

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

JULIANE KOKOTT
vom 8. Februar 2007¹

I — Einleitung

pflichtigen nachteilige Folgen im Hinblick auf ihre Besteuerung nach sich zöge?

1. Der vorliegende Fall wirft ein interessantes steuerrechtliches Problem im Zusammenhang mit der Umstrukturierung von Unternehmen auf².

2. Der Gerichtshof wird zu den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die steuerliche Behandlung einer *Gewinnausschüttung* befragt, die ihrerseits in engem Zusammenhang mit einem kurz zuvor durchgeführten, grenzüberschreitenden *Austausch von Gesellschaftsanteilen* steht. Darf eine solche Gewinnausschüttung von der zuständigen Steuerverwaltung als Teil des Entgelts und damit als *bare Zuzahlung* der erwerbenden Gesellschaft für die in ihr Vermögen eingebrachten Gesellschaftsanteile angesehen werden, was für die betroffenen Steuer-

3. Hintergrund dieses Falles ist eine Transaktion, mit der zwei dänische Steuerpflichtige ihre Anteile an einer dänischen Kapitalgesellschaft in eine irische Kapitalgesellschaft einbrachten und dafür Anteile dieser irischen Gesellschaft erwarben. Die irische Gesellschaft nahm wenige Tage später, wie von vornherein geplant, eine Gewinnausschüttung zugunsten der beiden dänischen Steuerpflichtigen vor.

4. Sowohl der Austausch der Gesellschaftsanteile als auch der Beschluss über die Gewinnausschüttung ereigneten sich kurz vor Inkrafttreten eines neuen dänisch-irischen Doppelbesteuerungsabkommens, mit dem für die Besteuerung von Dividenden weniger günstige Regelungen eingeführt werden sollten, als sie nach dem seinerzeit anwendbaren Abkommen für dänische Steuerpflichtige galten.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Der Begriff der Umstrukturierung wird im Folgenden aus Vereinfachungsgründen als Oberbegriff für Fusionen und Spaltungen von Kapitalgesellschaften, die Einbringung von Unternehmensteilen in sie und den Austausch von Anteilen an ihnen gebraucht.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Gemeinschaftsrecht

5. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen dieses Falles wird bestimmt durch die Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen³.

6. Unter den allgemeinen Vorschriften im Titel I der Richtlinie 90/434 finden sich in Art. 2 Begriffsbestimmungen, die auszugswise wie folgt lauten:

„Im Sinne dieser Richtlinie ist

...

d) ‚Austausch von Anteilen‘ der Vorgang, durch den eine Gesellschaft am Gesellschaftskapital einer anderen Gesellschaft eine Beteiligung erwirbt, die ihr die Mehrheit der Stimmrechte verleiht, und zwar gegen Gewährung von Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft an die Gesellschafter der anderen Gesellschaft sowie gegebenenfalls einer baren Zuzahlung; Letztere darf 10 %

des Nennwerts oder – bei Fehlen eines solchen — des rechnerischen Werts der gewährten Anteile nicht überschreiten;

...

g) ‚erworbene Gesellschaft‘ die Gesellschaft, an der beim Austausch von Anteilen eine Beteiligung erworben wurde;

h) ‚erwerbende Gesellschaft‘ die Gesellschaft, die beim Austausch von Anteilen eine Beteiligung erwirbt;

...“

7. Im Titel II der Richtlinie 90/434 bestimmt Art. 8 insbesondere:

„(1) Die Zuteilung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden oder erwerbenden Gesellschaft an die Gesellschafter der einbringenden oder erworbenen Gesellschaft gegen Anteile an deren Gesellschaftskapital aufgrund der Fusion, der Spaltung

3 — ABl. L 225, S. 1.

oder des Austausches von Anteilen darf für sich allein keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns auslösen.

...

(4) Die Absätze 1, 2 und 3 hindern die Mitgliedstaaten nicht, eine bare Zuzahlung anlässlich einer Fusion, einer Spaltung oder eines Austausches von Anteilen an die Gesellschafter zu besteuern.“

8. Zu den Schlussbestimmungen im Titel V der Richtlinie 90/434 gehört u. a. folgende Bestimmung in Art. 11:

„(1) Ein Mitgliedstaat kann die Anwendung der Titel II, III und IV ganz oder teilweise versagen oder rückgängig machen, wenn eine Fusion, Spaltung, Einbringung von Unternehmensteilen oder ein Austausch von Anteilen

a) als hauptsächlichen Beweggrund oder als einen der hauptsächlichen Beweggründe die Steuerhinterziehung oder -umgehung hat. Vom Vorliegen eines solchen Beweggrundes kann ausgegan-

gen werden, wenn die Fusion, Spaltung, Einbringung von Unternehmensteilen oder der Austausch von Anteilen nicht auf vernünftigen wirtschaftlichen Gründen — insbesondere der Umstrukturierung oder der Rationalisierung der beteiligten Gesellschaften — beruht;

...“

9. Mit der Richtlinie 2005/19⁴ wurden der Titel und diverse Bestimmungen der Richtlinie 90/434 geändert. Diese Änderungen traten jedoch erst am 24. März 2005 in Kraft⁵ und waren zum 1. Januar 2006 bzw. zum 1. Januar 2007 durch die Mitgliedstaaten umzusetzen⁶, so dass sie für den vorliegenden Fall nicht relevant werden.

B — Nationales Recht

1. Die steuerliche Behandlung des Austausches von Anteilen

10. Für die steuerliche Behandlung des Austausches von Anteilen waren zum hier maß-

4 — Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17. Februar 2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (ABl. L 58, S. 19).

5 — Der 24. März 2005 ist der zwanzigste Tag nach der Veröffentlichung der Richtlinie 2005/19 im Amtsblatt der Europäischen Union, vgl. Art. 254 Abs. 1 EG.

6 — Art. 2 der Richtlinie 2005/19.

geblichen Zeitpunkt nach dänischem Recht die Bestimmungen des Aktiengewinnbesteuerungsgesetzes sowie des Fusionsteuergesetzes einschlägig⁷.

11. § 13 des Aktiengewinnbesteuerungsgesetzes⁸ wurde in seinen ersten beiden Absätzen⁹ im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 90/434 in dänisches Recht wie folgt gefasst:

„(1) Beim Austausch von Anteilen steht dem Anteilseigner der erworbenen Gesellschaft die Möglichkeit einer Besteuerung nach den §§ 9 und 11 des Fusionssteuergesetzes offen, wenn sowohl die erwerbende als auch die erworbene Gesellschaft unter den Begriff „Gesellschaft eines Mitgliedstaats“ im Sinne von Artikel 3 der Richtlinie 90/434/EWG fallen. Der Zeitpunkt des Austausches der Anteile gilt insoweit als Zeitpunkt der Fusion. Voraussetzung hierfür ist, dass der Austausch der Anteile innerhalb von höchstens sechs Monaten nach dem ersten Austauschtag vollzogen wird.

