

## Transportrecht

Treuhand

Missbrauchsrisiko

Bad Bank

Ergänzungskapital

Strafrechtsänderungsgesetz

Business Judgement Rule

Neues GesbR-Recht

Syndikatsverträge

Gesellschaftsrechtliche Schiedsklauseln

Inhalt und Form

Ausländische Tochtergesellschaften

EuGH zu Währungsverlusten

# EuGH zu Währungsverlusten bei ausländischen Tochtergesellschaften: Keine Abzugspflicht (?)

Im Urteil *X AB* hatte der EuGH zu beurteilen, ob die Mitgliedstaaten Währungsverluste iZm Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften zum Abzug zulassen müssen. Der EuGH hat dies – im Unterschied zur Investition in ausländische Betriebsstätten (Urteil *Deutsche Shell*) – verneint. Der vorliegende Beitrag beleuchtet dieses Ergebnis kritisch und beurteilt die Bedeutung des Urteils für die österr Rechtslage.

KAROLINE SPIES

## A. Hintergrund

Im Urteil *Deutsche Shell* im Jahr 2008 stellte der EuGH fest, dass Währungsverluste aus der Rückführung des Dotationskapitals einer ausländischen Betriebsstätte im Stammhausstaat zum Abzug zugelassen werden müssen.<sup>1)</sup> In dem diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine deutsche Gesellschaft in Italien eine Betriebsstätte unterhalten, deren Dotationskapital in Lire ausgewiesen war. Bei der Rückführung dieses Kapitals kam es zu einem Währungsverlust. Zwischen Deutschland und Italien bestand ein DBA, in dem für Unternehmensgewinne die Befreiungsmethode vorgesehen war. Nach stRsp des BFH waren Währungsgewinne und -verluste der Betriebsstätte von der Befreiungsmethode nach dem DBA Deutschland-Italien erfasst und daher auf Basis der Symmetriethese von der deutschen Besteuerungsgrundlage auszunehmen.<sup>2)</sup> Die deutschen Behörden wollten dementsprechend den Abzug des Währungsverlusts nicht zulassen. Der EuGH kam jedoch zum Ergebnis, dass Deutschland verpflichtet ist, diesen Währungsverlust steuermindernd zu berücksichtigen. Der Gerichtshof begründete dies im Wesentlichen damit, dass es sich um „einen besonderen im Geschäftsgang aufgetretenen Umstand“ handle, „den nur die deutschen Steuerbehörden berücksichtigen können“.<sup>3)</sup> Derartige Währungsverluste könnten nämlich „naturgemäß“<sup>4)</sup> bzw. „kraft ihrer Natur“<sup>5)</sup> im Betriebsstättenstaat nie entstehen und daher auch nicht berücksichtigt werden, weshalb der Stammhausstaat diese zu berücksichtigen habe.

Im vorliegenden Verfahren aus Schweden stellte sich nun die Frage, ob diese Erwägungen gleichermaßen auch für ausländische Tochtergesellschaften und mit deren Kapital verbundene Währungsverluste gelten.<sup>6)</sup> Die Rs *XAB* basiert dabei auf folgendem Sachverhalt: *X AB*, eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Schweden, hielt eine 45%-Beteiligung an der britischen Gesellschaft *Y Ltd*. Die *Y Ltd* hatte ihre Gesellschaftsanteile in USD ausgegeben. Die *X AB* plante einen Verkauf der Anteile. Durch den Verkauf hätte sie einen Wechselkursverlust erlitten. Nach schwedischem Steuerrecht sind Gewinne und Verluste iZm Beteiligungen über 10% jedoch steuerneutral (gilt sowohl für in- als auch ausländische Beteiligungen). Die Ge-

sellschaft *X AB* wollte im Rahmen eines Vorbescheids nach schwedischem Recht wissen, ob der Währungsverlust dennoch abzugsfähig ist. *X AB* berief sich dabei auf die Niederlassungsfreiheit und das hierzu ergangene EuGH-Urteil *Deutsche Shell*. Die schwedischen Behörden verneinten die Abzugsfähigkeit, wogegen *X AB* ein Rechtsmittel ergriff. Das schwedische Gericht bat schließlich den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens um Klärung.

