

# „Hybride Finanzinstrumente“ in der Mutter-Tochter-RL

Der „Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung“<sup>1)</sup> der EU Kommission widmet sich auch den von der Mutter-Tochter-RL<sup>2)</sup> geregelten grenzüberschreitenden Gewinnausschüttungen: Dabei soll einerseits die Nichtbesteuerung von Zahlungen auf Hybridanleihen unterbunden, andererseits sollen allgemein die Anti-Missbrauchsbestimmungen im direkt-steuerlichen Sekundärrecht einer Überprüfung unterzogen werden.<sup>3)</sup> Beide Aspekte wurden im November 2013 in einem Kommissionsvorschlag zur Änderung der Mutter-Tochter-RL aufgegriffen.<sup>4)</sup> Im Rat wurde dieser Vorschlag jedoch aufgeteilt: Während hinsichtlich des Teiles der als besonders dringlich angesehenen Gestaltungen mit Hybridanleihen bereits Einigung erzielt wurde, soll zukünftig weiter über die Neufassung der Anti-Missbrauchsbestimmung beraten werden, zumal „die Mitgliedstaaten bislang unterschiedliche Auffassungen geäußert und einige von ihnen Bedenken zu diesem Teil des Vorschlags vorgebracht haben“.<sup>5)</sup> Der folgende Kurzbeitrag soll einen ersten Überblick über die Änderung der Richtlinie und die Auswirkungen auf das österreichische Steuerrecht geben.

## 1. Doppelte Nichtbesteuerung bei hybriden Finanzierungen

Maßnahmen gegen sog „internationale Steuerarbitrage“ bzw „Hybrid Mismatch Arrangements“ stehen nicht nur auf der Agenda der OECD im Rahmen ihres Projekts zu „Base Erosion

and Profit Shifting“ (BEPS),<sup>6)</sup> sondern sind auch Bestandteil des steuerlichen Fokus der Europäischen Union. Spezifische Bedenken haben dabei jene „hybriden“ Gestaltungen ausgelöst, bei denen durch die unterschiedliche Qualifikation eines Finanzierungsinstruments in zwei Staaten eine doppelte Nichtbesteuerung ausgelöst wird.<sup>7)</sup> Internationale Steuerarbitrage

- 1) Mitteilung der Kommission „Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung“, COM(2012)722 (6. 12. 2012).
- 2) Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. 11. 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (Neufassung), ABl L 345/8 (29. 12. 2011), idF Richtlinie 2013/13/EU des Rates vom 13. 5. 2013 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich Steuern anlässlich des Beitritts der Republik Kroatien, ABl L 141/30 (28. 5. 2013).
- 3) Aktionen 14 und 15 des Aktionsplans COM(2012)722 (6. 12. 2012).
- 4) Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/96/EU über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten COM(2013)814 (25. 11. 2013). Dieser Vorschlag war begleitet von einem „Impact Assessment“ (SWD[2013]474), dessen Zusammenfassung (SWD[2013]473), und einem Umsetzungsplan (SWD[2013]475); überdies hat die Kommission in einer Pressemitteilung Fragen und Antworten zu ihrem Vorschlag veröffentlicht (MEMO/13/1040,

25. 11. 2013). Für Analysen des Kommissionsvorschlags siehe *Weber*, Proposal for a Common Anti-abuse provision and anti-hybrid loan arrangements in the Parent-Subsidiary Directive, H&I 2014/3, 47 ff; *Marchgraber*, Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission, ET 2014, 133 ff; *Listl*, Anmerkungen zum Entwurf der Änderung der EU Mutter-Tochter-Richtlinie vom 25. 11. 2013, IStR 2014, 448 ff.
- 5) Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 (20. 6. 2014) 8; siehe zB auch Dok 9397/14 FISC 78 (30. 4. 2014) 7.
- 6) Action 2 im OECD *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (19. 7. 2013); siehe auch den *Discussion Draft Hybrid Mismatch Arrangements* (4. 4. 2014); dazu etwa *Schnitger/Oskamp*, Empfehlungen der OECD zur Neutralisierung von „Hybrid Mismatches“, IStR 2014, 385 ff; *Lüdicke*, „Tax Arbitrage“ with Hybrid Entities: Challenges and Responses, BIT 2014, 309 ff.
- 7) Siehe zB das Arbeitsdokument der Kommission zum „Impact Assessment“, SWD(2013)474 (25. 11. 2013) 11. Allgemein zur internationalen Steuerarbitrage zB *Kofler/Kofler*, Internationale Steuerarbitrage, in *Brähler/Lösel*

durch hybride Finanzinstrumente beruht nämlich 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) gewährt, qualifiziert sie die andere als abzugsfähige Zinszahlungen.<sup>8)</sup>

