

Christian Massoner / Birgit Stürzlinger*)

Anrechnungsmethode als geringster und gemeinschaftsrechtskonformer Eingriff in die Besteuerung von Portfoliodividenden?

CREDIT METHOD AS THE MOST APPROPRIATE AND NON-DISCRIMINATORY TAX TREATMENT OF FOREIGN PORTFOLIO DIVIDENDS?

In its decision of April 17th, 2008, the Austrian Supreme Administrative Court held that the former tax treatment of foreign portfolio dividends constitutes a breach of the free movement of capital. The Administrative Court stated that EC law does not require an exemption of all foreign dividends. Instead, applying the credit method to portfolio dividends from other Member States avoids discriminatory treatment and leads to a smaller change of domestic law. Christian *Massoner* and Birgit *Stürzlinger* analyze the main points of the decision.

I. Sachverhalt und Entscheidung

In der österreichischen Literatur wurde bereits mehrmals aufgezeigt, dass die Besteuerung von Dividenden, die nicht von der internationalen Schachtelbefreiung des § 10 Abs. 2 KStG¹⁾ erfasst sind, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist.²⁾ Die im Vergleich zu inländischen Beteiligungen erhöhten Anforderungen an ausländische Beteiligungen hinsichtlich Beteiligungsausmaß und Behaltedauer werden als Verstoß gegen die Grundfreiheiten angesehen. Im Ergebnis führt die Verdrängungswirkung des Gemeinschaftsrechts nach der h. M. zu einer Ausweitung des internationalen Schachtelprivilegs des § 10 Abs. 2 KStG auf alle ausländischen Dividenden, unabhängig von Beteiligungsausmaß oder Behaltedauer.³⁾ Der UFS bestätigte diese Sichtweise.⁴⁾ Der VwGH entschied nunmehr mit Erkenntnis vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, über die Amtsbeschwerde des zuständigen Finanzamts gegen die Entscheidung des UFS.⁵⁾

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hielt eine österreichische Aktiengesellschaft Anteile an inländischen Investmentfonds. In den Erträgen aus den Investmentfonds waren Divi-

*) Mag. Christian *Massoner* und Mag. Birgit *Stürzlinger* sind Assistenten am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Die Autoren danken Univ.-Prof. Dr. Michael *Lang*, Mag. Florian *Brugger*, MMag. Thomas *Ecker*, MMag. Matthias *Hofstätter*, Mag. Daniela *Hohenwarter*, LL.M., und MMag. Marie-Ann *Mamut* für wertvolle Anregungen.

¹⁾ Die Kritik bezieht sich sowohl auf § 10 Abs. 2 KStG in der aktuellen Fassung als auch auf § 10 Abs. 2 KStG i. d. F. vor dem BudBG 2003. Die Aussagen des VwGH zu § 10 Abs. 2 i. d. F. vor dem BudBG 2003 können auch auf die aktuelle Rechtslage übertragen werden. Vgl. *Petrag*, Internationale Schachtelbeteiligung verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, RWZ 2008, 163 (164).

²⁾ Vgl. etwa *Konezny/Züger*, Ist die internationale Schachtelbeteiligung „europatauglich“? SWI 2000, 218 (218 ff.); *Heinrich*, Der EuGH als „Motor“ der Harmonisierung der direkten Steuern im Binnenmarkt? ÖStZ 2002, 554 (554 ff.); *Toifl*, Besteuerung ausländischer Dividendeneinkünfte und Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2002, 458 (466); *Blasina*, Internationales Schachtelprivileg, SWI 2003, 14 (14 ff.); *Starlinger*, Beteiligungserträge im Körperschaftsteuerrecht, in *Bertl* et al. (Hrsg.), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 163 (163 ff.); *Haslinger*, Die Besteuerung von Dividenden – EuGH bestätigt Kritik an geltender Rechtslage, SWI 2007, 175 (180 ff.); *Zorn*, EG-Grundfreiheiten und dritte Länder, in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg.), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 211 (233 ff.); *Beiser*, Die Beteiligungsertragsbefreiung im Gemeinschaftsrecht, RdW 2008, 305 (306).

³⁾ Vgl. etwa *Haslinger*, SWI 2007, 142; *Beiser*, RdW 2008, 306; a. A. *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 233 ff., für den die Verdrängung zu einem anderen Ergebnis führt.

⁴⁾ Vgl. UFS Linz 13. 1. 2005, RV/0279-L/04; dazu ausführlich *Weninger*, UFS: Internationale Schachtelbefreiung gemeinschaftswidrig, FJ 2005, 138 (138 ff.).

⁵⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064; *Zorn*, Dividenden aus Auslandsbeteiligungen von Körperschaften, SWK-Heft 16/2008, S 467 (S 467 ff.); *Laudacher*, § 10 Abs. 2 KStG und Portfoliobeteiligungen: Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit?, SWI 2008, 259 (259 ff.); *Zorn*, VwGH: Auslandsdividenden und Gemeinschaftsrecht, RdW 2008, 424 (424 f.); *Beiser*, VwGH: Anrechnungsmethode bei Ausschüttungen aus ausländischen Minderheitsanteilen, SWK-Heft 18/2008, S 511 (S 511 f.); *Petrag*, RWZ 2008,

dividenden aus Portfoliobeteiligungen an Kapitalgesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der EU sowie in Drittstaaten enthalten. Diese wurden nach dem Durchgriffsprinzip der österreichischen Aktiengesellschaft direkt zugerechnet.⁶⁾ Im Verfahren vor dem VwGH war strittig, ob die Besteuerung ausländischer Dividenden aus Portfoliobeteiligungen gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstößt und – wenn dies der Fall ist – ob diese analog zu § 10 Abs. 1 KStG generell steuerfrei zu stellen sind.⁷⁾

Der VwGH betont in seinem Erkenntnis vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, dass aufgrund der generellen Freistellung aller inländischen Dividenden gemäß § 10 Abs. 1 KStG die Besteuerung ausländischer Dividenden aus Minderheitsbeteiligungen mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar ist. Soweit es sich um Dividenden aus anderen Mitgliedstaaten der EU handelt, gibt es für diese Beschränkung keine Rechtfertigung. Für Dividenden aus Drittstaaten muss die zuständige Behörde noch prüfen, ob im Lichte der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Skatteverket gegen A*⁸⁾ zusätzliche Rechtfertigungsgründe zum Tragen kommen können. Der VwGH führt weiters aus, dass im Fall der Verdrängung von nationalem Recht durch Gemeinschaftsrecht „nur jene von mehreren gemeinschaftsrechtskonformen Lösungen zur Anwendung gelangen darf, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt.“⁹⁾ Der VwGH kommt zum Ergebnis, dass (jedenfalls bei Dividenden aus anderen Mitgliedstaaten der EU) die Anrechnung der ausländischen Steuern auf die inländische Steuer ausreicht, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herzustellen. Der UFS habe mit der gänzlichen Freistellung ausländischer Dividendeneinkünfte hingegen „die Rechtslage verkannt.“¹⁰⁾ Im Folgenden sollen die wesentlichen Punkte in der Argumentation des VwGH dargestellt und kritisch beleuchtet werden.

II. Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit

In seinem Erkenntnis vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, wendet der VwGH das Fallprüfungsschema des EuGH an, um die Vereinbarkeit der Besteuerung von Portfoliodividenden mit dem Gemeinschaftsrecht zu untersuchen: Der Erwerb und das Halten ausländischer Beteiligungen können sowohl unter die Niederlassungs- als auch unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen. Der Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG erfasst den Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, die einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass der Erwerber deren Tätigkeiten bestimmen kann (Kontrollerwerb).¹¹⁾ Portfoliobeteiligungen, die keinen bestimmenden Einfluss vermitteln, sind vom Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 EG erfasst. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit vom Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit war in Bezug auf Drittstaaten lange Zeit umstritten.¹²⁾

⁶⁾ 163 ff.; *Massoner*, Anrechnungsmethode bei ausländischen Dividendeneinkünften aus Minderheitsbeteiligungen „dank“ normerhaltender Reduktion, *ecolex* 2008, 573 (573 f.); *Kühbacher*, Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung bei ausländischen Portfoliobeteiligungen im KStG, *ÖStZ* 2008, 308 (308); *Stefaner*, Internationale Schachteldividenden – Beseitigung der Diskriminierung?, *GeS* 2008, 164 (164 ff.).

⁷⁾ Vgl. *Doralt/Kirchmayr*, *ESTG*⁸, § 93 Anhang I Rz. 11.

⁸⁾ Ausführlich zum Sachverhalt und zum Erkenntnis des VwGH bereits *Zorn*, *SWK*-Heft 16/2008, S. 467 ff.; *Laudacher*, *SWI* 2008, 259 ff.; *Petrag*, *RWZ* 2008, 163 ff.; *Massoner*, *ecolex* 2008, 573 f.

⁹⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht; siehe dazu unten Punkt V.

¹⁰⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

¹¹⁾ Vgl. EuGH 13. 4. 2000, Rs. C-251/98, *Baars*, *Slg.* 2000, I-2787, Rn. 22; *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*³, Art. 43 Rn. 9; *Randelzhofer/Forsthoef* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *EGV*¹⁸, Art. 43 Rn. 115, m. w. N.

¹²⁾ Vgl. *Kofler*, Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbeteiligungen und Drittstaaten, *taxlex* 2008, 326 (326 ff.); *Hohenwarter/Plansky*, Die Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittstaaten im Lichte der Rechtssache *Holböck*, *SWI* 2007, 346 (349 ff.); *Haslinger/Plansky*, Portfolio-Dividenden aus Drittstaaten, *taxlex* 2007, 516 (518 ff.); *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/EGV*³, Art. 56 Rn. 23 ff.

Credit Method and Taxation of Portfolio Dividends

Für die Klärung der Frage, welche Grundfreiheit im vorliegenden Fall Anwendung findet, ist von Bedeutung, ob die innerstaatliche Norm allgemein, die Umstände des konkreten Sachverhalts oder beide für die Anwendbarkeit der jeweiligen Grundfreiheit maßgeblich sind.¹³⁾ Die innerstaatliche Regelung, die im vorliegenden Sachverhalt am Prüfstand des Gemeinschaftsrechts steht, unterwirft Dividenden aus bestimmten ausländischen Beteiligungen unter Ausschluss vom internationalen Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG der Besteuerung.¹⁴⁾ Die maßgebliche Regelung bezieht sich demnach auf Beteiligungen in einem Ausmaß von unter 25 % (nunmehr 10 %) sowie auf alle Beteiligungen, die kürzer als zwei Jahre (nunmehr ein Jahr) gehalten werden.¹⁵⁾ Bei Beteiligungen in einem geringeren Ausmaß als 25 % ist in der Regel die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar; es kann aber nach der Rechtsprechung des EuGH in Ausnahmefällen auch die Niederlassungsfreiheit anwendbar sein, wenn eine Beteiligung einen beherrschenden Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft ermöglicht.¹⁶⁾ Beteiligungen über 25 %, die das Erfordernis der Mindestbeholdendauer nicht erfüllen, sind grundsätzlich von der Niederlassungsfreiheit erfasst. Der Anwendung der Niederlassungsfreiheit könnte bei solchen Beteiligungen allenfalls mangelnder beherrschender Einfluss oder eine fehlende Dauerhaftigkeit¹⁷⁾ entgegenstehen. Die sogenannte Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm¹⁸⁾ führt daher zum Ergebnis, dass sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar sein können. Wird hingegen die konkrete Beteiligungshöhe als maßgeblich erachtet, gelangt man zur ausschließlichen Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit, da der Sachverhalt, der dem Erkenntnis des VwGH vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, zugrunde liegt, lediglich über Investmentfonds gehaltene Beteiligungen in einem geringeren Ausmaß als 10 % betrifft.

Der VwGH hat zur Frage, welche Theorie für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten maßgeblich sein soll, „im Sinne der Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts“¹⁹⁾ Stellung genommen: „Liegt im Einzelfall eine solche qualifizierte Beteiligung vor, fällt der Vorgang unter die Niederlassungsfreiheit. (...) Dem beschwerdeführenden Finanzamt ist somit einzuräumen, dass sich die Mitbeteiligte nicht auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 berufen kann, weil sie nicht Beteiligungen an (in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen) Gesellschaften hält, die ihr einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der jeweiligen Gesellschaft verschaffen könnten.“²⁰⁾ Im vorliegenden Fall erscheint diese Feststellung zwar von untergeordneter Bedeutung, da die Kapitalverkehrsfreiheit sowohl bei der Maßgeblichkeit der nationalen Norm als auch bei jener des konkreten Sachverhaltes Anwendung findet. Dennoch ist festzuhalten, dass die Auffassung des VwGH gemeinschaftsrechtlich gedeckt ist, da der EuGH sich mittlerweile in seinem Urteil vom 26. 6. 2008 in der Rs. *Burda* ausdrücklich²¹⁾ zur Maßgeblichkeit der konkreten Beteiligungshöhe bekannt hat.²²⁾

¹³⁾ Vgl. *Ecker/Stürzlinger*, Direkte Steuern, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht (2008) 261 (269 ff.); *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 215 ff.

¹⁴⁾ Die Besteuerung von Dividenden aus Portfoliobeteiligungen ergibt sich jedoch nicht aus der Befreiungsbestimmung des § 10 Abs. 2 KStG.

¹⁵⁾ Neben Portfoliobeteiligungen und Beteiligungen, die kürzer als zwei Jahre gehalten werden, waren zum maßgeblichen Zeitpunkt auch mittelbare Beteiligungen vom internationalen Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG unabhängig vom jeweiligen Beteiligungsausmaß generell nicht erfasst. Somit differenzierte die Norm bei mittelbaren Beteiligungen nicht nach dem Beteiligungsausmaß. Der VwGH ging jedoch aufgrund der unmittelbaren Zurechnung der Investmentfondserträge von einer unmittelbaren Beteiligung aus. Vgl. *Zorn*, SWK-Heft 16/2008, S 468, FN 9.

¹⁶⁾ *Haslinger/Plansky*, taxlex 2007, 518 f.; EuGH 10. 5. 2007, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Rn. 22.

¹⁷⁾ Diese Anforderung ist in der Literatur umstritten, vgl. *Bröhmer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art. 43 Rn. 31 f.

¹⁸⁾ Vgl. *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 215 ff.

