
Schweizerisches Kapitaleinlageprinzip und Steuerfolgen für deutsche Streubesitz-Privatanleger

Analyse des schweizerisch-deutsch-europarechtlichen Konfliktfelds*

Der vorliegende Beitrag erörtert die seit Jahren diskutierte¹, aber bislang noch nicht endgültig geklärte Frage, ob die heute bei schweizerischen Publikums-Aktiengesellschaften weit verbreitete² Ausschüttung von Reserven aus Kapitaleinlagen in Deutschland, gleich wie in der Schweiz und in Österreich³, auf Ebene des Privatanlegers (Streubesitz-Beteiligung) steuerfrei vereinbart werden kann. Aus deutscher ertragsteuerlicher Sicht stellt sich die Frage lediglich bei Privatanlegern mit Streubesitz-Beteiligungen von unter einem Prozent im Privatvermögen: Bei Beteiligungen im Betriebsvermögen oder bei Beteiligungen im Privatvermögen von mindestens einem Prozent ist



Dr. Christian Buck

Rechtsanwalt, Steuerberater,
leitet bei einer Bank den Bereich
Clients & Products Tax, Germany & Austria



Dr. Tobias F. Rohner

Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
Partner bei Froriep, Zürich.

aus deutscher ertragsteuerlicher Sicht eine grundsätzliche Steuerpflicht der Ausschüttung unstreitig.

* Die Autoren danken Frau Dr. Karoline Spies, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien, für ihre kritische Durchsicht des Manuskripts und die intensive Diskussion der europarechtlichen Thematik.

1 Einleitung

In einem ersten Teil wird aus schweizerischer Sicht dargestellt, was unter «Reserven aus Kapitaleinlagen» oder «Kapitalreserven» von schweizerischen Aktiengesellschaften zu verstehen ist (Ziff. 2.1), und unter welchen Voraussetzungen sie gebildet und steuerfrei ausgeschüttet werden können (Ziff. 2.2).

In einem zweiten Teil wird die Besteuerung der Ausschüttung von Reserven aus Kapitaleinlagen in Deutschland nach aktueller Rechtslage beleuchtet (Ziff. 3.1). Schliesslich wird die deutsche Rechtslage vertieft daraufhin untersucht, inwieweit sie mit dem Europarecht und den Bilateralen Verträgen im Einklang steht (Ziff. 3.2).

¹ Vgl. etwa den Newsletter II/2011 von WM Datenservice, S. 3 f.; generell zur Einlagenrückgewähr ausländischer Gesellschaften an deutsche Privatanleger mit Streubesitzbeteiligungen aus deutscher Sicht *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385 ff. m. w. N.

² Vgl. Finanz und Wirtschaft vom 24. September 2014, Nr. 75, 87. Jahrgang, S. 1, 3, 16.

³ Aus österreichischer steuerlicher Sicht entspricht die Zahlung nach dem schweizerischen Kapitaleinlageprinzip einer Einlagenrückzahlung im Sinne von § 4 Abs. 12 des österreichischen Einkommensteuergesetzes (öEStG). Österreichische Gesellschaften führen ein Evidenzkonto, in dem Einlagen der Gesellschafter festgehalten sind. Rückzahlungen aus diesem Konto sind steuerfrei, reduzieren aber die Anschaffungskosten der Aktien. Diese steuerliche Behandlung ist auch auf vergleichbare Transaktionen ausländischer Gesellschaften anzuwenden. Die Führung eines Evidenzkontos für ausländische Gesellschaften ist nicht zwingend notwendig, es muss aber im Einzelfall nachgewiesen werden können, dass es sich um eine mit der österreichischen Einlagenrückzahlung vergleichbare Transaktion handelt. Diese Überprüfung richtet sich nach österreichischem Recht.

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung

Privatvermögen und Betriebsvermögen

2 Schweizerische Sichtweise

- 2.1 Gesetzliche Grundlagen und Normzweck
- 2.2 Voraussetzungen für die Anerkennung als steuerfrei rückzahlbare Kapitalreserve
 - 2.2.1 Bildung von Kapitalreserven
 - 2.2.2 Ausschüttung von Kapitalreserven aus schweizerischen Gesellschaften
 - 2.2.3 Ausschüttung von Kapitalreserven aus ausländischen Gesellschaften

3 Deutsche Sichtweise

- 3.1 Aktuelle gesetzliche Grundlagen
- 3.2 Vereinbarkeit mit dem Europarecht und den Bilateralen Verträgen
 - 3.2.1 Persönlicher Geltungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit
 - 3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, Vergleichbarkeit und Eingriff
 - 3.2.3 Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit, Rechtfertigung eines Eingriffs
 - 3.2.3.1 Stand-Still-Klausel nach Art. 64 Abs. 1 AEUV?
 - 3.2.3.2 Rechtfertigung gem. Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV?
 - 3.2.3.3 Zwingende Gründe des Allgemeininteresses?
 - 3.2.3.4 Rechtfertigung gem. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV, Verhältnismässigkeit?
 - 3.2.4 Zwischenergebnis
- 3.3 Anwendung der Rechtsprechung vor Einführung von § 27 Abs. 8 KStG?

4 Fazit

KAPITALEINLAGEPRINZIP UND STEUERFOLGEN

Privatvermögen		Betriebsvermögen
Beteiligung < 1%	Beteiligung ≥ 1%	
<p>Die Besteuerung von Reserven aus Kapitaleinlagen schweizerischer Kapitalgesellschaften an deutsche Anleger ist nicht endgültig geklärt und daher im Folgenden näher zu untersuchen.</p>	<p>Bei Anlegern, die innerhalb der letzten fünf Jahre vor</p> <ul style="list-style-type: none"> • der Veräußerung, • der verdeckten Einlage von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, • der Auflösung der Kapitalgesellschaft, der Kapitalherabsetzung, wenn das Kapital zurückgezahlt wird, • der Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto i. S. des § 27 Körperschaftsteuergesetz (KStG) <u>oder</u> • der Beschränkung oder dem Ausschluss des Besteuerungsrechts Deutschlands im Fall der Verlegung des Sitzes oder des Orts der Geschäftsleitung der Kapitalgesellschaft in einen anderen Staat <p>zu mindestens 1% unmittelbar oder mittelbar am Kapital der Kapitalgesellschaft beteiligt waren, sieht das deutsche Recht in § 17 Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5 Einkommensteuergesetz (EStG) grundsätzlich eine Steuerpflicht vor. Bei einer Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagenkonto (§ 27 KStG) ist dabei als Veräußerungspreis der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens der Kapitalgesellschaft anzusehen (§ 17 Abs. 4 Satz 2 i. V. m. Satz 1 EStG); beim Gesellschafter ist die durch die Ausschüttung oder Rückzahlung eingetretene Vermögensmehrung erfolgsneutral mit den Anschaffungskosten zu verrechnen – ein steuerbarer Gewinn entsteht durch die Ausschüttung oder Rückzahlung (erst), sobald und soweit sie die Anschaffungskosten übersteigt**.</p> <p>Die dargestellte Besteuerung*** gilt unabhängig davon, ob die Mittel dem Anleger aus dem In- oder Ausland von einer deutschen oder ausländischen Kapitalgesellschaft zufließen, und damit unabhängig von der nachfolgend erörterten (Ziff. 3.2) europarechtlichen Dimension.</p>	<p>Bei Anlegern, welche die Beteiligung im Betriebsvermögen halten, mindert die Ausschüttung oder Zurückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto i. S. des § 27 Körperschaftsteuergesetz (KStG) grundsätzlich den Buchwert der Kapitalanteile und ist steuerpflichtig, soweit sie den Buchwert der Kapitalanteile überschreitet*.</p>

* Vgl. etwa BFH v. 14.10.1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189. Zum Hintergrund des Betriebsvermögensvergleichs für die Ermittlung von Einkünften aus Gewerbebetrieb vgl. *Fischer/Früchtl*, P+P Festschrift, 2008, S. 251 m. w. N.: Während für die privaten Einkunftsarten generell ein quellentheoretischer Ansatz gewählt wurde, sei auf Betreiben des Handels und Gewerbes im Jahr 1925 für betriebliche Einkünfte die Übernahme der handelsrechtlichen Buchführung und Bilanzierung für Steuerzwecke erfolgt – angesichts eines Steuersatzes von 4% sei der geringere Aufwand bei Übernahme der handelsrechtlichen Buchführung trotz der hieraus resultierenden Besteuerungsfolgen als vorteilhaft angesehen worden.

** Vgl. zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns *Vogt*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 17 EStG, 124. Aufl. 2014, Rz. 888, 889: § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG stelle einen eigenständigen Veräußerungstatbestand dar, unabhängig von der Besteuerung eines Gewinns aus einer nachfolgenden Veräußerung der Gesellschaftsanteile gem. § 17 Abs. 1 EStG. Beide Veräußerungstatbestände können – zeitlich versetzt – kumulativ erfüllt sein. Negative Anschaffungskosten entstehen ab Veranlagungszeitraum 1997 nicht mehr.

*** Hierzu und zum Verhältnis von § 17 EStG zu §§ 20, 23 EStG *Fischer/Früchtl*, P+P Festschrift, 2008, S. 251 ff.

2 Schweizerische Sichtweise

2.1 Gesetzliche Grundlagen und Normzweck

Im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II traten per 1. Januar 2011 u. a. folgende Bestimmungen in Kraft:

Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG): «Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital.»

Art. 5 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG): «Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31. Dezember 1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, wenn die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse von der Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der Eidgenössischen Steuerverwaltung meldet⁴.»

Was die kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern betrifft, enthält Art. 7b des Bundes-

gesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) eine mit Art. 20 Abs. 3 DBG identische Bestimmung. Die Vorschrift von Art. 7b StHG trat bereits am 1. Januar 2009 in Kraft, wobei den Kantonen eine Übergangsfrist von zwei Jahren eingeräumt wurde, ihre kantonale Gesetzgebung der neuen StHG-Bestimmung anzupassen⁵.

Die genannten neuen Bestimmungen im DBG, VStG und StHG statuieren allesamt das sog. Kapitaleinlageprinzip, welches das bis dahin auf Bundesebene wie auch in der Mehrheit der Kantone⁶ geltende Nominalwertprinzip ablöste⁷. Aufgrund des Nominalwertprinzips war lediglich die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, d. h. von Nennwertkapital, ohne Steuerfolgen möglich⁸. Dies hatte zur Folge, dass der Erwerber beim Kauf von Beteiligungspapieren stets eine latente Steuerlast auf künftigen Ausschüttungen übernahm, womit er im Umfang der zurückgeführten Kapitaleinlagen einen Vermögensertrag versteuern musste, obwohl er keinen Nettovermögenszugang erzielte hatte. Dieser Umstand wurde in der Steuerrechtsliteratur zu Recht als Verletzung des Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und auch als Standortnachteil der Schweiz angesehen⁹. Zudem wurde gerügt, dass mit dieser steuerlichen Benachteiligung von Agio und

⁴ Obwohl die Marginale zu Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG «Ausnahmen» lautet, handelt es sich beim Kapitaleinlageprinzip nicht um eine Ausnahme, sondern um einen grundlegenden Teil des Systems der Verrechnungssteuer (vgl. Hochreutener, Die eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, Bern/Fribourg 2013, Teil II N 208).

⁵ Art. 72h StHG.

⁶ Vgl. Übersicht von Untersander, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, Zürich 2003, S. 98 f.

⁷ Dieser (notwendige) Systemwechsel war in der Politik unbestritten; vgl. Matteotti/Riedweg, ST 2010, 776.

⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II), BBl 2005, 4800.

⁹ Statt vieler Matteotti/Riedweg, ST 2010, 777; v. a. zeigt sich eine Verletzung des Leistungsfähigkeitsprinzips in jenen Fällen deutlich, bei denen die Beteiligungsrechte die Hand nie wechselten: Die Agiorückerstattung wird als Einkommen besteuert, obwohl eine reine Vermögensumschichtung stattgefunden hat (vgl. Untersander, Kapitalrückzahlungsprinzip im schweizerischen Steuerrecht, S. 63).

Zuschüssen gegenüber Aktienkapital der Grundsatz der Finanzierungsneutralität verletzt würde¹⁰. Mit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips sollte diesen Systemwidrigkeiten begegnet werden.

Folglich ist nicht nur der Rückfluss von Einlagen an den originären privaten Beteiligungsinhaber, sondern auch der Rückfluss an den derivativen privaten Beteiligungsinhaber, welcher die Einlage bzw. den Zuschuss seinerzeit nicht selbst leistete, steuerfrei¹¹. Als Vermögensertrag ist also grundsätzlich nur steuerbar, was in der Gesellschaft über die von den Gesellschaftern zur Verfügung gestellten Mittel hinaus erwirtschaftet und ausgeschüttet wird.

Bei buchführungspflichtigen Empfängern von Rückflüssen aus Einlagen, Aufgeldern (d. h. Agios) und Zuschüssen kommt das in Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG verankerte Massgeblichkeitsprinzip zum Tragen. Entsprechend ist der handelsrechtskonform erstellte Jahresabschluss massgeblich für die steuerliche Veranlagung. Ein Rückfluss ist demnach erfolgswirksam zu verbuchen und steuerbar, sofern und soweit die Mittelentnahme keinen Abschreibungsbedarf zur Folge hat.

