

# ECLR

## Steuerrechtliche Hindernisse bei der internationalen Sitzverlegung\*

von

Professor Dr. HANNS F. HÜGEL, Wien

*Inhaltsübersicht*

ZGR 1999, 71–108

|                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Einleitung                                                                                                                   | 71  |
| II. Internationales Gesellschaftsrecht: Sitzverlegung und Rechtsfähigkeit                                                       | 73  |
| 1. Geltendes Recht, insbesondere Sitztheorie                                                                                    | 73  |
| 2. Formwechselnde Sitzverlegung nach dem Vorschlag für eine 14. Richtlinie                                                      | 74  |
| III. Grenzüberschreitende Sitzverlegung im Ertragsteuerrecht: Körperschaftsteuer-<br>subjektivität und Entstrickungsproblematik | 75  |
| 1. Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht nach § 1 KStG                                                                    | 75  |
| 2. Körperschaftsteuerpflicht und Rechtsfähigkeit                                                                                | 78  |
| 3. Zuzug von Körperschaften                                                                                                     | 83  |
| 4. Wegzug von Körperschaften                                                                                                    | 96  |
| 5. Reformbedarf                                                                                                                 | 105 |

### *I. Einleitung*

Die internationale Sitzverlegung führt zur Überschreitung von Staatsgrenzen, sie sprengt auch die Grenzen der Rechtsgebiete. Wie so oft im Unternehmensrecht greifen Gesellschaftsrecht und Steuerrecht in reizvoller Weise ineinander. Beide Rechtsgebiete werden durch das Europarecht überlagert. Die Wechselbeziehungen zwischen diesen Fachgebieten zu untersuchen, hat in Bonn Tradition, wie die Namen *Flume*, *Lutter*, *Knobbe-Keuk* und *Schön* belegen. Über die internationale Sitzverlegung in Bonn vorzutragen, ist eine ebenso ehrenvolle wie herausfordernde Aufgabe, die ich gerne übernommen habe.

Die als Entwurf vorliegende 14. Richtlinie soll nur für Kapitalgesellschaften gelten<sup>1</sup>. Auch die folgenden Ausführungen befassen sich ausschließlich mit Körperschaften im Sinne des § 1 KStG. Bei Personengesellschaften werden

\* Herrn Professor Dr. *Wolfgang Schön*, Bonn, und Herrn Rechtsanwalt Dr. *Hans-Georg Berg*, Frankfurt, danke ich für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> So die mündliche Mitteilung von Herrn *Giuseppe Di Marco* beim 10. Bonner Europa-Symposium. Demgegenüber kam die in ZIP 1997, 1721 veröffentlichte Ent-

nationale Besteuerungsrechte durch die Sitzverlegung nicht berührt. Denn: Steuersubjekt ist nicht die Personengesellschaft; entsprechend dem Mitunternehmerkonzept des EStG werden die Gewinne vielmehr bei den Gesellschaftern besteuert. Da die Steueransässigkeit des Gesellschafters durch die Verlegung des Sitzes der Personengesellschaft nicht berührt wird, müssen die stillen Reserven insbesondere nicht einer Wegzugsbesteuerung unterworfen werden. Abweichendes gilt nur dann, wenn die wegziehende Mitunternehmerschaft im Zuzugsstaat eine Rechtsform annimmt, die nach inländischem Steuerrecht nicht mehr als Mitunternehmerschaft einzuordnen ist. Dann kann es zur Gewinnrealisierung nach Tauschgrundsätzen kommen<sup>2</sup>.

Von der Sitzverlegung ist schließlich die Verbringung von Wirtschaftsgütern und die Verlegung des gesamten Betriebes zu unterscheiden. Wird ein Betrieb in das Ausland verlegt, so entsteht eine ausländische Betriebsstätte des inländischen Rechtsträgers. Dies führt aufgrund des finalen Entnahmebegriffs des BFH zur Besteuerung eines Auflösungsgewinnes<sup>3</sup>. Die Besteuerung der stillen Reserven ist hier eine Folge der körperlichen Verlegung des Betriebes, nicht die Folge einer Sitzverlegung.

Ich will zunächst die Bedeutung von Satzungssitz und Ort der Geschäftsleitung für die unbeschränkte und beschränkte Körperschaftsteuerpflicht behandeln und auf die Bedeutung der Sitztheorie für die Anerkennung der Körperschaftsteuersubjektivität ausländischer Gesellschaften eingehen. Danach sind die Folgen des Zuzugs einer ausländischen Körperschaft und des Wegzugs einer inländischen Körperschaft nach nationalem deutschen Steuerrecht zu schildern. Die Ergebnisse werden auf ihre Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit der Artt. 52 und 58 EGV zu beurteilen sein. Dabei wird der Fusionsrichtlinie<sup>4</sup> („FRL“) eine wichtige Rolle zukommen.

wurfsfassung gemäß Art. 1 auf „nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften ...“ zur Anwendung. Die letzte Begründungserwägung betonte, dass die in der Richtlinie 68/151/EWG des Rates festgesetzte „Offenlegungspflicht ... auch für den in dieser Richtlinie geltenden Vorgang der Sitzverlegung gelten (sollte), der auch andere Gesellschaftsformen betrifft“.

2 SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 593 f; DERS., Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., 1998, Rdn. 17.150.

3 Nachweise bei SCHMIDT/SCHMIDT, Komm. z. EStG, 16. Aufl., 1997, § 16 Rdn. 175; zur Verbringung einzelner Wirtschaftsgüter vgl. BMF 12. 2. 1990, BStBl I 1990, 72. Demgegenüber enthält § 6 Nr. 6 öEStG im Gewande einer Bewertungsregelung eine Entstrickungsnorm sowohl für den Fall der Verbringung von Wirtschaftsgütern in eine ausländische Betriebsstätte des Steuerpflichtigen als auch für den Fall der Verlegung eines Betriebs (einer Betriebsstätte) in das Ausland.

4 Richtlinie des Rates vom 23. 7. 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, ABl. EG Nr. L 225 vom 20. 8. 1990, S. 1 ff.

*II. Internationales Gesellschaftsrecht: Sitzverlegung und Rechtsfähigkeit**1. Geltendes Recht, insbesondere Sitztheorie*

Vergleicht man die örtlichen Anknüpfungspunkte nach internationalem Gesellschaftsrecht und internationalem Steuerrecht, erhebt sich sofort die alte Frage nach der Relevanz der zivilrechtlichen Einordnung für die steuerrechtliche Beurteilung. Beim Thema der grenzüberschreitenden Sitzverlegung spitzt sich die Frage zu. Nur auf den ersten Blick besteht weitgehende Übereinstimmung bei den Anknüpfungspunkten, dem Gründungssitz einerseits und dem Verwaltungssitz oder – steuerrechtlich gesprochen: – dem Ort der Geschäftsleitung andererseits. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass die eigenständigen Zwecke des Steuerrechts zu Regelungstendenzen führen, die jenen des Gesellschaftsrechts – zumindest in der sitztheoretischen Deutung – geradezu entgegenstehen. Um dies zu verdeutlichen, sollen die gesellschaftsrechtlichen Folgen einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung kurz skizziert werden:

Anknüpfungspunkte nach internationalem Gesellschaftsrecht sind der Gründungssitz einerseits und der Verwaltungssitz andererseits. Die in Deutschland herrschende Sitztheorie unterwirft die Gesellschaft dem Gesellschaftsrecht jenes Staates, in dem sich der Verwaltungssitz befindet. Ist dies nicht der Gründungsstaat, führt dies zu den bekannten, für die umziehende Gesellschaft fatalen Folgen<sup>5</sup>: Nimmt die ausländische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in Deutschland, ist sie nicht wirksam errichtet<sup>6</sup>. Verlegt die ausländische Gesellschaft erst nachträglich den Verwaltungssitz in das Inland, wird ihr die Rechtsfähigkeit aberkannt, jedenfalls aber die Anerkennung als Körperschaft versagt. Beschließt eine inländische Gesellschaft die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland, so gilt dies als Liquidationsbeschluss. Zielsetzung der Sitztheorie ist der Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern vor der ausländischen Gesellschaftsform. Inländisches Recht, insbesondere Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht, soll nicht durch ausländische Organisationsformen umgangen werden<sup>7</sup>.

Die Konsequenzen der Sitztheorie sind, wie bekannt, überaus strittig. Hier geht es nur um die Spezifika der international-gesellschaftsrechtlichen

5 Vgl. hier nur STAUDINGER/GROßFELD, Komm. z. BGB, 13. Aufl., 1993, Internationales Gesellschaftsrecht Rdn. 33 ff, Rdn. 552 ff; HACHENBURG/BEHRENS, Komm. z. GmbHG, 8. Aufl., 1992, Einl Rdn. 166 ff; EBENROTH/AUER, RIW-Beilage 1 zu Heft 3/1992; DIES., GmbHR 1994, 16; EBENROTH/EYLES, DB 1989, 363, 413; HAAS, DB 1997, 1501; zur Kritik vgl. insbesondere KNOBBE-KEUK, ZHR 154 (1990), 325 ff; BUNGERT, AG 1995, 489, 499 ff; BERG, GmbHR 1997, 1136.

6 So die liechtensteinische Anstalt im Falle von BGHZ 53, 181 sowie die liechtensteinische AG im Falle von BFH BStBl II 1992, 972.

7 GROßFELD/KÖNIG, RIW 1992, 433 ff.

Regelung: Anknüpfungspunkte sind Gründungsstaat und Verwaltungssitz, ratio legis ist der Schutz vor wirtschaftlicher Betätigung im Gewande ausländischer Rechtsformen. Die Sitztheorie verhindert die grenzüberschreitende Sitzverlegung – den Umzug von Gesellschaften – unter Aufrechterhaltung der nationalen Rechtsform. Dem wird in letzter Zeit verstärkt die Niederlassungsfreiheit der Artt. 52, 58 EGV entgegengehalten<sup>8</sup>. In ihrem traditionellen Verständnis steht die Sitztheorie aber auch dem identitätswahrenden Wechsel zwischen in- und ausländischer Rechtsform<sup>9</sup> ablehnend gegenüber<sup>10</sup>. Am Beispiel des Zuzugs: Die ausländische Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz ins Inland verlegt, kann nicht durch analoge Anwendung der Gründungs- und Umwandlungsvorschriften identitätswahrend die Rechtsform einer inländischen Gesellschaft annehmen.

Die strenge Sitztheorie scheint insoweit Unterstützung durch § 1 UmwG erfahren zu haben<sup>11</sup>. Danach können an einer Umwandlung nur Rechtsträger mit Satzungssitz im Inland teilnehmen. Ausländische Gesellschaften sind in der taxativen Aufzählung der formwechselnden Rechtsträger in § 191 UmwG nicht genannt. Auch hier bestehen indessen Streitfragen. An diese Stelle nur so viel: Offen ist, ob das UmwG die grenzüberschreitende Umwandlung ausdrücklich verbietet oder bloß den Anwendungsbereich des UmwG auf Inlandsumwandlungen beschränken will<sup>12</sup>.

## *2. Formwechselnde Sitzverlegung nach dem Vorschlag für eine 14. Richtlinie*

Um die Hindernisse zu überwinden, die sich aus den unterschiedlichen Gesellschaftsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten und insbesondere aufgrund der Sitztheorie ergeben, regelt der Richtlinienentwurf ein Verfahren zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Dabei werden zwei Formen unterschieden:

- die Verlegung des Satzungssitzes und
- die Verlegung des „tatsächlichen Sitzes“.

8 KNOBBE-KEUK, ZHR 154 (1990), 342 ff; DIES., DB 1990, 2573 ff; MEILICKE, RIW 1990, 449; BEHRENS, EuZW 1991, 97; für die Vereinbarkeit mit den Artt. 52 ff EGV: EBENROTH/EYLES, DB 1989, 363; EBENROTH/AUER, GmbHR 1994, 16 ff.

9 Dafür: BEHRENS, RIW 1986, 590; HACHENBURG/BEHRENS, aaO (Fn. 5), Einl Rdn. 170; KNOBBE-KEUK, ZHR 154 (1990), 325, 334; BEHRENS, ZGR 1994, 1, 10.

10 Nachweise bei BEHRENS, ZGR 1994, 10, Fn. 14; skeptisch gegenüber Anwendung der Gründungsvorschriften, aufgeschlossen gegenüber der Anwendung der Umwandlungsvorschriften hingegen STAUDINGER/GROßFELD, aaO (Fn. 5), Internationales Gesellschaftsrecht Rdn. 592 ff; BUNGERT, AG 1995, 489, 499 ff.

11 So GROßFELD, AG 1996, 302.

12 Dazu LUTTER/LUTTER, Komm. z. UmwG, 1996, § 1 Rdn. 5 f; vgl. auch KRONKE, ZGR 1994, 26, 34 f.

Unter dem tatsächlichen Sitz versteht Art. 2 lit b den Ort, an dem die Gesellschaft ihre Hauptverwaltung hat und an dem sie eingetragen ist. Der zweite Fall der Richtlinien-Sitzverlegung liegt somit vor, wenn der Satzungssitz und der Ort der Hauptverwaltung gleichzeitig verlegt werden. Der neue Begriff der Hauptverwaltung dürfte dem bekannten Begriff des Verwaltungssitzes entsprechen.

Aus den Begründungserwägungen ergibt sich, dass die Richtlinien-Sitzverlegung die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft unberührt lässt. Gemäß Art. 3 der Richtlinie führt die Sitzverlegung weder zur Auflösung der Gesellschaft im Wegzugsstaat noch zur Gründung einer neuen juristischen Person im Zugzugsstaat. Die Eintragung des neuen Sitzes im Gesellschaftsregister des Zuzugsstaates bewirkt vielmehr den „Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts“. Die Gesellschaft nimmt eine der im Zuzugsstaat geregelten Gesellschaftsformen an. Die Richtlinien-Sitzverlegung ist notwendig mit einem Formwechsel verbunden.

Derart wird die 14. Richtlinie nicht nur den „Umzug von Gesellschaften“ (*Knobbe-Kneuk*), insbesondere im Rahmen der Umstrukturierung internationaler Konzerne, ermöglichen; sie wird auch einen überaus praktikablen Ersatz für die in ihrer Zulässigkeit umstrittene grenzüberschreitende Verschmelzung eröffnen: Hat die übertragende Gesellschaft durch grenzüberschreitende Sitzverlegung eine Gesellschaftsform des Staates der übernehmenden Gesellschaft angenommen, kann die Verschmelzung nach den nationalen Fusionsvorschriften durchgeführt werden.

Hält sich die umziehende Gesellschaft nicht an die Regeln der Richtlinie, wird die traditionelle Sitztheorie weiterhin von Bedeutung sein. Denn: Die Richtlinie verbietet nicht die bloße Verlegung des Verwaltungssitzes; als faktischen Vorgang könnte sie die Verlegung des Verwaltungssitzes auch gar nicht verhindern. Für die Rechtsfolgen der traditionellen Sitztheorie – Auflösungswirkung im Wegzugsstaat, Verneinung der Rechtspersönlichkeit im Zuzugsstaat – bleibt hier somit Raum. Die Richtlinie kann den Gesellschaften nur die Möglichkeit der formwechselnden Sitzverlegung einräumen; die gesellschaftsrechtlichen Folgen der bloßen Verlegung des Verwaltungssitzes werden durch sie nicht berührt.

### *III. Grenzüberschreitende Sitzverlegung im Ertragsteuerrecht: Körperschaftsteuersubjektivität und Entstrickungsproblematik*

#### *1. Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht nach § 1 KStG*

Zielsetzung der gesellschaftsrechtlichen Sitztheorie ist der Schutz von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern vor der ausländischen Gesellschaftsform. Inländisches Recht, insbesondere Gesellschafts- und Mitbestimmungsrecht, soll nicht durch ausländische Organisationsformen umgangen werden.

