

# ÖStZ Internationales Steuerrecht

Abkommensrecht, Außensteuerrecht, EU-Recht  
Redaktion: MR Dr. Heinz Jirousek, BMF

## Aus der Rechtsprechung des EuGH: De Baeck: Verbot der Diskriminierung der Veräußerung von Beteiligungen an ausländische Erwerber

2004/  
979  
S. 495

1. Art 43 EC and 48 EC preclude national legislation, such as Art 67(8) and 67 ter of the Belgian income tax code, in the version in force at the material time for the purposes of the main proceedings, pursuant to which gains secured on the assignment for valuable consideration, otherwise than in the exercise of a business activity, of shares or stock in companies, associations, establishments or bodies, attract a charge to tax where the transfer is made to companies, associations, establishments or bodies established in another Member State, whereas, in the same circumstances, those gains are not chargeable to tax where that transfer is made to Belgian companies, associations, establishments or bodies, provided that the shareholding transferred gives its holder definite influence over the company's decisions and allows him to determine its activities.

2. Art 56 EC precludes national legislation, such as that mentioned above, where the shareholding transferred does not give its holder definite influence over the company's decisions or allow him to determine its activities.<sup>1)</sup>

EuGH, Beschluss vom 8. 6. 2004, C-268/03, Jean-Claude De Baeck/Belgische Staat (Vorabentscheidungsersuchen der belgischen Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen)

Univ.-Ass. DDr. Georg Kofler  
LL.M. (New York)

### 1. Rechtlicher Hintergrund und Ausgangssachverhalt

a. Der Beschluss in der Rs De Baeck ist aus mehreren Gründen interessant: Zum einen hielt der EuGH die Rechtsfrage für derart klar, dass er nach Art 104 § 3 seiner Verfahrensordnung nur ein vereinfachtes Verfahren abführte, zum anderen reiht sich der Beschluss in die immer intensiver werdende Rsp zum Verhältnis zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 ff EG und dem direkten Steuerrecht ein<sup>2)</sup>

und trägt auch zur Klärung des Verhältnisses zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit bei.

b. Nach belgischem Steuerrecht ist der Verkauf von Wertpapieren im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung grundsätzlich nicht steuerpflichtig. Eine Ausnahme bestand allerdings für den Fall, dass eine natürliche Person eine wesentliche Beteiligung<sup>3)</sup> an einer belgischen Körperschaft an eine ausländische Körperschaft veräußerte<sup>4)</sup>: Diesfalls unterlag der tatsächlich realisierte Veräußerungsgewinn auch dann einer 16,5%igen Steuer, wenn dieser Verkauf im Rahmen der – von der belgischen Rsp definierten – privaten Vermögensverwaltung erfolgte. Ein typisches Steuermodell in Belgien bestand daher darin, dass die Anteile an eine ei-

1) Zum Zeitpunkt der Drucklegung war die deutsche Fassung des Beschlusses nicht verfügbar.

2) Siehe EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen; EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y; aus jüngster Zeit: EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich (dazu G. Kofler, Kommission/Frankreich: Nachteilige Besteuerung ausländischer Kapitalerträge ist nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar! ÖStZ 2004/484, 199 [199 ff]); EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz (dazu G. Kofler, Lenz: Verbot der Diskriminierung ausländischer Kapitalerträge, ÖStZ 2004/757, 343 [343 ff]); EuGH 15. 7. 2004, C-242/03, Weidert und Paulus (dazu G. Kofler, Weidert und Paulus: Unzulässigkeit der Beschränkung eines Freibetrages auf den Erwerb inländischer Aktien, ÖStZ 2004/897.

3) Definiert als eine direkte oder indirekte Beteiligung einer natürlichen Person oder naher Verwandter von zumindest 25 % während irgendeines Zeitraumes innerhalb der fünf Jahre vor dem Verkauf.

