Verbindlichkeiten im Wesentlichen eine Reihe von Rückstellungen, darunter insbesondere Drohverlustrückstellungen, die nach § 5 Abs. 4a EStG heute zwar im Grundsatz in der allgemeinen Steuerbilanz nicht mehr gebildet werden dürfen, jedoch in der steuerlichen Schlussbilanz nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 zulässig sind. Die nach diesen Grundsätzen in der steuerlichen Schlussbilanz anzusetzenden Verbindlichkeiten und Rückstellungen sind jedoch von der weiterhin und seit jeher unzulässigen unbegrenzten Antizipation künftiger Aufwendungen abzugrenzen. So hatte der BFH zu der Zeit, in der Drohverlustrückstellungen noch gebildet werden durften und mussten (vgl. BFH-Urteil vom 19.07.1983 - VIII R 160/79, BFHE 139, 244, BStBl II 1984, 56, unter III.), klargestellt, dass eine Rückstellung nicht für eine schlichte Minderung des Ertragswerts begehrt werden kann, da dies einer Rückstellung dafür gleichkäme, dass für einen Zeitraum nach dem Bilanzstichtag eine Gewinnminderung für vermeintlich zu hohe Aufwendungen in Kauf zu nehmen ist. Derartige zu erwartende Minderungen rechtfertigen keine Rückstellungen, sondern liegen im allgemeinen Unternehmensrisiko (BFH-Urteil vom 25.01.1984 - I R 7/80, BFHE 140, 449, BStBl II 1984, 344, unter 6.).
- 26** bb) Bei der Frage, ob in derartigen Fällen ein Passivposten anzusetzen ist, ist zwar das spezialgesetzliche

Passivierungsverbot außer Acht zu lassen, im Übrigen aber auf die allgemeinen steuerrechtlichen Bilanzierungsgrundsätze zurückzugreifen (Rödter in Rödter/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl., § 11 Rz 136; vgl. auch Birkemeier in Rödter/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 3. Aufl., § 3 Rz 95), die ihrerseits an handelsrechtliche Bilanzierungsgrundsätze anknüpfen.

- 27** (1) Eine Bindung der steuerlichen Schlussbilanz an die Handelsbilanz besteht zwar für den Ansatz der Höhe nach schon insofern nicht, als der gemeine Wert selbständig zu bestimmen ist und nicht den Buchwerten der Handelsbilanz entsprechen kann (vgl. Martini in Widmann/Mayer, § 3 UmwStG Rz 213; vgl. auch Tz. 03.10, 03.25, 11.05 UmwStE, wo eine Bindungswirkung selbst für den Ansatz von Buch- und Zwischenwerten verneint wird). Für den Ansatz dem Grunde nach bleibt die Verknüpfung jedoch bestehen, denn nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 EStG ist auch für die Steuerbilanz im Ausgangspunkt das Betriebsvermögen anzusetzen, das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist.
- 28** (2) Das bedeutet insbesondere, dass für die Passivierung der von spezialgesetzlichen Passivierungsverboten erfassten Rückstellungen § 249 des Handelsgesetzbuchs (HGB) anzuwenden ist. Die Rechtsprechung zum Steuerbilanzrecht, die vor Inkrafttreten des betreffenden Passivierungsverbots ergangen ist (wie etwa die Rechtsprechung zu den Drohverlustrückstellungen für die Zeit vor Inkrafttreten des mit Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997, BGBl I 1997, 2590 eingefügten § 5 Abs. 4a EStG), ist heranzuziehen.
- 29** cc) Nach § 249 Abs. 1 Satz 1 Alternative 1 HGB sind Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden und nach alledem gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 auch in der steuerlichen Schlussbilanz anzusetzen, wenn sie etwa nach § 5 Abs. 2a EStG nicht passivierbar wären. Insofern tritt in der Schlussbilanz das handelsrechtlich in § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB kodifizierte und steuerbilanzrechtlich zurückgedrängte Vorsichtsprinzip, das sich aus der Verbindung zwischen dem Realisationsprinzip und dem Imparitätsprinzip ergibt (dazu Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 45. Aufl., § 5 Rz 77), wieder in den Vordergrund.
- 30** Voraussetzungen für die Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten sind das Bestehen einer nur ihrer Höhe nach ungewissen Verbindlichkeit oder die hinreichende Wahrscheinlichkeit des künftigen Entstehens einer Verbindlichkeit dem Grunde nach --deren Höhe zudem ungewiss sein kann-- sowie ihre wirtschaftliche Verursachung in der Zeit vor dem Bilanzstichtag. Zudem muss der Schuldner ernsthaft mit seiner Inanspruchnahme rechnen (vgl. BFH-Urteil vom 08.11.2016 - I R 35/15, BFHE 256, 253, BStBl II 2017, 768, Rz 19, m.w.N.). Es muss sich, wie sich im Ausgangspunkt schon aus dem Begriff "Verbindlichkeit" ergibt, um eine Verpflichtung gegenüber einem Dritten handeln (sogenannte Außenverpflichtung). Diese ist wiederum dann nicht passivierbar, wenn im Einzelfall ein sogenanntes eigenbetriebliches Interesse als wirtschaftlich auslösendes Moment der Belastung zu werten ist, weil dann der Sache nach eine sogenannte Aufwandsrückstellung vorliegt (vgl. BFH-Urteil vom 22.01.2020 - XI R 2/19, BFHE 268, 180, BStBl II 2020, 493, Rz 21). Solche Aufwandsrückstellungen sind lediglich in den spezialgesetzlich normierten Fällen des § 249 Abs. 1 Satz 2 HGB zu bilden. Im Übrigen können sie auch in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 nicht angesetzt werden.
- 31** dd) Nach § 249 Abs. 1 Satz 1 Alternative 2 HGB sind ferner Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden und gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 auch dann in der steuerlichen Schlussbilanz anzusetzen, wenn sie nach § 5 Abs. 4a EStG nicht passivierbar sind.