Die steuerplanerische Nutzung solcher Divergenzen („Inkongruenzen“) zwischen den Rechtsordnungen unterscheidet sich konzeptionell klar sowohl vom Ausnutzen eines (unfairen) Steuerwettbewerbs als auch von missbräuchlichen Gestaltungen<sup>9)</sup> oder gar einer „Steuerhinterziehung“.<sup>10)</sup> Sie wird aber bisweilen als „aggressive Steuerplanung“,<sup>11)</sup> als „ungerechtfertigter steuerlicher Vorteil“<sup>12)</sup> oder als unerwünschtes Ausnutzen eines „Schlupflochs“, wodurch Gesellschaften „bei grenzübergreifenden Sachverhalten der Besteuerung entgehen“ könnten, charakterisiert.<sup>13)</sup> In diesem Sinne hatte die EU-Gruppe zum Verhaltenskodex schon im Mai 2010 vorgeschlagen, dass,

„[i]nsoweit Zahlungen im Zuge einer Hybridanleihegestaltung als abzugsfähige Aufwendung des Schuldners eingestuft werden, [...] die Mitgliedstaaten dafür keine Steuerbefreiung für Gewinnausschüttungen im Rahmen eines Beteiligungsgewinns [gewähren]“.<sup>14)</sup>

Obwohl bereits mehrere Mitgliedstaaten dieser Empfehlung gefolgt sind (zB Österreich mit § 10 Abs 7 öKStG und Deutschland mit § 8b Abs 1 2. Satz dKStG), hegte die Kommission Zweifel, ob solche Regelungen der Mutter-Tochter-RL widersprechen könnten.<sup>15)</sup> Denn obwohl die Mutter-Tochter-RL den Mitgliedstaaten der Muttergesellschaft in ihrem Art 4 die Wahl zwischen der Befreiungsmethode und der indirekten Anrechnungsmethode eröffnet, könne bei hybriden Finanzinstrumenten die Richtlinie im Fall der Wahl der Befreiungsmethode durch einen Mitgliedstaat nach – zweifelhafter<sup>16)</sup>

– Ansicht der Kommission auch so verstanden werden, dass selbst einer im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähigen Gewinnausschüttung die Befreiung nicht verwehrt werden dürfte.<sup>17)</sup> Die Kommission hat daher – auf einer Linie mit dem Europäischen Parlament<sup>18)</sup> – die Thematik der hybriden Finanzierungsinstrumente zunächst im Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung<sup>19)</sup> aufgegriffen und schließlich im November 2013 einen Vorschlag zur Änderung der Richtlinie<sup>20)</sup> unterbreitet. Über diesen Teil des Vorschlags wurde im Rat am 20. 6. 2014 politische Einigung erzielt;<sup>21)</sup> der endgültige Text der Änderung wird nach einer sprachlichen Prüfung in einer der nächsten Ratssitzungen angenommen und dann im ABl veröffentlicht werden. Die Mitgliedstaaten haben die Änderungen sodann bis spätestens 31. 12. 2015 umzusetzen, wobei Österreich mit der bereits bestehenden Regelung des § 10 Abs 7 KStG schon jetzt den neuen Richtlinienvorgaben entspricht.<sup>22)</sup>

## 2. Kommissionsvorschlag und Einigung im Rat

Nach dem Kommissionsvorschlag sollte die in Art 4 Abs 1 lit a der Richtlinie verankerte Befreiungsmethode für ausgeschüttete Gewinne zunächst derart neu gefasst werden, dass

„der Mitgliedstaat der Muttergesellschaft und der Mitgliedstaat der Betriebsstätte diese Gewinne insoweit nicht [besteuern], als sie von der Tochtergesellschaft nicht abgezogen werden können“.

