

Der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten – Maßgeblichkeit des Sachverhaltes oder der nationalen Rechtsvorschrift?

*Michael Lang**

Inhaltsübersicht

- I. Die Abgrenzung zwischen den Grundfreiheiten
- II. Die unterschiedlichen Auffassungen
- III. Die Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes
- IV. Glaxo Wellcome
- V. Würdigung

* Frau Dr. *Daniela Hohenwarter-Mayr*, LL.M. danke ich für die Diskussion des Manuskripts, Herrn Mag. *Christoph Marchgraber* auch für die Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Fahnenkorrektur. Das Manuskript habe ich am 10.1.2010 abgeschlossen.

I. Die Abgrenzung zwischen den Grundfreiheiten

Fritz Rödler gehört zu jenen Praktikern des Steuerrechts, denen die Wissenschaft besonders viel verdankt. Seit vielen Jahren darf ich auf vielfältige Weise mit ihm zusammenarbeiten und habe ihn menschlich wie fachlich in besonderer Weise schätzen gelernt: Als Vizepräsident der österreichischen Landesgruppe der International Fiscal Association (IFA) und als Mitglied des Executive Boards der globalen IFA unterstützt er seit Jahrzehnten österreichische Nachwuchswissenschaftler, die auf dem Gebiet des Internationalen Steuerrechts forschen, und trägt wesentlich dazu bei, dass Fragen des Internationalen Steuerrechts in Österreich laufend diskutiert werden. In der von der Confédération Fiscale Européenne (CFE) eingerichteten Task Force on Direct Taxes habe ich seit vielen Jahren regelmäßig die Gelegenheit, mit ihm und anderen europäischen Steuerrechtswissenschaftlern und wissenschaftlich interessierten Praktikern die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zu analysieren. Schließlich geht die von ihm – in seiner Eigenschaft als Managing Partner von PwC – und dem Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU ins Leben gerufene Seminarreihe zum Europäischen und Internationalen Steuerrecht bereits in ihr fünftes Jahr und wir konnten gemeinsam schon an die 80 Steuerexperten aus aller Welt als Vortragende begrüßen. Im Rahmen dieser Seminarreihe hatte ich am 9. 11. 2009 selbst das Vergnügen, in Anwesenheit des Jubilars zu Fragen des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten des Unionsrechts und insbesondere zu dem wenige Wochen zuvor ergangenen EuGH-Urteil *Glaxo Wellcome* zu referieren. Meinen damaligen Vortrag habe ich – auch im Lichte der anschließenden Diskussion, die unter reger Beteiligung *Fritz Rödler*s stattfand – überarbeitet und in Publikationsform gebracht. Ich möchte dieses Manuskript dem Jubilar widmen und hoffe, ihm dadurch Freude zu bereiten.

Die ältere Rechtsprechung des EuGH maß der Frage nach der Abgrenzung zwischen den Grundfreiheiten keine große Bedeutung bei. Der Gerichtshof orientierte sich häufig an den von den nationalen Gerichten vorgelegten Vorabentscheidungsfragen. Im Regelfall prüfte er die Frage nach der maßgebenden Grundfreiheit nicht eigenständig: Das vorlegende Gericht hatte dies selbst zu beurteilen. Bezeichnend sind die vom EuGH noch 2004 in *Lasteyrie du Saillant* getroffenen Aussagen zur Niederlassungsfreiheit¹: „Gegenüber den von einigen Regierungen geäußerten Zweifeln an der Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ist mangels hinreichender Ausführungen zu diesem Punkt in der dem Gerichtshof vorgelegten Akte daran zu erinnern, dass in einem Verfahren nach Artikel 234 EG, der auf einer klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, für die Würdigung des konkreten Sachverhalts das vorlegende Gericht zuständig ist (u. a. Urteil vom 25. Februar 2003 in der Rechtssache 326/00, IKA, Slg. 2003, I-1703, Randnr. 27 und dort zitierte Rechtsprechung), und festzustellen, dass das vorlegende Gericht offenbar zu dem Schluss gelangt ist, dass Artikel 52 EG-Vertrag auf den von ihm zu entscheidenden Rechtsstreit anwendbar ist.“

In letzter Zeit verfolgt der EuGH eine andere Linie. In Vorabentscheidungsverfahren beurteilt der Gerichtshof die Frage nach der maßgebenden Grundfreiheit nunmehr im Regelfall selbst. Aus diesem Grund muss er den Anwendungsbereichen der einzelnen Grundfreiheiten deutlichere Konturen verleihen. Die Kapitalverkehrsfreiheit betrachtet der

¹ EuGH 11. 3. 2004, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409, Rn. 41.

EuGH gegenüber den anderen Grundfreiheiten oft als nachrangig². Für innergemeinschaftliche Konstellationen hat dies allerdings kaum Bedeutung: Die nach den verschiedenen Grundfreiheiten zu beachtenden Maßstäbe sind weitgehend ident. Die Frage nach dem Schutzbereich der Grundfreiheit ist jedoch im Verhältnis zu Drittstaaten entscheidend: Die anderen Grundfreiheiten sind in diesen Fällen nicht anwendbar. In Fällen, in denen eine innerstaatliche Maßnahme mehr als eine Grundfreiheit „berührt“, prüft der EuGH dennoch, ob „eine von ihnen hinter die andere zurücktritt“³. Im 2006 entschiedenen Urteil *Fidium Finanz* ging es um im Verhältnis zur Schweiz anwendbare Regelungen⁴. Die Dienstleistungsfreiheit konnte daher gar nicht zum Tragen kommen⁵. Dennoch schloss der EuGH die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit mit dem Argument aus, dass „unter den im Ausgangsverfahren maßgebenden Umständen der Aspekt der Kapitalverkehrsfreiheit hinter dem der Dienstleistungsfreiheit zurücktritt“⁶.

II. Die unterschiedlichen Auffassungen

Auf Basis der zuletzt erwähnten Auffassung ist von Bedeutung, nach welchen Kriterien beurteilt werden soll, ob eine Grundfreiheit hinter eine andere zurücktritt. Vor allem im Zusammenhang mit Beteiligungen ist strittig, ob es zur Beurteilung des Vorrangs der anderen Grundfreiheiten auf den Inhalt der zu prüfenden nationalen Rechtsvorschrift⁷ oder

² EuGH 12. 9. 2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 33; EuGH 3. 10. 2006, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521, Rn. 48 f.; EuGH 13. 3. 2007, Rs. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Slg. 2007, I-2107, Rn. 33 f.; EuGH 10. 5. 2007, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775, Rn. 25; EuGH 10. 5. 2007, Rs. C-102/05, *A und B*, Slg. 2007, I-3871, Rn. 27; EuGH 25. 10. 2007, Rs. C-464/05, *Geurts und Vogten*, Slg. 2007, I-9325, Rn. 16.