7 — Die folgenden Rechtsvorschriften beruhen auf den Angaben des vorliegenden Gerichts im Vorabentscheidungsersuchen sowie auf Ergänzungen, die die dänische Regierung auf Ersuchen des Gerichtshofs beigetragen hat.

8 — Aktieavancebeskatningsloven (*Lovtidende* 1993, S. 4171).

9 — § 13 Abs. 3 in Verbindung mit § 4 des Aktiengewinnbesteuerungsgesetzes sieht eine besondere Regelung für den Austausch von Aktien börsennotierter Gesellschaften vor, die im vorliegenden Fall nicht relevant ist.

(2) Austausch von Anteilen im Sinne von Absatz 1 ist der Vorgang, durch den eine Gesellschaft am Gesellschaftskapital einer anderen Gesellschaft eine Beteiligung erwirbt, die ihr die Mehrheit der Stimmrechte verleiht, und zwar gegen Gewährung von Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft an die Anteilseigner der anderen Gesellschaft sowie gegebenenfalls einer baren Zahlung; Letztere darf 10 % des Nennwerts oder — bei Fehlen eines solchen — des rechnerischen Werts der gewährten Anteile nicht überschreiten.“

12. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Begriff des Austausches von Anteilen im Sinne von § 13 des Aktiengewinnbesteuerungsgesetzes mit der in Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 enthaltenen Begriffsbestimmung übereinstimmen soll¹⁰.

13. In §§ 9 und 11 des dänischen Fusionssteuergesetzes¹¹, auf die § 13 Abs. 1 des

10 — So die Angaben des Østre Landsret, unter Verweis auf die Erläuterungen zum Gesetzentwurf (*Folketingstidende*, Beilage A, 1991/92, Spalte 517).

11 — Fusionskatteloven (*Lovtidende* 1992, S. 3374).

Aktengewinnbesteuerungsgesetzes Bezug nimmt, ist u. a. Folgendes bestimmt:

„§ 9

- (1) Anteile der einbringenden Gesellschaft gelten als vom Gesellschafter an einen Dritten veräußert, soweit sie anders als durch Anteile der übernehmenden Gesellschaft vergütet werden. Die Veräußerung gilt als zum Kurs des in § 5 genannten Fusionszeitpunkts erfolgt.

...

§ 11

- (1) Anteile der übernehmenden Gesellschaft, die die Gesellschafter als Entgelt für Anteile der einbringenden Gesellschaft übernehmen, werden bei der Ermittlung des allgemeinen oder besonderen steuerpflichtigen Einkommens so behandelt, als wären sie zum selben Zeitpunkt und zum selben Preis erworben wie die eingetauschten Anteile. ...“

14. Eine spezifische Bestimmung zur Umsetzung von Art. 11 der Richtlinie 90/434 im Hinblick auf den Austausch von Anteilen wurde nach den übereinstimmenden Angaben aller Verfahrensbeteiligten zunächst nicht in das dänische Recht aufgenommen. Ein entsprechendes Gesetz, welches fortan das Erfordernis einer Genehmigung durch den Ligningsråd einführte, wurde vielmehr erst Ende 1994 auf den Weg gebracht und 1995 verabschiedet¹².

2. Die Besteuerung von Dividenden

a) Das innerstaatliche dänische Recht

15. Dividenden, die an in Dänemark wohnhafte natürliche Personen ausgeschüttet werden, unterliegen dort einer Besteuerung gemäß § 16a Abs. 1 des Steuerveranlagungsgesetzes¹³ und § 4a des Einkommensteuergesetzes¹⁴. Dieselbe Regelung findet auch auf die im Rahmen eines Austausches von Anteilen gegebenenfalls gewährte bare Zahlung Anwendung¹⁵.

12 — Nach Angaben des vorlegenden Gerichts, ergänzt durch Angaben von Herrn Kofoed, handelt es sich um einen Gesetzentwurf vom 2. November 1994, angenommen am 25. April 1995.

13 — Ligningsloven (*Lovtidende* 1992, S. 5478).

14 — Personskatteloven (*Lovtidende* 1992, S. 3914).

15 — So die unwidersprochenen Angaben von Herrn Kofoed.

16. In § 16a Abs. 1 des Steuerveranlagungsgesetzes ist Folgendes bestimmt:

(2) Die Gewinneinkünfte fallen nicht unter das steuerpflichtige Einkommen.“

„Bei der Ermittlung des allgemeinen steuerpflichtigen Einkommens werden Gewinne aus Aktien, Anteilen und gleichartigen Wertpapieren berücksichtigt. Zu den Gewinnen zählen alle Beträge, die von der Gesellschaft an die Aktionäre oder Anteilsinhaber ausgeschüttet werden, mit Ausnahme von Freiaktionen oder Freianteilen und Liquidationserlösen, die in dem Kalenderjahr ausgezahlt werden, in dem die Gesellschaft endgültig aufgelöst wird.“

17. § 4a des Einkommensteuergesetzes lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Die Gewinneinkünfte bestehen aus dem Gesamtbetrag der

1. Dividenden aus Aktien gemäß § 16a des Steuerveranlagungsgesetzes, die von steuerpflichtigen Gesellschaften im Sinne von ... gezahlt werden,

...

18. Ergänzend ist auf § 8a des Einkommensteuergesetzes hinzuweisen, in dem u. a. Folgendes geregelt ist:

„(1) Die Steuer auf Dividendeneinnahmen, die einen Grundbetrag von 26 400 DKR nicht übersteigen, wird als abschließende Steuer in Höhe von 30 % festgesetzt. Die nach § 65 des Quellensteuergesetzes einbehaltene Dividendensteuer auf Dividendeneinnahmen, die den Grundbetrag nicht übersteigen, stellt die abschließende Zahlung der Steuer dar, und die Dividendensteuer wird nicht nach § 67 des Quellensteuergesetzes mit der endgültig geschuldeten Steuer verrechnet.

(2) Die Steuer auf Dividendeneinnahmen, die einen Grundbetrag von 26 400 DKR übersteigen, wird in Höhe von 45 % festgesetzt. Die Steuer auf Dividendeneinnahmen, die den Grundbetrag übersteigen, wird in die endgültig geschuldete Steuer einbezogen, und die von diesem Teil der Dividenden nach § 65 des Quellensteuergesetzes einbehaltene Dividendensteuer wird nach § 67 des Quellensteuergesetzes mit der endgültig geschuldeten Steuer verrechnet.

...“

b) Das dänisch-irische Doppelbesteuerungsabkommen

19. Das auf den Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Königreich Dänemark und der Irischen Republik¹⁶ wurde in Dänemark am 15. April 1964 ratifiziert.

20. Nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a jenes Doppelbesteuerungsabkommens war Irland berechtigt, die von einer irischen Gesellschaft an eine in Dänemark ansässige Person gezahlte Dividende zu besteuern; die Erhebung eines Steuerzuschlags war danach jedoch ausgeschlossen.