Für die in Art 4 Abs 1 lit b der Richtlinie als Alternative verankerte Anrechnungsmethode erblickte die Kommission – trotz der unklaren Funktionsweise bei tiefer strukturierten Konzernen<sup>23)</sup> – explizit keinen Handlungsbedarf.<sup>24)</sup> Der von der Kommission für die Befreiungsmethode vorgeschlagene Wortlaut

es insb nicht ausschließt, dass ein Mitgliedstaat zwar grundsätzlich die Befreiungsmethode wählt, aber etwa in Fällen der ausländischen Niedrigbesteuerung zur Anrechnungsmethode wechselt (sog „Switch-Over-Klauseln“, zB § 10 Abs 4 bis 6 KStG; siehe ausführlich *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie [2011] Art 4 Rz 6 mwN). Das von der Kommission herangezogene Urteil in der Rs *Cobelfret* (EuGH 12. 2. 2009, C-138/07, Slg 2009, I-731) stellt dies mE – entgegen der Ansicht der Kommission (im Arbeitsdokument SWD[2013]474, 5 m FN 4) – keineswegs infrage. Es war daher den Mitgliedstaaten schon nach der bisherigen Fassung der Mutter-Tochter-RL möglich, hybriden Gestaltungen weitgehend durch eine Nichtbefreiung entgegenzutreten. Denn obwohl durchaus Zweifel an der konkreten Implementation der Anrechnungsmethode in mehrstufigen Konzernen bestehen (dazu *Marchgraber*, ET 2014, 133 [136 ff]), scheint dennoch klar, dass in einem zweistufigen Konzern die indirekte Anrechnung wie eine Nichtbefreiung wirkt, da aufgrund der Abzugsfähigkeit der Gewinnausschüttung auf Ebene der Tochtergesellschaft keine Steuer auf der Ausschüttung lastet, die im Staat der Muttergesellschaft anzurechnen wäre (siehe zB *Kofler/Kirschmayr*, Beteiligungsertragsbefreiung und Internationale Steuerarbitrage“, GES 2011, 449 ff). Vor diesem Hintergrund wirkt die Änderung der Richtlinie daher im Grunde nicht (nur) dahin gehend, dass den Mitgliedstaaten Maßnahmen gegen hybride Gestaltungen ermöglicht würden, sondern vielmehr (und vor allem) dahin gehend, dass sie zu solchen Maßnahmen verpflichtet werden.

17) Begründung des Kommissionsvorschlags COM(2013)814 (25. 11. 2013) 2 f; deutlich auch das Arbeitsdokument SWD(2013)474 (25. 11. 2013) 11.

18) Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19. 4. 2012 zur Forderung nach konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (2012/2599/RSP), P7\_TA[2012]0137, in der das Parlament „eine Überprüfung der Mutter-/Tochter-Richtlinie und der Richtlinie über Zinserträge und Lizenzgebühren, um Steuerhinterziehungen mit Hilfe hybrider Finanzinstrumente in der EU zu verhindern“ forderte.

19) Siehe Aktion 14 der Mitteilung der Kommission „Aktionsplan zur Verstärkung der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung“, COM(2012)722 (6. 12. 2012).

20) COM(2013)814 (25. 11. 2013). Für Analysen des Kommissionsvorschlags siehe *Weber*, H&I 2014/3, 47 ff; *Marchgraber*, ET 2014, 133 ff; *Listl*, IStR 2014, 448 ff.

21) Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 (20. 6. 2014) 8.

22) Siehe für Deutschland auch *Listl*, IStR 2014, 448 (450).

23) Dazu *Marchgraber*, ET 2014, 133 (136 ff).

24) Siehe das Arbeitsdokument SWD(2013)474 (25. 11. 2013) 5.

(Hrsg), Deutsches und internationales Steuerrecht – Gegenwart und Zukunft, FS Djanani (2008) 381 ff; *Kofler*, Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht, in *Hüttemann* (Hrsg), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht, DSTUG 34 (2010) 213 (232 ff).

8) 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); weiters auch *Krahmal*, International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization, 5 Houston Business and Tax Law Journal 2005, 98 (98 ff); *Rosenbloom*, International Tax Arbitrage and the „International Tax System“, 53 Tax Law Review 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).

9) Ausführlich zB *Boyle*, Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, BTR 2005, 527 (528); *Kofler/Kofler in Brähler/Lösel* (Hrsg), Deutsches und internationales Steuerrecht – Gegenwart und Zukunft, FS Djanani (2008) 381 (382 f mwN).

10) Völlig verfehlt daher die Diktion in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19. 4. 2012 zur Forderung nach konkreten Maßnahmen zur Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung (2012/2599/RSP), P7\_TA[2012]0137 – „Steuerhinterziehungen mit Hilfe hybrider Finanzinstrumente“ bzw „evasion via hybrid financial instruments“).

