SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 26. Mai 2005 [1]

I — Einleitung

1. Vor der Corte Suprema di Cassazione ist die Rechtmäßigkeit einer Abgabe auf einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang streitig, den man als „umgekehrte" Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften bezeichnen kann. Eine Muttergesellschaft, die 100 % der Aktien ihrer Tochtergesellschaft hält, wird dabei in die Tochtergesellschaft eingegliedert. Mit seinem Vorabentscheidungsersuchen möchte die Corte Suprema di Cassazione nun wissen, ob ein solcher Fall in den Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital [2] (im Folgenden: Richtlinie 69/335) fällt. Dann unterläge der Vorgang allein der durch die Richtlinie harmonisierten Gesellschaftsteuer. Erfasste die Richtlinie umgekehrte Verschmelzungen hingegen nicht, wären die Mitgliedsstaaten frei, einen solchen Vorgang anderweitig zu besteuern.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Nach Artikel 1 der Richtlinie 69/335 erheben die Mitgliedstaaten eine harmonisierte Abgabe — die Gesellschaftsteuer — auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften.

3. Artikel 4 der Richtlinie 69/335 bestimmt den Kreis der steuerpflichtigen Vorgänge wie folgt:

„(1) Der Gesellschaftsteuer unterliegen die nachstehenden Vorgänge:

...

1 — Originalsprache:Deutsch.

2 — ABl. L 249, S. 25; zuletzt geändert durch Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge — Anhang II: Liste nach Artikel 20 der Beitrittsakte —, ABl. 2003, L 236, S. 555.

c) die Erhöhung des Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art;

...“

d) die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern Rechte, wie sie Gesellschaftern gewährt werden, wie z. B. Stimmrecht, Recht auf Gewinnbeteiligung oder auf Liquidationserlöse;

...

(2) Soweit sie am 1. Juli 1984 der Steuer zum Satz von 1 v. H. unterlagen, können die folgenden Vorgänge auch weiterhin der Gesellschaftssteuer unterworfen werden:

...

b) die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Leistungen eines Gesellschafters, die keine Erhöhung des Kapitals mit sich bringen, sondern ihren Gegenwert in einer Änderung der Gesellschaftsrechte finden oder geeignet sind, den Wert der Gesellschaftsanteile zu erhöhen;

4. Nach Artikel 7 der Richtlinie 69/335 befreien die Mitgliedstaaten Vorgänge, die am 1. Juli 1984 nach den damals geltenden Bedingungen steuerfrei waren oder einem ermäßigten Gesellschaftsteuersatz von 0,5 v. H. unterlagen. [3] Die Befreiung gilt folglich für die Einbringung von mindestens 75 v. H. der Anteile einer Kapitalgesellschaft in eine zu gründende oder bereits bestehende Kapitalgesellschaft, wobei für diese Einlage im Wesentlichen Gesellschaftsanteile (der Muttergesellschaft) gewährt werden.

5. Schließlich bestimmt Artikel 10 der Richtlinie 69/335:

„Abgesehen von der Gesellschaftsteuer erheben die Mitgliedstaaten von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen

3 — Welche Vorgänge befreit sind, ergibt sich demnach aus Artikel 7 Absatz 1 in der Fassung der Richtlinien 73/79/EWG (ABl. 1973, L 103, S. 13) und 73/80/EWG (ABl. 1973, L 103, S. 15), der Folgendes vorsah:
„bb) kann der Satz der Gesellschaftsteuer um 50 v. H. oder mehr ermäßigt werden, wenn eine Kapitalgesellschaft, die gegründet wird oder bereits besteht, Anteile erhält, die mindestens 75 v. H. des früher von einer anderen Kapitalgesellschaft ausgegebenen Gesellschaftskapitals ausmachen. ... Die Ermäßigung hängt davon ab,
— dass für die Einlagen ausschließlich Gesellschaftsanteile gewährt werden, ...“

Personen mit Erwerbszweck keinerlei andere Steuern oder Abgaben auf:

a) die in Artikel 4 genannten Vorgänge;

b) die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Artikel 4 genannten Vorgänge;

c) die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann."

B — *Italienisches Recht*

6. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichtes findet im Ausgangsrechtsstreit in zeitlicher Hinsicht Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b des Ersten Teils des Tarifs im Anhang des Dekrets des Präsidenten der Republik Nr. 131 vom 26. April 1986 in der Fassung vor der Änderung durch Artikel 10 des Gesetzesvertretenden Dekrets Nr. 323 vom 20. Juni 1996 (umgewandelt in das Gesetz Nr. 425 vom 8. August 1996) Anwendung.