³ EuGH 25. 3. 2004, Rs. C-71/02, *Karner*, Slg. 2004, I-3025, Rn. 47; EuGH 14. 10. 2004, Rs. C-36/02, *Omega*, Slg. 2004, I-9609, Rn. 27; EuGH 3. 10. 2006, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521, Rn. 34.

⁴ EuGH 3. 10. 2006, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521, Rn. 14 ff.

⁵ EuGH 3. 10. 2006, Rs. C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg. 2006, I-9521, Rn. 25.

⁶ Anders aber offenbar EuGH 11. 6. 2009, Rs. C-155/08 und C-157/08, *X und Passenheim-van Schoot*, noch nicht in der Slg., Rn. 40, wo der EuGH von der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit ausgeht.

⁷ Siehe etwa *Schönfeld*, EuGH konkretisiert Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten: Mögliche Konsequenzen und offene Fragen aus steuerlicher Sicht, DB 2007, 80 (81); *Cordewener/Kofler/Schindler*, Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ, ET 2007, 107 (112 ff.); *Lyal*, Free Movement of Capital and Non-Member Countries – Consequences for Direct Taxation, in *Weber* (Hrsg.), The Influence of European Tax Law on Direct Taxation (2007) 17 (20 f.); *Haslehner*, Die Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten am Beispiel ausländischer Dividendenerträge, taxlex 2007, 286 (288 f.); *Cordewener/Kofler/Schindler*, Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec*, *A and B* and *Holböck*, ET 2007, 371 (372 ff.); *O’Shea*, *Holböck*, Austrian Dividend Tax Rules found compatible with the EEC Treaty, TNI 2007, 1131 (1132); *Rehm/Nagler*, Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 21. 3. 2007, IV B7 – G 1421/0, IStR 2007, 320 (321 f.); *Mühlehner*, Kontrollbeteiligungen und Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, SWI 2007, 523 (524); *Köhler/Tippelhofer*, Kapitalverkehrsfreiheit auch in Drittstaatsfällen?, IStR 2007, 645 (646 ff.); *Rehm/Nagler*, Verwaltung verweigert faktisch Anwendung von Art. 56 EG gegenüber Drittstaaten, IStR 2007, 700 (701 f.); *Metzler*, Einfluss der Doppelbesteuerungsabkommen auf das Rangverhältnis der Grundfreiheiten des EG-Vertrags, ÖStZ 2007, 441 (442); *Wellens*, Nichtabziehbare Betriebsausgaben bei Drittstaatsdividenden – Kapitalverkehrsfreiheit contra Niederlassungsfreiheit, DStR 2007, 1852 (1855 f.); *Mühlehner*, Zur Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf Portfolioinvestitionen in Drittstaaten, SWI 2008, 102 (102 f.); *Völker*, Kapitalverkehrsfreiheit für Drittstaatsdividenden – Widerspruch zur BFH-Rechtsprechung oder Bestätigung des BFH durch den EuGH-Beschluss vom 4. 6. 2009?, IStR 2009, 705 (705 ff.).

aber auf den konkreten Einzelfall des betroffenen Steuerpflichtigen ankommt⁸. Diese beiden Auffassungen werden als „Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm“ und als „Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts“ bezeichnet⁹.

Nach der „Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm“ kommt der Vorrang der Niederlassungsfreiheit nur dann zur Anwendung, wenn eine auf die Vereinbarkeit mit Grundfreiheiten zu prüfende Norm ausschließlich auf Kontrollbeteiligungen abstellt. Stellt die nationale Norm ausschließlich auf Minderheitsbeteiligungen oder unterschiedslos auf Minderheitsbeteiligungen und Kontrollbeteiligungen ab, müsse sie in jedem Fall auch am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit geprüft werden¹⁰.

Die gegenteilige Auffassung stellt hingegen bloß auf den konkreten Sachverhalt ab. Differenziert eine nationale Norm nicht nach dem Beteiligungsausmaß, ist sie am Maßstab des Art 43 EG (neu Art 49 AEUV) zu prüfen, *soweit* es im konkreten Fall um eine Kontrollbeteiligung geht. In Drittstaatskonstellationen scheidet aber die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit aus. Folglich besteht gar kein grundfreiheitenrechtlicher Schutz. Gleiches gilt für Regelungen, die ausschließlich auf Kontrollbeteiligungen abstellen: Hier ist die Regelung von vornherein nur auf die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit zu prüfen. Soweit von einer Regelung eine Portfoliobeteiligung betroffen ist, kommt der Maßstab des Art 56 EG (neu Art 63 AEUV) zum Tragen. Dieser Maßstab ist auch für Drittstaatskonstellationen maßgebend. Nur insoweit kommt es dann zu einer Verdrängung der nationalen Norm¹¹.

III. Die Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes

Zorn hat überzeugend dargelegt, dass sich die Rechtsprechung des EuGH mit jener Auffassung vereinbaren lässt, nach der es auf den konkreten Sachverhalt ankommt¹². In der Literatur wird zwar eingewendet, dass die Urteile *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *Lasertec* und *Holböck* dem entgegenstehen¹³. Dies lässt sich jedoch entkräften: In *Test Claimants in the FII Group Litigation* war nicht auszuschließen, dass einzelne Fälle des Ausgangsverfahrens auch bloß geringfügige Beteiligungen betrafen. Der EuGH hat daher die Vorlagefragen zutreffend sowohl in Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit als auch die Kapitalverkehrsfreiheit beantwortet¹⁴. In *Lasertec* ging es um eine Regelung, die eine mehr als 25%ige Beteiligung oder aber sonst „einen beherrschenden Einfluss auf die

⁸ Zorn, EG-Grundfreiheiten und dritte Länder, in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 211 (216 ff.); *Kofler*, Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbeteiligungen und Drittstaaten, taxlex 2008, 326 (329 f.); *Benecke*, EU: Kapitalverkehrsfreiheit oder Niederlassungsfreiheit? – Aktuelles zu Kontrollbeteiligungen und Drittstaatsdividenden, IStR-Länderbericht 2009, 49; Zorn, Nochmals: Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaatsdividenden, IStR 2010, 190 (191 ff). Siehe zu dieser Diskussion ausführlich *Hohenwarter*, Verlustverwertung im Konzern (2010) 66 ff.

