

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
NIILO JÄÄSKINEN  
vom 24. Oktober 2013(1)

**Rechtssache C-80/12**

**Felixstowe Dock and Railway Company Ltd,  
Savers Health and Beauty Ltd,  
Walton Container Terminal Ltd,  
WPCS (UK) Finance Ltd,  
AS Watson Card Services (UK) Ltd,  
Hutchison Whamoa (Europe) Ltd,  
Kruidvat UK Ltd,  
Superdrug Stores plc  
gegen  
The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**

(Vorabentscheidungsersuchen des First-Tier Tribunal [Tax Chamber] of the United Kingdom [Vereinigtes Königreich])

„Auslegung von Art. 43 EG und Art. 48 EG – Niederlassungsfreiheit – Steuerrecht – Körperschaftsteuer – Steuerabzug – Konsortialantrag auf Konzernabzug (Konsortialabzug) – Nationale Regelung, die im Inland die Übertragung von Verlusten von einer Konsortialgesellschaft auf eine andere Gesellschaft ausschließt, die einem Konzern angehört, zu dem eine ‚Bindegliedgesellschaft‘ gehört, die auch Mitglied des Konsortiums ist – Erfordernis der Gebietsansässigkeit der Bindegliedgesellschaft – Diskriminierung aufgrund des Gesellschaftssitzes – Konzern-Muttergesellschaft in einem Drittstaat – Gesellschaftsrechtliche Verbindung über Drittstaaten“

## **I – Einleitung**

1. Im Vereinigten Königreich kann eine Gesellschaft Verluste aus steuerlichen Gründen auf eine andere Gesellschaft übertragen, mit der sie in bestimmter Weise gesellschaftsrechtlich verbunden ist. Diese Vorlage des First-Tier Tribunal (Tax Chamber) betrifft in erster Linie die Frage, ob nach dem Unionsrecht eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit vorliegt, falls eine solche Übertragung von Verlusten nicht möglich ist, wenn die Gesellschaft, die als Bindeglied zwischen (i) der die Verluste übertragenden Gesellschaft und (ii) der übernehmenden Gesellschaft fungiert, in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das nationale Gericht möchte auch wissen, ob der Fall nach dem Unionsrecht anders liegt, wenn die Verbindung zwischen Gesellschaften über Gesellschaften in Drittstaaten verläuft.

2. Die steuerliche Regelung des Konzernabzugs im Vereinigten Königreich gestattet die Übertragung von Verlusten zwischen verschiedenen Gesellschaften innerhalb eines Konzerns(2) und/oder eines Konsortiums(3) und hierdurch die optimale steuerliche Berücksichtigung dieser Verluste, ohne den Konzern oder das Konsortium jedoch steuerlich zu einer wirtschaftlichen Einheit zu konsolidieren(4).

3. Erneut geht es vor dem Gerichtshof um die Frage, ob der Ausschluss bestimmter Steuerpflichtiger von der steuerlichen Regelung des Konzernabzugs im Vereinigten Königreich mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist. In der Rechtssache ICI betraf der Ausschluss von der Konzernabzugsregelung eine inländische Holding-Gesellschaft, die hauptsächlich ausländische Tochtergesellschaften unterhielt, in der Rechtssache Marks & Spencer betraf er ausländische Tochtergesellschaften und in der Rechtssache Philips Electronics UK die im Vereinigten Königreich belegene Betriebsstätte einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft(5).

4. Was auf den ersten Blick im vorliegenden Fall neu erscheint, ist die Tatsache, dass die gesellschaftsrechtlichen Verbindungen über Drittstaaten verlaufen und dass die Konzern-Muttergesellschaft(6) in einem Drittstaat ansässig ist. Diese Frage wird jedoch letztlich im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Regelung des Vereinigten Königreichs mit dem Unionsrecht im vorliegenden Fall möglicherweise keine entscheidende Rolle spielen.

5. Weiterhin hängt die Frage, ob das Unionsrecht berührt ist, zum Teil von der tatsächlichen Ausgangslage im Hinblick auf das Bestehen einer im Vereinigten Königreich üblichen Praxis ab, wonach im Allgemeinen eine Vergütung gezahlt wird, wenn Verluste zwischen Gesellschaften übertragen werden. Der vorliegende Fall beruht nämlich auf der Annahme, dass eine übertragende Gesellschaft benachteiligt wird, wenn sie die Verluste nicht gegen Vergütung auf antragstellende Gesellschaften übertragen kann. Ein solcher wirtschaftlicher Nachteil entsteht nur, wenn die übertragende Gesellschaft einen Liquiditätsnachteil zu tragen hat, weil es ihr nicht möglich ist, die Verluste sofort zu aktivieren, ohne auf spätere Geschäftsjahre warten zu müssen. Erfolgte die Verlustübertragung jedoch ohne Vergütung, wirkten sich aus der Regelung des Vereinigten Königreichs folgende Nachteile lediglich auf Konzernebene und nicht auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft aus.

## **II – Nationales Recht, Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen**

### *A – Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs*

6. Die nationalen Rechtsvorschriften, die im Ausgangsverfahren Anwendung finden, sind solche des Income and Corporation Taxes Act 1988 (Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz von 1988, im Folgenden: ICTA).

7. „Konzern“ ist in Section 413(3) ICTA wie folgt definiert: Zwei Gesellschaften gelten als Mitglieder eines Konzerns, wenn die eine die 75%ige Tochtergesellschaft der anderen ist oder beide 75%ige Tochtergesellschaften einer dritten Gesellschaft sind.

8. Der ICTA sieht zwei Arten von Konzernabzug vor: Konzernanträge auf Konzernabzug (die Gegenstand der Rechtssache Marks & Spencer waren) und Konsortialanträge auf Konzernabzug (im Folgenden: Konsortialabzug) (die Gegenstand der Rechtssachen ICI und Philips Electronics UK waren und Gegenstand der vorliegenden Rechtssache sind).

9. Nach Section 402 ICTA kann ein Abzug für Betriebsverluste und sonstige im Rahmen der Körperschaftsteuer abzugsfähige Beträge von einer Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) übertragen und einer anderen Gesellschaft (antragstellende Gesellschaft) auf Antrag in Form des sogenannten Konzernabzugs gestattet werden. Nach Subsection 3 dieser

Bestimmung kann der Konzernabzug auf einen sogenannten Konsortialantrag hin auch im Fall einer übertragenden Gesellschaft und einer antragstellenden Gesellschaft geltend gemacht werden, u. a. wenn die eine Gesellschaft Mitglied eines Konzerns ist und die andere im Eigentum eines Konsortiums steht und eine weitere Gesellschaft sowohl dem Konzern als auch dem Konsortium angehört.

10. Nach Section 402 (3A) ICTA wird der Konzernabzug nur gewährt, wenn die Voraussetzung nach Subsection 3B, nämlich dass die Gesellschaft im Vereinigten Königreich ansässig oder eine gebietsfremde Gesellschaft ist, die ihre Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich durch eine Betriebsstätte ausübt, sowohl bei der übertragenden als auch bei der antragstellenden Gesellschaft erfüllt ist.

11. Section 406(1) ICTA enthält drei Definitionen. Als „Bindegliedgesellschaft“ wird eine Gesellschaft bezeichnet, die Mitglied eines Konsortiums und Mitglied eines Konzerns ist. Als „Konsortialgesellschaft“ wird im Verhältnis zu einer Bindegliedgesellschaft eine Gesellschaft bezeichnet, die im Eigentum eines Konsortiums steht, dem die Bindegliedgesellschaft als Mitglied angehört. Als „Konzernmitglied“ wird im Verhältnis zu einer Bindegliedgesellschaft eine Gesellschaft bezeichnet, die Mitglied des Konzerns ist, dem auch die Bindegliedgesellschaft als Mitglied angehört, die aber nicht selbst Mitglied des Konsortiums ist, dem die Bindegliedgesellschaft als Mitglied angehört.