7. Hiernach unterlag die Verschmelzung von Gesellschaften jeder Art einer Gesellschaftsteuer in Höhe von 1 v. H. des Vermögens der verschmolzenen bzw. eingegliederten Gesellschaft. Die Bemessungsgrundlage für die Besteuerung ergibt sich dabei — ebenso wie die zivilrechtlichen Modalitäten einer Gesellschaftsverschmelzung — aus den Artikeln 2501 ff. des Codice Civile, deren genauerer Inhalt für das hiesige Verfahren allerdings nicht weiter relevant ist.

III — Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefrage

8. Aro Tubi Trafilerie SpA, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, (im Folgenden: Aro Tubi) ist eine Aktiengesellschaft italienischen Rechts. Aro Tubi war eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Fratelli Gaggini SpA (im Folgenden: Fratelli Gaggini). Außerdem hielt Aro Tubi seinerseits eine hundertprozentige Beteiligung an der Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA. Mit notariellem Akt vom 19. Dezember 1995 wurden in die Aro Tubi sowohl ihre Muttergesellschaft Fratelli Gaggini als auch ihre Tochtergesellschaft, die Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA, eingegliedert. Die Aktien der eingegliederten Gesellschaft Fratelli Gaggini wurden eingezogen; deren Aktionäre erhielten im Gegenzug die Anteile an der eingliedernden Gesellschaft Aro Tubi, die zuvor bei deren Muttergesellschaft Fratelli Gaggini gehalten worden waren. Im Ergebnis erwarben die ursprünglich nur mittelbar unter Zwischen-

schaltung der Fratelli Gaggini an Aro Tubi beteiligten natürlichen Personen im Zuge der „umgekehrten" Verschmelzung also eine unmittelbare Beteiligung an der Aro Tubi, da die zwischengeschaltete Gesellschaft wegfiel.

9. Bei der Eintragung dieser Verschmelzung in die öffentlichen Register wurde eine Registersteuer in Höhe von 1 v. H. des Vermögens der eingegliederten Gesellschaften Aro Tubi Estrusi e Profilati SpA und Fratelli Gaggini von Aro Tubi erhoben.

10. Nach Zahlung dieser Steuer beantragte Aro Tubi die Rückerstattung des gezahlten Betrages, da sie die Abgabe für unvereinbar mit der Richtlinie 69/335 hielt. Gegen die stillschweigende Ablehnung dieses Antrags erhob sie erfolgreich Klage vor der Commissione Tributaria Provinciale Mailand, deren Urteil allerdings auf die Berufung der staatlichen Finanzverwaltung hin von der Commissione Tributaria Regionale der Lombardei aufgehoben wurde.

11. Die mit der Kassationsbeschwerde gegen dieses Urteil befasste Corte Suprema di Cassazione hat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 6. November 2003 sinngemäß [4] die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Erhebung einer Registersteuer in Höhe von 1 v. H. des Vermögens der eingegliederten Gesellschaft aus Anlass der Eingliederung einer Gesellschaft in eine andere Gesellschaft, deren Anteile zuvor bereits vollständig von der eingegliederten Gesellschaft gehalten wurden, mit den Vorschriften der Richtlinie 69/335 vereinbar ist.

12. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben die Klägerin des Ausgangsverfahrens, die italienische Regierung und die Kommission Stellungnahmen abgegeben.

IV — Vorbringen der Beteiligten

13. Die italienische Regierung verweist im Wesentlichen auf das Urteil in der Rechtssache C-152/97 [5] (AGAS). Daraus folge, dass eine Verschmelzung zweier Gesellschaften dann nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335 falle, wenn eine Tochtergesellschaft, deren Anteile vollständig von ihrer Muttergesellschaft gehalten werden, in die Muttergesellschaft eingegliedert werde (so genannte „unechte" Verschmelzung).

14. Der hier vorliegende Fall einer „umgekehrten" Verschmelzung — also der Eingliederung der Mutter in die Tochter — sei nicht anders als eine „unechte" Verschmelzung zu beurteilen und werde ebenfalls nicht von der Richtlinie erfasst. Außerdem führe

4 — Eine ausdrücklich als solche formulierte Frage enthält der Beschluss nicht.

5 — Urteil vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-152/97 (AGAS, Slg. 1998, I-6553).

die Eingliederung bei einer Gesamtbetrachtung auch nicht zu einer Verstärkung des wirtschaftlichen Potenzials der Gesellschaft, was der Gerichtshof aber als wesentlich für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 69/335 angesehen habe.

15. Demgegenüber meint Aro Tubi, die Erhebung einer Registersteuer im vorliegenden Fall sei nicht mit der Richtlinie 69/335 vereinbar. Die Feststellungen im Urteil AGAS [6] seien nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, da eine „umgekehrte" Verschmelzung auf Grund wirtschaftlicher und rechtlicher Unterschiede anders zu behandeln sei als eine „unechte" Verschmelzung.