- 32** Die Pflicht zur Drohverlustrückstellung folgt ebenfalls dem bilanzrechtlichen Imparitätsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB. Ansprüche und Verbindlichkeiten aus einem schwebenden Geschäft dürfen in der Bilanz zwar grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Ein Bilanzausweis ist aber geboten, wenn und soweit das Gleichgewicht solcher Vertragsbeziehungen durch Vorleistungen oder Erfüllungsrückstände eines Vertragspartners gestört ist oder aus diesem Geschäft ein Verlust droht. Das gilt nicht nur für gegenseitige Verträge, die auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet sind, sondern auch für Dauerschuldverhältnisse. Durch die Rückstellung dürfen jedoch nur objektiv zu erwartende ("drohende") Verluste antizipiert werden; die bloße Möglichkeit, dass das eingeleitete Geschäft mit einem Verlust abgeschlossen wird, reicht hierfür nicht aus. Ein Verlust "droht", wenn konkrete Anzeichen dafür vorliegen, dass der Wert der eigenen Verpflichtungen aus dem Geschäft den Wert des Anspruchs auf die Gegenleistung übersteigt (sogenannter Verpflichtungs- oder Aufwendungsüberschuss). Entscheidend hierfür sind die objektiven Wertverhältnisse am Bilanzstichtag (vgl. im Einzelnen [für die Vorläufervorschrift zu § 249 HGB] Beschluss des Großen Senats des BFH vom 23.06.1997 - GrS 2/93, BFHE 183, 199, BStBl II 1997, 735, unter B.I.3., m.w.N.).
- 33** 3. Zu den in der Schlussbilanz anzusetzenden nicht entgeltlich erworbenen oder selbst geschaffenen immateriellen

Wirtschaftsgütern gehört dem Grunde nach auch der Geschäfts- oder Firmenwert. Dessen gemeiner Wert, den § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 anzusetzen verlangt, kann der Höhe nach wiederum nur im Wege einer Rückrechnung aus dem Wert der übertragenen Sachgesamtheit abzüglich aller übergehenden Einzelwirtschaftsgüter abgeleitet werden.

- 34** a) Die in § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 ab "einschließlich ..." enthaltene Wendung knüpft inhaltlich an § 5 Abs. 2 EStG an. Danach ist für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ein Aktivposten nur anzusetzen, wenn sie entgeltlich erworben wurden. Zu diesen Wirtschaftsgütern gehört insbesondere der selbst geschaffene Geschäfts- oder Firmenwert der übertragenden Körperschaft (Rödter in Rödter/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl., § 11 Rz 137; Tiedchen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 11 UmwStG Rz 57; Schmitt in Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl., § 11 UmwStG Rz 21; so auch Tz. 11.03 i.V.m. Tz. 03.05 UmwStE). Das war auch die Vorstellung des Gesetzgebers (vgl. BTDrucks 16/3369, S. 10).
- 35** b) Der Geschäfts- oder Firmenwert ermittelt sich als Unterschiedsbetrag zwischen dem Gesamtwert für die übergehende Sachgesamtheit einerseits und dem Saldo aus allen unter Aufdeckung der stillen Reserven und stillen Lasten angesetzten Aktiva und Passiva (die "übergehenden Wirtschaftsgüter" im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006) andererseits. Es handelt sich um eine Residualgröße (vgl. Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 246).
- 36** aa) Das Ertragsteuerrecht enthält keine Begriffsbestimmung für den Geschäfts- oder Firmenwert. Eine Legaldefinition enthält lediglich § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB für die Handelsbilanz und auch nur, soweit er entgeltlich erworben wurde. Danach gilt der Unterschiedsbetrag, um den die für die Übernahme eines Unternehmens bewirkte Gegenleistung den Wert der einzelnen Vermögensgegenstände des Unternehmens abzüglich der Schulden im Zeitpunkt der Übernahme übersteigt (entgeltlich erworbener Geschäfts- oder Firmenwert), als zeitlich begrenzt nutzbarer Vermögensgegenstand.
- 37** bb) Steuerlich wird unter einem Geschäfts- oder Firmenwert der Mehrwert verstanden, der einem gewerblichen Unternehmen über den Substanzwert der einzelnen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter abzüglich Schulden hinaus innewohnt. Er ist Ausdruck der Gewinnchancen eines Unternehmens, soweit diese nicht in einzelnen Wirtschaftsgütern oder der Person des Unternehmers verkörpert sind, sondern durch den Betrieb eines lebenden Unternehmens (zum Beispiel Ruf, Kundenkreis, Organisation und so weiter) gewährleistet erscheinen. Der Geschäftswert ist grundsätzlich mit dem Betrieb verwoben und kann daher abgesehen von Sonderfällen (Betriebsaufspaltung, Realteilung) weder separat veräußert noch entnommen werden (vgl. BFH-Urteil vom 26.11.2009 - III R 40/07, BFHE 227, 460, BStBl II 2010, 609, unter II.1., m.w.N.). In der Sache deckt sich dies mit der handelsbilanziellen Begriffsbestimmung, da im Falle eines Unternehmenskaufs unter fremden Dritten regelmäßig auch dieser Mehrwert in die Bemessung der Gegenleistung eingeht.
- 38** cc) Die Wertermittlung des Geschäfts- oder Firmenwerts wäre nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BewG nicht möglich, da sich nach dieser Vorschrift der gemeine Wert durch den Veräußerungspreis bestimmt, der Geschäfts- oder Firmenwert aber nicht selbständig veräußerbar ist (vgl. Rödter in Rödter/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl., § 11 Rz 167, 169; Schmitt in Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl., § 11 UmwStG Rz 41). Er besäße daher nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen zwar einen Teilwert im Sinne von § 10 BewG, nicht aber einen gemeinen Wert.
