

Körperschaften im Steuerrecht

Festschrift für Werner Wiesner
zum 65. Geburtstag

Beiträge zum
Handelsrecht, Insolvenzrecht, Körperschaftsteuerrecht,
Umgründungssteuerrecht, Verkehrssteuerrecht,
Gemeinschaftsrecht und zur Unternehmensbewertung

herausgegeben von

Dr. Elisabeth König
Steuer- und Zollkoordination

Prof. Dr. Walter Schwarzinger
Wirtschaftsprüfer und Steuerberater

 **LINDE**
VERLAG

Grenzüberschreitende Umgründungen, Sitzverlegung und Wegzug im Lichte der Änderung der Fusionsrichtlinie und der neueren EuGH-Judikatur

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel

Gliederung

1. Der Vorschlag zur Änderung der Fusionsrichtlinie
2. Grenzüberschreitende Verschmelzung
3. Grenzüberschreitende Einbringung
4. Grenzüberschreitende Sitzverlegung
5. EuGH 21.11.2002 zur grenzüberschreitenden Beteiligungsübertragung
6. EuGH 11. 3. 2004 zur Wegzugsbesteuerung
7. Folgerungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung und Sitzverlegung

1. Der Vorschlag zur Änderung der Fusionsrichtlinie

Am 17. 10. 2003 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Fusionsrichtlinie¹ („FRL“) veröffentlicht² („FRL-V“). Anlass des FRL-V ist die Verabschiedung des Statuts der Europäischen (Aktien-)Gesellschaft (Societas Europaea – „SE“)³ und des Statuts der Europäischen Genossenschaft („SCE“).⁴ Da die SE und die SCE im Wege grenzüberschreitender Umgründungen errichtet werden, muss der Anwendungsbereich der FRL auf diese beiden neuen europäischen Rechtsformen erstreckt werden. Ferner sind steuerrechtliche Regelungen für die grenzüberschreitende Sitzverlegung erforderlich, da diese im SE-Statut und im SCE-Statut gesellschaftsrechtlich zugelassen ist.

Zusätzlich beabsichtigt der FRL-V Verbesserungen und Klarstellungen: Neben der Aufspaltung soll die FRL auch die Abspaltung umfassen. Es soll klargestellt werden, dass die „Umwandlung“ einer Betriebsstätte in eine Tochter-Körperschaft als „Einbringung von Unternehmensteilen“ (Art 2 lit c FRL) in den Anwendungsbereich der FRL fällt. Der FRL-V tritt schließlich der „Verdoppelung der stillen Reserven“ bei Einbringungsvorgängen⁵ entgegen. Auch dabei handelt es sich um Klarstellungen. Gleiches gilt für den neuen Abs 12 in Art 8 FRL, wonach die FRL auch auf Anteilstauschvorgänge zur Anwen-

- ¹ Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, 90/434/EWG, ABi L 225 vom 20. 8. 1990, 1 ff.
- ² Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, KOM (2003) 613. Dazu ein erster Überblick bei *Tissot*, Entwurf zur Abänderung der EU-Fusionsrichtlinie: Erweiterter Anwendungsbereich, Steuerneutrale Aufwertung bei Einbringungen, SWI 2004, 119.
- ³ Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) und Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABi L 294 vom 10. 11. 2001. Für einen ersten Überblick vgl *Schindler*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte (2002). Auch der Entwurf eines Gesellschaftsrechtsänderungsgesetzes 2004, dessen Art I ein Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) – (SE-Gesetz – SEG) umfasst, wurde vor kurzem veröffentlicht (JMZ 10.001B/25-I.3/2004 – siehe www.bmj.gv.at).
- ⁴ Verordnung (EG) Nr 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) und Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABi L 207 vom 18. 8. 2003.
- ⁵ Zur Problematik vgl etwa *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG, § 12 Rz 37, § 16 Rz 24 ff; im Kontext der FRL: *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG, § 12 Rz 14 f, 24 ff; § 16 Rz 30 ff.

derung kommt, bei denen tauschende Gesellschafter in Drittstaaten ansässig sind.⁶

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist ein spezifisches Erfordernis der FRL und des FRL-V im Zusammenhang mit der Fusion und der grenzüberschreitenden Sitzverlegung: Die Besteuerung der stillen Reserven im übertragenen Vermögen bzw im Vermögen der ihren Sitz verlegenden Körperschaft unterbleibt nur, wenn und soweit das Vermögen einer Betriebsstätte im Mitgliedstaat der übertragenden Gesellschaft bzw im Wegzugsstaat zugerechnet bleibt und zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses dieser Betriebsstätte beiträgt (Art 4 Abs 1 Teilstrich 2 FRL, Art 10a Abs 1 FRL-V). Zu fragen ist, ob der österreichische Gesetzgeber dieses *Betriebsstättenverhaftungserfordernis* im Zuge der Umsetzung der Verschmelzungs- und Sitzverlegungsregeln der FRL in nationales Steuerrecht übernehmen soll. Neben der korrekten Umsetzung der FRL und des FRL-V wird auch die Wertungseinheit zu den Umwandlungs- und Einbringungsregelungen des UmgrStG zu beachten sein; denn hier stellt sich die Entstrickungsproblematik bereits heute.

Die vorliegende Untersuchung darf somit auf das Interesse des Jubilars hoffen. Denn legislative Arbeit hat sein reiches juristisches Leben ausgefüllt. Systematik und Wertungseinheit des Gesetzes lagen dabei Wenigen so am Herzen wie ihm.

2. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Gemäß Art 2 Abs 1, 17 ff des SE-Statuts können Aktiengesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) eine SE durch grenzüberschreitende Verschmelzung gründen. Darauf aufbauend erweitert der FRL-V die im Anhang gemäß Art 3 lit a aufgezählten Gesellschaften um die SE und die SCE. Gründen danach im Anhang genannte Gesellschaften eine SE oder SCE im Wege der grenzüberschreitenden Verschmelzung, kommen darauf die Bestimmungen der Art 4 bis 8 FRL idF FRL-V zur Anwendung.

Zur Umsetzung dieser Richtlinienbestimmungen sollte zunächst der Kreis der in § 1 Abs 1 UmgrStG aufgezählten Verschmelzungstypen um grenzüberschreitende Verschmelzungen erweitert werden. Zwar entspricht es bereits der Verwaltungsauffassung, dass Art I UmgrStG auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen gilt.⁷ Dies ergibt sich aber nicht aus dem Wortlaut der Regelung. Die Erwähnung nur der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu

⁶ Anders: Rz 862 ff UmgrStR im Anschluss an frühere BMF-Auskünfte; dagegen *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 12 Rz 21 und § 16 Rz 79 ff.

⁷ Früher schon BMF 16. 3. 1994 RdW 1994, 264, wo allerdings noch von der gesellschaftsrechtlichen Unzulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungsvorgänge ausgegangen wird; weiters BMF 3. 5. 2000 RdW 2000, 642; nunmehr: Rz 41 ff UmgrStR.

einer SE oder SCE wäre nicht ratsam, weil dies hinsichtlich anderer Fälle der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu einem Umkehrschluss veranlassen könnte. Eine Diskriminierung solcher Verschmelzungsformen muss vermieden werden, zumal im Gefolge der Centros-, Überseering- und Inspire Art-Judikatur des EuGH⁸ jene verbreitete Meinung bestätigt wurde, die die grenzüberschreitende Verschmelzung nationaler Kapitalgesellschaften jedenfalls im Bereich der Europäischen Union (auch) aufgrund der *Niederlassungsfreiheit* (Art 43, 48 EG) als zulässig ansieht.⁹ Der Gesetzgeber würde damit auch der sich abzeichnenden Entwicklung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des Gesellschaftsrechtes entsprechen: Denn vor kurzem hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten vorgelegt.¹⁰

Dem Betriebsstättenverhaftungserfordernis (Art 4 Abs 1 Teilstrich 2 FRL, Art 10a Abs 1 FRL-V) entspricht das *Verstrickungserfordernis* in der Verschmelzungsregelung des § 1 Abs 1 letzter Halbsatz UmgrStG. Wird der Anwendungsbereich des Art I UmgrStG auf grenzüberschreitende Verschmelzungen ausgedehnt, besteht Übereinstimmung mit der FRL.¹¹ Bei der Umsetzung der geänderten FRL ist allerdings zu bedenken, dass das UmgrStG in einigen Fällen über die FRL hinausgeht.¹² Gelegentlich sind Einschränkungen, die nach der FRL zulässig sind, im UmgrStG nicht umgesetzt. Dies gilt gerade für den einzigen bisher geregelten Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung: die grenzüberschreitende *verschmelzende Umwandlung* auf eine EU-Gesellschaft. Ungeachtet der abweichenden Konstruktion des österreichischen Gesellschaftsrechtes ist sie eine Fusion iSv Art 2 lit a FRL.¹³ Dennoch enthält § 7 Abs 1 UmgrStG – anders als § 1 Abs 1 UmgrStG – kein Verstrickungser-

⁸ EuGH Slg 1999, I-1459 – Centros; EuGH Slg 2002, I-9919 – Überseering; EuGH 30.9.2003, Rs C 167/01 – Inspire Art.