4) Die entsprechende Bestimmung findet sich in Art 90 Abs 9 des belgischen EStG 1992 und war zuvor auf die – im gegenständlichen Urteil relevanten – Art 67 Abs 8 und 67 ter des belgischen EStG 1964 verteilt; siehe Quaghebeur, Belgian Tax on Sales of Substantial Shares Violates EC Treaty, ECJ Says, 35 Tax Notes Int'l 8 (8) (July 5, 2004).

gens errichtete belgische Körperschaft veräußert wurden, um dieser Besteuerung zu entgehen<sup>5)</sup>). Wie der De Beack-Fall zeigt, gelang es allerdings nicht immer, einen ausländischen Erwerber davon zu überzeugen, Anteile via eine belgische Körperschaft zu erwerben: Herr De Baeck veräußerte im Jahr 1989 Beteiligungen an belgischen Versicherungsunternehmen um 45 Mio Euro direkt – also ohne Zwischenschaltung einer belgischen Gesellschaft – an eine französische Gesellschaft. De Baeck beschritt gegen die daraufhin erfolgende Steuervorschreibung betreffend diese Veräußerung den Rechtsweg mit dem Argument, die belgische Regelung diskriminiere abhängig von der Niederlassung des Erwerbers und sei daher gemeinschaftsrechtswidrig. Der Antwerper Gerichtshof erster Instanz legte schließlich dem EuGH eine entsprechende Frage zur Vorabentscheidung vor<sup>6)</sup>.

## 2. Entscheidung des EuGH

a. Wie bereits in der Rs Mertens<sup>6a)</sup> machte der EuGH vom beschleunigten Verfahren nach Art 104 § 3 seiner Verfahrensordnung<sup>7)</sup> Gebrauch. Nach dieser Bestimmung kann der EuGH, sofern eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage mit einer Frage übereinstimmt, „über die der Gerichtshof bereits entschieden hat“, „die Antwort auf eine solche Frage klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden“ kann oder „die Beantwortung der Frage keinen Raum für vernünftige Zweifel“ lässt, nach Einhaltung bestimmter Verfahrensschritte durch begründeten Beschluss entscheiden. Im vorliegenden Fall ging der EuGH davon aus, dass die Antwort auf die Vorlagefrage klar aus der Rsp – dem Urteil in der Rs X und Y<sup>8)</sup> – abgeleitet werden kann.

b. Die Entscheidung selbst konnte der EuGH daher relativ knapp halten<sup>9)</sup>: Er verwies lediglich auf das Urteil in der Rs X und Y<sup>10)</sup>, wonach die dort fragliche nationale Bestimmung dadurch eine Ungleichbehandlung bewirkte, dass dem Übertragenden die Vergünstigung eines Steueraufschubs hinsichtlich des Gewinns aus zu einem ermäßigten Preis übertragenen Aktien dann versagt wurde und er damit den Nachteil geringerer liquider Mittel hinzunehmen hat, wenn die erwerbende Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat ansässig war. Bleibt diese steuerliche Vergünstigung dem Steuerpflichtigen aber deshalb versagt, weil die die Aktien erwerbende Gesellschaft, an der er beteiligt ist, in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, so kann ihn dies von der Wahrnehmung seines Rechts aus Art 43 EG abhalten, über eine Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat geschäftlich tätig zu werden<sup>11)</sup>. Eine solche Ungleichbehandlung stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit jener Steuerpflichtigen dar, die an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt sind, sofern ihnen diese Beteiligung einen Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft ermög-

licht und sie deren Tätigkeiten bestimmen können<sup>12)</sup>. Sollte die Niederlassungsfreiheit jedoch mangels entsprechender Beteiligungshöhe nicht anwendbar sein, stellt die Versagung des Steuervorteils nichtsdestoweniger eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs gem Art 56 EG dar<sup>13)</sup>.

c. Die Versagung des Steuervorteils in der Rs De Baeck ist aber, so der EuGH weiter, noch ausgeprägter als in der Rs X und Y: Während es dort lediglich um einen versagten Steueraufschub und einen damit verbundenen Liquiditätsnachteil ging, erleidet ein Steuerpflichtiger nach den belgischen Regeln eine Besteuerung, wenn er eine Beteiligung an eine ausländische Gesellschaft veräußert, während dies nicht der Fall ist, wenn an eine belgische Gesellschaft veräußert wird<sup>14)</sup>. Wie also klar aus dem Urteil in der Rs X und Y abgeleitet werden kann, führt die Ungleichbehandlung durch die belgische Regelung zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art 43 EG, sofern die veräußerte Beteiligung dem Erwerber entsprechenden Einfluss auf die Beschlüsse der Gesellschaft vermittelt und ihm erlaubt, ihre Aktivitäten zu determinieren<sup>15)</sup>. Sollte dies nicht der Fall sein, stellt diese Ungleichbehandlung insofern eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EG dar, als die Übertragung der Anteile an einen ausländischen Erwerber weniger attraktiv wird<sup>16)</sup>. Da vom vorlegenden Gericht auch keine Rechtfertigungsgründe vorgebracht wurden, hielt es der EuGH für entbehrlich, zu prüfen, ob diese Beschränkungen ein legitimes Ziel verfolgen und aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden könnten<sup>17)</sup>.

