

ECJ on the Bouanich Case

Sabine Domes / Sabine Heidenbauer*)

Schwedische Besteuerung von Aktienrückkäufen verstößt gegen Kapitalverkehrsfreiheit – Urteil in der Rs. Bouanich

THE JUDGEMENT OF THE ECJ ON THE BOUANICH CASE

Basically, the Court decided that it is incompatible with Art 56 EC to tax a payment in respect of a share repurchase as a dividend where the recipient is a non-resident, whereas for residents such a payment is treated as a capital gain. For capital gains, the cost of acquisition of the repurchased share can be deducted. However, where a DTC fixes a lower ceiling on the taxation of dividends and permits the deduction of the nominal value, the question has to be resolved by the national court on a case-by-case basis. Sabine Domes and Sabine Heidenbauer are taking a first look at the decision.

I. Darstellung des Sachverhalts

In dem am 19. 1. 2006 veröffentlichten Urteil in der Rs. *Bouanich* entschied der EuGH, dass die in Rede stehende Regelung des schwedischen Kuponsteuergesetzes gegen Art. 56 EG verstößt¹⁾ und folgte damit im Ergebnis der Auffassung der Generalanwältin *Kokott*.²⁾ Die in Frankreich ansässige Aktionärin *Bouanich* investierte in die schwedische Aktiengesellschaft Förvaltnings AB Ratos. Im Rahmen einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals kaufte Ratos die von *Bouanich* gehaltenen Aktien zurück. Auf den daraus erwachsenen Veräußerungserlös, der sich – nach Anwendung des französisch-schwedischen Doppelbesteuerungsabkommens – aus der Differenz von Veräußerungspreis und Nennwert der Aktien ergab, wurde in Schweden eine 15%ige Kuponsteuer erhoben. In der Folge erhob Frau *Bouanich* Klage, da in Schweden ansässige Steuerpflichtige anders besteuert wurden, woraufhin dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt wurden.

II. Gemeinschaftsrechtliche Beurteilung des schwedischen Kuponsteuergesetzes – Die erste Vorlagefrage

Die erste Vorlagefrage betrifft die Vereinbarkeit der schwedischen Regelung mit der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EG) ohne Berücksichtigung des anwendbaren DBA. Dabei wurde die Besteuerung von Frau *Bouanichs* Aktienrückkauf mit der einer in Schweden ansässigen Person verglichen. Beide, Gebietsansässige wie auch Gebietsfremde, werden mit einem Steuersatz von 30 % auf den Veräußerungserlös besteuert. Allerdings dürfen in Schweden ansässige Personen den Veräußerungspreis um den Einstandspreis mindern, während bei gebietsfremden Aktionären – wie Frau *Bouanich* – ein Aktienrückkauf als Dividendenausschüttung fingiert wird, wodurch als Bemessungsgrundlage der ungekürzte Veräußerungspreis herangezogen wird. Im Kern geht

*) Mag. Sabine Domes und Mag. Sabine Heidenbauer sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹⁾ Vgl. dazu *van den Hurk* et al, EU Tax Review, Tax Notes International 2006, 445 f.

²⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*. Vgl. dazu auch *Mutén*, Advocate General Finds Sweden's Dividend Tax Rules Discriminatory, Tax Notes International 2005, 295 ff.; *Johnson*, U.K. Tax Update: Mamma Mia! U.K. Not Guilty (This Time), Tax Notes International 2005, 721 ff.; *Kunde/Herten*, EuGH-Verfahrensreport: Direkte Steuern (Stand Dezember 2005), IWB Fach 11a, 949 (954); *Kofler*, Diskriminierende Besteuerungsgrundlage und Doppelbesteuerungsabkommen – EC Tax Update, Taxlex 2005, 361/365.

es also darum, dass für Gebietsfremde eine andere – höhere – Steuerbemessungsgrundlage herangezogen wird als für Gebietsansässige.