⁹ Vgl Eyles, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft (1990) 115 mwN in FN 163; Kalss, Handkommentar Verschmelzung Spaltung Umwandlung, § 219 AktG Rz 5; Hügel/Mühlehner/Hirschler, UmgrStG § 1 Rz 94; Hasenauer, Neue Rechtsprechung des OGH zur grenzüberschreitenden Umwandlung, RdW 2003, 357, 359 mwN in FN 14; Rütfler, Die Umwandlung auf den deutschen Alleingesellschafter – Eine Kritik an der Entscheidung des OGH 6 Ob 283/02i, GesRZ 2004, 3, 6.

¹⁰ KOM (2003) 703.

¹¹ Die grenzüberschreitende Spaltung bleibt im Folgenden außer Betracht: Die §§ 32 ff UmgrStG gelten nur für Inlandsspaltungen, weil das SpaltG keine gesellschaftsrechtliche Grundlage für grenzüberschreitende Spaltungen enthält. Die in Teilschritten erfolgende Steuer-Spaltung iSd §§ 38a ff UmgrStG kennt kein dem § 1 Abs 1 letzter Halbsatz UmgrStG vergleichbares Verstrickungserfordernis.

¹² Aufzählung bei Hügel/Mühlehner/Hirschler, UmgrStG § 12 Rz 9. Das internationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs 2–5 KStG beschränkt sich – insoweit über die Mutter-Tochter-Richtlinie hinausgehend – nicht auf Dividendenströme zwischen europäischen Gesellschaften.

¹³ Hügel/Mühlehner/Hirschler, UmgrStG § 7 Rz 17.

fordernis. Bei der mit der Verschmelzung iSd § 1 Abs 1 UmgrStG vergleichbaren verschmelzenden Umwandlung auf eine ausländische EU-Kapitalgesellschaft ist auch das Betriebserfordernis nach § 7 Abs 1 Z 2 Teilstrich 2 UmgrStG nicht anwendbar. Im Falle der grenzüberschreitenden verschmelzenden Umwandlung einer *Holding-Gesellschaft*¹⁴ unterbleibt die Liquidationsbesteuerung, obwohl in Österreich keine Betriebsstätte zurückbleibt, in welcher die übergehenden Beteiligungen an (in- und ausländischen) Körperschaften verstrickt wären. Aufgrund der DBA-Zuteilungsregelungen, die das Besteuerungsrecht an Körperschafts-Anteilen entsprechend Art 13 Abs 5 OECD-MA regelmäßig dem Ansässigkeitsstaat des veräußernden Gesellschafters zuweisen,¹⁵ kann auch die Betriebsvermögensfiktion nach § 7 Abs 1 Z 2 Teilstrich 2 UmgrStG letzter Halbsatz an der *Entstrickung der stillen Reserven* in den übergehenden Körperschafts-Anteilen nichts ändern.¹⁶

Die Wertungseinheit mit Art II UmgrStG spricht somit für die Streichung des Verstrickungserfordernisses in § 1 Abs 1 letzter Halbsatz UmgrStG.¹⁷ Auch in anderen Zusammenhängen hat der Gesetzgeber auf den Wertungseinklang zwischen verschmelzender Umwandlung und Verschmelzung geachtet.¹⁸ Es wäre schwer verständlich, dass die verschmelzende Umwandlung einer Holding-Gesellschaft steuerneutral ist, die grenzüberschreitende Verschmelzung hingegen nicht. Solche Unterschiede hinzunehmen, wäre eine kurzsichtige legislative Taktik. Denn oft haben Wertungswidersprüche unvermeidbar Umgehungsmöglichkeiten zur Folge. Dies ist auch hier der Fall: Soll eine Ö-Holding-AG auf eine D-AG verschmolzen werden und scheitert dies an dem Betriebsstättenverhaftungserfordernis des § 1 Abs 1 UmgrStG, liegen steuerneutrale Gestaltungsalternativen auf der Hand: Die Einbringung der Beteiligung an der Ö-Holding-AG in die D-AG ist steuerneutral möglich. Gleich-

¹⁴ Zu anderen Fällen der Entstrickung von Inlandsvermögen vgl *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 7 Rz 51 f. Diese Fälle bleiben im Folgenden außer Betracht.

¹⁵ Abweichendes gilt häufig im Falle von Anteilen an Immobilien-Gesellschaften, im Übrigen (innerhalb der Europäischen Union) nur nach Art 13 Abs 3 DBA-Frankreich. Aufzählung der von Art 13 OECD-MA abweichenden DBA-Regelungen bei *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 16 Rz 35.

¹⁶ *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 7 Rz 51 FN 36 unter Hinweis auf BMF 14. 8. 1997 RdW 1997, 701 (identisch mit BMF 30. 9. 1997 SWK 1997 S 659). IE auch Rz 456 UmgrStR.

¹⁷ Aus steuersystematischen Gründen könnte das Verstrickungserfordernis bei nationalen Verschmelzungen aufrechterhalten werden, um die Erfassung der stillen Reserven im Rahmen der Schlussbesteuerung beim verschmelzungsbedingten Übergang auf eine steuerbefreite Körperschaft sicherzustellen.

¹⁸ Wie bei der Verschmelzung iSv Art I UmgrStG ist auch bei der verschmelzenden Umwandlung auf eine Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG das Vorliegen eines Betriebs nicht erforderlich. Wie bei der Verschmelzung ist auch bei der verschmelzenden Umwandlung auf eine Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG ein vorangehender Anteilserwerb dem Übergang von Verlustvorträgen nicht abträglich (§ 10 Z 1 lit c3 UmgrStG). Die Materialien zum SteuerreformG 1993, 1237 BIGNR 18 GP 68 ff begründen dies mit der Gleichstellung von Verschmelzung und verschmelzender Umwandlung.

ches gilt für die nachfolgende verschmelzende Umwandlung der Ö-Holding-AG auf die D-AG.

3. Grenzüberschreitende Einbringung

Auch die Einbringung von Kapitalanteilen in ausländische Körperschaften führt im Anwendungsbereich des § 16 Abs 1 UmgrStG oder § 16 Abs 2 Z 1 UmgrStG zur *Entstrickung der stillen Reserven* in den eingebrachten Anteilen.¹⁹ Hier ist die Entstrickung sogar durch die FRL vorgegeben: Die Steuerneutralität hängt gemäß Art 8 Abs 2 FRL nur von der Übertragung des Buchwerts der eingebrachten Anteile (FRL: „Anteile an der erworbenen Gesellschaft“) auf die aus Anlass der Einbringung gewährten Anteile an der übernehmenden Körperschaft (FRL: „erworbene Anteile“) ab.²⁰ Demgegenüber verlangen etwa die §§ 23 Abs 4 iVm 20 Abs 2 und 4 des deutschen Umwandlungssteuergesetzes im Falle des Anteilstauschs die „*grenzüberschreitende Buchwertfortführung*“, worin das deutsche Schrifttum fast einhellig eine Verletzung der FRL erblickt.²¹ Dies bestätigt der FRL-V, indem er über die geltende Richtlinie sogar hinausgeht. Art 8 Abs 2 FRL regelt gegenwärtig nur die Bewertung der „erworbenen Anteile“ beim Gesellschafter, nicht hingegen die Bewertung der „Anteile an der erworbenen Gesellschaft“ bei der übernehmenden Gesellschaft. Daraus folgt, dass der Mitgliedstaat, in dem der Einbringende ansässig ist und dem in aller Regel das Besteuerungsrecht hinsichtlich der stillen Reserven an den eingebrachten Anteilen zusteht, die Steuerneutralität des Anteilstauschs nicht von der „grenzüberschreitenden Buchwertfortführung“ abhängig machen darf. Erst recht enthält Art 8 Abs 2 FRL keine Anordnung über die Bewertung der eingebrachten Anteile bei der übernehmenden Gesellschaft.

