

Georg Kofler\*)

## Fruchtgenuss und internationales Schachtelprivileg

### USUFRUCT AND INTERNATIONAL PARTICIPATION EXEMPTION

There is considerable confusion as to whether or not a usufruct in shares of a foreign company may entitle the usufructuary to the benefits of Austria's international participation exemption. Georg Kofler considers a systematic and literal interpretation of domestic law and additional arguments derived from the Parent-Subsidiary Directive in favor of such an entitlement.

#### I. Überblick

Seit der Liberalisierung des internationalen Schachtelprivilegs in § 10 Abs. 2 KStG durch das BBG 2003<sup>1)</sup> ist lediglich eine mindestens für ein Jahr bestehende 10%ige Mindestbeteiligung „in Form von Kapitalanteilen“ erforderlich, ohne dass es auf das Vorliegen von „Gesellschaftsanteilen“ oder die Unmittelbarkeit der Beteiligung ankäme. Trotz des Wegfalls dieser Kriterien<sup>2)</sup> soll § 10 Abs. 2 KStG auf Fruchtgenussberechtigte an internationalen Schachtelbeteiligungen weiterhin nicht anwendbar sein.<sup>3)</sup> Begründet wird diese Ansicht nunmehr mit dem „Erfordernis einer Beteiligung an der Unternehmenssubstanz“,<sup>4)</sup> erwirbt doch der Fruchtnießer beim eigentlichen Fruchtgenuss außerhalb von Sonderabmachungen (z. B. Veräußerungs- und Belastungsverbot und Stimmrecht) nicht das für § 10 Abs. 2 erforderliche wirtschaftliche Eigentum<sup>5)</sup> an der Beteiligung.<sup>6)</sup> Dieser Ausschluss des Fruchtgenussberechtigten vom internationalen Schachtelprivileg ist aller-

\*) Priv.-Doz. DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU), ist Lektor am Forschungsinstitut für Steuerrecht und Steuermanagement der Johannes Kepler Universität Linz.

<sup>1)</sup> BGBl. I Nr. 71/2003.

<sup>2)</sup> Bisher (zu § 10 Abs. 2 Z 1 i. d. F. AbgÄG 1996, BGBl. Nr. 797/1996) wurde der Ausschluss des Fruchtgenussberechtigten gerade aus dem Begriff der „Gesellschaftsanteile“ (BMF, RdW 1991, 219; Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler, KStG, § 10 Anm. 21; siehe auch Lechner, Fruchtgenuss an Aktien, ecolex 1992, 194 [194 f.]) bzw. dem Unmittelbarkeitserfordernis abgeleitet (Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 10 Tz. 55; Staringer, Fruchtgenuss an Beteiligungen im Konzern, in König/Schwarzinger [Hrsg.], Körperschaften im Steuerrecht, FS Wiesner [2004] 425 [434]; siehe auch BMF, ecolex 1991, 425); kritisch dazu aber Ludwig, Beteiligungsertragsbefreiung nach § 10 KStG bei wirtschaftlichem Eigentum, Treuhand und Fruchtgenuss. Wem sind die gesellschaftsrechtlichen Anteile steuerlich zuzurechnen? SWK-Heft 4/1997, S 73 (S 73 ff.), und Ludwig, Mutter-Tochter-Richtlinie und zwischengeschaltete Personengesellschaft – richtlinienwidrige Umsetzung? RdW 1997, 752 (752 f.).

<sup>3)</sup> Lediglich das Entgelt für eine Fruchtgenusseinräumung ist als „Gewinnanteil jeder Art“ anzusehen und solcherart von § 10 Abs. 2 KStG erfasst; siehe Staringer, Beteiligungserträge im Körperschaftsteuerrecht, in Bertl et al. (Hrsg.), Beteiligungen in Rechnungswesen und Besteuerung (2004) 163 (172); Staringer in König/Schwarzinger, Körperschaften im Steuerrecht, 435; Kauba, Fruchtgenussrechte an Kapitalanteilen und Kapitalgesellschaften bzw. Stiftungen, RdW 2004/652, 701 (701 f.); siehe zu § 10 Abs. 1 KStG ebenso Rz. 521 KStR 2001 und z. B. Lechner, ecolex 1992, 194 f.; BMF, ecolex 1992, 205 = RdW 1992, 95; Beiser, Beteiligungsertragsbefreiung (§ 10 KStG) und Fruchtgenuss, RdW 1996, 336 (336 ff.); Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 10 Tz. 16; Beiser, Verkaufte Ausschüttungen im Spannungsfeld der Endbesteuerung und Einmalserfassung, RdW 2006/430, 471 (473); siehe auch Haslinger, Zuwendungsfruchtgenuss an Unternehmensanteilen, ecolex 1996, 622 (625).

