

# EuGH zu UNTERKAPITALISIERUNGS-REGELN

Ein wesentliches Kriterium internationaler Konzernplanung ist die steuerliche Abzugsfähigkeit von Finanzierungskosten ausländischer Tochtergesellschaften. Einschränkungen der Abzugsfähigkeit können sich insb aus Unterkapitalisierungsregeln (thin capitalization rules) ergeben. Die umstrittene Frage der europarechtlichen Zulässigkeit derartiger Regelungen zur Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung war – am Beispiel des § 8a dKStG – Gegenstand der Rs Lankhorst-Hohorst, zu der seit 26. 9. 2002 die Schlussanträge des Generalanwaltes und seit 12. 12. 2002 das Urteil des EuGH vorliegen.

GEORG KOFLER

## 1. Unterkapitalisierungsregeln und deren Auswirkungen

Es liegt im internationalen Trend, die Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften bei der Gesellschafter-Fremdfinanzierung steuerlich zu sanktionieren, um Gewinnverschiebungen innerhalb des Konzerns zu vermeiden. Diese würden daraus resultieren, dass ein wesentlicher Teil des ökonomischen Gewinnes der fremdfinanzierten Tochtergesellschaft durch den Betriebsausgabenabzug der Zinsen für das gewährte Fremdkapital der inländischen Besteuerung entzogen werden könnte.<sup>1</sup> Entsprechend ist in manchen Staaten ab dem Unterschreiten einer gewissen Eigenkapital-Fremdkapital-Relation eine vollständige Umqualifikation der Zinsen in Dividenden oder eine Nichtabziehbarkeit der Zinsen als Betriebsausgaben vorgesehen.<sup>2</sup> Die nationalen Regelungen sind sehr unterschiedlich gestaltet: Zum Teil finden sich gesetzlich fixierte und oft als *safe havens* gestaltete Bestimmungen (*fixed debt/equity ratio approach*)<sup>3</sup>, zum Teil aber auch einzelfallbezogene Missbrauchsregelungen (*general anti-abuse approach*). In nahezu allen Staaten greifen solche Beschränkungen aber nur bei Kapitalaufnahme im Konzern, also im Rahmen der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, nicht aber bei der Kapitalaufnahme auf dem Kapitalmarkt.

## 2. Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung aus europarechtlicher Sicht

### 2.1 Ausgangsfall: § 8a dKStG

In der Rs *Lankhorst-Hohorst* stand die Vorschrift des § 8a dKStG auf dem europarechtlichen Prüfstand. Diese Bestimmung beschränkte in der streitigen Fassung<sup>4</sup> die Fremdfinanzierung durch wesentlich beteiligte, nicht zur Anrechnung von Körperschaftsteuer berechtigte Gesellschafter:

Vergütungen für Fremdkapital, die zB eine deutsche Tochter an ihre ausländische Mutter leistet, werden als verdeckte Gewinnausschüttungen und somit auf Ebene der Tochter nicht als abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt. Die Vorschrift des § 8a dKStG operiert dabei einerseits mit einer Relation von Gesellschafter-Fremdkapital zum anteiligen Eigenkapital in Form einer Toleranzgrenze (*safe haven*) und lässt andererseits in gewissen Fällen einen Gegenbeweis auf Fremdvergleichsbasis zu: Wird beispielsweise bei gewinn- und umsatzunabhängigen Vergütungen an Nicht-Holdings die 3:1-Relation überschritten, können die korrespondierenden Zinszahlungen dennoch als Betriebsausgaben anerkannt werden, sofern die Drittüblichkeit der Finanzierung nachgewiesen wird.

Im vom FG Münster<sup>5</sup> dem EuGH vorgelegten Ausgangsfall ging es um eine sanierungsbedürftige deutsche Tochterge-

1) In der EU bestehen solche Unterkapitalisierungsregeln in Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, den Niederlanden, Portugal, Schweden und Spanien; siehe dazu die Übersicht bei Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung<sup>6</sup> (2002) 807; Piltz, CDFI LXIIb 37 ff; Michielse, StuW 1994, 331; Jacobs, StuW 1996, 37; Prinz in Herrmann/Heuer/Raupach, KStG, § 8a Anm 11. In Österreich wurde die Einführung einer solchen Regelung im Rahmen des StruktAnpG 1996 überlegt, aufgrund der massiven Bedenken im Begutachtungsverfahren jedoch aufgegeben; dazu Röderl, FJ 1996, 151.

2) Dazu OECD, Thin Capitalisation (1987) 14 ff; Jacobs, StuW 1996, 37; Lang in Gassner/Lang/Lechner (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 129.

3) Siehe Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung<sup>6</sup>, 746; allgemein Lang, Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht (1991) 155 f; G. Kofler, Die steuerliche Abschirmwirkung ausländischer Finanzierungsgesellschaften (2002) 33 f.

4) Eingefügt durch das StandortsicherungsG 1994, dBGBl I 1993, 1569, idF vor dem StSenkG, dBGBl I 2000, 1433, ab 1. 1. 2001. Durch das StSenkG wurde aufgrund des Systemswechsels in der deutschen Körperschaftsteuerbesteuerung auch § 8a KStG geändert; gegen die Neufassung lassen sich jedoch europarechtlich die selben Bedenken vorbringen; dazu auf Prinz, FR 2000, 1061 ff.

