SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 14. Juli 2005 [1]

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Fall steht die in Schweden geltende Regelung zur Besteuerung von Veräußerungserlösen auf dem Prüfstand, welche zur Anwendung kommt, wenn eine dort ansässige Aktiengesellschaft — etwa im Zuge einer Kapitalherabsetzung — von ihren eigenen Aktionären Aktien zurückkauft. Dabei geht es im Kern um die Frage, ob die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56 EG und 58 EG) es verbieten, Aktionäre mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in Schweden und solche ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in Schweden insoweit ungleich zu behandeln, als die Ersteren ihre Einstandskosten [2] vom zu versteuernden Betrag abziehen können, während dies den Zweiteren nicht gestattet ist [3].

2. Außerdem ist zu klären, ob eine etwaige Ungleichbehandlung durch günstigere Vorschriften ausgeglichen werden kann, die sich aus einem zwischen Schweden und dem Wohnsitzstaat des betreffenden Aktionärs geltenden Doppelbesteuerungsabkommen ergeben.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen dieses Falles wird durch die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr bestimmt.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Unter „Einstandskosten" wird üblicherweise der Preis einer Aktie (d. h. ihr Kurswert bzw. ihr Ausgabepreis) zum Zeitpunkt ihres Erwerbs verstanden, gegebenenfalls zuzüglich Spesen.

3 — Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts macht es für die rechtliche Würdigung des Falles keinen Unterschied, ob die nationale Regelung an den *Wohnsitz* oder an den *ständigen Aufenthalt* einer Person anknüpft. Sofern also im Folgenden aus Gründen der Vereinfachung lediglich von *Wohnsitz* gesprochen wird, gelten die gemachten Ausführungen entsprechend auch für das Kriterium des *ständigen Aufenthalts*.

4. Das grundsätzliche Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern ist in Artikel 56 Absatz 1 EG enthalten:

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

5. Bezüglich der den Mitgliedstaaten verbleibenden Handlungsmöglichkeiten ist auf Artikel 58 EG hinzuweisen, der auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

„(1) Artikel 56 berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten,

a) die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln,

...

(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 56 darstellen."

B — *Nationales Recht*

6. Was die einschlägigen Bestimmungen des schwedischen Rechts betrifft, so ist zum einen auf das Kuponsteuergesetz [4] hinzuweisen und zum anderen auf das zwischen Schweden und Frankreich geltende Doppelbesteuerungsabkommen. Soweit relevant, lassen sich deren Bestimmungen wie folgt zusammenfassen:

Das schwedische Kuponsteuergesetz

7. Kauft eine schwedische Aktiengesellschaft von ihrem in Schweden wohnhaften Aktionär Aktien zurück, so wird der an diesen Aktionär ausbezahlte Betrag in Schweden als Veräußerungsgewinn besteuert. Für eine

4 — Lag 1970:624 om kupongskatt (im Folgenden: Kuponsteuergesetz).

Privatperson bedeutet dies, dass ein Steuersatz von 30 % auf den Veräußerungsgewinn abzüglich der Einstandskosten in Ansatz gebracht wird.

8. Hat hingegen die natürliche Person, von der Aktien zurückgekauft werden, keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in Schweden, so wird der an sie ausbezahlte Betrag wie eine Dividendenausschüttung behandelt. Gemäß § 1, § 2 Absatz 2, § 4 und § 5 des schwedischen Kuponsteuergesetzes fällt auf diesen Betrag eine 30%-ige Kuponsteuer an, wobei die Einstandskosten *nicht* abgezogen werden können[5]. § 7 des Kuponsteuergesetzes bestimmt, dass die Kuponsteuer als Quellensteuer von einem zentralen Wertpapierverwalter bei Auszahlung der Dividende einbehalten wird, wenn sich nicht aus verfügbaren Angaben über den Dividendenempfänger ergibt, dass er nicht steuerpflichtig ist.

9. Wird als Kuponsteuer ein höherer Betrag erhoben, als aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens zu entrichten wäre, so besteht nach § 27 des Kuponsteuergesetzes ein Erstattungsanspruch.

5 — Dabei wird vorausgesetzt, dass die ausbezahlten Dividenden nicht zu Einkünften aus einem Gewerbebetrieb gehören, der an einer festen Betriebsstätte in Schweden betrieben wird.

Das französisch-schwedische Doppelbesteuerungsabkommen

10. In Artikel 10 Absatz 1 des zwischen Frankreich und Schweden geltenden Doppelbesteuerungsabkommens[6] ist geregelt, dass Dividenden, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Gesellschaft an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ausschüttet, in letzterem Vertragsstaat besteuert werden.

11. Aus Artikel 10 Absatz 2 dieses Doppelbesteuerungsabkommens ergibt sich, dass solche Dividenden auch von dem Vertragsstaat besteuert werden können, in dem die ausschüttende Gesellschaft ansässig ist. Ist jedoch der tatsächliche Begünstigte jener Dividenden eine im anderen Vertragsstaat ansässige natürliche Person, so darf diese Besteuerung 15 % des Bruttobetrags der Dividenden nicht übersteigen.

12. Als Dividenden im Sinne der vorgenannten Vorschriften gelten gemäß Arti-

6 — Abkommen zwischen der Regierung der französischen Republik und der Regierung des Königreichs Schweden zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen und zur Vorbeugung gegen Steuerflucht im Bereich der Einkommen- und Vermögensteuer (französischer Titel: *Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Suède en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*), unterzeichnet in Stockholm am 27. November 1990, veröffentlicht in französischer Sprache in JORF vom 8. April 1992 (mit Berichtigung in *JORF* vom 22. August 1992) und in derselben Sprache abrufbar unter http://www.finances.gouv.fr/minefi/europe/index.htm (zuletzt besucht am 26. Mai 2005).

kel 10 Absatz 5 des Doppelbesteuerungsabkommens u. a. Einkünfte aus Aktien und solche Einkünfte, die ihnen nach dem Recht des Sitzstaats der ausschüttenden Gesellschaft bei Inkrafttreten des Doppelbesteuerungsabkommens steuerlich gleichgestellt waren.

13. Aus Artikel 13 Absatz 6 des Doppelbesteuerungsabkommens ergibt sich, dass Gewinne aus der Veräußerung von Aktien nur in dem Vertragsstaat besteuert werden, in dem der Veräußerer ansässig ist.

14. Das Doppelbesteuerungsabkommen beruht nach Angaben des vorlegenden Gerichts auf einem von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) entworfenen Musterabkommen [7], zu welchem die OECD auch Erläuterungen [8] erarbeitet hat.

15. Aus den Erläuterungen [9] zu Artikel 10 des OECD-Musterabkommens [10] folgt, dass als Dividenden nicht nur Gewinnausschüttungen anzusehen sind, die von der Jahreshauptversammlung der Gesellschafter beschlossen werden, sondern auch geldwerte Vorteile wie Gratisaktien, Liquidationsgewinne und versteckte Ausschüttungen.

16. In den Erläuterungen [11] zu Artikel 13 des OECD-Musterabkommens [12] wird ausgeführt, dass im Fall der Veräußerung von Anteilen einer Gesellschaft bei Herabsetzung ihres Grundkapitals oder bei ihrer Auflösung der Unterschiedsbetrag zwischen dem Verkaufspreis und dem Nennwert der Anteile in dem Staat, in dem die Gesellschaft ansässig ist, statt als Veräußerungsgewinn auch als Ausschüttung der akkumulierten Gewinne behandelt werden kann. Danach verwehrt es Artikel 13 des Musterabkommens nicht, eine solche Ausschüttung mit den dort in Artikel 10 vorgesehenen Steuersätzen zu besteuern.

