

Klaus Hirschler

Grenzüberschreitende Umgründungen – Harmonisierung und deren Grenzen

- I. Einleitung
- II. Rechtlicher Rahmen in der EU
- III. Die Grundfreiheiten des AEUV und deren Verhältnis zur FRL
- IV. Harmonisierung und deren Grenze – ein Ausblick

I. Einleitung

Unter grenzüberschreitenden Umgründungen werden regelmäßig Umgründungen verstanden, an denen Steuerpflichtige unterschiedlicher Staaten und damit unterschiedlicher Fiskalhoheiten teilnehmen. Typische Anwendungsfälle sind die Verschmelzung von in unterschiedlichen Staaten ansässigen Kapitalgesellschaften oder das Einbringen eines Betriebes einer im Staat A ansässigen Gesellschaft in eine im Staat B ansässige Gesellschaft. Für den vorliegenden Kontext wird die Betrachtung auf grenzüberschreitende Umgründungen zwischen Mitgliedstaaten der EU gelegt.

Anlässlich derartiger grenzüberschreitender Umgründungen stellen sich regelmäßig folgende Fragen:

- Welchem Staat steht zukünftig die Besteuerung der vor der Umgründung entstandenen stillen Reserven samt Firmenwert zu bzw. unter welchen Voraussetzungen kommt es anlässlich der grenzüberschreitenden Umgründung zur steuerpflichtigen Aufdeckung der stillen Reserven samt Firmenwert?
- Ob und unter welchen Voraussetzungen gehen Verlustvorträge auf den übernehmenden Rechtsträger über?
- Wann wird die Umgründung steuerlich wirksam hinsichtlich der Ergebniszurechnung?

II. Rechtlicher Rahmen in der EU

A. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Der AEUV sieht für direkte Steuern, im Gegensatz zu den indirekten Steuern in Art 113 AEUV, keine Verpflichtung zur Harmonisierung vor. Eine Harmonisierung direkter Steuern erfolgt nur unter den Voraussetzungen des Art 115 AEUV. Dazu bedarf es einerseits eines einstimmigen Erlasses einer Richtlinie durch den Rat, andererseits ist Voraussetzung für eine solche Richtlinie das Bedürfnis nach Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken.¹⁾ Eine sich auf das Funktionieren des Binnenmarkts auswirkende Harmonisierung betrifft den Bereich grenzüberschreitender Umgründungen, kommt es doch durch den damit regelmäßig verbundenen Wechsel von Vermögen auf in andere Mitgliedstaaten ansässige Rechtsträger zu Fragen der steuerpflichtigen Aufdeckung stiller Reserven. Auf Basis der Vorgängerregelung des Art 115 AEUV, dem Art 94 EGV, wurde die Richtlinie 2009/133/EG als Nachfolgerin der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie der Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat (Fusions-Richtlinie)²⁾ erlassen. Ziel der Fusions-Richtlinie (FRL) ist es, wettbewerbsneutrale steuerliche Regelungen zu schaffen, um insbesondere die Anpassung der Unternehmen an die Erfordernisse des Binnenmarktes zu ermöglichen. Die FRL soll eine Besteuerung der betreffenden Umgründungen vermeiden, unter gleichzeitiger Wahrung der finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten.

B. Fusions-Richtlinie (Richtlinie 2009/133/EG)

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die FRL normiert in Art 1 und 2 bestimmte Umgründungstypen. Dabei handelt es sich um einen taxativen Katalog. Geregelt sind die Fusion (Verschmelzung), die Spaltung, die Einbringung von Betrieben und Teilbetrieben und der sog Anteilstausch³⁾ als Einbringung von bestimmten Gesellschaftsan-

¹⁾ Fischer in Lenz/Borchardt, EU-Verträge Kommentar⁶, AEUV Art 115 Rz 2.

²⁾ Fusions-RL 2009/133 ABl L 310/34.

