

Georg W. Kofler / Clemens Philipp Schindler\*)

## Grenzüberschreitende Umgründungen unter Beteiligung hybrider Gesellschaften

### CROSS-BORDER REORGANIZATIONS INVOLVING HYBRID ENTITIES

Recently, the Merger Directive had been amended to cover cross-border reorganizations involving entities that are respected for tax purposes in their Member State of residence, but disregarded in other Member States. In that respect, Directive 2005/19/EC introduced specific provisions – Art. 4 para. 2 and 8 para. 3 – to ensure the applicability of the Merger Directive's benefits to cases involving such hybrid entities. Those rules are, however, subject to certain exceptions which are set out in new Art. 10a. Georg W. Kofler and Clemens Philipp Schindler analyse these new provisions.

**I. Überblick** Die gemeinschaftsrechtliche Fusionsrichtlinie (FusionsRL)<sup>1)</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten zur steuerneutralen Behandlung von bestimmten Umgründungsvorgängen, wenn daran Gesellschaften aus zwei oder mehr EU-Mitgliedstaaten beteiligt sind.<sup>2)</sup> Durch eine im Vorjahr verabschiedete ÄnderungsRL<sup>3)</sup> wurden nunmehr auch hybride Gesellschaften in den Anwendungsbereich der FusionsRL aufgenommen, deren steuerliche Behandlung bei Umgründungsvorgängen Gegenstand des folgenden Beitrages ist. Die diesbezüglichen Änderungen der FusionsRL sind von den Mitgliedstaaten bis spätestens 1. 1. 2007 in nationales Recht umzusetzen. Anhand von zahlreichen Beispielen werden praxisrelevante Sachverhalte übersichtlich dargestellt und ungeklärte Rechtsfragen erörtert.

Die FusionsRL erfasst in ihrem sachlichen Anwendungsbereich Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen,<sup>4)</sup> die Einbringung von Unternehmensteilen und den Anteilstausch. So-

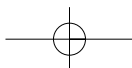
\*) DDr. Georg Kofler, LL.M. (NYU), ist Mitarbeiter des Forschungsinstituts für Steuerrecht und Steuermanagement der Johannes Kepler Universität Linz sowie korrespondierendes Mitglied des Fachsenats für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhänder; MMag. Dr. Clemens Philipp Schindler, LL.M. (NYU), ist Steuerberater und Mitarbeiter einer international tätigen Anwaltskanzlei.

<sup>1)</sup> Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABI L 225/1 ff. (20. 8. 1990).

<sup>2)</sup> Die FusionsRL wurde bereits vor dem EU-Beitritt Österreichs in der Stammfassung des UmgrStG weitgehend berücksichtigt; siehe nur *Staringer* in *Gassner/Gröhs/Lang* (Hrsg), Zukunftsaufgaben der Wirtschaftsprüfung, FS Deloitte & Touche (1997) 219 (221).

<sup>3)</sup> Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17. 2. 2005, ABI L 58/19 ff. (4. 3. 2005); für eine umfassende Erörterung der ÄnderungsRL und des daraus resultierenden Anpassungsbedarfs in Österreich siehe *G. Kofler/Schindler*, *taxlex* 2005, 496 (496 ff.) und 559 (559 ff.); allgemein zur ÄnderungsRL weiters *Benecke/Schnitger*, *Intertax* 2005, 170 (170 ff.); *Thömmes*, *Intertax* 2005, 258 (258 f.); *Terra/Wattel*, *European Tax Law*<sup>4</sup> (2005) 535 ff.; *Blumers/Kinzl*, *BB* 2005, 971 (971 ff.); *Saß*, *DB* 2005, 1238 (1238 ff.); *Schindler*, *IStR* 2005, 551 (551 ff.); *Benecke/Schnitger*, *IStR* 2005, 606 (606 ff.) und 639 (639 ff.); *van den Brande*, *EC Tax Rev* 2005, 119 (119 ff.); *Hofstätter*, *ecolx* 2005, 824 (824 ff.); *Russo/Offermanns*, *ET* 6/2006 [in Druck]. Siehe auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, KOM(2003)613 endg.; vgl. dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, *ABI C* 110/30 ff. (30. 4. 2004), und den Bericht vom 26. 2. 2004 mit Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments (A-5-0121/2004); die Kommission hat die Änderungsvorschläge des Europäischen Parlaments abgelehnt. Siehe zum Kommissionsvorschlag auch „Unternehmensbesteuerung: EU-Kommission schlägt Verbesserungen an der Steuer-/Fusionsrichtlinie vor“, *IP/03/1418*; sowie aus dem Schrifttum z. B. *Bell*, *DFI* 2004, 119 (119 ff.); *Tissot*, *SWI* 2004, 119 (119 ff.).