## B. EuGH: Keine Abzugspflicht für Währungsverluste bei Investition in ausländische Tochtergesellschaft

In Übereinstimmung mit GA *Kokott*<sup>7)</sup> kommt der EuGH zum Ergebnis, dass – zumindest auf Basis der schwedischen nationalen Rechtslage<sup>8)</sup> – keine Pflicht des Ansässigkeitsstaats der Muttergesellschaft besteht, Währungsverluste iZm Kapital ausländischer

Dr. Karoline Spies ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der WU Wien. Die Autorin dankt Dr. Kasper Dziurda, Dr. Christoph Marchgraber und Mag. Lukas Mechtler für Diskussion und Anregungen zum vorliegenden Manuskript.

- 1) Urteil in C-293/06, *Deutsche Shell*, ECLI:EU:C:2008:129; zum Urteil s *Haslehner*, EuGH-Urteil *Deutsche Shell GmbH* (Rs C-293/06): Das gemeinschaftsrechtliche Ende der Symmetriethese? SWI 2008, 161 (161 ff); *de Weerth*, *Deutsche Shell*: Monetäre Wirkungen bei der Rückführung von Dotationskapital, das ein in einem Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen seiner in einem anderen Mitgliedstaat gelegenen Betriebsstätte gewährt, IStR 2008, 224 (226 ff); *Ditzl/Schönfeld*, Abzug von umrechnungsbedingten Währungsverlusten, DB 2008, 1458 (1458 ff).
- 2) Siehe BFH 16. 2. 1996, I R 43/95, und die dort angeführte Rsp; s zu den Hintergründen auch *Hobenwarter*, Verlustverwertung im Konzern (2010) 285.
- 3) Urteil in C-293/06, *Deutsche Shell*, Rn 44, ECLI:EU:C:2008:129.
- 4) Urteil in C-293/06, *Deutsche Shell*, Rn 44, ECLI:EU:C:2008:129.
- 5) Urteil in C-293/06, *Deutsche Shell*, Rn 51, ECLI:EU:C:2008:129.
- 6) Eher für eine Übertragbarkeit des Ergebnisses des Urteils *Deutsche Shell* auf den Fall *X AB Cejje*, The Hirvonen, the Pensioenfonds Metaalen Technie and the *X AB v Skatteverket* Cases, in *Lang et al* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2014 (2015) 205 (231).
- 7) Vgl Schlussanträge GA *Kokott* 22. 1. 2015, C-686/13, ECLI:EU:C:2015:31.
- 8) Vgl zur schwedischen Rechtslage *Cejje* in *Lang et al*, ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2014 (2015) 226 f.

Tochtergesellschaften zu berücksichtigen. Der EuGH weist hierbei daraufhin, dass das schwedische Recht eine Steuerneutralität für Substanzgewinne und -verluste sowohl bei in- als auch ausländischen Beteiligungen kennt<sup>9)</sup> und daher ein „*anderer rechtlicher Zusammenhang*“ als in der Rs *Deutsche Shell* bestehe.<sup>10)</sup> Insofern sei die Investition in die ausländische Tochtergesellschaft durch Verweigerung des Abzugs „*nicht ungünstiger behandelt als vergleichbare in Schweden vorgenommene Investitionen*“.<sup>11)</sup> Der EuGH geht dabei scheinbar davon aus, dass es nach schwedischem Recht möglich ist, auch inländische Tochtergesellschaften mit Kapital in einer fremden Währung auszustatten.<sup>12)</sup> Da auch in diesem vergleichbaren Inlandsfall kein Recht auf Abzug eines allfälligen Währungsverlusts bestehe, liege somit keine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhalts vor. Die Frage, ob sich durch die Verweigerung des Abzugs eine „*diskriminierungsfreie Beschränkung*“ ergeben könnte,<sup>13)</sup> die zu einer „*Behinderung*“ der Niederlassungsfreiheit führt und daher einer Rechtfertigung bedürfe,<sup>14)</sup> behandelt der EuGH nicht. Der Gerichtshof bestätigt damit, dass er die Wirkung der Grundfreiheiten im Bereich des Steuerrechts (weitestgehend) auf Diskriminierungen beschränkt sieht.<sup>15)</sup>