Im Urteil klärt der Gerichtshof zunächst die Frage, ob ein Aktienrückkauf vom freien Kapitalverkehr geschützt ist. Er folgt der Generalanwältin mit der – in schon mehreren Urteilen getätigten³⁾ – Feststellung, dass der EG-Vertrag zwar keine Definition des freien Kapitalverkehrs enthält⁴⁾, dass aber aufgrund des Hinweisscharakters der Nomenklatur in Anhang I der Richtlinie 88/361⁵⁾ zur Definition des Begriffes „Kapitalverkehr“ ein Aktienrückkauf eine Kapitalbewegung im Sinne dieser darstellt.⁶⁾

In einem nächsten Schritt stellt der Gerichtshof fest, dass die streitige Regelung zwischen Ansässigen und Nichtansässigen differenziert. Das Verweigern des Abzugs der Einstandskosten für Gebietsfremde stellt zweifelsohne eine Beschränkung des Kapitalverkehrs i. S. d. Art. 56 EG dar. Einerseits werden Investoren, die nicht in Schweden ansässig sind, abgehalten, Aktien von in Schweden ansässigen Unternehmen zu kaufen, andererseits sind aber auch schwedische Unternehmen behindert, bei nicht in Schweden ansässigen Investoren Kapital aufzunehmen.⁷⁾

Im Zuge der Prüfung einer etwaigen Rechtfertigung der zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden differenzierenden Regelung erwähnt der EuGH zwar die Möglichkeit einer erlaubten Ungleichbehandlung nach Art. 58 Abs. 1 Buchstabe a EG, postuliert aber gleichzeitig, dass eine solche Ungleichbehandlung nur dann mit den Vertragsbestimmungen vereinbar ist, wenn sie Situationen betrifft, die objektiv nicht miteinander vergleichbar sind.⁸⁾ Damit geht der Gerichtshof – wie auch schon in einigen anderen Fällen⁹⁾ – erst auf der Ebene der Rechtfertigung auf die Vergleichbarkeit ein. Diese Prüfungsreihenfolge scheint sich aufgrund der Systematik der Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr anzubieten.

In den Schlussanträgen führt Generalanwältin *Kokott* treffend an, dass der vorliegende Fall im Hinblick auf die Vergleichbarkeit Parallelen zur Rs. *Gerritse*¹⁰⁾ aufweist.¹¹⁾ Die Rs. *Gerritse* betraf die Vergleichbarkeit Gebietsansässiger und Gebietsfremder im Hinblick auf die Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben, soweit diese mit der Erzielung der Einkünfte verbunden waren.¹²⁾ Wie auch in der Rs. *Gerritse* besteht im vorliegenden Fall kein sachlicher Grund, die Vergleichbarkeit gebietsfremder Aktionäre mit gebietsansässigen zu verneinen.

Schließlich erwähnt der EuGH zwar die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch die anderen Gründe des Art. 58 EG und die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes entwickelten ungeschriebenen Rechtfertigungen der zwingenden Gründe des Allgemein-

³⁾ Siehe auch EuGH v. 16. 3. 1999, C-222/97, *Trummer und Mayer*, Rn. 21; EuGH v. 4. 6. 2002, C-367/98, *Kommission/Portugal*, Rn. 37; C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Rn. 36, C-503/99, *Kommission/Belgien*, Rn. 37; EuGH v. 2. 6. 2005, C-174/04, *Kommission/Italien*, Rn. 27; EuGH v. 5. 7. 2005, C-376/03, *D.*, Rn. 24.

⁴⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 26.

⁵⁾ Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung des Artikel 67 des Vertrages (Abl. L 178, 5).

⁶⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 29; Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 26-28.

⁷⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 31-35; Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 32-34.

⁸⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 31-35; Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 32-34.

⁹⁾ Vgl. z. B. EuGH v. 6. 6. 2000, C-35/98, *Verkooijen*, Rn. 43; EuGH v. 15. 7. 2004, C-315/02, *Lenz*, Rn. 26; EuGH v. 7. 9. 2004, C-319/02, *Manninen*, Rn. 29.

¹⁰⁾ EuGH v. 12. 6. 2003, C-234/01, *Gerritse*.

¹¹⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 39.