2.2 Voraussetzungen für die Anerkennung als steuerfrei rückzahlbare Kapitalreserve

2.2.1 Bildung von Kapitalreserven

Auch wenn dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 DBG nicht entnommen werden kann, dass unter Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen keine verdeckte Kapitaleinlagen fallen, sind Anhaltspunkte in der Botschaft zu finden, wonach lediglich offene Kapitaleinlagen¹² unter das Kapitaleinlageprinzip fallen dürften¹³. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG ist in dieser Hinsicht klar: Nur in der Handelsbilanz ausgewiesene Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse sind dem Grund- oder Stammkapital gleichgestellt. Auch die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) bringt im Kreisschrei-

ben Nr. 29 vom 9. Dezember 2010 deutlich zum Ausdruck, dass als Kapitaleinlagen im Sinne von Art. 20 Abs. 3 DBG und Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG lediglich solche gelten, welche von Inhabern der Beteiligungsrechte geleistet und in der Handelsbilanz der empfangenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft verbucht und offen ausgewiesen wurden¹⁴. Schliesslich statuiert Art. 125 Abs. 3 DBG auch die Pflicht der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, das Eigenkapital am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht auszuweisen. Das Eigenkapital besteht dabei aus dem einbezahlten Grund- oder Stammkapital, den in der Handelsbilanz ausgewiesenen Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen im Sinne von Art. 20 Abs. 3 DBG, den offenen und den aus versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven [...]. Folglich ist das Kapitaleinlageprinzip nicht in letzter Konsequenz verwirklicht, denn aus dogmatischer Sicht sollte es für die steuerliche Behandlung der Rückflüsse an die Inhaber der Beteiligungspapiere keine Rolle spielen, in welcher Form (offen oder verdeckt) die Kapitaleinlage erfolgte¹⁵. Die Praxis der ESTV schränkt dieses «modifizierte» Kapitalrückzahlungsprinzip gar noch weiter ein, indem nur *direkt* von den Inhabern der Beteiligungsrechte geleistete Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse qualifizieren sollen. Folglich sollen etwa Vorteilszuwendungen unter Schwestergesellschaften nicht als Einlagen in die Reserven aus Kapitaleinlagen gelten, da sie nicht direkt durch die Inhaber der Beteiligungsrechte geleistet werden¹⁶.

Die geleisteten Einlagen, Aufgelder (Agios) und Zuschüsse stellen Formen der handelsrechtlichen Kapitalreserven im Sinne von Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 b OR dar und müssen folglich auch aus handelsrechtlicher Sicht zwingend als Positionen des Eigenkapitals in der Bilanz ausgewiesen werden¹⁷. Sie sind von den gesetzlichen Gewinnreserven (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 c OR) abzugrenzen, welche aus den einbehaltenen Gewinnen gebildet werden. Die seit dem 1. Januar

2013 im OR unter dem Titel «Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung» explizit vorgeschriebene Mindestgliederung des Eigenkapitals in (a) Grundkapital, (b) gesetzliche Kapitalreserve, (c) gesetzliche Gewinnreserve, (d) freiwillige Gewinnreserven oder kumulierte Verluste als Minusposten und (e) in eigene Kapitalanteile als Minusposten orientiert sich am Konzept des global angewendeten International Financial Reporting Standards (IFRS)¹⁸. Die Anpassung der geltenden Rechnungslegungsvorschriften an internationale Gepflogenheiten war erklärtes Ziel des Gesetzgebers¹⁹, weshalb diese künftig auch von den EU-Mitgliedstaaten anerkannt werden sollten, umso mehr als die

Gliederung des Eigenkapitals gemäss der EU-Rechnungslegungsrichtlinie²⁰ nicht stringent zwischen Kapital- und Gewinnreserven unterscheidet, die Regelung im OR also sogar detaillierter ist. Vor Inkraftsetzung der neuen schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften wurde dagegen lediglich eine Mindestgliederung der Passivseite der Bilanz in Fremd- und Eigenkapital vorgeschrieben²¹, weshalb teilweise nicht oder nur schwer nachvollziehbar war, wie die Reserven (aus zurückbehaltenen Gewinnen oder aus Kapitaleinlagen) akkumuliert wurden. Nicht zuletzt deswegen wurde die Ordnung der Buchführung und Rechnungslegung als lückenhaft und sachlich veraltet abgetan²².

¹⁰ *Matteotti/Riedweg*, ST 2010, 777.

¹¹ *Hochreutener*, Die eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer, Bern/Fribourg 2013, Teil II N 216; deshalb soll gemäss Botschaft der Grundsatz als Kapitaleinlageprinzip und nicht als Kapitalrückzahlungsprinzip bezeichnet werden; sonst entstehe der Anschein, dass einbezahltes Agio lediglich der Person steuerfrei zurückfliessen könne, die es seinerzeit einbezahlt hatte (BBl 2005, 4801).

¹² Als offene Kapitaleinlagen sind solche zu verstehen, die mit ihrem Verkehrswert bilanziert wurden (vgl. *Pfaff*, ASA 82, 99).

¹³ Darauf weist etwa folgender Satz in der Botschaft (BBl 2005, 4802) hin: «Eine Kapitaleinlage infolge Sacheinlage über den Nennwert des Aktienkapitals oder der Forderung hinaus kann vorübergehend auch bloss in der Steuerbilanz berücksichtigt werden; die Handelsbilanz ist jedoch möglichst unverzüglich anzupassen.»

¹⁴ ESTV, Kreisschreiben Nr. 29, Kapitaleinlageprinzip, v. 9.12.2010, Ziff. 2.1.

¹⁵ *Altorf/Altorf*, ST 2009, 274.

¹⁶ ESTV, Kreisschreiben Nr. 29 (Fn. 14), Ziff. 2.2.1; ein Teil des Schrifttums plädiert dafür, dass auch Kapitaleinlagen der den Inhabern von Beteiligungsrechten nahestehenden Personen steuerfrei sein müssen. Sie argumentieren mit der im Bereich der Einkommens- und Gewinnsteuern anwendbaren reinen oder modifizierten Dreieckstheorie, wonach Leistungen von nahestehenden

Personen aufgrund des besonderen Verhältnisses zwischen nahestehenden Personen und Anteilinhabern wirtschaftlich auf dem Umweg über den direkten Anteilinhaber der empfangenden Gesellschaft zufließen (vgl. *Brülisauer/Suter*, FStR 2011, 113).

¹⁷ *Pfaff*, ASA 82, 101 f., mit dem Hinweis, dass auch die anerkannten Standards für Kapitaleinlagen die Verbuchung unter den Kapitalreserven fordern.

¹⁸ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassung im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1625.

¹⁹ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassung im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1659.

²⁰ Richtlinie 2013/34/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013, Anhang III.

²¹ Art. 663 Abs. 1 a OR.

²² Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassung im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1598.

Die Meldung des Bestands der Reserven aus Kapitaleinlagen (im Sinne von Art. 20 Abs. 3 DBG) für Zwecke der Einkommenssteuer erfolgt durch die Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft mit der Einreichung der Steuererklärung und der Handelsbilanz. In den kantonalen Steuererklärungen ist regelmässig zu deklarieren, wie sich die Reserven zusammensetzen (aus Kapitaleinlagen oder Gewinnreserven). Für Zwecke der Verrechnungssteuer ist bei der ESTV innert 30 Tagen nach der Genehmigung der Jahresrechnung unaufgefordert ein Geschäftsbericht oder die unterzeichnete Kopie der Jahresrechnung einzureichen. Zudem ist der ESTV jede Bestandesänderung unaufgefordert mittels Formular 170 zu melden. Erfolgen Rückzahlungen von Reserven aus Kapitaleinlagen, sind diese innerhalb von 30 Tagen nach der Generalversammlung oder spätestens 30 Tage nach der Rückzahlung zu melden.

2.2.2 Ausschüttung von Kapitalreserven aus schweizerischen Gesellschaften

Handelsrechtlich war bis vor kurzem teilweise strittig, ob die Ausschüttung von Kapitalreserven überhaupt zulässig ist²³. Bejaht man – der herrschenden Lehrmeinung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend – die Zulässigkeit der Ausschüttung von Kapitalreserven, sobald die Reserve die Grenze von Art. 671 Abs. 3 OR übersteigt, kann die Ausschüttung aus den Kapitalreserven durch Dividendenbeschluss erfolgen. Nach der Praxis der ESTV liegt die Aufteilung der Ausschüttungen in Rückzahlungen aus Kapitalreserven und Ausschüttungen aus den übrigen Reserven (Gewinnreserven) im freien Ermessen der ausschüttenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aufgrund der Verbuchung und Qualifikation der Reserven in der Handelsbilanz der ausschüttenden Gesellschaft (quellenmässige Betrachtungsweise)²⁴. Rückzahlungen von Kapitalreserven sind gem. Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG und Art. 3 Abs. 1 Verrech-

nungssteuerverordnung (VStV) in der Abrechnung gesondert auszuweisen und über einen nur diesem Zweck dienenden Coupon auszurichten²⁵.

2.2.3 Ausschüttung von Kapitalreserven aus ausländischen Gesellschaften

Das Einkommenssteuerrecht unterscheidet hinsichtlich der Steuerfreiheit der Rückzahlung von Kapitalreserven nicht, ob die Rückzahlung von einer in- oder ausländischen Gesellschaft geleistet wird²⁶. Entsprechend ist die Rückzahlung von Kapitalreserven etwa durch eine deutsche Gesellschaft an ihren in der Schweiz steuerlich ansässigen Anteilsinhaber dort einkommenssteuerfrei. Die Frage stellt sich, ob und wie der Empfänger der Ausschüttung gegenüber dem Steueramt den Nachweis zu erbringen hat, dass diese aus der Kapitalreserve erfolgte.

Nach dem subjektiven Herkunftsprinzip, welches der Abgrenzung zwischen Kapitalgewinnen und Kapitalerträgen dient und welches besagt, dass das Subjekt des Leistungserbringers dafür ausschlaggebend ist, ob ein Ertrag aus beweglichem Kapitalvermögen vorliegt, liegt bei Ausschüttungen vermutungsweise ein steuerbarer Ertrag vor. Folglich muss nach den allgemeinen Beweisregeln, wonach steuerbegründende und steuererhöhende Tatsachen durch die Steuerbehörde und steuermindernde Tatsachen durch die Steuerpflichtigen zu beweisen sind, der Empfänger den Nachweis erbringen, dass die Ausschüttung aus Kapitalreserven stammt.

Dritte (etwa die Leistungserbringer) können nur im engen Rahmen von Art. 127 ff. DBG in den Sachverhaltsaufklärungsprozess einbezogen werden. Zwar sieht Art. 127 Abs. 2 DBG eine Bescheinigungspflicht Dritter vor, dies gilt jedoch erst dann, wenn die Sachverhaltsaufklärung durch den Steuerpflichtigen trotz Mahnung nicht zum Ziel führte. Hingegen können ausländische Gesellschaften schon aufgrund des allgemeinen Grundsatzes des Völkerrechts, wonach öffentli-

ches Recht nur in jenem Staat gilt, in dem es erlassen wurde (sog. Territorialitätsprinzip) nicht zur Ausstellung von Bescheinigungen oder sonstigen Mitwirkungen verpflichtet werden. Die mangelnde Pflicht bedeutet aber nicht, dass die ausländischen Gesellschaften nicht berechtigt wären, zu Gunsten des schweizerischen Steuerpflichtigen bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken. Mit der Einführung des Kapitaleinlageprinzips haben etliche ausländische Gesellschaften (insbesondere deutsche) von diesem Recht Gebrauch gemacht und sich von der ESTV oder den kantonalen Steuerverwaltungen die steuerfreie Ausschüttung ihrer Kapitalreserven an die in der Schweiz steuerpflichtigen Anteilseigner bestätigen lassen²⁷. Für den Nachweis verlangten die ESTV bzw. die kantonalen Steuerverwaltungen in der Regel lediglich die Einreichung der Handelsbilanz(en). War hieraus nicht zu entnehmen, wie sich die Reserven zu-

sammensetzten, mussten jeweils weitere Beweise erbracht werden.

3 Deutsche Sichtweise

3.1 Aktuelle gesetzliche Grundlagen

In Deutschland sind Ausschüttungen einer Aktiengesellschaft an ihren Aktionär (Privatanleger, natürliche Person, Streubesitz) grundsätzlich steuerpflichtig (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 des deutschen Einkommensteuergesetzes, EStG), es sei denn, zur Ausschüttung wurden Beträge aus dem steuerlichen Einlagekonto im Sinne des § 27 des deutschen Körperschaftsteuergesetzes (KStG) verwendet (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG). Voraussetzung für eine solche steuerfreie Ausschüttung ist nach § 27 KStG, dass

- die Kapitalgesellschaft *in Deutschland* unbeschränkt steuerpflichtig²⁸ ist oder in einem anderen Mitgliedstaat der EU²⁹ der unbe-

²³ Hauptverfechter einer Ausschüttungsbeschränkung ist *Böckli*. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass nicht nur einbezahltes Nennkapital, sondern auch Agio gemäss Art. 660 Abs. 1 und Art. 680 Abs. 2 OR dem Verbot der Einlagerückgewähr unterstehe, weil das Agio nicht bestimmt sei, unter die Aktionäre verteilt zu werden (vgl. *ders.*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 178, § 12 N 526). Die herrschende Meinung im Schrifttum hingegen verneint eine absolute Ausschüttungsbeschränkung. Wer Eigenkapital bei einer Kapitalerhöhung investiere, habe sich nicht nur in den Nennwert, sondern auch in die gesamten offenen und stillen Reserven einzukaufen. In sehr vielen Fällen dürfte eine Gesellschaft ihre Reserven aus den Jahresgewinnen gebildet haben, von welchen ein Teil nach den Regeln von Art. 671 Abs. 1 OR den allgemeinen Reserven zuzuweisen sei. Diese allgemeinen Reserven würden keiner absoluten, sondern lediglich einer prozentualen Ausschüttungsbeschränkung gemäss Art. 671 Abs. 3 OR unterliegen (vgl. statt vieler *Matteotti/Riedweg*, ST 2010, 778; *Pfaff*, ASA 82, 105, Fn. 24 mit Hinweisen auf die Literatur). Seit dem Urteil des BGer 4A-138/2014 v. 16.10.2014, Erw. 62.2, ist geklärt, dass das Agio frei

verwendet werden darf, soweit die allgemeine Reserve – wozu auch das Agio gehört – die Hälfte des Aktienkapitals übersteigt.

