

2. Kapitel: Kriterien einer angemessenen Dividendenbesteuerung

Das Steuerrecht allgemein und die Dividendenbesteuerung im Speziellen sind vielen Anforderungen unterworfen, die sich in rechtliche und wirtschaftliche unterscheiden lassen. Sämtliche Kriterien stehen dabei grds. gleichberechtigt nebeneinander, sie unterscheiden sich jedoch im Grad ihrer Verbindlichkeit. Rechtliche Kriterien, zu denen das Verfassungs-, das Abkommens- und das Europarecht gehören, entfalten eine bindende Wirkung. Den wirtschaftlichen Vorgaben kommt zwar keine unmittelbare Bindungswirkung zu. Bedeutung erlangen sie aber zum einen in ihrer Befolgung und Umsetzung im Rahmen gesetzlicher Regelungen,¹²⁴ zum anderen können sie im Rahmen von Freiräumen rechtlicher Vorschriften als Beurteilungsmaßstab fruchtbar gemacht werden.¹²⁵ Schließlich sind die ökonomische Kriterien für die wissenschaftliche Beurteilung der Steuerwirkungen von Bedeutung.

A. Rechtliche Vorgaben

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Recht im Allgemeinen und das Steuerrecht im Speziellen wird von ordnungsstiftenden Prinzipien getragen.¹²⁶ Zuvörderst sind hier die verfassungsrechtlichen Prinzipien zu nennen. Für den Bereich des Steuerrechts sind das allen voran der Gleichheitsgrundsatz, das Legalitätsprinzip, das Übermaßverbot sowie das Sozialstaatsprinzip.¹²⁷ Konkretisiert werden diese Grundwertungen für steuerrechtliche Zwecke durch das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit.¹²⁸ Während das BVerfG das Leistungsfähigkeitsprinzip aus Art. 3 GG herleitet,¹²⁹ werden in der Literatur auch Herleitungen über Art. 106 GG, das Rechts- und Sozialstaatsprinzip befürwortet.¹³⁰ Vornehmlich dient das Leistungsfähigkeitsprinzip als relevanter Vergleichsmaßstab.¹³¹ Wegen Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch inländische juristische Personen darauf berufen.¹³²

¹²⁴ So gibt es einen Überschneidungsbereich der Neutralität der Besteuerung und der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Vgl. z. B. HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StW 2000, S. 380; ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StW 1991, S. 115. Ebenso fußt die Mutter-Tochter-Richtlinie zu einem großen Teil auf wirtschaftlichen Zielvorstellungen. Vgl. bspw. den 8. Erwägungsgrund in der Präambel der Mutter-Tochter-Richtlinie und dazu KOFLER, MTR, 2011, Einleitung Rz. 2.

¹²⁵ Vgl. für den speziellen Fall der Zinsabzugsbeschränkung BOHN, Zinsschranke, 2009, S. 35.

¹²⁶ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 11.

¹²⁷ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 13.

¹²⁸ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 13.

¹²⁹ Vgl. stellvertretend für alle nur BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DSiR 2010, S. 2393.

¹³⁰ Vgl. WENDT, in: VON GROLL, DSiG 28, 2005, S. 42.

¹³¹ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 13, 121; WENDT, in: VON GROLL, DSiG 28, 2005, S. 42 f.

¹³² Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 51.

Das systemtragende Leistungsfähigkeitsprinzip bedarf der Konkretisierung, welche in Form verschiedener Subprinzipien erfolgt.¹³³ Zu diesen Subprinzipien gehören bspw. das objektive und subjektive Nettoprinzip.¹³⁴ Während das subjektive Nettoprinzip bei dem hier betrachteten Untersuchungsobjekt Kapitalgesellschaft mangels persönlicher Sphäre keine Rolle spielt,¹³⁵ ist das objektive Nettoprinzip von besonderer Bedeutung. Nach dem objektiven Nettoprinzip, welches einzelgesetzlich in § 2 Abs. 2 EStG (i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG) niedergelegt ist, unterliegt nur der Saldo aus (Erwerbs-)Einnahmen und Ausgaben der Besteuerung.¹³⁶ Auch im Rahmen der Gewerbesteuer wird dem Nettoprinzip gefolgt, was sich bereits aus der Anknüpfung an den einkommen- bzw. körperschaftsteuerlichen Gewinn ergibt.¹³⁷ Umstritten ist, ob das objektive Nettoprinzip selbst Verfassungsrang hat oder ob es lediglich im Zusammenhang mit dem Folgerichtigkeitsgebot zur Anwendung kommt.¹³⁸ Für die vorliegende Untersuchung kann ein Streitentscheid aber dahinstehen, da sowohl die Körperschaft- als auch die Gewerbesteuer einem System der Ist-Besteuerung und damit dem Nettoprinzip folgen, wodurch jegliche Abweichung vor dem Folgerichtigkeitsgebot bestehen muss.¹³⁹

In ständiger Rechtsprechung räumt das BVerfG dem Steuergesetzgeber bei der Auswahl der Steuergegenstände, der Ausgestaltung einzelner Steuern sowie der Bestimmung des Steuersatzes einen großen Gestaltungsspielraum ein, der lediglich der Willkürkontrolle standhalten muss.¹⁴⁰ Das beginnt bereits bei der Auswahl des geeigneten Leistungsfähigkeitsindikators, den der Gesetzgeber grds. frei wählen kann.¹⁴¹ Die einmal getroffene Belastungsentscheidung ist

¹³³ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 13, 16.

¹³⁴ Weitere wichtige Subprinzipien sind das Universalitätsprinzip, das Totalitätsprinzip sowie das Prinzip der Individualbesteuerung.

¹³⁵ Vgl. HEY, Nettoprinzip, DStR Beihefter 2009, S. 110.

¹³⁶ Vgl. HEGER, Objektives Nettoprinzip, DStR-Beih 2009, S. 117.

¹³⁷ Vgl. dazu näher HEY, Nettoprinzip, DStR Beihefter 2009, S. 113 ff. Nach HEGER, Objektives Nettoprinzip, DStR-Beih 2009, S. 120, gilt im Rahmen der Gewerbesteuer ein modifiziertes objektives Nettoprinzip, da an die objektive Ertragskraft des Gewerbebetriebs angeknüpft wird.

¹³⁸ Vgl. dazu ausführlich HEY, Nettoprinzip, DStR Beihefter 2009, S. 109.

¹³⁹ Vgl. HEY, Nettoprinzip, DStR Beihefter 2009, S. 109, 115; für die Gewerbesteuer BVerfG vom 15.01.2008, 1 BvL 2/04, DStRE 2008, S. 1003.

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; BVerfG vom 07.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, S. 235; BVerfG vom 15.01.2008, 1 BvL 2/04, DStRE 2008, S. 1003; BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460; BVerfG vom 04.02.2009, 1 BvL 8/05, NVwZ 2009, S. 968; dazu auch HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 118, 125; WENDT, in: VON GROLL, DSUG 28, 2005, S. 43.

¹⁴¹ Vgl. WENDT, in: VON GROLL, DSUG 28, 2005, S. 43; ausführlich zu einzelnen Leistungsfähigkeitsindikatoren HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 55 ff.

dann allerdings folgerichtig umzusetzen.¹⁴² Das BVerfG sieht dabei eine enge Verbindung zwischen dem Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit und der Folgerichtigkeit.¹⁴³ Das Folgerichtigkeitsgebot ist allerdings nicht so zu verstehen, dass ein Systemwechsel *per se* verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt, mithin nicht möglich wäre.¹⁴⁴ Allerdings muss der Wechsel zu einem anderen sachgerechten Besteuerungsprinzip geschehen, eindeutig vollzogen werden und ein Mindestmaß an systematischer Neuorientierung aufweisen, wobei er nicht zwingend in einem einzelnen Vorgang erfolgen muss.¹⁴⁵

Bei dem Folgerichtigkeitsgebot legt das BVerfG einen strengeren Prüfungsmaßstab an, so dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der sog. neuen Formel erfolgt.¹⁴⁶ Verstöße gegen das Folgerichtigkeitsgebot bedürfen nicht irgendeines, sondern eines besonderen, die Abweichung hinreichend rechtfertigenden Grundes.¹⁴⁷ Als solche anerkannt sind Lenkungs- und Förderungszwecke, die Typisierung sowie die Missbrauchsabwehr. Bei erstgenannten handelt es sich um Gründe des Gemeinwohls, nach denen entweder ein bestimmtes Verhalten steuerlich gefördert oder verhindert werden soll.¹⁴⁸ Der Lenkungszweck muss dabei erkennbar im Gesetzestext oder den Gesetzesmaterialien zutage treten.¹⁴⁹ Die Rechtfertigung über eine notwendige Typisierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Rechtsordnung praktikabel sein muss und gerade eine Materie wie das Steuerrecht nicht ohne Vereinfachungen auskommt.¹⁵⁰ Vor diesem Hintergrund erkennt das BVerfG Typisierungen und Pauschalierungen grds. an.¹⁵¹ Sie haben allerdings verhältnismäßig zu erfolgen und müssen einen realitätsnahen Durchschnittfall als Leitbild wählen.¹⁵² Die Missbrauchsvermeidung als Rechtfertigungsgrund schließlich tritt nur

¹⁴² Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; BVerfG vom 07.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, S. 235; BVerfG vom 15.01.2008, 1 BvL 2/04, DStRE 2008, S. 1003; BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460; dazu auch HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 118; WENDT, in: VON GROLL, DSJG 28, 2005, S. 46.

¹⁴³ Vgl. BVerfG vom 06.03.2002, 2 BvL 17/99, NJW 2002, S. 1103; BVerfG vom 04.12.2002, 2 BvR 400/98, 2 BvR 1735/00, NJW 2003, S. 2079; BVerfG vom 21.06.2006, 2 BvL 2/99, NJW 2006, S. 2757; BVerfG vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, DStR 2015, S. 31.

¹⁴⁴ Vgl. BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460; HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 120.

¹⁴⁵ Vgl. BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460; dazu auch HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 120.

¹⁴⁶ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 125; HEY, Nettoprinzip, DStR Beihefter 2009, S. 115.

¹⁴⁷ Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; BVerfG vom 21.06.2006, 2 BvL 2/99, NJW 2006, S. 2757; BVerfG vom 07.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, S. 235; BVerfG vom 15.01.2008, 1 BvL 2/04, DStRE 2008, S. 1003; BVerfG vom 04.02.2009, 1 BvL 8/05, NVwZ 2009, S. 968.

¹⁴⁸ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 131 ff.

¹⁴⁹ Vgl. BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460; HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 21.

¹⁵⁰ Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 145.

¹⁵¹ Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; BVerfG vom 08.02.1983, 1 BvL 28/79, BVerfGE 63, S. 119; BVerfG vom 08.10.1991, 1 BvL 50/86, BVerfGE 84, S. 360; BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460 m. w. N.

¹⁵² Vgl. BVerfG vom 12.10.2010, 1 BvL 12/07, DStR 2010, S. 2393; BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DStR 2008, S. 2460.

dann auf, wenn sich der Gesetzgeber zur Bekämpfung von Missbräuchen typisierender Vorschriften bedient und somit auch nicht missbräuchliche Fälle erfasst werden.¹⁵³ Ansonsten ist dieser Zweck der Missbrauchsbekämpfung konsistent mit der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, da lediglich dem System widersprechende Steuervorteile verhindert werden.¹⁵⁴ Fiskalische Gründe reichen hingegen nicht zur Rechtfertigung, da sie auch willkürlicher Besteuerung dienen und somit kein Richtmaß für die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit darstellen.¹⁵⁵

Neben dem Gleichheitsgrundsatz können grds. auch die Freiheitsrechte in Gestalt des Art. 12 Abs. 1 GG und des Art. 14 Abs. 1 GG für den Bereich des Steuerrechts relevant werden.¹⁵⁶ Allerdings ist deren Bedeutung relativ gering.¹⁵⁷ Nichtsdestoweniger ist das in den Freiheitsrechten zum Ausdruck kommende Übermaßverbot zu betonen, welches insb. im Zusammenhang mit dem objektiven Nettoprinzip ergänzend hinzugezogen werden kann.¹⁵⁸ Die verfassungsrechtlichen Freiheitsrechte spielen jedoch im hier betrachteten Untersuchungskontext nur eine untergeordnete Rolle.¹⁵⁹

II. Abkommensrechtliche Vorgaben

Abkommensrechtlichen Vorgaben ist im Rahmen der Dividendenbesteuerung ebenfalls Rechnung zu tragen. Bilateral ausgehandelte Doppelbesteuerungsabkommen sind völkerrechtliche Verträge,¹⁶⁰ welche durch Zustimmungsgesetze ins deutsche Recht transformiert werden und dann den Rang einfacher Bundesgesetze einnehmen.¹⁶¹ Wie § 2 AO deklaratorisch feststellt, gehen sie grds. dem nationalen Steuerrecht als *leges speciales* vor.¹⁶² Aufgrund der Schrankenwirkung des Abkommensrechts gilt dies allerdings nur insoweit, wie nach nationalem Recht überhaupt ein Steueranspruch besteht.¹⁶³

¹⁵³ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 129.

¹⁵⁴ Vgl. HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 129. Siehe in diesem Kontext auch BOHN, Zinsschranke, 2009, S. 41 ff., der das Ziel der Missbrauchsbekämpfung mit dem Fiskalinteresse abwägt.

¹⁵⁵ Vgl. zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG statt vieler nur BVerfG vom 09.12.2008, 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08, DSfR 2008, S. 2460; HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 130.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu ausführlich HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 188 ff.

¹⁵⁷ Vgl. zu Art. 12 GG HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 188; zu Art. 14 GG HEY, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 3 Rz. 196 f.; siehe auch DIETRICH, Dividenden im Internationalen Steuerrecht, 2014, S. 15.

¹⁵⁸ Vgl. HEY, Nettoprinzip, DSfR Beihefter 2009, S. 110; DIETRICH, Dividenden im Internationalen Steuerrecht, 2014, S. 15.

¹⁵⁹ Von näheren Ausführungen wird dementsprechend abgesehen.

¹⁶⁰ Vgl. LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 46; SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.20.

¹⁶¹ Vgl. LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 54; SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.20, 16.37.

¹⁶² Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.37 f.

¹⁶³ Ebenso SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.38. Siehe dazu auch die Diskussion über das Verhältnis von abkommensrechtlichem und nationalem Schachtelprivileg unter 3. Kapitel:A.1.4.b).

