

Daniela Hohenwarter-Mayr\*)

## Die Rs. X Holding – ein weiterer Teil im Puzzle der grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung

THE X HOLDING CASE – ANOTHER PIECE IN THE CROSS-BORDER GROUP TAXATION PUZZLE

On 25 February 2010 the ECJ delivered its judgment in the *X Holding* case concerning the Dutch fiscal unity. Following the opinion of Advocate General *Kokott*, the Court held that the contested exclusion of non-resident subsidiaries from group taxation is in conformity with the freedom of establishment. Daniela *Hohenwarter-Mayr* takes a critical look at the ECJ's reasoning and analyzes the decision's impact on the Austrian group taxation regime.

### I. Gruppenbesteuerung im Spannungsfeld zwischen Binnenmarktziel und Steuersouveränität

Das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union ist durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gekennzeichnet. Demnach dürfen die Organe der Union nur insoweit tätig werden, als ihnen die Mitgliedstaaten dazu Kompetenzen in den Gründungsverträgen zugewiesen haben.<sup>1)</sup> Für den Bereich der Verwirklichung der Grundfreiheiten des Binnenmarktes ist diese Kompetenz unbestritten.<sup>2)</sup> Ebenso unbestritten erscheint auch die Notwendigkeit einer Rechtsangleichung im Bereich der Konzernbesteuerung.<sup>3)</sup> Dennoch fehlt eine solche bislang. Aus diesem Grund wird der EuGH auch zukünftig im Rahmen der Auslegung der Grundfreiheiten des AEUV die eigentlich der Kommission zugeordnete Rolle als „Motor der Harmonisierung“ wahrnehmen und dabei unweigerlich an die Grenzen der Leistungsfähigkeit der Grundfreiheiten stoßen müssen. Denn als „bloße“ Diskriminierungsverbote<sup>4)</sup> bieten die Grundfreiheiten schlichtweg kein geeignetes rechtliches Instrumentarium, um sämtliche Effizienzvorteile zu gewährleisten, die mit der Idee des Binnenmarktes verbunden sind.<sup>5)</sup> Gleichzeitig hat der EuGH aber auch die aus der weiterhin bestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten fließenden Interessen zu wahren. Hier die Balance zu finden ist schwierig und gelingt nicht immer. Wie der EuGH dabei den Spagat zwischen Binnenmarktziel und Autonomie der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Konzernsteuerrechts und insbesondere im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verlustverwertung zu bewältigen versucht, lässt sich wie folgt zusammenfassen:

### II. Status quo der EuGH-Rechtsprechung<sup>6)</sup>

Ist der tatbestandliche Anwendungsbereich von Art. 49 i. V. m. Art. 54 AEUV<sup>7)</sup> erfüllt, verbietet es die Niederlassungsfreiheit, grenzüberschreitende Sachverhalte gegenüber vergleichbaren Inlandssachverhalten ohne sachliche Rechtfertigung zu benachteiligen. Dies gilt auch für Gruppenbesteuerungssysteme, wobei der EuGH hier den Mitgliedstaaten ei-

\*) Dr. Daniela *Hohenwarter-Mayr*, LL.M. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

<sup>1)</sup> Art. 7 Abs. 1 AEUV.

<sup>2)</sup> Vgl. *Zorn*, Rechtsangleichungskompetenzen des Rates der Europäischen Gemeinschaften für die Besteuerung von Unternehmen, in *Pelka* (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, DStJG 23 (2000) 227 (235 ff., m. w. N.).

<sup>3)</sup> Vgl. *Aujean*, The CCCTB Project and the Future of European Taxation, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer* (Hrsg.), Common Consolidated Corporate Tax Base (2008) 13 (15 ff.).

<sup>4)</sup> Zur dogmatischen Begründung siehe *Hohenwarter*, Verlustverwertung im Konzern (2009) 51 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. *Schön*, Der „Wettbewerb“ der europäischen Steuerordnungen als Rechtsproblem, in *Pelka*, Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen, 191 (197).

<sup>6)</sup> Ausführlich dazu *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 255 ff., m. w. N.

<sup>7)</sup> Vormals Art. 43 i. V. m. 48 EG.

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

nen größeren Spielraum zur Rechtfertigung etwaiger Ungleichbehandlungen zugesteht, als dies in anderen Rechtsbereichen der Fall ist. Zudem differenziert der EuGH bis dato nicht zwischen dem rechtsträgerübergreifenden Ergebnisausgleich im Rahmen von Gruppenbesteuerungsvorschriften und dem rechtsträgerinternen Ergebnisausgleich von Stammhaus und Betriebsstätte. Lässt ein Mitgliedstaat, der Symmetriethese folgend, sowohl Gewinne als auch Verluste ausländischer Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten bei der Besteuerung der Muttergesellschaft oder des Stammhauses unberücksichtigt, ist eine grenzüberschreitende Verlustverwertung insgesamt – im Sinne einer Ultima Ratio – nur dann erforderlich, wenn die Verluste im Ausland endgültig keiner Verwertung mehr zugänglich sind und das nationale Recht für rein innerstaatliche Fälle eine vergleichbare Berücksichtigung vorsieht.<sup>8)</sup> Auf diese Weise soll den Zielen der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten und/oder der Vermeidung von Doppelverlustverwertungen sowie der Verhinderung von Steuerflucht nachgekommen werden. Damit verbundene Zins- und Liquiditätsnachteile sind unbeachtlich.<sup>9)</sup> Folgt ein Mitgliedstaat hingegen einem asymmetrischen System, in dem ungeachtet der Nichterfassung von Gewinnen die Verluste ausländischer Betriebsstätten oder Tochtergesellschaften zum Ausgleich zugelassen werden, ist eine spiegelbildlich zum reinen Inlandsfall vorgenommene Nachversteuerung dieser Verluste auch dann zulässig, wenn die Verluste dabei in einer staatenübergreifenden Gesamtbetrachtung am Ende völlig unberücksichtigt bleiben. Dies deshalb, weil die Endgültigkeit solcher Verluste (allein) der (restriktiveren) Rechtsordnung des Quellenstaats zugerechnet werden kann.<sup>10)</sup>

Mangels einschlägiger Judikatur offen ist derzeit allerdings die Frage, wie Verluste innerhalb von symmetrischen Systemen zu behandeln sind, deren Endgültigkeit sich im Quellenstaat nicht aus ihrer Natur ergibt (Endgültigkeit im engeren Sinn, also primär im Fall der Liquidation),<sup>11)</sup> sondern die dort aufgrund der konkreten (rechtlichen) Umstände nicht berücksichtigt werden können (Endgültigkeit im weiteren Sinn, etwa aufgrund eines zeitlich beschränkten Verlustvortrags). Führt man jedoch die bisherige „Verlust-Rechtsprechung“ des EuGH konsequent zusammen, verdichtet sich m. E. folgendes Ergebnis: Die Rs. *Marks & Spencer* bezeichnet in erster Linie den Zeitpunkt, in dem der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft oder des Stammhauses endgültige Verluste im weiteren Sinn zu berücksichtigen hat, was den Ansässigkeitsstaat im Lichte der Rs. *Krankenheim Wannsee* dann aber nicht daran hindert, bei späteren Gewinnen aus dieser Einkunftsquelle oder bei späteren Gewinnen des betreffenden Steuerpflichtigen eine Nachversteuerung in diesem Ausmaß vorzunehmen, um so einer Asymmetrie in der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten entgegenzuwirken. Eines steht damit aber dem Grunde nach fest: Der EuGH fordert beim gegenwärtigen Stand seiner Rechtsprechung keine laufende Gruppenbesteuerung über die Grenze. Trotzdem sind nach über fünf Jahren Rechtsprechung in den Spuren von *Marks & Spencer* bloß die Konturen eines Anforderungsprofils für die grundfreiheitskonforme Ausgestaltung nationaler Gruppenbesteuerungssysteme vorgezeichnet. Viele Einzelfragen sind nach wie vor offen oder

<sup>8)</sup> Zu den Schwierigkeiten rund um die Feststellung dieser „Endgültigkeit“ siehe *Mkrtyan*, In Search of Ariadne's Thread: Permanent Establishments and Losses in the European Union, ET 2009, 586 (586 ff.); *Knipping*, Zur Frage des Definitivcharakters ausländischer Betriebsstättenverluste im Sinne des EuGH-Urteils in der Rechtssache Lidl Belgium bei fehlender Möglichkeit eines interperiodischen Verlustausgleichs im Betriebsstättenstaat, IStR 2009, 275 (275 ff.); weiters *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 517 ff.

