

Beteiligungsertragsbefreiung und Internationale Steuerarbitrage

Mit der Einfügung des § 10 Abs 7 KStG durch das BudgetbegleitG 2011 hat der österreichische Gesetzgeber auf das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage durch hybride – also von zwei Staaten unterschiedlich qualifizierte – Finanzinstrumente reagiert. Wird nämlich ein Finanzinstrument zwar aus österreichischer Sicht als Eigenkapital beurteilt, das grundsätzlich zu steuerfreien Beteiligungserträgen nach § 10 KStG führen würde, lässt das Ausland aber die auf das Finanzinstrument geleisteten Zahlungen zum Steuerabzug zu, versagt § 10 Abs 7 KStG insoweit die Befreiung in Österreich. Der folgende Beitrag erläutert zunächst das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage am Beispiel hybrider Finanzinstrumente, geht sodann auf Zielsetzung und Funktionsweise des § 10 Abs 7 KStG ein und stellt abschließend erste praktische Erfahrungen mit dieser Bestimmung dar.

Von Sabine Kirchmayr / Georg Kofler

1. Internationale Steuerarbitrage am Beispiel hybrider Finanzinstrumente

Unterschiede zwischen den staatlichen Steuersystemen können zu Situationen führen, in denen grenzüberschreitend tätige Steuerpflichtige in solider Übereinstimmung mit den Vorschriften der verschiedenen Staaten agieren, aufgrund der unterschiedlichen steuerlichen Tatbestände und Rechtsfolgen aber steuerliche Vorteile erlangen, die bei rein nationaler Tätigkeit nicht zur Verfügung stehen.¹ Wenngleich die Definitionen einer derartigen „internationalen Steuerarbitrage“ im Detail variieren,² entsteht sie im Wesentlichen, „wenn dieselbe Transaktion in zwei oder mehr Steuerrechtsordnungen einer unterschiedlichen Besteuerung unterworfen werden“.³ Arbitragemöglichkeiten entstehen beispielsweise dadurch, dass ein Steuergesetz in mehreren Staaten als unbeschränkt steuerpflichtig angesehen wird (zB doppelte Konsolidierung von Verlusten), dass Zahlungen in mehreren Jurisdiktionen unterschiedlich eingeordnet werden (zB Unterschie-

de in der Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital und der entsprechenden Zahlungsströme), dass Gesellschaften in verschiedenen Jurisdiktionen unterschiedlich charakterisiert werden (zB Umqualifikation von Zahlungsströmen durch Einschaltung hybrider Gesellschaften), oder dass Wirtschaftsgüter aufgrund unterschiedlicher Zuordnungskonzepte in mehreren Jurisdiktionen steuerlich berücksichtigt werden (zB „Double-Dip-Leases“).⁴ Erst in den letzten zwei Jahrzehnten ist das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage vermehrt in den Fokus sowohl der Wissenschaft als auch der nationalen Steuerverwaltungen und Gesetzgeber gerückt. Die steuerplanerische Nutzung⁵ dieser Divergenzen wird zwar bisweilen als „aggressive Steuerplanung“ charakterisiert,⁶ unterscheidet sich aber dennoch konzeptionell klar sowohl vom Ausnutzen eines (unfairen) Steuerwettbewerbs als auch von missbräuchlichen Gestaltungen.⁷ Die Erscheinungsformen internationaler Steuerarbitrage sind daher ebenso vielfältig wie die unterschiedlich definierten Steuervorteile, die in den beteiligten Steuerrechtsordnungen bestehen.⁸ Steuerarbitrage bietet Steuerpflichtigen die Möglichkeit zur Reduktion ihrer weltweiten Steuerlast ohne signifikante Änderungen in der Struktur

1 Siehe die Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2008 (JStG 2008), BR-Drs 544/1/07, 76: „Diese Situation kann von dem Steuerpflichtigen zu einer ganzen oder teilweise Nichtbesteuerung genutzt werden – ein Vorteil, der bei Durchführung dieser Transaktion in nur einer Steuerrechtsordnung nicht bestehen würde“.

2 Für einen Überblick siehe *Kofler/Kofler*, Internationale Steuerarbitrage, in: *Brähler/Lösel* (Hrsg), Deutsches und internationales Steuerrecht – Gegenwart und Zukunft, FS Djanani (2008) 381 (382 ff); *Kofler*, Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht, in: *Hüttemann* (Hrsg), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch im Steuerrecht, DStJG 33 (2010) 213 (232 ff).

3 Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, 76.

4 Siehe zu diesen Formen aus *Kofler/Kofler*, Internationale Steuerarbitrage, in: *Brähler/Lösel* (Hrsg), Deutsches und internationales Steuerrecht – Gegenwart und Zukunft, FS Djanani (2008) 381 (388 ff mwN).

5 Internationale Steuerarbitrage wurde sogar als das „tax planning of the future“ bezeichnet; siehe *Rosenbloom*, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, 137 (166).

