

Dietmar Aigner/Georg Kofler*)

Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs auf ausschüttungsgleiche Erträge „schwarzer“ Auslandsfonds?

APPLICATION OF THE INTERNATIONAL AFFILIATION PRIVILEGE ON DEEMED DISTRIBUTED INCOME OF “BLACK” FOREIGN INVESTMENT FUNDS?

The Austrian Federal Ministry of Finance has issued several rulings that distributions and deemed distributed income an Austrian parent company receives from a foreign subsidiary which is qualified as a foreign investment fund under the Austrian Investment Fund Act do not fall within the scope of the international affiliation privilege. Dietmar Aigner and Georg Kofler analyse whether the international affiliation privilege could be applied on deemed distributed income of a “black” foreign investment fund.

I. Problemstellung

Vom BMF wurde bereits mehrfach die Auffassung vertreten, dass eine von einer österreichischen Muttergesellschaft im Ausland gegründete Tochtergesellschaft im Einzelfall als ausländischer Investmentfonds i. S. d. § 42 InvFG angesehen werden könnte.¹⁾ Gem. § 42 Abs. 2 Z 1 InvFG gilt nämlich als „ausländischer Kapitalanlagefonds“ jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das „nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist“²⁾, wobei die Rechtsform unerheblich zu bleiben hat. Dass ein solches Vermögen einer Vielzahl von Anlegern gehört, sei nicht Voraussetzung für die Klassifizierung als *ausländischer Kapitalanlagefonds*. Ist die ausländische Tochtergesellschaft als *ausländischer Kapitalanlagefonds* einzustufen, dann fallen jedoch auch die nicht ausgeschütteten Fondserträge als „ausschüttungsgleiche Erträge“ in die österreichische Steuerpflicht. Eine derartige Qualifikation hätte nach dem BMF sohin ertragsteuerlich zur Konsequenz, dass die thesaurierten Kapitalerträge als ausschüttungsgleiche Erträge ohne Realisation in Form eines tatsächlichen Ausschüttungsvorganges bei der inländischen Muttergesellschaft zu erfassen wären; da in einem solchen Fall regelmäßig die Nachweisvoraussetzungen des § 40 InvFG nicht erfüllt sind, werden diese als ausgeschüttet geltenden Beträge gesetzlich geschätzt und pauschal erfasst (§ 42 Abs. 2 InvFG).

Die Beurteilung eines Vermögens als ausländischer Investmentfonds erfolgt sohin unabhängig davon, welcher Rechtsform dieses Vermögen nach österreichischem oder ausländischem Recht entspricht. Insbesondere können darunter auch Fondsstrukturen fallen, bei denen die Anteilsberechtigten Miteigentum am Fondsvermögen haben (*Vertragstyp*), die Anteilsberechtigten Aktionäre sind (*Beteiligungstyp*) oder bei denen Vermögen im Treuhandeigentum der Verwaltungsgesellschaft steht (*Trusttyp*).³⁾ Ist ein

*) Mag. Dr. Dietmar Aigner ist Assistent am Institut für Revisions-, Treuhand- und Rechnungswesen, Abteilung für betriebswirtschaftliche Steuerlehre, der Universität Linz. MMag. Dr. Georg Kofler ist Assistent am Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre, Abteilung für Steuerrecht, der Universität Linz.

1) EAS 984 = SWI 1997, 90; EAS 1485 = SWI 1999, 407 = ÖStZ 1999, 556; EAS 1155 = SWI 1997, 535 = ÖStZ 1998, 83; siehe auch Biegler, SWK-Heft 7/1995, Seite A 197 (198); Tumpel in Gassner/Lang (Hrsg.), Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen (1998) 439 ff.; Bergmann in Heidinger/Bruckner (Hrsg.), Steuern in Österreich (1998) 54 ff.

2) Weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien ergeben sich trennscharfe Abgrenzungskriterien. Vielmehr wird die Abgrenzung in § 42 Abs. 1 InvFG anhand wirtschaftlicher Kriterien, nämlich der Risikostreuung und der Vermögensveranlagung, vorgenommen (Geismayr, SWI 1995, 219); zu den Qualifikationskriterien im Einzelnen: Rz. 6265 ff. EStR 2000. Zu einzelnen Typen ausländischer Vermögen: Tumpel in Gassner/Lang (Hrsg.), Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen (1998) 439 ff., und Mühlehner, ÖStZ 1994, 101, zu Finanzierungsgesellschaften; Polster-Grüll, eoclex 2001, 768 ff. und Pfarr/Welke, IWB 2001, 233 ff., zu Private Equity Fonds.

3) Biegler, SWK-Heft 18/1994, Seite A 401; Bergmann in Heidinger/Bruckner (Hrsg.), Steuern in Österreich (1998) 57; Geismayr, SWI 1995, 219; Aigner/Bitzyk, SWI 1997, 508 f.; Rz. 6271 EStR 2000.

ausländischer Rechtsträger als Investmentfonds i. S. d. § 42 Abs. 1 InvFG zu qualifizieren, wird daraus gefolgert, dass unabhängig von der Rechtsform innerstaatlich die Anteilsrechte am ausländischen Rechtsträger als Forderungswertpapiere anzusehen sind (§ 93 Abs. 3 Z 5 EStG).⁴⁾ Auf Grund dieses „abgeschnittenen“ Durchgriffs wurde vom BMF auch gefolgert, dass bei Kapitalgesellschaften als Anteilhaber des Auslandsfonds das internationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs. 2 KStG hinsichtlich der an den Fonds ausgeschütteten und von diesem weitergeleiteten Beteiligungserträge nicht zur Anwendung kommt.⁵⁾ Dies ist mittlerweile auch – soweit ersichtlich nicht weiter problematisierte – herrschende Auffassung im Schrifttum.⁶⁾ Freilich wirft sich bei einem solchen Mutter-Tochter-Verhältnis, bei dem die Tochterkapitalgesellschaft nach § 42 Abs. 1 InvFG als ausländischer Investmentfonds qualifiziert wird, evidentermaßen die Frage auf, ob § 42 Abs. 1 InvFG oder die Qualifikation der Erträge als Erträge aus Forderungswertpapieren für Zwecke der Kapitalertragsteuer nach § 93 Abs. 3 Z 5 EStG tatsächlich eine ausreichende Rechtsgrundlage bietet, das internationale Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG in solchen Fällen zu versagen. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

II. Die Pauschalierung ausschüttungsgleicher Erträge nach § 42 Abs. 2 InvFG

Die steuerrechtliche Qualifikation einer ausländischen Tochtergesellschaft als ausländischer Investmentfonds führt – wie bereits einleitend erwähnt – regelmäßig dazu, dass ausschüttungsgleiche Erträge pauschal erfasst werden. Bei diesen so genannten „ausschüttungsgleichen Erträgen“ handelt es sich um jene Erträge, deren Ausschüttung § 40 Abs. 2 Z 1 InvFG fingiert:⁷⁾ Es gelten nämlich nach § 40 Abs. 2 Z 1 InvFG spätestens vier Monate nach Ende des Geschäftsjahres die nach Abzug der dafür anfallenden Kosten vereinnahmten Zinsen, Dividenden, ausschüttungsgleichen Erträge von im Fondsvermögen befindlichen Anteilen an anderen in- oder ausländischen Kapitalanlagefonds, Substanzgewinne bei nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen und sonstige Erträge an die Anteilhaber in dem sich aus dem Anteilsrecht ergebenden Ausmaß als ausgeschüttet.⁸⁾