³⁾ Herzig/Dautzenberg/Heyerer, System und Schwächen der Fusionsrichtlinie, Der Betrieb, Beilage 1991; Saß, Probleme der Umsetzung der steuerlichen EG-Fusionsrichtlinie in Deutschland, Frankreich, Belgien, Niederlande, Großbritannien, Der Betrieb

teilen, wenn daran Gesellschaften aus zwei oder mehr Mitgliedstaaten beteiligt sind.⁴⁾ Umgründungen, die nicht durch diesen taxativen Katalog gedeckt sind, fallen nicht unter den (sachlichen) Anwendungsbereich der FRL, genießen damit nicht den von ihr gewährten Schutz. Das betrifft beispielsweise aus österreichischer Sicht Fälle wie die errichtende Umwandlung sowie die verschmelzende Umwandlung auf den Hauptgesellschafter, auch die Einbringung von Personengesellschaftsanteilen fällt nicht darunter, ebensowenig der Zusammenschluss nach Art IV UmgrStG und die Realteilung nach Art V UmgrStG.

In Art 2 werden die einzelnen Umgründungen, die die FRL normiert, näher definiert. Dabei fällt zB auf, dass die Abspaltung definiert ist als das Übertragen von einem oder mehreren Teilbetrieb(en) auf eine übernehmende Gesellschaft, wobei aber mindestens ein Teilbetrieb bei der spaltenden Gesellschaft verbleiben muss. Diese Beschränkung ist zB der Abspaltung nach Art VI UmgrStG nicht bekannt, sodass insoweit der Anwendungsbereich der FRL enger ist als der des nationalen Rechts. Auch die Definition des Teilbetriebes als die Gesamtheit der in einem Unternehmensteil einer Gesellschaft vorhandenen aktiven und passiven Wirtschaftsgüter, die in organisatorischer Hinsicht einen selbstständigen Betrieb, dh aus eigenen Mitteln funktionsfähige Einheit, darstellen,⁵⁾ entspricht nicht dem Verständnis des zB nach nationalem Recht einbringungsfähigen Teilbetriebes. Dieser ist zum einen in seiner Definition enger, andererseits wird aber national nicht die Übertragung der „Gesamtheit“ der Vermögensgegenstände gefordert.⁶⁾ Damit stellt sich letztlich für die konkrete Anwendung die Frage des Verhältnisses von nationalem Recht und FRL. Die FRL als supranationales Recht genießt Anwendungsvorrang, sodass im Anwendungsbereich der FRL die engere und damit einschränkende nationale Regelung zurücksteht.⁷⁾ Damit ergibt sich aber zugleich das Problem der Inländerdiskriminierung, da diese, soweit das nationale Recht, das bei fehlender Anwendbarkeit der FRL maßgeblich ist, schlechter behandelt werden als bei Anwendung der FRL. Eine derartige Inländerdiskriminierung hat der VfGH im Erkenntnis vom 17. 6. 1997, B 592/96 als verfassungswidrig angesehen, sodass bereits aus diesem Grund nach ganz überwiegender Ansicht in Österreich der Teilbetriebsbegriff der FRL auch auf rein nationale Umgründungen anzuwenden ist.⁸⁾

1993, 1892; *Herzig/Dautzenberg*, Steuergestaltung und Steuerharmonisierung im Binnenmarkt – Folgen der Fusionsrichtlinie und der Mutter-Tochter-Richtlinie, *Der Betrieb* 1992, 1; *Laule*, Die Harmonisierung des europäischen Steuerrechts, *IStR* 2001, 297.

⁴⁾ *Herzig/Dautzenberg/Heyeres*, *Der Betrieb*, Beilage 1991, 4.

⁵⁾ *Herzig/Dautzenberg/Heyeres*, *Der Betrieb*, Beilage 1991, 6.

⁶⁾ *Furherr* in *Kofler*, *UmgrStG*² § 12 Rz 73 ff.