16. Eine „umgekehrte" Verschmelzung führe zu einer Verstärkung des wirtschaftlichen Potenzials der Tochtergesellschaft, da diese das Gesellschaftsvermögen der Muttergesellschaft übernehme. Daher sei die Richtlinie 69/335 anwendbar, und ihr, Aro Tubi, stehe die Steuerbefreiung des Artikels 7 der Richtlinie 69/335 zu.

17. Die Kommission vertritt schließlich eine vermittelnde Auffassung. Ihr zufolge stehe eine „umgekehrte" Verschmelzung nur dann einer „unechten" Verschmelzung gleich und unterliege nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335, wenn sie zu keiner Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials der eingliedernden Gesellschaft führe. Dies sei nur dann der Fall, wenn die eingegliederte Gesellschaft außer der Beteiligung an der eingliedernden Gesellschaft keine weiteren Beteiligungen mehr halte, wie dies im Ausgangsverfahren der Fall sei.

18. Habe die eingegliederte Gesellschaft dagegen Beteiligungen an weiteren Gesellschaften inne, so erhöhe sich das wirtschaftliche Potenzial der eingliedernden Gesellschaft durch die Eingliederung, und der Ausnahmetatbestand der „AGAS"-Rechtsprechung [7] — welche ohnehin kritikwürdig sei — sei nicht erfüllt. Bei einer solchen Fallgestaltung sei die Richtlinie 69/335 also anwendbar.

V — Rechtliche Würdigung

19. Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob die Vorschriften der Richtlinie 69/335 der Erhebung einer Registersteuer für den Fall einer „umgekehrten" Verschmelzung, bei der die übernommene Gesellschaft sämtliche Gesellschaftsanteile der übernehmenden Gesellschaft hält, entgegenstehen.

6 — Zitiert in Fußnote 5.

7 — Urteil AGAS (zitiert in Fußnote 5).

A — *Zur Anwendungssystematik der Richtlinie 69/335*

20. Der Gerichtshof hat in seiner bisherigen Rechtsprechung eindeutige Vorgaben für die Systematik der Anwendung der Richtlinie 69/335 gemacht. Im Urteil Bautiaa und Société française maritime [8] führte er dazu aus:

„Zur Qualifizierung der streitigen Steuer im Hinblick auf die Richtlinie 69/335 und zur Beurteilung ihrer Vereinbarkeit mit dieser Richtlinie, insbesondere was die anwendbaren Sätze angeht, ist zunächst zu prüfen, ob Vorgänge wie diejenigen, die in den beiden Ausgangsverfahren Anlass zur Erhebung der Gesellschaftsteuer gegeben haben, in den Geltungsbereich der Richtlinie 69/335 fallen, und sind diese Vorgänge dann in Bezug auf diese Richtlinie zu qualifizieren."

21. Ebenso entschied der Gerichtshof im Urteil AGAS [9]:

„Voraussetzung dafür, dass der ins Auge gefasste Vorgang unter die Richtlinie fällt, ist folglich, dass er unter eine der Fallgestaltungen subsumiert werden kann, die in Artikel 4 beschrieben sind, auf den Artikel 10 Buchstaben a und b der Richtlinie verweist."

22. Somit ergibt sich folgende Reihenfolge für die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie 69/335. Ausgangspunkt ist das Verbot in Artikel 10, andere Steuern oder Abgaben als die harmonisierte Gesellschaftsteuer zu erheben. Dieses Verbot gilt gemäß den Buchstaben a und b dieser Vorschrift aber nur für Abgaben auf die Transaktionen, die in Artikel 4 der Richtlinie aufgelistet sind.

23. Folglich ist zunächst zu prüfen, ob ein Vorgang unter einen der von Artikel 4 normierten Tatbestände gefasst werden kann und damit der Anwendungsbereich der Richtlinie und insbesondere des Verbots in Artikel 10 eröffnet ist. Erst wenn dies der Fall ist, kann anhand der übrigen Bestimmungen der Richtlinie festgestellt werden, ob der Vorgang möglicherweise von einer Besteuerung mit der harmonisierten Gesellschaftsteuer befreit ist. [10]

24. Aus der Tatsache allein, dass die Voraussetzungen für die Befreiung von der Gesellschaftsteuer nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 69/335 erfüllt sind, kann man — anders als die Klägerin des Ausgangsverfahrens dies offenbar meint — nicht schließen, dass keine Abgabe auf einen Vorgang wie die streitgegenständliche „umgekehrte" Fusion erhoben werden darf. Vielmehr ist zunächst erforderlich, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie überhaupt eröffnet ist, was allein anhand von Artikel 10 in Verbindung mit Artikel 4 zu

8 — Urteil vom 13. Februar 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-197/94 und C-252/94 (Bautiaa und Société française maritime, Slg. 1996, I-505, Randnr. 31).

9 — Urteil AGAS (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 21).

10 — Vgl. zu dieser Prüfungsreihenfolge auch die Schlussanträge des Generalanwaltes Cosmas vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache C-152/97 (AGAS, Slg. 1998, I-6553, I-6555, Randnr. 43).

