

# ÖStZ

# Internationales Steuerrecht

Abkommensrecht, Außensteuerrecht, EU-Recht

Redaktion: MR Dr. Heinz Jirousek, BMF

## Aus der Rechtsprechung des EuGH

# Lenz: Österreich darf ausländische Kapitalerträge nicht diskriminieren

ÖStZ  
2004/  
757  
S. 343

1. Die Art 73b und 73d Abs 1 und 3 EG-Vertrag (jetzt Art 56 EG und 58 Abs 1 und 3 EG) stehen einer Regelung entgegen, die nur den Beziehern österreichischer Kapitalerträge erlaubt, zwischen einer Endbesteuerung mit einem Steuersatz von 25 % und der normalen Einkommensteuer unter Anwendung eines Hälftesteuersatzes zu wählen, während sie vorsieht, dass Kapitalerträge aus einem anderen Mitgliedstaat zwingend der normalen Einkommensteuer ohne Ermäßigung des Steuersatzes unterliegen.

2. Die Weigerung, den Beziehern von Kapitalerträgen aus einem anderen Mitgliedstaat dieselben Steuervorteile wie den Beziehern österreichischer Kapitalerträge zu gewähren, lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Einkünfte der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaften dort einem niedrigen Besteuerungsniveau unterliegen.

EuGH, Urteil vom 15. 7. 2004, C-315/02, Anneliese Lenz/Finanzlandesdirektion für Tirol (Vorabentscheidungsersuchen des VwGH)

**Univ.-Ass. DDR. Georg Kofler,**  
**LL.M.** (New York)

### 1. Rechtlicher Hintergrund und Ausgangsachverhalt

a. Die Besteuerung grenzüberschreitender Dividendeneinkünfte natürlicher Personen im Binnenmarkt steht schon lange im Brennpunkt europarechtlicher Überlegungen im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 ff EG<sup>1)</sup>. Einen wesentlichen Schritt zur Lösung der damit zusammenhängenden Fragen hat der EuGH bereits in der

*Rs Verkooyen*<sup>2)</sup> gesetzt: Dort sah es der EuGH als unvereinbar mit der Kapitalverkehrsfreiheit an, dass die Niederlande bei der Besteuerung von inländischen Dividendeneinkünften einen gewissen Betrag steuerfrei stellten, dieselbe Begünstigung für Dividenden aus dem Ausland jedoch nicht gewährten<sup>3)</sup>. Basierend auf der bisherigen Rsp hat die Kommission unlängst in ihrer Mitteilung zur „Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt“<sup>4)</sup> herausgearbeitet, dass Problembereiche bei den derzeitigen Steuersystemen der Mitgliedstaaten insb dann bestehen, wenn entweder ein Anrechnungssystem nicht auch auf Dividendeneinkünfte aus anderen Mitgliedstaaten erstreckt oder wenn eine begünstigte Besteuerung inländischer Dividenden („Schedulensystem“) für ausländische Dividenden versagt wird<sup>5)</sup>. Die erstgenannte Situation ist am Beispiel des

1) Siehe dazu etwa *Staringer*, Dividendenbesteuerung und Kapitalverkehrsfreiheit, in: *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (99 ff). Nach Art 43 Abs 2 EG steht die Niederlassungsfreiheit unter dem Vorbehalt der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit. Das Abgrenzungsmerkmal ist ausweislich des Wortlautes von Art 43 Abs 2 EG die Möglichkeit der Leitung des Unternehmens. Bei der Beurteilung, ob mit einer Beteiligung die Leitung des Unternehmens verbunden ist, kommt es insb auf den Umfang der Beteiligung an, wobei von einer Kontrolle – und damit der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit – bei einer wesentlichen Beteiligung auszugehen ist (EuGH 13. 4. 2000, C-251/98, Slg 2000, I-2787, Baars – Tz 20 ff; ausreichend ist jedenfalls eine mindestens 50%ige Beteiligung; vgl Schlussanträge GA *Alber* 24. 9. 2002, C-168/01, Bosal – Tz 31 mwN); dazu jüngst *Beiser*, Auslandsausschüttungen im Licht der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, *GesRZ* 2003, 187 (190 f mwN). Die Besteuerung von Dividenden in den Händen von Körperschaften wird im Übrigen zu einem großen Teil durch die Mutter-Tochter-RL (Richtlinie des Rates 90/435/EG vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl L 225 vom 20. 8. 1990, idF der RL 2003/123/EC vom 22. 12. 2003, ABl L 7/41 vom 13. 1. 2004), abgedeckt, die für die Zahlung von begünstigten Dividenden eine

Befreiung von der Quellensteuer und eine Anrechnung oder Befreiung auf der Ebene des empfangenden Unternehmens vorsieht.

2) EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, *Verkooyen*.

3) Daraus ergibt sich zB zwanglos, dass Mitgliedstaaten, die ein Freistellungssystem anwenden (derzeit Griechenland, Estland und Lettland), diese Freistellung auch auf Dividendeneinkünfte aus dem Ausland ausdehnen müssen; siehe Mitteilung der Kommission zur „Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt“, KOM(2003)810 endg, 14.

4) KOM(2003)810 endg.

5) Grundsätzlich kann bemerkt werden, dass aufgrund der zahlreichen europarechtlichen Probleme eines Anrechnungssystems (dazu

finnischen Anrechnungssystems derzeit in der Rs Manninen<sup>6)</sup> vor dem EuGH anhängig, die zweite Konstellation, die der EuGH bereits im jüngst ergangenen Urteil in der Rs Kommission/Frankreich<sup>7)</sup> angesprochen hat, war Gegenstand des vorliegenden Urteils in der Rs Lenz.

b. Nachdem der EuGH die Frage nach der Zulässigkeit – des „alten“ Systems – der Besteuerung nach § 37 Abs 4 (Hälftesteuersatz) bzw § 93 iVm § 97 Abs 1 EStG (25%iger KESt-Abzug mit Endbesteuerungswirkung) von „inländischen“ Kapitalerträgen im Vergleich zur vollen Tarifbesteuerung „ausländischer“ Kapitalerträge in der Rs Schmid<sup>8)</sup> mangels Vorlageberechtigung des Berufungssenats der FLD unbeantwortet lassen konnte, hatte der VwGH kurz darauf erneut Gelegenheit zur Vorlage an den EuGH. Abgesehen von der bereits vom Berufungssenat gestellten Frage hat der VwGH in der Rs Lenz zudem um Klärung dahin gehend er sucht, ob in diesem Zusammenhang das Körperschaftsteuerniveau des Ansässigkeitsstaates der ausschüttenden Kapitalgesellschaft eine Rolle spiele und ob eine allfällige aliquote Anrechnung dieser ausländischen KSt auf die österreichische ESt gemeinschaftsrechtskonform wäre<sup>9)</sup>. Konkret formulierte der VwGH seine Fragen folgendermaßen:

*Jacobs*, Internationale Unternehmensbesteuerung<sup>5</sup> [2002] 123 ff) viele Mitgliedstaaten bereits zu einem Schedulensystem gewechselt sind (siehe zB *Terra/Wattel*, European Tax Law<sup>3</sup> [2001] 362 ff; *European Team of the ICFD*, *The Océ van der Grinten Case: Implications for Other EU Member States*, ET 2003, 394 [402]). Ab 1. 1. 2005 werden auch Frankreich und Finnland ihre Anrechnungssysteme aufgeben; siehe für Frankreich zB *Bjrengier*, French Finance Bill Merits Corporate Attention, 32 Tax Notes Int'l 7 (7 ff) (Oct. 6, 2003); *Bricet*, Tax Bills Bring Major Changes for Business, Shareholders, 33 Tax Notes Int'l 140 (141) (Jan. 12, 2004), und für Finnland zB *Hintsanen/Petterson*, Finland: Supreme Administrative Court Rules on Taxation of Dual Resident Companies, ET 2004, 192 (196); *Raitasuo*, Working Group Recommends Tax Cuts, Revocation of Dividend Imputation, 29 Tax Notes Int'l 831 (831 ff) (Mar. 3, 2003).