7 — OECD-Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (englischer Titel: *OECD Income and Capital Model Convention*). Bei Abschluss des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Frankreich und Schweden war das Musterabkommen vom 11. April 1977 maßgeblich (ISBN-Nr. 92-64-11693-1), das jedoch inhaltlich — soweit hier relevant — mit dem neuen OECD-Musterabkommen vom 28. Januar 2003 (englischer Titel: *OECD Model Convention with respect to taxes on income and on capital*, abrufbar auf der Internet-Seite der OECD, zuletzt besucht am 30. Mai 2005, unter: http://www.oecd.org/document/37/0,2340, en_2649_33747_1913957_1_1_1_1,00.html) übereinstimmt.

8 — *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD-Loseblattsammlung, erhältlich unter http://www.oecdbookshop.org/oecd/display.asp?lang=EN&sf1=identifiers&st1=232002081p1 (zuletzt besucht am 30. Mai 2005), Stand: Januar 2003.

9 — Paragraph 27 der Erläuterungen zum OECD-Musterabkommen von 1977. Soweit hier relevant, sind diese Erläuterungen inhaltsgleich mit Paragraph 28 der Erläuterungen zum OECD-Musterabkommen in der Fassung von Januar 2003, auf die sich das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss bezieht.

10 — An diesem Artikel orientiert sich Artikel 10 des Doppelbesteuerungsabkommens.

11 — Paragraph 31 der Erläuterungen zum OECD-Musterabkommen von 1977, inhaltsgleich mit Paragraph 31 der Erläuterungen zum OECD-Musterabkommen in der Fassung von Januar 2003.

12 — An diesem Artikel orientiert sich Artikel 13 des Doppelbesteuerungsabkommens.

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

17. Frau Margaretha Bouanich hat ihren Wohnsitz in Frankreich. Sie war Anteilseignerin der schwedischen Aktiengesellschaft Förvaltnings AB Ratos. Am 2. Dezember 1998 verkaufte sie von ihr gehaltene Aktien im Barwert von 8 639 402 SEK an diese Gesellschaft zurück. In Anwendung des schwedischen Kuponsteuergesetzes und des Doppelbesteuerungsabkommens wurde auf den ausbezahlten Betrag Kuponsteuer in Höhe von 15 % als Quellensteuer einbehalten, was einem Betrag von 1 295 910,30 SEK entspricht.

18. Daraufhin legte Frau Bouanich beim zuständigen Finanzamt [13] Gävle Einspruch ein und beantragte die Erstattung der gesamten einbehaltenen Kuponsteuer. Hilfsweise beantragte sie die Erstattung desjenigen Anteils der Kuponsteuer, der auf der Grundlage des Nennwerts der zurückgekauften Aktien berechnet worden war, der also einer Besteuerung auch dieses Nennwerts entspricht.

19. Auf den Einspruch von Frau Bouanich hin gab das Finanzamt am 28. September 1999 ihrem Hilfsantrag statt und erstattete ihr Kuponsteuer in Höhe von 166 999 SEK.

20. Gegen den Einspruchsbescheid des Finanzamts erhob Frau Bouanich Klage beim Länsrätten i Dalarnas län [14] mit dem Antrag festzustellen, dass auf den ihr ausbezahlten Betrag keine Kuponsteuer erhoben werden dürfe und dass ihr auch der verbleibende Anteil der einbehaltenen Quellensteuer erstattet werden müsse.

21. Mit Urteil vom 29. März 2001 hat das Länsrätten die Klage abgewiesen. Hiergegen hat Frau Bouanich beim Kammarrätten Sundsvall [15], dem vorlegenden Gericht, Berufung eingelegt.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

22. Folgende drei Fragen hat das Kammarrätten Sundsvall dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt.

13 — Früher: Skattemyndigheten, nunmehr: Skatteverket.

14 — Verwaltungsgericht für die Provinz Dalarna.

15 — Berufungsinstanz in verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten.

1) Erlauben die Artikel 56 EG und 58 EG es einem Mitgliedstaat, einen Rückkauferlös, der von einer Aktiengesellschaft in diesem Mitgliedstaat gezahlt wird, als Dividende zu besteuern, ohne dass ein Recht zum Abzug der Einstandskosten der zurückgekauften Aktien besteht, wenn er an einen Aktionär gezahlt wird, der keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat hat, während ein von einer solchen Gesellschaft an einen Aktionär, der seinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat hat, gezahlter Rückkauferlös stattdessen als Veräußerungsgewinn besteuert wird, wodurch ein Recht zum Abzug der Einstandskosten für die zurückgekauften Aktien entsteht?

2) Falls die erste Frage verneint wird: Erlauben die in der ersten Frage angegebenen Artikel in dem Fall, dass das zwischen dem Mitgliedstaat, in dem die Aktiengesellschaft ansässig ist, und dem Mitgliedstaat, in dem der Aktionär seinen Wohnsitz hat, geschlossene Doppelbesteuerungsabkommen einen niedrigeren Steuersatz im Verhältnis zu demjenigen vorsieht, der auf Rückkauferlöse angewandt wird, die an einen Aktionär im erstgenannten Mitgliedstaat gezahlt werden, und dass außerdem einem Aktionär in dem anderen Mitgliedstaat unter Bezugnahme auf die Erläuterungen zum OECD-Musterabkommen der Abzug eines dem Nennwert der zurückgekauften Aktien entsprechenden Betrages gestattet wird, einem Mitgliedstaat die Anwendung einer Regelung wie der oben beschriebenen?

3) Erlauben die Artikel 43 EG und 48 EG einem Mitgliedstaat die Anwendung einer Regelung wie der oben beschriebenen?

23. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben Frau Bouanich, die schwedische Regierung und die Kommission schriftlich Stellung genommen.

V — Zur Vereinbarkeit einer Regelung wie der schwedischen mit den Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr (erste Vorlagefrage)

24. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56 EG und 58 EG) einer nationalen Regelung wie der schwedischen entgegen stehen, mit der ein Mitgliedstaat im Fall des Rückkaufs eigener Aktien durch eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Aktiengesellschaft den Aktionären mit Wohnsitz

oder ständigem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat den Abzug ihrer Einstandskosten von ihrem zu versteuernden Veräußerungserlös erlaubt, während dies Aktionären ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat verwehrt bleibt. Die Auswirkungen eines etwa bestehenden Doppelbesteuerungsabkommens sind noch nicht Gegenstand dieser Frage, sondern erst der zweiten Frage.

25. Nach ständiger Rechtsprechung fallen die direkten Steuern zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, jedoch müssen diese ihre Befugnisse unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben [16], also auch unter Wahrung der Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56 ff. EG).

A — *Begriff des Kapitalverkehrs*

26. Der EG-Vertrag enthält keine Definition des Begriffes Kapitalverkehr. Allgemein kann unter den Kapitalverkehr jede über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinweg stattfindende Übertragung von Geld- oder Sachkapital gefasst werden, die nicht im Zusammenhang mit einer Warenlieferung oder Dienstleistung steht und damit unter den freien Zahlungsverkehr fällt [17]. Außerdem hat die im Anhang I zur Richtlinie 88/361 [18] abgedruckte „Nomenklatur für den Kapitalverkehr", wenngleich sie keine erschöpfende Auflistung der möglichen Transaktionen enthält, unstreitig Hinweischarakter für die Definition des Begriffs Kapitalverkehr [19].

