

Die fremdfinanzierte Gewinnausschüttung

von

*Georg Kofler**

Gliederung

- I. Ausgangsproblem
- II. Die gesellschaftsrechtliche oder betriebliche Veranlassung der Fremdfinanzierung von Ausschüttungen
- III. Ein kurzer Blick nach Deutschland zur Frage der (weiteren) verdeckten Ausschüttung von Fremdkapitalzinsen bei fremdfinanzierten Gewinnausschüttungen

I. Ausgangsproblem

„Schuldzinsen in Zusammenhang mit der Finanzierung von Gewinnausschüttungen stehen nicht mit Betriebsausgaben in Zusammenhang und sind daher nicht abzugsfähig“.¹ Mit dieser kurzen Bemerkung im Jahr 1992 hat *Doralt* die wissenschaftliche Diskussion um die steuerliche Beachtlichkeit der Ausschüttungsfinanzierung eröffnet und zugleich zum fachlichen Widerspruch angeregt. Während nämlich an der Abzugsfähigkeit der Zinsen im Zusammenhang mit fremdfinanzierten Ausschüttungen in Besteuerungspraxis² und Fachschrifttum³ in der Vergangenheit bisher offenbar nicht gezweifelt wurde, ist das BMF zunächst in einem Erlass⁴ sowie nachfolgend in den Körperschaftsteuerrichtlinien⁵ auf die Linie *Doralts* geschwenkt, die schließlich auch vom UFS ausdrücklich übernommen wurde.⁶ Weil freilich nicht sein kann, was nicht sein darf, überraschen auch die im Schrifttum gegen dieses Ergebnis laut gewordenen Stimmen aus Wissenschaft⁷ und Praxis⁸ nicht. Der VwGH

* Priv.-Doz. DDr. *Georg Kofler*, LL.M. (NYU).

¹ Erstmals *Doralt*, EStG² (1992), § 4 Tz 330 und aktuell EStG⁷ (2002), § 4 Tz 330, jeweils unter „Finanzierungskosten“.

² Siehe bereits die Entscheidung des RFH 11.12.1934, I A 55/34, RStBl 1935, 119.

³ Ebenso, wenngleich kritisch, *Margreiter*, Zur betrieblichen Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen, SWK 1996, A 459 (A 469); siehe aus dem deutschen Schrifttum auch *Lempenau*, Betriebsausgaben und Gewinnermittlung, StbJb 1986/87, 327 (336); *Meilicke/Sangen-Emden*, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (938); *Prinz*, Steuerlicher Schuldzinsenabzug – Labyrinth oder Steuerralle, StbJb 1999/2000, 293 (312 f); *Wacker*, Zur Neuregelung des Schuldzinsenabzugs in der „Mehr-Konten-Situation“ – oder: was können wir von Österreich lernen?, DStR 1999, 1001 (1007).

⁴ BMF, Behandlung der Aufwandszinsen bei einer fremdfinanzierten offenen Ausschüttung, ÖStZ 2000/497 = ecolex 2000, 452 = RdW 2000/549.

⁵ Rz 1217 KStR 2001; in diese Richtung bereits *Wiesner*, Die schwierige Abgrenzung betrieblicher und außerbetrieblicher Zahlungen, SWK 1991, A I 139 (A I 160), und *Margreiter*, Zur betrieblichen Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen, SWK 1996, A 459 (A 468).

⁶ UFS Graz 8. 4. 2004, RV/0010-G/04.

⁷ *Damböck*, Anmerkungen zu jüngsten BMF-Erledigungen, ecolex 2000, 446 (446); *Buschmann/Mayerhofer*, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen – derzeitige Rechtsprechung und Kritik, ÖStZ 2000/1173, 675 (677); *Beiser*, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen? ÖStZ 2002/171, 96 (96 ff); *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg.), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (131 ff); *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 156 f; siehe auch *G. Kofler*, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (10 ff).

⁸ *Widinski*, Stellungnahmen des Fachsenats für Steuerrecht zum Entwurf der Körperschaftsteuerrichtlinien 2001, ÖStZ 2001/1014, 535 (538).

hat sich in seinem Ende 2006 ergangenen Erkenntnis⁹ letztlich für die Frage der fremdfinanzierten Gewinnausschüttung im Ergebnis den Überlegungen im Schrifttum zu Gunsten einer Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungskosten angeschlossen, hierbei jedoch eine dogmatische Einordnung seiner Analyse weitgehend vermieden.

Die Problematik der fremdfinanzierten Gewinnausschüttung führt in steuerrechtliche Grenzbereiche, die eine nähere Untersuchung rechtfertigen. Der Ausgangspunkt ist rasch geschildert: Sowohl einnahmen- als auch ausgabenseitig ist es ein eherner Grundsatz des Ertragsteuerrechts, dass Ausgaben im unmittelbaren Zusammenhang mit nicht steuerpflichtigen Einnahmen¹⁰ oder nichtabzugsfähigen Aufwendungen und Ausgaben der Privatsphäre¹¹ ebenfalls keine Steuerwirkung zu entfalten vermögen. § 20 EStG und § 12 KStG bestätigen diesen Grundsatz deklarativ.¹² Es ist ebenfalls unstrittig, dass für Kosten der Fremdfinanzierung nichts anderes gilt.¹³ Während das einnahmenseitige Abzugsverbot gem § 20 Abs 2 EStG und § 12 KStG Abs 2 KStG auf die Vermeidung eines doppelten Vorteils abzielt,¹⁴ findet das ausgabenseitige Abzugsverbot seine Begründung in der Grenzziehung zwischen Betriebs- und Privatsphäre und erstreckt sich solcherart auch auf Zinsen, die ihrerseits mit nichtabzugsfähigen Aufwendungen im Zusammenhang stehen.¹⁵ Ob ein solcher Zusammenhang besteht, beurteilt der VwGH in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Einkommensteuerrecht nicht nach dem von der hA im Schrifttum¹⁶ fokussierten Prinzip der Finanzierungsfreiheit, sondern vielmehr durch ein Verständnis der Veranlassung iSd § 4 Abs 4 EStG nach der konkreten Mittelverwendung.¹⁷ Der Gerichtshof lehnt damit ausdrücklich die im Schrifttum geforderte Zurechnungsindifferenz ab¹⁸ und versagt den Betriebsausgabenabzug, wenn private oder betriebliche Eigenmittel für betriebliche Zwecke und deshalb Darlehensmittel für private Zwecke verwendet werden, da diesfalls die Geldmittel der Entnahmefinanzierung dienen.

⁹ VwGH 19. 12. 2006, 2004/15/0122.

¹⁰ Siehe zB VwGH 10.10.1996, 94/15/0187, ÖStZB 1997, 404; VwGH 20.11.1996, 96/15/0188, ÖStZB 1997, 623.

¹¹ Siehe zB VwGH 21.10.1986, 86/14/0124, ÖStZB 1987, 302 (zur Fremdfinanzierung von Pflichtteilszahlungen); weiters VwGH 24.1.1990, 88/13/0233, ÖStZB 1990, 309, und VwGH 17.9.1997, 93/13/0027, ÖStZB 1998, 396 (jeweils zur Fremdfinanzierung von nach § 20 Abs 1 Z 6 EStG nicht abzugsfähigen Steuerzahlungen).

¹² Siehe zur „Einnahmenseite“ *Lechner*, Die Abzugsfähigkeit der Gesellschaftsteuer bei gesellschaftsrechtlichen Einlagen, ÖStZ 1984, 246 (246 ff mwN); *Doralt*, Das Abzugsverbot nach § 17 KStG und Aufwendungen für Schachtelbeteiligungen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 1 (2 f).

¹³ Ausführlich *Doralt*, EStG⁷ (2002), § 4 Tz 330 unter „Finanzierungskosten“.

¹⁴ Dazu nur *Doralt*, Das Abzugsverbot nach § 17 KStG und Aufwendungen für Schachtelbeteiligungen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 1 (4 f); *Doralt*, EStG⁴ (1999), § 20 Tz 149.

¹⁵ Dazu sogleich unten Kapitel II.2.

¹⁶ Grundlegend *Beiser*, Der Abzug von Schuldzinsen in der Einkommensteuer (1990).

¹⁷ VwGH 16.11.1993, 89/14/0158, ÖStZB 1994, 299; VwGH 20.11.1996, 89/13/0259, ÖStZB 1997, 529; VwGH 10.9.1998, 93/15/0051, ÖStZB 1999, 365; VwGH 29.6.1999, 95/14/0150, ÖStZB 1999, 601; VwGH 22.2.2000, 94/14/0129, ÖStZB 2001/101. Hierbei ist allenfalls – etwa beim Zwei-Konten-Modell – der mittelbaren Verwendung über die Saldierung von Geldmittelkonten Rechnung zu tragen; siehe VwGH 27.1.1998, 94/14/0017, ÖStZB 1998, 561; VwGH 29.6.1999, 95/14/0150, ÖStZB 1999, 601; kritisch etwa *Pircher/Pütlz*, Zweikontenmodell: Zuordnung nach der Mittelverwendung und saldierte Betrachtungsweise, ÖStZ 1998, 570 (570 ff); *Buschmann/Mayerhofer*, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000, 675 (675 ff).

¹⁸ Ausdrücklich VwGH 30.9.1999, 99/15/0106, 0107, ÖStZB 2000/82; VwGH 23.4.2001, 2001/14/0044, ÖStZB 2002/314.

Basierend auf dieser Rechtsprechung liegt daher die Überlegung nahe, die zur einkommensteuerlichen Entnahme nach § 4 Abs 1 EStG entwickelten Mittelverwendungsgrundsätze auf steuerneutrale Akte der Einkommensverwendung nach § 8 KStG zu übertragen und solcherart die Abzugsfähigkeit von Kosten der Fremdfinanzierung steuerneutraler Ausschüttungen zu verneinen.¹⁹ Unterstellt man den – wohl nur schwer zu erbringenden²⁰ – Nachweis des unmittelbaren Zusammenhangs der Fremdfinanzierung mit der Einkommensverwendung iSd § 8 Abs 2 KStG, ist die Schlüssigkeit dieser Argumentation auch nicht von der Hand zu weisen. Sie liegt wohl auch implizit der Ansicht der deutschen Finanzverwaltung zugrunde²¹ und wird ebenfalls von Teilen des deutschen Schrifttums²² vertreten.²³ Dennoch steht und fällt sie mit ihrer Prämisse, dass *steuerrechtlich* ein Veranlassungszusammenhang zwischen den Finanzierungsaufwendungen und der Auskehrung von Eigenkapital an die Anteilseigner hergestellt werden kann. Es soll daher – der Aufforderung *Doralts* zum wissenschaftlichen Diskus nachkommend – im Folgenden der Versuch unternommen werden, dieser Prämisse entgegenzutreten und die Argumentation des VwGH einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

II. Die gesellschaftsrechtliche oder betriebliche Veranlassung der Fremdfinanzierung von offenen Gewinnausschüttungen

1. Einleitung: Veranlassungszusammenhang und Sphärentrennung

Sowohl nach § 52 AktG als auch nach § 82 Abs 1 GmbHG haben die Gesellschafter Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit dieser nicht nach Gesetz, Satzung, Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss von der Verteilung ausgeschlossen ist.²⁴ Steuerrechtlich werden derartige offene Ausschüttungen²⁵ durch § 8 Abs 2 KStG der unbeachtlichen Sphäre der Einkommensverwendung zugerechnet und führen aufgrund der strengen Trennung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern auf beiden Ebenen zu gesonderten Rechtsfolgen. Hinsichtlich derer

¹⁹ In diesem Sinne Rz 1217 KStR 2001; UFS Graz 8.4.2004, RV/0010-G/04.

²⁰ Siehe VwGH 20.10.1999, 94/13/0027, ÖStZB 2000/311 = ecolex 2000/68 m Anm *Bachl*, und VwGH 31.5.2000, 95/13/0138, ÖStZB 2000/500, 607, wonach der Zusammenhang zwischen der Fremdfinanzierung und steuerfreien Einnahmen (hier: nach einem DBA) von der Behörde zu beweisen ist und hierfür der Rückgriff auf statistische Bilanzrelationen nicht genügt; es könne nämlich einem Kaufmann, der sich der Nichtabzugsfähigkeit von Zinsen bewusst ist, nicht unterstellt werden, dass er bei ausreichenden Eigenmitteln auf eine nichtabzugsfähige Fremdfinanzierung zurückgreift. Siehe zu dieser Rechtsprechung etwa *Kotschnigg*, Grundsatzentscheidung zum Schuldzinsenabzug bei steuerfreien Einnahmen, SWK 1999, S 803 (S 803 ff); *Wiesner*, Dazu auch Abzugsfähigkeit von Aufwandszinsen, RWZ 1999, 358 (358 f); *Zöchling*, Zinsenabzugsverbot und bilanzielle Kapitalstruktur, ÖStZ 2000/7, 4 (4).