<sup>4)</sup> Rz. 560 KStR 2001; zustimmend Kauba, RdW 2004/652, 701 f.

<sup>5)</sup> Rz. 557 KStR 2001. Bis zum BBG 2003 wurde hingegen eine – wenngleich nicht konsequent durchgehaltene – zivilrechtliche Betrachtung vorgenommen, die sowohl aus dem Unmittelbarkeitserfordernis (z. B. Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 10 Tz. 42.2 und Tz. 49 ff.; Pernegger, Die Beteiligungsertragsbefreiung bei internationalen Schachtelbeteiligungen, ÖStZ 1999, 429 [430]) als auch aus dem Begriff der „Gesellschaftsanteile“ (Quantschnigg, ÖStZ 1989, 143; Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler, KStG, § 10 Anm. 21; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 10 Tz. 54) abgeleitet wurde (siehe zum KStG 1966 auch VwGH 4. 10. 1977, 482/76, ÖStZB 1978, 82, und AÖFV Nr. 80/1983; ebenso BMF, RdW 1991, 219).

<sup>6)</sup> Siehe z. B. VwGH 22. 9. 1961, 732/61, ÖStZB 1962, 2; 14. 9. 1972, 54/72, ÖStZB 1973, 33; VwGH 26. 6. 1984, 83/14/0258; Rz. 125 EStR 2001; weiters Staringer in König/Schwarzinger, Körperschaften im Steuerrecht, 430 f., und Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechts II<sup>5</sup> (2006) Tz. 445.

## Usufruct and International Participation Exemption

dings aus steuersystematischer Sicht auf Kritik gestoßen und muss womöglich aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen überdacht werden.

### II. Steuersystematische Überlegungen

Dem Schachtelprivileg ist im Grunde inhärent, dass die Begünstigung dem ertragsteuerlichen Zurechnungsträger der Dividendeneinkünfte zugutekommen soll, solange die Dividende aus einer Schachtelbeteiligung stammt. In diesem Sinn ist das internationale Schachtelprivileg zumindest dann anwendbar, wenn der Fruchtgenussberechtigte wirtschaftliches Eigentum an den Anteilen erlangt hat.<sup>7)</sup> Im geradezu typischen Fall eines fruchtgenussbedingten Auseinanderfallens von wirtschaftlichem Eigentum und Dividendenzurechnung wird dies jedoch mangels einer Substanzbeteiligung anders gesehen. Dies ist aus systematischer Sicht nicht zwingend. Es ist nämlich unbestritten, dass unabhängig von der Art des Fruchtgenusses<sup>8)</sup> jedenfalls im Fall einer für eine gewisse Dauer rechtlich abgesicherten Position<sup>9)</sup> eine Verschiebung der Einkünftezurechnung aufgrund eines entgeltlich<sup>10)</sup> eingeräumten Fruchtgenusses an Anteilen erfolgen kann.<sup>11)</sup> Dem Fruchtnießer sind Dividendeneinkünfte dann zuzurechnen, wenn der Fruchtgenuss – zumindest im Innenverhältnis – das Stimmrecht umfasst,<sup>12)</sup> selbst wenn wirtschaftliches Eigentum nicht übergegangen sein sollte;<sup>13)</sup> fraglich ist lediglich, ob der Fruchtgenuss an einer Mehrheitsbeteiligung bestehen muss, die den Fruchtnießer zur Fassung eines Ausschüttungsbeschlusses berechtigt.<sup>14)</sup> Würde nun einer fruchtgenussberechtigten, nach § 10 Abs. 2 KStG qualifizierten Gesellschaft die Begünstigung des § 10 Abs. 2 KStG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen mangels Beteiligung an der Unternehmenssubstanz ebenso versagt wie dem Fruchtgenussverpflichteten mangels Zurechnung der Dividendeneinkünfte, so wäre die vom Gesetz intendierte Vermeidung der Mehrfacherfassung von Beteiligungserträgen nicht sichergestellt.<sup>15)</sup>