- 39** dd) Entspricht aber der Geschäfts- oder Firmenwert definitionsgemäß der Differenz zwischen dem Wert der übertragenen Sachgesamtheit und der Summe der Werte aller (anderen) übergehenden Wirtschaftsgüter (Aktiva und Passiva), so ist auch für steuerliche Zwecke dieser Wert im Wege einer solchen Differenzberechnung zu ermitteln und im Wege einer normspezifischen Definition des Begriffs "gemeiner Wert" dieser Differenzbetrag in der Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft anzusetzen.
- 40** Klarzustellen ist, dass im Rahmen dieser Berechnung zu den anderen übergehenden Wirtschaftsgütern auch diejenigen gehören, die zwar sonst einem steuerbilanziellen Ansatzverbot unterliegen, in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft aber nach Maßgabe von II.2. dennoch anzusetzen sind. Handelt es sich um Passivposten, erhöht deren Einbeziehung in die Differenzberechnung den Geschäfts- oder Firmenwert (vgl. Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 289 f.).
- 41** ee) Der Senat kann offenlassen, ob der Auffassung der Finanzverwaltung zu folgen ist, die den gemeinen Wert der Sachgesamtheit im Verhältnis der Teilwerte auf die einzelnen Wirtschaftsgüter aufteilen möchte (Tz. 11.04, 03.09

UmwStE). Er hat keine Erkenntnisse dafür, dass das im Streitfall einen Unterschied für die Höhe des Verschmelzungsergebnisses bewirken könnte.

- 42 4. Diese Ermittlung kann jedoch nicht zu einem negativen Geschäfts- oder Firmenwert führen.
- 43 a) Das gilt schon deshalb, weil ein negativer Geschäfts- oder Firmenwert kein Wirtschaftsgut sein kann. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 als eigenständiger Ansatz- und Bewertungsvorschrift wäre zwar auch der Ansatz von Bilanzpositionen möglich, die anderweit steuerrechtlich nicht zugelassen wären. Das gilt jedoch (s. bereits oben unter II.2.c) nur für solche Positionen, die überhaupt ein Wirtschaftsgut darstellen können.
- 44 aa) Es ist zwar fraglich, ob die Fassung des § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB ("übersteigt") die Existenz eines negativen Geschäfts- oder Firmenwerts in der Handelsbilanz ausschließt. Darauf kommt es allerdings insofern nicht an, als auch diejenigen, die den Ansatz eines negativen Geschäfts- oder Firmenwerts ablehnen, bei entgeltlichem Erwerb eines Unternehmens, mit dem allein sich § 246 Abs. 1 Satz 4 HGB befasst, für die entsprechenden Zuzahlungen eine Abstockung auf diejenigen Vermögensgegenstände vornehmen, die nicht mit ihrem Nominalwert zu aktivieren sind. Zumindest für einen etwaigen Überhang wird die Aufnahme eines auf § 265 Abs. 5 Satz 2 HGB gestützten Postens "negativer Geschäftswert" erörtert (vgl. im Einzelnen zum Streitstand Kirsch in BilR - eKomm, § 246 HGB Rz 223 f., Stand: 08.03.2022).
- 45 bb) Der BFH geht jedoch in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der negative Geschäfts- oder Firmenwert kein bilanzierungsfähiges Wirtschaftsgut darstellt (vgl. BFH-Urteile vom 19.02.1981 - IV R 41/78, BFHE 133, 510, BStBl II 1981, 730, unter 2.a; vom 19.07.1983 - VIII R 160/79, BFHE 139, 244, BStBl II 1984, 56, unter II.2.; vom 25.01.1984 - I R 7/80, BFHE 140, 449, BStBl II 1984, 344, unter 6.; vom 25.08.1989 - III R 95/87, BFHE 158, 58, BStBl II 1989, 893, unter II.5.; vom 21.04.1994 - IV R 70/92, BFHE 174, 413, BStBl II 1994, 745, unter 4.a; offengelassen hingegen durch BFH-Urteil vom 26.04.2006 - I R 49, 50/04, BFHE 213, 374, BStBl II 2006, 656, unter II.7. [allerdings unter Verweis auf § 301 Abs. 3 HGB, der für den konsolidierten Konzernabschluss dem Geschäfts- oder Firmenwert auf der Aktivseite einen korrespondierenden Posten "Unterschiedsbetrag aus der Kapitalkonsolidierung" auf der Passivseite gegenüberstellt]; zu der Rechtslage betreffend Zuzahlungen noch unten II.5.).
- 46 b) Vor allem aber kann die unter II.3.b beschriebene Differenzrechnung keinen negativen Wert ergeben, weil der Wert der übergehenden Sachgesamtheit der übertragenden Körperschaft auch für Zwecke dieser Rechnung entsprechend § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG mindestens mit ihrem Substanzwert anzusetzen ist, der seinerseits der Summe der gemeinen Werte aller Aktiva und Passiva entspricht.
- 47 aa) Der Wert dieser Sachgesamtheit entspricht dem Wert (aller) Anteile an dieser Körperschaft. Im Ausgangspunkt ist zwar wegen des Trennungsprinzips zwischen dem Wert eines Anteils an einer Körperschaft/Kapitalgesellschaft und dem Wert ihres Betriebsvermögens zu unterscheiden. Der gemeine Wert nicht börsennotierter Kapitalgesellschaften bestimmt sich nach § 11 Abs. 2 BewG. Das gilt nach § 109 Abs. 2 Satz 2 BewG entsprechend für den Wert des Anteils am Betriebsvermögen einer solchen Kapitalgesellschaft, der ebenfalls vorrangig auf die Ertragskraft des Unternehmens als lebendem Organismus abstellt (Riedel in Daragan/Halaczinsky/Riedel, ErbStG, BewG, 4. Aufl., § 109 BewG Rz 1). Wenn auch der Anteil an einer Kapitalgesellschaft als eigenständiges Wirtschaftsgut von den der Kapitalgesellschaft gehörenden aktiven und passiven Wirtschaftsgütern zu unterscheiden ist, zeigt doch diese Verknüpfung, dass sich die Bewertung des Betriebsvermögens der Kapitalgesellschaft nicht wesentlich von der Bewertung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft unterscheidet (vgl. Dötsch in Stenger/Loose, Bewertungsrecht, § 109 BewG Rz 142; Fehrenbacher in Wilms/Jochum, BewG, § 109 Rz 1.3). Der gedachte Käufer wird bei der Bemessung seines Kaufpreises regelmäßig keine anderen Erwägungen anstellen als der Erwerber eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft (so auch BTDrucks 16/7918, S. 39). Vielmehr ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Käufer, der im Rahmen eines *asset deal* das Betriebsvermögen der übertragenden Kapitalgesellschaft erwirbt, ebenso viel zahlt wie der Käufer, der im Rahmen eines *share deal* deren Anteile erwirbt.
