

Do Credit and Exemption Method Lead to an Equal Result?

Christian Massoner / Birgit Stürzlinger*)

Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht: (An-)Rechnung ohne den Wirt?

DO CREDIT AND EXEMPTION METHOD FOR RELIEF FROM ECONOMIC DOUBLE TAXATION LEAD TO AN EQUAL RESULT FROM A COMMUNITY LAW PERSPECTIVE?

In its decision of April 17th, 2008, the Austrian Supreme Administrative Court held that the taxation of foreign portfolio dividends received by corporations constitutes a breach of the free movement of capital. However, the court stated that EC law does not require the exemption of foreign portfolio dividends. Instead, the credit method leads to equal results from a community law perspective. The ruling is based on the fundamental assumption that the application of the credit and the application of the exemption method lead to equal results for relieving economic double taxation. Christian Massoner and Birgit Stürzlinger question this assumption by referring to the follow-up decision in the *FII Group Litigation* case of the British High Court of Justice.

I. Einleitung

In seiner aufsehenerregenden Entscheidung vom 17. 4. 2008, 2008/15/0064, erklärte der VwGH die Besteuerung von ausländischen Portfoliodividenden für gemeinschaftsrechtswidrig.¹⁾ Der Gerichtshof vertritt darin insbesondere unter Hinweis auf das Urteil des EuGH in der Rs. *FII Group Litigation*²⁾ die Ansicht, dass aus einem gemeinschaftsrecht-

*) Mag. Christian Massoner und Mag. Birgit Stürzlinger sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien. Die Autoren danken Univ.-Prof. Dr. Claus Staringer und Dr. Katharina Haslinger für die kritische Diskussion des Manuskripts und wertvolle Anregungen.

¹⁾ Dazu 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, Internationale Schachtelbeteiligung verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, RWZ 2008, 163 (163 ff.); Marschner, EuGH in Columbus und Sammelverfahren CFC and Dividend sowie VwGH zu § 10 Abs 2 KStG: der ungebremste Siegeszug der Anrechnungsmethode, FJ 2008, 260 (260 ff.); Massoner, Anrechnungsmethode bei ausländischen Dividendeneinkünften aus Minderheitsbeteiligungen „dank“ normerhaltender Reduktion, eolex 2008, 573 (573 f.); Kühbacher, Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung bei ausländischen Portfoliobeteiligungen im KStG, ÖStZ 2008, 308 (308 ff.); Stefaner, Internationale Schachteldividenden – Beseitigung der Diskriminierung?, GeS 2008, 164 (164 ff.); Massoner/Stürzlinger, Anrechnungsmethode als geringster und gemeinschaftsrechtskonformer Eingriff in die Besteuerung von Portfoliodividenden, SWI 2008, 400 (400 ff.); Schuster, Zur internationalen Schachtelbeteiligung – anhaltende Ungleichbehandlung? SWK-Heft 26/2008, 699 (699 ff.); Wimpissinger, Austrian Taxation of Dividends, Tax Notes International 2008, 1039 (1039 ff.); Kirchmayr/Achatz, UFS legt dem EuGH doch vor: Zur Frage der diskriminierenden Besteuerung ausländischer Dividenden im KStG, taxlex 2008, 441 (441 f.); Pfister, Ausschüttungen aus nicht unter § 10 Abs. 2 KStG fallenden ausländischen Beteiligungen, taxlex 2008, 452 (452 ff.); Laudacher, Auslandsdividenden und Anrechnungsmethode, SWK-Heft 29/2008, 780 (780 ff.); Marschner, Internationale Schachtel – Anrechnungs- oder Befreiungsmethode – die Story geht weiter, FJ 2008, 440 (440 ff.); Precht, Steuerpflicht von Portfoliodividenden erneut auf dem Prüfstand! SWI 2008, 497 (497 ff.); Kirchmayr/Kofler, Highlights aus dem Workshop „Internationales Steuerrecht“, RdW 2008, 676 (676 ff.); Bieber/Haslehner/Kofler/Schindler, Taxation of Cross-Border Portfolio Dividends in Austria: The Austrian Supreme Administrative Court Interprets EC Law, European Taxation 2008, 583 (583 ff.); K. Haslinger in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), KStG. Kommentar (2009) § 10 Rz. 114 ff.; Zorn, Ausländische Portfoliodividenden und § 10 KStG, RdW 2009, 171 (171 ff.); Lang, Die Verdrängung nationalen Rechts durch Gemeinschaftsrecht: In dubio pro fisco? SWI 2009, 216 (216 ff.).

²⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-466/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Slg. 2006, I-11753.

Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode?

lichen Blickwinkel Anrechnungs- und Befreiungsmethode für die Entlastung von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bei Dividenden zu gleichwertigen Ergebnissen führen. Obwohl Dividenden aus inländischen Quellen generell steuerfrei gestellt werden, ist daher „aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts (...) einerlei, ob in Bezug auf die ausländische Dividende eine Steuerbefreiung oder eine Steueranrechnung gewährt wird.“³⁾ Dieser Auffassung schließen sich offenbar auch das BMF und der Gesetzgeber an.⁴⁾ Gegen diese These sprechen jedoch gewichtige gemeinschaftsrechtliche Argumente. Ob Anrechnungs- und Befreiungsmethode aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht tatsächlich gleichwertig sind, ist sowohl in den laufenden Verfahren in den Rs. *Haribo* und *Österreichische Salinen* als auch für die gemeinschaftsrechtskonforme Neufassung des § 10 KStG von zentraler Bedeutung.

Die vorliegende Untersuchung soll daher der Frage nachgehen, ob und unter welchen Voraussetzungen die beiden Methoden tatsächlich gleichwertig sind. Dazu soll zunächst in Abschnitt II auf die österreichische Rechtslage und das Erkenntnis des VwGH eingegangen werden. Abschnitt III hat das Urteil des EuGH in der Rs. *FII Group Litigation* als Entscheidungsgrundlage des VwGH sowie das kürzlich dazu ergangene Folgeurteil in Großbritannien zum Gegenstand. Abschnitt IV zieht einen Vergleich mit der Rechtsprechung des VwGH und unternimmt einen Versuch, die Überlegungen des britischen Gerichts auf die österreichische Rechtslage zu übertragen. Dieser Abschnitt ist der zentralen Frage gewidmet, unter welchen Voraussetzungen die Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode i. S. d. Judikatur des EuGH vorliegt. Abschnitt V enthält eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Untersuchung.

II. Die Entscheidung des VwGH vom 17. 4. 2008

Die geltende Fassung des § 10 KStG sieht für inländische Dividenden generell die Befreiungsmethode vor, während ausländische Dividenden aus einer mindestens ein Jahr gehaltenen Beteiligung im Ausmaß von zumindest 10 % bezogen werden müssen, um in den Genuss der Befreiungsmethode zu gelangen. Diese im Vergleich zu inländischen Beteiligungen erhöhten Anforderungen an ausländische Beteiligungen werden in der Literatur schon seit Längerem als Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen.⁵⁾ Auch die Rechtsprechung griff die Kritik an § 10 KStG auf. Im Jahr 2005 dehnte der UFS das internationale Schachtelprivileg auf alle ausländischen Dividenden unabhängig vom Beteiligungsmaß aus.⁶⁾ Der VwGH teilte in seinem Erkenntnis vom 17. 4. 2008 die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen § 10 KStG, kam jedoch zu einer anderen Lösung: Da „nur jene von mehreren gemeinschaftsrechtskonformen Lösungen zur Anwendung gelangen darf, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt“ und (jedenfalls bei Dividenden aus anderen Mitgliedstaaten der EU) die Anrechnung der ausländischen Steuern auf die inländische Steuer ausreicht, um einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand herzustellen, ist auf ausländische Portfoliodividenden die Anrechnungsmethode anzuwenden.⁷⁾ Die Gleichwertigkeit von Anrech-

³⁾ VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

⁴⁾ Vgl. BMF-Info vom 13. 6. 2008, BMF-010216/0090-VI/6/2008, und ErlRV 113 BlgNR 24. GP, 69 f.

⁵⁾ 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.); *Toiff*, Besteuerung ausländischer Dividendeneinkünfte und Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2002, 458 (466); *Blasina*, Internationales Schachtelprivileg, SWI 2003, 14 (14 ff.); *Staringer*, Beteiligungserträge im Körperschaftsteuerrecht, in *Bertl et al.* (Hrsg.), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 163 (163 ff.); *K. 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).

⁶⁾ Vgl. UFS 13. 1. 2005, RV/0279-L/04, zu § 10 KStG i. d. F. BGBl. Nr. 797/1996.

⁷⁾ Vgl. oben FN 1.