Demgegenüber will Art 8 Abs 10 FRL-V der übernehmenden („erwerbenden“) Gesellschaft vorschreiben, die erworbenen Anteile mit dem „tatsächlichen Wert der Anteile, die den Gesellschaftern der erworbenen Gesellschaft zugeteilt wurden“, anzusetzen. Da die getauschten Anteile in aller Regel wertgleich sein werden, läuft dies auf einen Ansatz der eingebrachten Anteile („erworbenen Anteile“) mit ihrem tatsächlichen Wert hinaus.

Durch diese Änderungen würden steuersparende Veräußerungsstrategien erleichtert: Die Hinaus-Einbringung führt zur Entstrickung im Ansässigkeitsstaat des Einbringenden. War die anschließende Veräußerung der Anteile durch die ausländische übernehmende Gesellschaft – unabhängig von einem Erfordernis der grenzüberschreitenden Buchwertfortführung – schon bisher häufig aufgrund eines Holding- oder Schachtelprivilegs steuerfrei, so würde Art 8 Abs 10 FRL-V künftig die *Entstehung eines Veräußerungsgewinns* verhindern.

¹⁹ Vgl. *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 16 Rz 30.

²⁰ *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 12 Rz 28.

²¹ Vgl. etwa *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG UmwStG³ § 23 UmwStG Rz 79 mwN.

Auf das Eingreifen einer Capital Gains-Befreiung käme es dann gar nicht mehr an. Konnte der österreichische Fiskus bisher immerhin im Falle einer Ausschüttung im Wege des Methodenwechsels nach § 10 Abs 5 KStG auf eine Besteuerung des Veräußerungsgewinns hoffen, so dürfte Art 8 Abs 10 FRL-V diese Besteuerungsmoglichkeit für die Zukunft versperren: Denn da der Veräußerungsgewinn nach § 3 Z 1 VO BGBl 1995/57 nach österreichischem Bilanzsteuerrecht zu beurteilen wäre, würde Art 8 Abs 10 FRL-V bzw die österreichische Umsetzungsnorm dem Ausweis eines Veräußerungsgewinns, durch den die Einbringungsreserven erfasst werden, entgegenstehen.

Erneut zeigt sich: Die Beseitigung steuerrechtlicher Hemmnisse im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Umgründungen im Interesse der Errichtung eines funktionierenden Gemeinsamen Marktes (so die Präambel zur FRL) führt auch im Bereich des Anteilstauschs (UmgrStG: Einbringung von Kapitalanteilen) dazu, dass stille Reserven in Beteiligungen der Besteuerungshoheit des Mitgliedstaates, in dem der Einbringende ansässig ist, entzogen werden. Schon frühzeitig wurde denn auch pointiert auf den so ermöglichten „Export stiller Reserven“ hingewiesen.²² Tatsächlich handelte es sich um den ersten Schritt einer Entwicklung, die das stets anerkannte Interesse der nationalen Fiscis an der Besteuerung der in ihrem Gebiet gelegten stillen Reserven im Interesse der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes ohne steuerrechtliche Schranken immer weiter zurückdrängt. Diese Entwicklung hat durch die unten zu besprechenden EuGH-Urteile vom 21.11.2002 und 11.03.2004 einen vorläufigen Abschluss gefunden.

4. Grenzüberschreitende Sitzverlegung

Auch im Zusammenhang mit der Umsetzung des Art 10a FRL-V, der die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE oder SCE regelt,²³ geht es um die *Entstrickung stiller Reserven*. Anders als in § 12 Abs 1 dKStG findet sich im österreichischen Steuerrecht kein (ausdrücklich normierter) Verlegungstatbestand. Nach dem Schrifttum kommt eine Gewinnrealisierung jedenfalls bei Verlegung des Ortes der Geschäftsführung gemäß § 6 Z 6 EStG in Be-

²² *Wassermeyer*, FS Semler (1993) 977; früher schon *Thiel*, StbJb 1991/92, 58; *derselbe*, GmbHR 1994, 282.

²³ Zu steuerrechtlichen Fragen bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung der SE vgl *Tumpel*, Steuerrechtliche Rahmenbedingungen der Europäischen Aktiengesellschaft, GesRZ 2002, 162; weiters *Schindler*, Die Europäische Aktiengesellschaft (FN 3) 111 ff. Aus dem neueren deutschen Schrifttum seien genannt: *Hügel*, Steuerrechtliche Hindernisse bei der internationalen Sitzverlegung, ZGR 1999, 71; *Förster/Lange*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft aus ertragssteuerlicher Sicht, RIW 2002, 585; *Herzig/Griemla*, Steuerliche Aspekte der Europäischen Aktiengesellschaft/Societas Europaea (SE), StuW 2002, 55; *Kessler/Achilles/Huck*, Die Europäische Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen nationalem Steuerrecht und EuGH, IStR 2003, 715.

tracht.²⁴ Da die Sitzverlegung in aller Regel nicht mit einer Verbringung von Wirtschaftsgütern über die Grenze verbunden ist, kann die Gewinnrealisierung nur auf den zweiten Tatbestand des § 6 Z 6 EStG, auf die Verlegung eines Betriebs oder einer Betriebsstätte gestützt werden. Im Zusammenhalt mit § 29 Abs 1 BAO ergibt sich, dass die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung als *Verlegung der Geschäftsleitungs-Betriebsstätte* den Tatbestand des § 6 Z 6 Satz 2 EStG erfüllt. Freilich stellt sich die Frage, welche Wirtschaftsgüter der Geschäftsleitungs-Betriebsstätte zuzuordnen sind.²⁵ Einigkeit besteht aber insoweit, als Wirtschaftsgüter, die in einer (anderen) Betriebsstätte in Österreich verstrickt bleiben, jedenfalls von der Gewinnrealisierung nach § 6 Z 6 Satz 2 EStG ausgenommen sind.

Im Ergebnis entspricht das Betriebsstättenverhaftungserfordernis des Art 10a Abs 1 FRL-V somit bereits dem österreichischen Steuerrecht. Fraglich ist indessen, wie der Wegzug einer Holding-SE oder Holding-SCE zu beurteilen wäre. Jedenfalls sind stille Reserven in einer steuerneutralen Schachtelbeteiligung gemäß § 10 Abs 3 KStG von der Wegzugsbesteuerung befreit.²⁶ Im Übrigen wurden gegen eine Besteuerung aus Anlass des Wegzuges von Körperschaften bereits frühzeitig gemeinschaftsrechtliche Bedenken angemeldet, denn das Spannungsverhältnis zur Niederlassungsfreiheit (Art 43, 48 EG) und zur Kapitalverkehrsfreiheit (Art 56 ff EG) ist unübersehbar.²⁷

Somit stellt sich auch hier die Frage, ob die nationale Steuerrechtsregelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung nicht auf das Betriebsstättenverhaftungserfordernis verzichten sollte. Dafür sprechen nicht nur europarechtliche Überlegungen, auf die noch unten eingegangen wird, sondern – wie im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung – die Wertungseinheit mit Art II UmgrStG und Art III UmgrStG. Andernfalls wird zwar der Wegzug von Holding-Gesellschaften verhindert. Die Einbringung der von der Holding-Gesellschaft gehaltenen (in- und ausländischen Beteiligungen) in eine ausländische Gesellschaft ist demgegenüber gemäß Art III UmgrStG steuerneutral möglich. Dass die Einbringungsreserven gemäß § 20 Abs 7 Z 1 UmgrStG in den von der Holding-Gesellschaft gehaltenen Anteilen an der übernehmenden (ausländischen) Körperschaft verstrickt bleiben, ist nur ein schwaches Gegenargument; denn auch im Falle der grenzüberschreitenden Sitzverlegung bleiben

²⁴ Grundlegend *Toifl*, Steuerliche Folgen der Verlegung des Sitzes und des Ortes der Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft ins Ausland, SWI 1997, 248, 254 f; eingehend *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 193 ff; vgl weiters *Schindler*, Europäische AG (FN 3) 111 ff; *Aigner/Kofler/Tumpel*, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht (2004) 97 ff.