Daneben nutzt der Gesetzgeber immer häufiger sog. *treaty overrides*, um die Derogationswirkung der Doppelbesteuerungsabkommen zu umgehen. Dabei handelt es sich um Vorschriften des nationalen Rechts, die abkommensrechtliche Regelungen gezielt überschreiben, um unerwünschte Folgen zu vermeiden.¹⁶⁴ Ein *treaty override* kann sowohl offen als auch verdeckt erfolgen.¹⁶⁵ Unstreitig ergibt sich aus dem einseitigen Überschreiben der abkommensrechtlichen Vorschriften ein Völkerrechtsverstoß.¹⁶⁶ Nach dem BVerfG sind *treaty overrides* jedoch nicht verfassungswidrig.¹⁶⁷ Das Gericht teilt damit nicht die Rechtsauffassung des BFH, der mehrfach starke verfassungsmäßige Zweifel geäußert und die Frage in Bezug auf verschiedene *treaty overrides* dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt hat.¹⁶⁸ Im Hinblick auf die hier betrachteten *Outbound*-Investitionen sind *treaty overrides* relevant, wenn die abkommensrechtliche Freistellung von Dividenden durch Vorschriften des nationalen Rechts zurückgenommen wird.¹⁶⁹ *Treaty overrides* im Zusammenhang mit der in der Art. 10 OECD-MA nachgebildeten Vorschrift geregelten Behandlung von Dividenden werden dagegen nur am Rande behandelt.¹⁷⁰

III. Europarechtliche Vorgaben

Darüber hinaus nimmt das Unionsrecht für die Beurteilung steuerrechtlicher Vorschriften einen hohen Stellenwert ein. Dies vermag für den Bereich des direkten Steuerrechts, zu dem die Dividendenbesteuerung zweifelsohne gehört, auf den ersten Blick zu überraschen, bietet der AEUV doch gerade dieses Gebiet betreffend keine Kompetenzgrundlage der EU.¹⁷¹ Anders als bei den indirekten Steuern fehlt es insb. an einem Harmonisierungsauftrag.¹⁷² Allerdings haben

¹⁶⁴ Vgl. dazu SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.39; GOSCH, Treaty Overriding, IStR 2008, S. 413; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 194.

¹⁶⁵ Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.39; WAGNER, in: BLÜMICH, EStG, KStG, GewStG, 2015, § 50d EStG Rz. 18.

¹⁶⁶ Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 16.39; WAGNER, in: BLÜMICH, EStG, KStG, GewStG, 2015, § 50d EStG Rz. 18; MUSIL, Treaty Override als Dauerproblem, IStR 2014, S. 193 f.; differenzierend ISMER/BAUR, Verfassungsmäßigkeit von Treaty Overrides, IStR 2014, S. 423 f. Der Steuerpflichtige kann sich allerdings im Rechtsbehelfsverfahren nicht darauf berufen.

¹⁶⁷ Vgl. BVerfG vom 15.12.2015, 2 BvL 1/12, DStR 2016, S. 359; ebenso zuvor bereits u. a. MUSIL, Treaty Override als Dauerproblem, IStR 2014, S. 194 f.; ISMER/BAUR, Verfassungsmäßigkeit von Treaty Overrides, IStR 2014, S. 424 ff.; WAGNER, in: BLÜMICH, EStG, KStG, GewStG, 2015, § 50d EStG Rz. 18; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 201; a. A. VOGEL, in: VOGEL/LEHNER, DBA 5. Aufl., 2008, Einl. Rz. 205; GOSCH, Treaty Overriding, IStR 2008, S. 418 f.

¹⁶⁸ Vgl. BFH vom 10.01.2012, I R 66/09, IStR 2012, S. 426, sowie BFH vom 10.06.2015, I R 66/09, IStR 2015, S. 627; BFH vom 11.12.2013, I R 4/13, IStR 2014, S. 219, anhängig beim BVerfG unter dem Az. 2 BvL 15/14; BFH vom 20.08.2014, I R 86/13, IStR 2014, S. 812, anhängig beim BVerfG unter dem Az. 2 BvL 21/14.

¹⁶⁹ Siehe dazu an den relevanten Stellen innerhalb der Analyse, insb. unter 3. Kapitel:A.I.4.c) sowie 3. Kapitel:A.II.3.a).

¹⁷⁰ Siehe dazu etwa 3. Kapitel:C.III.2.

¹⁷¹ Vgl. ALBER, in: KESSLER/KRÖNER/KÖHLER, Konzernsteuerrecht, 2008, § 1 Rz. 85.

¹⁷² Vgl. ALBER, in: KESSLER/KRÖNER/KÖHLER, Konzernsteuerrecht, 2008, § 1 Rz. 83 ff.

die Mitgliedstaaten mit der ihnen vorbehaltenen Steuergesetzgebung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Europäische Gemeinschaftsrecht zu achten.¹⁷³ Denn gegenüber dem nationalen Recht besteht ein unbedingter Anwendungsvorrang sowohl des primären als auch des sekundären Gemeinschaftsrechts.¹⁷⁴ Das Unionsrecht findet auch ohne weitere innerstaatliche Umsetzung unmittelbar Anwendung.¹⁷⁵ Verstößt eine nationale Regelung gegen die unionsrechtlich verbürgten Grundfreiheiten, so ist sie insoweit nicht anzuwenden.¹⁷⁶

Für die Besteuerung von Dividenden werden insb. die Grundfreiheiten des AEUV relevant. Fast ausschließlich sind die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV sowie die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV zu nennen.¹⁷⁷ Im Bereich der Dividendenbesteuerung hat sich der EuGH schon mehrfach mit der Vereinbarkeit nationaler Steuerrechtsnormen mit den genannten Grundfreiheiten angenommen, so dass auf eine lange Rechtssprechungshistorie auf diesem Gebiet zurückgegriffen werden kann.¹⁷⁸

1. Grundfreiheiten nach dem AEUV

a) Schutzbereich der einschlägigen Grundfreiheiten

Die in Art. 49 AEUV verortete Niederlassungsfreiheit schützt die Freizügigkeit im Bereich der Erwerbstätigkeit. Der persönliche Anwendungsbereich umfasst Staatsangehörige eines Mitgliedstaates und wegen Art. 54 Abs. 2 AEUV auch Gesellschaften mit Sitz in einem Mitgliedstaat, soweit sie einen Erwerbszweck verfolgen.¹⁷⁹ Sachlich erstreckt sich die Niederlassungsfreiheit einerseits auf den Vorgang der Niederlassung an sich, wobei sowohl die primäre Niederlassung in Form der Verlegung des Sitzes oder der Geschäftsführung als auch gem. Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV die sekundäre Niederlassung bei der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften geschützt sind.¹⁸⁰ Andererseits ergibt sich

¹⁷³ Vgl. z. B. EuGH vom 08.11.2007, C-379/05, *Amurta*, IStR 2007, S. 854, Rz. 16, und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹⁷⁴ Vgl. EuGH vom 15.07.1964, 6/64, *Costa*, Slg. 1964, S. 1259; REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.15; KLUGE, Das Internationale Steuerrecht, 2000, Rz. G 3; ENGLISCH, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 4 Rz. 24.

¹⁷⁵ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.16; KLUGE, Das Internationale Steuerrecht, 2000, Rz. G 3; ENGLISCH, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 4 Rz. 24.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH vom 07.02.1991, C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, S. I-314, Rz. 17, 19; ENGLISCH, in: TIPKE/LANG, Steuerrecht, 2015, § 4 Rz. 26.

¹⁷⁷ Vgl. zu den übrigen Grundfreiheiten und deren (teilweise geringe) Bedeutung im Recht der direkten Steuern REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.63 ff.

¹⁷⁸ Die erste Entscheidung des EuGH auf diesem Gebiet aus 1986 betraf die französische Regelung des *avoir fiscal*, die der Gerichtshof als nicht mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar erklärt hat, vgl. EuGH vom 28.01.1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273.

¹⁷⁹ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.75; REHM/NAGLER, Europäisches Steuerrecht, 2013, S. 17. Vermögensverwaltende Gesellschaften können sich somit nicht auf die Niederlassungsfreiheit, sondern allenfalls auf die Kapitalverkehrsfreiheit berufen. Gleiches gilt bei Investitionen in Gesellschaften ohne Erwerbszweck. Vgl. dazu SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 569.

¹⁸⁰ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.77 f.; REHM/NAGLER, Europäisches Steuerrecht, 2013, S. 17.

aus Art. 49 Abs. 2 AEUV ein umfassender Schutz für unternehmerische Aktivitäten nach erfolgter Niederlassung bis hin zur Beendigung der Aktivität.¹⁸¹ Für den Bereich der Dividendenbesteuerung von besonderer Bedeutung ist dabei der in Art. 49 Abs. 2 Satz 2 AEUV zum Ausdruck kommende Schutz der Gründung und Leitung von Gesellschaften.

Anders als die Niederlassungsfreiheit schützt die Kapitalverkehrsfreiheit nicht die (unternehmerische) Tätigkeit, sondern die Investition.¹⁸² Die größte Besonderheit der Kapitalverkehrsfreiheit im Unterschied zu den übrigen Grundfreiheiten liegt darin, dass sich ihr räumlicher Geltungsbereich auch auf Drittstaaten erstreckt (sog. *erga omnes*-Wirkung). In persönlicher Hinsicht schützt sie sowohl natürliche Personen als auch Gesellschaften.¹⁸³ Auf die Ansässigkeit oder Staatsbürgerschaft kommt es nicht an, so dass auch Drittstaatenangehörige geschützt werden, soweit sie in der EU Investitionen tätigen.¹⁸⁴ Der sachliche Anwendungsbereich betrifft fast jegliche Form grenzüberschreitender Geld- und Wertpapierinvestitionen.¹⁸⁵ Im Bereich der Dividendenbesteuerung zeigt sich die Schutzwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit gerade bei Direkt- oder Portfolioinvestitionen in Gesellschaften und Investmentvehikel.¹⁸⁶

b) Konkurrenzverhältnis von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit

Bei der Dividendenbesteuerung besteht die Möglichkeit der parallelen Anwendbarkeit von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, da Eigenkapitalinvestitionen in der Regel den sachlichen Anwendungsbereich beider Grundfreiheiten betreffen.¹⁸⁷ Dieses Konkurrenzverhältnis ist ohne praktische Bedeutung, soweit die Schutzwirkung wegen der Konvergenz der Grundfreiheiten identisch ist.¹⁸⁸ Dies ist nur im räumlichen Bereich der EU der Fall. Im Drittstaatenkontext kann allein die Kapitalverkehrsfreiheit mit ihrer *erga omnes*-Wirkung einschlägig sein, so dass insoweit die Abgrenzung einen hohen Stellenwert einnimmt.¹⁸⁹ Ein Großteil der Literatur plädierte in der Vergangenheit für eine parallele Anwendung beider Grundfreiheiten,¹⁹⁰ mit welcher Auffassung er sich auch in der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Holböck*¹⁹¹ bestätigt sehen konnte. In nunmehr gefestigter Rechtsprechung sieht der EuGH aber bei bestimmten Sachverhalten eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit als unvermeidliche

¹⁸¹ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.80.

¹⁸² Vgl. SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 561.

¹⁸³ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.99.

¹⁸⁴ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.100.

¹⁸⁵ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.77 f.; REHM/NAGLER, Europäisches Steuerrecht, 2013, S. 17.

¹⁸⁶ Vgl. SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 561.

¹⁸⁷ Vgl. SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 563 f.

¹⁸⁸ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Einleitung Rz. 12; REHM/NAGLER, Europäisches Steuerrecht, 2013, S. 18.

¹⁸⁹ Vgl. WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2967; REHM/NAGLER, Europäisches Steuerrecht, 2013, S. 18.

¹⁹⁰ So SCHÖN, FS Wassermeyer, 2005, S. 499; SCHÖN, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, S. 749; KESSLER/EICKER/OBSER, Gesellschafter-Fremdfinanzierung, IStR 2004, S. 326.

¹⁹¹ EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 29, 30.

Folge einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, weshalb erstere verdrängt wird.¹⁹² Dementsprechend ist die vorgenannte Abgrenzungsfrage von besonderer Bedeutung.

aa) Abgrenzung am Gegenstand der fraglichen Norm

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt es für die Abgrenzung von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit auf den Gegenstand der in Rede stehenden Norm an.¹⁹³ Stellt die Regelung ausschließlich auf Beteiligungen ab, die einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft vermitteln (sog. Kontrollbeteiligungen), ist die Niederlassungsfreiheit einschlägig.¹⁹⁴ Werden dagegen lediglich Portfolio-Beteiligungen erfasst, sind Beschränkungen der fraglichen Norm nur am Maßstab der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.¹⁹⁵ Neutral wirkende Regelungen, die sowohl Portfolio- als auch Kontrollbeteiligungen erfassen, können dem Grunde nach in den Schutzbereich beider angesprochenen Grundfreiheiten gelangen.¹⁹⁶

Somit ist insb. fraglich, ab welcher Beteiligungshöhe ausschließlich Kontrollbeteiligungen bzw. bis zu welcher Beteiligungshöhe allein Portfolio-Beteiligungen erfasst sind. Hinsichtlich letzterer Frage hat der EuGH eine ausschließliche Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit angenommen, wenn die in Rede stehende Vorschrift nur auf Beteiligungen von unter 10 % Anwendung gefunden hat.¹⁹⁷ In der Vergangenheit hatte der Gerichtshof zudem die alleinige Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit bei Normen festgestellt, die eine Mindestbeteiligungsquote von 25 % oder mehr forderten.¹⁹⁸ Der BFH sah bereits bei Normen mit einer Mindestbeteiligungsquote von 10 % die Kapitalverkehrs- von der Niederlassungsfreiheit verdrängt, da nach seiner Auffassung bei Zugrundelegung einer typisierenden Sichtweise primär Kontrollbeteiligungen erfasst seien.¹⁹⁹ Einer Vorlage an den EuGH bedurfte es nach Aussage des BFH bei

¹⁹² Vgl. RUST, Anforderungen, DStR 2009, S. 2569; kritisch HINDELANG, Behandlung, IStR 2013, S. 80.

¹⁹³ Vgl. EuGH vom 10.06.2015, C-686/13, X, DStRE 2015, S. 1178, Rz. 17; EuGH vom 11.9.2014, C-47/12, *Kronos International*, IStR 2014, S. 724, Rz. 30; EuGH vom 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, IStR 2013, S. 871, Rz. 16; EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 90; EuGH vom 10.05.2007, C-492/04, *Lasertec*, IStR 2007, S. 439, Rz. 19; EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 31-33.

