

# „Vor allem die Qualified Domestic Minimum Top-up Tax ist ein echter Game Changer“

Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M., Professor für Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien, im Interview

Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. ist Professor für Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien; zuvor war er Vorstand des Instituts für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik an der Johannes Kepler Universität Linz. Er ist in mehreren internationalen Gremien aktiv und leitet etwa die ECJ Task Force der CFE Tax Advisers Europe, ist Mitglied des D-A-CH-Steuerausschusses und war bis vor Kurzem stellvertretender Vorsitzender des Permanent Scientific Committee der International Fiscal Association (IFA). Kofler hat sich im Jahr 2006 an der JKU Linz habilitiert und war anschließend ua Gastprofessor an diversen ausländischen Universitäten in Luxemburg, New York, Florida und Sydney.



Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. ist Professor für Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

**TPI:** Herr Kofler, im letzten Heft der TPI hat Achim Pross berichtet, dass die Entwicklungen bei der Säule 2 („Pillar Two“) schon weit fortgeschritten sind. Wie ist denn hier der Stand der Dinge?

**Georg Kofler:** Viele Bausteine von Pillar Two waren ja schon im Blueprint aus dem Jahr 2020 angelegt, und technisch ist hier Vieles schon sehr konkret: Die unglaublich detaillierten OECD-Modellregeln vom Dezember 2021 wurden im März 2022 noch durch einen umfangreichen technischen Kommentar ergänzt. In vielen Staaten laufen mittlerweile Gesetzesvorhaben oder Konsultationen zur innerstaatlichen Umsetzung, etwa in Australien, Kanada, Irland, Jersey, Korea, Malaysien, Mauritius, Neuseeland, den Niederlanden, der Schweiz und dem Vereinigten Königreich. In der Europäischen Union liegt schon seit Dezember 2021 ein Richtlinievorschlag der Kommission vor,

der allerdings politisch ins Stocken geraten ist. Dazu vielleicht später. Man merkt aber schon jetzt deutlich, wie komplex, vielschichtig und auch wie anpassungsbedürftig die Regelungen von Pillar Two eigentlich sind. Abgesehen von den vielen Fragen, die derzeit in Wissenschaft und Praxis diskutiert werden, wird erst die tägliche Arbeit mit Pillar Two zeigen, wo es noch „hakt“.

Allerdings gibt es auch Verzögerungen: Das ambitionierte Inkrafttreten mit 2023 ist mittlerweile auf 2024 verschoben worden, wobei sich jene Stimmen mehren, die 2025 für realistischer halten. Das hängt auch damit zusammen, dass der für die Praxis so unglaublich wichtige Umsetzungsrahmen samt der Vereinfachungsmaßnahmen erst für Ende 2022 erwartet wird. Zudem hat sich offenbar die Arbeit an der für Entwicklungs- und Schwellenländer besonders relevanten „Subject-to-Tax“-Klausel verzögert: Ursprünglich waren eine entsprechende Musterregelung für Ende 2021 und ein entsprechendes Multilaterales Instrument für Mitte 2022 angekündigt worden, während in den letzten Stellungnahmen der OECD ohne konkreten Zeitrahmen nur mehr die fortlaufende Arbeit an diesen beiden Projekten erwähnt wird.

**TPI:** Man hatte vielfach den Eindruck, dass im Unterschied zu Pillar One der Pillar Two schon seit 2019 auf gefestigten Schienen unterwegs ist. Hat es aus Ihrer Sicht bei der Entwicklung von Pillar Two dennoch besondere Überraschungen gegeben?

**Georg Kofler:** Aus meiner Sicht ist vor allem die sogenannte „qualified domestic minimum top-up tax“ (QDMTT) ein echter game changer. Diese QDMTT war in der Stellungnahme des Inclusive Framework im Oktober 2021 noch nicht einmal angedeutet, fand sich dann aber relativ überraschend in den OECD-Modellregeln vom Dezember 2021 und auch im EU-Richtlinievorschlag.

Worum geht es? Bei Pillar Two gibt es ja zwei Hauptregeln, die sogenannten „GloBE-Regeln“: Die sogenannte „*income inclusion rule*“ (IIR) soll die Mindestbesteuerung in der Regel im Staat der ultimativen Muttergesellschaft herstellen, die UTPR kommt ergänzend bei den Tochtergesellschaften zur Anwendung, wenn zB der Staat der Konzernmuttergesellschaft keine IIR vorsieht. Wenn also eine kritische Masse an Staaten die GloBE-Regeln umsetzt, läuft die „diabolische Maschine“ von Pillar Two: Niedrigsteuerländer verlieren den Standortvorteil, weil die dortigen Konzerneinheiten von irgendeinem anderen Staat auf die Mindeststeuer hochgeschleust werden.