21. Art. 23 Abs. 2 des Doppelbesteuerungsabkommens bestimmte:

„In den Fällen, in denen eine Person, die für die Zwecke der Besteuerung in Dänemark als dort wohnhaft oder ansässig anzusehen ist (unabhängig davon, ob sie für die Zwecke der Besteuerung in Irland auch als dort

wohnhaft oder ansässig anzusehen ist), in Irland Einkünfte bezieht oder Vermögenswerte besitzt und in denen diese Einkünfte bzw. Vermögenswerte nach diesem Abkommen in Irland besteuert werden können, lässt Dänemark einen Betrag zum Abzug von der dänischen Einkommen- oder Vermögensteuer zu, der der Einkommen- oder Vermögensteuer entspricht, die anteilig auf das aus Irland stammende Einkommen bzw. das Vermögen in Irland entfällt.“

22. Die genannten Bestimmungen wurden nach Angaben des Østre Landsret (im Folgenden auch: vorlegendes Gericht) durch die dänischen Gerichte in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass die von einer irischen Gesellschaft an eine in Dänemark ansässige Person ausgezahlte Dividende aufgrund des Freistellungsgrundsatzes (neue Methode) begünstigt war.

23. 1992/93 wurde das dänisch-irische Doppelbesteuerungsabkommen mit dem Ergebnis neu ausgehandelt, dass eine von einer irischen Gesellschaft an eine in Dänemark ansässige Person ausgezahlte Dividende fortan sowohl in Irland als auch in Dänemark besteuert werden konnte und dass Dänemark die in Irland entrichtete Steuer anrechnete. Nach Angaben des vorlegenden Gerichts trat dieses neue Doppelbesteuerungsabkommen, soweit es Dividenden betrifft, am 7. November 1993 für Dänemark in Kraft.

¹⁶ — Unterzeichnet in Kopenhagen am 4. Februar 1964.

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

24. Herr Hans Markus Kofoed war ursprünglich mit 50 % an der Cosmopolit Holding ApS, einer dänischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, beteiligt. Die verbleibenden 50 % des Kapitals dieser Gesellschaft wurden von Herrn Niels Toft gehalten.

25. Beide erwarben am 26. Oktober 1993 jeweils eine Aktie zu 1 IEP an der Dooralong Ltd., einer „Vorratsgesellschaft“ („shell company“) irischen Rechts mit einem eingezahlten Kapital von insgesamt 2 IEP.

26. Am 29. Oktober 1993 kam es zu einem Austausch von Anteilen, bei dem die Herren Kofoed und Toft ihre jeweiligen Anteile an der Cosmopolit Holding ApS im Nennwert von 120 000 DKK gegen neu ausgegebene Anteile an der Dooralong Ltd. im Nominalwert von 10 500 IEP eintauschten. Als Folge dieses Austausches hatten die Herren Kofoed und Toft fortan jeweils eine Beteiligung im Nominalwert von 10 501 IEP oder 50 % an der Dooralong Ltd. inne, während die Dooralong Ltd. ihrerseits nunmehr die Gesamtheit des Gesellschaftskapitals der Cosmopolit Holding ApS hielt. Die Herren Kofoed und Toft kontrollierten somit fortan die Cosmopolit Holding ApS nicht mehr direkt, sondern vermittelt durch die zwischengeschaltete Gesellschaft Dooralong Ltd.

27. Auf der Jahreshauptversammlung der Dooralong Ltd., die am 3. November 1993 stattfand, wurde deren Jahresabschluss mit Stichtag 2. November 1993 vorgelegt und festgestellt. Dieser Abschluss wies einen Gewinn in Höhe von insgesamt 2 742 616 IEP (rund 26 Millionen DKK) aus der Tätigkeit ihrer neu erworbenen Tochtergesellschaft Cosmopolit Holding ApS aus, welche ihrerseits am 31. Oktober 1993 ihren Jahresabschluss vorgelegt hatte. Das Aktivvermögen der Dooralong Ltd. bestand aus dem vollständigen Gesellschaftskapital der Cosmopolit Holding ApS, die — ausweislich ihres eigenen Jahresabschlusses zum 31. Oktober 1993 — nach der erfolgten Ausschüttung ihres Gewinns an die Dooralong Ltd. noch über ein Eigenkapital von 1 709 806,00 DKK verfügte; zuvor waren es rund 28 Millionen DKK gewesen.

28. Ebenfalls auf der Jahreshauptversammlung der Dooralong Ltd. vom 3. November 1993 wurde beschlossen, einen Gewinn in Höhe von 2 742 116 IEP auszuschütten¹⁷. Von dieser Ausschüttung entfielen 50 %, also 1 371 058 IEP, auf Herrn Kofoed.

29. Nach den im Ausgangsverfahren getroffenen Feststellungen, auf die sich das vorliegende Gericht stützt, bestand kein geschäftlicher Anlass für diese Transaktionen; vielmehr waren Steuereinsparungen das Ziel. So hatten die Herren Kofoed und Toft zum

¹⁷ — Nach Angaben des vorlegenden Gerichts stimmen die Beteiligten des Ausgangsrechtsstreits darin überein, dass diese Gewinnausschüttung im Einklang mit den anwendbaren irischen Rechtsvorschriften erfolgte.

Zeitpunkt des Austausches der Anteile lediglich vage Pläne, eine gewerbliche Tätigkeit durch die Dooralong Ltd. auszuüben.

30. Wenngleich die erfolgte Gewinnausschüttung durch die Dooralong Ltd. im Vorfeld nie verbindlich vereinbart worden war, entsprach es doch von vornherein der gemeinsamen Absicht der Herren Kofoed und Toft, auf der ersten Hauptversammlung nach der Durchführung des Anteilsaustausches einen erheblichen Teil des Gewinns der Dooralong Ltd. auszuschütten. Die Beteiligten handelten in Kenntnis des damals geltenden Doppelbesteuerungsabkommens und waren sich auch bewusst, dass dieses geändert werden sollte.

31. In seiner in Dänemark abgegebenen Steuererklärung für 1993 berief sich Herr Kofoed auf das seinerzeit geltende Doppelbesteuerungsabkommen, wonach der von der Dooralong Ltd. an ihn ausgeschüttete Gewinn für ihn in Dänemark steuerfrei sei. Steuerfrei sei nach der damals geltenden dänischen Regelung auch der Austausch seiner Anteile an der Cosmopolit Holding ApS gegen Anteile an der Dooralong Ltd. gewesen.

32. Demgegenüber behandelten die dänischen Steuerbehörden den Austausch der Anteile von Herrn Kofoed an der Cosmopolit Holding ApS gegen Anteile an der Dooralong Ltd. sowie die in der Folge von

der Dooralong Ltd. vorgenommene Gewinnausschüttung als Teil eines einheitlichen Vorgangs. Danach stellte sich die erfolgte Gewinnausschüttung in Wahrheit als Teil des Veräußerungsentgelts und damit als bare Zuzahlung im Rahmen des Anteilsaustausches dar. Weil diese bare Zuzahlung mehr als 10 % des Nennwerts der übergebenen Anteile betrage, sei die Regelung über den steuerfreien Austausch von Anteilen nicht auf ihn anwendbar.