<sup>4)</sup> Zur Aufnahme der Abspaltung durch die ÄnderungsRL siehe ausführlich *G. Kofler/Schindler*, *taxlex* 2005, 496 (499 ff. m. w. N.). Zu den schon bislang von der FusionsRL erfassten Vorgängen siehe zuletzt *Schindler*, *CDFI* 90b (2005) 49 (53 ff.); weiters *Terra/Wattel*, *European Tax Law*<sup>3</sup> (2001) 373 ff.; *Thömmes* in *Thömmes/Fuks* (Hrsg), *EC Corporate Tax Law* (2004) Ch 5.



weit an den genannten Umgründungen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten beteiligt sind, dürfen diese Vorgänge nicht durch besondere Beschränkungen, Benachteiligungen oder Verfälschungen aufgrund steuerlicher Vorschriften der Mitgliedstaaten eingeschränkt werden. Vom persönlichen Anwendungsbereich der FusionsRL sind aber nur jene Gesellschaften erfasst, die im Anhang der Richtlinie genannt sind (Art. 3 lit. a FusionsRL); darüber hinaus muss die jeweilige Gesellschaft zwingend einer der in Art. 3 lit. c FusionsRL aufgezählten nationalen Körperschaftsteuern unterliegen und in einem Mitgliedstaat steueransässig sein, ohne aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens in einem Drittstaat als steueransässig zu gelten (Art. 3 lit. b FusionsRL). Durch die ÄnderungsRL wurden nunmehr auch steuerlich transparente – eigentlich: hybride<sup>5)</sup> – Gesellschaften in den persönlichen Anwendungsbereich der FusionsRL einbezogen.<sup>6)</sup> Die FusionsRL ist damit grundsätzlich auch auf jene Fälle anzuwenden, in denen ein Mitgliedstaat die in seiner Besteuerungshoheit ansässige Gesellschaft als körperschaftsteuerpflichtig behandelt, während ein anderer Mitgliedstaat diese als steuerlich transparent ansieht.

Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 FusionsRL sowie der geänderte Anhang beziehen nunmehr hybride Gesellschaften in den Anwendungsbereich der Richtlinie ein und verpflichten jenen Mitgliedstaat, der die hybride Gesellschaft als steuerlich transparent ansieht, sowohl die Umgründung auf *Gesellschaftsebene* als auch die *Anteilszuteilung* an die hybride Gesellschaft – und damit aus seiner Sicht an die *Gesellschafter* – steuerneutral zu halten, weil die Gewinne sonst doppelt besteuert würden.<sup>7)</sup> Die Halbherzigkeit der vom Rat verabschiedeten Lösung offenbart sich allerdings durch die weitreichenden Optionsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten: Im Gegensatz zum Kommissionsentwurf wurde den Mitgliedstaaten in Art. 10a FusionsRL – vor dem Hintergrund befürchteter Steuerumgehungen – die Möglichkeit eines „*opting-out*“ gewährt.<sup>8)</sup> Betrachtet ein Mitgliedstaat die *einbringende* oder *erworbene* Gesellschaft als steuerlich transparent, dann ist er nach Art. 10a Abs. 1 FusionsRL berechtigt, Veräußerungsgewinne eines unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafters der Besteuerung zu unterziehen. Hierbei hat der Mitgliedstaat gem Art. 10a Abs. 2 FusionsRL aber jene (fiktive) Steuer anzurechnen, die ohne die Bestimmungen der FusionsRL auf die Veräußerungsgewinne der steuerlich transparenten Gesellschaft erhoben worden wäre. Weiters ist ein Mitgliedstaat, der die *übernehmende* oder *erwerbende* Gesellschaft als steuerlich transparent betrachtet, nach Art. 10a Abs. 3 FusionsRL berechtigt, den Anteilstausch beim Gesellschafter entgegen Art. 8 FusionsRL zu besteuern. Diesfalls muss<sup>9)</sup> er aber nach Art. 10a Abs. 4 FusionsRL jedem unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter die gleiche steuerliche Behandlung zuteil werden lassen, als ob die *übernehmende* Gesellschaft in seinem Gebiet ansässig wäre, also eine entsprechende Umstrukturierung nach nationalem Recht vorläge.<sup>10)</sup>