Einige Niedrigsteuerstaaten hatten daher überlegt, wie man eine „Defensivgesetzgebung“ gestalten könnte, um den Steuerzugriff anderer Staaten auf Basis der IIR oder der UTPR auf Gewinne „ihrer“ Gesellschaften zu verhindern. Die *qualified domestic minimum top-up tax* ist genau diese Defensivgesetzgebung: Erheben Staaten auf die ansässigen Konzerneinheiten eine an den OECD-Modellregeln orientierte Mindeststeuer von 15 % auf die sogenannten „excess profits“, mindert diese den Steuerzugriff anderer Staaten oder schließt ihn gänzlich aus. Es ist also zu erwarten, dass (nahezu) alle Staaten eine QDMTT einführen werden: Sie verhindert den Steuerzugriff anderer Staaten, idealerweise ohne die eigene Wettbewerbsposition zu verschlechtern! Hinzu kommt, dass für jene Unternehmen, die nicht von den GloBE-Regeln erfasst sind (zB jene, die unterhalb der 750-Millionen-€-Umsatzschwelle liegen), das bisherige Steuersystem beibehalten werden kann. Und schließlich muss die QDMTT nicht sämtliches *GloBE income* erfassen, sondern nur jenes nach Abzug des substanzbasierten Freibetrags, also die *excess profits*. Natürlich muss bei Einführung einer QDMTT auch überlegt werden, wie bestehende Steurbegünstigungen umzugestalten wären etc, aber grundsätzlich scheint die Mehrheit der Staaten aus völlig nachvollziehbaren Gründen die Einführung einer der nationalen Mindestbesteuerung anzustreben. Das Ziel von Pillar Two, ein internationales Mindestbesteuerungsniveau zu erreichen, wird damit auch bewerkstelligt. Allerdings verschieben sich dadurch die Aufkommenserwartungen: Für die Staaten der Konzernmuttergesellschaften gibt es kaum etwas „zu holen“, wenn schon an der Quelle eine Mindestbesteuerung erfolgt.

Vieleicht noch ein Satz zum internationalen Mindestbesteuerungsniveau: Schon 2019 war absehbar, dass es einen substanzbasierten Freibetrag geben könnte, der letztlich als „*substance-based income exclusion*“ (SBIE) Eingang in die OECD-Modellregeln gefunden hat. Dieser wird formelhaft auf Basis des Wertes der körperlichen Wirtschaftsgüter einerseits (beginnend mit 8 %) und der Lohnaufwendungen andererseits

(beginnend mit 10 %) in einem Staat ermittelt. Die *top-up tax*, also die Differenz zwischen der nationalen Steuerbelastung und der 15%igen Mindeststeuer, wird sodann nur auf die Differenz zwischen dem rechnungslegungsbasierten GloBE und dem substanzbasierten Freibetrag – die sogenannten *excess profits* – erhoben. Steuerpolitisch gibt es also weiterhin den „guten“, substanzbasierten Steuerwettbewerb: Soweit der substanzbasierte Freibetrag reicht, können Staaten weiterhin mit *incentives* arbeiten und nominelle Steuersätze weit unter dem Mindeststeuersatz von 15 % anbieten.

**TPI:** Für die Einführung der „Subject-to-Tax“-Klausel in die Doppelbesteuerungsabkommen hat die OECD wieder ein Multilaterales Instrument angekündigt, um Konflikte mit bestehendem Abkommensrecht zu vermeiden. Für die GloBE-Regeln, also die IIR und die UTPR, scheint man hingegen keine abkommensrechtlichen Probleme zu sehen. Warum eigentlich?