²¹ Verfügung der OFD Kiel betreffend „Zinsen auf verdeckte Gewinnausschüttung als weitere Gewinnausschüttung im Sinne von § 8 Abs 3 Satz 2 KStG und andere Ausschüttung im Sinne des § 27 Abs 3 Satz 2 KStG“ (S 2742 A-St 261), DB 2000, 2095.

²² *Wassermeyer*, Neues zur Definition der verdeckten Gewinnausschüttung, DB 2002, 2668 (2669); aA *Lempenau*, Betriebsausgaben und Gewinnermittlung, StBj 1986/87, 327 (336 f); *Meilicke/Sangen-Emden*, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (938 ff); *Prinz*, Steuerlicher Schuldzinsenabzug – Labyrinth oder Steuerfalle, StBj 1999/2000, 293 (312 f).

²³ Zur deutschen Rechtslage und der im Ergebnis unstrittigen Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen siehe unten Kapitel III.

²⁴ Siehe zu diesem Anspruch und den allfälligen Einschränkungen nur *Koppensteiner*, GmbHG² (1998), § 35 Rz 12 ff und § 82 Rz 10 f.

²⁵ Insb der Gewinnaufteilung gem § 126 AktG und der Verteilung des Reingewinnes gem § 35 GmbHG; vgl etwa *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 1, 11.

unterstellt das Steuerrecht über § 8 Abs 1 TS 1 KStG freilich nicht nur eine vollständige Eigenfinanzierung auf Gesellschaftsebene,²⁶ sondern sieht auch entsprechende Rechtsfolgen auf Seiten der Gesellschafter vor.²⁷ Daraus lässt sich allerdings noch nicht mit Sicherheit erschließen, ob das Gesetz steuerlich generell die Annahme einer *Fremdfinanzierung* der *ausgeschütteten Mittel*, also die Zuordnung von Fremdfinanzierungsaufwand zur bilanziell eigenfinanzierten Ausschüttungen, ausschließen möchte.²⁸ Zweifel daran könnten etwa deshalb entstehen, weil das Körperschaftsteuerrecht in § 8 Abs 2 TS 3 KStG mit der Einkommensverwendung in „anderer Weise“ auch die nach § 12 KStG nicht abzugsfähigen Aufwendungen erfasst,²⁹ deren Fremdfinanzierung die steuerliche Beachtung aber womöglich verwehrt wird.³⁰

Zur Begründung der Steuerwirksamkeit einer Fremdfinanzierung der Gewinnausschüttung wird im Schriftum zu Recht die Verbindung der Fremdfinanzierung zur gesellschaftsrechtlichen Sphäre der Gesellschaft in Zweifel gezogen. Da nämlich eine Gesellschaft letztlich immer im Interesse der Gesellschafter tätig werde, verbiete im Grunde bereits das Trennungsprinzip eine zügellose Zurechnung von Aufwendungen zur gesellschaftsrechtlichen Sphäre. Eine Zuordnung von Vorgängen zur „außerbetrieblichen“ Sphäre setze jedenfalls eine Mittelverwendung zu Gunsten der Gesellschafter voraus.³¹ Dementsprechend sei eine Zurechnung von Vorgängen zur „außerbetrieblichen“ Sphäre im Lichte der Rechtsprechung des VwGH³² auch nur dann zulässig, wenn dem Gesellschafter Vermögensvorteile gewährt werden, die ihre Wurzel im Gesellschaftsverhältnis haben.³³ Einen greifbaren, *zusätzlich* zur Gewinnausschüttung eintretenden Vorteil erlange der Gesellschafter freilich durch die Fremdfinanzierung der Ausschüttung nicht, weshalb die Fremdfinanzierungskosten aufgrund der Sphärentrennung des § 8 KStG zwangsläufig in den Residualbereich der Einkommenserzielungssphäre der Gesellschaft fallen müsste.³⁴ Folgt man diesem Standpunkt, erweist sich eine einfache Kausalitätsüberlegung, dass der Fremdfinanzierungsaufwand im Fall der Nichtausschüttung nicht angefallen wäre, als zu kurz gegriffen. Auch der im Bereich der verdeckten Ausschüttung von der österreichischen Rechtsprechung geforderte Fremdvergleich³⁵ oder die von der deutschen Rechtsprechung präferierte Überlegung, ob die Fremdfinanzierung dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers entspricht,³⁶ können letztlich die gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Fremdfinanzierung nicht begründen: Denn *einerseits* muss der Fremdvergleich schon denklogisch deshalb ins

²⁶ Die Verminderung des Eigenkapitalstandes wird dementsprechend nicht nur in §§ 224 Abs 3 lit a und 229 UGB, sondern auch im steuerlichen Gewinnkapitalstand oder über das Evidenzkonto nach § 4 Abs 12 EStG reflektiert.

²⁷ §§ 27 Abs 1 Z 1 lit a und 93 ff EStG.

²⁸ So aber *Beiser*, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen?, ÖStZ 2002/171, 96 (96 ff); siehe aber auch unten Kapitel II.4.

²⁹ *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 8 Tz 25.

³⁰ Siehe sogleich unten Kapitel II.2.

³¹ Siehe auch *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 156 f.

³² Dazu sogleich unten Kapitel II.2.

³³ *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 156 f; *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (138).

³⁴ Siehe zu diesen Überlegungen *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (138).

³⁵ ZB VwGH 26.9.2000, 98/13/0216, ÖStZB 2001/145; VwGH 30.5.2001, 99/13/0024, ÖStZB 2002/334; VwGH 19.2.2002, 2001/14/0161, ecolex 2002/209, 536 m Anm *G. Kofler*; VwGH 29.1.2003, 98/13/0055, ÖStZB 2003/300.

³⁶ Siehe zB BFH 9.11.2005, I R 89/04, BFHE 211, 287 mwN.

Leere laufen, weil Nichtgesellschafter von vornherein keine Ausschüttung erhalten, andererseits schränkt der Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers – sofern man ihn für anwendbar hält³⁷ – die freie Wahl der Finanzierung nur in ganz besonderen Fällen ein.³⁸

Dieser Ansatz führt somit jedenfalls auf einer *nachgelagerten* Ebene dazu, dass allfällige Fremdfinanzierungskosten nicht als weitere verdeckte Ausschüttung angesehen werden können.³⁹ Allerdings ist zunächst auf einer *vorgelagerten* Ebene zu ermitteln, ob die aufgenommene Verbindlichkeit überhaupt dem Betriebsvermögen zuzuordnen ist. Auf dieser *vorgelagerten* Ebene wäre nämlich dem möglichen – und wohl implizit der Ansicht *Doralts*, der Finanzverwaltung und des UFS zugrunde liegenden – Argument entgegenzutreten, dass die für eine Ausschüttung aufgenommene Verbindlichkeit im Sinne der Mittelverwendungstheorie *unabhängig* von einer weiteren Vorteilszuwendung an die Gesellschafter dem Schicksal der Ausschüttung folgt, zumal sie in Zusammenhang mit einer nicht abzugsfähigen Vermögensauskehrung steht, *daher* gesellschaftsrechtlich veranlasst und somit der „außerbetrieblichen“ Sphäre zuzuordnen ist.

2. Systematische Einordnung der Fragestellung

Die Beurteilung der Abzugsfähigkeit von Zinsen folgt im Einkommensteuerrecht einem doppelt derivativen Konzept: „*Im Bereich der Einkommensbesteuerung sind Fremdmittel zwingend nach der Veranlassung (§ 4 Abs 4 EStG) in der Ausprägung, dass es auf die Mittelverwendung ankommt, den aktiven Wirtschaftsgütern bzw den Aufwendungen zuzuordnen*“.⁴⁰ Schuldzinsen sind also abzugsfähig, wenn die Schuld betrieblich veranlasst ist;⁴¹ dies ist der Fall, wenn die dadurch einsetzbaren Mittel der Anschaffung oder Herstellung von Wirtschaftsgütern oder der Finanzierung eines betrieblich veranlassten Aufwandes dienen.⁴² Die Zuordnung von Verbindlichkeiten zum Betriebsvermögen ist also an den betrieblichen Einsatz der Fremdmittel geknüpft. Daran ändert im Grunde auch die Rechtsform der Körperschaft nichts, zumal der VwGH bereits früh ausgesprochen hat, dass der „*Ansicht, Zinsen für was immer für Schuldverpflichtungen der Körperschaft seien ohne Rücksicht auf deren Rechtsgrund jedenfalls Betriebsausgaben und als solche abzugsfähig, [...] nicht beigepflichtet werden*“ könne.⁴³

Dieser Grundsatz ist bei der Fremdfinanzierung von *Wirtschaftsgütern* relativ leicht auf den Punkt zu bringen: Schulden zur Anschaffung von Privatvermögen sind grundsätzlich keine Betriebsschulden, wie umgekehrt zur Beschaffung von (gewillkürtem) Betriebsvermögen aufgenommenes Fremdkapital eine Betriebsschuld darstellt.⁴⁴ Daher sind beispielsweise Verbindlichkeiten zur Anschaffung oder Herstel-

³⁷ Siehe etwa BFH 14.8.1985, I R 149/71, BFHE 144, 548, BStBl 1986 II 86, zur Untauglichkeit dieser Denkfigur für Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit der Gründung und der Kapitalausstattung der Kapitalgesellschaft.

³⁸ Dazu *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (140 ff).

³⁹ Dazu unten Kapitel III.

⁴⁰ VwGH 30.9.1999, 99/15/0106, 0107, ÖStZB 2000/82.

⁴¹ Siehe nur *Doralt*, EStG⁷ (2002), § 4 Tz 330 unter „Finanzierungskosten“.

⁴² Vgl zB VwGH 18. 1. 1989, 88/13/0081, ÖStZB 1989, 244; dazu statt aller *Doralt*, EStG⁷ (2002), § 4 Tz 68.

⁴³ VwGH 19.9.1958, 2365/55, VwSlg 1875 F/1958.

⁴⁴ VwGH 12.5.1981, 81/14/0008, 0014, ÖStZB 1982, 52.

lung eines teils privat, teils betrieblich genutzten unbeweglichen Wirtschaftsgutes ebenso aufzuteilen,⁴⁵ wie wenn sich die (teilweise) mangelnde Betriebsvermögens-eigenschaft des finanzierten Wirtschaftsgutes aus § 20 EStG begründen lässt.⁴⁶ Die Übertragbarkeit dieser Prinzipien auf die Körperschaftsbesteuerung wird implizit allgemein akzeptiert. Wenn nämlich im Einkommensteuerrecht etwa die Luxustangente nach § 20 Abs 1 Z 2 lit b EStG im Wege der *Substanztteilung* dem Privatvermögen zugeteilt wird, kann dies – entsprechend § 12 Abs 1 Z 2 EStG – bei *Kapitalgesellschaften* nur bedeuten, dass dieser Teil im Sinne einer Doppelvermögenstheorie einem zweiten, „außerbetrieblichen“ *Vermögensbereich* zugeordnet wird, oder dass eine solche „außerbetriebliche“ Sphäre zwar nicht auf der Vermögensebene, wohl aber auf der *Einkommensebene* anerkannt werden muss. Da § 7 Abs 2 KStG nach der Rechtsprechung des VwGH aber die einkommensteuerlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung und damit – unabhängig von der Maßgeblichkeit⁴⁷ – auch über den Umfang des Betriebsvermögens in den Bereich des Körperschaftsteuerrechts übernimmt,⁴⁸ kann diese Abgrenzung letztlich nicht bei Aufwand und Ertrag halmachen, sondern muss auch die Substanz erfassen. Eine Differenzierung zwischen Vermögens- und Einkommensebene wäre bei dieser Ausgangslage schon deshalb artifiziell, weil der Gewinn einer Kapitalgesellschaft durch Vermögensvergleich zu ermitteln ist und sich schon deshalb diese beiden Sphären nicht überzeugend trennen lassen. Zu Recht ordnen daher das österreichische Schrifttum⁴⁹ und die Recht-

⁴⁵ Siehe zu Gebäuden VwGH 21.5.1985, 85/14/0004, ÖStZB 1986, 38; VwGH 2.8.2000, 97/13/0019, ÖStZB 2001/100, 136; Rz 1429 ff EStR 2000. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass unbewegliches Vermögen zur Gänze dem Betrieb zugeordnet wird; diesfalls stellen die auf den Privatanteil entfallenden Schuldzinsen Entnahmen dar; siehe VwGH 18. 1. 1983, 82/14/0100, ÖStZB 1983, 242. Siehe hingegen zum Überwiegensprinzip („Aufteilungsverbot“) bei beweglichem Vermögen etwa *Djanani/Kapferer*, Probleme der Zuordnung von Verbindlichkeiten, ÖStZ 1987, 166 (168), sowie *Doralt*, EStG⁷ (2002), § 4 Tz 81 ff.

