

Seit rund zwanzig Jahren prägt der Europäische Gerichtshof durch seine Auslegung des Gemeinschaftsrechts die europäische Steuerrechtswelt nachhaltig. Gemeinsam mit der Europäischen Kommission wird er auch in Zukunft eine zentrale Rolle bei der Ausgestaltung des europäischen Steuerrechts spielen. Welche Wirkung wird die steuerrechtliche Entwicklung in Europa auf die Schweiz haben, und mit welchen Chancen und Risiken müssen Schweizer Unternehmen rechnen?

ARMIN MARTI  
ROBERT P. DESAX

## EUROPÄISCHES STEUERRECHT

### Chancen und Hürden für Schweizer Unternehmen

#### 1. EINLEITUNG

Gegenwärtig die Frage zu stellen, ob europäische Steuerthemen überhaupt praktische Relevanz für die Schweiz haben können, mag als bloss rhetorische Frage erscheinen. Die Entwicklungen der letzten Wochen bzw. Monate haben deutlich vor Augen geführt, dass der Schweiz die steuerlichen Entwicklungen in ihrem nächsten Umfeld kaum gleichgültig sein können. In letzter Zeit standen zwar die Vorstösse der Europäischen Kommission im Vordergrund, welche hierzulande prominent Eingang in die breite politische Diskussion fanden. Demgegenüber erfreut sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) nur selten einer vergleichbaren Aufmerksamkeit. Gerade in Steuerfragen hat der EuGH aber durch seine Auslegung des Gemeinschaftsrechts seit über zwanzig Jahren die europäische Steuerrechtswelt nachhaltig geprägt. Gegenstand dieses Artikels ist es, nach einer kurzen Einführung darzulegen, wie die steuerrechtlichen Entwicklungen in Europa Wirkungen auf die Schweiz zeitigen und mit welchen Chancen und Risiken gerechnet werden darf bzw. muss. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Thematik würde den gesetzten Rahmen sprengen, weshalb hier die wesentlichsten Punkte skizziert werden, welche dem Schweizer Praktiker beim Kontakt mit europäischem Recht bewusst sein sollten. Die jüngste Auseinandersetzung zwischen der EU und der Schweiz bezüglich kantonaler Besteuerungsregime und angeblich «schädlicher» Steuerpraktiken (Stichwort Code of Conduct) wird bewusst ausgeblendet. Ebenso unterlassen wird eine Auseinandersetzung mit den zum Teil gegensätzlichen Positionen der EU-Mitgliedstaaten zur Frage der Har-

monisierung der Bemessungsgrundlage (*Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB*).

#### 2. DAS HERZSTÜCK: DIE GRUNDFREIHEITEN UND IHRE DURCHSETZUNG

Eines der Kernelemente des *Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)* sind die vier Grundfreiheiten, deren Einhaltung gemeinsam mit der Harmonisierung (Angleichung) von Rechtsvorschriften die Verwirklichung des Binnenmarktes überhaupt erst ermöglichen (Art. 14 Abs. 2; Art. 94 EGV) [1]. Die Grundfreiheiten schützen den freien Warenverkehr (Art. 23 ff. EGV), den freien Personenverkehr (Art. 39 ff. EGV), den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. EGV) sowie den freien Kapital- und Zahlungsverkehr (Art. 56 ff. EGV). Das bedeutet, dass Beschränkungen dieser Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten grundsätzlich unzulässig sind. Der EuGH hat denn in seiner Rechtsprechung bedeutende Entscheide getroffen, welche in Auslegung der Grundfreiheiten ergangen sind [2]. Insbesondere hat der Gerichtshof dabei klargestellt, unter welchen Voraussetzungen die Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten überhaupt beschränkt, d. h. deren Ausübung «behindert oder weniger attraktiv» gemacht werden dürfen [3]: Die fraglichen staatlichen Massnahmen dürfen nicht in diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung ebendieses Zieles erforderlich ist. Zusätzlich zu den Grundfreiheiten ist ferner das Diskriminie-



ARMIN MARTI, LIC. OEC. HSG,  
DIPL. STEUEREXPERTE,  
PARTNER, LEITER  
INTERNATIONAL TAX  
STRUCTURING SCHWEIZ,  
PRICEWATERHOUSE-  
COOPERS, ZÜRICH,  
ARMIN.MARTI@CH.PWC.  
COM



ROBERT P. DESAX,  
LIC. IUR., LL.M.  
(INTERNATIONAL TAX LAW,  
WIEN), RECHTSANWALT,  
CORPORATE TAX,  
PRICEWATERHOUSE-  
COOPERS, ZÜRICH,  
ROBERT.DESAX@  
CH.PWC.COM

rungsverbot von Art. 12 EGV zu beachten, welches den Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt, ihre eigenen Staatsangehörigen besserzustellen als Angehörige anderer Mitgliedstaaten.