- 6) Siehe bereits die Schlussanträge GA *Kokott* 18. 3. 2004, C-319/02, Manninen, in denen sie die Versagung der Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer im finnischen Anrechnungssystem als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ansieht; dazu weiters *Liedel/Hintsanen*, Finnish Imputation System under ECJ Scrunity, ET 2003, 31 (31 ff); *Muten*, ECJ Advocate General Issues Opinion on Finland's Imputation System, 33 Tax Notes Int'l 1154 (1154 ff) (Mar. 29, 2004); *Krebs/Bödefeld*, Verbot der Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer des Anteilseigners europarechtswidrig, BB 2004, 1416 (1416 ff).
- 7) EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich; dazu bereits G. *Kofler*, Kommission/Frankreich: Nachteilige Besteuerung ausländischer Kapitalerträge ist nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar! ÖStZ 2004/484, 199 (199 ff).
- 8) EuGH 30. 5. 2002, C-516/99, Slg 2002, I-4573, Schmid; siehe auch Schlussanträge GA *Tizziano* 29. 1. 2002, C-516/99, Slg 2002, I-4573, Schmid; dazu zB *Toifl*, Verstößt die Beschränkung der Endbesteuerung auf inländische Kapitalerträge gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 73b EGV?, SWI 1999, 255 (255 ff); *Keppert*, Einschränkung der Halbsatz- und Endbesteuerung auf Gewinnanteile aus inländischen Körperschaften gemeinschaftsrechtswidrig?, SWK 2000, 776 (776 ff); *Lenneis*, Vorabentscheidungsersuchen eines Berufungssenats zur Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2000, 25 (25); *Staringer*, Auslandsdividenden und Kapitalverkehrsfreiheit, ÖStZ 2000/119, 26; *Staringer* in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (95 ff); *Züger*, Endbesteuerung vor dem EuGH, SWK 2000, 385 (385 ff); *Lenneis*, Vorabentscheidungsverfahren eines Berufungssenats zur Kapitalverkehrsfreiheit – Schlussanträge des Generalanwaltes, SWI 2002, 56 (56 ff); *Lang*, Diskriminierung von Auslandsdividenden und Rechtsschutzdefizite in Österreich, IWB 2002, Fach 5, Grp 2, 555 (555 ff); *Witzel*, Die europarechtlichen Anforderungen an die Besteuerung von Auslandsdividenden – Der Fall „Schmid“, IStR 2002, 758 (758 ff).
- 9) VwGH 27. 8. 2002, 99/14/0164, ÖStZB 2002/660; dazu zB oV, Vorabentscheidungsersuchen des VwGH zu Auslandsdividenden, RdW 2002/577, 623 (623); *Tumpel*, Zweifel des Verwaltungsgerichtshofes an der Vereinbarkeit der Dividendenbesteuerung in Österreich mit der Kapital-

1. Stehen Art. 73b Abs. 1 iVm Art. 73d Abs. 1 lit. a und b und Abs. 3 EG-Vertrag (jetzt Art. 56 Abs. 1 iVm Art. 58 Abs. 1 lit. a und b und Abs. 3 EG) einer Regelung entgegen, wie sie § 97 Abs. 1 und 4 EStG 1988 iVm § 37 Abs. 1 und 4 EStG 1988 vorsieht, nach welcher der StPfl bei Dividenden aus inländischen Aktien wählen kann, ob er sie bei einer pauschalen und endgültigen Besteuerung dem Steuersatz von 25 % unterwirft oder ob er sie mit einem Steuersatz in Höhe der Hälfte des auf das gesamte Einkommen entfallenden Durchschnittssteuersatzes versteuert, während Dividenden aus ausländischen Aktien stets mit dem normalen Einkommensteuersatz versteuert werden?

2. Ist für die Beantwortung der Frage 1. die Höhe der Besteuerung des Einkommens der Kapitalgesellschaft mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in dem anderen EU-Mitgliedstaat oder dem Drittstaat, an welcher die Beteiligung besteht, von Bedeutung?

3. Falls Frage 1. bejaht wird: Kann der dem Art. 73b Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 56 Abs. 1 EG-Vertrag) entsprechende Zustand dadurch herbeigeführt werden, dass die Körperschaftsteuer, die von Aktiengesellschaften mit Sitz und Geschäftsleitung in anderen EU-Mitgliedstaaten oder in Drittländern in ihrem jeweiligen Ansässigkeitsstaat entrichtet wird, anteilig auf die österreichische ESt des Dividendenbeziehers angerechnet wird?

c. Obzwar aufgrund der umfassenden Neugestaltung der Besteuerung von Kapitalerträgen im Rahmen des BBG 2003<sup>10)</sup> im Bereich der Besteuerung von Dividendeneinkünften natürlicher Personen ein europarechtskonformer Zustand hergestellt wurde<sup>11)</sup>, ist das Urteil in der Rs Lenz, insb aufgrund der zweiten und dritten Vorlagefrage, dennoch von allgemeiner Bedeutung: Es bestätigt nicht nur die Bedenken der Kommission gegen Steuersysteme, die innerstaatliche Begünstigungen nicht auf Auslandsdividenden ausdehnen, sondern wird auch die Handhabung der Verordnungsmächtigung des § 37 Abs 8 EStG beeinflussen und möglicherweise die Bedenken gegen den Methodenwechsel nach § 10 Abs 4 KStG bestärken<sup>12)</sup>.

## 2. Schlussanträge des Generalanwalts

In seinen am 25. 3. 2004 erstatteten Schlussanträgen ist GA *Tizziano* erwartungsgemäß<sup>13)</sup> zu dem Ergebnis gekommen, dass Art 56 iVm Art 58 Abs 1 EG einer Regelung nach Art

verkehrsfreiheit, SWI 2002, 454 (454 ff); *Toifl*, Besteuerung ausländischer Dividendeneinkünfte und Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2002, 458 (458 ff); *Toifl/Polivanova-Rosenauer*, Preliminary Ruling Requested from ECJ on Austrian Taxation on Foreign Dividends, ET 2003, 87 (87 ff); *Schuch*, Pending Cases Filed by Austrian Courts: the Lenz Case, in *Lang* (Hrsg), Pending Cases before the ECJ (2003) 137 (137 ff).

- 10) Dazu D. *Aigner/H.-J. Aigner/G. Kofler*, Die Neuordnung der Besteuerung von Kapitalerträgen durch das BudgetbegleitG 2003, *ecolex* 2003, 480 (480 ff); *Schmidt*, Reform der Besteuerung ausländischer Kapitalerträge bei natürlichen Personen, *GeS* 2003, 187 (187 ff); *Tissot*, Besteuerung ausländischer Kapitaleinkünfte verfassungs- und EU-konform?, *RdW* 2003/588, 672 (672 ff).
- 11) Ebenso die Kommission in ihrer Mitteilung zur „Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt“, KOM(2003)810 endg, 9; siehe auch *Beiser*, *GesRZ* 2003, 187 (197 f).
- 12) Siehe unten Pkt 4.
- 13) GA *Tizziano* konnte argumentativ weit gehend auf seine in der Rs Schmid erstatteten Schlussanträge (vom 29. 1. 2002, C-516/99, Slg 2002, I-4573, Schmid) zurückgreifen; siehe Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 18. Dazu etwa *Stefaner*, ECJ Advocate General Says Austrian Foreign Dividend Tax Regime is Discriminatory, 34 Tax Notes Int'l 8 (8 ff) (Apr. 5, 2004); *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, Besteuerung ausländischer Kapitalerträge und jüngste Rechtsprechung des EuGH, SWI 2004, 228 (228 ff); *Toifl*,

der §§ 37 und 97 EStG idF AbgÄG 1996<sup>14)</sup> entgegen steht, „die es nur den Beziehern von inländischen Kapitalerträgen erlaubt, zwischen der besonderen Abgeltungsteuer und der normalen Einkommensteuer mit einer Ermäßigung des Steuersatzes um 50 % zu wählen, während sie vorsieht, dass für ausländische Kapitalerträge zwingend die normale Einkommensteuer ohne Ermäßigung des Steuersatzes gilt“<sup>15)</sup>; auch eine Rechtfertigung auf Basis des Umstandes, dass die Erträge einer ausländischen Körperschaft in ihrem Ansässigkeitsmitgliedstaat einer niedrigeren Besteuerung unterliegen, hat der GA abgelehnt<sup>16)</sup>. Was die dritte Vorlagefrage betrifft, empfahl der GA dem EuGH diese nicht zu beantworten, da der Gerichtshof damit ein nur hypothetisches Problem lösen würde<sup>17)</sup>.