5) FG Münster 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, FR 2000, 1214 m Anm Prinz = ISR 2000, 727 m Anm Lausterer.

sellschaft einer niederländischen Muttergesellschaft: § 8a dKStG fand Anwendung, weil einerseits der *sare haven* der 3:1-Relation verlassen worden war und andererseits – aufgrund der Sanierungsbedürftigkeit – ein Dritter der Tochtergesellschaft kein Fremdkapital zur Verfügung gestellt hätte, weshalb auch der Gegenbeweis des Fremdvergleichs gescheitert war.

In der deutschen Literatur ist die Europarechtskonformität des § 8a dKStG schon lange umstritten.<sup>6</sup> Auch auf Ebene der Finanzgerichte wurden wiederholt Bedenken angemeldet.<sup>7</sup> Im Kern geht es bei derartigen Unterkapitalisierungsregeln nämlich darum, ob es europarechtlich zulässig ist, als Differenzierungskriterium darauf abzustellen, ob der Empfänger der Zinszahlungen der inländischen Besteuerung unterliegt.<sup>8</sup> Genau hierin könnte nämlich die Diskriminierung bestehen: Darlehenszinsen an bestimmte steuerausländische Darlehensgeber gelten als verdeckte Gewinnausschüttung, während dies im Fall von Vergütungen für Fremdkapital an Steuerinländer nicht der Fall ist. Die Schlussanträge des Generalanwaltes in der Rs *Lankhorst-Hohorst* bestätigen diese europarechtlichen Bedenken,<sup>9</sup> der EuGH folgte den wohl begründeten Überlegungen seines Generalanwaltes und urteilte, dass Art 43 EGV über Niederlassungsfreiheit dahin auszulegen ist, dass er einer Maßnahme wie der in § 8a dKStG enthaltenen entgegensteht.<sup>10</sup>

## 2.2 § 8a dKStG und die Niederlassungsfreiheit

### a) Die Niederlassungsfreiheit ist auf § 8a dKStG anwendbar, ...

Die *direkten Steuern* fallen zwar in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese haben jedoch ihre Befugnisse unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts auszuüben und deshalb primär jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zu unterlassen.<sup>11</sup> Kritik an § 8a dKStG wurde daher vor allem im Hinblick auf die sekundäre Niederlassungsfreiheit nach Art 43 ff EGV geäußert. Dies vor allem deshalb, weil nach der Rsp des EuGH ein Angehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Beteiligung an einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hält, die ihm einen *bestimmenden Einfluss* auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, von seiner Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht, was bei einer 100%igen Beteiligung an einer Tochtergesellschaft unbestreitbar der Fall ist.<sup>12</sup> Der Generalanwalt bejahte in diesem Sinne erwartungsgemäß – auf einer Linie mit der Rsp des EuGH – die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.<sup>13</sup> Der EuGH schloss sich dem im Ergebnis an, da die Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch § 8a dKStG für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Muttergesellschaften weniger attraktiv werde.<sup>14</sup>

### b) ... sie wird auch beschränkt ...

Nach Art 43 EGV sind Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates verboten. Die Niederlassungsfreiheit untersagt dabei jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, die sich aus Rechtsvorschriften als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ergibt. Untersagt sind nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterschiedsmerkmale faktisch zum gleichen Ergebnis führen.<sup>15</sup> Eine Diskriminierung besteht darin, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden, oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird. Folgende Leitlinien für ein Konzernverhältnis lassen sich der Rsp des EuGH entnehmen: Es verstößt beispielsweise gegen das Diskriminierungsverbot, wenn ein Mitgliedstaat eine Niederlassung allein deshalb ungleich behandelt, weil der Sitz der Gesellschaft in einem anderen Staat liegt.<sup>16</sup> Ebenso verbietet die Niederlassungsfreiheit die Ungleichbehandlung eines Staatsangehörigen bei steuerlich vergleichbarer Situation allein nach Maßgabe des Sitzes der Gesellschaften, an denen er Anteile besitzt.<sup>17</sup> Eine verdeckte Diskriminierung liegt bereits dann vor, wenn sich die steuerliche Situation in den allermeisten Fällen, in denen der Anteilseigner im Inland ansässig ist, günstiger gestaltet als bei einer Ansässigkeit in einem anderen Mitgliedstaat.<sup>18</sup>

6) Vgl aus jüngerer Zeit etwa *Rainer*, *ISLR* 1999, 114; *Wachter*, *ISLR* 1999, 690 f; *Thömmes*, *ISLR* 1999, 753; *Hey*, *RIW* 2000, 66; *Prinz*, *FR* 2000, 1270; *Lausterer*, *ISLR* 2000, 729; *Kämper*, *FR* 2001, 672 ff; *Sedemund*, *ISLR* 2002, 390.

7) *FG Münster* 24. 1. 2000, 9 V 6384/99 K, *FR* 2000, 561 m *Ann Prinz*; *FG Münster* 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, *FR* 2000, 1214 m *Ann Prinz* = *ISLR* 2000, 727 m *Ann Lausterer*; *FG Berlin* 26. 1. 2001, 7 B 8348/00, *GmbH* 2001, 481; *FG Sachsen* 18. 5. 2001, 5 V 2302/00, *FR* 2001, 1176 m *Ann Prinz*; keine Bedenken hingegen bei *FG München* 16. 10. 2000, 7 K 1181/99, *FR* 2001, 347 m *Ann Prinz*; *FG Berlin* 16. 2. 2001, 3 B 3280/00, *FR* 2001, 891.