Do Credit and Exemption Method Lead to an Equal Result?

nungs- und Befreiungsmethode bildet die zentrale Prämisse für die Entscheidung des VwGH.⁸⁾

Dieser Ansicht hat sich auch das BMF angeschlossen und geht in einer Information zu § 10 Abs. 2 KStG davon aus, dass bei Dividenden aus Portfoliobeteiligungen an Gesellschaften, die ihren Sitz in der EU oder in EWR-Staaten mit umfassender Amts- und Vollstreckungshilfe (Norwegen) haben, die Anrechnung der anteiligen ausländischen Körperschaftsteuer gemeinschaftsrechtlich geboten ist.⁹⁾ Durch die Regierungsvorlage zum Abgabenänderungsgesetz 2009 wird die Problematik wesentlich entschärft, da nun auch Portfoliodividenden aus Beteiligungen an EU-Gesellschaften oder Körperschaften aus einem EWR-Staat mit umfassender Amts- und Vollstreckungshilfe von der Körperschaftsteuer befreit sein sollen.¹⁰⁾ Dennoch scheint auch der Gesetzgeber von der Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode auszugehen, da abweichend von der Befreiung für solche Dividenden die Anrechnungsmethode gelten soll, wenn die ausländische Gesellschaft keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer oder einer um 10 Prozentpunkte niedrigeren als der österreichischen Körperschaftsteuer unterliegt oder Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung ist.¹¹⁾ Inländische Portfoliodividenden sind weiterhin von der Körperschaftsteuer befreit. Zusätzlich bleibt § 10 Abs. 4 KStG weiter bestehen, der im Wesentlichen bei niedrig besteuerten, passiven Einkünften im Ausland für Dividenden aus internationalen Schachtelbeteiligungen einen Wechsel von der Befreiungs- zur Anrechnungsmethode vorsieht.

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Besteuerung von Portfoliodividenden ist noch nicht an ihrem Ende angelangt. Der UFS Linz hat nach der Entscheidung des VwGH vom 17. 4. 2008 zwei Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet.¹²⁾ Darin wird insbesondere hinsichtlich der Nachweisschwierigkeiten für den Steuerpflichtigen die Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode in Frage gestellt. Im Folgenden soll die grundsätzlichere Frage untersucht werden, ob Anrechnungs- und Befreiungsmethode in Hinblick auf die konkrete Steuerbelastung zu gleichwertigen Ergebnissen führen.

III. Britischer High Court of Justice lehnt Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode ab

Das Urteil des EuGH in der Rs. *FII Group Litigation* bildet die zentrale Basis für die Feststellung der Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode durch den VwGH.¹³⁾ Am 27. 11. 2008 erging die Folgeentscheidung des britischen High Court of Justice in der Rs. *FII Group Litigation*.¹⁴⁾ In diesem Verfahren hatte der EuGH unter anderem die Frage zu beantworten, ob ein System, das für inländische Dividendeneinkünfte bei Körperschaften die Befreiungsmethode vorsieht, während für ausländische Dividendeneinkünfte die Anrechnungsmethode zur Anwendung kommt, mit dem Gemeinschafts-

⁸⁾ Vgl. *Zorn*, RdW 2009, 175.

⁹⁾ Zusätzlich erfolgt dem jeweiligen DBA entsprechend eine Anrechnung der im Ausland einbehaltenen Quellensteuer. Vgl. BMF-Info vom 13. 6. 2008, BMF-010216/0090-VI/6/2008.

¹⁰⁾ Vgl. RV 113 BlgNR 24. GP, 38 ff.; Volltext in *Lindeonline* → <http://www.lindeonline.at>

¹¹⁾ Vgl. ERLRV 113 BlgNR 24. GP, 69 f.; Volltext in *Lindeonline* → <http://www.lindeonline.at>

¹²⁾ Vorlageersuchen des UFS vom 29. 9. 2008 zu RV/0611-L/05 und RV/0493-L/08, derzeit beim EuGH anhängig als Rs. C-436/08, *Haribo*, und Rs. C-437/08, *Österreichische Salinen*; dazu bereits etwa *Kirchmayr/Achatz*, taxlex 2008, 441; *Laudacher*, SWK-Heft 29/2008, S 780 ff.; *Marschner*, FJ 2008, 440 ff.; *Prechtl*, SWI 2008, 497 ff.; *Rehm/Nagler*, Die EuGH-Rechtssachen C-436/08 *Haribo* und C-437/08 *Österreichische Salinen* – Beschlüsse des Unabhängigen Finanzsenats Linz vom 29. 9. 2008, RV/0611-L/05 und RV/0493-L/08, IStR 2009, 129 (129 ff.).

¹³⁾ VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

¹⁴⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation* [2008] EWHC 2893 (Ch). Vgl. dazu *Shiers/Bridges*, Test Claimants in the FII GLO, The Tax Journal 2008, 6 (6 ff.) (http://www.mcgrigors.com/pdfdocs/961_TJ_Bridges_TaxCase.pdf [7. 4. 2009]); *Whitehead*, Parental Problems, Taxation 2008, 627 (627 ff.) (http://www.dorsey.com/parental_whitehead/ [7. 4. 2009]).

Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode?

recht vereinbar ist.¹⁵⁾ Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass ein Anrechnungssystem für ausländische Dividenden unter zwei Bedingungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist:¹⁶⁾ Erstens darf der Steuersatz für Dividenden aus ausländischen Quellen nicht höher sein als derjenige für Dividenden aus inländischen Quellen. Zweitens muss die Steuergutschrift zumindest genauso hoch sein wie der im Mitgliedstaat der ausschüttenden Gesellschaft gezahlte Betrag, bis zur Höhe der im Mitgliedstaat der Empfängergesellschaft festgesetzten Steuer. Der EuGH hält in seinem Urteil fest, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, zu prüfen, ob die Steuersätze für in- und ausländische Dividenden wirklich gleich sind und unterschiedliche Besteuerungsniveaus nur in Ausnahmefällen vorkommen.¹⁷⁾ Das britische Gericht prüfte daher in seiner Entscheidung, ob die Steuersätze für in- und ausländische Dividenden in Großbritannien wirklich gleich sind.¹⁸⁾

In seiner Entscheidung analysiert das britische Gericht zunächst die Schlussanträge des Generalanwalts *Geelhoed* in der Rs. *FII Group Litigation* und fasst zusammen, dass die Anwendung der Anrechnungsmethode zur Entlastung von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung bei Dividendenausschüttungen aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich kein Problem darstellt.¹⁹⁾ Ob die Anwendung unterschiedlicher Methoden – Befreiungsmethode für nationale Dividenden und Anrechnungsmethode für ausländische Dividenden – mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hängt davon ab, ob die unterschiedlichen Methoden im Ergebnis dazu führen, dass ausländische Dividenden schlechter behandelt werden als nationale Dividenden.²⁰⁾ Eine unterschiedliche Behandlung ergibt sich nach Auffassung des Klägers in Fällen, in denen eine inländische Tochtergesellschaft aufgrund von Steuerbefreiungen und anderen Vergünstigungen weniger Körperschaftsteuer zahlt als den vorgesehenen Körperschaftsteuersatz. Während der Vorteil einer effektiv niedrigeren Besteuerung bei Anwendung der Befreiungsmethode an die Muttergesellschaft weitergegeben würde, führe die Anrechnungsmethode stets dazu, dass die Steuer bis auf den auf die Ausschüttung anzuwendenden Körperschaftsteuersatz hochgeschleust wird.²¹⁾ Der Generalanwalt schließt aus diesem Vorbringen, dass in Fällen einer effektiv niedrigeren Steuerbelastung davon ausgegangen werden könne, dass Großbritannien auf Dividenden aus inländischen Quellen einen anderen (niedrigeren) Steuersatz anwende als auf Dividenden aus ausländischen Quellen.²²⁾

Zur Veranschaulichung der Schlussfolgerungen des Generalanwalts erläutert das britische Gericht ein Beispiel:²³⁾ Angenommen, der buchmäßige Gewinn einer Gesellschaft vor Steuern beträgt 100 Pfund, und der nominelle Steuersatz in Großbritannien beträgt 30 %. Auf den ersten Blick sind daher Steuern in Höhe von 30 Pfund zu bezahlen. Es kann aber sein, dass die Gesellschaft aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe oder aufgrund von Verlustvorträgen ihre Steuerbemessungsgrundlage auf 50 Pfund reduzieren kann und daher Steuern in Höhe von 15 Pfund zahlt. Für Zwecke des Beispiels sei angenommen, dass der Steuersatz im Ausland ebenfalls 30 % beträgt. Weiter sei angenommen, dass eine britische Muttergesellschaft eine Tochtergesellschaft in Großbritannien und eine Tochtergesellschaft im Ausland hat. Beide Tochtergesellschaften erwirtschaften Gewinne in Höhe von 100 Pfund und zahlen Körperschaftsteuer

¹⁵⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 33 ff.

¹⁶⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 57 und 73.

¹⁷⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 56.

¹⁸⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 39.

¹⁹⁾ Vgl. Schlussanträge GA *Geelhoed* vom 6. 4. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 43 f.; High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 45.

²⁰⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 45.

²¹⁾ Vgl. Schlussanträge GA *Geelhoed* vom 6. 4. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 49; High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 46.

²²⁾ Vgl. Schlussanträge GA *Geelhoed* vom 6. 4. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 50; High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 46.

²³⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 48 f.