überprüfen ist. Wird ein Vorgang nicht von der Richtlinie erfasst, so steht die Richtlinie der Erhebung anderer, nicht harmonisierter Abgaben auf diesen Vorgang nicht entgegen. Folglich greift dann auch die Befreiung nach Artikel 7 nicht ein.

B — *Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335*

25. Die Verbotstatbestände in Artikel 10 Buchstaben a und b setzen voraus, dass der hier in Rede stehende Vorgang unter eine der Tatbestandsvarianten von Artikel 4 fällt.

1. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335

26. Zunächst könnte der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Sachverhalt unter Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 zu fassen sein.

a) Vorliegen einer Kapitalerhöhung

27. Die „umgekehrte" Fusion müsste demnach zu einer Erhöhung des Kapitals der übernehmenden Gesellschaft durch eine Einlage führen. Eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals setzt normalerweise voraus, dass entweder neue Aktien ausgegeben werden oder der Nennwert der bereits ausgegebenen Aktien erhöht wird. [11] In Ziffer 1 c des von Aro Tubi vorgelegten Verschmelzungsvertrags ist jedoch ausdrücklich geregelt, dass es nicht zu einer Erhöhung des Kapitals der eingliedernden Gesellschaft (Aro Tubi) in diesem Sinne kommt. Dies ist zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens unstreitig.

28. Angesichts des ausdrücklichen Wortlautes kann von dem Erfordernis einer Kapitalerhöhung auch nicht abgesehen werden, wie Aro Tubi vorschlägt. Man könnte den hier in Rede stehenden Sachverhalt gleichwohl unter Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 fassen, wenn man den Begriff der Kapitalerhöhung weit auslegte. Im vorliegenden Fall wandelte sich die Beteiligung an der Fratelli Gaggini in eine Beteiligung an der Aro Tubi um. Die Aktien an Aro Tubi, die zuvor von der Fratelli Gaggini gehalten worden waren, gingen an die Gesellschafter der Fratelli Gaggini über. Fraglich ist, ob man diesen Übergang der Anteile an Aro Tubi der Ausgabe neuer Aktien gleichstellen und damit als Kapitalerhöhung in einem weiten Sinne einordnen kann.

11 — S. hierzu statt vieler z. B. Académie des sciences commerciales (Hrsg.), *Dictionnaire commercial*, 1987, Einträge „capital" und „capital social"; Gabler *Wirtschafts-Lexikon* (o. V.), 12. Auflage 1988, Einträge „Kapital" und „Kapitalerhöhung".

29. Diese weite Auslegung des Begriffes der Kapitalerhöhung ist jedoch abzulehnen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sind die Tatbestandsmerkmale in Artikel 4 der Richtlinie 69/335 gemeinschaftsautonom, d. h., objektiv und einheitlich für alle Mitgliedstaaten und ohne Rücksicht auf eventuelle Besonderheiten der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und Steuersysteme, auszulegen [12]. Jedoch kann sich die gemeinschaftsautonome Auslegung des Begriffes der Kapitalerhöhung nicht völlig von der natürlichen Bedeutung eines Begriffes entfernen.

30. Bei den Begriffen des Kapitals einer Kapitalgesellschaft und der Kapitalerhöhung handelt es sich nicht nur um (gemeinschafts-)rechtliche, sondern auch um wirtschaftswissenschaftliche Termini, die in der Betriebswirtschaftslehre staaten- und sprachenübergreifend mit einer festen Bedeutung versehen sind. Hiernach entspricht das (Eigen-) Kapital einer Kapitalgesellschaft dem summierten Nennwert der Gesellschaftsanteile, und eine Kapitalerhöhung — gleich welcher Form — setzt somit die Erhöhung entweder des Nennwertes oder aber der Anzahl der Gesellschaftsanteile voraus. [13] Es wäre überraschend, wenn der Richtliniengeber dem Begriff der Kapitalerhöhung in der Richtlinie eine andere Bedeutung hätte beimessen wollen, als es der fest gefügten wirtschaftswissenschaftlichen Terminologie entspricht.

31. Folglich kann die Auslegung des Begriffes der Kapitalerhöhung nicht dazu führen, dass die bloße Umwandlung einer mittelbaren Beteiligung in eine unmittelbare Beteiligung durch die Eingliederung der zwischengeschalteten Gesellschaft (Fratelli Gaggini) hierunter subsumierbar ist. Denn in diesem Fall sind die Anteile ohne Veränderung ihrer Anzahl oder ihres Nennwertes nur von der Zwischengesellschaft auf die hinter ihr stehenden Gesellschafter verlagert worden.