Vor diesem Hintergrund wird für das insofern im Wortlaut nicht anders strukturierte nationale Schachtelprivileg des § 10 Abs. 1 KStG<sup>16)</sup> auch nicht bezweifelt, dass die Beteiligungsertragsbefreiung sowohl dem Fruchtgenussberechtigten für die bezogenen Dividenden als auch dem Fruchtgenussbesteller für das Einräumungsentgelt zusteht, weil nur solcherart

<sup>7)</sup> In diese Richtung wohl auch BMF, ÖStZ 2000/601, betreffend die Veräußerung von im zivilrechtlichen Eigentum einer liechtensteinischen Familienstiftung stehenden Gesellschaftsanteilen.

<sup>8)</sup> Vorbehalts- oder Zuwendungsfruchtgenuss; dazu *Tanzer*, Einkünftezurechnung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, 15. ÖJT Bd. III/1 (2003) 32 ff.

<sup>9)</sup> BMF, *ecolex* 1996, 312.

<sup>10)</sup> Siehe Rz. 118 EStR 2000.

<sup>11)</sup> Siehe BMF, *ecolex* 1992, 205 = RdW 1992, 95; Rz. 118 EStR 2000 und Rz. 520 ff. KStR 2001; EAS 2294 = SWI 2003, 421; weiters z. B. *Lechner*, *ecolex* 1992, 194; *Starlinger* in *König/Schwarzinger* Körperschaften im Steuerrecht, 428 ff.; siehe auch VwGH 25. 1. 2001, 2000/15/0172.

<sup>12)</sup> BMF, *ecolex* 1992, 205 = RdW 1992, 95; EAS 2294 = SWI 2003, 421; ebenso UFS 20. 5. 2008, RV/0887-L/04; siehe auch *Beiser*, RdW 2006/430, 473; strenger, nämlich auf die Disposition über das eingesetzte Kapital abstellend (d. h. auch Stimmberechtigung zugunsten der Liquidation), *Zorn*, Einkünftezurechnung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, 15. ÖJT Bd. III/2 (2004) 135 (147 f.).

<sup>13)</sup> Siehe z. B. *Starlinger* in *König/Schwarzinger*, Körperschaften im Steuerrecht, 428 ff.; *Kauba*, RdW 2004/652, 701; *Lechner*, Die Bedeutung des wirtschaftlichen Eigentums für die Zurechnung von Einkünften, in: *Tanzer* (Hrsg.), Die BAO im 21. Jahrhundert, FS Stoll (2005) 51 (62); siehe auch BMF, *ecolex* 1996, 312; enger womöglich BMF, FJ 2000, 225.

<sup>14)</sup> So *Tanzer*, Einkünftezurechnung, 32 ff., und EAS 2294 = SWI 2003, 421, betreffend Dividendenzurechnung im Fall des Vorbehaltsfruchtgenusses; mit beachtlicher Begründung ablehnend *Starlinger* in *König/Schwarzinger*, Körperschaften im Steuerrecht, 429 f. Auch in den EStR 2000 (Rz. 118) und den KStR 2001 (Rz. 522) findet sich dieses Kriterium nicht, wenngleich das Beispiel in Rz. 522 KStR 2001 auf eine Mehrheitsbeteiligung rekurriert.

<sup>15)</sup> In diese Richtung auch *Kristen/Passeyrer*, Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung: Die geplanten Änderungen der Bestimmungen zum internationalen Schachtelprivileg, SWI 2003, 225 (229); siehe auch *Starlinger* in *Bertl et al.*, Beteiligungen, 173, und *Starlinger* in *König/Schwarzinger* Körperschaften im Steuerrecht, 435.

<sup>16)</sup> § 10 Abs. 1 KStG spricht von Gewinnanteilen aufgrund „einer Beteiligung“, § 10 Abs. 2 erfordert, dass die inländische Muttergesellschaft „in Form von Kapitalanteilen“ an der ausländischen Tochtergesellschaft „beteiligt“ ist.

