

## Top Thema Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbeteiligungen und Drittstaaten

Steueralltag  
Hauptwohnsitzbefreiung erfasst  
auch Grund und Boden

Unternehmenssteuerrecht  
Übertragung von Verlustvorträgen  
durch Vererbung und Schenkung?

Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis  
Arbeitsunfall bei Abweichung  
vom Arbeitsweg

Infocenter WKO  
Außerordentliche Auflösung  
des Lehrverhältnisses

Mit Checkliste zum  
Steuerverfahren nach dem  
SchenkMG 2008

**Schriftleitung:**

Markus Achatz  
Sabine Kirchmayer

**Redaktion:**

Dietmar Aigner  
Gernot Aigner  
Nikolaus Arnold  
Andreas Damböck  
Tina Ehrke-Rabel  
Johann Fischerlehner  
Friedrich Fraberger  
Klaus Hirschler  
Sabine Kanduth-Kristen  
Georg Kofler  
Roman Leitner  
Andreas Sauer  
Niklas Schmidt  
Friedrich Schrenk  
Stefan Steiger  
Gerhard Steiner  
Johannes Stipsits  
Gerald Toifl

**WKO**  
WIRTSCHAFTSKAMMER ÖSTERREICH

Helwig Aubauer  
Thomas Neumann  
Günter Steinlechner

# Kapitalverkehrsfreiheit, Kontrollbeteiligungen und Drittstaaten

*Die Abgrenzung der binnenmarktorientierten Niederlassungsfreiheit von der weltweit wirkenden Kapitalverkehrsfreiheit war insb bei Kontrollbeteiligungen in Drittstaatgesellschaften umstritten. In seinem Urteil v 26. 6. 2008 in der Rs Burda hat der EuGH diese Frage nunmehr dahingehend geklärt, dass im Falle einer Portfolio- wie Kontrollbeteiligungen erfassenden nationalen Regelung die Kapitalverkehrsfreiheit auch dann zurücktreten müsse, wenn die konkrete Investition als Niederlassungsvorgang anzusehen ist.*

Art 56, 57 EG  
Kapitalverkehr;  
Drittstaat;  
Direktinvestition;  
Grundfreiheit

GEORG KOFLER

## A. Einleitung

Die den grenzüberschreitenden Dividendenfluss schützende Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EG ist – abgesehen von den spezifischen Limitierungen in Art 57, 59 und 60 EG – ihrem Wortlaut nach uneingeschränkt und ohne das Erfordernis einer Reziprozität auch im Verhältnis zu Drittstaaten anwendbar, verbietet sie doch „alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern“. Die Judikatur hat hier gezeigt, dass die Kapitalverkehrsfreiheit dementsprechend vor steuerlichen Beschränkungen in Inbound- und Outbound-Situatiosn mit Drittstaatenbezug schützt, sich allerdings zumindest der Rechtfertigungsspielraum der Mitgliedstaaten erweitert.<sup>1)</sup>

Dem Eingreifen der Schutzwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit in Drittstaatssituationen ist allerdings die Frage vorgeklagt, ob diese Freiheit bei gleichzeitiger Anwendbarkeit einer anderen – binnenmarktorientierten – Grundfreiheit „verdrängt“ wird. So kann es insb zwischen den Anwendungsbereichen des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit insoweit Überschneidungen geben, als die Investition von Kapital auch der von Art 43 EG geschützten Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, etwa in Form von Tochtergesellschaften, dienen kann. Allerdings erfasst die Niederlassungsfreiheit nicht jede grenzüberschreitende Beteiligung an einem Unternehmen, sondern nach Art 43 Abs 2 EG nur „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat“. Aus dieser Formulierung lässt sich ableiten, dass für das Eingreifen der Niederlassungsfreiheit eine Beteiligung bestehen muss, die dem betreffenden Gesellschafter „einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeiten bestimmen kann“.<sup>2)</sup> Wenn gleich die exakte Schwelle für das Vorliegen einer solchen „Kontrollbeteiligung“ nach wie vor umstritten ist, hat der EuGH einen solchen Einfluss bislang bei Beteiligungen von 100%,<sup>3)</sup> 90%,<sup>4)</sup> 75%,<sup>5)</sup> 66,66%,<sup>6)</sup> mehr als 50%<sup>7)</sup> bzw exakt 50%<sup>8)</sup> sowie 25%<sup>9)</sup> angenommen, während eine Beteiligung von 10%<sup>10)</sup> typi-

scherweise nicht genügen wird, es sei denn, dass faktisch eine Kontrollbeteiligung besteht.<sup>11)</sup>

## B. Kapitalverkehrsfreiheit versus Niederlassungsfreiheit

Wenngleich sowohl die Kapitalverkehrsfreiheit als auch die Niederlassungsfreiheit unstrittig auch den Dividendenbezug schützen,<sup>12)</sup> wirft sich dennoch

Priv.-Doz. Dr. Georg Kofler, LL.M. (NYU), ist Assistenzprofessor im International Tax Program an der New York University School of Law.