8) Siehe auch *Thömmes*, *DB* 2002, 2400; *Sedemund*, *ISLR* 2002, 390; *Thömmes*, *ISLR* 1999, 753.

9) Schlussanträge des *GA Mischo* vom 26. 9. 2002, *Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst*.

10) *EuGH* 12. 12. 2002, *Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst*.

11) Siehe aus jüngerer Zeit zB *EuGH* 14. 12. 2000, *Rs C-141/99, AMID – Tz 19*; *EuGH* 8. 3. 2001, *Rs C-397/98* und *C-410/98, Metallgesellschaft Ltd – Tz 37*; zweifelnd noch *BFH* 14. 4. 1993, I R 29/92, *BFHE* 170, 454, *BSIBI* 1994 II 27.

12) *EuGH* 13. 4. 2000, *Rs C-251/98, Slg* 2000, I-2787, *Baars*; *FG Münster* 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, *FR* 2000, 1214 m *Ann Prinz* = *ISLR* 2000, 727 m *Ann Lausterer*. Dass parallel auch eine Verletzung der Kapitalverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit gegeben sein kann, ist insofern irrelevant, als ohnehin in sämtlichen Fällen identische Maßstäbe anzulegen sind; siehe *G. Kofler*, *Abschirmwirkung* 360 ff *mwN*; *Lehner*, *ISLR* 2001, 334; *Dörsch/Pung in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, *KStG*, § 8a Tz 119; aA offenbar *OFD Erfurt* 28. 9. 2000, *FR* 2001, 215 m *krit Ann Davitenberg*.

13) Schlussanträge des *GA Mischo* vom 26. 9. 2002, *Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst – Tz 25 ff*.

14) *EuGH* 12. 12. 2002, *Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst – Tz 32*.

15) *EuGH* 13. 7. 1993, *Rs C-330/91, Slg* 1993, I-4017, *Commerzbank – Tz 14*; *EuGH* 19. 9. 2000, *Rs C-156/98, Slg* 2000, I-6857, *Deutschland/Kommission – Tz 83*.

16) *EuGH* 28. 1. 1986, *Rs 270/83, Slg* 1986, 273, *Kommission/Frankreich – Tz 25*.

17) *EuGH* 13. 4. 2000, *Rs C-251/98, Slg* 2000, I-2787, *Baars – Tz 29 ff*.

18) *EuGH* 26. 10. 1999, *Rs C-294/97, Slg* 1999, I-7447, *Eurowings – Tz 35 ff*.

Die Niederlassungsfreiheit ist sohin verletzt, wenn eine steuerliche Ungleichbehandlung einer Tochtergesellschaft allein ohne weitere sachlich rechtfertigende Gründe darauf beruht, dass die Anteilseignerin, dh die Muttergesellschaft, in einem anderen Mitgliedstaat als die Tochtergesellschaft ansässig ist. Im deutschen Schrifttum wurde hier aus der Formulierung des § 8a dKStG zum Teil abgeleitet, dass durch die Anknüpfung an die Anrechnungsberechtigung – und nicht an die Staatsangehörigkeit – eine Diskriminierung ausländischer Anteilseigner iSd EGV ausscheide.<sup>19</sup> Nichtanrechnungsberechtigt sei nämlich neben ausländischen Anteilseignern auch die nicht unbeträchtliche Anzahl der nach § 5 dKStG befreiten deutschen Körperschaften. Die hA lehnte diese Argumentation freilich zu Recht ab:<sup>20</sup> Bei den nichtanrechnungsberechtigten inländischen Körperschaften handle es sich nämlich um öffentlich-rechtliche Körperschaften und um Körperschaften, die auf einem speziellen Gebiet wirtschaftlich tätig sind sowie besondere, als förderungswürdig angesehene Aufgaben erfüllen. Mit allgemein am Wirtschaftsleben teilnehmenden Unternehmen seien diese Körperschaften nicht vergleichbar. Zu vergleichen seien im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nämlich die allgemein am Wirtschaftsleben teilnehmenden, gewerbl. oder selbständig tätigen Steuerpflichtigen: „*Man muss Philips nicht mit der katholischen Kirche sondern mit Siemens vergleichen*“.<sup>21</sup> Und bezogen auf diese Vergleichsgruppe ergebe sich durch § 8a dKStG eine Ungleichbehandlung der inländischen Kapitalgesellschaft danach, ob ihr Anteilseigner im Inland oder in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sei.

Der Generalanwalt schloss sich mit ausführlicher Begründung und unter Berufung auf das Urteil des EuGH in der Rs *Eurowings*<sup>22</sup> der hA an:<sup>23</sup> Die Gruppe der nichtanrechnungsberechtigten deutschen Körperschaften ist keine angemessene Gruppe für den Vergleich mit den generell nicht anrechnungsberechtigten ausländischen Steuerpflichtigen; diese sind vielmehr mit den gebietsansässigen Muttergesellschaften, die am Wirtschaftsleben teilnehmen, zu vergleichen. Der EuGH bestätigte diese Ansicht: Die Lage einer Gesellschaft wie der Muttergesellschaft von Lankhorst-Hohorst, die eine wirtschaftliche Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausübt und der Körperschaftsteuer unterliegt, lässt sich mit der Gruppe der nichtanrechnungsberechtigten deutschen Körperschaften nicht sinnvoll vergleichen.<sup>24</sup> Aus der Ungleichbehandlung und deren Wirkungen folgt somit im Ergebnis, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8a KStG „*die gebietsfremde Muttergesellschaft nicht mehr mit Erfolg auf die Finanzierung ihrer Tochtergesellschaft durch Fremdkapital zurückgreifen kann. Ihre Finanzierungsfreiheit ist somit in der Praxis geringer als die der gebietsansässigen Muttergesellschaft*“.<sup>25</sup>