Ist eine ausländische Tochtergesellschaft nunmehr als ausländischer Investmentfonds zu qualifizieren, so knüpft sich daran regelmäßig – mangels Erbringung der entsprechenden Nachweise – die Pauschalierung der ausschüttungsgleichen Erträge nach § 42 Abs. 2 InvFG; man spricht diesbezüglich von einem „schwarzen ausländischen Investmentfonds“. Traditionell wird nämlich zwischen „weißen“, „grauen“ und „schwarzen“ Fonds differenziert, bei denen es jeweils zu Unterschieden in der Kalkulation und der Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge kommt.⁹⁾ So liegt beispielsweise ein „grauer“ *Investmentfonds* vor, wenn die ausschüttungsgleichen Erträge durch einen steuerlichen Vertreter, d. h. durch inländische Kreditinstitute oder inländische Wirtschaftstreuhand, den Abgabenbehörden unter Anschluss der notwendigen Unterlagen nachgewiesen werden (§ 40 Abs. 2 Z 2 InvFG).¹⁰⁾ Wird zusätzlich zum Nachweis i. S.

⁴⁾ Vgl. *Kirchmayr*, CDFI 1997 LXXXIb, 264; *Biegler*, SWK-Heft 7/1995, Seite A 197 (200); *Mühlehner*, ÖStZ 1994, 104; *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 7; ferner *BMF*, RdW 1998, 114.

⁵⁾ Pkt. 5.3.3 a. E. AÖFV Nr. 53/1995; nachfolgend z. B. EAS 984 = SWI 1997, 90; EAS 1485 = SWI 1999, 407 = ÖStZ 1999, 556.

⁶⁾ *Kirchmayr*, CDFI 1997 LXXXIb, 264; *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 88; *Aigner/Bitzyk*, SWI 1997, 505; *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 9; *Tumpel* in *Gassner/Lang* (Hrsg.), Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen (1998) 439 f.

⁷⁾ Vgl. *Doralt/Ruppe* I⁷, 294.

⁸⁾ Zur Behandlung von Substanzgewinnen bei in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen und dem dabei entstehenden Steuerstundungseffekt siehe *Kirchmayr*, RdW 1998, 433; ferner *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 75.

⁹⁾ Zu dieser Einteilung *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 90 ff.; *Kirchmayr*, SWK-Heft 35/36/1998, Seite S 761; *Kofler/Kofler*, Investmentfondserträge bei Privatstiftungen (2001) 56 f.

¹⁰⁾ *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 8. Bei „grauen“ Investmentfonds ergibt sich das Ausmaß der ausschüttungsgleichen Erträge – wie bei inländischen Investmentfonds – nach den tatsächlichen im Fondsvermögen erwirtschafteten Kapitalerträgen gem. § 40 Abs. 2 Z 1 InvFG; zu diesen rechnen bei ausländischen Investmentfonds auch Substanzgewinne im betrieblichen und außerbetrieblichen Bereich; *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 90; *Kirchmayr*, SWK-Heft 35/36/1998, Seite S 761.

d. § 40 Abs. 2 Z 2 InvFG der ausländische Investmentfonds gem. § 42 Abs. 3 InvFG öffentlich angeboten, d. h. zugelassen und tatsächlich zur öffentlichen Zeichnung aufgelegt, liegt ein so genannter „weißer“ Investmentfonds vor, bei dem zusätzlich Substanzgewinne günstiger besteuert werden.¹¹⁾ Werden jedoch die Erträge der Auslands-gesellschaft nicht durch einen inländischen steuerlichen Vertreter nachgewiesen, so liegt ein „schwarzer“ Investmentfonds vor. Diesfalls erfolgt eine Schätzung der ausschüttungs-gleichen Erträge nach der in § 42 Abs. 2 InvFG normierten *Pauschalmethode*.¹²⁾ Der Steuerpflicht unterliegt dann der höhere der folgenden Beträge: Zu vergleichen sind 90 % des Unterschiedsbetrags zwischen dem ersten und dem letzten im Kalenderjahr festgelegten Rücknahmepreis einerseits und 10 % des letzten im Kalenderjahr festgelegten Rücknahmepreises andererseits.¹³⁾ Es erfolgt sohin durch § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 InvFG nach dem Gesetzeswortlaut keine unmittelbare Zurechnung der Erträge, sondern die Fiktion einer Ausschüttung von – unterstellten – entsprechend hohen laufenden Erträgen.

Es liegt sohin auf der Hand zu prüfen, ob auf diese fingierte Ausschüttung pauschalierter Erträge i. S. d. § 42 Abs. 2 InvFG das internationale Schachtelprivileg Anwendung findet, zumal die inländische Muttergesellschaft nach wie vor an einer ausländischen – wenn auch als Investmentfonds qualifizierten – Tochtergesellschaft beteiligt ist.

III. Erfassung von ausschüttungsgleichen Erträgen i. S. d. § 42 Abs. 2 InvFG durch § 10 Abs. 2 KStG?

1. Anwendungsbereich des § 10 Abs. 2 KStG

Nach § 10 Abs. 1 KStG sind Beteiligungserträge, also Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Kapitalgesellschaften und bestimmten anderen inländischen Körperschaften, von der Körperschaftsteuer befreit. § 10 Abs. 2 KStG erweitert die Steuerfreiheit auf Erträge aus internationalen Schachtelbeteiligungen. Die nunmehrige Regelung des § 10 Abs. 2 KStG geht auf das EU-AnpG (BGBl. Nr. 681/1994) zurück und setzt – insb. gemeinsam mit der Quellensteuerbefreiung des § 94 a EStG – die *Mutter-Tochter-Richtlinie*¹⁴⁾ in nationales Recht um, wengleich sie auch Anwendung auf Mutter-Tochter-Verhältnisse mit Drittlandsbezug findet. Eine internationale Schachtelbeteiligung liegt vor, wenn unter § 7 Abs. 3 KStG fallende Steuerpflichtige nachweislich unmittelbar mindestens zu einem Viertel an ausländischen Gesellschaften während eines

¹¹⁾ Dazu *Kofler/Kofler*, Investmentfondserträge bei Privatstiftungen (2001) 49 ff.

¹²⁾ Vgl. dazu die ErlRV 917 BlgNR XX. GP; *Kofler/Kofler*, Investmentfondserträge bei Privatstiftungen (2001) 47 ff.; *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 92; *Kirchmayr*, SWK-Heft 35/36/1998, Seite S 761. Wie sich aus § 40 Abs. 2 Z 1 InvFG ergibt, haben tatsächliche Ausschüttungen seit der InvFG-Novelle 1998 nicht mehr den rechtlichen Charakter ausschüttungsgleicher Erträge; deren Steuerpflicht ergibt sich somit direkt aus § 40 Abs. 1 InvFG (ErlRV 917 BlgNR XX. GP; *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 93). Mangels konkreter Verknüpfungsmöglichkeit zwischen der pauschalen Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge einerseits und der Ausschüttung andererseits scheidet nach h. A. eine Anrechnung auf die Besteuerung der Ausschüttung nach § 40 Abs. 2 Z 1 dritter Satz InvFG aus (*Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 10); im Rahmen der betrieblichen Einkunftsarten kann eine wiederholte steuerliche Erfassung jedoch durch Ansatz eines Aktivpostens verhindert werden (dazu *Aigner/Bitzyk*, SWI 1997, 508). Grundsätzlich ergibt sich demgegenüber das Verhältnis zwischen tatsächlichen Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträgen aus § 40 Abs. 2 Z 1 dritter Satz InvFG, der eine ausdrückliche Steuerbefreiung für nachweislich tatsächlich ausgeschüttete Erträge enthält, die zuvor als ausschüttungsgleiche Erträge besteuert worden sind (Rz. 6243 und 6279 f. EStR 2000; *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 64; *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 9; *Kirchmayr*, RdW 1998, 435).