⁷⁾ *Kofler* in *Kofler*, *UmgrStG*² § 1 Rz 4.

⁸⁾ *Furherr* in *Kofler*, *UmgrStG*² § 12 Rz 65 mwN.

Um das Ziel der Wahrung der finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten zu erreichen, sieht die FRL in Art 4 Abs 2 lit b) vor, dass das durch die Fusion oder (Ab)Spaltung übertragene Vermögen tatsächlich einer Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft im Mitgliedstaat der einbringenden Gesellschaft zugerechnet wird und zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses dieser Betriebsstätte beiträgt. Da für die Einbringung von Unternehmensteilen (Betrieb oder Teilbetrieb) gemäß Art 9 FRL der Art 4 sinngemäß anzuwenden ist, bedeutet dies, dass die Anwendung der FRL das Zurechnen des übertragenen Vermögens zu einer steuerlichen Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft im Ansässigkeitsstaat der übertragenden Gesellschaft voraussetzt. Was unter einer Betriebsstätte konkret zu verstehen ist, wird seitens der FRL nicht näher definiert, sodass insoweit auf das nationale bzw DBA-rechtliche Verständnis der Betriebsstätte des jeweiligen Mitgliedstaates abzustellen ist.⁹⁾ Soweit aufgrund des nationalen Rechts bzw eines konkret anzuwendenden DBA, das von den beiden involvierten Mitgliedstaaten der Umgründung abgeschlossen wurde, eine Betriebsstätte vorliegt, kommt die FRL und die damit vorgesehene Steuerstundung zur Anwendung.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die FRL sieht in Art 3 jene Gesellschaften vor, die unter ihren Anwendungsbereich fallen. Es muss sich dabei um Körperschaften handeln, die in Anhang I Teil A der FRL enthalten sind, nach dem Steuerrecht in einem Mitgliedstaat der EU ansässig sind und ohne Wahlmöglichkeit einer der in Anhang I Teil B der FRL aufgeführten Steuern unterliegen, ohne davon befreit zu sein.¹⁰⁾ Damit wird der Anwendungsbereich der FRL auf bestimmte Körperschaften, die DBA-rechtlich in einem Mitgliedstaat der EU unbeschränkt steuerpflichtig sind, eingeschränkt. Eine Anwendung der FRL auf steuerlich transparente Gesellschaften (Mitunternehmerschaften) oder gar natürliche Personen als Einzelunternehmer ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings sind die steuerlichen Kriterien für das Vorliegen einer Körperschaft iSd Art 3 FRL nicht in allen Mitgliedstaaten die gleichen, sodass es vereinzelt den Fall gibt, dass ein und dieselbe Gesellschaft von einem Mitgliedstaat als Körperschaft und vom anderen Mitgliedstaat als steuerlich transparente Personengesellschaft behandelt wird. Um zu verhindern, dass die FRL auf diesen Fall überhaupt nicht anwendbar ist, sieht diese in Art 4 Abs 3 vor, dass ein Mitgliedstaat, der eine gebietsfremde einbringende Gesellschaft als transparent ansieht, eine Besteuerung stiller Reserven anlässlich der Umgründung dieser aus seiner

⁹⁾ *Herzig/Dautzenberg/Heyeres*, Der Betrieb, Beilage 1991, 7 f; *Zöchling/Puchner in Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen², SteuerR Rz 29 mwN.

¹⁰⁾ *Laule*, IStR 2001, 302; *Herzig/Dautzenberg/Heyeres*, Der Betrieb, Beilage 1991, 16.