### c) ... und diese Beschränkung ist nicht gerechtfertigt!

Sollen so genannte verschleierter Diskriminierungen – wie beispielsweise jene durch § 8a dKStG – europarechtlich gerechtfertigt sein, müssen die fraglichen nationalen Regelungen vier Voraussetzungen erfüllen:<sup>26</sup> Sie müssen in *nichtdiskriminierender Weise* angewandt werden, sie müssen aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* gerechtfertigt sein, sie müssen *geeignet* sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur *Erreichung dieses Ziels erforderlich* ist. Im Vordergrund steht – wie auch im Falle des § 8a dKStG – regelmäßig die Frage der Rechtfertigung aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*.<sup>27</sup> Um es vorauszuschicken: Sowohl der Generalanwalt als auch der EuGH haben eine Rechtfertigung verneint.<sup>28</sup>

#### – Nämlich weder durch den Grundsatz der Einmalbesteuerung ...

Die deutsche Finanzverwaltung wollte § 8a dKStG durch den Grundsatz der Einmalbesteuerung im Inland legitimieren und fand hiebei zT auch Unterstützung im Schrifttum:<sup>29</sup> Würden nämlich Transaktionen zwischen zwei inländischen und unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschaften vorgenommen, so entspreche die steuerlich absetzbare Zinszahlung der einen Gesellschaft einer steuerpflichtigen Einnahme der anderen Gesellschaft und das Nettoresultat für den Konzern wäre steuerlich gleich null. Ohne Unterkapitalisierungsregeln könnte hingegen die Steuerpflicht beliebig von einem Land zum anderen verlagert werden; solche Bestimmungen sollen daher lediglich einer

19) So zB *Herzig*, DB 1994, 110; *Müller-Gatermann*, FR 1993, 887; *Prinz* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, KStG, § 8a Anm 10; *Dötsch/Pung* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, KStG, § 8a Tz 119; OFD Erfurt 28. 9. 2000, FR 2001, 215.

20) *Knobbe-Keuk*, DB 1993, 60 f; *Thömmes*, JbFSt 1998/99, 117 f; *Thömmes*, ISIR 1999, 753; *Wachter*, ISIR 1999, 689 f; *Prinz*, FR 2000, 563 f; *Prinz*, FR 2000, 1066; *Prinz*, GmbHR 2000, 272; *Meilicke*, DB 2000, 748; *Lausterer*, ISIR 2000, 729; *Dautzenberg*, FR 2001, 216; *Kämper*, FR 2001, 673; *Saß*, FR 2001, 1043; *Sedemund*, ISIR 2002, 392; ebenso zB FG Münster 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, FR 2000, 1214 m Anm *Prinz* = ISIR 2000, 727 m Anm *Lausterer*; FG Sachsen 18. 5. 2001, 5 V 2302/00, FR 2001, 1176 m Anm *Prinz*.

21) *Lausterer*, ISIR 2000, 729.

22) EuGH 26. 10. 1999, Rs C-294/97, Slg 1999, I-7447, *Eurowings*.

23) Schlussanträge des GA *Misch* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 29 ff.

24) EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 27 ff.

25) Schlussanträge des GA *Misch* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 56.

26) Auf EuGH 9. 3. 1999, Rs C-212/97, Slg 1999, I-1459, *Centros* – Tz 34; EuGH 6. 6. 2000, Rs C-35/98, Slg 2000, I-4071, *Verkooijen* – Tz 43.

27) Dazu aus *G. Kofler*, Abschirmwirkung 367 ff mwN.

28) Schlussanträge des GA *Misch* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 57 ff; EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 33 ff.

29) *Prinz* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, KStG, § 8a Anm 10; aA zB *Lausterer*, ISIR 2000, 729; FG Sachsen 18. 5. 2001, 5 V 2302/00, FR 2001, 1176 m Anm *Prinz*; FG Münster 24. 1. 2000, 9 V 6384/99 K, FR 2000, 561 m Anm *Prinz*; FG Münster 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, FR 2000, 1214 m Anm *Prinz* = ISIR 2000, 727 m Anm *Lausterer*.

30) Schlussanträge des GA *Misch* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 71 ff; EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 34 ff.

willkürlichen Verlagerung der Steuerschuld in das Ausland entgegenwirken und die Besteuerung dort sicherstellen, wo der Gewinn tatsächlich erzielt werde.