<sup>9)</sup> Insbesondere EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, I-10837, und 15. 5. 2008, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Slg. 2008, I-3601.

<sup>10)</sup> EuGH 23. 10. 2008, Rs. C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee – Seniorenheimstatt*, Slg. 2008, I-8061; vgl. *Haslehner*, Das EuGH-Urteil *Wannsee* im Vergleich zu *AMID*, *Shell* und *Lidl Belgium* – Betriebsstättenverluste und kein Ende, SWI 2008, 561 (564 ff.); *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 312 ff.

<sup>11)</sup> Zur Einstufung von Währungsverlusten als endgültige Verluste kraft ihrer Natur siehe EuGH 28. 2. 2008, Rs. C-293/06, *Deutsche Shell*, Slg. 2008, I-1129.

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

umstritten. Dies betrifft u. a. die Frage nach dem Gebot einer rechtsformneutralen Verlustverwertung oder die Behandlung von Gruppenbesteuerungssystemen, die über eine bloße Ergebnisverrechnung hinausgehend die Vollkonsolidierung bewirken; beide sind Gegenstand der Rs. *X Holding*.<sup>12)</sup>

### III. Sachverhalt und Ausgangslage der Rs. *X Holding*

Stein des Anstoßes der Rs. *X Holding* war die niederländische Gruppenbesteuerung (*fiscale eenheid*). Auf Antrag können danach finanziell verbundene Gesellschaften eine steuerliche Einheit mit der Folge bilden, dass bei ihnen die Steuer so erhoben wird, als handelte es sich um einen einzigen Steuerpflichtigen.<sup>13)</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, werden die Tätigkeiten und das Vermögen der einzubeziehenden Tochtergesellschaften als Teil der Tätigkeiten und des Vermögens der Muttergesellschaft fingiert, wobei die Option zur Gruppenbesteuerung jedes Jahr neu ausgeübt werden kann. Gemäß Art. 15 Abs. 1 des niederländischen Körperschaftsteuergesetzes sind grundsätzlich nur in den Niederlanden ansässige Steuerpflichtige zur Bildung einer steuerlichen Einheit berechtigt.<sup>14)</sup> Wesentliche Rechtsfolgen und Vorteile der niederländischen Gruppenbesteuerung sind die phasengleiche Verrechnung von Gewinnen und Verlusten der einzelnen Gruppengesellschaften sowie die Steuerneutralität von gruppeninternen Vermögensübertragungen und innerhalb der Einheit erbrachten Dienstleistungen.<sup>15)</sup>

Die Brisanz der Rs. *X Holding* ergibt sich jedoch erst durch folgenden Umstand: In Bezug auf die steuerliche Behandlung von Einkünften ausländischer Betriebsstätten sieht das niederländische Recht die sog. modifizierte Freistellungsmethode vor. Danach werden ausländische Betriebsstätteneinkünfte zwar in der Bemessungsgrundlage des Stammhauses berücksichtigt, die Steuerfreistellung erfolgt anschließend jedoch dadurch, dass ein der anteiligen *inländischen* Körperschaftsteuer auf diese Einkünfte entsprechender Betrag von der inländischen Steuerschuld abgezogen wird. Auf diese Weise werden ausländische Betriebsstättenverluste automatisch unter dem Vorbehalt einer späteren Nachversteuerung im Inland berücksichtigt. Denn spätere Gewinne der ausländischen Betriebsstätte werden erst dann freigestellt, wenn sie die zuvor abgezogenen Verluste übersteigen. Die Frage nach dem unionsrechtlichen Gebot einer rechtsformneutralen Verlustverwertung als Folge horizontaler Vergleichspaarbildung liegt damit geradezu auf der Hand.

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt ist denkbar einfach. *X Holding* mit Sitz in den Niederlanden hält sämtliche Anteile an der Gesellschaft *F*, die nach belgischem Recht gegründet wurde, in Belgien ansässig ist und in den Niederlanden mangels fester Niederlassung nicht der Körperschaftsteuer unterliegt.<sup>16)</sup> Beide Gesellschaften beantragten die Anerkennung als steuerliche Einheit, was ihnen jedoch unter Verweis auf die fehlende Ansässigkeit von *F* in den Niederlanden versagt wurde. Nachdem das erstinstanzliche Gericht die Rechtmäßigkeit des ablehnenden Steuerbescheids bestätigt hatte, erhob

<sup>12)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 5.

<sup>13)</sup> Nach Art. 15 Abs. 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 i. d. F. 2003 (KStG) muss die Muttergesellschaft über das rechtliche und das wirtschaftliche Eigentum an mindestens 95 % der Anteile am eingezahlten Nennkapital der Tochtergesellschaft verfügen. Allerdings können mehrere Tochtergesellschaften Teil einer steuerlichen Einheit sein.

<sup>14)</sup> Eine Ausnahme hiervon besteht lediglich für EU-Gesellschaften, wenn und soweit sie über eine inländische Betriebsstätte verfügen, deren Einkünfte auch nach Anwendung eines DBA der Besteuerung in den Niederlanden unterliegen. Zu den zwei weiteren Ausnahmen siehe EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 5.

<sup>15)</sup> Außerhalb dieses Regimes ist ein rechtsträgerübergreifender Ergebnisausgleich zwischen Konzerngesellschaften ausgeschlossen. Allerdings erlaubt Art. 13d nKStG unter bestimmten Voraussetzungen, einen bei der Auflösung von Tochtergesellschaften realisierten Beteiligungsverlust zu verwerten. Schlussanträge von GA Kokott vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 9.

<sup>16)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 6.

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

*X Holding* Kassationsbeschwerde beim Obersten Gerichtshof der Niederlande. Dieser hat das Verfahren ausgesetzt und den EuGH angerufen.<sup>17)</sup>

### IV. Entscheidung des EuGH

#### 1. Vorliegen einer Diskriminierung

Bereits an dieser Stelle sei der Tenor des Urteils vorweggenommen: Der EuGH erkennt zwar in der soeben geschilderten Ungleichbehandlung eine an sich verbotene Diskriminierung, erachtet diese aber als gerechtfertigt und verhältnismäßig. Um diese Diskriminierung festzustellen, zieht der EuGH – ungeachtet des Aspekts der horizontalen Differenzierung zwischen ausländischen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften – ausschließlich ein vertikales Vergleichspaar heran. Er setzt also die Situation einer gebietsansässigen Muttergesellschaft mit einer gebietsfremden Tochtergesellschaft in Relation zur Situation einer gebietsansässigen Muttergesellschaft mit einer ebenfalls gebietsansässigen Tochtergesellschaft.<sup>18)</sup> Im Hinblick auf das mit der streitgegenständlichen Regelung verfolgte Ziel erachtet der EuGH diese Situationen als objektiv miteinander vergleichbar.<sup>19)</sup> Damit bekräftigt er einmal mehr den in der Rs. *Oy AA* eingeschlagenen Weg, wonach „die Vergleichbarkeit eines Sachverhalts mit Gemeinschaftsbezug mit einem innerstaatlichen Sachverhalt unter Berücksichtigung des mit den fraglichen nationalen Bestimmungen verfolgten Ziels zu prüfen ist“.<sup>20)</sup> Im vorliegenden Fall ist dies eindeutig zu bejahen, weil sowohl die eine als auch die andere Muttergesellschaft das gleiche Interesse daran haben, die Vorteile der Gruppenbesteuerung in Anspruch zu nehmen.<sup>21)</sup> Zu prüfen sei daher lediglich, ob eine Ungleichbehandlung wie diejenige des Ausgangsverfahrens gerechtfertigt ist.