## II. Grundsatz: Uneingeschränkte Einbeziehung hybrider Gesellschaften durch Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 FusionsRL

Im Anhang zur FusionsRL, auf den deren Art. 3 zur Qualifikation von Gesellschaften als subjektiv Berechtigte der Richtlinie verweist, wurden im Rahmen der ÄnderungsRL un-

<sup>5)</sup> Ebenso *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (174); *Schindler*, IStR 2005, 551 (553); *G. Kofler/Schindler*, taxlex 2005, 496 (499). Zustimmend *Hofstätter*, ecolex 2005, 824 (825 mit Fn. 7).

<sup>6)</sup> Siehe hierzu bereits *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (175 ff.); *dies.*, IStR 2005, 641 (644 ff.); *van den Brande*, EC Tax Rev 2005, 119 (120 ff.).

<sup>7)</sup> Vgl. Nr. 22 der Präambel des Kommissionsvorschlages, KOM(2003)613 endg.

<sup>8)</sup> Mit gemeinschaftsrechtlichen Bedenken hierzu *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974).

<sup>9)</sup> Bei isolierter Betrachtung des Art. 10a Abs. 4 FusionsRL scheint es sich um eine Bestimmung zu handeln, die im Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaats liegt. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht erscheint die Einhaltung des Art. 10a Abs. 4 FusionsRL bei Inanspruchnahme des Art. 10a Abs. 3 FusionsRL aber zwingend geboten; ebenso *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178); *Schindler*, IStR 2005, 551 (553); offen bei *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974); *Russo/Offermanns*, ET 6/2006, Kapitel 3.8 [in Druck]; vgl. auch die Ausführungen in Kapitel III.A.

<sup>10)</sup> *G. Kofler/Schindler*, taxlex 2005, 559 (565).

## Cross-Border Reorganizations

ter anderem auch solche Gesellschaften aufgenommen, die zwar in ihrem Ansässigkeitsmitgliedstaat körperschaftsteuerpflichtig sind, von anderen Mitgliedstaaten aber – etwa auf Basis eines Typenvergleichs<sup>11)</sup> – als steuerlich transparent angesehen werden;<sup>12)</sup> dies betrifft aus österreichischer Sicht beispielsweise die französische *société civiles*, die ungarische *közkereseti társaság* und die niederländische *commanditaire vennootschap*. Die FusionsRL stellt sodann materiell autonome Regeln für die Lösung solcher Qualifikationskonflikte auf: Durch die Grundregel des Art. 4 Abs. 2 FusionsRL werden jene Mitgliedstaaten, die gebietsfremde körperschaftsteuerpflichtige Gesellschaften als steuerlich transparent ansehen, verpflichtet, die Vorteile der Richtlinie auf diese Gesellschaften auszudehnen. Eine entsprechende Vorschrift für jenen Fall, dass nicht die an der Umgründung beteiligten Gesellschaften, sondern deren *Gesellschafter* als steuerlich transparent angesehen werden, enthält Art. 8 Abs. 3 FusionsRL. Hiernach dürfen Personen, die an diesen Gesellschaftern beteiligt sind, aus Anlass der Umgründung nicht besteuert werden.<sup>13)</sup>