¹⁹⁾ Vgl. *Zorn*, SWK-Heft/162008, S 468 f.; vgl. zur Kritik an der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts m. w. N. *Kofler*, taxlex 2008, 326 ff.

²⁰⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

²¹⁾ Vgl. EuGH 26. 6. 2008, Rs. C-284/06, *Burda*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

²²⁾ Vgl. *Kofler*, taxlex 2008, 330.

Der VwGH betrachtet im Ergebnis die Kapitalverkehrsfreiheit als auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Er stellt weiters fest, dass eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt, da die Investition in inländische Kapitalgesellschaften über einen inländischen Fonds besser gestellt ist als eine solche Investition in ausländische Kapitalgesellschaften. In ersterem Fall ist die Anwendung der Befreiungsmethode nach § 10 Abs. 1 KStG vorgesehen, während im zweiten Fall besteuert wird. Diese Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit kann weder mit der Kohärenz des österreichischen Steuersystems noch mit der Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie in § 10 Abs. 2 KStG gerechtfertigt werden. Der VwGH hält als Zwischenergebnis fest: *„Der Regelung des § 10 Abs. 2 KStG, nach welcher die Dividenden aus den ausländischen Minderheitsbeteiligungen (...) uneingeschränkt besteuert werden, steht (jedenfalls in Bezug auf Beteiligungen aus anderen Mitgliedstaaten) die Kapitalverkehrsfreiheit des Art 56 entgegen.“*²³⁾

III. Auswahl der gemeinschaftsrechtskonformen Lösung

Widerspricht eine nationale Norm unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht, so gilt der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung angewandte Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem innerstaatlichen Recht.²⁴⁾ Art. 56 EG, der alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten verbietet, ist unmittelbar anwendbares Recht.²⁵⁾ Der VwGH bezeichnet jenen Teil des § 10 Abs. 2 KStG, der im Gegensatz zu § 10 Abs. 1 KStG einen Teil der ausländischen Dividenden von der Schachtelbefreiung ausnimmt und somit der uneingeschränkten Besteuerung überlässt, als mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar und daher verdrängt.²⁶⁾ Folglich stellt sich die Frage, zu welchem Ergebnis diese partielle Verdrängung der Besteuerung ausländischer Dividenden aus Portfoliobeteiligungen führt.

Während der UFS die zusätzlichen Anforderungen des § 10 Abs. 2 KStG an das Beteiligungsausmaß unangewendet ließ und somit alle ausländischen Dividenden von der Besteuerung freistellte, belässt es der VwGH bei einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Mehrheits- und Portfoliobeteiligungen, indem er die Anrechnungsmethode für Portfoliobeteiligungen in das KStG hineinliest. Der VwGH geht davon aus, dass *„im Wege der Verdrängung nur jene von mehreren gemeinschaftskonformen Lösungen zur Anwendung gelangen (darf), mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt.“*²⁷⁾ Die Verdrängung darf nur *„jenes Ausmaß umfassen, das gerade noch hinreicht, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herzustellen. Dabei sind die gemeinschaftsrechtlichen Erfordernisse in das nationale Gesetz hineinzulesen.“*²⁸⁾ Durch das „Hineinlesen“ der Anrechnungsmethode für Portfoliobeteiligungen in das KStG wird nach Ansicht des VwGH in das Konzept des österreichischen Gesetzgebers, der für Dividenden aus nicht von § 10 Abs. 2 KStG erfassten ausländischen Beteiligungen keine Begünstigung vorgesehen hat, weniger eingegriffen als durch die Be-

²³⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064; vgl. auch FN 14.

²⁴⁾ Vgl. etwa Fischer/Köck/Karollus, Europarecht⁴ (2002) Rn. 859, unter Hinweis auf EuGH 9. 3. 1978, Rs. 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung vs. SPA Simmenthal*, Slg. 1978, 629, Rn. 3: *„Darüber hinaus haben nach dem Grundsatz des Vorranges des Gemeinschaftsrechts die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane in ihrem Verhältnis zum internen Recht der Mitgliedstaaten (...) zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden Rechts ohne weiteres unanwendbar wird (...)“*. Griller, Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, *ecolex* 1996, (639) 639 ff.; Kucsko-Stadlmayer, Der Vorrang des EU-Rechts vor österreichischem Recht, *ecolex* 1995, (338) 338 ff.

²⁵⁾ Vgl. Bröhmer in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art. 56 Rn. 3.

²⁶⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

²⁷⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

²⁸⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064, unter Verweis auf *Gosch*, *Vielerlei Gleichheiten – Das Steuerrecht im Spannungsfeld von bilateralen, supranationalen und verfassungsrechtlichen Anforderungen*, *DStR* 2007, 1553 (1553 ff.).

Credit Method and Taxation of Portfolio Dividends

freierung der ausländischen Erträge.²⁹⁾ „Die belangte Behörde hätte daher die Verdrängungswirkung nur in diesem Ausmaß annehmen dürfen.“³⁰⁾

Diese Vorgehensweise des VfGH wirft zwei wesentliche Fragen auf: Erstens, ob es aus gemeinschaftsrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Sicht geboten ist, im Rahmen der Verdrängungswirkung des Gemeinschaftsrechts den Weg des geringsten Eingriffs in das nationale Recht zu wählen, und zweitens, ob im konkreten Sachverhalt das „Hineinlesen“ der Anrechnungsmethode für Portfoliodividenden in das KStG tatsächlich den geringsten Eingriff in das nationale Recht darstellt.

Die Beantwortung der ersten Frage ist in der österreichischen Literatur kaum diskutiert und im deutschen Schrifttum umstritten.³¹⁾ Der VfGH begründet seine Auffassung vor allem mit Verweis auf einen Beitrag von *Gosch*.³²⁾ Nach Ansicht von *Gosch* gebietet es die Wirkung des Gemeinschaftsrechts generell, eine nationale Regelung nach Möglichkeit normerhaltend auszulegen und einzuschränken. Nur so könne die Konfliktvermeidung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht weitestgehend kollisionsfrei bewerkstelligt werden.³³⁾ Der Verweis auf *Gosch* verwirrt aber im vorliegenden Fall, da dieser bei einer begünstigenden Norm, die sich nur auf Gebietsansässige erstreckt, eine Umkehr der „Reduktion“ in Form einer Ausweitung der Begünstigung auf Gebietsfremde für unzulässig erachtet.³⁴⁾ Stattdessen sei die „betreffende Begünstigung vielmehr in toto für Gebietsansässige wie für Gebietsfremde zu versagen.“³⁵⁾

Der VfGH vergleicht in seinem Erkenntnis auch die Aufhebung nationalen Rechts durch den VfGH wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges nationales Recht mit der Verdrängungswirkung des Gemeinschaftsrechts.³⁶⁾ Der VfGH geht grundsätzlich in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass die nach der Aufhebung einer verfassungswidrigen Regelung verbleibenden Normen eine möglichst geringfügige Änderung ihrer Bedeutung zu erfahren haben.³⁷⁾ Gleichzeitig betont der VfGH jedoch, dass es ihm nicht möglich ist, „rechtspolitische Erwägungen“ anzustellen.³⁸⁾ Diese Zurückhaltung kann es erforderlich machen, die Rechtslage durch die Wahl des gewichtigeren Eingriffs ein-

²⁹⁾ Vgl. VfGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

³⁰⁾ Vgl. VfGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

³¹⁾ Vgl. die unterschiedlichen Auffassungen von *Jochum*, Zur Fortsetzung der Rechtssache *Marks & Spencer*: Gestattet das europäische Gemeinschaftsrecht eine „geltungserhaltende Reduktion“ des nationalen Steuerrechts? IStR 2006, 621 (621 ff.), und *Gosch*, DStR 2007, 1554 ff., unter Verweis auf die Judikatur des BFH 9. 8. 2006, I R 31/01, DStR 2006, 2120; 10. 1. 2007, I R 87/03, DStR 2007, 891 (dagegen Verfassungsbeschwerde BVerfG 2 BvR 1178/02), und des VfGH 19. 10. 2006, 2006/14/0109–10.