6 Siehe für eine Übersicht *Steiner*, Aggressive Steuerplanung – oder wo das Geld hinfießt, SWI 2007, 308 (308 ff).

7 Vgl nur *Boyle*, Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, BTR 2005, 527 (528).

8 Für eine Auflistung möglicher Arbitragesituationen siehe auch § 138 Abs 2 des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie die Erläuterungen in BR-Drs 544/1/07, 77 f.

oder Lokalisierung ihrer wirtschaftlichen Operationen. Vor einer geschickten und mit wirtschaftlicher Substanz erfolgenden Nutzbarmachung bestehender Unterschiede sind auch Staaten mit sophistizierten Steuersystemen nicht immun, zumal Arbitrage weder auf der Einschaltung von Niedrigsteuerregimen beruht, noch unter dem Gesichtspunkt missbräuchlicher Steuerplanung auf Bedenken stoßen sollte.⁹ Steuerarbitrage kann vielmehr „zulässigerweise die Möglichkeiten nutzen, die sich aus dem fairen Steuerwettbewerb der Staaten ergeben“.¹⁰ Internationale Steuerarbitrage tritt daher a prima vista als natürliches Nebenprodukt nicht harmonisierter oder koordinierter Steuersysteme in globalisierten Märkten auf, wobei selbst relativ kleine Unterschiede substantielle Arbitragemöglichkeiten bieten können.¹¹

Internationale Steuerarbitrage durch hybride Finanzinstrumente beruht auf der unterschiedlichen Qualifikation dieser Instrumente durch die beteiligten Jurisdiktionen (Eigen- bzw Fremdkapital) mit der typischen Konsequenz, dass Zahlungen in mehreren Steuerrechtsordnungen unterschiedlich eingeordnet werden; während eine Jurisdiktion die Zahlungen als Dividenden betrachtet und allenfalls eine Begünstigung (zB Schachtelprivileg, indirektes Anrechnungsguthaben) gewährt, qualifiziert sie die andere als abzugsfähige Zinszahlungen.¹² Die Reaktionen auf derartige Varianten der internationalen Steuerarbitrage sind unterschiedlich, eine international akzeptierte Lösung nicht ersichtlich. Bisher hatte – neben Dänemark¹³ und einigen anderen Staaten¹⁴ – vor allem

das deutsche Steuerrecht durch das JStG 2007¹⁵ diese Fragestellung teilweise aufgegriffen. Das Entstehen „weißer Einkünfte“ soll bei verdeckten Ausschüttungen durch eine Versagung des – innerstaatlichen und abkommensrechtlichen¹⁶ – Schachtelprivilegs durch § 8b Abs 1 Satz 2 und 3 dKStG in Abhängigkeit von der Einkünftewirkung bei der leistenden Körperschaft verhindert werden.¹⁷ Es sei nämlich – so die Gesetzesmaterialien¹⁸ – mit dem in § 8b dKStG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung nicht zu vereinbaren, „eine Freistellung einer verdeckten Gewinnausschüttung ohne vorhergehende Besteuerung des ausgeschütteten Gewinns auf der Ebene der Kapitalgesellschaft“ zu gewähren.¹⁹ Nach § 8b Abs 1 Satz 2 dKStG ist solcherart die Freistellung „von der Voraussetzung abhängig, dass die verdeckte Gewinnausschüttung auf Ebene der leistenden Kapitalgesellschaft das Einkommen gemäß § 8 Abs 3 Satz 2 KStG oder bei gebietsfremden Gesellschaften nach entsprechendem ausländischem Recht nicht gemindert hat“.²⁰

2. Zielsetzung und Funktionsweise des § 10 Abs 7 KStG

2.1. Zielsetzung und Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG

Im BBG 2011²¹ hat nunmehr auch der österreichische Gesetzgeber auf das Phänomen der hybriden Finanzin-

- 9 Siehe zB *Rosenbloom*, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, 137 (143): „The beauty of international tax arbitrage, when practiced most skillfully, is that none of the objections to aggressive or abusive tax planning should apply anywhere because, from the vantage point of any single country, there is neither aggressiveness nor abuse“.
- 10 Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007), sowie BR-Drs 544/1/07, 76.
- 11 Siehe zB die ausführliche Untersuchung zur divergierenden Behandlung des Disagios in den USA und Japan bei *Ring, One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 Boston College Law Review 2002, 79 (90 ff).
- 12 Für eine umfassende Diskussion siehe vor allem den Generalbericht von *Duncan* in *IFA* (Hrsg.), *Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions*, CDFI 85a (2000) 51 (51 ff); siehe auch *Krahmal*, *International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*, 5 Houston Business and Tax Law Journal 2005, 98 ff; *Rosenbloom*, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (142); *Harter*, *International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?*, 41 Tax Mgm’t Memorandum, Apr. 24, 2000, 139 (148); *Rosenzweig*, *Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (563).
- 13 Dänemark nimmt unter gewissen Voraussetzungen in Abhängigkeit von der Behandlung eines hybriden Finanzinstruments nach ausländischem Recht eine unilaterale Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital vor; siehe *Bundgaard*, *Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed in Denmark*

by Unilateral Reclassification of Debt into Equity

14 Siehe auch *Bundgaard*, *Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2*, ET 2010, 490 (491).

15 Siehe auch *Bundgaard*, *Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2*, ET 2010, 490 ff, mit einer kurzen Beschreibung der Regelungen im Vereinigten Königreich; für die australischen Maßnahmen gegen internationale Steuerarbitrage siehe vor allem *King/McCartin*, *Developments in Cross Border Financial Transactions – Australian Tax Office Perspective*, abrufbar unter http://www.ato.gov.au/content/downloads/NTLG_00100255_Cross_Border.pdf, und für die Bedeutung der britischen Anti-Arbitrageregeln im Hinblick auf Zinszahlungen siehe *Devereux/Mokkas/Pennock/Wharrad*, *Interest Deductibility for UK Corporation Tax*, Oxford University Centre for Business Taxation (December 2006) 20 f.