12. Nach Section 406(2) ICTA kann „für den Fall, dass die Bindegliedgesellschaft ... einen Konsortialantrag für einen Verlust oder sonstigen abzugsfähigen Betrag für ein maßgebendes Rechnungsjahr einer Konsortialgesellschaft stellen könnte, ein Konzernmitglied den Konsortialantrag stellen, der von der Bindegliedgesellschaft gestellt werden könnte“, und zwar in Höhe desselben Prozentsatzes der übertragenen Verluste, wie ihn die Bindegliedgesellschaft stellen könnte, wenn sie antragstellende Gesellschaft wäre.

13. Nach den Bestimmungen der Sections 402(3A) in Verbindung mit (3B) und 406(2) ICTA muss die Bindegliedgesellschaft für den Konsortialabzug eine im Vereinigten Königreich gebietsansässige Gesellschaft oder eine gebietsfremde Gesellschaft sein, die ihre Geschäftstätigkeit durch eine Betriebsstätte im Vereinigten Königreich ausübt. Mit anderen Worten, die Bindegliedgesellschaft ebenso wie die übertragende und die antragstellende Gesellschaft müssen der Körperschaftsteuer im Vereinigten Königreich unterliegen.

## B – Konzern und Konsortium

14. Im vorliegenden Fall sind „antragstellende Gesellschaften“ die Felixstowe Dock and Railway Company Ltd u. a.(7). Sie gehören alle der Hutchison Whampoa Group an, deren Konzern-Muttergesellschaft die Hutchison Whampoa Ltd ist, eine in Hongkong gegründete und ansässige Gesellschaft, die mittelbar 100 % der Anteile an den antragstellenden Gesellschaften hält(8).

15. „Übertragende Gesellschaft“ ist die Hutchison 3G UK Ltd. Diese stand im 100%igen Eigentum der Hutchison 3G UK Holdings Ltd.

16. Die Hutchison 3G UK Holdings Ltd war die *Konsortialgesellschaft*. Während des maßgebenden Zeitraums stand die Hutchison 3G UK Holdings Ltd im Eigentum eines Konsortiums, das sich aus der Hutchison 3G UK Investments Sàrl, einer in Luxemburg gegründeten und ansässigen Gesellschaft der Hutchison Whampoa Group (zu 50,1 %), drei weiteren, auf den Britischen Jungferninseln gegründeten und ansässigen Gesellschaften der Hutchison Whampoa Group (zu insgesamt 14,9 %) und zwei weiteren, mit der Hutchison Whampoa Group nicht verbundenen Gesellschaften (zu 20 % bzw. 15 %) zusammensetzte.

17. Die Hutchison 3G UK Investments Sàrl war die „*Bindegliedgesellschaft*“, die als Verbindung zwischen dem Konzern und dem Konsortium fungierte. Sie stand im alleinigen

Eigentum der Hutchison Europe Telecommunications Sàrl, einer in Luxemburg gegründeten und ansässigen Gesellschaft(9). Beide Gesellschaften sind mittelbare 100%ige Tochtergesellschaften der Hutchison Whampoa Ltd. Weitere Verbindungen zwischen der Bindegliedgesellschaft und der Hutchison Whampoa Ltd verlaufen über verschiedene zwischengeschaltete in Luxemburg und außerhalb der EU/des EWR (in Hongkong, auf den Britischen Jungferninseln und auf den Kaimaninseln) gegründeten Holding-Gesellschaften.

C – *Ausgangsverfahren und Vorlagefragen*

18. Die übertragende Gesellschaft war geschäftlich als Betreiberin von Mobiltelefonie tätig. Durch den Aufbau ihres Systems entstanden ihr beträchtliche Kosten und somit erhebliche Verluste in ihren ersten Betriebsjahren. Während des maßgebenden Zeitraums stand die übertragende Gesellschaft im Sinne von Section 406(1)(b) ICTA wie vorstehend ausgeführt im Eigentum der Konsortialgesellschaft.

19. Die antragstellenden Gesellschaften, die während desselben Zeitraums Betriebsgewinne erzielt hatten, strebten eine Nutzung der Verluste der übertragenden Gesellschaft an. Laut dem Vorlagebeschluss sollte die übertragende Gesellschaft nach einer Vereinbarung innerhalb der Hutchison Whampoa Group 30 Pence für jedes 1 GBP übertragene Verluste erhalten. Die antragstellenden Gesellschaften waren „Konzernmitglieder“ im Sinne von Section 406(1)(c) ICTA, da sie mittelbare Tochtergesellschaften der Hutchison Whampoa Ltd waren, an denen die letztgenannte Gesellschaft zu mindestens 75 % beteiligt war(10).

20. Die antragstellenden Gesellschaften stellten Anträge auf Konsortialabzug nach Sections 402(3) und 406 ICTA. Ihre Anträge wurden mit der Begründung abgelehnt, dass die Bindegliedgesellschaft (die an diesen Verfahren in keiner Weise unmittelbar beteiligt war) nicht im Vereinigten Königreich, sondern in Luxemburg ansässig sei. Diese könne einem anderen Konzernmitglied im Sinne von Section 406(1) ICTA keinen Anspruch auf Konsortialabzug übertragen, weil sie selbst aufgrund des Ausschlusses in Section 402(3B) hierauf keinen Anspruch habe.

21. Nach Verweisung des Verfahrens an das First-Tier Tribunal (Tax Chamber) hat dieses beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Verstößt in dem Fall, dass

- (1) nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats (wie des Vereinigten Königreichs) eine Gesellschaft (antragstellende Gesellschaft) einen Antrag auf Konzernabzug für die Verluste einer im Eigentum eines Konsortiums stehenden Gesellschaft (Konsortialgesellschaft) unter der Voraussetzung stellen kann, dass eine Gesellschaft, die zum selben Konzern gehört wie die antragstellende Gesellschaft, auch zu dem Konsortium gehört (Bindegliedgesellschaft), und
- (2) die Muttergesellschaft des Konzerns (die selbst weder die antragstellende, die Konsortial- noch die Bindegliedgesellschaft ist) nicht im Vereinigten Königreich oder einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist,

das Erfordernis, wonach die „Bindegliedgesellschaft“ entweder im Vereinigten Königreich ansässig sein oder ihre Geschäftstätigkeit im Vereinigten Königreich durch eine dort belegene Betriebsstätte ausüben muss, gegen die Art. 49 AEUV und 54 AEUV (ehemals Art. 43 EG und 48 EG)?

2. Wenn Frage 1 zu bejahen ist, ist das Vereinigte Königreich dann verpflichtet, der antragstellenden Gesellschaft Abhilfe zu gewähren (z. B., indem dieser Gesellschaft gestattet wird, einen Verlustabzug für Verluste der Konsortialgesellschaft geltend zu machen), wenn
- (1) die „Bindegliedgesellschaft“ von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht hat, aber die Konsortialgesellschaft und die antragstellenden Gesellschaften nicht von ihren unionsrechtlich geschützten Freiheiten Gebrauch gemacht haben,
  - (2) die übertragende Gesellschaft und die antragstellende Gesellschaft durch Gesellschaften verbunden sind, die nicht alle in der EU/(dem Europäischen Wirtschaftsraum [EWR]) ansässig sind?

22. Felixstowe Dock and Railway Company u. a., die deutsche, die französische und die niederländische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Eine mündliche Verhandlung hat am 3. September 2013 stattgefunden, in der alle vorgenannten Beteiligten außer der französischen Regierung mündliche Erklärungen abgegeben haben.

### **III – Würdigung**

#### *A – Vorbemerkungen*

23. Die beiden vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen betreffen die Niederlassungsfreiheit. Der Prüfung werde ich die Art. 43 EG und 48 EG zugrunde legen, da die Art. 49 AEUV und 54 AEUV auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zeitlich nicht anwendbar sind.