### 3. Entscheidung des EuGH

a. Der EuGH prüfte die erste und zweite Vorlagefrage zusammen und kam relativ rasch zu dem Ergebnis, dass die österreichische Regelung eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellt, die nach Art 73b Abs 1 EG-Vertrag (Art 56 EG) grundsätzlich verboten ist<sup>18)</sup>. Einerseits hält nämlich die österreichische Regelung StPfl im Ergebnis davon ab, Kapital in Gesellschaften anzulegen, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind<sup>19)</sup>, andererseits wirkt sie sich gegenüber den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften beschränkend aus, weil sie sie darin behindert, in Österreich Kapital zu sammeln<sup>20)</sup>.

b. Breiten Raum widmete der EuGH allerdings Fragen einer möglichen Rechtfertigung<sup>21)</sup>, wodurch auch den Ausnahmebestimmungen des Art 58 EG (ex-Art 73d EGV) endlich feste „Konturen“ verliehen wurden<sup>22)</sup>.

– Nach Art 73d Abs 1 EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 EG) berührt Art 73b EG-Vertrag (Art 56 EG) weder das Recht der Mitgliedstaaten, „die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem [...] Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln“ (lit a) noch das Recht der Mitgliedstaaten, „die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften [...] zu verhindern“ (lit b). Entgegen der weiten Auslegung dieser Bestimmung durch die österreichische Regierung stellte der EuGH aber

sogleich fest, dass Art 73d Abs 1 EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 EG) als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit strikt auszulegen ist<sup>23)</sup>. Er kann nicht so verstanden werden, dass alle Steuervorschriften, die zwischen den StPfl nach dem Anlageort unterscheiden, ohne weiteres mit dem EG-Vertrag vereinbar wären. Die Ausnahme des Art 73d Abs 1 EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 EG) wird nämlich ihrerseits durch Art 73d Abs 3 EG-Vertrag (Art 58 Abs 3 EG) eingeschränkt, wonach die genannten Maßnahmen „weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 73b [Art 56] darstellen [dürfen]“. Es ist somit zwischen einer nach Art 73d Abs 1 EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 EG) erlaubten Ungleichbehandlung und nach Art 73d Abs 3 EG-Vertrag (Art 58 Abs 3 EG) verbotenen willkürlichen Diskriminierungen zu unterscheiden. Zum Zwecke dieser Abgrenzung verwies der EuGH darauf, dass eine nationale Steuerregelung nur dann mit den Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr vereinbar ist, wenn die unterschiedliche Behandlung einerseits objektiv nicht vergleichbare Situationen betrifft oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist<sup>24)</sup> und andererseits die unterschiedliche Behandlung verschiedener Kategorien von Kapitalerträgen nicht über das hinausgeht, was zum Erreichen des mit der Regelung verfolgten Zieles erforderlich ist. Damit stellt der EuGH abermals iSd der bereits bisher hA<sup>25)</sup> klar, dass Art 58 Abs 1 iVm Abs 3 EG im Grunde lediglich klarstellenden Charakter hat und die bisherige Rsp kodifiziert<sup>26)</sup>.

– Basierend auf dieser Auslegung setzte sich der EuGH sodann mit dem auf Art 73d Abs 1 lit a EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 lit a EG) gestützten Argument auseinander, wonach die österreichische Steuerregelung durch eine objektiv unterschiedliche Situation gerechtfertigt sei<sup>27)</sup>: Die beteiligten Regierungen argumentierten, Österreich besteuere die Gewinne, die im Inland ansässige Gesellschaften an ihre Aktionäre ausschütteten, zT bei den Gesellschaften und zT bei den Aktionären; Österreich sei aber nicht in der Lage, die Einkünfte von ausländischen Gesellschaften in gleicher Weise zu besteuern. Der EuGH folgte dieser Überlegung jedoch nicht: Er verwies darauf, dass sowohl in- als auch ausländische Kapitalerträge Gegenstand einer solchen Doppelbesteuerung sein können. Daher befinden sich hins einer die Doppelbesteuerung mindernden Steuervorschrift in Österreich unbeschränkt stpfl Aktionäre, die ausländische Dividenden beziehen, in einer Situation, die mit der von Aktionären

Diskriminierung ausländischer Kapitalerträge, RdW 2004/230, 250 (250 ff); *Eicker/Obser*, Die Kapitalverkehrsfreiheit bekommt Konturen – zugleich Anmerkungen zu den Schlussanträgen in den Rechtssachen Weidert und Paulus, Manninen und Lenz, IStR 2004, 443 (443 ff).

14) BGBl 1996/797.

15) Siehe Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 63.

16) Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 39 ff.

17) Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 58.

18) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 20 ff.

19) Ebenso bereits EuGH 14. 11. 1995, C-484/93, Slg 1995, I-3955, Svensson und Gustavsson – Tz 10; EuGH 16. 3. 1999, C-222/97, Slg 1999, I-1661, Trummer und Mayer – Tz 26; EuGH 15. 7. 2004, C-242/03, Weidert und Paulus – Tz 13..

20) Ebenso bereits EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 35; EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich – Tz 24; EuGH 15. 7. 2004, C-242/03, Weidert und Paulus – Tz 14.

21) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 23 bis 49.

22) So schon im Vorfeld der zutreffend betitelte Beitrag von *Eicker/Obser*, Die Kapitalverkehrsfreiheit bekommt Konturen – zugleich Anmerkungen zu den Schlussanträgen in den Rechtssachen Weidert und Paulus, Manninen und Lenz, IStR 2004, 443 (443 ff).

23) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 26 ff.

24) Ebenso bereits EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 43; EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, *X and Y* – Tz 49 und 72; EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich – Tz 27.

25) Vgl etwa *Dautzenberg*, Die Kapitalverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, der Steuervorbehalt des Art 73d EGV und die Folgen für die Besteuerung, RfW 1998, 537 (541); *Ruppe*, Die Bedeutung der Kapitalverkehrsfreiheit für das Steuerrecht, in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 9 (21 ff); *Staringer* in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (106 ff); *Staringer*, ÖStZ 2000/119, 26 (28 ff).

26) Siehe bereits EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 42 ff; vgl auch Schlussanträge GA *Kokott* 12. 2. 2004, C-242/03, Weidert und Paulus – Tz 27 ff; ausf *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 747 ff; *Flynn*, Coming of Age: The Free Movement of Capital Case Law 1993-2002, CML Rev. 2002, 773 (793 ff).

27) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 28 ff.

vergleichbar ist, die ebenfalls in Österreich unbeschränkt stpfl sind, aber inländische Dividenden beziehen. „Folglich knüpft die österreichische Steuerregelung, die die Anwendung der Endbesteuerung mit 25 % oder des Hälftesteuersatzes auf die Kapitalerträge davon abhängig macht, dass diese Erträge österreichischen Ursprungs sind, mit der Unterscheidung zwischen aus Österreich und aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Kapitalerträgen nicht an unterschiedliche Situationen im Sinne von Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag [Art 58 Abs 1 lit a EG] an“<sup>28)</sup>.