²⁵ *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften 195 f; *Aigner/Kofler/Tumpel*, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht 100 f.

²⁶ *Aigner/Kofler/Tumpel*, Zuzug und Wegzug von Kapitalgesellschaften im Steuerrecht 101; ebenso zur Anwendung der Veräußerungsgewinnbefreiung des § 8b dKStG: *Hügel*, ZGR 1999, 102.

²⁷ *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften 217 ff.

die Anteile an der weggezogenen Körperschaft im Inland verstrickt, jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter in Österreich steueransässig ist. Die Position des Fiskus ist bei der Sitzverlegung sogar stärker, weil auch die nach dem Wegzug in den Anteilen angesammelten Reserven in die inländische Steuer- verstrickung einbezogen werden. Demgegenüber sind im Falle der Einbringungsvariante die Neureserven in den Anteilen an der ausländischen übernehmenden Körperschaft nach § 10 Abs 3 KStG steuerbefreit.

Die Einführung einer für wegziehende Holding-Gesellschaften geltenden Verlegungsbesteuerung erscheint aber auch deswegen wenig sinnvoll, weil hier ähnliche Vermeidungsstrategien möglich sind wie im Falle der grenzüberschreitenden Verschmelzung: Wird die Beteiligung an der Holding-AG in eine ausländische Körperschaft eingebracht, führt eine danach durchgeführte verschmelzende Umwandlung der Holding-AG auf die ausländische Mutter-Körperschaft zur Entsteuerung der Reserven in den übergehenden Beteiligungen.

Abgesehen von diesen steuersystematischen Überlegungen ist die Vereinbarkeit einer Verlegungsbesteuerung mit der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit zu überprüfen. In diesem Zusammenhang ist auf zwei neuere Urteile des EuGH einzugehen, die sich mit steuerrechtlichen Beschränkungen der grenzüberschreitenden Übertragung von Beteiligungen sowie des Wegzuges von natürlichen Personen befassen.

5. EuGH 21.11.2002 zur grenzüberschreitenden Beteiligungübertragung

Das Urteil vom 21.11.2002, Rs C-436/00, X, Y gegen Riksskatteverk, befasst sich mit verschiedenen Varianten der Übertragung von Aktien auf juristische Personen nach schwedischem Steuerrecht: die Übertragung auf eine *ausländische* juristische Person, an der der Übertragende unmittelbar oder mittelbar Anteile besitzt (vom EuGH „Typ A“ der Übertragung von Aktien genannt); die Übertragung auf eine *schwedische* Aktiengesellschaft, an der eine solche (ausländische) juristische Person unmittelbar oder mittelbar Anteile besitzt („Typ B“); die Übertragung auf eine sonstige *schwedische* Aktiengesellschaft, an der der Übertragende (ohne Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft) unmittelbar oder mittelbar Anteile besitzt („Typ C“). Gemeinsam ist diesen im schwedischen Einkommensteuergesetz geregelten Übertragungsformen, dass die Übertragung entweder *unentgeltlich* oder gegen ein *Entgelt, das niedriger als der Marktwert* der Aktien ist, erfolgt. Aufgrund der in den drei Übertragungstypen vorausgesetzten unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung des Übertragenden an der erwerbenden Gesellschaft handelt es sich somit um Einlagen oder verdeckte Einlagen.²⁸ Das schwedische Ein-

²⁸ So auch der EuGH aaO Tz 4. Zum Begriff der verdeckten Einlage vgl nur *Doralt/Ruppe, Steuerrecht I*⁸ (2003) Rz 967.

kommensteuergesetz knüpft an Übertragungen des Typs A und des Typs B die sofortige Besteuerung der stillen Reserven und gewährt im Falle von Übertragungen des Typs C einen Steueraufschub.

Diese Ungleichbehandlung ist nach Ansicht des EuGH eine unzulässige *Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und der Kapitalverkehrsfreiheit*.²⁹ Dies gilt nach Ansicht des EuGH nicht nur für die (nicht verfahrensgegenständliche) Übertragung auf eine ausländische juristische Person (Typ A), sondern auch für die dem EuGH zur Beurteilung vorgelegte Übertragung auf eine schwedische AG (Typ B), an welcher der Einbringende (mittelbar) über eine ausländische Zwischengesellschaft beteiligt ist.³⁰

Das Vorabentscheidungsersuchen war in einem Steuervorbescheid-Verfahren³¹ gestellt worden. In diesem Verfahren hatten X und Y eine Auskunft über die beabsichtigte Einbringung ihrer Aktien an der X AB, einer schwedischen AG, auf die Z AB, einer anderen schwedischen Gesellschaft, beantragt. Die Aktien der Z AB wurden von der belgischen Y SA gehalten. X, Y und eine maltesische Gesellschaft waren an der X AB und der Y SA mit gleichen Quoten beteiligt. Der Vorgang war somit einer Großmuttereinbringung bei identischen Beteiligungsverhältnissen iSd § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG vergleichbar. Allerdings bezog sich die verfahrensgegenständliche Anfrage an die Finanzverwaltung nicht auf eine „unentgeltliche“ Übertragung (Einlage), sondern auf eine Übertragung gegen ein Entgelt, das niedriger als der Marktwert war (verdeckte Einlage).³² Die Aussagen des Urteils sind freilich auch auf *Einbringungen ohne Gegenleistung* anwendbar. Auch die Besonderheit, dass die Übertragung nur aufgrund der belgischen Zwischengesellschaft einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, ist für die Aussagekraft des Urteils nicht entscheidend. Denn das Urteil ist nach seiner Begründung und dem Urteilspruch auch auf Übertragungen auf ausländische Gesellschaften (Typ A) anwendbar.³³

²⁹ Wenn die Beteiligung nicht ausreichend hoch ist, um Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft zu ermöglichen: Tz 67 f des Urteils.

³⁰ Tz 33 ff, 39 des Urteils.

³¹ Dabei handelt es sich um ein Verfahren vor der schwedischen Finanzverwaltung, in dem Auskünfte über künftig zu verwirklichende Sachverhalte erteilt werden. Die Auskunft ergeht im Rahmen eines „Steuervorbescheids“, der im Instanzenzug bekämpft werden kann. Dies ermöglicht, wie das Urteil zeigt, die Überprüfung nationalen Steuerrechts auf seine Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht vor Verwirklichung des Abgabentatbestandes, ein Rechtsschutzstandard, der in Österreich leider unbekannt ist.

³² Im Schlussantrag des Generalanwalts Jean Mischo vom 6.6.2002 ist einerseits von einer „Kapitaleinlage in Form einer Übertragung von Aktien zu einem herabgesetzten Preis (Tz 16) und andererseits von einer „Einlage in Form von Anteilen“ (Tz 76) die Rede. Der EuGH erwähnt unter Tz 16 die Übertragung „zu einem ermäßigten Preis“. Auch der Urteilspruch bezieht sich auf die Übertragung von Aktien „zu einem ermäßigten Preis“.

³³ Tz 34 und 36.