## Fruchtgenuss und internationales Schachtelprivileg

eine konsequente Einmalerfassung inländischer Beteiligungserträge gewährleistet ist.<sup>17)</sup> Wenngleich die Zielsetzungen von § 10 Abs. 1 KStG und § 10 Abs. 2 KStG voneinander abweichen, scheint gerade nach der weitgehenden Angleichung der Wortlaute durch das BBG 2003 eine divergierende Auslegung im Hinblick auf den Fruchtgenuss nicht zwingend geboten, zumal ausweislich der Materialien gerade eine Gleichbehandlung mit Inlandsbeteiligungen hergestellt werden sollte.<sup>18)</sup> Hinzu tritt, dass der Fruchtgenussberechtigte auf Basis eines kausalen Verständnisses auch zur Beanspruchung abkommensrechtlicher Vorteile berechtigt ist, sofern ihm die Dividendeneinkünfte zuzurechnen sind.<sup>19)</sup>

Im Lichte dieser Überlegungen wird daher von der h. A. im Schrifttum auch eine Einbeziehung des Fruchtgenussberechtigten in den Anwendungsbereich des internationalen Schachtelprivilegs gefordert.<sup>20)</sup> Überdies steht die Frage im Raum, ob die unterschiedliche Behandlung im nationalen und im internationalen Kontext den Grundfreiheiten entspricht.<sup>21)</sup> Eine solche Ungleichbehandlung bliebe je nach Sachverhaltskonstellation auch dann bestehen, wenn dem Fruchtgenussberechtigten an einer internationalen Schachtelbeteiligung eine steuerwirksame Abschreibung des Fruchtgenussrechts zugestanden würde.<sup>22)</sup>

## III. Richtlinienkonforme Auslegung

Das internationale Schachtelprivileg dient im Hinblick auf die Befreiung von Gewinnanteilen der Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie,<sup>23)</sup> die nicht nur eine Quellensteuerfreiheit von Ausschüttungen an qualifizierte Muttergesellschaften erfordert (§ 94a EStG), sondern auch die Entlastung bei der empfangenden Muttergesellschaft.<sup>24)</sup> Damit hat sich innerhalb der Gemeinschaft der Zweck des internationalen Schachtelprivilegs insofern gewandelt, als es nicht mehr um eine Begünstigung zur einseitigen Förderung des Außenhandels geht,<sup>25)</sup> sondern um die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, wofür die Schaffung binnenmarktähnlicher Verhältnisse für Unternehmenszusammenschlüsse

<sup>17)</sup> Rz. 521 f. KStR 2001; UFS 20. 5. 2008, RV/0887-L/04; siehe auch *Quantschnigg*, ÖStZ 1989, 142 f.; *Beiser*, RdW 1996, 336; *Ludwig*, SWK-Heft 4/1997, S 77 f.; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 10 Anm. 16; *Starlinger* in *König/Schwarzinger*, Körperschaften im Steuerrecht, 431 ff.; *Beiser*, Verkaufte Ausschüttungen im Spannungsfeld der Endbesteuerung und Einmalerfassung, RdW 2006/430, 471 (471 ff.).

<sup>18)</sup> Siehe ErlRV 59 BlgNR 22. GP, 273.

<sup>19)</sup> EAS 2294 = SWI 2003, 421, betreffend Dividendenzurechnung und österreichische Quellenbesteuerung im Fall des Vorbehaltsfruchtgenusses. Wenngleich die Zurechnungsfrage bei internationalen Sachverhalten prinzipiell ausschließlich nach österreichischem Recht zu entscheiden ist (siehe z. B. VwGH 10. 12. 1997, 93/13/0185), ist dennoch zu bedenken, dass insb. bei Hinausschüttungen (z. B. auf Basis eines Fruchtgenusses an einer inländischen Gesellschaft) auch auf die Sachverhaltsbeurteilung im anderen Staat Rücksicht zu nehmen sein wird, um vor allem im DBA-Fall grenzüberschreitende Zurechnungskonflikte zu vermeiden (siehe Rz. 558 KStR 2001 und für den Fall eines Fruchtgenusses ausdrücklich EAS 2294 = SWI 2003, 421; ebenso z. B. EAS 381 = SWI 1994, 102; EAS 707 = SWI 1995, 403; EAS 788 = SWI 1996, 87; EAS 1048 = SWI 1997, 234); allfällige Konflikte sind sodann im Rahmen eines Verständigungsverfahrens zu lösen (EAS 381 = SWI 1994, 102; siehe z. B. auch Art. 25 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 lit. a DBA Deutschland, BGBl. III Nr. 182/2002, sowie Art. 24 Abs. 3 DBA USA, BGBl. III Nr. 6/1998).