– In einem nächsten Schritt befasste sich der EuGH mit dem mittlerweile zum – erfolglosen – Standardargument gewordenen Grundsatz der Kohärenz des Steuersystems<sup>29)</sup>: Die beteiligten Regierungen argumentierten, dass die fraglichen Steuervorteile darauf abzielten, die Auswirkungen einer Doppelbesteuerung der Gesellschaftsgewinne zu mildern, und es einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen der Besteuerung der Gesellschaftsgewinne und diesen Steuervorteilen gebe<sup>30)</sup>, da nur in Österreich ansässige Gesellschaften in diesem Mitgliedstaat der KSt unterworfen seien, sei es daher gerechtfertigt, die fraglichen Steuervorteile den Beziehern österreichischer Kapitalerträge vorzubehalten. Der EuGH lehnte diese Argumentation ab, da es sich nicht nur bei der ESt natürlicher Personen und der KSt um unterschiedliche Steuern, die bei unterschiedlichen StPfl erhoben werden, handle<sup>31)</sup>, sondern die österreichische Steuerregelung auch die Gewährung der fraglichen Steuervorteile nicht davon abhängig macht, dass auf die Gewinne der Gesellschaften KSt erhoben wird<sup>32)</sup>. Außerdem ist das auf die Notwendigkeit der Wahrung der Kohärenz gestützte Vorbringen an dem mit der fraglichen Steuerregelung verfolgten Ziel zu messen. Diese Proportionalität war allerdings nicht gegeben: „Das mit der österreichischen Steuerregelung verfolgte Ziel, die Milderung der Doppelbesteuerung, würde nicht beeinträchtigt, wenn auch die Beziehern von Kapitalerträgen aus einem anderen Mitgliedstaat in den Genuss der österreichischen Steuerregelung kämen. Dass die Endbesteuerung mit 25 % und der Hälftesteuersatz den Beziehern österreichischer Kapitalerträge vorbehalten bleiben, hat vielmehr zur Folge, die Kluft zwischen der gesamten steuerlichen Belastung der Gewinne österreichischer und derjenigen von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaften zu vergrößern.“<sup>33)</sup>

28) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 33, uHa auf EuGH 27. 6. 1996, C-107/94, Slg 1996, I-3089, Asscher – Tz 41 ff, und EuGH 12. 6. 2003, C-234/01, Slg 2003, I-5933, Gerritse – Tz 47 ff.

29) Es sei kurz darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz in den Rs Bachmann (EuGH 28. 1. 1992, C-204/90, Slg 1992, I-249, Bachmann) und Kommission/Belgien (EuGH 28. 1. 1992, Rs C-300/90, Slg 1992, I-305, Kommission/Belgien) zwar anerkannt wurde, seither aber aufgrund zahlreicher Einschränkungen durch die Rsp kein einziges Mal mehr zu einer Rechtfertigung führte; ausf dazu Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 958 ff.

30) Zum Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhanges siehe etwa EuGH 14. 11. 1995, C-484/93, Slg 1995, I-3955, Svensson und Gustavsson – Tz 15 ff; EuGH 26. 10. 1999, C-294/97, Slg 1999, I-7447, Eurowings – Tz 20; EuGH 26. 6. 2003, C-422/01, Slg 2003, I-6817, Ramstedt – Tz 30 ff.

31) Vgl EuGH 13. 4. 2000, Rs C-251/98, Slg 2000, I-2787, Baars – Tz 40; EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – 57 f; EuGH 18. 9. 2003, C-168/01, Bosal – Tz 30; siehe dazu auch unten Pkt 4.b.

32) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 36.

33) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 38. Der EuGH wies weiters darauf hin, dass es für den betroffenen Mitgliedstaat zwar Steuer-

– Anschließend beantwortete der EuGH auch die zweite Vorlagefrage des VwGH und führte aus, dass die Höhe der Besteuerung der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaften nicht relevant ist, wenn die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit der Kapitalverkehrsfreiheit beurteilt werden soll<sup>34)</sup>. Der EuGH stützte dieses Ergebnis auf die Überlegung, dass die österreichische Steuerregelung für die österreichischen Kapitalerträge keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Erhebung von KSt bei den Gesellschaften und den Steuervorteilen für Beziehern inländischer Dividenden aufweist. Daher kann die Höhe der Besteuerung von im Ausland ansässigen Gesellschaften es nicht rechtfertigen, den Beziehern von ausländischen Dividenden die gleichen Steuervorteile zu verweigern<sup>35)</sup>.

– Schließlich setzte sich der EuGH mit dem von der französischen Regierung vorgebrachten Rechtfertigungsversuch auseinander, die österreichische Steuerregelung sei durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen zu sichern<sup>36)</sup>. Der EuGH anerkannte, dass ua aus Art 73d Abs 1 lit b EG-Vertrag (Art 58 Abs 1 lit b EG) hervorgeht, dass die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle eine Grundfreiheitsbeschränkung rechtfertigen könne<sup>37)</sup>. Dies sei *in concreto* allerdings aus mehreren Gründen nicht der Fall: Erstens ist die Anwendung unterschiedlicher Steuersätze in Abhängigkeit von der Herkunft der Kapitalerträge nicht geeignet, die steuerlichen Kontrollen wirkungsvoller zu machen<sup>38)</sup>. Zweitens ist es nicht Voraussetzung einer 25%igen Endbesteuerung, dass diese im Wege der Abzugssteuer erfolgt<sup>39)</sup>. Zutreffend verweist der EuGH diesbezüglich auf die § 97 Abs 2 EStG, wonach die Abgeltungssteuer durch „einen der kuponanzahlenden Stelle in Höhe der Kapitalertragsteuer freiwillig geleisteten Betrag“ entrichtet werden kann; für Einkünfte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Gesellschaften stammen, könnte somit ein dem der „freiwilligen Leistung“ an die Steuerverwaltung ähnliches Verfahren vorgesehen werden. Zwar ist die unmittelbar von den in Österreich ansässigen Gesellschaften vorgenommene Abzugsbesteuerung für die Steuerverwaltung einfacher als die „freiwillige Leistung“. Jedoch können

mindereinnahmen zur Folge hätte, wenn der fragliche Steuervorteil auch den Beziehern von Kapitalerträgen aus einem anderen Mitgliedstaat gewährt würde. Jedoch sind nach stRsp Steuermindereinnahmen kein zwingender Grund des Allgemeininteresses, der zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstoßenden Maßnahme angeführt werden könnte; siehe EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 40; weiters etwa EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 59; EuGH 3. 10. 2002, C-136/00, Slg 2002, I-8147, Danner – Tz 56; EuGH 21. 11. 2002, C-436/00, Slg 2002, I-10829, X und Y – Tz 50.

34) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 41 ff.

35) Hier verschloss sich der EuGH auch nicht der Einsicht, dass es zwar nicht ausgeschlossen sei, dass die Erstreckung der fraglichen Steuerregelung auf aus einem anderen Mitgliedstaat stammende Kapitalerträge für in Österreich ansässige Investoren einen Anreiz zum Erwerb von Aktien von Gesellschaften darstellen könnte, die in anderen Mitgliedstaaten mit geringerem Körperschaftsteuerniveau als Österreich ansässig sind. Allerdings kann nach stRsp eine steuerliche Benachteiligung, die gegen eine Grundfreiheit verstößt, nicht durch allfällige anderweitige Steuervorteile gerechtfertigt werden; EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 43; ebenso bereits EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 61, mwN.

36) Zur Argumentation der französischen Regierung „in eigener Sache“ siehe EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich – Tz 29 ff; dazu mwN G. Kofler, ÖStZ 2004/484, 199 (200 f).

37) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 45; ebenso bereits EuGH 8. 7. 1999, C-254/97, Slg 1999, I-4809, Baxter – Tz 18.

38) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 46.

39) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 47, uHa Schlussanträge GA Tizzano 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 33 f.

bloße verwaltungstechnische Nachteile die Behinderung einer Grundfreiheit des EG-Vertrags wie des freien Kapitalverkehrs nicht rechtfertigen<sup>40)</sup>.

c. Der EuGH gelangte also zu folgendem Ergebnis: „Nach alledem ist auf die ersten beiden Fragen zu antworten, dass die Artikel 73b [Art 56 EG] und 73d Absätze 1 und 3 EG-Vertrag [Art 58 Abs 1 und 3 EG] einer Regelung entgegenstehen, die nur den Beziehern österreichischer Kapitalerträge erlaubt, zwischen einer Endbesteuerung mit einem Steuersatz von 25 % und der normalen Einkommensteuer unter Anwendung eines Halftesteuersatzes zu wählen, während sie vorsieht, dass Kapitalerträge aus einem anderen Mitgliedstaat zwingend der normalen Einkommensteuer ohne Ermäßigung des Steuersatzes unterliegen. Die Weigerung, den Beziehern von Kapitalerträgen aus einem anderen Mitgliedstaat dieselben Steuervorteile wie den Beziehern österreichischer Kapitalerträge zu gewähren, lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Einkünfte der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaften dort einem niedrigeren Besteuerungsniveau unterliegen.“<sup>41)</sup>

#### 4. Würdigung und Schlussfolgerungen für Österreich

a. Erwartungsgemäß bestätigt somit der EuGH, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbaren ist, ausländische Dividenden mit dem progressiven Tarif von bis zu 50 % zu besteuern, während inländische Dividenden der 25%igen KEST oder dem Halftesteuersatz unterliegen<sup>42)</sup>. Dem Urteil zuvorkommend wurde allerdings bereits im Rahmen des BBG 2003<sup>43)</sup> für ab dem 1. 4. 2003 zufließende Dividenden ein grundsätzlich europarechtskonformer Zustand hergestellt<sup>44)</sup>. Aufgrund der offensichtlichen Unzulässigkeit des „alten“ Regimes haben in jüngerer Vergangenheit sowohl die Finanzämter bei Berufungsvorentscheidungen als auch die UFS im Rechtsmittelverfahren den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts beachtet; bei offenen Verfahren kann die bisherige Diskriminierung also unproblematisch revidiert werden. Nach Eintritt der Rechtskraft wäre an die Bescheidbehebung nach § 299 Abs 1 BAO oder eine Wiederaufnahme nach § 303 Abs 1 iVm § 304 lit a BAO zu denken<sup>45)</sup>.

b. Abgesehen davon, dass sich das Urteil zweifellos auf die bisherige unterschiedliche Behandlung von in- und ausländischen Kapitalerträgen im Generellen (zB Zinsen) übertragen lässt, zeigt sich auch, dass die innerstaatliche Systematik zur Vermeidung wirtschaftlicher Doppelbesteuerung von Körperschaftsgewinnen – auf Ebene der Gesellschaft und auf Ebene des Anteilseigners – wenig zur Rechtfertigung der nachteiligen Besteuerung ausländischer Kapitalerträge bei-

tragen kann. Auf einer grundsätzlichen Ebene konnte nämlich überlegt werden, dass die Halbsatz- bzw Endbesteuerung im Bereich der Dividenden integraler Bestandteil des österreichischen Körperschaftsteuersystems ist<sup>46)</sup>: Der allgemeine, lineare Körperschaftsteuertarif iHv 34 % gem § 22 Abs 1 KStG ist nämlich iVm den einkommensteuerlichen Bestimmungen der § 37 Abs 4 bzw § 93 iVm § 97 Abs 1 EStG zu sehen, wobei durch diese tarifmäßige Gestaltung im Ergebnis der Grundsatz der Einfachbesteuerung verwirklicht wird<sup>47)</sup>. Diese Argumentation basiert darauf, dass das österreichische System insb dadurch gerechtfertigt sei, dass die Gewinne in Österreich ansässiger Gesellschaften dort bereits mit einem festen Steuersatz von 34 % besteuert würden und es somit unpassend wäre, diese Gewinne im Zeitpunkt ihrer Ausschüttung an die Aktionäre erneut zu besteuern und sie so vollständig der ESt zu unterwerfen, während dieses Argument nicht für ausländische Dividenden greifen würde. Allerdings haben sich weder GA<sup>48)</sup> noch EuGH<sup>49)</sup> von dieser Sichtweise beeindrucken lassen: Die Kohärenz kann im Grunde nämlich schon deshalb nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, da im österreichischen System kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der KSt und der ESt auf die Kapitalerträge bestehe, da es sich um zwei getrennte Besteuerungen von verschiedenen StPfl, nämlich der Gesellschaft und der Anteilseigner, handelt<sup>50)</sup>. Der EuGH verstärkte dieses Ergebnis mit dem Argument, dass auch im Inland bei befreiten Körperschaften keine Vorbelastung eintritt<sup>51)</sup>.

c. Das Urteil stellt weiters klar, dass die Höhe der ausländischen KSt nicht als Rechtfertigung für eine Diskriminierung ausländischer Dividenden dienen kann<sup>52)</sup>. Selbst wenn also die ausländische Gesellschaft einer geringeren KSt als eine österreichische Kapitalgesellschaft unterliegt, dürfen ausgeschüttete Dividenden auf Ebene des inländischen Anteilseigners nicht ungünstiger als inländische Dividenden besteuert werden<sup>53)</sup>. Dies verdeutlicht auch die Problematik, die die Verordnungsermächtigung des neuen § 37 Abs 8 EStG mit sich bringt. Nach dieser Bestimmung könnte der BMF

46) Siehe dazu ausf *Staringer* in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (107 ff); weiters zB *Beiser*, *GesRZ* 2003, 187 (193 ff).

47) Siehe nur Rz 1481 KStR 2001.

48) Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 35 ff.

49) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 34 ff.

50) Siehe zu dieser Argumentation zB EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, Verkooijen – Tz 57 f; weiters etwa EuGH 14. 11. 1995, C-484/93, Slg 1995, I-3955, Svensson und Gustavsson – Tz 15 ff; EuGH 26. 10. 1999, C-294/97, Slg 1999, I-7447, Eurowings – Tz 20; EuGH 26. 6. 2003, C-422/01, Slg 2003, I-6817, Ramstedt – Tz 30 ff; siehe konkret auch *Tumpel*, *SWI* 2002, 454 (456); *Toifl/Polivanova-Rosenauer*, *ET* 2003, 87 (89 f); *Staringer*, *ÖStZ* 2000/119, 26 (30 f); *Staringer* in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (110 ff).

51) Siehe bereits *Tumpel*, *SWI* 2002, 454 (456).

52) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 41 ff; dazu ausf *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, *SWI* 2004, 228 (235 f).

53) Bereits der GA hatte darauf hingewiesen, dass es erstens nicht gerechtfertigt sei, nur für ausländische Kapitalerträge die Anwendung der Abgeltungsteuer und des ermäßigten Steuersatzes in Anbetracht des Niveaus der Besteuerung der Gesellschaften auszuschließen, dass zweitens auf diese Weise den Aktionären einen diesen Gesellschaften zuerkannten eventuellen Steuervorteil letztlich abziehen würde, und dass dadurch schließlich Privatpersonen davon abgehalten würden, ihr Kapital bei Gesellschaften anzulegen, die vielleicht in anderen Mitgliedstaaten in den Genuss besserer Marktbedingungen kommen und daher in der Lage sind, eine höhere Verzinsung der Anlagen zu garantieren; siehe Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 40 ff.

40) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 48, uHa EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich – Tz 29 f.

41) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 49.

42) Das jüngst ergangene Urteil in der Rs Kommission/Frankreich (EuGH 4. 3. 2004, C-334/02, Kommission/Frankreich) hat am Ausgang des Verfahrens in der Rs Lenz kaum noch Zweifel gelassen, zumal die Argumentation in beiden Fällen zahlreiche Parallelen aufwies; dazu G. *Kofler*, *ÖStZ* 2004/484, 199 (199 ff); weiters *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, *SWI* 2004, 228 (228).

43) BGBl I 2003/71.