Das Schwergewicht der Urteilsbegründung liegt in der Befassung mit dem Argument der schwedischen Finanzverwaltung (Riksskatteverk), die Regelung solle Steuerhinterziehungen entgegenwirken. Das Riksskatteverk hatte sich jedoch zusätzlich auf ein grundlegendes Steuerprinzip berufen: Die *Kohärenz der Steuerregelung* erfordere, dass das „Kapital, dessen Besteuerung derart aufgeschoben werde, weiterhin der schwedischen Besteuerung unterliege“. Denn: Ein Mitgliedstaat sei grundsätzlich berechtigt, die „Besteuerung latenter Einkommen zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt in dem Land, in dem sie ihren Ursprung hätten, vorzusehen. Dabei gehe es um den Schutz seines Steueraufkommens.....“³⁴

Das Kohärenz-Argument betrifft ein dem EuGH erstmals vorgelegtes Thema: die steuersystematische Rechtfertigung von *Entstrickungs-* oder *Ersatzrealisierungstatbeständen* zur Vermeidung des Verlustes nationaler Besteuerungsrechte *bei grenzüberschreitenden Sachverhalten*.³⁵ Dies wird vom EuGH als Rechtfertigung der Besteuerung der stillen Reserven aufgrund der grenzüberschreitenden Einlage von Aktien des Typs A und des Typs B indessen abgelehnt. Die Aussagen des EuGH, die in dem weiter unten zu behandelnden, neuesten Urteil vom 11.3.2004, Rs C-9/02, Hughes-de Lasteyrie du Saillant, zur französischen Wegzugsbesteuerung bestätigt und noch kompromissloser durchgeführt werden, sind geeignet, Grundfesten der nationalen Steuerrechtsordnungen nicht bloß zu erschüttern, sondern einfach wegzuwischen. Im Ergebnis läuft die Argumentation des Riksskatteverk, die im Schlussantrag des Generalanwalts wiedergegeben ist, auf das folgende (bisher unumstrittene) nationale Besteuerungsprinzip hinaus:³⁶ Dem Leistungsfähigkeitsprinzip entspricht es, jegliche Wertsteigerung als „Gewinn“ zu besteuern. Auch stille Reserven sind als „latente Einkünfte“ Ausdruck erhöhter Leistungsfähigkeit und daher besteuernswürdig. Dennoch gewährt das Steuerrecht insoweit Besteuerungsaufschub: Da die Bezahlung von Steuern liquide Mittel erfordert, wird – in Übereinstimmung mit dem handelsrechtlichen Realisationsprinzip – die Besteuerung erst an die Realisierung nach Handelsbilanzrecht geknüpft, die typischerweise zeitnah zu einer Erhöhung der liquiden Mittel des Steuerpflichtigen führt, aus denen die Steuer bezahlt werden kann. Scheidet das Wirtschaftsgut indessen aus der (territorial abgegrenzten) Besteuerungshoheit des Staates, in dem die stillen Reserven gelegt wurden, aus, verweigert das nationale Steuerrecht in aller Regel jeglichen weiteren Steueraufschub und besteuert die stillen Reserven auch ohne handelsrechtliche Realisierung bei der letzten

³⁴ Schlussantrag vom 6.6.2002 Tz 34 und 35.

³⁵ Zur Ersatzrealisierung kraft drohender Entstrickung *im Allgemeinen* insbesondere mit Blickwinkel auf die umgründungsbedingte Verlagerung von stillen Reserven zwischen verschiedenen Steuerpflichtigen vgl *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 451 ff; zur Diskussion eines allgemeinen Entstrickungsgrundsatzes vgl *Hügel*, aaO 475 ff.

³⁶ Dazu *Hügel*, aaO.

sich bietenden Gelegenheit. Eine derartige außensteuerrechtliche³⁷ *Ersatzrealisierung* greift bei der Verbringung von beweglichen Wirtschaftsgütern ins Ausland (§ 6 Z 6 EStG) ein, in bestimmten Fällen der grenzüberschreitenden Verschmelzung³⁸ und Umwandlung,³⁹ bei der Einbringung von Beteiligungen in ausländische Körperschaften, sofern Österreich nicht einmal das Besteuerungsrecht an den Anteilen an der ausländischen Körperschaft zusteht (§ 16 Abs 2 Z 2 UmgrStG),⁴⁰ sowie bei Maßnahmen des Steuerpflichtigen, die zum Verlust des inländischen Besteuerungsrechtes im Verhältnis zu anderen Staaten hinsichtlich von Körperschafts-Anteilen führen (§ 31 Abs 2 Z 2 EStG). Unter diesen final umschriebenen, generell für alle Fälle der grenzüberschreitenden Entstrickung von Körperschafts-Anteilen geltenden Tatbestand fallen etwa die Wohnsitzverlegung ins Ausland (Wegzug), die Übertragung der Anteile in das ausländische Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen und die (unentgeltliche) Übertragung auf Personen, bei denen das Besteuerungsrecht nicht gegeben ist.⁴¹

Der Widerspruch zwischen diesen Besteuerungsgrundsätzen einerseits sowie Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit andererseits liegt auf der Hand. Wie drastisch der EuGH ein anerkanntes Besteuerungsprinzip in seinem Urteil vom 21.11.2002 durchbricht, ist bemerkenswerterweise bisher nicht erkannt worden.⁴² Dies dürfte folgenden Grund haben: Die steuersystematische Argumentation der schwedischen Finanzverwaltung wird nur im Schlussantrag wiedergegeben.⁴³ Der EuGH erwähnt sie nicht, befasst sich mit

³⁷ Nicht-außensteuerrechtliche Ersatzrealisierungstatbestände betreffen die Überführung von Betriebsvermögen ins Privatvermögen (Entnahmebesteuerung gemäß § 6 Z 4 EStG), die Erfassung stiller Reserven in Grund und Boden beim Wechsel der Gewinnermittlungsart von § 5 EStG zu § 4 Abs 1 oder Abs 3 EStG (§ 4 Abs 10 Z 3 lit b EStG) sowie den verschmelzungs- und umwandlungsbedingten Übergang auf eine steuerbefreite Körperschaft (Nichterfüllung der Steuerverstrickungserfordernisse in den §§ 1 Abs 1 und 7 Abs 1 UmgrStG).

³⁸ Dazu *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG § 1 Rz 40 ff, 73 ff, 98.

³⁹ Dazu *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG § 7 Rz 43 ff.

⁴⁰ Art 8 Abs 2 FRL macht die Steuerneutralität des Anteilstauschs (Einbringung von Anteilen) zwar nicht vom Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates des Einbringenden hinsichtlich der Anteile an der übernehmenden Körperschaft („erworbene Anteile“) abhängig, weil die Ansässigkeit des Einbringenden in einem Mitgliedstaat keine Anwendungsvoraussetzung der Anteilstauschregelung der FRL ist (vgl Art 2 lit d FRL); wenn der Einbringende (Gesellschafter) aber in einem Mitgliedstaat ansässig ist, verlangt Art 8 Abs 2 FRL die Speicherung der stillen Reserven in den Anteilen an der übernehmenden Körperschaft, wodurch das Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates des Einbringenden immerhin auf der zweiten Ebene, nämlich jener der Anteile an der übernehmenden Körperschaft, aufrechterhalten wird. Zu dieser Einschränkung der „Verdoppelung der stillen Reserven“ im Falle der Einbringung vgl *Hügel/Mühlechner/Hirschler* UmgrStG § 16 Rz 24 ff, 30 ff.

⁴¹ *Doralt*, EStG⁴ § 31 Rz 106.

⁴² Vgl die Urteilsbesprechungen von *Hofbauer*, IStR 2002, 839; *Lausterer*, IStR 2003, 19 sowie *Haunold/Tumpel/Widhalm*, SWI 2003, 88.

⁴³ Tz 34 und 35.

ihr aber der Sache nach im Rahmen seiner Ausfuhungen zur Steuerhinterziehung und zur Kohärenz.⁴⁴

Das Riksskatteverk hatte geltend gemacht, durch die steuerneutrale Übertragung von Aktien auf ausländische Gesellschaften (Typ A) oder auf mittelbar über ausländische Gesellschaften gehaltene inländische Gesellschaften (Typ B) könne die Wegzugsbesteuerung umgangen werden. Die sofortige Besteuerung diene hier der Kohärenz des Steuersystems. Dadurch werde der Gefahr entgegnet, dass „die Besteuerungsgrundlage in Schweden vor allem in den Fällen entzogen wird, in denen der Inhaber von Aktien einer schwedischen Aktiengesellschaft diese vor seinem endgültigen Wegzug in das Ausland zu einem ermäßigten Preis auf eine ausländische juristische Person überträgt“.⁴⁵ Warum dies „Steuerhinterziehung“ ermöglicht, kann nur vermutet werden. Vor dem Hintergrund der österreichischen Wegzugsbesteuerung wäre diese Strategie ungeeignet, weil der spätere Wegzug gemäß § 31 Abs 2 Z 2 EStG die stillen Reserven in den Anteilen an der übernehmenden ausländischen Körperschaft erfassen würde. Vermutlich beschränkt sich die schwedische Wegzugsbesteuerung – wie § 6 des deutschen Auensteuergesetzes – aber auf die Erfassung von stillen Reserven in Anteilen an inländischen Gesellschaften. Der spätere Wegzug bewirkt keine Realisierung der stillen Reserven in den Anteilen an der ausländischen übernehmenden Körperschaft.