¹³⁾ *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz. 92; *Kirchmayr*, SWK-Heft 35/36/1998, Seite S 761. Die Steuerpflicht tritt im normierten Umfang auch dann ein, wenn anhand von Unterlagen die konkreten, geringeren Fondserträge dargelegt werden; das Ausmaß der Fondserträge wird daher vom Gesetzgeber unwiderleglich vermutet (*Aigner/Bitzyk*, SWI 1997, 507). Anstelle des Rücknahmepreises kann auch der veröffentlichte Rechenwert sowie bei börsnotierten Anteilen der Börsenkurs herangezogen werden (§ 42 Abs. 2 letzter Satz InvFG).

¹⁴⁾ Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 225 vom 20. 8. 1990, 6 ff.

ununterbrochenen Zeitraums von zwei Jahren beteiligt sind. Voraussetzung für die Anwendung des § 10 Abs. 2 KStG ist u. a., dass die ausländische Gesellschaft an der die Beteiligung gehalten wird, nach dem Typenvergleich einer inländischen Kapitalgesellschaft vergleichbar ist.¹⁵⁾ Es ist nicht erforderlich, dass sie im Ausland auch als eigenes Steuersubjekt anzusehen ist. Die Beteiligung an der ausländischen Gesellschaft muss unmittelbar in Form von Gesellschaftsanteilen bestehen, worunter nach h. A. nur eine unmittelbare Beteiligung in Form von Gesellschaftsrechten im engeren Sinn zu verstehen ist. Diese ausdrücklichen gesetzlichen Erfordernisse führen nach *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly* dazu, dass jede Form der wirtschaftlichen Anknüpfung und damit jede Form der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der internationalen Beteiligungsertragsbefreiung ausgeschlossen ist.¹⁶⁾ Ob dies im Falle der Qualifikation ausländischer Tochtergesellschaften als Investmentfonds zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen. Die – zum Teil nur ansatzweise – vorgebrachten Argumente gegen eine Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs beziehen sich einerseits auf die Bestimmung des § 93 Abs. 3 Z 5 EStG, andererseits direkt auf § 42 Abs. 1 InvFG; vorgebracht wurde jedoch auch, dass es sich beim Steuerregime für ausländischen Investmentfonds um eine „*Besteuerung eigener Art*“ handle, die einer Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs entgegenstehe.

2. Ausschüttungsgleiche Erträge als Zinsen gem. § 93 Abs. 3 Z 5 EStG?

Das BMF stützt sich hinsichtlich der Versagung des internationalen Schachtelprivilegs auf § 93 Abs. 3 Z 5 EStG. Aus dieser Bestimmung wird gefolgert, dass innerstaatlich unabhängig von der Rechtsform die Anteilsrechte am ausländischen Rechtsträger als Forderungswertpapiere anzusehen sind.¹⁷⁾ Dies habe zur Folge, dass bei Kapitalgesellschaften als Anteilsinhabern des Auslandsfonds das internationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs. 2 KStG hinsichtlich der an den Fonds ausgeschütteten und von diesem weitergeleiteten Beteiligungserträge nicht zur Anwendung kommt.¹⁸⁾ Sichtlich hat das BMF hier jenen Fall vor Augen, in dem ausländische Beteiligungserträge durch einen ausländischen Fonds durchgeleitet werden; anders liegt die Situation jedoch im hier untersuchten Mutter-Tochter-Verhältnis, bei dem es um eine – fingierte – Ausschüttung der Tochter- an die Muttergesellschaft geht.

Insgesamt ist die Annahme, dass aus § 93 Abs. 3 Z 5 EStG folgere, Erträge aus ausländischen Investmentfonds i. S. d. § 42 Abs. 1 InvFG seien stets als Zinserträge zu qualifizieren, nicht überzeugend. Abgesehen davon, dass in den besprochenen Fällen das österreichische Kapitalertragsteuersystem der §§ 93 ff. EStG nicht schlagend wird, ist durch § 93 Abs. 3 Z 5 EStG keinesfalls die Frage entschieden, ob es sich hinsichtlich des Anwendungsbereiches des internationalen Schachtelprivilegs um Erträge aus internationalen Schachtelbeteiligungen handelt, da von § 10 Abs. 2 Z 2 lit. a KStG nämlich „*Gewinnanteile jeder Art aus der Beteiligung*“ erfasst werden. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die für den Bereich der kapitalertragsteuerlichen Vorschriften geltende Fiktion darüber hinausgehende Bedeutung hat. Beachtet man weiters die europarechtlichen Vorgaben durch die Mutter-Tochter-Richtlinie, so hat das internationale Schachtelprivileg jene Erträge zu erfassen, die „*Ausfluss der Beteiligung*“ sind. Eine Interpretation dahin gehend, dass § 93 Abs. 3 Z 5 EStG eine Umqualifikation derartiger Beteiligungserträge vornimmt und für solche Erträge das Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG versagt werden könnte, stellt sich sohin klar gegen die Vorgaben der Richt-

¹⁵⁾ *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG 1988, § 10 Rz. 43.1.

¹⁶⁾ *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG 1988, § 10 Rz. 48.

¹⁷⁾ Vgl. *Kirchmayr*, CDFI 1997 LXXXIb, 264; *Biegler*, SWK-Heft 7/1995, Seite A 200; *Mühlehner*, ÖStZ 1994, 104; *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 7; ferner *BMF*, RdW 1998, 114.

¹⁸⁾ Pkt. 5.3.3 a. E. AÖFV Nr. 53/1995; nachfolgend z. B. EAS 984 = SWI 1997, 90; EAS 1485 = SWI 1999, 407 = ÖStZ 1999, 556.

linie. Da der Wortlaut des § 10 Abs. 2 Z 2 lit. a KStG eine solche Einschränkung ohnehin nicht vorgibt, ist diese Bestimmung richtlinienkonform dahin gehend zu interpretieren, dass auch Erträge aus ausländischen Investmentfonds-Tochtergesellschaften – unter Erfüllung der übrigen Voraussetzungen – als „Gewinnanteile jeder Art aus der Beteiligung“ anzusehen sein können und die kapitalertragsteuerrechtliche Qualifikation als Zinserträge i. S. d. § 93 Abs. 3 Z 5 EStG somit in Wahrheit keine Durchschlagwirkung auf § 10 Abs. 2 KStG zeitigt. Im Übrigen führt das BMF selbst diese Qualifikation nicht konsequent durch; so wird beispielsweise in Rz. 523 KStR 2001 die Beteiligungsertragsbefreiung auch für Ausschüttungen aus ausländischen Investmentfonds gewährt, insoweit in den Erträgen Dividenden österreichischer Aktiengesellschaften u. dgl. enthalten sind.