Im Anschluss hebt der EuGH hervor, dass „*beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts im Bereich der direkten Steuern*“ keine Pflicht der Mitgliedstaaten bestehen könne, „*ihr eigenes Steuersystem anzupassen, um mögliche Wechselkursrisiken zu berücksichtigen, denen sich die Gesellschaften infolge der Fortdauer einer Mehrzahl von Währungen, zwischen denen kein fester Wechselkurs besteht, auf dem Gebiet der Union oder nationalen Regelungen ausgesetzt sehen, die es gestatten (...), das Gesellschaftskapital in Währungen von Drittstaaten auszuweisen.*“<sup>16)</sup> Der Gerichtshof betont damit auf der Linie mit den Urteilen *Krankenheim* und *K*,<sup>17)</sup> dass bestimmte Disparitäten der nationalen Systeme auch durch die Verpflichtungen der Grundfreiheiten nicht beseitigt werden können, selbst wenn sie hemmende Wirkungen auf den Binnenmarkt haben. Eine Beseitigung dieser Hindernisse bedarf einer positiven Harmonisierung (insb durch Sekundärrecht in Form von Richtlinien).

Abschließend wendet sich der EuGH noch der Frage zu, warum er im Urteil *Deutsche Shell* zu Währungsverlusten des Dotationskapitals ausländischer Betriebsstätten zu einem konträren Ergebnis gekommen war. Nach Auffassung des Gerichtshofs beruhen die unterschiedlichen Ergebnisse auf dem „*anderen rechtlichen Zusammenhang*“ der strittigen nationalen Regelungen: In der Rs *Deutsche Shell* sah die strittige deutsche Regelung als „*allgemeine Regel vor, dass Wechselkursgewinne besteuert wurden und spiegelbildlich Wechselkursverluste abzugsfähig waren, es sei denn, dass durch ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung eine andere Regelung getroffen wurde.*“<sup>18)</sup> Der Gerichtshof geht damit offenbar davon aus, dass auf Basis der strittigen deutschen Bestimmungen in der Rs *Deutsche Shell* Währungsverluste im Inlandsfall abzugsfähig waren und *nur* im grenzüberschreitenden Fall aufgrund der Auslegung der einschlägigen DBA-Bestimmungen kein Abzugsrecht zustand (dazu aus-

führlicher Abschnitt C). Schweden habe sich im Unterschied dazu entschieden, für Kapitalumsätze mit Anteilen, „*seine steuerliche Zuständigkeit im Allgemeinen nicht auszuüben*“, weshalb derartige Ergebnisse „*grundsätzlich neutral*“ sind.<sup>19)</sup>

Als Nebensatz betont der Gerichtshof noch, dass die Anordnung einer Abzugspflicht „*im Übrigen*“ zu einem „*asymmetrischen*“ Ergebnis (Berücksichtigung negativer Ergebnisse ohne Besteuerung der positiven Ergebnisse) führen würde. Ein derartiges Ergebnis könne aus der Niederlassungsfreiheit nicht abgeleitet werden.<sup>20)</sup> Diese Zusatzbegründung entspricht der zunehmenden Tendenz des Gerichtshofs, die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten zu respektieren und damit implizit auch die nationalen Steuereinnahmen zu schützen<sup>21)</sup> (Schlagwort „*Wahrung der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten*“,<sup>22)</sup> sowie jüngst auch unter dem Titel der „*Symmetrie*“ und „*Kohärenz*“<sup>23)</sup>).

Auf Basis dieser Erwägungen hält der EuGH schließlich als Leitsatz fest, dass die Niederlassungsfreiheit „*steuerrechtlichen Vorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegensteht, die grundsätzlich Gewinne aus Geschäftszwecken dienenden Anteilen von der Körperschaftsteuer befreien und dementsprechend den Abzug von Verlusten aus solchen Anteilen selbst dann ausschließen, wenn sich diese Verluste aus Wechselkursverlusten ergeben.*“