Einer solchen Argumentation erteilten der Generalanwalt und der EuGH zu Recht eine klare Abfuhr.<sup>30</sup> In der Rsp des EuGH steht es nämlich schon lange außer Streit, dass Steuermindereinnahmen für sich keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der zur Rechtfertigung einer Maßnahme angeführt werden kann, die grundsätzlich einer Grundfreiheit zuwiderläuft;<sup>31</sup> der vermeintliche Grundsatz der Einmalbesteuerung als Mittel der Sicherung des Steueraufkommens kann aus diesem Grund nicht als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch § 8a dKStG dienen.<sup>32</sup>

Nicht angesprochen, aber dennoch denkbar wäre eine Rechtfertigung durch die Herstellung der Wettbewerbsneutralität, die der EuGH in der Rs *Safir*<sup>33</sup> als möglichen Rechtfertigungsgrund anerkannt hatte. Allerdings hat der EuGH wiederholt ausgesprochen, dass ein etwaiger Steuervorteil in Form einer geringen steuerlichen Belastung in dem einen Mitgliedstaat, einem anderen Mitgliedstaat nicht das Recht gibt, die in seinem Gebiet Ansässigen steuerlich ungünstiger zu behandeln.<sup>34</sup> Solche kompensatorischen Abgaben – unter die auch § 8a dKStG subsumiert werden könnte – beeinträchtigen den Binnenmarkt in seinen Grundlagen und sind daher unzulässig („*Kompensationsverbot*“).<sup>35</sup> Dieses Kompensationsverbot muss mE umso mehr dann gelten, wenn Steuervorteile und Steuernachteile bei verschiedenen Personen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten anfallen.

#### – ... noch durch die Kohärenz des Steuersystems, ...

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems erfreut sich bei den europäischen Finanzverwaltungen großer Beliebtheit, obwohl er nach seiner Einführung durch den EuGH in den Rs *Bachmann*<sup>36</sup> und *Kommission/Belgien*<sup>37</sup> kein einziges Mal die Rechtfertigung einer Diskriminierung zur Folge hatte. Dennoch hat die OFD Erfurt<sup>38</sup> zur Rettung des § 8a dKStG auch die Kohärenz des Steuersystems ohne nähere Begründung in das Rennen geschickt. Sowohl der Generalanwalt als auch der EuGH verneinten jedoch – im Ergebnis übereinstimmend mit der hA<sup>39</sup> – ohne weitergehende Ausführungen eine solche Rechtfertigung.<sup>40</sup> Vollkommen zu Recht: Während der EuGH in der Rs *Bachmann* nämlich zwar diesen weitgehend undefinierten Rechtfertigungsgrund grundsätzlich anerkannt hat, hat er diesen nunmehr in den Rs *Baars*<sup>41</sup> und *Verkooijen*<sup>42</sup> näher definiert: Eine Steuerregelung kann nur dann als kohärent bezeichnet werden, wenn sie die Besteuerung ein und desselben Steuerpflichtigen regelt.<sup>43</sup> Der EuGH legt der Beurteilung der Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sohin nicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise dergestalt zu Grunde, dass

die Gesellschaft gleichsam als „*verlängerter Arm*“ des Anteilseigners angesehen wird. Vielmehr stellt der EuGH in seiner Rsp auf die eigene Rechtspersönlichkeit der Körperschaft ab und sieht in der Gesellschaft gleichsam einen Geschäftspartner des Anteilseigners, dem dieser sein Kapital anvertraut.<sup>44</sup> Konsequenterweise kann die Besteuerung der Gesellschaft keine Bedeutung für die Besteuerung des Gesellschafters haben;<sup>45</sup> die Kapitalgesellschaft und ihre Anteilseigner sind als zwei voneinander getrennte Steuersubjekte zu sehen, deren Besteuerung ebenso getrennt zu sehen ist. Im Ergebnis hat der EuGH damit die Beziehung zwischen Kapitalgeber und Gesellschaft bereits bisher so betrachtet, dass eine eventuelle Anwendbarkeit des Kohärenzarguments auf § 8a dKStG ausgeschlossen ist.<sup>46</sup>

#### – ... die Verhinderung von Rechtsmissbrauch oder ...

Deutschland berief sich zur Rechtfertigung des § 8a dKStG auf dessen Charakter als Maßnahme zur Verhinderung von Rechtsmissbrauch. Mit profunder wirtschaftlicher Argumentation, der sich der EuGH mit äußerst knapper Begründung angeschlossen hat<sup>47</sup>, verwarf der Generalanwalt diesen Einwand:<sup>48</sup> § 8a dKStG erfasse jeden Fall einer nicht gebietsansässigen Muttergesellschaft, wobei die ausländische Steueransässigkeit der Muttergesellschaft im Hinblick auf die Rsp des EuGH in der Rs *ICI*<sup>49</sup> jedoch keinesfalls eine Steuerumgehung impliziere. Zudem – und darin liegt der entscheidende Prüfstein für den Rechtfertigungsgrund des Missbrauchs – bezwecke § 8a dKStG nicht speziell, rein kün-

31) EuGH 6. 6. 2000, Rs C-35/98, Slg 2000, I-4071, *Verkooijen* – Tz 48; EuGH 16. 7. 1998, Rs C-264/96, Slg 1998, I-4695, *ICI* – Tz 28; EuGH 21. 9. 1999, Rs C-307/97, Slg 1999, I-6161, *Saint Gobain* – Tz 51.

32) Ebenso zB FG Münster 24. 1. 2000, 9 V 6384/99 K, FR 2000, 561 m Ann *Prinz*; FG Münster 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, FR 2000, 1214 m Ann *Prinz* = ISR 2000, 727 m Ann *Lausterer*; FG Sachsen 18. 5. 2001, 5 V 2302/00, FR 2001, 1176 m Ann *Prinz*; SaB, FR 2001, 1043; *Sedemund*, ISR 2002, 393.

33) EuGH 28. 4. 1998, Rs C-118/96, Slg 1998, I-1897, *Safir* – Tz 8, 19, 33 ff.