³²⁾ Vgl. *Gosch*, DStR 2007, 1554 ff.

³³⁾ Die so genannte geltungserhaltende Reduktion kann anhand des Urteils des EuGH in der Rs. *Marks & Spencer* (EuGH 12. 12. 2005, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, I-10866) veranschaulicht werden. Der EuGH sah in der Versagung der Verrechnung ausländischer Verluste im Rahmen des britischen *group relief* zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, beurteilte diese aber als gerechtfertigt und verhältnismäßig, sofern der gebietsfremden Tochtergesellschaft noch eine Möglichkeit zur Verrechnung ihrer Verluste im Quellenstaat offensteht. Es stellt sich in der Folge für das nationale Gericht die grundsätzliche Frage, ob die Verrechnung der Verluste ausländischer Töchter mangels eines wirksamen nationalen Verrechnungsverbots in vollem Umfang zuzulassen ist oder ob das gemeinschaftsrechtswidrige Verlustverrechnungsverbot so geltungserhaltend ausgelegt werden kann, dass es lediglich jene Fälle erfasst, in denen nicht „final losses“ im Sinn des Urteils in der Rs. *Marks & Spencer* vorliegen. Gegen die geltungserhaltende Reduktion in diesem Fall *Jochum*, IStR 2006, 623; a. A. *Gosch*, DStR 2007, 1555 f.

³⁴⁾ Vgl. *Gosch*, DStR 2007, 1555, FN 18.

³⁵⁾ Vgl. *Gosch*, DStR 2007, 1555, FN 18. Dies würde jedoch im vorliegenden Einzelfall zu keiner befriedigenden gemeinschaftsrechtskonformen Lösung führen. Die Aufhebung nationaler Begünstigungen käme nur für den Gesetzgeber oder allenfalls den VfGH in Betracht.

³⁶⁾ Vgl. VfGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

³⁷⁾ Vgl. *Lang*, Der Sitz der Rechtswidrigkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg.), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998) 93 (104 ff.); *Rohregger*, Art. 140 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht (2003) Rz. 214.

³⁸⁾ Vgl. VfSlg. 7786/1976.

schneidender zu ändern, um den Gesetzgeber zum Handeln zu provozieren.³⁹⁾ Der VfGH wählt daher mitunter bewusst den gewichtigeren Eingriff in das Gesetz, um nicht eine Rechtslage zu schaffen, die nicht mehr dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers entspricht oder überhaupt einen Akt positiver Gesetzgebung durch den VfGH darstellt.⁴⁰⁾ Aus der Rechtsprechung des VfGH ist daher kein generelles Gebot des geringstmöglichen Eingriffs in das nationale Recht abzuleiten.

Für die Beantwortung der zweiten Frage, ob durch die Anwendung der Anrechnungsmethode die Entscheidung des Gesetzgebers so gut wie möglich erhalten bleibt, muss geklärt werden, wie das Ausmaß eines Eingriffs in das nationale Gesetz bewertet werden kann. Der VfGH scheint für die Beurteilung des geringsten Eingriffs in das KStG fiskalische Überlegungen heranzuziehen. Aus einer fiskalischen Perspektive stellt die Anrechnung der im Ausland entrichteten Steuer einen geringeren Eingriff in die bisher vorgesehene Besteuerung von Dividenden dar als die Freistellung. Die budgetären Auswirkungen eines Eingriffs in das Steuerrecht sind jedoch nicht das einzige Kriterium, anhand dessen das Ausmaß eines Eingriffs beurteilt werden kann. Unseres Erachtens stellt sich vielmehr die Frage, welche in Betracht kommende Regelung sich am besten in die verbleibende Systematik einfügt. Obwohl der Gesetzgeber anlässlich der Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie⁴¹⁾ die Gelegenheit hatte, generell ein von der Richtlinie vorgezeichnetes Anrechnungssystem für ausländische Dividenden einzuführen, entschied er sich für die Beibehaltung der Freistellungsmethode.⁴²⁾ Nur unter den engen Voraussetzungen des heutigen § 10 Abs. 4 KStG⁴³⁾ soll die in ihrer Anwendung wesentlich kompliziertere Anrechnungsmethode die Freistellung ersetzen. Für passive Einkünfte, die in Form von Auslandsdividenden ausgeschüttet werden, ist grundsätzlich die Befreiungsmethode vorgesehen. Nur in besonderen Fällen kommt es ausnahmsweise gemäß § 10 Abs. 4 KStG zur Anrechnung der ausländischen Steuer.⁴⁴⁾ Vor diesem Hintergrund überrascht die Ansicht des VfGH, der Gesetzgeber wollte in § 10 Abs. 2 KStG nur aktives operatives Engagement mittels einer Tochtergesellschaft begünstigen, während ausländische Minderheitsbeteiligungen unter 25 % reine Kapitalveranlagungen darstellen,⁴⁵⁾ denen „nur die Anrechnung zuteil werden (soll)“.⁴⁶⁾

Die Ermittlung des geringsten Eingriffs in das Gesetz ergibt sich im Ergebnis aus einer vom Rechtsanwender getroffenen Wertungsentscheidung. Denn wenn man es für zulässig erachtet, eine durch die Verdrängung von nationalem Recht entstehende Lücke im Interpretationsweg zu schließen oder gemeinschaftsrechtswidriges nationales Recht „abschmelzend“⁴⁷⁾ im Interpretationsweg zu reduzieren, eröffnen sich zahlreiche unterschiedliche Lösungswege. Eine eindeutige Antwort auf die Frage, welche zweitbeste Lösung der Gesetzgeber im Wissen um die Unwirksamkeit einer Norm vorgesehen hätte, kann dem Gesetz seriöserweise kaum entnommen werden.⁴⁸⁾ Der VfGH stellt fest, dass

³⁹⁾ Vgl. m. w. N. Lang, in Holoubek/Lang, Verfassungsgerichtliches Verfahren, 106 ff.

⁴⁰⁾ Vgl. Lang in Holoubek/Lang, Verfassungsgerichtliches Verfahren, 106 ff; Rohregger in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht, Rz. 214.

⁴¹⁾ Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, 90/435/EWG, geändert durch die Richtlinie 2003/123/EG, vom 22. Dezember 2003.

⁴²⁾ Vgl. Art. 4 Abs. 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie.