44) Siehe zu den Änderungen etwa H. *Kofler/G. Kofler/Kristen*, Die Kapitalertragsteuer als besondere Erhebungsform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, in: *Bertl et al* (Hrsg), Handbuch der österreichischen Steuerlehre I (2004) 601 (622 ff).

45) Dazu jüngst *Toifl*, *RdW* 2004/230, 250 (251 f mwN).

nämlich per Verordnung ua ausländische Dividenden von der Anwendung des Sondergewinnsteuersatzes von 25 % ausnehmen, wenn die Steuerbelastung der ausschüttenden Gesellschaft in ihrem Sitzstaat der österreichischen Körperschaftsteuer nicht vergleichbar ist<sup>54</sup>). Demnach wäre der besondere lineare Steuersatz von 25 % nach § 37 Abs 8 EStG nicht anwendbar; die Dividenden wären somit in die Steuererklärung aufzunehmen und unterlägen dem normalen progressiven Tarif mit Anrechnungsmöglichkeit einer allfälligen ausländischen Steuer<sup>55</sup>). Nach dem Urteil in der Rs Lenz dürfte feststehen, dass ein derartiges Anknüpfen an die ausländische Steuervorbelastung zur Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Dividenden<sup>56</sup>) nicht gemeinschaftsrechtskonform ist<sup>57</sup>). Dieselben Bedenken bestehen gegen die an eine Verordnung nach § 37 Abs 8 EStG anknüpfende Ausnahme von der Endbesteuerung in § 97 EStG von über eine inländische auszahlende Stelle zugeflossenen Auslandsausschüttungen iSd § 93 Abs 2 Z 1 lit e EStG.

**d.** Die dritte Vorlagefrage des VwGH betraf die Gemeinschaftskonformität des Anrechnungsverfahrens für ausländische Dividendenerträge bei sonstiger Beibehaltung des Schemulensystems für inländische Dividenden. Wohl von den Überlegungen *Staringers*<sup>58</sup>) inspiriert, führte der VwGH dazu im Vorlagebeschluss eine mögliche Wettbewerbsverzerrung als denkbaren Rechtfertigungsgrund ins Treffen: „Im Hinblick darauf, dass manche (Dritt-, aber auch EU-Mitglieds-)Staaten gezielt den Wettbewerb verzerren, indem sie – als Folge fehlender internationaler Harmonisierung auf dem Gebiet der direkten Steuern – geringe (oder manche Drittstaaten keine) Steuern auf den Gewinn der bei ihnen ansässigen Kapitalgesellschaften erheben“, ist „unklar, ob in Österreich die daraus von den Gerichten zu ziehende Rechtsfolge lediglich in der Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuer bestehen kann. Durch die Gewährung des Steuersatzes von 25 % auf Dividenden aus Kapitalgesellschaften, deren Gewinn im Ansässigkeitsstaat gering oder gar nicht besteuert wird, würde andernfalls eine dem Wesen der Kapitalverkehrsfreiheit widersprechende Wettbewerbsverzerrung zu Gunsten solcher (Dritt-, aber auch EU-Mitglieds-)Staaten eintreten“<sup>59</sup>). Die Argumentation des VwGH läuft also darauf hinaus, dass eine eventuelle ungünstige steuerliche Behandlung zu Lasten ausländischer Dividenden durch das Erfordernis gerechtfertigt werden

könnte, Wettbewerbsverzerrungen zu Gunsten gering steuernder Staaten zu verhindern. Der EuGH ist zwar dem Vorschlag des GA gefolgt, diese Vorlagefrage mangels Bedeutung für den konkreten Fall nicht zu beantworten<sup>60</sup>), der GA seinerseits hat allerdings festgehalten, dass die Anwendung des Anrechnungsverfahrens für ausländische Dividenden, während inländische Dividenden dem Hälfteersatz oder der Endbesteuerung unterliegen, eine verbotene Beschränkung des Kapitalverkehrs nach sich ziehen würde, wenn eine solche „Regelung eine steuerliche Vorzugsbehandlung für inländische Kapitalerträge zur Folge hat“. Es sei aber Sache des innerstaatlichen Gerichts, zu prüfen, „ob im vorliegenden Fall die Anwendung dieser Form der Anrechnung zu Nachteilen bei ausländischen Kapitalerträgen führt“<sup>61</sup>).

**e.** Vor diesem Hintergrund wurde im Schrifttum auch bereits auf mögliche Auswirkungen des Verfahrens in der Rs Lenz auf den Methodenwechsel nach § 10 Abs 4 KStG – indirekte Anrechnung anstatt Steuerbefreiung, wenn die ausländische Gesellschaft passive Einkünfte erzielt und niedrig besteuert wird – hingewiesen<sup>62</sup>). Es sei nämlich eine solche Ungleichbehandlung durch Abstellen auf den ausländischen Körperschaftsteuersatz gemeinschaftsrechtlich nicht gedeckt. Denn solange inländische Holdinggesellschaften mit ausschließlichen Passiveinkünften akzeptiert würden, könne bei ausländischen Gesellschaften nicht unter Berufung auf den niedrigeren Steuersatz im Ausland die Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs versagt werden<sup>63</sup>). Ob sich aus den Schlussanträgen aber tatsächlich unmittelbar Anhaltspunkte im Hinblick auf § 10 Abs 4 KStG ableiten lassen, kann mE bezweifelt werden. Zunächst ist zu bedenken, dass es bei § 10 Abs 4 KStG – anders als in der Rs Lenz – nicht um die Ungleichbehandlung in- und ausländischer Dividenden geht, sondern vielmehr um eine Differenzierung innerhalb der Ausschüttungen ausländischer Tochtergesellschaften an inländische Muttergesellschaften. Hier stellt aber die Mutter-Tochter-RL die Steuerfreistellung (Art 4 Abs 1 TS 1 MTR) – umgesetzt in Art 10 Abs 2 KStG als Grundregel – und die indirekte Anrechnung (Art 4 Abs 1 TS 2 MTR) – umgesetzt als Ausnahme aufgrund eines Methodenwechsels nach § 10 Abs 4 KStG – den Mitgliedstaaten als gleichwertige Alternativen zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung von Ausschüttungen im Mutter-Tochter-Verhältnis zur Verfügung. Unterstellt man vorerst, dass die Differenzierung zwischen Ausschüttungen von inländischen und ausländischen Tochtergesellschaften in § 10 Abs 1 und Abs 2 KStG gemeinschaftsrechtskonform ist<sup>64</sup>), müsste

54) Der Gesetzgeber berücksichtigt mit dieser Verordnungsermächtigung also die – vom VwGH auch in seiner dritten Vorlagefrage angesprochene – Gefahr, dass es zwar bei inländischen Dividenden durch die 25%ige KESt iVm der 34%igen KSt zu einer Gesamtsteuerbelastung von 50,5 % kommt, es aber umgekehrt in Fällen ohne entsprechende KSt-Vorbelastung im Ausland zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen könnte, zumal dann die Gesamtbelastung nur maximal 25 % betragen würde.

55) Siehe dazu *Schmidt*, GeS 2003, 187 (187 ff).

56) Nach der Logik des Urteils wäre hier der Vergleich zwischen der Halbsatz- bzw Endbesteuerung inländischer Dividenden und der Vollbesteuerung ausländischer Dividenden samt eventueller Anrechnung zu ziehen. Ob eine Differenzierung innerhalb der ausländischen Kapitalerträge nach der Höhe der Vorbelastung mit ausländischer KSt europarechtswidrig ist, musste der EuGH hingegen nicht beurteilen.

57) Ebenso im Ergebnis *Toifl*, RdW 2004/230, 250 (251); *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, SWI 2004, 228 (237); *Tissot*, RdW 2003/588, 672 (672); *Beiser*, GesRZ 2003, 187 (197).

58) *Staringer* in *Lechner/Staringer/Tumpel* (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht (2000) 93 (111); weiterführend *Toifl*, SWI 2002, 458 (463 ff mwN).

59) Siehe VwGH 27. 8. 2002, 99/14/0164, ÖStZB 2002/660.

60) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 50 ff.