Dem Steuerrecht hingegen geht es bei der Erfassung grenzüberschreitender Aktivitäten naturgemäß nicht um den Schutz von Individualinteressen, sondern um die Abgrenzung der staatlichen Steueransprüche. Nach allgemeinen Regeln des Völkerrechts darf jeder Staat nur so weit Steueransprüche erheben, als dies durch persönliche oder räumliche Anknüpfungspunkte gerechtfertigt ist<sup>13</sup>. Hier scheint auf den ersten Blick weitgehend Übereinstimmung mit dem internationalen Gesellschaftsrecht zu bestehen: Nach § 1 KStG unterliegen sowohl in- als auch ausländische Körperschaften der Körperschaftsteuer. Als räumliche Anknüpfungspunkte stellt das Gesetz auf den Sitz und den Ort der Geschäftsleitung ab. Als Sitz gilt der in der Satzung festgelegte Sitz (§ 11 AO). Hier besteht eine unmittelbare Verknüpfung mit dem Gesellschaftsrecht. Da die Sitztheorie die Verlegung des Satzungssitzes in das Inland durch Satzungsänderung nicht zulässt, hat der in § 1 KStG genannte Sitz nur für inländische Körperschaften Bedeutung. Der Begriff „Ort der Geschäftsleitung“ stimmt mit dem gesellschaftsrechtlichen Begriff des Verwaltungssitzes nicht vollkommen überein. Die – praktisch nicht sehr bedeutenden – Unterschiede können im folgenden außer Betracht bleiben.

Das Steuerrecht stellt darauf ab, wo sich der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung befindet, wo der für die Geschäftsführung maßgebende Wille gebildet wird. Anders als im Gesellschaftsrecht ist es irrelevant, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden<sup>14</sup>. Es reicht, dass die Geschäftsführer in ihrer Wohnung in Deutschland die Anweisungen erteilen. Sind alle Mitarbeiter, insbesondere die übrigen leitenden Angestellten, in einem Büro der Gesellschaft in den Niederlanden tätig, befindet sich der Ort der Geschäftsleitung in Deutschland, mag auch die bloße Anwesenheit der Geschäftsführer zur Begründung des gesellschaftsrechtlichen Verwaltungssitzes möglicherweise nicht ausreichend sein.

Befindet sich der Sitz oder der Ort der Geschäftsleitung im Inland, unterliegt die Gesellschaft der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Entsprechend dem Universalitätsprinzip wird das Welteinkommen erfasst. Der deutschen Körperschaftsteuerpflicht unterliegen grundsätzlich alle, wo auch immer erzielten, Einkünfte. Der Gesellschaftsrechtler wird bereits hier aufhorchen: Die inländische Geschäftsleitung begründet die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht einer ausländischen Gesellschaft. Wie lässt sich Steuersubjektivität mit fehlender Rechtsfähigkeit vereinbaren?<sup>15</sup> Hier soll

13 SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2. Aufl., 1998, Rdn. 5.2.

14 Vgl. SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 6.4.

15 BFH BStBl II 1992, 972, 974 folgert aus §§ 1 Abs. 1 Nr. 5, 3 Abs. 1 KStG, dass auch nach deutschem internationalem Privatrecht nicht rechtsfähige Gesellschaften körperschaftsteuerpflichtig sein können: „Dass sich die Geschäftsleitung einer ausländischen Kapitalgesellschaft im Inland befindet und ihr damit nach der Sitztheorie die Rechtsfähigkeit im Inland fehlt, kann danach ihre Körperschaftsteuerpflicht nicht grundsätzlich ausschließen.“

noch keine dogmatische Vertiefung stattfinden, nur auf die pragmatische Einstellung des Steuerrechts hingewiesen werden: Die Gründung einer Corporation auf den Cayman Islands kann nicht dazu benützt werden, von Deutschland aus Geschäfte ohne deutsche Besteuerung zu führen. Werden die Geschäfte der Corporation in Deutschland geleitet, unterliegen nicht nur inländische, sondern auch ausländische Einkünfte der Corporation der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Dem Steuerrecht geht es eben um ein ganz anderes Thema als dem Gesellschaftsrecht: Während die Sitztheorie zum Schutz von Individualinteressen der ausländischen Gesellschaft die Anerkennung versagt, ist das Programm des § 1 KStG gerade entgegengesetzt: Nicht xenophobische Abwehr der aus dem Ausland eindringenden Rechtsform durch Nichtanerkennung, sondern die möglichst weitgehende Begründung und Durchsetzung staatlicher Steueransprüche gegen alle – auch ausländische – Rechtsformen ist der telos. Entgegen der Tendenz der gesellschaftsrechtlichen Sitztheorie erfordert dies, die steuerliche Rechtsfähigkeit möglichst weit zu ziehen. Um das Welteinkommen in Verwirklichung des Universalitätsprinzips zu erfassen, reicht, dass entweder der Satzungssitz oder der Ort der Geschäftsleitung im Inland liegt.

Befinden sich weder der Satzungssitz noch der Ort der Geschäftsleitung im Inland, werden – entsprechend dem Quellenprinzip – nur die inländischen Einkünfte im Sinne des § 49 EStG<sup>16</sup> der deutschen Besteuerung unterzogen. Um bei dem Beispiel der Corporation auf den Cayman Islands zu bleiben: Befindet sich ihr Verwaltungssitz nicht in Deutschland, erhält der deutsche Fiskus seinen Teil nur dann, wenn ein sachlicher Inlandsbezug besteht. Dies ist nach § 49 EStG etwa der Fall, wenn die Corporation im Inland eine Betriebsstätte unterhält, ein inländisches Grundstück vermietet oder dieses innerhalb der Spekulationsfrist verkauft. Auch die Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung an einer deutschen Kapitalgesellschaft wird besteuert. Die Beteiligung an einer inländischen Kapitalgesellschaft gilt – im Sinne des Quellenprinzips – als inländische Quelle. Die Veräußerung der Beteiligung an einer ausländischen Gesellschaft weist hingegen keine Berührung mit dem Inland auf. Sie unterliegt daher nicht der beschränkten Steuerpflicht.

Mit Unterschieden im Detail folgen die meisten Staaten einer derartig gemischten Anknüpfung<sup>17</sup>:

- Einerseits wird das Welteinkommen jener natürlichen und juristischen Personen erfasst, die mit dem Staat aufgrund räumlicher Anknüpfungspunkte, wie Wohnsitz, Sitz, gewöhnlicher Aufenthaltsort oder Ort der

16 SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 6.34; DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, Komm. z. KStG, § 2 Rdn. 3; FROTSCHER/MAAS, Komm. z. KStG, 1998, § 2 Rdn. 9; LADEMANN, Komm. z. KStG, § 2 Rdn. 4.

17 SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 5.2 ff.

Geschäftsleitung, besonders eng verbunden sind; manche Staaten stellen auch auf die Staatsangehörigkeit ab.

- Ist eine Person nicht durch derartige persönliche Anknüpfungspunkte mit dem Staat verbunden, typischerweise somit ein Ausländer, werden jene wirtschaftlichen Aktivitäten besteuert, bei denen eine sachliche Nahebeziehung zu dem Staat besteht. Erfasst werden die Einkünfte aus inländischen Quellen.

Aufgrund dieses Systems kommt es zwangsläufig zu konkurrierenden Steueransprüchen des Wohnsitzstaates und des Quellenstaates. Die Doppelbesteuerung von Einkünften wird bekanntlich durch verschiedene Maßnahmen, insbesondere durch völkerrechtliche Doppelbesteuerungsabkommen, vermieden. Konkurrenz von Steueransprüchen und Notwendigkeit der Vermeidung steuerlicher Doppelbelastungen kennzeichnen einen weiteren, gewichtigen Unterschied zur Problemstellung des internationalen Gesellschaftsrechts:

Während der Sitztheorie „Fremdenfeindlichkeit“ vorgeworfen wird und sich die Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft überwiegend als Diskriminierung auswirkt, wird die Anerkennung der Körperschaftsteuersubjektivität vom Anerkannten tendenziell als Bürde empfunden. Betrachtet der Sitztheoretiker den Zuzug ausländischer Rechtsformen mit Misstrauen, ist eine derartige Einstellung bei den Finanzbehörden desselben Staates selten zu verzeichnen. Dennoch hat die gesellschaftsrechtliche Sitztheorie im so wohlgeordneten Außensteuerrecht des § 1 KStG erhebliche Turbulenzen erzeugt. Das soll am Beispiel des Zuzugs einer Kapitalgesellschaft gezeigt werden.

## 2. Körperschaftsteuerpflicht und Rechtsfähigkeit

Wie die meisten Dinge im Leben haben auch juristische Theorien häufig zwei Seiten. Obwohl der Sitztheorie – wie mehrmals betont – der Schutz der inländischen Gläubiger am Herzen liegt, kann die Aberkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften dem inländischen Gläubiger gelegentlich auch schaden<sup>18</sup>. Der zugezogenen Gesellschaft steht – so wurde einmal pointiert formuliert – die fehlende Rechtsfähigkeit „ja nicht auf die Stirn geschrieben“.

Dass dies – entgegen der Intention der Sitztheorie – Vertragspartner und Gläubiger zum Nachteil gereichen kann, zeigt die bekannte Entscheidung BGHZ 53, 181: Der Eigentümer eines in Deutschland gelegenen Grundstückes hatte einer liechtensteinischen Anstalt eine Grundschuld eingeräumt. Diese war im Grundbuch eingetragen worden. Die liechtensteinische Anstalt

18 Eingehend KNOBBE-KEUK, ZHR 154 (1990), 325, 335 ff.



trat die Grundschuld in der Folge an einen Dritten ab. Dieser wurde in der Folge zum Opfer der Sitztheorie. Da die liechtensteinische AG ihren Verwaltungssitz von Anfang an in Deutschland genommen hatte, machte der Liegenschaftseigentümer erfolgreich geltend, dass der liechtensteinischen AG die Rechtsfähigkeit fehle und folglich sowohl der Erwerb als auch die Abtretung der Grundschuld unwirksam seien.

Zu BGHZ 53, 81 existiert ein steuerrechtlicher Parallelfall. Er zeigt, dass sich die Aberkennung der Körperschaftsteuersubjektivität in ähnlicher Weise zum „Eigentor“ für Inlandsinteressen entwickeln kann. Jahrzehntlang erfolgte die Einordnung als Körperschaftsteuersubjekt, ohne dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Inland eine Rolle spielte<sup>19</sup>.

Grundlegend ist die Venezuela-Entscheidung des RFH vom 12. 3. 1930<sup>20</sup>. Dass die zu beurteilende venezuelische Kommanditgesellschaft nach ihrem Heimatrecht als juristische Person ausgestaltet war, hinderte den RFH nicht, sie aufgrund eines umfassenden Typenvergleichs mit deutschen Gesellschaftsformen als Mitunternehmerschaft einzuordnen. Der Gewinnanteil wurde den deutschen Gesellschaftern – entsprechend dem für Mitunternehmerschaften geltenden Transparenzprinzip – daher bereits aufgrund der Gutschrift in der Bilanz und unabhängig vom Zufluss einer „Dividende“ zugerechnet. Die Anerkennung der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht wurde nicht erörtert, zumal die KG ihren Verwaltungssitz nicht in Deutschland hatte.

Das RFH-Urteil vom 3. 7. 1936<sup>21</sup> bejahte die unbeschränkte Steuerpflicht einer Aktiengesellschaft, die ihren Satzungssitz in Danzig, den Ort der Geschäftsleitung aber in Deutschland hatte. Die Rechtsfähigkeit wird in der Entscheidung nicht behandelt. In gleicher Weise verfuhr der RFH bei der Beurteilung einer nach amerikanischem Recht begründeten AG<sup>22</sup> sowie der BFH bei der Einordnung einer liechtensteinischen Anstalt<sup>23</sup>.

Diese Entwicklung ist keineswegs verwunderlich: Sowohl das KStG 1925 als auch das KStG 1934 regelten ausdrücklich den Fall, dass sich der Satzungssitz einer Körperschaft im Ausland, der Ort der Geschäftsleitung hingegen im Inland befindet. Das Problembewußtsein, die Körperschaftsteuersubjektivität wegen fehlender Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Inland in Zweifel zu ziehen, wurde dadurch zweifelsfrei nicht gefördert.

Hinzu kommt, dass § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und § 3 KStG explizit auch nicht rechtsfähige Gebilde in den Anwendungsbereich des KStG einbeziehen. Daraus schloss der RFH im Venezuela-Urteil, dass die Rechtsfähigkeit keine notwendige Voraussetzung der Körperschaftsteuersubjektivität sei.

19 So ausdrücklich BFH BStBl II 1992, 972, 974 mit Nachweisen zur Vorjudikatur; DEBATIN, BB 1988, 1155, 1158, 1159; zum Meinungsstand vgl. auch PILTZ, FR 1990, 608.

20 RFHE 27, 73 = RStBl 1930, 444.

21 RFH RStBl 1936, 804.

22 RFH RStBl 1937, 684

23 BFH BStBl II 1985, 2.

Kein Wunder, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Inland als steuerrechtliches Problem lange Zeit nicht in den Blick kam.

Doch Mitte der 80er Jahre vermeinte die Finanzverwaltung, in der Sitztheorie ein probates Mittel gegen eine neue Strategie der Steuermeidung gefunden zu haben. Der Grund war nicht das Interesse der Finanzverwaltung am internationalen Gesellschaftsrecht, sondern eine „Gründungswelle“<sup>24</sup> englischer non-resident Private Companies Limited by Shares. In England ohne Mindestkapital gegründet, wurden sie von Steuerinländern für unternehmerische Aktivitäten im Inland eingesetzt. Offenkundig war die deutsche Finanzverwaltung bei der Zwangsvollstreckung mangels inländischen Gesellschaftsvermögens nicht erfolgreich, so dass man nach Auswegen suchte: „Piercing the corporate veil“, nicht als angloamerikanischer, sondern als sitztheoretischer Durchgriff auf die Gesellschafter lautete die Gegenstrategie, die in mehreren Verwaltungsanweisungen veröffentlicht wurde<sup>25</sup>.

Ob der sitztheoretische Durchgriff häufig zum Erfolg führte, wissen wir nicht. Berühmt ist indessen der Fall einer liechtensteinischen AG, den der BFH am 23. 6. 1992<sup>26</sup> zu entscheiden hatte. Er sollte die Kehrseite der Anwendung der Sitztheorie im Steuerrecht augenfällig demonstrieren. Die Aktionäre der Gesellschaft waren in Deutschland tätig, hier also offenkundig unbeschränkt steuerpflichtig. Der Verwaltungsrat der AG war in einem Mandatsvertrag an die Instruktionen der Aktionäre gebunden, und die Aktionäre hatten Vollmacht, die AG zu vertreten. Die Geschäftsleitung befand sich seit der Gründung in Deutschland. Die AG erwarb in Deutschland Grundstücke, errichtete ein Warenhaus und einen Baumarkt und vermietete diese Immobilien.

Warum die Kläger für die Aktivitäten eine liechtensteinische AG einsetzen, läßt sich dem BFH-Urteil nicht entnehmen. Vielleicht sollte – wie in den Fällen der englischen „Private Companies Limited by Shares“ – bloß die Durchsetzung von Ansprüchen Dritter erschwert werden. Möglicherweise beabsichtigten aber die Aktionäre, die Aktien nach Erzielung von Wertsteigerungen hinter dem Rücken des deutschen Fiskus zu verkaufen. Doch es

24 SARRAZIN, FR 1985, 466.

25 Finanzbehörde Hamburg, Erlass vom 15. 1. 1985, DB 1985, 258; OFD Köln, 21. 2. 1985, FR 1985, 297. Vgl. die Kritik von PILTZ, FR 1985, 347; sowie die Antikritik von SARRAZIN, FR 1985, 466. Ferner HARTMANN, DB 1987, 122. Zu Recht wies RAUPACH, in: Hausmann/van Raad/Raupach/Veelken, *Steuergestaltung durch doppelt ansässige Gesellschaften?*, 1988, S. 76, darauf hin, dass die Ansicht der Finanzverwaltung zwangsläufig auf die Gegenstandslosigkeit der alternativen Anknüpfung des § 1 KStG an den Satzungssitz und den Ort der Geschäftsleitung hinauslaufe. Vgl. aber die dagegen gerichtete Kritik bei EYLES, *Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft*, 1990, S. 323 f.