## 3. Würdigung

a. Das Ergebnis in De Baeck vermittelt zunächst den Eindruck, die Diskriminierung bestehe darin, dass der belgische Steuerpflichtige aufgrund seiner Wahl, an eine ausländische Gesellschaft zu veräußern, benachteiligt wird. In Wahrheit richtet sich die durch die belgische Regelung verursachte Diskriminierung freilich gegen den ausländischen Erwerber: Würde sich dieser nämlich beim Versuch die Beteiligung zu erwerben einem belgischen Mitbewerber stellen, so müsste er – vereinfacht – sein Kaufanbot entsprechend höher ansetzen, um den belgischen Verkäufer für die dadurch entstandene Steuerlast zu kompensieren, die dieser beim Verkauf an einen belgischen Erwerber nicht zu tragen hätte. Selbst wenn aber der ausländische Erwerber eine belgische Gesellschaft zwischenschalten würde, um einen solchen Nachteil zu vermeiden, würden ihm immerhin Inkorporationskosten etc entstehen, die sein belgischer Mitinteressent nicht zu tragen hätte<sup>18)</sup>. Der EuGH macht entsprechend in seinem Beschluss klar, dass es der ausländische Erwerber ist, den die Diskriminierung trifft. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rsp überrascht es auch wenig, dass sich der Veräußerer, Herr

5) Siehe *Quaghebeur*, ECJ to Examine Belgian Capital Gains Tax on Shareholdings, 32 Tax Notes Int'l 411 (412) (Nov. 3, 2003).

6) Zur Vorlage siehe wiederum *Quaghebeur*, 32 Tax Notes Int'l 411 (411 ff) (Nov. 3, 2003).

6a) Siehe EuGH 12. 9. 2002, C-431/01, Slg 2002, 7073, Mertens.

7) Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 19. 6. 1991, ABl L 176/7 vom 4. 7. 1991.

8) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y.

9) EuGH 8. 6. 2004, C-268/03, De Baeck – Tz 19 bis 27.

10) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y.

11) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y – Tz 36.

12) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y – Tz 37; siehe weiters zB EuGH 13. 4. 2000, C-251/98, Slg 2000, I-2787, Baars – Tz 22 und 28 ff; EuGH 5. 11. 2002, C-208/00, Slg 2002, I-9919, Überseering – Tz 77.

13) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y – Tz 70.

14) EuGH 8. 6. 2004, C-268/03, De Baeck – Tz 24.

15) EuGH 8. 6. 2004, C-268/03, De Baeck – Tz 25.

16) EuGH 8. 6. 2004, C-268/03, De Baeck – Tz 26.

17) EuGH 8. 6. 2004, C-268/03, De Baeck – Tz 27.

18) Dazu *Quaghebeur*, 32 Tax Notes Int'l 411 (413) (Nov. 3, 2003); *Quaghebeur*, 35 Tax Notes Int'l 8 (9 f) (July 5, 2004).

De Baeck, aus eigenem Recht auf diese Diskriminierung berufen konnte<sup>19)</sup>.

**b.** Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit zeigt die Rs De Baeck erneut, dass diese stets nebeneinander anwendbar sein können und in einer Art Komplementärverhältnis zueinander stehen<sup>20)</sup>. Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und freiem Kapitalverkehr ist zunächst auf den engen Zusammenhang beider Grundfreiheiten hinzuweisen, der bereits durch die wechselseitigen Vorbehalte in Art 43 Abs 2 und Art 58 Abs 2 EG deutlich wird<sup>21)</sup>. Der EuGH hat allerdings bereits früher aus dem Wortlaut des Art 43 Abs 2 EG – „Gründung und Leitung von Unternehmen“ – geschlossen, dass ein EG-Angehöriger, „der eine Beteiligung an einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hält, die ihm einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeiten bestimmen kann, von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch“ macht<sup>22)</sup>. Dies ist jedenfalls bei Beteiligungen von zumindest 50 % der Fall<sup>23)</sup>. Die Vorbehalte des Art 43 Abs 2 und Art 58 Abs 2 EG haben allerdings