¹²⁾ Siehe dazu z. B. *Burgstaller/W. Loukota*, Der Steuerabzug beschränkt Steuerpflichtiger. Welche Konsequenzen hat der EuGH-Fall *Gerritse*?, SWI 2003, 244; *Cordewener*, Das EuGH-Urteil „*Gerritse*“ und seine Umsetzung durch das BMF-Schreiben vom 3. 11. 2004 – Steine statt Brot für die Besteuerungspraxis!, IStR 2003, 109; *Schnitger*, Das Ende der Bruttobesteuerung beschränkt Steuerpflichtiger. Die Lehren der Rs. *Gerritse*, FR 2003, 745.

ECJ on the Bouanich Case

interesses¹³⁾, geht aber mit der Begründung, dass „sie nicht herangezogen worden [sind]“, nicht weiter darauf ein.¹⁴⁾

III. Rechtliche Beurteilung nach Einbeziehung des anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens – Die zweite Vorlagefrage

1. Zur heranzuziehenden Verteilungsnorm

Anhand der zweiten Vorlagefrage möchte der schwedische Kammarrätt Sundsvall den EuGH zu einer Aussage in Bezug auf die im Falle Frau *Bouanichs* konkret anwendbare Rechtslage, nämlich jene unter Einbeziehung des schwedisch-französischen Doppelbesteuerungsabkommens, bewegen. Dem OECD-Musterabkommen entsprechend sieht dieses in Art. 10 ein grundsätzliches Besteuerungsrecht des Ansässigkeitsstaates des Dividendenempfängers vor, das jedoch durch ein beschränktes Besteuerungsrecht des Quellenstaates geschmälert wird. Schweden darf demnach 15 % des Bruttobetrag der Dividenden besteuern.

Fragwürdig erscheint zunächst die Behandlung von Frau *Bouanichs* Gewinnen aus der Veräußerung ihrer Aktien als Dividenden – legt Art. 13 Abs. 6 des DBA doch fest, dass Gewinne aus der Veräußerung (anderen) Vermögens, unter das auch Aktien subsumiert werden müssen, ausschließlich im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuert werden dürfen. Ungeachtet dessen normiert Art. 10 Abs. 5 DBA, dass der Ausdruck „Dividenden“ auch Einkünfte umfasst, die nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates der Gesellschaft Einkünften aus Aktien steuerlich gleichgestellt sind. Das schwedische Kuponsteuergesetz schafft nun in geradezu exemplarischer Weise einen Anwendungsfall letztgenannter Bestimmung, da der Rückkauf von Aktien von nicht in Schweden ansässigen Aktionären schon innerstaatlich als Dividendenausschüttung gilt. Unterstützt wird dieses Ergebnis durch Rz. 28 des Kommentars zu Art. 10 des OECD-Musterabkommens, in der ebenfalls explizit auf die innerstaatliche Behandlung abgestellt wird, und die im Urteil ausdrücklich erwähnt wird.

Weiters wird im Urteil auf den Kommentar zu Art. 13 des OECD-Musterabkommens Bezug genommen, der – so die Annahme des EuGH – in Rz. 31 wenigstens eine Entlastung für einen nicht im Ansässigkeitsstaat der Gesellschaft residierenden Aktionär vorsieht: Diese Bestimmung erlaube (immerhin) den Abzug des Nennwertes der Anteile vom Verkaufspreis. Nur der übrig bleibende Differenzbetrag müsse der Steuer unterworfen werden. Ausdrücklich stehe außerdem Art. 13 einer Behandlung als Ausschüttung von akkumulierten Gewinnen (d. h. Dividenden) nicht entgegen.

Die Äußerungen im Schrifttum hingegen „zeichnen sich durch eine verblüffende und teilweise diametrale Unterschiedlichkeit aus“¹⁵⁾, was die heranzuziehende Verteilungsnorm betrifft. Fraglich ist, ob die schon vom nationalen Gericht vorgenommene Anwendung des Art. 10 OECD-MA tatsächlich zwingend ist.¹⁶⁾ Der EuGH ist offenbar darum bemüht, eine eigenständige Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen zu vermeiden und gibt den vom vorlegenden Gericht vorgegebenen „anwendbaren rechtlichen Rahmen“¹⁷⁾ wieder. Für die Qualifikation als Veräußerungsgewinn würde jedenfalls die

¹³⁾ EuGH v. 20. 2. 1997, C-120/97, *Cassis de Dijon*, Rn. 8; siehe auch EuGH v. 6. 6. 2000, C-35/98, *Verkooijen*, Rn. 43; EuGH v. 7. 9. 2004, C-319/02, *Manninen*, Rn. 28 f.; EuGH v. 8. 9. 2005, C-512/03, *Blanckaert*, Rn. 42.