26 BFH BStBl II 1992, 972.

kam anders: Es traten nicht die erhofften Gewinne, sondern vielmehr Verluste ein. Nach traditioneller Sicht des § 1 KStG musste sich die Rechtsformwahl danach als Eigentor entpuppen.

In dieser Situation schien den deutschen Aktionären der geschilderte Paradigmenwechsel ein unverhofftes Geschenk zu machen: Gestützt auf die neuen Verwaltungsanweisungen kreierten sie mit Hilfe der Sitztheorie ein neuartiges Verlustverwertungsmodell. Das Finanzamt akzeptierte die Steuererklärungen der deutschen Aktionäre, wonach diese die fraglichen Einkünfte als Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft erzielt hätten. Die Verluste wurden den Gesellschaftern zugerechnet. Nach einer Außenprüfung änderte das Finanzamt freilich seine Rechtsauffassung und behandelte die liechtensteinische AG als Körperschaftsteuersubjekt, das die Verluste von der fiskalisch unerwünschten Verrechnung mit den Gewinnen der Aktionäre abschirmen sollte. Das Finanzgericht Düsseldorf hingegen gab unter Berufung auf die gesellschaftsrechtliche Sitztheorie den Gesellschaftern recht.

Im Verfahren vor dem BFH beendete die Finanzverwaltung endgültig ihren Ausflug auf das fremde Terrain des internationalen Gesellschaftsrechts. Angesichts der Gefahr sitztheoretischer Verlustbeteiligungs-Modelle trat sie den Rückzug in das vertraute Gebiet der ausschließlich steuerrechtlichen Betrachtung an. Eine liechtensteinische AG sei körperschaftlich verfasst, führte der Vertreter des BMF in der Verhandlung vor dem BFH aus. Sie sei somit mit einer deutschen AG in allen wesentlichen Punkten vergleichbar. Die Körperschaftsteuerpflicht folge aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und § 3 Abs. 1 KStG. An den Verwaltungsanordnungen halte die Finanzverwaltung nicht mehr fest.

Der BFH<sup>27</sup> schloss sich dieser Ansicht an, vermied aber die Konfrontation mit der Rechtsprechung des BGH zur Sitztheorie. Sei die liechtensteinische AG nicht rechtsfähig, so hindere dies dennoch nicht die Anerkennung als Körperschaftsteuersubjekt. Denn: Der Erwähnung des nicht rechtsfähigen Vereins und anderer Zweckvermögen des privaten Rechts in § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG sei zu entnehmen, dass der Mangel der Rechtsfähigkeit im Inland die Körperschaftsteuersubjektivität nicht ausschließe.

Entgegen den sitztheoretisch beeinflussten Tendenzen im Schrifttum und den Verwaltungsanordnungen hat sich durch das BFH-Urteil am früheren Rechtszustand wenig geändert: Früher wurde die Körperschaftsteuersubjektivität ausländischer Gesellschaften ausschließlich nach dem Typenvergleich beurteilt. Aufbau und wirtschaftliche Stellung der Gesellschaft nach ausländischem Recht wurden dahingehend geprüft, ob sie einer inländischen Körperschaft oder einer inländischen Personengesellschaft entsprechen<sup>28</sup>. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Inland wurde dabei nicht gefragt.

27 BFH BStBl II 1992, 972.

28 Vgl. etwa BFH BStBl II 1968, 695; dazu KNOBBE-KEUK, StuW 1990, 376.

Auch nach dem BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 steht die fehlende Rechtsfähigkeit der Einordnung als Körperschaftsteuersubjekt nicht entgegen. Der BFH nimmt allerdings an, dass keine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG vorliegt, vielmehr komme nur die Einordnung als nicht-rechtsfähiges Gebilde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG i.V.m. § 3 KStG in Betracht. Diese Entscheidung wurde im Schrifttum durchwegs kritisch aufgenommen<sup>29</sup>. Beanstandet wurde insbesondere, dass der BFH die liechtensteinische AG – trotz der im Rahmen des durchgeführten Typenvergleichs beachteten Ähnlichkeit mit einer deutschen AG – nicht als Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG eingeordnet hat<sup>30</sup>. Gleichwohl führt die Ansicht des BFH – in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Schrifttum – dazu, dass der gesellschaftsrechtliche Theorienstreit über die Auswirkungen der Sitzverlegung auf die Rechtsfähigkeit der Körperschaft für die Körperschaftsteuersubjektivität irrelevant ist<sup>31</sup>. Die Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit führt allerdings dazu, dass keine „Kapitalgesellschaft“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG vorliegt<sup>32</sup>.

Insoweit wird die Rechtsprechung des BFH auch nach Umsetzung der Richtlinie nicht bedeutungslos. Dies gilt immer dann, wenn die Gesellschaft nicht von den Sitzverlegungsvarianten der Richtlinie Gebrauch macht, sondern bloß den Verwaltungssitz verlegt. Es wird zu zeigen sein, dass die Ein-

29 KNOBBE-KEUK, DB 1992, 2070; EBENROTH/AUER, RIW 1992, 998; DIES., GmbHR 1994, 16, 24 ff; DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 1 KStG Rdn. 87.

30 KNOBBE-KEUK, DB 1992, 2070 f; EBENROTH/AUER, RIW 1992, 998; DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 1 KStG Rdn. 87. Entgegen KNOBBE-KEUK, DB 1992, 2070 f bezeichnet der BFH die zugezogene, nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht nicht rechtsfähige liechtensteinische AG nicht als nichtrechtsfähigen Verein. Ohne die liechtensteinische AG einer der in den §§ 1 Abs. 1 Nr. 5, 3 KStG genannten inländischen Rechtsformen zuzuordnen, zitiert der BFH diese Bestimmungen lediglich als Rechtsgrundlage der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht (II. der Gründe). Dabei folgt er der herrschenden Meinung, die „dem Bedeutungszusammenhang der beiden Vorschriften ... (entnimmt), dass auch nicht nichtrechtsfähige Personenvereinigungen und Vermögensmassen körperschaftsteuerpflichtig sein können, wenn ihnen das erzielte Einkommen unmittelbar zuzurechnen ist und sie wie eine Kapitalgesellschaft oder ein Verein strukturiert sind“ (III. 1. der Gründe). Auch DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 1 KStG Rdn. 87 ff interpretieren das BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 nicht in der Weise, dass nichtrechtsfähige ausländische Kapitalgesellschaften als nichtrechtsfähige Vereine einzuordnen seien. Der Anwendung der Gliedervorschriften und der Einbeziehung in das Anrechnungsverfahren gemäß § 43 KStG steht das BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 somit – entgegen *Knobbe-Keuk* – nicht entgegen. Dazu unten bei III.3.a).

31 SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 591.

32 DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 1 KStG Rdn. 88 ff; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 1 KStG Rdn. 44.

ordnung durch den BFH als nichtrechtsfähiges Gebilde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG bzw § 3 KStG zu einer Differenzierung gegenüber unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften führt.

### 3. Zuzug von Körperschaften

#### a) Zuzug einer Körperschaft, die über eine inländische Betriebsstätte verfügt

Beim Zuzug von Körperschaften würde die Bindung der steuerrechtlichen Beurteilung an die gesellschaftsrechtliche Sitztheorie zu seltsamen Konsequenzen führen: Dies läßt sich anhand einer geringfügigen Modifikation des BFH-Falls demonstrieren. Unterstellt wird, die liechtensteinische AG hätte ihren Verwaltungssitz ursprünglich in Liechtenstein genommen. Die in Deutschland entfaltenen wirtschaftlichen Aktivitäten hätten dann eine Betriebsstätte begründet. Eigentümer und steuerrechtliches Zurechnungssubjekt wäre die liechtensteinische AG gewesen, an deren Rechtsfähigkeit auch die Sitztheorie nicht gerüttelt hätte. Nehmen wir schließlich an, die liechtensteinische AG wäre später durch Verlegung des Verwaltungssitzes nach Deutschland zugezogen. Nach der Sitztheorie hätte der Wegfall der Rechtsfähigkeit der AG zur Übertragung der Betriebsstätte auf die Aktionäre geführt. Manche Autoren erblicken darin eine „Übertragung“ im Sinne von § 12 Abs. 2 KStG. Dies habe die Besteuerung der stillen Reserven in der Betriebsstätte zur Folge.

Wählt die zuziehende Körperschaft künftig eine der Sitzverlegungsvarianten der 14. Richtlinie, führt dies – wie ausgeführt – zu einer identitätswahrenden Umwandlung in eine Gesellschaftsform des Zuzugsstaates unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlichkeit. Für die Annahme einer Übertragung ist danach kein Raum, sodass § 12 Abs. 2 KStG schon aufgrund seines Wortlauts nicht mehr einschlägig wäre. Auch heute entspricht die Schlussbesteuerung der Reserven in der Betriebsstätte aus Anlass des Zuzugs der Träger-Körperschaft indessen nicht dem Sinn des Gesetzes. Dies wird auch nach Umsetzung der 14. Richtlinie von Bedeutung sein, weil die bloße Verlegung des Verwaltungssitzes unverändert mit dem Verlust der Rechtspersönlichkeit bedroht ist. Gleichwohl ist die Schlussbesteuerung mit der h. A. zu verneinen:

Einerseits ist jedenfalls seit dem BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 klar, dass der sitztheoretische Wegfall der Rechtsfähigkeit die Körperschaftsteuersubjektivität unberührt läßt; dann erscheint es kaum einsichtig, im Sinne des Wortlauts des § 12 Abs. 2 KStG davon auszugehen, dass die Betriebsstätte aus Anlass des Zuzugs – ich zitiere das Gesetz: „auf einen anderen übertragen wird“<sup>33</sup>. Entscheidend ins Gewicht fällt aber, dass die Schlussbesteuerung

33 Die Identität der zuziehenden Körperschaft wird – unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Sitztheorie – ausschließlich aufgrund steuerrechtlicher Überle-

nicht der ratio legis des § 12 KStG entspricht. Diese besteht darin, die im Inland angesammelten stillen Reserven bei der letzten sich bietenden Gelegenheit der deutschen Besteuerung zu unterziehen. Obwohl keine Verwertung des Vermögens vorliegt, nach handelsrechtlichen Grundsätzen somit kein Gewinn realisiert wird, werden die stillen Reserven im Wege einer steuerrechtlichen Ersatzrealisierung erfasst. Berechtigt wäre dies allenfalls, wenn nach dem Wegzug der Körperschaft keine Betriebsstätte zurückbleibt<sup>34</sup>. Beim Zuzug einer ausländischen Körperschaft, die vor der Sitzverlegung über eine inländische Betriebsstätte verfügte, droht eine derartige Entstrickung indessen nicht: Die bisher der beschränkten Steuerpflicht unterliegenden Einkünfte fallen nach dem Zuzug unter die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht. Nach herrschender Ansicht kommt es somit nicht zur Schlussbesteuerung nach § 12 Abs. 2 KStG<sup>35</sup>.

Die Gegenmeinung<sup>36</sup> übersieht zwar nicht, dass die Steuerverstrickung des Gesellschaftsvermögens aufrecht bleibt, glaubt aber, auf der Ebene der Gesellschafter eine systemwidrige Besteuerungslücke entdeckt zu haben. Der Zuzug der ausländischen Körperschaft sei einer Einbringung der Betriebsstätte in eine deutsche Körperschaft vergleichbar<sup>37</sup>. Nach den Wertungen des UmwStG müsse dies die Verdoppelung der stillen Reserven zur Folge haben; andernfalls drohe die steuerfreie Veräußerung der Anteile durch die ausländischen Anteilseigner<sup>38</sup>. An der Schlussbesteuerung führe folglich kein Weg vorbei. Dem ist die herrschende Meinung indessen nicht gefolgt.

*Knobbe-Keuk* wies zunächst darauf hin, dass die Anteile an der Körperschaft auch vor dem Zuzug nicht steuerverstrickt sind<sup>39</sup>. Später machte sie geltend, dass die Schlussbesteuerung gegen Art. 52 EGV verstoße. Der Zuzug der ausländischen Körperschaft aus dem europäischen Ausland dürfe durch steuerliche Bestimmungen nicht behindert werden. Ein rechtfertigendes „Allgemeininteresse“ des deutschen Fiskus liege nicht vor, weil das Vermögen der bisherigen Betriebsstätte unverändert der deutschen Besteuerung

gungen bejaht von DÖTSCH/EVERSBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 47; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 29.

34 Dazu unten III. 4. b).

35 DÖTSCH/EVERSBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 47; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 28 ff; DÖTSCH, DB 1989, 2302; gegen OPPERMANN, DB 1988, 1471; und BARANOWSKI, IWB Fach 3 Gruppe 4, S. 331, 336 ff; wie *Dötsch* ferner KNOBBE-KEUK, StuW 1990, 372, 377 f; THIEL, GmbHR 1994, 277, 279 f; KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Unternehmensteuerrecht, 9. Aufl., 1993, S. 940 f; SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 593; FÖRSTER, Umstrukturierung deutscher Tochtergesellschaften im Ertragsteuerrecht, 1991, S. 320 ff.

36 OPPERMANN, DB 1988, 1469 ff; BARANOWSKI, IWB Fach 3 Gruppe 4, S. 331, 336 ff.

37 BARANOWSKI, IWB Fach 3 Gruppe 4, S. 405.

38 OPPERMANN, DB 1988, 1471; ebenso BARANOWSKI, IWB Fach 3 Gruppe 4, S. 405 f.

39 KNOBBE-KEUK, StuW 1990, 378.

unterliege, ein Gesichtspunkt, der in der FRL verwirklicht sei. Auch *Herzig/Dautzenberg/Heyeres* schließen aus der FRL, dass bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung an der Aufdeckung der stillen Reserven kein „zwingendes öffentliches Interesse“ besteht<sup>40</sup>.

Damit ist der europarechtliche Ansatz zur Lösung der steuerrechtlichen Sitzverlegungsproblematik umrissen. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind nur dann zulässig, wenn die Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgt, das mit dem EGV vereinbar und durch zwingende Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist. Ferner muss die Maßnahme „zur Erreichung des fraglichen Zieles geeignet (sein) und nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich ist“<sup>41</sup>. Die FRL ist auf die Beseitigung steuerrechtlicher Schranken gerichtet, die grenzüberschreitenden Reorganisationen entgegenstehen. Diese sollen – ausweislich der Begründungserwägungen – ermöglicht werden, um binnenmarktähnliche Verhältnisse in der Gemeinschaft zu schaffen und damit die Errichtung und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes zu gewährleisten. Wesentliche Elemente des Binnenmarktes sind aber nach Art. 7a EGV der freie Verkehr von Personen und Kapital<sup>42</sup>. Die Tatbestände der FRL sind daher jedenfalls auch als Konkretisierungen der Niederlassungsfreiheit zu begreifen. Zutreffend wird denn auch betont, dass die grenzüberschreitende Verschmelzung als Ausübungsvariante grenzüberschreitender Niederlassung anzusehen sei<sup>43</sup>.

Es liegt daher nahe, der FRL Ausstrahlungswirkung auf die Sitzverlegung zuzuerkennen: Im Konflikt zwischen der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften und Gesellschaftern einerseits und vorrangigen Allgemeininteressen der Mitgliedstaaten andererseits leisten die Wertungen der FRL wertvolle Konkretisierungshilfe. Dies ist beim Zuzug von Körperschaften, die vor der Sitzverlegung über eine inländische Betriebsstätte verfügen, offenkundig: Die Sach- und Interessenlage ist nicht anders als bei der grenz-

40 KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 35) S. 941; HERZIG/DAUTZENBERG/HEYERES, DB Beilage Nr. 12/1991, S. 15.

41 So die ständige Rspr. des EuGH: zuletzt EuGH 15. 5. 1997, Rs. C-250/95 – *Futura Participations*; EuGHE 1993, I-1663 – *Kraus*; EuGHE 1995, I-4165 – *Gebhard*; EuGHE 1995, I-4921 – *Bosman*; LENZ/ERHARDT, Komm. z. EG-Vertrag, 1994, Art. 52 Rdn. 5; TROBERG, in Gröben/Thiesing/Ehlermann, Komm. z. EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., 1997, Art. 52 Rdn. 53 ff; KNOBBE-KEUK, DB 1990, 2577; DIES., DB 1991, 298, 300; die im Text genannte Möglichkeit der Rechtfertigung von Beschränkungen wird teils aus dem „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ abgeleitet (so KNOBBE-KEUK, aaO), teils soll sie aus Art. 56 Abs. 1 EGV folgen. Dazu TROBERG, aaO, Art. 56 EGV Rdn. 3. Weitere Nachweise in Fn. 88 und 89.