²⁴ ESTV, Kreisschreiben Nr. 29 (Fn. 14), Ziff. 4.1.

²⁵ ESTV, Kreisschreiben Nr. 29 (Fn. 14), Ziff. 4.1.

²⁶ Vgl. *Brülisauer/Suter*, FStR 2011, 188.

²⁷ Die ESTV erklärte sich für sämtliche in- und ausländischen Publikumsgesellschaften und für ausländische Gesellschaften, welche jedoch tatsächlich im Inland geleitet werden und hier eine Geschäftstätigkeit ausüben (Art. 9 Abs. 1 VStG), für zuständig. Anfragen betreffend die übrigen Gesellschaften werden von den kantonalen Steuerämtern erledigt.

²⁸ Entscheidend ist die unbeschränkte Steuerpflicht in Deutschland, auch wenn die Gesellschaft in einem anderen Staat gegründet wurde, vgl. dazu *Sedemund*, IStR 2009, 579; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385.

²⁹ Entscheidend ist die unbeschränkte Steuerpflicht in einem EU-Mitgliedstaat, auch wenn die Gesellschaft in einem anderen Staat gegründet wurde und dort abkommensrechtlich ansässig ist; vgl. dazu *Sedemund*, IStR 2009, 579; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385.

KAPITALEINLAGEPRINZIP UND STEUERFOLGEN

schränkten Steuerpflicht unterliegt (§ 27 Abs. 1 oder Abs. 8 KStG) und

- die Einlagenrückgewähr von der Kapitalgesellschaft nach § 27 Abs. 1 bis 6 KStG und nach §§ 28 und 29 KStG ermittelt wird³⁰.

Soweit Leistungen einer Kapitalgesellschaft in der EU nicht gesondert als Einlagenrückgewähr festgestellt worden sind, gelten sie als Gewinnausschüttungen, die beim Anteilseigner zu steuerbaren Einkünften führen (vgl. § 27 Abs. 8 Satz 9 KStG).

Die Vorschrift des § 27 Abs. 8 KStG wurde mit Wirkung ab dem 13. Dezember 2006 eingeführt. Zuvor liess sich aus einer Vielzahl von Urteilen³¹ der Schluss ziehen, dass eine für Anteilsinhaber steuerfreie Rückzahlung von Kapitalreserven vorliegt, wenn sich die Zahlung der leistenden Gesellschaft nach Massgabe des ausländischen Handels- und Gesellschaftsrechts als Kapitalrückzahlung darstellt³².

Grund für die Einführung des § 27 Abs. 8 KStG war laut der Gesetzesbegründung³³, dass allen Körperschaften in der Europäischen Union die Möglichkeit eröffnet werden sollte, nachzuweisen, dass eine Zahlung an den Anteilseigner nach den Grundsätzen der Differenzrechnung als Einlagenrückgewähr zu qualifizieren ist. Mit § 27 Abs. 8 KStG sollte somit die Rechtsprechung kodifiziert werden.

Seit der Einführung von § 27 Abs. 8 KStG mit dem expliziten Verweis auf Körperschaften und Personenverbindungen, die in einem EU-Mitgliedstaat der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, ist unklar, ob eine steuerneutrale Einlagenrückgewähr durch Kapitalgesellschaften im EWR oder in Drittstaaten wie der Schweiz an

ihre privaten deutschen Streubesitz-Anteilseigner noch möglich ist.

Der Wortlaut von § 27 Abs. 8 KStG spricht eigentlich gegen eine Anwendbarkeit auf Drittstaaten³⁴. Eine solche Auslegung hätte zur Folge, dass die deutsche Steuerregelung deutsche Steuerpflichtige davon abhalten würde, Kapital in schweizerische Gesellschaften zu investieren, da eine Auszahlung von Kapitalreserven nicht steuerbefreit wäre. Jedoch wird zu Kapitalgesellschaften im EWR, denen nach dem Wortlaut des § 27 KStG ebenfalls keine Ausschüttung von Einlagen ohne Besteuerung auf Ebene deutscher Streubesitz-Privatanleger möglich ist, überwiegend im Schrifttum³⁵ die Ansicht vertreten, dass § 27 Abs. 8 KStG weit auszulegen sei. Die deutsche Finanzverwaltung³⁶ akzeptiert mittlerweile ebenfalls eine Anwendung von § 27 Abs. 8 KStG auf Gesellschaften, die in einem EWR-Staat der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen, sofern zwischen Deutschland und dem EWR-Staat eine mit der EU-Amtshilferichtlinie³⁷ konforme Amtshilfebestimmung besteht. Schliesslich hat das FG Nürnberg in einem (nicht rechtskräftigen) Urteil vom 12. Juni 2013 für einen Sachverhalt aus dem Jahr 2008, d. h. nach Einführung von § 27 Abs. 8 KStG, eine steuerfreie Kapitalrückzahlung einer US-amerikanischen Gesellschaft bejaht, allerdings für neue Aktien im Zusammenhang mit Umstrukturierungsmassnahmen («spin-off»)³⁸. Für Ausschüttungen von Kapitalreserven schweizerischer Gesellschaften ist folglich zu prüfen, ob sie in Deutschland steuerfrei sein können³⁹.

Aufgrund der Bindung Deutschlands an das EU-Recht⁴⁰ und an die Bilateralen Verträge der

³⁰ Die Ermittlung folgt dem folgenden Schema: Nach § 27 Abs. 1 Satz 1 KStG sind die nicht in das Nennkapital geleisteten Einlagen am Schluss jedes Wirtschaftsjahres auf einem besonderen Konto, dem

steuerlichen Einlagekonto, auszuweisen. Das steuerliche Einlagekonto ist jährlich fortzuschreiben, und zwar ausgehend vom Bestand am Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahres um die Zu- und Abgänge

des laufenden Wirtschaftsjahres (§ 27 Abs. 1 Satz 2 KStG). Als Abgang qualifiziert die Leistung (insbesondere Ausschüttung) der Kapitalgesellschaft, welche den per Ende des vorangegangenen Wirtschaftsjahres ermittelten ausschüttbaren Gewinn übersteigt (§ 27 Abs. 1 Satz 3 KStG); als ausschüttbarer Gewinn gilt das um das gezeichnete Kapital geminderte, in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital abzüglich des besagten steuerlichen Einlagekontos (§ 27 Abs. 1 Satz 5 KStG). Zahlreiche Verfahrensvorschriften (in § 27 KStG), Vorschriften zu Kapitalmassnahmen (§ 28 KStG) und Vorschriften zu Kapitalveränderungen bei Umwandlungen (§ 29 KStG) ergänzen die an dieser Stelle vereinfacht dargestellte Ermittlung der Einlagenrückgewähr.

- ³¹ Vgl. BFH, Urt. v. 20.10.2010, I R 117/08, DStRE 2011, 412; vgl. auch BFH, Urt. v. 27.4.2000, I R 58/99, BStBl. II 2001, 168; BFH, Urt. v. 14.10.1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmassnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG), Deutscher Bundestag, Drucksache 16/2710 v. 25.9.2006, S. 57, 58: «Die Rückgewähr von Einlagen an den Gesellschafter soll nicht als steuerpflichtige Dividende behandelt werden. Dies wird für Einlagerückzahlungen inländischer Körperschaften durch die §§ 27 bis 29 KStG sichergestellt. Für Einlagerückzahlungen ausländischer Körperschaften greifen vergleichbare Regeln, die überwiegend auf Richterrecht beruhen (etwa Bundesfinanzhof vom 27. April 2000, I R 58/99, BStBl. II 2001, 168 und vom 14. Oktober 1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189), sich in der Ausgestaltung allerdings von § 27 ff. KStG unterscheiden.»
- ³² Vgl. Fn. 31 und *Peschke/Herrmann*, IStR 2014, 371, 373 m. w. N.
- ³³ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmassnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG), Deutscher Bundestag, Drucksache 16/2710 v. 25.9.2006, S. 32.
- ³⁴ Vgl. daher auch *Werning*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, Nebengesetze, 124. Auflage 2014, § 27 KStG, Rn. 81: «Auf in Drittstaaten unbeschr. stpfl. Körperschaften findet Abs. 8 nach seinem eindeutigen Wortlaut keine Anwendung.»
- ³⁵ Vgl. etwa *Werning*, in: Blümich, EStG, KStG, GewStG, Nebengesetze, 124. Auflage 2014, § 27 KStG, Rn. 80; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385 f.; *Sedemund*, IStR 2010, 270, 271 (Anknüpfung in § 27 Abs. 8 KStG nur an die EU, nicht an den EWR als «Redaktionsversehen des Gesetzgebers»), jeweils m. w. N.
- ³⁶ Nachweise bei *Suter/Reiser*, SteuerRevue 5/2014, S. 340, 344 (in Fn. 25).
- ³⁷ Richtlinie 2011/16/EU des Rates vom 15.2.2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABl. EU v. 11.3.2011 Nr. L 64/1, in Kraft seit 11.3.2011, Art. 30 der Richtlinie (ABl. EU v. 11.3.2011 Nr. L 64/12); die vorherige Richtlinie (Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19.12.1977, ABl. EG Nr. L 336, 15) galt bis einschliesslich 31.12.2012 (vgl. Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2011/16/EU, ABl. EU v. 11.3.2011 Nr. L 64/12). Zur Bedeutung der EU-Amtshilferichtlinie für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Steuerrecht vgl. *Lang*, StuW 2011, 209, 221, 222 m. w. N.; zur Richtlinie 2011/16/EU und zu Unterschieden zwischen den beiden Richtlinien vgl. etwa *Gabert*, IWB 2011, 250 ff. Zur möglichen Verschärfung der Richtlinie 2011/16/EU durch einen seit Juni 2013 vorliegenden Vorschlag vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung, COM (2013) 348 final vom 12. Juni 2013: Im Rahmen dieser erneuten Erweiterung der EU-Amtshilferichtlinie ist ein obligatorischer automatischer Informationsaustausch für eine Reihe von Einkommensarten (u. a. Dividenden und Veräusserungsgewinne), aber auch für Kontoguthaben und -stände vorgesehen.
- ³⁸ FG Nürnberg, Urt. v. 12.6.2013, 5 K 1552/11, nicht rechtskräftig (Az. der Revision beim BFH: VIII R 47/13), DStRE 2014, 600. Zustimmung etwa *Peschke/Herrmann*, IStR 2014, 371 ff.
- ³⁹ Vgl. hierzu bereits *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385, 390 f.
- ⁴⁰ Vgl. statt vieler EuGH v. 15.7.2004, Rs. C-315/02, *Lenz*, Slg. 2004, I-7063, Rz. 19 mit weiteren Hinweisen. Bei den Zitaten der EuGH-Rechtsprechung handelt es sich um Urteile (Urt.), soweit nicht anders vermerkt.

Schweiz mit der EU⁴¹ ist zunächst unter Ziff. 3.2 zu prüfen, ob § 27 Abs. 8 KStG mit dem Europarecht und den Bilateralen Verträgen vereinbar ist. Sodann ist unter Ziff. 3.3 zu diskutieren, ob die Rechtsprechung⁴², wie sie vor Änderung des § 27 Abs. 8 KStG durch das Gesetz über steuerliche Begleitmassnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 7. Dezember 2006 (SEStEG)⁴³ galt, entsprechend der Stellungnahme des Deutschen Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren («Bei Einlagerückzahlungen von Körperschaften aus Drittstaaten ausserhalb der Europäischen Union sollen die Rechtsprechungsregeln ohnehin weiter angewendet werden»⁴⁴) auch weiterhin Anwendung auf Drittstaaten-Sachverhalte finden kann.

3.2 Vereinbarkeit mit dem Europarecht und den Bilateralen Verträgen

Die europarechtlichen Grundfreiheiten dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes innerhalb der EU und sind daher grundsätzlich auf Nicht-EU-Staaten wie etwa die Schweiz nicht anwendbar⁴⁵. Hiervon gibt es folgende Ausnahmen:

- Das EWR-Abkommen⁴⁶ erstreckt die vier Grundfreiheiten auf diejenigen EWR-Mitgliedstaaten, welche nicht zugleich EU-Mitgliedstaaten sind, d. h. auf Island, Liechtenstein und Norwegen.

- Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999⁴⁷, sieht insbesondere eine partielle Ausweitung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit⁴⁸ vor.
- Nach Art. 63⁴⁹ des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵⁰ sind im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels des AEUV alle Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

Da die Schweiz weder ein EU- noch ein EWR-Mitgliedstaat ist, und da die vorliegende Fragestellung der Besteuerung von Zahlungen aus Kapitalreserven an Streubesitzaktionäre weder die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch die Niederlassungsfreiheit⁵¹ berührt⁵², ist allein auf die in Art. 63 AEUV statuierte Kapitalverkehrsfreiheit einzugehen.

3.2.1 Persönlicher Geltungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist die einzige der vier Grundfreiheiten⁵³ der EU, die eine explizite Liberalisierung auch zugunsten von Drittstaaten vorschreibt. Sie ist auf Drittstaatsverhalte unmittelbar anwendbar⁵⁴ und deshalb für die Schweiz von Bedeutung. Verstossen nationale

⁴¹ Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, abgeschlossen am 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681, wurde in Deutschland ratifiziert (Art. 59 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes) mit dem «Gesetz zu dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 2. September 2001» und im deutschen Bundesgesetzblatt (BGBl. II

2001, S. 810 – 848) verkündet; zum Erfordernis der Ratifizierung sog. «gemischter Abkommen» (vom EuGH auch als «gemischte Übereinkünfte» bezeichnet, etwa EuGH v. 30.5.2006, Rs. C-459/03, *Kommission./Irland*, Slg. 2006, I-4635, Rz. 84), d. h. von völkerrechtlichen Verträgen, welche die EU unter Mitwirkung der Mitgliedstaaten auf der Grundlage sowohl von Unions- als auch von mitgliederschaflichen Kompetenzen abschliesst, *Kumin/Biltner*, EuR-Beiheft 2/2012, 75 ff.