Do Credit and Exemption Method Lead to an Equal Result?

in Höhe von 15 Pfund. Schüttet die britische Tochtergesellschaft eine Dividende aus, wird diese auf Ebene der Muttergesellschaft befreit, und es bleibt daher bei der niedrigeren Gesamtsteuerbelastung von 15 Pfund. Erhält die Muttergesellschaft hingegen eine Dividende von ihrer ausländischen Tochtergesellschaft, kommt grundsätzlich der Steuersatz in Höhe von 30 % auf die Dividende zur Anwendung, und es erfolgt eine Anrechnung der im Ausland bezahlten Steuer. Die Gesamtsteuerbelastung beträgt daher 30 Pfund und ist damit doppelt so hoch wie im Fall der britischen Tochtergesellschaft. Einzuräumen ist, dass der Steuersatz auf Ebene der Muttergesellschaft nicht immer 30 % betragen muss, da auch die Mutter eine niedrigere effektive Steuerbelastung haben kann.²⁴⁾ Dies ändert aber nach Ansicht des britischen Gerichts nichts an dem entscheidenden Argument, dass es bei Anwendung der Anrechnungsmethode im Unterschied zur Befreiungsmethode keine Möglichkeit gibt, von einer niedrigeren effektiven Steuerbelastung auf Ebene der Tochtergesellschaft zu profitieren.²⁵⁾

Im nächsten Schritt beschäftigt sich der High Court of Justice mit den Aussagen des EuGH zu dieser Frage. Auch der EuGH erwähnt das von den Klägern vorgebrachte Problem der unterschiedlichen effektiven Steuerlast auf Ebene der Tochtergesellschaft.²⁶⁾ Der EuGH beschäftigt sich aber nicht ausführlich mit dem Argument, sondern verweist auf den Einwand der britischen Regierung, dass unterschiedliche Besteuerungsniveaus in Großbritannien nur in besonderen Ausnahmefällen zur Anwendung kämen.²⁷⁾ Dabei handelt es sich nach Ansicht des High Court of Justice um ein Missverständnis, da sich der vom EuGH zitierte Einwand der britischen Regierung auf unterschiedliche nominelle Steuersätze bezieht.²⁸⁾ Demnach beschäftigte sich die britische Regierung in ihren schriftlichen Ausführungen gar nicht mit dem Unterschied zwischen effektiver Steuerbelastung und nominellem Steuersatz.²⁹⁾ Nach Auffassung des britischen Gerichts liegt die tatsächliche Steuerlast offensichtlich nicht nur ausnahmsweise unter dem nominellen Steuersatz, da steuerliche Regelungen wie Gruppenbesteuerung und Verlustvortrag im britischen Körperschaftsteuerrecht alltäglich sind.³⁰⁾ Nach Auffassung des High Court of Justice hätte der EuGH im Wissen, dass unterschiedliche Besteuerungsniveaus nicht nur in besonderen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, dem Generalanwalt zugestimmt und wäre auch zu dem Ergebnis gekommen, dass die Anwendung der Anrechnungsmethode nur für ausländische Dividenden nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.³¹⁾

Der High Court of Justice folgert, dass der EuGH dem nationalen Gericht für die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit der Anrechnungsmethode bei ausländischen Dividenden folgende Fragen zur Beantwortung überlässt: Einerseits, ob die (nominellen) Steuersätze für nationale und ausländische Dividenden tatsächlich gleich sind, und andererseits, ob unterschiedliche (effektive) Steuerbelastungen nur in einzelnen Ausnahmefällen auftreten. Ausgehend von diesen Fragen kommt das britische Gericht hinsichtlich der ersten Frage zum Ergebnis, dass die (nominellen) Steuersätze tatsächlich gleich sind. Bei der zweiten Frage wird unter Verweis auf die Finanzverwaltung und eine von den Klägern vorgelegte Untersuchung festgestellt, dass die tatsächliche Steuerbelastung bei der Mehrheit der inländischen Gesellschaften niedriger ist als der anzuwendende (nominelle) Steuersatz. Die wichtigsten Gründe für die niedrigere effektive

²⁴⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 51.

²⁵⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 49 und 51. Diese Ungleichbehandlung kann nicht auf eine Disparität der Steuersysteme der Mitgliedstaaten zurückgeführt werden, da sie – wie im genannten Beispiel – gerade bei identen Steuersystemen offensichtlich wird. Vgl. auch *Bieber/Haslehner/Kofler/Schindler*, *European Taxation* 2008, 587.

²⁶⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 54.

²⁷⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 55.

²⁸⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 59.

²⁹⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 59.

³⁰⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 61.

³¹⁾ Vgl. High Court of Justice, Chancery Division, vom 27. 11. 2008, *FII Group Litigation*, Rn. 62.

Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode?