33. Diese unterschiedlichen Auffassungen über die steuerliche Beurteilung der Gewinnausschüttung und des Austausches der Anteile bilden den Anlass für den Ausgangsrechtsstreit, der nunmehr beim Østre Landsret anhängig ist.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

34. Mit Beschluss vom 3. August 2004, in der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen am 23. August 2005, hat das Østre Landsret sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 dahin auszulegen, dass kein Austausch von Anteilen im Sinne der Fusionsbesteuerungs-

richtlinie vorliegt, wenn die am Austausch der Anteile Beteiligten gleichzeitig mit der Vereinbarung über diesen Austausch, ohne sich rechtlich zu verpflichten, ihre gemeinsame Absicht zu erkennen geben, in der auf den Austausch folgenden ersten Hauptversammlung der erwerbenden Gesellschaft für die Ausschüttung eines Gewinns zu stimmen, der 10 % des Nominalwerts der beim Austausch der Anteile übergebenen Wertpapiere übersteigt, und wenn dieser Gewinn auch tatsächlich ausgeschüttet wird?

35. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben neben Herrn Kofoed die dänische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche und mündliche Erklärungen abgegeben.

V — Würdigung

A — Einleitende Bemerkungen

36. Die Richtlinie 90/434 zielt darauf ab, etwaige Nachteile steuerlicher Art für die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Unternehmen zu beseitigen, indem für bestimmte Vorgänge wie etwa Fusionen oder

den Austausch von Anteilen eine gemeinsame steuerliche Regelung in der Gemeinschaft geschaffen wird¹⁸. Diese Regelung beinhaltet steuerliche Vergünstigungen. Insbesondere sieht Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 90/434 vor, dass die Zuteilung von Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft aufgrund eines Austausches von Anteilen für sich allein keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns auslösen darf. Auf diese Weise soll die steuerliche Neutralität eines solchen Umstrukturierungsvorgangs sichergestellt und verhindert werden, dass stille Reserven oder sonstige Steigerungen des Werts von Unternehmensanteilen noch vor ihrer tatsächlichen Realisierung besteuert werden.

37. Aus Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 folgt allerdings, dass ein Vorgang nur dann als Austausch von Anteilen im Sinne jener Richtlinie angesehen werden kann, wenn eine etwaige, seitens der erwerbenden Gesellschaft gewährte bare Zuzahlung nicht 10 % des Nennwerts oder — bei Fehlen eines solchen Nennwerts — 10 % des rechnerischen Werts der von ihr gewährten Anteile überschreitet. Damit soll verhindert werden, dass im Zuge einer Umstrukturierung unter Inanspruchnahme der für sie geltenden steuerlichen Vergünstigungen in größerem Umfang Wertsteigerungen realisiert werden, so als ob die Anteile der erworbenen Gesellschaft auf dem Markt veräußert worden wären. Gewinne, die bei Veräußerung der Anteile auf dem Markt an

18 — Erster, zweiter und dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 90/434.

sich steuerpflichtig wären, sollen nicht beliebig der Besteuerung entzogen werden können, nur weil sie im Kontext einer Umstrukturierung erzielt werden. Durch die 10%-Grenze bleibt aber den an der Umstrukturierung Beteiligten ein gewisser Spielraum für bare Zuzahlungen erhalten, die zum Wertausgleich bei einem Austausch von Anteilen erforderlich werden können.

38. Mit seiner Frage zielt das vorlegende Gericht letztlich auf den Begriff der baren Zuzahlung gemäß Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 ab. Es möchte im Wesentlichen wissen, ob als bare Zuzahlung im Sinne jener Vorschrift auch eine Gewinnausschüttung der erwerbenden Gesellschaft angesehen werden kann, die in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihrem Beteiligungserwerb an der erworbenen Gesellschaft steht und, wenngleich nicht verbindlich vereinbart, so doch von vornherein beabsichtigt war.

39. Von dieser Frage hängt es im vorliegenden Fall entscheidend ab, ob die am 29. Oktober 1993 durchgeführte Transaktion, bei der die Herren Kofoed und Toft der Dooralong Ltd. als erwerbender Gesellschaft ihre Anteile an der Cosmopolit Holding ApS (erworbene Gesellschaft) übertrugen und dafür im Gegenzug selbst Anteile an der Dooralong Ltd. erwarben, noch als Austausch von Anteilen im Sinne der Richtlinie 90/434 angesehen werden können, so dass

die Beteiligten in den Genuss der dort vorgesehenen Steuerbefreiung kommen können.

40. Würde nämlich die Gewinnausschüttung der Dooralong Ltd. — im Wege einer Gesamtbetrachtung der Vorgänge zwischen dem 29. Oktober 1993 und dem 3. November 1993 — noch als bare Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 gewertet, so hätte dies wegen Überschreitens der dort normierten 10%-Grenze zur Folge, dass *kein* Austausch von Anteilen im Sinne dieser Vorschrift mehr vorläge und somit auch das aus Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 90/434 folgende Verbot einer Besteuerung des Veräußerungsgewinns im vorliegenden Fall von vornherein nicht anwendbar wäre. Denn die Gewinnausschüttung vom 3. November 1993 entsprach ihrem Umfang nach mehr als 10 % des Nennwerts der Anteile an der Dooralong Ltd., die den Herren Kofoed und Toft am 29. Oktober 1993 gewährt worden waren.

41. In seinen praktischen Auswirkungen geht der vorliegende Fall allerdings über die bloße Klärung des Begriffs der baren Zuzahlung hinaus. Denn im Hintergrund jenes Auslegungsproblems steht letztlich die Frage, in welcher Form es das anwendbare Gemeinschaftsrecht nationalen Behörden ermöglicht, einer etwa beabsichtigten Steuerumgehung anlässlich der Umstrukturierung

von Kapitalgesellschaften Rechnung zu tragen.

42. Um in einem Fall wie dem vorliegenden auf eine etwaige Steuerumgehung angemessen zu reagieren, sind im Rahmen der Richtlinie 90/434 im Wesentlichen zwei Wege denkbar, die im Folgenden erörtert werden. Zum einen kommt eine vergleichsweise weite Auslegung des Begriffs der baren Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 in Betracht¹⁹, zum anderen ein Rückgriff auf die in Art. 11 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie eröffnete Möglichkeit, die anwendbaren Steuervergünstigungen im Einzelfall ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen²⁰. Die Präferenz der dänischen Behörden für die erstere Vorgehensweise scheint nicht zuletzt damit zusammenzuhängen, dass das dänische Recht zum hier maßgeblichen Zeitpunkt keine spezifische Bestimmung zur Umsetzung von Art. 11 der Richtlinie 90/434 kannte.