¹⁹⁴ Vgl. EuGH vom 10.06.2015, C-686/13, X, DStRE 2015, S. 1178, Rz. 18; EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 91; EuGH vom 19.07.2012, C-31/11, *Scheu-nemann*, IStR 2012, S. 723, Rz. 23; EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 31.

¹⁹⁵ Vgl. EuGH vom 10.06.2015, C-686/13, X, DStRE 2015, S. 1178, Rz. 19; EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 92.

¹⁹⁶ Vgl. EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 92.

¹⁹⁷ Vgl. EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, S. 74.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH vom 10.05.2007, C-492/04, *Lasertec*, IStR 2007, S. 439; EuGH vom 29.03.2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, DStR 2007, S. 662; EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461.

¹⁹⁹ Vgl. BFH vom 29.08.2012, I R 7/12, BB 2013, S. 37, Rz. 13; BFH vom 06.03.2013, I R 10/11, BB 2013, S. 1775, Rz. 18.

den vorgenannten Entscheidungen nicht, weil die Unionsrechtslage eindeutig sei.²⁰⁰ Zwischenzeitlich hat der EuGH jedoch in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Itelcar* und *Kronos International* bei Normen mit einer Mindestbeteiligungshöhe von 10 % festgestellt, dass nicht ausschließlich Kontrollbeteiligungen betroffen seien.²⁰¹

Im Schrifttum wurde teilweise im Ergebnis kaum ein Unterschied in der Rechtsauffassung von EuGH und BGH gesehen, weil die vom BFH vorgenommene Typisierung bedeute, dass je nach streitgegenständlicher Norm auch höhere oder niedrigere Beteiligungsquoten maßgeblich wären.²⁰² Nach der Sichtweise des BFH wird jedoch allein auf die Wertungen nach deutschem Recht abgestellt für die Beurteilung, ob eine Norm Kontrollbeteiligungen erfasst.²⁰³ In Outbound-Konstellationen ergeben sich bei dieser Herangehensweise aufgrund gewichtiger Rechtsunterschiede kaum lösbare Probleme.²⁰⁴

Bei näherer Betrachtung zeigen sich überdies noch deutlichere Wertungsunterschiede. Der BFH prüft nämlich anhand des Gegenstands der Norm lediglich, ob *primär* Kontrollbeteiligungen erfasst sind.²⁰⁵ Dementsprechend würden auch Regelungen allein am Maßstab der Niederlassungsfreiheit geprüft, die nicht ausschließlich Kontrollbeteiligungen betreffen. Nach dem EuGH muss sich eine Norm dagegen *ausschließlich* auf Beteiligungen beziehen, die dem Anteilseigner einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft geben, damit der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht eröffnet ist.²⁰⁶ Deutlich ist dies bereits in der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *Itelcar* mit der Feststellung geworden, dass eine Regelung mit einer Mindestbeteiligungsquote von 10 % nicht zwangsläufig nur Kontrollbeteiligungen erfasse.²⁰⁷ Noch klarer wird die Sichtweise des EuGH an seinen diesbezüglichen Aussagen in der *Kronos International*-Entscheidung. So nimmt er im Ergebnis eine neutral wirkende Norm an, obwohl die Mindestbeteiligungshöhe von 10 % Investitionen ausschließe, die mit der alleinigen Absicht der Geldanlage getätigt werden.²⁰⁸ Nach dem EuGH Sorge die 10 %-

²⁰⁰ Vgl. BFH vom 29.08.2012, I R 7/12, BB 2013, S. 37, Rz. 14; BFH vom 06.03.2013, I R 10/11, BB 2013, S. 1775, Rz. 20.

²⁰¹ Vgl. EuGH vom 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, IStR 2013, S. 871, Rz. 22; EuGH vom 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International*, IStR 2014, S. 724, Rz. 35.

²⁰² Vgl. dazu als Mitwirkende der BFH-Entscheidung GOSCH, Anmerkung, BFH/PR 2013, S. 51, sowie SCHWENKE, Replik, ISR 2013, S. 381. Ersterer ist nun aber anscheinend anderer Auffassung, siehe GOSCH/SCHÖNFELD, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, IStR 2015, S. 758.

²⁰³ Gl. A. KRAFT/HOAGE, *Itelcar*-Entscheidung, IStR 2014, S. 175; dem BFH zustimmend SYDOW/FRANKE, Kapitalverkehrsfreiheit, DB 2013, S. 2643 f.

²⁰⁴ So ebenfalls WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2968; kritisch auch KRAFT/HOAGE, *Itelcar*-Entscheidung, IStR 2014, S. 175.

²⁰⁵ So deutlich GOSCH, Anmerkung, BFH/PR 2013, S. 52; SCHWENKE, Replik, ISR 2013, S. 381.

²⁰⁶ Vgl. WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2968.

²⁰⁷ Vgl. EuGH vom 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, IStR 2013, S. 871, Rz. 22.

²⁰⁸ Vgl. EuGH vom 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International*, IStR 2014, S. 724, Rz. 34.

Grenze aber für sich genommen nicht dafür, dass die Norm ausschließlich Kontrollbeteiligungen erfasse.²⁰⁹

Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, welches Gericht für die Beurteilung der streitgegenständlichen Regelung zuständig ist.²¹⁰ Der BFH ist in der Vergangenheit von einer Entscheidungsbefugnis des nationalen Gerichts ausgegangen und hat dementsprechend eine Einordnung selbst vorgenommen.²¹¹ Der EuGH hat dagegen in seinen jüngeren Entscheidungen über die Beurteilung einer nationalen Regelung selbst entschieden.

Im Ergebnis hat die Abgrenzung von Kapital- und Niederlassungsfreiheit anhand des Gegenstands der Norm durch die jüngsten EuGH-Entscheidungen entscheidend an Klarheit gewonnen. Eine Mindestbeteiligungsquote von 10 % wird nicht ausreichen, die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit auszuschließen.²¹² Fraglich ist aber weiterhin, ab welcher Beteiligungshöhe ausschließlich Kontrollbeteiligungen erfasst werden und welche zusätzlichen Voraussetzungen dazu führen können, damit auch eine Mindestbeteiligung von 10 % zum Ausschluss der Kapitalverkehrsfreiheit führt.²¹³ Auch besteht keine Einigkeit über die Frage, wer die Beurteilung der nationalen Norm durchführen soll.²¹⁴ Es kann somit nicht von einer *acte clair*-Situation ausgegangen werden, so dass streitige Rechtsfragen in jedem Fall dem EuGH vorgelegt werden sollten.²¹⁵

Überdies kann die in einer Norm festgelegte Beteiligungsquote nicht allein für die Auslegung entscheidend sein.²¹⁶ Wenn nämlich eine nationale Regelung ausschließlich auf Aktivitäten zielt, die ausschließlich der Niederlassungsfreiheit unterfallen, sollte eine etwaige Mindestbeteiligungsquote keine Rolle mehr spielen.²¹⁷ Auch gibt es Normen, die zwar eine Kontrollbeteiligung voraussetzen, inhaltlich aber allein den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit betreffen. In diesen Fällen Drittstaatenangehörige unter Verweis auf den Vorrang der Niederlas-

²⁰⁹ Vgl. EuGH vom 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International*, IStR 2014, S. 724, Rz. 35.

²¹⁰ Andeutungsweise auch SCHWENKE, Replik, ISR 2013, S. 381; etwas konkreter HENZE, EuGH-Rechtsprechung, ISR 2013, S. 382 f.

²¹¹ Vgl. BFH vom 29.08.2012, I R 7/12, BB 2013, S. 37, Rz. 14; BFH vom 06.03.2013, I R 10/11, BB 2013, S. 1775, Rz. 20.

²¹² In diesem Sinne auch WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2969.

²¹³ Vgl. in diesem Zusammenhang KAHLENBERG, Verstoß, SteuK 2014, S. 41, der wohl bei zusätzlichen Voraussetzungen einen Anwendungsausschluss der Kapitalverkehrsfreiheit potenziell für möglich hält. Vgl. auch KAHLER, Abgrenzung, ISR 2013, S. 59.

²¹⁴ Für eine eigenständige Beurteilung durch die nationalen Gerichte GOSCH, in: GOSCH, KStG, 2015, § 8b Rz. 59.

²¹⁵ So im Ergebnis auch WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2969; MÜLLER, Anmerkung, ISR 2013, S. 379; KRAFT/HOHAGE, Itelcar-Entscheidung, IStR 2014, S. 178; a. A. SCHWENKE, Replik, ISR 2013, S. 381; wohl auch GOSCH, in: GOSCH, KStG, 2015, § 8b Rz. 59.

²¹⁶ In diese Richtung jüngst auch SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 568 ff.; GOSCH/SCHÖNFELD, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, IStR 2015, S. 758.

²¹⁷ Vgl. SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 566 f., mit Verweis auf EuGH vom 21.10.2010, C-81/09, *Idryma Typou*, Slg. 2010, S. I-10161.

sungsfreiheit vom Grundfreiheitschutz auszuschließen, erscheint verfehlt. Bei vermögensverwaltenden Gesellschaften muss eine Anwendung der Niederlassungsfreiheit bereits ausscheiden, weil es sich insoweit nicht um Unternehmen mit Erwerbszweck gem. Art. 49 Abs. 2 AEUV und Art. 54 Abs. 2 AEUV handelt.²¹⁸ Auch beim Vorliegen einer Kontrollbeteiligung ist dann allein die Kapitalverkehrsfreiheit einschlägig.²¹⁹

bb) Maßgeblichkeit der konkreten Beteiligungsverhältnisse

Bei neutral wirkenden Normen war fraglich, inwieweit die im konkreten Fall verwirklichten Beteiligungsverhältnisse in einem zweiten Prüfungsschritt noch Berücksichtigung finden sollen. Die Finanzverwaltung bejahte diese Frage und stellte damit bei Kontrollbeteiligungen im Drittstaatenkontext wegen der Verdrängung der Kapitalverkehrs- durch die Niederlassungsfreiheit schutzlos.²²⁰ Gestützt wurde diese Auffassung auf mehrere EuGH-Entscheidungen.²²¹ Die Meinung einiger Verwaltungsbehörden anderer europäischer Staaten sowie eines Teils der europäischen Finanzgerichte entsprach der deutschen Verwaltungsauffassung.²²² Der BFH sah dagegen die abstrakte Prüfung anhand des Normgegenstands (zumindest in Drittstaatenfällen) als ausreichend an.²²³

Der EuGH hatte in der jüngeren Vergangenheit mehrfach die Möglichkeit, zu der Notwendigkeit eines zweiten Prüfschrittes Stellung zu nehmen. Bereits seine Ausführungen in der Entscheidung zur Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation*²²⁴ haben deutlich für Klarheit gesorgt, als der Gerichtshof lediglich im Gemeinschaftskontext auf die konkrete Beteiligungsquote für die Abgrenzung von Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit abstellte. Bei Drittstaatenbeteiligung sei eine Prüfung der konkreten Beteiligungsverhältnisse im Falle neutral wirkender Normen nicht erforderlich, so dass insoweit die Kapitalverkehrsfreiheit Platz

²¹⁸ Vgl. SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 569.

²¹⁹ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts VILLALÓN vom 09.12.2010, C-384/09, BeckRS 2010, 91403, Rz. 44; SCHÖN, FS Roth, 2015, S. 569.

²²⁰ Vgl. BMF vom 21.03.2007, IV B 7 – G 1421/0, IStR 2007, S. 340; KAHLER, Abgrenzung, ISR 2013, S. 59. Die Verwaltung hatte anhängige Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH in der Rs. *Kronos International* ruhend gestellt. Vgl. OFD Münster: Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 010/2008 vom 05.12.2008 zu BMF vom 30.09.2008, IV C 7 – S 2750 – a/07/10001, BStBl. I, S. 940, letztmalig aktualisiert am 17.10.2012, BeckVerw 153817. Kritisch dazu PATZNER/NAGLER, Drittstaatenwirkung, IStR 2013, S. 527 ff.

²²¹ Vgl. EuGH vom 26.06.2008, C-284/06, *Burda*, IStR 2008, S. 515; EuGH vom 18.06.2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, IStR 2009, S. 499; EuGH vom 21.01.2010, C-311/08, *SGI*, IStR 2010, S. 144; EuGH vom 04.06.2009, C-439/07 und C-499/07, *KBC Bank*, IStR 2009, S. 494. Zu beachten ist, dass es bei allen vorstehenden Entscheidungen mit Ausnahme der letztgenannten um Gemeinschaftssachverhalte ging. In EuGH vom 19.07.2012, C-31/11, *Scheunemann*, IStR 2012, S. 723, hat der Gerichtshof die tatsächliche Beteiligungshöhe lediglich zur Absicherung seiner Abgrenzung anhand des Normgegenstands genutzt.

²²² Vgl. zu Österreich z. B. VwGH vom 27.07.2007, 2007/14/0029, ÖStZB 2007/520, S. 704; zum niederländischen *Hoge Raad* sowie der britischen Verwaltung bei NIJKEUTER/DE WILDE, *Freedoms*, EC Tax Review 2013, S. 255; HEMELS/ROMPEN/SMET/DE WAELE/ADFELDT/BREUNINGER/ERNST/CARPENTIER/MOSTAFAVI, *Freedom*, EC Tax Review 2010, S. 28.

²²³ Vgl. BFH vom 26.11.2008, I R 7/08, IStR 2009, S. 244.