Sicht transparenten Gesellschaft nicht vornehmen darf. Maßgeblich für die Anwendung der FRL ist daher, dass der Mitgliedstaat, in dem die einbringende Gesellschaft ansässig ist, diese als intransparent behandelt. In diesem Fall ist, wenn die sonstigen Voraussetzungen des Art 3 FRL erfüllt sind, der persönliche Anwendungsbereich der FRL gegeben. Sollte hingegen aus Sicht des Mitgliedstaates der einbringenden Gesellschaft diese transparent sein, kommt Art 3 FRL nicht zur Anwendung und ebensowenig die Bestimmung des Art 4 Abs 3 FRL, sodass in einem solchen Fall die FRL nicht anwendbar ist. Allerdings schränkt Art 11 FRL die Wirkung des Art 4 Abs 3 FRL letztlich wieder dahingehend ein, dass ein Besteuerungswahlrecht hinsichtlich der Gesellschafter dieser steuerlich transparenten Gesellschaften unter Anrechnung der fiktiv im Ausland bei dortiger Steuerpflicht des Vorgangs anfallenden Steuern vorgesehen wird.¹¹⁾

3. Wirkung der FRL

Soweit aufgrund der Erfüllung der Voraussetzungen der Punkte 1. und 2. sowohl sachlich als auch persönlich die FRL anwendbar ist, unterbleibt unter der Voraussetzung der Buchwertfortführung eine sofortige Besteuerung der übertragenen stillen Reserven einschließlich Firmenwert anlässlich der Umgründung. Sollten entsprechend dem Recht der beteiligten Mitgliedstaaten freiwillig anstelle der Buchwerte die tatsächlichen Werte angesetzt werden, kommt die Steuerneutralität der FRL nicht zur Anwendung. Hinsichtlich der steuerfrei oder steuerbegünstigt gebildeten Rückstellungen bzw Rücklagen sieht Art 5 FRL vor, dass diese von der nachfolgenden Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft nach den gleichen Voraussetzungen ausgewiesen werden können wie zuvor bei der einbringenden Gesellschaft. Art 6 FRL sieht vor, dass, wenn nach nationalem Recht die übernehmende Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen Verlustvorträge der einbringenden Gesellschaft übernimmt, dieser Übergang der Verlustvorträge auch auf eine in diesem Mitgliedstaat nach der Umgründung bestehende Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft erfolgt.

Mit diesen Vorschriften wird im Wesentlichen erreicht, dass es aufgrund der Buchwertfortführungsverpflichtung der Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft zu keiner sofortigen Steuerpflicht anlässlich der Umgründung kommt, weiters Steuerbegünstigungen fortgeführt werden können und auch ein Übergang von Verlustvorträgen auf die Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft unter den gleichen Bedingungen erfolgt wie bei rein nationaler Umgründung.

¹¹⁾ Ausführlich zu diesen „hybriden Gesellschaften“ *Kofler/Schindler*, SWI 2006, 262 ff.