#### 2. Rechtfertigung durch die Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis

Dies bejaht der EuGH unter Verweis auf den mittlerweile fest etablierten Rechtfertigungsgrund der Notwendigkeit, die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren.<sup>22)</sup> „Dürften die Gesellschaften nämlich selbst entscheiden, ob ihre Verluste im Mitgliedstaat ihrer Niederlassung oder in einem anderen Mitgliedstaat berücksichtigt werden, wäre die ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten erheblich gefährdet, da die Steuerbemessungsgrundlage im ersten Staat um die übertragenen Verluste erweitert und im zweiten Staat entsprechend verringert würde.“<sup>23)</sup> Dies gelte auch für eine Konsolidierungsregelung, wie sie in der Rs. *X Holding* in Rede stehe.<sup>24)</sup>

Was der EuGH mit dieser an sich unzutreffenden Aussage der „kommunizierenden Gefäße“, in denen die Verlustverwertung im Mitgliedstaat der Muttergesellschaft gleichzeitig zu einem Verlust der Verwertungsmöglichkeit im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft führt, tatsächlich meint, hat er bereits in der Rs. *Oy AA* dargelegt. Es geht dem EuGH darum, Verhaltensweisen zu verhindern, die geeignet sind, das Recht eines Mitgliedstaats auf Ausübung seiner Besteuerungsbefugnis für die in seinem Hoheitsgebiet

<sup>17)</sup> Zur Vorlagefrage siehe EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 9.

<sup>18)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 19 ff.; ebenso *Bayer*, *X Holding*: Single Tax Entity Only Within One Member State in Conformity with Freedom of Establishment, SWI 2010, in Vorbereitung.

<sup>19)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 24.

<sup>20)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 22, unter Verweis auf EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rn. 38; ebenso EuGH 27. 11. 2008, Rs. C-418/07, *Société Papillon*, Slg. I-8947, Rn. 28.

<sup>21)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 24.

<sup>22)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 33.

<sup>23)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 29, unter Verweis auf die Rs. *Marks & Spencer*, *Oy AA* und *Lidl Belgium*.

<sup>24)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 30.

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

durchgeführten Tätigkeiten auszuhöhlen. Müsste der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft „ausländische“ Verluste bei der Ermittlung der inländischen Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft berücksichtigen, ohne dabei auf die nachfolgenden Gewinne der ausländischen Einkunftsquelle zugreifen zu können, würde seine Befugnis zur Besteuerung jener Einkünfte gefährdet, die durch Tätigkeiten in seinem Hoheitsgebiet erwirtschaftet wurden.<sup>25)</sup>

Durch den Bezug der Verluste zu mindestens zwei Staaten besteht in grenzüberschreitenden Sachverhalten auch immer eine gewisse Wahlmöglichkeit im Hinblick auf den Ort der Verlustverwertung. Ob und inwieweit hier allerdings der Umstand entscheidungserheblich war, dass das niederländische Steuersystem eine jährliche Neuausübung der Option zur Gruppenbesteuerung ermöglicht, ist fraglich. Denn auch eine Mindestdauer von z. B. drei Jahren kann zu einer Wahl des Ortes der Verlustverwertung führen. Je kürzer die Bindungswirkung, desto höher ist freilich das Risiko, durch eine (gezielte) Zurechnung von Verlusten die Ausgewogenheit der Besteuerungsbefugnis zu untergraben. In seiner Urteilsbegründung hebt der EuGH die Flexibilität des niederländischen Regimes jedenfalls ausdrücklich hervor.<sup>26)</sup>

### 3. Verhältnismäßigkeit der Regelung im Lichte der Forderung nach Rechtsformneutralität

In weiterer Folge bestätigt der EuGH auch die Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Regelung, was vor allem im Lichte der Rs. *Lidl Belgium* zu erwarten war. Auch dort wurde explizit auf die Möglichkeit eines Nachversteuerungssystems als gelinderes Mittel zur Erreichung der angestrebten Ziele hingewiesen. Im Unterschied zu Generalanwältin *Sharpston* hielt es der EuGH aber nicht für erforderlich, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit eine vorläufige Verlustübertragung mit anschließender Nachversteuerung zu verlangen.<sup>27)</sup> Damit hat der EuGH den in der Rs. *Marks & Spencer* aufgestellten Harmonisierungsvorbehalt abgesichert, wonach andere, weniger belastende Maßnahmen als der Abzug von Finalverlusten einer „vom Gemeinschaftsgesetzgeber zu erlassenden Harmonisierungsregelung“ bedürften.<sup>28)</sup> Wenngleich diese Argumentation alles andere als überzeugend ist, wurde sie in der Rs. *Lidl Belgium* insofern verstärkt, als sogar die jahrzehntelange Verwendung eines Nachversteuerungssystems durch den betreffenden Mitgliedstaat der grundsätzlichen Verhältnismäßigkeit einer später eingeführten Versagung der grenzüberschreitenden Berücksichtigung von abkommensrechtlich „befreiten“ Verlusten keinen Abbruch tut.<sup>29)</sup> Bemerkenswert ist jedoch die Argumentation, mit welcher der EuGH hier auf die von der Kommission und *X Holding* ins Spiel gebrachte Rechtsformneutralität der Verlustverwertung reagiert. So führe die Bildung einer Unternehmensgruppe im Inland ergebnisbezogen zur steuerlichen Gleichstellung von inländischen Tochtergesellschaften und Betriebsstätten, weshalb im grenzüberschreitenden Fall das für ausländische Betriebsstätten geltende Nachversteuerungssystem auf ausländische Tochtergesellschaften auszudehnen sei, um so dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen.<sup>30)</sup> Diese Vorgehens-

<sup>25)</sup> Vgl. EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Rn. 54; ebenso EuGH 21. 1. 2010, Rs. C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 60, mit weiteren Judikaturnachweisen.

<sup>26)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 31.

<sup>27)</sup> Schlussanträge von GA *Sharpston* vom 14. 2. 2008, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Rn. 23 ff.; EuGH 15. 5. 2008, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Rn. 46 ff., unter explizitem Verweis auf die Rs. *Marks & Spencer* und die darin vorgebrachte Nachversteuerungsmöglichkeit als gelinderes Mittel.

<sup>28)</sup> EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, I-10837, Rn. 58; in diesem Sinne auch Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 49.

<sup>29)</sup> Ähnlich wie GA *Sharpston* hätte man hier ebenso argumentieren können, dass sich Deutschland durch sein eigenes Verhalten – nämlich eine jahrzehntelange Verlustverwertung mit anschließender Nachversteuerung – der Verhältnismäßigkeit seiner geltenden Rechtslage begeben hat.

<sup>30)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 35.

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

weise von *X Holding* und der Kommission ist verständlich, hat doch der EuGH bereits in den Rs. *Columbus Container Services* und *KBC Bank* die Bildung von rechtsformübergreifenden horizontalen Vergleichspaaren im Rahmen der Diskriminierungsprüfung im engeren Sinn abgelehnt.<sup>31)</sup> Auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde der Aspekt der Rechtsformneutralität hingegen noch nicht geprüft. Genau an dieser Stelle bricht nun aber die bis dahin schlüssige und zumindest im Lichte der bisherigen Rechtsprechung folgerichtige Argumentation des EuGH.