- 48 bb) Anteile an Kapitalgesellschaften, die nicht unter § 11 Abs. 1 BewG fallen, sind mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BewG). Lässt sich der gemeine Wert nicht aus Verkäufen unter fremden Dritten ableiten, die weniger als ein Jahr zurückliegen, so ist er unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten der Kapitalgesellschaft oder einer anderen anerkannten, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nichtsteuerliche Zwecke üblichen Methode zu ermitteln; dabei ist die Methode anzuwenden, die ein Erwerber der Bemessung des Kaufpreises zugrunde legen würde (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BewG). Die Summe der gemeinen Werte der zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter und sonstigen aktiven Ansätze abzüglich der zum

Betriebsvermögen gehörenden Schulden und sonstigen Abzüge (Substanzwert) der Gesellschaft darf nicht unterschritten werden (§ 11 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BewG).

- 49** cc) Es ist umstritten, ob die zuletzt genannte Wertuntergrenze in Gestalt des Substanzwerts auch im Rahmen der hier anstehenden Ermittlung des Geschäfts- oder Firmenwerts zu beachten ist, mit der Folge, dass ein negativer Differenzbetrag nicht entstehen kann. Dies entspricht der Herangehensweise der Finanzverwaltung (vgl. Tz. 11.04 i.V.m. Tz. 03.07 UmwStG). Im Schrifttum wird dieses Ergebnis teilweise hingenommen (Tiedchen in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 11 UmwStG Rz 44; Schmitt in Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 10. Aufl., § 11 UmwStG Rz 43, m.w.N.; BeckOK UmwStG/Steiner, 36. Edition 01.06.2026, UmwStG § 11 Rz 223.1). Eine Reihe von Autoren betrachten dies jedoch kritisch und treten entweder für einen negativen Geschäftswert (so etwa Rödter in Rödter/Herlinghaus/Graw/Heinemann, UmwStG, 4. Aufl., § 11 Rz 176 ff.: "offensichtlich unzutreffende Überbewertungen"; so auch zu § 3 UmwStG 2006 Martini in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 3 UmwStG Rz 373, unter Berufung auf das BFH-Urteil vom 28.04.2016 - I R 33/14, BFHE 253, 548, BStBl II 2016, 913) oder für einen passiven Ausgleichsposten ein (Brandis/Heuermann/Nitzschke, § 11 UmwStG Rz 66, unter Berufung auf das BFH-Urteil vom 21.04.1994 - IV R 70/92, BFHE 174, 413, BStBl II 1994, 745).
- 50** dd) Der Senat erachtet auch im vorliegenden Zusammenhang die Substanzwertuntergrenze des § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG für anwendbar. Es entstünde ein systematischer Bruch, wenn im Rahmen des § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 diese Untergrenze ausgeklammert würde.
- 51** (1) Das in § 11 Abs. 2 Satz 1 BewG enthaltene Bewertungsziel des Gesetzgebers besteht darin, auch Anteile an Kapitalgesellschaften der Grundvorschrift des § 9 Abs. 1 BewG entsprechend mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Das wird vorrangig durch die Ableitung des gemeinen Werts aus zeitnahen Verkäufen zwischen fremden Dritten erreicht. (Nur) wenn dies nicht möglich ist, ist nach § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG auf den nach unten durch den Substanzwert begrenzten Ertragswert zurückzugreifen (vgl. BFH-Urteil vom 25.09.2024 - II R 15/21, BFHE 288, 11, BStBl II 2025, 543, Rz 18 ff.). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Untergrenze stets der Substanzwert als Mindestwert sei, den ein Steuerpflichtiger durch Liquidation am Markt erzielen könnte (BTDrucks 16/7918, S. 38). Gleichzeitig stellt aber der Liquidationswert nur eine besondere Ausprägung des Substanzwerts dar und kann nur angesetzt werden, wenn feststeht, dass die Gesellschaft nicht weiter betrieben werden soll oder wenn sie sich bereits in Liquidation befindet (vgl. BFH-Urteil vom 27.09.2017 - II R 15/15, BFHE 260, 75, BStBl II 2018, 281, Rz 13). Im Übrigen wird für die Ermittlung des erzielbaren Veräußerungspreises nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BewG ein möglicher Käufer unterstellt, der an dem Erwerb des Wirtschaftsguts in seiner konkreten Beschaffenheit mit der vorgesehenen Verwertungsmöglichkeit interessiert und bereit ist, einen angemessenen, dem inneren Wert entsprechenden Preis zu zahlen (vgl. BFH-Urteil vom 27.09.2017 - II R 15/15, BFHE 260, 75, BStBl II 2018, 281, Rz 19). Es handelt sich um eine Typisierung. Die etwaigen bei einer künftigen Verwertung entstehenden Liquidationskosten sind regelmäßig nicht zuverlässig bestimmbar (kritisch in diesem Punkt Riedel in Daragan/Halaczinsky/Riedel, ErbStG, BewG, 4. Aufl., § 11 BewG Rz 46 ff.).