B — Der Begriff der baren Zuzahlung

43. Die am Verfahren vor dem Gerichtshof Beteiligten streiten darüber, ob unter den

Begriff der baren Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 auch eine Gewinnausschüttung der erwerbenden Gesellschaft gefasst werden kann, wie sie im vorliegenden Fall vorgenommen wurde. Die dänische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs bejahen dies, während Herr Kofoed und die Kommission hierzu die entgegengesetzte Position beziehen.

44. Der Begriff der baren Zuzahlung wird vom Gemeinschaftsgesetzgeber nicht näher definiert. Seine Bedeutung und seine Reichweite sind deshalb mit Rücksicht auf den Regelungszusammenhang sowie auf die mit der Richtlinie 90/434 verfolgten Ziele zu bestimmen²¹.

45. Was zunächst den Regelungszusammenhang betrifft, so ist zu bedenken, dass die bare Zuzahlung und der Erwerb einer die Mehrheit der Stimmrechte verleihenden Beteiligung an der erworbenen Gesellschaft²² gemäß Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 Teile desselben Vorgangs sind. Wenngleich somit die bare Zuzahlung und der Erwerb der Mehrheitsbeteiligung nicht

19 — Vgl. dazu unten, Nrn. 43 bis 54 dieser Schlussanträge.

20 — Vgl. dazu unten, Nrn. 55 bis 68 dieser Schlussanträge.

21 — Vgl. in diesem Sinne die Urteile vom 7. Juni 2005, VEMW u. a. (C-17/03, Slg. 2005, I-4983, Randnr. 41), vom 4. Juli 2006, Adeneler (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 60) und vom 26. Oktober 2006, Kommission/Spanien (C-36/05, Slg. 2006, I-10313, Randnr. 25).

22 — Aus Vereinfachungsgründen wird im Folgenden nur vom (Erwerb der) *Mehrheitsbeteiligung* gesprochen.

notwendigerweise Gegenstand desselben *Rechtsgeschäfts* sein müssen²³, ist doch die Verbindung zwischen ihnen eng: Die bare Zuzahlung ist integraler Bestandteil der Gegenleistung, welche die erwerbende Gesellschaft dafür erbringt, dass sie die Mehrheitsbeteiligung an der erworbenen Gesellschaft erlangt²⁴.

46. Als bare Zuzahlung kann folglich nicht jede Geldleistung gewertet werden, die die erwerbende Gesellschaft den Anteilseignern der erworbenen Gesellschaft gewährt, mag sie auch von den Beteiligten von vornherein geplant gewesen und in engem zeitlichem Zusammenhang zum Erwerb der Mehrheitsbeteiligung erfolgt sein. Entscheidend ist vielmehr, ob eine solche Geldleistung gerade auch den Charakter einer *Gegenleistung* für den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung hat und somit zusätzlich zur eigentlichen, in Anteilen an der erwerbenden Gesellschaft bestehenden Gegenleistung *verbindlich vereinbart* war. Dazu bedarf es einer objektiven

Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls²⁵.

47. Auch im Fall einer späteren Gewinnausschüttung, wie der hier in Frage stehenden, ist deshalb zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte bestehen, die eine solche Zahlung noch als Teil der verbindlich vereinbarten Gegenleistung für den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung erscheinen lassen. Derartige Anhaltspunkte können sich insbesondere aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten, aber auch aus allen sonstigen Umständen des Einzelfalls ergeben. Lässt sich hingegen — wie es das vorliegende Gericht im vorliegenden Fall anzunehmen scheint — nicht hinreichend sicher nachweisen, dass die später erfolgte Geldleistung noch Teil der verbindlich vereinbarten Gegenleistung sein sollte, so ist von der Richtigkeit der durch die Beteiligten selbst vorgenommenen Qualifizierung auszugehen; eine Geldleistung wie die hier streitige ist dann als Gewinnausschüttung zu behandeln und nicht etwa in eine bare Zuzahlung umzudeuten.

48. Für eine Beschränkung des Begriffs der baren Zuzahlung auf echte Gegenleistungen für den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung spricht auch die Zielsetzung der Richtlinie

23 — Unter den verschiedenen Sprachfassungen von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 scheint allein die niederländische den relativ engen Begriff der „rechtshandeling“ zu verwenden, wohingegen in der tschechischen („operace“), dänischen („transaktion“), griechischen („πράξη“), englischen („operation“), spanischen („operación“), estnischen („tehing“), finnischen („liiketoimi“), französischen („opération“), ungarischen („művelet“), italienischen („operazione“), litauischen („operacija“), lettischen („operācija“), maltesischen („hidma“), polnischen („operacja“), portugiesischen („operação“), slowakischen („operácia“), slowenischen („operacija“) und schwedischen Sprachfassung („förfarande“) durchweg offene Formulierungen verwendet werden, die dem deutschen Begriff „Vorgang“ vergleichbar sind.

24 — Seit dem Inkrafttreten der Richtlinie 2005/19 kann eine bare Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 auch als Gegenleistung für den Erwerb weiterer Anteile gewährt werden, mit denen eine bereits bestehende Kontrolle an der erworbenen Gesellschaft ausgebaut wird. Die folgenden Ausführungen können auch auf einen solchen Fall übertragen werden.

25 — Das Erfordernis einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls wird auch im Urteil vom 15. Januar 2002, Andersen og Jensen (C-43/00, Slg. 2002, I-379, Randnrn. 25, 26 und 37), betont, welches sich ebenfalls mit der Auslegung der Richtlinie 90/434 befasst, wenn auch im Hinblick auf ihren Art. 2 Buchst. c und i.

90/434. Denn mit dieser Richtlinie sollen steuerliche Nachteile für grenzüberschreitende Umstrukturierungen von Unternehmen — etwa im Wege einer Fusion oder des Austausches von Anteilen — beseitigt werden, um den betroffenen Unternehmen die Anpassung an die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes, die Erhöhung ihrer Produktivität und die Steigerung ihrer Wettbewerbsfähigkeit zu ermöglichen²⁶. Zur effektiven Verwirklichung dieses Richtlinienzels ist es von entscheidender Bedeutung, dass grenzüberschreitende Umstrukturierungen nicht nur überhaupt einer gemeinsamen steuerlichen Regelung unterworfen werden²⁷, sondern auch, dass diese Regelung für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer vorhersehbar ist.

49. Die Vorhersehbarkeit der anwendbaren steuerlichen Regelung gebietet im Übrigen auch der Grundsatz der Rechtssicherheit²⁸, der ein grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts ist und als solches von den Gemeinschaftsorganen wie auch von den Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts zu beachten ist²⁹. Nach ständiger Rechtsprechung gilt

das Gebot der Rechtssicherheit in besonderem Maße bei Vorschriften, die finanzielle Konsequenzen haben können³⁰; dies trifft namentlich auf die Richtlinie 90/434 zu, von deren Bestimmungen die steuerliche Behandlung grenzüberschreitender Umstrukturierungen von Unternehmen entscheidend abhängt.