- 
- 9) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 30, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 10) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 38, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 11) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 32, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 12) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 31, ECLI:EU:C:2015:375; s zum möglichen alternativen Vergleichspaar, dass die inländische Tochtergesellschaft in eine fremde Währung investiert (anstatt der Einlage in fremder Währung), Schlussanträge GA Kokott 22. 1. 2015, C-686/13, Nr 34, ECLI:EU:C:2015:31.
  - 13) Vgl dazu ausführlich Schlussanträge GA Kokott 22. 1. 2015, C-686/13, Nr 38–45, ECLI:EU:C:2015:31.
  - 14) Vgl so noch im Urteil C-293/06, *Deutsche Shell*, Rn 32 ff, ECLI:EU:C:2008:129; krit *de Weerth*, IStR 2008, 227.
  - 15) Zutr krit zur Annahme von diskriminierungsfreien Beschränkungen im Steuerrecht, da wohl jede Form der Steuer beschränkende Wirkung hat, Schlussanträge GA Kokott 22. 1. 2015, C-686/13, Nr 40, ECLI:EU:C:2015:31; zuvor auch bereits Schlussanträge GA Kokott 21. 12. 2011, C-498/10, X, Nr 28, ECLI:EU:C:2011:870; Schlussanträge GA Kokott 5. 9. 2013, C-385/12, *Herwis Sport*, Nr 83 f, ECLI:EU:C:2013:531.
  - 16) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 34, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 17) Urteil in C-157/07, *Krankenheim Rubesitz am Wannsee*, Rn 49 ff, ECLI:EU:C:2008:588; Urteil in C-322/11, *K*, Rn 79 f, ECLI:EU:C:2013:716; zu „Disparitäten“ ausführlicher *Hobenwarter*, Verlustverwertung 290 ff mwN.
  - 18) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 38, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 19) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 39, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 20) Urteil in C-686/13, X AB, Rn 40, ECLI:EU:C:2015:375.
  - 21) Vgl *Englisch*, *Nordea Bank* – ein weiterer Meilenstein der EuGH-Judikatur, IStR 2014, 561 (561 ff).
  - 22) Dieses Argument akzeptiert der EuGH ansonsten auf Rechtfertigungsebene (s zB Urteil in C-337/08, *X-Holding*, Rn 29, ECLI:EU:C:2010:89; Urteil in C-123/11, *A Oy*, Rn 43, ECLI:EU:C:2013:84; Urteil in C-322/11, *K*, Rn 50, ECLI:EU:C:2013:716), nicht wie im vorliegenden Urteil auf Ebene der Vergleichbarkeit (s jedoch ebenso auf Vergleichbarkeitsebene Urteil in C-48/13, *Nordea Bank*, Rn 24, ECLI:EU:C:2014:2087; krit *Englisch*, IStR 2014, 561).
  - 23) Siehe zB Urteil in C-322/11, *K*, Rn 51, 55 und 65 ff, ECLI:EU:C:2013:716.



## C. Würdigung: *Deutsche Shell* vs *X AB* und die Frage des richtigen Vergleichspaares

Während der EuGH in der Rs *Deutsche Shell* von einer Abzugspflicht der Währungsverluste bei Investitionen in ausländische Betriebsstätten ausging, verneint der EuGH in der vorliegenden Rs *X AB* eine Abzugspflicht von Währungsverlusten bei Investitionen in ausländische Tochtergesellschaften. Ob diese unterschiedlichen Ergebnisse tatsächlich – wie der EuGH es darstellen möchte – einwandfrei miteinander in Einklang gebracht werden können, ist zweifelhaft. So ging der EuGH in der Rs *Deutsche Shell* beim fehlenden Abzug von Währungsverlusten bei ausländischen Betriebsstätten von einer Rechtfertigungsbedürftigen „Behinderung“ der Niederlassungsfreiheit aus.<sup>24)</sup> Ein Vergleichspaar und das Bestehen einer „ungünstigeren“ Behandlung für grenzüberschreitende Sachverhalte – wie in der Rs *X AB*<sup>25)</sup> – erläuterte der Gerichtshof nicht. Das Urteil *Deutsche Shell* ist daher auf Basis seines Wortlauts eines der wenigen steuerrechtlichen EuGH-Urteile zu den Grundfreiheiten, die auf einem bloßen „Beschränkungstest“ (anstatt eines „Diskriminierungstests“) basieren.<sup>26)</sup> Hätte der EuGH sich auch im Urteil *X AB* auf einen derartigen Beschränkungstest fokussiert, so wäre das Ergebnis wohl anders ausgefallen.<sup>27)</sup> Die gewählten Begründungswege in den Urteilen *Deutsche Shell* und *X AB* lassen sich daher nur schwer vereinbaren.