24. Im Rahmen dieser Prüfung werde ich beide Fragen zusammen erörtern. Das vorliegende Gericht möchte im Wesentlichen erstens wissen, ob in dem im Ausgangsverfahren gegebenen Sachverhalt die Voraussetzung für die Zwecke der Konsortialabzugsregelung, wonach die Bindegliedgesellschaft entweder im Vereinigten Königreich ansässig sein oder ihre Geschäftstätigkeit durch eine Betriebsstätte im Vereinigten Königreich ausüben muss, gegen die Art. 43 EG und 48 EG verstößt. Es fragt zweitens, ob ein Mitgliedstaat durch diese Bestimmungen gehindert ist, als Voraussetzung vorzusehen, dass die unterste gemeinsame Muttergesellschaft innerhalb eines Konzerns, dem die Bindegliedgesellschaft und die Gesellschaften, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, angehören, in einem Mitgliedstaat oder einem Staat des EWR ansässig sein muss oder dass die Verbindungen zwischen der Bindegliedgesellschaft und den Gesellschaften, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, ausschließlich über solche Gesellschaften bestehen. Schließlich möchte es wissen, ob Abhilfe etwa dahin zu gewähren ist, den antragstellenden Gesellschaften den Konsortialabzug zu gestatten, falls die Regelung des Vereinigten Königreichs gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.

25. Klarzustellen ist von vornherein, dass dieser Fall nicht die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten berührt, auch wenn, wie den Erklärungen der deutschen und französischen Regierung zu entnehmen ist, die Befürchtung besteht, dass der Ausgang dieses Verfahrens ihre Befugnisse zur Besteuerung internationaler Konzerne unter der Leitung von Muttergesellschaften in Drittstaaten in Frage stellen könnte.

26. Stattdessen geht es im vorliegenden Fall um die Übertragung von Verlusten durch eine Gesellschaft im Vereinigten Königreich, die dort der Körperschaftsteuer unterliegt, zum Zweck des Verlustabzugs von Gewinnen, die von einer anderen Gesellschaft im Vereinigten Königreich erzielt wurden, die ebenfalls in diesem Mitgliedstaat der Körperschaftsteuer

unterliegt. Es geht also nicht um eine grenzüberschreitende Übertragung von Verlusten zwischen in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften, die die Frage der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis aufwerfen würde, wie es in den Rechtssachen National Grid Indus(11) und Philips Electronics UK(12) der Fall war. Im vorliegenden Fall geht es nur darum, ob die Übertragung von Verlusten durch eine Gesellschaft im Vereinigten Königreich auf ein anderes Konsortiumsmitglied für die Zwecke des Konsortialabzugs von der Voraussetzung abhängig gemacht werden darf, dass die *Bindegliedgesellschaft* eine Gesellschaft im Vereinigten Königreich ist oder eine Betriebsstätte im Vereinigten Königreich unterhält.

27. In diesem Zusammenhang erscheint ein Blick auf die drei Entwicklungsstufen der Konzernabzugsregelung des Vereinigten Königreichs hilfreich. Bis zum 1. April 2000 (d. h. vor dem für das vorliegende Verfahren maßgebenden Zeitraum) war ein Anspruch auf Konzernabzug zwischen zwei Schwestergesellschaften nicht statthaft, wenn ihre Muttergesellschaft nicht im Vereinigten Königreich ansässig war. Seit dem 1. April 2000 (dem für das vorliegende Verfahren maßgebenden Zeitraum) haben Gesellschaften, die demselben Konzern angehören, jedoch die Möglichkeit, unabhängig von der Gebietsansässigkeit ihrer Muttergesellschaft untereinander Verluste zu übertragen. Hätte also die Hutchison Whampoa Group während des maßgebenden Zeitraums (mittelbar) mindestens 75 % der Anteile an der übertragenden Gesellschaft gehalten, und nicht die tatsächlich von ihr gehaltenen 65 %, hätte einer Nutzung der Verluste der übertragenden Gesellschaft durch die antragstellenden Gesellschaften nichts im Wege gestanden, da sie im Sinne von Section 402(1) und (2) ICTA ein Konzernmitglied gewesen wäre. Im Jahr 2010, also nach dem Zeitraum, auf den sich das Ausgangsverfahren bezieht, wurde die Konzernabzugsregelung des Vereinigten Königreichs durch den Corporation Tax Act 2010 geändert, so dass eine in der EU/im EWR ansässige Gesellschaft als Bindegliedgesellschaft fungieren konnte. Nach der Neuregelung müssen die Bindegliedgesellschaft und die antragstellenden Gesellschaften jedoch ohne Einschaltung einer Gesellschaft außerhalb der EU/des EWR Mitglieder desselben Konzerns sein.

28. Sollte der Gerichtshof also feststellen, dass eine verbotene Beschränkung der Grundfreiheiten vorliegt, könnte die fragliche Regelung des Vereinigten Königreichs nicht durch das Erfordernis gerechtfertigt werden, die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren. Auch die Kohärenz des Steuersystems könnte angesichts der vorstehend dargestellten Gesetzgebungsentwicklungen, durch die der Konzernabzug unabhängig von der Staatszugehörigkeit der Mutter- oder anderer Konzerngesellschaften als der übertragenden und der antragstellenden Gesellschaft zugelassen wurde, nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden. Das Vereinigte Königreich trägt nämlich keine Rechtfertigung für die nationale Regelung in der geänderten Fassung vor, weil der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens seinem Vortrag nach nicht in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt(13).

29. Zu erinnern ist ferner daran, dass die direkten Steuern nach der Rechtsprechung zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, diese Zuständigkeit jedoch nicht im Widerspruch zum Unionsrecht, insbesondere zu den durch die Verträge garantierten Grundfreiheiten, ausgeübt werden darf. Wie Generalanwältin Kokott ausgeführt hat, sind die Mitgliedstaaten nach dem Unionsrecht grundsätzlich nicht verpflichtet, im Rahmen ihres Körperschaftsteuerrechts einen Konzernabzug von Verlusten vorzusehen, weil die Gestaltung des Steuersystems Sache des einzelnen Mitgliedstaats ist. Soweit jedoch ein solches Recht vorgesehen wird, muss dies so erfolgen, dass es mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts, insbesondere der Niederlassungsfreiheit, im Einklang steht(14).

B – Funktionsweise der Konzernabzugsregelung

30. Wirtschaftlich betrachtet, ermöglicht ein Konzernabzug der im Vereinigten Königreich geltenden Art der übertragenden Gesellschaft, ihre Verluste auf die antragstellende Gesellschaft zu übertragen, die diese von ihren steuerbaren Gewinnen abziehen kann. Für die übertragende Gesellschaft führt dies dazu, dass sie die Möglichkeit der Nutzung dieser Verluste für steuerliche Zwecke und insbesondere das Recht auf einen Vortrag der Verluste auf spätere Steuerjahre verliert(15).

31. Diese Übertragung erfolgt nach üblicher Praxis im Vereinigten Königreich offenbar gegen Vergütung(16), die häufig der Höhe der aufgrund des Verlusts ersparten Körperschaftsteuer entspricht, auch wenn eine Vergütung rechtlich nicht verpflichtend ist, es sei denn möglicherweise insoweit, als sich eine solche Verpflichtung aus gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten der Geschäftsführung der übertragenden Gesellschaft ergibt. Im vorliegenden Fall haben sich die antragstellenden Gesellschaften beispielsweise zu einer Zahlung von 30 Pence pro 1 GBP für die übertragenen Verluste verpflichtet.

32. Da die Konzernabzugsregelung des Vereinigten Königreichs nicht auf einer steuerlichen Konsolidierung von Gewinnen und Verlusten auf der Konzernebene beruht, kann eine übertragende Gesellschaft als unabhängige juristische Person mit Gewinnerzielungsabsicht normalerweise einer Übertragung von Verlusten, die sie später nutzen könnte, um ihre eigenen künftigen Steuern zu mindern, selbstverständlich nicht ohne Vergütung zustimmen. Durch die Übertragung der Verluste gegen eine Vergütung, die den geltenden Körperschaftsteuersatz widerspiegelt, verwertet die übertragende Gesellschaft ihre Verluste früher (und sicherer) und erlangt dadurch einen Liquiditätsvorteil.