⁴² Fn. 31.

- ⁴³ Gesetz über steuerliche Begleitmassnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG) v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2782, 2788 f., 2806.
- ⁴⁴ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmassnahmen zur Einführung der europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften (SEStEG), Deutscher Bundestag, Drucksache 16/2710 v. 25.9.2006, S. 57, 58. Allerdings ist diese Aussage im Gesamtkontext der kritischen Stellungnahme des Bundesrates zu sehen.
- ⁴⁵ Lang, StuW 2011, 209.
- ⁴⁶ Art. 12 ff. des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum. Dazu Lang, StuW 2011, 209.
- ⁴⁷ SR 0.142.112.681; hierzu Lang, StuW 2011, 209; vgl. auch Haslechner, Die Anwendung von EG-Grundfreiheiten im Verhältnis zur Schweiz, SWI Heft-Nr. 5/2007, 221.
- ⁴⁸ Allerdings ist die Niederlassungsfreiheit des Freizügigkeitsabkommen im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit der AEUV eingeschränkt: So ist die Niederlassungsfreiheit des Freizügigkeitsabkommens auf natürliche Personen beschränkt; Art. 1 lit. a des Freizügigkeitsabkommens nennt als Zielsetzung die «*Einräumung eines Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbstständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hobeisgebiet der Vertragsparteien*». Die Gründung von Gesellschaften durch andere Gesellschaften (juristische Personen) ist nicht erfasst. Zudem verwendet das Freizügigkeitsabkommen den Begriff «Selbstständiger». Fraglich ist somit, ob die Niederlassungsfreiheit des Freizügigkeitsabkommens auch die Gründung einer Gesellschaft durch natürliche Personen erfasst. Es können also vorliegend mehrere Gründe gegen die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit des Freizügigkeitsabkommens sprechen.
- ⁴⁹ Vormals Art. 56 EGV.
- ⁵⁰ Die hier relevanten Vorschriften der Art. 63 bis 66 AEUV sind im Anhang abgedruckt.
- ⁵¹ Vgl. zur Abgrenzung von der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit: EuGH v. 13.11.2012, Rs. C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, IStR 2012, 924, Rz. 88 ff.; EuGH v. 11.9.2014, Rs. C-47/12, *Kronos International Inc.*, IStR 2014, 724, 726, Rz. 29 ff.; ausführlich Lang, StuW 2011, 209, 214: Der EuGH lehnt darin eine schematische Grenzziehung (etwa anhand der Beteiligungsquote) ab. Die Abgrenzung ist anhand der jeweils strittigen nationalen Norm, vor allem ihres sachlichen Anwendungsbereichs, vorzunehmen. Massgeblich ist, ob es sich um eine Beteiligung handelt, die ermöglicht, sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeit zu bestimmen (so auch etwa schon EuGH v. 13.4.2000, Rs. C-251/98, *Baars*, Slg. 2000, I-2787, Rz. 22; EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Slg. 2006, I-7995, Rz. 31; EuGH v. 13.3.2007, Rs. C-524/04, *Test Claimants*, Slg. 2007, I-2107, Rz. 27; EuGH v. 10.5.2007, Rs. C-492/04, *Lasertec*, Slg. 2007, I-3775, Rz. 20; EuGH v. 17.9.2009, Rs. C-182/08, *Glaxo Wellcome*, Slg. 2008, I-8591, Rz. 50 f.). In allen Fällen, in denen die strittige nationale Norm nicht nur Beteiligungen mit sicherem Einfluss erfasst, greift in Drittstaatsverhältnissen ein Schutz der Kapitalverkehrsfreiheit. Ist eine Norm auf Beteiligungen mit sicherem Einfluss eingegrenzt, welcher vermutlich ab 25% anzunehmen ist, ist ein Schutz für Drittstaatsverhältnisse zu versagen. Vor diesem Hintergrund entfaltet vorliegend die Kapitalverkehrsfreiheit jedenfalls einen Schutz, da die strittige Regelung Streubesitzbeteiligungen erfasst. Die Niederlassungsfreiheit hängt hingegen vom «sicheren Einfluss» auf die Gesellschaft ab, der jedenfalls bei den hier zu diskutierenden Streubesitzaktionären nicht vorliegt (vgl. im Einzelnen Lang, StuW 2011, 209, 214).
- ⁵² Zum Abstellen auf die Kapitalverkehrsfreiheit in der vorliegenden Konstellation (und nicht auf die Niederlassungsfreiheit) s. Fn. 51; zur zusätzlichen Einschränkung der Niederlassungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen im Vergleich zur Niederlassungsfreiheit des AEUV s. Fn. 48.
- ⁵³ Dies sind die Freiheiten über den Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.
- ⁵⁴ EuGH v. 14.12.1995, verb. Rs. C-163/94, C-165/94 und C-250/94, *Sanz de Lera u.a.*, Slg. 1995, I-4821, Rz. 41; EuGH v. 18.12.2007, Rs. C-101/05, A, Slg. 2007, I-11531, Rz. 25 – 27; EuGH v. 11.9.2014 (Fn. 51), Rz. 39, 41; vgl. auch Lang, StuW 2011, 209, 210 m. w. N. Anders als die anderen Grundfreiheiten war die Kapitalverkehrsfreiheit lange Zeit nicht unmittelbar anwendbar. Erstmals gestützt auf die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 (ABl. 1988, L 178/5 ff.) wurde der Kapitalverkehrsfreiheit durch den EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt (vgl. *Koller/Sennhauser*, Das EuGH-Urteil Persche aus der Sicht von Drittstaaten, insbesondere der Schweiz, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Reuter* zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin/New York 2010, S. 1061, 1066 in Fn. 23).

Vorschriften der EU-Mitgliedstaaten gegen die – unmittelbar als geltendes Recht anwendbaren – EU-Grundfreiheiten, ist Rechtsschutz des Einzelnen durch Berufung auf die Grundfreiheiten vor den Gerichten und der Verwaltung möglich⁵⁵. Die Drittstaatenwirkung der Kapitalverkehrsfreiheit hat zur Folge, dass sich selbst Ansässige ausserhalb der EU auf die Kapitalverkehrsfreiheit als subjektives Recht vor mitgliedstaatlichen Gerichten berufen können.

3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, Vergleichbarkeit und Eingriff

Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist in Art. 63 Abs. 1 AEUV nicht definiert. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) orientierte sich früher an der Nomenklatur der «beiden Richtlinien [...], die der Rat gemäss Artikel 69 auf dem Gebiet des Kapitalverkehrs erlassen hat» (ABl. 1960, S. 921, und 1963, S. 62)⁵⁶ und orientiert sich nun bei der Auslegung des Begriffs des Kapitalverkehrs an der Kapitalverkehrsrichtlinie vom 24. Juni 1988⁵⁷ mit der Folge eines sehr weiten Anwendungsbereichs der Kapitalverkehrsfreiheit⁵⁸. Da der EuGH die Ausschüttung von Dividenden aus Drittstaaten wie auch den Erwerb von Gesellschaftsanteilen als Direktinvestition ohne jeden Zweifel unter die Kapitalverkehrsfreiheit fallen lässt, und da die vorliegende Frage darin besteht, ob – inhaltlich prinzipiell mit Kapitalherabsetzungen durch deutsche oder EU-Gesellschaften vergleichbare – Leistungen nach dem schweizerischen Kapitaleinlageprinzip in Deutschland wie Dividenden zu besteuern sind oder nicht, ist vorliegend der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 Abs. 1 AEUV eröffnet⁵⁹. Die deutsche steuerliche Ungleichbehandlung von an sich vergleichbaren Leistungen aus der Schweiz oder der EU gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 oder 3 EStG i. V. m. § 27 KStG greift in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ein.

Der EuGH hielt im Urteil vom 18. Dezember 2007 fest, dass der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs im innergemeinschaftlichen Verhältnis in der gleichen Weise ausgelegt werden müsse wie im Verhältnis zwischen Mitglied- und Drittstaaten⁶⁰. Zwar geht der EuGH in mittlerweile ständiger Rechtsprechung davon aus, dass «*Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern in einem anderen rechtlichen Rahmen ablaufen als solche, die innerhalb der Gemeinschaft stattfinden*»⁶¹. Dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass der EuGH die Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten zunehmend und insbesondere in jüngerer Zeit restriktiv interpretieren würde⁶². Vielmehr zeigen weitere EuGH-Entscheidungen wie *Santander* und *DFA Investment Trust*⁶³, dass der EuGH die Kapitalverkehrsfreiheit in den letzten Jahren partiell gestärkt hat: Amtshilfe nach einem Doppelbesteuerungsabkommen genügt danach zum Ausschluss des von EU-Mitgliedstaaten häufig angeführten Rechtfertigungsgrundes der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen als zwingendem Grund des Allgemeininteresses⁶⁴, EU-Amtshilfe ist also nicht (mehr) erforderlich⁶⁵. Die Fortentwicklung durch den EuGH zugunsten der vorliegend eröffneten Kapitalverkehrsfreiheit ist also vor dem Hintergrund der im Folgenden darzustellenden möglichen Einschränkungen dieser Grundfreiheit zu analysieren.

3.2.3 Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit, Rechtfertigung eines Eingriffs

Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt nicht absolut, sondern kann aus verschiedenen Aspekten eingeschränkt, ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit mithin gerechtfertigt werden.

3.2.3.1 Stand-Still-Klausel nach Art. 64 Abs. 1 AEUV?

Art. 64 Abs. 1 AEUV enthält die sog. Stand-Still-Klausel bzw. Grandfathering-Klausel, welche einen Bestandesschutz für älteres Recht vorsieht:

«Artikel 63 berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschliesslich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen.»

Demnach verstossen nationale beschränkende Regelungen, die am 31. Dezember 1993 galten und seither in grundsätzlich unveränderter Form Teil der nationalen Rechtsordnung sind, nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit⁶⁶. Schafft ein Mitgliedstaat eine zum 31. Dezember 1993 bestehende Beschränkung ab, wird ihm im Fall ihrer späteren Wiedereinführung die Anrufung der Stand-Still-Klausel jedoch versagt⁶⁷.

Unabhängig von der Frage, ob die Restriktion des § 27 Abs. 8 KStG bereits am 31. Dezember

⁵⁵ Vgl. EuGH v. 14.12.1995 (Fn. 54), Rz. 41–43, 48: Die Kapitalverkehrsfreiheit (ex Art. 73b Abs. 1) enthalte dem Wortlaut nach ein eindeutiges, nicht an Bedingungen geknüpftes Verbot, das keiner Durchführungs-massnahme bedürfe. Die Ausübung des Vorbehalts (ex Art. 73d Abs. 1 lit. b) sei gerichtlich nachprüfbar, so dass der Umstand, dass ein Mitgliedstaat sich auf diesen Vorbehalt berufen könne, dem nicht entgegenstehe, dass der Grundsatz des freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern dem Bürger Rechte verleihe, die dieser gerichtlich geltend machen könne und die die nationalen Gerichte schützen müssten. Die Kapitalverkehrsfreiheit könne daher vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden und könne zur Unanwendbarkeit der zuwiderlaufenden nationalen Vorschriften führen. Vgl. auch *Koller/Sennhauser*, Das EuGH-Urteil Persche aus der Sicht von Drittstaaten, insbesondere der Schweiz, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin/New York 2010, S. 1061, 1067.

⁵⁶ EuGH v. 31.1.1984, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377, Rz. 19; vgl. dazu auch *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, 7. Aufl. 2012, S. 670: Mittlerweile beziehe sich der EuGH auf die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361 EWG (ABl. 1988, L 178/5), die methodische Vorgehensweise der Heranziehung eines Sekundärrechtsaktes zur Bestimmung der primärrechtlich geregelten Kapitalverkehrsfreiheit gelte damit aber nach wie vor (Verweis auf das Urteil des EuGH v. 23.10.2007, Rs. C-112/05, *Kommission./Deutschland*, Slg. 2007, I-8995, Rz. 18).

⁵⁷ Richtlinie 88/361/EWG des Rates v. 24.6.1988; dazu *Lang*, StuW 2011, 209, 210 m. w. N. der EuGH-Recht-

sprechung; s. auch EuGH v. 3.10.2013, Rs. C-282/12, *Itelcar*, NZG 2013, 1273, 1274, Rz. 14.

⁵⁸ *Lang*, StuW 2011, 209, 210.

⁵⁹ EuGH v. 10.2.2011, verb. Rs. C-436/08 und C-437/08, *Haribo und Österreichische Salinen*, Slg. 2011, I-305, Rz. 50 ff.; EuGH v. 3.10.2013 (Fn. 57), Rz. 16, 18; EuGH v. 11.9.2014 (Fn. 51), Rz. 39; vgl. aber zur Diskussion, ob nur die Kapitalbewegung «an sich», nicht aber die regulären Vermögens- und Ertragsteuern auf investiertes Kapital von der Grundfreiheit erfasst sind, *Lang*, StuW 2011, 209, 211 – würde man dieser einschränken-den Ansicht *Schöns* (hierzu *Lang*, a.a.O.) folgen, wäre im vorliegenden Fall der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit nicht eröffnet.

⁶⁰ EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 31.

⁶¹ EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 31; EuGH v. 23.4.2008, Rs. C-201/05, *CFC Group Litigation*, Slg. 2008, I-2875, Rz. 92.

⁶² *Lang*, StuW 2011, 209 m. w. N.

⁶³ EuGH v. 10.5.2012, verb. Rs. C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management u.a.*, DStR 2012, 1016, Rz. 18–Rz. 55 und Rz. 63; EuGH v. 10.4.2014, Rs. C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, IStR 2014, 334, Rz. 36 – Rz. 105 und Rz. 113; vgl. auch zuvor bereits EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59), Rz. 75.