- 1) Für ausführliche Analysen dieser Fragestellungen s zB *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 107 ff; *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 371 ff; *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 346 ff.
- 2) Siehe zB EuGH 13. 4. 2000, Rs C-251/98, *Baars*, Slg 2000, I-2787, Tz 22; EuGH 12. 9. 2006, Rs C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg 2006, I-7995, Tz 31; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673, Tz 39; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 36; EuGH 13. 3. 2007, Rs C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107, Tz 27; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 20; EuGH 18. 7. 2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373, Tz 20; EuGH 6. 12. 2007, Rs C-298/05, *Columbus Container Services*, Tz 29.
- 3) EuGH 13. 4. 2000, Rs C-251/98, *Baars*, Slg 2000, I-2787, Tz 20 ff; EuGH 5. 11. 2002, Rs C-208/00, *Überseering*, Slg 2002, I-9919, Tz 77; EuGH 7. 9. 2006, Rs C-470/04, *N*, Slg 2006, I-7409, Tz 24 et seq.; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673, Tz 39; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 37; EuGH 6. 12. 2007, Rs C-298/05, *Columbus Container Services*, Tz 30.
- 4) EuGH 18. 7. 2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373, Tz 21 ff.
- 5) EuGH 13. 3. 2007, Rs C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107, Tz 32.
- 6) EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 23; EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 24 ff iVm Tz 9.
- 7) EuGH 12. 9. 2006, Rs C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg 2006, I-7995, Tz 32 iVm Tz 6.
- 8) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 70.
- 9) EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 21.
- 10) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 58 ff.
- 11) EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 22 iVm Tz 4; s auch die spezifische Konstellation in EuGH 6. 12. 2007, Rs C-298/05, *Columbus Container Services*, Tz 31.
- 12) Vgl dazu nur EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673.

die Frage auf, ob – entlang der von GA *Alber* in *Baars* aufgezeigten Linie<sup>13)</sup> – im jeweiligen Einzelfall ein Vorrangverhältnis zwischen den Grundfreiheiten anzunehmen sein kann. Eine solche Priorität wäre va deshalb von Relevanz, weil die Kapitalverkehrsfreiheit ihren Schutz auch in Drittstaatssituationen entfalten kann, die Niederlassungsfreiheit demgegenüber auf den Binnenmarkt beschränkt ist und daher an den Außengrenzen der Gemeinschaft Halt macht.

Insb im Hinblick auf Kontrollbeteiligungen in Drittstaatgesellschaften standen hier mehrere Theorien im Widerstreit. Der EuGH hat sich numehr in der Rs *Burda*<sup>14)</sup> deutlich, wenngleich ohne nähere Begründung für die „Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts“ entschieden.<sup>15)</sup>

## 1. Theorie der parallelen Anwendbarkeit

Die bis vor kurzem von der hA im Schrifttum<sup>16)</sup> und von nationalen Gerichten<sup>17)</sup> vertretene Theorie der parallelen Anwendbarkeit ging va vor dem Hintergrund der wechselseitigen Verweise in Art 43 Abs 2 EG und Art 58 Abs 2 EG im Fall von Kontrollbeteiligungen von einer komplementären Schutzwirkung von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit aus, die sich für Drittstaatssachverhalte in Ermangelung der tatbestandlichen Eröffnung der Niederlassungsfreiheit in eine ausschließliche Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit wandelt.

Dieser Theorie hat der EuGH allerdings insofern eine Absage erteilt, als er in seiner jüngeren Judikatur darauf abstellt, welche Grundfreiheit primär betroffen sei und solcherart eine allfällige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit eine „unvermeidliche Konsequenz“ einer eventuellen Beschränkung einer anderen Grundfreiheit sei und daher eine eigenständige Prüfung auch in Drittstaatssituationen nicht in Frage komme.<sup>18)</sup> Wenngleich diese Sichtweise weder vor dem Hintergrund des Art 57 Abs 1 EG<sup>19)</sup> noch rechts-

logisch überzeugt,<sup>20)</sup> bemüht sie sich offenkundig darum, eine uneingeschränkte (unilaterale) Ausdehnung des Schutzes der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaatssituationen zu vermeiden.<sup>21)</sup> Allerdings hat der EuGH auch die umgekehrte Ansicht, dass nationale Regelungen, die sowohl Portfolio- wie Kontrollbeteiligungen erfassen, stets nur vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst seien,<sup>22)</sup> klar abgelehnt.<sup>23)</sup>