11) *Steiner*, Aggressive Steuerplanung – oder wo das Geld hinfließt, SWI 2007, 308 (308 ff); siehe aber auch *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“.

12) So Rz 1248 KStR 2013.

13) Begründung des Kommissionsvorschlags COM(2013)814 (25. 11. 2013) 4 f.

14) Bericht der Gruppe zum Verhaltenskodex vom 25. 5. 2010, Dok 10033/10, FISC 47 Rz 31.

15) Siehe die Begründung des Kommissionsvorschlags COM(2013)814 (25. 11. 2013) 3.

16) Dies ist deshalb zweifelhaft, weil die Mutter-Tochter-RL den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen Anrechnungs- und Befreiungsmethode offenlässt und

fürte allerdings zu Unklarheiten: Während die Kommission deutlich – und mE aufgrund des Zusammenspiels von Art 1 und 4 der Richtlinie zu Recht – davon ausging, dass der im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähige Teil im Staat der Muttergesellschaft besteuert werden müsse,<sup>25)</sup> verstand das Schrifttum die Klausel dahin gehend, dass sie entweder keine Verpflichtung zur Besteuerung vorsehe (sondern zu einer solchen lediglich berechtigt)<sup>26)</sup> oder aber den jeweiligen Mitgliedstaat dazu verpflichte, zur indirekten Anrechnung zu wechseln, da für den abzugsfähigen Teil der Gewinnausschüttung die Befreiungsmethode eben nicht anwendbar sei.<sup>27)</sup> Diese Diskussion ist aufgrund der Entwicklungen im Rat wohl hinfällig geworden. Die politische Einigung zur Behandlung hybrider Finanzinstrumente sieht nunmehr klar eine Besteuerungsverpflichtung vor:<sup>28)</sup>

So „besteuern“ bei Wahl der Befreiungsmethode „der Mitgliedstaat der Muttergesellschaft und der Mitgliedstaat der Betriebsstätte diese Gewinne insoweit nicht, als sie von der Tochtergesellschaft nicht abgezogen werden können, und besteuern sie diese Gewinne insoweit, als sie von der Tochtergesellschaft abgezogen werden können [...]“.

Diese Änderung bezieht sich ausschließlich auf Situationen, in denen die Zahlung (teilweise) im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähig ist.<sup>29)</sup> Nur dieser Teil ist im Staat der Muttergesellschaft zu „besteuern“. Allgemeine, von einer Gewinnausschüttung unabhängige Regelungen lösen daher das Besteuerungsgebot nicht aus (zB Vorschriften über eine fiktive Eigenkapitalverzinsung). Was den Staat der Tochtergesellschaft betrifft, hat die Kommission zudem die Position eingenommen, dass

„[a]uf die von der Tochtergesellschaft ausgeschütteten Gewinne [...] keine Quellensteuer erhoben [würde], da die Zahlung im Mitgliedstaat der Tochtergesellschaft als Zinszahlung im Rahmen der Richtlinie über Zinsen und Lizenzgebühren gelten würde. Im Rat ist ein Vorschlag anhängig, die in der Richtlinie über Zinsen und Lizenzgebühren vorgesehene Mindestbeteiligung von 25 % an die 10 % in der Mutter-Tochter-Richtlinie anzupassen [Anm: KOM (2011)714]. Darüber hinaus werden hybride Finanzgestaltungen in der Regel in Mitgliedstaaten konstruiert, in denen die Quellensteuer auf Zinszahlungen nach inländischen Bestimmungen oder Bestimmungen in Doppelbesteuerungsabkommen Null beträgt.“<sup>30)</sup>

Selbst wenn man von Subsidiaritätsüberlegungen absieht,<sup>31)</sup> wirft die „Besteuerungsverpflichtung“ eine Reihe von Fragen auf:

- 25) Siehe den Kommissionsvorschlag COM(2013)814 (25. 11. 2013) 4 und 7, sowie das Arbeitsdokument SWD(2013)474 (25. 11. 2013) 15 („obligation to tax“).
- 26) *Marchgraber*, ET 2014, 133 (135 ff).
- 27) *Weber*, H&I 2014/3, 47 (56).
- 28) Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 (20. 6. 2014). Die Richtlinienänderung wird nach einer weiteren Finalisierung des Textes im Rahmen einer zukünftigen Ratssitzung angenommen werden; dazu die Pressemitteilung des Rates Dok 9402/14 PRESSE 254 (20. 6. 2014).
- 29) Siehe die Erläuterung des Kommissionsvorschlags COM(2013)814 (25. 11. 2013) 4.
- 30) Erläuterung des Kommissionsvorschlags COM(2013)814 (25. 11. 2013) 7.
- 31) Eine Körperschaftsteuerliche Besteuerungsverpflichtung auf Basis der allgemeinen Binnenmarktkompetenz des Art 115 AEUV scheint auf den ersten Blick zumindest ungewöhnlich. Die Kommission hat sich daher darzulegen bemüht, warum uni- oder bilaterales Handeln der Mitgliedstaaten das Problem nicht beseitigen könnten, sondern vielmehr zu neuen Inkongruenzen und Hindernissen führen würden (siehe das Arbeitspapier SWD[2013]474 [25. 11. 2013] 14, und die Analyse im Kommissionsvorschlag COM[2013]814 [25. 11. 2013] 5). In der Tat könnte hier auch argumentiert werden, dass die doppelte Nichtbesteuerung – ebenso wie die Doppelbesteuerung – nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar ist und daher ein Handeln der EU erfordere (siehe in diese Richtung bereits den Anhang II der Stellungnahme des Wirtschafts-

Während der Wortlaut des neuen Art 4 Abs 1 lit a der Richtlinie keine weiteren Details spezifiziert, erläutert die Präambel, dass zur Vermeidung einer doppelten Nichtbesteuerung „der Mitgliedstaat der Muttergesellschaft und der Mitgliedstaat ihrer Betriebsstätte diesen Gesellschaften nicht gestatten [sollten], die Steuerbefreiung für empfangene Gewinnausschüttungen in Anspruch zu nehmen, insoweit diese Gewinne von der Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft abgezogen werden können“.<sup>32)</sup> Die Stoßrichtung dieser Änderung bezieht sich daher spezifisch auf die zwingende Nichtbefreiung des abzugsfähigen Teils der Gewinnausschüttung; der abzugsfähige Teil hat damit in die steuerliche Bemessungsgrundlage der Muttergesellschaft einzugehen. Nicht erforderlich ist hingegen eine effektive Besteuerung dieses Teils (zB in einer Verlustsituation der Muttergesellschaft); aber auch die Anwendung eines speziellen – grundfreiheits- und beihilfenrechtskonformen – Steuersatzes ist nicht ausgeschlossen. Die Einschränkung der Regelung auf faktische Nichtbesteuerungen aufgrund von Inkongruenzen findet sich auch im Entwurf einer zur Aufnahme in das Ratsprotokoll bestimmten Erklärung der Kommission: Dort hebt die Kommission hervor, dass die vorgeschlagenen Änderungen „in Fällen einer doppelten Nichtbesteuerung aufgrund von Inkongruenzen zwischen den Mitgliedstaaten bei der steuerlichen Behandlung von Gewinnausschüttungen, die zu unbeabsichtigten steuerlichen Vorteilen führen, gelten“, und bestätigt, dass diese „nicht gelten sollen, wenn keine doppelte Nichtbesteuerung vorliegt oder wenn die Anwendung zu einer Doppelbesteuerung der Gewinnausschüttungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften führen würde“.<sup>33)</sup>

### 3. Konsequenzen für Österreich

Konkreten Umsetzungsbedarf wird die Änderung des Art 4 Abs 1 lit a der Richtlinie für Österreich nicht hervorrufen. Denn bereits im Rahmen des BudBG 2011<sup>34)</sup> hat der österreichische Gesetzgeber auf das Phänomen der hybriden Finanzinstrumente reagiert und der Beteiligungsertragsbefreiungsregelung des § 10 KStG folgenden Abs 7 angefügt:<sup>35)</sup> „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.“ Während es vor dieser Neuregelung für das Vorliegen eines befreiten Gewinnanteils irrelevant war, ob die Ausschüttung bei der ausländischen Tochtergesellschaft abzugsfähig war,<sup>36)</sup> soll § 10 Abs 7 KStG gerade „die doppelte Nichtbe-

und Sozialausschusses zum Thema „Die Steuern in der Europäischen Union – Bericht über die Entwicklung der Steuersysteme“, ABl C 296/37 [29. 9. 1997]; weiters *Kofler*, Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence, in *Rust* (Hrsg), Double Burdens within the European Union [2011] 97 ff.

32) Punkt 3 der Präambel in Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 (20. 6. 2014).

33) Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 (20. 6. 2014) 9.

34) BGBl I 2010/111.