Wirft man jedoch einen Blick auf die zugrundeliegenden nationalen Bestimmungen, so kann dieser Widerspruch womöglich aufgelöst werden: Bei genauerer Betrachtung wäre in der Rs *Deutsche Shell* nämlich eine versteckte Diskriminierung (zumindest theoretisch) auffindbar gewesen wäre: So dürfte es nach deutschem Recht für inländische Gesellschaften möglich gewesen sein, inländische Betriebsstätten mit Dotationskapital in fremder Währung auszustatten. Für diese Währungsverluste hätte auf Basis des nationalen Rechts – auch wenn ein derartiger Fall in der Realität wohl nicht oder nur in den seltensten Fällen existiert – offenbar ein Betriebsausgabenabzug zugestanden.<sup>28)</sup> Insofern wäre zumindest argumentierbar, dass in der Rs *Deutsche Shell* durch die Verweigerung des Abzugs bei ausländischen Betriebsstätten eine Diskriminierung vergleichbarer Situationen bestand. Im Schrifttum und vom vorliegenden Gericht wurde zudem iZm der Rs *Deutsche Shell* auch versucht, einen Vergleich mit jenen inländischen Fällen zu ziehen, in denen eine inländische Betriebsstätte Leistungs- und Lieferverträge in einer Fremdwährung abwickelt. Derartige Währungsrisiken wären nach deutschem Recht nämlich berücksichtigungsfähig.<sup>29)</sup> Folgt man einem dieser Ansätze, so kann ein Widerspruch zwischen der Rs *Deutsche Shell* und der vorliegenden Rs *X AB* ausgeräumt werden: Während in der Rs *Deutsche Shell* auf Basis des nationalen Rechts iVm der DBA-Befreiungsmethode eine Diskriminierung des grenzüberschreitenden Sachverhalts vorlag, fehlte es an einer derartigen Diskriminierung in der Rs *X AB*. Diesen Unterschied zwischen den Rs *Deutsche Shell* und *X AB* versucht der EuGH offenbar auch am Ende seines Urteils in der

Rs *X AB* hervorzuheben.<sup>30)</sup> Die Ausführungen sind jedoch undeutlich. Die gewählte Begründung des EuGH in der Rs *Deutsche Shell* lässt sich zudem ebenso nur schwer in diese Auffassung einordnen.

Alternativ könnte man auch versuchen, die Diskriminierungsformel des EuGH in ihrer „umgekehrten“ Version für diese Konstellationen fruchtbar zu machen: So verbieten die Grundfreiheiten grds auch eine Gleichbehandlung ungleicher Situationen.<sup>31)</sup> Währungsverluste treten bei Kapitaleinlagen grds eher oder – abhängig vom nationalen Gesellschaftsrecht – auch nur bei der Investition in gebietsfremde Niederlassungen auf. Insofern könnte eine Gleichbehandlung mit Inlandsfällen in Form einer Nichtabzugsfähigkeit als Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte verstanden werden.<sup>32)</sup> Vor diesem Hintergrund wurde im Schrifttum versucht, das Ergebnis der Rs *Deutsche Shell* in der Art zu interpretieren, dass der EuGH durch Gewährung eines Abzugsrechts für Währungsverluste bei ausländischen Betriebsstätten bestrebt war, eine systemkonforme Ungleichbehandlung ungleicher Situationen zu erreichen. Überträgt man diese Denkweise auf die Rechtslage und den Sachverhalt in der vorliegenden Rs *X AB*, so müsste auch in diesem Fall wohl ein Abzugsrecht gewährt werden, um eine systemkonforme Ungleichbehandlung der ungleichen Situationen zu erreichen.<sup>33)</sup> Diesem Ansatz ist der EuGH – wie das unterschiedliche Ergebnis zeigt – jedoch nicht gefolgt. Die Formel der notwendigen Ungleichbehandlung ungleicher Situationen dürfte daher (zumindest im Steuerrecht) wohl eine „leere Hülle“ bleiben.<sup>34)</sup> Die Zurückhaltung in der Nutzung dieser Formel kann dadurch erklärt werden, dass ihre Anwendung die Entscheidung erfordert, wie denn die „ungleichen“ Situationen nun „ungleich“ behandelt werden sollen, und würde damit den Grundfreiheiten eine Art Sachlichkeitsgebot beimessen. Eine konkrete inhaltliche Rechtsfolge, in welcher Form die

24) Urteil in C-293/06, *Deutsche Shell*, Rn 32 ff, ECLI:EU:C:2008:129.