Obwohl der EuGH die eingemahnte Rechtsformneutralität mit aller Deutlichkeit zurückweist,<sup>32)</sup> fehlt es der Begründung dafür insgesamt an Überzeugungskraft. Unter Verweis auf die Rs. *Columbus Container Services* bestätigt der EuGH zwar in einem ersten Schritt die vertikale Ausrichtung der Niederlassungsfreiheit in Outbound-Fällen,<sup>33)</sup> wechselt aber unmittelbar danach die Perspektive und beruft sich auf den im Hinblick auf die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis bestehenden Unterschied zwischen ausländischen Betriebsstätten und gebietsfremden Tochtergesellschaften. Diesen Unterschied führt er dabei in erster Linie darauf zurück, dass ausländische Tochtergesellschaften als selbständige juristische Personen im Ansässigkeitsstaat ihrer Muttergesellschaft nicht steuerpflichtig sind, während ausländische Betriebsstätten prinzipiell und in „beschränktem Umfang“ weiterhin der Steuerhoheit des Herkunftsmitgliedstaats (= Stammhausstaat) unterliegen.<sup>34)</sup> Mangels Vergleichbarkeit der Situationen bestehe somit keine Verpflichtung zur Gleichstellung,<sup>35)</sup> weshalb eine Regelung wie die des Ausgangsverfahrens auch verhältnismäßig sei.<sup>36)</sup>

### V. Kritische Würdigung

#### 1. Diskriminierungsprüfung des EuGH

Uneingeschränkte Zustimmung verdient der EuGH jedenfalls für seine Aussagen zur vertikalen Vergleichbarkeit der Situationen. Dass der Gerichtshof seine Rechtfertigungsprüfung danach einzig und allein auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Ausgewogenheit der Besteuerungsbefugnis aufbaut, stellt nur auf den ersten Blick eine Verschärfung im Verhältnis zu seiner früheren „Verlust-Judikatur“ dar.<sup>37)</sup> Denn auch dort war das Kernelement der Rechtfertigungsprüfung die Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis.<sup>38)</sup> Zum einen reduziert der EuGH den Rechtfertigungsgrund der Vermeidung von Steuerumgehungen, sobald er ihn in Kombination mit anderen Rechtfertigungsgründen prüft, auf ein reines Lippenbekenntnis.<sup>39)</sup> Zum anderen kommt der Aspekt der Steuerfluchtgefahr m. E. ohnehin auch in den Ausführungen zur freien Wahl des Ortes und des Steuersystems der Verlustberücksichtigung zum Ausdruck.<sup>40)</sup> Was wiederum den Rechtfertigungsgrund der Vermeidung von Doppelverlustverwertungen anbelangt, so gilt es zu

<sup>31)</sup> EuGH 6. 12. 2007, Rs. C-298/05, *Columbus Container Services*, Slg. 2007, I-10451, Rn. 51 und 53, sowie 4. 6. 2009, verb. Rs C-439/07 und C-499/07, *KBC Bank und Beleggen, Risicokapitaal Beheer*, noch nicht in der Slg. veröffentlicht, Rn. 80; weiters Schlussanträge von GA Kokott vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 60.

<sup>32)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 36.

<sup>33)</sup> Dementsprechend stehe es dem Herkunftsmitgliedstaat nach wie vor frei, Bedingungen und Höhe der Besteuerung der verschiedenen Niederlassungsformen von im Ausland tätigen inländischen Gesellschaften festzulegen, solange er ihnen dabei eine Behandlung gewährt, die gegenüber vergleichbaren inländischen Niederlassungen nicht diskriminierend ist. EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 40, unter Verweis auf die Rs. *Columbus Container Services*.

<sup>34)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 38.

<sup>35)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 40.

<sup>36)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 42.

<sup>37)</sup> Allen voran die Rs. *Marks & Spencer, Oy AA* und *Lidl Belgium*.

<sup>38)</sup> In diesem Sinne auch *Helminen*, Freedom of Establishment and Oy AA, ET 2007, 490 (496).

<sup>39)</sup> Ganz im Gegensatz zu seiner sonstigen Missbrauchsjudikatur, vgl. dazu etwa *Heidenbauer*, Die Grenzen steuerlicher Gestaltung in der Rechtsprechung des EuGH zum Primärrecht, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit im Internationalen Steuerrecht (2009) 49 (58 ff.).

<sup>40)</sup> EuGH 25. 2. 2010, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 31.

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

beachten, dass dieser in den Rs. *Marks & Spencer* und *Lidl Belgium* genau genommen ebenfalls nur eine (weitere) Facette des Rechtfertigungsgrunds der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis darstellt.<sup>41)</sup> Die Gefahr der Doppelverlustverwertung ist hier vielmehr reflexartig mit dem der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zugrunde liegenden Symmetrieprinzip verbunden. Sie korreliert quasi mit einer von diesem Prinzip abweichenden Berücksichtigung der ausländischen Verluste im Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen, was wiederum aufgrund der fehlenden Besteuerungsbefugnis über spätere Gewinne der Verlustquelle die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis beeinträchtigt.

Auffällig an der Rs. *X Holding* ist, dass der EuGH den Schwerpunkt seiner Prüfung auf den Vorteil der Verlustverrechnung legt und die anderen Vorteile der niederländischen Gruppenbesteuerung anscheinend unberücksichtigt lässt.<sup>42)</sup> Insgesamt ist dies aber verständlich, weil etwa die an den Fremdvergleichsgrundsatz anknüpfende Verrechnungspreisthematik bereits in der Rs. *SGL* behandelt wurde<sup>43)</sup> und in Bezug auf die niederländische Gruppenbesteuerung kein eigenständiges Problem darstellt. Sobald nämlich Steuerhoheiten im Sinne einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis voneinander abzugrenzen sind, ist es auch erforderlich, dass Geschäfte zwischen verbundenen Unternehmen zu marktüblichen Konditionen abgewickelt werden, um so die Verlagerung von Steuersubstrat zu unterbinden. Anerkennt man aber die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten ihre Steuerhoheiten voneinander abgrenzen dürfen, ist es nur konsequent, diese Abgrenzung in (verhältnismäßigen) Regelungen zur Arm's-Length-Abwicklung von konzerninternen Geschäften umzusetzen; selbst dann, wenn rein innerstaatliche Geschäfte davon ausgenommen sind.<sup>44)</sup> Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis greift auch hier.<sup>45)</sup> Dies gilt gleichermaßen für konzerninterne Umgründungsvorgänge, anlässlich deren es ebenso zu einem Verschieben von Besteuerungssubstrat kommen kann. Abstrahiert man nämlich die Judikatur des EuGH zur Wegzugsbesteuerung, sind die Mitgliedstaaten berechtigt, all jene stillen Reserven zu besteuern, die in ihrer eigenen Steuerhoheit entstanden sind. Die Besteuerung darf nur nicht im Zeitpunkt des Wegzugs oder der Umgründung einsetzen, sondern aus Gründen der Verhältnismäßigkeit erst bei tatsächlicher Realisierung. Das hierfür bemühte Territorialitätsprinzip<sup>46)</sup> lässt sich nun aber genauso gut als Ausfluss des Bestrebens nach einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungshoheiten zwischen den Mitgliedstaaten verstehen,<sup>47)</sup> wodurch sich letzten Endes der Kreis zum Ausgangsverfahren schließt. Denn auch in der Rs. *N* wurde der Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis für sich allein als ausreichend empfunden.<sup>48)</sup> Solange daher die innerstaatlichen Vorschriften für grenzüberschreitende Umgründungen und Vermögensübertragungen den in der Rs. *N* aufgestellten Grundsätzen entsprechen, besteht keine gesonderte Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit, die durch eine Ausdehnung der Gruppenbesteuerung auf grenzüberschreitende Sachverhalte zu beseitigen wäre.<sup>49)</sup> Vor diesem Hinter-

<sup>41)</sup> Ähnlich bereits Schlussanträge von GA *Kokott* vom 12. 9. 2006, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Rn. 54 ff.

<sup>42)</sup> Im Unterschied dazu Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 73 ff.

<sup>43)</sup> EuGH 21. 1. 2010, Rs. C-311/08, *SGL*.

<sup>44)</sup> Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 83; in diesem Sinne dann auch EuGH 21. 1. 2010, Rs. C-311/08, *SGL*, Rn. 70 ff.

<sup>45)</sup> Vgl. EuGH 21. 1. 2010, Rs. C-311/08, *SGL*, Rn. 60 ff., unter Verweis auf die Rs. *Marks & Spencer*, *Oy AA* und *Lidl Belgium*.

<sup>46)</sup> EuGH 7. 9. 2006, Rs. C-470/04, *N*, Slg. 2006, I-7409, Rn. 41 und 46.

<sup>47)</sup> *Hohenwarter*, Internationale Einbringungen nach dem AbgÄG 2005 – Teil II: DBA- und Gemeinschaftsrechtliche Betrachtung, RdW 2006, 725 (729 f.); zur dogmatischen Verwandtschaft des Territorialitätsprinzips mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis siehe auch *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 132 ff.