Die Vermeidung von *Steuerhinterziehungen* lehnt der EuGH als Rechtfertigung der Beschränkung ab: Die unmittelbare Ausübung der vom Vertrag gewährten Niederlassungsfreiheit könne als solche keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit begründen.⁴⁶ Das Vorliegen einer Steuerhinterziehung dürfe von den nationalen Gerichten nur im Einzelfall geprüft werden. Gesetzliche Missbrauchsverhinderungsregelungen, die – ohne auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen – bestimmte steuermehrgeneigte Sachverhalte generell zum Anlass einer Besteuerung nehmen, könnten nicht mit einer missbräuchlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden: „Die im Ausgangsverfahren fragliche nationale Bestimmung schließt jedoch kategorisch und verallgemeinernd alle Übertragungen von Aktien des Typs A oder B von der Vergünstigung des Steueraufschubs aus und gestattet damit den nationalen Gerichten keine derartige Einzelfallprüfung anhand der Besonderheiten des jeweiligen Sachverhalts.“⁴⁷ Kurzum: Die Missbrauchseignung eines Verhaltens, das in einer Ausübung der Niederlassungsfreiheit besteht, rechtfertigt keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Vielmehr muss in einem gerichtsformigen Verfahren das *Vorliegen* eines Missbrauchs *im Einzelfall* nachgewiesen werden. Beschränkungen der Grundfrei-

⁴⁴ Tz 51 ff.

⁴⁵ Tz 47 des Urteils vom 21.11.2002.

⁴⁶ Tz 44 unter Berufung auf EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97, Centros Tz 27.

⁴⁷ Tz 43 ff, Tz 61 ff.

heiten im Wege *typisierender Missbrauchsverhinderungsvorschriften* sind unzulässig.⁴⁸ Dies ist bereits gefestigte Judikatur des EuGH.⁴⁹

Ungeachtet dessen hat der EuGH in der Sache auch das zweite Gegenargument abgelehnt: Obwohl die stillen Reserven in den übertragenen Aktien bis zur grenzüberschreitenden Einbringung in Schweden steuerverstrickt waren, dürfen sie aus Anlass der grenzüberschreitenden Einbringung, die zum Verlust des schwedischen Besteuerungsrechtes führt, nicht im Wege einer steuerrechtlichen Ersatzrealisierung erfasst werden. Im Ergebnis lehnt der EuGH das im Schlussantrag wiedergegebene Entstrickungsargument des Riksskatteverk ab, wonach ein Besteuerungsaufschub nur in Betracht komme, wenn „das Kapital ... weiterhin der schwedischen Besteuerung unterliegt“.⁵⁰ Das Riksskatteverk hat auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Übertragung auf eine ausländische Gesellschaft dazu führe, dass die spätere Weiterübertragung derselben Anteile durch diese Gesellschaft in Schweden nicht besteuert werden könne.

Die Urteilsbegründung ist hier knapp und wenig überzeugend: Aufgrund der vom Königreich Schweden abgeschlossenen DBA, insbesondere aufgrund des DBA-Schweden-Belgien, werde Kohärenz nicht „durch eine strenge Wechselbeziehung zwischen dem Gewinnaufschub und der endgültigen Gewinnbesteuerung hergestellt, sondern sie wird auf eine andere Ebene verlagert, nämlich auf die der Gegenseitigkeit“. In der Zuteilung des Besteuerungsrechtes hinsichtlich von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an den Wohnsitzstaat (Art 13 Abs 4 DBA-Schweden-Belgien) liege ein „Verzicht“ auf die Besteuerung der Gewinne, die im anderen Vertragsstaat Ansässige erzielen. „Das Risiko eines endgültigen Wegzugs ... wird durch Art 13 Abs 4 ... auf gegenseitige Weise in dem Sinne erfasst, dass in diesem Fall allein der Vertragsstaat, in den der Übertragende seinen Wohnsitz verlegt, zur Besteuerung des fraglichen Gewinns befugt ist“.⁵¹ Letzteres trifft indessen nicht zu. Art 13 OECD-MA steht der Wegzugsbesteuerung durch den „Noch-Wohnsitzstaat“ nicht entgegen.⁵² In der fraglichen DBA-Bestimmung liegt daher jedenfalls

⁴⁸ Vgl Schlussanträge des Generalanwalts Siegbert Alber vom 30.1.2003 in der Rs C-167/01, Inspire Art, Tz 117: „Jedoch hat er (der EuGH, Anm) die rechtliche Zulässigkeit derartiger Schutzmaßnahmen (vor Missbrauch, Anm) stets vom Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für einen Missbrauch im Einzelfall abhängig gemacht. Die generellabstrakte Wertung aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift hat er und dies sei besonders betont als nicht ausreichend abgelehnt“.

⁴⁹ Erstmals in dieser konkreten Form wohl EuGH 17.7.1997, Rs C-28/95, Leur-Bloem, Tz 41 unter Berufung auf EuGH 31.3.1993, Rs C-19/92, Kraus, wo sich der EuGH freilich nicht mit Missbrauch zu befassen hatte, sondern für die Überprüfung ausländischer Diplome eine Untersuchung im Einzelfall im Rahmen eines gerichtsförmigen Verfahrens statuierte; weiters EuGH 16. 7. 1998, Rs C-264/96, ICI, Tz 26; EuGH 9. 3. 1999, Rs C-212/97, Centros, Tz 25.

⁵⁰ Schlussantrag vom 6.6.2002 Tz 34.

⁵¹ Tz 53 ff des Urteils.

⁵² Vgl dazu *Toijl*, Die Wegzugsbesteuerung (1996) 123 ff; *Kofler*, ÖStZ 2004, 198.

kein „Verzicht“ auf die Wegzugsbesteuerung. Nur wenn beide Wegzugstaaten keine Wegzugsbesteuerung kennen, kommt es zu dem vom EuGH offenkundig mit dem Begriff der Gegenseitigkeit angesprochenen „do ut des“, wonach die Vertragsstaaten in Gestalt der Erhöhung des Besteuerungsguts durch importierte stille Reserven tendenziell einen Ausgleich für den Besteuerungsverzicht hinsichtlich exportierter stiller Reserven erhalten. Beim Fehlen einer Wegzugsbesteuerung stellt sich das vom EuGH entschiedene Problem aber nicht. Auch die vorgenannte Ausgleichs-Fiktion wäre aber nur stimmig, wenn eine grenzüberschreitende Anschaffungskosten- oder Buchwertfortführung stattfände. Dies ist zB in Österreich⁵³ bei Körperschafts-Anteilen weder beim Zuzug (§ 31 Abs 3 Satz 2 EStG) noch beim umgründungsbedingten Import (zwingend) der Fall (§ 17 Abs 2 UmgrStG). An der Aufwertung auf den gemeinen Wert scheitert aber der Import stiller Reserven.