²²⁴ EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924.

greife.²²⁵ Die *Itelcar*-Entscheidung hat diese Einschätzung bestätigt.²²⁶ In seiner Entscheidung in der Rechtssache *Kronos International* geht der EuGH sogar noch einen Schritt weiter. Die tatsächliche Höhe der Beteiligung im Drittstaatenkontext müsse außer Betracht bleiben, da sich eine im Mitgliedstaat ansässige Gesellschaft unabhängig von der Beteiligungshöhe auf Art. 63 AEUV berufen könne.²²⁷ Weil insoweit von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden muss, kann an der anderslautenden Verwaltungsmeinung nicht festgehalten werden.²²⁸

Mit der faktischen Ausweitung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit bei neutralen Normen wird dem Problem des abnehmenden Grundfreiheitschutz mit steigender Intensität des Engagements entgegengetreten.²²⁹ Nicht zuletzt spricht auch die *stand still*-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV für einen Schutz von Kontrollbeteiligungen in Drittstaatenfällen durch die Kapitalverkehrsfreiheit. Anderenfalls dürften nach dieser Norm Beschränkungen bei Direktinvestitionen im Drittstaatenkontext bestehen bleiben, obwohl der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht eröffnet wäre.²³⁰

Allerdings fehlt die letzte Konsequenz, da weiterhin bei Normen, die ausschließlich Kontrollbeteiligungen erfassen, die Kapitalverkehrsfreiheit von der Niederlassungsfreiheit verdrängt werden soll.²³¹ Diese Schlussfolgerung vermag schon dogmatisch nicht vollends zu überzeugen. Unklar ist nämlich, wie eine Grundfreiheit, deren Tatbestand nicht betroffen ist, eine andere tatbestandlich verwirklichte Grundfreiheit verdrängen soll.²³² Auch sprechen die Gründe für den Verzicht auf die Prüfung der konkreten Beteiligungsverhältnisse in Drittstaatenkonstellationen nicht dagegen. Der Vertrag enthalte keine Ansatzpunkte dahingehend, Kontrollbeteiligungen vom Anwendungsbereich der Freiheit des Kapitalverkehrs generell auszunehmen.²³³

²²⁵ Vgl. EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 99.

²²⁶ Vgl. EuGH vom 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, IStR 2013, S. 871, Rz. 23.

²²⁷ Vgl. EuGH vom 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International*, IStR 2014, S. 724, Rz. 41.

²²⁸ So auch PATZNER/NAGLER, Drittstaatenwirkung, IStR 2013, S. 533 f.; WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2970; RIBBROCK, BB-Kommentar zu EuGH vom 11.09.2014, BB 2014, S. 2600.

²²⁹ Vgl. HINDELANG, Freiheitsverbürgung, IStR 2010, S. 445; CORDEWENER/KOFLER/SCHINDLER, Capital, ET 2007, S. 374.

²³⁰ Vgl. EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 101 ff.; KAHLER, Abgrenzung, ISR 2013, S. 62; WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2970.

²³¹ Vgl. HINDELANG, Behandlung, IStR 2013, S. 80; MÖRWALD/NREKA, Reichweite, EWS 2014, S. 79; WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2970.

²³² Vgl. HINDELANG, Behandlung, IStR 2013, S. 80; zustimmend WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2970. Siehe auch GOSCH/SCHÖNFELD, Kapitalverkehrsfreiheit und Drittstaaten, IStR 2015, S. 757, die einräumen, dass man das Ergebnis „methodisch zwar etwas merkwürdig“ finden mag.

²³³ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts JÄÄSKINEN vom 19.07.2012 in der Rechtssache C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2012, 81502, Rz. 115; in diese Richtung dann auch EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 102; zustimmend HINDELANG, Behandlung, IStR 2013, S. 80; KAHLER, Abgrenzung, ISR 2013, S. 63.

Zudem sei im Verhältnis zu Drittstaaten schlicht keine andere Grundfreiheit anwendbar.²³⁴ Beide Gründe könnten auch als Rechtfertigung dafür herhalten, bei Normen, die ausschließlich auf Kontrollbeteiligungen abstellen, die Kapitalverkehrsfreiheit im Drittstaatenkontext anzuwenden.²³⁵

Aber auch hier kann der konkrete Lebenssachverhalt nur dann eine Rolle spielen, wenn nicht bereits aus dem Gegenstand der Norm folgt, dass sie ausschließlich eine Grundfreiheit betrifft. Stellt eine Norm bspw. nur auf vermögensverwaltende Gesellschaften ab, macht es keinen Unterschied, ob der Anteilseigner eine Kontrollbeteiligung hält oder nicht. Es ist ausschließlich die Kapitalverkehrsfreiheit tangiert. Ein Abstellen auf die konkret verwirklichte Beteiligungshöhe erübrigt sich somit in diesen Fällen.

c) Einschränkungen des Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit

aa) *Stand still*-Klausel des Art. 64 Abs. 1 AEUV

Ungeachtet der Geltung der Kapitalverkehrsfreiheit über das Gebiet der EU-/EWR-Staaten hinaus, enthält Art. 64 Abs. 1 AEUV die Erlaubnis, Beschränkungen im Zusammenhang mit Direktinvestitionen, der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen und der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten im Hinblick auf Drittstaaten, soweit diese Beschränkungen bereits seit dem 31.12.1993 im nationalen Recht bestehen, aufrechtzuerhalten. Nach der Rechtsprechung des EuGH soll die Begriffsauslegung in Anlehnung an die Nomenklatur im Anhang der EG-Kapitalverkehrs-Richtlinie²³⁶ erfolgen, der insoweit Hinweisscharakter zukommt.²³⁷

Danach sind unter Direktinvestitionen „Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum

²³⁴ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts JÄÄSKINEN vom 19.07.2012 in der Rechtssache C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2012, 81502, Rz. 115; Schlussanträge des Generalanwalts VILALÓN vom 07.11.2013 in der Rechtssache C-47/12, *Kronos International*, BeckRS 2013, 82146, Rz. 56 mit Verweis auf EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 97 ff.; in diese Richtung schon EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 29, 31.

²³⁵ In diese Richtung WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2970.

²³⁶ Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. Nr. L 178, S. 5.

²³⁷ Vgl. EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 178 ff.; EuGH vom 20.05.2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, IStR 2008, S. 435, Rz. 100; EuGH vom 23.10.2007, C-112/05, *Kommission/Deutschland*, NJW 2007, S. 3481, Rz. 18; EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 33 f.

Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind“²³⁸, zu verstehen. Wie der EuGH in seinem Urteil²³⁹ und zuvor noch deutlicher Generalanwalt MENDOZZI in seinen Schlussanträgen²⁴⁰ zur Rechtssache *Wagner-Raith* bestätigte, hat die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache *VBV-Vorsorgekasse*²⁴¹, in der der Gerichtshof den Erwerb von Anteilsscheinen an einem Investmentfonds ohne nähere Ausführungen als Direktinvestition bezeichnet hatte, über den Einzelfall hinaus keine Auswirkung auf diese Auslegung.²⁴²

Da sich gerade das Steuerrecht stetig wandelt, ist besonders wichtig, ob eine nationale Vorschrift bereits zum 31.12.1993 bestanden hat. Für die Beantwortung dieser Fragestellung sind die nationalen Gerichte zuständig.²⁴³ Der EuGH hat aber die Kriterien für die Auslegung vorgegeben.²⁴⁴ Auch nach dem Stichtag erlassene Normen können nach dem EuGH von Art. 64 Abs. 1 AEUV erfasst sein.²⁴⁵ Eine Anwendung der *stand still*-Klausel sei möglich, wenn die in Rede stehende Vorschrift im Wesentlichen mit einer früheren Norm übereinstimmt oder ein Hindernis nach der alten Rechtslage vermindert oder beseitigt.²⁴⁶ Nach Auffassung des EuGH muss die Beschränkung seit dem 31.12.1993 ununterbrochen Teil der nationalen Rechtsordnung gewesen sein.²⁴⁷ Nicht von Art. 64 Abs. 1 AEUV gedeckt sind Beschränkungen durch Regelungen, welche auf einem anderen Grundgedanken beruhen und neue Verfahren einführen.²⁴⁸

²³⁸ EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 181.

²³⁹ EuGH vom 21.05.2015, C-560/13, *Wagner-Raith*, IStR 2015, S. 516.

²⁴⁰ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts MENDOZZI vom 18.12.2014, C-560/13, *Wagner-Raith*, BeckRS 2014, 82760, Rz. 83 ff.

²⁴¹ Vgl. EuGH vom 07.06.2012, C-39/11, *VBV-Vorsorgekasse*, BeckRS 2012, 81170, Rz. 21.

²⁴² In BFH vom 06.08.2013, VIII R 39/12, IStR 2014, S. 296, Rz. 91 ff., waren entsprechende Zweifel geäußert worden. KAMMETER, Anmerkungen zu den Schlussanträgen Wagner-Raith, ISR 2015, S. 59, bezeichnet die Auffassung des EuGH in der genannten Rechtssache als „schlicht falsch“.

²⁴³ Vgl. EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 40.

²⁴⁴ Vgl. EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 40.

²⁴⁵ Vgl. EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 41; EuGH vom 18.12.2007, C-101/05, *A*, IStR 2008, S. 66, Rz. 49; EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 192.

²⁴⁶ Vgl. EuGH vom 24.05.2007, C-157/05, *Holböck*, DStRE 2008, S. 24, Rz. 41; EuGH vom 18.12.2007, C-101/05, *A*, IStR 2008, S. 66, Rz. 49; EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 192.

²⁴⁷ Vgl. EuGH vom 18.12.2007, C-101/05, *A*, IStR 2008, S. 66, Rz. 48.

²⁴⁸ Vgl. EuGH vom 01.06.1999, C 302/97, *Konle*, EuZW 1999, S. 635, Rz. 53; EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 192.

bb) Weitere potenzielle Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit auf Tatbestandsebene

Die skizzierte Ausweitung des Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit soll Drittstaatsangehörigen nicht die Möglichkeit geben, sich quasi „durch die Hintertür“ auf die Niederlassungsfreiheit berufen können.²⁴⁹ Betrifft die fragliche Regelung des Mitgliedstaates die Voraussetzungen des Marktzugangs einer Gesellschaft, soll eine solche Gefahr nach Auffassung des EuGH gegeben sein.²⁵⁰

Momentan besteht im Hinblick auf das Marktzugangskriterium allerdings noch erhebliche Unsicherheit.²⁵¹ Das liegt auch daran, dass der EuGH bisher eine Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit aus diesem Grund noch nicht verneint hat. Insoweit wird die zukünftige Entwicklung abzuwarten sein. Sicher ist aber zumindest die Eröffnung des Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit bei Portfoliobeteiligungen.²⁵² Auf Basis der EuGH-Rechtsprechung sollte dies auch für jegliche *Inbound*-Fälle gelten.²⁵³

d) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Die Grundfreiheiten entfalten ein umfassendes Diskriminierungsverbot, welches jegliche offene Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet.²⁵⁴ Ein Verbot der Inländerdiskriminierung lässt sich den Grundfreiheiten hingegen nicht entnehmen.²⁵⁵ Bei Gesellschaften tritt an die Stelle der Staatsangehörigkeit der Sitz der Gesellschaft, mit welchem die Zugehörigkeit zur Rechtsordnung eines Staates bestimmt werden kann.²⁵⁶ Insoweit wird dann auch von einer verdeckten Diskriminierung gesprochen.²⁵⁷ Im Sitz einer Gesellschaft kann allerdings durchaus ein Differenzierungskriterium gesehen werden, nach dem eine Ungleichbehandlung nicht zugleich eine unionsrechtlich relevante Diskriminierung darstellen muss.²⁵⁸ Das

²⁴⁹ Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts JÄÄSKINEN vom 19.07.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2012, 81502, Rz. 122.

²⁵⁰ Vgl. EuGH vom 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, S. 924, Rz. 100; EuGH vom 03.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, IStR 2013, S. 871, Rz. 24; EuGH vom 11.09.2014, C-47/12, *Kronos International*, BB 2014, S. 2592, Rz. 54; EuGH vom 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, IStR 2014, S. 334, Rz. 33.

²⁵¹ Vgl. WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2971 f., mit umfassender Diskussion und m. w. N.

²⁵² Ebenso WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2972.

²⁵³ Gl. A. WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2972.

²⁵⁴ Vgl. EuGH vom 11.03.2010, C-384/08, *Attanasio Group*, Slg. 2010, S. I-02055; REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.153.

²⁵⁵ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.161.

²⁵⁶ Vgl. EuGH vom 22.12.2008, C-284/07, *Truck Center*, Slg. 2008, S. I-10788, Rz. 32; KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 497.

²⁵⁷ Vgl. REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.154, auch zu anderen Kriterien, die zu einer verdeckten Diskriminierung führen können.

²⁵⁸ Vgl. EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837, Rz. 37; KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498.

geht aber nicht so weit, als jede steuerliche Ungleichbehandlung mit dem Sitz der Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat gerechtfertigt werden könnte.²⁵⁹

Daneben enthalten die Grundfreiheiten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch ein Beschränkungsverbot. Eine Beschränkung liegt bei einer nationalen Norm dann vor, wenn sie die Ausübung der Grundfreiheiten verbietet, behindert oder weniger attraktiv macht.²⁶⁰ Betroffen sind sowohl *Inbound*- als auch *Outbound*-Sachverhalte.²⁶¹ Würde man dieses Verbot in seiner Reinform und damit auch auf diskriminierungsfreie Regelungen anwenden, würde der Bereich der direkten Steuern einer sehr weitreichenden Kontrolle ausgesetzt sein.²⁶² Der EuGH spricht zwar oftmals von einer Beschränkung, verwendet den Begriff im Bereich der direkten Steuern allerdings nicht in einem engen Sinne.²⁶³ Vielmehr geht es im Ergebnis stets um die Ungleichbehandlung von inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten.²⁶⁴ Der Begriff Beschränkung fungiert insoweit als Oberbegriff für Diskriminierungen und sonstige Beschränkungen.²⁶⁵

e) Vergleichbarkeit

Für die Feststellung einer Beschränkung i. w. S. muss stets eine objektive Vergleichbarkeit des innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Sachverhalts gegeben sein.²⁶⁶ Dieses Erfordernis ist allerdings in jüngerer Vergangenheit immer weiter in den Hintergrund gerückt.²⁶⁷ Die Rechtsprechung des EuGH ist dabei auch insoweit uneinheitlich, als insb. bei der Prüfung einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs die Vergleichbarkeit erst auf der Rechtfertigungsebene eine Rolle spielt, während sie im Bereich der Niederlassungsfreiheit oftmals (aber nicht immer)

²⁵⁹ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 18; EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837, Rz. 37.

²⁶⁰ Vgl. z. B. EuGH vom 16.07.1998, C-264/96, *ICI*, Slg. 1998, S. I-4695, Rz. 21; EuGH vom 06.12.2007, C-298/05, *Columbus Container*, IStR 2008, S. 63, Rz. 33; EuGH vom 23.10.2008, C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, IStR 2008, S. 769, Rz. 29.

²⁶¹ Vgl. KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498.

²⁶² Vgl. KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498; Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT vom 28.10.2004, C-134/03, *Viacom Outdoor*, BeckEuRS 2004, 395461, Rz. 58-67.