50. Ist also ein Austausch von Anteilen beabsichtigt, so müssen die Betroffenen mit hinreichender Sicherheit vorhersehen können, wie sich diese Transaktion für sie steuerlich auswirkt. Nur dann können sie überhaupt sinnvoll beurteilen, ob eine derartige Maßnahme für sie wirtschaftlich Sinn macht. Unkalkulierbar wären die steuerlichen Auswirkungen hingegen dann, wenn die Gefahr bestünde, dass in die steuerliche Beurteilung eines Austausches von Anteilen noch nachträglich auch Geldleistungen einbezogen werden müssten, die lediglich in engem zeitlichem Zusammenhang mit ihm getätigt wurden, aber von den Beteiligten nicht verbindlich als Gegenleistung für die Gewährung von Anteilen vereinbart waren.

26 — Vgl. den ersten und zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 90/434.

27 — Vgl. den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 90/434.

28 — In diesem Sinne die ständige Rechtsprechung, vgl. nur die Urteile vom 14. April 2005, Belgien/Kommission (C-110/03, Slg. 2005, I-2801, Randnr. 30), vom 26. Oktober 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun (C-248/04, Slg. 2006, I-10211, Randnr. 79) und vom 21. Februar 2006, Halifax u. a. (C-255/02, Slg. 2006, I-1609, Randnr. 72).

29 — Urteile vom 26. April 2005, „Goed Wonen“ (C-376/02, Slg. 2005, I-3445, Randnr. 32) und vom 14. September 2006, Elmeka (C-181/04 bis C-183/04, Slg. 2006, I-8167, Randnr. 31); ähnlich die Urteile vom 3. Mai 2005, Berlusconi u. a. (C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Randnr. 69) und vom 11. Juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Slg. 2006, I-6467, Randnr. 56).

51. Zum einen müssten nämlich die Beteiligten dann befürchten, dass der Austausch ihrer Anteile insgesamt nicht in den Genuss

30 — Urteil Koninklijke Coöperatie Consun (zitiert in Fn. 28, Randnr. 79); vgl. auch Urteile vom 15. Dezember 1987 Niederlande/Kommission (326/85, Slg. 1987, 5091, Randnr. 24), vom 12. Februar 2004, Šlob (C-236/02, Slg. 2004, I-1861, Randnr. 37) und vom 16. März 2006, Emsland-Stärke (C-94/05, Slg. 2006, I-2619, Randnr. 43).

der Befreiung von der Besteuerung der Veräußerungsgewinne gemäß Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 90/434 kommen könnte. Zum anderen ist zu bedenken, dass auch die steuerliche Belastung für eine kurze Zeit später erfolgte Gewinnausschüttung nach nationalem Recht unterschiedlich hoch sein kann, je nach dem, ob diese der Dividendenbesteuerung unterworfen wird oder noch als bare Zuzahlung gewertet und somit nach den in Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie eröffneten Möglichkeiten besteuert wird.

52. Eine extensivere Auslegung des Begriffs der baren Zuzahlung kann auch nicht mit dem Anliegen der Richtlinie 90/434 begründet werden, die finanziellen Interessen der betroffenen Mitgliedstaaten zu wahren und ihnen die Bekämpfung der Steuerhinterziehung oder -umgehung zu ermöglichen³¹. Zum einen hat nämlich der Gemeinschaftsgesetzgeber für eben diesen Zweck eine spezielle Vorschrift in die Richtlinie 90/434 aufgenommen, wie ein Blick auf ihren Art. 11 Abs. 1 Buchst. a zeigt. Zum anderen ginge eine *generelle Ausweitung* des Begriffs der baren Zuzahlung über dasjenige hinaus, was zur Wahrung der finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten sowie zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung und -umgehung erforderlich ist, ohne gleichzeitig die nötige Vorhersehbarkeit der gemeinsamen steuerlichen Regelung für die betroffenen Unternehmen aufs Spiel zu setzen.

53. In einem ähnlichen Sinne hat auch der Gerichtshof im Urteil Leur-Bloem festgehalten, dass die in der Richtlinie 90/434 vorgesehene gemeinsame Besteuerungsregelung ungeachtet dessen gilt, ob die Gründe für einen Austausch von Anteilen finanzieller, wirtschaftlicher oder rein steuerlicher Art sind³². Daraus lässt sich folgern, dass bei der Auslegung des Begriffs der baren Zuzahlung als solcher die möglichen Motive für die jeweilige Transaktion noch keine Rolle spielen sollen, sondern erst im Rahmen der Missbrauchskontrolle im konkreten Einzelfall gemäß Art. 11 der Richtlinie 90/434 zum Tragen kommen können³³.

54. Sowohl systematische als auch teleologische Erwägungen sprechen deshalb insgesamt gegen eine weite Auslegung des Begriffs der baren Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434 und für seine Beschränkung auf echte Gegenleistungen für den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung. Vor diesem Hintergrund kann folgendes Zwischenergebnis festgehalten werden:

Geldleistungen der erwerbenden Gesellschaft, wie etwa Gewinnausschüttungen, die nicht verbindlich als Gegenleistung für die von ihr erlangte, die Mehrheit der Stimmrechte verleihende Beteiligung an der erworbenen Gesellschaft vereinbart sind, fallen

31 — Vierter und neunter Erwägungsgrund der Richtlinie 90/434.

32 — Urteil vom 17. Juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Slg. 1997, I-4161, Randnr 36).

33 — Dass die Würdigung der Beweggründe für einen Austausch von Anteilen einer umfassenden Prüfung des konkreten Einzelfalls vorbehalten ist, betont übrigens auch das Urteil Leur-Bloem (zitiert in Fn. 32, Randnrn. 41 und 44).

nicht unter den Begriff der baren Zuzahlung im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 90/434, mögen sie auch von den Beteiligten von vornherein geplant gewesen und in engem zeitlichem Zusammenhang zum Erwerb jener Beteiligung getätigt worden sein³⁴.

Steuerhinterziehung und Steuerumgehung zu ermöglichen³⁵. Die vorgeschlagene enge Auslegung des Begriffs der baren Zuzahlung³⁶ steht zu diesem Anliegen auch keineswegs im Widerspruch. Vielmehr wird gerade dieses Anliegen durch die Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 verwirklicht.

C — Möglichkeiten des Vorgehens gegen eine etwa beabsichtigte Steuerumgehung

55. Zu prüfen bleibt, inwieweit die nationalen Behörden in einem Fall wie dem vorliegenden gegen eine mit dem Austausch von Anteilen möglicherweise beabsichtigte Steuerumgehung vorgehen können.