¹⁴⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 42.

¹⁵⁾ *Piltz*, Liquidation ausländischer Kapitalgesellschaften in den Doppelbesteuerungsabkommen, DStR 1989, 133 (133).

¹⁶⁾ Zur Abgrenzung von Art. 10 und Art. 13 OECD-MA siehe auch *Lang*, Hybride Finanzierung im Internationalen Steuerrecht (1991) 104 f. *Lang* qualifiziert den Gewinn im Falle des Untergangs eines Vermögenswertes als Dividende.

¹⁷⁾ EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 8 ff.

Tatsache sprechen, dass bei Veräußerung unmittelbar vor dem Aktienrückkauf unzweifelhaft ein Anwendungsfall des Art. 13 OECD-MA gegeben wäre.¹⁸⁾

Davon abgesehen herrscht Einhelligkeit, dass – bei Anwendung von Art. 13 OECD-MA – der Ansässigkeitsstaat nicht zwingend nur die Differenz zwischen Verkaufspreis und Nennwert besteuern kann. Immerhin ergibt sich die Bemessungsgrundlage ausschließlich aus nationalem Recht¹⁹⁾, einem Doppelbesteuerungsabkommen kommt lediglich Schrankenwirkung zu.²⁰⁾ Insoweit dürften also schon die Prämissen, von denen das nationale Gericht ausgegangen ist, unzutreffend sein.

Ungeachtet dessen gewährt das Doppelbesteuerungsabkommen – nach Auffassung von nationalem Gericht, Generalanwältin sowie EuGH – dem Steuerpflichtigen im Ergebnis jedenfalls zwei Besserstellungen im Vergleich zur augenscheinlich diskriminierenden schwedischen Regelung: Erstens ist das schwedische Besteuerungsrecht mit 15 % des Bruttobetragtes (d. h. des ungekürzten Verkaufspreises) der Dividenden gedeckelt und zweitens darf die Bemessungsgrundlage um den Nennwert der Aktien vermindert werden.²¹⁾

Schließlich ist zu erwähnen, dass – zumindest die Generalanwältin – von der Relevanz jener OECD-Musterkommentierung auszugehen scheint, die bei Abschluss des bilateralen Abkommens maßgeblich war.²²⁾ *Kokott* hält nämlich ausdrücklich fest, dass die spätere Fassung der Musterkommentierung – soweit relevant – mit der Fassung 1977 ident ist. Alleine deshalb bezieht sie sich in der Folge nur mehr auf die aktuelle Fassung. Die im Schlussantrag eingeschlagene Richtung scheint die Auffassung, wonach die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen anhand des zum damaligen Zeitpunkt zugrunde liegenden OECD-Kommentars zu erfolgen hat,²³⁾ zu bestärken.

2. Die Beachtlichkeit des Doppelbesteuerungsabkommens

Um zu beurteilen, ob die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr (Art. 56 und 58 EG) einer derartigen Behandlung nicht ansässiger Steuerpflichtiger entgegenstehen, muss zunächst die Vorfrage geklärt werden, ob ein zwischen den betroffenen Staaten abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen überhaupt herangezogen werden kann, um eine nationale Steuerregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten zu beurteilen.

Die Beantwortung dieser Frage ist offensichtlich nach wie vor nicht einheitlich. Immerhin betont die Kommission, „dass die Wahrung des Gemeinschaftsrechts nicht vom In-

¹⁸⁾ Vgl. auch *Wiman*, Pending Cases Filed by Swedish Courts: The Skatteverket v. A, Skatteverket v. A and B, and Bouanich Cases in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.) ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2005) 297 (306). Ebenso für eine Qualifikation i. S. d. Art. 13 vgl. *Pizzoni*, Conflicts of Qualification of Share-Buy-Backs, *Intertax* 2006, 10 ff.