- 52** (2) Die von § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 erfasste Verschmelzung gehört zu den Vorgängen, auf die die in § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG enthaltenen Regeln abzielen. Der gemeine Wert der übertragenden Körperschaft lässt sich nicht aus zeitnahen Verkäufen zwischen fremden Dritten ermitteln. Die Bewertungsunsicherheit, die für § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG tragend ist, besteht auch hier. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Aufwärtsverschmelzung als veräußerungsähnlicher Vorgang auffassen lässt (vgl. etwa BFH-Urteil vom 24.01.2018 - I R 48/15, BFHE 261, 8, BStBl II 2019, 45). Das ist eine typologische Einordnung, aus der in anderem Zusammenhang Schlussfolgerungen zu ziehen sein mögen. Ein Wert lässt sich jedenfalls nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BewG nur aus Veräußerungen ableiten, wenn sich Veräußerungspreise feststellen lassen, abgesehen davon, dass bei einer Verschmelzung auch das Merkmal "unter fremden Dritten" nicht gegeben wäre.
- 53** (3) Hinzu tritt, dass andernfalls ein Wertungswiderspruch zwischen der Besteuerung der übertragenden und der übernehmenden Körperschaft nach §§ 11, 12 UmwStG 2006 einerseits und der Besteuerung der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft andererseits einträte.
- 54** Bei der Verschmelzung von Körperschaften bestehen nach §§ 11 bis 13 UmwStG 2006 drei Ebenen. § 11 UmwStG 2006 betrifft die Auswirkungen auf die übertragende Körperschaft (erste Ebene), § 12 UmwStG 2006 die daran gekoppelten Auswirkungen auf den Gewinn der übernehmenden Körperschaft (zweite Ebene) und § 13 UmwStG 2006 schließlich die Besteuerung der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft (dritte Ebene; vgl. dazu Klier in Bordewin/Brandt, Einkommensteuergesetz, § 11 UmwStG 2006 Rz 10 ff.). Nach § 13 Abs. 1 UmwStG 2006 gelten die

Anteile an der übertragenden Körperschaft als zum gemeinen Wert veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile an der übernehmenden Körperschaft gelten als mit diesem Wert angeschafft; § 13 Abs. 2 UmwStG 2006 eröffnet unter bestimmten Voraussetzungen den Buchwertansatz. Es ist aber noch weniger zweifelhaft, dass bei Bewertung der Anteile im Rahmen von § 13 Abs. 1 UmwStG 2006 die Bewertungsuntergrenze des § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG gälte. Findet eine allseitige Bewertung zum gemeinen Wert statt, wäre es ein merkwürdiges Ergebnis, wenn die Bewertungen nach § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 einerseits und nach § 13 Abs. 1 UmwStG 2006 andererseits nicht übereinstimmen.

- 55** (4) Dem steht nicht entgegen, dass die Sachgesamtheit hier nicht das Bewertungsobjekt, sondern ihr Wert "lediglich" Zwischenschritt bei der Ermittlung des Geschäfts- oder Firmenwerts ist. Da der gemeine Wert aller anderen übergehenden Einzelwirtschaftsgüter gesondert ermittelt wird, ist dabei der Wert der Sachgesamtheit das eigentlich bestimmende Element. Es ist zwar nicht zu leugnen, dass der bei Veräußerung der Sachgesamtheit erzielbare Preis im Sinne von § 9 Abs. 2 Satz 1 BewG tatsächlich niedriger sein kann als die Summe der Einzelwerte. Es ist aber zentrales Element des § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG, eine solche eher ungewöhnliche Gestaltung nur zu berücksichtigen, wenn sie tatsächlich eingetreten ist, und die schlichte Möglichkeit, dass es sich künftig so verhalten könne, auszuklammern.
- 56** 5. Ebenso wenig sind bilanzielle Substitutionsmaßnahmen möglich. Insbesondere kann der unter Außerachtlassung des Substanzwerts ermittelte Minderwert der Sachgesamtheit weder durch Abstockung der gemeinen Werte der übergehenden Wirtschaftsgüter noch durch einen passiven Ausgleichsposten bilanziell dargestellt werden.
- 57** a) Der Senat verkennt nicht, dass auch der BFH unter bestimmten Voraussetzungen einen negativen Geschäfts- oder Firmenwert mit anderen bilanziellen Mitteln abbildet. Das geschieht für den Minderwert bei Anschaffung eines Mitunternehmeranteils durch Abstockung der Buchwerte und erforderlichenfalls einen passiven Ausgleichsposten (BFH-Urteile vom 19.02.1981 - IV R 41/78, BFHE 133, 510, BStBl II 1981, 730, unter 2.a; vom 21.04.1994 - IV R 70/92, BFHE 174, 413, BStBl II 1994, 745, unter 4.a, 4.b, und vom 12.12.1996 - IV R 77/93, BFHE 183, 379, BStBl II 1998, 180, unter 2.a), für den auf gesunkener Rentabilität beruhenden negativen Geschäftswert durch Teilwertabschreibung auf Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (BFH-Urteil vom 19.07.1983 - VIII R 160/79, BFHE 139, 244, BStBl II 1984, 56, unter II.2., nicht tragend) und für die Zuzahlung bei Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft wiederum durch einen passiven Ausgleichsposten (BFH-Urteil vom 26.04.2006 - I R 49, 50/04, BFHE 213, 374, BStBl II 2006, 656, unter II.7.). Wäre im Streitfall so vorzugehen, hätte auch dies allerdings eine Reduktion des Verschmelzungsergebnisses zur Folge.
- 58** b) Indes sind die zugrunde liegenden Konstellationen in wesentlichen Punkten nicht mit dem Streitfall vergleichbar.