²⁶³ Vgl. dazu REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.42.

²⁶⁴ Vgl. KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498.

²⁶⁵ Die Begriffswahl lässt sich mit dem Wortlaut der Regelungen über die Grundfreiheiten erklären, die in erster Linie auf Beschränkungen abstellen. Vgl. zum Ganzen KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498; siehe auch REIMER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 7.40.

²⁶⁶ Lediglich bei Diskriminierungen, die unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, ist stets von einer Diskriminierung auszugehen. Insoweit ist auch die Rechtfertigungsprüfung strenger, als ausschließlich die geschriebenen Rechtfertigungsgründe tauglich sind. Vgl. EuGH vom 21.01.2010, C-546/07, *Kommission/Deutschland*, EuZW 2010, S. 217, Rz. 40, 47; KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 497.

²⁶⁷ Vgl. ENGLISCH, *Nordea Bank*, IStR 2014, S. 561; Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT vom 13.03.2014, C-375/98, *Nordea Bank*, IStR 2014, S. 257, Rz. 22 ff.; kritisch SCHULZ-TRIEGLAFF, Abschied, IStR 2014, S. 397.

auf Tatbestandsebene geprüft wird.²⁶⁸ Praktische Unterschiede sollten sich trotz systematischer Schwächen nicht ergeben.²⁶⁹

Im Bereich der internationalen Dividendenbesteuerung bei hier interessierenden *Outbound*-Fällen ist der EuGH bisher stets von vergleichbaren Situationen ausgegangen.²⁷⁰ Grds. kann es dabei auch nicht auf das Steuerniveau auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaft ankommen.²⁷¹ Es sind allerdings Überlegungen dahingehend geäußert worden, bei fehlender Vorbelastung eine Vergleichbarkeit zu verneinen.²⁷² In der Rechtssache *Cadbury Schweppes* zur britischen Hinzurechnungsbesteuerung hat der EuGH die objektive Vergleichbarkeit jedoch überhaupt nicht problematisiert, sondern implizit angenommen, obwohl das vorlegende Gericht explizit danach gefragt hatte.²⁷³ Denkbar – aber nicht gesichert – wäre zumindest, im Drittstaatenkontext eine fehlende Vergleichbarkeit anzunehmen, wenn der dortige Körperschaftsteuersatz deutlich unter dem niedrigsten innerhalb der EU liegt.²⁷⁴

f) Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit

Beschränkungen der Grundfreiheiten sind nicht *per se* als rechtswidrig einzustufen. Vielmehr können sie im Bereich des Steuerrechts durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.²⁷⁵ Als nicht tauglich verworfen hat der EuGH bisher regelmäßig die fehlende Harmonisierung der Steuersysteme²⁷⁶, Steuermindereinnahmen bzw. Mehrbelastungen

²⁶⁸ Vgl. KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 498 ff.; ENGLISCH, Nordea Bank, IStR 2014, S. 561.

²⁶⁹ Ebenso KOKOTT/OST, Europäische Grundfreiheiten, EuZW 2011, S. 500.

²⁷⁰ Vgl. EuGH vom 07.09.2004, C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, S. I-749, Rz. 37; EuGH vom 12.12.2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, BeckRS 2006, 70965, Rz. 62; EuGH vom 10.02.2011, C-436/08, 437/08, *Haribo Lakritzen*, BeckRS 2011, 80119, Rz. 59.

²⁷¹ Ebenso SCHÖN, Hinzurechnungsbesteuerung, IStR Beihefter 2013, S. 6.

²⁷² Vgl. DESENS, Korrespondenzregel, IStR 2014, S. 830 f.; dazu auch SCHÖN, Hinzurechnungsbesteuerung, IStR Beihefter 2013, S. 4 ff.

²⁷³ Vgl. EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 26.

²⁷⁴ So SCHÖN, Hinzurechnungsbesteuerung, IStR Beihefter 2013, S. 21 f.

²⁷⁵ Die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV spielen im Bereich des Steuerrechts keine Rolle. Vgl. dazu LEHNER, in: KESSLER/KRÖNER/KÖHLER, Konzernsteuerrecht, 2008, § 6 Rz. 55.

²⁷⁶ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, 270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 24; EuGH vom 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, S. I-249, Rz. 11; EuGH vom 21.09.1999, C-307/97, *Saint-Gobain*, Slg. 1999, S. I-6161, Rz. 58; EuGH vom 26.10.1999, C-294/97, *Eurowings*, Slg. 1999, S. I-7447, Rz. 33.

durch die Beseitigung von Diskriminierungen oder Beschränkungen²⁷⁷, die fehlende Reziprozität in anderen Mitgliedstaaten²⁷⁸, andere wirtschaftliche Gründe²⁷⁹, die Absicht, Anreize für Investitionen zu schaffen²⁸⁰, die freiwillige Inkaufnahme steuerlicher Nachteile²⁸¹, existierende Billigkeits- und Ermessensmaßnahmen zur Abwendung von Beschränkungen²⁸², die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit²⁸³ und die Saldierung mit steuerlichen Vorteilen aus der Anwendung anderer Vorschriften ohne inneren Zusammenhang.²⁸⁴

Der Grundsatz der Kohärenz des innerstaatlichen Steuersystems vermag hingegen eine grundfreiheitliche Beschränkung bzw. Diskriminierung zu rechtfertigen, wenn eine belastende Steuerregelung in Zusammenhang mit einer entlastenden Regelung steht und im grenzüberschreitenden Fall die Gefahr besteht, dass der Steuerpflichtige lediglich die entlastende Regelung in Anspruch nimmt.²⁸⁵ Der EuGH hat dabei die Grenzen für eine mögliche Rechtfertigung recht eng gezogen, als er auf einen unmittelbaren Zusammenhang des Steuervorteils und des korrespondierenden Steuernachteils abgestellt hat.²⁸⁶ Zudem muss nach der älteren Rechtsprechung

²⁷⁷ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 25; EuGH vom 16.07.1998, C-264/96, *ICI*, Slg. 1998, S. I-4695, Rz. 28; EuGH vom 21.09.1999, C-307/97, *Saint-Gobain*, Slg. 1999, S. I-6161, Rz. 50 f.; EuGH vom 06.06.2000, C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, S. I-4071, Rz. 59; EuGH vom 08.03.2001, C-410/98, *Metallgesellschaft u. a.*, Slg. 2001, S. I-1727, Rz. 59; EuGH vom 03.10.2002, C-136/00, *Danner*, Slg. 2002, S. I-8147, Rz. 56; EuGH vom 21.11.2002, C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, S. I-10829, Rz. 50; EuGH vom 12.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002, S. I-11779, Rz. 36; EuGH vom 12.12.2002, C-385/00, *de Groot*, Slg. 2002, S. I-11819, Rz. 103; EuGH vom 18.09.2003, C-168/01, *Bosal Holding*, Slg. 2003, S. I-9409, Rz. 42; EuGH vom 11.03.2004, C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, S. I-2409, Rz. 60; EuGH vom 15.07.2004, C-315/02, *Lenz*, Slg. 2004, S. I-7063, Rz. 40; EuGH vom 15.09.2005, C-464/02, *Kommission/Dänemark*, Slg. 2005, S. I-7929, Rz. 80; EuGH vom 14.09.2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Slg. 2006, S. I-8203, Rz. 59; EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, S. I-10837, Rz. 44; EuGH vom 06.03.2007, C-292/04, *Meilicke u. a.*, Slg. 2007, S. I-1835, Rz. 30.

²⁷⁸ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 26.

²⁷⁹ Vgl. EuGH vom 14.11.1995, C-484/93, *Svensson und Gustavsson*, Slg. 1995, S. I-3955, Rz. 15; EuGH vom 06.06.2000, C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, S. I-4071, Rz. 48.

²⁸⁰ Vgl. EuGH vom 06.06.2000, C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, S. I-4071, Rz. 47 f.

²⁸¹ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 22.

²⁸² Vgl. EuGH vom 08.05.1990, C-175/88, *Biehl*, Slg. 1990, S. I-1779, Rz. 17 f.; EuGH vom 14.02.1995, C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, S. I-225, Rz. 56 f.

²⁸³ Vgl. EuGH vom 26.06.2003, C-422/01, *Skandia*, Slg. 2003, S. I-6817, Rz. 58.

²⁸⁴ Vgl. EuGH vom 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 21; EuGH vom 13.07.1993, C-330/91, *Commerzbank*, Slg. 1993, S. I-4038, Rz. 19; EuGH vom 27.06.1996, C-107/94, *Asscher*, Slg. 1996, S. I-3089, Rz. 53; EuGH vom 21.09.1999, C-307/97, *Saint-Gobain*, Slg. 1999, S. I-6161, Rz. 53; EuGH vom 26.10.1999, C-294/97, *Eurowings*, Slg. 1999, S. I-7447, Rz. 40 ff.; EuGH vom 06.06.2000, C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, S. I-4071, Rz. 61; EuGH vom 12.12.2002, C-385/00, *de Groot*, Slg. 2002, S. I-11819, Rz. 97; EuGH vom 23.02.2006, C-471/04, *Keller Holding*, DStR 2006, S. 414, Rz. 40; EuGH vom 18.07.2007, C-182/06, *Lakebrink*, Slg. 2007, S. I-6705, Rz. 23.

²⁸⁵ Vgl. EuGH vom 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, S. I-249, Rz. 21 ff.; EuGH vom 28.01.1992, C-300/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, S. I-314, Rz. 14; EuGH vom 07.09.2004, C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, S. I-7498, Rz. 42; EuGH vom 14.11.1995, C-484/93, *Svensson und Gustavsson*, Slg. 1995, S. I-3971, Rz. 18; EuGH vom 27.06.1996, C-107/94, *Asscher*, Slg. S. I-3113, Rz. 58; EuGH vom 28.10.1999, C-55/98, *Verstergaard*, Slg. 1999, S. I-7657, Rz. 24; EuGH vom 21.11.2002, C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, S. I-10829, Rz. 52; EuGH vom 23.10.2008, C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, IStR 2008, S. 769, Rz. 41 ff.

²⁸⁶ Vgl. EuGH vom 07.09.2004, C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, S. I-749, Rz. 42; EuGH vom 14.11.1995, C-484/93, *Svensson und Gustavsson*, Slg. 1995, S. I-3971, Rz. 18; EuGH vom 27.06.1996, C-107/94, *Asscher*, Slg. S. I-3113, Rz. 58; EuGH vom 28.10.1999, C-55/98, *Verstergaard*, Slg. 1999, S. I-7657, Rz. 24; EuGH

die be- und entlastende Regelung stets denselben Steuerpflichtigen betreffen.²⁸⁷ Dieses Erfordernis hat der EuGH allerdings erstmals in der Rechtssache *Manninen* gelockert, als er im Bereich der internationalen Dividendenbesteuerung eine subjektübergreifende Sichtweise eingenommen hat.²⁸⁸ Diese Sichtweise hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Papillon*²⁸⁹ fortgeführt.²⁹⁰ In späteren Verfahren, in denen Mitgliedstaaten im Rahmen der Kohärenz-Prüfung eine Gesamtbetrachtung forderten, lehnte der EuGH den Rechtfertigungsgrund bereits mangels unmittelbaren Zusammenhangs ab.²⁹¹ Auch in der jüngst entschiedenen Rechtssache *Familienprivatstiftung Eisenstadt*²⁹² war dies der Fall, wobei explizit auf das Erfordernis der Steuersubjektidentität hingewiesen wurde. Insgesamt verbleibt in diesem Punkt somit eine gewisse Unsicherheit.

Als weiteren Rechtfertigungsgrund hat der EuGH die Verhinderung von Steuerumgehungen anerkannt. Dabei folgt der Gerichtshof einem engen Missbrauchsverständnis. Explizit nicht um eine missbräuchliche Gestaltung handelt es sich z. B. bei der Erlangung eines steuerlichen Vorteils.²⁹³ Vielmehr taugt lediglich die Bekämpfung künstlicher Gestaltungen ohne wirtschaftliche Substanz zur Rechtfertigung.²⁹⁴ Weil sich der EuGH bei dieser Eingrenzung am Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit orientiert, könnte man auch mit guten Gründen davon ausgehen, dass es sich weniger um einen Rechtfertigungsgrund, sondern vielmehr um eine tatbestandsimmanente Schranke handelt.²⁹⁵ Nationalen Missbrauchsvermeidungsvorschriften häufig immanente Typisierungen erkennt der EuGH in jüngerer Vergangenheit grds. an.²⁹⁶ Es muss dem Steuerpflichtigen aber die Möglichkeit zugebilligt werden, die Missbrauchsvermutung mittels Nachweis über tatsächliche wirtschaftliche Gründe zu entkräften.²⁹⁷

vom 21.11.2002, C-436/00, *X und Y*, Slg. 2002, S. I-10829, Rz. 52; EuGH vom 23.10.2008, C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee*, IStR 2008, S. 769, Rz. 42.

²⁸⁷ Vgl. EuGH vom 28.01.1992, C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, S. I-249, Rz. 21 ff.; EuGH vom 28.01.1992, C-300/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, S. I-314, Rz. 14 ff.

²⁸⁸ Vgl. EuGH vom 07.09.2004, C-319/02, *Manninen*, Slg. 2004, S. I-7498, Rz. 45; dazu RUST, *Renaissance der Kohärenz*, EWS 2004, S. 452; KOKOTT/OST, *Europäische Grundfreiheiten*, EuZW 2011, S. 501.

²⁸⁹ EuGH vom 27.11.2008, C-418/07, *Papillon*, IStR 2009, S. 66, Rz. 44 ff.

²⁹⁰ Siehe dazu auch KOKOTT/OST, *Europäische Grundfreiheiten*, EuZW 2011, S. 502.

²⁹¹ Vgl. z. B. EuGH vom 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, IStR 2014, S. 334, Rz. 90 ff.

²⁹² Vgl. EuGH vom 17.09.2015, C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, BeckRS 2015, 81155, Rz. 83.

²⁹³ Vgl. EuGH vom 17.09.2015, C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, BeckRS 2015, 81155, Rz. 76; EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 49; siehe auch bereits EuGH vom 28.01.1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*, Slg. 1986, S. 273, Rz. 21.

²⁹⁴ Vgl. EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 51; 55; EuGH vom 17.09.2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*, IStR 2009, S. 691, Rz. 89.