¹⁹⁾ Vgl. dazu *Lang*, Die Bedeutung des originär innerstaatlichen Rechts bei Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen, *SWI* 1999, 61 (68) sowie grundlegend *Schuch*, Verluste im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen (1998) 57 ff.

²⁰⁾ Vgl. *Lang*, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen² (2002) 31.

²¹⁾ Die Verminderung um den Nennwert soll offenbar bewirken, dass nur „tatsächlich angesammelte“ Gewinne besteuert werden. Dabei wird aber übersehen, dass der Nennwert der Aktien nicht dem Einstandspreis entsprechen muss. Nach österreichischer Rechtslage jedenfalls müsste der Einstandspreis zumindest gleich dem Nennwert sein (§ 9 öAktG), womit regelmäßig eine Steuerbemessungsgrundlage entsteht, die nichts mit dem Wertzuwachs der Aktien zu tun hat.

²²⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Fn. 7 und 9.

²³⁾ Siehe auch VwGH vom 31.7.1996, 92/13/0172. Grundlegend dazu *Lang*, Die Bedeutung des Musterabkommens und des Kommentars des OECD-Steuerausschusses für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 11 (24 ff.); *derselbe*, Haben die Änderungen der OECD Kommentare für die Auslegung älterer DBA Bedeutung?, *SWI* 1995, 412; *derselbe*, How significant are the amendments of the OECD commentary adopted after the conclusion of a tax treaty?, *Diritto e Pratica Tributaria*, Vol LXXIII 2002, N. 2.; *derselbe*, Grundsatzerkennnis des VwGH zur DBA-Auslegung, *SWI* 1996, 427 (428 f.); *derselbe*, Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties, *Intertax* 1997, 7; differenzierend *Vogel*, Probleme der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, *SWI* 2000, 103 (106 ff.).

ECJ on the Bouanich Case

halt eines Doppelbesteuerungsabkommens zwischen zwei Mitgliedstaaten abhängen könne.²⁴⁾ Untermauert wird diese Ansicht anhand vermeintlicher Parallelen zu den Rs. *Avoir Fiscal*²⁵⁾ und *Saint-Gobain*.²⁶⁾

Tatsächlich stellt der EuGH in der Rs. *Avoir Fiscal* fest, dass „die Rechte, die sich für die Begünstigten aus Artikel 52 EWG-Vertrag ergeben, unbedingt [sind]“, und ein Mitgliedstaat ihre Beachtung daher nicht vom Inhalt eines mit einem anderen Mitgliedstaat geschlossenen Abkommens abhängig machen kann.²⁷⁾ Im Gegensatz zu Frankreich²⁸⁾ versucht Schweden jedoch gar nicht, die innerstaatliche Regelung damit zu rechtfertigen, dass es an einem Doppelbesteuerungsabkommen fehle, welches die Ungleichbehandlung beseitige. Vielmehr ist sich die schwedische Regierung der Unvereinbarkeit der betroffenen nationalen Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht durchaus bewusst,²⁹⁾ stellt aber in Frage, ob die Besteuerung eines französischen Aktionärs nach Berücksichtigung des französisch-schwedischen Doppelbesteuerungsabkommens überhaupt benachteiligend ist. Diese Überlegung ist berechtigt, da im vorliegenden Fall das Doppelbesteuerungsabkommen eben Teil der anwendbaren Rechtsvorschriften ist, was auch der Wortlaut der zweiten Vorlagefrage impliziert. Zudem sind Doppelbesteuerungsabkommen generell Bestandteil des nationalen Rechts³⁰⁾ und somit schon deshalb – soweit für den Sachverhalt relevant – in die Diskriminierungsprüfung einzubeziehen. Konsequenterweise unterliegen Bestimmungen in Doppelbesteuerungsabkommen den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts.³¹⁾

Ebenso kann in diesem Zusammenhang die Parallele zur Rs. *Saint-Gobain* nicht gefunden werden. Die schwedische Regierung versucht nämlich auch nicht, die nationale Regelung damit zu rechtfertigen, dass einem französischen Anteilseigner im Rahmen des Doppelbesteuerungsabkommens potenziell anderweitige Vorteile zu Gute kämen.