Die zwei wichtigsten Verfahren, welche vor dem EuGH stattfinden, sind einerseits das *Vertragsverletzungsverfahren*, welches durch die Kommission gegen einen Mitgliedstaat angestrengt wird, sofern diese der Überzeugung ist, dass der Mitgliedstaat gegen seine Verpflichtungen aus dem EGV verstösst (etwa durch Erlass eines vertragswidrigen Gesetzes; Art. 226 ff. EGV) [4]. Andererseits kann der EuGH im *Vorabentscheidungsverfahren* von nationalen Gerichten um Beantwortung einer konkreten Rechtsfrage (der sogenannten Vorlagefrage) ersucht werden, welche im Zusammenhang mit der Auslegung des Gemeinschaftsrechts steht (Art. 234 EGV) [5]. Die Regel hierbei ist, dass untere Gerichte bei Unsicherheit den EuGH anrufen *dürfen*, während das jeweils höchste nationale Gericht dies bei Unsicherheit tun *must*. Die Parteien eines Streitfalles können eine solche Vorlage ihrem Gericht in aller Regel beantragen. Sofern das fragliche Gericht den EuGH anruft, wird das nationale Verfahren bis zum Urteil des EuGH ausgesetzt. Das Urteil des EuGH ist sodann für die staatlichen Gerichte, welche sich mit derselben Sache im Ausgangsstreitverfahren befassen, bindend [6].

Der Kommission fällt in der Europäischen Gemeinschaft die Rolle der Hüterin des Gemeinschaftsrechts zu (Art. 211 EGV) [7]. Ihr steht das Recht zu, Staaten zur Einhaltung des Gemeinschaftsrechts anzuhalten und im Verzugsfall zum Mittel der Vertragsverletzungsklage zu greifen (Art. 226 EGV). Ausserdem kommt ihr das wichtige Initiativrecht zu, d. h. das Recht, dem Rat Vorschläge zur Gesetzgebung zu unterbreiten. Der Rat kann in der Regel nur auf Vorschlag der Kommission tätig werden (vgl. etwa Art. 208 EGV) [8].

Durch die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts und durch die Erhebung von Vertragsverletzungsklagen treiben der EuGH und die Kommission somit die sogenannte «negative Integration» innerhalb der EG voran. Dieser Begriff bezeichnet in diesem Zusammenhang die Aufhebung von (staatlichen) Markthindernissen, durch welche die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten oder andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts (etwa die Bestimmungen über unzulässige staatliche Beihilfen) verletzen könnten. Im Gegensatz dazu wird unter «positiver Integration» der Erlass regulatorischer Massnahmen verstanden, mit welchen der Wirklichung des Binnenmarktes zum Durchbruch verholfen werden soll. Zu solchen Massnahmen zählen in erster Linie Richtlinien des Ministerrates, zu welchen in der Regel die Kommission den Anstoss gibt [9]. Die Europäische Kommission nimmt somit unter den europäischen Institutionen eine eigentliche Exekutivfunktion ein. Sie ist es auch, welche für die Aussenbeziehungen der Gemeinschaft zuständig ist. Sie führt mit Ermächtigung des Rates die Vertragsverhandlungen mit Drittstaaten (so etwa innerhalb der WTO; Art. 133 Abs. 3 und Art. 300 EGV). Die Vertragsschlusskompetenz kommt sodann grundsätzlich dem Rat zu (Art. 300 Abs. 2 EGV) [10]. In Steuerangelegenheiten ist für die Beschlussfassung gegenwärtig Einstimmigkeit des Rates erforderlich (Art. 93, 94 und 95 Abs. 2 EGV). Die Kommission ist jedoch

seit einigen Jahren bestrebt, eine Entwicklung hin zu qualifizierter Mehrheit anzutreiben [11]. Dies scheiterte bislang jedoch am Widerstand der Mitgliedstaaten, Abstriche an ihrer fiskalischen Souveränität hinzunehmen.

### 3. STEUERRECHT IN DER EG

**3.1 Tax-Policy-Initiativen der Europäischen Kommission.** Die Kommission verfolgt sehr aktiv das Ziel der Wirklichung des Binnenmarktes und nimmt gerade auch im Bereich der direkten Steuern ihr Vorschlagsrecht entsprechend wahr. So gehen vom Rat verabschiedete Erlasse wie die Mutter-Tochter-Richtlinie [12] im allgemeinen auf die Vorarbeit der Kommission zurück [13]. Ein wichtiges Projekt der Kommission ist es derzeit, die Bestrebungen zu einer Angleichung der Bemessungsgrundlage innerhalb der EU voranzutreiben (CCCTB). Erklärtes Ziel ist es hierbei, den Steuerwettbewerb auf die Steuersätze zu konzentrieren und durch eine Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlage insbesondere den Compliance-Aufwand für Unternehmen innerhalb Europas zu verringern [14]. Vor dem Hintergrund des Urteils in der Rechtssache «Marks & Spencer» [15] hat die Kommission die Mitgliedstaaten im Dezember zudem aufgefordert, zu prüfen, wie Unternehmen ihre Verluste, die sie in anderen Mitgliedstaaten erwirtschaften, ausgleichen können [16]. Ansonsten bestehe die Gefahr einer «Überbesteuerung». Längerfristig soll diese «Schiene» im Projekt CCCTB aufgehen [17].