3. § 42 Abs. 1 InvFG als Zurechnungsbestimmung?

Da durch die InvFG-Novelle 1998 die Bestimmungen über ausschüttungsgleiche Erträge in § 40 InvFG¹⁹⁾ vorgezogen wurden, verblieb in § 42 InvFG – neben der Regelung betreffend die Anwendung der Durchgriffsbesteuerung bei ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 42 Abs. 1 InvFG) – nur mehr die Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge bei Nichtvorlage eines entsprechenden Nachweises (§ 42 Abs. 2 InvFG).²⁰⁾ Fraglich ist, ob diese im Wege der gesetzlich normierten Schätzung beim Anteilsinhaber zu versteuernden Beträge als Gewinnanteile jeder Art i. S. d. § 10 Abs. 2 KStG zu qualifizieren sind oder ob es lediglich zu einer Hinzurechnung einer Summe von Passiveinkünften einer ausländischen Gesellschaft kommt, die nicht als „Ausfluss der Beteiligung“ anzusehen ist.²¹⁾ § 10 Abs. 2 Z 2 KStG stellt u. a. Gewinnanteile jeder Art aus der Beteiligung von der Besteuerung frei. Die Rechtsprechung definiert „Gewinnanteile“ als Beträge, „die eine Kapitalgesellschaft unbeschadet des Grund- und Stammkapitals und ohne Verpflichtung zur Anrechnung auf Kapitaleinlagen an die Gesellschafter auf Grund der Gesellschaftsanteile verteilt.“²²⁾ Die Zahlung müsse „Ausfluss der Beteiligung“ sein.²³⁾

Führt man sich den in der Problemstellung geschilderten Fall einer österreichischen Muttergesellschaft, deren im Ausland gegründete Tochtergesellschaft als ausländischer Investmentfonds i. S. d. § 42 InvFG angesehen wird, vor Augen, so scheinen die von § 10 Abs. 2 Z 2 KStG geforderten Voraussetzungen erfüllt zu sein. Eine Beteiligung liegt zweifellos vor. § 42 InvFG ordnet lediglich an, dass auf ausländische Rechtsträger, die als ausländische Investmentfonds zu qualifizieren sind, die Bestimmungen der §§ 40 bis 42 InvFG anzuwenden sind. Danach sind nur die Ausschüttungen eines ausländischen Investmentfonds an die Anteilsinhaber bei diesen steuerpflichtige Einnahmen. Die Ausschüttungen setzen sich aus tatsächlichen und aus gesetzlich fingierten Ausschüttungen (ausschüttungsgleiche Erträge) zusammen und sind jedenfalls Ausfluss der Beteiligung an der ausländischen Tochtergesellschaft. § 40 Abs. 1 und 2 und § 42 Abs. 2 InvFG enthalten zwar Regelungen zur Feststellung der Höhe der bei den Anteilsinhabern zu erfassenden ausschüttungsgleichen Erträge (Bemessungsgrundlage), aber keine Regelungen etwa über eine Zurechnung der Einkünfte der ausländischen Tochtergesellschaft an die österreichische Muttergesellschaft. Die häufig in diesem Zusammenhang genannte Besteuerung nach dem Durchgriffs- oder Transparenzprinzip bei ausländischen Investmentfonds wurde vom Gesetzgeber – anders als bei Personengesellschaften – nicht vollständig verwirklicht. Nicht sämtliche Passiveinkünfte der ausländischen Tochtergesellschaft sind nämlich bei der österreichischen Muttergesellschaft

¹⁹⁾ Ausführlich Kofler/Kofler, Investmentfondserträge bei Privatstiftungen (2001) 33 ff.

²⁰⁾ Vgl. dazu die EriRV 917 BlgNR XX. GP.

²¹⁾ Dazu BFH 27. 3. 1956, I D 1/56 S, BStBl. 1957 III 139 ff. (146).

²²⁾ So z. B. BFH 27. 3. 1956, I D 1/56 S, BStBl. 1957 III 139 ff. (146). Dazu H. J. Aigner/Zehetner in Gassner/M. Lang/Lechner (Hrsg.), Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes (2001) 126 m. w. N.

²³⁾ BFH 27. 3. 1956, I D 1/56 S, BStBl. 1957 III 139.

als ausschüttungsgleiche Erträge zu erfassen, sondern nur die in § 40 Abs. 2 InvFG aufgezählten oder die in § 42 Abs. 2 InvFG pauschal ermittelten Beträge gelten als ausgeschüttet. Für jene Beträge, die nicht als ausgeschüttet gelten, bestehen keine ausdrücklichen Regelungen. Auch nach § 42 Abs. 2 InvFG gelten Ausschüttungen als zugeflossen und nicht „Einkünfte“. Auch wenn die Höhe der ausschüttungsgleichen Erträge pauschal ermittelt wird, dürften diese Ausschüttungen jedenfalls der Qualifikation als „Gewinnanteil“ näher sein als der bloßen Zurechnung von Einkünften.

Damit von einer Zurechnung von Einkünften und damit von einer Besteuerung nach dem Durchgriffs- oder Transparenzprinzip gesprochen werden kann, bedürfte es wohl – vergleichbar einer Personengesellschaft – einer Verteilung und unmittelbaren Zurechnung sämtlicher Einkünfte des ausländischen Fonds an die Anteilsinhaber unabhängig vom Zeitpunkt tatsächlicher oder gesetzlich fingierter Ausschüttungen. Gerade diese Rechtsfolge wird durch § 42 InvFG aber nicht angeordnet.

4. „Besteuerung eigener Art“ für ausländische Investmentfonds?

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass Erträge aus Beteiligungen an ausländischen Tochtergesellschaften, die als ausländische Investmentfonds zu qualifizieren sind, die ihrerseits aber die Voraussetzungen einer internationalen Schachtelbeteiligung erfüllen, dennoch grundsätzlich nicht vom Anwendungsbereich des § 10 Abs. 2 KStG erfasst sind, da in der Durchgriffsbesteuerung des § 42 InvFG eine Besteuerung eigener Art zu sehen sei.²⁴⁾ Die „Durchgriffsbesteuerung“ § 42 InvFG erfasse zwar den Anteil (also die Aktie), dies aber weder in Form einer Ausschüttung noch in Form einer Veräußerung. Mangels Vorliegen eines „Ertrages“ i. S. d. § 10 Abs. 2 Z 2 KStG könne die Befreiung auch nicht zur Anwendung kommen.²⁵⁾ Dem ist entgegenzuhalten, dass weder der Wortlaut der §§ 40 bis 42 InvFG noch systematische oder teleologische Argumente Hinweise darauf geben, dass durch § 42 InvFG eine „Besteuerung eigener Art“ verwirklicht werden sollte, die eine Anwendung des § 10 Abs. 2 KStG ausschließt. Auch an dieser Stelle ist wieder ins Treffen zu führen, dass § 42 InvFG lediglich anordnet, dass auf ausländische Rechtsträger, die die in § 42 Abs. 1 InvFG normierten Kriterien für die Qualifikation als ausländischer Investmentfonds erfüllen, die Bestimmungen der §§ 40 bis 42 InvFG anzuwenden sind. Nur Ausschüttungen eines ausländischen Investmentfonds sind bei den Anteilsinhaber steuerpflichtige Einnahmen. Die Ausschüttungen setzen sich aus tatsächlichen und aus gesetzlich fingierten Ausschüttungen (ausschüttungsgleichen Erträgen) zusammen. Eine konkrete Besteuerungsfolge enthält das InvFG allerdings nicht. Diese richtet sich nach den für die jeweiligen Anteilsinhaber geltenden Vorschriften des Einkommen- oder Körperschaftsteuergesetzes. Sowohl § 40 Abs. 1 und 2 als auch § 42 Abs. 2 InvFG enthalten lediglich Regelungen zur Feststellung der Höhe der bei den Anteilsinhabern zu erfassenden Beträge (Bemessungsgrundlage), sie regeln aber keine Besteuerungsfolgen, die jene des Einkommen- oder Körperschaftsteuergesetzes etwa als *leges speciales* verdrängen würden. Es bestimmt sich unter systematischen Gesichtspunkten vielmehr nach den ertragsteuerlichen Vorschriften des Einkommen- oder Körperschaftsteuergesetzes, unter welche Einkunftsart die tatsächlichen Ausschüttungen und die ausschüttungsgleichen Erträge fallen und welche Besteuerungsfolgen daran geknüpft sind. Bei unbeschränkt steuerpflichtigen Anteilsinhabern, die unter § 7 Abs. 3 KStG fallen, sind alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu erfassen. Das schließt bei Mutter-Tochter-Verhältnissen, die alle übrigen Voraussetzungen für die Anwendung des § 10 Abs. 2 KStG erfüllen, die Steuerbefreiung aber jedenfalls nicht aus. Von einer Besteuerung eigener Art, die der Anwendung des § 10 Abs. 2 KStG entgegensteht, kann nicht die Rede sein.