⁹ Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 215.

¹⁰ Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 215.

¹¹ Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 218.

¹² Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 219 ff; zuletzt *derselbe*, IStR 2010.

¹³ *Köhler/Tippelhofer*, IStR 2007, 646 ff.

¹⁴ Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 219.

Kapitalgesellschaft“ voraussetzt. Der EuGH erachtete die Kapitalverkehrsfreiheit nicht für anwendbar. Zwar könnte man angesichts der deutschen Rechtslage, die bei einer mehr als 25%igen Beteiligung *jedenfalls* anwendbar war, daran zweifeln, dass die Regelung nur für Beteiligungen galt, die es „ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Beteiligungsgesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen“. Denn ein beherrschender Mehrheitsgesellschafter, der über fast 75 % der Anteile verfügt, könnte den Einfluss des wesentlich beteiligten Minderheitsgesellschafters in engen Grenzen halten. Entscheidend ist aber, dass der EuGH davon ausgegangen ist, dass die nationale Vorschrift nur *Sachverhalte* treffen kann, in denen die von ihm aufgestellte Voraussetzung gegeben ist¹⁵. Daher ist für die hier diskutierte Frage nichts daraus zu gewinnen, dass sich der EuGH auf den „Gegenstand“ der Rechtsvorschrift berief¹⁶. Zusätzlich hat der EuGH auch ausdrücklich auf den konkreten Sachverhalt abgestellt¹⁷: „Überdies geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Darlehensgeberin Lasertec zwei Drittel des Stammkapitals der Klägerin, also der Darlehensnehmerin, hält. Eine solche Beteiligung verschafft Lasertec unbestreitbar einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen und Tätigkeiten der Klägerin (vgl. entsprechend Urteil Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Randnr. 32).“ In *Holböck*, wo es um eine Beteiligung von zwei Dritteln ging, hat der EuGH schließlich die Unionsrechtswidrigkeit aufgrund der Maßgeblichkeit der Stillstandsklausel des Art 57 EG (neu Art 64 AEUV) verneint¹⁸, es aber – worauf *Hohenwarter/Plansky* zutreffend hingewiesen haben¹⁹ – offen gelassen, ob die Kapitalverkehrsfreiheit überhaupt anwendbar gewesen wäre. Erst jüngst wurde auch die englischsprachige Fassung der Urteilsbegründung korrigiert, sodass nunmehr alle Sprachfassungen an der entscheidenden Stelle den Konjunktiv verwenden. Zwar hätte eine eindeutige Stellungnahme zugunsten der These von der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes mehr Klarheit geschaffen. Als Beleg dafür, dass der EuGH der These von der Maßgeblichkeit der nationalen Rechtsvorschrift folgt, lässt sich dieses Urteil aber nicht ins Treffen führen.²⁰

Das Urteil *Burda* ist nach den Entscheidungen ergangen, die – zu Unrecht – als Belege dafür genannt werden, dass der EuGH der These von der Maßgeblichkeit der nationalen Rechtsvorschrift folgen würde. Der EuGH hat in *Burda* an seiner Auffassung keinen Zweifel gelassen²¹: „Der Vorlageentscheidung zufolge werden die Anteile an Burda, die in Deutschland ansässig ist, zu 50 % von einer gebietsfremden Gesellschaft – RCS – gehalten. Eine so hohe Beteiligung am Grundkapital von Burda verleiht RCS grundsätzlich das Recht, einen sicheren und entscheidenden Einfluss auf die Tätigkeit ihrer Tochtergesellschaft im Sinne der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung auszuüben. [...] Außerdem können nationale Rechtsvorschriften wie die im Ausgangs-

¹⁵ Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 222.

¹⁶ EuGH 10. 5. 2007, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775, Rn. 19.

¹⁷ EuGH 10. 5. 2007, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775, Rn. 23.

¹⁸ EuGH 24. 5. 2007, Rs. C-157/05, *Holböck*, Slg. 2007, I-4051, Rn. 31 ff.

¹⁹ *Hohenwarter/Plansky*, Die Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten im Lichte der Rechtssache *Holböck*, SWI 2007, 346 (352).

²⁰ So auch *Hohenwarter*, Verlustverwertung im Konzern (2010) 72 ff.

²¹ EuGH 26. 6. 2008, Rs. C-284/06, *Burda*, Slg. 2008, I-4571, Rn. 70 ff.

verfahren streitigen, deren Anwendung nicht vom Umfang der Beteiligung der die Dividenden beziehenden Gesellschaft an der ausschüttenden Gesellschaft abhängt, sowohl unter Art. 43 EG über die Niederlassungsfreiheit als auch unter Art. 56 EG über den freien Kapitalverkehr fallen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Randnr. 36). [...] Dazu ist jedoch festzustellen, dass das Ausgangsverfahren ausschließlich die Auswirkungen der dort streitigen nationalen Rechtsvorschriften auf die Situation einer gebietsansässigen Gesellschaft betrifft, die Dividenden an Anteilseigner ausgeschüttet hat, deren Beteiligung ihnen einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft verschafft und es ihnen ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen (vgl. in diesem Sinne Urteil *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Randnr. 38). [...] Bei dieser Sachlage sind auf einen Rechtsstreit wie das Ausgangsverfahren die Bestimmungen des EG-Vertrags über die Niederlassungsfreiheit anwendbar. [...] Falls die Anwendung der Bestimmungen des Körperschaftsteuergesetzes 1996 zu Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs führen sollte, wären solche Auswirkungen nach der Rechtsprechung jedenfalls die unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und rechtfertigten keine eigenständige Prüfung der Regelung im Hinblick auf Art. 73b EG-Vertrag [...].“