⁴⁶ Konkret spiegelt sich dies beispielsweise bei der Luxustangente nach § 20 Abs 1 Z 2 lit b EStG wider, die eine Substanztteilung des betreffenden Wirtschaftsgutes in einen Betriebsvermögens- und einen Privatvermögensteil erfordert (siehe nur *Wiesner*, Die schwierige Abgrenzung betrieblicher und außerbetrieblicher Zahlungen, SWK 1991, A I 139 [A I 142 ff]; deutlich auch *Doralt*, EStG⁷ (2002) § 4 Tz 330 unter „Finanzierungskosten“ zur Aliquotierung der Verbindlichkeit bei Finanzierung eines Wirtschaftsguts mit Luxustangente). Gleiches gilt aber zB auch für die Betriebsvermögens-eigenschaft von Wirtschaftsgütern, die nach § 20 Abs 1 Z 3 EStG der Repräsentation dienen; auch diese sind dem Privatvermögen zuzuordnen (VwGH 5.7.1994, 91/14/0110, ÖStZB 1995, 172). Der Klarheit halber ist zu betonen, dass sich diese Frage etwa bei der fremdfinanzierten Schachtelbeteiligung nicht stellt: Da die Beteiligung zum Betriebsvermögen gehört, gilt dies auch für die Verbindlichkeit, obwohl – zumindest bis zur Veräußerung (siehe VfGH 25.6.1998, B 125/97, ÖStZB 1998, 862) – der Schuldzinsenabzug ausgeschlossen wäre (zB VwGH 10.10.1996, 94/15/0187, ÖStZB 1997, 404; VwGH 20.11.1996, 96/15/0188, ÖStZB 1997, 623), würde nicht § 11 Abs 1 Z 4 KStG den Abzug ausdrücklich gestatten; ebenso *Damböck*, Anmerkungen zu jüngsten BMF-Erledigungen, ecolex 2000, 446 (446).

⁴⁷ VwGH 27.1.1998, 93/14/0166, ÖStZB 1998, 469.

⁴⁸ Siehe zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0169, ÖStZB 2000/534; VwGH 24.6.2004, 2001/15/0002, ÖStZB 2005/32; VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

⁴⁹ In diesem Sinne *Wiesner*, Körperschaftsteuerrechtliche Einlagen und Entnahmen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 349 (350 ff); *Wiesner*, Die schwierige Abgrenzung betrieblicher und außerbetrieblicher Zahlungen, SWK 1991, A I 139 (A I 160); *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 7 Rz 102/1 und § 8 Tz 17.1 sowie Tz 66 unter „Außerbetrieblicher Bereich“ und „Dienstwohnung“.

sprechung⁵⁰ im Sinne einer Doppelvermögenstheorie jene Wirtschaftsgüter, denen der Gesetzgeber selbst durch § 12 KStG „Privatcharakter“ verliehen hat, dem „außerbetrieblichen“ Vermögensbereich der Kapitalgesellschaft zu. Die jüngere Judikatur geht sogar noch darüber hinaus und hat auch die Zuordnung einzelner Wirtschaftsgüter zum notwendigen „außerbetrieblichen“ Vermögensbereich vorgenommen, wenn diese objektiv erkennbar gesellschaftsrechtlichen Zwecken dienten oder objektiv erkennbar für solche Zwecke bestimmt waren.⁵¹ Diese Judikaturlinie ist zwar aufgrund des schwierigen Verhältnisses zur verdeckten Ausschüttung zu Recht auf breite Kritik gestoßen,⁵² bestätigt aber doch den schon aus § 12 KStG ableitbaren Grundsatz, dass auch Kapitalgesellschaften einen „außerbetrieblichen“ Vermögensbereich haben, dem (positive und negative) Wirtschaftsgüter auch dann zugeordnet werden können, wenn den Gesellschaftern *kein* Vorteil zugewendet wird und damit die Ergebniskorrektur im Wege einer verdeckten Ausschüttung nicht in Frage kommt.⁵³ In der Konsequenz dieser Sichtweise liegt es dann auch, dass sämtliche Aufwendungen auf ein dem „außerbetrieblichen“ Bereich zugeordnetes Wirtschaftsgut steuerlich ebenso unbeachtlich sind wie die damit im Zusammenhang stehenden Erträge.⁵⁴ Demnach müssten konsequenterweise auch jene Verbindlichkeiten (anteilig) dem „außerbetrieblichen“ Vermögensbereich der Kapitalgesellschaft zugeordnet werden, die mit den dem „außerbetrieblichen“ Vermögensbereich (anteilig) zugeordneten Wirtschaftsgütern in Zusammenhang stehen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich der Fokus von fremdfinanzierten Wirtschaftsgütern auf fremdfinanzierte *Aufwendungen und Ausgaben* wechseln und für das Einkommensteuerrecht folgern, dass Schulden, die der Finanzierung von Aufwendungen

⁵⁰ Siehe VwGH 24.6.2004, 2001/15/0002, ÖStZB 2005/32, wo der VwGH ein der Unterkunftsgewährung an Geschäftsfreunde und damit Repräsentationszwecken iSd § 12 Abs 1 Z 3 KStG dienendes Gebäudes unter Rückgriff auf die einkommensteuerliche Judikatur (VwGH 5.7.1994, 91/14/0110, ÖStZB 1995, 172) der „außerbetrieblichen“ Sphäre der Kapitalgesellschaft zugeordnet hat.

⁵¹ VwGH 20.6.2000, 98/15/0169, ÖStZB 2000/534 (betroffend die Dienstwohnung des Gesellschafter-Geschäftsführers); VwGH 24.6.2004, 2001/15/0002, ÖStZB 2005/32 (betroffend ein privates Wohnhaus). Siehe zu dieser Rechtsprechung *Wiesner*, Betriebliche oder außerbetriebliche Veranlassung bei einer Kapitalgesellschaft, RWZ 2000/74, 229 (229 ff); *Pernegger*, „Dienstwohnung“ und außerbetriebliche Sphäre, ÖStZ 2002/168; *Bruckner*, „Privatvermögen“ einer Kapitalgesellschaft – Analyse und kritische Anmerkungen, ÖStZ 2003/233, 110 (110 ff); *Wiesner*, „Privatvermögen“ einer GmbH – VwGH setzt die Judikatur zur Trennung von betrieblichem und gesellschaftsrechtlichem Vermögen fort, RWZ 2004/56, 225 (225 ff); *Stangl*, Der VwGH zur außerbetrieblichen Sphäre von Kapitalgesellschaften, ÖStZ 2005/71, 39 (39 ff). Zur Möglichkeit der Liebhäberei bei Kapitalgesellschaften siehe bereits VwGH 22.9.1987, 86/14/0196 ÖStZB 1988, 152; VwGH 26.4.1989, 89/14/0001, ÖStZB 1989, 468; VwGH 19.2.1992, 92/14/0016, ÖStZB 1992, 690. Ausführlich zum Ganzen *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 70 ff und 123 ff.

⁵² Siehe nur *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 132 ff; *Stangl*, Der VwGH zur außerbetrieblichen Sphäre von Kapitalgesellschaften, ÖStZ 2005/71, 39 (39 ff).

⁵³ Zum Erfordernis eines vermögenswerten Vorteils siehe nur *Wiesner*, Körperschaftsteuerrechtliche Einlagen und Entnahmen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 349 (375); weiters auch Rz 758 KStR 2001; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 8 Tz 39.

⁵⁴ *Bruckner*, „Privatvermögen“ einer Kapitalgesellschaft – Analyse und kritische Anmerkungen, ÖStZ 2003/233, 110 (110 ff); siehe auch bereits *Wiesner*, Körperschaftsteuerrechtliche Einlagen und Entnahmen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 349 (354); *Margreiter*, Zur betrieblichen Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen, SWK 1996, A 459 (A 468 f).

der privaten Lebensführung dienen, eine Privatverbindlichkeit begründen; dienen sie hingegen betrieblichen Zwecken, ist die Verbindlichkeit als Betriebsschuld anzusehen.⁵⁵ Dementsprechend hat der VwGH wiederholt festgestellt, dass Schulden zur Finanzierung privater Ausgaben keine Betriebsschulden sind.⁵⁶ Wenn etwa Kosten der Finanzierung von nach § 20 Abs 1 Z 6 EStG nichtabzugsfähigen Personensteuerzahlungen ebenfalls dem Abzugsverbot unterliegen,⁵⁷ so wird damit implizit zum Ausdruck gebracht, dass die entsprechende Verbindlichkeit nicht dem betrieblichen Bereich zuzuordnen ist. Sieht man das Abzugsverbot für die Zahlung von direkten Steuern gem § 20 Abs 1 Z 6 EStG als deklarative Bestimmung an,⁵⁸ zumal sie zwar iSd § 4 Abs 4 EStG nur bei Entfaltung einer betrieblichen oder beruflichen Tätigkeit anfällt, sie aber nichtsdestoweniger sowohl bei der Einkommensberechnung als auch bei der Tarifermittlung von persönlichen Gesichtspunkten beeinflusst wird, erklärt sich dies schon aus dem privaten Charakter der Schuld. Diese Zuordnung einer Schuld zum Privatbereich kann aber auch aus einem konstitutiv wirkenden Abzugsverbot des § 20 Abs 1 EStG folgen; eine Verbindlichkeit ist demnach auch insoweit nicht als Betriebsschuld zu betrachten, als sie sich auf die vom Gesetzgeber durch § 20 Abs 1 EStG *konstitutiv* der Privatsphäre zugeordneten nichtabzugsfähigen Aufwendungen bezieht. In diesem Sinne wirkt sich beispielsweise der durch einen Schulderlass begründete Wegfall einer Verbindlichkeit, die für den betrieblichen Bereich nicht steuerwirksam war (zB hinsichtlich nichtabzugsfähiger Repräsentationsausgaben), auch nicht gewinnerhöhend aus,⁵⁹ zumal es sich insoweit nicht um den Wegfall einer betrieblichen Verbindlichkeit handelt.

Aus dieser Perspektive kann man sich nunmehr auch der Problematik der fremdfinanzierten Gewinnausschüttung dogmatisch nähern. Akzeptiert man nämlich diese Grundsätze für die Zuordnung von Verbindlichkeiten zur Privatsphäre im Einkommensteuerrecht, so stellt sich aus dem Blickwinkel des Körperschaftsteuerrechts – unabhängig von Problemen der verdeckten Ausschüttung – die Frage der Übertragbarkeit auf Kapitalgesellschaften. Gegen eine Übertragbarkeit spricht zunächst der Umstand, dass die Kapitalgesellschaft keinen der natürlichen Person nachgebildeten Privatbereich hat. Allerdings scheint das auf die ältere Judikatur⁶⁰ gestützte Argument, dass die Schuldaufnahme zur Finanzierung nichtabzugsfähiger Aufwendungen dennoch zu abzugsfähigen Zinsen führen müsse, weil einer Kapitalgesellschaft ein privater Bereich abgesprochen und das Gesamtvermögen als Betriebs-

⁵⁵ Vgl zB VwGH 23.4.2002, 97/14/0127, ÖStZB 2003/53.

⁵⁶ Siehe zB VwGH 21.10.1986, 86/14/0124, ÖStZB 1987, 302 (zur Fremdfinanzierung von Pflichtteilszahlungen).

⁵⁷ VwGH 24.1.1990, 88/13/0233, ÖStZB 1990, 309, und VwGH 17.9.1997, 93/13/0027, ÖStZB 1998, 396, jeweils zur Fremdfinanzierung von nach § 20 Abs 1 Z 6 EStG nicht abzugsfähigen Steuerzahlungen.

⁵⁸ Siehe zB *Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB (1993), § 20 Tz 2; *Doralt*, EStG⁴ (1999), § 20 Tz 139; *Schmidt*, VwGH gegen BFH: Schadenersatz wegen Einkommensteuer – Betriebseinnahme? RdW 1999, 104 (104 ff); siehe auch BFH 18.6.1998, IV R 1/97, BFHE 186, 363, BStBl 1998 II 621.

⁵⁹ Dazu zB *Nolz*, Probleme der Sanierungsgewinne im Ertragsteuerrecht, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 191 (195); *Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB (1993), § 36 Tz 2; *Kristen*, Erlass des BMF zur Nichtfestsetzung der Steuer auf den Sanierungsgewinn: Anwendungsbereich, Anwendungsvoraussetzungen und Wirkung, ZIK 2000/11, 15 (15); *Kanduth-Kristen*, Steuerliche Behandlung von Schulderlässen und Sanierungsgewinnen, taxlex 2006, 436 (437).