<sup>20)</sup> Siehe etwa *Tissot*, Anmerkung zum Gesetzesentwurf zu § 10 Abs. 2–4 KStG, SWK-Heft 14/2003, S 407 (S 407, FN 3); *Kristen/Passeyrer*, SWI 2003, 229; *Tissot*, Steuerreform 2004: Internationales Schachtelprivileg gem. § 10 Abs. 2–4 KStG, ÖStZ 2003/750, 359 (360); *Starlinger* in *Bertl et al.*, Beteiligungen 173, und *Starlinger* in *König/Schwarzinger*, Körperschaften im Steuerrecht, 434 ff.; *Kofler/Kanduth-Kristen/Kofler*, Körperschaftsteuer, in *Bertl/Djanani/Eberhartinger/Kofler/Tumpel* (Hrsg.), Handbuch der österreichischen Steuerlehre Band I<sup>2</sup>/1 (2006) 373 (454).

<sup>21)</sup> Siehe auch *Kristen/Passeyrer*, Follow-up zu den Neuerungen zum internationalen Schachtelprivileg nach der Regierungsvorlage zum Budgetbegleitgesetz 2003, SWI 2003, 279 (279 f.); *Hügel*, Zur Nachversteuerung von Teilwertabschreibungen auf internationale Schachtelbeteiligungen auf Grund des Budgetbegleitgesetzes 2003, JBl 2003, 796 (798, FN 15); *Starlinger* in *König/Schwarzinger* Körperschaften im Steuerrecht, 436 f.

<sup>22)</sup> Für die Abschreibbarkeit z. B. *Starlinger* in *Bertl et al.*, Beteiligungen, 173; *Starlinger* in *König/Schwarzinger*, Körperschaften im Steuerrecht, 435 f.; *Kauba*, RdW 2004/652, 701 f.

<sup>23)</sup> Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 225 vom 20. 8. 1990, S. 6.

<sup>24)</sup> Vgl. ErlRV 1701 BlgNR 18. GP, 6 f. (zum EU-AnpG).

<sup>25)</sup> Siehe zu dieser ursprünglichen Zielsetzung ErlRV 622 BlgNR 17. GP, 19 (zum KStG 1988).

## Usufruct and International Participation Exemption

notwendig ist.<sup>26)</sup> In der Mutter-Tochter-Richtlinie ist die Behandlung von Fruchtgenüssen nicht explizit geregelt; im Schrifttum wurde eine Einbeziehung von Fruchtgenussberechtigten bislang aber eher ablehnend beurteilt, sei doch eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung von Mutter- und Tochtergesellschaft erforderlich.<sup>27)</sup>

Im Hinblick auf diese Fragestellung könnte demnächst eine Klärung durch den EuGH in der Rs. *Les Vergers du Vieux Tauves* erfolgen.<sup>28)</sup> Dort geht es darum, ob ein reiner *usus fructus*, konkret der bloße Anspruch auf die beschlossenen Dividenden mit begrenzten Stimmrechten und ohne Übertragung von Rechten am Kapital,<sup>29)</sup> den Begünstigungen der Mutter-Tochter-Richtlinie zugänglich ist. Die Kommission ist hier der Auffassung, dass – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – eine Entlastung der von der fruchtgenussberechtigten Gesellschaft bezogenen Dividenden erfolgen müsse, während zahlreiche Mitgliedstaaten<sup>30)</sup> die gegenteilige Ansicht vertreten und Deutschland nur dann eine Entlastungsverpflichtung annehmen möchte, „wenn die Stellung des Nießbrauchers wirtschaftlich der des Eigentümers entspricht“.<sup>31)</sup> Die Lösung dieser Frage bedarf daher einer Analyse der Zielsetzung, der Systematik und des Wortlauts der Richtlinie, die Generalanwältin Sharpston in ihren Schlussanträgen vom 3. 7. 2008<sup>32)</sup> vorexerziert hat:

### 1. Zielsetzung der Richtlinie

Die Mutter-Tochter-Richtlinie möchte die grenzüberschreitende Bildung von Unternehmenszusammenschlüssen erleichtern. Daraus ließe sich einerseits folgern, dass es der Richtlinie zuwiderliefe, wenn eine vom Fruchtgenussberechtigten bezogene Dividende der Doppelbesteuerung in Fällen unterliegt, in denen ohne Bestehen eines Nießbrauchs nach Art. 4 Abs. 1 eine Entlastung verfügbar wäre,<sup>33)</sup> andererseits aber auch, dass die Richtlinie nur jene Zusammenschlüsse im wirtschaftlichen Sinn erfassen wolle, bei denen die Muttergesellschaft eine Beteiligung an der Tochtergesellschaft besitze, die ihr sämtliche üblicherweise mit der Stellung eines Anteilsinhabers verbundenen Rechte verleihe.<sup>34)</sup> Überdies sei es das typische Interesse eines begrenzt stimmberechtigten Fruchtnießers, kurzfristig möglichst hohe Dividenden zu erhalten, während der Eigentümer eher daran interessiert sei, die Gesellschaft langfristig zu stärken und Gewinne möglicherweise zu reinvestieren; ein solcher Interessenkonflikt spreche dagegen, den Fruchtniesser in den Geltungsbereich der Richtlinie einzubeziehen.<sup>35)</sup> GA Sharpston teilte diese Bedenken nicht: Gerade die graduelle Herabsetzung des Mindestbeteiligungsausmaßes durch die

<sup>26)</sup> Vgl. Heinrich, Die Steuerneutralität von Beteiligungen (Habil. Univ. Graz 2003) 67; anders Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG, § 10 Tz. 5.

<sup>27)</sup> Siehe z. B. Tumpel, Umsetzung der Mutter/Tochter-Richtlinie in Österreich, IStR 1995, 113 (114); vgl. weiters Tumpel, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU (1994) 262 („Beziehungen auf schuldrechtlicher Grundlage“ sind nicht ausreichend); ablehnend auch Helminen, The Dividend Concept in International Tax Law (1999) 159, betreffend Dividend-Stripping-Konstruktionen für den Fall, dass der Kuponübertragende in keinem qualifiziertem Mutter-Tochter-Verhältnis zur ausschüttenden Gesellschaft steht.

<sup>28)</sup> Allerdings wird von in dieser Rs. die Verfahrenszulässigkeit kontrovers diskutiert. Dies liegt vor allem darin begründet, dass der Sachverhalt eine rein nationale Gewinnausschüttung betrifft und damit sichtlich keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, der Wortlaut der auf dem Prüfstand stehenden belgischen Befreiungsbestimmung für nationale und internationale Schachteldividenden aber in der entscheidenden Anwendungsvoraussetzung („Besitz eines Anteils am Kapital“) identisch ist. GA Sharpston hat dementsprechend die Vorlagefrage als relevant für die Auslegung der Mutter-Tochter-Richtlinie angesehen (siehe Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 20–38, m. w. N.).

<sup>29)</sup> Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 14.

<sup>30)</sup> Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, die Niederlande, Spanien und das Vereinigte Königreich.

<sup>31)</sup> Siehe Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 42.

<sup>32)</sup> Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*.

<sup>33)</sup> So das Argument der Kommission; siehe Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 48.

<sup>34)</sup> In diese Richtung die Argumente der Mitgliedstaaten; siehe Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 49.

<sup>35)</sup> Siehe die Zusammenfassung dieses Argumentes der Mitgliedstaaten in den Schlussanträgen der GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 51.

Änderungsrichtlinie<sup>36)</sup> zeige, dass die Mutter-Tochter-Richtlinie nicht auf Unternehmensgruppen im konventionellen gesellschaftsrechtlichen Sinn beschränkt sei;<sup>37)</sup> die Richtlinie bezwecke die Beseitigung der Doppelbesteuerung von Dividenden in einer grenzübergreifenden Unternehmensgruppe, und diesem Zweck sei am besten gedient, wenn „die durch Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verlangte Befreiung von der Doppelbesteuerung für diejenigen Dividenden gewährt wird, die für Anteile einer Konzerngesellschaft gezahlt werden, die von einer anderen Gesellschaft gehalten werden, und zwar unabhängig von einer etwaigen Aufteilung des Eigentumsrechts an diesen Gesellschaftsanteilen.“<sup>38)</sup>