27. Danach umfasst der freie Kapitalverkehr nicht nur den ungehinderten Erwerb von Anteilen an inländischen Gesellschaften durch ausländische Investoren [20], sondern in gleicher Weise auch deren Liquidation oder Abtretung, die Repatriierung des Er-

16 — Urteile vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 21), vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-80/94 (Wielockx, Slg. 1995, I-2493, Randnr. 16), vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-311/97 (Royal Bank of Scotland, Slg. 1999, I-2651, Randnr. 19), vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-35/98 (Verkooijen, Slg. 2000, I-4071, Randnr. 32), vom 15. Juli 2004 in der Rechtssache C-242/03 (Weidert und Paulus, Slg. 2004, I-7379, Randnr. 12), vom 7. September 2004 in der Rechtssache C-319/02 (Manninen, Slg. 2004, I-7498, Randnr. 19) und vom 10. März 2005 in der Rechtssache C-39/04 (Laboratoires Fournier, Slg. 2005, I-2057, Randnr. 14).

17 — Demgegenüber soll der freie Zahlungsverkehr (Artikel 56 Absatz 2 EG, ehemals Artikel 73b Absatz 2 EG-Vertrag) gewährleisten, dass der Schuldner, der eine Geldsumme für eine Warenlieferung oder eine Dienstleistung oder auch im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage schuldet, seine vertragliche Verpflichtung freiwillig und ohne unzulässige Beschränkung erfüllen und der Gläubiger eine solche Zahlung frei empfangen kann (Urteile vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-412/97, ED, Slg. 1999, I-3845, Randnr. 17, und vom 31. Januar 1984 in den verbundenen Rechtssachen 286/82 et 26/83, Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnrn. 21 und 22).

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

19 — Vgl. das Urteil vom 16. März 1999 in der Rechtssache C-222/97 (Trummer und Mayer, Slg. 1999, I-1661, Randnr. 21), die so genannten „Golden-Shares"-Urteile vom 4. Juni 2002 in den Rechtssachen C-367/98 (Kommission/Portugal, Slg. 2002, I-4731, Randnr. 37), C-483/99 (Kommission/Frankreich, Slg. 2002, I-4781, Randnr. 36) und C-503/99 (Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-4809, Randnr. 37) sowie die Urteile vom 2. Juni 2005 in der Rechtssache C-174/04 (Kommission/Italien, Slg. 2005, I-4933, Randnr. 27) und vom 5. Juli 2005 in der Rechtssache C-376/03 (D., Slg. 2005, I-5821, Randnr. 24).

20 — Als Anhaltspunkt können insoweit die Rubriken I und III der Nomenklatur für den Kapitalverkehr (zitiert in Nr. 26 dieser Schlussanträge) dienen.

löses aus einer solchen Liquidation oder die Verwendung dieses Erlöses an Ort und Stelle in den Grenzen der Gemeinschaftsverpflichtungen [21].

28. Veräußert also ein Aktionär die von ihm gehaltenen Aktien — etwa im Zuge einer Kapitalherabsetzung — an die emittierende Aktiengesellschaft zurück, so fällt dieser Vorgang ebenso unter den freien Kapitalverkehr wie der ursprüngliche Erwerb dieser Aktien durch ihn.

B — *Beschränkung des Kapitalverkehrs*

29. Artikel 56 Absatz 1 EG stellt den Grundsatz auf, dass alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind.

Begriff der Beschränkung

30. Jede Maßnahme, die den grenzüberschreitenden Transfer von Kapital erschwert oder weniger attraktiv macht und daher geeignet ist, den Anleger von einem solchen Transfer abzuhalten, stellt eine Beschränkung des Kapitalverkehrs dar [22]. Der Begriff der Beschränkung des Kapitalverkehrs entspricht insoweit dem Begriff der Beschränkung, den der Gerichtshof im Bereich der anderen Grundfreiheiten entwickelt hat [23].

31. Wie alle Grundfreiheiten enthält der freie Kapitalverkehr im Übrigen auch ein Diskriminierungsverbot, d. h. ein Verbot der Ungleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, ihres Wohnorts oder des Anlageorts ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund. Zwar findet ein solches Diskriminierungsverbot heute im Wortlaut von Artikel 56 Absatz 1 EG — anders als früher in Artikel 67 Absatz 1 EG-Vertrag — keinen Niederschlag und ergibt sich allenfalls noch indirekt aus Artikel 58 Absatz 3 EG. Aus diesem Umstand kann jedoch keineswegs geschlossen werden, dass jene Grundfreiheit heute, nach der vollständigen Liberalisierung des Kapitalverkehrs, weniger weit reiche als früher. Im Gegenteil: Das Diskriminierungsverbot

21 — In diesem Sinne der vierte Gedankenstrich der Einleitung sowie die Begriffsbestimmungen der Nomenklatur für den Kapitalverkehr (zitiert in Nr. 26 dieser Schlussanträge), außerdem das Urteil Trummer und Mayer (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 22).

22 — In diesem Sinne das Urteil Trummer und Mayer (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 26); vgl. auch meine Schlussanträge vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-319/02 (Manninen, Slg. 2004, I-7498, Nr. 28).

23 — Vgl. nur die grundlegenden Urteile vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, Randnr. 5), vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12) und vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37), ferner meine Schlussanträge in der Rechtssache Manninen (zitiert in Fußnote 22, Nr. 28).

stellt den Kern einer jeden Grundfreiheit dar und wird deshalb auch weiterhin in Artikel 56 Absatz 1 EG wie selbstverständlich vorausgesetzt [24].

Rechtliche Qualifikation einer Regelung wie der schwedischen

32. Eine Regelung wie die schwedische unterwirft Steuerpflichtige, die Aktien einer in Schweden ansässigen Gesellschaft erworben haben, unterschiedlichen Bestimmungen, und zwar je nach dem, ob sie einen Wohnsitz in Schweden haben oder nicht. Denn im Fall des Rückkaufs eigener Aktien durch die emittierende Aktiengesellschaft wird Aktionären mit Wohnsitz in Schweden der Abzug ihrer Einstandskosten, d. h. des Preises der Aktie [25] zum Zeitpunkt ihres Erwerbs, gegebenenfalls zuzüglich Spesen, von ihrem zu versteuernden Veräußerungserlös erlaubt, während dies Aktionären ohne einen solchen Wohnsitz verwehrt bleibt. Darin liegt eine *Ungleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmer* nach ihrem Wohnsitz [26].

33. Gleichzeitig enthält eine Regelung wie die schwedische aber auch eine *Beschränkung des Kapitalverkehrs*. Die Regelung hat zwar nicht unmittelbar den Erwerb oder die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen zum Gegenstand, sondern nur die steuerliche Behandlung der aus der Kapitalanlage erzielten Erträge bzw. aus der ihrer Liquidation fließenden Erlöse. Da das Ziel einer Kapitalanlage aber zumeist darin besteht, Nettoerträge zu erwirtschaften, berührt die steuerliche Behandlung der Erträge bzw. Erlöse in aller Regel auch die Attraktivität der Kapitalanlage selbst [27]. Können Anleger ohne Wohnsitz in Schweden, die Aktien einer in Schweden ansässigen Gesellschaft erworben haben, ihre Einstandskosten im Fall des Rückkaufs der Aktien durch die emittierende Gesellschaft nicht von ihren in Schweden zu versteuernden Veräußerungserlösen abziehen, so wird dies im Normalfall den ihnen zufließenden Nettoertrag schmälern und damit für sie eine grenzüberschreitende Kapitalanlage in Schweden weniger attraktiv machen.

34. Dieselbe Regelung wirkt sich außerdem auch gegenüber den in Schweden ansässigen Aktiengesellschaften beschränkend aus, weil sie diese darin behindert, außerhalb Schwedens Kapital zu sammeln, ist doch für Personen ohne Wohnsitz in Schweden aus den dargelegten Gründen der Erwerb von Aktien einer in Schweden ansässigen Gesellschaft steuerlich nachteilig.