16 Zu den dort auftretenden Fragen eines Treaty Overrides siehe zB *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, *Beeinträchtigung grenzüberschreitender Finanzierung durch das JStG 2007*, DStR 2007, 1697 (1702); *Gosch*, *Über das Treaty Overriding: Bestandsaufnahme – Verfassungsrecht – Europarecht*, IStR 2008, 413 (417).

17 Vgl *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, DStR 2007, 1697 (1701 f).

18 BT-Drs 16/2712, 70.

19 Zur (beschränkten) Anrechnung einer allfälligen ausländischen Quellensteuer siehe § 26 Abs 6 dKStG.

20 BT-Drs 16/2712, 70.

21 BGBl I 2010/111.

strumente reagiert und dem § 10 folgenden Absatz 7 angefügt:²²

„Von der Körperschaftsteuer nicht befreit sind Gewinnanteile im Sinne des § 10 Abs. 1 Z 5 bis 7, soweit sie bei der ausländischen Körperschaft abzugsfähig sind.“

Die Neuregelung ist für Wirtschaftsjahre anwendbar, die nach dem 31.12.2010 beginnen,²³ also auch für davor angeschaffte Beteiligungen bzw Finanzinstrumente.²⁴ Bei inländischen Beteiligungen iSd § 10 Abs 1 KStG fallen sämtliche Ausschüttungen und Gewinnanteile bei der ausschüttenden Körperschaft unter § 8 Abs 2 und 3 KStG.²⁵ Bei ausländischen Beteiligungen ist es aus der Perspektive des § 10 KStG für das Vorliegen eines „Gewinnanteils“ grundsätzlich irrelevant, ob die Ausschüttung bei der ausländischen Tochtergesellschaft abzugsfähig ist,²⁶ bei einer anderen Auslegung wäre § 10 Abs 7 KStG auch überflüssig. Vielmehr wirkt § 10 Abs 7 KStG konstitutiv und „soll die doppelte Nichtbesteuerung aufgrund des Einsatzes hybrider Finanzierungsinstrumente verhindern, welche bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auftreten kann“.²⁷ Die Beteiligungsertragsbefreiung für internationale Gewinnanteile, also – vereinfachend – Gewinnanteile aus EU-/EWR-Portfolioebeteiligungen (§ 10 Abs 1 Z 5, 6 KStG) und aus internationalen Schachtelbeteiligungen (§ 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 2 KStG) wird nach § 10 Abs 7 KStG ersatzlos versagt, „soweit sie bei der ausländischen Körperschaft abzugsfähig sind“. Nicht betroffen ist die Steuerfreiheit der Substanz internationaler Schachtelbeteiligungen (§ 10 Abs 3

KStG).²⁸ Die Befreiung wird solcherart auch nur für jenen Teil der Ausschüttung versagt, der bei der Tochtergesellschaft abzugsfähig ist (arg „soweit“).²⁹ Es ist auch unstrittig, dass § 10 Abs 7 KStG den Methodenwechselvorschriften des § 10 Abs 4 bis 6 KStG vorgeht,³⁰ eine vollständige Versagung der Befreiung eintritt und es nicht wie beim Methodenwechsel darauf ankommt, dass es sich – bei einer internationalen Schachtelbeteiligung (§ 10 Abs 1 Z 7 iVm Abs 2 KStG) – um eine passive, niedrig besteuerte Auslandstochtergesellschaft handelt (§§ 10 Abs 4, 6 KStG) bzw – bei einer ausländischen Portfolioebeteiligung (§ 10 Abs 1 Z 5 und 6 KStG) – eine Niedrigbesteuerung vorliegt (§§ 10 Abs 5, 6 KStG).³¹ Ausweislich der Materialien³² zielt die Vorschrift vor allem auf hybride Finanzinstrumente, deren Ausschüttungen von verschiedenen Staaten unterschiedlich qualifiziert werden. So kann es aufgrund einer divergierenden Qualifikation dazu kommen, dass ein grenzüberschreitendes Finanzierungsinstrument (zB Genussrechte, Partizipationskapital, Vorzugsaktien oder gewinnabhängige Darlehen)³³ in „Emissionsstaat“ als Fremdkapital (samt abzugsfähigen Zinsen), im „Bezugsstaat“ als Eigenkapital (samt allenfalls steuerbefreiten Gewinnausschüttungen) angesehen wird. Dadurch könnte es im ersten Staat zu einer Gewinnminderung und im anderen Staat zu steuerfreien Einnahmen kommen. Eine Abzugsfähigkeit iSd § 10 Abs 7 KStG kann aber auch dann vorliegen, wenn es sich zwar auch nach ausländischem Recht um ein Eigenkapitalinstrument handelt, aber dennoch aufgrund von besonderen steuerlichen Vorschriften eine Abzugsfähigkeit von Ausschüttun-

22 Für erste Analysen dieser Vorschrift siehe zB *Andreaus*, Mit Kanonen auf Spatzen? Geplante Änderungen im KStG und UmgrStG, taxlex 2010, 454 (455); *Schindler/Twardosz*, Steuerliche Neuerungen für Finanzierungen im Konzern, GES 2011, 27 (28); *Kofler* in *Achätz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) Anh Tz 7 ff; *Wilplinger/Primik*, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (105 f); *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (373 ff).

23 § 26c Z 24 lit b KStG.

24 Dazu – teilweise kritisch – *Andreaus*, Mit Kanonen auf Spatzen? Geplante Änderungen im KStG und UmgrStG, taxlex 2010, 454 (455); *Wiesner*, Abgabenänderungsgesetz im BBG 2011 – Unternehmensbesteuerung, RWZ 2011/2, 3 (4); *Schindler/Twardosz*, Steuerliche Neuerungen für Finanzierungen im Konzern, GES 2011, 27 (28); *Wilplinger/Primik*, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (106).