²⁹⁵ Vgl. dazu AXER, *Zukunft der Hinzurechnungsbesteuerung*, IStR 2007, S. 164.

²⁹⁶ Vgl. EuGH vom 12.12.2002, C-324/00, *Lankhorst-Horhorst*, Slg. 2002, S. I-11779, Rz. 37; EuGH vom 16.07.1998, C-264/96, *ICI*, Slg. 1998, S. I-4695, Rz. 26; EuGH vom 11.03.2004, C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, S. I-2409, Rz. 51; EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, DStR 2005, S. 2168, Rz. 57; EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 51.

²⁹⁷ Vgl. EuGH vom 12.09.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, EWS 2006, S. 461, Rz. 70.

Auch die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle ist grds. anerkannt, wobei es um die Möglichkeit der Überprüfung der für die Besteuerung relevanten Sachverhalte geht.²⁹⁸ Aufgrund des Bestehens der Amtshilferichtlinie und der Beitreibungsrichtlinie ist dieser Rechtfertigungsgrund im EU-Kontext allerdings weitgehend wirkungslos, da die sich aus den eben genannten Richtlinien ergebenden Kontrollmöglichkeiten aus Sicht des EuGH als ausreichend angesehen werden. Im Drittstaatenkontext kann sich dies anders verhalten.²⁹⁹ Besteht jedoch ein Abkommen über gegenseitige Amtshilfe, so wird auch insoweit eine Berufung auf die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle ausscheiden.³⁰⁰

In der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten sieht der EuGH ebenso ein legitimes Ziel, welches Beschränkungen rechtfertigen zu vermag.³⁰¹ Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang auch stets darauf hin, dass die Mitgliedstaaten wegen der fehlenden Harmonisierung des direkten Steuerrechts die Befugnis haben, Kriterien insb. für die Vermeidung der Doppelbesteuerung vertraglich oder einseitig zu regeln.³⁰² Eine Rechtfertigung mit der ausgewogenen Aufteilung der Steuerhoheit kann u. a. gelingen, wenn mit der beschränkenden Norm Verhaltensweisen verhindert werden sollen, die geeignet sind, das Besteuerungsrecht eines Mitgliedstaats auf seinem Territorium zu gefährden.³⁰³ Im Bereich der Dividenden- und Fondsbesteuerung lehnt der EuGH eine Berufung auf diesen Rechtfertigungsgrund stets ab, wenn der betreffende Mitgliedstaat durch innerstaatliche Maßnahmen (Dividendenfreistellung, Steuerbefreiung inländischer Fonds) oder abkommensrechtliche Regelungen auf seine Besteuerungsbefugnis freiwillig verzichtet hat.³⁰⁴ Gleiches gilt, wenn im *Outbound*-Fall keine Gefahr der Verlagerung von Steuersubstrat ins Ausland besteht.³⁰⁵

²⁹⁸ Vgl. statt vieler nur EuGH vom 09.10.2014, C-326/12, *van Caster*, IStR 2014, S. 808, Rz. 47.

²⁹⁹ Vgl. EuGH vom 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, IStR 2014, S. 334, Rz. 83; EuGH vom 18.12.2007, C-101/05, *A*, IStR 2008, S. 66.

³⁰⁰ Vgl. EuGH vom 10.02.2011, C-436, 437/08, *Haribo Lakritzen*, BeckRS 2011, 80119.

³⁰¹ Vgl. EuGH vom 23.01.2014, C-164/12, *DMC*, IStR 2014, S. 106, Rz. 46; EuGH vom 29.11.2011, C-371/10, *National Grid Indus*, IStR 2012, S. 27, Rz. 45; EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, DStR 2005, S. 2168, Rz. 45; EuGH vom 07.09.2006, C-470/04, *N*, IStR 2006, S. 702, Rz. 42; EuGH vom 18.07.2007, C-231/05, *Oy AA*, IStR 2007, S. 631, Rz. 51, 53; EuGH vom 15.05.2008, C-414/06, *Lidl Belgium*, IStR 2008, S. 400, Rz. 31.

³⁰² Vgl. EuGH vom 23.01.2014, C-164/12, *DMC*, IStR 2014, S. 106, Rz. 47; EuGH vom 29.11.2011, C-371/10, *National Grid Indus*, IStR 2012, S. 27, Rz. 45; EuGH vom 07.09.2006, C-470/04, *N*, IStR 2006, S. 702, Rz. 44.

³⁰³ Vgl. EuGH vom 18.06.2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, IStR 2009, S. 499, Rz. 66; EuGH vom 17.09.2015, C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, BeckRS 2015, 81155, Rz. 70; EuGH vom 23.01.2014, C-164/12, *DMC*, IStR 2014, S. 106, Rz. 49; EuGH vom 18.07.2007, C-231/05, *Oy AA*, IStR 2007, S. 631, Rz. 54.

³⁰⁴ Vgl. EuGH vom 10.04.2014, C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, IStR 2014, S. 334, Rz. 99; EuGH vom 10.05.2012, C-338/11 bis C-347/11, *FIM Santander u. a.*, IStR 2012, S. 432, Rz. 48; EuGH vom 18.06.2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, IStR 2009, S. 499, Rz. 67; EuGH vom 08.11.2007, C-379/05, *Amurta*, IStR 2007, S. 854, Rz. 59; EuGH vom 20.10.2011, C-284/09, *Kommission/Deutschland*, IStR 2011, S. 840, Rz. 78; EuGH vom 17.09.2015, C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, BeckRS 2015, 81155, Rz. 71.

³⁰⁵ Vgl. EuGH vom 10.02.2011, C-436, 437/08, *Haribo Lakritzen*, BeckRS 2011, 80119, Rz. 123 f.

Ferner ist als Rechtfertigungsgrund die Vermeidung der doppelten Verlustberücksichtigung vom EuGH anerkannt, welcher allerdings stets in Zusammenhang mit anderen Rechtfertigungsgründen wie der Missbrauchsvermeidung oder der Wahrung der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis geprüft wird.³⁰⁶

Auch wenn eine Beschränkung der Grundfreiheit(en) grds. durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, so darf sie darüber hinaus nicht unverhältnismäßig erfolgen. In ständiger Rechtsprechung macht der EuGH von diesem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Gebrauch.³⁰⁷ Danach muss die Beschränkung in Form einer nationalen Regelung einerseits geeignet sein, die Verwirklichung des von ihr verfolgten Zwecks zu gewährleisten.³⁰⁸ Andererseits dürfen die Maßnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist.³⁰⁹

2. Sekundärrecht

Vorgaben für die Dividendenbesteuerung im Bereich des sekundären Gemeinschaftsrechts finden sich vor allem in der Mutter-Tochter-Richtlinie. Dabei handelt es sich um einen der wenigen Sekundärrechtsakte betreffend die direkten Steuern.³¹⁰ Die Richtlinie zielt darauf, grenzüberschreitende Mutter-Tochter-Verhältnisse im Binnenmarkt zu erleichtern, indem die wirtschaftliche und juristische Doppelbesteuerung vermieden wird.³¹¹ Grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen³¹² unterliegen nicht der Quellensteuer und werden bei der Muttergesellschaft entweder freigestellt oder die indirekte Steueranrechnung wird ermöglicht.³¹³ Deutschland hat die Vorgaben der Richtlinie in § 8b KStG, § 9 Nr. 7 Satz 1 2. Halbsatz GewStG sowie § 43b EStG umgesetzt.³¹⁴

³⁰⁶ Vgl. EuGH vom 13.12.2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, DStR 2005, S. 2168, Rz. 47. Im Zusammenhang mit der Dividendenbesteuerung ist die Vermeidung einer doppelten Verlustnutzung regelmäßig nicht einschlägig, so dass sich nähere Ausführungen erübrigen.

³⁰⁷ Vgl. allgemein zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz BAHNS/BRINKMANN/GLÄSER/SEDLACZEK, in: VON DER GROEBEN/SCHWARZE/HATJE, Europäisches Unionsrecht, 2015, Vor Art. 110-113 AEUV Rz. 80 ff.; im Detail CORDEWENER, Europäische Grundfreiheiten, 2002, S. 70 ff.

³⁰⁸ Vgl. z. B. EuGH vom 31.03.1993, C-19/92, *Kraus*, NVwZ 1993, S. 661, Rz. 32; EuGH vom 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, NJW 1996, S. 579, Rz. 37.

³⁰⁹ Vgl. z. B. EuGH vom 31.03.1993, C-19/92, *Kraus*, NVwZ 1993, S. 661, Rz. 32; EuGH vom 30.11.1995, C-55/94, *Gebhard*, NJW 1996, S. 579, Rz. 37.

³¹⁰ Vgl. WATRIN/EBERHARDT, Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit, BB 2014, S. 2967.

³¹¹ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Einleitung Rz. 2; KOFLER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.3; SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 3.65; JESSE, Richtlinien-Umsetzungsgesetz, IStR 2005, S. 151; zum Aspekt grenzüberschreitender Mutter-Tochter-Verhältnisse auch DE HOSSON, Parent-Subsidiary Directive, Intertax 1990, S. 414 f.

³¹² Zum Begriff siehe oben unter 1. Kapitel:C.I.4.

³¹³ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Einleitung Rz. 2; KOFLER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.3; SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 3.65.

³¹⁴ Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 3.66.

Der territoriale Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich auf die Mitgliedstaaten der EU.³¹⁵ Erfasst werden ausschließlich grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen.³¹⁶ Nach Art. 1 Abs. 1 MTR muss es sich sowohl bei der Mutter- als auch bei der Tochtergesellschaft um Gesellschaften eines Mitgliedstaates handeln. Der persönliche Anwendungsbereich wird in Art. 2 und 3 MTR näher bestimmt. Nach Art. 2 Buchst. a MTR muss eine Gesellschaft für die Qualifikation als Gesellschaft eines Mitgliedstaates eine der in Anhang I Teil A der MTR aufgeführten Rechtsformen aufweisen, in einem Mitgliedstaat ansässig sein und auch nicht wegen eines Doppelbesteuerungsabkommens in einem Drittstaat als ansässig gelten sowie zudem einer der in Anhang I Teil B der MTR aufgeführten Steuern oder irgendeiner Steuer, die eine dieser Steuern ersetzt, unterliegen, ohne davon befreit zu sein.³¹⁷

Notwendig ist darüber hinaus ein qualifiziertes Mutter-Tochter-Verhältnis, welches nach Art. 3 Abs. 1 MTR dann vorliegt, wenn eine Gesellschaft eines Mitgliedstaates zu mindestens 10 % am Kapital einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedstaates beteiligt ist.³¹⁸ Die Mitgliedstaaten haben gem. Art. 3 Abs. 2 MTR einerseits die Möglichkeit, bei der Umsetzung der Richtlinie auf die Stimmrechte anstatt des Kapitals abzustellen.³¹⁹ Andererseits kann optional eine Mindestbeteiligungsdauer von bis zu zwei Jahren als spezielle Maßnahme zur Verhinderung von Missbräuchen vorgesehen werden.³²⁰ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind dabei auch Ausschüttungen vor Erfüllung der Mindesthaltedauer begünstigt, wobei den Mitgliedstaaten ein großer Spielraum im Hinblick auf die Umsetzung dieser Vorgabe zugebilligt wird.³²¹

Mit Art. 1 Abs. 4 MTR enthält die Richtlinie eine allgemeine Missbrauchsklausel, nach der die Anwendung uni- oder bilateraler Vorschriften zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen, Steuerbetrug und Missbrauch ermöglicht wird.³²² Der verwendete Begriff des Missbrauchs ist ein unionsrechtlicher, der autonom auszulegen ist.³²³ Hauptanwendungsfall sind wohl Maßnahmen gegen das *Directive Shopping* durch Zwischenschaltung berechtigter Gesellschaften.³²⁴

³¹⁵ Vgl. dazu näher KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 8 ff.; zur Frage der Anwendung der Richtlinie auf gibraltarische Gesellschaften KESSLER/PHILIPP/EGELHOF, Anwendbarkeit der Mutter-Tochter-Richtlinie, IWB 2012, S. 641 ff.

³¹⁶ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 15; EuGH vom 04.06.2009, C-439/07 und C-499/07, *KBC Bank*, IStR 2009, S. 494. Zum unionsrechtlichen Begriff der Gewinnausschüttungen siehe oben unter 1. Kapitel:C.I.4.

³¹⁷ Im Rahmen der Analyse wird näher auf diese Voraussetzungen eingegangen, soweit sie Relevanz entwickeln.

³¹⁸ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 14.

³¹⁹ Vgl. zu dieser Alternative KOFLER, MTR, 2011, Art. 3 Rz. 20 ff.

³²⁰ Vgl. dazu KOFLER, MTR, 2011, Art. 3 Rz. 31 ff.

³²¹ Vgl. EuGH vom 17.10.1996, C-283/94, C-291/94 und C-292/94, *Denkavit*, BeckEuRS 1996, 212304; dazu KOFLER, MTR, 2011, Art. 3 Rz. 34 ff. m. w. N.

³²² Die Berücksichtigung von Steuerhinterziehung hat dabei rein deklaratorische Bedeutung, da in solchen Fällen regelmäßig die Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinie nicht vorliegen werden. Ebenso KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 66. Gleiches wird für Fälle des Steuerbetrugs gelten.

³²³ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 73; KOFLER, *Steuergestaltung*, 2010, S. 219 f.; TUMPEL, *Harmonisierung*, 1994, S. 286; KNOBBE-KEUK, *EC corporate tax directives*, Intertax 1992, S. 488 f.