24 — In diesem Sinne auch die in Fußnote 19 zitierten „Golden-Shares"-Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 44) und Kommission/Frankreich (Randnr. 40), in denen der Gerichtshof ausführt, Artikel 56 Absatz 1 EG (ehemals Artikel 73b Absatz 1 EG-Vertrag) verbiete ganz allgemein Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten, und dieses Verbot gehe *über die Beseitigung einer Ungleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit hinaus*. Daraus kann geschlussfolgert werden, dass der freie Kapitalverkehr jedenfalls auch ein Verbot solcher Ungleichbehandlungen umfasst.

25 — Kurswert oder Ausgabepreis.

26 — Da die meisten Aktionäre mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in Schweden auch die schwedische Staatsangehörigkeit besitzen, Aktionäre ohne einen solchen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt hingegen nicht, führt die schwedische Regelung *mittelbar* außerdem zu einer *Ungleichbehandlung* der Finanzmarktteilnehmer nach ihrer Staatsangehörigkeit.

27 — Im selben Sinne auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Manninen (zitiert in Fußnote 22, Nr. 29).

C — *Rechtfertigung*

35. Der freie Kapitalverkehr kann als tragender Grundsatz des Vertrages nur dann durch eine nationale Regelung beschränkt werden, wenn diese aus den in Artikel 58 Absatz 1 EG-Vertrag genannten Gründen oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, die für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Ferner ist die nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist, so dass sie dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit entspricht [28].

36. Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Regelung wie die schwedische aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnte. In Betracht kommt aber eine Rechtfertigung an Hand von Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe a EG [29], der es den Mitgliedstaaten erlaubt, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln [30].

37. Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe a EG ist als Ausnahme vom Grundprinzip des freien Kapitalverkehrs eng auszulegen und kann nicht dahin verstanden werden, dass jede Steuerregelung, die zwischen Steuerpflichtigen nach ihrer Staatsangehörigkeit, ihrem Wohnsitz oder dem Ort ihrer Kapitalanlage unterscheidet, ohne weiteres mit dem Vertrag vereinbar wäre. Denn die in Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe a EG vorgesehene Ausnahme wird ihrerseits durch Artikel 58 Absatz 3 EG eingeschränkt, wonach die in Artikel 58 Absatz 1 genannten nationalen Maßnahmen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 56 EG darstellen dürfen [31].

28 — Vgl. die „Golden-Shares"-Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 49), Kommission/Frankreich (Randnr. 45) und Kommission/Belgien (Randnr. 45) sowie das kürzlich ergangene Urteil Kommission/Italien (Randnr. 35), jeweils zitiert in Fußnote 19; im selben Sinne bereits das Urteil vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99 (Église de scientologie, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 18).

29 — Nach der Erklärung Nr. 7 zum Vertrag von Maastricht soll diese Bestimmung nur auf nationale steuerrechtliche Regelungen Anwendung finden, die Ende 1993 bestanden. Für Schweden dürfte insoweit das Beitrittsdatum, also der 1. Januar 1995, maßgeblich sein. Mangels gegenteiliger Informationen zum nationalen rechtlichen Rahmen wird im Folgenden unterstellt, dass zu diesem Zeitpunkt bereits die im Ausgangsverfahren anwendbare Fassung des Kuponsteuergesetzes in Kraft war.

30 — Im selben Sinne auch die ständige Rechtsprechung zu anderen Grundfreiheiten, vgl. nur die in Fußnote 16 zitierten Urteile Schumacker (Randnrn. 31 bis 34) und Royal Bank of Scotland (Randnr. 27).

31 — Urteil Manninen (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 28); im selben Sinne bereits das Urteil Église de scientologie (zitiert in Fußnote 28, Randnr. 18), bezogen auf Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe b EG.

38. Daher ist zwischen nach Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe a EG erlaubter Ungleichbehandlung und nach Artikel 58 Absatz 3 EG verbotener willkürlicher Diskriminierung zu unterscheiden. Denn nach der Rechtsprechung kann eine Ungleichbehandlung nur dann als mit den Vertragsbestimmungen über den freien Kapitalverkehr vereinbar angesehen werden, wenn sie Situationen betrifft, die nicht objektiv miteinander vergleichbar oder durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind [32]. Außerdem ist die unterschiedliche Behandlung verschiedener Kategorien von Steuerpflichtigen nur dann gerechtfertigt, wenn sie nicht über das hinausgeht, was zum Erreichen des mit der fraglichen Regelung verfolgten Zieles erforderlich ist [33].

39. Nach den vorliegenden Informationen kann davon ausgegangen werden, dass sich Aktionäre mit Wohnsitz in Schweden und Aktionäre ohne einen solchen Wohnsitz in vergleichbaren Situationen befinden. Unabhängig vom Wohnsitz der Aktionäre stehen nämlich die entstandenen Einstandskosten in unmittelbarem Zusammenhang mit den später im Fall des Rückkaufs ihrer Aktien durch die emittierende Gesellschaft erzielten Veräußerungserlösen. Der Einsatz von Kapital ist geradezu die Voraussetzung für die Erzielung von Veräußerungserlösen im Fall des Rückkaufs der Aktien. Insoweit liegt der Fall also nicht anders als etwa die Rechtssache Gerritse, in welcher der Gerichtshof von einer Vergleichbarkeit der Situationen Gebietsansässiger und Gebietsfremder ausging, soweit die mit der Erzielung ihrer Einkünfte verbundenen Betriebsausgaben betroffen waren [34]. Bestand im Fall Gerritse kein sachlicher Grund, Gebietsfremden den Abzug ihrer Betriebsausgaben zu verweigern, so ist im vorliegenden Fall ebenso wenig ein sachlicher Grund ersichtlich, den Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden den Abzug ihrer Einstandskosten zu versagen [35].

40. Eine Regelung wie die schwedische führt also nicht zu einer erlaubten Ungleichbehandlung im Sinne von Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe a EG, sondern zu einer willkürlichen Diskriminierung, die nach Artikel 58 Absatz 3 EG verboten ist.

41. Vor diesem Hintergrund komme ich zu dem Schluss, dass die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56 EG und 58 EG) einer nationalen Regelung entgegen stehen, mit der ein Mitgliedstaat im Fall des Rückkaufs eigener Aktien durch eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Aktiengesellschaft den Aktionären mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat den Abzug ihrer Einstandskosten von ihrem zu versteuernden Veräußerungserlös

32 — Urteile Manninen (Randnr. 29) und Verkooijen (Randnr. 43 mit weiteren Nachweisen), zitiert in Fußnote 16.

33 — Im selben Sinne das Urteil Manninen (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 29).

34 — Urteil vom 12. Juni 2003 in der Rechtssache C-234/01 (Gerritse, Slg. 2003, I-5933, Randnr. 27), bezogen auf den freien Dienstleistungsverkehr.

35 — Ähnlich die Urteile Royal Bank of Scotland (zitiert in Fußnote 16, Randnrn. 27 ff.) und vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-307/97 (Saint-Gobain ZN, Slg. 1999, I-6161, Randnrn. 48 und 49), in denen der Gerichtshof jeweils zu dem Ergebnis kommt, dass es diskriminierend ist, eine Steuervergünstigung Gebietsansässigen zu gewähren, Gebietsfremden jedoch nicht.

erlaubt, während dies Aktionären ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat verwehrt bleibt.