Die jüngste Rechtsprechung des EuGH steht – wenn man von einer unten näher zu beleuchtenden Entscheidung absieht – ausnahmslos auf dem Boden der Auffassung von der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes. Als Beispiel dafür kann *KBC Bank* dienen²²: „Insoweit ist daran zu erinnern, dass für die Beantwortung der Frage, ob eine nationale Regelung unter die eine oder unter die andere Verkehrsfreiheit fällt, nach gefestigter Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden nationalen Regelung abzustellen ist (vgl. Urteil vom 24. Mai 2007, *Holböck*, C-157/05, Slg. 2007, I-4051 Randnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung). [...] Außerdem können nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nationale Rechtsvorschriften, deren Anwendung nicht vom Umfang der Beteiligung der die Dividenden beziehenden Gesellschaft an der ausschüttenden Gesellschaft abhängt, sowohl unter Art. 43 EG betreffend die Niederlassungsfreiheit als auch unter Art. 56 EG betreffend den freien Kapitalverkehr fallen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Randnr. 36, und vom 26. Juni 2008, *Burda*, C-284/06, Slg. 2008, I-4571, Randnr. 71). [...] Sofern es sich jedoch um Beteiligungen handelt, die ihrem Inhaber einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betroffenen Gesellschaften verschaffen und es ihm ermöglichen, deren Tätigkeiten zu bestimmen, finden die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit Anwendung (Urteil *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Randnr. 81).“

Die These von der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes findet auch in *Aberdeen* ihre Bestätigung²³: „Im Ausgangsverfahren ist dem Vorlagebeschluss zufolge davon auszugehen, dass die die Dividenden empfangende Gesellschaft 100 % der Anteile der ausschüttenden Gesellschaft hält, aber nicht als eine Gesellschaft im Sinne von Art. 2 der genannten Richtlinie anzusehen ist. [...] Daher ist festzustellen, dass der Ausgangsrechts-

²² EuGH 4. 6. 2009, Rs. C-439/07 und 499/07, *KBC Bank und Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, noch nicht in der Slg., Rn. 68 ff.

²³ EuGH 18. 6. 2009, Rs. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, noch nicht in der Slg., Rn. 32 ff.

streit ausschließlich die Auswirkungen der dort streitigen nationalen Rechtsvorschriften auf die Situation einer gebietsansässigen Gesellschaft betrifft, die Dividenden an Anteilseigner ausschüttet, die aufgrund ihrer Beteiligung einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft haben und deren Tätigkeiten bestimmen können (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. Dezember 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, Slg. 2006, I-11753, Randnr. 38, und vom 26. Juni 2008, *Burda*, C-284/06, Slg. 2008, I-4571, Randnr. 72). [...] Nach ständiger Rechtsprechung finden die Bestimmungen des Vertrags über die Niederlassungsfreiheit dann Anwendung, wenn eine Gesellschaft eine Beteiligung an einer anderen Gesellschaft hält, die ihr einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der anderen Gesellschaft verschafft und es ihr ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen (vgl. u. a. Urteile *Cadbury Schweppes* und *Cadbury Schweppes Overseas*, Randnr. 31, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Randnr. 39, vom 13. März 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Randnr. 27, vom 18. Juli 2007, *Oy AA*, C-231/05, Slg. 2007, I-6373, Randnr. 20, und *Burda*, Randnr. 69). [...] Sollten die im Ausgangsverfahren streitigen Rechtsvorschriften zu Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs führen, wären derartige Auswirkungen die unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und rechtfertigen daher keine eigenständige Prüfung der Rechtsvorschriften im Hinblick auf Art. 56 EG (vgl. in diesem Sinne Urteile *Cadbury Schweppes* und *Cadbury Schweppes Overseas*, Randnr. 33, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Randnr. 34, und *Oy AA*, Randnr. 24).“

Für die These von der Maßgeblichkeit der nationalen Rechtsvorschrift scheint auf den ersten Blick zu sprechen, dass sie die teleologische Argumentation in den Vordergrund rückt: Es käme darauf an, ob die nationale Rechtsvorschrift *nach ihrem Zweck* bloß auf die Erfassung von Beteiligungen, die einen sicheren Einfluss vermitteln, gerichtet wäre oder Beteiligungen unabhängig vom Ausmaß erfassen soll²⁴. So sehr eine auf den Telos einer Regelung abzielende Argumentation reflexartig Sympathien bei den meisten Interpreten weckt, so wenig ist sie im vorliegenden Zusammenhang hilfreich: Nach ihrem Zweck sollen nationale Regelungen, die Beteiligungen unterschiedslos erfassen, eben in Teilen ihres Anwendungsbereichs für Beteiligungen gelten, die es „ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Beteiligungsgesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen“, während sie in anderen Teilen ihres Anwendungsbereichs die anderen Fälle erfassen sollen. Ein einheitlicher „Zweck“ der Vorschrift lässt sich aus diesem Blickwinkel gerade nicht festmachen.

Käme es ausschließlich auf den Anwendungsbereich der nationalen Vorschrift an, wären absurde Ergebnisse die Konsequenz: Eine Regelung, die für ausländische Beteiligungen jeglichen Ausmaßes eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführt, würde *insgesamt* unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen. Würde der Gesetzgeber aber – aus welchen Gründen auch immer – zwei getrennte Regelungen erlassen, die jedoch dieselbe Rechtsfolge herbeiführen, und würde eine Regelung für mehr als 50%ige Beteiligungen und die andere für alle kleineren Beteiligungen zum Tragen kommen, fielen jene für die qualifizierten Be-

²⁴ So *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 114; *O’Shea*, TNI 2007, 1133.

teiligungen maßgebende Regelung ausschließlich unter die Niederlassungsfreiheit, während auf die andere Regelung die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar wäre. Im Verhältnis zu Drittstaaten hinge es von legistischen Zufällen ab, inwieweit der Schutzbereich der Grundfreiheiten reicht. Ein Mitgliedstaat, der Auslandsbeteiligungen unabhängig vom Beteiligungsausmaß unterschiedslos behandeln will, könnte seine Regelungen zumindest teilweise vor dem mit den Wirkungen der Kapitalverkehrsfreiheit verbundenen Anwendungsvorrang schützen, wenn er den Rechtsstoff auf Regelungen für qualifizierte und andere Beteiligungen verteilt²⁵.