25 *Kirchmayr* in *Achätz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 14.

26 *Kofler* in *Achätz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 155 und Tz 181; ebenso zB *Wilplinger/Primik*, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (105); *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (374); aa *Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger*, KStG¹⁵ (2010) § 10 Tz 92 (zu § 10 Abs 1 Z 5 KStG).

27 ErlRV 981 24. GP, 131.

28 *Wilplinger/Primik*, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (106), weisen in diesem Zusammenhang auf Querwirkungen zu § 10 Abs 3 KStG im Falle der Anwendbarkeit des § 10 Abs 7 KStG hin: Bei Nichtoption zur Steuerpflicht sind gem § 10 Abs 3 KStG sind nämlich beim Untergang (Liquidation oder Insolvenz) tatsächliche und endgültige Vermögensverluste in Österreich steuerlich zu berücksichtigen, wobei eine Kürzung mit steuerfreien Gewinnanteilen aus den letzten fünf Jahren vor dem Wirtschaftsjahr der Liquidationseröffnung zu erfolgen hat (dazu *Kofler* in *Achätz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 236), müsste in Fällen des § 10 Abs 7 KStG keine Kürzung vorgenommen werden.

29 Siehe *Andreaus*, Mit Kanonen auf Spatzen? Geplante Änderungen im KStG und UmgrStG, taxlex 2010, 454 (455); zur möglichen Bedeutung bei ausländischen Unterkapitalisierungsvorschriften siehe *Schindler/Twardosz*, Steuerliche Neuerungen für Finanzierungen im Konzern, GES 2011, 27 (28), und *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (374).

30 *Kofler* in *Achätz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) Anh Tz 8.

31 *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (374).

32 ErlRV 981 24. GP, 131 f.

33 ErlRV 981 24. GP, 131 f.

34 Siehe zB EAS 3211 = SWI 2011, 263, und dazu unten Kapitel 4; siehe auch *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (374).

gen vorgesehen ist.³⁴ Gegen die dadurch womöglich eintrende doppelte Nichtbesteuerung richtet sich § 10 Abs 7 KStG, wobei die „Vermeidung der doppelten Nichtbesteuerung [...] durch eine Einschränkung der Beteiligungsertragsbefreiung erreicht“ wird.³⁵ § 10 Abs 7 KStG enthält allerdings keine Regelung für den umgekehrten Fall einer doppelten Besteuerung, wenn das Ausland bei Zahlungen aus einem hybriden Finanzinstrument von einer nichtabzugsfähigen Ausschüttung ausgeht, während in Österreich steuerpflichtige Zinsen erblickt werden. Ebensowenig regelt das österreichische Steuerrecht das – aus fiskalischer Sicht – wesentlich interessanter Problem, dass in Österreich Zinsen zum Abzug zugelassen werden, die beim ausländischen Empfänger als steuerfreie Beteiligungserträge qualifiziert werden.³⁶

2.2. Auswirkungen auf den Zinsenabzug und Teilwertabschreibungen

Insoweit nach § 10 Abs 7 KStG die Steuerfreiheit von Ausschüttungen auf hybride Beteiligungen versagt wird, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen dieser Regelung auf den Zinsenabzug für den Erwerb der betreffenden hybriden Beteiligung sowie auf die Regelungen für Teilwertabschreibungen nach § 12 Abs 3 KStG:

- Die durch das StRefG 2005³⁷ eingefügte und das BBG 2011³⁸ novellierte Regelung des § 11 Abs 1 Z 4 KStG zur Zinsenabzugsfähigkeit bei der Beteiligungs-fremdfinanzierung, die ausdrücklich auf Kapitalanteile iSt § 10 KStG verweist, richtete sich gegen die Judikatur des VwGH,³⁹ wonach Finanzierungskosten von Beteiligungen im Hinblick auf die steuerfreien Beteiligungserträge nach § 10 KStG gem § 12 Abs 2 KStG steuerlich nicht abzugsfähig waren. Die Judikatur des VwGH hat primär auf die Steuerfreiheit

der Beteiligungserträge abgestellt und die – gegebenenfalls – steuerhängigen Veräußerungsgewinne außer Acht gelassen.⁴⁰ Sofern § 10 Abs 7 KStG anwendbar ist und die Vergütungen daher in Österreich körperschaftsteuerpflichtig sind, müssen freilich mangels Eingreifens des § 12 Abs 2 KStG allfällige Finanzierungskosten im Zusammenhang mit dem hybriden Finanzinstrument grundsätzlich und unabhängig von § 11 Abs 1 Z 4 KStG steuerlich abzugsfähig sein.⁴¹ Dies muss unabhängig davon gelten, ob eine Abschichtung der Beteiligung nach § 10 Abs 3 KStG steuerneutral erfolgen kann,⁴² wobei – sofern nicht ohnehin § 11 Abs 1 Z 4 KStG eingreift – womöglich eine Einschränkung für den Spezialfall zu machen sein könnte, in dem eine Kapitalgesellschaft durch ihre Satzung zur Thesaurierung verpflichtet ist.⁴³

- Die Regelungen über Teilwertabschreibungen nach § 12 Abs 3 KStG verweisen ebenfalls im Einleitungs-satz auf „Beteiligungen im Sinne des § 10 [KStG]“. Auch hier gilt uE aus systematischen und teleologischen Gründen, dass der Verweis auf § 10 KStG die Steuerfreiheit der Beteiligungserträge meint, also umgekehrt die Einschränkungen des § 12 Abs 3 KStG nicht anwendbar sind, wenn steuerpflichtige Beteiligungserträge bezogen werden.⁴⁴ Es sind daher die Teilwertabschreibungsregeln des § 12 Abs 3 KStG in Fällen des § 10 Abs 7 KStG nicht anwendbar, sofern für die Beteiligung nach § 10 Abs 3 KStG zur Steuerwirksamkeit optiert wurde und damit nicht ohnehin im Hinblick auf die Substanz Steuerneutralität besteht.