⁴³⁾ § 10 Abs. 4 KStG kommt zur Anwendung, wenn im Wesentlichen die ausländische Tochter Einkünfte aus Zinsen, der Vermietung körperlicher oder unkörperlicher Wirtschaftsgüter oder der Veräußerung von Beteiligungen bezieht, keiner mit der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren ausländischen Steuer unterliegt und nicht gewisse Ausnahmen greifen, wie etwa das Vorliegen eines Bankbetriebs (vgl. § 2 Z 3 lit. a ff. der VO – Internationale Schachtelbeteiligungen, BGBl. II Nr. 295/2004).

⁴⁴⁾ Vgl. Beiser, SWK-Heft 18/2008, S 511 f.; Stefaner, GeS 2008, 166 f.

⁴⁵⁾ Da mittlerweile das Mindestbeteiligungsausmaß des § 10 Abs. 2 KStG auf 10 % gesenkt wurde, verliert dieses Argument noch weiter an Gewicht, vgl. Stefaner, GeS 2008, 166 f.

⁴⁶⁾ Vgl. VfGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁴⁷⁾ Vgl. Gosch, DStR 2007, 1556.

⁴⁸⁾ Vgl. auch Lang in Holoubek/Lang, Verfassungsgerichtliches Verfahren, 108.

Credit Method and Taxation of Portfolio Dividends

es „einen Eingriff der Vollziehung in den eigentümlich der Gesetzgebung vorbehaltenen Bereich der rechtspolitischen Gestaltung mit sich (brächte)“;⁴⁹⁾ wenn es „der Vollziehung offenstünde, nach Belieben eine von mehreren gemeinschaftsrechtskonformen Lösungen zur Anwendung zu bringen“.⁵⁰⁾ Gerade wenn der Gerichtshof eine bestimmte Lösungsvariante mit dem Argument verwirft, sie stelle einen zu großen Eingriff in die „Entscheidung des nationalen Gesetzgebers“⁵¹⁾ dar, versucht der VwGH offenbar, sich in die Situation des Gesetzgebers zu versetzen und riskiert damit den Vorwurf, er würde seine eigene rechtspolitische Auffassung als jene des Gesetzgebers ausgeben.⁵²⁾ Vor dem Hintergrund, dass der geringste Eingriff im vorliegenden Fall weder zwingend geboten scheint noch wirklich ermittelt werden kann, hätten u. E. die besseren Argumente für eine Freistellung ausländischer Portfoliodividenden unter gleichzeitiger Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 10 Abs. 4 KStG auch auf Dividenden aus Portfoliobeteiligungen gesprochen. Diese Lösung hätte u. E. der Systematik des § 10 KStG am ehesten entsprochen.

IV. Gemeinschaftsrechtskonformität der Anrechnungsmethode?

In diesem Abschnitt soll die Vereinbarkeit der vom VwGH angewandten Lösung des vorliegenden Sachverhalts mit dem Gemeinschaftsrecht untersucht werden. Bei der Auswahl der gemeinschaftsrechtskonformen Lösung geht der VwGH davon aus, dass sowohl die Anrechnungs- als auch die Befreiungsmethode den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechen.⁵³⁾ Der VwGH verweist dabei auf die Rechtsprechung des EuGH, der in der Rs. *Test Claimants in the FII Group Litigation*⁵⁴⁾ festgestellt hat, dass es sich bei der Anrechnungs- und bei der Befreiungsmethode um gleichwertige Verfahren zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung handelt.⁵⁵⁾ Diese Auffassung hat der EuGH jüngst mittels Beschlusses⁵⁶⁾ in der Rs. *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*⁵⁷⁾ bestätigt. Voraussetzung für die Gleichwertigkeit der Anrechnungsmethode und der Befreiungsmethode ist nach der Rechtsprechung des EuGH erstens, dass der Steuersatz für Dividenden aus ausländischen Quellen nicht höher ist als der Steuersatz für Dividenden aus inländischen Quellen.⁵⁸⁾ Zweitens muss eine Steuergutschrift in Höhe des im Mitgliedstaat der ausschüttenden Gesellschaft gezahlten Betrags, begrenzt mit der im Mitgliedstaat der Empfängergesellschaft festgesetzten Steuer, gewährt werden.⁵⁹⁾

Die erste Voraussetzung des Vorliegens eines gleichen Steuersatzes für in- und ausländische Dividenden bezieht sich nicht auf den nominellen Steuersatz auf Ebene der Dividendenempfängerin, sondern auf die Gesamtbelastung der Ausschüttung.⁶⁰⁾ Eine Be-

⁴⁹⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁵⁰⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁵¹⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁵²⁾ Vgl. Lang in *Holoubek/Lang*, Verfassungsgerichtliches Verfahren, 108.

⁵³⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁵⁴⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Slg. 2006, I-11753.

⁵⁵⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 57; dazu *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2007) 986 ff.; *Haslinger*, SWI 2007, 180 ff.; *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 228 ff.; *Kühbacher*, Der Methodenwechsel des § 10 Abs. 4 KStG im Licht des Gemeinschaftsrechts, ÖStZ 2008, 92 (94 f.).

⁵⁶⁾ Nach Art. 104 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung kann der EuGH durch Beschluss entscheiden, wenn über eine vorgelegte Frage bereits entschieden wurde oder die Antwort klar aus der Rechtsprechung abgeleitet werden kann. Vgl. EuGH 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, noch nicht in der Sammlung, Rn. 34.

⁵⁷⁾ Vgl. EuGH 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn. 43.

⁵⁸⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 57; 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn. 43.

⁵⁹⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 57; 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn. 43.

⁶⁰⁾ Vgl. *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen, 989.

zugnahme auf den nominellen Steuersatz auf Ebene der empfangenden Gesellschaft kann ausgeschlossen werden, da dieser für Dividenden aus inländischen Quellen aufgrund von § 10 Abs. 1 KStG de facto 0 % beträgt, während Dividenden aus ausländischen Quellen grundsätzlich mit 25 % Körperschaftsteuer belastet werden.⁶¹⁾ Aufgrund dieser unterschiedlichen nominellen Steuersätze für in- und ausländische Dividenden kann es für die Bestimmung der Gleichwertigkeit nur auf die Gesamtbelastung der Dividendenausschüttung ankommen.⁶²⁾ Als Vergleichsmaßstab für die Besteuerung einer ausländischen Dividende dient die Steuerbelastung einer Dividende, die anfallen würde, wenn sich die ausschüttende Tochtergesellschaft im Inland befände. In Fällen, in denen aufgrund von Entlastungen auf Ebene der Inlandstochter die tatsächliche Steuerbelastung unter 25 % liegt,⁶³⁾ würde es sonst bei der Anwendung der Anrechnungsmethode zu einer Schlechterstellung von Dividenden aus ausländischen Quellen kommen.⁶⁴⁾ Dass die tatsächliche Steuerbelastung in bestimmten Fällen niedriger als der Nominalsteuersatz sein kann, bestreitet auch die Regierung des Vereinigten Königreichs in der Rs. *Test Claimants in the FII Group Litigation* nicht.⁶⁵⁾ Der EuGH überlässt es in diesem Fall dem nationalen Gericht, zu prüfen, „ob die Steuersätze wirklich gleich sind und unterschiedliche Besteuerungsniveaus nur in bestimmten Fällen aufgrund der Änderung der Besteuerungsgrundlage infolge bestimmter ausnahmsweise gewährter Entlastungen vorkommen“.⁶⁶⁾ Es stellt sich daher die Frage, ob ein vom nominellen Satz abweichendes Besteuerungsniveau tatsächlich nur in Ausnahmefällen vorliegt und ob die Anwendung der Anrechnungsmethode den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts tatsächlich entspricht. Um diese Frage zu klären, hätte der VwGH u. E. ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten müssen.⁶⁷⁾ Jedenfalls scheint es gemeinschaftsrechtlich geboten, in jenen Fällen, in denen es zu Diskriminierungen aufgrund einer niedrigeren tatsächlichen Steuerbelastung in Österreich kommt, die inländische Steuer auf Dividenden aus ausländischen Quellen mit jenem Betrag zu beschränken, den ein Steuerpflichtiger auf vergleichbare Erträge aus inländischen Quellen zahlen würde. Die Sicherstellung der gemeinschaftsrechtskonformen Anwendung der Anrechnungsmethode erfordert demnach einen Belastungsvergleich im Einzelfall. Eine generelle Besteuerung ausländischer Portfoliodividenden mit 25 % KöSt unter Anrechnung der ausländischen Steuern entspricht u. E. nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Zum zweiten erfordert die gemeinschaftsrechtskonforme Anwendung der Anrechnungsmethode, dass eine Steuergutschrift in Höhe des im Mitgliedstaat der ausschüttenden Gesellschaft gezahlten Betrags, begrenzt mit der im Mitgliedstaat der Empfänger-Gesellschaft festgesetzten Steuer, gewährt werden muss.⁶⁸⁾ Es stellt sich daher die Frage, welche ausländischen Steuern angerechnet werden müssen. Unbestritten ist, dass die aus-