⁶⁴ Ausführlich unter 3.2.3.3 lit. a.

⁶⁵ Zur EU-Amtshilfe Fn. 37; zur früheren EuGH-Recht-sprechung, die allein EU-Amtshilfe zum Ausschluss des Rechtfertigungsgrunds der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen zulies, s. u. Fn. 127 m. w. N.

⁶⁶ EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 48.

⁶⁷ EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 49; *Lang*, StuW 2011, 209, 212.

1993 bestand, existierte sie jedenfalls unmittelbar vor Einführung des § 27 Abs. 8 KStG am 13. Dezember 2006 durch das SEStEG⁶⁸ nicht⁶⁹. Der EuGH stellt indes darauf ab, ob eine zum 31. Dezember 1993 bestehende Beschränkung zwischenzeitlich abgeschafft worden war⁷⁰: Eine Beschränkung zum 31. Dezember 1993 setze voraus, dass der rechtliche Rahmen, in den sich die betreffende Beschränkung einfügt, seit diesem Datum ununterbrochen Teil der nationalen Rechtsordnung war. Wäre es anders, könnte ein Mitgliedstaat jederzeit Beschränkungen für Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern wieder einführen, die in der nationalen Rechtsordnung am 31. Dezember 1993 bestanden, aber nicht aufrechterhalten wurden. Lediglich «geringfügige redaktionelle Unterschiede», die «in keiner Weise den Grundgedanken des rechtlichen Rahmens berühren», werden vom EuGH akzeptiert⁷¹. Schafft ein Mitgliedstaat eine zum 31. Dezember 1993 bestehende Beschränkung ab, kann er sich im Fall ihrer späteren Wiedereinführung nicht mehr auf die Stand-Still-Klausel nach Art. 64 Abs. 1 AEUV berufen, um die sich aus der Kapitalverkehrsfreiheit ergebenden Anforderungen zu vermeiden⁷². Die Restriktion des § 27 Abs. 8 KStG (mit den Folgen der Besteuerung der Leistung nach dem schweizerischen Kapitaleinlageprinzip gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG, d. h. ohne Anwendung von § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG i. V. m. § 27 KStG) konnte somit jedenfalls nicht mit dem SEStEG⁷³ ab dem 13. Dezember 2006⁷⁴ wieder eingeführt werden, ohne vorliegend in die Kapitalverkehrsfreiheit einzugreifen; die Stand-Still-Klausel des Art 64 Abs. 1 AEUV ist nicht einschlägig.

3.2.3.2 Rechtfertigung gem.

Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV?

Gemäss Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV berührt Art. 63 nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem

Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln. Diese sog. Vergleichbarkeitsprüfung legitimiert die unterschiedliche Behandlung von in- und ausländischen Einrichtungen. Allerdings dürfen gem. Art. 65 Abs. 3 AEUV die Massnahmen und Verfahren weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung⁷⁵ noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen. In der «*Erklärung (Nr. 7) zu Artikel 58 (ex-Artikel 73 d) des Vertrags⁷⁶ zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*» zur Schlussakte des Maastricht-Vertrags bekräftigte die Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, dass das in Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV⁷⁷ erwähnte Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, nur für die einschlägigen nationalen Vorschriften gilt, die Ende 1993 bestehen. Die Erklärung betrifft lediglich den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und nicht zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten⁷⁸. Diese, obendrein nicht verbindliche⁷⁹ Erklärung schliesst somit die Anwendung des § 27 Abs. 8 KStG gegenüber Drittstaaten nicht aus, auch wenn die Bestimmung in § 27 Abs. 8 KStG, wie dargelegt, erst mit Wirkung ab dem 13. Dezember 2006 eingeführt wurde⁸⁰. Massgeblich ist vielmehr, dass der EuGH die Einführung von Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV als Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung und nicht als Anlass sah, die Kapitalverkehrsfreiheit zusätzlich einzuschränken⁸¹:

«Die den Mitgliedstaaten durch Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag [Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV, Anm. d. Verf.] eingeräumte Möglichkeit, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln, war vom Gerichtshof bereits zugelassen worden. Schon vor Inkrafttreten des Artikels 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag konnten nämlich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nationale steuerrechtliche Vorschriften der in

diesem Artikel bezeichneten Art, die bestimmte Unterscheidungen, insbesondere nach dem Wohnort der Steuerpflichtigen, vorsahen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein, sofern sie auf Situationen angewendet wurden, die nicht objektiv vergleichbar (vgl. insbesondere Urteil vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225) oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, insbesondere die Kohärenz der Steuerregelung, gerechtfertigt waren (Urteile vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90, *Bachmann*, Slg. 1992, I-249, und Kommission/Belgien, C-300/90, Slg. 1992, I-305). Jedenfalls ist in Artikel 73d Absatz 3 EG-Vertrag klargestellt, dass die nationalen

Vorschriften, auf die sich Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a bezieht, weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 73b darstellen dürfen. . . . Daber ist zu prüfen, ob die Beschränkung von Kapitalbewegungen, die durch eine Rechtsvorschrift wie die im Ausgangsverfahren fragliche hervorgerufen wird, durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann. » Die Bestimmung von Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV sieht der EuGH somit lediglich als Kodifizierung der von ihm in seiner bisherigen Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründe⁸², welche im Folgenden zu prüfen sind.

⁶⁸ Fn. 43.

⁶⁹ Dazu oben Fn. 31 und ausführlich unten Ziff. 3.3 m. w. N. in Fn. 161 ff.

⁷⁰ EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 48.

⁷¹ *Lang*, StuW 2011, 209, 212 m. w. N.

⁷² EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 49; *Lang*, StuW 2011, 209, 212.

⁷³ Fn. 43.

⁷⁴ Vgl. Art. 3 Nr. 10 lit. d i. V. m. Art. 14 des SEStEG (Fn. 43), BGBl. I 2006, 2782, 2788 f., 2806.

⁷⁵ Zur Abgrenzung der nach Art. 65 Abs. 1 lit. a AEUV zulässigen Ungleichbehandlung als geschriebenem Rechtfertigungsgrund von einer nach Art. 65 Abs. 3 AEUV unzulässigen willkürlichen Diskriminierung vgl. EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27, 29, 32 f.; dazu *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, 7. Aufl. 2012, S. 691: Eine willkürliche Diskriminierung liege nicht vor, wenn objektiv nicht vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt würden. Seien die Sachverhalte objektiv vergleichbar, so müsse eine Ungleichbehandlung derselben nicht zwangsläufig eine willkürliche Diskriminierung sein; es sei vielmehr in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Anknüpfung an den Wohn- oder Kapitalanlageort neben der Ungleichbehandlung ein anderes, als zwingender Grund des Allgemeininteresses zu qualifizierendes Ziel verfolge. Sei dies der Fall, so liege eine zulässige Ungleichbehandlung vor.

⁷⁶ Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, Erklärungen zu den Schlussakten der Regie-

rungskonferenzen, die den EG- und den EU-Vertrag sowie die Verträge und Akten zu deren Änderung angenommen haben, CIG 47/03 SCH/1a v. 10.11.2003, S. 63, Download unter www.consilium.europa.eu unter «Dokumente und Publikationen», «Dokumentensuche», «Datum des Dokuments = 10.11.2003», Aktenzeichen des Dokuments in der Trefferliste = CG 47 2003 INIT.

⁷⁷ Vormalig Art. 58 Abs. 1 lit. a EVG.

⁷⁸ Vgl. a.a.O. (Fn. 76), S. 63.

⁷⁹ Vgl. a.a.O. (Fn. 76), S. 1 und S. 5 des Dokuments: Die Erklärungen sollen den Rechtsexperten als Grundlage dienen, sie seien aber keine Rechtsakte des Primärrechts, sondern Stellungnahmen politischer Natur.

⁸⁰ Vgl. Fn. 74.

⁸¹ EuGH v. 6.6.2000, Rs. C-35/98, *Verkooijen*, Slg. 2000, I-4071, Rz. 43 – 46.

⁸² Vgl. auch EuGH v. 19.11.2009, Rs. C-540/07, *Kommission./.Italien*, Slg. 2009, I-10983, Rz. 49 m. w. N.: Die nach Abs. 1 lit. a erlaubten unterschiedlichen Behandlungen seien von den gem. Abs. 3 verbotenen willkürlichen Diskriminierungen zu unterscheiden. Eine nationale Steuerregelung sei nur dann mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar, wenn die unterschiedliche Behandlung entweder Situationen betreffe, die nicht objektiv miteinander vergleichbar sind, oder wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei.

3.2.3.3 Zwingende Gründe des Allgemeininteresses?

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁸³ ist eine nationale steuerliche Vorschrift, die zwischen Kapitalerträgen aus unterschiedlichen Staaten unterscheidet, nur dann mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar, wenn die unterschiedliche Behandlung objektiv nicht vergleichbare Situationen betrifft oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen, die Notwendigkeit, die Kohärenz der Steuerregelung zu gewährleisten, oder die Bekämpfung der Steuerhinterziehung gerechtfertigt ist. Zudem darf die unterschiedliche Behandlung von Kapitalerträgen nicht über das hinausgehen, was zum Erreichen des mit der Regelung verfolgten Zieles erforderlich ist.

Da die nationale deutsche Vorschrift in § 27 Abs. 8 KStG keine Unterscheidung trifft, vielmehr objektiv vergleichbare Situationen (Drittstaaten versus Mitgliedstaaten) der Einlagenrückgewähr steuerlich unterschiedlich behandelt⁸⁴, sind auf Basis der eben dargestellten Rechtsprechung des EuGH⁸⁵ die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses als Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Dabei ist die nationale kapitalverkehrsfreiheitsbeschränkende Regelung nur dann zulässig, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zu Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismässigkeit entspricht⁸⁶.

Die Verfolgung zwingender Allgemeininteressen stellt nach der Rechtsprechung des EuGH eine immanente, wenngleich als Ausnahme eng auszulegende⁸⁷ Schranke der Kapitalverkehrsfreiheit dar⁸⁸. Die genannte Schranke unterliegt bei ihrem Eingreifen wiederum einer möglichen Einschränkung, nämlich aufgrund der gebotenen Prüfung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes⁸⁹. Auf dieser Grundlage und im Wissen um den spe-

ziell bei der steuerrechtlichen Grundfreiheitenprüfung aus Sicht des jeweiligen Fiskus grosszügigen Massstab für die Rechtfertigung⁹⁰ sind die in der EuGH-Rechtsprechung regelmässig aufgezählten Ausprägungen der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zu prüfen, nämlich die Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen, die Kohärenz des Steuersystems und die Sicherung des Steueraufkommens:

- a) Nach der Rechtsprechung des EuGH zählt zunächst die Notwendigkeit, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen zu gewährleisten, zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können⁹¹. Allerdings stellt der EuGH plausible Anforderungen an die nationale Kontroll-Notwendigkeit: Schliesst eine nationale Steuerregelung Gebietsfremde allein aus dem Grund von der Steuerbefreiung aus, weil diese in einem Drittstaat ansässig sind, räumt sie diesen nicht die Möglichkeit ein, zu beweisen, dass sie Anforderungen entsprechen, die denen der nationalen Regelung gleichwertig sind⁹². Zwar besteht der durch die EU-Amtshilferichtlinie⁹³ zwischen den zuständigen Behörden der EU-Mitgliedstaaten geschaffene Rahmen der Zusammenarbeit nicht mit den zuständigen Behörden eines Drittstaats, wenn Letzterer keine Verpflichtung zu gegenseitiger Amtshilfe eingegangen ist⁹⁴. Die Gewährleistung steuerlicher Kontrollen als Rechtfertigungsgrund ist aber nur zuzulassen,
 - wenn nach der Regelung eines Mitgliedstaats die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Bedingungen abhängt, deren Einhaltung nur durch Einholung von Auskünften bei den zuständigen Behörden eines Drittstaats nachgeprüft werden kann,
 - und wenn es sich wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittstaats

zur Auskunftserteilung als unmöglich erweist, die betreffenden Auskünfte von diesem Staat zu erhalten⁹⁵.

Besteht jedoch ein Regelungsrahmen für die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen, wie eine Amtshilfeklausel des Doppelbesteuerungsabkommens sowie Art. 4 des am 25. Januar 1988 in Strassburg unterzeichneten Übereinkommens der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) und des Europarats über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen, ist laut EuGH in Anbetracht der gegenseitigen vertraglichen Verpflichtung zum Informationsaustausch ein milderer Mittel womög-

lich die Pflicht, die massgeblichen Belege vorzulegen, anhand deren die nationalen Steuerbehörden in Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden des Drittstaats prüfen können, ob die nationalen Voraussetzungen erfüllt sind⁹⁶. Die Amtshilfeklausel in Art. 27 DBA Deutschland – Schweiz als vertragliche Verpflichtung des Drittstaats Schweiz zur Auskunftserteilung genügt daher schon – ungeachtet des künftig zusätzlich zu beachtenden Aspekts der schweizerischen Unterzeichnung und anstehenden Implementierung des OECD-/Europarats-Übereinkommens über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen⁹⁷ –, um Kontroll-

⁸³ Vgl. etwa EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27 m. w. N.