34) EuGH 26. 10. 1999, Rs C-294/97, Slg 1999, I-7447, *Eurowings* – Tz 44; EuGH 28. 1. 1986, Rs 270/83, Slg 1986, 273, *Kommission/Frankreich* – Tz 21; EuGH 27. 6. 1996, Rs C-107/94, Slg 1996, I-3089, *Asscher* – Tz 53; dazu auch *Kämper*, FR 2001, 665.

35) EuGH 26. 10. 1999, Rs C-294/97, Slg 1999, I-7447, *Eurowings* – Tz 45; *Kämper*, FR 2001, 669; *SaB*, FR 2000, 1274; *SaB*, FR 2001, 1043.

36) EuGH 28. 1. 1992, Rs C-204/90, Slg 1992, I-249, *Bachmann*.

37) EuGH 28. 1. 1992, Rs C-300/90, Slg 1992, I-305, *Kommission/Belgien*.

38) OFD Erfurt 28. 9. 2000, FR 2001, 215.

39) *Dautzenberg*, FR 2001, 217; *Prinz*, FR 2000, 1066; *Sedemund*, ISR 2002, 393; FG Münster 24. 1. 2000, 9 V 6384/99 K, FR 2000, 561 m Ann *Prinz*; FG Münster 21. 8. 2000, 9 K 1193/00 K, FR 2000, 1214 m Ann *Prinz* = ISR 2000, 727 m Ann *Lausterer*.

40) Schlussanträge des GA *Mischo* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 83 ff; EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 40 ff.

41) EuGH 13. 4. 2000, Rs C-251/98, Slg 2000, I-2787, *Baars*.

42) EuGH 6. 6. 2000, Rs C-35/98, Slg 2000, I-4071, *Verkooijen*.

43) Siehe auch *Stangl*, SWI 2000, 463 ff mwN; *Kämper*, FR 2001, 669; *SaB*, FR 2001, 1042; *SaB*, FR 2000, 1273.

44) Siehe auch *Dautzenberg*, FR 2000, 727; *Kämper*, FR 2001, 672.

45) *Dautzenberg*, FR 2000, 727; *SaB*, FR 2001, 1042; *Stangl*, SWI 2000, 463 ff.

46) Ebenso *Sedemund*, ISR 2002, 393.

47) EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 37 f.

48) Schlussanträge des GA *Mischo* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 87 ff

49) EuGH 16. 7. 1998, Rs C-264/96, Slg 1998, I-4695, *ICI* – Tz 26.

stliche Konstruktionen, die auf eine Umgehung des Steuerrechts Deutschlands gerichtet sind, von einem Steuervorteil auszuschließen. Schließlich könne die höhere Steuerbelastung im Vergleich zu einem solchen mit gebietsansässiger Muttergesellschaft nicht damit erklärt werden, dass lediglich Steuerflucht bekämpft werden solle. Diese Argumentation führt somit auch die nicht ausdrücklich erwähnte Rsp des EuGH in den Rs *Leur-Bleum*<sup>50</sup> und *Kommission/Belgien*<sup>51</sup> fort; dort hatte der EuGH ausgesprochen, dass „*eine generelle Vorschrift, mit der bestimmte Gruppen von Vorgängen [...] automatisch und unabhängig davon, ob tatsächlich eine Steuerhinterziehung oder -umgebung vorliegt, vom Steuervorteil ausgeschlossen werden, über das zur Verhinderung einer Steuerhinterziehung oder -umgebung Erforderliche*“ hinausgeht.

#### – ... die mögliche Vereinbarkeit des § 8a dKStG mit Art 9 OECD-MA.

Schließlich wurde vom FG München<sup>52</sup> die europarechtliche Zulässigkeit einer „Gewinnabgrenzung“ lapidar durch einen Verweis auf Art 9 DBA Deutschland-Italien bejaht, da das Abkommen derartiges billige. Dadurch, dass Art 9 des DBA Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen zugunsten der deutschen Besteuerung unter bestimmten Voraussetzungen doppelbesteuерungsrechtlich zulässt, ist freilich über die Nichtdiskriminierung des § 8a dKStG nichts gesagt, geschweige denn dessen Europarechtskonformität begründet: Ganz abgesehen davon, dass das Verhältnis zwischen § 8a dKStG und den der Bestimmung des Art 9 OECD-MA nachgebildeten Regelungen in DBA ungeklärt ist,<sup>53</sup> folge nach dem Generalanwalt – die Vereinbarkeit von § 8a dKStG mit Art 9 OECD-MA unterstellt – aus einer Einhaltung des Art 9 OECD-MA<sup>54</sup> noch nicht, dass Art 43 EGV beachtet wäre.<sup>55</sup> Der EuGH ist auf diese Argumentation nicht näher eingegangen.<sup>56</sup>

#### d) Zusätzlich: Anwendbarkeit der Mutter-Tochter-Richtlinie

Die – insoweit vom EuGH nicht aufgegriffenen – Schlussanträge des Generalanwalts enthalten weitere wertvolle Aussagen zur internationalen Steuerplanung:<sup>57</sup> Umstritten war nämlich auch, wie die nach § 27 Abs 1 Nr 3 dKStG aufgrund der Umqualifizierung der Zinsen vorgenommene Ausschüttungsbelastung bei der Tochtergesellschaft iHv 30% im Hinblick auf die Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>58</sup> zu bewerten ist. Hier wurde einerseits argumentiert, eine offene Gewinnausschüttung nach Art 5 Abs 1 der Richtlinie sei vom Steuerabzug an der Quelle befreit und Gleicher müsse für die verdeckte Gewinnausschüttung gelten. Dem wurde entgegengehalten, dass diese Steuer keinen Steuerabzug an der Quelle darstelle, „sondern eine normale Besteuerung der Gewinne der Tochtergesellschaft in Form der Körperschaftsteuer“ und andernfalls

Unterkapitalisierungsregelungen gänzlich verboten wären.