## 2. Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm

Die Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm anerkennt in einem ersten Schritt die vom EuGH vorgenommene Abgrenzung nach der primär betroffenen Grundfreiheit, wonach für den Fall, dass die beschränkende Norm ausschließlich Niederlassungsvorgänge fokussiert, eine eigenständige Prüfung der Kapitalverkehrsfreiheit weder in Binnenmarktsituationen<sup>24)</sup> noch in Drittstaatssituationen<sup>25)</sup> in Betracht kommt. Sie versucht aber im Bereich der Kontrollbeteiligungen Wertungswidersprüche dadurch zu vermeiden, dass auf die jeweilige Ausrichtung der nationalen Norm abgestellt wird. Die von weiten Teilen des jüngeren Schrifttums<sup>26)</sup> und zuletzt auch in der Rsp nationaler Gerichte<sup>27)</sup> vertretene Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm folgerte daher, dass, wenn die nationale Norm *abstrakt* sowohl Portfolio- wie Kontrollbeteiligungen als auch Kontrollbeteiligungen er-

20) Fraglich ist etwa, wie eine in Drittstaatskonstellationen nicht anwendbare, binnennorientierte Grundfreiheit „primär“ betroffen und daher die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit eine „unvermeidbare Konsequenz“ sein kann. Kritisch auch *O'Shea*, 46 Tax Notes Int'l 371 ff (Apr. 23, 2007) und *Weber*, BTR 2006, 670 (671 f). Eine solche Argumentation ließe sich allenfalls auf Art 58 Abs 2 EG stützen; s dazu *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2007) 964 f.

21) Siehe dazu etwa *Schwenke*, IStR 2006, 748 (752); *Lyal* in *Weber* (Hrsg), The Influence of European Law on Direct Taxation (2007) 17 (19); *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 346 (356).

22) So offenbar EAS 2875 = SWI 2007, 408 und dazu kritisch *Mühlehner*, SWI 2008, 102 (102 f).

23) Siehe zB EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673, Tz 37; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 36, 80 und 142; EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 24; EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 71.

24) EuGH 12. 9. 2006, Rs C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg 2006, I-7995, Tz 31 ff; EuGH 13. 3. 2007, Rs C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107, Tz 33 f; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 25; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *A und B*, Slg 2007, I-3871, Tz 26 f; EuGH 6. 11. 2007, Rs C-415/06, *Stahlwerk Egeste Westig GmbH*, Tz 13 ff; s auch EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 22 f.

25) Siehe etwa *Schönenfeld*, DB 2007, 80 (81); *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 107 (112 ff); *Lyal* in *Weber* (Hrsg), The Influence of European Law on Direct Taxation (2007) 17 (20 f); *Haslehner*, taxlex 2007, 286 (288 f); *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 371 (372 ff); *Rehm/Nagler*, IStR 2007, 320 (321 f); *Mühlehner*, SWI 2007, 523 (524); *Köbler/Tippelhofer*, IStR 2007, 645 (646 ff); *Rehm/Nagler*, IStR 2007, 700 (701 f); *Wellens*, DStR 2007, 1852 (1855 f); *Mühlehner*, SWI 2008, 102 (102 f).

26) Siehe zB FG Münster 9. 11. 2007, 9 K 2912/04 K G, EFG 2008, 408 = IStR 2008, 151 und in diese Richtung wohl auch BFH 11. 3. 2008, I R 116/04, DStR 2008, 1086.

13) Schlussanträge GA *Alber* 14. 10. 1999, Rs C-251/98, *Baars*, Slg 2000, I-2787, Tz 26 f.

14) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 68 ff.

15) Siehe zur Terminologie *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 211 (215 ff).

16) So zB *Prinz/Cordewener*, GmbHR 2003, 80 (83); *Schön* in *Gockel/Gosch/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (497 ff); *Hohenwarter*, SWI 2005, 225 (227 mwN in FN 17); *Schnitger*, IStR 2005, 493 (503 mwN); *Starlinger* in *Lang/Schuch/Starlinger* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (18); s auch *O'Shea*, 46 Tax Notes Int'l 371 ff (Apr. 23, 2007); *O'Shea*, 46 Tax Notes Int'l 1131 (1132) (June 11, 2007); *Weber*, BTR 2007, 670 ff.