⁸⁴ Zu einem parallelen Fall der unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Konstellationen vgl. EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 32 f.: «*Hinsichtlich einer Steuervorschrift, die die Auswirkungen einer Doppelbesteuerung von Gewinnen mildern soll, die die Gesellschaft, in deren Aktien die Kapitalanlage erfolgt ist, ausgeschüttet hat, befinden sich in Österreich unbeschränkt steuerpflichtige Aktionäre, die Kapitalerträge von einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft beziehen, somit in einer Situation, die mit der von Aktionären vergleichbar ist, die ebenfalls in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig sind, aber Kapitalerträge von einer in Österreich ansässigen Gesellschaft beziehen. Folglich knüpft die österreichische Steuerregelung, die die Anwendung der Endbesteuerung mit 25% oder des Halbfesteuersatzes auf die Kapitalerträge davon abhängig macht, dass diese Erträge österreichischen Ursprungs sind, mit der Unterscheidung zwischen aus Österreich und aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Kapitalerträgen nicht an unterschiedliche Situationen im Sinne von Artikel 73d Absatz 1 Buchstabe a EG-Vertrag an (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94, Asscher, Slg. 1996, I-3089, Randnrn. 41 bis 49, und vom 12. Juni 2003 in der Rechtssache C-234/01, Gerritse, Slg. 2003, I-5933, Randnrn. 47 bis 54).*» Im vorliegend diskutierten Fall *Lenz*, EuGH

v. 15.7.2004 (Fn. 40), stellte der EuGH die Europarechtswidrigkeit der österreichischen Vorschrift fest.

⁸⁵ EuGH v. 6.6.2000 (Fn. 81), Rz. 43; EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27 m. w. N.

⁸⁶ EuGH v. 4.6.2002, Rs. C-483/99, *Goldene Aktien Frankreich*, Slg. 2002, I-4781, Rz. 45 m. w. N.

⁸⁷ Vgl. zur engen Auslegung von Ausnahmen zur Kapitalverkehrsfreiheit EuGH v. 4.6.2002 (Fn. 86), Rz. 48; EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 26.

⁸⁸ Vgl. statt vieler EuGH v. 6.6.2000 (Fn. 81), Rz. 43; EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59), Rn. 63.

⁸⁹ Vgl. EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 26 f.

⁹⁰ *Lang*, StuW 2011, 209, 216.

⁹¹ EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63), Rz. 46 f.; EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 66), Rz. 70 ff. m. w. N.

⁹² EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 80.

⁹³ Fn. 37.

⁹⁴ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 83 m. w. N.

⁹⁵ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 84 m. w. N.

⁹⁶ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 85 – 88 m. w. N. Vgl. in diesem Sinne zuvor auch EuGH v. 17.10.2013, Rs. C-181/12, *Welte*, DStR 2013, 2269, 2274, Rz. 64.

⁹⁷ <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Schweiz-unterzeichnet-OECD-Amtshilfe-Uebereinkommen/story/17148560>. Zum künftigen automatischen Informationsaustausch vgl. <http://www.oecd.org/berlin/presse/automatischer-informationsaustausch-von-steuerinformationen.htm>.

möglichkeiten zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung sowie die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen⁹⁸ als *Rechtfertigungsmöglichkeiten* des deutschen Vorgehens auszuschliessen.

b) Als nächstes ist zu prüfen, ob eine Rechtfertigung aus dem anerkannten Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems⁹⁹ folgt: Unter «Kohärenz des Steuersystems» ist der innere Normzusammenhang zu verstehen, dass also sachlich zwingend zusammenhängende Vorschriften auch zusammenhängend zu betrachten sind¹⁰⁰. Die Prüfung des Grundes der steuerlichen Kohärenz muss grundsätzlich im Hinblick auf ein und dasselbe Steuersystem, d. h. hier das Steuersystem Deutschlands, durchgeführt werden¹⁰¹. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb zugunsten der Kohärenz des Steuersystems die Kapitalrückzahlungen von Kapitalgesellschaften in Deutschland und der EU (unter Erfüllung bestimmter Formvorschriften) steuerfrei, bei Kapitalgesellschaften in Drittstaaten jedoch steuerpflichtig sein sollen. Darüber hinaus greift die Kohärenz als Rechtfertigungsgrund nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹⁰² nur, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem betreffenden steuerlichen Vorteil und dessen Ausgleich durch eine bestimmte steuerliche Belastung besteht. Vorliegend ist aber kein steuerlicher Vorteil einer Investition in eine Kapitalgesellschaft in einem Drittstaat ersichtlich; die Kohärenz scheidet somit als Rechtfertigungsgrund aus.

c) Zuletzt sind die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis und die Sicherung des Steueraufkommens als Rechtfertigungsgründe zu prüfen¹⁰³. Hinsichtlich der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis ist zum einen fraglich, ob die Rechtsprechung zu diesem Rechtfertigungsgrund allein auf unionsinterne Sachverhalte angewandt werden darf¹⁰⁴. Zum

anderen gilt: Hat sich Deutschland dafür entschieden, die gebietsansässigen Anleger, welche Kapitalrückzahlungen inländischer Herkunft beziehen, nicht zu besteuern, kann sich Deutschland nicht auf die Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis berufen, um die Besteuerung der Kapitalrückzahlungen ausländischer Gesellschaften zu rechtfertigen¹⁰⁵. Zum Aspekt der Sicherung des Steueraufkommens¹⁰⁶ hält der EuGH fest, dass Steuermindereinnahmen nach gefestigter EuGH-Rechtsprechung nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzusehen sind, der zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstossenden Massnahme angeführt werden kann¹⁰⁷.

Somit ist davon auszugehen, dass der Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann, sofern zwischen dem betreffenden Mitgliedstaat und dem Drittstaat eine vertragliche Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe besteht, die es den nationalen Steuerbehörden ermöglicht, die Einkünfte der leistenden Kapitalgesellschaft zu überprüfen¹⁰⁸. Genau dies ist aber im Verhältnis Schweiz – Deutschland der Fall. Entsprechend bestehen keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, welche einen Ausschluss der Leistungen schweizerischer Kapitaleinlagen von der Steuerbefreiung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG i. V. m. § 27 KStG zu rechtfertigen vermögen.

3.2.3.4 Rechtfertigung gem.

Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV,
Verhältnismässigkeit?

Als letzter möglicher Rechtfertigungsgrund ist Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV zu prüfen: Laut Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV berührt die in Art. 63 AEUV statuierte Kapitalverkehrsfreiheit nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die unerlässlichen Massnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen ge-

gen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern. Diese Bestimmung enthält einen Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit sowohl im inner- als auch im aussergemeinschaftlichen Verhältnis¹⁰⁹.

Massnahmen auf der Grundlage von Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV haben jedoch gem. Art. 65 Abs. 3 AEUV immer dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen, weshalb willkürliche Diskriminierungen unzulässig sind¹¹⁰. Mit anderen Worten ist zwischen der erlaubten Ungleichbehandlung nach Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV und der nach Art. 65 Abs. 3 AEUV verbotenen willkürlichen Diskriminierung zu unterscheiden¹¹¹.

In der Rechtsprechung zum Steuerrecht stellt der EuGH in Bezug auf die Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt oder nicht, grundsätzlich auf vergleichbare Situationen ab¹¹². Das Schwergewicht der Argumentation des EuGH bildet dabei die Frage der Berücksichtigung der vorhandenen oder nicht vorhandenen rechtlichen Integration¹¹³. Eine Diskriminierung kann laut EuGH darin bestehen, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewendet werden, und darin, dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewendet wird¹¹⁴. Vorliegend werden unterschiedliche Vorschriften – nämlich § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG, § 27 KStG für in Deutschland oder der EU unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften mit der Folge der Steuerfreiheit, und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG für Kapitalgesellschaften in

⁹⁸ Hierzu als Rechtfertigungsgrund etwa EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27.

⁹⁹ Dazu etwa EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27; EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 91 m. w. N.

¹⁰⁰ Vgl. etwa Gabler Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/kohaerenz-des-steuersystems.html>, m. w. N.

¹⁰¹ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 94.

¹⁰² EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 92; EuGH v. 24.2.2015, Rs. C-559/13, *Grünevald*, DStR 2015, 474, 478, Rz. 47 ff., je m. w. N.

¹⁰³ Vgl. dazu EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 96 ff.

¹⁰⁴ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 97, unter Bezugnahme auf das allein auf unionsinterne Sachverhalte abstellende Vorbringen der deutschen Regierung in diesem Fall.

¹⁰⁵ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 99; EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63), Rz. 48, jeweils m. w. N. Dem kann laut EuGH (v. 10.4.2014, a.a.O., Rz. 100) auch nicht entgegengehalten werden, dass für das Verhältnis von EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten insoweit etwas Anderes gelten müsse; die fehlende Gegenseitigkeit in den Beziehungen könne eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und den betreffenden Drittstaaten nicht rechtfertigen.

¹⁰⁶ Das Argument lautet, der freie Kapitalverkehr könne die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichten, zugunsten von Drittstaaten auf Steueraufkommen zu verzichten; vgl. EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 101 m. w. N.: Der Binnenmarkt ziele nämlich auf eine effiziente Ressourcenallokation innerhalb der EU ab, um die Steuereutralität im Binnenmarkt zu sichern.

¹⁰⁷ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 102.

¹⁰⁸ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 105.

¹⁰⁹ *Koller/Sennhauser*, Das EuGH-Urteil Persche aus der Sicht von Drittstaaten, insbesondere der Schweiz, in: Martinek/Rawert/Weitemeyer (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin/New York 2010, S. 1061, 1074.

¹¹⁰ Art. 65 Abs. 3 AEUV.

¹¹¹ EuGH v. 15.7.2004 (Fn. 40), Rz. 27.

¹¹² *Lang*, StuW 2011, 209, 215.

¹¹³ *Lang*, StuW 2011, 209, 218.

¹¹⁴ EuGH v. 14.2.1995, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225, Rz. 30; EuGH v. 11.8.1995, Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493, Rz. 17; EuGH v. 27.6.1996, Rs. C-107/94, *Asscher*, Slg. 1996, I-3089, Rz. 40; EuGH v. 29.4.1999, Rs. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Slg. 1999, I-2651, Rz. 26; EuGH v. 17.7.2007, Rs. C-182/06, *Lakebrink u.a.*, Slg. 2007, I-6705, Rz. 27.

KAPITALEINLAGEPRINZIP UND STEUERFOLGEN

Drittstaaten mit der Folge einer Steuerpflicht auf vergleichbare Situationen, nämlich die Einlagenrückgewähr von Kapitalgesellschaften in Deutschland, der EU oder Drittstaaten – angewendet. Grundsätzlich liegt daher eine Diskriminierung vor. Die Frage ist nun, ob diese Diskriminierung willkürlich ist oder nicht.

Nach der *früheren* Rechtsprechung des EuGH erwies sich eine für den Leistungsempfänger nachteilige und somit diskriminierende Vorschrift des nationalen Rechts meist nur dann als nicht willkürlich und somit als verhältnismässig, wenn die Finanzverwaltung nicht auf die unionsrechtlich ermöglichte EU-Amtshilfe¹¹⁵ zurückgreifen konnte¹¹⁶. Eine Europarechtswidrigkeit der nationalen Norm stand nach dieser *früheren* Rechtsprechung also meist nur bei einschlägiger EU-Amtshilfe¹¹⁷ zur Diskussion, d. h. im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten. Im Verhältnis zu Drittstaaten wie der Schweiz galt ein anderer Massstab. Die EuGH-Entscheidungen *Elisa* (für EU-Mitgliedstaaten) und *A* (für die Schweiz als Drittstaat)¹¹⁸ verdeutlichten exemplarisch diese unterschiedlichen Massstäbe der *früheren* EuGH-Rechtsprechung bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit des diskriminierenden, ungerechtfertigten Eingriffs in die Kapitalverkehrsfreiheit, also noch vor den Entscheidungen *Haribo* und *Österreichische Sa-*

*linen*¹¹⁹, *Santander*¹²⁰ und *DFA Investment Trust*¹²¹. Die unterschiedlichen Massstäbe der früheren Rechtsprechung im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten einerseits und Drittstaaten andererseits lassen sich anhand der EuGH-Entscheidungen *Elisa* und *A* im Folgenden gut gegenüberstellen, da die EU-Amtshilferichtlinie¹²² im Fall *Elisa*¹²³ nicht anwendbar und der früher übliche (knappe) Verweis des EuGH¹²⁴ auf die unionsrechtlich mögliche Amtshilfe durch EU-Mitgliedstaaten als massgebliches Kriterium für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht einschlägig war¹²⁵.

Nach der *früheren* EuGH-Rechtsprechung konnte eine nachteilige, diskriminierende Vorschrift des nationalen Rechts somit im Verhältnis zu Drittstaaten wie der Schweiz verhältnismässig und gerechtfertigt sein, im Verhältnis zu EU-Mitgliedstaaten aber angesichts der EU-Amtshilfe¹²⁶ einen Verstoß gegen Europarecht darstellen¹²⁷.

Die *neuere* EuGH-Rechtsprechung hat hingegen viel deutlicher gemacht, dass vom Steuerpflichtigen verlangt werden kann, in erhöhtem Masse mitzuwirken – die Behörde braucht sich also nicht primär der Amtshilfemöglichkeiten zu bedienen¹²⁸. Zudem erlauben die EuGH-Urteile *Haribo* und *Österreichische Salinen*, *Santander* und insbesondere *DFA Investment*

¹¹⁵ Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹¹⁶ Vgl. EuGH v. 12.4.1994, Rs. C-1/93, *Halliburton*, Slg. 1994, I-1137, Rz. 21 f.; EuGH v. 14.2.1995 (Fn. 114), Rz. 44; EuGH v. 11.8.1995 (Fn. 114), Rz. 26; EuGH v. 9.11.2006, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rz. 36 f.; EuGH v. 22.3.2007, Rs. C-383/05, *Talotta*, Slg. 2007, I-2555, Rz. 36 f.

¹¹⁷ Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹¹⁸ *Lang*, StuW 2011, 209, 221 ff.

¹¹⁹ EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59).

¹²⁰ EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63).

¹²¹ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63).

¹²² Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹²³ EuGH v. 11.10.2007, Rs. C-451/05, *Elisa*, Slg. 2007, I-8251, Rz. 94 ff.

¹²⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 116.

¹²⁵ *Lang*, StuW 2011, 209, 221.