III. Die Grundfreiheiten des AEUV und deren Verhältnis zur FRL

A. Allgemeines

Nach herrschender Ansicht können die sekundärrechtlichen Richtlinien den Anwendungsbereich der primärrechtlichen Grundfreiheiten des AEUV nicht einschränken. Ebenso wenig stellt die Nichtharmonisierungsverpflichtung der direkten Steuern eine Rechtfertigung dar, die damit verbundenen nationalen Befugnisse ohne Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben zu können.¹²⁾ Soweit daher die FRL aufgrund ihres sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs nicht unmittelbar anwendbar ist, stellt sich die Frage, ob eine nach nationalem Recht allenfalls zulässige sofortige Besteuerung stiller Reserven mit den Grundfreiheiten des AEUV, konkret vor allem mit der Niederlassungsfreiheit¹³⁾ des Art 49 ff sowie der Kapitalverkehrsfreiheit des Art 63 ff vereinbar ist. Konkret stellt sich diese Frage aus Sicht des sachlichen Anwendungsbereichs für den Fall, dass das übertragene Vermögen keiner Betriebsstätte der übernehmenden Gesellschaft im Mitgliedstaat der einbringenden Gesellschaft zugerechnet werden kann. Aus Sicht des persönlichen Anwendungsbereichs stellt sich die Frage, ob eine Besteuerung stiller Reserven einschließlich Firmenwert erfolgen muss, nur weil der Einbringende und/oder der Übernehmende keine Gesellschaft iSd Art 3 FRL ist (und die Ausnahmeregelung des Art 4 Abs 3 FRL auch nicht zur Anwendung kommt). In beiden dargestellten Fällen stellt sich die Frage, ob die sofortige Besteuerung stiller Reserven das gelindeste Mittel zur Zielerreichung, das auch mit der FRL verfolgt wird, darstellt, nämlich der Wahrung der finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten hinsichtlich des mit den bisher vorhandenen steuerpflichtigen stillen Reserven verbundenen zukünftigen Steueraufkommens. Bedenkt man zB, dass trotz fehlender Betriebsstätte dennoch eine zukünftige Besteuerung stiller Reserven aus anderen rechtlichen Anknüpfungskriterien, wie bei Liegenschaften aus dem Belegenheitsprinzip, möglich ist, wäre die sofortige Besteuerung der stillen Reserven überschießend. Selbst wenn aber die zukünftige Steuerhängigkeit der stillen Reserven im Ansässigkeitsstaat der einbringenden Gesellschaft mangels Betriebsstätte oder anderer Anknüpfungsmerkmale nicht mehr gewährleistet ist, erscheint eine sofortige Besteuerung der stillen Reserven im Lichte der Judikatur der Wegzugsbesteuerung bzw Sitzverlegung überschießend.

¹²⁾ EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg 2005, I-10837 Rz 29 mwN.

¹³⁾ EuGH 6. 9. 2012, C-38/10, *Europäische Kommission gegen Portugal*, Rz 27; EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg 2005, I-10837; *Wunderlich*, EuR 2007, Direkte Steuern und Grundfreiheiten der EU 14 ff.

B. Wegzugsbesteuerung als Vergleichsbild zu Umgründungen

Der EuGH hat sich in den vergangenen 10 Jahren mehrfach mit den steuerlichen Folgen eines Wegzugs eines Abgabepflichtigen aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat auseinanderzusetzen gehabt. Namentlich insbesondere folgende Fälle sind unter diese Thematik zu subsumieren:

- 11. 3. 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*¹⁴⁾
- 7. 9. 2006, C-470/04, *N*¹⁵⁾
- 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*¹⁶⁾
- 6. 9. 2012, C-38/10, *Portugal*¹⁷⁾

Soweit mit dem Wegzug von Vermögen auch ein Wegzug bisher steuerhängiger stiller Reserven verbunden ist, stellt sich die Frage, ob es anlässlich des Wegzugs zur Besteuerung der stillen Reserven kommen darf. Der EuGH hat dies in den aufgeführten Urteilen letztlich verneint,¹⁸⁾ allerdings Unterschiede zwischen einem Wegzug einer Privatperson und einer Gesellschaft festgestellt. Gemeinsam ist den Verfahren die Erkenntnis, dass ein Wegzug bzw die Verlegung des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat mit damit verbundener sofortiger Steuerpflicht der stillen Reserve gegenüber einem Wegzug bzw Verlegung des Verwaltungssitzes im gleichen Mitgliedstaat, wo eine sofortige Steuerpflicht derartiger Vorgänge nicht erfolgt, zu einer unterschiedlichen Behandlung der Besteuerung der Wertzuwächse führt, die geeignet ist, eine Person bzw Gesellschaft davon abzuhalten, ihren Wohnsitz bzw Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Gemeinsam ist den Verfahren auch die Erkenntnis, dass es gerechtfertigt ist, dass der Wegzugsstaat das Recht hat, entsprechend dem Grundsatz der steuerlichen Territorialität verbunden mit dem zeitlichen Element der Steueransässigkeit des Steuerpflichtigen im Inland während der Entstehung der stillen Reserven, diese Wertzuwächse zum Zeitpunkt des Wegzugs des Steuerpflichtigen zu besteuern.¹⁹⁾ Gerade die fehlende europaweite Harmonisierung der direkten Steuern berechtigt die Mitgliedstaaten zu einer Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse dahingehend, die während des Bestehens (un)beschränkter Steuerpflicht in einem Mitgliedstaat nach nationalem Recht entstandenen Besteuerungsrechte bei durch den Abgabepflichtigen verursachten Wegfall dieses Besteuerungsrechts wegen Wegzug wahrzunehmen. Eine Regelung, die dafür sorgt, dass nicht realisierte Wertzuwächse eines Wirtschaftsgutes in dem Mitgliedstaat besteuert werden, in dem sie erzielt wurden,