**Georg Kofler:** Eine spannende Frage – und hier ist die Diskussion noch in den Startlöchern. Beginnen wir mit der *income inclusion rule* (IIR). Der Begriff an sich ist schon irreführend, weil es – anders als etwa bei der Hinzurechnungsbesteuerung – nicht um eine Bemessungsgrundlage geht, sondern um eine Steuer, die *top-up tax*. Während man vielleicht überlegen könnte, dass die IIR der Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen überhaupt nachgefragt ist, weil sie ja von der Bemessungsgrundlagenzuordnung entkoppelt ist, hält die OECD richtigerweise die Doppelbesteuerungsabkommen für grundsätzlich anwendbar. Allerdings, so die OECD, sei die Anwendung der IIR ebenso zulässig wie die Anwendung von Hinzurechnungsbesteuerungsregeln.

Dies stützt sich auf zwei Argumente: Erstens würde eine „*saving clause*“ im Sinne des Art 1 Abs 3 OECD-MA 2017 dem Ansässigkeitsstaat ein freies Ausüben seiner Besteuerungsrechte gestatten, andererseits würden ja dem anderen Staat keine diesem abkommensrechtlich zugeordneten Gewinne „weggenommen“. Beide Argumente könnten in der Praxis Gegenwind bekommen: Denn erstens ist die *saving clause* nicht in allen bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen enthalten, andererseits ist unklar, ob und inwieweit nationale Gerichte nicht doch in Art 7 Abs 1 oder vielleicht sogar Art 9 Abs 1 OECD-MA eine Sperrwirkung für die Anwendung der IIR sehen könnten.

Wesentlich komplexer wird es bei der UTPR. Der Begriff „UTPR“ stand ursprünglich für „*undertaxed payments rule*“ und sollte als Auffangregel derart greifen, dass Staaten durch verschiedene Abzugsverbote eine Mindestbesteuerung herstellen, insbesondere wenn im Konzernmutterstaat keine IIR greift. Dies hat sich gewandelt: In den OECD-Modellregeln ist UTPR keine echte Abkürzung mehr, sondern

ein bloßer Mechanismus, die *top-up tax* an substantielle Untergesellschaften zu verteilen, also eine IIR „nach unten“ oder „zur Seite“. Dementsprechend wird nunmehr auch oft von einer „*undertaxed profits rule*“ gesprochen, etwa im EU-Richtlinievorschlag.

Durch diesen verschobenen Fokus sind aber auch die im seinerzeitigen Blueprint angestellten abkommensrechtlichen Überlegungen der OECD, die sich vor allem mit den Auswirkungen von Abzugsverboten im Lichte der Art 7 und Art 9 OECD-MA sowie den Diskriminierungsverboten des Art 24 OECD-MA befassten, teilweise hinfällig. Was bleibt, ist das Argument, dass auch hier die *saving clause* die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft „sichern“ würde. Ob das aber dem Sinn und Zweck der *saving clause* entspricht, wird nicht zu Unrecht bezweifelt, geht es doch bei der UTPR um die Besteuerung von über- oder neugeordneten Konzerneinheiten, also „nach unten“ oder „zur Seite“, im Unterschied zu Hinzurechnungsbesteuerungsregeln oder der IIR aber nicht um die Besteuerung bei der übergeordneten, kontrollierenden Konzernmutter, also „nach oben“. Noch komplexer wird das Bild, wenn das konkrete bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen überhaupt keine *saving clause* enthalten. Hinzu kommt dabei auch die Frage, um welches konkrete Doppelbesteuerungsabkommen es überhaupt geht, greifen doch die UTPR-Staaten kollektiv auf einen „*top-up tax pool*“ zu, der sich aus den *top-up taxes* aus verschiedenen Staaten zusammensetzen kann.

Es besteht also durchaus eine Reihe diffiziler abkommensrechtlicher Fragen, denen in der Tat von Seiten der OECD zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde. Ein Multilaterales Instrument auch für die GloBE-Regeln wäre also mehr als wünschenswert.

**TPI:** Neben dem Abkommensrecht werden auch viele unionsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pillar Two diskutiert. Wie ist denn hier der aktuelle Stand?