⁶¹⁾ Vgl. *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen, 988 f.

⁶²⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 54 ff.; so auch *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen, 989; *Haslinger*, SWI 2007, 184.

⁶³⁾ Als Vergleichsmaßstab dient die tatsächliche Steuerbelastung der Bruttodividende in Prozent. Eine im Vergleich zum nominalen Steuersatz niedrigere tatsächliche Steuerbelastung kann sich einerseits aufgrund einer persönlichen Befreiung bestimmter Körperschaften (z. B. nach § 5 Z 6 KStG) oder aufgrund anderer sachlicher Befreiungen oder Begünstigungen (z. B. aufgrund von § 4 Abs. 4 Z 4 EStG) ergeben. Vgl. auch *Massoner*, *ecolex* 2008, 574.

⁶⁴⁾ Vgl. auch *Haslinger*, SWI 2007, 185; *Kühbacher*, *ÖStZ* 2008, 94 f. A. A. *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 228, FN 105, der davon ausgeht, dass die Voraussetzung des Vorliegens eines gleichen Steuersatzes in Österreich kein Problem darstellt.

⁶⁵⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 55.

⁶⁶⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 56. In Großbritannien gibt es dazu noch keine Entscheidung des zuständigen nationalen Gerichts.

⁶⁷⁾ Dem UFS steht im fortgesetzten Verfahren trotz der Bindungswirkung nach § 63 Abs. 1 VwGG die Möglichkeit offen, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten. Vgl. *Zorn*, Rechtswirkungen des verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses, in *Holoubek/Lang* (Hrsg.), *Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen* (1999) 253 (276 ff.).

⁶⁸⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 57; 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn. 43.

Credit Method and Taxation of Portfolio Dividends

ländische Körperschaftsteuer angerechnet werden muss.⁶⁹⁾ In den Rs. *Test Claimants in the FII Group Litigation* und *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* ergab sich bereits aus dem nationalen Recht neben der Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuer auch eine Anrechnung der Quellensteuer.⁷⁰⁾ Auch unter den vom EuGH verwendeten Terminus „gezahlter Betrag“ können sowohl die Körperschaftsteuer als auch die Quellensteuer subsumiert werden. Ob daraus eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anrechnung der ausländischen Quellensteuer abgeleitet werden kann, bleibt offen und ist in der Literatur umstritten.⁷¹⁾ Auch der VwGH scheint sich nicht festzulegen und verweist in seinem Erkenntnis nur auf die Anrechnung der „ausländischen Steuern“, ohne näher zu präzisieren, welche Steuern umfasst sein sollen.⁷²⁾ Innerhalb der Gemeinschaft wird sich eine Verpflichtung zur Anrechnung der Quellensteuern in der Regel ohnehin aus den Doppelbesteuerungsabkommen ergeben.⁷³⁾

V. Portfoliodividenden aus Drittstaaten

Der VwGH kommt zu dem Ergebnis, dass die Besteuerung von Dividenden aus Portfolio-beteiligungen auch gegenüber Drittstaaten eine nach Art. 56 EG verbotene Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellt.⁷⁴⁾ Während diese Beschränkung in Bezug auf Beteiligungserträge aus anderen Mitgliedstaaten nach Ansicht des VwGH nicht rechtfertigbar ist, muss dies für Beteiligungserträge aus Drittstaaten im Lichte der Rs. *Skatteverket gegen A*⁷⁵⁾ noch im fortzusetzenden Verfahren durch die belangte Behörde überprüft werden.⁷⁶⁾

In der Rs. *Skatteverket gegen A* stand eine schwedische Regelung auf dem gemeinschaftsrechtlichen Prüfstand, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Steuerbefreiung für Dividendenausschüttungen in Form von Aktien einer Tochtergesellschaft vorsieht.⁷⁷⁾ Die Befreiung ist nur anwendbar, wenn die Dividende von einer in Schweden oder in einem anderen Mitgliedstaat des EWR niedergelassenen Aktiengesellschaft ausgeschüttet wird.⁷⁸⁾ Bei Ausschüttung aus einer Gesellschaft in einem Drittland wird die Befreiung unter der Voraussetzung gewährt, dass mit dem jeweiligen Staat ein Abkommen besteht, welches den Austausch von Informationen vorsieht.⁷⁹⁾ Im konkreten Sachverhalt wurde die Befreiung für eine Dividendenausschüttung einer schweizerischen Gesellschaft nicht gewährt, da das DBA Schweiz – Schweden keine ausdrückliche Bestimmung über den Austausch von Informationen enthält. Der EuGH hatte daher darüber zu entscheiden, ob diese zusätzliche Voraussetzung im Verhältnis zu Drittstaaten mit den Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr vereinbar ist.⁸⁰⁾ Der EuGH bestätigt zunächst

⁶⁹⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Tenor des Urteils; Zorn, SWK-Heft 16/2008, S 473; Laudacher, SWI 2008, 264; Zorn, RdW 2008, 425.

⁷⁰⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 16 f.; 23. 4. 2008, Rs. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn. 7 f.

⁷¹⁾ Für eine Anrechnung der Quellensteuer: Marschner, Rechtsprechung des EuGH zu „Inbound“- und „Outbound“-Dividenden und seine Auswirkungen auf Österreich, FJ 2007, 86 (89); Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 229; Zorn, SWK-Heft 16/2008, S 473. Gegen eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anrechnung der Quellensteuer: Kühbacher, ÖStZ 2008, 95; Petrag, RWZ 2008, 164; Kühbacher, ÖStZ 2008, 310 ff.