33. Gäbe es im Vereinigten Königreich die vorstehend beschriebene Praxis nicht, wäre kaum ersichtlich, wie einer übertragenden Gesellschaft überhaupt ein Schaden durch eine gesetzliche Regelung entstehen sollte, die sie daran hindert, ihre Verluste auf eine andere Gesellschaft zu übertragen, mit anderen Worten Vermögenswerte, denen ein potenzieller wirtschaftlicher Wert als Gegenforderung gegenüber künftigen Steuerverbindlichkeiten zukommt, gegen eine Vergütung, die den Wert dieser Verbindlichkeiten in den Händen der übertragenden Gesellschaft nicht widerspiegelt, auf eine außenstehende Person zu übertragen. Auch ließe sich kaum behaupten, dass in einer gesetzlichen Regelung, die eine Gesellschaft mit Gewinnerzielungsabsicht an einer Übertragung ihrer Vermögenswerte ohne angemessene Vergütung hindert, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu sehen sein sollte. Ohne diesen tatsächlichen Hintergrund könnten sich aus der Regelung des Vereinigten Königreichs folgende Nachteile also auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft nicht auswirken, sondern nur bei solchen Gesellschaften, die der übertragenden Gesellschaft und den antragstellenden Gesellschaften im Konzern oder im Konsortium übergeordnet sind, d. h. auf der Konzernebene als eine höhere Steuerlast des Konzerns als Ganzem.

34. Dieser Liquiditätsvorteil oder die Möglichkeit, einen solchen Vorteil zu erlangen, dürfte den Wert der übertragenden Gesellschaft und dementsprechend einer Beteiligung an ihr erhöhen. Das bedeutet, dass die Möglichkeit eines Konzernabzugs für die Eigentümer der übertragenden Gesellschaft vorteilhaft ist, unabhängig davon, ob sie unmittelbare oder mittelbare Muttergesellschaften oder Konsortiumsmitglieder mit Minderheitsbeteiligungen sind(17).

35. Für eine antragstellende Gesellschaft ist eine solche Lösung finanziell neutral: Sie zahlt der übertragenden Gesellschaft einen Betrag, der von ihr aufgrund der Übertragung vermiedenen Steuer entspricht, anstatt den gleichen Betrag an die Staatskasse zu entrichten. Da jedoch nach dem Recht des Vereinigten Königreichs auch im Zusammenhang des Konsortialabzugs die antragstellende Gesellschaft und die Bindegliedgesellschaft demselben Konzern angehören müssen, erklärt der Vorteil, den der Konzern aus dem Konzernabzug

erlangt, die Vereinbarungen zwischen den antragstellenden und übertragenden Gesellschaften, weil er auf der Konzernebene zu einer geringeren Steuerlast führt(18).

C – Welche Grundfreiheit ist sachlich einschlägig?

36. In Anbetracht der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgestellten Kriterien könnte zweifelhaft sein, ob die Regelung des Vereinigten Königreichs die Niederlassungsfreiheit berührt. Für die Frage der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit misst der Gerichtshof dem Umfang der über die jeweilige Gesellschaft ausgeübten Kontrolle Bedeutung zu. Im vorliegenden Fall bewegt sich der Umfang der Kontrolle, der nach nationalem Recht erforderlich ist, irgendwo zwischen 5 %, die kaum „Kontrolle“ verschaffen, und 74,99 %. Diese Frage scheint sich jedoch durch den Sachverhalt des Falles zu lösen, wie ich nachfolgend erläutern werde, und die Niederlassungsfreiheit liefert auch den Kontext, in den das vorliegende Gericht die Fragen eingeordnet hat.

37. Die Drittstaatenaspekte in Verbindung mit der komplizierten Gesellschaftsstruktur der Hutchison Whampoa Group werfen die Frage auf, ob die einschlägige Regelung des Vereinigten Königreichs im Licht der Niederlassungsfreiheit zu bewerten ist, die im Verhältnis zu Drittstaaten nicht gilt, und/oder im Licht des freien Kapitalverkehrs, der auch im Verhältnis zu solchen Staaten gilt.

38. Im Urteil *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11) hat der Gerichtshof festgestellt, dass in Bezug auf die Frage, ob eine nationale Regelung unter die eine oder die andere Verkehrsfreiheit fällt, nach ständiger Rechtsprechung auf den Gegenstand der betreffenden Regelung abzustellen ist. Eine nationale Regelung, die nur auf Beteiligungen anwendbar ist, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen, fällt in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Hingegen sind nationale Bestimmungen über Beteiligungen, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage erfolgen, ohne dass auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss genommen werden soll, ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen(19).

39. Wenn ihr Gegenstand es nicht erlaubt, zu bestimmen, ob die nationale Regelung vorwiegend unter Art. 49 AEUV oder unter Art. 63 AEUV fällt, berücksichtigt der Gerichtshof die *tatsächlichen Gegebenheiten des konkreten Falles*, um zu bestimmen, von welcher dieser Bestimmungen *die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Situation* erfasst wird (Hervorhebung nur hier)(20).

40. Hier ist zwischen den beiden Arten des Konzernabzugs zu unterscheiden, die im Recht des Vereinigten Königreichs zur Verfügung stehen. Ihrem Gegenstand nach bezieht sich die Regelung des Vereinigten Königreichs *über Konzernanträge auf Konzernabzug* eindeutig auf solche Beteiligungen, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen. Sie findet Anwendung auf Gesellschaften, die mindestens 75%ige Tochtergesellschaften sind. Die Regelung fällt daher in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

41. Was *Konsortialanträge auf Konzernabzug* angeht, ist die Situation weniger eindeutig. Bestimmungen über den Konsortialabzug finden Anwendung, wenn mindestens 75 % des Kapitals der Konsortialgesellschaft von Konsortiumsmitgliedern gehalten werden, die jeweils nicht weniger als 5 % und nicht 75 % oder mehr halten(21). Hierzu zählen Konstellationen, in denen es einen beherrschenden Eigentümer gibt, aber auch Konstellationen, in denen es viele voneinander unabhängige Anteilseigner gibt. Theoretisch könnte es eine Konsortialgesellschaft mit 20 Anteilseignern geben, von denen jeder eine Beteiligung von 5 % hält. Hieraus könnte sich eine Konstellation ergeben, in der es 20



Bindegliedgesellschaften gäbe und die Konsortialgesellschaft ihre Verluste zu Prozentsätzen von 5 % auf 20 verschiedene Konzerne übertragen könnte.

42. Meines Erachtens sind die Bestimmungen des Vereinigten Königreichs über den Konsortialabzug *nicht nur* auf solche Beteiligungen anwendbar, die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben. Wie der Prozessbevollmächtigte der antragstellenden Gesellschaften in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, setzt das Steuerrecht des Vereinigten Königreichs nicht voraus, dass von den Konsortiumsmitgliedern irgendeine rechtlich definierte kollektive Kontrolle über die Konsortialgesellschaft ausgeübt wird(22). Meines Erachtens könnten daher Beteiligungen, die einen Konsortialabzug gestatten, als Direktinvestitionen und mögliche Beschränkungen derselben als Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs angesehen werden(23).

43. Die Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs lassen jedoch auch Konstellationen zu, in denen die Konsortialgesellschaft unter der Kontrolle eines einzelnen Konzerns steht. Dies ist bei der übertragenden Gesellschaft in der vorliegenden Rechtssache der Fall: 65 % dieser Gesellschaft werden mittelbar von der Hutchison Whampoa Group gehalten (50,1 % über die Bindegliedgesellschaft und 14,9 % über drei Konzerngesellschaften auf den Britischen Jungferninseln). Damit sind die fraglichen Rechtsvorschriften grundsätzlich geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken, und der im Ausgangsverfahren gegebene Sachverhalt ist als vom Anwendungsbereich dieser Grundfreiheit umfasst anzusehen.

44. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Ansicht, dass der Sachverhalt des Falles in den Anwendungsbereich von Art. 43 EG fällt, was eine Prüfung der Konsortialabzugsregelung des Vereinigten Königreichs in erster Linie im Licht der Niederlassungsfreiheit rechtfertigt.

#### *D – Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit*

45. Mit der Niederlassungsfreiheit, die Art. 43 EG den Staatsangehörigen der Union zuerkennt und die für sie die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen unter den gleichen Bedingungen wie den im Recht des Niederlassungsmitgliedstaats für dessen eigene Angehörigen festgelegten umfasst, ist gemäß Art. 48 EG für die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben, das Recht verbunden, ihre Tätigkeit durch eine Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung oder Agentur auszuüben. Da Art. 43 Abs. 1 Satz 2 EG den Wirtschaftsteilnehmern ausdrücklich die Möglichkeit lässt, die geeignete Rechtsform, in der sie ihre Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat ausüben möchten, frei zu wählen, darf diese freie Wahl nicht durch diskriminierende Steuerbestimmungen eingeschränkt werden(24).

46. Die Regelung des Vereinigten Königreichs setzt voraus, dass die Bindegliedgesellschaft im Vereinigten Königreich ansässig oder eine gebietsfremde Gesellschaft ist, die ihre Geschäftstätigkeit durch eine Betriebsstätte im Vereinigten Königreich ausübt. Diese Bestimmung ist eindeutig eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der Bindegliedgesellschaft, die in Luxemburg ansässig ist, und ihrer ebenfalls in Luxemburg ansässigen unmittelbaren Muttergesellschaft.

47. Der Gerichtshof hat im Urteil Marks & Spencer befunden, dass „[e]in Konzernabzug wie der im Ausgangsverfahren streitige ... für die betreffenden Gesellschaften eine Steuervergünstigung dar[stellt]. Er beschleunigt den Ausgleich der Verluste der defizitären Gesellschaften durch ihre unmittelbare Verrechnung mit den Gewinnen anderer Konzerngesellschaften und verschafft dem Konzern dadurch einen Liquiditätsvorteil.“(25)

Heißt das, dass der Nachteil sich nur auf der Konzernebene oder bei der Konzern-Muttergesellschaft auswirkt, die im vorliegenden Fall ein Unternehmen in einem Drittstaat ist? Meiner Ansicht nach nein.

48. Wie ich vorstehend ausgeführt habe, werden nach der Konzernabzugsregelung des Vereinigten Königreichs auf der tatsächlichen Ebene Gewinne und Verluste innerhalb eines Konzerns und/oder eines Konsortiums nicht mittels einer konsolidierten steuerlichen Rechnungslegung oder einer Übertragung steuerbarer Gewinne als Konzernbeitrag verrechnet, sondern aufgrund von Vereinbarungen, durch die Verluste gegen eine Vergütung übertragen werden, so dass für die übertragende Gesellschaft ein Liquiditätsvorteil geschaffen wird. Wird die Verlustübertragung und somit der Konsortialabzug aufgrund der Staatszugehörigkeit der Bindegliedgesellschaft nicht gestattet, entsteht in erster Linie der übertragenden Gesellschaft ein finanzieller Nachteil in Form des Verlusts eines Liquiditätsvorteils. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieser Liquiditätsnachteil als nachteilige Behandlung angesehen worden, die eine Beschränkung darstellt(26). Nachteile, die einer Gesellschaft aufgrund des Gebietsansässigkeitsstatus der Muttergesellschaft entstehen, wurden im Urteil Metallgesellschaft u. a. als für eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit ausreichend angesehen(27).

49. Dieser Nachteil wirkt sich auch bei den Eigentümern der übertragenden Gesellschaft als Wertminderung ihrer Beteiligungen unabhängig davon aus, ob es sich um Mehrheitsbeteiligungen, dauerhafte Minderheitsbeteiligungen oder Geldanlagen handelt. Selbstverständlich kommt vom Standpunkt der Niederlassungsfreiheit aus betrachtet nur der erstgenannten Form Bedeutung zu.

50. Damit befindet sich im vorliegenden Fall die luxemburgische Bindegliedgesellschaft, die mittelbar 50,1 % der übertragenden Gesellschaft im Vereinigten Königreich hält, in einer ungünstigeren Position als eine im Vereinigten Königreich ansässige Gesellschaft in einer vergleichbaren Situation im Hinblick auf ihre Eignung, als Bindeglied zwischen zwei der Körperschaftsteuer im Vereinigten Königreich unterliegenden Gesellschaften im Vereinigten Königreich zu fungieren. Die Tatsache, dass der Nachteil sich ferner im Wert der luxemburgischen Bindegliedgesellschaft niederschlägt und sich daher bei deren Eigentümern auswirkt, die zum Teil Gesellschaften aus Drittstaaten sind, sowie schließlich bei der Konzern-Muttergesellschaft in einem Drittstaat, die die komplexe Gesellschaftsstruktur kontrolliert, ändert daran nichts.

51. Es liegt daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatszugehörigkeit der Bindegliedgesellschaft vor. Die Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs machen es für die Muttergesellschaft der Bindegliedgesellschaft vorteilhafter, ihre Tochtergesellschaft im Vereinigten Königreich anzusiedeln als irgendwo sonst.

52. Wie ich vorstehend ausgeführt habe, hat die Regierung des Vereinigten Königreichs keine Gründe vorgebracht, die die durch die nationale Regelung vorgegebene Beschränkung rechtfertigen könnten. Daher kann ich auf diesen Punkt hier nicht eingehen.

53. An dieser Stelle ist ferner zu klären, ob die antragstellenden Gesellschaften tatsächlich berechtigt sind, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen. Nach dem Urteil Philips Electronics UK(28) können Gesellschaften sich für steuerliche Zwecke auf Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einer anderen Gesellschaft berufen, die mit ihnen in solcher Weise verbunden ist, dass diese Beschränkungen ihre eigene Besteuerung berühren. Damit ist die Tatsache, dass weder die übertragende Gesellschaft noch die antragstellenden Gesellschaften von ihrer Niederlassungsfreiheit selbst Gebrauch gemacht haben, insoweit irrelevant.

54. Daher können sich die antragstellenden Gesellschaften für ihre eigenen steuerlichen Zwecke auf die der Bindegliedgesellschaft auferlegte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit insoweit berufen, als die Regelung des Vereinigten Königreichs in ihrer Auslegung durch das nationale Gericht gegen die Art. 43 EG und 48 EG verstößt.

55. Als Zwischenergebnis komme ich daher zu der Ansicht, dass die Voraussetzung einer Gebietsansässigkeit oder einer Betriebsstätte im Vereinigten Königreich, die für die Bindegliedgesellschaft im Rahmen eines Konsortialantrags auf Konzernabzug gilt, eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt und somit gegen die Art. 43 EG und 48 EG verstößt.

#### *E – Drittstaaten und Niederlassungsfreiheit*

56. Das Verhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und Drittstaaten ist im vorliegenden Fall von Bedeutung, weil das vorliegende Gericht mit seiner zweiten Frage wissen möchte, ob das Vereinigte Königreich verpflichtet sei, der antragstellenden Gesellschaft Abhilfe zu gewähren, z. B. indem dieser Gesellschaft gestattet wird, einen Verlustabzug für Verluste der Konsortialgesellschaft geltend zu machen, wenn die Bindegliedgesellschaft von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht hat, die Konsortialgesellschaft und die antragstellenden Gesellschaften von ihren unionsrechtlich geschützten Freiheiten aber keinen Gebrauch gemacht haben und die übertragende Gesellschaft und die antragstellende Gesellschaft durch Gesellschaften verbunden sind, die nicht alle in der EU/dem EWR ansässig sind.