²⁴⁾ Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG 1988, § 10 Rz. 58.

²⁵⁾ Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG 1988, § 10 Rz. 58; weiters EAS 984 = SWI 1997, 90.

5. Ergebnis Festzuhalten ist zunächst, dass § 10 Abs. 2 Z 2 KStG u. a. Gewinnanteile jeder Art aus der Beteiligung freistellt. Die Rechtsprechung definiert „Gewinnanteile“ als Beträge, „die eine Kapitalgesellschaft unbeschadet des Grund- und Stammkapitals und ohne Verpflichtung zur Anrechnung auf Kapitaleinlagen an die Gesellschafter auf Grund der Gesellschaftsanteile verteilt.“²⁶⁾ Die Zahlung müsse „Ausfluss der Beteiligung“ sein.²⁷⁾ Ausschüttungsgleiche Erträge eines als Kapitalgesellschaft zu qualifizierenden ausländischen Fonds erfüllen u. E. diese Voraussetzungen unabhängig davon, ob die ausschüttungsgleichen Erträge sich nach den tatsächlich angefallenen Erträgen bestimmen oder nach § 42 Abs. 2 InvFG pauschal ermittelt werden. Den Anteilsinhabern fließen fiktive Ausschüttungen zu. § 10 KStG enthält keine Hinweise darauf, dass nur tatsächliche Ausschüttungen in den Anwendungsbereich der Befreiung fallen können; nach h. A. gelten als offene Ausschüttungen nämlich auch die Ausschüttungsfiktionen.²⁸⁾ Im innerstaatlichen Recht werden beispielsweise fiktiv ausgeschüttete Beträge gem. § 9 Abs. 6 UmgrStG ebenso wie ausschüttungsgleiche Erträge i. S. d. § 40 Abs. 2 Z 1 InvFG als Gewinnanteile jeder Art angesehen und folglich von § 10 KStG erfasst.²⁹⁾

Zutreffend führt das BMF diesbezüglich aus, dass es sich bei den ausschüttungsgleichen Erträgen i. S. d. § 40 Abs. 2 InvFG „um die gesetzliche Fiktion einer Ausschüttung für steuerliche Zwecke“ handelt;³⁰⁾ dies ergibt sich u. E. auch aus dem insofern klaren Wortlaut dieser Bestimmung. Nichts anderes kann aus dieser Sicht jedoch für pauschalierte ausschüttungsgleiche Erträge i. S. d. § 42 Abs. 2 InvFG gelten: § 42 Abs. 2 InvFG normiert nämlich lediglich die Bemessungsgrundlage, die Ausschüttungsfiktion wird auch hier über § 40 Abs. 2 InvFG erreicht. Nach § 40 Abs. 2 Z 1 i. V. m. § 42 Abs. 2 InvFG gelten nämlich Ausschüttungen als zugeflossen und nicht „Einkünfte“. Die pauschal ermittelten Ausschüttungen dürften damit aber jedenfalls der Qualifikation als „Gewinnanteil“ näher sein als der bloßen Zurechnung von Einkünften, die nicht von § 10 Abs. 2 KStG erfasst wäre. Führt sohin § 40 Abs. 2 InvFG im innerstaatlichen Bereich auch nach Auffassung des BMF zur Anwendbarkeit des § 10 Abs. 1 KStG, kann konsequenterweise im Falle der Ausschüttungsfiktion nach § 40 Abs. 2 i. V. m. § 42 Abs. 2 InvFG das internationale Schachtelprivileg nicht versagt werden.

Betrachtet man nunmehr den Wortlaut der Mutter-Tochter-Richtlinie, so scheinen zwar lediglich tatsächliche Ausschüttungen von ihrem Regelungsbereich erfasst zu sein. Die nationale Bestimmung des § 10 Abs. 2 KStG hat diese Beschränkung auf tatsächliche Ausschüttungsvorgänge jedoch nicht in ihre Textierung übernommen; vielmehr sind nach § 10 Abs. 2 Z 2 KStG – unter den übrigen Voraussetzungen – „Gewinnanteile jeder Art aus der Beteiligung“ von der nationalen Körperschaftsteuer befreit. „Gewinnanteile jeder Art“ aus der Beteiligung sind jedoch sowohl offene wie auch verdeckte Ausschüttungen, soweit sie auf die Beteiligung entfallen.³¹⁾ Entscheidend ist lediglich, dass die Zahlungen an die Anteilsinhaber „Ausfluss der Beteiligung“ sind. In der untersuchten Mutter-Tochter-Konstellation gelangt man hier somit zu dem Ergebnis, dass keine überzeugenden Argumente gegen die Anwendbarkeit des § 10 Abs. 2 KStG sprechen, sondern sich vielmehr dessen Anwendbarkeit sowohl aus einer richtlinienkonformen Interpretation als auch aus den deutlichen Parallelen zur Behandlung innerstaatlicher Ausschüttungsfiktionen ergibt.

IV. Anwendung des § 10 Abs. 3 KStG?

²⁶⁾ So z. B. BFH 27. 3. 1956, I D 1/56 S, BStBl. 1957 III 139; dazu H. J. Aigner/Zehetner in Gassner/M. Lang/Lechner (Hrsg.), Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes (2001) 126 m. w. N.

²⁷⁾ BFH 27. 3. 1956, I D 1/56 S, BStBl. 1957 III 139.

²⁸⁾ Siehe etwa Rz. 738 KStR 2001.

²⁹⁾ Rz. 738 KStR 2001.

³⁰⁾ Rz. 744 KStR 2001.

³¹⁾ Rz. 564 KStR 2001.