17) Siehe zB BFH 22. 8. 2006, I R 116/04, BFHE 214, 536, BStBl 2006 II 864; BFH 9. 8. 2006, I R 95/05, BB 2006, 2565 = DStR 2006, 2079; s auch noch die Vorlage des VwGH 28. 1. 2005, 2004/15/0105, ecolex 2005/253 m Anm *Plansky*, in der Rs *Holböck* (C-157/05).

18) EuGH 12. 9. 2006, Rs C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg 2006, I-7995, Tz 31 ff; EuGH 13. 3. 2007, Rs C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107, Tz 33 f; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 25; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *A und B*, Slg 2007, I-3871, Tz 26 f; EuGH 6. 11. 2007, Rs C-415/06, *Stahlwerk Egeste Westig GmbH*, Tz 13 ff; s auch EuGH 24. 5. 2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373, Tz 23 f. Siehe auch EuGH 14. 10. 2004, Rs C-36/02, *Omega*, Slg 2004, I-9609, Tz 27, und EuGH 3. 10. 2006, Rs C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg 2006, I-9521, Tz 34 sowie 44 ff mwN.

19) Dazu sogleich unten B.2.

fasst, unabhängig vom *konkreten* Beteiligungsausmaß der Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit eingreifen soll. Dieser Abgrenzungsversuch hat weniger mit Fragen des Anwendungsvorrangs und der Verdrängungswirkung zu tun,<sup>28)</sup> sondern wurde insb aus Art 57 Abs 1 EG und der Überlegung abgeleitet, dass es ansonsten zu der kontraintuitiven Konsequenz käme, dass der gemeinschaftsrechtliche Schutz indirekt proportional zur Größe des Investments wäre:

■ Die *Grandfather Clause* des Art 57 Abs 1 EG soll es den Mitgliedstaaten ermöglichen, diskriminierende Beschränkungen des Kapitalverkehrs iSd Art 56 Abs 1 EG im Verhältnis zu Drittstaaten aufrechtzuerhalten,<sup>29)</sup> sofern es sich einerseits um „Altbeschränkungen“ handelt und andererseits die in Art 57 genannten Kapitalverkehrsvorgänge betroffen sind.<sup>30)</sup> Diese Vorgänge erfassen auch „Direktinvestitionen“, die freilich in vielen Fällen zugleich Niederlassungsvorgänge darstellen (zB die Errichtung einer Tochtergesellschaft).<sup>31)</sup> Somit deckt Art 57 Abs 1 EG auch Vorgänge ab, die zugleich auch von den anderen – binnennmarktorientierten – Grundfreiheiten erfasst sind. So waren zB die in *Fidium Finanz* fraglichen „Finanzdienstleistungen“ ebenso von Art 57 Abs 1 EG angesprochen<sup>32)</sup> wie die in *FII Group Litigation* zur Rede stehenden „Direktinvestitionen“.<sup>33)</sup> Würde man nun generell davon ausgehen, dass solche Vor-

gänge im Falle einer *faktisch* bestehenden Kontrollbeteiligung stets nur von der primär anwendbaren Niederlassungsfreiheit erfasst und damit in Drittlandssituationen nicht geschützt wären, wäre freilich die *Grandfather Clause* in ihrer Wirkungsweite zumindest stark eingeschränkt. Um den Anwendungsbereich dieser Norm zu bewahren, liegt somit ein Gegenschluß zu Art 57 Abs 1 EG dahingehend nahe, auch im sachlichen Anwendungsbereich anderer Grundfreiheiten die Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit dann zu bejahen, wenn die beschränkende nationale Norm *abstrakt* sowohl Portfoliobeteiligungen wie auch – die weitgehend mit Direktinvestitionen iSd Art 57 Abs 1 EG überlappenden – Kontrollbeteiligungen erfasst.<sup>34)</sup>

■ Zuzugeben ist allerdings, dass der Begriff der „Direktinvestitionen“ auch Sachverhalte erfassen kann, die nicht zwingend zugleich der Niederlassungsfreiheit unterliegen.<sup>35)</sup> Gegen die Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm ließ sich daher ins Treffen führen, dass ein (zusätzliches) Abstellen auf das *konkrete* Beteiligungsausmaß Art 57 Abs 1 EG nicht leerlaufen ließe und daher nicht zu einem solchen Interpretationsergebnis zwinge.<sup>36)</sup> Diese Überlegung führt aber gerade bei Kontrollbeteiligungen zu dem kontraintuitiven Ergebnis, dass der gemeinschaftsrechtliche Schutz indirekt proportional zum faktischen Umfang des Investments ist: Während nämlich nach dieser Auslegung Portfolioinvestitionen in Drittstaatsgesellschaften den Schutz von Art 56 EG genießen könnten, würden bei „Direktinvestitionen“ in Drittstaatsgesellschaften, die unterhalb der Anwendungsschwelle der Niederlassungsfreiheit liegen, zumindest ein Schutz nach Art 56 EG gegenüber „Neubeschränkungen“ bestehen, während bei „Direktinvestitionen“ in Drittstaatsgesellschaften, die zugleich von der Niederlassungsfreiheit erfasst sind, diese Priorität einnehmen und damit an den Grenzen des Binnenmarktes halt machen würde.<sup>37)</sup> Dieses Paradoxon kann

28) AA Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (216 ff).