42 Vgl. EYLES, aaO (Fn. 25), S. 15 zum Gemeinsamen Markt, der durch drei Merkmale geprägt wird. Dazu gehört insbesondere die „Freiheit nach innen (Gewährleistung der Grundfreiheiten)“.

43 EYLES, aaO (Fn. 25), S. 115 m. w. N.

überschreitenden Verschmelzung und der Einbringung einer Betriebsstätte, beides Umstrukturierungsvorgänge, die in der FRL geregelt sind: Dem Zuzug entspricht zunächst die Verschmelzung, bei der die übertragende Gesellschaft über eine Betriebsstätte im Ansässigkeitsstaat der übernehmenden Gesellschaft verfügt. Gleichgelagert ist auch der Fall der Einbringung einer Betriebsstätte in eine im selben Staat ansässige Kapitalgesellschaft. Es ist anerkannt, dass auch dieser Vorgang eine „Einbringung von Unternehmensteilen“ i. S. von Art. 2 Buchstabe c FRL ist<sup>44</sup>. Die Ähnlichkeit mit der Sitzverlegung zeigt sich auch darin, dass die in der Betriebsstätte erzielten Einkünfte vor der grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Betriebsstätten-Einbringung der beschränkten Steuerpflicht unterliegen, nach der Übertragung auf die übernehmende Gesellschaft aber der unbeschränkten Steuerpflicht.

Die Übertragung einer Betriebsstätte auf die im selben Mitgliedstaat ansässige übernehmende Körperschaft kann nach der FRL in beiden Fällen steuerneutral durchgeführt werden. Aus den Begründungserwägungen zur FRL ergibt sich, dass der „Aufschub der Besteuerung des Wertzuwachses eingebrachter Vermögenswerte“, der nach deutschem Steuerrecht durch die Buchwertfortführung gewährleistet ist, den finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten genügt. Dass die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft im Staat der Betriebsstätte steuerverstrickt sind, verlangt die FRL nicht. Darin kann folglich auch kein „vorrangiges Allgemeininteresse“ des Betriebsstätten-Staates liegen, das – in Durchbrechung der Niederlassungsfreiheit – die Besteuerung der stillen Reserven in der Betriebsstätte rechtfertigen könnte<sup>45</sup>. Die Steuerneutralität hängt nach Art. 4 Abs. 2 der FRL im Ergebnis davon ab, dass die steuerlichen Buchwerte fortgeführt werden<sup>46</sup>. Dem entspricht die von der herrschenden Ansicht bejahte Fortführung der Buchwerte beim Zuzug einer Körperschaft.

44 Vgl. KNOBBE-KEUK, DB 1991, 302 f; HERZIG/DAUTZENBERG/HEYERES, DB Beilage Nr. 12/1991, S. 8 bei Fn. 70; WIDMANN/MAYER, Umwandlungsrecht, Rdn. 7583.5 f m. w. N.; SCHOLLMEIER, in: Birk, Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts, 1995, § 30 Rdn. 24; HOENIG, *ecolex* 1991, 640 f; TUMPEL, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU, 1994, S. 155, 173 ff; vgl. auch österr. BMF 17. 8. 1995, SWI 1995, 364.

45 Die von *Oppermann, Baranowski* sowie MÖSSNER/SEEGER, *Komm. z. KStG*, § 12 Rdn. 38 vertretene Gegenansicht stützt sich auf das BFH-Urteil vom 30. 10. 1973, BStBl II 1974, 255. Der Übergang des Vermögens von einer Körperschaft auf eine andere Körperschaft war nach dem damals geltenden § 15 Abs. 2 KStG 1934 nur im Fall des Vermögens einer inländischen Kapitalgesellschaft möglich. Die Betriebsstätten-Einbringung wurde erst im Zuge der Umsetzung der FRL umwandlungssteuerrechtlich begünstigt: § 20 Abs. 8 Satz 3 UmwStG i. d. F. SteueränderungsG 1992, BGBl I 1992, S. 297; nunmehr: § 23 Abs. 2 UmwStG.

46 HERZIG/DAUTZENBERG/HEYERES, DB Beilage Nr. 12/1991, S. 5.



Die ausländische Körperschaft hat für die inländische Betriebsstätte Bücher zu führen<sup>47</sup>. Da die ausländische Gesellschaftsform nicht die Formkaufmannseigenschaft begründet und die Einordnung des ausländischen Unternehmens als Handelsgewerbe i. S. d. § 1 ff HGB irrelevant ist, kann es bloß darauf ankommen, ob die inländische Zweigniederlassung die Voraussetzungen eines Handelsgewerbes i. S. d. § 1 ff HGB erfüllt. Ist dies der Fall, gilt der ausländische Rechtsträger im Inland als Kaufmann, sodass die Buchführungsverpflichtung aus § 238 HGB folgt. Liegt kein Handelsgewerbe vor, sind Bücher gem § 141 AO nur für Zwecke der steuerrechtlichen Gewinnermittlung zu führen.

Dieses – schon jetzt der herrschenden Ansicht entsprechende – Ergebnis wird durch die Wertungen der FRL bestätigt. Darf die Übertragung der Betriebsstätte bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und der Betriebsstätten-Einbringung zu keiner Besteuerung der stillen Reserven führen, so darf dies erst recht nicht der Fall sein, wenn sich – ohne Übertragung der Betriebsstätte – nur der Körperschaftsteuerstatus der Gesellschaft ändert. Die Steueransässigkeit der Gesellschafter ist in beiden Fällen irrelevant. Die Steuerneutralität des Überganges der Betriebsstätte hängt nach der FRL insbesondere nicht davon ab, dass die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft im Inland steuerverstrickt sind. Ein allfälliger Anteilstausch darf nach Art. 8 Abs. 1 der FRL nicht besteuert werden.

Die Bezugnahme auf die FRL bedarf methodischer Präzisierung: Zu fragen ist, ob Gemeinschaftsrecht nationales Steuerrecht im Bereich der Sitzverlegung verdrängt. Die FRL kann naturgemäß nicht als vorrangiges Gemeinschaftsrecht herangezogen werden. Sie regelt nicht die Sitzverlegung; Verzug mit der Umsetzung – als Voraussetzung der unmittelbaren Anwendung von Richtlinienrecht – liegt somit nicht vor. Vorrang vor nationalem Steuerrecht kann bei der Sitzverlegung somit nur die Niederlassungsfreiheit begründen. Ob die Mitgliedstaaten die Sitzverlegung zum Anlass nehmen dürfen, die unter ihrer Steuerhoheit geschaffenen stillen Reserven zu besteuern, hängt davon ab, ob daran ein „vorrangiges Allgemeininteresse“ besteht. Welche einzelnen Beschränkungen nun im „zwingenden Allgemeininteresse“ ihre Rechtfertigung finden, ist eine oft schwierige Abgrenzungsfrage. Verbieter die FRL Steuerbelastungen bei Vorgängen, die nationale Interessen in ähnlicher oder identischer Weise berühren wie die Sitzverlegung, liegt die Annahme nahe, dass auch die steuerliche Belastung der Sitzverlegung nicht

47 Das Schrifttum bejaht dies durchwegs, allerdings ohne die Rechtsgrundlage der Buchführungsverpflichtung zu nennen. Vgl. HÜFFER, Großkomm. z. HGB, 4. Aufl., 1988, § 238 Rdn. 24; ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 238 HGB Rdn. 18. Gelegentlich wird die Buchführungsverpflichtung damit begründet, dass die Zweigniederlassung wie eine inländische Hauptniederlassung zu behandeln sei: so BUDE/KUNZ, in: Beck'scher Bilanz-Komm., 3. Aufl., § 238 HGB Rdn. 37.

durch „zwingende Allgemeininteressen“ gedeckt ist. Ob dies für alle Fälle der FRL gilt, soll hier noch dahinstehen. Jedenfalls dann, wenn infolge Vorliegens einer Betriebsstätte keine Entstrickung droht, fordern die Interessen der Mitgliedstaaten keine Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit.

Nach herrschender Ansicht sind die Folgen des Zuzugs einer ausländischen Körperschaft, die im Inland über eine Betriebsstätte verfügt, somit kaum dramatisch: Zeigt der Typenvergleich ausreichende Übereinstimmungen mit einer inländischen Körperschaft, wächst die ausländische Gesellschaft in die deutsche unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht hinein. Die Buchwerte werden fortgeführt; für die Schlussbesteuerung nach § 12 Abs. 2 KStG besteht kein Raum<sup>48</sup>. Aufgrund des Wechsels von der beschränkten zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht nimmt die ausländische Kapitalgesellschaft nach dem Zuzug auch am Anrechnungsverfahren teil (§§ 27 ff KStG)<sup>49</sup>. Vor dem Zuzug erzielte, nicht ausgeschüttete Gewinne wurden mit dem ermäßigten Tarifsatz von 42 % belastet; die Tarifiermäßigung hat ihren Grund darin, dass eine allfällige Ausschüttung der Gewinne den Empfänger nicht zur Anrechnung der Körperschaftsteuer berechtigt<sup>50</sup>. Daran ändert sich durch den Wechsel zur unbeschränkten Steuerpflicht nichts: Aufgrund der Einbeziehung in das Anrechnungsverfahren hat die zugezogene Körperschaft – wie im Falle der Einbringung der Betriebsstätte in eine inländische Körperschaft – das Eigenkapital erstmalig zu gliedern<sup>51</sup>. Gem § 30 Abs. 3 KStG ist das gesamte Eigenkapital der Betriebsstätte, soweit es das Nennkapital der Körperschaft übersteigt, als EK 04 auszuweisen; dies gilt somit auch für die Alt-Gewinne der Betriebsstätte. Aus dem EK 04 finanzierte Ausschüttungen führen zu keiner Ausschüttungsbelastung (§ 40 Satz 1 Nr. 1 KStG)<sup>52</sup>. Das gesamte Eigenkapital der ehemaligen Betriebsstätte wird als Einlage in die unbeschränkt steuerpflichtig gewordene Körperschaft behandelt.

48 Nachweise oben in Fn. 35.

49 Aufgrund der Einordnung durch das BFH-Urteil vom 23. 6. 1992, BStBl II 1992, 972 als nichtrechtsfähige Personenvereinigung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5, 3 KStG folgt dies nicht unmittelbar aus § 27 Abs. 1 KStG, weil keine „Kapitalgesellschaft“ vorliegt; vielmehr ist die ausländische Körperschaft, wenn sie Ausschüttungen vornehmen könnte, als sonstige Körperschaft i. S. d. § 43 KStG einzuordnen: so DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 43 KStG Rdn. 4 und 5; STRECK, Komm. z. KStG, 1995, 4. Aufl., § 43 Anm. 3; MÖSSNER/SEEGER, aaO (Fn. 45), § 43 Rdn. 32; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 43 KStG Rdn. 2.

50 DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 23 KStG Rdn. 18; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 23 KStG Rdn. 3.

51 DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 30 KStG Rdn. 83; MÖSSNER/SEEGER, aaO (Fn. 45), § 30 KStG Rdn. 7; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 30 KStG Rdn. 55; SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 593.

52 Zur Behandlung von Anteilseignern, die im Inland steueransässig sind, vgl. SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 593.

Schließlich ist die ausländische Körperschaft nach dem Zuzug berechtigt, Verluste ihrer ehemaligen Betriebsstätte abzuziehen. Da bloß der Körperschaftsteuerstatus gewechselt hat, an der Identität des Steuersubjektes aber nichts geändert wurde, ist – anders als bei Umwandlungen – keine Sonderregelung erforderlich, die den Verlustabzug zulässt. Zumal der Umfang des Verlustabzugs bei beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaften gleich ist<sup>53</sup>, bestehen keine Kontinuitätsprobleme. Auch der Verlustrücktrag wird durch den Zuzug nicht verhindert: Nach dem Zuzug erlittene Verluste sind gem § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG mit Gewinnen der beiden vorangegangenen Veranlagungszeiträume auch dann zu verrechnen, wenn die Gewinne noch von der Betriebsstätte erzielt wurden.

Wie *Knobbe-Keuk* zurecht kritisiert hat<sup>54</sup>, führt das BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 allerdings dazu, dass die zuziehende ausländische Kapitalgesellschaft nicht in allen Punkten mit inländischen Kapitalgesellschaften gleichgestellt ist. Obwohl unbeschränkt steuerpflichtig geworden, kann sie sich nicht auf § 8b KStG berufen. Hat ihre Tochtergesellschaft aufgrund eines DBA steuerfrei Schachteldividenden vereinnahmt, ist die Weiterausschüttung nicht steuerfrei; der Vorteil aufgrund des Schachtelprivilegs geht verloren<sup>55</sup>. Ferner ist die Veräußerung von Schachtelbeteiligungen nicht steuerbefreit<sup>56</sup>. Die zugezogene Körperschaft wird hier sogar schlechter gestellt als die im Ausland ansässige Körperschaft. Hält diese in einer inländischen Betriebsstätte eine Schachtelbeteiligung, so kommt die Veräußerungsgewinnbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG kraft der Sonderregelung des § 8b Abs. 4 Satz 2 KStG zur Anwendung. Die ausländische Gesellschaft ist daher vor dem Zuzug besser gestellt als nach dem Zuzug!

Ferner kann die ausländische Gesellschaft im Rahmen einer Organschaft nicht als Organgesellschaft fungieren<sup>57</sup>. Da sie unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist, kommt sie nach Ansicht des BFH<sup>58</sup> ferner nicht als Organträger in Betracht. Auch hier wird die ausländische Gesellschaft schlechter gestellt ist als im Falle der bloß beschränkten Steuerpflicht, auch hier ist der

53 DÖTSCH/EVERBERGER/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 2 KStG Rdn. 108; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 2 KStG Rdn. 11; LADEMANN, aaO (Fn. 16), § 2 KStG Rdn. 19.

54 KNOBBE-KEUK, DB 1992, 2071.

55 Körperschaften i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG fallen nicht unter § 8b Abs. 1 KStG. Dazu: KNOBBE-KEUK, DB 1992, 2070; DÖTSCH/EVERBERGER/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 8b KStG Rdn. 34.

56 Körperschaften i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG fallen nicht unter § 8b Abs. 2 KStG. Dazu DÖTSCH/EVERBERGER/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 8b KStG Rdn. 80a.

57 Gemäß §§ 14 Abs. 1, 17 KStG kommen als Organgesellschaften nur unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) in Betracht.

58 BFH BStBl II 1992, 263.

Zuzug somit nachteilig. Wahrscheinlich verstoßen diese Diskriminierungen gegenüber inländischen Kapitalgesellschaften ohnehin gegen die Niederlassungsfreiheit. Andererseits bleibt die ausländische Gesellschaft auch von einigen Nachteilen verschont, die das Gesetz für inländische Kapitalgesellschaften reserviert: So kommt § 8a KStG über die Umqualifizierung von Gesellschafter-Krediten in Eigenkapital nicht zur Anwendung. Die ausländische Körperschaft unterliegt der Gewerbesteuer nicht kraft Rechtsform (§ 2 Abs. 2 GewStG), sondern nur beim Vorliegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (§ 2 Abs. 3 GewStG).

Nach Umsetzung der 14. Richtlinie ist zu unterscheiden: Im Falle einer Richtlinien-Sitzverlegung nimmt die Gesellschaft die Rechtsform einer inländischen Kapitalgesellschaft an. Dann fallen die geschilderten Vor- und Nachteile weg. Die Differenzierungen bleiben jedoch aufrecht, wenn bloß der Verwaltungssitz ins Inland verlegt wird.