Die Problematik auf *Gesellschaftsebene* stellt sich dabei folgendermaßen dar: Betrachtet ein Mitgliedstaat im Falle einer Verschmelzung, Spaltung, Abspaltung oder Einbringung von Unternehmensteilen die ausländische *einbringende* Gesellschaft i. S. d. Art. 2 lit. e FusionsRL als steuerlich transparent, so würde der Umgründungsvorgang nach allgemeinem Steuerrecht regelmäßig zur Aufdeckung von stillen Reserven und deren direkter Erfassung bei dem oder den Anteilseignern führen.<sup>14)</sup> Art. 4 Abs. 2 FusionsRL verpflichtet nun den Ansässigkeitsstaat der Gesellschafter, der das ausländische Rechtsgebilde als steuerlich transparent betrachtet, einen Steueraufschub zu gewähren: Ist das Betriebsstättenverhaftungserfordernis des Art. 4 Abs. 1 FusionsRL erfüllt „und betrachtet ein Mitgliedstaat eine gebietsfremde einbringende Gesellschaft aufgrund seiner Beurteilung ihrer juristischen Merkmale, die sich aus dem Recht, nach dem sie gegründet wurde, ergeben, als steuerlich transparent und besteuert daher die Gesellschafter nach ihrem Anteil an den ihnen zuzurechnenden Gewinnen der einbringenden Gesellschaft im Zeitpunkt der Zurechnung, so besteuert dieser Staat Veräußerungsgewinne, die sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des eingebrachten Aktiv- und Passivvermögens und dessen steuerlichem Wert ergeben, nicht.“<sup>15)</sup> Die Mitgliedstaaten gewähren demnach Steueraufschub für gebietsansässige Gesellschaften, die im Anhang zur FusionsRL aufgeführt sind. Art. 4 Abs. 2 knüpft daran an und verpflichtet auch den anderen Mitgliedstaat, der die hybride Gesellschaft als steuerlich transparent ansieht, in seinem Gebiet ansässige Steuerpflichtige mit Beteiligungen an dieser Gesellschaft nicht aus Anlass einer unter die FusionsRL fallenden Umgründung zu besteuern.<sup>16)</sup> Eine Besteuerung ist damit allenfalls bei einer späteren Veräußerung des übertragenen

<sup>11)</sup> Siehe z. B. Rz. 110 KStR 2001; weiters etwa EAS 2248 = SWI 2003, 159; EAS 2375 = SWI 2004, 222 f.

<sup>12)</sup> Siehe auch Nr. 10 der Präambel des Kommissionsvorschlags, KOM(2003)613 endg.; Nr. 12 der Präambel der ÄnderungsRL 2005/19/EG.

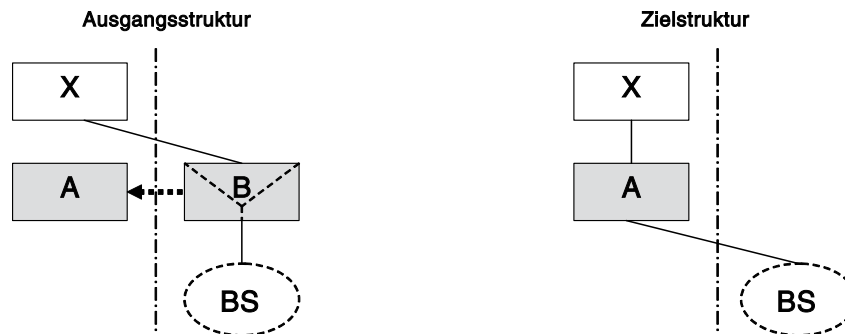
<sup>13)</sup> Siehe Nr. 11 der Präambel des Kommissionsvorschlags, KOM(2003)613 endg.; Nr. 13 der Präambel der ÄnderungsRL 2005/19/EG.

<sup>14)</sup> Aufgrund des im Jahr 2000 eingefügten Art. 23 A Abs. 4 OECD-MA wird diese Besteuerung bei einem OECD-konformen DBA auch abkommensrechtlich möglich sein, da der Ansässigkeitsstaat der hybriden Gesellschaft i. d. R. auf die Besteuerung nach Art. 13 Abs. 5 OECD-MA verzichten wird. Der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters hingegen erblickt in diesem Vorgang eine Betriebsvermögensveräußerung, für die ihn auf Grund von Art. 23A Abs. 4 OECD-MA – selbst bei vereinbarter Freistellungs-methode – keine Entlastungsverpflichtung trifft.