⁷²⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁷³⁾ Österreich hat mit allen EU-Mitgliedstaaten ein DBA abgeschlossen.

⁷⁴⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁷⁵⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht.

⁷⁶⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁷⁷⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 4; Zu den Voraussetzungen gehören beispielsweise, dass die Ausschüttung proportional zu den im Besitz des Steuerpflichtigen befindlichen Aktien der Muttergesellschaft erfolgt und dass die Aktien der ausschüttenden Gesellschaft an der Börse notieren.

⁷⁸⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 6.

⁷⁹⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 6.

⁸⁰⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 17.

die unmittelbare Wirkung des Art. 56 EG auch gegenüber Drittstaaten⁸¹⁾ und führt aus, dass der Begriff des freien Kapitalverkehrs im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten in gleicher Weise auszulegen ist.⁸²⁾ Daher stellt die in Rede stehende schwedische Regelung eine verbotene Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten dar.⁸³⁾ Auf Rechtfertigungsebene stellte der EuGH aber klar, dass die Rechtsprechung zum Kapitalverkehr innerhalb der Gemeinschaft nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern übertragen werden kann.⁸⁴⁾ Innerhalb der Gemeinschaft hat der EuGH den Rechtfertigungsgrund, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle zu gewährleisten, meist aufgrund des Bestehens der Amtshilferichtlinie⁸⁵⁾ als unverhältnismäßig abgewiesen.⁸⁶⁾ Da sich die Beziehungen mit Drittstaaten aber in einen anderen rechtlichen Rahmen einfügen, kann die Notwendigkeit, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle zu gewährleisten, im Verhältnis zu Drittstaaten durchaus einen – den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entsprechenden – Rechtfertigungsgrund darstellen.⁸⁷⁾ Es ist daher im konkreten Fall gerechtfertigt, die Dividendenbefreiung zu versagen, wenn es sich aufgrund des Fehlens vertraglicher Verpflichtungen zum Informationsaustausch als unmöglich erweist, die notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung der Befreiung nachzuprüfen.⁸⁸⁾ Im Ergebnis überlässt der EuGH dem nationalen Gericht die Beurteilung, ob die schwedische Steuerverwaltung tatsächlich, auch unter Berücksichtigung der Vereinbarungen im Protokoll zum DBA Schweiz – Schweden, nicht in der Lage ist, die Voraussetzungen zu überprüfen.⁸⁹⁾

Fraglich ist, inwieweit die Aussagen des EuGH in der Rs. *Skatteverket gegen A* zur Rechtfertigung der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Besteuerung ausländischer Dividenden aus Portfoliobeteiligungen gegenüber Drittstaaten beitragen können. Im Unterschied zur Ausgangssituation in der Rs. *Skatteverket gegen A* erfordert § 10 Abs. 2 KStG für die Anwendung der Befreiung nicht die Erfüllung einer zusätzlichen Voraussetzung für Drittstaatsdividenden (z. B. Bestehen eines Abkommens, das den Austausch von Informationen vorsieht); vielmehr wird, ohne zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten zu unterscheiden, auf das Vorliegen einer Beteiligung von mindestens 10 % (vormals 25 %) und einer Behaltdauer von mindestens einem Jahr (vormals zwei Jahren) an vergleichbaren ausländischen Gesellschaften abgestellt. Für die Befreiung von Dividenden aus Beteiligungen im Ausmaß von mehr als 10 % (vormals 25 %) ist ein Informationsaustausch zur Gewährleistung der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle von vornherein nicht notwendig. Das Fehlen eines solchen kann daher nicht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Unseres Erachtens bestehen in Hinblick auf Drittstaaten im Lichte der Rs. *Skatteverket gegen A* wohl keine zusätzlichen Gründe, die eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs rechtfertigen könnten.⁹⁰⁾ Das nationale Recht, das im Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht steht, wird auch in Hinblick

⁸¹⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 26 f.

⁸²⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 31.

⁸³⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 43.

⁸⁴⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 60; so auch bereits *Rust*, National Report Germany, in *Lang/Aigner/Scheuerle/Stefaner* (Hrsg.), CFC Legislation – Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law (2004) 255 (277 f.); *Plansky*, The impact of the fundamental freedoms on tax treaties with third countries, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), Tax Treaty Law and EC Law (2007) 293 (299); *Pistone*, General Report, in *Lang/Pistone* (Hrsg.), The EU and Third Countries: Direct Taxation (2007) 15 (25 ff.).

⁸⁵⁾ Richtlinie 77/799/EWG, zuletzt geändert durch Richtlinie 2004/106/EG.

⁸⁶⁾ Vgl. in diesem Sinne stellvertretend EuGH 28. 10. 1999, Rs. C-55/98, *Vestergaard*, Slg. 1999, I-7641, Rn. 26; 26. 6. 2003, Rs. C-442/01, *Skandia und Ramstedt*, Slg. 2003, I-6817, Rn. 42; 14. 9. 2006, Rs. C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Slg. 2006, I-8203, Rn. 50; 22. 3. 2007, Rs. C-383/05, *Talotta*, Slg. 2007, I-2555, Rn. 36.

⁸⁷⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 60.

⁸⁸⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 63.

⁸⁹⁾ Vgl. EuGH 18. 12. 2007, Rs. C-101/05, *Skatteverket gegen A*, Rn. 64 ff.

⁹⁰⁾ A. A. offenbar *Petrag*, RWZ 2008, 164.

Credit Method and Taxation of Portfolio Dividends

auf Drittstaaten verdrängt. Die durch den VwGH ausgewählte gemeinschaftskonforme Lösung müsste daher auch für Drittstaatsdividenden zur Anwendung kommen.

Davon unabhängig könnte die Frage gestellt werden, ob unter Umständen die Anwendung der Anrechnungsmethode die Möglichkeit eines Informationsaustauschs voraussetzt. Diese zusätzliche Voraussetzung für die Durchführung der Anrechnung ist jedoch weder aus dem Erkenntnis des VwGH herauszulesen, noch ergibt sie sich aus der Regelung des § 10 Abs. 4 KStG, auf die der VwGH in seinem Erkenntnis verweist. Voraussetzung für die Durchführung der Anrechnung nach § 10 Abs. 4 KStG ist nur der Nachweis der ausländischen Steuer durch den Steuerpflichtigen, beispielsweise mittels Abgabenbescheids oder Abrechnungsbescheinigung der ausländischen Steuerbehörde.⁹¹⁾ Das Vorliegen eines Abkommens, das einen Informationsaustausch vorsieht, ist nicht Voraussetzung für die Anrechnung der ausländischen Steuer. Das Fehlen der Möglichkeit des Informationsaustauschs kann daher wohl auch gegenüber Drittstaaten nicht als Rechtfertigungsgrund dienen.⁹²⁾

Da der VwGH in Hinblick auf mögliche Rechtfertigungsgründe mit Drittstaaten nur auf die Rs. *Skatteverket gegen A* verweist, scheint er nicht davon auszugehen, dass auch andere Rechtfertigungsgründe als die Gewährleistung der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle zum Tragen kommen könnten.⁹³⁾ Die Rechtsprechung des EuGH zu Rechtfertigungsgründen bei Drittstaaten steht erst am Beginn ihrer Entwicklung, und viele Fragen sind noch offen.⁹⁴⁾ Falls die zuständige Behörde daher im vorliegenden Sachverhalt zusätzliche Rechtfertigungsgründe ins Spiel bringen möchte, wäre eine Vorlage an den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens wünschenswert.