VI — Zu den Auswirkungen eines Doppelbesteuerungsabkommens (zweite Vorlagefrage)

A — *Zur Beachtlichkeit von Doppelbesteuerungsabkommen im Allgemeinen*

42. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob sich an dem zur ersten Frage gefundenen Ergebnis etwas ändert, wenn man ein Doppelbesteuerungsabkommen mit in die Überlegungen einbezieht, das für einen Aktionär ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt im betreffenden Mitgliedstaat dort zu einer Obergrenze für die steuerliche Belastung führt und, bei Auslegung im Lichte der Erläuterungen der OECD zu ihrem einschlägigen Musterabkommen, die Möglichkeit des Abzugs des Nennwerts der Aktien vom zu versteuernden Veräußerungserlös eröffnet.

43. Zur Beantwortung dieser Frage empfiehlt sich ein schrittweises Vorgehen: Zunächst ist die Vorfrage zu prüfen, ob Doppelbesteuerungsabkommen überhaupt in Betracht gezogen werden können, wenn es gilt, eine nationale Steuerregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten hin zu beurteilen (dazu unten, A.). Sodann ist zu untersuchen, ob die festgestellte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs durch das konkret einschlägige Doppelbesteuerungsabkommens vollständig beseitigt werden kann (dazu unten, B.).

44. Die Kommission scheint von der generellen Unbeachtlichkeit eines Doppelbesteuerungsabkommens wie des französisch-schwedischen auszugehen, wenn es gilt, eine nationale Steuerregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten hin zu beurteilen [36]. Dabei stützt sie sich auf die Urteile „*Avoir fiscal*“ [37] und Saint-Gobain [38]. Ähnlich äußert sich Frau Bouanich unter Hinweis auf das Urteil Eurowings Luftverkehr [39].

36 — In Randnr. 41 ihrer schriftlichen Stellungnahme führt die Kommission aus, die Beachtung des Gemeinschaftsrechts dürfe nicht vom Inhalt eines zwischen zwei Mitgliedstaaten geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens abhängen; außerdem könne die Beschränkung [einer Grundfreiheit] nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass der Betroffene möglicherweise anderweitige Steuervorteile genieße.

37 — Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, „*Avoir fiscal*“, Slg. 1986, 273, Randnr. 26).

38 — Zitiert in Fußnote 35, Randnr. 54.

39 — Urteil vom 26. Oktober 1999 in der Rechtssache C-294/97 (Eurowings Luftverkehr, Slg. 1999, I-7447).

45. Ich teile diese Auffassung nicht.

46. Die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der Gemeinschaft gehört zu den Zielen des Vertrages; dies zeigt sich nicht zuletzt im EG-Vertrag selbst an der Vorschrift des Artikels 293, zweiter Gedankenstrich, EG. In Ermangelung gemeinschaftlicher Maßnahmen zur Vereinheitlichung oder Harmonisierung sind die Mitgliedstaaten weiterhin dafür zuständig, die Kriterien für die Besteuerung des Einkommens und des Vermögens festzulegen, um gegebenenfalls im Vertragswege die Doppelbesteuerung zu vermeiden. In diesem Zusammenhang steht es ihnen frei, im Rahmen bilateraler Doppelbesteuerungsabkommen die Anknüpfungspunkte für die Aufteilung der Steuerhoheit festzulegen [40].

47. Bei der Ausübung der auf diese Weise aufgeteilten Steuerhoheit können die Mitgliedstaaten sich jedoch nicht über die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften hinwegsetzen [41]. Dies hat insbesondere zwei Konsequenzen: Erstens darf ein Mitgliedstaat die Einhaltung seiner aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen, zumal die Beachtung der unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten, nicht unter einen Vorbehalt der Gegenseitigkeit stellen oder sie sonstwie vom Inhalt eines mit einem anderen Staat geschlossenen Abkommens abhängig machen (*Gegenseitigkeitsvorbehalt*) [42]. Und zweitens kann eine steuerliche Benachteiligung, die gegen eine Grundfreiheit verstößt, nicht durch das etwaige Bestehen anderweitiger Vorteile gerechtfertigt werden, die mit dem konkreten Einzelfall nichts zu tun haben (*Verweis auf anderweitige Vorteile*) [43].

48. Im vorliegenden Fall steht weder ein Gegenseitigkeitsvorbehalt noch ein Verweis auf anderweitige Vorteile zur Debatte.

49. Zum einen bestehen hier keinerlei Anhaltspunkte für die Existenz eines irgendwie gearteten *Gegenseitigkeitsvorbehalts*. Anders nämlich als in der Rechtssache *„Avoir fiscal"* wird hier *nicht* versucht, eine Benachteiligung von Gemeinschaftsangehörigen mit dem Fehlen von Doppelbesteuerungsabkommen zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten zu erklären oder gar zu rechtfertigen [44]. Ganz im Gegenteil geht es um die umgekehrte Frage, nämlich, ob bei *Beachtung eines bereits bestehenden Doppelbesteue-*

40 — Urteile vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-336/96 (Gilly, Slg. 1998, I-2793, Randnrn. 16, 24 und 30), Saint-Gobain (zitiert in Fußnote 35, Randnr. 57) und D. (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 52).

41 — Urteil Saint-Gobain (zitiert in Fußnote 35, Randnr. 58); im selben Sinne das Urteil D. (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 52).

42 — Urteil *„Avoir fiscal"* (zitiert in Fußnote 37, Randnr. 26). Im selben Sinne das Urteil vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-43/95 (Data Delecta, Slg. 1996, I-4661, Randnr. 21). Zum Verbot eines Gegenseitigkeitsvorbehalts vgl. bereits das Urteil vom 25. Oktober 1979 in der Rechtssache 159/78 (Kommission/Italien, Slg. 1979, 3247, Randnr. 23) sowie das kürzlich ergangene Urteil vom 30. Juni 2005 in der Rechtssache C-28/04 (Tod's, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 34).

43 — Urteile *„Avoir fiscal"* (zitiert in Fußnote 37, Randnr. 21), Saint Gobain (zitiert in Fußnote 35, Randnr. 54), Eurowings Luftverkehr (zitiert in Fußnote 39, Randnr. 44) und Verkooijen (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 61), außerdem Urteile vom 27. Juni 1996 in der Rechtssache C-107/94 (Asscher, Slg. 1996, I-3089, Randnrn. 51 bis 54), vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-385/00 (De Groot, Slg. 2002, I-11819, Randnr. 97) und vom 15. Juli 2004 in der Rechtssache C-315/02 (Lenz, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 43).

44 — In der Rechtssache *„Avoir fiscal"* hatte die Französische Republik argumentiert, zur Beseitigung der dort streitigen Benachteiligung müssten zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten Abkommen geschlossen werden; vgl. dazu die Schlussanträge von Generalanwalt Mancini vom 16. Oktober 1985 in der Rechtssache 270/83 (Kommission/Frankreich, *„Avoir fiscal"*, Slg. 1986, 273, Nr. 7).

rungsabkommens, also bei Berücksichtigung aller auf den konkreten Einzelfall in Schweden anwendbaren Rechtsvorschriften, überhaupt von einer Benachteiligung die Rede sein kann.

50. Zum anderen wird hier auch nicht versucht, einen irgendwie gearteten Ausgleich der Benachteiligung von Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden nach dem Kuponsteuergesetz durch etwaige *anderweitige Vorteile* zu begründen. Anders nämlich als in der Rechtssache *„Avoir fiscal"* und in vergleichbaren Fällen [45] geht es hier nicht um die Berücksichtigung fern liegender vermeintlicher Vorteile, die mit dem konkreten Einzelfall nichts zu tun haben, sondern um die Betrachtung der Auswirkungen der in Schweden auf den konkreten Einzelfall tatsächlich anwendbaren Rechtsvorschriften. Zu diesen Vorschriften gehört nach der Darstellung des vorlegenden Gerichts auch das französisch-schwedische Doppelbesteuerungsabkommen. Bei der Beantwortung eines Vorabentscheidungsersuchens hat der Gerichtshof nämlich den rechtlichen Rahmen zugrunde zu legen, von dem das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluss ausgeht [46].