Letztlich geht es der Kommission nebst einer Vereinfachung für Steuerpflichtige darum, dass «zum einen die Diskriminierung und Doppelbesteuerung von Einzelpersonen und Unternehmen beseitigt und zum anderen der Missbrauch von Steuervorschriften und die Erosion der Steuerbasis verhindert werden». Zu diesem Zweck ist gemäss Kommission «ein EU-weit koordiniertes Konzept für die Koordination einzelstaatlicher Regelungen zu direkten Steuern» vonnöten. Einziges taugliches Instrument sei in diesem Zusammenhang die gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage [18]. Offensichtlich soll dabei auch der Aufwand der Steuerbehörden reduziert werden, die «Aushöhlung der Besteuerungsgrundlage» zu bekämpfen.

### 3.2 Rechtsprechung des EuGH mit Drittstaatenrelevanz.

Solange der Bereich der direkten Steuern auf europäischer Ebene nicht harmonisiert ist, fällt dieser grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Gemäss der üblichen Formulierung des Gerichtshofes müssen die Mitgliedstaaten die ihnen verbliebenen Befugnisse jedoch unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben [19]. Seit den achtziger Jahren hat sich der EuGH mit wachsender Intensität des nationalen Steuerrechts der Mitgliedstaaten angenommen und dieses auf seine Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht hin geprüft. Wurden Steuerfragen zunächst vorwiegend unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit geprüft, so stiess 1994 mit Abschluss und Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages die vierte Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs als neuer Prüfstein des Primärrechts (d. h. auf gründungsvertraglicher Stufe) dazu. Insgesamt kann festgestellt werden, dass staatliche Massnahmen, welche vom Gericht als Beschränkungen der Grundfreiheiten auf dem Gebiete des Steuerrechts be-

trachtet wurden, von den Mitgliedstaaten häufig als «durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt» verteidigt wurden. Erfolgreiche und weniger erfolgreiche «Klassiker» unter den vorgebrachten Rechtfertigungsgründen des Allgemeininteresses sind hierbei die angebliche Verringerung der Steuereinnahmen [20], die Nichtharmonisierung der nationalen Steuergesetzgebungen [21], die Kohärenz des eigenen Steuersystems [22], die Vermeidung der Steuerfluchtgefahr und des Rechtsmissbrauchs [23], die Gefahr der doppelten Verlustberücksichtigung [24] sowie die Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten [25].

Bemerkenswert ist an der Kapitalverkehrsfreiheit, dass sie im Unterschied zu den anderen Grundfreiheiten explizit auch Geltung gegenüber Drittstaaten beansprucht, also auch gegenüber Staaten, welche durch das Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung des EuGH selber nicht gebunden sind («Erga Omnes»-Wirkung) [26]. Das bedeutet für Angehörige von Drittstaaten, deren Kapital Bezug zum Binnenmarkt hat, dass die Kapitalverkehrsfreiheit ihnen im besten Fall die Möglichkeit der Partizipation an der Rechtsprechung des EuGH eröffnet. Das würde dazu führen, dass staatliche Einschränkungen des Kapitalverkehrs auch gegenüber diesen nichteuropäischen Unternehmen nur dann zulässig wären, wenn sie das übliche Prüfschema des EuGH erfolgreich bestehen (keine Diskriminierung, genügende Rechtfertigung, Erfordernis der Verhältnismässigkeit). Es ist leicht einsehbar, dass ein solcher Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit die Wettbewerbsfähigkeit von nichteuropäischen Unternehmen im EU-Raum erheblich verbessern würde, zumal kein Reziprozitätserfordernis deren Herkunftsstaaten dazu verpflichten würde, den europäischen Unternehmen vergleichbare Vorteile einzuräumen.

Die Tragweite und die Eigenständigkeit der Kapitalverkehrsfreiheit und die Frage, inwiefern bei Drittstaaten-Sachverhalten der gleiche Massstab anzulegen ist, ist innerhalb

der europäischen Rechtslehre höchst umstritten [27]. Der Gerichtshof scheint bei der Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten jedoch grundsätzlich zurückhaltend zu sein. In seiner jüngeren Entscheidung in der Rechtssache «*Fidium Finanz*», die keine steuerrechtlichen Fragen aufwarf, verweigerte der EuGH etwa einem in Deutschland tätigen Schweizer Kreditinstitut den Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit [28]. Begründet wurde dies damit, dass die konkrete Tätigkeit des Schweizer Unternehmens per se grundsätzlich der Dienstleistungsfreiheit unterstehen würde. Die Kapitalverkehrsfreiheit hätte aber dahinter zurückzutreten, da deren Verletzung nur eine «zwangsläufige Folge» der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sei. Da die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs jedoch nur Angehörigen des Binnenmarktes zustehe, könne sich das Schweizer Unternehmen nicht darauf berufen. Eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit wurde sodann wegen deren blosser «Zweitrangigkeit» gar nicht erst geprüft. Ein ähnlicher Begründungsstrang fand sich auch bereits in «*Cadbury Schweppes*». In jenem Fall wurde die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit lediglich als eine «unvermeidliche Konsequenz» einer Verletzung der Niederlassungsfreiheit betrachtet. Somit erfolgte auch in jenem Verfahren keine eigenständige Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit [29].