Wie schon Generalanwältin *Kokott*³²⁾ teilt daher auch der EuGH die Auffassung der Kommission nicht, dass ein anwendbares Doppelbesteuerungsabkommen zur Beurteilung der Gemeinschaftsrechtskonformität unbeachtlich sei. Generalanwältin und EuGH verweisen in diesem Zusammenhang zwar auch auf Art. 293 EG und darauf, dass die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft zu den Zielen des Vertrages gehört.³³⁾ Der Grund, warum das DBA zu berücksichtigen ist, liegt aber wohl darin, dass das DBA Frankreich-Schweden Bestandteil des schwedischen Rechts ist und zudem Inhalt der Vorlagefrage ist.

3. Ein Fall für das nationale Gericht

Die Feststellung, ob die zweifache Besteuerung, die das Doppelbesteuerungsabkommen für einen nicht in Schweden ansässigen Steuerpflichtigen im Vergleich zum schwedischen nationalen Recht vorsieht, für diesen nun noch immer einen Nachteil im Verhältnis zu einem in Schweden ansässigen Aktionär bedeutet, oder ob schließlich sogar eine absolute Besteuerung erreicht werden kann, ist Sache des vorlegenden Gerichts. Die Varianten 30 % Steuer auf die Differenz zwischen Veräußerungserlös und Ein-

²⁴⁾ EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 46.

²⁵⁾ EuGH v. 28. 1. 1986, 270/83, *Avoir Fiscal*.

²⁶⁾ EuGH v. 21. 9. 1999, C-307/97, *Saint-Gobain*.

²⁷⁾ EuGH v. 28. 1. 1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Rn. 26.

²⁸⁾ Vgl. Schlussantrag GA *Mancini* v. 28. 1. 1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Rn. 7.

²⁹⁾ Vgl. *Wiman* in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation, 308 f.; *van den Hurk* et al, Tax Notes International 2006, 446.

³⁰⁾ Schlussantrag GA *Mischo* v. 2. 3. 1999, C-307/97, *Saint Gobain*, Rn. 77; Schlussantrag GA *Lenz* v. 5. 11. 1996, C-250/95, *Futura Participations*, Rn. 74.

³¹⁾ Siehe EuGH v. 28. 1. 1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Rn. 26; EuGH v. 21. 9. 1999, C-307/97, *Saint Gobain*, Rn. 58; EuGH v. 12.12.2002, C-385/00, *De Groot*, Rn. 94; EuGH v. 5. 7. 2005, C-376/03, *D.*, Rn. 52.

³²⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 44 ff.

³³⁾ EuGH v. 12. 5. 1998, C-336/96, *Gilly*, Rn. 23.

standspreis und 30 % auf die Differenz von Veräußerungserlös und Nennwert – letztere jedoch begrenzt mit 15 % des Bruttobetragtes der Dividenden (d. h. des Veräußerungserlöses) – sind in solch theoretischer Formulierung nicht vergleichbar. Ausschlaggebend ist, dass nicht in Schweden ansässige Aktionäre im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden, als in Schweden ansässige Anteilseigner.

Die für Frau *Bouanich* zum Vergleich heranzuziehende innerstaatliche Steuerbelastung hängt vom Nennwert der gegenständlichen Aktien ab. Um eine Aussage in Bezug auf eine etwaige Schlechterstellung treffen zu können, müssen daher die Größen „Nennwert“ und „Einstandspreis“ bekannt sein. Eine konkrete Beurteilung ist damit eine Frage des Sachverhalts, dessen Ermittlung nicht Aufgabe des EuGH, sondern jene des nationalen Gerichts ist.³⁴⁾

Es sei ausdrücklich erwähnt, dass Frau *Bouanich* nach Anwendung der Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens nicht zwangsläufig benachteiligt sein muss. Prima facie erscheint eine Diskriminierung augenscheinlich: Der Nennwert wird im Regelfall über dem Einstandspreis der Aktien liegen.³⁵⁾ In Abhängigkeit des Verhältnisses des Einstandspreises zum Veräußerungserlös kann sich für Frau *Bouanich* sehr wohl eine geringere Steuerbelastung als für einen französischen Aktionär ergeben. Betragen ihre Einstandskosten mehr als die Hälfte des Veräußerungserlöses, kann das Doppelbesteuerungsabkommen die Diskriminierung gegenüber gebietsfremden Aktionären nicht kompensieren. Eine Situation der Indifferenz ist erreicht, sobald die Einstandskosten dem Veräußerungserlös entsprechen; sind sie noch höher, bewirkt die Deckelung sogar eine relativ geringere Steuerbelastung.³⁶⁾