¹⁴⁾ EuGH 11. 3. 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg 2004, I-02409.

¹⁵⁾ EuGH 4. 9. 2006, C-470/06, *N*, Slg 2006, I-07409.

¹⁶⁾ EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011, I-12273.

¹⁷⁾ EuGH 6. 9. 2012, C-38/10, *Europäische Kommission gegen Portugal*.

¹⁸⁾ EuGH 6. 9. 2012, C-38/10, *Europäische Kommission gegen Portugal*, Rz 33; EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011, I-12273 Rz 65, 85.

¹⁹⁾ EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011 I-12273 Rz 46.

ist unionsrechtskonform. Die zur Durchsetzung dieses Besteuerungsanspruchs gesetzten Maßnahmen dürfen allerdings nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels erforderlich ist, müssen also im Lichte gerade auch der Grundfreiheiten dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.²⁰⁾

Dabei führt der EuGH aus, dass es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist, dass die Höhe der Steuer, die auf die wegziehenden stillen Reserven entfällt, auf den Zeitpunkt des Wegfalls des Besteuerungsrechts dieses Mitgliedstaates festgesetzt wird. Unterschiedlich wird in diesem Zusammenhang aber die Frage beantwortet, wieweit sich spätere Wertminderungen des Wirtschaftsgutes und damit sich vermindernde stille Reserven auf die festgesetzte Steuer des Wegzugsstaates auswirken. Im Urteil vom 7. 9. 2006, C-470/04, *N* führt der EuGH aus, dass Verhältnismäßigkeit nur dann vorliegt, wenn die Wertminderungen, die nach der Verlegung des Wohnsitzes des betreffenden Steuerpflichtigen eingetreten sind, vollständig berücksichtigt worden sind, soweit diese Wertminderung nicht bereits im Aufnahmemitgliedstaat berücksichtigt wurde.²¹⁾ Gegenstand des Verfahrens *N* war der Wegzug einer im Privatvermögen gehaltenen 100%igen Beteiligung an einer Körperschaft. Zu einer anderen Lösung kam der EuGH im Urteil vom 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus BV*, wonach die Nichtberücksichtigung der Wertminderung, ausdrücklich anders als im Urteil *N*, nicht als unverhältnismäßig betrachtet wird.²²⁾ Im Unterschied zur Rechtssache *N* liegt in der Rechtssache *National Grid Indus BV* der Wegzug eines ganzen Unternehmens vor. Begründet wird diese unterschiedliche Behandlung damit, dass die Vermögenswerte einer Gesellschaft nämlich unmittelbar wirtschaftlichen Tätigkeiten zugewiesen sind, die auf Gewinn ausgerichtet sind. Außerdem wird die Höhe des steuerpflichtigen Gewinns einer Gesellschaft zum Teil durch die Bewertung der Aktiva in der Bilanz der Gesellschaft beeinflusst, da die Abschreibungen die Besteuerungsgrundlage verringern. Nach Ansicht des EuGH hat in einem solchen Fall des Unternehmenswegzugs der Aufnahmemitgliedstaat aufgrund des Rechts auf Besteuerung der Gewinne im Zusammenhang mit dem zugezogenen Vermögen auch die Wertschwankungen der Vermögenswerte in seinem Steuersystem zu berücksichtigen, die ab dem Zeitpunkt aufgetreten sind, zu dem der Herkunftsmitgliedstaat die steuerliche Anknüpfung zu dieser Gesellschaft verloren hat. Der EuGH legt damit die Verantwortung für die Vermeidung einer allfälligen Mehrsteuerbelastung zum Aufnahmemitgliedstaat. Wenn dieser nämlich nicht