2.3. § 10 Abs 7 KStG im Lichte der Mutter-Tochter-RL

Art 4 der Mutter-Tochter-RL⁴⁵ verpflichtet den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft bei Erfüllen gewisser

35 ErlRV 981 24. GP, 131 f.

36 Siehe auch Schindler/Twardosz, Steuerliche Neuerungen für Finanzierungen im Konzern, GES 2011, 27 (28).

37 BGBI I 2004/57 idF

38 BGBI I 2010/111.

39 Siehe zB VwGH 16.2.1988, 87/14/0051; VwGH 8.6.1988, 87/13/0068; VwGH 20.9.1989, 88/13/0072, VwGH 10.10.1996, 94/15/0187, ÖStZB 1997, 404; VwGH 20.11.1996, 96/15/0188, ÖStZB 1997, 623; vgl zusammenfassend zB Achatz/Bieber in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), KStG (2011) § 11 Tz 13; Plansky in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg). KStG (2009) § 11 Tz 42; Nowotny, Fremdfinanzierung im Konzern nach dem StRefG 2005, in Quantschnigg/Achatz/Haidenthaler/Trenkwalder/Tumpel (Hrsg), Gruppenbesteuerung Kommentar und systematische Darstellung, 229.

40 Bei Eingreifen des Abzugsverbots des § 12 Abs 2 KStG kann es daher lediglich zu einer späteren Berücksichtigung der Aufwandszinsen bei steuerpflichtiger Beteiligungsveräußerung kommen; siehe VfGH 25.6.1998, B 125/97, ÖStZB 1998, 862; VfGH 27.9.2000, B 2031/98, ÖStZB 2001/62, 83; VwGH 22.12.2005, 2004/15/0142, ÖStZB 2007/69, 83; dazu auch Rz 1211 ff KStR 2001 und Kofler in Doralt, EStG¹¹ § 20 Tz 156.

41 Wilplinger/Primik, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (106).

42 Siehe zur umgekehrten Diskussion des Schuldzinsenabzugs bei befreiten Dividenden und nachfolgend steuerpflichtiger Veräußerung zB Kofler in Doralt, EStG 11 (2007) § 20 Tz 156.

43 Für diesen Spezialfall hatte der VfGH (7. 3. 1997, B 2370/94, ÖStZB 1998, 94) – wenngleich im umgekehrten Kontext grundsätzlich steuerfreier Beteiligungserträge – einen Finanzierungszusammenhang mit dem steuerpflichtigen Veräußerungserlös angenommen.

44 Ähnlich Rz 1221 KStR 2011, wonach § 12 Abs 3 KStG nicht auf „Beteiligungen im Sinne des § 10 Abs 3 [KStG]“ Anwendung findet. Diese Aussage stammt aus der „Urfassung“ der KStR 2001, AÖF 2002/70, und meint den – im damaligen Zeitpunkt in § 10 Abs 3 KStG idF vor BudBG 2003, BGBI I 2003/71, geregelten Methodenwechsel (nunmehr § 10 Abs 4 KStG). Anders für § 12 Abs 2 Z 2 KStG aber Achatz/Bieber in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), KStG (2011) § 12 Tz 272, die im Hinblick auf den Wotlaut von § 12 Abs 3 KStG die Siebentelverteilung nach § 12 Abs 3 Z 2 KStG für alle unter § 10 KStG fallenden Beteiligungen anwenden, unabhängig davon, ob sie zu steuerfreien oder steuerpflichtigen Beteiligungserträgen führen.

45 Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG), ABl L 225/6 ff (20. 8. 1990) idGf.

Voraussetzungen, wie insbesondere eines 10%igen Anteils am Kapital der Tochtergesellschaft, die wirtschaftliche Doppelbesteuerung von Gewinnausschüttungen entweder durch die Anrechnungs- oder die Befreiungsmethode zu vermeiden.⁴⁶ Fraglich könnte solcherart sein, ob gegen § 10 Abs 7 KStG Bedenken im Hinblick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Mutter-Tochter-RL bestehen. So ist bislang für die Richtlinie ungeklärt, ob der Ansässigkeitsstaat die Entlastung nach Art 4 der Richtlinie von der Einkünftewirkung der Gewinnausschüttung bei der Tochtergesellschaft abhängig machen kann, also etwa die Entlastung verweigern darf, wenn die „Ausschüttung“ im Quellenstaat als abzugsfähig angesehen wird, was etwa bei hybriden Finanzinstrumenten der Fall sein kann.⁴⁷ Die steuerplanerische Nutzung divergierender Qualifikationen ist jedenfalls nicht *per se* missbräuchlich iSd Art 1 Abs 2 der Richtlinie.⁴⁸ Auch der Wortlaut der Richtlinie enthält diesbezüglich keine Regelung, sondern schließt in Art 2 Abs 1 lit c lediglich (quasi) subjektiv befreite Gesellschaften aus.⁴⁹ Obwohl die Abzugsfähigkeit von Zahlungen bei der Tochtergesellschaft wie eine – im Lichte des Art 2 Abs 1 lit c unschädliche – sachliche Befreiung wirken kann, muss aus dem Blickwinkel der Zielsetzung der Richtlinie dennoch bezweifelt werden, dass solche Situationen schutzwürdig sind; denn die Richtlinie geht offenbar von dem Grundgedanken aus, dass die Gewinne bei der Tochtergesellschaft prinzipiell besteuert werden können und nicht durch Ausschüttungen geschmälert werden.⁵⁰ Insofern könnte man einen Verstoß des § 10 Abs 7 KStG gegen die Richtlinie schon aus teleologischen Gründen vernei-