IV. Dritte Vorlagefrage

Die dritte Vorlagefrage betrifft das Verhältnis zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 und der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG. Generalanwältin *Kokott* führte in den Schlussanträgen noch aus, dass nur dann ein Anwendungsfall der Niederlassungsfreiheit vorliegt, sofern eine Gesellschaftsbeteiligung dem Gesellschafter einen solchen Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeit bestimmen kann.³⁷⁾ Im gegenständlichen Fall beinhalten die Angaben des vorlegenden Gerichts aber keine Anhaltspunkte, ob die Beteiligung von Frau *Bouanich* ein solches Ausmaß annimmt, dass ihr Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft zukommt.³⁸⁾ Bemerkenswert ist, dass die Generalanwältin in der Folge allerdings davon ausgeht, dass dadurch die Niederlassungsfreiheit „keine Anwendung“³⁹⁾ findet. Daraus könnte man schließen, dass sie im Zweifelsfall – mangels konkreter Angaben – der Kapitalverkehrsfreiheit Vorrang zuspricht. Ob eine *Conclusio* dieser Form von ihr intendiert war, darf jedoch bezweifelt werden.

Der Gerichtshof geht auf die Frage der Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit nicht mehr ein und stellt lediglich fest, dass angesichts der Tatsache, dass ohnehin schon ein Verstoß gegen den freien Kapitalverkehr vorliegt, eine weitere Prüfung eines etwaigen Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit gar nicht mehr nötig ist.⁴⁰⁾ Die Abgrenzung

³⁴⁾ EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 54 m. w. N.

³⁵⁾ Vgl. Schlussantrag GA *Kokott* v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 62.

³⁶⁾ Vgl. auch Schlussantrag GA *Kokott* v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 66 ff.

³⁷⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 72; siehe auch EuGH v. 13. 4. 2000, C-251/98, *Baars*, Rn. 22; EuGH v. 5. 11. 2002, C-208/00, *Überseering*, Rn. 77; EuGH v. 21. 11. 2002, C-436/00, *X und Y*, Rn. 37.

³⁸⁾ Vgl. auch EuGH v. 13. 4. 2000, C-251/98, *Baars*, Rn. 22; *Randelzhofer/Forsthoff* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.) *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Stand: Juni 2005, Art. 43 Rn. 115; *Ress/Ukrow* in *Grabitz/Hilf*, Art. 56 Rn. 30.

³⁹⁾ Schlussantrag GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 73.

⁴⁰⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 57; EuGH v. 4. 6. 2002, C-367/98, *Kommission/Portugal*, Rn. 55 ff.; C-483/99, *Kommission/Frankreich*, Rn. 55 f.; EuGH v. 13. 5. 2003, C-463/00, *Kommission/Portugal*, Rn. 55 ff.

ECJ on the Bouanich Case

zwischen den Grundfreiheiten ist nur mehr in Bezug auf Drittstaaten relevant,⁴¹⁾ auch wenn es der EuGH wie auch Generalanwälte⁴²⁾ in manchen Fällen dennoch für notwendig erachten, ein etwaiges Konkurrenzverhältnis zu erörtern.