57. Diese Vorschrift bringt letztlich zum Ausdruck, was auch in ständiger Rechtsprechung anerkannt ist: Eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet. Die Anwendung einer Gemeinschaftsregelung darf nämlich nicht so weit gehen, dass missbräuchliche Praktiken von Wirtschaftsteilnehmern gedeckt werden, d. h. Vorgänge, die nicht im Rahmen normaler Handelsgeschäfte stattfinden, sondern nur dem Zweck dienen, missbräuchlich in den Genuss von im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Vorteilen zu kommen³⁷.

56. Wie bereits erwähnt, gehört es zu den Zielen der Richtlinie 90/434, die finanziellen Interessen der Mitgliedstaaten zu wahren und ihnen eine wirksame Bekämpfung von

58. Selbstverständlich kann nicht schon die bloße Inanspruchnahme der vom Gemeinschaftsrecht — hier von der Richtlinie

34 — Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Entsprechendes seit dem Inkrafttreten der Richtlinie 2005/19 auch für den Erwerb weiterer Anteile gilt, mit denen eine bereits bestehende Kontrolle der erwerbenden an der erworbenen Gesellschaft ausgebaut wird.

35 — Vgl. oben, Nr. 52 und Fn. 31 dieser Schlussanträge.

36 — Vgl. dazu oben, Nrn. 43 bis 54 dieser Schlussanträge.

37 — Urteile vom 9. März 1999, Centros (C-212/97, Slg. 1999, I-1459, Randnr. 24 mit weiteren Nachweisen), vom 6. April 2006, Agip Petrol (C-456/04, Slg. 2006, I-3395, Randnr. 20), vom 12. September 2006, Cadbury Schweppes (C-196/04, Slg. 2006, I-7995, Randnr. 35) und Halifax (zitiert in Fn. 28, Randnrn. 68 und 69).

90/434 — eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten den Verdacht des Missbrauchs begründen³⁸. Gemäß Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 steht es den Mitgliedstaaten aber frei, die in jener Richtlinie vorgesehenen Steuervorteile für einen Austausch von Anteilen ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, wenn eine solche Transaktion als hauptsächlichen Beweggrund oder als einen ihrer hauptsächlichen Beweggründe die Steuerhinterziehung oder die Steuerumgehung hat.

59. Als Regelbeispiel für das Vorliegen eines solchen Beweggrundes nennt der zweite Satz von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 das Fehlen vernünftiger wirtschaftlicher Gründe für die jeweilige Transaktion. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem nach den Tatsachenfeststellungen des vorliegenden Gerichts für den Austausch von Anteilen kein konkreter geschäftlicher Anlass bestand, sondern vielmehr Steuereinsparungen das Ziel waren³⁹, kommt deshalb eine Versagung der in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 90/434 vorgesehenen Steuerbefreiung durchaus in Betracht. Denn ein Austausch von Anteilen, mit dem rein steuerliche Vorteile erstrebt werden, dient keinem vernünftigen wirtschaftlichen Zweck im

Sinne der Richtlinie⁴⁰. Abgesehen davon kann auch der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Gewinnausschüttung und dem durchgeführten Austausch auf einen möglichen Missbrauch der von der Richtlinie 90/434 eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten hindeuten. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Beteiligten in Kenntnis der kurz bevorstehenden Änderung des dänisch-irischen Doppelbesteuerungsabkommens handelten.

60. Ob es im konkreten Einzelfall gerechtfertigt ist, die in der Richtlinie 90/434 vorgesehenen Steuervorteile für einen Austausch von Anteilen ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, hängt von einer Gesamtwürdigung aller Umstände des jeweiligen Falles ab, die den zuständigen nationalen Behörden obliegt und gerichtlich überprüfbar sein muss⁴¹.

61. Der vorliegende Fall zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass das dänische Recht im hier maßgeblichen Zeitraum keine spezifische Bestimmung zur Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 kannte. Insbesondere Herr Kofoed ist deshalb der Auffassung, dass ihm die steuerlichen Vorteile der Richtlinie 90/434 zu Unrecht vorenthalten wurden.

38 — Im selben Sinne, bezogen auf die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG), die Urteile Centros (Randnr. 27) und Cadbury Schweppes (Randnrn. 36 bis 38), zitiert in Fn. 37.

39 — Die Beteiligten waren sich scheinbar bewusst, dass das Inkrafttreten eines neuen, für sie weniger günstigen dänisch-irischen Doppelbesteuerungsabkommens bevorstand, so dass für sie damals ein Anreiz bestand, durch den Austausch von Anteilen mit anschließender Gewinnausschüttung über die irische Gesellschaft Steuern zu sparen (vgl. Nrn. 29 und 30 dieser Schlussanträge).

40 — Urteil Leur-Bloem (zitiert in Fn. 32, Randnr. 47).

41 — Urteil Leur-Bloem (zitiert in Fn. 32, Randnr. 41).

62. Allerdings ist eine förmliche Übernahme von Richtlinienbestimmungen in spezifische Rechtsvorschriften des nationalen Rechts gar nicht immer erforderlich; vielmehr kann der Umsetzung einer Richtlinie je nach ihrem Inhalt bereits durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext — einschließlich allgemeiner Grundsätze des nationalen Verfassungs- oder Verwaltungsrechts — Genüge getan sein, wenn dadurch die vollständige Anwendung der Richtlinie in hinreichend klarer und bestimmter Weise garantiert ist⁴².

63. Das vorliegende Gericht wird deshalb zu prüfen haben, ob nicht auch allgemeine Bestimmungen oder Grundsätze des innerstaatlichen Rechts auf den vorliegenden Fall Anwendung finden können, aus denen sich etwa die steuerliche Unbeachtlichkeit von Scheingeschäften oder ein Verbot der missbräuchlichen Berufung auf bestimmte steuerliche Vorteile ergeben könnte; ebenso bleibt ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts über Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung möglich⁴³. In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof bestand zwischen den Vertretern von Herrn Kofoed und der dänischen Regierung Uneinigkeit darüber, welche Möglichkeiten das dänische Recht insoweit eröffnet.

64. Selbstverständlich wären all diese Regelungen, gleichviel ob sie zur Umsetzung der

Richtlinie 90/434 ergangen sind oder nicht, jeweils im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit Wortlaut und Zielen der Richtlinie 90/434 sowie ihres Art. 11 Abs. 1 Buchst. a auszulegen und anzuwenden⁴⁴.

65. Gegen eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts spricht nicht, dass sie möglicherweise zu Lasten des Einzelnen gehen kann. Denn eine durch Bestimmungen des nationalen Rechts vermittelte, d. h. eine *mittelbare* Anwendung des Gemeinschaftsrechts zulasten des Einzelnen, ist zulässig⁴⁵.