⁶⁰ VwGH 4.11.1955, 2779/53, ÖStZB 1956, 28.

vermögen behandelt werde,⁶¹ angesichts der jüngeren Rechtsprechung nicht mehr zwingend durchzugreifen. Selbst wenn also ein Aufwand – beispielsweise eine Körperschaftsteuerzahlung – grundsätzlich Betriebsausgabe wäre,⁶² ihm aber durch § 12 KStG die Abzugsfähigkeit konstitutiv genommen wird, bleibt die Frage aufrecht, was mit der zur Finanzierung des nichtabzugsfähigen Aufwandes aufgenommenen Verbindlichkeit zu geschehen hat. Die deutsche Rechtsprechung geht diesbezüglich – und schon bereits vor der in der späteren Rechtsprechung vorgenommenen expliziten Verneinung einer Privatsphäre der Kapitalgesellschaft⁶³ – davon aus, dass die Fremdfinanzierungskosten für die Körperschaftsteuerzahlung als Betriebsausgaben abzugsfähig sind.⁶⁴ Die Begründung dieser Sichtweise liegt implizit darin, dass die fragliche Ausgabe oder Aufwendung – etwa die Körperschaftsteuer – zwar Betriebsausgabe ist, ihr aber durch eine konstitutive Bestimmung der Abzug versagt werde;⁶⁵ stehe aber die Betriebsausgabeneigenschaft fest, werde insofern die Verbindlichkeit dennoch zur Betriebsschuld und die entsprechenden Fremdfinanzierungskosten während dementsprechend nicht vom Abzugsverbot für den ursprünglichen – nichtabzugsfähigen – Aufwand erfasst. Diese Überlegung würde demnach auf sämtliche Aufwendungen Anwendung finden, die dem Grunde nach Betriebsausgaben, aber konstitutiv vom Abzug ausgeschlossen sind (zB Repräsentationskosten, verbotene „Schmiergelder“, Körperschaftsteuerzahlungen). Die bisherige Rechtsprechung des VwGH könnte aufgrund der Übertragung der einkommensteuerlichen Prinzipien in das Körperschaftsteuerrecht demgegenüber dahingehend verstanden werden, dass auch im Körperschaftsteuerrecht den mit diesen durch das Gesetz der Privatsphäre zugeordneten Aufwendungen zusammenhängenden Aufwendungen (zB Fremdfinanzierungskosten) die Abzugsfähigkeit zu versagen ist. Daraus würde – analog zur einkommensteuerrechtlichen Sichtweise, die von der Rechtsprechung über § 7 Abs 2 KStG in das Körperschaftsteuerrecht übernommen wird⁶⁶ – folgen, dass Verbindlichkeiten, die nicht der Besteitung von nach § 4 Abs 4 iVm § 12 KStG betrieblich veranlassten *Aufwendungen und Ausgaben* dienen, ebenfalls dem „außerbetrieblichen“ Bereich der Kapitalgesellschaft zuzuordnen wären. Subsumiert man darunter zB auch den eine verdeckte Ausschüttung an die Gesellschafter darstellenden, von der Gesellschaft getragenen Aufwand, wäre die zur Finanzierung dieser verdeckten Ausschüttung aufgenommenen Verbindlichkeit dem „außerbetrieblichen“ Bereich der Gesellschaft zuzuordnen.

Damit eröffnet sich freilich schon die Fragstellung dieses Beitrages: Ist die Verbindlichkeit zur Finanzierung einer – offenen oder verdeckten – Ausschüttung wegen des Zusammenhangs mit der Gesellschaftersphäre als „*rein gesellschaftsrechtlich veranlasst*“ anzusehen, gehört sie auch „*nicht zum Betriebsvermögen der Körperschaft*“

⁶¹ So *Benn-Ibler/Riedl*, Sind Zinsenaufwendungen im Zusammenhang mit einer Körperschaftsteuerschuld betrieblich abzugsfähig? SWK 1997, S 39 (S 39 ff).

⁶² Deutlich BFH 23.11.1988, I R 180/85, BFHE 154, 552, BStBl 1989 II 116 mwN, wonach die Steuern einer Kapitalgesellschaft vom Einkommen und Ertrag grundsätzlich als betrieblich veranlasste Aufwendungen anzusehen sind; siehe auch BFH 4.12. 991, I R 26/91, BFHE 167, 32, BStBl 1992 II 686.

⁶³ Dazu unten Kapitel III.

⁶⁴ BFH 23.11.1988, I R 180/85, BFHE 154, 552, BStBl 1989 II 116.

⁶⁵ BFH 3.4.1962, I 196/59 U, BFHE 74, 685, BStBl 1962 III 254; siehe auch *Prinz*, Steuerlicher Schuldzinsenabzug – Labyrinth oder Steueraffe, StBjb 1999/2000, 293 (312).

⁶⁶ Ausdrücklich VwGH 20.6.2000, 98/15/0169, ÖStZB 2000/534; VwGH 24.6.2004, 2001/15/0002, ÖStZB 2005/32; siehe auch VwGH 19.9.1958, 2365/55, VwSlg 1875 F/1958 (zum mangelnden Betriebsausgabencharakter von Stundungszinsen für die Körperschaftsteuer).

*schaft, sondern zu ihrem steuerneutralen Vermögen“.⁶⁷ Aus einer solchen Zuordnung zur „außerbetrieblichen“ Sphäre würde sodann das Abzugsverbot der anfallenden Zinsen folgern.⁶⁸ Akzeptiert man diese systematische Einordnung, kann dem von Doralt angedachten Abzugsverbot für die Fremdfinanzierungskosten einer Gewinnausschüttung im Wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten entgegengetreten werden: Der *erste* Gesichtspunkt fokussiert den *Zusammenhang zwischen der Fremdmittelaufnahme und der damit finanzierten Vermögensauskehrung* und rekurriert auf die Frage, inwieweit das Abzugsverbot für die Gewinnausschüttung selbst auf den Charakter der dafür aufgenommenen Verbindlichkeit „durchschlägt“.⁶⁹ Anders gewendet wäre zu begründen, dass die Verbindlichkeit unabhängig von der Verwendung der Geldmittel für eine steuerneutrale Einkommensverwendung zu einer Betriebsschuld wird.⁷⁰ Unter einem *zweiten* Gesichtspunkt wäre der *Zusammenhang zwischen der Fremdmittelaufnahme und der damit erfolgten Refinanzierung des Betriebsvermögens* zu fokussieren. Dieser muss dementsprechend auf die Frage abzielen, ob die Sphärentrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern nach § 8 KStG eine Durchbrechung des betrieblichen Veranlassungszusammenhangs ausschließt, wenn lediglich das bisher im Betriebsvermögen reflektierte Eigenkapital in Erfüllung des gesellschaftsrechtlichen Ausschüttungsanspruches der Gesellschafter passivseitig durch Fremdkapital substituiert wird.⁷¹*

3. Die gesellschaftsrechtliche Dispositionsbeschränkung und die daraus folgende steuerliche Dispositionsfreiheit der Kapitalgesellschaft

Der *erste* Gesichtspunkt einer Argumentation für die Abzugsfähigkeit des Fremdfinanzierungsaufwandes für eine Gewinnausschüttung liegt darin, der Verbindlichkeit unabhängig von der Verwendung der Geldmittel für eine steuerneutrale Einkommensverwendung den Charakter einer Betriebsschuld zukommen zu lassen. Dies ließe sich allenfalls damit begründen, dass der Legalanspruch der Gesellschafter auf die Ausschüttung des Bilanzgewinnes zu einer veranlassungstheoretischen Abkopplung des Ausschüttungsvorganges von der Finanzierungsentscheidung der Gesellschaft führt. Einen Anhaltspunkt dafür könnte die Überlegung bieten, dass die durch die Mittelverwendungsrechtsprechung des VwGH bewirkte Einschränkung der Finanzierungsfreiheit des Steuerpflichtigen erkennbar auf die Unterbindung von steuerlichen Wirkungen der Entnahme von Fremdmitteln aus der betrieblichen in die außerbetriebliche Sphäre des Einzelunternehmers ausgerichtet ist. So dürfen grundätzlich vorhandene Eigenmittel dem Betrieb entzogen werden; das daraus resultie-

⁶⁷ VwGH 24.6.2004, 2001/15/0002, ÖStZB 2005/32; aA noch *Damböck*, Anmerkungen zu jüngsten BMF-Erledigungen, ecolex 2000, 446 (446), der wegen des Mittelzuflusses durch die Fremdfinanzierung auch eine Zuordnung der Verbindlichkeit zum gewillkürten Betriebsvermögen für möglich hält.

⁶⁸ Zum Verhältnis zur verdeckten Gewinnausschüttung siehe unten Kapitel III.

⁶⁹ Dabei ist es mE aber irrelevant, ob man die Annahme einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung auf § 8 Abs 2 KStG oder auf § 12 Abs 1 Z 1 KStG stützen möchte, zumal beide Vorschriften im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft letztlich nur deklarativen Charakter haben können; siehe dazu und zur Frage, ob § 12 Abs 1 Z 1 KStG auf Gewinnausschüttungen überhaupt anwendbar ist, *G. Kofler*, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (10 ff); *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (143 f).

⁷⁰ Kapitel II.3.

⁷¹ Kapitel II.4.

rende höhere betriebliche Erfordernis zur Fremdfinanzierung führt nicht dazu, dass die entsprechenden Schuldzinsen ihre Eigenschaft als Betriebsausgaben verlieren.⁷² Auch in einem solchen Fall dienen nämlich die Fremdmittel der Finanzierung des Betriebsaufwandes. Führt aber nicht das durch allfällige Entnahmen verursachte Fehlen von Eigenmitteln zu einem dadurch ausgelösten vermehrter Fremdkapitalbedarf zur Bestreitung von Betriebsaufwand und sohin zu höheren Schuldzinsen, sondern die Bestreitung von Ausgaben der privaten Lebensführung, ist die Abzugsfähigkeit zu verneinen. Zur Herstellung dieses Konnexes betont der VwGH die Maßgeblichkeit der Verwendung der Geldmittel;⁷³ es sei nur relevant, wozu die durch einen Kredit verfügbar gewordenen finanziellen Mittel dienen.⁷⁴ Dieser Judikatur ist allerdings zu unterstellen, dass sie in hohem Maße von der Dispositionsfreiheit des Steuerpflichtigen geprägt ist, die wiederum nur durch seine private Lebensführung eingeschränkt ist. Er hat einerseits die freie Wahl, wie er den Betrieb finanziert, andererseits die freie Wahl, wie er seine private Lebensführung gestaltet und welchen Mittelbedarf er dafür in Kauf nimmt; selbst wenn sich der private Mittelbedarf zwangswise ergibt – wie beispielsweise im Falle der Ausgaben des Haushaltes und Unterhaltes iSd § 20 Abs 1 Z 1 EStG – folgt dieser Zwang aus der privaten Lebensgestaltung. Vor diesem Hintergrund kann in der Mittelverwendungsrechtsprechung durchaus eine praktikable, wenngleich dogmatisch nicht befriedigende Verkürzung der Frage nach dem Veranlassungszusammenhang gesehen werden, um die steuerlichen Wirkungen einer Verschiebung der Kosten der privaten Lebensführung in den betrieblichen Bereich zu verhindern.

Exakt diese Dispositionsfreiheit besteht freilich im Fall der Gewinnausschüttung nicht. Für *offene* Ausschüttungen folgert sowohl nach § 52 AktG als auch nach § 82 Abs 1 GmbHG der Anspruch der Gesellschafter auf den Bilanzgewinn. Entsteht daher aufgrund dieser Bestimmungen ein Anspruch der Gesellschafter auf Ausschüttung, so liegt es nahe, die nachfolgende Finanzierungsentscheidung zur Befriedigung dieses Anspruches – ähnlich wie beim Zinsendienst im Rahmen der Fremdfinanzierung – im betrieblichen Bereich zu belassen.⁷⁵ Es handelt sich gerade nicht um die Ausschüttung von Eigenkapital und nicht um die – bei § 4 Abs 1 EStG umstrittene – Entnahme von Fremdkapital; bilanziell ist diese Ausschüttung auch vollständig eigen- und nicht fremdfinanziert.⁷⁶ Für diese Sichtweise spricht auch der Vergleichsfall der aus Eigenmitteln finanzierten Ausschüttung: Es kann nämlich im Grunde kein Zweifel daran bestehen, dass die Herstellung von Liquidität zur Bedienung der Ausschüttungsverpflichtung durch die Veräußerung von Betriebsvermögen der betrieblichen und nicht der gesellschaftsrechtlichen Sphäre zuzuordnen ist. Zu Recht wurde noch nie behauptet, dass beispielsweise die Liquidierung von Wertpapieren zur Freimachung liquider Mittel eine vorherige Überführung dieser Wertpapiere im Entnahme- und Einlagewege nach § 4 Abs 1 EStG unter entnahmefreier Gewinnaufdeckung nach § 6 Z 4 EStG und Teilwerteinlage nach § 6 Z 5 EStG in die „Privatsphäre“ bedeuten würde. Im Gegenteil: Die Ausschüttung erfolgt nach der gesetzlichen Systematik direkt aus dem Betrieb der Gesellschaft, da es andernfalls – bei einer Zwischenschaltung der „Privatsphäre“ – der Anordnung des § 8 Abs 2

⁷² VwGH 16.11.1993, 89/14/0158, ÖStZB 1994, 299.