<sup>15)</sup> Art. 4 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags, KOM(2003)613 endg., lautete hingegen: „Ist Absatz 1 anwendbar und gilt in einem Mitgliedstaat eine gebietsfremde einbringende Gesellschaft auf Grund seiner zivilrechtlichen Vorschriften für Handelsgesellschaften als steuerlich transparent und besteuert dieser Staat folglich bei den Gesellschaftern deren Anteil am Gewinn der einbringenden Gesellschaft bei Anfallen dieses Gewinns, so besteuert dieser Staat die Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des eingebrachten Aktiv- und Passivvermögens und dessen steuerlichem Wert nicht.“

<sup>16)</sup> Siehe auch *Terra/Wattel European Tax Law*<sup>4</sup> (2005) 557.

Vermögens möglich,<sup>17)</sup> es sei denn, die Mitgliedstaaten machen von ihrer Optionsmöglichkeit nach Art. 10a FusionsRL Gebrauch.<sup>18)</sup>



• **Beispiel 1**

Die Gesellschaft B besitzt eine im Anhang zur FusionsRL genannte Rechtsform und wird von ihrem Ansässigkeitsstaat als steuerlich intransparentes Körperschaftsteuersubjekt betrachtet, von Mitgliedstaat A hingegen als steuerlich transparentes Gebilde. Wird nun – gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit vorausgesetzt – B auf die von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehene Gesellschaft A verschmolzen, ist Staat B verpflichtet, Steueraufschub für die stillen Reserven durch Buchwertfortführung in der verbleibenden Betriebsstätte zu gewähren. Staat A „blickt“ hingegen nach seinem nationalen Steuerrecht durch B „durch“ und würde daher auf Ebene des Gesellschafters X einen Tauschvorgang – Betriebsstätte gegen Anteile an A – erfassen und besteuern, sofern dies abkommensrechtlich möglich ist und der Vorgang nicht auf Grund einer Bestimmung des nationalen Umgründungsrechts steuerneutral gestellt wird. Der neue Art. 4 Abs. 2 FusionsRL verpflichtet Staat A jedoch „Veräußerungsgewinne, die sich aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert des eingebrachten Aktiv- und Passivvermögens und dessen steuerlichem Wert ergeben, nicht“ zu besteuern. Die im Zuge der Umgründung erfolgende Zuteilung von A-Anteilen an X ist nach Art. 8 Abs. 1 FusionsRL daher steuerneutral zu halten.

In weiterer Folge ist der Frage nachzugehen, ob und wann ein Steuerzugriff durch Staat A erfolgen kann: Dies wird zunächst dann der Fall sein, wenn Gesellschaft A das Betriebsstättenvermögen veräußert, sofern diesfalls die Besteuerung abkommensrechtlich möglich ist. Bezweifelt werden könnte allenfalls, ob Staat A die Veräußerung der das Betriebsstättenvermögen reflektierenden Anteile des X an A erfassen darf. Wiewohl Abkommensrecht hierzu i. d. R. keine Beschränkung enthält (Art. 13 Abs. 5 OECD-MA), könnte man eine Schranke aus Art. 8 Abs. 6 FusionsRL ableiten: Nach dieser Bestimmung hindert die Anwendung des Steueraufschubs die Mitgliedstaaten nicht, „den Gewinn aus einer späteren Veräußerung der erworbenen Anteile in gleicher Weise zu besteuern wie den Gewinn aus einer Veräußerung der vor dem Erwerb vorhandenen Anteile“. Im Falle der hybriden Gesellschaft B bestand aber vor dem Umgründungsvorgang aus Sicht des Staates A eine „direkte“ Betriebsstätte des Gesellschafters X in Staat B, sodass vor dem Umgründungsvorgang insofern keine Anteile steuerhängig waren.