#### *b) Zuzug einer Holding-Gesellschaft*

Die bisher erörterte Sitzverlegungs-Variante ist dadurch gekennzeichnet, dass die Körperschaft schon vor dem Zuzug über Vermögen verfügt, das im Inland steuerverstrickt ist. Sonderprobleme ergeben sich, wenn der Zuzug dazu führt, dass bisher nicht steuerverstricktes Vermögen der Körperschaft durch den Steuerstatuswechsel (zur unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht) im Inland besteuert werden kann. Dies ist etwa beim Zuzug einer Holding-Gesellschaft der Fall. Zu denken ist aber auch an Gesellschaften, die nicht Beteiligungen, sondern – wie die berühmt gewordene *Daily Mail and General Trust PLC* – Wertpapiervermögen verwalten. Zuletzt sind Gesellschaften zu nennen, die Seeschifffahrt, Binnenschifffahrt oder Luftfahrt betreiben.

Bei diesen internationalen Transportunternehmen erstreckt sich die betriebliche Tätigkeit in der Regel über eine Vielzahl von Betriebsstätten in verschiedenen Staaten. Um Probleme der Gewinnzurechnung zu vermeiden, teilt Art. 8 OECD-MA das Besteuerungsrecht dem Staat der tatsächlichen Geschäftsleitung zu<sup>59</sup>.

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass das Gesellschaftsvermögen nach der Sitzverlegung in der Regel nicht mehr im Wegzugsstaat, sondern nur mehr im Zuzugsstaat besteuert werden kann. Die steuersichernde Funktion einer im Wegzugsstaat zurückbleibenden Betriebsstätte fehlt.

Die Steuerrechtsfolgen der Sitzverlegung sollen exemplarisch am Zuzug einer Holding-Gesellschaft dargestellt werden. Die grenzüberschreitende

<sup>59</sup> VOGEL, Komm. z. DBA, 3. Aufl., 1996, Art. 8 Rdn. 22 ff.

Sitzverlegung könnte nach Verabschiedung und Umsetzung der 14. Richtlinie erhebliche Bedeutung im Zusammenhang mit der Umstrukturierung internationaler Konzerne erlangen. Dies bestätigt auch die Praxis mit der FRL: Überwiegend wird der Anteilstausch, die grenzüberschreitende Einbringung von Kapitalanteilen, nicht für Zwecke der Fusion unverbundener Unternehmen eingesetzt; wie in der nationalen Umwandlungspraxis überwiegt vielmehr die Umstrukturierung von Konzernen. Heute geschieht dies aufgrund der FRL durch Übertragung von Einzel-Beteiligungen im Wege des Anteilstauschs<sup>60</sup>. Nach Umsetzung der 14. Richtlinie wird es hingegen möglich sein, durch Verlegung des Sitzes einer Holding-Gesellschaft mit einem Schlag mehrere Beteiligungen – eben den unter der Holding-Gesellschaft organisierten Teil-Konzern – von einer Steuerjurisdiktion in die andere zu verlagern.

Auch wenn es nur um die Verlagerung einer einzigen Beteiligung geht, kann die Verlegung des Sitzes der Holding-Gesellschaft gegenüber der grenzüberschreitenden Einbringung der Beteiligung vorteilhaft sein: Dies gilt etwa dann, wenn die Übertragung mit Verkehrssteuern, etwa einer Börsenumsatzsteuer, verbunden ist.

Schließlich ist an die Verlagerung nicht-einbringungsfähiger Beteiligungen zu denken: Hält eine in Deutschland ansässige Gesellschaft Minderheitsbeteiligungen, die nicht unter § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG fallen<sup>61</sup>, können diese nicht durch Einbringung in einen anderen Mitgliedstaat verlagert werden. Abhilfe brächte hier die (steuerneutrale) Verlegung des Sitzes der beteiligungshaltenden Körperschaft.

Praktische Bedeutung hätte die Sitzverlegung naturgemäß auch bei Körperschaften, die nicht (bloß) Beteiligungen, sondern Wertpapiere verwalten. Zu denken ist schließlich an Körperschaften, die Schifffahrt, Binnenschifffahrt oder Luftfahrt betreiben. Zu beachten ist, dass derartige Gesellschaften generell vom Anwendungsbereich der FRL und gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 UmwStG von der Einbringungsregelung des § 23 Abs. 1 bis 3 UmwStG ausgeschlossen sind<sup>62</sup>.

Der Zuzug einer ausländischen Holding-Gesellschaft führt häufig dazu, dass die von der Gesellschaft gehaltenen Beteiligungen in die deutsche Steuererstrickung hineinwachsen. Dabei ist in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren: Unterschiede bestehen zwischen Beteiligungen an inländischen und ausländischen Kapitalgesellschaften. Ferner hängen die Steuerrechtsfolgen davon ab, ob mit dem Wegzugsstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, und, wenn dies der Fall ist, ob dieses dem OECD-Musterabkommen entspricht. Am einfachsten ist die Situation, wenn das DBA die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen in Übereinstimmung mit Art. 13 OECD-Mu-

60 Zur Steuergestaltung durch internationale Einbringungen vgl. DEBATIN, BB 1991, 947 ff; HERZIG/DAUTZENBERG, DB 1992, 1 ff.

61 Die Einbringung wäre nur dann begünstigt, wenn die übernehmende Gesellschaft bereits über die Mehrheit der Stimmrechtsanteile an der zu erwerbenden Körperschaft verfügt oder die Stimmrechtsmehrheit durch die Einbringung erwirbt: vgl. WIDMANN/MAYER, aaO (Fn. 44), Rdn. 6855.24 ff m. w. N.

62 Dazu WIDMANN/MAYER, aaO (Fn. 44), Rdn. 8866 ff.

sterabkommen regelt. Soweit ich sehe, ist dies bei den von Deutschland mit den anderen Mitgliedstaaten abgeschlossenen DBA ohne wesentliche Abweichungen der Fall. Danach ist nur der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers zur Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften berechtigt. Dadurch wird Deutschland gehindert, Gewinne aus der Veräußerung einer Beteiligung an einer im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht zu besteuern (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG). Verlegt die Holding-Gesellschaft den Sitz ins Inland, werden nicht nur Beteiligungen an inländischen, sondern auch Beteiligungen an ausländischen Tochtergesellschaften in die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht einbezogen.

Besteht mit dem Wegzugsstaat kein Doppelbesteuerungsabkommen, war die Beteiligung an einer inländischen Tochtergesellschaft schon vor dem Zuzug im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht steuerverstrickt. Hier wachsen durch den Zuzug der Holdinggesellschaft nur Auslandsbeteiligungen in die deutsche Steuerverstrickung hinein. Das gleiche gilt, wenn mit dem Wegzugsstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, das – abweichend von Art. 13 Abs. 4 OECD-Musterabkommen – das Besteuerungsrecht an Kapitalanteilen dem Quellenstaat beläßt. Auch in diesem Fall konnten Gewinne aus der Veräußerung von Inlandsbeteiligungen bereits vor dem Zuzug im Inland besteuert werden.

Dies soll an einigen Beispielen veranschaulicht werden:

Die in Österreich ansässige Holding-AG hält 100 %ige Beteiligungen an einer österreichischen und einer deutschen Tochter-GmbH. Gem Art. 7 Abs. 1 des DBA *Österreich* können Gewinne aus der Veräußerung dieser Beteiligungen nur von Österreich als Ansässigkeitsstaat der Holding-AG besteuert werden. Nach der Verlegung des Sitzes der Holding-AG von Österreich nach Deutschland steht dieses Recht Deutschland zu. Bei den Beteiligungen an beiden Tochtergesellschaften hat das Besteuerungsrecht gewechselt.

Handelt es sich um eine liechtensteinische Holding AG, ändert der Zuzug am deutschen Besteuerungsrecht hinsichtlich der Beteiligung an der deutschen Tochter-GmbH nichts: Das Besteuerungsrecht war im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht schon vor dem Zuzug gegeben. Mangels DBA zwischen Deutschland und Liechtenstein ist dieses nicht eingeschränkt. Die Beteiligung an der österreichischen Tochter-GmbH wächst hingegen erst aufgrund des Zuzugs in die inländische Steuerverstrickung hinein.

Anders ist die Situation im Falle einer tschechischen Holding-Gesellschaft, die Beteiligungen an einer tschechischen und einer deutschen Tochter-Kapitalgesellschaft hält. Art. 13 Abs. 3 des DBA *Tschechien* beläßt Deutschland als Quellenstaat das Recht zur Besteuerung der Beteiligung an der deutschen Tochter-Gesellschaft. Die Tschechische Republik hat die deutsche Steuer anzurechnen (Art. 23 Abs. 2 Buchstabe b DBA *Tschechien*). Deutsche Besteuerungsrechte werden insoweit durch den Zuzug nicht berührt; die Tschechische Republik hingegen verliert das Besteuerungsrecht an der deutschen Beteiligung, behält aber – als Quellenstaat – das Besteuerungsrecht an der tschechischen Beteiligung. Wird diese nach dem Zuzug veräußert, muss

Deutschland die auf den Veräußerungsgewinn entfallende tschechische Steuer anrechnen (Art. 23 Abs. 1 Buchstabe b des DBA *Tschechien*).

Der Zuzug einer Holding-Gesellschaft führt zwar zu keiner aktuellen Steuerbelastung; ob der Zuzug aber später zu steuerrechtlichen Nachteilen führt, hängt von der Bewertung der Anteile an den Tochtergesellschaften in der nach deutschem Recht aufzustellenden Steuerbilanz ab. Werden die Anteile in der Steuerbilanz der nunmehr in Deutschland ansässigen Holding-Gesellschaft mit dem Teilwert angesetzt, drohen keine Nachteile. Stille Reserven, die vor dem Zuzug angesammelt wurden, werden nicht in die deutsche Steuerverstrickung einbezogen. Das deutsche Besteuerungsrecht erfasst nur stille Reserven, die nach dem Zuzug gebildet werden.

Bedenklich wäre es, die Beteiligungen nicht mit dem Teilwert, sondern mit einem niedrigeren Wert – etwa mit den Anschaffungskosten oder mit den nach dem Steuerrecht des Wegzugsstaates maßgeblichen Werten – anzusetzen. Dadurch würden im Ausland angesammelte stille Reserven der deutschen Besteuerung unterworfen. Nachteilig wäre der Ansatz mit einem niedrigeren Wert vor allem dann, wenn der Wegzugsstaat die unter seinem Regime gelegten stillen Reserven aus Anlaß des Umzugs im Rahmen einer Schlussbesteuerung erfasst. Dann würde die grenzüberschreitende Sitzverlegung zu einer möglicherweise gemeinschaftsrechtlich bedenklichen<sup>63</sup> Doppelbelastung führen. Diese Problematik wird freilich durch § 8b Abs. 2 KStG erheblich entschärft. Danach sind Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften in aller Regel steuerbefreit.

63 Aus dem EG-Vertrag folgt kein unbedingtes Verbot der Doppelbesteuerung. Dies zeigt Art. 220 Teilstrich 2 EGV. Danach soll die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft durch Verhandlungen der Mitgliedstaaten erreicht werden. So zuletzt EuGH 12. 5. 1988, Rs. C-336/96 – Gilly, Tz. 14 ff, EWS 1998, 216. Dazu KLAPDOR, EWS 1998, 263. Allerdings wird Art. 220 EGV nicht bloß als Handlungsermächtigung, sondern als Grundlage einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, in den angeführten Fällen tätig zu werden, interpretiert: LENZ/RÖTTINGER, Komm. z. EG-Vertrag, 1994, Art. 220 Rdn. 2. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Doppelbesteuerungen im Einzelfall gegen Grundfreiheiten verstoßen können. Dies kommt vor allem dann in Betracht, wenn Grundfreiheiten nicht bloß als Diskriminierungsverbote, sondern als Beschränkungsverbote (Nachweise in Fn. 88 bis 90) verstanden werden. So insbesondere HERZIG, DStJG 1996, 139; DAUTZENBERG, BB 1994, 1582. Ansätze zur Ableitung eines Doppelbesteuerungsverbotes aus dem Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit vgl. bei SCHÖN, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 761 ff. Der EuGH hat mehrmals ausgesprochen, dass das Fehlen oder die Existenz eines DBA keine Rechtfertigung für Beschränkungen (Diskriminierungen) von Grundfreiheiten darstellt. Zu Art. 220 EGV vgl. auch LEHNER, in: Gassner/Lang/Lechner, Doppelbesteuerungsabkommen und EU-Recht, 1996, S. 11 ff.

Bedeutung hat die Bewertungsfrage einerseits für solche Auslandsbeteiligungen, die nicht unter § 8b Abs. 2 KStG fallen<sup>64</sup>, andererseits für Beteiligungen an inländischen Körperschaften. Eine ausdrückliche Bewertungsnorm für Wirtschaftsgüter, die aus Anlass eines Zuzugs unter die deutsche Steuerhoheit geraten, fehlt allerdings im deutschen Steuerrecht. Die angeführten steuersystematischen Überlegungen sprechen für den Ansatz zum Teilwert. Zu erwägen ist schließlich eine Analogie zur Einlagenbewertungsregelung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG. Die Erhöhung des Betriebsvermögens durch Einlagen darf nicht als Gewinn besteuert werden. Sie wird durch den Abzug der Einlage neutralisiert. Würde das eingelegte Wirtschaftsgut nicht mit dem Teilwert, sondern mit einem niedrigeren Wert angesetzt, würde die Veräußerung – im Widerspruch zu dem genannten Neutralisierungszweck – zur Besteuerung von Vermögenswerten führen, die außerhalb des Betriebes gebildet wurden. Damit würde der Grundsatz verletzt, dass Vermögensmehrungen im Privatvermögen steuerfrei zu bleiben haben. Nicht anders ist es beim Zuzug: Auch solche Vermögenswerte, die vor dem Eintritt in die inländische Steuerhoheit geschaffen wurden, dürfen im Inland nicht besteuert werden. Die Analogie zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG liegt somit nahe. Vertreter eines weiten Einlagenbegriffes werden sogar die direkte Anwendung erwägen. Dass die Sitzverlegung in das Inland mit keinem rechtsgeschäftlichen Einlagenvorgang verbunden ist, steht dem keineswegs entgegen; dies zeigt sich anhand der Einlage aus dem Privatvermögen in das Betriebsvermögen des Einzelunternehmers.

Auch das Körperschaftsteuerrecht kennt Einlagen, die nicht auf einem Sacheinlagevertrag mit dem Anteilsinhaber beruhen. Angesprochen ist die Überführung von Wirtschaftsgütern aus dem steuerfreien Bereich einer steuerbefreiten Körperschaft in ihren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass diese Vorgänge den einkommensteuerrechtlichen Einlagen sogar näher stehen als die kapitalgesellschaftsrechtlichen Sacheinlagen<sup>65</sup>. Die sachliche Nähe der Einbeziehung eines Wirtschaftsguts in die inländische Steuerverstrickung aufgrund des Eintritts in die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht zur Überführung eines Wirtschaftsgutes aus dem steuerbefreiten Bereich einer Körperschaft ist augenfällig.

64 Dies gilt, wenn mit dem Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft kein DBA oder bloß ein DBA ohne Schachtelprivileg besteht und überdies die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2, 3 KStG nicht erfüllt sind: Mindestbeteiligungsquote 10 %, Mindestbesitzzeit 1 Jahr, Aktivitätsklausel; näher SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 15.212 ff.

65 DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16) § 8 KStG Rdn. 36 ff. Die Eigenständigkeit des körperschaftsteuerrechtlichen Einlagenbegriffs wurde in § 8 Abs. 1 öKStG 1988 klargestellt. Dazu – sowie zur Diskussion dieses Themas im deutschen Schrifttum – vgl. HÜGEL, Verschmelzung und Einbringung – Unternehmensübertragung auf verbandsrechtlicher Grundlage im österreichischen und deutschen Gesellschafts-, Bilanz- und Ertragsteuerrecht der Kapitalgesellschaften, 1993, S. 280 f.