<sup>48)</sup> EuGH 7. 9. 2006, Rs. C-470/04, *N*, Rn. 42 i. V. m. Rn. 47.

<sup>49)</sup> In diesem Sinne auch Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 76 ff.

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

grund lässt sich die Rs. *X Holding* daher problemlos in die bisherige Rechtsprechung des EuGH einordnen.

### 2. Die Rs. *X Holding* im Verhältnis zur Rs. *Lidl Belgium*

Weniger gut gelingt dies allerdings für die Begründung des vermeintlichen Unterschieds von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften im Hinblick auf die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis. Wirft man hier einen Blick auf die Rs. *Lidl Belgium*, erkennt man eine genau gegenläufige Argumentation.<sup>50)</sup> Dort überträgt der EuGH nämlich den Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis eins zu eins auf die Situation von abkommensrechtlich befreiten Betriebsstätten, obwohl Teile des Schrifttums aufgrund der steuersystematischen Unterschiede zwischen Tochtergesellschaften und Betriebsstätten einen differenzierenden Ansatz gefordert haben.<sup>51)</sup> Es ging dabei auch nicht um die Vergleichbarkeit dieser Niederlassungsformen als solche oder um die unionsrechtliche Notwendigkeit einer rechtsformneutralen Verlustverwertung, sondern lediglich um die Frage, ob der Rechtfertigungsgrund der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis auch bei Betriebsstätten greifen kann. Dies ist m. E. zu bejahen. Denn ob ein Mitgliedstaat – wie in der Rs. *Marks & Spencer* – aufgrund der Ausgestaltung seines nationalen Steuersystems von vornherein kein Recht auf die Besteuerung ausländischer Tochtergesellschaften geltend macht oder aber – wie in der Rs. *Lidl Belgium* – im Rahmen eines DBA auf sein Recht, ausländische Betriebsstättengewinne zu besteuern, verzichtet hat, ist im Ergebnis das Gleiche. In beiden Fällen wäre die Symmetrie der Besteuerung gestört, wenn Verluste ausländischer Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten verwertet werden müssten, ohne dass der betreffende Mitgliedstaat ein Recht zur Besteuerung spiegelbildlicher Gewinne hätte. Hinsichtlich der Auswirkungen auf die steuerliche Bemessungsgrundlage im Herkunftsmitgliedstaat ähnelt die abkommensrechtliche Freistellung der Betriebsstättenergebnisse der Abschirmwirkung von Tochtergesellschaften. Deshalb kann auch der Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis in beiden Fällen auf die gleiche Art und Weise durchgreifen.<sup>52)</sup> Warum der EuGH in der Rs. *X Holding* daher auf die fehlende Vergleichbarkeit der Situationen rekurriert, bleibt fraglich. Da er den Aspekt der horizontalen Ungleichbehandlung aber erst auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung würdigt, dürfte den diesbezüglich angestellten Überlegungen keine grundsätzliche Bedeutung zukommen. Das davor zum Ausdruck gebrachte „Nein“ zur Ausdehnung des Gruppenbesteuerungsregimes auf ausländische Tochtergesellschaften ist nämlich so deutlich, dass es wohl kaum als Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung revidiert werden sollte.

### 3. Keine Rechtsformneutralität im Outbound-Fall: Das richtige Ergebnis auf holprigem Weg?

Diese ablehnende Haltung gegenüber der Rechtsformneutralität ist dogmatisch auch gut begründet, denn ein eigenständiges Gebot zur Rechtsformneutralität lässt sich den Grundfreiheiten in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht entnehmen. Dies bestätigt – mit Ausnahme der Rs. *CLT-UFA*<sup>53)</sup> – auch der EuGH.<sup>54)</sup> In Inbound-Fällen kommt der Freiheit der Rechtsformwahl schon allein deshalb keine eigenständige Bedeutung zu, weil eine Be-

<sup>50)</sup> Schlussanträge von GA Sharpston vom 14. 2. 2008, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Rn. 12; EuGH 15. 5. 2008, Rs. C-414/06, *Lidl Belgium*, Rn. 31 ff.

<sup>51)</sup> Z. B. Dörfler/Ribbrock, Negierung der Inländergleichbehandlung bei Nichtberücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste – Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien, BB 2008, 653 (654); Kessler/Eicke, Gedanken zur grenzüberschreitenden Verlustnutzung nach *Lidl Belgium*, IStR 2008, 581 (584); Wimpissinger, Cross-border transfer of losses, the ECJ does not agree with Advocate General Sharpston, EC Tax Review 2008, 173 (149); vgl. dazu auch Bayer, SWI 2010, in Vorbereitung.

<sup>52)</sup> Ausführlich dazu Hohenwarter, Verlustverwertung, 295 ff., m. w. N.

<sup>53)</sup> EuGH 23. 2. 2006, Rs. C-253/03, *CLT-UFA*, Slg. 2006, I-1831.

<sup>54)</sup> Für eine Rechtsprechungsübersicht siehe Hohenwarter, Verlustverwertung, 103 ff. und 574 ff.

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

schränkung dieser Freiheit einen bloßen Reflex des Verbots vertikaler Diskriminierungen nach der Ansässigkeit des Steuerpflichtigen darstellt. Die Forderung nach steuerobjektbezogener Rechtsformneutralität ist in Inbound-Fällen daher lediglich als Konsequenz eines an der steuerlichen Ansässigkeit orientierten Inländergleichbehandlungsgebots zu verstehen, ohne aber ein darüber hinausgehendes Schutzniveau zu gewährleisten.<sup>55)</sup> In Outbound-Fällen – wie der Rs. *X Holding* – ergeben sich etwaige Differenzierungen bei Anstellen einer horizontalen Betrachtung hingegen aus der Wahl der Rechtsform der Niederlassung und nicht ausschließlich aufgrund des Ortes der Niederlassung.<sup>56)</sup> Damit fehlt es der Benachteiligung aber an der *spezifisch* transnationalen Dimension, die auch dann nicht gegeben ist, wenn Tochtergesellschaften und Betriebsstätten im Inland in den wesentlichen Punkten gleich behandelt werden, im grenzüberschreitenden Kontext hingegen nicht.<sup>57)</sup> Darin liegt auch kein zusätzlicher Gewinn für die Diskriminierungsprüfung, weil sich unter diesen Umständen die Differenzierung zwischen den Rechtsformen im grenzüberschreitenden Fall letztlich immer schon auf eine Schlechterstellung der benachteiligten ausländischen Rechtsform gegenüber ihrem inländischen Pendant zurückführen lässt.<sup>58)</sup> Sollen die Grundfreiheiten jedoch die Verwirklichung des Binnenmarktes gewährleisten, indem sie spezifisch an den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr geknüpfte Benachteiligungen verbieten, bleibt für eine unionsrechtliche Rechtsformneutralität kein Platz.

Dieses Verständnis hat der EuGH in der Rs. *X Holding* grundsätzlich bestätigt, verschleiert seine Aussage aber gleichzeitig mit dem Hinweis auf die fehlende Vergleichbarkeit von ausländischen Betriebsstätten und ausländischer Tochtergesellschaften. In diesem Punkt knüpft der EuGH offensichtlich an die Schlussanträge von Generalanwältin *Kokott* an, führt doch auch die Generalanwältin den Unterschied zwischen ausländischen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften auf die Differenzierung zwischen beschränkter und unbeschränkter Steuerpflicht zurück. Während eine Muttergesellschaft mit der Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft gleichsam den Bereich der Steuerhoheit ihres Sitzstaats verlässt und die Tochtergesellschaft der unbeschränkten Steuerpflicht im Aufnahmemitgliedstaat unterwirft, begibt sich ein Unternehmen durch die Errichtung einer ausländischen Betriebsstätte zwar ebenfalls unter die Steuerhoheit des Aufnahmemitgliedstaats, jedoch ohne diesen Teil des Unternehmens vollständig aus der Steuerhoheit des Herkunftsstaats herauszunehmen. Denn auch wenn dieser Mitgliedstaat seine Steu-