Vertritt man wie hier die Meinung, dass auf ausschüttungsgleiche Erträge im Falle der Qualifikation einer Tochterkapitalgesellschaft als ausländischer Investmentfonds i. S. d. § 42 Abs. 2 InvFG das internationale Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG Anwendung finden kann, wirft sich freilich die Folgefrage auf, inwieweit die Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 10 Abs. 3 KStG Relevanz erlangen kann. § 10 Abs. 3 KStG normiert nämlich einen Missbrauchsvorbehalt, wonach die Schachtelbegünstigung für ausländische Dividenden dann nicht zusteht, wenn Gründe vorliegen, die nach der Verordnung BGBl. Nr. 57/1995³²⁾ die Annahme von Steuerhinterziehung oder Missbrauch rechtfertigen; in diesem Fall wird die Entlastung durch Anrechnung der ausländischen Steuer auf die inländische Körperschaftsteuer gewährt. Durch das die *Mutter-Tochter-Richtlinie* umsetzende EU-AnpG wurde unter Berufung auf den Missbrauchsvorbehalt des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie³³⁾ in § 10 Abs. 3 KStG auch eine Bestimmung eingeführt, die der Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen dienen soll.³⁴⁾ Abweichend von der Befreiung von Erträgen aus internationalen Schachtelbeteiligungen nach § 10 Abs. 2 KStG sind nämlich solche Erträge nicht von der Körperschaftsteuer befreit, „wenn Gründe vorliegen, wegen derer der Bundesminister für Finanzen dies zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Mißbräuchen (§ 22 der Bundesabgabenerordnung) durch Verordnung anordnet“; die entsprechende Verordnung des BMF zur steuerlichen Entlastung von Erträgen aus der internationalen Schachtelbeteiligung wurde in BGBl. Nr. 57/1995 erlassen.³⁵⁾ Die nach § 10 Abs. 2 KStG zustehende sachliche Befreiung kommt sohin in so genannten *Verdachtsfällen* aufgrund der Legalvermutung des § 10 Abs. 3 KStG grundsätzlich³⁶⁾ nicht zur Anwendung, vielmehr findet ein Methodenwechsel zur Anrechnung der ausländischen Steuern statt.

Neben den – grundsätzlich kumulativ erforderlichen – Verdachtsgründen der ausländischen Niedrigbesteuerung (§ 10 Abs. 3 zweiter Satz TS 2 KStG i. V. m. § 3 VO) und der überwiegenden – mittelbaren oder unmittelbaren – Beteiligung inländischer natürlicher Personen³⁷⁾ (§ 10 Abs. 3 zweiter Satz TS 3 KStG i. V. m. § 4 VO) bildet es nach § 10 Abs. 3 zweiter Satz TS 1 KStG einen Verdachtsgrund, wenn „*der Unternehmensschwerpunkt der ausländischen Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar darin besteht,*

³²⁾ Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur steuerlichen Entlastung von Erträgen aus der internationalen Schachtelbeteiligung, BGBl. Nr. 57/1995.

³³⁾ Zur Richtlinienkonformität des § 10 Abs. 3 KStG siehe *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 10 Tz. 110; *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG, § 10 Anm. 35; *Gassner in Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), *Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung* (1995) 338 f.; *Wiesner*, SWI 1995, 132. Die Richtlinienkonformität ließe sich auch damit begründen, dass Art. 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie auch generell die Anrechnungsmethode zulässt.

³⁴⁾ Siehe etwa *Quantschnigg*, RdW 1994, 221; *Lang in Rill* (Hrsg.), *Die Europäisierung des österreichischen Wirtschaftsrechts* (1995) 92.

³⁵⁾ Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur steuerlichen Entlastung von Erträgen aus der internationalen Schachtelbeteiligung, BGBl. Nr. 57/1995.

³⁶⁾ Zur Widerlegbarkeit des Missbrauchsverdachts siehe aber *Zöchling/Kirchmayr*, ÖStZ 1994, 366; *Farmer*, RdW 1995, 115; *Lang in Rill* (Hrsg.), *Die Europäisierung des österreichischen Wirtschaftsrechts* (1995) 91 ff.; *Lang*, 13. ÖJT Band III/2, 25 f.; *Lang*, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen (1997) Rz. 126; *Lang*, SWI 1995, 168; *Kirchmayr/Schragel*, ÖStZ 1995, 161; *Gassner in Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), *Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung* (1995) 340 f.; a. A. *Quantschnigg*, ÖStZ 1995, 13; *Loukota/Quantschnigg*, SWI 1995, 13 f.; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 10 Tz. 112.1; *Wiesner*, SWI 1995, 130; Rz. 582 KStR 2001; wohl auch *Loukota*, 13. ÖJT, Band III/1, 21 f.

³⁷⁾ Zu dieser erforderlichen Umkehrung des Gesetzeswortlautes siehe Rz. 591 KStR 2001; *Wiesner*, SWI 1995, 132; anders die wohl h. A., wonach Mehrheitsbeteiligungen eigentümerloser rechtsfähiger Vermögensmassen wie z. B. Stiftungen, Trusts, Anstalten, Sparkassen, Körperschaften öffentlichen Rechts etc. den Verdachtsgrund des § 10 Abs. 3 zweiter Satz TS 3 KStG i. V. m. § 4 VO auch dann *nicht* ausschließen, wenn deren Ausländereigenschaft gegeben ist; vgl. *Zöchling/Kirchmayr*, ÖStZ 1994, 368; *Gassner in Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), *Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung* (1995) 352.

³⁸⁾ *Loukota/Quantschnigg*, SWI 1995, 14; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 10 Tz. 115.1. Unter einer „*ausländischen Gesellschaft*“ i. S. d. § 10 Abs. 3 zweiter Satz TS 2 KStG iVm § 2 VO sind dabei nach richtiger Auffassung Gesellschaften i. S. d. § 10 Abs. 2 Z 1 lit. a und b KStG zu verstehen, also sowohl ausländische Gesellschaften, die einer inländischen vergleichbar sind, als auch jene ausländischen Gesellschaften, die in der Anlage 2 zum EStG angeführt werden; siehe auch *Gassner in Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), *Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung* (1995) 346 f.

*Einnahmen aus Zinsen, aus der Überlassung beweglicher körperlicher oder unkörperlicher Wirtschaftsgüter und aus der Veräußerung von Beteiligungen zu erzielen“.*³⁹⁾ Diese Frage wird oftmals auch der entscheidende Prüfstein sein, wenn eine Kapitalgesellschaft aufgrund der Risikostreuung durch § 42 Abs. 1 InvFG als ausländischer Investmentfonds qualifiziert wird. Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass nach § 2 Z 2 VO sowie nach den KStR 2001³⁹⁾ eine derartige, von § 10 Abs. 3 KStG erfasste Vermögensverwaltungsgesellschaft nur dann vorliegt, wenn der Unternehmensschwerpunkt – unmittelbar oder mittelbar, d. h. durch Beteiligung an einer anderen Gesellschaft⁴⁰⁾ – z. B. auf dem Gebiet der Erzielung von Einkünfte aus *Zinsen* (etwa aus Bankguthaben, Darlehen, Wertpapieren) liegt. Ausdrücklich ist jedoch auch darauf zu verweisen, dass Dividenden und andere Gewinnanteile nicht unter diesen Zinsbegriff fallen.⁴¹⁾ Der *Bezug von Dividenden* zählt sohin nicht zu den steuerschädlichen Tätigkeiten, weil nach § 10 KStG in- und ausländische Beteiligungserträge ohnehin steuerfrei sind; im Vergleich zur Direktbeteiligung der österreichischen Muttergesellschaft bringt die Einschaltung einer Auslandstochter diesbezüglich keine steuerlichen Vorteile.⁴²⁾

Es wirft sich daher die ganz allgemeine Frage auf, ob die Veranlagung des Vermögens der als ausländischer Fonds i. S. d. § 42 InvFG qualifizierten Auslandsgesellschaft überwiegend in Dividendenwerten erfolgt; ist dies der Fall, gelangt § 10 Abs. 3 KStG nach einhelliger Auffassung nicht zur Anwendung.