Belastung sind das Gruppenbesteuerungssystem, Verlustvorträge und Sonderabschreibungen. Der High Court of Justice kommt schließlich zum Ergebnis, dass das britische Anrechnungssystem für ausländische Dividenden nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar war.

IV. Übertragung der Überlegungen auf Österreich

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das Urteil des EuGH in der Rs. *FII Group Litigation* in der britischen und der österreichischen Rechtsprechung unterschiedlich interpretiert wird. Während der VwGH offenbar aus den Ausführungen des EuGH die Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode ableitet, sofern der nominelle Steuersatz für Dividenden aus ausländischen Quellen nicht höher ist als für gleichartige inländische Dividenden,³²⁾ sieht dies der britische High Court of Justice differenzierter: Bei der Überprüfung der Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode ist sowohl auf die nominellen Steuersätze als auch auf die effektive Steuerbelastung abzustellen.³³⁾ Auch wenn der britische High Court of Justice noch nicht das letzte Wort in der Rs. *FII Group Litigation* gesprochen haben dürfte,³⁴⁾ machen die unterschiedlichen Antworten auf dieselbe Frage in der britischen und der österreichischen Rechtsprechung den Klärungsbedarf hinsichtlich der Ausführungen des EuGH zur Gleichwertigkeit der beiden Methoden in der Rs. *FII Group Litigation* deutlich.

Ausgehend von der korrekten Interpretation des EuGH-Urteils durch das britische Gericht kann für Österreich festgehalten werden, dass wie auch in Großbritannien die Gleichheit der nominellen Steuersätze für in- und ausländische Dividenden gegeben ist. In Hinblick auf die effektive Belastung sind aber wohl auch in Österreich Fälle denkbar, in denen beispielsweise aufgrund eines Verlustvortrags, der Bildung einer Gruppe gemäß § 9 KStG oder anderer Entlastungen³⁵⁾ auf Ebene der ausschüttenden Tochtergesellschaft die effektive Steuerbelastung einer Ausschüttung unter dem nominellen Steuersatz liegt. Ist die effektive Steuerbelastung inländischer Dividenden nicht nur in Einzelfällen niedriger als der nominelle Steuersatz, führt dies zu einer Schlechterbehandlung grenzüberschreitender Dividendenflüsse. Aufgrund dieser Schlechterbehandlung kann aus den Argumenten des britischen Gerichts gefolgert werden, dass ein auf ausländische Dividenden beschränktes Anrechnungssystem nicht generell mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.³⁶⁾

Sollen inländische Dividenden weiterhin freigestellt bleiben, während für bestimmte ausländische Dividenden ein Anrechnungssystem gilt,³⁷⁾ muss dieses Anrechnungssystem gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet werden. Eine den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechende Anrechnungsmethode würde die Überprüfung der Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode anhand eines Belastungsvergleichs im Einzelfall erfordern.³⁸⁾ In Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Ent-

³²⁾ Vgl. VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064; Zorn, RdW 2009, 175; so auch bereits Zorn, EG-Grundfreiheiten und dritte Länder, in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr*, FS Nolz, 228, FN 105.

³³⁾ Vgl. Abschnitt III; a. A. in Hinblick auf die Meinung des britischen Gerichts offenbar Zorn, RdW 2009, FN 49.

³⁴⁾ Vgl. *Shiers/Bridges*, The Tax Journal 2008, 8; *Whitehead*, Taxation 2008, 629.

³⁵⁾ Z. B. die Möglichkeit der Inanspruchnahme der vorzeitigen Absetzung für Abnutzung i. S. d. § 7a EStG oder des Forschungsfreibetrags i. S. d. § 4 Abs. 4 Z 4 EStG (kritisch dazu Zorn, RdW 2009, 176, da Forschungstätigkeiten bei Oasengesellschaften kein Massenphänomen seien).

³⁶⁾ Vgl. Abschnitt III. Inwieweit auch in Österreich die effektive Steuerbelastung nicht nur in Einzelfällen unter dem nominellen Steuersatz liegt, müsste wohl im Wege einer empirischen Untersuchung festgestellt werden.

³⁷⁾ So sieht z. B. die Regierungsvorlage zum Abgabenänderungsgesetz 2009 ein Anrechnungssystem vor, das nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommt.

³⁸⁾ Vgl. *Massoner/Stürzlinger*, SWI 2008, 406 ff.; *Bieber/Haslehner/Kofler/Schindler*, European Taxation 2008, 587; K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 115.