⁷³ Ausführlich Margreiter, Zur betrieblichen Abzugsfähigkeit von Kreditzinsen, SWK 1996, A 459.

⁷⁴ Siehe zB VwGH 29.6.1999, 95/14/0150, ÖStZB 1999, 601; VwGH 22.2.2000, 94/14/0129, ÖStZB 2001/101.

⁷⁵ Ebenso nunmehr VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

⁷⁶ Siehe auch Beiser, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen?, ÖStZ 2002/171, 96 (97).

TS 1 KStG gar nicht bedürfte. Zu Recht betont daher der VwGH in seinen Überlegungen zur Abzugsfähigkeit von Kosten der Fremdfinanzierung einer Gewinnausschüttung die Sonderstellung der Gewinnausschüttung nach § 8 KStG im Vergleich zur Entnahme von Fremdmitteln nach § 4 Abs 1 EStG. Das Abzugsverbot für die Gewinnausschüttung ergibt sich insofern schon aus „*dem System der Einkommensbesteuerung von Körperschaften, würde doch im Falle eines Abzuges des Gewinnes grundsätzlich keine Besteuerungsgrundlage verbleiben*“.⁷⁷ Basierend auf der Überlegung, dass für offene Ausschüttungen aus § 82 Abs 1 GmbHG „*der Anspruch der Gesellschafter auf den Bilanzgewinn*“ folgt, stelle die Gewinnausschüttung „*zwar eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme dar; ihr kommt allerdings eine Sonderstellung zu: ohne den Anspruch auf Gewinnausschüttung würde auch die Kapitalzufluss für den betrieblichen Bereich der Körperschaft unterbleiben. Sie steht damit in Zusammenhang mit der Kapitalüberlassung durch die von der den Betrieb führenden Körperschaft zu unterscheidenden Gesellschafter*“.⁷⁸

Eine solche Analyse könnte freilich dem – oben dargelegten – Einwand begegnen, dass die Fragestellung nicht beim einkommensteuerlichen Problem der Entnahme von Fremdmitteln stehen bleiben darf, sondern es vielmehr auf die Determinierung der Betriebsvermögenseigenschaft der *Verbindlichkeit* selbst ankommt, wenn sie nicht der Bestreitung abzugsfähiger Aufwendungen oder Ausgaben dient. Diese Frage wirft sich nämlich unabhängig davon auf, ob ein Vermögenstransfer zwangsläufig erfolgt ist, solange nur steuerlich die Abzugsfähigkeit für diesen Vermögenstransfer versagt wird; daran knüpft sich die Folgefrage der steuerlichen Behandlung der damit zusammenhängenden weiteren Aufwendungen. Beispielsweise sei hier wieder auf die Begleichung der Körperschaftsteuerschuld zurückgegriffen: Diese entsteht zwangsläufig aufgrund des Legalanspruches des Fiskus; nichtsdestoweniger versagt § 12 Abs 1 Z 6 KStG die Abzugsfähigkeit. Die Problemlage liegt damit insofern parallel zur Ausschüttung, auf die die Gesellschafter ebenfalls einen Legalanspruch haben, deren Abzugsfähigkeit aber durch § 8 Abs 2 KStG versagt wird. In beiden Fällen geht es somit gleichermaßen um die Frage, ob die zur Bestreitung des nichtabzugsfähigen Vermögenstransfers an den Fiskus bzw die Gesellschafter aufgenommene Verbindlichkeit dem Betriebsvermögen zuzuordnen ist oder vielmehr dem Charakter des nichtabzugsfähigen Vermögenstransfers in die „außerbetriebliche“ Sphäre folgt.

Einer solchen Annahme lässt sich freilich die – letztlich auch vom VwGH aufgegriffene⁷⁹ – einfache Überlegung entgegenhalten, dass eine gesellschaftsrechtlich geschlossene Dividende jedenfalls eine Betriebsschuld begründet,⁸⁰ deren Finanzierung – gleichgültig in welcher Form – *steuerrechtlich* dem Betrieb zuzurechnen ist.⁸¹ Eine

⁷⁷ VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

⁷⁸ Siehe abermals VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

⁷⁹ VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

⁸⁰ So deutlich BFH 29.6.1994, I R 137/92, BFHE 175, 347, BStBl 2002 II 366.

⁸¹ *Lempenau*, Betriebsausgaben und Gewinnermittlung, StBjB 1986/87, 327 (336 f); *Meilicke/Sangen-Enden*, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (939); siehe auch *Buschmann/Mayerhofer*, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000/1173, 675 (679 f). In eine ähnliche Richtung geht auch die Überlegung, dass es durch den Zugang des aktiven Wirtschaftsgutes Kassa und eines passiven Wirtschaftsgutes Verbindlichkeit zu gewillkürtem Betriebsvermögen komme und daran auch die nachfolgende Verwendung der Aktiva zur Bestreitung der Ausschüttung nichts am einmal erworbenen Charakter des Betriebsvermögens ändern könne; dazu *Damböck*, Anmerkungen zu jüngsten BMF-Erledigungen, ecolex 2000, 446 (446).

solche Argumentation nähert sich damit der wirtschaftlichen Wirklichkeit insofern, als die Ausschüttung das Entgelt für die Kapitalüberlassung durch einen Dritten darstellt und damit einen Vorgang im Rahmen der Betriebsfinanzierung darstellt. Auf dieser Linie liegt denn auch die Rückübertragung dieses Arguments auf das Steuerrecht insofern, als die Gewinnausschüttung einer Kapitalgesellschaft in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gewährung von Kapital an die Gesellschaft zu sehen sei: Ohne entsprechende Verzinsung des Kapitals (Gewinnausschüttung) wäre niemand bereit, der Gesellschaft Kapital zur Verfügung zu stellen. Die Gewinnausschüttung diene daher unmittelbar betrieblichen Zwecken und stehe in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Betrieb; die Verbindlichkeit sei somit betrieblich veranlasst und die Schuldzinsen bei fremdfinanzierten Ausschüttungen müssten daher abzugsfähig sein.⁸² Der VwGH hat sich diese Überlegung zu eigen gemacht und solcherart die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen bejaht:

„Die Gewinnausschüttung steht im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb, gilt sie doch die durch die Gesellschafter erbrachte Kapitalüberlassung ab. Zwar bedingt es das System einer Körperschaftsteuerung, die Ausschüttung des Gewinnes an sich von jeder Auswirkung auf das Einkommen der Körperschaft auszuschließen, solches gilt aber nur für den Gewinn bzw. die Gewinnausschüttung an sich, nicht aber für die Aufwendungen der Fremdfinanzierung der Gewinnausschüttung. Die Fremdfinanzierung steht in Zusammenhang mit dem Anspruch der das Kapital überlassenden Gesellschafter auf Auszahlung des Gewinnes. Es spricht daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes nichts dagegen, die Finanzierungsentscheidung zur Befriedigung des Anspruches auf Gewinnausschüttung (Finanzierung der Zahlung durch Eigen- oder Fremdmittel) im betrieblichen Bereich zu belassen. Im Falle einer Fremdfinanzierung stellen die Zinsen Betriebsausgaben dar.“⁸³

4. Die körperschaftsteuerliche Sphärentrennung als Schranke für die Maßgeblichkeit der Mittelverwendung

Die Argumentation für die Abzugsfähigkeit des Fremdfinanzierungsaufwandes unter dem *ersten* Gesichtspunkt der mangelnden Dispositionsfreiheit der Gesellschaft und der darauf basierenden Überlegung, dass die Ausschüttung „*die durch die Gesellschafter erbrachte Kapitalüberlassung ab[gilt]*“, lässt sich durch einen *zweiten* Gesichtspunkt ergänzen. Dieser komplementäre Argumentationsansatz fokussiert ebenfalls die Sphärentrennung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, die der Anwendung der Mittelverwendungstheorie insofern eine Schranke ziehen könnte, als *steuerrechtlich* der betriebliche Veranlassungszusammenhang des für die Ausschüttungsförderung aufgenommenen Fremdkapitals mit dem vormals durch Eigenkapital finanzierten *Betriebsvermögen* nicht durchbrochen wird. Es besteht im Grunde Einigkeit, dass die veranlassungstheoretischen Überlegungen des Einkommensteuerrechts, wie sie bei der Fremdfinanzierung von Entnahmen nach § 4 Abs 1 EStG ange stellt werden, aufgrund der Besonderheiten des Körperschaftsteuerrechts und des gesellschaftsrechtlichen Kontextes nicht unbesehen auf die Frage der fremdfinanzierten Ausschüttung übertragen werden können. Zur Begründung dieser Sichtweise werden

⁸² So zB Buschmann/Mayerhofer, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000/1173, 675 (679 f).

⁸³ VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122.

die Finanzierungsfreiheit,⁸⁴ die Anwendung der Grundsätze der verdeckten Gewinn-ausschüttung⁸⁵ sowie die mangelnde Nutzungziehung der Gesellschafter⁸⁶ herangezogen. Der VwGH macht die Bedeutung der Sphären-trennung insofern deutlich, als er letztlich auf die – mittelbare – betriebliche Veranlassung⁸⁷ der Fremdfinanzierung insofern rekurriert, als die Gewinnausschüttung eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme darstelle, ohne deren Einhaltung auch eine Kapitalzufuhr für unternehmerische Zwecke nicht erfolgen würde; sie stehe damit in betrieblichem Zusammenhang mit der Kapitalzuführung, auch wenn sie mit Fremdkapital finanziert wird.⁸⁸ Über diesen Zusammenhang mit der Kapitalzuführung und Kapitalüberlassung hinaus ist allerdings im Lichte des *zweiten* Gesichtspunkts im Folgenden die Frage zu stellen, ob aufgrund Sphären-trennung im Körperschaftsteuerrecht – aus einer betrieblichen Perspektive – der Fokus auf das *finanzierte Vermögen* und weniger auf die *Mittelaus-kehrung an Gesellschafter* zu legen ist.

Einen Ansatzpunkt für eine körperschaftsteuerspezifische Veranlassungsbetrachtung der Fremdfinanzierung der *Gewinnausschüttung* bietet der durch die Rechtsprechung bereits ausgelotete umgekehrte Fall der Kosten der *Eigenkapitalbeschaffung*. Die dortige Fragestellung sei daher kurz umrissen: § 11 Abs 1 Z 1 KStG normiert für unter § 7 Abs 3 KStG fallende Körperschaften den Betriebsausgabencharakter der von diesen zu tragenden⁸⁹ Aufwendungen im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, also etwa Gründung, Kapitalerhöhung, Zuführung von offenen oder verdeckten Einlagen etc.⁹⁰ Dies führt sogleich zur hier interessierenden Folgefrage, ob § 11 Abs 1 Z 1 KStG bloß deklarative Bedeutung zukommt und damit für derartige Aufwendungen und Ausgaben ohnehin bereits nach allgemeinem Steuerrecht der Betriebsausgabenabzug zusteht. Diese Streiffrage ist vor allem zum engeren § 12 Abs 1 Z 1 KStG 1966 entbrannt, wonach Kosten für die steuerneutrale Kapitalbeschaffung durch Kapitalgesellschaften in Form der Ausgabe von Gesellschaftsanteilen „*soweit*“ als abzugsfähig erklärt wurden, als diese „*nicht aus dem Aufgabegeld gedeckt werden können*“. Während die hA im Schrifttum⁹¹ davon

⁸⁴ *Beiser*, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen?, ÖStZ 2002/171, 96 (96 ff).

⁸⁵ In diese Richtung *Achatz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (136 ff).

⁸⁶ In diese Richtung *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 156 f.

⁸⁷ *Buschmann/Mayerhofer*, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000/1173, 675 (677).

⁸⁸ VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122. Zu diesem Ergebnis gelangen – wenngleich ohne nähere Begründung – auch die vereinzelten Stellungnahmen in Deutschland; siehe *Lempenau*, Betriebsausgaben und Gewinnermittlung, StbJb 1986/87, 336; *Meilicke/Sangen-Emden*, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (938); *Prinz*, Steuerlicher Schuldzinsenabzug – Labyrinth oder Steuerfalle, StbJb 1999/2000, 293 (312 f).

⁸⁹ Ex lege Gesellschaftssteuer und Eintragungsgebühr; siehe dazu und zur Übernahme der Gründungskosten aus gesellschaftsrechtlicher Sicht etwa *Koppensteiner*, GmbHG² (1998), § 7 Rz 10 ff.

⁹⁰ Dazu *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 11 Anm 7.