Selbst wenn man im erwähnten Beispielsfall aufgrund der identischen Rechtsfolge dennoch von einer einzigen Norm ausgeht, sind Konstellationen denkbar, in denen sich ein Mitgliedsstaat der – nach der Auffassung von der Maßgeblichkeit der nationalen Norm an sich gegebenen – Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit entziehen könnte: Wenn Inlandsdividenden zu einem 25%igen Einkommensteuersatz erfasst werden, Auslandsbeteiligungen zwar generell einem 50%igen Steuersatz unterworfen sind, im Falle der erwähnten qualifizierten Beteiligungen aber ein um wenige Promillepunkte höherer Satz zum Tragen kommt, ist auf dem Boden der Auffassung von der Maßgeblichkeit der nationalen Rechtsvorschrift die Kapitalverkehrsfreiheit auf diese qualifizierten Beteiligungen nicht anwendbar.

Die meisten jener Urteile, in denen sich der EuGH genötigt sah zu entscheiden, ob und welche Grundfreiheit hinter eine andere zurücktritt, sind in Vorabentscheidungsverfahren ergangen. In derartigen Verfahren steht nicht die nationale Regelung unmittelbar am Prüfstand des EuGH. Vielmehr unterscheidet der EuGH sorgfältig zwischen seiner eigenen Zuständigkeit zur Auslegung des Unionsrechts einerseits und der Zuständigkeit des vorliegenden Gerichts andererseits, das dann aus dem Urteil des EuGH die Konsequenzen für die nationale Rechtslage zu ziehen hat²⁶. Dementsprechend entscheidet der EuGH in Vorabentscheidungsverfahren niemals selbst über die Unionsrechtswidrigkeit von Regelungen der Mitgliedsstaaten. Ist die Frage des vorlegenden Gerichts dennoch auf die Unionsrechtswidrigkeit einer bestimmten nationalen Regelung gerichtet, formuliert der EuGH diese Frage regelmäßig um und beschreibt lediglich *den Inhalt* der im Ausgangsverfahren maßgebenden Regelung, wie sie ihm vom nationalen Gericht mitgeteilt wurde²⁷. Entscheidend ist dabei aber, dass es nur auf die Rechtsfolgen ankommt, die für das Ausgangsverfahren nach Auffassung des vorlegenden Gerichts maßgebend sind. Geht es also zB in einem Vorabentscheidungsverfahren um eine 75%ige Auslandsbeteiligung, ist lediglich erheblich, welche Rechtsfolge für derartige Beteiligungen vorgesehen ist. Ob dieselbe Rechtsfolge auch für einprozentige oder 100%ige Auslandsbeteiligungen zum Tragen kommt, kann zwar für die Beurteilung von Bedeutung sein, ob etwa die vom Mitgliedsstaat behauptete Kohärenz seiner Regelung tatsächlich gegeben ist. Von den unmittelbaren Wirkungen des

²⁵ Ähnlich Zorn, in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), *Steuern im Gemeinschaftsrecht*, FS Nolz (2008) 216.

²⁶ EuGH 28. 3. 1979, Rs. 222/78, *ICAP*, Slg. 1979, I-1163, Rn. 10 ff.; EuGH 15. 3. 2003, Rs. C-282/00, *RAR/Sinaga*, Slg. 2003, I-4741, Rn. 47. Vgl auch Thiele, *Europäisches Prozessrecht* (2007) § 9 Rz. 31; Dammann, *Materielles Recht und Beweisrecht im System der Grundfreiheiten* (2007) 10, FN 6 m.w.N.

²⁷ Borchardt in *Lenz/Borchardt* (Hrsg.), *EU- und EG-Vertrag*⁴ (2006) Art. 234 Rz. 20.

Urteils ist aber nur der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens umfasst. Der EuGH prüft zwar nicht nach, ob der vom vorlegenden Gericht angenommene Sachverhalt sich tatsächlich so ereignet hat, wie ihm dies dargelegt wurde. Ist aber erkennbar, dass es sich um „ein Problem hypothetischer Natur“ oder um konstruierte Fragestellungen handelt, die im Ausgangsverfahren keine Rolle spielen, verweigert der EuGH regelmäßig die Antwort²⁸. Würde daher ein nationales Gericht, das nur über den Fall einer 75%igen Auslandsbeteiligung zu entscheiden hat und dies auch entsprechend offenlegt, dem EuGH zusätzlich auch die Vorlagefrage stellen, ob sich an der vom EuGH vorgenommenen Beurteilung etwas änderte, wenn die Beteiligung bloß 1 % ausmacht, ist nicht anzunehmen, dass der EuGH sich mit dieser zusätzlichen Frage auseinandersetzt. Der meist recht allgemein gehaltene Tenor eines in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangenen EuGH-Urteils muss immer im Zusammenhang mit dem Ausgangssachverhalt gesehen werden: Schon die sachgerechte Beantwortung einer Vorlagefrage bedarf nicht nur der Einbeziehung des Inhalts der einschlägigen Regeln des nationalen Rechts, sondern auch des Sachverhaltes²⁹. Ebenso wird der Tenor eines EuGH-Urteils oft erst vor dem Hintergrund des Ausgangssachverhaltes völlig verständlich³⁰. Wenngleich EuGH-Urteilen auch bestimmte erga-omnes-Wirkungen zukommen³¹, ist von der Bindungswirkung des in einem Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils in erster Linie der Ausgangssachverhalt umfasst.

Ganz anders ist die Situation in Vertragsverletzungsverfahren. Hier gibt es keinen Ausgangssachverhalt wie im Vorabentscheidungsverfahren. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Kommission aufgrund eines Falles eines konkreten Steuerpflichtigen oder durch dessen Anregung auf die mögliche Vertragsverletzung aufmerksam wurde. Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens ist der Antrag der Kommission auf Feststellung, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat³². Bewirkt die Regelung eines Mitgliedstaates die Vertragsverletzung, muss diese zu dem von der Kommission vorzulegenden Sachverhalt gehören. Der schon im Vorverfahren abgegrenzte Streitgegenstand darf nachträglich nicht geändert oder erweitert werden. Es ist daher kein Zufall, dass die Frage, ob und inwieweit eine Grundfreiheit gegenüber einer anderen zurücktritt, sich in Vertragsverletzungsverfahren nur selten stellt. Oft nimmt der EuGH einen Verstoß gegen zwei oder mehrere Grundfreiheiten an³³. Dies lässt sich dadurch erklären,

²⁸ EuGH 11. 3. 1980, Rs. 104/79, *Foglia/Novella I*, Slg. 1980, 745, Rn. 10 ff.; EuGH 16. 12. 1981, Rs. 244/80, *Foglia/Novella II*, Slg. 1981, 3045, Rn. 18 ff.; EuGH 16. 7. 1992, Rs. C-83/91, *Meilicke*, Slg. 1992, I-4871, Rn. 32; EuGH 18. 11. 1999, Rs. C-200/98, *X und Y*, Slg. 1999, I-8261, Rn. 20.