25) Urteil in C-686/13, *X AB*, Rn 32, ECLI:EU:C:2015:375.

26) Vgl Schlussanträge GA Kokott 22. 1. 2015, C-686/13, Nr 41, ECLI:EU:C:2015:31.

27) Vgl *Cejie* in *Lang et al*, ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2014 (2015) 205 (231).

28) Vgl Schlussanträge GA Sharpston 8. 11. 2007, C-293/06, *Deutsche Shell*, Nr 30.

29) Vgl FG Hamburg 8. 6. 2006, 6 K 274/03; *de Weerth*, IStR 2008, 227; *Hohenwarter*, Verlustverwertung 289 f; krit *Haslehner*, SWI 2008, 165.

30) Urteil in C-686/13, *X AB*, Rn 38 f, ECLI:EU:C:2015:375.

31) Siehe zB Urteil in C-279/93, *Schumacker*, Rn 30, ECLI:EU:C:1995:31: „Weiter ist darauf hinzuweisen, daß nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, daß unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder daß dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.“

32) So *Lang*, Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions, EC Tax Review 2009, 98 (99 f); *Cejie* in *Lang et al*, ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2014 (2015) 231.

33) Vgl *Cejie* in *Lang et al*, ECJ – Recent Developments in Direct Taxation 2014 (2015) 231.

34) Vgl idS *Lang*, EC Tax Review 2009, 99: „often repeated but rarely used phrase“.

Ungleichbehandlung nun zu erfolgen hat, um einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten zu vermeiden, lässt sich aus den Grundfreiheiten jedoch nur schwer ableiten.<sup>35)</sup>

Die Unterschiede in den Rs *Deutsche Shell* und *X AB* lassen sich somit wohl nur dadurch erklären, dass man dem EuGH – trotz fehlender Bezugnahme im Urteil *Deutsche Shell*<sup>36)</sup> – unterstellt, dass er in der Rs *Deutsche Shell* entweder (i) Währungsverluste inländischer Betriebsstätten im Rahmen des deutschen Rechts als abzugsfähig betrachtete und als relevantes Vergleichspaar heranzog oder aber (ii) den Eingang von Geschäftsbeziehungen in einer fremden Währung durch die inländische Betriebsstätte als vergleichbaren Inlandsfall sah<sup>37)</sup> und deswegen ein Rechtfertigungsbedürfnis und schließlich einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit erkannte. In Frage gestellt werden könnte hierbei (insb für das erste Vergleichspaar), ob die Ausstattung einer inländischen Betriebsstätte (oder auch einer inländischen Tochtergesellschaft) mit ausländischer Währung durch das inländische Stammhaus (oder die inländische Muttergesellschaft) tatsächlich das geeignete Vergleichspaar zur Feststellung einer Diskriminierung ist.<sup>38)</sup> Wenn dies gesellschaftsrechtlich überhaupt möglich ist,<sup>39)</sup> so wird eine derartige Situation in der Realität entweder gar nicht oder nur in sehr wenigen Ausnahmefällen eintreten,<sup>40)</sup> was die objektive Vergleichbarkeit der Situationen an sich zweifelhaft erscheinen lässt. Dieses Problem auf Vergleichbarkeitsebene war wohl auch dem EuGH in der Rs *Deutsche Shell* bewusst, da er ein derartiges Vergleichspaar im Urteil nicht ansprach, obwohl es vom vorliegenden Gericht und der Generalanwältin thematisiert worden war. Auch die Rechtfertigung der unterschiedlichen Ergebnisse der Urteile *Deutsche Shell* und *X AB* in der Rs *X AB* passt in dieses Bild, da der EuGH auch hier eine Erläuterung des konkreten Vergleichspaares in der Rs *Deutsche Shell* vermeidet.<sup>41)</sup>

Wenngleich die Begründungswege in den Urteilen *Deutsche Shell* und *X AB* somit unterschiedlich sind, so lassen sich die Ergebnisse des EuGH unter der Berücksichtigung der jeweils strittigen Rechtslage in Einklang bringen. Ein schaler Beigeschmack bleibt aufgrund der erheblich unterschiedlichen Argumentationslinien in beiden Urteilen jedoch bestehen.