Der Generalanwalt folgte dieser Argumentation nicht: Es hänge nämlich die Anwendung des Art 5 Abs 1 der Mutter-Tochter-Richtlinie nicht davon ab, ob es sich nach deutschem Steuerrecht um eine Steuer auf die Gewinne der Tochtergesellschaft in Form der Körperschaftsteuer handle. Vielmehr sei die Qualifikation nach Gemeinschaftsrecht unabhängig von jener im nationalen Recht vorzunehmen<sup>59</sup> und zudem sei der Begriff des Steuerabzuges an der Quelle nicht auf bestimmte feststehende Arten innerstaatlicher Besteuerung beschränkt<sup>60</sup>. Der Generalanwalt kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Mutter-Tochter-Richtlinie Anwendung findet: Einerseits werde die Steuer durch die – verdeckte – Zahlung von Dividenden ausgelöst und andererseits richte sich die Besteuerung unmittelbar nach dem Umfang der vorgenommenen Ausschüttung. Als drittes Kriterium scheint sich herauszukristallisieren, dass die Erweiterung der Besteuerungsgrundlage „*auch nicht durch das Aufrechnen mit Verlusten aus den vorangehenden Steuerjahren*“ ausgeglichen werden kann. Der EuGH hat dieses Argument in der Rs *Athinaiki Zythopiia*<sup>61</sup> im Hinblick auf Art 7 der Mutter-Tochter-Richtlinie herangezogen und die streitige griechische Steuer aufgrund des Ausschlusses der sonst gegebenen Verlustverrechnung als „*Steuerabzug an der Quelle*“ beurteilt.<sup>62</sup> Diese Voraussetzung war nach dem Generalanwalt auch hinsichtlich des Anrechnungssystems bei § 8a iVm § 27 Abs 1 Nr 3 dKStG verwirklicht. Ausdrücklich wies er abschließend darauf hin, dass selbst die Quellensteuerfreiheit nichts an einer Diskriminierung durch § 8a dKStG ändere, so lange der Betriebsausgabenabzug nur für Töchter ausländischer Mütter versagt werde.

Aus dieser Gedankenführung des Generalanwaltes lassen sich auch Schlussfolgerungen für Streitfragen im österre-

50) EuGH 17. 7. 1997, Rs C-28/95, Slg 1997, I-4161, *Leur-Bloem* – Tz 38 ff.

51) EuGH 26. 9. 2000, Rs C-478/98, Slg 2000, I-7587, *Kommission/Belgien* – Tz 45.

52) FG München 16. 10. 2000, 7 K 1181/99, FR 2001, 347 m krit Ann Prinz.

53) Dazu *Dötsch/Pung in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, KStG, § 8a Tz 97 ff mwN; Sedemund, ISiR* 2002, 394; allgemein *Lang, Hybride Finanzierungen* 164 f.

54) Hinzuweisen ist auf Art 4 Z 1 lit a des Schiedsübereinkommens (Übereinkommen 90/436/EWG über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, ABI L 225 vom 20. 8. 1990, 10; dazu zB *Züger, SWI* 1999, 393; *Lehner, ISiR* 2001, 330), der wortgleich Art 9 Abs 1 OECD-MA entspricht.

55) Schlussanträge des GA *Mischo* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 79 ff

56) Siehe EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 39.

57) Schlussanträge des GA *Mischo* vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* – Tz 100 ff

58) Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABI L 225 vom 20.8.1990, 6 ff.

59) Ebenso EuGH 4. 10. 2001, Rs C-249/99, Slg 2001, I-6797, *Athinaiki Zythopiia* – Tz 26 f; EuGH 13. 2. 1996, Rs C-197/94 und C-252/94, Slg 1996, I-505, *Bauvieu und Société française maritime* – Tz 39.

60) EuGH 8. 6. 2000, Rs C-375/98, Slg 2000, I-4243, *Epsilon Europe* – Tz 22.

61) EuGH 4. 10. 2001, Rs C-249/99, Slg 2001, I-6797, *Athinaiki Zythopiia* – Tz 26 f.

62) Kritisch *Hahn, ISiR* 2002, 248.

ischen Steuerrecht ziehen: Nach dem Regelungssystem der Mutter-Tochter-Richtlinie steht der Bestimmung des Art 5 jene des Art 4 gegenüber, die die Steuerfreiheit der Ausschüttung auf Ebene der Muttergesellschaft regelt. Man wird daher im Hinblick auf die Muttergesellschaft prüfen müssen, ob in ihrem Sitzstaat die Steuer durch den Empfang der Dividende einerseits ausgelöst wird und sich andererseits die Belastung nach dem Umfang der Ausschüttung richtet. Ist dies der Fall, ist nach Art 4 der Richtlinie steuerfrei zu stellen.<sup>63</sup> Konkrete Auswirkungen hat dies mE beispielsweise auf die Besteuerung von Ausschüttungen ausländischer Tochtergesellschaften, die nach § 42 InvFG als schwarze ausländische Investmentfonds qualifiziert werden:<sup>64</sup> Ebenso wie dies bei der Umdeutung nach § 8a dKStG der Fall sein würde, müssten wohl in einem solchen Fall auch die pauschalierten ausschüttungsgleichen Erträge nach Art 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie steuerfrei gestellt werden.<sup>65</sup>