²⁰⁾ *Lachmayer*, Die Rechtssache „K“ – ein großer Stein im Mosaik der finalen Verluste, ÖStZ 2013/1026, 566 f; EuGH 13. 12. 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg 2005, I-10837 Rz 53; EuGH 4. 9. 2006, C-470/06, *N*, Slg 2006 I-07409 Rz 40 ff; EuGH 11. 3. 2004, C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg 2004 I-02409 Rz 49.

²¹⁾ EuGH 4. 9. 2006, C-470/06, *N*, Slg 2006 I-07409 Rz 54.

²²⁾ EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011, I-12273 Rz 46.

einerseits als Zuzugswert den Betrag ansetzt, der beim Wegzugsstaat als Bemessungsgrundlage für die Festsetzung der Besteuerung dient, kommt es auf Basis unterschiedlicher Bemessungsgrundlagen zu einer zukünftigen Mehr- oder Minderbesteuerung. Sollte der Zuzugsstaat eine steuerwirksame Wertminderung hinsichtlich einzelner Wirtschaftsgüter in seinem nationalen Steuerrecht nicht kennen, kommt es mangels Verpflichtung der Berücksichtigung dieser Wertminderung im Wegzugsstaat ebenfalls zu einer Mehrsteuerbelastung. Gerade den letztgenannten Fall hat der EuGH auch im Urteil *National Grid Indus BV* in den Rz 61 f vor Augen, wenn er wörtlich ausführt:

Rz 61: „Wie sich im Übrigen aus Randnr. 58 des vorliegenden Urteils ergibt, wird das Steuersystem des Aufnahmemitgliedstaats grundsätzlich zum Zeitpunkt der Realisierung der Vermögenswerte des betreffenden Unternehmens die Wertzuwächse und Wertminderungen berücksichtigen, die seit der Verlegung des Sitzes dieses Unternehmens entstanden sind. Die eventuelle Nichtberücksichtigung der Wertminderung durch den Aufnahmemitgliedstaat verpflichtet den Herkunftsmitgliedstaat jedoch keineswegs, zum Zeitpunkt der Realisierung der betreffenden Vermögenswerte eine Steuerschuld neu zu bewerten, die zum Zeitpunkt, zu dem die Steuerpflichtigkeit der betreffenden Gesellschaft im Herkunftsmitgliedstaat aufgrund der Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes endete, endgültig bestimmt wurde.“

Rz 62: „Insoweit ist zu beachten, dass der Vertrag einer unter Art. 54 AEUV fallenden Gesellschaft nicht garantiert, dass die Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat steuerneutral ist. Aufgrund der unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten in diesem Bereich kann eine solche Verlegung für eine Gesellschaft je nach dem Einzelfall steuerlich mehr oder weniger vorteilhaft oder nachteilig sein (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. Juli 2004, Lindfors, C-365/02, Slg. 2004, I-7183, Randnr. 34, vom 12. Juli 2005, Schempp, C-403/03, Slg. 2005, I-6421, Randnr. 45, sowie vom 20. Mai 2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, Slg. 2008, I-3747, Randnr. 37). Die Niederlassungsfreiheit kann nämlich nicht dahin verstanden werden, dass ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, seine Steuervorschriften auf diejenigen eines anderen Mitgliedstaats abzustimmen, um in allen Situationen eine Besteuerung zu gewährleisten, die jede Ungleichheit, die sich aus den nationalen Steuerregelungen ergibt, beseitigt (vgl. Urteil vom 28. Februar 2008, Deutsche Shell, C-293/06, Slg. 2008, I-1129, Randnr. 43).“

Aus den beiden Rz 61 und 62 ergibt sich somit, dass eine spätere, nicht berücksichtigte Wertminderung im Zuzugsstaat nicht zwingend im Wegzugsstaat berücksichtigt werden muss, da die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, ihre Steuervorschriften so aufeinander abzustimmen und damit zu harmonisieren, dass jede Ungleichheit in Form einer steuerlichen Mehr- oder Minderbelastung ausgeschlossen ist.