## D. Bedeutung für Österreich

Für Österreich lassen sich aus dem Urteil – aufgrund unterschiedlicher Rechtslage – keine unmittelbaren Auswirkungen ableiten. In Österreich dürften Währungsverluste ausländischer Beteiligungen (wenn über 10% und länger als ein Jahr gehalten) unter die Steuerneutralität des § 10 Abs 3 KStG fallen.<sup>42)</sup> Währungsverluste ausländischer Beteiligungen können daher nur dann (verteilt über sieben Jahre) steuermindernd geltend gemacht werden, wenn bei Anschaffung der Beteiligung zur Steuerwirksamkeit der internationalen Schachtelbeteiligung optiert wurde. Im Inland werden Währungsverluste mangels unterschiedlicher Währungen bei Mutter- und Tochtergesellschaft im Regelfall wohl nicht auftreten (denkbar

wäre dies allenfalls beim Zuzug einer ausländischen Tochtergesellschaft). Sollte eine inländische Tochtergesellschaft tatsächlich mit Kapital in fremder Währung ausgestattet sein,<sup>43)</sup> dann sollten derartige Währungsverluste jedoch abzugsfähig sein (selbiges gilt für ausländische Portfoliobeteiligungen unter 10% oder kürzer als ein Jahr gehaltene Beteiligungen). Das Abzugsverbot des § 12 Abs 2 Teilstrich 1 KStG erscheint mangels unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang zu den steuerfreien Dividenden nicht anwendbar.<sup>44)</sup>

Die österr Rechtslage unterscheidet sich daher elementar von der schwedischen Rechtslage: Währungsverluste bei ausländischen Beteiligungen, die die Voraussetzung des § 10 Abs 2 KStG erfüllen, werden nur dann gleich wie Währungsverluste bei inländischen Beteiligungen behandelt (nämlich als abzugsfähig), wenn der Anteilseigner nach § 10 Abs 3 KStG zur Steuerpflicht optiert hat (anders bei Portfoliobeteiligungen, bei denen ein Abzug im In- und Auslandsfall möglich sein dürfte und daher keine Ungleichbehandlung eintritt). Dies führt zu der allgemeinen Frage zurück, ob die Option aus einer diskriminierenden Regelung hin zu einer nichtdiskriminierenden Regelung geeignet ist, die Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmung auszuräumen.<sup>45)</sup>

35) Dies offenbar nicht als Problem sehend *Lang*, EC Tax Review 2009, 99f.

36) Krit zur mangelnden Prüfung der strittigen deutschen Rechtslage auch *Lang*, EC Tax Review 2009, 99.

37) So FG Hamburg 8. 6. 2006, 6 K 274/03.

38) Krit *Haslemer*, SWI 2008, 165.

39) In Österreich muss das Stamm- und Grundkapital einer Kapitalgesellschaft zB auf Euro lauten (s § 6 GmbHG und § 6 AktG); anders offenbar im Vereinigten Königreich sowie in Schweden (s Urteil in C-686/13, *X AB*, Rn 7 und 31, ECLI:EU:C:2015:375).

40) Vgl idS auch Schlussanträge GA *Kokott* 22. 1. 2015, C-686/13, Nr 34; *Hohenwarter*, Verlustverwertung 289. Denkbar wäre eine derartige Situation bspw jedoch zB beim Zuzug einer nach ausländischem Recht gegründeten Tochtergesellschaft.

41) Die Rechtfertigung der Unterschiede der beiden Urteile sind sehr allgemein gehalten und beschränken sich auf eine Bezugnahme auf die nationalen Bestimmungen, sodass das konkrete Vergleichspaar nicht ersichtlich wird: Urteil in C-686/13, *X AB*, Rn 38, ECLI:EU:C:2015:375: „Die in der Rechtssache, in der das Urteil *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) ergangen ist, in Rede stehende nationale Regelung sah nämlich, worauf das vorliegende Gericht hingewiesen hat, als allgemeine Regel vor, dass Wechselkursgewinne besteuert wurden und spiegelbildlich Wechselkursverluste abzugsfähig waren, es sei denn, dass durch ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung eine andere Regelung getroffen wurde.“

42) Vgl *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG (2009) § 10 Tz 129; dem folgend offenbar *Kirchmayr/Kofler* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG (2011) § 10 Tz 234.