V. Zusätzlicher Schutz durch Doppelbesteuerungsabkommen

Sofern einzelne Doppelbesteuerungsabkommen Schachtelprivilegien vorsehen⁴³⁾, ist auch auf abkommensrechtlicher Ebene fraglich, ob eine nationale Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge in Österreich möglich ist, weil – sofern nicht abkommensrechtlich ohnehin Aktien vorliegen – die Qualifikation von Gewinnen als zu befreiende Beteili-

³⁹⁾ Rz. 586 KStR 2001.

⁴⁰⁾ *Tumpel*, IStR 1995, 114; *Widhalm* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Österreich – Der steuerrechtliche EU-Nachbar (1996) 98 f.

⁴¹⁾ Siehe auch *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG, § 10 Tz. 115.1.

⁴²⁾ *Zöchling/Kirchmayr*, ÖStZ 1994, 367; *Gassner* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (1995) 347. Explizit durch § 2 Z 3 lit. c VO ausgenommen ist auch die *Veräußerung von Beteiligungen*, für die eine unter § 7 Abs. 3 KStG fallenden Körperschaft die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 KStG erfüllen würde; die Ausnahme dieser Fälle erklärt sich daraus, dass die Veräußerung internationaler Schachtelbeteiligungen außerhalb des Bereiches des spekulativen An- und Verkaufs von Dividendenwerten liegt; *Wiesner*, SWI 1995, 134; *Gassner* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (1995) 349; *Loukota*, 13. ÖJT, Band III/1, 23; siehe auch *Loukota/Quantschnigg*, SWI 1995, 15.

⁴³⁾ Z. B. die Abkommen mit *Brasilien* (Art. 23 Abs. 6 DBA-Brasilien, BGBl. Nr. 431/1976), *China* (Art. 24 Abs. 2 lit. d DBA-China, BGBl. 679/1992), *Malta* (Art. 23 Abs. 3 DBA-Malta, BGBl. Nr. 294/1979), *Irland* (Art. 8 Abs. 4 DBA-Irland, BGBl. Nr. 66/1968 i. d. F. BGBl. Nr. 12/1989), *Israel* (Art. 10 Abs. 4 DBA-Israel, BGBl. Nr. 85/1971), *Thailand* (Art. 24 Abs. 3 lit. d DBA-Thailand, BGBl. Nr. 263/1986), *der Türkei* (Art. 10 Abs. 3 DBA-Türkei, BGBl. Nr. 595/1973), *Kanada* (Art. 23 Abs. 2 lit. b DBA-Kanada, BGBl. Nr. 77/1981 i. d. F. BGBl. III Nr. 2/2001), *Luxemburg* (Art. 10 Abs. 4 DBA-Luxemburg, BGBl. Nr. 54/1964 i. d. F. BGBl. Nr. 835/1993) und *Schweden* (Art. 10 Abs. 6 DBA-Schweden, BGBl. Nr. 39/1960 i. d. F. BGBl. Nr. 132/1993); ausführlich *Jann*, SWI 1995, 392 ff.; *Jann* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Die Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (1995) 99 ff., 130 ff.; siehe auch *Staringer* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Doppelbesteuerungsabkommen und EU-Recht (1996) 279.

⁴⁴⁾ Dazu BMF, SWI 1996, 99; *Tumpel* in *Gassner/Lang* (Hrsg.), Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen (1998) 440. Überlegt werden könnte zudem – sofern man nicht von einem *treaty override* ausgehen will –, ob DBA der Erfassung ausschüttungsgleicher Erträge überhaupt entgegenstehen: Die Auslandsgesellschaft ist im DBA-Recht eine grundsätzlich abkommensberechtigzte Person i. S. d. Art. 3 OECD-MA. Als Ausgangspunkt kann angenommen werden, dass – ungeachtet der innerstaatlichen Qualifikation der ausschüttungsgleichen Erträge als Erträge aus „Forderungswertpapieren“ (Zinsen) – diese Erträge doppelbesteuerungsrechtlich als Dividenden zu qualifizieren sind, weil nach Art. 10 Abs. 3 OECD-MA die Qualifikation im Staat der ausschüttenden Gesellschaft für den Ansässigkeitsstaat verbindlich ist (BMF, SWI 1996, 99). Im Hinblick auf ausschüttungsgleiche Erträge ist zusätzlich die Frage nach dem Besteuerungsrecht Österreichs im Falle nicht vorgenommener Ausschüttungen zu stellen. Grundsätzlich kann ein Gesellschafter in seinem Ansässigkeitsstaat nämlich nur mit den von der Gesellschaft *ausgeschütteten* Gewinnen besteuert werden (Z 3 des OECD-MA-Kommentars zu Art. 10; ferner *Biegler*, SWK-Heft 7/1995, Seite A 197; siehe zur Zulässigkeit des Aus-

gungserträge vom Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Gesellschaft vorzunehmen ist (Art. 10 Abs. 3 OECD-MA).⁴⁴⁾ Es ist sohin abkommensrechtlich eine Ausschüttung aus einer – vom nationalen österreichischen Recht als ausländischer Investmentfonds nach § 42 InvFG qualifizierten – Kapitalgesellschaft i. d. R. unter Art. 10 OECD-MA zu subsumieren, woran – entgegen dem BMF⁴⁵⁾ – die innerstaatliche Qualifikation der ausländischen Investmentfondsanteile als Forderungswertpapiere ebenfalls nichts zu ändern vermag.⁴⁶⁾ Diese Qualifikation hat auch dann zu gelten, wenn das nationale Recht des Anteilnehmers eine Ausschüttung fingiert; der pauschalierte, als ausgeschüttet geltende Betrag i. S. d. § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 InvFG ist daher abkommensrechtlich als Ausschüttung i. S. d. § 10 OECD-MA zu verstehen⁴⁷⁾, die einer abkommensrechtlichen Schachtelbegünstigung zugänglich ist.