35) Für ausführliche Analysen auch der technischen Fragen dieser Vorschrift siehe zB *Andreas*, 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 *Achatz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) Anh Tz 7 ff; *Wilplinger/Primik*, Budgetbegleitgesetz 2011 – Neuerungen für Kapitalgesellschaften und deren Auswirkungen, FJ 2011, 104 (105 ff); *Marchgraber/Titz*, Die Wirkungsweise des § 10 Abs 7 KStG im System der Beteiligungsertragsbefreiung, ÖStZ 2011/640, 373 (373 ff); *Kofler/Kirchmayr*, Beteiligungsertragsbefreiung und Internationale Steuerarbitrage“, GES 2011, 449 (449 ff); *Stefaner*, Wann greift die Besteuerung von grenzüberschreitenden Beteiligungserträgen gemäß § 10 Abs 7 KStG? SWI 2012, 276 (276 ff); *Stefaner*, Besteuerung von Beteiligungserträgen gemäß § 10 Abs 7 KStG auch bei fehlendem Abzug im Ausland? SWI 2012, 443 (443 ff); ausführlich auch *Strimitzer/Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, Die Körperschaftsteuer (KStG 1988) (24. Lfg; 2013) § 10 Tz 368 ff.

36) ZB *Kofler* in *Achatz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG (2011) § 10 Tz 155 und Tz 181.

steuerung aufgrund des Einsatzes hybrider Finanzierungsinstrumente verhindern, welche bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auftreten kann<sup>37)</sup> Die Befreiung für internationale Gewinnanteile nach § 10 Abs 1 Z 5, 6 und 7 iVm Abs 2 KStG wird nach § 10 Abs 7 KStG solcherart für jenen Teil der Ausschüttung versagt, der bei der Tochtergesellschaft abzugsfähig ist (arg „soweit“).<sup>38)</sup> Nicht betroffen ist hingegen weiterhin die Steuerfreiheit der Substanz internationaler Schachtelbeteiligungen (zB Veräußerungsgewinne; § 10 Abs 3 KStG).<sup>39)</sup>

Ausweislich der Materialien<sup>40)</sup> zielt die Vorschrift vor allem auf hybride Finanzinstrumente, deren Ausschüttungen von verschiedenen Staaten unterschiedlich qualifiziert werden, wobei spezifisch Genussrechte, Partizipationskapital, Vorzugsaktien oder gewinnabhängige Darlehen genannt werden.<sup>41)</sup> Gegen die dadurch womöglich eintretende doppelte Nichtbesteuerung richtet sich § 10 Abs 7 KStG, wobei die „Vermeidung der doppelten Nichtbesteuerung [...] durch eine Einschränkung der Beteiligungsertragsbefreiung erreicht“ wird.<sup>42)</sup> Der Gesetzeswortlaut ist allerdings nicht auf hybride Finanzinstrumente eingeschränkt, sodass eine die Befreiungsversagung auslösende Abzugsfähigkeit iSd § 10 Abs 7 KStG auch dann vorliegen kann, wenn es sich zwar auch nach ausländischem Recht um ein Eigenkapitalinstrument handelt, aber dennoch aufgrund von besonderen steuerlichen Vorschriften eine Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen vorgesehen ist (zB bei sog „Group Contributions“ in den nordischen Ländern).<sup>43)</sup>

Aus innerstaatlicher Sicht bestätigt die Änderung der Mutter-Tochter-RL zunächst die sekundärrechtliche – mE zumindest im zweistufigen Konzern auch bisher zweifelsfrei gegebene<sup>44)</sup> – Zulässigkeit der österreichischen Regelung des § 10 Abs 7 KStG. Darüber hinaus kann sie in Binnenmarktsituationen aber auch Anlass zur unionsrechtskonformen Auslegung des österreichischen Rechts bieten, etwa im Hinblick auf die Befreiungsversagung außerhalb hybrider Gestaltungen oder in Fällen, in denen keine doppelte Nichtbesteuerung eintritt.<sup>45)</sup> Abgesehen davon, dass § 10 Abs 7 KStG in territorialer Hinsicht nicht nur die EU, sondern auch Drittstaaten betrifft, bleibt überdies zu beachten, dass er auch sachlich eine Reihe von Fällen erfasst, die außerhalb der Mutter-Tochter-RL liegen. So sind etwa Genussrechte zwar einer der möglichen Anwendungsfälle des § 10 Abs 7 KStG, fallen aber mangels gesellschaftsrechtlicher Teilhaberschaft nicht