32. Dabei kann es dahinstehen, ob die ursprünglich von der Fratelli Gaggini gehaltenen Aro-Tubi-Anteile zunächst an Aro Tubi selbst zurückgefallen und anschließend an die früheren Aktionäre der Fratelli Gaggini ausgegeben worden sind oder ob die Anteile ohne Zwischenerwerb durch Aro Tubi unmittelbar übergegangen sind. In keinem der beiden Fälle hat sich nämlich etwas an der Anzahl oder am Wert der Anteile geändert.

33. Der hier vertretenen Auslegung des Begriffes der Kapitalerhöhung steht nicht entgegen, dass der Gerichtshof in seiner bisherigen Rechtsprechung die Fusion zweier Kapitalgesellschaften bereits als Kapitalerhöhung i. S. von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 angesehen hat. [14] Der damals vom Gerichtshof entschiedene Fall war nämlich gerade durch eine Erhöhung des Nominalkapitals der übernehmenden

12 — Urteil Société Bautiaa und Société française maritime (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 32); Urteil AGAS (zitiert in Fußnote 5, Randnr. 21); vgl. auch Urteil vom 15. Juli 1982 in der Rechtssache 270/81 (Felicitas Rickmers-Linie, Slg. 1982, 2771, Randnr. 14).

13 — S. die Nachweise in Fußnote 10.

14 — Urteil Bautiaa und Société française maritime (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 38).

Gesellschaft durch die Ausgabe *neuer* Aktien [15] gekennzeichnet, woran es im vorliegenden Falle fehlt.

b) Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials

34. Selbst wenn man den bloßen Übergang der Aro Tubi-Aktien — entgegen den vorstehenden Ausführungen — einer Kapitalerhöhung im Sinne des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 gleichstellte, müsste dieser Vorgang jedenfalls zu einer Verstärkung des Wirtschaftspotentials der Aro Tubi geführt haben. Dies ist nämlich, wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont, [16] das ausschlaggebende Kriterium dafür, dass ein Vorgang als Ansammlung von Kapital angesehen und damit der Gesellschaftsteuer unterworfen werden kann.

35. Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Erhöhung des Wirtschaftspotentials leitet der Gerichtshof aus dem zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 74/553/EWG [17] her [18], der besagt, dass die Grundsätze der harmonisierten Gesellschaftsteuer „darauf abzielen, der Gesellschaftsteuer allein die Vorgänge, die der rechtliche Ausdruck einer Ansammlung von Kapital sind, insoweit zu unterwerfen, als sie zur Verstärkung des Wirtschaftspotentials der Gesellschaft beitragen".

36. Das Erfordernis der Stärkung des Wirtschaftspotenzials steht außerdem im Zusammenhang mit dem Ziel der Richtlinie 69/335, den freien Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern, indem sie die unterschiedlichen nationalen Abgaben auf Vorgänge der Kapitalansammlung harmonisiert. Bei den Vorgängen, die die Richtlinie demnach erfassen will, muss folglich eine Kapitalbewegung vorliegen, die bei der begünstigten Gesellschaft in einen Zuwachs an Kapital mündet.

37. Ziel der Richtlinie 69/335 ist es dagegen nicht, die schlichte Umstrukturierung oder Umgruppierung bereits errichteter Kapitalgesellschaften — also bestehender Kapitalansammlungen — zu erleichtern. [19] Dies zeigt sich etwa auch daran, dass der bloße Formenwechsel einer Kapitalgesellschaft nach Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausdrücklich ausgenommen ist. Auch wenn es im Interesse der Teilnehmer am Wirtschaftsleben liegen mag, gesellschaftsrechtliche Änderungen innerhalb anteilsmäßig

15 — Siehe die Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas in der Rechtssache Bautiaa und Société française maritime (zitiert in Fußnote 10, Nr. 1).

16 — Siehe u. a. Urteil Felicitas Rickmers-Linie (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 16) sowie Urteile vom 5. Februar 1991 in der Rechtssache C-249/89 (Trave Schiffahrts-Gesellschaft, Slg. 1991, I-257, Randnr. 13); vom 5. Februar 1991 in der Rechtssache C-15/89 (Deltakabel, Slg. 1991, 241, Randnr. 13 f.) und Urteil Société Bautiaa und Société française maritime (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 36).

17 — Richtlinie 74/553/EWG des Rates vom 7. November 1974 zur Änderung von Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, ABl. L 303, S. 9.

18 — Urteil Deltakabel (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 13).

19 — Das Recht, Tochtergesellschaften zu gründen und möglicherweise auch diese wieder einzugliedern, könnte allerdings durch die Niederlassungsfreiheit im Sinne des Artikels 43 EG gewährleistet sein. Gemeinsam mit einem nationalen Verbot der Inländerdiskriminierung könnte diese Gewährleistung eventuell auch Bedeutung für den vorliegenden Sachverhalt haben. Das vorlegende Gericht hat in seinem Vorlagebeschluss jedoch allein um eine Auslegung der Richtlinie 69/335 ersucht.

miteinander verbundener Kapitalgesellschaften so wenig Restriktionen wie möglich zu unterwerfen, so werden derartige Vorgänge doch nur dann von den gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die harmonisierte Gesellschaftsteuer umfasst, wenn sie sich nicht in einer Umschichtung des bereits angesammelten Kapitals erschöpfen, sondern darüber hinaus mit einer (weiteren) Ansammlung von Kapital einhergehen.