43) Für das Stamm- oder Grundkapital einer österr Kapitalgesellschaft ist dies nicht möglich (s § 6 GmbHG und § 6 AktG); für Nachschüsse gibt es aber keine vergleichbaren gesetzlichen Vorgaben (s § 72 GmbHG); zudem wäre dies auch beim Zuzug einer ausländischen Gesellschaftsform denkbar.

44) Vgl idS zu Kursverlusten bei Fremdkapital zur Anschaffung einer Beteiligung VwGH 28. 10. 2009, 2008/15/0051, dazu *Laudacher*, Kursverluste bei Fremdwährungskrediten, SWK 2009, S 988 (988 ff).

45) Krit auf Basis des EuGH-Urteils *Gielen Massoner*, Das Optionsmodell des § 10 Abs 3 KStG am Prüfstand des Unionsrechts, SWI 2010, 532 (532 ff); *Marchgraber/Pinetz*, Firmenwertabschreibung

## E. Fazit

Im Urteil *X AB* hat der EuGH festgestellt, dass Währungsverluste iZm Kapitalinvestitionen in ausländische Tochtergesellschaften – entgegen der früheren Ausführungen zu ausländischen Betriebsstätten im Urteil *Deutsche Shell* – nicht zum Abzug zugelassen werden müssen. Das Ergebnis des Urteils *X AB* in Form der mangelnden Abzugspflicht von Währungsverlusten bei ausländischen Beteiligungen und Tochtergesellschaften ist jedoch – wie der EuGH durch mehrmalige Bezugnahme auf das nationale Recht deutlich macht – nicht allgemein gültig, sondern muss für jeden Mitgliedstaat gesondert beurteilt werden. Selbiges sollte im Lichte der nunmehrigen Ausführungen zudem – entgegen der pauschalen Aussagen im Urteil *Deutsche Shell* – auch für Währungsverluste bei ausländischen Betriebsstätten gelten: Die Abzugspflicht für Währungsverluste iZm Dotationskapital ausländischer Betriebsstätten gilt damit nicht für alle Mitgliedstaaten, sondern muss ebenso für jede Rechtslage gesondert geprüft werden.<sup>46)</sup> Die unterschiedlichen Ergebnisse der Urteile *Deutsche Shell* und *X AB* lassen sich bei Berücksichtigung der jeweils strittigen nationalen Rechtslagen in Einklang bringen. Die unterschiedlichen Begründungswege der Urteile lassen jedoch einen schalen Beigeschmack zurück und erschweren auch die Verständlichkeit sowie Vorhersehbarkeit zukünftiger Urteile.

Im Rahmen der österr Rechtslage zu Tochtergesellschaften dürfte die unionsrechtliche Beurteilung maßgeblich davon abhängen, ob man das Optionssystem nach § 10 Abs 3 KStG als unionsrechtsrechtskonform ansieht. Für den Fall der Tochtergesellschaft ist in Österreich zusätzlich zu berücksichtigen, dass – im Unterschied zur britischen und offenbar auch schwedischen Rechtslage – aufgrund der gesetzlichen Vorgaben die Ausstattung einer inländischen Tochtergesellschaft mit Fremdwährung als Stamm- oder Grundkapital ausgeschlossen ist.<sup>47)</sup> Einen objektiv vergleichbaren Inlandsfall für die Diskriminierungsprüfung zu finden, ist daher für die österr Rechtslage besonders schwierig.

---

auf beschränkt steuerpflichtige Beteiligungskörperschaften, RdW 2013, 701 (704 f). Diese Fragestellung könnte vom EuGH womöglich im Rahmen des anhängigen Verfahrens zur Firmenwertabschreibung des § 9 KStG angesprochen werden (C-66/14, *Finanzamt Linz*).

- 46) In Österreich stellen sich bei Betriebsstätten hier unionsrechtliche Zweifel, da Währungsverluste auf Basis des sog Verlustdeckels in § 2 Abs 8 Z 3 EStG im Gegensatz zum reinen Inlandsfall nicht abzugsfähig sein dürften (vgl dazu *Novacek*, Probleme durch den neuen Auslandsverlustdeckel: periodenübergreifende Doppelbesteuerungen und Währungsverluste, ÖStZ 2012, 399 [400]).
- 47) Denkbar wären Währungsverluste jedoch womöglich bei zugezogenen ausländischen Tochtergesellschaften.