⁹¹ Siehe zB *Lechner*, Zur Abzugsfähigkeit der Gesellschaftssteuer bei gesellschaftsrechtlichen Einlagen, ÖStZ 1984, 246 (246 ff); *Arnold*, Verfassungs- und gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur Frage der Abzugsfähigkeit der Gesellschaftssteuer bei Gesellschafterzuschüssen, ÖStZ 1987, 45 (45 ff). Hingewiesen sei darauf, dass diese Sichtweise auch Rückhalt in der deutschen Rechtsentwicklung findet: Während die Rechtsprechung anfänglich noch vom begünstigenden Charakter der – dem § 12 Abs 1 Z 1 KStG 1966 entsprechenden – Vorschrift des § 11 Nr 1a dKStG 1965 ausgegangen war (zB BFH 6.10.1959, I 136/79 U, BFHE 70, 24, BStBl 1960 III 10; BFH 17.10.1961, I 66/60 U, BFHE 73, 784, BStBl 1961 III 551;

ausging, dass derartige Ausgaben ohnehin nicht vom Abzugsverbot des § 17 Abs 1 KStG 1966 (§ 12 Abs 2 KStG 1988) erfasst seien und daher lediglich eine konstitutiv wirkende Einschränkung der Abzugsfähigkeit bei einem Ausgabeaufgeld getroffen sei, sprachen sich Finanzverwaltung⁹² und Rechtsprechung⁹³ zum KStG 1966 für der konstitutiven Charakter der gesamten Vorschrift aus. Dementsprechend seien Aufwendungen zur nicht steuerbaren Eigenkapitalbeschaffung im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang nach § 17 Abs 1 KStG 1966 (§ 12 Abs 2 KStG 1988) nicht abzugsfähig, sodass der Gesetzgeber in § 12 Z 1 KStG 1966 eine positive Ausnahmeregelung für jene Kosten, die „nicht aus dem Aufgabegeld gedeckt werden können“, treffen musste; diese Gegenausnahme für die Aufgeldsituation sei daher eng auszulegen.⁹⁴ Daraus folgerte für das KStG 1966 weiters, dass nur die Emissionskosten von *Kapitalgesellschaften*, „soweit“ diese „nicht aus dem Aufgabegeld gedeckt werden können“, als abzugsfähig angesehen wurden, während Emissionskosten anderer Körperschaften zur Gänze vom Abzugsverbot betroffen waren.⁹⁵ Es

BFH 27.2.1963, I 204/60 U, BFHE 76, 621, BStBl 1963 III 225), hat die nachfolgende Juridikatur den grundsätzlichen Betriebsausgabencharakter von Kosten der Anteilsausgabe oder Kapitalerhöhung anerkannt, wobei dem Abzug auch das – dem § 12 Abs 2 KStG 1988 vergleichbare – Abzugsverbot des § 3c dESTG iVm § 8 dKStG nicht entgegenstehe (grundlegend BFH 21.12.1977, I R 20/76, BFHE 124, 317, BStBl 1978 II 346; nachfolgend BFH 8.6.1988, I R 132/84, BFH/NV 1989, 48; BFH 26.7.1989, I R 56/84, BFHE 158, 236, BStBl 1989 II 1027; noch offen gelassen in BFH 18.7.1973, I R 88/71, BFHE 110, 129, BStBl 1973 II 790). Den Vorschriften des § 11 Nr 1a dKStG 1965 bzw nachfolgend § 9 Nr 1 lit a dKStG 1977 wurde daher nur insoweit konstitutiver Charakter beigemessen, als sie eine Abzugsbeschränkung an die Deckung im Aufgeld knüpften. Seit dem Entfall dieser Bestimmung durch das StEntlG 1984 (dBGBI I 1983, 1583 = BStBl 1984 I 14) wird dementsprechend von einer vollen Abzugsfähigkeit der Kapitalbeschaffungskosten ausgegangen; siehe nur Tz 1 des Schreibens des dBMF zu „Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes durch das Steuerentlastungsgesetz 1984“, BStBl 1984 I 369; weiters zB BFH 19.1.2000, I R 24/99, BFHE 191, 107, BStBl 2000 II 545.

⁹² ZB Wiesner, Körperschaftsteuerrechtliche Einlagen und Entnahmen, in Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg (Hrsg), Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, FS Bauer (1986) 349 (354 f); Wiesner, Die schwierige Abgrenzung betrieblicher und außerbetrieblicher Zahlungen, SWK 1991, A I 139 (A I 160). So wohl auch die Regierungsvorlage zum KStG 1988 (ErlRV 622 BlgNR XVII. GP, 19), wo ausdrücklich von einer Erweiterung gegenüber § 12 Z 1 KStG 1966 dahingehend gesprochen wird, dass § 11 Abs 1 Z 1 KStG 1988 einen uneingeschränkten Abzug der Aufwendungen in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einlagen und Beiträgen iSd § 8 Abs 1 KStG gewährt und sohin den Ausnahmearakter gegenüber der in § 12 Abs 2 KStG 1988 verankerten Grundregel des Abzugsverbots bestärkt.

⁹³ Siehe jeweils hinsichtlich der von der Gesellschaft getragenen Gesellschaftsteuer für nicht steuerbare Gesellschafterzuschüsse VwGH 3.6.1987, 86/13/0201, 0202, ÖStZB 1988, 124; VwGH 14.10.1987, 87/13/0130, ÖStZB 1988, 243; VwGH 17.2.1988, 87/13/0240, 0241, ÖStZB 1988, 490; VwGH 16.3.1988, 87/13/0213, ÖStZB 1988, 490; VwGH 25.5.1988, 87/13/0236, ÖStZB 1989, 15; VwGH 10.12.1992, 89/14/0062, ÖStZB 1992, 666; VwGH 29.4.1992, 87/13/0214, ÖStZB 1992, 839.

⁹⁴ Ausdrücklich VwGH 29.4.1992, 87/13/0214, ÖStZB 1992, 839.

⁹⁵ So VwGH 24.2.1967, 1827/66, ÖStZB 1967, 108 = VwSlg 3579 f/1967 (betreffend Rechtsgeschäftsgebühren für die Erhöhung der Geschäftsanteile von Erwerbs- und Wirtschaftsgenosseenschaften); VwGH 29.4.1992, 87/13/0214, ÖStZB 1992, 839. Für diese Lesart könnte auch die ausdrückliche Einbeziehung des im Rahmen der KWG-Novelle 1986 (BGBI 325/1986) geschaffenen Partizipationskapitals als neues Bankenfinanzierungsinstrument in die Bestimmung des § 12 Z 1 KStG 1966 durch das 2. AbgÄG 1987 (BGBI 312/1987) sprechen. Denn ohne diese Bestimmung wären nach Ansicht der Finanzverwaltung sämtliche Emissionskosten bei körperschaftsteuerpflichtigen Banken, die nicht zugleich Kapitalgesellschaften sind, zur Gänze vom Abzugsverbot betroffen gewesen; dazu Wiesner, Die abgabenrechtlichen Begleitmaßnahmen zur KWG-Novelle, ÖStZ 1986, 222 (222 ff).

mag hier dahingestellt bleiben, ob eine Subsumtion der nicht steuerbaren Eigenkapitalbeschaffung unter § 12 Abs 2 KStG überhaupt widerspruchsfrei erfolgen kann⁹⁶ oder ob nicht letztlich sogar das Verfassungsrecht einen anderen Ansatz gebietet.^{97, 98} Wenngleich diese Frage im geltenden Recht wegen § 11 Abs 1 Z 1 KStG kaum noch Bedeutung haben wird,⁹⁹ spricht die von der Rechtsprechung gefundene Lösung eher gegen das im Schrifttum¹⁰⁰ vorgebrachte und eingangs dargestellte Argument des mittelbaren *betrieblichen Zusammenhangs* der fremdfinanzierten Gewinnausschüttung mit der betrieblichen Notwendigkeit der Kapitalbeschaffung. Allerdings schafft diese Judikatur im Umkehrschluss auch einen klaren und zutreffenden Anhaltspunkt für den Charakter der Trennung der Sphären von Gesellschafter und Gesellschaft. Der VwGH musste nämlich in Rahmen seiner Judikatur zur Vorgängerbestimmung des § 12 Abs 2 KStG auch dem Einwand entgegentreten, dass mit der Einlage eines Einzelunternehmers zusammenhängende Spesen Betriebsausgaben seien und Gleiche für Gesellschaftereinlagen und die darauf anfallende Gesellschaftsteuer gelten müsse. Zutreffend hielt der Gerichtshof dieser Überlegung aber die Sphärentrennung entgegen:¹⁰¹ Bei diesem Vergleich werde nämlich übersehen, „*dass bei der Einlage eines Einzelkaufmannes der Einlegende selbst Steuersubjekt ist. Ihm erwächst im Zusammenhang mit seiner Erwerbstätigkeit ein abzugsfähiger Aufwand, der in keinem Zusammenhang mit nicht steuerbaren Einkünften steht. Anders verhält es sich bei einer Kapitalgesellschaft, die einen Gesellschafterzuschuss erhält. Hier tritt beim Steuersubjekt, nämlich bei der Kapitalgesellschaft, eine Vermögensvermehrung durch Leistung von dritter Seite, nämlich seitens der Gesellschafter, ein. Diese Vermögensvermehrung ist ein nicht steuerbarer Teil des handelsrechtlichen Gewinnes [...] und mit einer Einlage im einkommensteuerrechtlichen Sinn nicht vergleichbar*“.

Konsequenterweise muss auch die Trennung der Steuersubjekte im umgekehrten Fall der Einkommensverwendung nach § 8 Abs 2 TS 1 KStG ebenso streng gesehen werden.¹⁰² Die Überführung von Fremdmitteln in das Privatvermögen im Wege der Entnahme iSd § 4 Abs 1 EStG ist damit insofern nicht mit einer fremdfinanzierten Ausschüttung iSd § 8 Abs 2 KStG vergleichbar. Im erstgenannten Fall wird der Sphärenwechsel innerhalb desselben Steuersubjektes vollzogen, während es sich im

⁹⁶ Sie erscheint jedenfalls insofern inkonsistent, als umgekehrt die betriebliche Veranlassung der ebenfalls steuerneutralen Fremdmittelbeschaffung nicht bezweifelt und solcherart der sofortige Betriebsausgabenabzug von – nicht aktivierungspflichtigen – Geldbeschaffungskosten zugelassen wird; siehe VwGH 7.7.1971, 734/69, ÖStZB 1972, 32 = VwSlg 4264 F/1971; die Abzugsfähigkeit bejahend zB auch BFH 21.2.1973, I R 106/71, BFHE 109, 22, BStBl 1973 II 460 (zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen), und dieser Entscheidung folgend BFH 21.12.1977, I R 20/76, BFHE 124, 317, BStBl 1978 II 346, sowie BFH 26.7.1989, I R 56/84, BFHE 158, 236, BStBl 1989 II 1027. Insofern läge eine Gleichbehandlung von Kosten der Eigenmittelbeschaffung nahe; in diese Richtung auch BFH 26.7.1989, I R 56/84, BFHE 158, 236, BStBl 1989 II 1027.

⁹⁷ Arnold, Verfassungs- und gesellschaftsteuerrechtliche Überlegungen zur Frage der Abzugsfähigkeit der Gesellschaftsteuer bei Gesellschafterzuschüssen, ÖStZ 1987, 45 (45 ff).

⁹⁸ Zu möglichen Folgerungen für die Frage der fremdfinanzierten Ausschüttungen, sofern man die Anwendbarkeit des § 12 Abs 2 KStG auf die Kapitalbeschaffung verneint, siehe bereits G. Kofler, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (16 f.).

⁹⁹ Siehe aber die Überlegungen zur Gesellschaftsteuer bei der GmbH & Co bei Hörtnagl, Gesellschaftsteuer bei GmbH & Co K(E)G als Betriebsausgabe?, ÖStZ 2004/5, 15 (15 ff)

¹⁰⁰ Buschmann/Mayerhofer, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000/1173, 675 (677).

¹⁰¹ VwGH 29.4.1992, 87/13/0214, ÖStZB 1992, 839.