Do Credit and Exemption Method Lead to an Equal Result?

lastung gibt es zwei Lösungsansätze: Nach der einen Auffassung ist die Besteuerung einer ausländischen Dividende zum nominellen Steuersatz mit der Körperschaftsteuervorbelastung einer fiktiven inländischen Tochtergesellschaft zu vergleichen, deren Dividenden bei der Mutter gemäß § 10 Abs. 1 KStG steuerfrei wären.³⁹⁾ In Fällen, in denen beispielsweise aufgrund eines Verlustvortrags oder anderer Entlastungen auf Ebene der fiktiven inländischen Tochter die effektive Steuerbelastung unter dem nominellen Steuersatz liegt, könnte die Besteuerung der Dividende mit dem nominellen Steuersatz unter Anrechnung der ausländischen Steuern zu einer Schlechterstellung von Dividenden aus ausländischen Quellen führen.⁴⁰⁾ In derartigen Fällen erscheint es daher gemeinschaftsrechtlich geboten, die inländische Steuer auf Dividenden aus ausländischen Quellen mit jenem Betrag zu beschränken, mit dem ein Steuerpflichtiger bei vergleichbaren Erträgen aus inländischen Quellen effektiv belastet wäre.⁴¹⁾ Die andere Auffassung erachtet hingegen eine Beschränkung des inländischen Steuersatzes aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben nur dann als erforderlich, wenn im Ausland dieselben Begünstigungen wie im Inland zur Verfügung stehen würden.⁴²⁾ Nach dieser Auffassung erfordert eine gemeinschaftsrechtskonforme Anrechnung daher primär die Möglichkeit, auch bei der Anrechnungsmethode den Vorteil einer effektiv niedrigeren Steuerbelastung der ausländischen Tochtergesellschaft an die inländische Muttergesellschaft weiterzugeben, während nach der erstgenannten Auffassung der Fokus auf der Gleichheit der inländischen Steuerbelastung liegt. Die unterschiedlichen Lösungsansätze unterstreichen, dass es Schwierigkeiten bereitet, die Vorgaben des EuGH in der Rs. *FII Group Litigation* umzusetzen.

Die bisher diskutierten und vom britischen Gericht behandelten Fragen hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode hätten u. E. vom VwGH in seiner Entscheidung vom 17. 4. 2008 aufgegriffen werden müssen. Der EuGH überlässt es nicht umsonst dem nationalen Gericht, zu prüfen, ob die Steuersätze und die Steuerbelastung für in- und ausländische Dividenden wirklich gleich sind.⁴³⁾ Als Höchstgericht ist der VwGH gemäß Art. 234 EG bei Zweifel an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorlage an den EuGH verpflichtet. Wenn etwa unklar ist, ob das Gemeinschaftsrecht die Gleichheit der nominellen Steuersätze oder der effektiven Steuerbelastung erfordert, bedeutet dies eine Vorlageverpflichtung für den VwGH. Zweifel an dieser Frage bestanden schon aufgrund der Aussagen des EuGH im Urteil *FII Group Litigation*.⁴⁴⁾ Das britische Gericht griff diese Frage auf und beantwortete die Frage anders als der VwGH; dies macht u. E. die Zweifel an der Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich. Dazu kommen weitere gemeinschaftsrechtliche Fragen: Zum Beispiel, welche Steuern anzurechnen sind,⁴⁵⁾ ob ein Anrechnungsvortrag gewährt werden muss⁴⁶⁾ und ob eine mehrstufige Entlastung im Konzern geboten ist.⁴⁷⁾ Denn die methodisch fragwürdige geltungserhaltende Reduktion von § 10 KStG auf die Anrechnungsmethode für Portfoliodividenden⁴⁸⁾ macht

³⁹⁾ Vgl. *Massoner/Stürzlinger*, SWI 2008, 407; K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 115; so offenbar auch *Marschner*, FJ 2008, 261.

⁴⁰⁾ Vgl. *Massoner/Stürzlinger*, SWI 2008, 407; K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 115.

⁴¹⁾ Vgl. *Massoner/Stürzlinger*, SWI 2008, 407; so offenbar auch *Zorn*, RdW 2009, 175 f., der den (fiktiven) Forschungsfreibetrag im Wege einer simplen Rechenoperation zeigen und steuerfrei belassen würde.

⁴²⁾ Vgl. *Bieber/Haslehner/Kofler/Schindler*, *European Taxation* 2008, 587; *Kirchmayr/Kofler*, RdW 2008, 677.

⁴³⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 56.

⁴⁴⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 54 ff.

⁴⁵⁾ Zum Stand der Diskussion zusammenfassend K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 117.

⁴⁶⁾ Zum Stand der Diskussion zusammenfassend K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 120.

⁴⁷⁾ Zum Stand der Diskussion zusammenfassend K. *Haslinger* in *Lang/Schuch/Staringer*, KStG, § 10 Rz. 118.