29) Siehe nur Schön in *Gocke/Gosch/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer (2005) 489 (493 ff); Staringer in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), ECJ – Recent Developments in Direct Taxation (2006) 9 (25).

30) Für eine ausführliche Analyse s Smit, EC Tax Rev 2006, 203 (203 ff).

31) So wird sowohl von der Rsp als auch im Schrifttum insb darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Direktinvestitionen“ aus Anhang II der Ersten Richtlinie zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages (Erste Richtlinie zur Durchführung des Artikels 67 des Vertrages, ABl 92/60 [12. 7. 1960]) zu stammen scheint (s auch EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Tz 180; s auch Schlussanträge GA *Geelhoed* 6. 4. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Tz 117); eine wortgleiche Begriffsbestimmung der Direktinvestitionen fand sich nachfolgend auch in Anhang I der KapitalverkehrsRL (dazu EuGH 20. 5. 2008, Rs C-194/06, *Orange European Smallcup Fund*, Tz 100). Demnach sind Direktinvestitionen „Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind. Der Begriff der Direktinvestitionen ist also im weitesten Sinne gemeint“. Siehe zB auch EuGH 4. 6. 2002, Rs C-367/98, *Kommission/Portugal*, Slg 2002, I-4731, Tz 38; EuGH 20. 5. 2008, Rs C-194/06, *Orange European Smallcup Fund*, Tz 100 mwN. Überdies ist bei den unter I.2 der Nomenklatur der KapitalverkehrsRL genannten Unternehmen, die als Aktiengesellschaften betrieben werden, hinsichtlich der „Beteiligung an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen“ „eine Beteiligung im Sinne einer Direktinvestition dann vorhanden, wenn das im Besitz einer natürlichen Person oder eines anderen Unternehmens oder sonstigen Inhabers befindliche Aktienpaket entweder nach den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften oder aus anderen Gründen den Aktieninhabern die Möglichkeit gibt, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen“.

32) Schlussanträge GA *Stix-Hackl* 16. 3. 2006, Rs C-452/04, *Fidium Finanz*, Tz 74; s auch Weber, BTR 2006, 670 (672).

33) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 177 ff.

34) Siehe auch Schlussanträge GA *Stix-Hackl* 16. 3. 2006, Rs C-452/04, *Fidium Finanz*, Tz 74; s zB auch Cordewener/Kofler/Schindler, ET 2007, 107 (113); *Plansky* in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg), Tax Treaty Law and EC Law (2007) 293 (311 f); Haslehner, taxlex 2007, 286 (288 f); Cordewener/Kofler/Schindler, ET 2007, 371 (373); vgl weiters Hohenwarter/Plansky, SWI 2007, 346 (356 f).

35) Schlussanträge GA *Geelhoed* 6. 4. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 119, wonach es – in Auslegung des Begriffs der Direktinvestition iSd Art 57 Abs 1 EG – „Sache des vorliegenden Gerichts [ist] zu entscheiden, ob in einem konkreten Fall die Beteiligung, die eine Gesellschaft im Vereinigten Königreich an einer Gesellschaft mit Sitz in einem dritten Land hält, der Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen“ mit der letzteren dient und der Gesellschaft im Vereinigten Königreich die Möglichkeit gibt, „sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen“. Ich weise jedoch darauf hin, dass dies offenkundig eine niedrigere Schwelle ist als der „bestimmende Einfluss“, auf den ich mich bei der Unterscheidung der Anwendungsbereiche der Artikel 43 EG und 56 EG [...] bezogen habe“.

36) Siehe insb Zorn in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 211 (222).