Der DBA-gestützte Rechtfertigungsansatz überzeugt mE nicht. In der Folgeentscheidung vom 11. 3. 2004, Rs C-9/02, Hughes de Lasteyrie, sollte er denn auch nicht mehr zur Sprache kommen. In der Sache ist das Urteil vom 21.11.2002 eine konsequente Fortführung der Judikatur, die aus den Grundfreiheiten nicht bloß ein Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit ableitet. Dieses Phänomen ist seit der Daily Mail-Entscheidung des EuGH vom 27. 9. 1988, 81/87,⁵⁴ bekannt. Losgelöst von der Verschiedenbehandlung von *Personen* je nach ihrer Staatsangehörigkeit sind *Beschränkungen* von grenzüberschreitenden *Sachverhalten* durch Diskriminierung gegenüber vergleichbaren *Inlandssachverhalten* unzulässig.⁵⁵

Dennoch wollte der EuGH den ungehemmten Export stiller Reserven nicht freigeben. Denn im Kontext seiner Ausführungen zur Steuerhinterziehung bejaht das Urteil die Befugnis der Mitgliedstaaten, „weniger einschneidende oder die Niederlassungsfreiheit weniger beeinträchtigende Maßnahmen“ zu setzen, um dem Risiko, „dass die Besteuerungsgrundlage wegen des endgültigen Wegzugs des Steuerpflichtigen in das Ausland später wegfallen kann“, zu begegnen: „Sie könnten etwa in einer Regelung bestehen, die eine Kautions- oder sonstige Garantien verlangt, um im Fall eines endgültigen Weg-

⁵³ Länderüberblick bei Prokisch in Vogel/Lehner (Hrsg), DBA-Kommentar⁴, Art 13 OECD-MA Rz 81 ff.

⁵⁴ Seit damals ständige Rspr: EuGH 14.12.2000, Rs C-141/99, AMID: Diskriminierung einer Auslandsbetriebsstätte im Verhältnis zu einer Inlandsbetriebsstätte im Zusammenhang mit dem Verlustabzug; EuGH 16. 7. 1998, Rs C-264/96, ICI: Verweigerung der konzerninternen Verlustübertragung („group relief“) aufgrund konzernzugehöriger Auslandsgesellschaften; EuGH 18. 11. 1999, Rs C-200/98, X AB und Y AB: Diskriminierung von Konzernbeiträgen bei Beteiligung bestimmter im Ausland ansässiger Konzerngesellschaften; EuGH 13. 4. 2000, Rs C-251/98, Baars: Diskriminierung von Auslandsbeteiligungen durch Beschränkung einer Vermögensteuerbefreiung auf wesentliche Beteiligungen an inländischen Gesellschaften.

⁵⁵ Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 825 ff: „Verbot rechtlicher Benachteiligungen des *inter- gegenüber dem intrastaatlichen Wirtschaftsvorgang*“.

zugs des Übertragenden in das Ausland die Steuerzahlung zu gewährleisten“.⁵⁶ Danach schien der EuGH die (ohne Realisierung erfolgende) Besteuerung der stillen Reserven wenigstens im Falle des „endgültigen Wegzugs“ zu akzeptieren. Daraus musste geschlossen werden, dass der Herkunftsstaat die abgewanderten stillen Reserven im Falle einer späteren Veräußerung durch die ausländische Gesellschaft einer Nachbesteuerung unterziehen dürfe. Dies ist der für den Fall des Wegzugs in einen anderen Mitgliedstaat (ohne gesetzliche Grundlage) in Rz 6683 EStR beschrittene Weg: „Stundung der durch die Wegzugsbesteuerung verursachten Einkommensteuerschuld bis zur tatsächlichen Veräußerung der Beteiligung“. Unzulässig dürfte es indessen sein, die Nichtfestsetzung von Stundungszinsen von der Gewährung von Gegenseitigkeit durch den Zuzugs-Mitgliedstaat abhängig zu machen.

Da der EuGH Maßnahmen gegen den „endgültigen Wegzug“ für zulässig hielt, hat er das Recht des Herkunftsstaats zur Besteuerung der auf seinem Gebiet gelegten stillen Reserven nicht verneint. Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit fordern bloß Steueraufschub bis zur Realisierung der stillen Reserven im Wege des Verkaufs.⁵⁷

6. EuGH 11. 3. 2004 zur Wegzugsbesteuerung

Nach dem Urteil vom 11. 3. 2004, Rs C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant, verstößt die *französische Wegzugsbesteuerung* gegen den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit. Die Besteuerung „latenter Wertsteigerungen“ in den Anteilen des Wegziehenden ist „geeignet, die Ausübung (des Niederlassungsrechts) zu beschränken, da (sie) für Steuerpflichtige, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen, zumindest abschreckende Wirkung hat“. Auf eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu einem Inlandssachverhalt kommt es im Falle des Wegzugs in Wahrheit nicht an. Zwar hält die Urteilsbegründung an der „Vergleichsmethode“ fest, indem sie den Wegzug mit der Beibehaltung des Wohnsitzes vergleicht.⁵⁸ Doch der Vergleich der Verwirklichung des Steuertatbestandes mit der Nichtverwirklichung des Steuertatbestandes, mit bloßer Passivität des Steuerpflichtigen, ist eine Schimäre. Es geht nicht um die „*unterschiedliche*“⁵⁹ Behandlung bei der Besteuerung von Wertsteigerungen“, sondern um die *Besteuerung eines Aktes zur Ausübung der Niederlassungsfreiheit*. Allein entscheidend ist, dass die Besteuerung „geeignet (ist), einen Steuerpflichtigen von einer solchen Wohnsitzverlegung abzuhalten“.

⁵⁶ Tz 59.

⁵⁷ Dies entsprach verbreiteter Auffassung: Nachweise bei Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht, 966 FN 538 mwN sowie Kofler, ÖStZ 2004, 197 FN 23.

⁵⁸ Urteil vom 11. 3. 2004, Tz 46.

⁵⁹ Hervorhebung hinzugefügt.

Die Niederlassungsfreiheit wirkt sich hier nicht als Diskriminierungsverbot, sondern als *Beschränkungsverbot* aus.⁶⁰ Der Herkunftsstaat darf die Niederlassung seiner Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat nicht behindern; auch „geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit“ sind unzulässig.⁶¹ Eine (im Wegzugsfall gar nicht denkbare) Diskriminierung gegenüber Inlandsvorgängen ist zumindest hier somit keine Voraussetzung des Verstoßes gegen die Grundfreiheit.

Auch im Urteil vom 11.3.2004 kommt es zu keinem Verdikt gegen das Recht der Staaten zur Besteuerung jener stillen Reserven in Anteilen, die ein Steuerpflichtiger während seiner Ansässigkeit in diesem Staat angesammelt hat. Diese Frage klammert der EuGH in Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der deutschen Regierung ausdrücklich aus. Die deutsche Regierung hatte geltend gemacht, dass der französischen Regelung „die Aufteilung der Besteuerungsrechte zwischen dem ‚Wegzugsstaat‘ und dem ‚Zuzugsstaat‘ zugrunde liege. Das Recht des ‚Wegzugsstaats‘, die Wertsteigerungen bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu besteuern, ergäbe sich daraus, dass diese regelmäßig durch die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft in diesem Staat entstanden seien. Sie seien somit im Vermögen des Steuerpflichtigen angefallen, der bis zu seinem Wegzug in diesem Staat der Besteuerung unterliege.“⁶² Dem hält der EuGH entgegen, dass es „in dem Rechtsstreit weder um die Aufteilung der Besteuerungsrechte zwischen den Mitgliedstaaten noch um das Recht der französischen Behörden geht, latente Wertsteigerungen zu besteuern, um auf künstliche Wohnsitzverlegungen zu reagieren, sondern um die Frage, ob die hierzu erlassenen Maßnahmen im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit stehen“.⁶³ Der EuGH ordnet die französische Regelung nämlich nicht als allgemeine Wegzugsbesteuerungsregelung ein, die die Besteuerung jeglicher Wertsteigerungen erfassen solle. Aufgrund des Vorbringens der französischen Regierung richte sich die Regelung nur gegen „allein aus steuerlichen Gründen erfolgende vorübergehende Wohnsitzverlegungen ins Ausland“.⁶⁴ Dafür spricht, dass der (unter bestimmten Voraussetzungen gestundete) Steueranspruch entfalle, wenn der Steuerpflichtige die Anteile nach Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren nach seinem Wegzug veräußert. Ferner wäre die in der französischen Regelung vorgesehene Anrechnung einer ausländischen Steuer im Falle der Veräußerung mit einer Regelung unvereinbar, die alle im Wegzugsstaat angesammelten Wertsteigerungen erfassen wolle.⁶⁵ Eine Rechtfertigung aufgrund der steuerlichen Kohärenz der Regelung scheidet somit aus. Letztlich nahm der EuGH einen Verstoß der französischen Regelung gegen die Niederlassungs-

⁶⁰ Zum Verhältnis von Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot vgl etwa *Scheuer/Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU- und EG-Vertrag³ (2003) Art 43 Rz 4 ff, 7 ff.