**Georg Kofler:** 26 der 27 Mitgliedstaaten sind ja dem Oktober-Statement der OECD beigetreten, und Zypern, das kein Mitglied des Inclusive Forum ist, hat seine Unterstützung ausgedrückt. Insofern bestand im vergangenen Herbst große politische Einigkeit, und die Europäische Kommission hat sodann im Dezember 2021 den Vorschlag für eine Pillar-Two-Richtlinie präsentiert. Mittlerweile sind auch die technischen Arbeiten im Rat abgeschlossen, und einige ursprüngliche Bedenken der Mitgliedstaaten wurden angesprochen (zB eine Übergangsfrist für Mitgliedstaaten mit nur wenigen Konzernmuttergesellschaften) und Vereinfachungen vorgesehen. Allerdings scheitert die Einigung derzeit am Veto Ungarns, das das Fehlen einer rechtlichen Verknüpfung mit dem – ins Stocken geratenen – Pillar One vermisst. Die tschechi-

sche Ratspräsidentschaft bemüht sich derzeit um eine einstimmige Verabschiedung der Richtlinie. Denkbar wären aber auch zwei alternative Varianten: einerseits natürlich die verstärkte Zusammenarbeit einer Gruppe von Mitgliedstaaten, andererseits eine „optionale“ Richtlinie. Die verstärkte Zusammenarbeit würde es den Mitgliedstaaten ermöglichen, die Richtlinie ohne Zustimmung Ungarns (aber auch ohne dessen Bindung) zu erlassen – und dann auf die „diabolische Maschine“ zu vertrauen. Eine „optionale“ Richtlinie würde zwar Einstimmigkeit erfordern, allerdings könnten die Mitgliedstaaten dann – vergleichbar der Kapitalansammlungsrichtlinie – wählen, ob sie die Richtlinie umsetzen. Wenn sie das aber tun, muss die Umsetzung der Richtlinie entsprechen. Mit einer solchen „optionalen“ Richtlinie ließen sich auch Bedenken ausräumen, dass sich die Mitgliedstaaten und die Union zu stark selbst binden und steuerpolitischen Spielraum aufgeben. Allerdings haben am 9. September 2022 ohnehin die „G5“ die Initiative ergriffen: Deutschland, Frankreich, Italien, die Niederlande und Spanien haben angekündigt, die Mindestbesteuerungsregeln auch dann im Jahr 2023 einzuführen, wenn auf Unionsebene keine Einigung erzielt wird.

**TPI:** Immer wieder wird argumentiert, dass Pillar Two Probleme im Hinblick auf die Grundfreiheiten aufwerfen könnte. Stimmt das?

**Georg Kofler:** Die OECD-Modellregeln würden eine unterschiedliche Behandlung zwischen grenzüberschreitenden und innerstaatlichen Fällen verursachen, da sie nur internationale, nicht aber rein nationale Fallgestaltungen erfassen. Aus der Perspektive der Grundfreiheiten würden dabei die IIR und die UTPR in Konflikt mit der Rechtsprechung des EuGH etwa in den Rechtssachen *Cadbury Schweppes* und *Eurowings* treten. Hier könnte lediglich die – steuerpolitisch nicht besonders sinnvolle – Ausdehnung auf Inlandsfälle eine Ungleichbehandlung auf den ersten Blick verhindern. Dagegen wird freilich eingewendet, dass die Ausdehnung auf reine Inlandsfälle nicht den Blick darauf verstellen darf, dass es aufgrund der – auf den weltweiten Umsatz abstellenden – 750-Millionen-€-Schwelle dennoch zu einer versteckten Diskriminierung käme, weil eben faktisch doch hauptsächlich internationale Gruppen erfasst würden. Umgekehrt scheinen die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Tesco* und *Vodafone* zu umsatzbezogenen, sektoralen Abgaben nahezulegen, dass eine Umsatzschwelle generell unproblematisch ist, wobei allerdings nicht verhehlt werden darf, dass sich die dortigen Umsatzschwellen auf Inlandsumsätze und nicht auf weltweite Umsätze bezogen. Waren aber die IIR und die UTPR tatsächlich als diskriminierend zu beurteilen, käme es auf die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung an. Hier wäre sodann

fraglich, ob sich – etwa in Anlehnung an die Schlussanträge von GA Kokott in der Rechtssache *Allianzgi-Fonds* – eine Rechtfertigung schon in der „Gewährleistung einer Mindestbesteuerung“ finden ließe oder der internationale Konsens zu Pillar Two auch als unionsrechtlich relevante Wertung anerkannt würde. Das sind jedenfalls unglaublich spannende Fragen.