### 3. Ergebnis: Finanzierungsfreiheit in Europa

Die Entscheidung des EuGH zu § 8a dKStG hat auch Auswirkungen auf ähnliche Regelungen anderer Mitgliedstaaten und somit auf die Konzernsteuerplanung österreichischer Muttergesellschaften. Der EuGH hat – den sorgfältigen Ausführungen des Generalanwaltes folgend – § 8a dKStG als Exempel für diskriminierende *thin capitalization rules* zu Fall gebracht; solche der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit widersprechende Unterkapitalisierungsregeln haben aufgrund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes zukünftig unangewendet zu bleiben. Darauf kann sich selbstverständlich die jeweilige Tochtergesellschaft im Anwendungsbereich des EGV, also vor allem im EG- und EWR-Raum<sup>66</sup>, aus einem eigenen originären Recht berufen; die einzig gegenteilige, formalistische Argumentation der OFD Erfurt<sup>67</sup>, dass es ja um die Niederlassungsfreiheit der Muttergesellschaft gehe, nicht aber diese, sondern die Tochtergesellschaft belastet sei, ist europarechtlich schon im Ansatz verfehlt.<sup>68</sup>

Trotz aller positiver Aspekte dieser Rechtsentwicklung für

die Konzernsteuerplanung aus österreichischer Sicht ist mE dennoch das Fremdvergleichskriterium stets im Auge zu behalten, wenngleich es offenbar im Verfahren vor dem EuGH nicht hinreichend releviert wurde: Wird nämlich bei fremdunüblichen Fremdmittelgewährungen im Konzern generell, also unabhängig von der Ansässigkeit der Muttergesellschaft, die Abzugsfähigkeit von Zinsen versagt – Stichwort: verdecktes Eigenkapital<sup>69</sup> –, würde eine Disikriminierungsargumentation wohl ins Leere laufen.<sup>70</sup> Denselben Beigeschmack hinterlässt auch die äußerst kurze Argumentation des Generalanwaltes im Hinblick auf Art 9 OECD-MA – und somit implizit auf Art 4 Z 1 lit a des Schiedsübereinkommens –, der ausdrücklich auf einen Fremdvergleich abstellt. Angesichts der dynamischen Entwicklung der Rsp ist freilich offen, ob selbst eine solche nichtdiskriminierende Umqualifizierung der Zinsen ohne Rücksichtnahme auf die steuerliche Behandlung der Zinszahlungen im Empfängerland europarechtlich zulässig ist, da für den Fall, dass der Sitzstaat der Muttergesellschaft der Umqualifizierung nicht folgt, eine Doppelbesteuerung droht.<sup>71</sup>

63) Nach stRsp kann sich der einzelne Marktbürger vor den nationalen Behörden und Gerichten auf die unmittelbare Anwendbarkeit von – ihm günstigen – primärem und sekundärem Gemeinschaftsrecht berufen („Mindestgarantie“; zB EuGH 27. 6. 1989, Rs 50/88, Slg 1989, 1948, Kühne – Tz 23; EuGH 26. 2. 1991, Rs C-159/89, Kommission/Griechenland – Tz 10). Dies gilt im Falle von Richtlinienbestimmungen dann, wenn diese hinreichend klar und genau und nicht an Bedingungen geknüpft sind (zB EuGH 19. 1. 1982, Rs 8/81, Slg 1982, 53, Becker – Tz 25). Dies ist angesichts der Rsp bei Art 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie wohl der Fall.

64) Zum Problem auf D. Aigner/G. Kofler, SWI 2002, 528 ff mwN.

65) Zu diesem Ergebnis auf Basis des § 10 Abs 2 KStG D. Aigner/G. Kofler, SWI 2002, 528 ff.

66) Vgl Art 31 iVm Art 34 des EWR-Abkommens, BGBI 909/1993. Für Fälle außerhalb des Anwendungsbereiches des EGV könnte sich ein Schutz vor ausländischen Unterkapitalisierungsregeln durch Diskriminierungsverbote in einzelnen DBA nach dem Muster des Art 24 OECD-MA ergeben; vgl aus deutscher Sicht etwa Sedemund, ISIR 2002, 394; Lechner, ISIR 2001, 334 f; Prinz, FR 2000, 1066; Dötsch/Pung in Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, KStG, § 8a Tz 106 ff; Prinz in Herrmann/Heuer/Raupach, KStG, § 8a Ann 10; weiters Lang, Hybride Finanzierungen 165; Lang in Gassner/Lang/Lechner (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen 149 ff.

67) OFD Erfurt 28. 9. 2000, FR 2001, 215 m krit Ann Dautzenberg.

68) Siehe nur EuGH 12. 4. 1994, Rs C-1/93, Slg 1994, I-1137, Halliburton Services.

69) Dazu Lang, Hybride Finanzierungen 155 ff; Gassner, CDFI LXXXib 315 ff; G. Kofler, Abschirmwirkung 34 f.

70) Siehe aber auch EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst – Tz 30 f.

71) Darauf weist auch der GA Mischo in seinen Schlussanträgen vom 26. 9. 2002, Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst – Tz 68, hin; siehe auch EuGH 12. 12. 2002, Rs C-324/00, Lankhorst-Hohorst – Tz 35; weiters Thömmes, DB 2002, 2402.

INSE