Es finden sich auch weitere steuerrechtliche Fälle mit Drittstaatenbezug, welche gerade auch für die Schweiz von Interesse sind. In der berühmten Rechtssache «*St. Gobain*» entschied der EuGH etwa unter anderem, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung ihrer Doppelbesteuerungsabkommen auch gegenüber Drittstaaten ihre Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag beachten müssen und namentlich das Gebot der Inländergleichbehandlung einzuhalten haben [30]. Der EuGH lehnte es aber ab, im Abkommensnetz der Mitgliedstaaten die Anwendung einer aus dem internationalen Handelsrecht gut bekannten [31] «Meistbegünstigungsklausel» gegenüber Angehörigen von Mitgliedstaaten zu verlan-

gen [32]. Dies hätte dazu geführt, dass Ansässige eines Mitgliedstaates, welche in einem anderen Mitgliedstaat aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens beschränkt steuerpflichtig sind, sich auf die günstigere steuerliche Behandlung berufen könnten, welche der andere Mitgliedstaat Ansässigen eines dritten Mitgliedstaates aufgrund des anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens gewährt [33]. Der EuGH hat sodann kürzlich eine britische Sammelklage (Group Litigation Orders, GLO) beurteilt, wobei es auch um Drittstaaten ging [34]. Dabei wurden diverse Punkte behandelt, die mit dem britischen Anrechnungssystem zu tun haben. In bezug auf Dividenden die aus dem Ausland ins Vereinigte Königreich ausbezahlt werden, wandte der EuGH sowohl die Niederlassungs- als auch die Kapitalverkehrsfreiheit an: Sofern wie im Vereinigten Königreich Regeln bestehen, welche die wirtschaftliche Doppelbelastung von Dividenden vermeiden oder abschwächen sollen, welche zwischen ansässigen Gesellschaften bezahlt werden, dann müssen diese (oder gleichwertige) Regeln auch auf alle Dividendenzahlungen Anwendung finden, die von nichtansässigen an ansässige Gesellschaften ausbezahlt werden.

Fraglich sind derweil die Konsequenzen des Entscheides in der Rechtssache «*Denkavit*» [35] auf Drittstaatenkonstellationen. Der Fall betraf die Erhebung von Quellensteuern auf Dividendenzahlungen von Frankreich in die Niederlande. Gestützt auf das anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen wurden Dividenden, welche eine französische Tochtergesellschaft an eine in den Niederlanden ansässige Muttergesellschaft ausbezahlte, mit einer höheren Quellensteuer (5%) belastet, als Dividenden, welche von einer französischen Tochter- an eine französische Muttergesellschaft ausgeschüttet würden (im allgemeinen keine Quellensteuer). In Anwendung der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH diese ungleiche Behandlung für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt. Der EuGH entschied, dass Quellensteuern auf Outbound-Zahlungen von Dividenden grundsätzlich nicht höher sein dürfen als solche auf internen Dividendenausschüttungen. Dabei war unwesentlich, dass diese Quellensteuern wie in casu auf einem Doppelbesteuerungsabkommen fussten. Damit hat das Gericht einen weiteren Schritt hin zu einer Heranführung der Doppelbesteuerungsabkommen der Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht vorgenommen. Ähnlich gelagert waren auch die nichtsteuerlichen «*Open-Skies*»-Urteile [36], wo Klauseln aus völkerrechtlichen Abkommen der Mitgliedstaaten auf ihre Konformität mit dem Gemeinschaftsrecht, namentlich dem Diskriminierungsverbot, hin geprüft wurden. Im Unterschied zu *Denkavit* betrafen diese Fälle aber Abkommen mit den Vereinigten Staaten als einem Drittstaat. Inwiefern die Erkenntnisse aus *Denkavit* auf Portfoliobeteiligungen und damit auf die Kapitalverkehrsfreiheit übertragen werden können, wird die zukünftige Rechtsprechung weisen. Die Kommission hat jedenfalls im Januar 2007 angekündigt, Belgien, Spanien, Italien, die Niederlande und Portugal wegen diskriminierender Behandlung von Dividendenzahlungen ins Ausland vor dem EuGH zu verklagen und Lettland zur Einstellung einer solchen Behandlung aufzufordern [37]. Dabei geht es laut Kommissionsmitteilung um Dividenden, die in andere Mitgliedstaaten,

aber auch in jene EWR/EFTA-Länder ausgeschüttet werden, die «eine angemessene Unterstützung (z. B. Informationsaustausch) bereitstellen» [38]. Damit wird die Anwendung des *Denkavit*-Entscheides von der Kommission «einseitig» über die Grenzen der EU hinaus ausgedehnt. Dieses Vorgehen findet aber seine Begründung grundsätzlich im EWR-Vertrag. Darin verpflichteten sich die EFTA-Länder, den «*Acquis communautaire*» (d. h. den Besitzstand des Gemeinschaftsrechts [39]) zu übernehmen. Damit soll im gesamten EWR-Raum für eine möglichst einheitliche Rechtsanwendung gesorgt werden, welche gerade auch die Rechtsprechung des EuGH und die Anwendung der Grundfreiheiten umfasst [40]. Die Kommission ist auf Seite der Gemeinschaft für die Einhaltung des EWR-Abkommens zuständig (Art. 106 und 109 EWR-Vertrag).