Im Falle des Zuzugs einer natürlichen Person hält der BFH demgegenüber die historischen Anschaffungskosten für maßgeblich<sup>66</sup>. Dagegen sind im Schrifttum indes- sen überzeugende Einwände erhoben worden<sup>67</sup>. Dass im Rahmen steuerfreier Akti- vitäten eingetretene Wertsteigerungen beim Übergang zur Steuerpflicht nicht in die Steuerverstrickung einbezogen werden sollen, liegt mehreren Einzelregelungen als Prinzip zugrunde: Werden Gesellschafter im Rahmen einer Verschmelzung für den Verlust einer nichtwesentlichen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft mit einer wesentlichen Beteiligung (§ 17 EStG) an der übernehmenden Gesellschaft abge- funden, ist diese mit dem gemeinen Wert anzusetzen (§ 13 Abs. 2 Satz 3 UmwStG). Die Verstrickung beschränkt sich auf jene stillen Reserven, die nach dem Verschmel- zungsstichtag gebildet werden<sup>68</sup>. Ein weiteres Beispiel ist die Anfangsbewertung im Falle des Wegfalls einer Steuerbefreiung: Die künftig unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft hat die Wirtschaftsgüter in der Anfangsbilanz gem § 13 Abs. 3 KStG grundsätzlich mit dem Teilwert anzusetzen. Dies soll verhindern, dass die während der Steuerbefreiung gebildeten stillen Reserven in die Steuerverstrickung hineinwach- sen<sup>69</sup>. Dasselbe Prinzip ist bei der Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG verwirklicht: Endet die unbeschränkte Einkommensteuerpflicht einer natürlichen Person durch Wegzug, werden unter bestimmten Voraussetzungen die stillen Reserven in einer von der natürlichen Person gehaltenen wesentlichen Beteiligung besteuert. Ist die Person aber früher mit der wesentlichen Beteiligung aus dem Ausland zugezogen, bleiben die vor dem Zuzug angesammelten stillen Reserven außer Betracht<sup>70</sup> (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AStG). Im Falle der Veräußerung bei aufrechter unbeschränkter Einkommensteuer- pflicht sollte nichts Abweichendes gelten; andernfalls wäre dem Gesellschafter anzu- raten, zuerst auszuwandern und dann zu verkaufen. Die Beschränkung des Veräuße- rungsgewinns auf den inländischen Wertzuwachs liegt schließlich manchen DBA- Re- gelungen zugrunde<sup>71</sup>. An dieser Stelle noch ein kurzer rechtsvergleichender Hinweis: Nach der österreichischen Parallelregelung zu § 17 EStG tritt bei einer Veräußerung nach erfolgtem Zuzug der gemeine Wert im Zeitpunkt des Zuzugs an die Stelle der Anschaffungskosten (§ 31 Abs. 3 Satz 2 öEStG)<sup>72</sup>. Auch hier wird somit nur die im Inland eingetretene Wertsteigerung erfasst.

Danach bestehen keine wesentlichen steuerrechtlichen Hindernisse beim Zuzug von Kapitalgesellschaften aufgrund der vorgeschlagenen Richtlinie:

66 BFH BStBl II 1996, 312.

67 CREZELIUS, DB 1997, 195; L. SCHMIDT, StuW 1996, 300; SCHMIDT/SCHMIDT, aaO (Fn. 3), § 17 EStG Rdn. 159.

68 CREZELIUS, DB 1997, 199 m. w. N.

69 DÖTSCH/EVERSBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 13 KStG Rdn. 47; FROTSCHER/ MAAS, aaO (Fn. 16), § 13 Rdn. 3.

70 SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 5.416.

71 VOGEL, aaO (Fn. 59), Art. 13 Rdn. 101.

72 DORALT, Komm. z. EStG, 3. Aufl., § 31 Rdn. 151: „Der Gesetzeszweck besteht in der Vermeidung von Doppelbesteuerungen im Verhältnis zu anderen Staaten; es sollen nur jene Wertsteigerungen im Inland erfasst werden, die auf den Zeitraum entfallen, in dem der Gesellschafter dem österreichischen Besteuerungsrecht unterliegt.“ Maßgeblich ist der gemeine Wert im Zeitpunkt des Eintritts in das inländische Besteuerungsrecht (DORALT, aaO, Rdn. 153). Dies gilt auch dann, wenn der Wegzug im Ausland zu keiner Besteuerung der stillen Reserven führte (DORALT, aaO, Rdn. 155).

Sowohl die Verlegung des Sitzungssitzes als auch die Verlegung des „tatsächlichen Sitzes“ begründen die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht. Bei der Richtlinien-Sitzverlegung kommt dem Typenvergleich keine Bedeutung zu, weil die zuziehende Kapitalgesellschaft eine inländische Rechtsform annimmt. Alle Nachteile, die an die Einordnung der ausländischen Kapitalgesellschaft durch das BFH-Urteil vom 23. 6. 1992 als nicht-rechtsfähiges Gebilde im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG geknüpft sind, haben hier keine Bedeutung. Verfügt die ausländische Körperschaft vor der Sitzverlegung über eine inländische Betriebsstätte, sind die steuerlichen Buchwerte fortzuführen. Zu einer Besteuerung der stillen Reserven gemäß § 12 Abs. 2 KStG kommt es nicht. Verlustvortrag und Verlustrücktrag bleiben unberührt. Besteht vor dem Zuzug keine Betriebsstätte, ist Inlandsvermögen mit dem Teilwert anzusetzen. Aufgrund der gegenteiligen Rechtsprechung des BFH zum Zuzug natürlicher Personen sollte dies indessen gesetzlich geregelt werden.

Regelungsbedürftig erscheint ferner die Buchführungspflicht nach Handelsrecht zu sein. Das für Kapitalgesellschaften geltende Bilanzrecht des HGB sollte auch auf zugezogene ausländische Körperschaften zur Anwendung kommen, wenn diese aufgrund des Typenvergleichs deutschen Kapitalgesellschaften entsprechen. Dies scheint zweckmäßig zu sein, weil ausländische Körperschaften keine Formkaufleute sind und das Bilanzrecht des HGB nur dann auf sie zur Anwendung gelangt, wenn sie im Inland ein Vollhandelsgewerbe betreiben. Dies ist bei Holding-Gesellschaften und anderen vermögensverwaltenden Gesellschaften nicht der Fall. Selbst wenn die ehemalige Betriebsstätte aber als Vollhandelsgewerbe anzusehen ist, führt dies bloß zur Anwendung der §§ 238 bis 263 HGB; die für inländische Kapitalgesellschaften geltenden §§ 264 ff HGB sind unanwendbar. Freilich wäre zu berücksichtigen, dass die inländische Betriebsstätte über kein fixes Nennkapital verfügt.

#### *4. Wegzug von Körperschaften*

##### *a) Wegzug einer Körperschaft unter Zurücklassung einer inländischen Betriebsstätte*

Können die Steuerrechtsfolgen des Zuzugs von Körperschaften nur aus den allgemeinen Grundsätzen des Körperschaftsteuerrechts interpretativ gewonnen werden, so ist der Wegzug von Körperschaften sei langem Gegenstand einer ausdrücklichen Regelung. Unter der zu engen Überschrift „Verlegung der Geschäftsleitung ins Ausland“ regelt § 12 Abs. 1 KStG sowohl die Verlegung der Geschäftsleitung als auch des Sitzungssitzes, sofern diese Maßnahmen zum Ausscheiden der Körperschaft aus der unbeschränkten Steuerpflicht führen. Da jedes der Merkmale allein geeignet ist, die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht aufrecht zu erhalten, sind drei Wegzugsfälle zu unterscheiden:

- die Verlegung von Sitz und Geschäftsleitung in das Ausland;
- die Verlegung des Sitzes, wenn sich die Geschäftsleitung bereits im Ausland befindet und
- die Verlegung der Geschäftsleitung, wenn sich der Sitz bereits im Ausland befindet.

Auch hier verstärkt sich der Verdacht, das KStG sei von Gründungstheoretikern konzipiert worden, berücksichtigt es doch alle sitztheoretisch verpönten Gestaltungsformen.

Aufschlußreich ist die historische Entwicklung: § 15 KStG 1920 lautete noch: „Wird der Sitz und der Ort der Leitung einer Erwerbsgesellschaft ins Ausland verlegt, so findet § 14 Abs. 1 sinngemäß Anwendung ...“. § 19 Abs. 1 Satz 1 KStG 1925 hingegen nannte bereits die nunmehr in § 12 Abs. 1 Satz 1 KStG enthaltenen drei Verlegungstatbestände. Das steuerrechtliche Schrifttum verwies schon damals darauf, dass diese Verlegungstatbestände aufgrund der Entscheidungen RGZ 7, 68 und RGZ 88, 54 zum Verlust der Rechtspersönlichkeit führen. In lebensnaher Weise bemerkte Evers<sup>73</sup>: „Tatsächlich wird die Gesellschaft in solchen Fällen häufig die dem deutschen Recht entsprechenden Folgerungen aus der Verlegung des Sitzes nicht ziehen; denn sie will sich ja nicht auflösen, sondern gerade im Auslande fortbestehen. Sie wird daher nicht in Liquidation treten, sondern, wenn auch nicht mehr im Besitze der vom deutschen Recht anerkannten Rechtspersönlichkeit, weiter bestehen. Dieser wirtschaftlichen Gestaltung trägt das Gesetz Rechnung. Die Regelung ist danach folgende: a) Wird der Ort der Leitung in das Ausland verlegt, während der Sitz hier bleibt, so ändert sich an der unbeschränkten Steuerpflicht nichts. b) Wird der Sitz in das Ausland verlegt, während der Ort der Leitung hier bleibt, geht damit also die Rechtspersönlichkeit unter, tritt die Gesellschaft aber gleichwohl nicht in Liquidation ein, so ändert sich gleichfalls für das Körperschaftsteuerrecht nichts. ... die Gesellschaft ... bleibt eine inländische Erwerbsgesellschaft und bleibt hier unbeschränkt steuerpflichtig ...“. Das Phänomen der Anerkennung der Körperschaftsteuersubjektivität trotz Untergangs der Rechtsfähigkeit wurde daher noch vor dem KStG 1934 klar erkannt. Dennoch hielt das KStG 1934 in § 1 und § 16 (Verlegungsbesteuerung) an der noch heute in §§ 1, 12 Abs. 1 KStG anzutreffenden Tatbestandsbildung fest, die die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht auch dann bejaht, wenn sich Satzungssitz und Ort der Geschäftsleitung in verschiedenen Staaten befinden. Das KStG 1934 ging somit bewusst einen – gegenüber dem internationalen Gesellschaftsrecht – eigenständigen Weg.

Dennoch knüpfen hartnäckige Verfechter der Sitztheorie<sup>74</sup> an die Verlegung des Satzungssitzes ins Ausland die Liquidationsbesteuerung nach § 11 KStG. Die herrschende Ansicht folgt dem nicht. Dies wird einerseits mit dem Vorrang der steuerrechtlichen Regelung des § 12 Abs. 1 KStG vor den gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen der Sitzverlegung begründet; zusätzlich steht dem Eingreifen der Liquidationsbesteuerung entgegen, dass § 11

73 EVERS, Komm. z. KStG, 2. Aufl., 1927, S. 973.

74 EBENROTH/AUER, RIW Beilage Nr. 1/1992, Rdn. 39.

KStG nicht bloß die Auflösung der Körperschaft, sondern auch die tatsächliche Durchführung der Abwicklung voraussetzt<sup>75</sup>.

§ 12 Abs. 1 KStG soll nach einhelliger Ansicht verhindern, dass im Inland angesammelte stille Reserven der Besteuerung entgehen. Die stillen Reserven werden im Rahmen der Verlegungsbesteuerung bei der letzten sich bietenden Gelegenheit erfasst<sup>76</sup>. Im Fall des Wegzugs schießt die in § 12 Abs. 1 KStG angeordnete Erfassung der stillen Reserven im Rahmen eines Ersatzrealisierungstatbestandes freilich weit über das Ziel hinaus. Denn verlegt wird ja nur der Sitz und/oder die Geschäftsleitung, nicht hingegen das Betriebsvermögen. Panik des Steuergläubigers vor drohender Entstrickung ist fehl am Platze; denn die wegziehende Körperschaft läßt doch immerhin eine Betriebsstätte zurück. Die im Inland gelegten stillen Reserven bleiben im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht verstrickt. Nach wohl überwiegender und zutreffender Ansicht ist § 12 Abs. 1 KStG folglich teleologisch zu reduzieren. Die Schlussbesteuerung kommt nicht zur Anwendung, wenn die künftige Besteuerung der stillen Reserven im Rahmen der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht gewährleistet ist<sup>77</sup>. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine Betriebsstätte zurückbleibt.

Die teleologische Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG läßt sich im Wege einer historischen Interpretation erhärten: Bemerkenswerterweise regelte § 19 Abs. 1 KStG 1925 das Problem nämlich in diesem Sinne. Die Regelung lautete: „Scheidet eine bisher un-

75 DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 7 und 13; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 6 („Die steuerlichen Folgen der Sitzverlegung haben an diese zivilrechtlichen Grundlagen anzuknüpfen; die Regelung des § 12 vernachlässigt dies jedoch.“) und Rdn. 10; SCHAUMBURG, GmbHR 1996, 591 f; DERS., aaO (Fn. 13), Rdn. 17.144; nur auf die tatsächliche Abwicklung abstellend: MÖSSNER/SEEGER, aaO (Fn. 45), § 12 KStG Rdn. 6; für die Anwendung von § 11 KStG (nur im Falle der tatsächlichen Durchführung der Liquidation?): HERRMANN/HEUER/RAUPACH, Komm. z. KStG, § 12 Rdn. 9.

76 BFH BStBl II 1974, 255 zum inhaltsgleichen § 16 KStG 1934; DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 1; MÖSSNER/SEEGER, aaO (Fn. 45), § 12 KStG Rdn. 3; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 2 mit zutreffender rechtspolitischer Kritik unter Rdn. 3; LADEMANN, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 1 f; HERRMANN/HEUER/RAUPACH, aaO (Fn. 75), § 12 KStG Rdn. 3; KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 35), S. 937.

77 HERRMANN/HEUER/RAUPACH, aaO (Fn. 75), § 12 KStG Rdn. 10; FROTSCHER/MAAS, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 12; KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 35), S. 938 f; SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 17.145 m. w. N. zum Meinungsstand in Fn. 421. Gegen die teleologische Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG: THIEL, GmbHR 1994, 277 f; sowie – trotz kritischer Auseinandersetzung mit Thiel – aufgrund des Wortlautes des § 12 Abs. 1 KStG, der keiner teleologischen Reduktion zugänglich sei: DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 16a. Ferner: MÖSSNER/SEEGER, aaO (Fn. 45), § 12 KStG Rdn. 27 f; LADEMANN, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 7; STRECK, aaO (Fn. 49), § 12 KStG Anm. 6.

beschränkt steuerpflichtige Erwerbsgesellschaft ... durch Verlegung des Sitzes und Ortes der Leitung oder eines von beiden in das Ausland aus der inländischen Steuerpflicht aus oder wird sie dadurch beschränkt steuerpflichtig, so findet § 18 Abs. 1 (i. e. die Liquidationsbesteuerung) sinngemäß Anwendung. An die Stelle des zur Verteilung kommenden Vermögens tritt der gemeine Wert des vorhandenen Vermögens. Der nicht auf das letzte Betriebsergebnis entfallende Teil der Steuer bleibt zu dem Betrag unerhoben, der dem Verhältnis des im Inland verbliebenen Vermögens zum gesamten Vermögen der Gesellschaft entspricht.“ Schon § 15 KStG 1920 enthielt eine weitgehend identische Regelung<sup>78</sup>.