<sup>55)</sup> So etwa in den Rs. *Avoir fiscal* und *Saint Gobain*, in denen der EuGH von einem „*einheitlichen Verstoß*“ gegen die Niederlassungsfreiheit ausgeht. EuGH 18. 1. 1986, Rs. C-270/83, *Avoir fiscal*, Slg. 1986, I-173, Rn. 15; 21. 9. 1999, Rs. C-307/97, *Saint Gobain*, Slg. 1999, I-6161, Rn. 43. Bei genauerer Betrachtung stellen auch die in den Rs. *Royal Bank of Scotland, Denkvit* und *Amurta* anklingenden rechtsformübergreifenden Betrachtungen lediglich eine verkürzte Diskriminierungsprüfung anhand eines vertikalen Vergleichspaares dar, ohne ein darüber hinausgehendes Schutzniveau zu gewährleisten. EuGH 29. 4. 1999, Rs. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Slg. 1999, I-2651, Rn. 29 f.; EuGH 24. 12. 2006, Rs. C-170/05, *Denkvit*, Slg. 2006, I-11949, Rn. 27 ff.; EuGH 8. 11. 2007, Rs. C-379/05, *Amurta*, Slg. 2007, I-9569, Rn. 41 i. V. m. Rn. 27 und 33; dazu *Hohenwarter*, Verlustverwertung, FN 590.

<sup>56)</sup> Ähnlich *Bayer*, SWI 2010, in Vorbereitung.

<sup>57)</sup> In diesem Zusammenhang ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass auch die in der Rs. *Cadbury Schweppes* angedeutete horizontale Vergleichsbetrachtung zweier Auslandssachverhalte in einem Outbound-Fall keine eigenständige Rolle gespielt hat, weil im gegenständlichen Fall ohnehin eine vertikale Diskriminierung vorgelegen ist. EuGH 12. 9. 2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 45. Dies gilt auch für die später entschiedene Rs. *A*. Auch dort beruht der gerügte Verstoß auf einer vertikalen Diskriminierung bestimmter Auslandssachverhalte gegenüber dem reinen Inlandssachverhalt. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *A*, Slg. 2007, I-1153; dazu *Hohenwarter*, Verlustverwertung, FN 539.

<sup>58)</sup> Vgl. etwa *Herzig/Englisch/Wagner*, Steuerliche Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Konzerntöchter, *Der Konzern* 2005, 298 (304); weiters *Mamut/Schilcher*, Die Berücksichtigung von Auslandsverlusten, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner* (Hrsg.), Grundfragen der Gruppenbesteuerung (2007) 169 (208 ff.); a. A. *Gutmann*, The Marks & Spencer case: proposals for an alternative way of reasoning, *EC Tax Review* 2003, 154 (155 f.); ebenso *Lang*, Marks & Spencer und die Auswirkungen auf das Steuerrecht der Mitgliedstaaten, SWI 2005, 255 (275 f.).

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

erhoheit über die Betriebsstätteneinkünfte infolge eines DBA zurücknimmt, bleibe diese latent bestehen.<sup>59)</sup> Im Unterschied zum EuGH weiß Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen jedoch zu differenzieren und führt diese Argumente in erster Linie zur Erklärung und Untermauerung der vertikalen Vergleichspaarbildung in Outbound-Situationen an.<sup>60)</sup> Die unterschiedlichen Verpflichtungen zur Gleichbehandlung von unterschiedlichen Niederlassungsformen, die der EuGH an den Aufnahmemitgliedstaat einerseits und den Ursprungsmitgliedstaat andererseits stellt, korrespondieren nach ihrer Ansicht nämlich mit der unterschiedlichen Reichweite der Besteuerungsbefugnis bei Steuerinländern und Steuerausländern.<sup>61)</sup> Auf diese Weise kommt dem Argument der Verschiedenheit von ausländischen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften in Wahrheit aber keine eigenständige Bedeutung zu, sondern bestätigt lediglich den Ansatz der rechtsformbezogenen vertikalen Vergleichspaarbildung in Outbound-Fällen.<sup>62)</sup>

Wenn nun aber der EuGH in seinen Urteilen und Beschlüssen trotzdem immer wieder darauf pocht, dass die freie Rechtsformwahl nicht durch diskriminierende Regelungen eingeschränkt werden dürfe, sollte man sich auch folgenden Gedanken vergegenwärtigen: Eine (echte) Wahlfreiheit besteht nämlich zwangsläufig dann nicht mehr, sobald eine der zur Verfügung stehenden Alternativen für sich genommen eine Diskriminierung bewirkt. Ob allerdings die Besteuerung einer der zur Wahl stehenden Rechtsformen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit diskriminierend ist, hat anhand eines vertikalen Vergleichs bestimmt zu werden. Ergibt sich daraus eine Diskriminierung, liegt gleichzeitig auch eine Einschränkung der Wahlfreiheit des Steuerpflichtigen vor, weil eine diskriminierende Alternative im Anwendungsbereich des AEUV schlichtweg keine Option darstellen kann.<sup>63)</sup>

Dass es, vom Blickwinkel der Steuerpflichtigen aus gesehen, weniger einschneidende Maßnahmen als eine vollständige Versagung der grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung oder eine ausnahmsweise Berücksichtigung von Definitivverlusten gibt, steht bereits seit der Rs. *Marks & Spencer* außer Zweifel. Solche gelinderen Mittel hält der EuGH jedoch gegenwärtig im Sinne einer zugunsten der (budgetären) Interessen der Mitgliedstaaten durchgeführten Güterabwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht für erforderlich.

### 4. Die Rs. *X Holding* im Verhältnis zu den Rs. *Marks & Spencer* und *Oy AA*

Insgesamt bewegt sich die Rs. *X Holding* unzweifelhaft in den Spuren der Rs. *Marks & Spencer* und *Oy AA* und bestätigt die restriktive Haltung des EuGH in Sachen grenzüberschreitender Gruppenbesteuerung. Dieser prinzipielle Gleichklang setzt sich m. E. auch auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung fort. Zwar sucht man im Urteil vergeblich nach Ausführungen zu Definitivverlusten; diese waren im Unterschied zur Rs. *Marks & Spencer*<sup>64)</sup> auch nicht verfahrensgegenständlich.<sup>65)</sup> Weder dem Sachverhalt noch der Vorlagefrage lässt sich ein Hinweis auf eine etwaige Finalität der Verluste entnehmen.<sup>66)</sup> Streitgegenständlich war lediglich das Veranlagungsjahr 2003, für das *X Holding* und ihre belgische Tochtergesellschaft *F* die Anerkennung als steuerliche Einheit beantragt haben. Aus diesem

<sup>59)</sup> Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 51 ff.

<sup>60)</sup> Um also das Fehlen einer Diskriminierung im engeren Sinn abzusichern.

<sup>61)</sup> Schlussanträge von GA *Kokott* vom 19. 11. 2009, Rs. C-337/08, *X Holding*, Rn. 62.

<sup>62)</sup> EuGH 6. 12. 2007, Rs. C-298/05, *Columbus Container Services*, Rn. 51 und 53, sowie EuGH 4. 6. 2009, verb. Rs. C-439/07 und C-499/07, *KBC Bank u. a.*, Rn. 80.

<sup>63)</sup> A. A. offenbar *Bayer*, SWI 2010, in Vorbereitung.

<sup>64)</sup> In der Rs. *Marks & Spencer* bezog sich die zweite Vorlagefrage explizit auf die Behandlung von endgültigen Verlusten. EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Rn. 26.

<sup>65)</sup> Dies gilt auch grundsätzlich für die Rs. *Oy AA*. Vgl. *Mutén*, *European Tax Law, quo vadis?* IBFD 2008, 2 (6); weiters *Mayr/Wiesner*, Die österreichische Gruppenbesteuerung im Lichte von *Marks & Spencer*, *Oy AA* und *CCCTB*, in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), FS Nolz (2008) 153 (159).

<sup>66)</sup> Ebenso *Bayer*, SWI 2010, in Vorbereitung.