57. Diese Frage ist meines Erachtens im Zusammenhang mit der ersten Frage zu prüfen, weil sie im Wesentlichen den materiellen Regelungsgehalt der Niederlassungsfreiheit betrifft und nicht die zur Verfügung stehenden Abhilfemöglichkeiten im prozessualen Sinne des Begriffs(29). Anders ausgedrückt, wäre es, wenn es zwar gegen den Vertrag verstößt, voranzusetzen, dass die Bindegliedgesellschaft entweder eine Gesellschaft im Vereinigten Königreich sein oder dort eine Betriebsstätte haben muss, gleichwohl aber zulässig, voranzusetzen, dass die Bindegliedgesellschaft eine EU/EWR-Gesellschaft ist oder dass an der Kette zwischen der übertragenden Gesellschaft und den antragstellenden Gesellschaften keine Gesellschaften in Drittstaaten beteiligt sind?

58. Anders als der freie Kapitalverkehr gilt die Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten nicht. Heißt das, dass Gesellschaften in der EU, die tatsächlich von Gesellschaften oder natürlichen Personen in Drittstaaten kontrolliert werden, von der Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen sind? Anders ausgedrückt, wird die Niederlassungsfreiheit der luxemburgischen Bindegliedgesellschaft dadurch beeinträchtigt, dass sie von einer Muttergesellschaft in einem Drittstaat kontrolliert wird?

59. Hier ist daran zu erinnern, dass Art. 48 EG die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben, was die Niederlassungsfreiheit angeht, mit Angehörigen der Mitgliedstaaten gleichstellt. Wie der Gerichtshof im Urteil ICI(30) festgestellt hat, dient ihr Sitz im Sinne von Art. 48 EG ebenso wie die Staatsangehörigkeit bei natürlichen Personen dazu, ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Staates zu bestimmen.

60. In den Verträgen oder der Rechtsprechung des Gerichtshofs findet sich kein Anhaltspunkt, der die Annahme stützen würde, dass die den in Art. 48 EG genannten Gesellschaften durch das Unionsrecht garantierte Niederlassungsfreiheit dadurch eingeschränkt oder beeinträchtigt würde, dass sie unter der Kontrolle einer juristischen oder natürlichen Person in einem Drittstaat stehen. Der Status als EU-Gesellschaft hängt vom Ort des Sitzes und der Rechtsordnung ab, nach der die Gesellschaft gegründet wird, nicht von

der Staatsangehörigkeit ihrer Anteilseigner. Würde diese Freiheit für solche EU-Gesellschaften nicht gelten, wären viele juristische Personen mit Sitz in der Europäischen Union von der Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen und könnten nicht nur durch die Besteuerung, sondern auch anderweitig von Mitgliedstaaten diskriminiert werden.

61. Das Urteil *Halliburton Services*([31](#)) hat gezeigt, dass die unionsrechtlichen Rechte von Gesellschaften der Mitgliedstaaten nicht dadurch beeinträchtigt wurden, dass ihre Muttergesellschaft, die *Halliburton Inc.*, in den Vereinigten Staaten von Amerika ansässig war. Weiter gehende Schlussfolgerungen können aus diesem Urteil im Hinblick auf Konstellationen, in denen EU-Gesellschaften ohne gemeinsame EU-Muttergesellschaft einem Konzern außerhalb der Union angehören, jedoch nicht gezogen werden. In der Rechtssache *Halliburton Services* hatte das nationale Gericht bereits bestätigt, dass nach dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den Niederlanden und den Vereinigten Staaten von Amerika die niederländische Tochtergesellschaft, die die niederländische Betriebsstätte der deutschen Tochtergesellschaft gekauft hatte, nicht aufgrund der Tatsache diskriminiert werden durfte, dass es sich bei der Muttergesellschaft des Konzerns um eine in den Vereinigten Staaten errichtete Gesellschaft handelte([32](#)).

62. Daher genießen im vorliegenden Fall die Bindegliedgesellschaft, die ihren Sitz in Luxemburg hat, und ihre unmittelbare Muttergesellschaft, die ihren Sitz ebenfalls in Luxemburg hat, Niederlassungsfreiheit ungeachtet der Tatsache, dass sie letztlich von einer in Hongkong ansässigen Muttergesellschaft kontrolliert werden.

#### F – *Zulässige Beschränkungen*

63. Heißt das, dass es dem Vereinigten Königreich verwehrt ist, eine ununterbrochene Kette innerhalb der EU/des EWR zwischen der übertragenden Gesellschaft und den antragstellenden Gesellschaften vorauszusetzen? Die Kommission vertritt in ihren Erklärungen die Ansicht, dass das Vereinigte Königreich eine solche Voraussetzung vorsehen könne, dies jedoch für den im Ausgangsverfahren fraglichen Zeitraum nicht getan habe.

64. Meines Erachtens macht dies weder diesen Aspekt der Fragen des vorlegenden Gerichts hypothetisch noch die Frage nach dem Drittstaatenbezug in dem Sinne irrelevant, dass der Gerichtshof nicht auf sie eingehen sollte. Wenn nämlich eine nationale Rechtsvorschrift „ausländische“ juristische oder natürliche Personen diskriminiert und daher mit dem Unionsrecht unvereinbar ist, schließt dies nicht die Möglichkeit aus, dass ein nationales Gericht dies durch eine Auslegung löst, die eine solche Diskriminierung von EU/EWR-Staatsangehörigen oder -Gesellschaften beseitigt, ohne dass der Nutzen der Integration auf juristische oder natürliche Personen in Drittstaaten ausgedehnt wird. Ob dies rechtlich möglich ist, ist eine Frage des nationalen Rechts; das Unionsrecht verpflichtet nicht dazu, andere Grundfreiheiten als den freien Kapitalverkehr auf Rechtssubjekte in Drittstaaten zu erstrecken([33](#)).

65. Im Urteil *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*([34](#)) hat der Gerichtshof Situationen vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen, in denen die Muttergesellschaft, die die jeweils in der EU ansässige Darlehensgeberin und Darlehensnehmerin kontrolliert, in einem Nicht-Mitgliedstaat ansässig ist. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Behandlung von seitens der Darlehensnehmerin gezahlten Zinsen als ausgeschüttete Gewinne die Niederlassungsfreiheit berühre, jedoch nur diejenige der Muttergesellschaft in einem Drittstaat, die über einen Grad der Kontrolle über die beiden anderen Gesellschaften verfügt, der es ihr ermöglicht, einen Einfluss auf die Wahl der Finanzierung dieser Gesellschaften auszuüben. In einer solchen Situation seien die Art. 43 EG und 48 EG nicht anwendbar.

66. Da sich die Niederlassungsfreiheit nicht auf Drittstaaten erstreckt, würde das Unionsrecht einer Regelung des Vereinigten Königreichs nicht entgegenstehen, wonach die Bindegliedgesellschaft in der EU/im EWR ansässig sein muss. Anders ausgedrückt fällt eine Situation, in der im Kontext des Konsortialabzugs eine übertragende Gesellschaft Verluste nicht übertragen kann, soweit die relevante Bindegliedgesellschaft eine Gesellschaft in einem Drittstaat ist, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 43 EG. Wäre z. B. im Ausgangsverfahren die Bindegliedgesellschaft als Mitglied sowohl des Konsortiums als auch des Konzerns auf den Britischen Jungferninseln und nicht in Luxemburg ansässig, könnte sie sich nicht auf ihre Niederlassungsfreiheit berufen, um darauf einen Anspruch auf Konsortialabzug zu stützen. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn die Muttergesellschaft der Gesellschaft auf den Britischen Jungferninseln wiederum eine EU/EWR-Gesellschaft wäre.

67. Ich habe vorstehend eine Auslegung vorgeschlagen, nach der einerseits ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit vorliegt, soweit die Möglichkeit einer Verlustübertragung ausgeschlossen wird, wenn die Bindegliedgesellschaft eine EU/EWR-Gesellschaft ist, andererseits aber kein Verstoß vorliegt, wenn die Bindegliedgesellschaft eine Gesellschaft in einem Drittstaat ist. Insoweit habe ich die Konsortialabzugsregelung *aus der Perspektive der übertragenden Gesellschaft* und des ihr möglicherweise entstehenden Nachteils betrachtet, der unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit ihre Eigentümer betrifft. Es ist ferner notwendig, das Problem *aus der Perspektive der antragstellenden Gesellschaften* zu untersuchen.