Offen bleibt im vorliegenden Zusammenhang allerdings die Frage, ob zwischen Privatvermögen und Unternehmensvermögen stets ein derart großer Unterschied besteht, wie vom EuGH in den beiden referierten Fällen augenscheinlich unterstellt. Man denke nur an den Fall, dass nicht *National Grid Indus BV* insgesamt weggezogen wäre, sondern nur eine in deren Betriebsvermögen gehaltene Beteiligung. Ob in einem solchen Fall, der annahmegemäß nicht bereits durch die FRL geschützt ist, eine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von stillen Reserven in Beteiligungen besteht, erscheint mehr als fraglich.

Weiters führt der EuGH in sämtlichen Verfahren zur Wegzugsbesteuerung²³⁾ aus, dass es unverhältnismäßig ist, die Steuer auf die wegziehende stille Reserve sofort einzuziehen. Als gelinderes Mittel steht, zumindest als Wahlrecht, der Aufschub des Steuerbetrags zur Verfügung. Kein Rechtfertigungsgrund stellt der durch die Steuerstundung in der Regel erhöhte Verwaltungsaufwand im Zusammenhang mit der Nachverfolgung des verlegten Vermögens dar.²⁴⁾ Wenn nämlich ein Unternehmen der Ansicht ist, diesen Verwaltungsaufwand anstelle der sofortigen Besteuerung tragen zu wollen, bringt es nach Ansicht des EuGH zum Ausdruck, dass es ihr keinen übermäßigen Verwaltungsaufwand bereitet, sodass gleiches auch für den Wegzugsmitgliedstaat gelten muss, der sich im Übrigen insbesondere auf Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2008/55/EG (Beitreiber-RL)²⁵⁾ berufen kann, wonach er Informationen vom Zuzugsstaat darüber verlangen kann, ob eine Gesellschaft, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in den Aufnahmemitgliedstaat verlegt hat, bestimmte Vermögensgegenstände realisiert hat oder nicht, soweit diese Informationen erforderlich sind, um den Herkunftsmitgliedstaat in die Lage zu versetzen, eine Steuerschuld einzuziehen, die zum Zeitpunkt der Verlegung des Sitzes entstanden ist. Interessant ist im Zusammenhang mit dem Urteil *National Grid Indus BV*, dass es zulässig wäre, bei Stundung des Steuerbetrags in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht Zinsen zu verrechnen sowie dem Risiko des Steuerausfalls durch Stellung einer Bankgarantie zu begegnen, wobei beides wohl nur insoweit zulässig ist, als es für vergleichbare rein nationale Sachverhalte ebenso vorgesehen ist.²⁶⁾ Ob diese im Urteil *National Grid Indus BV* vorgesehene mögliche Verzinsung der Steuerschuld auch für den Wegzug von Privatvermögen gefordert werden kann, kann mangels ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung im Fall *N* bzw. *Lasteyrie du Saillant* nicht gesagt werden, ein materieller Grund für eine unterschiedliche Behandlung wäre aber aus meiner Sicht nicht gegeben.

²³⁾ Vgl die bereits oben angeführten: *National Grid Indus, N, Lasteyrie du Saillant, Portugal*.

²⁴⁾ EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011, I-12273 Rz 66.

²⁵⁾ RL 2008/5/EG des Rates vom 26. 5. 2008 über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Maßnahmen, Amtsblatt der EU, L 150/28.

²⁶⁾ EuGH 29. 11. 2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Slg 2011, I-12273 Rz 74.