66. Lediglich eine *unmittelbare* Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 zulasten der Herren Kofoed und Toft wäre den dänischen Behörden versagt. So kann ein Mitgliedstaat dem Einzelnen nicht eine Richtlinienbestimmung entgegenhalten,

42 — In diesem Sinne die ständige Rechtsprechung, vgl. etwa die Urteile vom 16. Juni 2005, Kommission/Italien (C-456/03, Slg. 2005, I-5335, Randnr. 51) und vom 6. April 2006, Kommission/Österreich (C-428/04, Slg. 2006, I-3325, Randnr. 99).

43 — Im selben Sinne etwa das Urteil vom 19. Januar 1982, Becker (8/81, Slg. 1982, S. 53, Randnr. 34).

44 — Zur Pflicht nationaler Gerichte, innerstaatliches Recht richtlinienkonform auszulegen, vgl. die ständige Rechtsprechung und insbesondere die Urteile vom 10. April 1984, von Colson und Kamann (14/83, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26), vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnrn. 113 bis 119 mit weiteren Nachweisen) sowie Adeneler (zitiert in Fn. 21, Randnrn. 108, 109 und 111).

45 — So gilt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts anerkanntermaßen auch in Rechtsverhältnissen, in denen zwangsläufig ein Privater mittelbar belastet wird: Dies sind zum einen horizontale Rechtsverhältnisse, d. h. solche zwischen Privaten (vgl. nur Urteile vom 13. November 1990, Marleasing, C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnrn. 6 und 8, und vom 14. Juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnrn. 20, 25 und 26), und zum anderen die so genannten Dreiecksverhältnisse (vgl. Urteil vom 7. Januar 2004, Wells, C-201/02, Slg. 2004, I-723, Randnr. 57 mit weiteren Nachweisen). Im selben Sinne auch meine Schlussanträge vom 14. Oktober 2004 in den Rechts-sachen Berlusconi u. a. (C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Nr. 153).

die er selbst nicht umgesetzt hat⁴⁶. Es entspricht nämlich ständiger Rechtsprechung, dass eine Richtlinie nicht *selbst* Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie *als solche* nicht möglich ist⁴⁷.

strukturierung von Kapitalgesellschaften⁴⁹ gefährdet würde. Im Übrigen würde auch das bereits erwähnte Verbot, nicht umgesetzte Richtlinienbestimmungen unmittelbar zu Lasten des Einzelnen zur Anwendung zu bringen, auf diese Weise untergraben⁵⁰.

67. Ebenso wenig dürften sich übrigens die zuständigen Behörden dem Einzelnen gegenüber *unmittelbar* auf einen etwa bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts stützen, wonach ein Rechtsmissbrauch nicht zulässig ist. Denn für Fälle, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 90/434 fallen, hat ein solcher Grundsatz in Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie seinen spezifischen Ausdruck gefunden und eine Konkretisierung erfahren⁴⁸. Ließe man daneben noch den unmittelbaren Rückgriff auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zu, dessen Inhalt weit weniger klar und bestimmt ist, so bestünde die Gefahr, dass das Harmonisierungsziel der Richtlinie 90/434 unterlaufen und die von ihr bezweckte Rechtssicherheit bei der Um-

68. Zusammenfassend gilt deshalb:

Um die Anwendung des Titels II der Richtlinie 90/434 auf einen konkreten Einzelfall ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, bedarf es nicht notwendigerweise einer spezifischen Bestimmung zur Umsetzung von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434. Vielmehr ist zu diesem Zweck auch der Rückgriff auf allgemeine Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts — einschließlich allgemeiner Grundsätze des nationalen Verfassungs- oder Verwaltungsrechts — möglich, sofern diese im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit Wortlaut und Zielen der Richtlinie 90/434 sowie ihres Art. 11 Abs. 1 Buchst. a ausgelegt und angewendet werden. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 90/434 zulasten des Einzelnen ist hingegen ebenso unzulässig wie der unmittelbare Rückgriff auf ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Verbot des Rechtsmissbrauchs.

46 — Urteile vom 19. November 1991, Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Randnr. 21), vom 26. September 1996, Arcaro (C-168/95, Slg. 1996, I-4705, Randnr. 42), vom 29. April 2004, Beuttenmüller (C-102/02, Slg. 2004, I-5405, Randnr. 63) und vom 30. März 2006, Uudenkaupungin kaupunki (C-184/04, Slg. 2006, I-3039, Randnr. 28).

47 — Vgl. statt vieler die Urteile Pfeiffer (zitiert in Fn. 44, Randnr. 108, mit weiteren Nachweisen) und Berlusconi (zitiert in Fn. 29, Randnr. 73); Hervorhebungen von mir.

48 — Auch sonst sind nationale Maßnahmen in einem Bereich, der auf Gemeinschaftsebene *abschließend* harmonisiert ist, anhand der Bestimmungen dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht der des Primärrechts zu beurteilen (Urteile vom 13. Dezember 2001, DaimlerChrysler, C-324/99, Slg. 2001, I-9897, Randnr. 32, und vom 14. Dezember 2004, Swedish Match, C-210/03, Slg. 2004, I-11893, Randnr. 81). Freilich bleibt stets die Möglichkeit unberührt, die Rechtmäßigkeit des Sekundärrechts im Rahmen der Art. 220 ff. EG am Maßstab des höherrangigen Primärrechts zu überprüfen.

49 — Vgl. dazu insbesondere Nrn. 48 bis 51 dieser Schlussanträge.

50 — Unklar insoweit das Urteil vom 22. November 2005, Mangold (C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Randnrn. 74 bis 77).

VI — Ergebnis

69. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Østre Landsret folgende Antwort zu geben:

- 1) Geldleistungen der erwerbenden Gesellschaft, wie etwa Gewinnausschüttungen, die nicht verbindlich als Gegenleistung für die von ihr erlangte, die Mehrheit der Stimmrechte verleihende Beteiligung an der erworbenen Gesellschaft vereinbart sind, fallen nicht unter den Begriff der baren Zuzahlung im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d der Richtlinie 90/434/EWG, mögen sie auch von den Beteiligten von vornherein geplant gewesen und in engem zeitlichem Zusammenhang zum Erwerb jener Beteiligung getätigt worden sein.

- 2) Um die Anwendung des Titels II der Richtlinie 90/434/EWG auf einen konkreten Einzelfall ganz oder teilweise zu versagen oder rückgängig zu machen, bedarf es nicht notwendigerweise einer spezifischen Bestimmung zur Umsetzung von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 90/434/EWG. Vielmehr ist zu diesem Zweck auch der Rückgriff auf allgemeine Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts — einschließlich allgemeiner Grundsätze des nationalen Verfassungs- oder Verwaltungsrechts — möglich, sofern diese im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere mit Wortlaut und Zielen der Richtlinie 90/434/EWG sowie ihres Artikels 11 Absatz 1 Buchstabe a ausgelegt und angewendet werden. Eine unmittelbare Anwendung von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 90/434/EWG zulasten des Einzelnen ist hingegen ebenso unzulässig wie der unmittelbare Rückgriff auf ein allgemeines gemeinschaftsrechtliches Verbot des Rechtsmissbrauchs.