«*Lasertec*» ist ein weiterer interessanter Fall mit Drittstaatenbezug, welcher gegenwärtig vor dem EuGH anhängig ist. Im *Lasertec*-Fall wird der EuGH zu entscheiden haben, ob die deutschen Gesellschafter-Fremdfinanzierungs- und Unterkapitalisierungsregeln (in ihrer alten, im Streitjahr 1995 bestehenden Fassung) im Verhältnis zur Schweiz angewandt werden durften [41]. Diese Regeln wurden zwar bereits im Entscheid «*Lankhorst-Hohorst*» als gemeinschaftsrechtswidrig betrachtet, da sie die Niederlassungsfreiheit verletzten [42]. Im Verhältnis zur Schweiz sind diese Regeln nun aber einzig unter dem Blickwinkel der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen. Fraglich wird zunächst sein, ob diese deutschen Bestimmungen bereits am 31. Dezember 1993 i. S. v. Art. 57 Abs. 1 EGV «bestanden» bzw. ob sie durch diese sog. «Stillstandsklausel» gedeckt sind: In einem solchen Fall unterstünden die fraglichen Vorschriften in ihrer Anwendung gegenüber Drittstaaten nicht der Kapitalverkehrsfreiheit. Diese Frage wurde denn in der deutschen Lehre kontrovers diskutiert [43]. Im günstigsten Fall darf die Hoffnung geäußert werden, dass der EuGH diese Regeln auf ihre Vereinbarkeit mit der Kapitalverkehrsfreiheit prüfen wird. Das vorliegende Gericht äusserte in seinem Vorlagebeschluss jedenfalls die Ansicht, dass, sofern die Stillhalteklausele nicht anwendbar sein sollte, in casu eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit sehr nahe liege und eine Rechtfertigung nicht ersichtlich sei [44].

Mit Spannung erwartet wird ferner der Fall «*Holböck*» [45], der inhaltlich weitgehende Parallelen zum Fall «*Lenz*» aufweist [46]. Inhaltlich ging es in *Lenz* um (unterdessen modifizierte) Bestimmungen des österreichischen Einkommenssteuergesetzes, welche bei inländischen Steuerpflichtigen Kapitalerträge günstiger (im sog. Halbsatzverfahren) besteuerten, sofern die Erträge von inländischen Schuldern stammten. Bei ausländischen Kapitalerträgen wurde hingegen der übliche, im allgemeinen höhere Steuersatz angewendet. Der EuGH entschied, dass diese Ungleichbehandlung eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellte. Eine Verletzung der Niederlassungsfreiheit wurde dabei nicht geprüft. Bei *Holböck* wird der EuGH eine vergleichbar gelagerte Konstellation gegenüber der Schweiz zu prüfen haben [47]. Auch in diesem Fall stellt sich jedoch zunächst die Frage nach der Stillstandsklausel von Art. 57 Abs. 1 EGV. Diese Klausel erlaubt es gegenüber Drittstaaten, Beschränkungen im Zusammenhang mit Direktinvestitionen aufrechtzuerhalten,

sofern die entsprechenden Bestimmungen am 31. Dezember 1993 bereits bestanden. Das vorliegende Gericht ging davon aus, dass letztere Voraussetzung an sich erfüllt sei. Für die Anwendbarkeit der Stillstandsklausel ist aber ausserdem der Begriff der «Direktinvestition» zu klären. Fraglich wird in

tionen aus Drittstaaten diskriminierte [51]. Der EuGH wird aus diesen Gründen den Begriff der Direktinvestition klären müssen bzw. zu erläutern haben, wie weit die Stillstandsklausel auszulegen ist. Soweit die Anwendbarkeit von Art. 57 Abs. 1 EGV verneint werden sollte, wäre sodann auch die Drittstaatenproblematik spezifisch zu klären.