¹⁰² Siehe auch Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler, KStG 1988, § 8 Anm 1, 10 ff; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 8 Tz 1 ff; siehe auch ErlRV 622 BlgNR XVII, GP, 17.

zweitgenannten Fall um eine Vermögensübertragung auf ein *anderes* Steuersubjekt handelt. Ebenso wie daher die Einlage iSd § 8 Abs 1 KStG durch ein *anderes* Steuersubjekt in das Betriebsvermögen der Gesellschaft erfolgt, stammt auch die Ausschüttung an die Gesellschafter aus dem Betriebsvermögen der Gesellschaft, ohne dass ein Umweg über die „Privatsphäre“ der Gesellschaft unterstellt werden dürfte.¹⁰³ Der im Rahmen des *ersten* Argumentationsgesichtspunktes¹⁰⁴ fokussierte Zusammenhang der Fremdfinanzierungskosten mit der steuerneutralen Ausschüttung könnte sich daher aus steuerrechtlicher Sicht auch deshalb als ein scheinbarer erweisen, weil es sich bei wirtschaftlicher Wertung aus der Sicht der Gesellschaft lediglich um einen „Gläubigerwechsel“ handelt: Die durch den Ausschüttungsbeschluss entstandene Verbindlichkeit gegenüber den Gesellschaftern wird durch eine Verbindlichkeit gegenüber einem dritten Gläubiger ersetzt. Dieser Fall unterscheidet sich von den sonstigen Fällen nichtabzugsfähiger Aufwendungen überdies dadurch, dass es nicht um die Abgrenzung zwischen betrieblichem und außerbetrieblichem Aufwand der Gesellschaft geht, sondern um die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftersphäre. Nur im letztgenannten Fall wird der Gesellschaft – auch durch Gewinne entstehendes – Eigenkapital zur Nutzung überlassen, dessen Bindung im Betriebsvermögen aufgrund des Ausschüttungsanspruches aber idealtypisch temporär ist. Wäre also der Anspruch der Gesellschafter auf die Ausschüttung instantane erfüllt worden, hätte dies eine entsprechende Fremdmittelaufnahme zur Aufrechterhaltung oder Expansion des Betriebes bedurft.¹⁰⁵

Hier darf nämlich auch nicht übersehen werden, dass zu Recht eine parallele Sphärentrennung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner völlig unbestritten ist: So ist zweifelsfrei zwar die Schuldentilgung selbst nicht abzugsfähig, wohl aber Aufwendungen, die durch die steuerneutrale Schuldentilgung veranlasst sind.¹⁰⁶ Außer Zweifel steht auch die Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen für ein Darlehen, wenn die durch dieses Darlehen beschafften Valuta zur – steuerneutralen – Rückzahlung einer Betriebsschuld verwendet werden.¹⁰⁷ Dass hier das vom VwGH in den Vordergrund gerückte – und auch gegen die Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungszinsen im Ausschüttungsfalle aktivierte – Konzept der unmittelbaren Mittelverwendung und der geforderte Zusammenhang mit Betriebsausgaben nicht hinreicht, ist offensichtlich, wird doch die Abzugsfähigkeit bejaht, obwohl die aufgebrachten Mittel zur *steuerneutralen* Fremdmittelrückzahlung verwendet werden. Die betriebliche Veranlassung lässt sich schon daraus begründen, dass der wirtschaftliche Zusammenhang der Verschuldung als solcher mit dem betrieblichen Bereich bestehen bleibt, dient doch das neue Darlehen dem Zweck der Ablösung betrieblich veranlasster Verbindlichkeiten.¹⁰⁸ Damit wird aber lediglich zum Ausdruck gebracht, dass

¹⁰³ Ebenso Achatz, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (137).

¹⁰⁴ Oben Kapitel II.3.

¹⁰⁵ Siehe auch die Argumentation von *Buschmann/Mayerhofer*, Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen, ÖStZ 2000/1173, 675 (681).

¹⁰⁶ BFH 21.12.1977, I R 20/76, BFHE 124, 317, BStBl 1978 II 346.

¹⁰⁷ Siehe nur BFH 4.7.1990, GrS 2-3/88, BFHE 161, 290, BStBl 1990 II 817 mwN; siehe auch Niedersächsisches FG 25. 7. 1978, VI E 234/77, EFG 1979, 13; BFH 11.12.1980, I R 198/78, BFHE 133, 27, BStBl 1981 II 462; weiters zB *Heinicke in Schmidt*, EStG²⁴ (2005), § 4 Rz 226. In diese Richtung deuten auch die österreichische Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Sonderausgabenbegünstigung in Umschuldungssituationen; siehe VwGH 10.6.1964, 1323/63, VwSlg 3097 F/1964 = ÖStZB 1964, 185, sowie BMF, SWK 1993, A 37.

¹⁰⁸ BFH 11.12.1980, I R 198/78, BFHE 133, 27, BStBl 1981 II 462.

es letztlich auf die Verbindung zwischen der Verbindlichkeit und dem finanzierten Betriebsvermögen ankommt.

Anders als im Falle der Entnahme nach § 4 Abs 1 EStG liegt daher die Argumentation nahe, eine ähnliche Überlegung auch beim Ersatz von Eigen- durch Fremdkapital Platz greifen zu lassen, zumal die Sphäre des Gesellschafters von jener der Gesellschaft getrennt ist. Insofern wäre die durch die Finanzierungsänderung liquiditätsmäßig ermöglichte steuerneutrale Erfüllung des Ausschüttungsanspruches nicht geeignet, den tiefer gehenden betrieblichen Zusammenhang mit der Bindung des Kapitals im Betriebsvermögen aufzuheben.¹⁰⁹ Die auf der betrieblichen Veranlassung basierende Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen im Fall der Umschuldung könnte sich also schon daraus ergeben, dass es sich lediglich um den Ersatz von *im Betrieb genutzten* Eigenkapital durch Fremdkapital handelt, zumal Ersteres an einen *weiteren* Steuerpflichtigen überführt werden muss und daher den erneuten Finanzierungsbedarf schafft. Dies ist aber im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besonders deutlich, zumal § 52 AktG und § 82 Abs 1 GmbHG einen *gesetzlichen* Anspruch der Gesellschafter auf den Bilanzgewinn der Gesellschaft schaffen. Damit scheidet aber die Übertragung der zu § 4 Abs 1 EStG entwickelten Mittelverwendungsrechtsprechung und des darauf basierenden Abzugsverbots für die Kosten entnommenen *Fremdkapitals* auf eine fremdfinanzierte Ausschüttung schon an der Wurzel aus, ist es doch aufgrund der Sphärentrennung nach dem gesetzlichen Konzept gerade die *Eigenkapitalausschüttung*, die eine *betriebliche* Fremdfinanzierung notwendig macht.¹¹⁰

5. Ergebnis und Folgerungen

„Schuldzinsen in Zusammenhang mit der Finanzierung von Gewinnausschüttungen stehen nicht mit Betriebsausgaben in Zusammenhang und sind daher nicht abzugsfähig.“¹¹¹ Diese kurze Begründung Doralts ist auch bei näherer Analyse bestechend. Sie führt über das doppelt derivative Konzept der Zuordnung von Verbindlichkeiten zum Betriebsvermögen in erster Linie in den Bereich der „außerbetrieblichen“ Sphäre der Kapitalgesellschaft, fokussiert aber weniger die typischerweise im Rahmen der Analyse verdeckter Ausschüttungen oder der Analyse der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung der Anschaffung oder Herstellung aktiver Wirtschaftsgüter aufgeworfene Frage, ob dem Gesellschafter ein Vorteil zugewendet worden ist. Allerdings lässt sich durch eine Fokussierung der Sphärentrennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter und des Legalanspruches der Gesellschafter auf die Ausschüttung erwirtschafteter Gewinne durchaus die betriebliche Veranlassung der Fremdfinanzierung einer solchen Ausschüttung begründen. Dieser Sichtweise ist letztlich auch der VwGH gefolgt: Die Gewinnausschüttung stehe deswegen im wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb, weil sie die durch die Gesellschafter erbrachte Kapitalüberlassung abgilt; das – systemimmanente – Abzugsverbot nach § 8 Abs 2 KStG gilt „nur für den Gewinn bzw. die Gewinnausschüttung an sich [...], nicht aber für

¹⁰⁹ In diese Richtung womöglich auch *Djanani/Kapferer*, Probleme der Zuordnung von Verbindlichkeiten, ÖStZ 1987, 166 (166) (Schuldaufnahme zum „Ersatz von abfließendem Fremd- und Eigenkapital“).

¹¹⁰ So im Ergebnis auch *Beiser*, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen?, ÖStZ 2002/171, 96 (97).

¹¹¹ *Doralt*, EStG² (1992), § 4 Tz 330 und aktuell EStG⁷ (2002), § 4 Tz 330, jeweils unter „Finanzierungskosten“.

die Aufwendungen der Fremdfinanzierung der Gewinnausschüttung, weshalb „die Finanzierungsentscheidung zur Befriedigung des Anspruches auf Gewinnausschüttung (Finanzierung der Zahlung durch Eigen- oder Fremdmittel) im betrieblichen Bereich zu belassen“ ist und die Zinsen im Falle einer Fremdfinanzierung daher Betriebsausgaben darstellen.¹¹² Über diese Argumentation hinaus ist mE der Anwendung der Mittelverwendungstheorie auf die Änderung der Finanzierungsform durch die Sphären trennung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft – ebenso wie bei jener zwischen Gläubiger und Schuldner – auch insofern eine Schranke gezogen, als der betriebliche Veranlassungszusammenhang mit dem vormals durch Eigenkapital finanzierten Betriebsvermögen nicht durchbrochen wird.¹¹³

Bejaht man in diesem Sinne die Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungskosten für offene Ausschüttungen, so muss diese Konsequenz mE auch für verdeckte Ausschüttungen gezogen werden.¹¹⁴ Denn § 8 Abs 2 KStG wohnt der Gedanke inne, die Kapitalgesellschaft und ihren Anteilseigner so zu stellen, als hätten sie sich fremdüblich verhalten und die Zuwendung in Form einer offenen Gewinnausschüttung vorgenommen, anstatt sie in einen Leistungsaustausch zu kleiden. Wenn aber die Fremdfinanzierung einer offenen Ausschüttung steuerliche Wirkung hat, kann für die verdeckte Ausschüttung nichts Anderes gelten. Auch der mögliche Einwand, die verdeckte Ausschüttung führe zu einem gesellschaftsrechtlichen oder gesellschaftsvertraglichen Rückforderungsanspruch der Gesellschaft und dessen Nichtgeltendmachung lasse die Fremdfinanzierung *societatis causa* erscheinen, verfängt nicht.¹¹⁵ Die steuerliche Erfassung der verdeckten Ausschüttung erfolgt vielmehr unter Ausblendung eines – noch nicht geltend gemachten – Rückforderungsanspruches, weshalb der Vorgang auf Gesellschaftsebene auch nicht als bloße Vermögensumschichtung, sondern als Vorteilszuwendung der Körperschaft an den Anteilsinhaber anzusehen ist, die die entsprechenden steuerlichen Konsequenzen auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene auslöst.¹¹⁶ Erst wenn der gesellschaftsrechtliche Rückgriffsanspruch in weiterer Folge tatsächlich durchgesetzt wird, handelt es sich um eine Einlage.¹¹⁷ Dies führt freilich zu der viel allgemeineren Fragestellung, ob die Nichtgeltendmachung eines Rückforderungsanspruches und damit aus Gesellschaftssicht einer Einlageforderung eine verdeckte Ausschüttung in Höhe der entgehenden Zinseinnahmen sein kann.¹¹⁸

Schließlich kann noch die Frage der fremdfinanzierten Einlagenrückzahlung aufgeworfen werden. Diesbezüglich wird im Schrifttum mit der Eigenschaft der Einlagenrückzahlung als *contrarius actus* zum als Tausch normierten Einlagevorgang nach § 6 Z 14 lit b EStG argumentiert; es sei somit die Einlagenrückzahlung als Veräuße-

¹¹² VwGH 19.12.2006, 2004/15/0122; siehe dazu oben Kapitel II.3.

¹¹³ Siehe dazu oben Kapitel II.4.

¹¹⁴ Siehe auch G. Kofler, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (16 ff); Achatz, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in Bertl et al (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (145).

¹¹⁵ Vgl Achatz, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in Bertl et al (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (145 f).

¹¹⁶ Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 8 Rz 36.

¹¹⁷ Vgl etwa VwGH 24.3.1998, 97/14/0118, ÖStZB 1998, 737; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 8 Rz 36; siehe aus der deutschen Rechtsprechung zB BFH 29.5.1996, I R 118/93, BFHE 180, 405, BStBl 1997 II 92; BFH 25.5.1999, VIII R 59/97, BFHE 188, 569, BStBl 2001 II 226.