²⁹ *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH² (2004) 85.

³⁰ *Lang*, Getränkesteuer und Rechtskraftdurchbrechung, ÖStZ 2006, 517 (519). Vgl auch *Lang*, Doppelte Verlustberücksichtigung und Gemeinschaftsrecht – am Beispiel der Betriebsstättengewinnermittlung, IStR 2006, 550 (551).

³¹ *Lang*, ÖStZ 2006, 521.

³² *Burgi* in *Rengeling/Middeke/Gellermann* (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union² (2003) § 6 Rz. 32 f.; *Cremer* in *Callies/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV³ (2007) Art. 226 Rn. 27; *Thiele*, Europäisches Prozessrecht (2007) § 5 Rz. 8.

³³ Vgl aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EuGH 7. 7. 2002, Rs. C-279/00, *Kommission/Italien*, Slg. 2002, I-1425; EuGH 26. 1. 2006, Rs. C-514/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-963; EuGH 13. 12. 2007, Rs. C-465/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-11091; EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Slg. 2007, I-6251.

dass der Anwendungsbereich der nationalen Vorschrift, die die Vertragsverletzung bewirkt hat, je nach den unter sie zu subsumierenden Sachverhalten von verschiedenen Grundfreiheiten umfasst sein kann. Die von der nationalen Vorschrift erfassten Sachverhalte können daher unter unterschiedliche Grundfreiheiten fallen. Da es nicht um eine spezifische Konstellation eines Steuerpflichtigen geht, liegt es auf der Hand, dass die nationale Regelung gegen mehrere Grundfreiheiten verstoßen kann. Im Vorabentscheidungsverfahren, dem regelmäßig der Fall eines konkreten Steuerpflichtigen und damit ein bestimmter Ausgangssachverhalt zugrunde liegt und in dem daher auch häufiger nur eine Grundfreiheit maßgebend ist, ist es dagegen möglich und geboten, diese Grundfreiheit zu eruieren. Dies zeigt, dass der Verstoß gegen eine Grundfreiheit immer vor dem Hintergrund der Situation des jeweiligen Steuerpflichtigen zu beurteilen ist, dass aber nur das Vorabentscheidungsverfahren die Berücksichtigung eines Ausgangssachverhaltes zulässt, während das Vertragsverletzungsverfahren im Regelfall die nationale Vorschrift selbst zum Gegenstand hat: Die nationale Vorschrift kann in unterschiedlichen Teilbereichen ihres Anwendungsbereiches unter unterschiedliche Grundfreiheiten fallen und es ist nicht notwendig festzulegen, unter welchen Voraussetzungen welche Grundfreiheit maßgebend ist.

IV. Glaxo Wellcome

Interessant ist vor diesem Hintergrund das am 17. 9. 2009 ergangene EuGH-Urteil *Glaxo Wellcome*³⁴. Die mit diesem Vorabentscheidungsersuchen erbetene Auslegung betraf Steuervorschriften im Rahmen einer inländischen Regelung zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bei der Ausschüttung von Dividenden durch eine gebietsansässige Gesellschaft an ihre Anteilseigner. Es ging um die Frage, ob ein Mitgliedstaat für einen gebietsansässigen Steuerpflichtigen die Möglichkeit beschränken kann, von seinen steuerpflichtigen Gewinnen die Verluste abzuziehen, die mit der Teilwertabschreibung auf Beteiligungen zusammenhängen, die er an einer gebietsansässigen Gesellschaft hält, wenn er seine Anteile bei einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anteilseigner erworben hat. Im Ausgangssachverhalt ging es um eine komplexe Umstrukturierung der Glaxo-Wellcome-Gruppe, deren Gesellschaften in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind³⁵. Nach den anwendbaren deutschen Vorschriften konnte ein in Deutschland ansässiger Anteilseigner, der von einer ebenfalls dort ansässigen Gesellschaft eine Dividende erhält, von seinem steuerpflichtigen Einkommen nicht nur dank einer Steuergutschrift die Steuer abziehen, die die ausschüttende Gesellschaft bereits auf ihren Gewinn entrichtet hat, sondern auch die Gewinnminderung, die mit der niedrigeren Bewertung seiner Anteile verbunden ist. Die Steuergutschrift war grundsätzlich nur gebietsansässigen Anteilseignern vorbehalten. Diese Regelung konnte jedoch umgangen werden, um Anteilseignern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig und in diesem

³⁴ EuGH 17. 9. 2009, Rs. C-182/08, *Glaxo Wellcome*, noch nicht in der Slg.

³⁵ Dazu Hey, Germany II: The Glaxo Wellcome, STEKO, Ernst & Young and Krankenhaus Ruhesitz Cases, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer (Hrsg.), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2008) 169 (173 f.).

Mitgliedstaat nicht steuerpflichtig sind, zu ermöglichen, zu Unrecht diese Steuervergünstigung zu erhalten. Um diese Praktik zu bekämpfen, hat Deutschland die streitige Steuermaßnahme erlassen.

Der EuGH legte zunächst die Voraussetzungen der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit dar und stellte dann zur anwendbaren Grundfreiheit folgende Überlegungen an³⁶: „Wie aus den Erklärungen der deutschen Regierung hervorgeht, soll die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung u. a. dann zur Anwendung kommen, wenn ein gebietsfremder Anteilseigner mehrere in Deutschland ansässige Tochtergesellschaften beherrscht und die Anteile an einer dieser Gesellschaften an eine andere von ihnen verkauft. [...] Die Anwendung dieser Regelung hängt jedoch nicht vom Umfang der vom gebietsfremden Anteilseigner erworbenen Beteiligungen ab und beschränkt sich nicht auf Situationen, in denen der Anteilseigner einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betreffenden Gesellschaft ausüben und deren Tätigkeiten bestimmen kann. [...] Da zudem das Ziel der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung darin besteht, gebietsfremde Anteilseigner daran zu hindern, einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen, der unmittelbar durch Anteilsveräußerungen entsteht, die möglicherweise allein zum Zweck der Erlangung dieses Vorteils erfolgen und nicht zum Zweck oder infolge der Ausübung der Niederlassungsfreiheit, ist davon auszugehen, dass der den freien Kapitalverkehr betreffende Aspekt der Regelung Vorrang vor dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit hat. [...] Sollte diese Regelung zu Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit führen, wären derartige Auswirkungen folglich die unvermeidliche Folge einer eventuellen Beschränkung des freien Kapitalverkehrs und rechtfertigten damit keine eigenständige Prüfung der Regelung im Hinblick auf Art. 52 EG-Vertrag (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Oktober 2004, Omega, C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Randnr. 27, Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas, Randnr. 33, Fidium Finanz, Randnr. 48, und Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Randnr. 34). [...] Die im Ausgangsverfahren fragliche Regelung ist demnach ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen.“