in den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie.<sup>46)</sup> In ihrem Anwendungsbereich modifiziert die Änderung der Mutter-Tochter-RL aber auch das völkervertragliche Steuerrecht zwischen den Mitgliedstaaten: Soweit nämlich bislang § 10 Abs 7 KStG deshalb nicht zur Anwendung kommen konnte, weil in einem Doppelbesteuerungsabkommen mit einem anderen EU-Mitgliedstaat eine Befreiung für – im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähige – Dividenden vorgesehen war,<sup>47)</sup> geht die in der Richtlinie angeordnete Besteuerungsverpflichtung für den im Staat der Tochtergesellschaft abzugsfähigen Teil der Gewinnausschüttung den völkerrechtlichen Verpflichtungen und daher auch einer abkommensrechtlichen Befreiung vor.<sup>48)</sup>

Bemerkenswert ist außerdem, dass das österreichische Steuerrecht bis vor Kurzem keine Regelung für den umgekehrten Fall enthielt, in dem in Österreich Zinsen zum Abzug zugelassen werden (zB bei einem Genussrecht), die beim ausländischen Empfänger als steuerfreie Beteiligungserträge qualifiziert werden.<sup>49)</sup> Allerdings wurde mit dem AbgÄG 2014<sup>50)</sup> in § 12 Abs 1 Z 10 KStG eine spezielle „Abzugsschranke“ für Zins- und Lizenzgebühreneinzahlungen eingeführt, die bei der empfangenden, konzernzugehörigen Körperschaft „niedrigstbesteuert“ sind.<sup>51)</sup> Eine solche „Niedrigstbesteuerung“ liegt ua dann vor, wenn die Zinsen bei der empfangenden Körperschaft „aufgrund einer persönlichen oder sachlichen Befreiung keiner Besteuerung“ oder „einem Steuersatz von weniger als 10 %“ unterliegen. Angesichts dieses weiten Wortlauts scheint es auch nicht ausgeschlossen, dass österreichische Zinszahlungen, die im Ausland als befreite Gewinnausschüttungen qualifiziert werden, im Inland nach § 12 Abs 1 Z 10 KStG nicht abzugsfähig sind.<sup>52)</sup> Bejaht man dies, liegt freilich das bisher ungelöste Folgeproblem auf der Hand, welcher Staat „Besteuerungsvorrang“ hat, wenn auch das Ausland (wie demnächst alle EU-Mitgliedstaaten) eine dem § 10 Abs 7 KStG entsprechende Regelung anwendet, zumal die Abzugsfähigkeit in Österreich von der Befreiung im Ausland abhängt und umgekehrt.<sup>53)</sup>

Der Fokus auf Fälle der doppelten Nichtbesteuerung lässt schließlich die umgekehrte Situation außer Betracht: Weder die Mutter-Tochter-RL noch das österreichische Recht enthalten Regelungen für den Fall einer doppelten Besteuerung hybrider Finanzierungen, wenn also das Ausland bei Zahlungen aus

37) ErlRV 981 24. GP 131.

38) Siehe *Andreas*, taxlex 2010, 454 (455).

39) ZB *Wilplinger/Primik*, FJ 2011, 104 (106); *Stefaner*, SWI 2012, 276 (278 f).

40) ErlRV 981 24. GP 131 f.

41) ErlRV 981 24. GP 131 f.; ebenso Rz 1248 KStR 2013.

42) ErlRV 981 24. GP 131 f.

43) Siehe zB EAS 3211 SWI 2011, 263; siehe auch *Marchgraber/Titz*, ÖStZ 2011/640, 373 (374); *Strimitzer/Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, Die Körperschaftsteuer (KStG 1988) (24. Lfg. Nov 2013) § 10 Tz 370 f. Zur möglichen Bedeutung zB bei ausländischen Unterkapitalisierungsvorschriften oder Zinsschranken siehe *Schindler/Twardosz*, GES 2011, 27 (28), und *Marchgraber/Titz*, ÖStZ 2011/640, 373 (374).

44) Dazu oben FN 16.