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

Grund sollte auch das Fehlen der Aussagen zur Berücksichtigungspflicht von endgültigen Verlusten nicht überbewertet werden. Denn wenn die *Marks & Spencer*-Bedingungen durch die später entschiedene Rs. *Oy AA* eine Einschränkung erfahren haben sollten, dann lediglich in Bezug auf die Richtung der Verlustverwertung, nämlich hinsichtlich der Verlustverwertung „downstream“ und „sidestream“. <sup>67)</sup> Genau diese Argumentation kann nun aber für die Rs. *X Holding* nicht fruchtbar gemacht werden, weil es sich dort aufgrund des vertikal nach oben ausgerichteten niederländischen Konsolidierungssystems um einen Fall der Verlustverwertung nach oben - also „upstream“ - handelt. Dies entspricht wiederum der Ausgangslage in der Rs. *Marks & Spencer*. Infolgedessen bildet die Rs. *X Holding* keinen Widerspruch zur Rs. *Marks & Spencer*, sondern setzt diese lediglich fort. Im Hinblick auf endgültige Verluste gelten die Aussagen in der Rs. *Marks & Spencer* nach wie vor.

### VI. Fazit und Ausblick

#### 1. Auswirkungen der Rs. X Holding auf die österreichische Gruppenbesteuerung

Die unmittelbaren Ausstrahlwirkungen der Rs. *X Holding* auf die österreichische Gruppenbesteuerung betreffen vor allem die unterschiedliche Behandlung von Auslandsverlusten im Anwendungsbereich von § 2 Abs. 8 Z 3 EStG und § 9 Abs. 6 Z 6 KStG. <sup>68)</sup> Strittig ist hier seit jeher die Frage nach dem unionsrechtlichen Gebot einer rechtsformneutralen Verlustverwertung auf Basis eines horizontalen Vergleichspaares. <sup>69)</sup> Im Lichte der Rs. *X Holding* kann dies wohl verneint werden: Die Grundfreiheiten verbieten vertikale Diskriminierungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs gegenüber rein auf den Inlandsmarkt bezogenen Tätigkeiten. Dessen ungeachtet sind die Mitgliedstaaten in Anbetracht der Rs. *Marks & Spencer* und *Lidl Belgium* (allenfalls modifiziert durch die Entscheidung in der Rs. *Krankenheim Wannsee*) bloß zu einer Berücksichtigung von endgültigen Verlusten verpflichtet. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten liegt somit erst dann vor, wenn die ausländischen Verluste als Definitivverluste zu qualifizieren sind und dennoch keine Berücksichtigung im Inland stattfindet. Akzeptiert man aber die in den Rs. *Marks & Spencer* und *Lidl Belgium* aufgestellten Bedingungen als primärrechtliche Schranke, bis zu der die Mitgliedstaaten ausländische Verluste bei symmetrischer Ausblendung entsprechender Gewinne völlig unberücksichtigt lassen dürfen, kann eine „Übererfüllung“ dieser Bedingungen keine Diskriminierung i. S. v. Art. 49 AEUV darstellen; auch dann nicht, wenn diese Übererfüllung je nach Rechtsform unterschiedlich ausgestaltet ist. <sup>70)</sup> Konsequenterweise sind auch die Differenzierungen zwischen § 2 Abs. 8 Z 3 EStG und § 9 Abs. 6 Z 6 KStG als solche nicht zu beanstanden. <sup>71)</sup> Aber selbst wenn man die in der Rs. *X Holding* auf Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung geführte Diskussion um die Vergleichbarkeit von

<sup>67)</sup> Vgl. dazu *Wiman*, Cross-Border Loss Relief in Europe – The Case of Group Contributions, in *Hinneken/Hinneken* (Hrsg.), FS Vanistendael (2008) 971 (980 ff.).

<sup>68)</sup> Z. B. *Schneider*, Die Berücksichtigung von Auslandsverlusten nach § 2 Abs. 8 EStG und § 9 Abs. 6 Z 6 KStG, *taxlex* 2005, 194 (201 f.); *Mamut/Schilcher*, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner*, Grundfragen der Gruppenbesteuerung, 173 ff.

<sup>69)</sup> Ablehnend etwa *Mamut/Schilcher*, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner*, Grundfragen, 207 ff.; bejahend hingegen *Metzler*, Nachversteuerung von Auslandsverlusten, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner*, Grundfragen der Gruppenbesteuerung, 221 (238 f.).

<sup>70)</sup> In diesem Sinne auch *Cordewener*, X Holding. Dutch Supreme Court requests preliminary ruling on fiscal unity rules on cross-border group taxation, H&L 2008/1, 96 (102); vgl. weiters *Koffler*, Marks & Spencer – Bedingte Verpflichtung zur Hereinnahme von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften, ÖStZ 2006, 48 (55); *Thömmes*, Berücksichtigung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften, IWB 28. 12. 2005, Fach 11a, 933 (938 ff.); *Mamut/Schilcher*, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner*, Grundfragen der Gruppenbesteuerung, 204 f.; ähnlich *Hey*, Die Entscheidung in der Rechtssache Marks & Spencer und die Zukunft der deutschen Organschaft - Haben die Mitgliedstaaten den EuGH domestiziert? *GmbH* 2006, 113 (121 f.); *Scheunemann*, Decision in the Marks & Spencer Case: a Step Forward but no Victory for Cross Border Group Taxation in Europe, *intertax* 2006, 54 (55); a. A. *Lang*, The Marks & Spencer Case – The Open Issues following the ECJ's Final Word, ET 2006, 54 (55 f.).

<sup>71)</sup> Ebenso *Mamut/Schilcher*, in *Lang/Schuch/Staringer/Stefaner*, Grundfragen der Gruppenbesteuerung, 207 ff.

## X Holding Case and Cross-Border Group Taxation

ausländischen Betriebsstätten und ausländischen Tochtergesellschaften auf die Ebene der eigentlichen Vergleichspaarbildung verlagern würde, käme man für die österreichische Rechtslage zum gleichen Ergebnis, verneint doch der EuGH in *X Holding* jedenfalls die Vergleichbarkeit von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften im Hinblick auf die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis.

### 2. Offene Fragen der grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung

Eine Frage, die der EuGH bislang nur rudimentär und zudem widersprüchlich behandelt hat, ist jene nach der Zulässigkeit des Rechtfertigungsgrunds der Vermeidung von Doppelverlustverwertungen aus der Perspektive des Verlustquellenstaats.<sup>72)</sup> Dies könnte sich aber vielleicht schon bald ändern, nämlich dann, wenn die britische Rs. *Philips Electronics* entgegen der Entscheidung des First-tier Tribunal im weiteren Verfahrensgang doch noch dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt wird.<sup>73)</sup> Strittig ist hier die Frage, ob es zur Vermeidung von Doppelverlustverwertungen gerechtfertigt sein kann, die Verluste von *inländischen* Betriebsstätten gebietsfremder Konzerngesellschaften vom *group relief* auszuschließen, wenn diese Verluste (potenziell) auch im Ausland berücksichtigt werden könnten.<sup>74)</sup> Umgelegt auf die österreichische Gruppenbesteuerung betrifft die Rs. *Philips Electronics* also den Fall einer inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Gruppenmitglieds, deren Ergebnisse *de lege lata* ebenso von einer direkten Zurechnung innerhalb des inländischen Teils der Unternehmensgruppe ausgeschlossen sind.