Noch augenscheinlicher wird die abkommensrechtliche Besteuerungsschranke bei jenen Doppelbesteuerungsabkommen, die nach Österreich fließende Dividenden sogar insoweit von der österreichischen Besteuerung ausnehmen, als diese nach österreichischem Recht ausgenommen wären, wenn beide Gesellschaften in Österreich ansässig wären.⁴⁸⁾ So sind beispielsweise nach Art. 8 Abs. 4 DBA-Irland⁴⁹⁾ „*Dividenden, die von einer in Irland ansässigen Gesellschaft an eine in Österreich ansässige Gesellschaft gezahlt werden, von der österreichischen Steuer befreit. Diese Befreiung ist jedoch nur anwendbar, wenn diese Dividenden nach österreichischem Recht steuerbefreit wären, falls die erstgenannte Gesellschaft in Österreich und nicht in Irland ansässig wäre.*“ Bedenkt man nun, dass auf rein nationaler Ebene ausschüttungsgleiche Erträge unter

keit des Austausches des Steuersubjektes im Rahmen einer Hinzurechnungsbesteuerung im Hinblick auf Art. 10 Abs. 5 OECD-MA aber *Wassermeyer in Flick/Wassermeyer/Baumhoff*, AStG⁶, § 7 Anm. 7 c m. w. N.). Da DBA nach h. A. in Deutschland jedoch keine Zurechnungsregeln enthalten, sondern diese zur Geltung der Steuerpflicht gehörende Frage ausschließlich in der Disposition des innerstaatlichen Rechts steht (z. B. BFH 29. 10. 1997, I R 35/96, BFHE 184, 476, BStBl. 1998 II 235), vertritt die deutsche Finanzverwaltung den Standpunkt, dass in den von Deutschland abgeschlossen DBA keine Bestimmungen enthalten sind, die es Deutschland verbieten würden, Ausschüttung und Zufluss der ausschüttungsgleichen Erträge beim Inhaber der Investmentanteile zu fingieren und zu besteuern (dazu *Mühlehner*, ÖStZ 1994, 101). Auch nach österreichischer Auffassung steht der DBA-Schutz der Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge nicht entgegen (*Loukota*, SWI 1993, 353). Dem ist entgegenzuhalten, dass über § 42 Abs. 2 i. V. m. § 40 InvFG keine Zurechnung erfolgt – wie sie die deutsche Rspr. bei Basisgesellschaften über § 42 AO herstellt –, sondern die Fiktion einer Ausschüttung. Diese Fiktion setzt jedoch aus nationaler Sicht bereits die Zurechnung der Erträge an die ausländische Körperschaft – die dem Besteuerungsregime des § 42 InvFG unterliegen soll – voraus. Eine DBA-rechtliche Zulässigkeit der Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge durch § 42 Abs. 2 InvFG in Österreich kann sich dann aber lediglich aus Z 3 des OECD-MA-Kommentars zu Art. 10 ergeben, wonach der Grundsatz, dass ein Gesellschafter nur mit den von der Gesellschaft *ausgeschütteten* Gewinnen besteuert werden darf, unter dem Vorbehalt „*der Vorschriften gewisser Staaten über die Besteuerung des nichtausgeschütteten Gewinns in besonderen Fällen*“ steht. Keine Rolle spielt es dabei, dass der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft die Einkünfte bereits früher als der Quellenstaat besteuert (H. J. *Aigner/Zehetner in Gassner/Lang/Lechner* [Hrsg.], Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes [2001] 131). Folgeprobleme könnten sich sodann aber bei der zeitlichen Komponente der Quellensteueranrechnung ergeben, sofern eine wiederholte steuerliche Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge durch Ansatz eines Aktivpostens verhindert wird (dazu *Aigner/Bitzyk*, SWI 1997, 508).

⁴⁴⁾ Pkt. 1.5 AÖFV Nr. 53/1995.

⁴⁵⁾ *Kirchmayr*, CDFI 1997 LXXXIb, 276 f.; *Aigner/Bitzyk*, SWI 1997, 509.

⁴⁷⁾ Ebenso *Kirchmayr*, CDFI 1997 LXXXIb, 277.

⁴⁸⁾ So Art. 8 Abs. 4 DBA-Irland, BGBl. Nr. 66/1968 i. d. F. BGBl. Nr. 12/1989; Art. 10 Abs. 3 DBA-Türkei, BGBl. Nr. 595/1973; Art. 10 Abs. 4 DBA-Luxemburg, BGBl. Nr. 54/1964 i. d. F. Nr. 835/1993; Art. 10 Abs. 6 DBA-Schweden, BGBl. Nr. 39/1960 i. d. F. BGBl. Nr. 132/1993; siehe dazu auch *Lang*, SWI 1994, 347. Nach den Abkommen mit Irland, Luxemburg, Schweden und der Türkei sind somit auch Dividenden aus Minderheitsbeteiligungen steuerfrei; dazu nur *Lechner in Bertl/Mandl* (Hrsg.), Rechnungswesen und Controlling (1997) 407; einer ähnlichen Regelungstechnik bedient sich Art. 10 Abs. 4 DBA-Israel, BGBl. Nr. 85/1971, wengleich dort – ähnlich wie in Art. 23 Abs. 3 DBA-Malta, BGBl. Nr. 294/1979 – das zusätzliche Erfordernis einer Mindestbeteiligung von 25 % vorgesehen ist.

⁴⁹⁾ BGBl. Nr. 66/1968 i. d. F. BGBl. Nr. 12/1989; sinngemäß ebenso Art. 10 Abs. 4 DBA-Luxemburg, BGBl. Nr. 54/1964 i. d. F. BGBl. Nr. 835/1993; Art. 10 Abs. 6 DBA-Schweden, BGBl. Nr. 39/1960 i. d. F. BGBl. Nr. 132/1993; Art. 10 Abs. 3 DBA-Türkei, BGBl. Nr. 595/1973.

⁵⁰⁾ Rz. 738 KStR 2001.

§ 10 Abs. 1 KStG zu subsumieren sind⁵⁰), kann eine Steuerfreistellung im Anwendungsbereich der genannten DBA wohl nicht verneint werden.

VI. Zusammenfassung

Wird eine ausländische Tochtergesellschaft einer österreichischen Muttergesellschaft als Investmentfonds i. S. d. § 42 Abs. 1 InvFG qualifiziert, stellt sich im Bereich der ausschüttungsgleichen Erträge nach § 40 Abs. 2 Z 1 i. V. m. § 42 Abs. 2 InvFG evidentermaßen die Frage nach der Anwendbarkeit des internationalen Schachtelprivilegs des § 10 Abs. 2 KStG. Entgegen der h. A., wonach insbesondere aufgrund der Qualifikation des Investmentfondsanteils als Forderungswertpapier (§ 93 Abs. 3 Z 5 EStG) und des daraus abgeleiteten Fehlens eines Gewinnanteiles („Besteuerung eigener Art“) das internationale Schachtelprivileg des § 10 Abs. 2 KStG nicht anwendbar sei, sprechen die überzeugenderen Argumente für eine Steuerfreistellung: Die Anteile an der ausländischen Tochtergesellschaft sind zweifellos als Beteiligung i. S. d. § 10 Abs. 2 KStG zu werten. Die Ausschüttungen, unabhängig davon, ob es sich um tatsächliche oder gesetzlich fingierte handelt, sind Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Mutter- an der Tochtergesellschaft. Sowohl Ausschüttungen als auch ausschüttungsgleiche Erträge sind als Gewinnausschüttungen anzusehen. § 40 Abs. 2 Z 1 und § 42 Abs. 2 InvFG regeln lediglich die Bemessungsgrundlage und führen jedenfalls nicht zu einer direkten Zurechnung von Einkünften an die österreichische Muttergesellschaft. Für dieses Ergebnis spricht auch die deutliche Parallele zur Behandlung von ausschüttungsgleichen Erträgen inländischer Investmentfonds nach § 10 Abs. 1 KStG sowie eine der Mutter-Tochter-Richtlinie entsprechende Interpretation nationalen Rechts.