- 59** aa) Die Fälle des Minderwerts und der Zuzahlung betreffen (wie die Erwägungen zum Handelsbilanzrecht unter II.4.a aa) den derivativen Erwerb der Anteile an einer Mitunternehmerschaft oder einer Kapitalgesellschaft und damit auch des darin verhafteten Geschäfts- oder Firmenwerts, und zwar mit einer bezifferten Gegenleistung. Diese fehlt bei der Verschmelzung. Das gilt unabhängig von deren Qualifikation als veräußerungsähnlicher Vorgang (siehe oben unter II.4.b dd (2)). Der Ansatz des Geschäfts- oder Firmenwerts im Rahmen der Verschmelzungsbilanz knüpft deshalb nicht an eine Gegenleistung für einen Unternehmenserwerb, sondern an eine Wertermittlung an. Wenn in diesem Zusammenhang auf die beschriebenen Möglichkeiten der Abstockung oder des passiven Ausgleichspostens zurückgegriffen werden könnte, wäre auf diesem Umweg die Substanzwertuntergrenze des § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG umgangen.
- 60** bb) Im Schrifttum wird die Bildung eines passiven Ausgleichspostens in der Steuerbilanz gefordert, wenn ansonsten ein Geschäftsvorfall zu einer nicht zu rechtfertigenden Gewinnauswirkung führe (vgl. BeckOK EStG/Wilk, 24. Ed. 01.03.2026, EStG § 5 Rz 2289). Er kommt nur aus bilanztechnischen Gründen und nur zu dem Zweck in Betracht, den Anschaffungsvorgang erfolgsneutral zu halten und damit dem Realisationsprinzip im Sinne von § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB und § 255 Abs. 1 HGB zur Geltung zu verhelfen, dient mithin der "Schließung eines buchhalterischen Lochs auf der Passivseite" (vgl. BFH-Urteile vom 20.04.1999 - VIII R 38/96, BFHE 188, 347, BStBl II 1999, 647, unter II.2.b bb bbb, und vom 26.04.2006 - I R 49, 50/04, BFHE 213, 374, BStBl II 2006, 656, unter II.7.).
- 61** Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Die Gewinnauswirkung des Nichtansatzes des negativen Geschäfts- oder Firmenwerts besitzt gerade keine nicht zu rechtfertigende Gewinnauswirkung, sondern ist im Gesetz angelegt (§ 11 Abs. 2 Satz 3 BewG). Im Übrigen sind die geminderten Ertragsaussichten, die die Ursache des negativen Geschäfts- oder Firmenwerts sind, im Grundsatz steuerlich nicht verloren. Vielmehr werden die künftigen Erträge und die diese übersteigenden Aufwendungen bei der übernehmenden Körperschaft unter den für diese geltenden Voraussetzungen zu berücksichtigen sein.

- 62 cc) Eine Teilwertabschreibung ist ein anders gearteter Vorgang und steht vorliegend nicht im Streit. Es kann aus diesem Grunde dahinstehen, ob an der damaligen nicht tragenden und zudem noch zu einer gänzlich anderen Fassung des § 5 EStG ergangenen Aussage festgehalten werden kann. Nach jüngerer Rechtsprechung jedenfalls hat der Unternehmenswert für den Teilwert der vorhandenen Wirtschaftsgüter mit Ausnahme eines positiven Geschäftswerts keine Bedeutung (BFH-Urteil vom 06.07.1995 - IV R 30/93, BFHE 178, 176, BStBl II 1995, 831, unter 2.).
- 63 6. Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 i.V.m. § 9 BewG und § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 BewG in der vom Senat vorgenommenen Auslegung.
- 64 a) Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) schützt insbesondere den Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem finanziellen Nachteil in Form einer Geldleistungspflicht belastet zu werden, die nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist, und enthält insbesondere auch das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Übermaßverbot, das dahingeht, nicht mit einer unverhältnismäßigen Geldleistungspflicht belegt zu werden (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts --BVerfG-- vom 08.07.2021 - 1 BvR 2237/14, 1 BvR 2422/17, BVerfGE 158, 282, Rz 117).
- 65 Durch § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 werden im Rahmen einer Verschmelzung ins Ausland zum einen die in den vorhandenen Wirtschaftsgütern verhafteten und im Inland erwirtschafteten stillen Reserven und stillen Lasten aufgedeckt, wogegen nichts zu erinnern ist. Zum anderen werden über den Geschäfts- oder Firmenwert auch die Ertragsaussichten erfasst, ihrerseits bestehend aus erwarteten Erträgen abzüglich erwarteter Aufwendungen. Das geschieht zwar aufgrund der Substanzwertuntergrenze nur, solange das Ergebnis nicht negativ ist. Da indes durch die Anlehnung an das handelsbilanzielle Vorsichtsprinzip nach Maßgabe von II.2. in erheblichem Maße auch künftige Aufwendungen passiviert werden können, beschränkt sich die Belastungswirkung der Substanzwertuntergrenze im Ergebnis auf die Nichtberücksichtigung vergleichsweise unkonkreter Aussichten, worin der Senat keine Übermaßbesteuerung erkennen kann.
- 66 b) Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bindet den Steuergesetzgeber an den Grundsatz der Steuergerechtigkeit, der gebietet, die Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auszurichten.
- 67 aa) Dabei bemisst der Gesetzgeber die für die Lastengleichheit im Einkommensteuerrecht maßgebliche finanzielle Leistungsfähigkeit nach dem objektiven und dem subjektiven Nettoprinzip (BVerfG-Beschluss vom 14.06.2016 - 2 BvR 290/10, BStBl II 2016, 801, Rz 37). Diese Grundsätze gelten gleichermaßen im Bereich der Körperschaftsteuer. Die Körperschaftsteuer bemisst sich nach dem Einkommen der Körperschaft und damit nach der Ertragskraft des Unternehmens. Dabei unterliegt im Bereich der Unternehmensbesteuerung grundsätzlich nur das Nettoeinkommen, nämlich der Saldo aus den Einnahmen und den Betriebsausgaben, der Besteuerung (BVerfG-Beschluss vom 12.10.2010 - 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224, Rz 57).