V. Würdigung

Die schwedische Regierung hat bereits im Zuge der Behandlung der ersten Vorlagefrage die Unvereinbarkeit des Kuponsteuergesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht nicht bestritten.⁴³⁾ Dementsprechend wurden bereits mit Rückwirkung ab 1. 1. 2005 umfangreiche Gesetzesänderungen vorgenommen. Ein Aktienrückkauf von gebietsfremden Aktionären wird zwar nach wie vor als Dividende behandelt, jedoch wird jener Teil der Kuponsteuer, der auf den Einstandspreis der Aktien entfällt, auf Antrag rückerstattet. Das Erfordernis der Antragstellung wird aber wohl immer noch als gemeinschaftsrechtlich bedenklich erachtet werden können. Zudem können auch administrative Probleme auftreten: Im Zeitpunkt der Ausschüttung muss die die Quellensteuer einbehaltende Stelle den Einstandspreis kennen, was durchaus mit großen administrativen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Weiters bestehen für gebietsansässige Aktionäre im Falle eines Verlustes beim Verkauf der Aktien Regelungen zur Abzugsfähigkeit eines solchen Verlustes, wohingegen diese Regelungen für Gebietsfremde nicht anwendbar sind.⁴⁴⁾ Deshalb wird in der Literatur auch vorgeschlagen, die Besteuerung von Aktienrückkäufen gleich zu behandeln wie Fälle eines normalen Verkaufs von Aktien.⁴⁵⁾ Damit würde der Veräußerungserlös nach Art. 13 Abs. 5 OECD-MA im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers besteuert.

Nicht explizit einbezogen in seine Betrachtung hat der EuGH die Frage, inwieweit die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des Aktionärs eine Rolle spielen kann.⁴⁶⁾ Im Sinne einer umfassenden Betrachtung wäre es nämlich interessant, ob sich die Aussagen des EuGH ändern würden, wenn er in seine Beurteilung miteinbezöge, dass beispielsweise in Frankreich die in Schweden entrichtete Steuer angerechnet würde.⁴⁷⁾ In der Literatur finden sich einige Auffassungen, deren zufolge eine diskriminierende Regelung immer nur im Lichte der entsprechenden Rechtsordnung zu betrachten ist,⁴⁸⁾ da die Gemeinschaftskonformität einer Regelung in einem Staat nicht davon abhängig gemacht werden kann, wie der andere Staat einen bestimmten Sachverhalt besteuert.⁴⁹⁾

mission/Spainien, Rn. 86; EuGH v. 8. 3. 2001, C-397/98 und C-410/98, *Metallgesellschaft/Hoechst*, Rn. 75. Vgl. auch *Bayer*, Zulässige und unzulässige Einschränkungen der europäischen Grundfreiheiten im Gesellschaftsrecht, BB 2002, 2289 (2290); *Spindler*, Deutsches Gesellschaftsrecht in der Zange zwischen Inspire Art und Golden Shares?, RIW 2003, 850 (852).

⁴¹⁾ Vgl. *Schön*, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in *Schön* (Hrsg.), Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk (1997), 743 ff.; *Spindler*, RIW 2003, 852.

⁴²⁾ Zuletzt Schlussantrag GA *Stix-Hackl* v. 15. 12. 2005, C-386/04, *Stauffer*, Rn. 32 ff.

⁴³⁾ Vgl. EuGH v. 19. 1. 2006, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 24.

⁴⁴⁾ So *Wiman* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation, 308 f.

⁴⁵⁾ Vgl. *Wiman* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation, 309. Im Hinblick auf die damalige rechtliche Lage hat *Wiman* den nichtansässigen Aktionären im Falle eines Aktienrückkaufs einer schwedischen Gesellschaft geraten, die Beteiligung vor dem Rückkauf zu veräußern.

⁴⁶⁾ Andeutungen dazu finden sich allerdings im Schlussantrag von GA *Kokott* v. 14. 7. 2005, C-265/04, *Bouanich*, Rn. 68.

⁴⁷⁾ Vgl. *Kofler*, Die Auswirkungen von Doppelbesteuerungsabkommen auf die gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsprüfung, Skriptum zum Vortrag vom 14. 11. 2005, 17.

⁴⁸⁾ Siehe *Birk*, Besteuerungsgleichheit in der Europäischen Union in *Lehner* (Hrsg.), Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt (1996), 63 (65 ff.); *Cordewener*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), 829; *Englisch*, Dividendenbesteuerung, 240; *Lang*, Wohin geht das Internationale Steuerrecht?, IStR 2005, 289 (292).

⁴⁹⁾ Vgl. *Kofler*, Diskriminierungsprüfung, 17 f.; *Lang* in *Gassner et al* (Hrsg.), Die Zukunft des Internationalen Steuerrechts (1999) 71 (81) m. w. N.