nen,⁵¹ er wird aber im Schrifttum auf Basis des Wortlautes durchaus bejaht.⁵²

UE ist ein Verstoß gegen des § 10 Abs 7 KStG gegen die Mutter-Tochter-RL im Ergebnis zu verneinen. Unstrittig dürfte in einem *ersten* Schritt sein, dass die Richtlinie im Grunde auch auf Ausschüttungen anwendbar ist, die im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähig sind.⁵³ Sind die Voraussetzungen der Richtlinie erfüllt, trifft in einem *zweiten* Schritt den Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft die Verpflichtung zur Entlastung von der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung. Diesbezüglich stellt die Mutter-Tochter-RL den Mitgliedstaaten die Steuerfreistellung (Art 4 Abs 1 TS 1) und die indirekte Anrechnung (Art 4 Abs 1 TS 2) als gleichwertige Alternativen zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung von Ausschüttungen im Mutter-Tochter-Verhältnis zur Verfügung.⁵⁴ In einem dritten Schritt ist zu betonen, dass es im Grunde unstrittig ist, dass es die Mutter-Tochter-RL den Mitgliedstaaten gestattet, sowohl gegenüber verschiedenen Mitgliedstaaten (etwa aufgrund unterschiedlicher Doppelbesteuerungsabkommen) als auch im Verhältnis zu ein und demselben Mitgliedstaat unterschiedliche Methoden anzuwenden, wobei auch eine ausländische Niedrigbesteuerung oder die mangelnde Aktivität der Tochtergesellschaft als Differenzierungskriterium herangezogen werden können.⁵⁵

Im Lichte dieser drei Schritte ist nun zu prüfen, ob § 10 Abs 7 KStG der Richtlinie entspricht. Aus rein österreichischer Sicht wirkt § 10 Abs 7 KStG bei internationalen Schachtelbeteiligungen wie ein sofortiger Wechsel zur indirekten Anrechnungsmethode,⁵⁶ entspricht damit in

46 Ausführlich dazu *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 4 Rz 1 ff, 20 ff.

47 Dazu *Bundgaard*, Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2, ET 2010, 490 (490 ff); *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 1 Rz 21.

48 Siehe zB KOM(2007)785 endg., 6

49 Dazu *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 2 Rz 32 ff.

50 *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 5 Rz 23;

51 In diese Richtung *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 1 Rz 21; *Kofler* in *Achazt/Kirchmair* (Hrsg), KStG (2011) Anh Tz 10.

52 Siehe aber einen Verstoß solcher Regelungen gegen die Richtlinie annehmend *Bundgaard*, Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2, ET 2010, 490 (495 f), der davon ausgeht, dass es sich beim Zinsenabzug um keine schädliche Befreiung handle und daher die Mutter-Tochter-Richtlinie anwendbar sei, also Entlastung im Staat der Muttergesellschaft gewährt werden müsse.

53 Siehe zB *Bundgaard*, Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 2, ET 2010, 490 (495 f). Dafür spricht die historische Auslegung: Als die Mutter-Tochter-RL im Jahr 1990 verabschiedet wurde, erhob Griechenland nach nationalem Recht keine Körperschaftsteuer auf ausgeschüttete Gewinne, sondern besteuerte ausgeschütteter Gewinne nur auf Ebene der Anteilseigner.

Ein solches System eines extrem gespaltenen Körperschaftsteuersatzes wirkt im Ergebnis wie die Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen. Dennoch wurde nicht daran gezweifelt, dass griechische Gesellschaften solche iSd Art 2 (Abs 1) lit b der Richtlinie sein könnten. Vielmehr sah Art 5 Abs 2 der Stammfassung der Mutter-Tochter-RL sogar explizit ein Recht zur Quellenbesteuerung vor, zumal bei einem vollständigen Quellensteuerverzicht die ausgeschütteten Körperschaftsgewinne in Griechenland keiner Besteuerung unterlegen wären (dazu *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 5 Rz 50 ff). Ob aus dieser Sonderregelung für Griechenland ein Rückschluss für die Frage unterschiedlicher Qualifikationen bei hybriden Finanzinstrumenten gezogen werden kann, lässt sich allerdings nicht letztgültig beantworten, zumal es sich um eine von den anderen Mitgliedstaaten in der Richtlinie akzeptierte systematische Entscheidung des griechischen Körperschaftsteuersystems handelte (siehe auch *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 1 Rz 21).

54 EuGH 12. 12. 2006, C-446/04, Slg 2006, I-11753, *FII Group Litigation* – Tz 43 f; EuGH 12. 2. 2009, C-138/07, Slg 2009, I-731, *Cobelfret* – Tz 31; EuGH 4. 6. 2009, C-439/07, C-499/07, Slg 2009, I-4409, *KBC Bank* – Tz 43 und Tz 47.