*«Sowohl der EuGH als auch die Kommission sind somit in ihrem jeweiligen Bereich bestrebt, eine Angleichung der nationalen Steuersysteme zu erreichen.»*

casu sein, ob eine Dividende, welche aus einer Zwei-Drittel-Beteiligung stammte, als Kapitalverkehr im Zusammenhang mit einer Direktinvestition im Sinne von Art. 57 Abs. 1 EGV anzusehen ist. Nach der Kapitalverkehrsrichtlinie [48] ist eine Direktinvestition dann anzunehmen, wenn die Beteiligung dem Anteilshaber «die Möglichkeit gibt, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen». Zwar kann die Richtlinie als Sekundärrecht nicht die Auslegung von Primärrecht vorschreiben [49]. Sie behält aber ihren Hinweischarakter [50]. Sollte der EuGH vorliegend eine Direktinvestition annehmen, wäre es auch interessant, die Abgrenzung zwischen einer Direktinvestition im Sinne der Kapitalverkehrsfreiheit und der Gründung einer Gesellschaft nach Art. 43 Abs. 1 EGV (Niederlassungsfreiheit) zu klären. In der österreichischen Lehre wird zudem zu Bedenken gegeben, dass das angefochtene Halbsteuersatzverfahren völlig unabhängig von der Höhe der Beteiligung Anwendung fand und demnach auch Portfolioinvesti-

#### 4. FAZIT

Inwieweit die Kapitalverkehrsfreiheit als «Einfallstor» für Angehörige von Drittstaaten dienen mag, kann beim gegenwärtigen Stand noch nicht schlüssig beantwortet werden. Es darf jedoch davon ausgegangen werden, dass dieser Punkt einerseits in Zukunft Anlass für eine reichhaltige Auseinandersetzung innerhalb der Lehre [52] und vor dem EuGH sein wird, dass er andererseits aber auch geeignet sein dürfte, für fiskalischen Zündstoff zu sorgen: Für eine Ausdehnung von Grundfreiheiten über die Grenzen des Binnenmarktes hinaus scheinen die politischen Zeichen derzeit nicht besonders günstig zu stehen. Bei einer weitgehenden Beschränkung des Kapitalverkehrs im Aussenverhältnis müsste sich die EU zwar wohl den Vorwurf gefallen lassen, sie neige zu fiskalischem Protektionismus. Dieses Argument wird im Lichte der gegenwärtigen politischen Grosswetterlage jedoch kaum sehr durchschlagend sein. Innerhalb der EU laufen derweil zusätzlich zur Rechtsprechung des EuGH Bestrebungen, weitere Teile des Steuerrechtes positivrechtlich zu regeln. Sowohl der EuGH als auch die Kommission sind somit in ihrem jeweiligen Bereich bestrebt, eine Angleichung der nationalen Steuersysteme zu erreichen. Damit ist auch gesagt, dass der steuerrechtliche Integrationsprozess innerhalb der EU noch keineswegs beendet ist. Drittstaaten wie die Schweiz dürfen gespannt sein, was bei dieser Entwicklungen für sie «noch drin» sein wird. ■

**Anmerkungen:** 1) Der Begriff des «Binnenmarktes» (Internal Market) ist hierbei weitgehend als jener des «Gemeinsamen Marktes» (Common Market) und umfasst insbesondere den Abbau von Personen- und Warenkontrollen und steuerlicher Schranken. Vgl. etwa Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 14 Rn. 6 ff. m. w. H. auf abweichende Lehrmeinungen. 2) Vgl. etwa für die Warenverkehrsfreiheit: EuGH 11. Juli 1974, *Procureur du Roi v Benoît & Gustav Dassonville*, Rechtssache 8/74, Slg. 1974, 837; EuGH 20. Februar 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis-de-Dijon)*, Rechtssache 120/78, Slg. 1979, 649; EuGH 24. November 1993, *Procédure pénale contre Bernard Keck et Daniel Mithouard*, verb. Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, Slg. 1994, I-6097; für die Personenverkehrsfreiheit: EuGH 15. Dezember 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman* («Bosman-Urteil»), Rechtssache C-415/93, Slg. 1995, I-4921; für die Dienstleistungsfreiheit: EuGH 30. November 1995, *Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Rechtssache C-55/94, Slg. 1995, I-4165. 3) EuGH, *Gebhard*, C-55/94, Rn. 37. 4) Auch Mitgliedstaaten sind zur Anstrengung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen andere Mitgliedstaaten berechtigt, Art. 227 EGV. 5) Zum Gemeinschaftsrecht gehören insbesondere

auch die völkerrechtlichen Abkommen der Europäischen Gemeinschaft. Diese bilden integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung. Vgl. Wegener in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 234, Rn. 6. 6) «Inter partes»-Wirkung; vgl. Wegener in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 234, Rn. 32; EuGH 24. Juni 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH gegen Hauptzollamt Saarbrücken*, Rechtssache 29/68, Slg. 1969, 165, Rn. 3. 7) Ruffert in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 211, Rn. 2. 8) *Wichard* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 208, Rn. 2. 9) *Dazu Scharpf*, *Regieren in Europa*, effektiv und demokratisch?, Frankfurt a. M. 1999, 47 ff.; *Ders.*, *Balancing Positive and Negative Integration; The Regulatory Options for Europe*, MPIFG Working Paper 97/8, November 1997. 10) Vgl. *Schmalenbach* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 300, Rn. 38 ff. 11) Vgl. Stellungnahme der Kommission vom 20. März 2000 (KOM[2000] 114 endg.). 12) Richtlinie des Rates vom 23. Juni 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EEC). 13) Richtlinien können auch in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Parlament oder aber von der Kommission erlassen werden (Art. 249 Abs. 1 EGV). 14) Vgl. die Rede von EU-Steuerkommissar László Kovács vom 10. Oktober 2006 in Brüssel. 15) EuGH 13. Dezember 2005, *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Rechtssache C-446/03, Slg. 2005, I-10837. 16) Irland hat etwa im Gefolge von