37) Kritisch auch Schön in *Gocke/Gosch/Lang* (Hrsg), Körperschaftsteuer – Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerung, FS Wassermeyer

nur durch ein Abstellen auf die jeweilige nationale Regelung vermieden werden.<sup>38)</sup>

Das Urteil in der Rs *Holböck* schien zunächst in Richtung der Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm zu deuten.<sup>39)</sup> Dort hatte der EuGH die bereits in *Lenz*<sup>40)</sup> für Binnensituationen als diskriminierend befundenen österreichischen Regeln zur Dividendenbesteuerung, die sowohl Portfolio- als auch Kontrollbeteiligungen erfassen, in einer Drittstaatssituation zu beurteilen, wobei es im konkreten Fall um eine zwei Drittel Beteiligung an einer Drittstaatgesellschaft ging. Der EuGH stellte hier zunächst fest, dass „die nationale Regelung nicht nur auf Beteiligungen anwendbar [sei], die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen“<sup>41)</sup> und sie daher „sowohl unter Art 43 EG über die Niederlassungsfreiheit als auch unter Art 56 EG über den freien Kapitalverkehr fallen“<sup>42)</sup> könne. Sodann bemühte er aber den Konjunktiv hinsichtlich der Schutzwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit und meinte, dass „selbst wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der zu zwei Dritteln an einer in einem Drittstaat ansässigen Gesellschaft beteiligt ist, sich erfolgreich auf das in Art 56 Abs 1 EG niedergelegte Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern berufen könnte“<sup>43)</sup> die betroffene Regelung jedenfalls unter die *Grandfather Clause* des Art 57 Abs 1 EG fiele und daher nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstöße. Insofern gibt dieses Urteil aber nicht eindeutig zu erkennen, ob der EuGH implizit eine Verletzung des Art 56 EG annahm, um überhaupt zur Prüfung des Art 57 zu gelangen, oder ob er aus verfahrensökonomischen Gründen die vorgelagerte Frage des Art 56 EG einfach übersprungen hat, ohne sie abschließend beurteilen zu wollen.<sup>44)</sup> Ähnliche Unklarheiten verblieben bei den Entscheidungen in *ACT Group Litigation*,<sup>45)</sup> *FII Group Litigation*<sup>46)</sup> und *Lasertec*,<sup>47)</sup> wo der EuGH zwar auf den Anwendungsbereich der

nationalen Norm abstellt, aber auch die faktischen Umstände einbezog.<sup>48)</sup>

### 3. Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts

In Übereinstimmung mit der Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm schließt auch die Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts zunächst jene Situationen vom Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit aus, bei denen die beschränkende Norm ausschließlich Niederlassungsvorgänge fokussiert.<sup>49)</sup> Ist dies zwar nicht der Fall, ist konkret eine Kontrollbeteiligung betroffen, soll nach Teilen des Schrifttums,<sup>50)</sup> dem VwGH<sup>51)</sup> sowie der deutschen Finanzverwaltung<sup>52)</sup> auch diesfalls ein Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit entfallen, sodass die Anwendbarkeit der nationalen Norm in Drittstaatssituationen nicht beeinträchtigt wäre. Begründet wurde dies – wohl unter Praktikabilitätsgesichtspunkten<sup>53)</sup> – auch damit, dass einerseits die Theorie der Maßgeblichkeit der nationalen Norm nicht hinreichend die „Verdrängungswirkung“ des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen würde, zumal der nationale Gesetzgeber andernfalls durch die Herausnahme von Portfoliobeteiligungen aus dem Anwendungsbereich der beschränkenden nationalen Norm diese für Drittstaatskonstellationen in ihrer Gesamtheit „sanieren“ könnte,<sup>54)</sup> und andererseits vom Gesetzgeber insofern „schier Unmögliches verlangt“ würde, als sich gerade die Definition einer Kontrollbeteiligung aufgrund der Unschärfe des Begriffs womöglich einer abstrakten Abgrenzung entzieht.<sup>55)</sup>

Trotz der bestehenden Bedenken im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art 57 EG und die kontraintuitive Einschränkung des Schutzbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit mit steigendem Beteiligungsmaß wurde die Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts nunmehr vom EuGH in der Rs *Burda* ausdrücklich bestätigt.<sup>56)</sup> Die in *Burda* betroffenen nationalen Rechtsvorschriften waren zwar nicht vom Umfang der Beteiligung der die Dividen-

(2005) 489 (501 f); *Lyal* in *Weber* (Hrsg), The Influence of European Law on Direct Taxation (2007) 17 (21).

38) Ebenso *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 107 (113 f); *Lyal* in *Weber* (Hrsg), The Influence of European Law on Direct Taxation (2007) 17 (21); *Cordewener/Kofler/Schindler*, ET 2007, 371 (374); *Rehm/Nagler*, IStR 2007, 320 (321); *Wellens*, DStR 2007, 1852 (1855); *Rehm/Nagler*, IStR 2008, 511 (512); s aus der Rsp auch ausdrücklich FG Münster 9. 11. 2007, 9 K 2912/04 K G, EFG 2008, 408 = IStR 2008, 151.