³²⁴ Vgl. KOFLER, MTR, 2011, Art. 1 Rz. 80 ff.; KOFLER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, *Europäisches Steuerrecht*, 2015, Rz. 14.88. In Deutschland ist die allgemeine Missbrauchsklausel durch § 50d Abs. 3 EStG in nationales

Jüngst ist durch die Änderungsrichtlinie 2015³²⁵ in Art. 1 Abs. 2 und 3 MTR eine neue *De-minimis*-Missbrauchsbekämpfungsvorschrift aufgenommen worden. Ausweislich der Erwägungsgründe geht es dem Richtliniengeber dabei insb. darum, einen verpflichtenden Mindeststandard für die Missbrauchsabwehr zu schaffen und eine größere Kohärenz in der Anwendung in den Mitgliedstaaten zu schaffen.³²⁶ Eine missbräuchliche Gestaltung liegt nach der Klausel vor, wenn sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen vorgenommen wurde und ihr wesentlicher Zweck in der Erlangung eines steuerlichen Vorteils besteht.³²⁷ Die Fassung, die in die Richtlinie Eingang gefunden hat, weicht deutlich von dem ursprünglichen Vorschlag ab.³²⁸ Insb. tritt die *De-minimis*-Regelung neben die allgemeine Missbrauchsvorschrift und verdrängt diese nicht, wie angedacht, vollständig.³²⁹ Im Unterschied zu Art. 1 Abs. 4 MTR ist die neue Klausel zwingend ins nationale Recht umzusetzen.³³⁰

Durch die Änderungsrichtlinie 2014³³¹ ist mit dem Korrespondenzprinzip in Art. 4 Abs. 1 Buchst. a MTR eine weitere spezielle Missbrauchsvermeidungsnorm hinzugetreten, die sich gegen die doppelte Nichtbesteuerung bei Ausschüttungen hybrider Finanzinstrumente richtet.³³² Die Freistellung soll nicht gewährt werden, wenn die Gewinnausschüttung bei der ausschüttenden Tochtergesellschaft abgezogen werden können.³³³ Die Regelung zur indirekten Anrechnungsmethode bleibt hingegen unverändert.

Daneben kann im Grundsatz auch die Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie³³⁴ relevant werden. Jedoch wird sich ein Staat lediglich in den Fällen auf diese Richtlinie berufen, in denen er im innergemeinschaftlichen Kontext die in Rede stehenden Ausschüttungen als Zinszahlungen qualifiziert. Da sich die vorliegende Untersuchung auf Fälle begrenzt, in denen aus deutscher

Recht transformiert worden. Vgl. dazu KOFLER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.98 ff.

³²⁵ Richtlinie (EU) 2015/121 vom 27.01.2015, ABl. Nr. L 21, S. 1.

³²⁶ Siehe den 4. und 5. Erwägungsgrund der Richtlinie (EU) 2015/121 vom 27.01.2015, ABl. Nr. L 21, S. 1; dazu auch KOFLER, Seminar I, IStR 2015, S. 605.

³²⁷ Vgl. näher dazu DEBELVA/LUTS, General Anti-Abuse Rule, ET 2015, S. 224 ff.; TAVARES/BOGENSCHNEIDER, New De Minimis Anti-abuse Rule, Intertax 2015, S. 488 f.

³²⁸ Siehe dazu HAGEMANN/KAHLENBERG, Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie, IStR 2014, S. 841 ff.

³²⁹ Der jetzige Art. 1 Abs. 4 MTR sollte im ursprünglichen Vorschlag lediglich Steuerhinterziehungsfälle betreffen. Siehe dazu und zu potenziellen Folgeproblemen bei der Umsetzung ins nationale Recht HAGEMANN/KAHLENBERG, Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie, IStR 2014, S. 845 f.

³³⁰ Vgl. DEBELVA/LUTS, General Anti-Abuse Rule, ET 2015, S. 230; TAVARES/BOGENSCHNEIDER, New De Minimis Anti-abuse Rule, Intertax 2015, S. 489. Aufgrund des relativ engen Anwendungsbereichs sollte dieser Verpflichtung im deutschen Recht allerdings bereits in Gestalt von § 42 AO und besonders § 50d Abs. 3 EStG Genüge getan sein.

³³¹ Richtlinie 2014/86/EU vom 08.07.2014, ABl. Nr. L 219, S. 40.

³³² Vgl. dazu KOFLER, in: SCHAUMBURG/ENGLISCH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 14.60.

³³³ Vgl. ausführlich zum Korrespondenzprinzip unter 3. Kapitel: A.II.3.

³³⁴ Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 157, S. 49.

steuerrechtlicher Sicht eine Dividende vorliegt, kann diese Einordnung nur in Bezug auf Quellensteuern von Bedeutung sein. Letztlich macht die Anwendung der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie im Vergleich zur Mutter-Tochter-Richtlinie auf Rechtsfolgenseite aber auch nur dann einen Unterschied, wenn die Beteiligung mehr als 10 %, aber weniger als 25 % beträgt.³³⁵ In diesem Korridor findet nämlich allein die Mutter-Tochter-Richtlinie Anwendung.

Ferner sind die Amtshilferichtlinie³³⁶ sowie die Beitreibungsrichtlinie³³⁷ von Relevanz für die Dividendenbesteuerung. Beiden Richtlinien zielen auf die Herstellung einer effektiven steuerlichen Kontrolle, wobei dieses Ziel durch eine verstärkte Zusammenarbeit der Steuerverwaltungen der Mitgliedstaaten erreicht werden soll.³³⁸ Da beide Richtlinien vom EuGH im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Grundfreiheitsverstößen Berücksichtigung finden, können weitergehende Ausführungen an dieser Stelle unterbleiben.³³⁹

B. Wirtschaftliche Vorgaben

I. Entscheidungsneutralität

Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive ist die Unternehmensbesteuerung im Allgemeinen und die Dividendenbesteuerung im Besonderen an dem Postulat der Entscheidungsneutralität der Besteuerung zu messen.³⁴⁰ Wenn unternehmerische Entscheidungen nicht durch die Besteuerung beeinflusst werden, liegt eine solche Neutralität vor.³⁴¹ Entscheidungsneutralität verhindert eine steuerinduzierte Verzerrung der Preise, die sich auf effizienten Finanz-, Güter- und Arbeitsmärkten gebildet haben, sowie steuerliche Arbitragemöglichkeiten.³⁴² Entscheidungsneutralität kann auch als Wettbewerbsneutralität bezeichnet werden, da primär die Faktorallokation angesprochen wird, die maßgeblich vom Wettbewerb bestimmt wird.³⁴³

³³⁵ Ansonsten wird in beiden Fällen ein vollständiger Quellensteuerverzicht angeordnet, vgl. Art. 1 Abs. 1 ZLR und Art. 5 MTR.

³³⁶ Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15. Februar 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. Nr. L 64, S. 1.

³³⁷ Richtlinie 2010/24/EU des Rates vom 16. März 2010 über die Amtshilfe bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Steuern, Abgaben und sonstige Maßnahmen, ABl. Nr. L 84, S. 1.

³³⁸ Vgl. SCHAUMBURG, in: SCHAUMBURG/ENGLISH, Europäisches Steuerrecht, 2015, Rz. 20.15, 20.39.

³³⁹ Im Rahmen der Darlegung möglicher Rechtfertigungsgründe wird dann auf die genannten Richtlinien Bezug genommen.

³⁴⁰ Vgl. SCHNEIDER, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 193; ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 100; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379; WAGNER, Neutralität und Gleichmäßigkeit, StuW 1992, S. 4.

³⁴¹ Vgl. SCHANZ, Steuerplanung (Teil I), DStR 2015, S. 1989; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379; ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 102; SCHNEIDER, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 193; WAGNER, Neutralität und Gleichmäßigkeit, StuW 1992, S. 4.

³⁴² Vgl. HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379; ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 109.

³⁴³ Vgl. HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379; SCHNEIDER, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 201.

Fraglich ist, in welchem Verhältnis die so definierte Entscheidungsneutralität zur finanzwissenschaftlich geforderten effizienten Ressourcenallokation steht.³⁴⁴ Im Kern geht es darum, ob die einzelwirtschaftlich orientierte Entscheidungsneutralität der gesamtwirtschaftlichen Allokationseffizienz widerspricht.³⁴⁵ Dies sollte im Grundsatz zu verneinen sein, wenn Entscheidungsneutralität – wie oben geschehen – als Arbitrageneutralität definiert wird.³⁴⁶ In jedem Fall kann Entscheidungsneutralität damit genutzt werden, bestehende Steuerwirkungen zu beurteilen.³⁴⁷ Da Allokationseffizienz und Entscheidungsneutralität aber nicht völlig deckungsgleich sind,³⁴⁸ eignet sich letztere nur dann als Maßstab für Änderungsvorschläge, wenn die einzelwirtschaftliche Neutralität auch der übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Effizienz zuträglich ist.³⁴⁹ Es sind verschiedene Facetten der Entscheidungsneutralität als eigenständige Subpostulate zu unterscheiden. Dazu zählen u. a. die Investitions- und Finanzierungsneutralität, die Standortneutralität sowie die Rechtsformneutralität.³⁵⁰

Die Besteuerung ist finanzierungsneutral, wenn durch die Wahl der Finanzierungsform keine Steuerersparnis erzielt werden kann und somit Finanzierungsentscheidungen nicht verzerrt werden.³⁵¹ Betroffen ist einerseits die Wahl zwischen Eigen- und Fremdfinanzierung sowie andererseits diejenige zwischen Ausschüttung und Thesaurierung von Gewinnen.³⁵² Neben der einzelwirtschaftlichen Perspektive ist Finanzierungsneutralität auch aus gesamtwirtschaftlicher Sicht sinnvoll, da Effizienzverluste vermieden werden.³⁵³ Vor dem Hintergrund, dass das aktuelle Besteuerungssystem insb. durch die Diskriminierung von Eigenkapital nicht finanzierungsneutral ausgestaltet ist,³⁵⁴ ergeben sich naturgemäß Gestaltungsmöglichkeiten.³⁵⁵ Auch wenn

³⁴⁴ Siehe dazu ausführlich ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 106 ff.

³⁴⁵ Vgl. ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 106.

³⁴⁶ Ebenso ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 115; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 380; WAGNER, Neutralität und Gleichmäßigkeit, StuW 1992, S. 4; HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 240; a. A. SCHNEIDER, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 202.

³⁴⁷ Vgl. dazu ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 102; SCHNEIDER, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 193.

³⁴⁸ Vgl. HUNDSDOERFER, Die einkommensteuerliche Abgrenzung, 2002, S. 16-18; HUNDSDOERFER/KIESEWETTER/SURETH, Forschungsergebnisse, ZfB 2008, S. 69.

³⁴⁹ Vgl. ELSCHEN, Entscheidungsneutralität, StuW 1991, S. 115; HUNDSDOERFER, Die einkommensteuerliche Abgrenzung, 2002, S. 19; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 380. Das gilt insb. für das Subpostulat der Rechtsformneutralität, die für eine effiziente Ressourcenallokation entbehrlich ist. Siehe dazu am Ende dieses Abschnitts.

³⁵⁰ Vgl. HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379 f. Im Folgenden werden lediglich die Finanzierungs-, Standort- und Rechtsformneutralität näher behandelt, weil sie eine besondere Relevanz bei der Dividendenbesteuerung besitzen.

³⁵¹ Vgl. KIESEWETTER/RUMPF, Finanzierungsneutrale Besteuerung, arqus Diskussionsbeiträge zur Quantitativen Steuerlehre, Nr. 71, 2009, S. E 3; HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 251.

³⁵² Vgl. WAGNER, Rechtsformneutralität, StuW 2006, S. 102.

³⁵³ Vgl. KIESEWETTER/RUMPF, Finanzierungsneutrale Besteuerung, arqus Diskussionsbeiträge zur Quantitativen Steuerlehre, Nr. 71, 2009, S. E 4; HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 252.

³⁵⁴ Vgl. dazu etwa KRAFT/KÖRNER/TÜRKSCHE, Kritik, DB 2012, S. 2416 ff.; KIESEWETTER/RUMPF, Finanzierungsneutrale Besteuerung, arqus Diskussionsbeiträge zur Quantitativen Steuerlehre, Nr. 71, 2009, S. E 5; dazu auch SCHANZ, Steuerplanung (Teil I), DStR 2015, S. 1989.

³⁵⁵ Vgl. HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 252.

trotz entsprechender Vorschläge im Schrifttum³⁵⁶ in absehbarer Zeit nicht auf ein finanzierungsneutrales Besteuerungssystem zu hoffen ist, sollte zumindest die Forderung bestehen bleiben, Finanzierungsentscheidungen nicht noch stärker durch die Besteuerung zu verzerren.

Standortneutralität spielt für die Dividendenbesteuerung ebenfalls eine große Rolle, insb. im internationalen Kontext. Diese ist dann verwirklicht, wenn die Standortentscheidung eines Unternehmers nicht durch steuerliche Einflüsse verzerrt wird. Bei der Verwirklichung der Standortneutralität wird traditionell zwischen Kapitalexport- und Kapitalimportneutralität unterschieden. Im jüngeren Schrifttum³⁵⁷ wird daneben die sog. Kapitalinhaberneutralität betont.

Kapitalexportneutralität liegt vor, wenn es für einen inländischen Investor aus steuerlicher Sicht keinen Unterschied macht, ob er sein Kapital im In- oder im Ausland investiert.³⁵⁸ Wettbewerbspolitisch wird damit das Ziel verfolgt, steuerliche Anreize ausländischer Staaten zu neutralisieren. Zumindest das inländische Besteuerungsniveau kommt zur Anwendung.³⁵⁹ Als Vorteile werden insb. die Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie die effiziente Kapitalallokation gesehen.³⁶⁰ Ebenso werde Steuerdumping verhindert.³⁶¹ Allerdings zeigen empirische Untersuchungen, dass US-amerikanische Unternehmen ausländische Gewinne selten in Form von Dividenden repatriieren und sich somit ein negativer Effekt bei der Kapitalallokation einstellt.³⁶² Nachteilig sind ebenfalls der hohe Verwaltungsaufwand zur Umsetzung sowie die Zunichtemachung steuerlicher Anreize von Entwicklungsländern.³⁶³ Kapitalexportneutralität wird idealtypisch durch die Anrechnungsmethode verwirklicht.³⁶⁴

³⁵⁶ Siehe z. B. KRAFT/KÖRNER/TÜRSCH, Kritik, DB 2012, S. 2416 ff.; KIESEWETTER/RUMPF, Finanzierungsneutrale Besteuerung, arqus Diskussionsbeiträge zur Quantitativen Steuerlehre, Nr. 71, 2009, S. E 10 ff.

³⁵⁷ Grundlegend DESAI/HINES JR., Evaluating International Tax Reform, NTJ 2003, S. 494 ff.

³⁵⁸ Vgl. FÜHRICH, Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, 2009, S. 6; JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 20; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25; SCHREIBER, Besteuerung der Unternehmen, 2012, S. 625; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGLER/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

³⁵⁹ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 19; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25; SPENGLER, in: ACHATZ, DSuG 36, 2013, S. 47; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGLER/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

³⁶⁰ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 22; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25; SPENGLER, in: ACHATZ, DSuG 36, 2013, S. 47; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGLER/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

³⁶¹ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 22.