*Marks & Spencer* seine Regeln über die Verrechnung von Verlusten ausländischer Tochtergesellschaften angepasst. Davon erfasst sind Tochtergesellschaften in der EU und im EWR, sowie in Staaten mit welchen Irland Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat. 17) Vgl. Mitteilung der Kommission vom 19. Dezember 2006, IP/06/1828. 18) Vgl. Mitteilung der Kommission vom 19. Dezember 2006, IP/06/1827. 19) Vgl. etwa EuGH 14. Februar 1995, *Finanzamt Köln-Altstadt gegen Roland Schumacker*, C-279/93, Slg. 1995, I-225, Rz. 21. 20) Vgl. etwa EuGH 21. November 2002, *X, Y v Riksskatteverket*, Rechtssache C-436/00, Slg. 2002, I-10829, Rz. 50 (als Rechtfertigung durch den EuGH grundsätzlich nicht akzeptiert). 21) Vgl. etwa EuGH 28. Januar 1986, *Commission des Communautés européennes contre République française («Avoir fiscal»)*, Rechtssache 270/83, Slg. 1986, I-273, Rz. 24 und 25 (als Rechtfertigung durch den EuGH grundsätzlich nicht akzeptiert). 22) Vgl. etwa EuGH 18. Januar 1992, *Hanns-Martin Bachmann contre État belge*, Rechtssache C-204/90, Slg. 1992, I-249 (als Rechtfertigung in casu akzeptiert); EuGH 12. Dezember 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, Rechtssache C-446/04 (als Rechtfertigung in casu nicht akzeptiert). 23) Vgl. etwa EuGH 12. September 2006, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, Rechtssache C-196/04, Rz. 51 (Missbrauch bejaht sofern eine «rein künstliche Gestaltung» vorliegt, die nur der

Steuervermeidung dient). 24) EuGH, Marks & Spencer, C-446/03, Rz. 51 (als Rechtfertigung grundsätzlich akzeptiert). 25) Vgl. etwa Schlussanträge von GA Kokott vom 12. September 2006, Oy AA, Rechtssache C-231/05, Rz. 32 ff. (Antrag, Rechtfertigung in casu zu bejahen). 26) Vgl. Schön, Der Kapitalverkehr mit Drittstaaten und das internationale Steuerrecht, in: Gocke et al. (Hrsg.), Festschrift für Franz Wassermeyer zum 65. Geburtstag, München 2005, 489 ff. 27) Kessler, Eicker, Obser, Die Schweiz und das Europäische Steuerrecht, IStR 19/2005, 658 ff., 665 m. w. H.; Schön, a. a. O., 502 ff. 28) EuGH 3. Oktober 2006, Fidium Finanz AG gegen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Rechtssache C-452/04, Rz. 48 ff. 29) Für eine Kritik dieser Begründung: vgl. Marti/Widrig-Giallouraki, Slalomkurs um die Kapitalverkehrsfreiheit?, ST 2007/1–2, 121 ff.; vorwegnehmend für den Parallelismus der Grundfreiheiten eintretend auch schon Schön, a. a. O., 501 f. 30) EuGH 21. September 1999, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegen Finanzamt Aachen-Innenstadt, Rechtssache C-307/97 Slg. 1999, I-6161. 31) So etwa Art. 1: I des General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). 32) EuGH 5. Juli 2005, D v I Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, Rechtssache C-376/03, Slg. 2005, I-5821. 33) Vgl. für eine ausführliche Besprechung des «D»-Urteils: Kofler/Schindler, «Dancing with Mr D»: The ECJ's Denial of Most-Favoured-Nation Treatment in the «D» case, European Taxation,

December 2005, 530 ff. 34) EuGH 12. Dezember 2006, Test Claimants in the FII (Franked Investment Income) Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, Rechtssache C-446/04. 35) EuGH 14. Dezember 2006, Denkavit International BV et Denkavit France Sàrl contre Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Rechtssache C-170/05. 36) EuGH 5. November 2002, Kommission gegen Vereinigtes Königreich, Dänemark, Schweden, Finnland, Belgien, Luxemburg, Österreich, Deutschland («Open skies»), Rechtssachen C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 und C-476/98, Slg. 2002, I-9427, I-9519, I-9575, I-9627, I-9681, I-9741, I-9797 und I-9855. 37) Mitteilung der Kommission vom 22. Januar 2007, IP/07/66. 38) Die Schweiz dürfte nebst der Tatsache, dass sie nicht Mitglied des EWR ist, auch schon aufgrund ihrer beschränkten Informationsaustauschpraxis nicht mitberücksichtigt werden. 39) Dabei geht es um das Primärrecht des EGV, das Sekundärrecht wie Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH. Vgl. auch Spiegelstrich 5 von Art. 2 des EU-Vertrages. 40) Für die Niederlassungsfreiheit: Art. 31 ff. EWR-Vertrag, für die Kapitalverkehrsfreiheit: Art. 40 ff. EWR-Vertrag. 41) Anhängig beim EuGH, Lasertec Gesellschaft für Stanzformen mbH (vormals Riess Laser Bandstahlschneide GmbH) gegen Finanzamt Emmendingen, Rechtssache C-492/04. 42) EuGH 12. Dezember 2002, Lankhorst-Hohorst GmbH gegen Finanzamt Steinfurt, Rechtssache C-324/00, Slg. 2002, I-11779. 43) Vgl. Kessler, Eicker, Ob-