§ 16 Abs. 1 KStG 1934 stimmt zwar fast wörtlich mit den ersten beiden Sätzen des gegenwärtigen § 12 Abs. 1 KStG überein; der dritte Satz des § 19 Abs. 1 KStG 1925 wurde hingegen nicht in das KStG 1934 übernommen. Dennoch war offenkundig keine materielle Änderung beabsichtigt, denn die Amtliche Begründung zu § 16 KStG 1934<sup>79</sup> betonte: „Die Vorschrift entspricht im wesentlichen dem § 19 des bisherigen Gesetzes.“ Daraus und aus dem „Grundgedanken des Gesetzes, ... die bisher nicht versteuerten Wertsteuern bei der letzten Möglichkeit der Erfassung zur inländischen Besteuerung heranzuziehen“, schlossen *Mirre/Dreutter*<sup>80</sup>, dass „die im Inland verbliebenen Vermögensgegenstände bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns nicht mit den gemeinen Werten angesetzt werden müssen, sondern mit den nötigenfalls fortgeschriebenen letzten Bilanzansätzen bewertet werden können, wenn diese der inländischen Betriebsstätte gewidmeten Betriebsvermögensteile in der Eröffnungsbilanz der inländischen Betriebsstätte mit den letzten Bilanzansätzen der Kapitalgesellschaft vom Zeitpunkt der Verlegung fortgeführt werden. Denn unter dieser Voraussetzung ist die nachträgliche Besteuerung stiller Rücklagen gesichert.“

Der teleologischen Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG tritt *J. Thiel*<sup>81</sup> mit der These entgegen, die dem Anrechnungsverfahren zugrundeliegende „Einmalbesteuerung der Gewinne der Kapitalgesellschaft“ erfordere, dass die stillen Reserven „noch im Rahmen der unbeschränkten Steuerpflicht realisiert und – im Wege fiktiver Zurechnung – zusammen mit den offenen Rücklagen der Gesellschaft von den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft versteuert werden (müssten)“. Gegen das von ihm gegebene Beispiel wurde freilich eingewendet, dass die Verlegungsbesteuerung des § 12 Abs. 1 KStG nicht zur Herstellung der Ausschüttungsbelastung führe<sup>82</sup>. Die von *J. Thiel* erwogene Systemkorrektur ist wegziehenden Gesellschaften und ihren Anteilshabern wohl nicht zuzumuten: Ist schon die Ersatzrealisierung mangels Liquiditätszuflusses auf der Ebene der Gesellschaft (§ 12 Abs. 1 KStG) mit erheblichen Härten verbunden, so muss dies erst recht für die Besteuerung eines fiktiven Liquidationsgewinns auf Anteilshaberebene gelten. Der Ansatz erhöhter Anschaffungskosten ist dafür wohl nur ein geringer Trost. Im übrigen geht der von *J. Thiel* konstatierte Systembruch keineswegs zu Lasten des Fiskus: Bei offenen Rücklagen wird die Körperschaftsteuerbelastung zum Thesaurierungssatz (in der Regel 45 %) definitiv. Stille Reserven sind

78 KENNERKNECHT, Komm. z. KStG vom 10. 8. 1925, 1926, S. 291. Die Begründung zum Regierungsentwurf (zitiert bei EVERS, aaO (Fn. 73), S. 972) erwähnt, dass durch diese Vorschrift „... die stillen Reserven, die in dem im Inland verbliebenen Vermögen stecken, von der Steuer freigelassen (werden) ...“.

79 RStBl 1935, 81, 85.

80 MIRRE/DREUTER, KStG 1934, 1939, S. 613 f.

81 THIEL, GmbHR 1994, 278f.

82 DÖTSCH/EVERBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 16 und Rdn. 32.

nach dem Zuzug latent mit 42 % Körperschaftsteuer belastet (§ 23 Abs. 3 KStG). In beiden Fällen ist die Belastung somit höher als bei einer Tochtergesellschaft einer EU-Muttergesellschaft<sup>83</sup>. Nicht von ungefähr wird selbst in Kreisen der Finanzverwaltung das Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot des EGV erkannt<sup>84</sup>.

*Knobbe-Keuk* hat nachdrücklich die Ansicht vertreten, dass die teleologische Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG nicht nur steuersystematisch geboten ist, sondern auch aus der Niederlassungsfreiheit folgt<sup>85</sup>. Dies setzt freilich voraus, dass die Niederlassungsfreiheit sich nicht in einem Diskriminierungsverbot erschöpft. Seit der Daily Mail-Entscheidung des EuGH<sup>86</sup> ist denn auch – nicht zuletzt aufgrund der entschiedenen Stellungnahmen *Knobbe-Keuks*<sup>87</sup> – die Ansicht im Vordringen, dass aus der Niederlassungsfreiheit ein allgemeines Beschränkungs- oder Behinderungsverbot folgt. Unzulässig sind danach auch nichtdiskriminierende staatliche Maßnahmen, die zu Beschränkungen der Niederlassung führen, ohne durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gefordert zu sein<sup>88</sup>. Ob die Niederlassungsfreiheit ein allgemeines Beschränkungsverbot beinhaltet<sup>89</sup>, kann hier indessen dahinstehen; denn eines ist seit Daily Mail klar: Die Art. 52 ff EGV richten sich nicht nur an den Zuzugsstaat. Auch der Wegzugsstaat hat die Freiheit der Niederlassung zu beachten<sup>90</sup>.

Daraus folgt: Auch wenn die Verlegungsbesteuerung nach § 12 Abs. 1 KStG keine Diskriminierung bewirkt, weil sie auf inländische und ausländische Kapitalgesellschaften gleichermaßen zur Anwendung gelangt, muss sie sich – als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit – dennoch an Artt. 52 und 58 EGV messen lassen. „Zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ an der Schlussbesteuerung sind indessen nicht zu erkennen, denn die stillen Reserven sind auch nach dem Wegzug in der zurückbleibenden Betriebsstätte steuerverstrickt.

83 Zur Kritik am Betriebsstättensteuersatz von 42 % vgl. HERZIG/DAUTZENBERG, DB 1997, 14.

84 DÖTSCH/EVERSBERG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 23 KStG Rdn. 26a.

85 KNOBBE-KEUK, StuW 1990, 379; DIES., DB 1991, 300; SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 17.145. A. A. EYLES, aaO (Fn. 25), S. 378 ff.

86 EuGHE 1988, 5505, 5510, Tz. 16.

87 KNOBBE-KEUK, ZHR 154 (1990), 325; DIES., DB 1990, 2573.

88 Zuletzt BEHRENS, ZGR 1994, 15; THÖMMES, DStJG 1996, 87; EVERLING, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 607 ff; ROTH, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 729 ff; TROBERG, aaO (Fn. 41), Art. 52 EGV Rdn. 46 ff; deutlich zur Niederlassungsfreiheit im Sinne eines Beschränkungsverbots jüngst: EuGH 15. 5. 1997, Rs. C-250/95 – Futura Participations, Tz. 24 und Tz. 26; EuGH v. 16. 7. 1998, Rs. C-264/96 – ICI. Vgl. auch die Nachweise in Fn. 41,

89 Dagegen früher etwa EVERLING, DB 1990, 1853; vgl. aber nunmehr DENS., GS Knobbe-Keuk, S. 607 ff; vermittelnd TROBERG, aaO (Fn. 41), Art. 52 EGV Rdn. 46 ff, 53 f.

90 So auch schon EVERLING, DB 1990, 1856, Fn. 24.

Diese Abwägung zwischen der Niederlassungsfreiheit und nationalen Besteuerungsinteressen wird durch die FRL bestätigt: Der Wegzug unter Zurücklassung einer Betriebsstätte gleicht dem Fall, dass eine inländische Gesellschaft durch Verschmelzung von einer ausländischen Gesellschaft aufgenommen wird. Auch hier bleibt eine Betriebsstätte zurück. Nicht anders ist die Situation bei der grenzüberschreitenden Aufspaltung. In beiden Fällen darf der Betriebsstättenstaat nach der FRL die stillen Reserven keiner Schlussbesteuerung unterziehen. Auch im Falle der Sitzverlegung besteht somit kein zwingendes Allgemeininteresse des Wegzugsstaates, zumal – jedenfalls nach Umsetzung der 14. Richtlinie – die Sitzverlegung zu keinem Eigentumswechsel an dem Betriebsstättenvermögen führt.

Nach herrschender und zutreffender Ansicht hat die Verlegungsbesteuerung somit zu unterbleiben, wenn im Inland eine Betriebsstätte zurückbleibt. Insoweit bestehen keine steuerrechtlichen Hindernisse bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Dass für Betriebsstättengewinne ein als überhöht kritisierte Sondersteuersatz von 42 % besteht (§ 23 Abs. 2 KStG), begründet möglicherweise selbst eine Diskriminierung<sup>91</sup>; dies ist aber eine allgemeine Frage, die sich nicht nur beim Wegzug von Körperschaften stellt.

#### *b) Wegzug einer Holding-Gesellschaft*

Welche Anwendungsfälle verbleiben dann für die Verlegungsbesteuerung nach § 12 Abs. 1 KStG? Wie bei der Erörterung des Zuzugs ist an Fälle zu denken, in denen die wegziehende Körperschaft über nichtbetriebliches Vermögen verfügt. Auch hier soll der Wegzug einer Holding-Gesellschaft betrachtet werden; doch auch hier kommt es in einigen Fällen nicht zum Wegfall inländischer Besteuerungsrechte.

Hält die wegziehende Holding-Gesellschaft eine Beteiligung an einer inländischen Kapitalgesellschaft, tritt keine Entstrickung ein, wenn mit dem Zuzugsstaat ein DBA besteht, das – abweichend von Art. 13 OECD-Musterabkommen – Deutschland als Quellenstaat das Besteuerungsrecht an Kapitalanteilen belässt. Veräußert die Holding-Gesellschaft nach dem Wegzug den deutschen Kapitalanteil, unterliegt der Veräußerungsgewinn der beschränkten Steuerpflicht (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe e EStG).

Anhand eines Beispiels: Eine deutsche Holding-AG hat eine deutsche Tochter-GmbH. Zieht die Holding-AG in die Tschechische Republik, kann Deutschland den Gewinn aus der Veräußerung der Beteiligung an der deutschen GmbH gleichwohl besteuern (Art. 13 Abs. 3 DBA *Tschechien*). Die tschechische Republik muss als Ansässigkeitsstaat der veräußernden Holding-AG die deutsche Steuer anrechnen (Art. 23 Abs. 2 Buchstabe b Nr. 3 DBA *Tschechien*).

91 Dazu jüngst HERZIG/DAUTZENBERG, DB 1997, 14.

Deutsche Besteuerungsrechte bleiben auch dann bestehen, wenn mit dem Zuzugsstaat kein DBA besteht.

In beiden Fällen besteht kein Anlass, die stillen Reserven in den deutschen Tochtergesellschaften aus Anlass des Wegzugs der Holding-Gesellschaft zu besteuern. § 12 Abs. 1 KStG greift aufgrund teleologischer Reduktion nicht ein.

Doch dies sind – wie gesagt – Sonderfälle. Die 14. Richtlinie betrifft die inner-europäische Sitzverlegung. Der DBA-lose Zustand kommt daher nicht in Betracht. Die bestehenden DBA weisen das Besteuerungsrecht regelmäßig entsprechend Art. 13 OECD-Musterabkommen dem Ansässigkeitsstaat des veräußernden Gesellschafters zu. Vor dem Wegzug der Holding-Gesellschaft ist dies Deutschland, danach der Zuzugsstaat. Steuersystematisch kann an der Berechtigung der Schlussbesteuerung nicht gezweifelt werden. Auch die Niederlassungsfreiheit scheint diese steuerrechtliche Barriere gegen den Wegzug von Holding-Gesellschaften nicht abbauen zu können. Selbst *Knobbe-Keuk*, leidenschaftliche Vorkämpferin der Niederlassungsfreiheit, ging davon aus, dass die Schlussbesteuerung im Angesicht drohender Entstrickung dem legitimen Allgemeininteresse des Wegzugsstaates entspricht<sup>92</sup>.

Zu differenzieren ist hingegen, wenn die wegziehende Körperschaft Anteile an ausländischen Körperschaften hält. Im Rahmen der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht – Stichwort: Welteinkommensprinzip – sind diese grundsätzlich verstrickt. Da es sich um keine inländische Einkunftsquelle handelt, unterliegt die Beteiligung nach dem Wegzug nicht mehr der inländischen Besteuerung. Der Wegzug führt auch hier grundsätzlich zur Entstrickung. Anders hingegen ist die Situation, wenn die Beteiligung an der ausländischen Körperschaft unter § 8b Abs. 2 KStG fällt. Dann sind Veräußerungsgewinne<sup>93</sup> bereits vor dem Wegzug steuerfrei (§ 8b Abs. 2 KStG). Auch hier berührt der Wegzug nationale Besteuerungsrechte nicht. Hier ist in hohem Maße evident, dass der Fiskus jene stillen Reserven, die bei Veräußerung nicht erfasst werden, beim Wegzug keiner Ersatzrealisierung unterziehen kann. Der teleologischen Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG kommt hier besonders hohe Überzeugungskraft zu.

Andererseits zieht § 8b Abs. 2 KStG der teleologischen Reduktion auch eine Grenze: Wurde auf die ausländische Beteiligung eine Teilwertabschreibung vorgenommen, muss es beim Wegzug – ebenso wie im Falle der Beteiligungsveräußerung – insoweit zur Nachbesteuerung kommen. Die Verlegungsbesteuerung greift auch ein, wenn die Veräußerung der Beteiligung ausnahmsweise steuerpflichtig wäre; dies ist insbesondere bei Anteilen der Fall, die im Zuge grenzüberschreitender Einbringungen erworben wurden (§ 8b Abs. 3 KStG). Nicht begünstigt sind schließlich Anteile, die

92 KNOBBE-KEUK, DB 1991, 298, 300.

93 Gleiches gilt für Gewinne aufgrund der Auflösung der ausländischen Körperschaft oder aufgrund der Herabsetzung des Nennkapitals.



eine Beteiligung von weniger als 10 % repräsentieren (§ 8b Abs. 5 KStG e contrario). Keine Steuerbegünstigung besteht schließlich, wenn mit dem Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft kein DBA oder ein DBA ohne Schachtelprivileg besteht und auch die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 oder 3 KStG nicht vorliegen (§ 8b Abs. 2 Satz 1 KStG).

Inländische Besteuerungsrechte können schließlich eingeschränkt werden, wenn die wegziehende Körperschaft eine Betriebsstätte im Ausland unterhält. Vor dem Wegzug unterliegen die Betriebsstättengewinne aufgrund des Welteinkommensprinzips der deutschen Besteuerung. Keinen Verlust erleidet der Fiskus freilich, wenn mit dem Zuzugsstaat ein DBA besteht, weil dann die Betriebsstättengewinne regelmäßig von der deutschen Besteuerung freigestellt sind. Zur Einschränkung deutscher Besteuerungsrechte kann es aber kommen, wenn ausnahmsweise – z. B. infolge der Nichterfüllung einer Aktivitätsklausel<sup>94</sup> – die Anrechnungsmethode zur Anwendung gelangt. Hier verliert der deutsche Fiskus das Recht, in der Höhe der Differenz zwischen der niedrigeren ausländischen Steuerbelastung und der hypothetischen inländischen Belastung inländische Steuern einzuheben. Zur Einschränkung deutscher Besteuerungsrechte kommt es schließlich beim Fehlen eines DBA. Der Fall kann bei der innereuropäischen Sitzverlegung nach der 14. Richtlinie indessen nicht vorkommen.

Was gilt nun für den Wegzug einer Kapitalgesellschaft, die eine nicht unter § 8b Abs. 2 KStG fallende Beteiligung hält? Praktische Bedeutung hat dies vor allem für Holding-Gesellschaften, die Anteile an inländischen Tochtergesellschaften halten. Da der Wegzug deutsche Besteuerungsrechte beeinträchtigt, kommt eine teleologische Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG nach innerstaatlichem Recht grundsätzlich nicht in Betracht. Andererseits ist offenkundig, dass die Verlegungsbesteuerung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einzuordnen ist. Die Situation gleicht dem Fall, den der EuGH in der Daily Mail-Entscheidung<sup>95</sup> zu beurteilen hatte. Bei Beantwortung der ersten – gesellschaftsrechtlichen – Vorlagefrage kam der EuGH zum Ergebnis, dass die Niederlassungsfreiheit angesichts der unterschiedlichen Gesellschaftsrechtsordnungen kein Recht auf Sitzverlegung verbriefe. Die Verlegung des Sitzes unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bleibe der gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzung vorbehalten<sup>96</sup>. Die zweite – steuerrechtliche – Vorlagefrage nach der Zulässigkeit einer Wegzugsbesteuerung stellte sich danach nicht mehr.