¹²⁶ Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹²⁷ Vgl. EuGH v. 12.4.1994, Rs. C-1/93, *Halliburton*, Slg. 1994, I-1137, Rz. 21 f.; EuGH v. 14.2.1995 (Fn. 114), Rz. 44; EuGH v. 11.8.1995 (Fn. 114), Rz. 26; EuGH v. 9.11.2006, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rz. 36 f.; EuGH v. 22.3.2007, Rs. C-383/05, *Talotta*, Slg. 2007, I-2555, Rz. 36 f.

¹²⁸ Vgl. *Lang*, StuW 2011, 209, 220 m. w. N.

KAPITALEINLAGEPRINZIP UND STEUERFOLGEN

1. Früherer Masstab der Verhältnismässigkeit für EU-Mitgliedstaaten

Als Masstab galt laut EuGH (*Elisa*):*

Das Erschwernis der fehlenden Amtshilfe durch einen EU-Mitgliedstaat kann es nicht rechtfertigen, Anlegern aus diesem Mitgliedstaat kategorisch jeden Anspruch auf einen Steuervorteil für die von ihnen getätigten Investitionen zu versagen. Die zuständigen Steuerbehörden können nämlich selbst die Nachweise verlangen, die sie zur vollständigen Aufklärung für erforderlich halten, ohne dass ein Amtshilfeabkommen existiert.

2. Früherer Masstab der Verhältnismässigkeit für Drittstaaten

Als Masstab galt laut EuGH (*A*)**:

Wenn ein EU-Mitgliedstaat die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Verpflichtungen abhängig macht, deren Einhaltung nur nachgeprüft werden kann, indem Auskünfte von den zuständigen Behörden eines Drittlands eingeholt werden, ist es grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedstaat die Gewährung dieses Vorteils ablehnt.

*Auch wenn die Verpflichtung zur Amtshilfe in den unter die Richtlinie (77/799***) fallenden Bereichen nicht unbegrenzt ist, schafft diese Richtlinie doch einen Rahmen für die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, den es zwischen diesen und den zuständigen Behörden eines Drittlands nicht gibt.*

Ferner bieten die gemeinschaftlichen Harmonisierungsmassnahmen, die in den Mitgliedstaaten der EU auf dem Gebiet der Buchführung der Gesellschaften gelten, den Steuerpflichtigen die Möglichkeit, verlässliche und nachprüfbare Angaben über die Struktur oder die Tätigkeiten einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft vorzulegen. Diese Möglichkeit ist nicht gewährleistet bei einer in einem Drittland niedergelassenen Gesellschaft, die nicht verpflichtet ist, diese gemeinschaftlichen Massnahmen anzuwenden.

* Vgl. EuGH v. 11.10.2007 (Fn. 123), Rz. 95 – 98: «Die zuständigen Steuerbehörden wären nämlich durch nichts daran gehindert, von den Steuerpflichtigen die Nachweise zu verlangen, die sie für die zutreffende Festsetzung der betreffenden Steuern und Abgaben als erforderlich ansehen, und gegebenenfalls bei Nichtvorlage dieser Nachweise die beantragte Steuerbefreiung zu verweigern [...]. So ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass der Steuerpflichtige zur Vorlage von Belegen in der Lage ist, anhand derer die Steuerbehörden des Mitgliedstaats eindeutig und genau prüfen können, dass er keine Steuerhinterziehung oder -umgehung zu begehen versucht [...]. [...] Ferner ist festzustellen, dass unter den Umständen des Ausgangsverfahrens eine etwa fehlende Möglichkeit, von den Steuerbehörden des Grossherzogtums Luxemburg auf unmittelbarem Wege Zusammenarbeit zu verlangen, die Überprüfung von Angaben erschweren kann. [...] Diese Erschwernis kann es jedoch nicht rechtfertigen, Anlegern aus diesem Mitgliedstaat kategorisch jeden Anspruch auf einen Steuervorteil für die von ihnen getätigten Investitionen zu versagen. Wenn Holdinggesellschaften luxemburgischen Rechts Befreiung von der streitigen Steuer beantragen, können die französischen Steuerbehörden nämlich von diesen Gesellschaften selbst die Nachweise verlangen, die sie zur vollständigen Aufklärung ihrer Eigentums- und Anteilsverhältnisse für erforderlich halten, ohne dass ein Amtshilfeabkommen [...] existiert.»

** EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 60 ff.: «Diese Rechtsprechung, die sich auf Beschränkungen der Ausübung der Verkehrsfreiheiten innerhalb der Gemeinschaft bezieht, kann jedoch nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern übertragen werden, da dieser sich in einen anderen rechtlichen Rahmen einfügt als die Rechtsachen, die Anlass zu den in den beiden vorstehenden Randnummern genannten Urteilen gegeben haben. [...] Erstens spielen sich die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten nämlich in einem gemeinsamen rechtlichen Rahmen ab, der durch das Vorliegen einer gemeinschaftlichen Regelung, wie der Richtlinie 77/799, gekennzeichnet ist, durch die wechselseitige Verpflichtungen zur gegenseitigen Amtshilfe festgelegt worden sind. Auch wenn die Verpflichtung zur Amtshilfe in den unter diese Richtlinie fallenden Bereichen nicht unbegrenzt ist, schafft diese Richtlinie doch einen Rahmen für die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten, den es zwischen diesen und den zuständigen Behörden eines Drittlands nicht gibt, wenn dieses keine Verpflichtung zur gegenseitigen Amtshilfe eingegangen ist. [...] Zweitens bieten, [...] soweit es um die Belege geht, die der Steuerpflichtige vorlegen kann, um den Steuerbehörden die Nachprüfung zu ermöglichen, ob die in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind, die gemeinschaftlichen Harmonisierungsmassnahmen, die in den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Buchführung der Gesellschaften gelten, den Steuerpflichtigen die Möglichkeit, verlässliche und nachprüfbare Angaben über die Struktur oder die Tätigkeiten einer in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Gesellschaft vorzulegen, während eine solche Möglichkeit für den Steuerpflichtigen nicht gewährleistet ist, wenn es sich um eine in einem Drittland niedergelassene Gesellschaft handelt, die nicht verpflichtet ist, diese gemeinschaftlichen Massnahmen anzuwenden. [...] Wenn die Regelung eines Mitgliedstaats die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Verpflichtungen abhängig macht, deren Einhaltung nur in der Weise nachgeprüft werden kann, dass Auskünfte von den zuständigen Behörden eines Drittlands eingeholt werden, ist es folglich grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedstaat die Gewährung dieses Vorteils ablehnt, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Vorlage der Informationen, als unmöglich erweist, die Auskünfte von diesem Land zu erhalten.»

*** Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

Trust einen Rückgriff auf Amtshilfemöglichkeiten auch im Verhältnis zu Drittstaaten¹²⁹, ohne also nur auf die EU-Amtshilfe¹³⁰ abzustellen. Auf dieser Grundlage wird die *frühere* Unterscheidung durch den EuGH hinfällig, so dass die deutsche Vorschrift in § 20 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 oder 3 EStG i. V. m. § 27 KStG auch im Hinblick auf Drittstaaten unverhältnismässig und europarechtswidrig sein kann, wenn ein Drittstaat – wie die Schweiz – Amtshilfe gewährt, konkret in der erweiterten Amtshilfe gem. Art. 27 des Doppelbesteuerungsabkommens Deutschland – Schweiz (DBA Deutschland – Schweiz). Allerdings wird diese Argumentation voraussichtlich in einem EuGH-Verfahren zum Lackmus-Test kommen: Der EuGH griff nämlich, zeitlich vor den eben genannten Fällen *Haribo und Österreichische Salinen*, *Santander* und *DFA Investment Trust*, in der Rechtsache *Établissements Rimbaud*¹³¹ – und zwar zu derselben Regelung wie im Fall *Elisa*¹³² – im Hinblick auf den EWR-Staat Liechtenstein den im Urteil *A*¹³³ für das Verhältnis zur Schweiz entwickelten Standard auf, und zwar ohne Rücksicht auf das EWR-Abkommen, welches weitgehend zur Verwirklichung des Binnenmarktes beiträgt, und einzig gestützt auf die fehlende Anwendbarkeit der EU-Amtshilfavorschriften¹³⁴. Ein Aspekt in dieser Gemengelage könnte zumindest damals für den EuGH – wie möglicherweise in einem zuvor ergangenen EuGH-Urteil¹³⁵ angedeutet – gewesen sein, dass völkerrechtliche, bilaterale Amtshilfevereinbarungen im Fall ihrer Verletzung durch den anderen Vertragsstaat höchstens gekündigt werden können (mit Nachteilen auch für den kündigenden Staat), die Sanktionsmöglichkeiten im Übrigen aber eng begrenzt sind – wogegen die Nichtbeachtung der EU-Amtshilfeverpflichtung durch einen anderen EU-Mitgliedstaat mittels Anrufung des EuGH verfolgt und die EU-Amtshilfe auf diesem Weg über den EuGH konsequent durchgesetzt werden kann¹³⁶.

Der EuGH könnte also auch wieder¹³⁷ aufgrund der EU-Amtshilfe¹³⁸ zwischen EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten (letztere aus Sicht des EuGH *inklusive* der EWR-Mitgliedstaaten) unterscheiden¹³⁹, wenn auch in Widerspruch zu den Entscheidungen *Haribo und Österreichische Salinen*¹⁴⁰, *Santander*¹⁴¹ sowie *DFA Investment Trust*¹⁴².

Zumindest derzeit ist nach der überwiegenden neueren EuGH-Rechtsprechung jedoch festzuhalten: Der früheren Unterscheidung des EuGH zwischen EU-Mitglied- und Drittstaaten, die vornehmlich auf der EU-Amtshilferichtlinie basierte, aber auch auf europäische Buchführungs- und Bilanzierungsstandards abstellte, kann nun entgegengehalten werden, dass die Schweiz angesichts der seit der dargestellten EuGH-Rechtsprechung¹⁴³ deutlich verstärkten Zusammenarbeit der Schweiz mit den EU-Mitgliedstaaten – im Rahmen der in Doppelbesteuerungsabkommen vereinbarten erweiterten Amtshilfe, etwa in Art. 27 DBA Deutschland – Schweiz, und künftig zusätzlich auf OECD-Ebene¹⁴⁴ nach Ratifikation und Inkrafttreten des OECD-/Europarats-Übereinkommens über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen¹⁴⁵ – sowie mit der oben sub 2.2.1. ausgeführten schweizerischen Umsetzung europäischer Buchführungs- und Bilanzierungsstandards¹⁴⁶ keine Grundlage für eine Unterscheidung mehr bietet.¹⁴⁷

3.2.4 Zwischenergebnis

Angesichts der Kapitalverkehrsfreiheit wird eine Besteuerung der Kapitalverkehrsgewähr drittstaatlicher Körperschaften als mit dem Europarecht unvereinbar angesehen¹⁴⁸ – dieser Eindruck wird durch die EuGH-Urteile *Haribo und Österreichische Salinen*¹⁴⁹, *Santander*¹⁵⁰ sowie *DFA Investment Trust*¹⁵¹ verstärkt. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass der EuGH, wie ausgeführt, mit dem Argument der fehlenden rechtlichen Integration der Drittstaaten im Vergleich zu EU-Mitgliedstaaten¹⁵², gestützt vor allem auf

Überlegungen zur EU-Amtshilfe sowie zu gemeinschaftlichen Buchführungs- und Bilanzierungsstandards in der EU, zu einem anderen Ergebnis

kommen könnte. Letztlich wird von Betroffenen Einspruch einzulegen und der Rechtsweg zu beschreiten sein.

¹²⁹ EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59), Rz. 71, 73 ff.; EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63), Rz. 54; EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 85 f.

¹³⁰ Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹³¹ EuGH v. 28.10.2010, Rs. C-72/09, *Établissements Rimbaud*, Slg. 2010, I-10659, Rz. 41 ff.

¹³² Vgl. Fn. 123 und die vorangehende Tabelle.

¹³³ Fn. 54 und die vorangehende Tabelle.

¹³⁴ Vgl. näher *Lang*, StuW 2011, 209, 222. Zur EU-Amtshilfe Fn. 37.

¹³⁵ EuGH v. 11.6.2009, Rs. C-521/07, *Kommission./Niederlande*, Slg. 2009, I-4873, Rz. 45 f. In der Entscheidung *Haribo und Österreichische Salinen* – EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59), Rz. 71, 75 – vertrat der EuGH die Ansicht, es genüge das «Bestehen eines Amtshilfeabkommens mit diesem Staat», d. h. die völkerrechtliche Amtshilfe. Auf Amtshilfe auf Grundlage der EU-Amtshilferichtlinie (vgl. Fn. 37) oder das Bestehen von Vollstreckungsamtshilfe stellte der EuGH in der Entscheidung *Haribo und Österreichische Salinen* dagegen nicht ab (EuGH, a.a.O., Rz. 71, 73 ff.; ausführlich *Lang*, StuW 2011, 209, 223). «Die Erstreckung steuerlicher Begünstigungen auf Drittstaaten kann jedenfalls von der Gewährung von Amtshilfe auf völkervertraglicher Grundlage abhängig gemacht werden. Der EuGH stellt sich somit – beabsichtigt oder nicht – mit seiner in Drittstaatskonstellationen vor allem anhand des Erfordernisses der steuerlichen Kontrolle entwickelten Verhältnismässigkeitsprüfung in den Dienst jener politischen Kräfte, die Drittstaaten zur Gewährung von Auskunftserteilung auf völkervertraglicher Grundlage bewegen wollen.» (*Lang*, a.a.O., 223).

¹³⁶ *Lang*, StuW 2011, 209, 222.

¹³⁷ So etwa EuGH v. 11.12.2014, Rs. C-678/11, *Kommission./Spanien*, ISTR 2015, 66, 70, Rz. 68 f., gestützt allerdings auf die «Richtlinien 77/799 und 2008/55» (a.a.O., Rz. 68), d. h. auf die Amtshilfe- und auf die Vollstreckungshilferichtlinie.