- 68 bb) In der Wahl der Wertermittlungsmethode, derer sich der Gesetzgeber zur Bestimmung des gemeinen Werts von Vermögensgegenständen bedient, ist er allerdings grundsätzlich frei. Denn die praktische Umsetzung einer gleichheitsgerechten, am Verkehrswert orientierten Bewertung auch bei Zugrundelegung verschiedener Wertermittlungsmethoden für einzelne Gruppen von Vermögensgegenständen ist zunächst keine verfassungsrechtliche Frage, sondern ein im Gesetzgebungsverfahren zu lösendes steuertechnisches Problem (BVerfG-Beschluss vom 07.11.2006 - 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, 192, Rz 109). Insbesondere kann der Gesetzgeber die Wertermittlungsregelungen unter Berücksichtigung der Erfordernisse eines praktikablen Steuererhebungsverfahrens sowie der gesetzessystematisch notwendigen Typisierungen und Pauschalierungen ausgestalten (BVerfG-Beschluss vom 07.11.2006 - 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, BStBl II 2007, 192, unter C.I.3.b bb).
- 69 cc) Nach diesem Maßstab wird der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht verletzt. Der Gesetzgeber (vgl. BTDrucks 16/7918, S. 38, siehe oben) durfte typisierend davon ausgehen, dass bei einer Veräußerung der Anteile an einer Kapitalgesellschaft oder des gesamten Betriebsvermögens einer Kapitalgesellschaft wenigstens der Substanzwert zu erzielen ist. Das ist keine Scheingewinnbesteuerung. Zudem bewirken auch in diesem Zusammenhang die Passivierungsmöglichkeiten aufgrund der umfassenden Anwendung des sonst steuerrechtlich deutlich eingeschränkten handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips eine weitgehende Berücksichtigung des Leistungsfähigkeitsprinzips. Im Übrigen wird auf die Überlegungen unter II.6.a (a.E.) verwiesen.
- 70 7. Das FG ist zutreffend auch davon ausgegangen, dass § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG 2006, der für die vorliegende grenzüberschreitende Verschmelzung den Buchwert- oder Zwischenwertansatz ausschließt, mit Unionsrecht vereinbar ist.

- 71** a) Das betrifft zum einen die Richtlinie 2009/133/EG des Rates vom 19.10.2009 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat (Amtsblatt der Europäischen Union 2009, Nr. L 310, 34) --Fusionsrichtlinie (FRL 2009)--.
- 72** aa) Nach Art. 1 Buchst. a FRL 2009 ist im Streitfall der Anwendungsbereich der Fusionsrichtlinie 2009 eröffnet. Die Verschmelzung stellt eine "Fusion" im Sinne von Art. 2 Buchst. a Unterabs. iii FRL 2009 dar, an der Gesellschaften aus zwei Mitgliedstaaten nach Maßgabe von Art. 3 FRL 2009 i.V.m. Anhang I Teil A Buchst. f (für die deutsche B GmbH) und Buchst. t (für die österreichische Klägerin) beteiligt sind, die beide der in Anhang I Teil B zur FRL 2009 genannten Körperschaftsteuer unterliegen.
- 73** bb) Gemäß Art. 4 Abs. 1 FRL 2009 dürfen zwar Fusionen keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns auslösen, der sich aus dem Unterschied zwischen dem tatsächlichen Wert des übertragenen Aktiv- und Passivvermögens und dessen steuerlichem Wert ergibt. Als "übertragenes Aktiv- und Passivvermögen" gilt nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. b FRL 2009 jedoch nur das Aktiv- und Passivvermögen der einbringenden Gesellschaft, das nach der Fusion tatsächlich einer Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft im Mitgliedstaat der einbringenden Gesellschaft zugerechnet wird und zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses dieser Betriebsstätte beiträgt. Es bestehen keine Erkenntnisse dafür, dass die Klägerin über eine Betriebsstätte in Deutschland verfügte und die übertragenen Wirtschaftsgüter der B GmbH dieser zuzuordnen wären.
- 74** b) Es liegt auch kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 i.V.m. Art. 54 AEUV vor. Der Senat kann deshalb offenlassen, ob die anwendbaren Vorschriften zu einem Bereich gehören, der auf Unionsebene, hier in Gestalt der Fusionsrichtlinie 2009, abschließend harmonisiert wurde und in Folge dessen nicht anhand der Bestimmungen des Primärrechts zu beurteilen wäre (offengelassen im BFH-Urteil vom 30.05.2018 - I R 31/16, BFHE 262, 45, BStBl II 2019, 136, Rz 38; verneint für die Vorläuferrichtlinie im Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union --EuGH-- Euro Park Service vom 08.03.2017 - C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177, Rz 26).
- 75** aa) Mit der Niederlassungsfreiheit, die Art. 49 i.V.m. Art. 54 AEUV den Gesellschaften zuerkennt, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, ist das Recht verbunden, die Tätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat unter anderem durch eine Tochtergesellschaft auszuüben (EuGH-Urteil Saint-Gobain ZN vom 21.09.1999 - C-307/97, ECLI:EU:C:1999:438, Rz 35). Auch wenn die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nach ihrem Wortlaut die Inländergleichbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichern sollen, so verbieten sie es doch ebenfalls, dass der Herkunftsstaat die Niederlassung einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat behindert (EuGH-Urteil Marks & Spencer vom 13.12.2005 - C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Rz 31).
- 76** bb) Das Verbot, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken, gilt auch in Bezug auf steuerliche Vorschriften. Zwar fällt der Bereich der direkten Steuern nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft. Die Mitgliedstaaten müssen ihre Befugnisse jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben (EuGH-Urteil De Lasteyrie du Saillant vom 11.03.2004 - C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138, Rz 44, m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH). Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist nur zulässig, wenn mit ihr ein berechtigtes und mit den Verträgen zu vereinbarendes Ziel verfolgt wird und wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. In einem solchen Fall muss ihre Anwendung zur Erreichung des damit verfolgten Zieles geeignet sein und darf nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist (EuGH-Urteil Marks & Spencer vom 13.12.2005 - C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Rz 35, m.w.N.).