## 2. Systematik der Richtlinie

Belgien und Italien wiesen darauf hin, dass die Richtlinie es in Art. 3 Abs. 2 gestatte, auf die Stimmrechte anstatt auf den Kapitalanteil abzustellen; ein Mitgliedstaat könne durch Ausübung dieses Wahlrechts den Fruchtgenussberechtigten vom Kreis der Begünstigten ausschließen, weil Voraussetzung für ein Vollstimmrecht das Volleigentum sei; um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sei daher auch beim Kriterium des Kapitalanteilbesitzes ebenfalls das Volleigentum als Entlastungsvoraussetzung zu verlangen.<sup>39)</sup> GA *Sharpston* hielt diesen Einwand nicht für durchgreifend, zumal aus Art. 3 Abs. 2 auch abgeleitet werden könne, dass Stimmrechte i. d. R. keine Voraussetzung seien, um von der Richtlinie zu profitieren.<sup>40)</sup>

## 3. Wortlaut der Richtlinie

Die Mutter-Tochter-Richtlinie stellt in Art. 3 Abs. 1 lit. a für die Definition der Muttergesellschaft auf einen „Anteil“ am „Kapital“ der Tochtergesellschaft ab und legte in Art. 4 eine Entlastungsverpflichtung dann auf, wenn die Muttergesellschaft Gewinne „als Teilhaber in ihrer Tochtergesellschaft“ bezieht.<sup>41)</sup> Die Mitgliedstaaten wiesen dementsprechend auf die Schwierigkeit hin, einen *usus fructus* als Besitz eines Anteils am Kapital oder als Teilhabe an der Gesellschaft zu betrachten, zumal der Fruchtgenussberechtigte einerseits keine Einlagen leistet und sich andererseits sein Dividendenbezugsrecht aus einer bloßen vertraglichen Vereinbarung mit dem Anteilseigner ableitet.<sup>42)</sup> Auf Basis von Zielsetzung und Systematik der Richtlinie hielt GA *Sharpston* allerdings den Wortlaut nicht für alleine entscheidend.<sup>43)</sup> Bestätigt werde ein weites Verständnis auch durch die Erweiterungen auf Basis der Änderungsrichtlinie, zumal eine – in der neuen deutschen Fassung geforderte – „Beteiligung“ an der Tochtergesellschaft auch an den von der Richtlinie erfassten Genossenschaften, Vereinen auf Gegenseitigkeit, Nichtkapitalgesellschaften, Sparkassen und -vereinen etc. bestehe, obwohl hier „keine Beteiligung am Kapital der Tochtergesellschaft im konventionellen Sinne“ vorliege;<sup>44)</sup> auch die Einbeziehung von Betriebsstätten spreche für ein solches Verständnis.<sup>45)</sup>

<sup>36)</sup> Richtlinie 2003/123/EG des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Änderung der Richtlinie 90/435/EWG über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 7 vom 13. 1. 2004, S. 41.

<sup>37)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 50.

<sup>38)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 52.

<sup>39)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 53.

<sup>40)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 54.

<sup>41)</sup> Durch die Änderungsrichtlinie wurde der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 lit. a insofern nicht verändert; Art. 4 Abs. 1 stellt in der deutschen Fassung aber nunmehr auf einen Dividendenbezug der Muttergesellschaft „aufgrund ihrer Beteiligung“ an der Tochtergesellschaft ab (anstatt: „als Teilhaber in ihrer Tochtergesellschaft“). Dies verwundert, wurde doch z. B. die englischsprachige Fassung („by virtue of its association with its subsidiary“) nicht verändert; auch im Kommissionsvorschlag (KOM [2003] 462 endg.) oder den Ratsdokumenten findet sich kein Hinweis, dass eine Änderung des Wortlautes oder gar des Inhaltes dieser Bestimmung intendiert war. Es dürfte sich daher insofern um eine bloße Übersetzungsdivergenz handeln.

<sup>42)</sup> Dazu Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 56 f.

<sup>43)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 58.

<sup>44)</sup> Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 59.

<sup>45)</sup> Siehe wiederum Schlussanträge GA *Sharpston* 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 59.