45 — Sowohl in der Rechtssache *„Avoir fiscal"* (Urteil zitiert in Fußnote 37, Randnr. 21) als auch in den Rechtssachen Asscher (Urteil zitiert in Fußnote 43, Randnrn. 51 bis 54), Saint-Gobain (Urteil zitiert in Fußnote 35, Randnr. 54), Eurowings Luftverkehr (Urteil zitiert in Fußnote 39, Randnr. 44), De Groot (Urteil zitiert in Fußnote 43, Randnr. 97), Verkooijen (Urteil zitiert in Fußnote 16, Randnr. 61) und Lenz (Urteil zitiert in Fußnote 43, Randnr. 43) war auf völlig sachfremde, *allgemeine Vorteile* verwiesen worden, welche mit der konkreten Anwendung der im jeweiligen Ausgangsverfahren streitigen Rechtsvorschriften auf den Einzelfall nicht unmittelbar etwas zu tun hatten. Besonders deutlich wird dies etwa aus Randnr. 44 des Urteils Eurowings Luftverkehr, in dem versucht wurde, bestehende Steuernachteile in einem Mitgliedstaat gegen Steuervorteile in einem anderen Mitgliedstaat aufzuwiegen; ähnlich das Urteil De Groot (Randnr. 97 in Verbindung mit Randnr. 38). Vgl. ferner das Urteil Asscher (Randnrn. 51 bis 54), welches den Versuch betrifft, bestimmte Nachteile bei der Besteuerung gegen vermeintliche Vorteile bei der Sozialversicherungspflicht aufzuwiegen.

46 — Urteil Tod's (zitiert in Fußnote 42, Randnr. 14, mit weiteren Nachweisen).

51. Folglich sind die Bestimmungen eines auf den konkreten Einzelfall anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens wie des französisch-schwedischen durchaus zu berücksichtigen, wenn es gilt, eine nationale Steuerregelung auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten hin zu überprüfen.

B — *Zu den tatsächlichen Auswirkungen des Doppelbesteuerungsabkommens*

52. Zu erörtern bleibt allerdings, ob ein Doppelbesteuerungsabkommen wie das französisch-schwedische tatsächlich sicherstellt, dass jegliche Benachteiligung von Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden ausgeschlossen ist.

Vergleich der steuerlichen Behandlung von Aktionären mit Wohnsitz in Schweden und von Aktionären ohne einen solchen Wohnsitz

53. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts ergibt sich für die steuerliche Behandlung einer Aktionärin wie Frau Bouanich, die *keinen Wohnsitz in Schweden*

hat, unter Berücksichtigung des Doppelbesteuerungsabkommens, Folgendes [47]:

54. Der Veräußerungserlös, den ein Aktionär ohne Wohnsitz in Schweden von einer dort ansässigen emittierenden Gesellschaft im Zuge des Rückkaufs ihrer Aktien erhalten hat, wird in Schweden wie eine Dividende behandelt. Diese Möglichkeit eröffnen Artikel 13 Absatz 6 und Artikel 10 Absatz 5 des Doppelbesteuerungsabkommens, ausgelegt im Lichte der Erläuterungen zu den Artikeln 10 und 13 des OECD-Musterabkommens.

55. Erhalten Aktionäre mit Wohnsitz in Frankreich derartige Zahlungen von in Schweden ansässigen Gesellschaften, so werden sie grundsätzlich in Frankreich besteuert (Artikel 10 Absatz 1 des Doppelbesteuerungsabkommens). Sie können allerdings in bestimmten Grenzen auch in Schweden besteuert werden (Artikel 10 Absatz 2 des Doppelbesteuerungsabkommens).

56. Nach dem Kuponsteuergesetz müsste eine Aktionärin wie Frau Bouanich in Schweden den vollen Gegenwert ihrer von der emittierenden Aktiengesellschaft zurückgekauften Aktien mit einem Steuersatz von 30 % versteuern. Für einen Veräußerungserlös von 100 müsste folglich Kuponsteuer in Höhe von 30 an der Quelle einbehalten werden.

57. Das Doppelbesteuerungsabkommen führt in zweierlei Hinsicht zu einer Verbesserung der Situation der Aktionärin:

58. Erstens ist vom zu versteuernden Betrag der *Nennwert* der Aktien abzuziehen (dies folgt aus dem Doppelbesteuerungsabkommen, ausgelegt im Lichte der Erläuterungen zu Artikel 13 des OECD-Musterabkommens). Betrug also der Veräußerungserlös 100 und der Nennwert der Aktien 50, so ist nur ein Betrag von 50 überhaupt in Schweden zu versteuern, was beim Steuersatz von 30 % zu einer Kuponsteuer in Höhe von 15 führt. Betrug hingegen der Nennwert der Aktien 10, so ist beim selben Veräußerungserlös von 100 ein Betrag von 90 in Schweden zu versteuern, was beim Steuersatz von 30 % zu einer Kuponsteuer in Höhe von 27 führt.

59. Zweitens gilt nach Artikel 10 Absatz 2 des Doppelbesteuerungsabkommens für die Steuerbelastung eine Obergrenze in Höhe

47 — Vgl. auch Nrn. 7 bis 16 dieser Schlussanträge. Der Gerichtshof stützt sich bei der Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens allein auf die Angaben des vorlegenden Gerichts in seinem Vorlagebeschluss. Für die Auslegung des Doppelbesteuerungsabkommens und des nationalen Rechts ist allein das vorlegende Gericht zuständig.

von 15 % vom Bruttobetrag, also im vorliegenden Fall 15 % des um den Nennwert geminderten Verkaufserlöses. Bei einem Veräußerungserlös von 100 nach Abzug des Nennwerts reduziert sich also die tatsächlich geschuldete Kuponsteuer auf höchstens 15, selbst wenn die eigentlich errechnete Steuer [48] höher läge.

60. Demgegenüber stellt sich die Situation eines Aktionärs *mit Wohnsitz in Schweden* nach Angaben des vorlegenden Gerichts wie folgt dar: Für ihn gilt ebenfalls ein Steuersatz von 30 %, allerdings kann er vom Veräußerungserlös seine *Einstandskosten*, d. h. den Preis der Aktie [49] zum Zeitpunkt ihres Erwerbs abziehen, gegebenenfalls zuzüglich Spesen. Betrugen also der Veräußerungserlös 100 und die Einstandskosten 60, so ist nur ein Betrag von 40 überhaupt zu versteuern, was beim Steuersatz von 30 % zu einer Steuer in Höhe von 12 führt. Betrugen hingegen die Einstandskosten 30, so ist beim selben Veräußerungserlös von 100 ein Betrag von 70 in Schweden zu versteuern, was beim Steuersatz von 30 % zu einer Steuer in Höhe von 21 führt.

61. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass zwar für Aktionäre mit Wohnsitz in Schweden und Aktionäre ohne einen solchen Wohnsitz derselbe Steuersatz von 30 % als Ausgangspunkt gilt, dass jedoch die tatsächliche Steuerbelastung von Aktionären *mit Wohnsitz* in Schweden von ihren *Einstandskosten* abhängt, während jene von Aktionären *ohne Wohnsitz* im Schweden je nach dem *Nennwert* der zurückgekauften Aktien variiert und zudem für sie eine Obergrenze von 15 % des um den Nennwert geminderten Verkaufserlöses besteht.