45) Wenn also zT die auf dem Wortlaut des § 10 Abs 7 KStG basierende Ansicht vertreten wird, es komme nicht darauf an, dass der Betrag tatsächlich von der ausländischen Steuerbemessungsgrundlage abgezogen worden ist, sondern dass die Eignung (also die Abzugsfähigkeit) ausreichend sei (so *Strimitzer/Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, Die Körperschaftsteuer [KStG 1988] [24. Lfg.; Nov 2013] § 10 Tz 372; aA *Starlinger*, Konzernsteuerrecht, 18. ÖJT Bd IV/1 [2012] 81; *Stefaner*, SWI 2012, 443 [443 ff]), ist dieser Interpretation im Unionsraum entgegenzuhalten, dass die Einschränkung der Befreiung dann nicht gelten soll, „wenn keine doppelte Nichtbesteuerung vorliegt oder wenn die Anwendung zu einer Doppelbesteuerung der Gewinnausschüttungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften führen würde“ (so die Erklärung der Kommission in Dok 10419/14 FISC 92 ECOFIN 529 [20. 6. 2014] 9).

46) *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie (2011) Art 1 Rz 19 und Rz 22 mwN; ebenso zB *Strimitzer/Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, Die Körperschaftsteuer (KStG 1988) (24. Lfg.; Nov 2013) § 10 Tz 380.

47) Dazu zB *Lang*, Gewinnanteile aus internationalen Schachtelbeteiligungen am Beispiel Brasiliens, SWI 2013, 95 (95 ff); *Strimitzer/Vock* in *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger/Vock*, Die Körperschaftsteuer (KStG 1988) (24. Lfg.; Nov 2013) § 10 Tz 378 f.

48) Ausführlich zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und Abkommensrecht *Kofler*, Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2007) 269 ff.

49) Siehe auch *Schindler/Twardosz*, GES 2011, 27 (28).

50) BGBl I 2014/13.

51) Dazu *Schlager/Titz*, Ertragsteuerliche Änderungen im AbgÄG 2014 – ein Überblick, RWZ 2014/18, 65 (71 f); *Amberger/Petutschnig*, Abgabenänderungsgesetz 2014: Änderungen im EStG und KStG für Unternehmen, ÖStZ 2014/110, 70 (77 f); *Kofler/Marschner*, Abgabenänderungsgesetz 2014: Änderungen im Außensteuerrecht, SWK 2014, 455 (461 ff); *Wimpissinger*, Ist die Nichtabzugsfähigkeit von Zinsen und Lizenzgebühren nach § 12 KStG unionsrechtswidrig? SWI 2014, 220 (220 ff); *Zöchling/Plott*, AbgÄG 2014: Das neue Abzugsverbot für niedrigbesteuerter Zinsen und Lizenzgebühren, RdW 2014/243, 215 (215 ff); *Peyerl*, Das neue Abzugsverbot für Zins- und Lizenzzahlungen im Konzern, ÖStZ 2014/314, 223 (223 ff).

52) So zuletzt *Laibacher*, Aus für das Steuersparmodell nach dem DBA Brasilien? SWI 2014, 311 (311 ff).

53) Siehe zum Problem *Dzizrdž*, „Circularly Linked“ Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test, BIT 2013, 306 ff.

einem hybriden Finanzinstrument von einer nichtabzugsfähigen Ausschüttung ausgeht, während in Österreich steuerpflichtige Zinsen erblickt werden.

### Anmerkung des Autors

Der Rat hat am 8. 7. 2014 die Änderung der Mutter-Tochter-RL beschlossen und damit die politische Einigung hinsichtlich der Behandlung von „Hybridanleihen“, über die in obigem Beitrag berichtet wurde, angenommen.<sup>54)</sup> Die nunmehr beschlosse-

ne Änderung des Art 4 Abs 1 lit a der Richtlinie entspricht wortwörtlich der im Beitrag diskutierten Fassung.<sup>55)</sup> Auch die erwähnten Erklärungen der Kommission im Ratsprotokoll wurden veröffentlicht, wobei die Kommission – offenbar um möglichen Bedenken der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen – zusätzlich bestätigt, dass die Verabschiedung der Richtlinienänderung „die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, künftigen Gesetzgebungsvorschlägen im Bereich der direkten Besteuerung zuzustimmen“.<sup>56)</sup>

54) Siehe die Pressemitteilung Dok 11647/14 PRESSE 387 (8. 7. 2014).

55) Der beschlossene Text findet sich in Dok 10996/14 FISC 99 ECOFIN 679 (27. 6. 2014).

56) Dok 11291/14 ADD 1 FISC 104 ECOFIN 706 (27. 6. 2014).

Fotostudio Ulli Engleder



#### Der Autor:

Univ.-Prof. DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU) lehrt und forscht an der Johannes Kepler Universität Linz.

**Kontakt:** georg.kofler@jku.at