Da in solchen Konstellationen das Argument der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten von vornherein nicht greift und auch keine Steuerfluchtgefahr besteht (es handelt sich um Verluste aus inländischen Einkunftsquellen, für die der Quellenstaat das primäre Besteuerungsrecht hat, die also auch nach Anwendung eines DBA der inländischen Steuerhoheit unterliegen), kann lediglich das Ziel der Vermeidung von Doppelverlustverwertungen durchschlagen. Genau dies verneint das First-tier Tribunal jedoch bereits dem Grunde nach,<sup>75)</sup> was angesichts der gegenwärtigen EuGH-Judikatur durchaus „Kühn“ erscheint.<sup>76)</sup> So sind vor allem die Aussagen des EuGH in der Rs. *Papillon* zur Vermeidung von Doppelverlustverwertungen in Gestalt des Rechtfertigungsgrundes der Notwendigkeit der Wahrung der Kohärenz des nationalen Steuersystems alles andere als eindeutig.<sup>77)</sup> Fest steht nur, dass der EuGH dort die Vermeidung von indirekten Doppelverlustverwertungen<sup>78)</sup> zur Wahrung der Kohärenz der französischen Gruppenbesteuerung (die auf dem Grundsatz der Einfachverlustverwertung basiert) als Rechtfertigungsgrund anerkennt. Unklar ist hingegen, ob er dieses Ziel dabei bloß auf die Vermeidung von indirekten Doppelverlustverwertungen im Inland bezieht<sup>79)</sup> oder aber insgesamt – also unter Berücksichtigung der Be-

<sup>72)</sup> Vgl. dazu *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 193 ff. und 592 ff.

<sup>73)</sup> First-tier Tribunal 18. 8. 2009, *Philips Electronics UK Ltd v Revenue and Customs Commissioners*, [2009] UKFTT 226 (TC), ITLR 2009, 194 (194 ff.).

<sup>74)</sup> Nach Sec. 403D(1)(c) britisches EStG ist die Verlustverwertung u. a. dann ausgeschlossen, wenn die Verluste für Zwecke ausländischer Steuern in irgendeinem Veranlagungszeitraum mit nicht der britischen Steuerhoheit unterliegenden Gewinnen ausgeglichen oder sonst wie verrechnet werden könnten. Gemäß den Sachverhaltsdarstellungen dürfte eine solche Doppelverlustverwertung auch tatsächlich eingetreten sein. First-tier Tribunal 18. 8. 2009, *Philips Electronics*, ITLR 2009, 206 f.

<sup>75)</sup> Nur hilfsweise wird auf die fehlende Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Regelung verwiesen, die eine pauschale Anknüpfung an die (potenzielle) Möglichkeit einer Verlustverwertung im Ausland vorsieht, ohne dabei auf die tatsächliche Doppelverwertung abzustellen.

<sup>76)</sup> Ebenso *Baker*, ITLR 2009, 197.

<sup>77)</sup> EuGH 27. 11. 2008, Rs. C-418/07, *Papillon*, insbesondere Rn. 47 bis 49.

<sup>78)</sup> Der Begriff der indirekten Verlustverwertung bezieht sich dabei auf die verlustbedingte Abschreibung von Konzernbeteiligungen auf ihren niedrigeren Teilwert. Eine indirekte Doppelverlustverwertung liegt somit vor, wenn die Verluste einer Tochtergesellschaft als Konsequenz der Gruppenbesteuerung sowohl direkt zugerechnet und auf Ebene eines andern Steuersubjekts verwertet werden als auch indirekt in Form einer Teilwertabschreibung berücksichtigt werden können.

<sup>79)</sup> In diesem Sinne etwa *Douma*, *Papillon*. Group consolidation should be available for indirectly owned subsidiary, H&I 1/2009, 44 (52).

## Rs. X Holding und grenzüberschreitende Gruppenbesteuerung

handlung etwaiger Teilwertabschreibungsverluste auf Ebene der zwischengeschalteten Auslandstochtergesellschaft nach dem Recht ihres Ansässigkeitsstaats – akzeptiert.<sup>80)</sup> Das First-Tier Tribunal geht in seinem Urteil nunmehr davon aus, dass lediglich die indirekte Doppelverlustverwertung im Inland gemeint ist, was angesichts der widersprüchlichen Diktion des EuGH in den Rn. 47 bis 49 der Rs. *Papillon* bezweifelt werden darf. Setzt man nämlich den in Rn. 49 zum Ausdruck gebrachten Gedanken der Einfachverlustverwertung konsequent fort, stellt der EuGH dort nicht nur auf die Behandlung der Wertverluste im Inland ab, sondern scheint in gleicher Weise auch deren Behandlung im Ansässigkeitsstaat der zwischengeschalteten Tochtergesellschaft zu berücksichtigen. Wenn man nun aber die Vermeidung von indirekten Doppelverlustverwertungen auf das In- und Ausland bezieht und insgesamt als berechtigtes Ziel i. S. d. AEUV anerkennt, dann ist m. E. kein Grund ersichtlich, dies nicht auch für andere Formen der Doppelverlustverwertung zu tun. Konsequent zu Ende gedacht wäre dann aber auch der Quellenstaat der Verluste berechtigt, entsprechende Maßnahmen zur Vermeidung von direkten Doppelverlustverwertungen zu setzen.<sup>81)</sup>

In Anbetracht dieser und anderer Fragen wird es daher noch einiger Entscheidungen des EuGH bedürfen, bevor das Puzzle der grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerung vollständig ist. Im Hinblick auf die damit verbundene Rechtsunsicherheit wäre es wünschenswert, wenn zumindest in einem ersten Schritt der Plan zur Einführung einer Verlustrichtlinie wieder aufgegriffen würde.<sup>82)</sup> Hier allein auf die freiwillige Koordinierung durch die Mitgliedstaaten<sup>83)</sup> oder auf die mittlerweile vollständig in die Warteschleife gedrängte Einführung der CCCTB zu hoffen, erscheint insgesamt wenig befriedigend.

<sup>80)</sup> So etwa *Demschner/Stefaner*, Gruppenbesteuerung: Sandwichgruppen möglich? SWI 2009, 9 (15).

<sup>81)</sup> Ausführlich dazu und zu den Auswirkungen auf die Gruppenbesteuerung siehe *Hohenwarter*, Verlustverwertung, 592 ff.

<sup>82)</sup> Vgl. dazu den Verlustrichtlinienvorschlag aus dem Jahr 1990, KOM(90) 595 endgültig vom 6. 12. 1990, ABl. Nr. C 53 vom 28. 2. 1991, S. 30 (30 ff.), der jedoch 2004 endgültig zurückgenommen wurde, ABl. Nr. C 5 vom 9. 1. 2004, S. 20.

<sup>83)</sup> Siehe dazu die Mitteilungen der Kommission vom 19. 12. 2006, KOM(2006) 823 und 824 endgültig.

## Immobilienklausel im DBA Polen

(BMF) – Die Immobilienklausel im DBA Polen (Art. 13 Abs. 2) weicht von der Vergleichsbestimmung des Art. 13 Abs. 4 OECD-MA ab. Denn ihre Anwendung wird nicht davon abhängig gemacht, dass der Anteilswert der veräußerten Kapitalbeteiligung zu mehr als 50 % auf unbeweglichem Vermögen beruht, sondern davon, dass die Wirtschaftsgüter der betreffenden Kapitalgesellschaft „*hauptsächlich*“ aus unbeweglichem Vermögen bestehen. Nach dem DBA Polen kommt es daher nicht auf eine rechnerisch ermittelbare Immobilienmindestgrenze an, sondern darauf, ob der Immobilienbesitz für die Kapitalgesellschaft die „Hauptsache“ bildet. Damit werden in erster Linie die Grundstücksgesellschaften angesprochen, deren Geschäftszweck die ertragbringende Liegenschaftsinvestition ist. Entscheidend ist sonach, ob Immobilienbesitz die „Hauptsache“ und nicht bloß eine „Nebensache“ des Unternehmens bildet.

Nach Auffassung des BMF, die allerdings bislang noch nicht mit Polen abgestimmt worden ist, wird daher beispielsweise das Betriebsgebäude für ein Produktionsunternehmen nicht als „Hauptsache“ zu werten sein, und zwar selbst dann nicht, wenn infolge der mittlerweile veralteten maschinellen Ausstattung und des durch wirtschaftliche Schwierigkeiten verminderten Aktivbestands der beweglichen Wirtschaftsgüter die Liegenschaft mit ihrem Verkehrswert die Verkehrswerte der beweglichen Wirtschaftsgüter überstiegen haben sollte. Ob daher in einem konkreten Fall der Immobilienbesitz einer polnischen Kapitalgesellschaft deren „Hauptsache“ bildet, wird – sieht man vom eindeutigen Fall der Grundstücksgesellschaften ab – nach den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden sein. (*EAS 3137 v. 8. 3. 2010*)