68. Nach der Regelung des Vereinigten Königreichs müssen antragstellende Gesellschaften demselben Konzern angehören wie die Bindegliedgesellschaft, anders ausgedrückt, muss die antragstellende Gesellschaft eine 75%ige Tochtergesellschaft der Bindegliedgesellschaft sein oder umgekehrt, oder beide müssen 75%ige Tochtergesellschaften einer dritten Gesellschaft sein. Im vorliegenden Fall sind die Bindegliedgesellschaft und die antragstellenden Gesellschaften 100%ige Tochtergesellschaften der Hutchison International Limited, einer Gesellschaft in Hongkong, die ihrerseits eine 100%ige Tochtergesellschaft der Konzern-Muttergesellschaft Hutchison Whampoa Ltd ist. Die Ketten zwischen der Bindegliedgesellschaft bzw. den antragstellenden Gesellschaften und ihrer gemeinsamen Muttergesellschaft verlaufen sowohl über EU/EWR-Gesellschaften als auch über solche in Drittstaaten; eine gemeinsame EU/EWR-Muttergesellschaft haben sie nicht.

69. In einem System wie der Konsortialabzugsregelung des Vereinigten Königreichs können nationale Bestimmungen, die die zwischen der Bindegliedgesellschaft und der antragstellenden Gesellschaft erforderliche Verbindung regeln, die Niederlassungsfreiheit ihrer untersten gemeinsamen Muttergesellschaft berühren, der der finanzielle Vorteil zuwächst, der aus der Möglichkeit der Verrechnung der Verluste der einen Gesellschaft gegen den steuerbaren Gewinn einer anderen Gesellschaft entsteht und durch den sich die gemeinsame Steuerschuld des (Teil-)Konzerns unter ihr reduziert. Ist diese unterste gemeinsame Muttergesellschaft eine EU/EWR-Gesellschaft, können nationale Bestimmungen, die die Verbindung regeln, zu verbotenen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit führen. Ist diese unterste gemeinsame Muttergesellschaft ein Unternehmen in einem Drittstaat, fällt die Situation der Logik des Urteils *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* folgend nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

70. Auch wenn die Kette zwischen der untersten gemeinsamen EU/EWR-Muttergesellschaft und der Bindegliedgesellschaft und/oder den antragstellenden Gesellschaften über Drittstaaten verläuft, wird die Situation nicht vom Anwendungsbereich der Art. 43 EG und 48 EG erfasst. Die Niederlassungsfreiheit erstreckt sich nicht darauf, in Drittstaaten ansässigen juristischen Personen ein Recht zur Gründung von Tochtergesellschaften oder Niederlassungen in Mitgliedstaaten zu gewähren. Die

Staatszugehörigkeit von Anteilseignern mit Mehrheitsbeteiligung ist für das Bestehen der Niederlassungsfreiheit bei EU/EWR-Gesellschaften genauso irrelevant wie für ihr *Nichtbestehen* bei Gesellschaften in Drittstaaten.

#### G – *Freier Kapitalverkehr*

71. Wie ich vorstehend ausgeführt habe, könnte oder muss die einschlägige Konsortialabzugsregelung des Vereinigten Königreichs möglicherweise als Beeinträchtigung des freien Kapitalverkehrs, insbesondere von Direktinvestitionen in Beteiligungen am Kapital der Bindegliedgesellschaft, angesehen werden. Meines Erachtens ließe dies das Ergebnis der vorstehend vorgenommenen Prüfung im Hinblick auf EU/EWR-interne Beziehungen unverändert, weil auch den Anteilseignern der Bindegliedgesellschaft durch die Unmöglichkeit von Verlustübertragungen ein Nachteil unabhängig davon entsteht, ob sie Mehrheitsbeteiligungen oder geringere Beteiligungen halten.

72. Wenn der freie Kapitalverkehr beeinträchtigt ist, wird dies die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Konsortialabzugs des Vereinigten Königreichs auf Gesellschaften in Drittstaaten erforderlich machen. Da die Regelung des Vereinigten Königreichs jedoch bis zum 31. Dezember 1993 auch Bindegliedgesellschaften in Drittstaaten vom Anwendungsbereich des Konsortialabzugs ausschloss, wären die einschlägigen Rechtsvorschriften wegen der Stillhalteklausele des Art. 57 Abs. 1 EG (jetzt Art. 64 Abs. 1 AEUV) nicht vom Verbot der Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs erfasst(35).

#### H – *Vorgeschlagene Antworten*

73. Ich schlage daher vor, die erste Frage dahin zu beantworten, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens eine für die Konsortialabzugsregelung geltende Voraussetzung, wonach die Bindegliedgesellschaft entweder in dem betreffenden Mitgliedstaat ansässig sein oder ihre Geschäftstätigkeit in diesem Mitgliedstaat durch eine dort ansässige Betriebsstätte ausüben muss, gegen die Art. 43 EG und 48 EG verstößt. Diese Bestimmungen *hindern* einen Mitgliedstaat jedoch *nicht*, als Voraussetzung vorzusehen, dass die unterste gemeinsame Muttergesellschaft innerhalb des Konzerns, dem die Bindegliedgesellschaft und die Gesellschaften angehören, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, eine EU/EWR-Gesellschaft sein muss und dass die Verbindungen zwischen der Bindegliedgesellschaft und den Gesellschaften, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, ausschließlich über EU/EWR-Gesellschaften bestehen. Was die zweite Frage angeht, genügt es, sie in ähnlicher Weise zu beantworten wie die vierte Frage im Urteil Philips Electronics UK.

#### IV – **Ergebnis**

74. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des First-Tier Tribunal (Tax Chamber) wie folgt zu beantworten:

1. Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens verstößt eine für eine Konsortialabzugsregelung geltende Voraussetzung, wonach die Bindegliedgesellschaft entweder in dem betreffenden Mitgliedstaat ansässig sein oder ihre Geschäftstätigkeit in diesem Mitgliedstaat durch eine dort ansässige Betriebsstätte ausüben muss, gegen die Art. 43 EG und 48 EG (jetzt die Art. 49 AEUV und 54 AEUV). Diese Bestimmungen verbieten jedoch nicht, in einer nationalen Regelung als Voraussetzung vorzusehen, dass die unterste gemeinsame Muttergesellschaft innerhalb des Konzerns, dem die Bindegliedgesellschaft und die Gesellschaften angehören, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, in einem Mitgliedstaat oder in einem dem Europäischen Wirtschaftsraum angehörigen Staat ansässig sein muss und dass die Verbindungen zwischen der

Bindegliedgesellschaft und den Gesellschaften, denen die Verluste aus steuerlichen Gründen übertragen werden, ausschließlich über solche Gesellschaften bestehen.

2. Das nationale Gericht hat jede Bestimmung des nationalen Rechts insoweit unangewandt zu lassen, als sie gegen die Art. 43 EG und 48 EG verstößt.

---

1 – Originalsprache: Englisch.

---

2 – Im vorliegenden Zusammenhang ist unter einem Konzern eine Gruppe von Mutter- und Tochtergesellschaften zu verstehen, die als wirtschaftliche Einheit unter einer gemeinsamen Leitung funktionieren.

---

3 – Allgemein gesagt, lässt sich ein Konsortium als ein Verbund zweier oder mehrerer Gesellschaften mit dem Zweck charakterisieren, sich an einer gemeinsamen Tätigkeit zu beteiligen oder ihre Ressourcen zu bündeln, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen. Nach dem Steuerrecht des Vereinigten Königreichs liegt ein Konsortium allerdings bereits dann vor, wenn eine bestimmte definierte Eigentumsschwelle erreicht ist, ohne dass ein gemeinsames Ziel vorausgesetzt wird.