39) So etwa *O'Shea*, 46 Tax Notes Int'l 1131 (1132) (June 11, 2007); *Mühlebner*, SWI 2007, 523 (524); *Köhler/Tippelhofer*, IStR 2007, 645 (646 f); *Wellens*, DStR 2007, 1852 (1855 f).

40) EuGH 15. 7. 2004, Rs C-315/02, *Lenz*, Slg 2004, I-7063.

41) EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 23.

42) EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 24.

43) EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 31.

44) Siehe zB auch *Haslechner*, taxlex 2007, 286 (290); *Hohenwarter/Plansky*, SWI 2007, 346 (352 f); *Metzler*, ÖStZ 2007, 441 (442 f); ebenso die Einschätzung des FG Münster 9. 11. 2007, 9 K 2912/04 K G, EFG 2008, 408 = IStR 2008, 151.

45) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673, Tz 37 ff.

46) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 33 ff.

47) EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 21 f und 23.

48) Siehe auch die kritische Analyse bei *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (219 ff); vgl aber auch FG Münster 9. 11. 2007, 9 K 2912/04 K G, EFG 2008, 408 = IStR 2008, 151.

49) Siehe auch *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (218).

50) *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (216 ff).

51) VwGH 24. 7. 2007, 2007/14/0029, ÖStZB 2007/520, 704; VwGH 17. 4. 2008, 2008/15/0064.

52) BMF Schreiben 21. 3. 2007, IV B – 7 G 1421/0, DStR 2007, 626 = IStR 2007, 340; s auch die Verfügung des Bayerischen Landesamtes für Steuern 28. 3. 2007, S 2750 a – 17 St 31 dN, IStR 2007, 716.

53) Wenngleich diese Überlegungen aus Praktikabilitätsgründen sicher nicht von der Hand zu weisen sind, scheint dennoch fraglich, ob es solcherart bei der gemeinschaftsrechtlichen Tatbestandsbildung und Abgrenzung auf allfällige Rechtsfolgen in den Mitgliedstaaten und mögliche Gestaltungsreaktionen nationaler Gesetzgeber ankommen kann.

54) *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (216 ff).

55) *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008), 211 (218).

56) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 71 ff; s auch bereits die Schlussanträge GA *Mengozzi* 31. 1. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 82.

den beziehenden Gesellschaft an der ausschüttenden Gesellschaft abhängig, weshalb sie „sowohl unter Art 43 EG über die Niederlassungsfreiheit als auch unter Art 56 EG über den freien Kapitalverkehr“ liegen.<sup>57)</sup> Allerdings war im *konkreten* Sachverhalt eine (auch) von der Niederlassungsfreiheit erfasste Kontrollbeteiligung betroffen, sodass nach Ansicht des EuGH allfällige Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs „jedenfalls die unvermeidliche Konsequenz einer eventuellen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit“ wären und keine eigenständige Prüfung der Regelung im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigten.<sup>58)</sup> Wenngleich *Burda* keine Drittstaats-situation betraf, gibt der EuGH – wenngleich ohne nähere Begründung – dennoch klar zu erkennen, dass eine *faktische* Kontrollbeteiligung einer Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit entgegensteht.

### C. Zusammenfassung

Nach einer Reihe von zumindest unklaren Urteilen hat der EuGH nunmehr in der Rs *Burda* ausdrücklich judiziert, dass im Falle einer auch Portfolio-beteiligungen erfassenden nationalen Regelung die Kapitalverkehrsfreiheit dann zurücktreten müsse, wenn die konkrete Beteiligung als Niederlassungsvorgang anzusehen ist. Trotz aller Kritikpunkte an einer derartigen Abgrenzung und einem gewissen Spannungsverhältnis zur Vorjudikatur findet damit vorerst die „Theorie der Maßgeblichkeit des konkreten Sachverhalts“ eine Bestätigung durch den Gerichtshof. Es bleibt freilich

die Frage bestehen, weshalb mit steigendem Beteiligungsmaß der Schutz durch das Gemeinschaftsrecht sinken soll,<sup>59)</sup> und ob sich dementsprechend im Falle einer Teilverdrängung einer nationalen Norm gleichheitsrechtliche Bedenken im Lichte des nationalen Verfassungsrechts aufwerfen könnten.<sup>60)</sup>

Das Urteil in *Burda* bietet auch Anlass, die bisherige Judikatur des Gerichtshofes zu systematisieren und prüfungsschematisch den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nach Art 56 EG im Falle von Beteiligungen an Drittstaatsgesellschaften für Zwecke des direkten Steuerrechts zu skizzieren (s Tabelle 1).

57) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 71.