55 Dazu mwN *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 4 Rz 6.

56 Durch die Abzugsfähigkeit im Ausland reduziert sich insofern die ausländische Steuerbelastung auf Null, sodass bei Anwendung der indirekten Anrechnungsmethode keine ausländische Steuer anzurechnen wäre, sodass es bei der Vollbelastung mit der österreichischen Körperschaftsteuer bleibt.

ihrer Wirkung im Grunde einer der beiden Methoden die nach der Richtlinie optional zur Verfügung steht. Die Wahl des österreichischen Gesetzgebers zur Nichtbefreiung in § 10 Abs 7 KStG scheint daher der Richtlinie durchaus zu entsprechen, zumindest insoweit, als nicht Fragen einer Anrechnung in tiefer strukturierten Konzernen (Art 4 Abs 1 TS 2 der RL) angesprochen sind.⁵⁷ UE kann dem § 10 Abs 7 KStG auch nicht die Rechtsprechung des EuGH in *Cobelfret* und *KBC Bank* entgegengehalten werden, wonach sich ein Mitgliedstaat, der sich für eine der alternativen Methoden entschieden habe, diese jedoch nicht richtlinienkonform implementiert, „nicht auf die Wirkungen oder Beschränkungen berufen, die sich aus der Durchführung des anderen Systems hätten ergeben können“, berufen kann.⁵⁸ Es ist nämlich klar erkennbar, dass – anders als in *Cobelfret* und *KBC Bank* – der österreichische Gesetzgeber mit § 10 Abs 7 KStG eine klare Sonderregel schaffen und sich damit gegen die Befreiungsmethode für diese Fälle entscheiden wollte.

2.4. § 10 Abs 7 KStG im Lichte des Verfassungsrechts

Im Schrifttum wurden bereits verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 10 Abs 7 KStG vorgebracht:⁵⁹ Während nämlich bei internationalen Schachtelbeteiligungen (§ 10 Abs 2 KStG) eine doppelte Nichtbesteuerung im In- und im Ausland in Kauf genommen werde, solange nicht kumulativ passive Einkünfte und Niedrigbesteuerung im Ausland vorliegen (§ 10 Abs 4 KStG),⁶⁰ werde nach § 10 Abs 7 KStG selbst bei einer aktiv tätigen Auslandsgesellschaft die Befreiung schon dann versagt, wenn die Ursache für die Nichtbesteuerung in der Abzugsfähigkeit der Ausschüttungen liege. Dieser Überlegung ist uE zunächst jedenfalls zuzustimmen: Wie bereits oben dargelegt wirkt aus *rein österreichischer* Sicht § 10 Abs 7 KStG bei internationalen Schachtelbeteiligungen wie ein sofortiger Wechsel zur indirekten Anrechnungsmethode,⁶¹ ohne dass es – wie bei § 10 Abs 4 KStG – zusätzlich auf die Frage ankäme, ob im Ausland Aktiv- oder Passiveinkünfte erzielt werden.⁶² Die Sachlichkeit des § 10 Abs 7 KStG könnte somit letztlich davon abhängen, ob ein Ab-

stellen auf die Behandlung der Ausschüttung als abzugsfähig oder nicht abzugsfähig *im Ausland* einen hinreichenden Differenzierungsgrund bietet und ob es insofern auch darauf ankommen könnte, ob es ausländischer Sicht die Abzugsfähigkeit zu einem Steuerunterschied führt oder der Abzug aufgrund einer generellen Nichtbesteuerung ohnehin keine steuerliche Auswirkung hätte. Jedenfalls könnte § 10 Abs 7 KStG aber in diesem Sinne teleologisch so ausgelegt werden, dass eine Versagung der Befreiung nur dann eintritt, wenn es im Ausland zu einer Minderung einer ansonsten steuerlich relevanten Bemessungsgrundlage gekommen ist. Insofern sollte uE auch das verallgemeinernde Abstellen auf die Abzugsfähigkeit des Gewinnanteiles im Ausland eine hinreichende Rechtfertigung für besonderen Rechtsfolgen nach § 10 Abs 7 KStG sein.

3. Erste Verwaltungspraxis zur Anwendung des § 10 Abs 7 KStG

In EAS 3211⁶³ hat das BMF zur Anwendung des § 10 Abs 7 KStG auf finnische Gewinnausschüttungen Stellung bezogen: Die EAS betrifft die steuerliche Behandlung von Gewinnausschüttungen einer finnischen Tochtergesellschaft, die von der finnischen Betriebsstätte einer österreichischen GmbH bezogen wurden. Nach den nationalen finnischen steuerlichen Gruppenbesteuerungsvorschriften waren die Gewinnausschüttungen auf Ebene der ausschüttenden finnischen Tochtergesellschaft steuerlich abzugsfähig und auf Ebene der empfangenden finnischen Betriebsstätte steuerpflichtig (sog „group contribution“). Da Art 23 Abs 1 lit a DBA Finnland für Betriebsstättengewinne die Anrechnungsmethode vorsieht, unterliegen die finnischen Betriebsstätteneinkünfte einschließlich der Gewinnausschüttungen aus der finnischen Beteiligung (auch) der österreichischen Besteuerung, wobei die ausländischen Betriebsstätteneinkünfte nach österreichischen Steuerrecht zu ermitteln sind und daher auch § 10 KStG – und dessen Abs 7 – relevant ist. Das BMF kommt – unter Bezugnahme auf den Wortlaut von § 10 Abs 7 KStG – zum Ergebnis, dass diese Bestimmung auf die gegenständlichen – bei der zahlenden Ge-

57 Siehe *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 4 Rz 28 ff.

58 EuGH 12. 2. 2009, C-138/07, Slg 2009, I-731, *Cobelfret* – Tz 50; EuGH 4. 6. 2009, C-439/07, C-499/07, Slg 2009, I-4409, *KBC Bank* – Tz 44; siehe auch Schlussanträge GA *Sharpston* 8. 5. 2008, C-138/07, Slg 2009, I-731, *Cobelfret* – Tz 25 f.