61) Schlussanträge GA *Tizziano* 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 61.

62) Siehe *Toifl*, RdW 2004/230, 250 (251); *Polivanova-Rosenauer/Toifl*, SWI 2004, 228 (237); *Beiser*, GesRZ 2003, 187 (197 f).

63) Dieses Argument hat jedenfalls bei der Auslegung des § 10 Abs 4 KStG als Anti-Missbrauchsbestimmung Bedeutung; dazu auf *G. Kofler*, Die steuerliche Abschirmwirkung ausländischer Finanzierungsgesellschaften (2002) 379 ff.

64) Dies wird freilich vom überwiegenden österreichischen Schrifttum bezweifelt; siehe jüngst *Beiser*, GesRZ 2003, 187 (197 f); weiters etwa *Blasina*, Internationales Schachtelprivileg und Gemeinschaftsrecht, SWI 2003, 14 (14 ff); *Heinrich*, Der EuGH als „Motor“ der Harmonisierung der direkten Steuern im Binnenmarkt? ÖStZ 2002/970; *Toifl*, SWI 2002, 458 (466). Hier sollte dennoch nicht übersehen werden, dass es selbst für den EuGH ein großer Schritt wäre, den politischen Konsens der Mutter-Tochter-RL dadurch zu unterwandern, dass er deren Anwendungsbereich über den Umweg der Grundfreiheiten auf Situationen erstreckt (insb betreffend Beteiligungshöhe und Behaltefrist), die von der Richtlinie gerade nicht gedeckt werden sollten. Allerdings könnten möglicherweise

betreffend § 10 Abs 4 KStG der Nachweis geführt werden, dass die Mutter-Tochter-RL es den Mitgliedstaaten entweder verbietet, beide Methoden nebeneinander anzuwenden<sup>65)</sup>, oder zumindest ausschließt, dass eine ausländische Niedrigbesteuerung als Grundlage für einen Methodenwechsel herangezogen wird<sup>66)</sup>.

f. Die Überlegungen zu § 10 Abs 4 KStG führen unmittelbar zu der Frage, ob sich aus den Schlussanträgen Implikationen hins der Europarechtskonformität der abkommensrechtlichen Anrechnungsmethode gewinnen lassen. Im Schrifttum wurde diesbezüglich bereits argumentiert, dass es Ansässigen eines Mitgliedstaates frei stehe, die Unterschiede zwischen den Steuersystem auszunutzen und die Anrechnungsmethode mit dieser Freiheit nicht konform gehe<sup>67)</sup>. Auch die Schlussanträge des GA könnten in diese Richtung gedeutet werden, zumal der GA ausdrücklich davon spricht, dass durch die Anrechnung ausländischer Steuern „die Vorteile aus den Unterschieden in der unmittelbaren Besteuerung von Unternehmen durch eine nachteilige steuerliche Behandlung neutralisiert würden, die letztlich die Freiheit der Privatpersonen, ihr Kapital innerhalb der Gemeinschaft zu bewegen, als solche ihres Inhalts berauben würde“<sup>68)</sup>. Freilich ist diese Aussage vor dem Hintergrund einer Diskriminierung ausländischer Dividenden zu sehen und hat daher wohl wenig Aussagekraft für die Frage, ob zB das „Hinaufschleusen“ auf das innerstaatliche Steuerniveau durch die Anrechnungsmethode – und damit idealtypischerweise die steuerliche Gleichbehandlung mit rein nationaler Wirtschaftstätigkeit unter dem Gesichtspunkt der *capital export neutrality*<sup>69)</sup> – problematisch ist<sup>70)</sup>. Jedenfalls ist das Schrift-

tum derzeit eher zurückhaltend und verneint – insb im Hinblick auf das Urteil in der Rs Gilly<sup>71)</sup> – einen grundsätzlichen Konflikt zwischen der Anrechnungsmethode und den Grundfreiheiten<sup>72)</sup>.

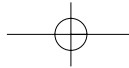
g. Bemerkenswert ist schließlich, dass der VwGH in seiner zweiten Vorlagefrage ohne nähere Problematisierung offensichtlich davon ausgeht, dass die Kapitalverkehrsfreiheit gem Art 56 EG – abgesehen von den spezifischen Limitierungen in Art 57, 59 und 60 EG<sup>73)</sup> – uneingeschränkt auch im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbar ist<sup>74)</sup>. Obwohl nämlich nach dem Wortlaut des Art 56 Abs 1 EG „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“ verboten sind, ist in der Rsp des EuGH bisher noch ungeklärt, in welchem Umfang die Freiheit des Kapitalverkehrs tatsächlich auch auf Drittstaaten Anwendung findet. Zwar könnte das einen Drittstaat betreffende Urteil in der Rs Sanz de Lera<sup>75)</sup> in Richtung einer einheitlichen Anwendung für Binnenmarkt- und Drittlandsfälle deuten, es ist aber weder die rechtspolitische Rechtfertigung eines solcherart unilateraler ausgedehnten Anwendungsbereichs ersichtlich noch ist geklärt, ob und inwieweit sich der Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten bei Beschränkungen des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten erweitert<sup>76)</sup>. Zumal es der EuGH in der Rs Lenz ausdrücklich abgelehnt hat, zur Drittstaatenproblematik Stellung zu nehmen<sup>77)</sup>, darf man gespannt sein, wie der Gerichtshof diese enorm wichtigen Fragen in Zukunft klären wird: Es ist hierbei nämlich zu bedenken, dass die inhaltsgleiche Ausdehnung einer grundsätzlich auf den Binnenmarkt ausgerichteten Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaaten ein breites „Einfallstor“ bieten würde, das nicht

Anhaltspunkte zu dieser Frage aus dem Urteil in der Rs Bosal gewonnen werden (EuGH 18. 9. 2003, C-168/01, Bosal); siehe zur dortigen Argumentation des EuGH zB G. Kofler, Bosal: Abzugsverbot für Beteiligungsaufwendungen verstößt gegen die im Lichte der Niederlassungsfreiheit ausgelegte Mutter-Tochter-RL, ÖStZ 2003/1175, 554 (555).

- 65) Für die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise sprechen sich allerdings etwa De Hosson, The Parent Subsidiary Directive, Intertax 1990, 414 (432), und Terra/Wattel, European Tax Law<sup>3</sup> (2001) 347, aus. Auch Tumpel, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 270, geht davon aus, dass es den Mitgliedstaaten freigestellt ist, „beide Methoden gleichzeitig anzuwenden und zwar sowohl im Verhältnis zu verschiedenen Mitgliedstaaten als auch im Verhältnis zu ein und demselben Mitgliedstaat“. Ebenso tritt Thömmes, Commentary on the Parent/Subsidiary Directive, in: Thömmes/Fuks (Hrsg), EC Corporate Tax Law, Chapter 6.4 Rz 15, für diese Auslegung ein: „Under the Directive, a Member State will be allowed to provide for the application of both methods, one method to apply in its relations with some Member States and the other method in its relations with other Member States. It will even be permissible to provide for the application of both methods in relations with one and the same Member State, the method to be applied being determined according to specified conditions.“
- 66) Terra/Wattel, European Tax Law<sup>3</sup> (2001) 347, gehen allerdings sogar ausdrücklich davon aus, dass die Höhe der Effektivbesteuerung im Sitzstaat der Tochtergesellschaft ein zulässiges Differenzierungskriterium ist; ebenso wohl Thömmes in Thömmes/Fuks (Hrsg), EC Corporate Tax Law, Chapter 6.4 Rz 15.
- 67) So Vogel, Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation? BIFD 2002, 4 (9); in diese Richtung auch Pistone, The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions (2002) 198.
- 68) Schlussanträge GA Tizziano 25. 3. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 42.
- 69) Dazu etwa Terra/Wattel, European Tax Law<sup>3</sup> (2001) 153 ff; Vogel, BIFD 2002, 4 (4 ff).
- 70) Aus diesem Grund lässt sich wohl auch dem Verbot (diskriminierender) kompensatorischer Besteuerung, wie es der EuGH zB in der Rs Eurowings (EuGH 26. 10. 1999, C-294/97, Slg 1999, I-7447, Eurowings – Tz 44) judiziert hat, für die Frage der Zulässigkeit der Anrechnungsmethode wenig gewinnen. Demnach steht zwar fest, dass

ein Steuervorteil in Form ihrer geringen steuerlichen Belastung in einem Mitgliedstaat, einem anderen Mitgliedstaat nicht das Recht gibt, die in seinem Gebiet Ansässigen mit Auslandsbezug steuerlich ungünstiger zu behandeln als jene ohne Auslandsbezug. Damit ist freilich nicht geklärt, ob es die Grundfreiheiten erfordern, dass ein im Ausland bestehender Steuervorteil nicht durch die Anrechnungsmethode im Inland „zerstört“ wird.