38. Auf den ersten Blick könnte man im vorliegenden Fall der „umgekehrten" Verschmelzung eine Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials von Aro Tubi annehmen. Denn in das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft Aro Tubi wurde das Vermögen der übernommenen Gesellschaft Fratelli Gaggini eingebracht, welches zuvor eine rechtlich gesonderte Vermögensmasse dargestellt hatte. Jedoch wäre diese Sichtweise, die allein auf den Vermögensbestand der übernehmenden Gesellschaft abstellt, zu kurz gegriffen.

39. Im Urteil AGAS [20] hat der Gerichtshof nämlich festgestellt, dass für den Fall der „unechten" Fusion der Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335 nicht eröffnet sei, da eine solche unter keinen der Tatbestände von Artikel 4 der Richtlinie falle. Dies kann, wie die Kommission und die italienische Regierung zutreffend ausführen, nur so verstanden werden, dass der entscheidende Maßstab für das Vorliegen einer Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials eine Betrachtung der Situation der beteiligten Gesellschaften *insgesamt* vor und nach der Transaktion bildet.

20 — Zitiert in Fußnote 5.

40. Denn allein auf diese Weise kann ermittelt werden, ob es sich bei einem entsprechenden Sachverhalt um einen Vorgang der Kapitalansammlung und somit um einen von der Richtlinie 69/335 geschützten Vorgang handelt. Daher würde es im vorliegenden Fall der Besonderheiten einer „umgekehrten" Verschmelzung nicht gerecht, wenn man die Frage nach einer Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials der Aro Tubi allein deshalb bejahen wollte, weil in diese Gesellschaft das Vermögen ihrer ehemaligen Muttergesellschaft inkorporiert wurde.

41. Vielmehr muss berücksichtigt werden, dass das Vermögen der bereits vorher durch eine hundertprozentige Beteiligung verbundenen Gesellschaften Aro Tubi und Fratelli Gaggini — als Ganzes gesehen — durch den Akt der Verschmelzung unberührt blieb und sich nunmehr lediglich nicht mehr auf zwei rechtlich gesonderte Gesellschaften verteilt, sondern einer Rechtsperson ausschließlich zugeordnet wird. Eine solche Situation ist in den hierfür wesentlichen Gesichtspunkten nämlich identisch mit derjenigen einer „unechten" Verschmelzung, wie sie im Fall AGAS zugrunde lag.

42. Besonders deutlich wird dies, wenn man die Situation der Aktionäre betrachtet, die ja die eigentlichen, hinter den Gesellschaften stehenden Kapitalgeber sind. Aus deren Sicht führte die „umgekehrte" Verschmelzung weder zu einer Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials der Gesellschaften noch ganz allgemein zu einer Ansammlung von Kapital: Vor der Verschmelzung waren sie Aktionäre der Fratelli Gaggini. Ihre Aktien repräsentierten aber nicht nur den Firmenwert dieser Gesellschaft, sondern zugleich auch den Wert der Aro Tubi, die ja als

hundertprozentige Tochtergesellschaft der Fratelli Gaggini zu deren Gesellschaftsvermögen gehörte. Nach der Verschmelzung erhielten die Aktionäre statt der nunmehr ungültigen Aktien der Fratelli Gaggini Anteile an der Aro Tubi. Diese verkörperten jedoch ihrerseits — nicht anders als die „alten" Aktien — lediglich den Wert der aggregierten Vermögensmassen beider Gesellschaften. Obgleich die Aktien sich nach der Transaktion formal auf eine andere Gesellschaft beziehen, so verbriefen sie doch dasselbe wirtschaftliche Potenzial wie die zuvor von den Aktionären gehaltenen Papiere.

43. Auch wenn es — wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens vorbringt — durchaus so sein mag, dass der Vorgang der Verschmelzung kein rein formaler, etwa bloß „registertechnischer" Akt ist, sondern gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben mag, so wird dabei doch deutlich, dass eine Stärkung des wirtschaftlichen Potenzials der beteiligten Gesellschaften als Folge einer Kapitalansammlung hierbei nicht stattgefunden hat. Folglich wird der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 auch deshalb durch eine „umgekehrte" Fusion nicht erfüllt.

2. Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335

44. Zu erwägen ist ferner die Anwendung des Artikels 4 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie 69/335. Danach fällt die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art, für die nicht Gesellschaftsrechte gewährt werden, die einen Anteil am Kapital oder am Gesellschaftsvermögen verkörpern, sondern andere Rechte, z. B. Stimmrechte oder Gewinnbeteiligungen, in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Unter „Gesellschaftsvermögen" ist dabei in Abgrenzung zu Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c nicht das gezeichnete Kapital zu verstehen, sondern „alle Wirtschaftsgüter, die die Gesellschafter zu einem gemeinsamen Ganzen [in der Gesellschaft] vereinigt haben, einschließlich ihres Zuwachses" [21].

45. Der Vorgang der umgekehrten Verschmelzung kann jedoch allein schon deswegen nicht unter Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d subsumiert werden, weil der Tatbestand dieser Vorschrift ebenfalls um das ungeschriebene Kriterium der Verstärkung des wirtschaftlichen Potenzials zu ergänzen ist, woran es — wie gezeigt — fehlt.

46. Ganz abgesehen davon sind aber auch die ausdrücklich von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d genannten Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt. Zwar erscheint es durchaus vertretbar, das Gesellschaftsvermögen der Aro Tubi durch die Eingliederung des Vermögens der Fratelli Gaginni als erhöht anzusehen. Denn aus der Akte ergibt sich, dass die Fratelli Gaggini vor ihrer Eingliederung neben den Anteilen an der Aro Tubi anscheinend noch weitere wertmäßig nicht unbedeutende Vermögenspositionen inne-

21 — Urteil vom 28. März 1990 in der Rechtssache C-38/88 (Siegen, Slg. 1990, I-1447, Randnr. 12).

hatte, so z. B. Rechte an Grundstücken und an beweglichen Sachen. Vor der Verschmelzung beider Gesellschaften standen diese Güter allein Fratelli Gaggini zu. Aro Tubi erwarb erst nach der Eingliederung ihrer Muttergesellschaft die rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über diese Güter. Daher spricht einiges dafür, den mit der Verschmelzung einhergehenden Übergang dieser Güter als Erhöhung des Gesellschaftsvermögens der Aro Tubi anzusehen.

47. Jedoch lässt Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d nicht schon die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens allein für die Erfüllung seines Tatbestands genügen. Vielmehr fordert die Bestimmung darüber hinaus, dass für die Einlagen, welche zur Vermögenserhöhung führen, Gesellschafterrechte — und keine Gesellschaftsrechte, die einen Anteil am Kapital oder Gesellschaftsvermögen verkörpern — gewährt werden.

48. Als Einlage im weitesten Sinne könnte man die Aktien an der Fratelli Gaggini ansehen. Als Gegenleistung für die Aufgabe dieser Anteile erhielten die Aktionäre der Fratelli Gaggini Aktien der Aro Tubi. Bei Aktien handelt es sich aber gerade um den Hauptfall von Gesellschaftsrechten, die einen Anteil am Kapital der Gesellschaft verkörpern. Aktien sind dagegen keine „Gesellschafterrechte" im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d. Typisch für Gesellschafterrechte ist nämlich, dass sie keinen Kapitalanteil verkörpern, sondern nur einzelne Rechte eines Gesellschafters. Ein Beispiel hierfür sind etwa Genussrechte [22], die allein Anspruch auf eine Beteiligung am Unternehmensgewinn verleihen. Werden im Gegenzug für eine Einlage Aktien ausgegeben, scheidet die Anwendung von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe d aus. Dieser Fall wird allein durch Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c erfasst.

3. Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 69/335

49. Schließlich kommt eine Subsumtion des vorliegenden Falles unter Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 69/335 in Betracht. Dies erfordert nach dem ausdrücklichen Tatbestand dieser Vorschrift zunächst eine Erhöhung des Gesellschaftsvermögens ohne gleichzeitige Erhöhung des Kapitals der Gesellschaft, was man im vorliegenden Fall nach dem oben Gesagten [23] durchaus annehmen kann.

50. Sodann muss diese Erhöhung des Gesellschaftsvermögens durch Leistungen eines Gesellschafters bewirkt worden sein. Eine derartige Leistung könnte darin erblickt werden, dass die Aktionäre der Fratelli Gaggini auf ihre Anteile an dieser Gesellschaft zugunsten der Aro Tubi verzichtet haben. Indes handelte es sich bei den Aktionären der Fratelli Gaggini zum Zeitpunkt der Verschmelzung der beiden Gesell-

22 — Vgl. Urteil vom 17. Oktober 2002 in der Rechtssache C-138/00 (Solida und Tech, Slg. 2002, I-8905, Randnr. 28).

23 — Siehe Randnr. 46.

schaften nicht um Aktionäre der begünstigten Gesellschaft Aro Tubi, sondern um Anteilsinhaber ihrer Muttergesellschaft.

51. Der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b wäre also nur bei einer erweiternden Auslegung des Begriffes der Leistung eines Gesellschafters erfüllt, nämlich wenn auch die Leistung eines mittelbar Beteiligten, also des Gesellschafters eines Gesellschafters, eingeschlossen wäre.