59 *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (374 f).

60 Zum Methodenwechsel nach § 10 Abs 4, 6 KStG ausführlich *Kofler* in *Achaz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 258 ff.

61 Durch die Abzugsfähigkeit im Ausland reduziert sich insofern die ausländische Steuerbelastung auf Null, sodass bei Anwendung der

indirekten Anrechnungsmethode keine ausländische Steuer anzurechnen wäre, sodass es bei der Vollbelastung mit der österreichischen Körperschaftsteuer bleibt.

62 Bei Portfoliobeteiligungen stellt sich diese Frage dementsprechend nicht, da dort der Methodenwechsel in §§ 10 Abs 5 und 6 KStG lediglich von der ausländischen Niedrig- oder Nichtbesteuerung abhängig gemacht wird, nicht jedoch vom aktiven oder passiven Unternehmensschwerpunkt; siehe dazu *Kofler* in *Achaz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 321 ff.

63 BMF 11.5.2011, EAS 3211 = SWI 2011, 263.

sellschaft abzugsfähigen – finnischen Gewinnausschüttungen Anwendung findet. Das BMF räumt dabei auch ein,

„dass nach den Erläuterungen zur neuen Bestimmung des § 10 Abs. 7 KStG mit der gesetzlichen Neuregelung eine doppelte Nichtbesteuerung aufgrund des Einsatzes hybrider Finanzierungsinstrumente verhindert werden soll. Der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung sieht indessen keine derartige Anwendungsbeschränkung vor, sodass die steuerliche

Abzugsfähigkeit bei der ausschüttenden finnischen Tochtergesellschaft die inländische Steuerpflicht der von der österreichischen GmbH im Wege ihrer finnischen Betriebsstätte bezogenen Dividenden auslöst.“

Die Anwendung des § 10 Abs 7 KStG sei allerdings auch sachgerecht, weil andernfalls eine Anrechnung der nach finnischem Recht von den Betriebsstättengewinnen erhobenen Steuer auf die für diese Gewinne nach österreichischem Recht vorzuschreibende Steuer zu einer Anrechnungsverzerrung führen könnte.

Zusammenfassung

1. § 10 Abs 7 KStG richtet sich primär gegen internationale Steuerarbitrage durch hybride Finanzinstrumente. Die Beteiligungsertragsbefreiung für laufende Gewinnanteile nach § 10 Abs 1 Z 5 bis 7 KStG wird versagt, soweit diese bei der ausländischen Körperschaft abzugsfähig sind. Die Neuregelung ist für Wirtschaftsjahre anwendbar, die nach dem 31.12.2010 beginnen, also auch für davor angeschaffte Beteiligungen bzw Finanzinstrumente.
2. Die Nichtbefreiung der von § 10 Abs 7 KStG erfassten Erträge führt dazu, dass Finanzierungskosten etc im Zusammenhang mit solchen Finanzinstrumenten mangels Anwendbarkeit des § 12 Abs 2 KStG und unabhängig von § 11 Abs 1 Z 4 KStG grundsätzlich abzugsfähig sind. Die Teilwertabschreibungsregeln des § 12 Abs 3 KStG kommen uE in Fällen des § 10 Abs 7 KStG nicht zum Tragen.
3. Gegen § 10 Abs 7 KStG wurden bereits Bedenken aus dem Blickwinkel der Mutter-Tochter-RL als auch des nationalen Verfassungsrechts geltend gemacht.
 - a) Wenngleich die Mutter-Tochter-RL auch auf die von § 10 Abs 7 KStG angesprochenen Konstellationen anwendbar ist, scheint § 10 Abs 7 KStG im Grundfall der Richtlinie zu entsprechen, da er aus rein österreichischer Perspektive wie ein sofortiger Wechsel zur indirekten Anrechnungsmethode
- wirkt und diese Methode den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie zur Verfügung gestellt wird.
- b) Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zu bemerken, dass § 10 Abs 7 KStG aus rein österreichischer Perspektive wie ein sofortiger Wechsel zur indirekten Anrechnungsmethode wirkt, ohne dass es – wie bei § 10 Abs 4 KStG – auf die Frage ankäme, ob im Ausland Aktiv- oder Passiveinkünfte erzielt werden. Ob diese Ungleichbehandlung – ihre verfassungsrechtliche Relevanz unterstellt – sachlich ist, hängt letztlich davon ab, ob ein Abstellen auf die Behandlung der Ausschüttung als abzugsfähig oder nicht abzugsfähig *im Ausland* einen hinreichenden Differenzierungsgrund bietet. Dies ist uE zu bejahen.
4. Da § 10 Abs 7 KStG nicht auf den Grund der Nichtabzugsfähigkeit abstellt sind daher auch Situationen erfasst, bei denen es aufgrund spezifischer Steuernormen des Auslands zur Abzugsfähigkeit kommt. So wurde § 10 Abs 7 KStG in EAS 3211 auch auf das finnische System der Gruppenbesteuerung angewendet, bei der ein Verlustausgleich zwischen Gesellschaften durch eine Kombination von abzugsfähigen Ausschüttungen bei der Gewinnkörperschaft und steuerpflichtigen Einnahmen bei der Verlustkörperschaft (Betriebsstätte) erreicht wird.