- 71) EuGH 12. 5. 1998, C-336/96, Slg 1998, I-02739, Gilly.
- 72) Siehe etwa den Beitrag der nunmehrigen Generalanwältin beim EuGH Kokott, Die Bedeutung der europarechtlichen Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten für das Steuerrecht der EU-Mitgliedstaaten, in: Lehner (Hrsg), Grundfreiheiten im Steuerrecht der EU-Staaten (2000) 1 (22 f); weiters Schuch, The Methods for the Elimination of Double Taxation in a Multilateral Tax Treaty, in: Lang et al (Hrsg), Multilateral Tax Treaties (1997) 129 (132 f); Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002) 884 f; Lang, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen<sup>2</sup> (2002) Rz 78. Freilich erscheinen zumindest einzelne Teilaspekte der Anrechnung höchst problematisch, wie etwa die vom VwGH judizierte Versagung eines Anrechnungsvortrages (VwGH 20. 4. 1999, 99/14/0012, ÖStZB 1999, 696; dazu krit Schuch, Verluste im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen [1998] 163 ff; Schuch, VwGH verneint Anrechnungsvortrag, SWI 1999, 469 [469 ff]).
- 73) Siehe zB Flynn, CML Rev. 2002, 773 (792 f).
- 74) Der VwGH hatte nämlich in seinem Vorlagebeschluss ausdrücklich auf Kapitalgesellschaften „mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in dem anderen EU-Mitgliedstaat oder dem Drittstaat“ Bezug genommen und zudem – für die Frage der Rechtfertigung – zu Bedenken gegeben, „dass Kapitalgesellschaften in bestimmten Drittstaaten generell von der Besteuerung ihres Einkommens ausgenommen sein können“ (VwGH 27. 8. 2002, 99/14/0164, ÖStZB 2002/660); so wohl auch zB Staringer, ÖStZ 2000/119, 26 (28); Beiser, GesRZ 2003, 187 (190 ff mwN); weiters Toifl, SWI 2002, 458 (463).
- 75) EuGH 15. 12. 1995, C-163/94, C-165/94 und C-250/94, Slg 1995, I-4821, Sanz de Lera; siehe auch Flynn, CML Rev. 2002, 773 (785 f).
- 76) Dazu jüngst Ståhl, Free movement of capital between Member States and third countries, EC Tax Rev. 2004, 47 (51 ff).
- 77) EuGH 15. 7. 2004, C-315/02, Lenz – Tz 17.



## 350 ÖStZ 1. August 2004 / Nr. 15-16 / Art.-Nr. 757-758

nur den „klassischen“ Kapitalverkehr, sondern zB auch die Errichtung von Tochtergesellschaften und Betriebsstätten umfassen würde<sup>78)</sup>). Abgesehen von den Problemen, die sich beim Kapitalverkehr aus der EU in Drittstaaten aufwerfen<sup>79)</sup>, könnten bei einer weiten Auslegung auch Marktteilnehmer aus Drittstaaten in vielen Bereichen ungehindert am Binnenmarkt teilnehmen, ohne dass diese Drittstaaten den Marktteilnehmern aus Mitgliedstaaten reziproke Vorteile einräumen müssten.

### 5. Resümee

Das – wohl nicht zuletzt aufgrund ausgezeichneter steuerlicher Beratung der Klägerin – ausführlich argumentierte Urteil in der Rs Lenz stellt nicht nur klar, dass die früher

praktizierte Diskriminierung zwischen Inlands- und Auslandsveranlagung der Kapitalverkehrsfreiheit widerspricht, sondern gibt auch zahlreiche Anhaltspunkte für eine europarechtskonforme Ausgestaltung der Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt. Hier kann auch die diesbezügliche Mitteilung der Kommission wertvolle Hilfestellung bieten<sup>80)</sup>). Das eigentlich Erfreuliche an der Rs Lenz ist freilich, dass sie – im Gegensatz zu vielen anderen Verfahren<sup>81)</sup> – den betroffenen Mitgliedstaat nicht vor ein Dilemma stellt: In weiser Voraussicht hat der österreichische Gesetzgeber schon vor mehr als einem Jahr präventiv reagiert und in einem sinnvollen „Gesamtpaket“ den potenziellen Anpassungsbedarf im Rahmen des BBG 2003 vorgenommen.

78) Siehe den Anhang I zur Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. 6. 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl L 178 vom 8. 7. 1988. Die hA geht hier davon aus, dass die in Anhang I der RL enthaltene Nomenklatur den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit indiziert (siehe zB EuGH 16. 3. 1999, C-222/97, Slg 1999, I-1661, Trummer und Mayer – Tz 21; EuGH 11. 1. 2001, C-464/98, Slg 2001, I-0173, Stefan – Tz 5; weiters EFTA-Gerichtshof 14. 7. 2000, E-1/00, Íslandsbanki – Tz 14 ff). Siehe zu dieser Problematik auch *Ståhl*, EC Tax Rev. 2004, 47 (48 f).

79) Eine auf der Hand liegende Folgefrage zum jüngst ergangenen Urteil in der Rs Hughes de Lasteyrie du Saillant (EuGH 11. 3. 2004, C-9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant) wäre etwa – sofern man mit der hA in einem solchen Fall die Kapitalverkehrsfreiheit für anwendbar hält (dazu mwN G. Kofler, Hughes de Lasteyrie du Saillant: Wegzugsbesteuerung verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit! ÖStZ 2003/503, 262 [263 ff]) –, ob eine sofortige steuerliche Erfassung von stillen Reserven in Beteiligungen im Rahmen einer Wegzugsbesteuerung beim Wegzug in ein Drittland ebenso einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EG darstellen würde, wie beim Umzug innerhalb der EU. Jedenfalls kann hier wohl

eine Rechtfertigung der Wegzugsbesteuerung nicht durch einen simplen Verweis auf die Instrumentarien der AmtshilfeRL und BeitreibungsRL abgetan werden; siehe zu diesen Argumenten des EuGH im intra-EU Kontext etwa G. Kofler, Hughes de Lasteyrie du Saillant: Französische „Wegzugsbesteuerung“ verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, ÖStZ 2004/483, 195 (197 ff mwN).

80) „Besteuerung von Dividenden natürlicher Personen im Binnenmarkt“, KOM(2003)810 endg.

81) Man denke hier nur an das jüngst ergangene Urteil in der Rs Bosal (ECJ 18. 9. 2003, C-168/01, Bosal), das die Niederlande aufgrund des befürchteten Einnahmefalles veranlasst hat, Unterkapitalisierungsregeln einzuführen (siehe *Van der Donk/Kroon*, Thin Capitalization in the Netherlands: A Response to Bosal, 31 Tax Planning Int'l Rev. 10 [10 ff] [Jan. 2004]; *Thoemmes/Stricof/Nakhai*, Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Principles, Intertax 2004, 126 [127]), die nun ihrerseits vor dem Hintergrund sekundären Europarechts bereits heftig kritisiert werden (siehe *De Wit/Tilanus*, Dutch Thin Capitalization Rules “EU Proof”? Intertax 2004, 187 [191 ff]).