⁴⁸⁾ Vgl. dazu insbesondere *Lang*, SWI 2009, 216 ff.

Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode?

es erforderlich, diese Fragen zu beantworten, um eine gemeinschaftsrechtskonforme Anrechnungsmethode anwenden zu können. Die Vorlage des UFS bestätigt endgültig, dass Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität der Anrechnungsmethode für Portfoliodividenden bestehen. Im Ergebnis hätte der VwGH u. E. nicht von *acte clair* ausgehen dürfen.

Die hier angestellten Überlegungen sollten auch bei der Neufassung des § 10 KStG berücksichtigt werden: Die in der Regierungsvorlage für die Fälle des § 10 Abs. 4 und Abs. 5 KStG vorgesehene Anrechnungsmethode führt bei einer niedrigeren effektiven Steuerbelastung inländischer Dividenden aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht zu einem mit der Befreiungsmethode gleichwertigen Ergebnis.⁴⁹⁾ Ausländische Dividenden werden somit aufgrund der generellen Belastung mit 25 % Körperschaftsteuer steuerlich benachteiligt. Eine mögliche Rechtfertigung der Diskriminierung durch das Ziel der Missbrauchsvermeidung wurde in Hinblick auf § 10 Abs. 4 KStG i. d. g. F. in der Literatur kritisch betrachtet.⁵⁰⁾ Bei der noch pauschaler formulierten Bestimmung des § 10 Abs. 5 KStG in der Regierungsvorlage zum Abgabenänderungsgesetz 2009 wird die durch die Anrechnungsmethode mögliche Diskriminierung daher noch weniger zu rechtfertigen sein.

V. Conclusio

Die Schaffung einer mit der Freistellung inländischer Portfoliodividenden tatsächlich gleichwertigen Anrechnungsmethode für ausländische Portfoliodividenden erweist sich als schwieriges Unterfangen. Ein Anrechnungssystem, das ausländische Dividenden generell mit dem nominellen Körperschaftsteuersatz unter Anrechnung der ausländischen Steuern belastet, kann den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen nicht genügen. Die effektive Gesamtbelastung vergleichbarer inländischer Erträge kann nämlich aufgrund von Regelungen wie z. B. Verlustvortrag oder Gruppenbesteuerung unter dem nominellen Steuersatz liegen. In solchen Fällen bewirkt der Hochschlebungseffekt der Anrechnungsmethode eine Diskriminierung von ausländischen Portfoliodividenden.

Auch der EuGH scheint in der Rs. *FII Group Litigation* in diese Richtung argumentiert zu haben. Er überlässt es dem nationalen Gericht, zu prüfen, „ob die Steuersätze wirklich gleich sind und unterschiedliche Besteuerungsniveaus nur in bestimmten Fällen aufgrund einer Änderung der Besteuerungsgrundlage infolge bestimmter ausnahmsweise gewährter Entlastungen vorkommen“.⁵¹⁾ Der VwGH hat offenbar die Entscheidung des EuGH lediglich auf die nominellen Steuersätze bezogen gesehen und daraus die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Anrechnungs- und Befreiungsmethode abgeleitet. Der britische High Court of Justice sieht dies differenzierter: Nur bei gleicher effektiver Gesamtbelastung kann von einer Gleichwertigkeit der beiden Methoden ausgegangen werden. Die Überlegungen des britischen Gerichts sollten u. E. auch in Österreich, sowohl in den Rs. C-436/08, *Haribo*, und C-437/08, *Österreichische Salinen*, als auch in Hinblick auf die Neufassung des § 10 KStG, berücksichtigt werden.

An dieser Stelle sei abschließend an die u. E. durchaus auf die vorliegende Diskussion übertragbaren Worte von Klaus Vogel zur Debatte Anrechnungs- versus Freistellungsmethode erinnert: „*Subtrahant alii, tu, felix Austria, libera!*“⁵²⁾ Oder auf Deutsch: Andere mögen anrechnen – du glückliches Österreich, bleib bei deiner bewährten, alten Befreiungsmethode!

⁴⁹⁾ Vgl. RV 113 BlgNR 24. GP, 38 ff.

⁵⁰⁾ Vgl. m. w. N. K. Haslinger in Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 10 Rz. 170.

⁵¹⁾ Vgl. EuGH 12. 12. 2006, Rs. C-446/04, *FII Group Litigation*, Rn. 56.

⁵²⁾ Vogel, Die Zukunft der deutschen Abkommenspolitik – Befreiungs- oder Anrechnungsmethode? in Gassner/Hemetsberger-Koller/Lang/Sasseville/Vogel (Hrsg.), Die Zukunft des Internationalen Steuerrechts (1999) 59 (70).