Die 14. Richtlinie wird die vom EuGH in der Daily Mail-Entscheidung konstatierten gesellschaftsrechtlichen Hindernisse beseitigen. Daily Mail ist dann insoweit Rechtsgeschichte. Was bleibt, ist die zweite – vom EuGH noch nicht beantwortete – steuerrechtliche Vorlagefrage.

Auch hier ist von Bedeutung, wie die FRL auf die Entstrickung von stillen Reserven in Anteilen an Kapitalgesellschaften reagiert. Dabei zeigen die

94 Zur ausnahmsweisen Anwendung der Anrechnungsmethode auf Betriebsstättengewinne vgl. SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), Rdn. 16.563.

95 EuGHE 1988, 5505.

96 EuGHE 1988, 5505, Tz. 23.

Regeln über den Anteilstausch ein bemerkenswert liberales Bild. Während die Bestimmungen über die Verschmelzung und Spaltung voraussetzen, dass die stillen Reserven im Mitgliedstaat der übertragenden Gesellschaft in einer Betriebsstätte verstrickt bleiben, führt der grenzüberschreitende Anteilstausch regelmäßig zur Entstrickung der Reserven in den eingebrachten Anteilen: Der Ansässigkeitsstaat der einbringenden Gesellschaft verliert das Besteuerungsrecht; Gewinne aus der Veräußerung der Beteiligungen können – von Fällen des Gestaltungsmissbrauchs abgesehen – nur mehr im Mitgliedstaat der übernehmenden Körperschaft besteuert werden. Für die Praxis ist dies von erheblicher Bedeutung: Die Umstrukturierung internationaler Konzerne wurde durch die Anteilstauschregelung der FRL erheblich erleichtert. Ebenso pointiert wie zutreffend wird denn auch vom „ertragsteuerlichen Export stiller Reserven aus Deutschland in andere EG-Mitgliedstaaten“ gesprochen<sup>97</sup>; denn es liegt auf der Hand, dass sich der grenzüberschreitende Anteilstausch zur Vorbereitung einer – im Ausland vorzunehmenden – Veräußerung eignet. Dies gilt insbesondere dann, wenn Veräußerungsgewinne im Ansässigkeitsstaat der übernehmenden Gesellschaft aufgrund eines Holding-Privilegs steuerfrei sind. Dieser Gefahr tritt Art. 11 FRL entgegen. Danach sind nationale Missbrauchsregelungen erlaubt. Nach einem unveröffentlichten Ratsprotokoll soll ein Missbrauch insbesondere bei einer Weiterveräußerung der Anteile „in rascher Zeitfolge“ vorliegen<sup>98</sup>. Aufgrund von Art. 11 FRL wurde in § 26 Abs. 2 Satz 1 UmwStG eine siebenjährige Sperrfrist für Veräußerungen der Anteile durch die übernehmende Körperschaft festgesetzt, doch wird überwiegend angenommen, dass die deutsche Missbrauchsregelung den durch Art. 11 FRL gesteckten Rahmen überschreitet<sup>99</sup>.

Die Steuerneutralität des grenzüberschreitenden Anteilstauschs hängt nach richtiger Ansicht – und entgegen der richtlinienwidrigen Regelung in § 23 Abs. 4 UmwStG – nicht einmal von der „Buchwertfortführung über die Grenze“ ab<sup>100</sup>. Wie die ausländische übernehmende Gesellschaft die Beteiligung für steuerliche Zwecke bewertet, spielt nach der FRL keine Rolle. Vorausgesetzt ist somit nicht, dass die im Ansässigkeitsstaat des einbringenden Rechtsträgers entstrickten Reserven in die Steuerverstrickung des anderen Mitgliedstaates hineinwachsen. Verlangt der Staat der aufnehmenden Gesell-

97 WASSERMEYER, FS Semler, 1993, S. 977; früher schon THIEL, StbJb 1991/92, 58; DERS., GmbHR 1994, 282.

98 Eingehend THÖMMES, in: Haarmann, Grenzen der Gestaltung im internationalen Steuerrecht, 1994, S. 41 ff.

99 Nachweise zum Meinungsstand bei WIDMANN/MAYER, aaO (Fn. 44), Rdn. 8842.

100 Eingehend WIDMANN/MAYER, aaO (Fn. 44), Rdn. 7585.15 ff m. w. N. zum Meinungsstand in Fn. 188; weiters SAß, DB 1993, 1894; BOGENSCHÜTZ, FS Debatin, 1997, S. 41 ff; DEHMER, Komm. z. UmwG/UmwStG, 2. Aufl., 1996, § 23 UmwStG Rdn. 88.

schaft nicht die Fortführung der ausländischen steuerlichen Werte, kann es zur Doppel-Nichtbesteuerung kommen.

Die Steuerneutralität des Anteilstauschs setzt nach Art. 8 Abs. 2 FRL allerdings voraus, dass die einbringende Gesellschaft die als Gegenleistung gewährten Anteile an der übernehmenden Körperschaft mit keinem höheren steuerlichen Wert ansetzt, als den eingebrachten Anteilen beigemessen wurde. Die Ratio dieser Regelung ist klar: Die FRL mutet dem Mitgliedstaat des Einbringenden zwar die Entstrickung der stillen Reserven in den eingebrachten Anteilen zu; dann soll derselbe Reservenbetrag aber wenigsten in den Gegenleistungsanteilen der Besteuerung durch den Ansässigkeitsstaat des Einbringenden vorbehalten bleiben<sup>101</sup>. Dies ist eine Sicherungsmaßnahme, deren Zweck bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung automatisch erfüllt ist: Da die wegziehende Körperschaft bei der Richtlinien-Sitzverlegung ihre Identität beibehält, ändert sich an der Zuordnung der Anteile nichts. Sind die Gesellschafter im Wegzugsstaat ansässig, bleiben die Anteile steuerverstrickt, waren sie schon vorher im Ausland ansässig, erleidet der Wegzugsstaat keinen Verlust. Auf der Gesellschafterebene bewirkt die Sitzverlegung somit keine Entstrickung. Dass dieses Besteuerungsrecht lückenlos aufrecht bleibt, darauf hat der deutsche Gesetzgeber bei Umsetzung der FRL sorgfältig geachtet. Die im Austausch für die exportierte Beteiligung gewährten Anteile unterliegen kraft der Ausnahmeregelung des § 8b Abs. 3 KStG nicht der Veräußerungsgewinnbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG. Dass die stillen Reserven in der eingebrachten Beteiligung hingegen der nationalen Besteuerung entgehen, ist dem Gesetzgeber naturgemäß nicht verborgen geblieben, wie die Missbrauchsregelung des § 26 Abs. 2 UmwStG zeigt. Entsprechende Sicherungsmaßnahmen reichen zum Schutze nationaler Besteuerungsinteressen auch bei der Sitzverlegung. Im Übrigen sollte die Verlegungsbesteuerung auch im Falle einer Holding-Gesellschaft an der Niederlassungsfreiheit der Art. 52 und 58 EGV scheitern. Diese Beweisführung hat meines Erachtens viel für sich.

### 5. Reformbedarf

Doch in der Unternehmens- und Beratungspraxis gehen die Uhren anders. Teleologische und europarechtskonforme Interpretationen sind eine feine Sache im Hörsaal und bei Tagungsvorträgen. Kreative Rechtsfortbildung im

101 Dieser Rechtsgedanke ergibt sich auch aus Art. 8 Abs. 2 Satz 2 FRL. Bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung und Spaltung wird hingegen zusätzlich die (grenzüberschreitende) Fortführung der Buchwerte im Übertragungsvermögen gefordert (Art. 4 Abs. 2 FRL).

Spannungsverhältnis von Grundfreiheiten, Richtlinien-Recht und materiellem Steuerrecht ist methodologisch ansprechend, und auch die Praxis mag derartige wissenschaftliche Höhenflüge unternehmen, wenn – wie bei der Anerkennung einer günstigeren Steuerklasse oder der Gewährung eines Freibetrages oder einer Absetzung – nichts zu verlieren ist, sondern nur gewonnen werden kann.

Ganz anders beschaffen sind die Anforderungen an die Interpretationssicherheit bei Umwandlungen oder Sitzverlegungen. Dem Praktiker drängt sich bisweilen der Vergleich mit dem Betrieb eines Kernkraftwerks auf: Selbst geringe Fehlerwahrscheinlichkeiten, mit denen man auf weniger gefährlichen Gebieten gut leben kann, sind dort untragbar, wo die Fehlerfolgen drastisch sind. Die Besteuerung der stillen Reserven eines namhaften Unternehmens ist ohne Zweifel der größte anzunehmende Unfall, für das Unternehmen – und für den Berater. Eine grenzüberschreitende Sitzverlegung bei bestehenden Interpretationsrisiken findet – jedenfalls bei namhaftem Unternehmenswert – nicht statt. Bleibt danach, solange nicht der Steuergesetzgeber einige berichtigende Worte spricht, die 14. Richtlinie Makulatur?

Die Antwort fällt differenziert aus: Der Zuzug von Körperschaften führt nach praktisch einhelliger Ansicht zu keiner Ertragsteuerbelastung<sup>102</sup>. Die Nachteile, die sich aufgrund des BFH-Urteils vom 23. 6. 1992<sup>103</sup> aus der Einordnung der zugezogenen Körperschaft unter § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergeben, bestehen bei der Richtlinien-Sitzverlegung nicht, denn sie wird der ausländischen Körperschaft die Umwandlung in eine inländische Kapitalgesellschaft ermöglichen<sup>104</sup>. Beim Wegzug unter Zurücklassung einer Betriebsstätte entspricht die teleologische Reduktion des § 12 Abs. 1 KStG der überwiegenden Ansicht<sup>105</sup>; bedenklich stimmt indessen, dass namhafte Autoren aus dem Kreis der Finanzverwaltung diese Ansicht nicht teilen. Hier ist Klarstellung durch den Gesetzgeber gefordert. Sie sollte umso leichter fallen, als diese Autoren die gegenteilige Ansicht zwar für angemessen halten und bloß in dem zu weit gefassten Wortlaut des § 12 Abs. 1 KStG eine unüberwindliche Barriere erblicken<sup>106</sup>.

Erst recht ist der Wegzug von Holding-Gesellschaften regelungsbedürftig. Denn es sind natürlich auch Argumente gegen die Konkretisierung des „zwingenden Allgemeininteresses“ anhand der Wertungen der FRL denkbar: Beim Anteilstausch sei der Besteuerungsverzicht vertretbar, weil die Richtlinie Gegenseitigkeit verbürge. Die Abwanderung stiller Reserven werde

102 Nachweise in Fn. 35.

103 BFH BStBl II 1992, 972.

104 Oben III. 3.

105 Nachweise in Fn. 77.

106 DÖTSCH/EVERSBURG/JOST/WITT, aaO (Fn. 16), § 12 KStG Rdn. 16a.

idealtypisch durch den Zuzug stiller Reserven ausgeglichen. Der Besteuerungsverzicht sei daher ein Kompromiss, keineswegs aber Ausdruck fehlenden „nationalen Interesses“ an der Besteuerung. Wie beim Anteilstausch könne die Anpassung der Steuerrechtsordnungen europarechtlich nur durch eine Richtlinie erfolgen.

Soll die 14. Richtlinie auch Bedeutung für Holding-Gesellschaften erlangen, fordern jedenfalls die Bedürfnisse der Praxis Maßnahmen auf steuerrechtlichem Gebiet. Der Vergleich mit den Tatbeständen der FRL ist hier nicht nur ein dogmatisches Argument; er sollte dem nationalen Steuergesetzgeber die Einschränkung der Verlegungsbesteuerung auch steuerpolitisch erleichtern: Denn der Umzug von Gesellschaften, der zum Export von stillen Reserven führt, kann eben auch durch Anteilstausch bewirkt werden.

Allerdings kann die Sitzverlegung innerhalb der Europäischen Union nur dann funktionieren, wenn die Steuerneutralität in allen Mitgliedstaaten gewährleistet ist. Dass der Wegzugsstaat die stillen Reserven besteuern will, ist gewiss kein deutsches Spezifikum. Folglich ist zu fragen, ob die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung überhaupt auf nationaler Ebene geschaffen werden können. Ob der „Wettbewerb der Steuersysteme“ ausreichenden Anreiz bietet, ist schwer zu beurteilen. Nach dem Vorbild ausländischer Holding-Privilegien hat Deutschland mit der Regelung des § 8b KStG eine Maßnahme ergriffen, um seine Attraktivität als Holding-Standort zu heben. Dazu gehört zweifellos auch die Freiheit, den Standort später wieder verlassen zu können. Auch hier wird der Standard anderer Steuerrechtsordnungen zu beachten sein. So hat etwa Österreich den Verlegungssteuertatbestand, der aus dem deutschen KStG 1934 stammte und inhaltlich mit § 12 KStG übereinstimmte, im Zuge der Steuerreform 1988 entfallen lassen<sup>107</sup>. Andererseits: Die Beseitigung jeglicher Verlegungsbesteuerung fördert den Umzug von Gesellschaften, die passive Einkünfte beziehen, wohl vornehmlich in solche Länder, die mit dem jüngst veröffentlichten Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung<sup>108</sup> angesprochen werden<sup>109</sup>.

Als Alternative kommt ein gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsakt in Betracht. Dass das Subsidiaritätsprinzip nicht entgegensteht, davon gehen die Begründungserwägungen zum Entwurf der 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie aus. Dann kann für die steuerrechtliche Harmonisierung nichts an-

107 Dazu TOIFL, SWI 1997, 248.

108 Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschafts- und Finanzfragen“ vom 1. Dezember 1997 zur Steuerpolitik, 98/C 2/01, ABl. EG Nr. C 2/1 vom 6. 1. 1998.

109 Zu Finanzdienstleistungsgesellschaften („Dublins Docks Area“), Koordinierungsstellen (Belgien, Luxemburg), treasury oder finance centres (Niederlande) vgl. SCHAUMBURG, aaO (Fn. 13), 10.295 m. w. N.

deres gelten. Doch kaum wagt man, diese Möglichkeit anzusprechen, erscheint doch die Erlassung einer Richtlinie zu den direkten Steuern angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses im Ministerrat (Art. 100 EGV) als unwahrscheinlich<sup>110</sup>. Andererseits: Es ist wenig konsequent, die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Sitzverlegung durch Harmonisierungsakt herbeizuführen, die Ordnung der steuerrechtlichen Fragen aber den Mitgliedstaaten zu überlassen. Vielleicht sollte man daher die Chance, dass auch die Steuerrechtsfolgen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung durch einen Harmonisierungsakt geregelt werden, nicht zu pessimistisch beurteilen. Denn die Lösung des steuerrechtlichen Problems kann nicht zweifelhaft sein: Sie steht in der FRL, die die Hürde des Einstimmigkeitserfordernisses überwunden hat.

Damit bin ich am Ende meiner Ausführungen angelangt. Gestatten Sie mir noch eine persönliche Bemerkung: Grundlegende Gedanken dieses Beitrages gehen auf Frau *Knobbe-Keuk* zurück. Gewiss nicht zufällig sind meine Ausführungen auch eine Verbeugung vor dieser großen Gelehrten. Ihr Name ist auch in Österreich bekannt. Ein bemerkenswertes Kompliment hat ihr der Verwaltungsgerichtshof, das höchste österreichische Steuergericht, gemacht. Es zeigt, dass die unbeabsichtigten Komplimente nicht selten die schönsten sind: Auf *Knobbe-Keuks* Ausführungen zur Berücksichtigung verlustabdeckender Zuschüsse bei der Beteiligungsbewertung stützte sich der Verwaltungsgerichtshof<sup>111</sup> mit der anerkennenden Bemerkung, dass – ich zitiere wörtlich – „die Autoren das Problem auf den Punkt bringen“: *Knobbe-Keuks* Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht konnte sich der Verwaltungsgerichtshof offenkundig nur als das Werk zweier männlicher Autoren vorstellen.

110 Dazu FÖRSTER, in: Birk, Handbuch des Europäischen Steuer- und Abgabenrechts, 1995, S. 761 ff; SAß, DStJG 1996, 31 f.

111 Erkenntnis vom 29. 4. 1991, 90/13/0228, 0229.