ser, a. a. O., 667 m. w. H. 44) FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 13. Oktober 2004, Az. 3 K 62/99, EFG 2005, 309 ff., Ziff. II. 45) Anhängig beim EuGH, Winfried L. Holböck gegen Finanzamt Salzburg-Land, Rechtssache C-157/05. 46) EuGH 15. Juli 2004, Anneliese Lenz gegen Finanzlandesdirektion für Tirol, Rechtssache C-315/02, Slg. 2004, I-7063. 47) Für eine ausführliche Besprechung des Vorlagebeschlusses s. Hohenwarter, Vorlagebeschluss des VwGH zur Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten, SWI 2005, 225 ff. 48) RL 88/361/361/EWG. 49) Vgl. Schön, Europäische Kapitalverkehrsfreiheit und nationales Steuerrecht, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuck, Köln 1997, 747. 50) Vgl. EuGH 11. Januar 2001, Westdeutsche Landesbank Girozentrale gegen Friedrich Stefan und Republik Österreich, Rechtssache C-464/98, Slg. 2001, I-173, Rz. 5. 51) Hohenwarter, a. a. O., 231 f. 52) Am Institut für österreichisches und internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien läuft bis 2010 ein Forschungsprojekt unter der Leitung von Prof. Pasquale Pistone zum Thema «Die Auswirkungen des Europäischen Steuerrechts auf die Beziehungen mit Drittstaaten im Bereich der direkten Steuern». Vgl. Pistones Antrittsrede vom 21. Februar 2006 in: Pistone, The impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation, Intertax 2006, Vol. 35, Issue 4.

## RÉSUMÉ

### Droit fiscal européen

Les implications pratiques des thèmes fiscaux européens pour la Suisse semblent évidentes eu égard aux développements les plus récents. Or, si les postulats de la Commission européenne trouvent généralement un écho considérable, la jurisprudence de la *Cour de justice des communautés européennes (CJCE)* ne bénéficie pas d'autant d'attention. Celle-ci influence pourtant de façon durable le droit fiscal européen.

La CJCE a rendu des jugements significatifs quant à l'interprétation des quatre libertés fondamentales du Traitée instituant la Communauté européenne, à savoir la libre circulation des capitaux, des marchandises, des services et des personnes. La Cour clarifie notamment à quelles conditions les libertés fondamentales peuvent être limitées par les États membres. Aux libertés fondamentales s'ajoute l'interdiction de discrimination, qui interdit aux États membres de privilégier leurs propres ressortissants par rapport aux ressortissants d'autres États membres.

De son côté, la Commission européenne remplit le rôle de gardienne du droit communautaire. Elle dispose du droit d'exhorter les États au respect du droit communautaire, ainsi que du droit d'initiative en vertu duquel elle soumet au Conseil européen des propositions de lois. Actuellement, l'un des projets les plus importants de la Commission consiste à uniformiser la base d'imposition des entreprises au sein de l'UE (*assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés, ACCIS*). Le but déclaré est de limiter la concurrence fiscale aux taux d'imposition et de réduire les coûts d'exécution pour les entreprises. L'ACCIS doit également permettre d'éviter «l'érosion du substrat fiscal».

Tant que le domaine des impôts directs ne sera pas harmonisé, il demeurera toutefois du ressort des États membres. Depuis les années 1980, la CJCE s'est néanmoins occupée avec une intensité croissante du droit fiscal des États membres, le droit communautaire ayant précédé sur les droits nationaux. De

nombreux arrêts revêtent dans ce contexte une certaine importance pour les États tiers, en particulier en ce qui concerne la liberté de mouvement des capitaux. À la différence des autres libertés, celle-ci s'applique explicitement aux États tiers.

Sur la base de la jurisprudence, il n'est toutefois pas encore possible de déterminer de manière définitive dans quelle mesure la liberté de mouvement des capitaux serviront de «point d'accès» pour les ressortissants d'États tiers. Les signes politiques actuels pointent davantage vers le protectionnisme fiscal que vers une extension des libertés fondamentales au-delà des frontières du marché intérieur. Tant la CJCE que la Commission s'efforcent d'uniformiser les systèmes fiscaux nationaux. Les États tiers comme la Suisse peuvent donc s'interroger sur ce que leur réservent ces développements. AM/RPD