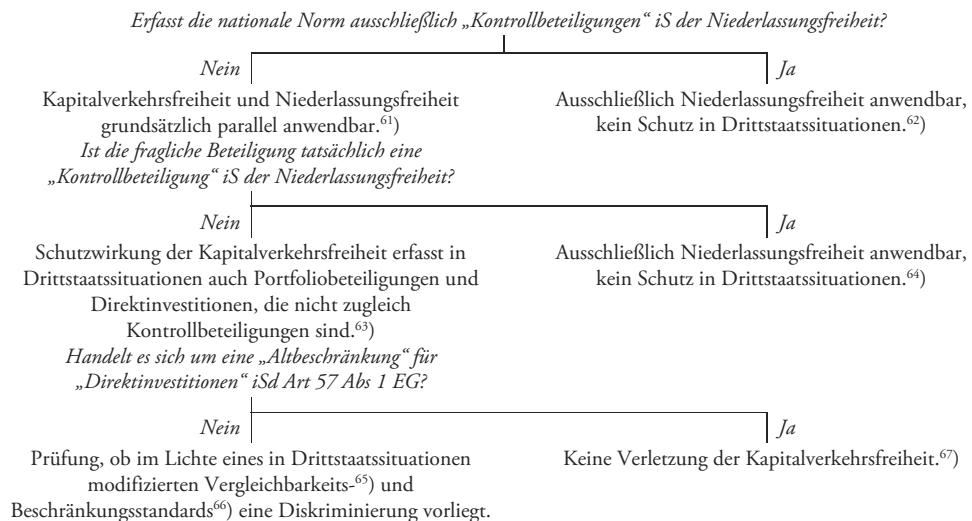
58) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 72 ff, unter (zweifelhaftem) Hinweis auf EuGH 18. 7. 2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373, Tz 24, wo von der nationalen Regelung bloß Kontrollbeteiligungen erfasst waren und daher zwar die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit belegt wird, nicht aber das Zurücktreten der Kapitalverkehrsfreiheit; kritisch auch *Rehm/Nagler*, IStR 2008, 511 (512), die deshalb spekulieren, dass es sich bei der Aussage des EuGH in *Burda* „auch nur um einen Irrtum handeln“ könnte.

59) Dazu bereits oben B.2.

60) Siehe dazu *Zorn* in *Quantschnigg/Wiesner/Mayr* (Hrsg), Steuern im Gemeinschaftsrecht, FS Nolz (2008) 211 (222 ff).

### SCHLUSSSTRICH

*Nach dem Urteil in der Rs Burda ist im Fall einer Kontrollbeteiligung die Berufung auf die Kapitalverkehrsfreiheit ausgeschlossen.*



**Tabelle 1**

- 61) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-374/04, *ACT Group Litigation*, Slg 2006, I-11673, Tz 37; EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 36, 80 und 142; EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 24; EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 71.
- 62) EuGH 12. 9. 2006, Rs C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg 2006, I-7995, Tz 31 ff; EuGH 13. 3. 2007, Rs C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, Slg 2007, I-2107, Tz 26 ff; EuGH 10. 5. 2007, Rs C-492/04, *Lasertec*, Slg 2007, I-3775, Tz 20 ff; EuGH 18. 7. 2007, Rs C-231/05, *Oy AA*, Slg 2007, I-6373, Tz 23 f; s auch EuGH 10. 5. 2007, Rs C-102/05, *A und B*, Slg 2007, I-3871, Tz 26 f, und EuGH 6. 11. 2007, Rs C-415/06, *Stahlwerk Ergste Westig GmbH*, Tz 14 ff (betrifft Betriebsstätten), sowie EuGH 3. 10. 2006, Rs C-452/04, *Fidium Finanz*, Slg 2006, I-9521, Tz 34, 44 ff (zu Finanzdienstleistungen).
- 63) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 165 ff; EuGH 18. 12. 2007, Rs C-101/05, *A*, Tz 21 ff; EuGH 20. 5. 2008, Rs C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, Tz 87 f.
- 64) EuGH 26. 6. 2008, Rs C-284/06, *Burda*, Tz 72 ff.
- 65) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 170.
- 66) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 171 f; EuGH 18. 12. 2007, Rs C-101/05, *A*, Tz 28 ff, insb 37 und 54 ff; EuGH 20. 5. 2008, Rs C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, Tz 89.
- 67) EuGH 12. 12. 2006, Rs C-446/04, *FII Group Litigation*, Slg 2006, I-11753, Tz 174 ff; EuGH 24. 5. 2007, Rs C-157/05, *Holböck*, Slg 2007, I-4051, Tz 32 ff; EuGH 18. 12. 2007, Rs C-101/05, *A*, Tz 45 ff; EuGH 20. 5. 2008, Rs C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, Tz 98 ff.