VI. Reaktion des BMF

Mit der Veröffentlichung einer Information zu § 10 Abs. 2 KStG hat das BMF bereits auf das Erkenntnis des VwGH vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, reagiert.⁹⁵⁾ In seiner Information unterscheidet das BMF zwischen Beteiligungen an Körperschaften, die in der EU ansässig sind, und Beteiligungen an Körperschaften, die in Drittstaaten ansässig sind.

Demnach ist bei Dividenden aus Portfoliobeteiligungen an Gesellschaften, die ihren Sitz in der EU oder in Norwegen (EWR-Staat mit umfassender Amts- und Vollstreckungshilfe) haben, nach Ansicht des BMF die Anrechnung der anteiligen ausländischen Körperschaftsteuer gemeinschaftsrechtlich geboten. Entsprechend dem jeweiligen DBA muss zusätzlich eine im Ausland tatsächlich einbehaltene Quellensteuer angerechnet werden. Dem oben dargestellten Erfordernis, dass die Steuer auf ausländische Dividenden nicht höher sein darf als die Steuer auf inländische Dividenden, trägt das BMF demnach nicht Rechnung. Wenn die tatsächliche Steuerbelastung der ausschüttenden Gesellschaft im Inland, wie oben dargestellt, unter 25 % liegt, würden ausländische Dividenden gegenüber inländischen Dividenden benachteiligt. In diesen Fällen entspricht die vom BMF vorgesehene Anrechnungsmethode u. E. nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Für Dividenden aus Beteiligungen an Körperschaften, die in Drittstaaten ansässig sind, geht das BMF davon aus, dass eine Anrechnung aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen unter keinen Umständen geboten ist und die Steuer unverändert erhoben werden kann. Die Ansicht des BMF ist daher restriktiver als die Vorgabe des VwGH, der wohl nur unter der Voraussetzung, dass Rechtfertigungsgründe im Verhältnis zu Drittstaaten vorliegen,

⁹¹⁾ Vgl. KStR 2001, Rz. 593; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG⁵, § 10 Rz. 118.2; *Staringer*, Die Anrechnung nach § 10 Abs. 3 KStG und das Abkommensrecht, in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen und EU-Recht (1996) 263 (277).

⁹²⁾ So auch *Stefaner*, Ges 2008, 167; a. A. offenbar *Petrag*, RWZ 2008, 164.

⁹³⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁹⁴⁾ Vgl. z. B. *Pistone* in *Lang/Pistone*, EU and Third Countries, 25 ff.

⁹⁵⁾ Vgl. BMF-Info vom 13. 6. 2008, BMF-010216/0090-VI/6/2008.

von einer uneingeschränkten Besteuerung ausgehen würde. Wie oben dargestellt, ergeben sich u. E. zumindest aus der Rs. *Skatteverket gegen A* wohl keine zusätzlichen Rechtfertigungsgründe für die Diskriminierung von Drittstaatsdividenden. Offen bleibt aber, ob die belangte Behörde noch andere Rechtfertigungsgründe in Betracht ziehen wird.

- VII. Fazit** Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, entschieden, dass die Besteuerung von Dividenden aus ausländischen Portfoliobeteiligungen nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist. Diese Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit kann bei Dividenden aus anderen Mitgliedstaaten nach Ansicht des VwGH nicht gerechtfertigt werden. Auch in Bezug auf Drittstaatsdividenden ergeben sich u. E. keine zusätzlichen Rechtfertigungsgründe. Bemerkenswert ist, dass der VwGH die gemeinschaftsrechtskonforme Ausweitung der internationalen Schachtelbefreiung auf Portfoliodividenden durch den UFS verwirft und durch jene gemeinschaftsrechtskonforme Lösung ersetzt, die seines Erachtens den geringsten Eingriff in das nationale Recht bewirkt. Die Begründung des VwGH für die Wahl des geringsten Eingriffs in das nationale Recht vermag nicht vollständig zu überzeugen, und es erscheint durchaus fraglich, ob die Lösung des VwGH tatsächlich den geringsten Eingriff in das nationale Recht darstellt. Im Ergebnis fordert der VwGH die Besteuerung der Portfoliodividenden unter Anrechnung der ausländischen Steuern, ohne diese Vorgaben näher auszuführen. Es bleibt offen, welche ausländischen Steuern auf welche inländische Steuerbelastung auf welche Art und Weise anzurechnen sind. Gerade vor dem Hintergrund, dass dem konkreten Sachverhalt über einen Investmentfonds bezogene ausländische Portfoliodividenden zugrunde liegen, erscheint die Anwendung der gemeinschaftsrechtskonformen Anrechnung nicht praktikabel.

Holdingsgesellschaften auf Barbados

(BMF) – Gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. a DBA Barbados ist die Kapitalertragsteuer für Gewinnausschüttungen der österreichischen Tochtergesellschaft einer auf Barbados errichteten Muttergesellschaft auf 5 % zu ermäßigen, wenn die barbadische Gesellschaft der „Nutzungsberechtigte“ der Gewinnausschüttung ist; dies ist der Fall, wenn die Einkünfte nach österreichischem Recht dieser barbadischen Gesellschaft steuerlich zuzurechnen sind; denn die Einkünftezurechnung erfolgt nach Maßgabe der Regelungen des nationalen Steuerrechts, sie ist grundsätzlich nicht Gegenstand der DBA (BFH 4. 4. 2007, I R 110/05).

Nach der Rechtsprechung des VwGH sind Einkünfte nicht einer zwischengeschalteten Gesellschaft, die keine sinnvollen Funktionen erfüllt, sondern den tatsächlichen Trägern der Erwerbstätigkeit zuzurechnen (VwGH 10. 12. 1997, 93/13/0185). Es ist daher auch zulässig, bei einer ausländischen Holdingsgesellschaft mit Domizilcharakter, deren Funktion ausschließlich im Halten einer Beteiligung an einer österreichischen Gesellschaft besteht, zu prüfen, wer wirtschaftlich hinter dieser Gesellschaft steht; fehlende Mitwirkung bei der Aufklärung dieser Frage ist demnach ein Rechtfertigungsgrund für die Abweisung eines Antrags der Holdingsgesellschaft auf Rückerstattung der österreichischen KEST (VwGH 26. 7. 2000, 97/14/0070). Aus diesem Grund sieht daher auch die DBA-Entlastungsverordnung, BGBl. III Nr. 92/2005, bei ausländischen Holdingsgesellschaften die Verpflichtung vor, die KEST-Entlastung im Rückerstattungsweg herbeizuführen.

Besteht in diesem Rückerstattungsverfahren für die österreichische Abgabenbehörde die Vermutung, dass mithilfe der barbadischen Holdingsgesellschaft *österreichische Steuern* umgangen werden sollen, ist damit zu rechnen, dass die wirtschaftlich hinter der barbadischen Gesellschaft Stehenden bekanntgegeben werden müssen; denn im Fall einer Umgehung österreichischer Steuern besteht der Verdacht des Vorliegens von Rechtsmissbrauch. (EAS 2996 v. 25. 8. 2008)