Die Spannung würde sich meines Erachtens dann entschärfen, wenn die Pillar-Two-Richtlinie verabschiedet wird, die die Mindestbesteuerung in der Union umfassend harmonisiert. Hier versucht der im Rat schon technisch abgestimmte Text der Pillar-Two-Richtlinie, einen Konflikt mit den Grundfreiheiten dadurch zu vermeiden, dass die *income inclusion rule* auch auf nationale Tochtergesellschaften und rein nationale Gruppen („large scale domestic groups“) ausgedehnt wird. Damit wäre – wie gerade erwähnt – vorderhand eine Diskriminierung zwischen grenzüberschreitenden und innerstaatlichen Fällen vermieden. Viel wichtiger erscheint aber, dass im Falle einer umfassend harmonisierenden Pillar-Two-Richtlinie das nationale Umsetzungsrecht nur mehr an der Richtlinie, nicht aber an den Grundfreiheiten zu prüfen wäre. Die Richtlinie selbst könnte zwar nach wie vor wegen eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten vom EuGH als ungültig beurteilt werden, doch legt der EuGH hier einen wesentlich großzügigeren Maßstab an. Dementsprechend wäre eine Richtlinie nur dann primärrechtswidrig, wenn sie mit einem offensichtlichen Fehler bzw. einem Fehler behaftet ist, dessen Schwere so offensichtlich ist, dass er von der Unionsrechtsordnung nicht geduldet werden kann. Insofern bietet eine Richtlinie den Mitgliedstaaten durchaus ein „Schutzschild“ vor den Grundfreiheiten.

**TPI:** Pillar One ist ja politisch ins Stocken geraten, wenngleich die Arbeiten auf Ebene der OECD voranschreiten. Fällt das Gebäude der neuen internationalen Steuerrechtsordnung

nicht in sich zusammen, wenn es zwar eine Säule gibt, die andere aber vielleicht nie umgesetzt wird?

**Georg Kofler:** Das Zwei-Säulen-Modell ist politisch stark aufgeladen, wenngleich die beiden Säulen aus technischer Sicht kaum miteinander verknüpft sind. Aber die politische Position ist gut verständlich, geht doch das Konzept der neuen internationalen Steuerrechtsordnung auf den ursprünglichen Gedanken zurück, die Besteuerung der digitalen oder digitalisierten Wirtschaft in den Griff zu bekommen und Besteuerungsrechte der Marktstaaten zu stärken. Pillar Two kann das natürlich nur ganz beschränkt leisten. Pillar One und dessen Amount A sind umgekehrt ein unglaublich komplexes Ungetüm, das zum bestehenden Steuersystem einschließlich der Verrechnungspreisregelungen hinzutreten und vielleicht im Ergebnis auch hinter den Erwartungen der Marktstaaten zurückbleiben wird. Die Alternative wären wohl einfache, umsatzbezogene Steuern, etwa „digital services taxes“ oder Quellensteuern im Sinne des neuen Art 12B UN-MA, deren Abschaffung wiederum eine politische Bedingung für Pillar One ist. Ausgeprägter Unilateralismus in diesem Bereich könnte hier aber zu erheblichen Konflikten und sogar Handelskriegen führen. Die Gemengelage ist zugleich insgesamt schwieriger geworden: Man darf nicht vergessen, dass die politische, von 137 Staaten getragene Einigung auf das Zwei-Säulen-Modell lange vor dem russischen Angriff auf die Ukraine, die erneuten Taiwan- und Korea-Spannungen und die wieder zunehmende „Blockbildung“ erfolgt ist, und man sich durchaus fragen kann, wie sehr denn auch heute noch ein Konsens des Westens besteht, Besteuerungsrechte zu Gunsten von etwa Russland oder China aufzugeben.

**TPI:** Vielen Dank für dieses Gespräch.

Das Interview führte Florian Rosenberger.

## Veranstaltungshinweis

### Internationale Betriebsstätten

Inkl der neuen Verrechnungspreisrichtlinien 2021

#### Programm:

- Tatbestände „Betriebsstätte“ mit Beispielen und Rechtsprechung
- Betriebsstätten nach dem OECD-BEPS-Projekt
- Gewinnermittlung unter Berücksichtigung des OECD-MA und AOA light
- Überführung von Wirtschaftsgütern und Beendigung von Betriebsstätten
- Inkl Präsentation und Diskussion von praxisnahen Fallstudien

**Termin:** Mittwoch, 23. 11. 2022, 9:00 Uhr bis 14:00 Uhr.

**Ort:** Mercure Wien Westbahnhof, Felberstraße 4, 1150 Wien.

**Informationen und Anmeldung:** <https://www.lindeverlag.at/seminar/internationale-betriebsstaetten-2978>.