- 77** (1) Der verpflichtende Ansatz der gemeinen Werte nach den unter II.2. bis II.5. beschriebenen Maßstäben kann für die betroffenen Gesellschaften eine Steuerbelastung darstellen, ohne dass es zu einer tatsächlichen Realisation des Zuwachses an Leistungsfähigkeit gekommen ist. Diese Steuerbelastung ist geeignet, die Gesellschaften bei der Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit zu beschränken beziehungsweise sie von der Verschmelzung abzuhalten (zur Wohnsitzverlegung vgl. EuGH-Urteil De Lasteyrie du Saillant vom 11.03.2004 - C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138, Rz 46).
- 78** (2) Ihre Rechtfertigung findet eine solche Beschränkung in der vom EuGH als legitimes Ziel anerkannten Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten. Der Herkunftsmitgliedstaat muss auf sein Recht zur Besteuerung eines Wertzuwachses, der im Rahmen seiner Steuerhoheit vor der Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft erzielt wurde, nicht verzichten. Ein Mitgliedstaat hat deshalb nach dem Grundsatz der steuerlichen Territorialität, verbunden mit einem zeitlichen Element, nämlich der Steueransässigkeit des Steuerpflichtigen im Inland während der Entstehung der nicht realisierten Wertzuwächse, das Recht, diese Wertzuwächse zum Zeitpunkt

des Wegzugs des Steuerpflichtigen zu besteuern (vgl. EuGH-Urteil National Grid Indus vom 29.11.2011 - C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, Rz 46, m.w.N.; EuGH-Urteil Verder LabTec vom 21.05.2015 - C-657/13, ECLI:EU:C:2015:331, Rz 43 ff.; ähnlich, wenn auch zur Kapitalverkehrsfreiheit, EuGH-Urteil DMC vom 23.01.2014 - C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20, Rz 46 ff.). Die Niederlassungsfreiheit bedeutet allerdings nicht, dass jegliche Ungleichheit aus den nationalen Steuerregelungen beseitigt werden müsste. Sie garantiert nicht, dass eine Sitzverlegung steuerneutral ist (vgl. EuGH-Urteil National Grid Indus vom 29.11.2011 - C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, Rz 62, m.w.N.). Die Rechtsfolgen der Verschmelzung stehen im Hinblick auf diese Grundsätze der Sitzverlegung gleich.

- 79** cc) Nach diesen Maßstäben ist § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 UmwStG 2006, auch verknüpft mit den weiteren im Streitfall für die Bestimmung des Verschmelzungsergebnisses angewandten Vorschriften, mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar. Die Vorschrift unterwirft bislang nicht realisierte Wertzuwächse abschließend der Besteuerung, da mit der grenzüberschreitenden Verschmelzung das deutsche Besteuerungsrecht endet. Soweit dies aufgrund von Unterschieden zwischen dem deutschen und dem österreichischen Steuerrecht in einzelnen Aspekten nachteilige Folgen haben sollte, etwa durch doppelte Erfassung gewinnerhöhender oder doppelte Nichterfassung gewinnmindernder Positionen, ist dies der fehlenden Harmonisierung der betreffenden materiell-rechtlichen Steuerregelungen geschuldet und berührt die Niederlassungsfreiheit nicht.
- 80** 8. Die Sache ist nicht spruchreif, so dass die Sache gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zurückzuverweisen ist.
- 81** a) Zwar kann in der steuerlichen Schlussbilanz der B GmbH weder ein negativer Geschäfts- oder Firmenwert noch ein passiver Ausgleichsposten angesetzt werden noch können die Bilanzwerte der anderen Wirtschaftsgüter abgestockt werden. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, inwieweit die Methode des Gutachtens, mit Hilfe des DCF-Verfahrens isoliert einen Geschäfts- oder Firmenwert zu ermitteln, mit der Systematik des § 11 Abs. 1 Satz 1 UmwStG 2006 vereinbar ist.
- 82** b) Der Senat vermag aber nicht zu beurteilen, ob nach Maßgabe der unter II.2. dargelegten Grundsätze in der steuerlichen Schlussbilanz Passivierungsmöglichkeiten bestehen, die in einer allgemeinen Steuerbilanz nicht bestünden. So scheint es dem Senat nicht ausgeschlossen, dass Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten oder Drohverlustrückstellungen zu bilden sind. Die Feststellungen des FG lassen insoweit keine abschließende Würdigung zu. Einerseits geht das FG davon aus, dass die Aufwendungen, die wirtschaftlich hinter dem seitens der Klägerin ermittelten negativen Geschäfts- oder Firmenwert stehen, allein der Gesellschafterebene zuzurechnen sind. Andererseits nimmt es in Anlehnung an den Vortrag der Klägerin innerbetriebliche Dienstleistungen an, woraus allerdings nicht klar wird, ob es sich dabei um Aufwendungen in erster Linie im eigenbetrieblichen ("innerbetrieblichen") Interesse handelt, die nicht rückstellungsfähig sind (siehe oben unter II.2.c cc), oder ob insoweit Dienstleistungsverpflichtungen zugrunde liegen, die eine Grundlage für Drohverlustrückstellungen sein können (siehe oben unter II.2.c dd). Ausweislich des Gutachtens vom 27.06.2012 setzte sich das EBIT aus Erträgen aus dem Vertrag vom 01.11.2007 sowie Aufwendungen unter anderem zur Erfüllung des Vertrags zusammen, ohne dass feststellbar wäre, mit welchem Anteil sie der Vertragserfüllung dienten.
- 83** 9. Die Kostenentscheidung folgt aus § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de