auch zu Verwirrungen geführt: Nach Art 43 Abs 2 EG gilt die Niederlassungsfreiheit „vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr“; Art 58 Abs 2 EG seinerseits normiert, dass das Kapitel über den Kapitalverkehr „nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit diesem Vertrag vereinbar sind“, berührt. Wörtlich genommen beschränken diese Bestimmungen also wechselseitig ihre jeweilige Anwendbarkeit: Art 43 Abs 2 EG scheint zu implizieren, dass gegen eine nationale Regelung, die mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist, die Niederlassungsfreiheit nicht geltend gemacht werden kann; Art 58 Abs 2 EG könnte umgekehrt so gelesen werden, dass gegen eine nationale Regelung, die mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, nicht die Kapitalverkehrsfreiheit eingewandt werden kann. Überspitzt wäre also argumentierbar, dass der Konflikt einer nationalen Regelung mit einer der beiden Grundfreiheiten durch die Kompatibilität mit der jeweils anderen „geheilt“ würde. Abgesehen davon, dass eine solche Situation aufgrund der zunehmenden Konvergenz der Grundfreiheiten – die sich anschaulich auch im De Baeck Fall zeigte – extrem außergewöhnlich wäre, ergibt sich aus der Rsp des EuGH, dass es für die Annahme eines Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit ungeachtet des Vorbehalts in Art 43 Abs 2 EG offenbar nicht erheblich ist, ob eine steuerliche Regelung infolge der Einschränkungen in Art 58 EG mit der Kapitalverkehrsfreiheit des Art 56 EG vereinbar ist<sup>24)</sup>.

#### 4. Resümee

Die Rs De Baeck bestätigt die Aussagen im Urteil in der Rs X und Y<sup>25)</sup> und zeigt im Wesentlichen, dass eine nachteilige Besteuerung des Veräußerers einer Beteiligung basierend auf der ausländischen Ansässigkeit des Erwerbers nicht mit der Niederlassungs- bzw Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist.

- 19) Siehe etwa EuGH 12. 4. 1994, C-1/93, Slg 1994, I-1137, Halliburton Services (empfangende Körperschaft bei einer Einbringung); EuGH 16. 7. 1998, C-264/96, Slg 1998, I-4695, ICI (Großmuttergesellschaft); EuGH 8. 3. 2001, C-397/98, C-410/98, Slg 2001, I-1727, Metallgesellschaft and Hoechst (Tochtergesellschaft); EuGH 12. 12. 2002, C-324/00, ECR 2002 I-11779, Lankhorst-Hohorst (Tochtergesellschaft); siehe dazu *Cordewener*, Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hohorst GmbH, ET 2003, 102 (104); *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 234 ff.
- 20) Dazu *Lausterer*, X und Y: Neues zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrages, IStR 2003, 19 (20); *Stahl*, Free movement of capital between Member States and third countries, EC Tax Rev. 2004, 47 (48 f).
- 21) Siehe *Flynn*, Coming of Age: The Free Movement of Capital Case Law 1993-2002, CML Rev. 2002, 773 (788 f). Insb ist darauf hinzuweisen, dass die Kapitalverkehrsfreiheit nicht nur den „klassischen“ Kapitalverkehr, sondern zB auch die Errichtung von Tochtergesellschaften und Betriebsstätten umfasst; siehe den Anhang I zur Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. 6. 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl L 178 vom 8. 7. 1988. Die hA geht hier davon aus, dass die in Anhang I der RL enthaltene Nomenklatur den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit indiziert (siehe zB EuGH 16. 3. 1999, C-222/97, Slg 1999, I-1661, *Trummer und Mayer* – Tz 21; EuGH 11. 1. 2001, C-464/98, Slg 2001, I-0173, *Stefan* – Tz 5; weiters EFTA-Gerichtshof 14. 7. 2000, E-1/00, *Íslandsbanki* – Tz 14 ff). Siehe zu dieser Problematik auch *Stahl*, EC Tax Rev. 2004, 47 (48 f).
- 22) EuGH 13. 4. 2000, C-251/98, Slg 2000, I-2787, *Baars* – Tz 20 ff

- 23) Schlussanträge GA *Alber* 24. 9. 2002, C-168/01, *Bosal* – Tz 31 mwN; siehe zum Meinungsstand etwa *Staringer*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (101).
- 24) Ebenso *Lüdicke*, IStR 2000, 341 (341); weitere Argumente bei *Stahl*, EC Tax Rev. 2004, 47 (48 f); siehe auch *Sedlaczek*, Capital and Payments: The Prohibition of Discrimination and Restrictions, ET 2000, 14 (17).
- 25) EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y.