## Usufruct and International Participation Exemption

Die dreistufige Argumentation der Generalanwältin mag zwar in einzelnen Punkten angreifbar erscheinen, verdichtet sich aber doch zu der sachgerechten Forderung, die Doppelbelastung im Sinn eines kausalen Verständnisses immer dann zu vermeiden, wenn eine Inhaberschaft von Gesellschaftsanteilen vorliegt, welche die verschiedenen in der Richtlinie genannten Kriterien erfüllt und aufgrund deren eine Dividende gezahlt wird. Dementsprechend verpflichte die Mutter-Tochter-Richtlinie auch dann zur Entlastung, „wenn die Rechte an den Gesellschaftsanteilen der Tochtergesellschaft in der Weise aufgespalten sind, dass eine Gesellschaft die Dividenden aufgrund eines Nießbrauchs bezieht, während das Eigentum an den Gesellschaftsanteilen bei einer anderen Gesellschaft verbleibt.“<sup>46)</sup> Es bleibt freilich abzuwarten, wie der EuGH zu dieser Frage Stellung beziehen wird. Sollte der EuGH sich gegen die Einbeziehung von Fruchtgenüssen in den Anwendungsbereich der Richtlinie aussprechen, steht es den Mitgliedstaaten aber dennoch frei, eine Einbeziehung im nationalen Recht vorzunehmen.<sup>47)</sup>

### IV. Ergebnis

Anders als das nationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs. 1 KStG soll das internationale Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG einer fruchtgenussberechtigten Gesellschaft mangels „Beteiligung an der Unternehmenssubstanz“ selbst dann nicht zustehen, wenn sie Zurechnungssubjekt der Dividendeneinkünfte ist und die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 KStG beim Fruchtgenussverpflichteten erfüllt sind. Dieser Ausschluss ist systematisch nicht zwingend. Die unterschiedliche Behandlung von Fruchtgenussberechtigten in § 10 Abs. 1 KStG einerseits und § 10 Abs. 2 KStG andererseits stößt überdies auf grundfreiheitsrechtliche Bedenken. Eine geänderte Sichtweise könnte aber vor allem auf Basis der Mutter-Tochter-Richtlinie geboten sein; folgt der EuGH im Ergebnis den Schlussanträgen von Generalanwältin Sharpston in der Rs. *Les Vergers du Vieux Tauves*, müssten in richtlinienkonformer Interpretation auch Fruchtgenussberechtigte unabhängig von ihrer Stellung als wirtschaftliche Eigentümer begünstigte Ausschüttungsempfänger i. S. d. § 10 Abs. 2 KStG sein können.

Ein derartiges Urteil würde auch ein Umdenken im Hinblick auf die Quellensteuerbefreiung nach § 94a EStG für den umgekehrten Fall einer Fruchtgenussberechtigung an einer inländischen Gesellschaft implizieren, zumal diese Vorschrift überdies noch auf die „Unmittelbarkeit“ der Beteiligung abstellt.<sup>48)</sup> Hinzu kommt, dass ein weites Verständnis des EuGH über das Fruchtgenussproblem hinaus Konsequenzen nach sich zöge, etwa im Hinblick auf bloße Übertragungen des Dividendenkupons oder Fragen des *Dividenden-Strippings*. Sollte eine derartige Entwicklung eintreten, werden die Mitgliedstaaten vor allem im Hinblick auf die Sicherung nationaler Quellenbesteuerungsrechte Maßnahmen gegen Scheinvereinbarungen und Umgehungsgestaltungen erwägen müssen; GA Sharpston hat auf diese in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie eröffnete Möglichkeit in ihren Schlussanträgen auch ausdrücklich hingewiesen.<sup>49)</sup>

<sup>46)</sup> Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 60.

<sup>47)</sup> Dazu Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 61 ff.; siehe zum Verständnis der Mutter-Tochter-Richtlinie als „Mindestanforderung“ ausführlich Kofler/Tumpe, Double Taxation Conventions and European Directives in the Direct Tax Area, in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), Tax Treaty Law and EC Law (2007) 191 (199 ff.), und Kofler, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2007) 822 ff.

<sup>48)</sup> Für eine richtlinienkonforme Interpretation des Unmittelbarkeitskriteriums des § 94a EStG bei zwischengeschalteten Personengesellschaften siehe aber bereits EAS 2630 = SWI 2005, 458, in Abkehr von EAS 2052 = SWI 2002, 310; weiters Rz. 728 KStR 2001; dazu ausführlich Bendlinger/Kofler, Mutter-Tochter-Richtlinie versus § 94a EStG: Quellensteuerfreie Ausschüttungen bei „mittelbarer“ Beteiligung der Muttergesellschaft? ÖStZ 2005/791, 332 (332 ff.), sowie Bendlinger/Kofler, BMF zum Umfang der KEST-Befreiung nach § 94a EStG, ÖStZ 2005/897, 412 (412 f.).

<sup>49)</sup> Schlussanträge GA Sharpston 3. 7. 2008, Rs. C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, Rn. 52.