Würdigung

62. Bei der Würdigung dieser Sachlage darf nicht außer Acht gelassen werden, dass in aller Regel ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem *Nennwert* einer Aktie und den *Einstandskosten*, die beim Aktionär für den Erwerb dieser Aktie anfallen. Nicht selten liegen nämlich die *Einstandskosten* erheblich höher als der *Nennwert* dieser Aktie. Selbst wenn das Doppelbesteuerungsabkommen also Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden den Abzug des *Nennwerts* der Aktien erlaubt, führt dies im Regelfall nicht zur vollständigen Gleichstellung mit Aktionären, die ihren Wohnsitz in Schweden haben, können Letztere doch ihre — regelmäßig höheren — *Einstandskosten* vom zu versteuernden Veräußerungserlös abziehen, so dass sie im Ergebnis zumeist nur einen geringeren Betrag zu versteuern haben werden.

63. Vor diesem Hintergrund kann die aus dem Doppelbesteuerungsabkommen hergeleitete Möglichkeit eines Abzugs des Nennwerts der Aktien für Aktionäre ohne Wohn-

48 — 30 % des um den Nennwert der Aktien geminderten Veräußerungserlöses.

49 — Kurswert oder Ausgabepreis.

sitz in Schweden nicht von vornherein als gleichwertig mit der Abzugsmöglichkeit angesehen werden, welche Aktionären mit Wohnsitz in Schweden hinsichtlich ihrer Einstandskosten zuteil wird.

64. Aus dem Verbot von Beschränkungen des Kapitalverkehrs (Artikel 56 Absatz 1 EG) und insbesondere dem Verbot der willkürlichen Diskriminierung von Anlegern je nach ihrem Wohnort (Artikel 58 Absatz 3 EG) folgt jedoch, dass in einem Fall wie dem vorliegenden Aktionäre ohne Wohnsitz in Schweden beim Rückkauf ihrer Aktien durch die in Schweden ansässige emittierende Gesellschaft steuerlich nicht schlechter gestellt werden dürfen als Aktionäre mit Wohnsitz in Schweden [50].

65. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob im vorliegenden Fall der Abzug des Nennwerts der Aktien und die Obergrenze von 15 % [51] bei Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden zu einem gleichwertigen Ergebnis führen wie der Abzug der Einstandskosten bei Aktionären mit Wohnsitz in Schweden [52]. Ist dies nicht der Fall, so hat das nationale Gericht die volle Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten und die Rechte schützen, die das Gemeinschaftsrecht — im vorliegenden Fall der freie Kapitalverkehr — dem Einzelnen verleiht; dazu hat es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des innerstaatlichen Rechts, auch Bestimmungen eines Doppelbesteuerungsabkommens, aus eigener Entscheidungsbefugnis insoweit unangewendet zu lassen, als sie eine Gleichbehandlung von Aktionären mit Wohnsitz in Schweden und Aktionären ohne einen solchen Wohnsitz verhindert [53].

66. Nur am Rande sei bemerkt, dass die im Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Begrenzung der Steuerbelastung in Schweden auf höchstens 15 % des Veräußerungserlöses (Artikel 10 Absatz 2 des Abkommens) keineswegs notwendigerweise zu einer *Besserstellung* von Aktionären ohne Wohnsitz in Schweden führt.

67. Denn zum einen wird durch diese Bestimmung ein Aktionär ohne Wohnsitz in Schweden gegenüber einem Aktionär mit Wohnsitz in Schweden allenfalls dann bessergestellt, wenn seine Einstandskosten — nominell gesehen — weniger als die Hälfte des erzielten Veräußerungserlöses betrugen; hingegen bleibt er schlechtergestellt, wenn die Einstandskosten mehr als die Hälfte des erzielten Veräußerungserlöses betrugen [54].

50 — Vgl. dazu die Ausführungen zur ersten Vorlagefrage, Nrn. 24 bis 41 dieser Schlussanträge.

51 — Artikel 10 Absatz 2 des Doppelbesteuerungsabkommens.

52 — Ähnlich das Urteil Gerritse (zitiert in Fußnote 34, Randnrn. 52 bis 54).

53 — In diesem Sinne die ständige Rechtsprechung; vgl. nur die Urteile vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnrn. 21 bis 24), vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame, Slg. 1990, I-2433, Randnrn. 18 bis 20) und vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 19). Zur Unanwendbarkeit eines Abkommens zwischen zwei Mitgliedstaaten, das dem EG-Vertrag widerspricht, vgl. Urteile vom 10. November 1992 in der Rechtssache C-3/91 (Exportur, Slg. 1992, I-5529, Randnr. 8) und vom 20. Mai 2003 in der Rechtssache C-469/00 (Ravil, Slg. 2003, I-5053, Randnr. 37).

54 — Bei einem nominalen Veräußerungserlös von 100 und Einstandskosten von 50 beträgt die Steuerbelastung für einen Aktionär *mit Wohnsitz* in Schweden 15 (zu versteuernder Betrag: 50, Steuersatz: 30 %, vgl. dazu oben Nrn. 7 und 60 dieser Schlussanträge). Auch der Aktionär *ohne Wohnsitz* in Schweden schuldet gemäß Artikel 10 Absatz 2 des Doppelbesteuerungsabkommens höchstens eine Steuer von höchstens 15, gleichviel, ob er seine Einstandskosten bzw. den Nennwert der Aktien abziehen darf oder nicht. Die Obergrenze von 15 % des Verkaufserlöses wirkt sich also für den Aktionär ohne Wohnsitz in Schweden nur dann günstig aus, wenn er Einstandskosten oder einen Nennwert von weniger als 50 in Ansatz bringen kann, weil dann ein Erlösanteil von mehr als 50 in Schweden der Kuponsteuer zum Steuersatz von 30 % unterliegt.

68. Und zum anderen ist zu bedenken, dass Aktionäre ohne Wohnsitz in Schweden im Regelfall mit ihren Dividenden bzw. Veräußerungserlösen zusätzlich in ihren Wohnsitzstaaten einer Besteuerung unterliegen; dies lässt auch das französisch-schwedische Doppelbesteuerungsabkommen im vorliegenden Fall zu (vgl. dessen Artikel 10 Absatz 1). Durch die im Doppelbesteuerungsabkommen (vgl. dessen Artikel 10 Absatz 2) vorgesehene Obergrenze von 15 % grenzen die beteiligten Mitgliedstaaten letztlich nur ihre jeweiligen Steuerhoheiten voneinander ab und beeinflussen so die Verteilung der Steuereinnahmen untereinander [55].

VII — Zum Verhältnis zwischen Niederlassungsfreiheit und freiem Kapitalverkehr (dritte Vorlagefrage)

69. Im Ergebnis bleibt also festzuhalten:

Gilt im Falle des Rückkaufs eigener Aktien durch eine in einem Mitgliedstaat ansässige Aktiengesellschaft für die steuerliche Behandlung von Aktionären ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen, das dieser Mitgliedstaat mit einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen hat, so ist es Sache des nationalen Gerichts, im Einzelfall sicherzustellen, dass die betroffenen Aktionäre im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden als Aktionäre mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt im ersteren Mitgliedstaat. Dazu hat das nationale Gericht erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des innerstaatlichen Rechts, auch Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens, aus eigener Entscheidungsbefugnis insoweit unangewendet zu lassen, als sie eine Gleichbehandlung von Aktionären mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in ersterem Mitgliedstaat und Aktionären ohne einen solchen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt verhindern.

70. Mit seiner dritten Frage begehrt das vorlegende Gericht zusätzlich Auskunft über die Vereinbarkeit einer Regelung wie der schwedischen mit der Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG und 48 EG).