Der EuGH stützt sich somit auf zwei Begründungslinien: In erster Linie war für den EuGH entscheidend, dass die Anwendung der Regelung nicht vom Umfang der erworbenen Beteiligungen abhängt und sich nicht auf Situationen beschränkt, in denen der Anteilseigner einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betreffenden Gesellschaft ausüben und deren Tätigkeiten bestimmen kann. Offenbar ist dieses Urteil von der Auffassung von der Maßgeblichkeit der nationalen Rechtsvorschrift und nicht von jener von der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes geprägt. Der EuGH bietet für diese Auffassung aber keine Begründung, obwohl er in anderen Urteilen ausdrücklich die gegenteilige Position vertreten hat und die hier dargelegten Argumente gegen den in *Glaxo Wellcome* bezogenen Standpunkt sprechen.

Die zweite Begründungslinie liegt im Ziel der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung, das darin besteht, gebietsfremde Anteilseigner daran zu hindern, einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen, der unmittelbar durch Anteilsveräußerungen entsteht,

³⁶ EuGH 17. 9. 2009, Rs. C-182/08, *Glaxo Wellcome*, noch nicht in der Slg., Rn. 48 ff.

die möglicherweise allein zum Zweck der Erlangung dieses Vorteils erfolgen und nicht zum Zweck oder infolge der Ausübung der Niederlassungsfreiheit. Der EuGH unterscheidet somit zwischen Anteilsveräußerungen mit dem Zweck, „einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen“ und „zum Zweck oder infolge der Niederlassungsfreiheit“. In dem vom EuGH ausdrücklich zitierten Urteil *Cadbury Schweppes* ist der EuGH aber gerade zum Ergebnis gekommen, dass auch das Ziel, einen Steuervorteil zu erlangen, nicht die Anwendung der Niederlassungsfreiheit ausschließt³⁷: „Bevor die Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften im Hinblick auf die Artikel 43 EG und 48 EG geprüft werden, ist auf die vorab vom vorlegenden Gericht aufgeworfene Frage zu antworten, ob es einen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn eine Gesellschaft mit Sitz in einem Mitgliedstaat Gesellschaften in einem anderen Mitgliedstaat zu dem alleinigen Zweck gründet und mit Kapital ausstattet, in den Genuss eines dort geltenden günstigeren Steuersystems zu gelangen. [...] Zwar dürfen die Angehörigen eines Mitgliedstaats nicht versuchen, sich der Anwendung ihres nationalen Rechts unter Missbrauch der durch den Vertrag geschaffenen Erleichterungen zu entziehen. Sie können sich nicht missbräuchlich oder betrügerisch auf Gemeinschaftsvorschriften berufen (Urteile vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78, *Knoors*, Slg. 1979, 399, Randnr. 25, vom 3. Oktober 1990 in der Rechtssache C-61/89, *Bouchoucha*, Slg. 1990, I-3551, Randnr. 14, und vom 9. März 1999 in der Rechtssache C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 24). [...] Doch darf einem Gemeinschaftsangehörigen, sei er nun eine natürliche oder eine juristische Person, nicht schon allein deshalb die Möglichkeit, sich auf die Bestimmungen des Vertrages zu berufen, genommen werden, weil er beabsichtigt hat, von der in einem anderen Mitgliedstaat als dem seiner Ansässigkeit geltenden vorteilhaften Steuerrechtslage zu profitieren (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-364/01, *Barbier*, Slg. 2003, I-15013, Randnr. 71). [...] Was die Niederlassungsfreiheit betrifft, so hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem Mitgliedstaat mit dem Ziel gegründet worden ist, in den Genuss vorteilhafterer Rechtsvorschriften zu kommen, für sich allein nicht ausreicht, um auf eine missbräuchliche Ausnutzung dieser Freiheit zu schließen (vgl. in diesem Sinne Urteile *Centros*, Randnr. 27, und vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-167/01, *Inspire Art*, Slg. 2003, I-10155, Randnr. 96). [...] Der Umstand, dass die CS sich im vorliegenden Fall dafür entschieden hat, die CSTS und die CSTI eingeständenermaßen mit dem Ziel im IFSC anzusiedeln, in den Genuss der günstigen Steuerregelung zu kommen, die eine solche Niederlassung verschafft, begründet demnach, wie die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und die belgische Regierung sowie in der Sitzung die zyprische Regierung betont haben, als solcher keinen Missbrauch. Dies schließt daher nicht aus, dass sich die CS auf die Artikel 43 EG und 48 EG berufen kann (vgl. in diesem Sinne Urteile *Centros*, Randnr. 18, und *Inspire Art*, Randnr. 98).“

In *Cadbury Schweppes* hat die britische Regierung ebenfalls vorgetragen, „dass die Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften den Kampf gegen eine besondere Form der Steuerumgehung bezweckten, die darin bestehe, dass eine ansässige

³⁷ EuGH 12. 9. 2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 34 ff.

Gesellschaft künstlich Gewinne aus dem Mitgliedstaat, in dem diese erzielt worden seien, dadurch in einen Staat mit niedrigem Besteuerungsniveau verlagere, dass sie dort eine Tochtergesellschaft gründe und dass sie Rechtsgeschäfte tätige, die hauptsächlich dazu bestimmt seien, eine solche Verlagerung zugunsten dieser Tochtergesellschaft herbeizuführen.³⁸ Während der EuGH sich in *Cadbury Schweppes* mit diesem Vorbringen kritisch auseinandergesetzt hat und zum Ergebnis gekommen ist, dass die britische Regelung in Hinblick auf dieses Ziel überschießend ausgestaltet ist³⁹, hat der EuGH in *Glaxo Wellcome* dasselbe Argument ungeprüft übernommen und zum Anlass genommen, die Anwendung der Niederlassungsfreiheit zu versagen⁴⁰.