³⁶² Vgl. WATRIN/EBERT, Multinationale Unternehmen, StuW 2013, S. 311; HINES JR./HUBBARD, Coming Home to America, 1990, S. 161 ff.; ALTSCHULER/NEWLON, Effects of U.S. Tax Policy, 1993, S. 77 ff.; ALTSCHULER/NEWLON/RANDOLPH, Do Repatriation Taxes Matter?, 1995, S. 253 ff.; ALTSCHULER/GRUBERT, Dividend Exemption, NTJ 2001, S. 787 ff.; KRULL, Permanently Reinvested Foreign Earnings, TAR 2004, S. 745 ff.

³⁶³ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 22; HAAS, Reformbedarf, IStR 2011, S. 354; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 27; FÜHRICH, Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, 2009, S. 7.

³⁶⁴ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 23; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 26; FÜHRICH, Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, 2009, S. 7; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGLER/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

Kapitalimportneutralität ist im Gegensatz dazu dann verwirklicht, wenn sich die Wettbewerbsneutralität auf den ausländischen Wirtschaftsraum bezieht, in dem die Tätigkeit ausgeführt wird.³⁶⁵ Somit kommt das Steuerniveau zur Geltung, welches im Zielland der Kapitalinvestition vorherrscht.³⁶⁶ Die Kapitalimportneutralität folgt damit dem Territorialitätsprinzip.³⁶⁷ Begründet wird diese Sichtweise damit, dass ein im Ausland tätiger Unternehmer mit den dort ansässigen Unternehmen konkurriert.³⁶⁸ Wettbewerbsneutralität ist insoweit nur dann erreicht, wenn er die gleichen Rahmenbedingungen, insb. auch die steuerlichen, vorfindet.³⁶⁹ Vorteilhaft ist dies gerade für Unternehmen exportorientierter Länder, die ansonsten Nachteile erleiden würden.³⁷⁰ Das gilt vor allem, wenn in Staaten konkurrierender Unternehmen ebenfalls nach der Kapitalimportneutralität verfahren wird und diese Konkurrenzunternehmen somit Steuervorteile aus Niedrigsteuerländern nutzen können.³⁷¹ Kritisiert werden hingegen die sich ergebenden Möglichkeiten zur Einkünfteverlagerung in Niedrigsteuerländer.³⁷² Idealtypisch wird Kapitalimportneutralität durch die Freistellungsmethode umgesetzt.³⁷³

Nach der Kapitalinhaberneutralität schließlich soll die Besteuerung keinen Einfluss auf die Eigentümerstruktur des Kapitals haben.³⁷⁴ Denn die Produktivität des Kapitals hängt von seinen Eignern ab, da einige z. B. durch Synergieeffekte höhere Renditen erzielen können.³⁷⁵ Im Hinblick auf die Dividendenbesteuerung hat das Konzept der Kapitalinhaberneutralität seine Grenze darin, dass lediglich Kontrollbeteiligungen erfasst werden.³⁷⁶ Bei Portfoliobeteiligungen können die genannten Synergieeffekte nämlich nicht extrahiert werden.³⁷⁷ Da Kapitalinhaberneutralität im Grundsatz sowohl durch kapitalimport- als auch kapitalexportneutrale Besteuerung erreicht werden kann, ist die Umsetzung in Form der Freistellungs- oder der Anrechnungsmethode möglich.³⁷⁸

³⁶⁵ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 20; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGEL/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

³⁶⁶ Vgl. SCHÖN, Zur Zukunft, StuW 2012, S. 216; JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 20; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25; SPENGEL, in: ACHATZ, DSJG 36, 2013, S. 48; ENDRES/HECKEMEYER/SPENGEL/FINKE/RICHTER, Trends, DB 2013, S. 900.

³⁶⁷ Vgl. LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 25.

³⁶⁸ Vgl. SPENGEL, in: ACHATZ, DSJG 36, 2013, S. 48.

³⁶⁹ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 21; HAAS, Reformbedarf, IStR 2011, S. 353 f.

³⁷⁰ Vgl. HAAS, Reformbedarf, IStR 2011, S. 354.

³⁷¹ So HAAS, Reformbedarf, IStR 2011, S. 354.

³⁷² Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 23; siehe auch HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 386.

³⁷³ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 24; LEHNER, in: VOGEL/LEHNER, DBA 6. Aufl., 2015, Grundlagen Rz. 26.

³⁷⁴ Vgl. DESAI/HINES JR., Evaluating International Tax Reform, NTJ 2003, S. 494; SCHÖN, International Tax Coordination (Part I), WTJ 2009, S. 81; SPENGEL, in: ACHATZ, DSJG 36, 2013, S. 52; SCHÖN, Zur Zukunft, StuW 2012, S. 216.

³⁷⁵ Vgl. DESAI/HINES JR., Evaluating International Tax Reform, NTJ 2003, S. 494; SCHÖN, International Tax Coordination (Part I), WTJ 2009, S. 81; SCHÖN, Zur Zukunft, StuW 2012, S. 216.

³⁷⁶ Vgl. SCHÖN, International Tax Coordination (Part I), WTJ 2009, S. 82.

³⁷⁷ Vgl. SCHÖN, International Tax Coordination (Part I), WTJ 2009, S. 82.

³⁷⁸ Vgl. SPENGEL, in: ACHATZ, DSJG 36, 2013, S. 52 f.

Schließlich ist auch der Aspekt der Rechtsformneutralität zu beachten, also der Zustand, in dem das Steuerrecht nicht die Rechtsformentscheidung verzerrt.³⁷⁹ Die Bedeutung dieses Neutralitätspostulats ist nicht unumstritten. Befürworter betonen seine Bedeutung für die Wettbewerbsneutralität und die Effizienz der Besteuerung.³⁸⁰ Nach der Gegenauffassung wisse Rechtsformneutralität lediglich einzelwirtschaftliche Planungskosten zu vermeiden.³⁸¹ Zudem ergeben sich keine gesamtwirtschaftlichen Ineffizienzen aus fehlender Rechtsformneutralität, da es dem Steuerpflichtigen frei stehe, die Rechtsform zu wechseln.³⁸² Auch wenn den Bedenken grds. gefolgt werden kann, ist die Rechtsformneutralität eine wünschenswerte, wenn auch untergeordnete Zielsetzung, da dadurch sowohl Kosten als auch Gestaltungen zur Ausnutzung fehlender Neutralität genutzt werden können.

II. Vermeidung von Doppelbelastungen und Doppelbesteuerungen

Auch wenn es sich aus den obigen Neutralitätsüberlegungen allein nicht zwangsläufig ergibt,³⁸³ sollten aus wirtschaftlicher Perspektive Doppelbelastungen und Doppelbesteuerungen bei der Dividendenbesteuerung vermieden werden. Doppelbelastung meint dabei die doppelte Besteuerung desselben Steuersubstrats mit einer gleichartigen Steuer in einem identischen Zeitraum in einem Staat.³⁸⁴ Unter Doppelbesteuerung versteht man hingegen die Besteuerung des identischen Steuerobjekts mit einer gleichartigen Steuer in einem identischen Zeitraum in mindestens zwei Staaten.³⁸⁵ Ferner ist zwischen juristischer und wirtschaftlicher Doppelbelastung/-besteuerung zu unterscheiden. Während die juristische Doppelbesteuerung die Identität des Steuersubjekts fordert, ist dies bei der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung nicht der Fall.³⁸⁶ Selbstverständlich kann es auch zu Mehrfachbelastungen/-besteuerungen kommen.³⁸⁷

Die Definitionen zeigen den verzerrenden Charakter von Doppelbelastung und Doppelbesteuerung auf. Betriebswirtschaftlich kommt es zu einer Minderung der Nettoerträge, so dass der Steuerpflichtige unter Umständen von einer grenzüberschreitenden Investition absieht.³⁸⁸ Aus

³⁷⁹ Vgl. HEY, in: EBLING, DSjG 24, 2001, S. 157; HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 261; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379 f.

³⁸⁰ Vgl. HEY, in: EBLING, DSjG 24, 2001, S. 160; HOMBURG, Allgemeine Steuerlehre, 2010, S. 261; HERZIG/WATRIN, Betriebswirtschaftliche Anforderungen, StuW 2000, S. 379 f.

³⁸¹ Vgl. WAGNER, Rechtsformneutralität, StuW 2006, S. 104.

³⁸² Vgl. WATRIN, Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung, DSz 1999, S. 241.

³⁸³ Vgl. SCHREIBER, Besteuerung der Unternehmen, 2012, S. 624; DIETRICH, Dividenden im Internationalen Steuerrecht, 2014, S. 37.

³⁸⁴ Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 12.3. Die Terminologie ist uneinheitlich. So spricht z. B. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 3 f., von Doppelbelastung, wenn er wirtschaftliche Doppelbesteuerung meint.

³⁸⁵ Vgl. statt vieler nur SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 12.2.

³⁸⁶ Vgl. SCHAUMBURG, Internationales Steuerrecht, 2011, Rz. 12.3; JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 3.

³⁸⁷ Wenn im Rahmen der Analyse von Doppelbesteuerung die Rede ist, heißt das nicht zwangsläufig, dass nicht auch eine Mehrfachbesteuerung möglich wäre.

³⁸⁸ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 4; DIETRICH, Dividenden im Internationalen Steuerrecht, 2014, S. 47.

volkswirtschaftlicher Sicht kommt es bei exportorientierten Ländern zu einer ungewünschten Behinderung des Handels sowie zu einer Schwächung der Konkurrenzfähigkeit inländischer Unternehmen auf dem ausländischen Markt.³⁸⁹ Für Entwicklungsländer ist die Doppelbesteuerung schädlich, weil deshalb gewünschte Investitionen nicht mehr getätigt und benötigte Kredite nicht mehr gewährt werden.³⁹⁰

Neben diesen Aspekten, die vornehmlich die Standortneutralität tangieren, werden Doppelbelastungen und Doppelbesteuerungen auch im Hinblick auf die Rechtsformneutralität relevant. Wenn nämlich bspw. vergleichbare Betriebsstätteninvestitionen im Gegensatz zur Investition in eine Kapitalgesellschaft keiner Doppelbesteuerung/-belastung ausgesetzt sind, wird die Rechtsformentscheidung aufgrund dieser steuerlichen Ungleichbehandlung verzerrt. Somit ist eine rechtsformneutrale Vermeidung der Doppelbesteuerung/-belastung zu fordern.

III. Sicherstellung einer angemessenen Vorbelastung und Verhinderung von Missbräuchen

Während auf der einen Seite eine doppelte oder gar mehrfache Besteuerung aus ökonomischer Sicht abzulehnen ist, soll es auf der anderen Seite aus steuerpolitischen Gründen auch nicht zu einer Nichtbesteuerung kommen. Im Falle von Dividenden und ihnen gleichgestellten Bezügen ist eine solche Nichtbesteuerung vornehmlich im internationalen Kontext denkbar, wenn auf Ebene eines ausschüttenden Rechtsträgers keine Besteuerung stattfindet und die Ausschüttung im Inland steuerlich nicht erfasst wird. Als Gründe für die fehlende Besteuerung im Ausland sind insb. die Steuerfreiheit des ausländischen Rechtsträgers oder die Berücksichtigung der Ausschüttung als abziehbare Betriebsausgabe denkbar.³⁹¹ Es muss sich dabei nicht zwingend um Fälle des Missbrauchs handeln. Möglich ist auch, dass der ausländische Staat bewusst einen solchen Anreiz setzen möchte, um Investitionen aus anderen Staaten zu generieren.³⁹²

In einem Dividendenbesteuerungssystem, welches der Kapitalimportneutralität folgt, sind Vorbelastungsklauseln grds. abzulehnen.³⁹³ Die Freistellung der Bezüge folgt nämlich dem Gedanken, die ausländische Tochtergesellschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat in steuerlicher Hinsicht wettbewerbsfähig zu stellen. Daraus ergibt sich unmittelbar, dass die Pönalisierung einer als unzureichend angesehenen Vorbelastung nur dann angemessen sein kann, wenn für sie missbräuchliche Gestaltungen ursächlich sind. Solange aber der Ansässigkeitsstaat der Tochterge-

³⁸⁹ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 5.

³⁹⁰ Vgl. JACOBS, Unternehmensbesteuerung, 2016, S. 5; DIETRICH, Dividenden im Internationalen Steuerrecht, 2014, S. 47.

³⁹¹ Vgl. dazu im Zusammenhang mit hybriden Finanzinstrumenten z. B. OECD, Action 2, Final Report, 2015, S. 205.

³⁹² Siehe dazu im Einzelnen die Ausführungen zum Korrespondenzprinzip des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG unter 3. Kapitel:A.II.3.c).

³⁹³ Ebenso LÜDKE, FS Frotcher, 2013, S. 415.

sellschaft den entsprechenden Vorteil auch anderen in seinem Herrschaftsgebiet niedergelassenen Gesellschaften aus wirtschaftspolitischen Gründen zuteil werden lässt, muss aus Gründen der Wettbewerbsneutralität die niedrige Vorbelastung als ausreichend angesehen werden.

Allgemein hat der Steuergesetzgeber überdies ein grds. gerechtfertigtes Interesse, missbräuchliche Gestaltungen zu verhindern. Neben der Sicherstellung einer angemessenen Vorbelastung geht es dabei bei der Dividendenbesteuerung insb. darum, Gestaltungen zu unterbinden, bei denen es zu einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme der Beteiligungsertragsbefreiung kommt. Regelmäßig handelt es sich dabei um Fälle, in denen entweder keine wirtschaftliche Substanz vorhanden ist oder um solche, bei denen die zugrunde liegenden Transaktionen nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt die steuerliche Behandlung als Dividende nicht rechtfertigen. Darüber hinaus sollte im Hinblick auf die Dividendenbesteuerung behutsam mit Missbrauchsvermutungen umgegangen werden. So rechtfertigen die ökonomischen Zusammenhänge bspw. auch Gestaltungen, bei denen kurzfristig Beteiligungen erworben oder aufgestockt werden, um in den Genuss eines abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs zu kommen. Da ansonsten eine Doppelbesteuerung drohte, geht es dabei nämlich nicht um die Erlangung eines steuerlichen Vorteils, sondern lediglich um die Abwendung eines steuerlichen Nachteils.

Körperschaft- und gewerbesteuerliche Wirkungen von
Dividenden und ihnen gleichgestellten Bezügen bei in
Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaften

Eberhardt, D.

2017, XXIX, 406 S. 2 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-15823-1