¹¹⁸ Dazu Rz 1081 KStR 2001; siehe zu dieser Frage aus der deutschen Rechtsprechung zB BFH 13.11.1996, I R 126/95, BFHE 182, 358 mwN.

rung von betrieblichem Vermögen anzusehen, die damit im Zusammenhang stehenden Kosten seien daher als Betriebsausgaben abzugsfähig.¹¹⁹ Der VwGH ist dieser Ansicht allerdings mit knapper Begründung entgegengetreten: Die Fremdfinanzierung einer Einlagenrückzahlung führt deshalb nicht zu Betriebsausgaben; während „mit der Ausschüttung des erwirtschafteten Gewinnes die Überlassung von Kapital durch einen Gesellschafter abgegolten wird und insofern ein betrieblicher Zusammenhang angenommen werden kann, stellt die Rückgewährung des überlassenen Kapitals eine rein gesellschaftsrechtliche Maßnahme dar, deren Fremdfinanzierung, wie die Fremdfinanzierung einer Entnahme i.S.d. § 4 Abs. 1 EStG 1988, nicht zu Betriebsausgaben führt.“ Obwohl diese Folgerung im Hinblick auf die Rechtsprechung des VwGH zur prinzipiellen Anwendbarkeit des umgekehrten gelagerten Abzugsverbots des § 12 Abs 2 KStG auf Aufwendungen im Zusammenhang mit der nicht steuerbaren Kapitalbeschaffung¹²⁰ auf den ersten Blick konsequent erscheint, vermag sie mE letztlich nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass der VwGH implizit eine per Analogieschluss umgekehrte Anwendung der ausdrücklichen Abzugserlaubnis des § 11 Abs 1 KStG für Kosten der Kapitalbeschaffung nicht für möglich erachtet, verbleibt gerade bei der Einlagenrückzahlung letztlich noch deutlicher das oben vorgebrachte Argument, dass es bei der Einlagenrückzahlung zu einer *Eigenkapital*-ausschüttung kommt, die – ähnlich einer Umschuldung – eine *betriebliche* Fremdfinanzierung notwendig macht und damit letztlich deren betriebliche Veranlassung nicht beeinflusst.¹²¹

III. Ein kurzer Blick nach Deutschland zur Frage der (weiteren) verdeckten Ausschüttung von Fremdkapitalzinsen bei fremdfinanzierten Gewinnausschüttungen

Obwohl die Erfassung verdeckter Ausschüttungen auf *Gesellschaftsebene* für Vorteilszuwendungen aus dem „außerbetrieblichen“ Bereich einer Kapitalgesellschaft nicht ausgeschlossen ist, folgt aus der Zuordnung eines Wirtschaftsgutes zur außerbetrieblichen Sphäre der Gesellschaft, dass auf *ihrer* Ebene die Annahme einer verdeckten Ausschüttung jedenfalls ausscheidet.¹²² Damit wird aber deutlich, dass es sich bei der Frage der Abzugsfähigkeit der Fremdfinanzierungskosten für die Gewinnausschüttung auf *Gesellschaftsebene* nicht um eine Frage der Vorteilszuwendung an die Gesellschafter, sondern um eine Frage der Verbindlichkeitszuordnung handelt.¹²³ Geht man aber von einer *betrieblichen* Veranlassung der Verbindlichkeit und deren Zuordnung zum Betriebsvermögen aus, so folgt schon daraus die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen; überdies würde eine (weitere) verdeckte Ausschüttung der Zinsen schon mangels Vorteilszuwendung an die Gesellschafter ausscheiden.¹²⁴ Geht man hingegen von einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung und damit

¹¹⁹ Siehe Achatz, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (144 f).

¹²⁰ Siehe dazu und zur gesetzlichen Abzugserlaubnis in § 11 Abs 1 Z 1 KStG oben Kapitel II.4.

¹²¹ Dazu oben Kapitel II.4 und wiederum auch Beiser, Fremdfinanzierung von Gewinnausschüttungen?, ÖStZ 2002/171, 96 (97).

¹²² Dazu ausführlich und grundlegend Stangl, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 153 ff; siehe auch Bruckner, „Privatvermögen“ einer Kapitalgesellschaft – Analyse und kritische Anmerkungen, ÖStZ 2003/233, 110 (110 ff).

¹²³ Siehe bereits oben Kapitel II.2.

¹²⁴ Dazu auch G. Kofler, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (17 f).

der Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen auf *Gesellschaftsebene* aus, so wäre zwar eine verdeckte Ausschüttung der Zinsen auf *Gesellschafterebene* theoretisch möglich,¹²⁵ kommt aber konkret mangels Vorteilszuwendung ebenfalls nicht in Betracht.¹²⁶

Auch im deutschen Recht stellt sich dennoch die Frage nach der verdeckten Ausschüttung der Fremdkapitalzinsen für eine fremdfinanzierte Ausschüttung, wenngleich vor einem anderen Hintergrund.¹²⁷ Anders als der VwGH geht der BFH nämlich in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bei einer Kapitalgesellschaft schon aufgrund des § 8 Abs 2 dKStG sämtliche Aufwendungen als betrieblich veranlasst zu behandeln sind, weil eine Kapitalgesellschaft keine außerbetriebliche Sphäre, sondern ausschließlich Betriebsvermögen haben kann.¹²⁸ Daraus folgerte der BFH wiederum, dass auf einer *ersten* Stufe selbst gesellschaftlich veranlasste Aufwendungen als Betriebsausgaben den Gewinn mindern und eine Gewinnkorrektur nur auf einer *zweiten* Stufe unter dem Gesichtspunkt einer verdeckten Gewinnausschüttung in Betracht komme.¹²⁹ Daraus würde für das Problem der fremdfinanzierten Gewinnausschüttung folgern, dass im Fall der gesellschaftlichen Veranlassung der Fremdkapitalaufnahme und der daraus resultierenden Schuldzinsen eine Korrektur nur über das Instrument der verdeckten Gewinnausschüttung erfolgen könnte.¹³⁰ Entgegen der hier vorgeschlagenen Verneinung des steuerlichen Veranlassungszusammenhangs zwischen Fremdfinanzierung und Ausschüttung geht die deutsche Finanzverwaltung allerdings implizit von einer gesellschaftsrechtlichen Mitveranlassung der Fremdfinanzierung aus.¹³¹ Denn nur beim Unterstellen einer solchen gesellschaftsrechtlichen Mitveranlassung im Sinne einer Mittelverwendungstheorie kann sich nach deutschem Steuerrecht überhaupt die Folgefrage nach der Korrektur des Zinsaufwandes im Wege einer verdeckten Ausschüttung stellen. Das Vorliegen einer verdeckten Ausschüttung wird sodann aber vollkommen zu Recht mangels eines – zumindest potentiellen – Vorteils auf *Gesellschafterebene* verneint.¹³² Finanzierungsaufwendungen

¹²⁵ Vgl VwGH 20.6.2000, 98/15/0169, ÖStZB 2000/534 (betreffend die Dienstwohnung des Gesellschafter-Geschäftsführers).

¹²⁶ Siehe bereits RFH 11.12.1934, I A 55/34, RStBl 1935, 119.

¹²⁷ Siehe auch G. Kofler, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (17 f).

¹²⁸ So – in Abkehr von der früheren Rechtsprechung – BFH 4.12.1996, I R 54/95, BFHE 182, 123; BFH 22.1.1997, I R 64/96, BFHE 182, 530, BStBl 1997 II 548; BFH 31.3.2004, I R 83/03, BFHE 206, 58; siehe aus dem deutschen Schrifttum zB Wassermeyer, Einige Grundsatzüberlegungen zur verdeckten Gewinnausschüttung, GmbHR 1998, 157 (158); Pezzer, Körperschaftsteuerpflichtige Einkünfte jenseits der sieben Einkunftsarten? StuW 1998, 76 (77); Weber-Grellet, Liebhaberei im Ertragsteuerrecht, DStR 1998, 873 (876); Hollatz in Herrmann/Heuer/Raupach, KStG, § 10 Anm 37; dazu ausführlich Stangl, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004) 101 ff mwN.

¹²⁹ BFH 22.1.1997, I R 64/96, BFHE 182, 530, BStBl 1997 II 548; dazu Wassermeyer, Einige Grundsatzüberlegungen zur verdeckten Gewinnausschüttung, GmbHR 1998, 157 (158); Wassermeyer, Neues zur Definition der verdeckten Gewinnausschüttung, DB 2002, 2668 (2668 f).

¹³⁰ G. Kofler, Fremdfinanzierte offene Gewinnausschüttungen im Steuerrecht, GesRZ 2002, 10 (17). Siehe auch die Überlegungen bei Meilicke/Sangen-Enden, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (938), zur sonst bestehenden Gefahr der Besteuerung von „Luftgewinnen“.

¹³¹ Für mögliche Gegenargumente siehe oben Kapitel II.

¹³² Verfügung der OFD Kiel betreffend „Zinsen auf verdeckte Gewinnausschüttung als weitere Gewinnausschüttung im Sinne von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und andere Ausschüttung im Sinne des § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG“ (S 2742 A-St 261), DB 2000, 2095. Siehe zu diesem – bisher in der deutschen Rechtsprechung nicht deutlich zum Ausdruck gekommenen – „Korrespondenzprinzip“ vor allem BFH 7.8.2002, I R 2/02, BFHE 200, 197, BStBl 2004 II 131 (betref-

für offene oder verdeckte Ausschüttungen können daher im deutschen Steuerrecht nicht als (weitere) verdeckte Ausschüttungen angesehen werden; es bleibt vielmehr bei der Abzugsfähigkeit.¹³³ Dies ist im System der verdeckten Gewinnausschüttung nur folgerichtig: Die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe der auf die ursprüngliche Ausschüttung entfallenden Zinsleistungen würde nämlich letztlich insofern zu dem unerträglichen Endloszirkel führen, als dann konsequenterweise auch die mit vorhandener Liquidität vorgenommene Ausschüttung stets zu weiteren Vermögensminderungen in Form von nicht gezogenen Erträgen führt, die ihrerseits verdeckte Gewinnausschüttungen darstellen würden.¹³⁴ Damit bleibt zumindest im Ergebnis festzuhalten, dass nach deutschem Recht die Fremdfinanzierung von offenen und verdeckten Ausschüttungen *einerseits* zur Gänze zu abzugsfähigen Zinsen führt und *andererseits* dieser Zinsaufwand auch zu keiner (weiteren) verdeckten Ausschüttung an die Gesellschafter führt.¹³⁵

Am 5.2.2007 wurde der Entwurf des BudgetbegleitG 2007 zur Begutachtung versandt. Darin ist in Reaktion auf das Erkenntnis des VwGH die Einfügung eines § 12 Abs 1 Z 8 KStG vorgesehen, wonach „Fremdfinanzierungskosten im Zusammenhang mit Einkommensverwendungen im Sinne des § 8 Abs. 2“ für nichtabzugsfähig erklärt werden. Zumal aber aufgrund des Erkenntnisses vom 19.12.2006, 2004/15/0122, der grundsätzliche Betriebsausgabencharakter nach § 4 Abs 4 iVm § 7 Abs 2 KStG feststeht, bedürfte der Ausschluss der Steuerwirksamkeit und damit ein Abweichen vom Ordnungssystems des objektiven Nettoprinzips im Lichte des verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebotes einer sachlichen Rechtfertigung (siehe zB VfSlg 8457/1978; VfSlg 9138/1981; VfSlg 11368/1987). Eine solche ist nicht ersichtlich: Der in den Erläuterungen herangezogene Vergleich mit der fremdfinanzierten Entnahme im Einkommensteuerrecht und der Hinweis auf eine Rechtsformneutralität vermag aufgrund der vom VwGH betonten Systemunterschiede zwischen der fremdfinanzierten Entnahme und der fremdfinanzierten Ausschüttung das Abzugsverbot gerade nicht zu tragen.

fend Versicherungsbeiträge zur Finanzierung gesellschaftsrechtlich veranlasster Pensionsansprüche); dazu auch *Wassermeyer*, Neues zur Definition der verdeckten Gewinnausschüttung, DB 2002, 2668 (2669), sowie bereits RFH 11.12.1934, I A 55/34, RStBl 1935, 119.

¹³³ Ebenso *Wassermeyer*, Neues zur Definition der verdeckten Gewinnausschüttung, DB 2002, 2668 (2669); zustimmend *Achaz*, Fremdfinanzierte Gewinnausschüttungen, in *Bertl et al* (Hrsg), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 131 (145).

¹³⁴ Siehe auch die Verfügung der OFD Kiel betreffend „Zinsen auf verdeckte Gewinnausschüttung als weitere Gewinnausschüttung im Sinne von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und andere Ausschüttung im Sinne des § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG“ (S 2742 A-St 261), DB 2000, 2095.

¹³⁵ So im Ergebnis bereits RFH 11.12.1934, I A 55/34, RStBl 1935, 119; ebenso *Lempenau*, Betriebsausgaben und Gewinnermittlung, StBj 1986/87, 327 (336); *Meilicke/Sangen-Emden*, Steuerliche Behandlung von durch verdeckte Gewinnausschüttungen veranlaßten Schulden und Schuldzinsen, FR 1998, 938 (938); *Prinz*, Steuerlicher Schuldzinsenabzug – Labyrinth oder Steuerfalle, StBj 1999/2000, 293 (312 f); *Wacker*, Zur Neuregelung des Schuldzinsenabzugs in der „Mehr-Konten-Situation“ – oder: was können wir von Österreich lernen?, DStR 1999, 1001 (1007).