71. Zwischen den Anwendungsbereichen der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs kann es insoweit Überschneidungen geben, als die Investition von Kapital auch der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, etwa mit Hilfe von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften, dienen mag [56]. Die Existenz von

55 — Vgl. dazu auch Nr. 46 dieser Schlussanträge.

56 — Vgl. in diesem Sinne insbesondere die Rubrik I, Punkte 1 und 2, der Nomenklatur für den Kapitalverkehr, ferner die dazu gehörigen Begriffsbestimmungen, v. a. die Bestimmung des Begriffes „Direktinvestition“ (zum Hinweischarakter dieser Nomenklatur für die Definition des Begriffes Kapitalverkehr siehe Nr. 26 dieser Schlussanträge). Weitere Nachweise finden sich in den Schlussanträgen des Generalanwalts Alber vom 14. Oktober 1999 in der Rechtssache C-251/98 (Baars, Slg. 2000, I-2787, Nrn. 12 bis 30).

Artikel 58 Absatz 2 EG sowie die in Artikel 43 Absatz 2 EG enthaltene Formulierung „Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr ...“ sprechen dafür, dass in solchen Fällen weder die eine noch die andere Grundfreiheit verdrängt wird, sondern dass beide Grundfreiheiten nebeneinander Anwendung finden können [57]. Insoweit stellt dann Artikel 58 Absatz 2 EG sicher, dass beide Grundfreiheiten den gleichen Schranken unterworfen sind [58].

72. Allerdings fällt nicht jede grenzüberschreitende Beteiligung an einem Unternehmen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit. Vielmehr ist eine Gesellschaftsbeteiligung nur dann von dieser Grundfreiheit erfasst, wenn sie dem betreffenden Gesellschafter „einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeiten bestimmen kann“ [59]. Denn die Niederlassungsfreiheit umfasst gemäß Artikel 43 Absatz 2 EG „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat“. Mit anderen Worten muss der Gesellschafter — allein oder zusammen mit anderen Gesellschaftern — die Kontrolle über das Unternehmen ausüben. Sind mit seiner Beteiligung hingegen lediglich die üblichen Schutzrechte von Minderheitsgesellschaftern verbunden, so können allein die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr zur Anwendung kommen, nicht aber die Niederlassungsfreiheit [60].

73. Im vorliegenden Fall enthalten die Angaben des vorlegenden Gerichts keine Anhaltspunkte dafür, dass Frau Bouanich über ihr Aktienpaket einen bestimmenden Einfluss auf die Förvaltnings AB Ratos gehabt hätte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Niederlassungsfreiheit (Artikel 43 EG) keine Anwendung findet. Dementsprechend braucht die dritte Vorlagefrage nicht beantwortet zu werden.

57 — In diesem Sinne auch meine Schlussanträge vom 3. März 2005 in der Rechtssache C-174/04 (Kommission/Italien, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 22).
Die Rechtsprechung hierzu ergibt bislang kein einheitliches Bild. So hat der Gerichtshof beispielsweise in Bezug auf den Erwerb eines Grundstücks zum Zweck der Niederlassung im Urteil vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-302/97 (Konle, Slg. 1999, I-3099, Randnr. 22) ausdrücklich beide Grundfreiheiten für anwendbar erklärt. Hingegen könnte man das Urteil vom 5. November 2002 in der Rechtssache C-208/00 (Überseering, Slg. 2002, I-9919, Randnr. 77) so verstehen, dass zwischen beiden Grundfreiheiten ein Spezialitätsverhältnis besteht. In wiederum anderen Fällen scheint es eher auf die Verfahrensökonomie zurückzuführen zu sein, dass jeweils nur eine der beiden Grundfreiheiten geprüft wurde; vgl. insoweit etwa die Urteile vom 8. März 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-397/98 und C-410/98 (Metallgesellschaft u. a., Slg. 2001, I-1727) und vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-423/98 (Albore, Slg. 2000, I-5965) sowie die in Fußnote 19 zitierten „Golden-Shares“-Urteile Kommission/Portugal (Randnr. 56), Kommission/Frankreich (Randnr. 56) und Kommission/Belgien (Randnr. 59).
Die parallele Anwendbarkeit beider Grundfreiheiten nebeneinander bejahen übrigens auch Generalanwalt Alber in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Baars (zitiert in Fußnote 56, Nrn. 12 ff., allerdings beschränkt auf „unmittelbare Eingriffe“ in beide Grundfreiheiten, vgl. insbesondere Nr. 30) und Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen vom 24. Juni 1999 in der Rechtssache Verkooijen (Slg. 2000, I-4071, insbesondere Nrn. 35, 38 und 45).

58 — Artikel 58 Absatz 2 EG soll auch verhindern, dass insbesondere Drittstaatsangehörige, welche sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen könnten, gestützt auf die Bestimmungen über den freien Kapitalverkehr bestimmte, nach dem Gemeinschaftsrecht zulässige Beschränkungen für ihre Niederlassung in einem Mitgliedstaat umgehen. Umgekehrt haben die zulässigen Beschränkungen des Kapitalverkehrs aufgrund des in Artikel 43 Absatz 2 EG enthaltenen Vorbehalts („Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr ...“) auch Auswirkungen auf die Niederlassungsfreiheit.

59 — Urteil vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-251/98 (Baars, Slg. 2000, I-2787, Randnr. 22); im selben Sinne die Urteile Überseering (zitiert in Fußnote 57, Randnr. 77) und vom 21. November 2002 in der Rechtssache C-436/00 (X und Y, Slg. 2002, I-10829, Randnr. 37).

60 — Verleiht dagegen die Gesellschaftsbeteiligung einem Gesellschafter *bestimmenden Einfluss* auf ein Unternehmen, so sind neben der Niederlassungsfreiheit auch die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr einschlägig. Vgl. dazu etwa die Begriffsbestimmungen der Nomenklatur für den Kapitalverkehr (zitiert in Nr. 26 dieser Schlussanträge): Aus ihnen folgt, dass etwa die dem freien Kapitalverkehr unterliegendem *Direktinvestitionen* in Aktiengesellschaften „den Aktieninhabern die Möglichkeit [geben], sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft[en] oder an deren Kontrolle zu beteiligen“. Ein ganz ähnliches Kriterium wird bekanntlich im Urteil Baars (zitiert in Fußnote 59, Randnr. 22) verwendet, um einen der Niederlassungsfreiheit unterliegenden Vorgang zu beschreiben.

VIII — Ergebnis

74. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Kammarrätten Sundsvall wie folgt zu beantworten:

1) Die Vorschriften über den freien Kapitalverkehr (Artikel 56 EG und 58 EG) stehen einer nationalen Regelung entgegen, mit der ein Mitgliedstaat im Fall des Rückkaufs eigener Aktien durch eine in diesem Mitgliedstaat ansässige Aktiengesellschaft den Aktionären mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat den Abzug ihrer Einstandskosten von ihrem zu versteuernden Veräußerungserlös erlaubt, während dies Aktionären ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat verwehrt bleibt.

2) Gilt im Fall des Rückkaufs eigener Aktien durch eine in einem Mitgliedstaat ansässige Aktiengesellschaft für die steuerliche Behandlung von Aktionären ohne Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen, das dieser Mitgliedstaat mit einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen hat, so ist es Sache des nationalen Gerichts, im Einzelfall sicherzustellen, dass die betroffenen Aktionäre im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden als Aktionäre mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt im ersteren Mitgliedstaat. Dazu hat das nationale Gericht erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des innerstaatlichen Rechts, auch Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens, aus eigener Entscheidungsbefugnis insoweit unangewendet zu lassen, als sie eine Gleichbehandlung von Aktionären mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt in ersterem Mitgliedstaat und Aktionären ohne einen solchen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt verhindern.