Der Generalanwalt ist in seinen Schlussanträgen zwar zum selben Ergebnis gekommen, allerdings mit einer im Kern völlig anderen Begründung⁴¹. „Die Prüfung des Sachverhalts der vorliegenden Rechtssache zeigt, dass die betreffenden Unternehmen mit ihrem Vorgehen keinesfalls das Ziel verfolgten, die Kontrolle über das ausschüttende Unternehmen zu erlangen. Dieses Vorgehen erfolgte vielmehr im Rahmen von Kapitalbewegungen innerhalb eines Unternehmenskonzerns, dessen Entscheidungsprozesse nach der Veräußerung der Anteile nicht geändert worden sind. Im Übrigen will das deutsche System Praktiken bekämpfen, die darauf gerichtet sind, durch den Kauf und anschließenden Wiederverkauf von Anteilen einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen. [...] Ich bin der Ansicht, dass unter diesen Umständen die Vereinbarkeit der in Rede stehenden Steuermaßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die Vorschriften des Vertrags über den freien Kapitalverkehr zu prüfen ist.“

Neben dem vom EuGH schließlich übernommenen Argument, wonach die deutsche Regelung Praktiken bekämpfen will, die darauf gerichtet sind, einen ungerechtfertigten Steuervorteil zu erlangen, hat der Generalanwalt vor allem auf den konkreten Sachverhalt abgestellt. Im Detail ist diese Begründung zwar fragwürdig, denn der EuGH hat auch sonst die Niederlassungsfreiheit nicht nur dann angewendet, wenn es einem Unternehmen darum gegangen ist, erst die Kontrolle über ein anderes Unternehmen zu erlangen: In *Marks & Spencer, Oy AA* und *Papillon* hat der EuGH die Anwendung der Niederlassungsfreiheit bejaht⁴², obwohl jeweils der „Unternehmenskonzern“ zum Zeitpunkt der Verwirklichung des maßgebenden Sachverhaltes bereits bestanden hatte und dessen „Entscheidungsprozesse“ dadurch auch „nicht geändert worden sind“. Es war für die Anwendung der Niederlassungsfreiheit ausreichend, dass die „Beziehungen innerhalb einer Unternehmensgruppe“ betroffen waren⁴³. Die in *Oy AA* gezahlten Konzernbeiträge waren zwar auch Kapitalbewegungen. Die finnische Regelung hatte daher auch die Kapitalver-

³⁸ EuGH 12. 9. 2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 48.

³⁹ EuGH 12. 9. 2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rn. 49 ff.

⁴⁰ EuGH 17. 9. 2009, Rs. C-182/08, *Glaxo Wellcome*, noch nicht in der Slg., Rn. 50 ff.

⁴¹ GA Bot, Schlussanträge vom 9. 7. 2009 zur Rs. C-182/08, *Glaxo Wellcome*, noch nicht in der Slg., Rn. 88 f.

⁴² EuGH 13. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, I-10866, Rn. 30; EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rn. 20; EuGH 27. 11. 2008, Rs. C-418/07, *Papillon*, Slg. 2008, I-8947, Rn. 15.

⁴³ EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rn. 23.

kehrsfreiheit berührt⁴⁴. Der EuGH hat diese Auswirkungen aber als „unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit“ gesehen, die „keine eigenständige Prüfung der Regelung im Hinblick auf Art. 56 EG“ rechtfertigt⁴⁵. Warum dies im Fall von *Glaxo Wellcome* anders ist, ist nicht ohne Weiteres einsichtig. Der grundlegende Unterschied zwischen den Ansätzen des Generalanwalts und des EuGH in *Glaxo Wellcome* ist aber, dass der Generalanwalt in erster Linie den konkreten Sachverhalt als maßgebend erachtete, während für den EuGH offenbar der Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschrift bedeutend war. Vor dem Hintergrund, dass der EuGH dem Begründungsvorschlag des Generalanwalts nicht folgte, ist noch weniger verständlich, dass der EuGH dies ohne Auseinandersetzung mit den für dessen Auffassung sprechenden Argumenten tat.

V. Würdigung

Das Urteil *Glaxo Wellcome* lässt den Interpreten ratlos zurück⁴⁶: Die bis dahin ergangenen Urteile des EuGH stützen den Befund von *Zorn*, wonach die Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung der Grundfreiheiten trotz mancher Unsicherheiten am Besten mit der Theorie von der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhaltes in Einklang gebracht werden kann⁴⁷. Die in diesem Beitrag angeführten Argumente zum Wesen des Vorabentscheidungsverfahrens untermauern, dass diese Auffassung auch dogmatisch die überzeugenderen Gründe für sich hat. In *Glaxo Wellcome* hat der EuGH ohne Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung und letztlich ohne Begründung die gegenteilige Position bezogen. Dies ist umso überraschender, als auf Basis dieser Auffassung die Kapitalverkehrsfreiheit auch für Mehrheitsbeteiligungen anwendbar ist, wenn die nationale Rechtsvorschrift nicht nach dem Beteiligungsausmaß differenziert. Im Ergebnis steigt dadurch die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber den anderen Grundfreiheiten, was vor allem für Drittstaatskonstellationen Bedeutung hat. Mit dem sonst konstatierten Trend, wonach der EuGH bestrebt ist, die Mitgliedstaaten von den Fesseln, die ihnen die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit zu Drittstaaten auferlegt, im Zweifel zu befreien⁴⁸, lässt sich dieses Urteil nicht vereinbaren. Weniger denn je besteht nunmehr die Berechtigung, dass Höchstgerichte bei Beurteilung dieser Frage von einer Vorlage an den EuGH absehen.

⁴⁴ EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rn. 24.

⁴⁵ EuGH 18. 7. 2007, Rs. C-231/05, *Oy AA*, Slg. 2007, I-6373, Rn. 24.

⁴⁶ Ebenso *Wunderlich*, Comments, H&I 2009, 11.3, 10 (22).

⁴⁷ *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 219 ff.

⁴⁸ Dazu *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 356 ff.