52. Eine entsprechende erweiternde Begriffsauslegung erscheint durchaus denkbar. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Gerichtshof in ähnlich gelagerten Fällen bereits festgestellt, dass die Frage, ob ein Vorgang dem Tatbestand von Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b unterliegt, anhand einer wirtschaftlichen und nicht einer formalen, allein auf die Herkunft der Einlagen abstellenden Betrachtungsweise zu treffen ist. [24]

53. Selbst wenn man allerdings im Rahmen einer solchen wirtschaftlichen Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Leistung eines Gesellschafters zu dem Ergebnis käme, dass die Einbringung der Fratelli Gaggini in Aro Tubi als Gesellschafterleistung zugunsten der Aro Tubi anzusehen wäre, so genügte dies noch nicht für das Eingreifen von Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b. Vielmehr erfordert diese Vorschrift zusätzlich, dass die Leistung des Gesellschafters ihren Gegenwert in einer Änderung der Gesellschaftsrechte findet oder geeignet ist, den Wert der Gesellschaftsanteile zu erhöhen.

54. Hierbei liegt die erste dieser Alternativen, nämlich eine Änderung der Gesellschaftsrechte, ersichtlich nicht vor, da die Aktien der Aro Tubi in Anzahl und Nennwert unverändert blieben.

55. Die Erhöhung des Wertes der Gesellschaftsanteile im Sinne der zweiten Alternative ist ebenfalls nicht gegeben. Zwar könnte man argumentieren, dass Aro Tubi mit der Eingliederung der Fratelli Gaggini deren Vermögenswerte hinzugewann und dass sich der (reale) Wert der Aktien der Aro Tubi durch diesen Zugewinn an Gütern vergrößerte.

56. Diese Betrachtungsweise stünde jedoch nicht in Einklang mit der genannten wirtschaftlichen Auslegung des Tatbestandes von Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b. Wenn man nämlich die Leistung eines mittelbaren Gesellschafters ausreichen lässt, so folgt aus der synallagmatischen Konzeption der Norm, dass die Werterhöhung der Gesellschaftsanteile ebenfalls bei eben diesem mittelbaren Gesellschafter eintreten muss.

57. Zu vergleichen ist also nicht der (reale) Wert der Aktien der Aro Tubi vor und nach der Verschmelzung, sondern vielmehr der (reale) Wert der von den Aktionären der Fratelli Gaggini vor der Eingliederung ge-

24 — Urteile vom 13. Oktober 1992 in der Rechtssache C-49/91 (Weber Haus, Slg. 1992, I-5207, Randnr. 11) und vom 17. Oktober 2002 in der Rechtssache C-339/99 (ESTAG, Slg. 2002, I-8837, Randnr. 37).

haltenen Aktien mit dem Wert der Aro Tubi-Aktien, die danach an sie ausgegeben wurden. Diese unterschieden sich aber in keiner Weise, da der aggregierte Unternehmenswert der Aro Tubi und der Fratelli Gaggini vor der Eingliederung, welcher in seiner Gesamtheit durch die Aktien der Fratelli Gaggini verkörpert wurde, identisch mit dem Wert der „neuen" Aro Tubi, repräsentiert durch deren Aktien, ist. Im Ergebnis hat sich der Wert des Portfolios der Aktionäre durch die Transaktion nicht verändert.

58. Folglich ist Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b selbst bei einer wirtschaftlichen Auslegung des Begriffes der Gesellschafterleistung nicht erfüllt. Dies gilt erst recht, wenn man auch für diesen Tatbestand das — ungeschriebene — Erfordernis einer Erhöhung des wirtschaftlichen Potenzials der Gesellschaften verlangt.

59. Die sonstigen Tatbestandsvarianten von Artikel 4 der Richtlinie 69/335 sind nicht einschlägig. Auch eine Subsumtion des Ausgangsfalles unter Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 kommt nicht in Frage.

60. Daher gibt es im Ergebnis keine Vorschrift, nach welcher der Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335 eröffnet wäre. Die Bestimmungen dieser Richtlinie verbieten es somit nicht, dass ein Mitgliedstaat für den Fall einer „umgekehrten" Fusion wie im Ausgangsfall eine Registersteuer erhebt.

VI — Ergebnis

61. Nach alledem schlage vor, auf die Frage der Corte Suprema di Cassazione wie folgt zu antworten:

Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital steht der Erhebung einer Registersteuer in Höhe von 1 v. H. des Vermögens der eingegliederten Gesellschaft nicht entgegen, die unter den Bedingungen des Ausgangsfalls bei der Eingliederung einer Gesellschaft in eine andere Gesellschaft erhoben wird, deren Anteile zuvor vollständig von der eingegliederten Gesellschaft gehalten wurden (umgekehrte Verschmelzung).