¹³⁸ Der in EuGH v. 11.12.2014 (Fn. 137), Rz. 68, neben der Amtshilferichtlinie genannten Vollstreckungshilferichtlinie 2008/55 dürfte dagegen in der vorliegenden Konstellation keine Bedeutung zukommen, da Deutschland

weder gegenüber den aus ihren Kapitalreserven leistenden schweizerischen Kapitalgesellschaften noch gegenüber den in Deutschland ansässigen Empfängern einer Vollstreckungshilfe bedarf.

¹³⁹ *Lang*, StuW 2011, 209, 222; vgl. auch Fn. 137.

¹⁴⁰ EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59), Rz. 71, 73 ff.

¹⁴¹ EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63), Rz. 54.

¹⁴² EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63), Rz. 85 f.

¹⁴³ Vgl. EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 60 ff.

¹⁴⁴ Zum automatischen Informationsaustausch vgl. <http://www.oecd.org/berlin/presse/automatischer-informationsaustausch-von-steuerinformationen.htm>.

¹⁴⁵ Hierzu oben 3.2.2.3. unter a).

¹⁴⁶ In der Entscheidung *A* verwies der EuGH noch explizit auf die im Verhältnis zur Schweiz nach wie vor nicht harmonisierten Rechnungslegungsvorschriften; vgl. EuGH v. 18.12.2007 (Fn. 54), Rz. 62; ausführlich erläuternd *Lang*, StuW 2011, 209, 222 f. Dies, obgleich Schweden die relevante Begünstigung selbst im Verhältnis zu allen Staaten anordnete, zu welchen völkerrechtliche Amtshilfe bestand, und dies nicht von anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften abhängig machte. Offenbar war der EuGH aber bestrebt, die Begünstigung für schweizerische Dividenden zu versagen, so dass er (über die fehlende Amtshilfe hinaus, die damals auch Liechtenstein als EWR-Mitgliedstaat verweigerte) ein zusätzliches Kriterium aufstellte: Liechtensteinische Gesellschaften unterlagen den harmonisierten Rechnungslegungsvorschriften, so dass sich dieser Aspekt als Differenzierungsgrund im Verhältnis zur Schweiz eignete.

¹⁴⁷ Vgl. auch *Lang*, StuW 2011, 209, 222: Bei der Deutung der EuGH-Rechtsprechung könne der politische Kontext nicht völlig ausgeblendet werden. EU, OECD und G20 hätten in den letzten Jahren Druck aufgebaut, um den Informationsaustausch zwischen den Staaten zu forcieren.

¹⁴⁸ So etwa *Sedemund*, ISTR 2010, 271; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385, 390.

¹⁴⁹ EuGH v. 10.2.2011 (Fn. 59).

¹⁵⁰ EuGH v. 10.5.2012 (Fn. 63).

¹⁵¹ EuGH v. 10.4.2014 (Fn. 63).

¹⁵² *Lang*, StuW 2011, 209, 218.

3.3 Anwendung der Rechtsprechung vor Einführung von § 27 Abs. 8 KStG?

Zur Rechtslage vor Einführung von § 27 Abs. 8 KStG¹⁵³ vertreten der Bundesfinanzhof (BFH)¹⁵⁴ und, unter Berufung hierauf, auch das Finanzgericht Düsseldorf¹⁵⁵ die Ansicht, dass für die Einordnung als Kapitalrückzahlung oder Dividende auf die Behandlung durch den Quellenstaat abzustellen sein sollte. Könnte diese Rechtsprechung auch nach Einführung von § 27 Abs. 8 KStG weiter angewendet werden, könnte das schweizerische Kapitaleinlageprinzip ungeachtet des § 27 Abs. 8 KStG auch in Deutschland Anwendung finden. Tatsächlich sprechen ein Teil der Lehre¹⁵⁶ und die Stellungnahme des Deutschen Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren¹⁵⁷ für eine Fortgeltung der vorherigen Rechtsprechungsgrundsätze. Ihrer Ansicht nach wären diese durch § 27 Abs. 8 KStG dann nicht abgeschafft worden; vielmehr würde § 27 Abs. 8 KStG einen Gleichlauf von EU- mit deutschen Kapitalgesellschaften gewährleisten. Dagegen vertritt die wohl herrschende Lehre die Ansicht, dass nach Inkrafttreten von § 27 Abs. 8 KStG die frühere Rechtsprechung keine Bedeutung mehr besitze¹⁵⁸ und es sich bei § 27 Abs. 8 KStG um eine bewusst negative Regelung handle, womit also keine Gesetzeslücke bestehe¹⁵⁹. Ferner wird von der herrschenden Lehre angeführt, dass eine Begünstigung von Drittstaaten-Gesellschaften zu einem nicht mehr administrierbaren Aufwand führe¹⁶⁰. Sollte die Restriktion in § 27 Abs. 8 KStG europarechtlich nicht haltbar sein (hierzu oben 3.2), böte es sich an, der ersten Ansicht zu folgen und auf dieser Grundlage Zahlungen nach dem schweizerischen Kapitaleinlageprinzip nicht als in Deutschland steuerpflichtig zu behandeln.

4 Fazit

Bei Neubestand¹⁶¹ ist die erörterte Frage letztlich ein «Streit um des Kaisers Bart», nämlich um

den Zins- und Liquiditätseffekt. Kapitalrückzahlungen führen hier ebenfalls zu einem (abgeltung-)steuerpflichtigen Tatbestand auf Ebene deutscher Privatanleger, wenn auch erst bei Veräußerung der Neubestands-Aktien: Nach Ansicht des BFH¹⁶² mindern Kapitalrückzahlungen nachträglich die steuerlichen Anschaffungskosten, so dass bei Veräußerung ein (abgeltung-)steuerlich relevanter Gewinn erhöht und Verlust verringert wird. Statt der sofortigen Abgeltungsteuerpflicht der Dividende wird die Steuerpflicht auf den realisierten zusätzlichen Gewinn in die Zukunft verlagert.

Bei Altbestand¹⁶³ hingegen ist die Diskussion von hoher Bedeutung, vor allem da auch in den kommenden Jahren beträchtliche Zahlungen auf Grundlage des schweizerischen Kapitaleinlageprinzips geplant sind: Bei Altbestand sind die Kapitalrückzahlungen bei ihrem Zufluss nicht zu versteuern, und die Reduktion der Anschaffungskosten ist aufgrund der Steuerfreiheit der Veräußerung von Streubesitz-Altbestand durch Privatanleger unbeachtlich. Letztlich wird die Diskussion endgültig erst von der deutschen Rechtsprechung und derjenigen des EuGH entschieden werden.

Aus verfahrenstechnischen Gründen ist darauf hinzuweisen, dass die leistende Kapitalgesellschaft einen Antrag nach § 27 Abs. 8 Satz 3 KStG auf Feststellung des als Einlagenrückgewähr qualifizierenden Betrags stellen muss¹⁶⁴. Somit lässt sich zumindest verhindern, dass bei Altbestand¹⁶⁵ die Steuerneutralität der Leistung nach dem schweizerischen Kapitaleinlageprinzip lediglich aufgrund eines Formfehlers nicht gewährt wird. Auch insoweit könnte allerdings das Europarecht helfen, stellt doch das FG Nürnberg in seinem (nicht rechtskräftigen) Urteil vom 12. Juni 2013¹⁶⁶ explizit fest: «Im Hinblick auf die europarechtlich garantierte Kapitalverkehrsfreiheit können im Streitjahr 2008 von Anteilseignern ausländischer Kapitalgesellschaften aus Drittstaaten Nachweise i. S. von § 27 Abs. 1 und

8 KStG nicht darüber verlangt werden, dass Umstrukturierungsmassnahmen aus einem steuerlichen Einlagenkonto finanziert worden sind.» Die Diskussion wird aber auch insoweit auf dem Rechtsweg zu führen sein, der möglicherweise ebenfalls bis zum EuGH führt.

Anhang

Artikel 63

(ex-Artikel 56 EGV)

1. Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

2. Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Zahlungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

Artikel 64

(ex-Artikel 57 EGV)

1. Artikel 63 berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschliesslich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der

¹⁵³ Eingeführt mit Wirkung ab 13.12.2006 durch Art. 3 Nr. 10 lit. d i. V. m. Art. 14 des SEStEG (Fn. 43), BGBl. I 2006, 2782, 2788 f., 2806.

¹⁵⁴ Fn. 31.

¹⁵⁵ FG Düsseldorf, Urt. v. 27.11.2007, 6 K 3380/00, EFG 2008, 980.

¹⁵⁶ Vgl. etwa *Rödter/Schumacher*, DStR 2006, 1490; *Sedemund*, IStR 2010, 274; *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385, 390.

¹⁵⁷ Fn. 44. Allerdings ist diese Aussage im Gesamtkontext der kritischen Stellungnahme des Bundesrates zu sehen.

¹⁵⁸ Nachweise bei *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385, 390.

¹⁵⁹ Fn. 158.

¹⁶⁰ Vgl. Fn. 158.

¹⁶¹ D. h. bei Aktien, die nach dem 31. Dezember 2008 angeschafft wurden, § 52a Abs. 10 Satz 1 EStG/§ 52 Abs. 28 Satz 11 EStG.

¹⁶² BFH, Urt. v. 14.10.1992, I R 1/91, BStBl. II 1993, 189.

¹⁶³ D. h. bei Aktien, die vor dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden, § 52a Abs. 10 Satz 1 EStG/§ 52 Abs. 28 Satz 11 EStG.

¹⁶⁴ Vgl. *Sedemund*, IStR 2010, 273; der Antrag ist nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck bis zum Ende des Kalenderjahres zu stellen, welches auf das Kalenderjahr folgt, in welchem die Leistung erfolgt ist (§ 27 Abs. 8 Satz 4 KStG). Zuständig für die gesonderte Feststellung ist nach § 27 Abs. 8 Satz 5 KStG diejenige Finanzbehör-

de, die im Zeitpunkt der Abgabe des Antrags nach § 20 der Abgabenordnung (AO) für die Besteuerung nach dem Einkommen örtlich zuständig ist, d. h. in der Regel dasjenige Finanzamt, in dessen Bezirk sich Vermögen der schweizerischen Kapitalgesellschaft und, wenn dies für mehrere Finanzämter zutrifft, in dessen Bezirk sich der wertvollste Teil des Vermögens befindet (§ 20 Abs. 3 AO). Vgl. auch *Spilker/Peschke*, DStR 2011, 385, 386 m. w. N.: «*Im Regelfall ist in Ermangelung einer inländischen Steuerpflicht der ausländischen Körperschaft oder Personenvereinigung das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) zuständig. Nach § 27 Absatz 8 Satz 7 KStG muss die ausländische Gesellschaft die für die Berechnung der Einlagenrückgewähr erforderlichen Umstände darlegen. Im Fall der Anerkennung der steuerlich neutralen Einlagenrückgewähr wird ein Feststellungsbescheid erteilt. Die ausländische Körperschaft stellt sodann ihrem Anteilseigner eine Steuerbescheinigung i. S. des § 27 Absatz 3 KStG aus, in die gemäss § 27 Absatz 8 Satz 8 KStG Name und Aktenzeichen der zuständigen Behörde aufzunehmen sind. Diese Steuerbescheinigung muss der Anteilseigner bei der für ihn zuständigen Behörde zwecks Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung nach § 20 Absatz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG einreichen.*»

¹⁶⁵ Vgl. Fn. 163.

¹⁶⁶ Vgl. Fn. 38.

KAPITALEINLAGEPRINZIP UND STEUERFOLGEN

Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. Für in Bulgarien, Estland und Ungarn bestehende Beschränkungen nach innerstaatlichem Recht ist der massgebliche Zeitpunkt der 31. Dezember 1999.

2. Unbeschadet der anderen Kapitel der Verträge sowie ihrer Bemühungen um eine möglichst weitgehende Verwirklichung des Zieles eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern beschliessen das Europäische Parlament und der Rat gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Massnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschliesslich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten.

3. Abweichend von Absatz 2 kann nur der Rat gemäss einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments Massnahmen einstimmig beschliessen, die im Rahmen des Unionsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit Drittländern einen Rückschritt darstellen.

Artikel 65

(ex-Artikel 58 EGV)

1. Artikel 63 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten,

- a. die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln,
- b. die unerlässlichen Massnahmen zu treffen, um Zuwiderhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks adminis-

trativer oder statistischer Information vorzusehen oder Massnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.

2) Dieses Kapitel berührt nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit den Verträgen vereinbar sind.

3) Die in den Absätzen 1 und 2 genannten Massnahmen und Verfahren dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 63 darstellen.

4) Sind keine Massnahmen nach Artikel 64 Absatz 3 erlassen worden, so kann die Kommission oder, wenn diese binnen drei Monaten nach der Vorlage eines entsprechenden Antrags des betreffenden Mitgliedstaats keinen Beschluss erlassen hat, der Rat einen Beschluss erlassen, mit dem festgelegt wird, dass die von einem Mitgliedstaat in Bezug auf ein oder mehrere Drittländer getroffenen restriktiven steuerlichen Massnahmen insofern als mit den Verträgen vereinbar anzusehen sind, als sie durch eines der Ziele der Union gerechtfertigt und mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar sind. Der Rat beschliesst einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats.

Artikel 66

(ex-Artikel 59 EGV)

Falls Kapitalbewegungen nach oder aus dritten Ländern unter aussergewöhnlichen Umständen das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion schwerwiegend stören oder zu stören drohen, kann der Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank gegenüber dritten Ländern Schutzmassnahmen mit einer Geltungsdauer von höchstens sechs Monaten treffen, wenn diese unbedingt erforderlich sind.