⁶¹ Tz 42, 43.

⁶² Tz 32.

⁶³ Tz 68.

⁶⁴ Tz 64 f.

⁶⁵ Tz 65f.

Grenzüberschreitende Umgründungen, Sitzverlegung und Wegzug

freiheit an, weil die Voraussetzungen, unter denen ein Zahlungsaufschub gewährt wird, nicht verhältnismäßig waren.⁶⁶

Das Schrifttum hält im Anschluss an das EuGH-Urteil vom 11. 3. 2004 weiterhin eine Wegzugsbesteuerung für zulässig, die die Einhebung der Steuer *bis zur tatsächlichen Veräußerung im Ausland aufschiebt*.⁶⁷ Zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen müsste der Zuzugsstaat freilich auf die Besteuerung der im Wegzugsstaat angesammelten Reserven verzichten. Dazu hätte er den gemeinen Wert der Anteile im Wegzugszeitpunkt als Eingangswert zu akzeptieren. Dies ist etwa nach § 31 Abs 2 letzter Satz EStG der Fall; andere Länder stellen hingegen auf die historischen Anschaffungskosten ab. Dies kann Doppelbesteuerung zur Folge haben. Fraglich wären schließlich die steuerrechtlichen Folgen im Falle einer *umgründungsbedingten Übertragung* der Anteile im Zuzugsstaat. Gemeinschaftsrechtliche Bedenken bestünden, wenn der Wegzugsstaat in diesem Falle – anders als bei einer inländischen Umgründung – keinen Steueraufschub gewährte. Wollte er den Steueraufschub indes nach herkömmlichen umgründungssteuerrechtlichen Prinzipien von der Verstrickung der Reserven in den Austauschanteilen (§ 5 Abs 1 UmgrStG) oder in den umgründungsgeborenen Gegenleistungs-Anteilen (§ 20 Abs 2 bis 6 UmgrStG) abhängig machen, wäre die Konkurrenz von Steueransprüchen des Wegzugs- und des Zuzugsstaats prolongiert. Mag die aufgeschobene Wegzugsbesteuerung mit Art 13 Abs 5 OECD-MA vereinbar sein, so erforderte die komplementäre Einschränkung des Besteuerungsrechtes des Zuzugsstaats auf Reserven, die nach dem Zuzug angesammelt wurden, wohl eine Neuverhandlung der DBA.

Jedenfalls Praktikabilitätsüberlegungen sprechen somit für eine andere Lösung: für das endgültige Ausscheiden der Anteile aus der Verstrickung im Wegzugsstaat und den Wechsel der stillen Reserven in die Verstrickung des Zuzugsstaats. Dies würde der Wertung des Art 13 Abs 5 OECD-MA und dem vom EuGH im Urteil vom 21. 11. 2002 daraus abgeleiteten „Gegenseitigkeits-Prinzip“ entsprechen. Danach wird der Verlust an „latentem Steueraufkommen“ durch den Export stiller Reserven tendenziell durch den Import stiller Reserven im Zuzugsfall ausgeglichen. Ein solcher „freier Verkehr stiller Reserven“ entspräche besser der Idee eines Binnenmarktes ohne Grenzen als das Einfrieren national verstrickter stiller Reserven bis zur Veräußerung im Zuzugsstaat.

Ob der EuGH die Wegzugsbesteuerung mit Zahlungsaufschub bis zur tatsächlichen Veräußerung als gemeinschaftsrechtlich unbedenklich einstufen oder – darüber hinausgehend – den *freien Verkehr stiller Reserven im Binnenmarkt* fordern wird, ist offen. Vor allem die Gefahr der Doppelbelastung durch

⁶⁶ Tz 47ff.

⁶⁷ Kofler, ÖStZ 2004, 201; Schindler, IStR 2004, 300, 310; Eicker/Schwind, EWS 2004, 186, 188; ebenso wohl Schnitger, BB 2004, 804, 807. Dies entspricht auch der bisherigen hA. Dazu Nachweise in FN 57.

Wegzugsbesteuerung und Veräußerungsgewinnbesteuerung im Zuzugsstaat⁶⁸ sowie Folgeprobleme bei unentgeltlichen oder umgründungsbedingten Weiterübertragungen im Zuzugsstaat könnten letztlich als Beschränkungen eingeordnet werden, die den Wegzug gemeinschaftsrechtlich unzulässig belasten.

7. Folgerungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung und Sitzverlegung

Die Bedeutung der beiden EuGH-Urteile für das *Umgründungssteuerrecht* liegt auf der Hand. Die sachliche Nähe der im Urteil vom 21. 11. 2002 beurteilten Aktienübertragungen zur Einbringung von Kapitalanteilen wurde bereits erwähnt. Ungeachtet dessen ist die FRL in der Entscheidung des EuGH nicht zur Sprache gekommen. Tatsächlich war sie auch nicht anwendbar. Denn die Anteilstauschregelungen der FRL erfordern, dass der Beteiligungserwerb „gegen Gewährung von Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft“ erfolgt (Art 2 lit d FRL).

Indessen besteht kein Zweifel, dass die Grundsätze des Urteils vom 21. 11. 2002 nicht nur für verdeckte Einlagen gelten, sondern auch für Einlagen, die mit oder ohne Anteilsgewährung erfolgen, ja für grenzüberschreitende Übertragungen durch Umgründungen schlechthin. Auch in diesen Fällen gebieten Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit die Steuerneutralität der Übertragung unter denselben Voraussetzungen wie bei Inlandsumgründungen.

Die *grenzüberschreitende Verschmelzung* ist eine Form der geschützten Niederlassung.⁶⁹ Das Betriebsstättenverhaftungserfordernis des Art 4 Abs 1 Teilstich 2 FRL stünde der *Hinaus-Verschmelzung einer Holding-Gesellschaft* entgegen. Darin läge eine Diskriminierung gegenüber einer Inlandsverschmelzung. Seit *Centros* und *Überseering* besteht schließlich kein Zweifel, dass die *grenzüberschreitende Sitzverlegung* von Gesellschaften iSv Art 48 EG unter die Niederlassungsfreiheit fällt. Das Betriebsstättenverhaftungserfordernis des Art 10a FRL-V würde zur Besteuerung der stillen Reserven im Falle der Sitzverlegung einer Holding-Gesellschaft führen. Dass die sofortige Besteuerung der stillen Reserven im Falle der Hinaus-Verschmelzung und der Sitzverlegung gegen die Niederlassungsfreiheit (gegebenenfalls gegen die Kapitalverkehrsfreiheit) verstößt, ist nach den EuGH-Urteilen vom 21. 11. 2002 und 11. 3. 2004 unzweifelhaft. Dann bleibt nur die Frage nach der letzten gemeinschaftsrechtlich vertretbaren Rückzugsposition: Soll der Gesetzgeber an dem nationalen Besteuerungsrecht hinsichtlich der stillen Reserven festhalten und

⁶⁸ Die Doppelbesteuerungsproblematik ist freilich nicht neu: vgl *Prokisch in Vogel/Lehner* (Hrsg), DBA Kommentar⁴ (2002) Art 13 Rz 80 ff. Zur umstrittenen Frage des Grundfreiheitenverstößes im Falle von Doppelbesteuerung durch zwei Mitgliedstaaten vgl *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 857 ff, 862 f.

⁶⁹ Nachweise in FN 9.

Grenzüberschreitende Umgründungen, Sitzverlegung und Wegzug

versuchen, gemeinschaftsrechtliche Bedenken durch Steueraufschub bis zur tatsächlichen Veräußerung auszuräumen?

Zumal die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit dieses Konzepts ohnehin offen ist, sollte der österreichische Gesetzgeber auf die Steuerverstrickung nicht bestehen. Dafür spricht die Wertungseinheit zur Umwandlungsregelung des Art II UmgrStG sowie zur Anteilstauschregelung der FRL und des Art III UmgrStG. Auch Folgeprobleme im Falle des Aufschubs einer Wegzugs- oder Veräußerungsgewinnbesteuerung bis zum Zeitpunkt der (tatsächlichen) Veräußerung der Anteile im Ausland werden dadurch vermieden.