---

4 – Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Marks & Spencer (C-446/03, Urteil vom 13. Dezember 2005, Slg. 2005, I-10837, Nr. 17).

---

5 – Urteile vom 16. Juli 1998, ICI (C-264/96, Slg. 1998, I-4695), Marks & Spencer, und vom 6. September 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

---

6 – Im vorliegenden Fall ist zwischen den Begriffen „unterste gemeinsame Muttergesellschaft“ und „Konzern-Muttergesellschaft“ zu unterscheiden. Erstere lässt sich wie folgt charakterisieren: Gesellschaft C ist die *unterste gemeinsame Muttergesellschaft* im Verhältnis zu den Gesellschaften A und B, wenn A und B ihre unmittelbaren oder mittelbaren Tochtergesellschaften sind und Gesellschaft C keine Tochtergesellschaft D hat, die Muttergesellschaft sowohl von A als auch von B ist. Die *Konzern-Muttergesellschaft* eines Konzerns ist eine Gesellschaft, die unmittelbar oder mittelbar Muttergesellschaft aller Konzerngesellschaften und selbst keine Tochtergesellschaft einer anderen Gesellschaft ist.

---

7 – Antragstellende Gesellschaften sind: Felixstowe Dock and Railway Company Ltd, Savers Health and Beauty Ltd, Walton Container Terminal Ltd, WPCS (UK) Finance Ltd, AS Watson Card Services (UK) Ltd, Hutchison Whampoa (Europe) Ltd, Kruidvat UK Ltd und Superdrug Stores plc.

---

8 – Relevante Unternehmen zwischen der Hutchison Whampoa Ltd und den antragstellenden Gesellschaften waren verschiedene zwischengeschaltete Holding-Gesellschaften mit Sitz außerhalb der EU/des EWR (in Hongkong oder auf den Britischen Jungferninseln) und innerhalb der EU (im Vereinigten Königreich oder den Niederlanden).

---

[9](#) – Ein Mitglied der Hutchison Whampoa Group erwarb später (am 23. Juni 2005) die beiden letztgenannten Gesellschaften, so dass die Hutchison 3G UK Holdings Ltd selbst Mitglied des Konzerns im Sinne der Definition in Section 413(3)(a) ICTA wurde.

---

[10](#) – Nach Section 413(3) ICTA.

---

[11](#) – Urteil vom 29. November 2011, National Grid Indus (C-371/10, Slg. 2011, I-12273, Randnr. 45).

---

[12](#) – Urteil Philips Electronics UK (Randnr. 23). Weitere Fälle, in denen die Frage der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis aufgeworfen wurde, sind z. B. Marks & Spencer (Randnr. 45) und die Urteile vom 15. Mai 2008, Lidl Belgium (C-414/06, Slg. 2008, I-3601, Randnr. 31), vom 25. Februar 2010, X Holding BV (C-337/08, Slg. 2010, I-1215, Randnr. 28), und vom 21. Februar 2013, A Oy (C-123/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 23).

---

[13](#) – Die Regierung der Niederlande ist demgegenüber der Auffassung, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gegeben sei, die gerechtfertigt sei.

---

[14](#) – Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Philips Electronics UK (Nr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

---

[15](#) – Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Marks & Spencer (Nr. 15).

---

[16](#) – Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Philips Electronics UK (Nrn. 14 und 29).

---

[17](#) – Den Charakter eines Liquiditätsnachteils, der sich auf Konzernebene als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auswirkt, hat Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Lidl Belgium (Nrn. 29 und 30) herausgestellt.

---

[18](#) – Diesen Vorteil auf Konzernebene hat der Gerichtshof im Urteil Marks & Spencer (Randnr. 32) anerkannt (unten in Nr. 47 angeführt).

---

[19](#) – Urteil vom 13. November 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 90 bis 92).

---

[20](#) – Urteil Test Claimants in the FII Group Litigation (Randnrn. 93 und 94).

---

[21](#) – Siehe Sections 402(3), 406(1) und 413(6) ICTA.

---



22 – Hierin liegt ein Unterschied zu der Rechtssache, in der das Urteil vom 24. Mai 2007, Holböck (C-157/05, Slg. 2007, I-4051), ergangen ist, in dem eine gemeinsame Kontrolle der Gesellschaft durch Anteilseigner mit Minderheitsbeteiligungen bestand.

---

23 – Es ist hier daran zu erinnern, dass Investitionen, die eine Kontrolle ermöglichen, stets *Direktinvestitionen* sind, dass es aber auch Investitionen gibt, die keine Kontrolle ermöglichen, jedoch auch keinen reinen *Geldanlagecharakter* haben, z. B. *Wertpapieranlagen*, weil mit ihnen die Begründung einer dauerhaften Beziehung zum Zielunternehmen angestrebt wird. Für Direktinvestitionen nach dem Unionsrecht hat der Gerichtshof entschieden, dass unter Art. 63 AEUV über den freien Kapitalverkehr grundsätzlich solche Kapitalbewegungen fallen, die eine Niederlassung oder Direktinvestitionen umfassen. Letztere beziehen sich auf eine Form der Beteiligung an einem Unternehmen durch Besitz von Aktien, die die Möglichkeit verschafft, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft und deren Kontrolle zu beteiligen (vgl. Urteile vom 17. September 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, Slg. 2009, I-8591, Randnr. 40, vom 21. Oktober 2010, Idrima Tipou, C-81/09, Slg. 2010, I-10161, Randnr. 48, und Test Claimants in the FII Group Litigation, Randnr. 102). In der OECD-Terminologie wird mit Direktinvestitionen das Ziel der Begründung einer langfristigen Beteiligung bezeichnet. Dies bedeutet, dass eine dauerhafte Beziehung und ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftspolitik des Unternehmens bestehen. Eine solche Beziehung liegt nachweislich bei unmittelbarem oder mittelbarem Besitz von mindestens 10 % der Stimmrechte vor. Siehe OECD-Referenzdefinition des Begriffs „ausländische Direktinvestition“. Vierte Auflage 2008, S. 48, Punkt 117, und „Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2010“ (OECD-Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung von Einkommen und Vermögen, Kurzfassung 2010) (verfügbar in englischer Sprache unter [www.oecd.org](http://www.oecd.org)). Vgl. auch Smit, D., *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Kluwer Law International, 2012, S. 64 und 68.

---

24 – Urteil Philips Electronics UK (Randnrn. 12 und 13).

---

25 – Urteil Marks & Spencer (Randnr. 32).

---

26 – Urteil vom 12. Dezember 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Slg. 2006, I-11753, Randnr. 84).

---

27 – Urteil vom 8. März 2001, Metallgesellschaft u. a. (C-397/98 und C-410/98, Slg. 2001, I-1727, Randnr. 43).

---

28 – Randnr. 39.

---

29 – Vgl. Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Philips Electronics UK (Nr. 81).

---

30 – Randnr. 20.

---

31 – Urteil vom 12. April 1994, Halliburton Services (C-1/93, Slg. 1994, I-1137).

---

32 – Vgl. Randnr. 6 des Urteils.

---

[33](#) – Die hier gegebene Situation unterscheidet sich von dem Fall rechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen, die nach der Rechtsprechung nicht rückwirkend „legalisiert“ werden können: Wir beschäftigen uns hier mit den Grenzen der unionsrechtlichen Verpflichtung eines Mitgliedstaats, nicht mit den Folgen ihrer Verletzung. Vgl. Urteil vom 21. Oktober 2003, van Calster u. a. (C-261/01 und C-262/01, Slg. 2003, I-12249).

---

[34](#) – Urteil vom 13. März 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Randnrn. 98 bis 100).

---

[35](#) – Angemerkt sei, dass Section 403(3A) und (3B) ICTA, die 2000 erlassen wurden, eine Bestimmung voranging, nach der unter „Gesellschaft“ nur Gesellschaften im Vereinigten Königreich zu verstehen waren. Siehe Section 258(7) ICTA 1970 (angeführt im Urteil ICI, Randnr. 6).