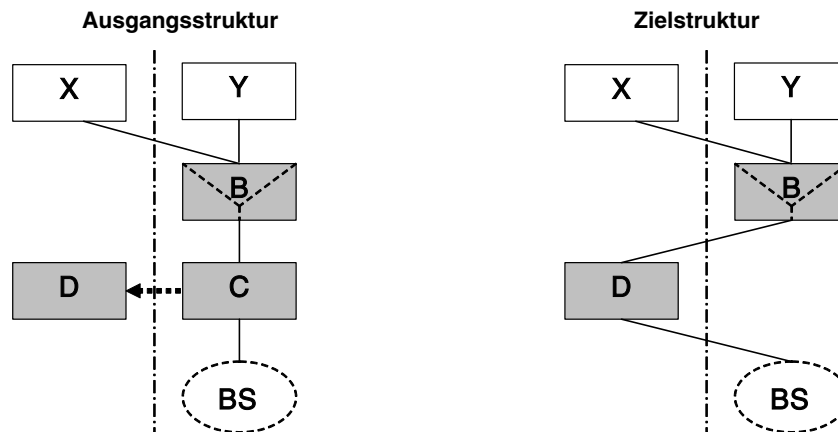
Art. 8 Abs. 3 FusionsRL behandelt sodann jene Konstellation, in der nicht die an der Umgründung unmittelbar beteiligten Gesellschaften, sondern einer ihrer Gesellschafter eine hybride Rechtsform aufweist: „*Betrachtet ein Mitgliedstaat einen Gesellschafter aufgrund seiner Beurteilung von dessen juristischen Merkmalen, die sich aus dem Recht, nach dem dieser gegründet wurde, ergeben, als steuerlich transparent und besteuert daher die an diesem Gesellschafter beteiligten Personen nach ihrem Anteil an den ihnen zuzurechnenden Gewinnen des Gesellschafters im Zeitpunkt der Zurechnung, so besteuert dieser Mitgliedstaat den Veräußerungsgewinn dieser Personen aus der Zuteilung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden oder erwerbenden Gesell-*

<sup>17)</sup> Siehe auch Art. 1 Nr. 4 Tz. 1 der Erläuterungen zum Kommissionsvorschlag, KOM(2003)613 endg.

<sup>18)</sup> Dazu sogleich in Kapitel III.

## Cross-Border Reorganizations

*schaft an den Gesellschafter nicht.*<sup>19)</sup> Durch diese Bestimmung wird also jener Fall geregelt, dass der Ansässigkeitsstaat einer am *hybriden Gesellschafter* beteiligten Person die Zuteilung von Anteilen einer Besteuerung unterziehen will. Unabhängig von der abkommensrechtlichen Ausgangslage verhindert Art. 8 Abs. 3 FusionsRL diesfalls die sofortige Erfassung der stillen Reserven und gewährt Steueraufschub bis zu einer späteren Veräußerung der von der hybriden Gesellschaft erhaltenen Anteile.<sup>20)</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der „hybride Gesellschafter“ eine im Anhang zur FusionsRL genannte Gesellschaft ist oder nicht.<sup>21)</sup>



### • Beispiel 2

Die hybride Gesellschaft B ist Gesellschafterin der von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehenen Gesellschaft C, die auf die ebenfalls von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehene Gesellschaft D verschmolzen wird. Staat B behandelt diesen Vorgang – zumal das Betriebsstättenverhaftungserfordernis erfüllt ist – sowohl auf Ebene der Betriebsstätte als auch auf Ebene der Gesellschaft B als steuerneutral (Art. 4 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 FusionsRL). Demgegenüber würde Staat A einen durch den Gesellschafter X durchgeführten Tausch von C-Anteilen gegen D-Anteile erblicken und gegebenenfalls zur sofortigen Besteuerung heranziehen, weil er die Gesellschaft B als steuerlich transparent betrachtet. Nach Art. 8 Abs. 3 FusionsRL darf Staat A allerdings „den Veräußerungsgewinn dieser Personen aus der Zuteilung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden oder erwerbenden Gesellschaft an den Gesellschafter [aus Anlass der Umgründung] nicht“ besteuern.

Fraglich ist, ob Staat A die stillen Reserven zu einem späteren Zeitpunkt besteuern darf: Die FusionsRL gestattet ihm die Besteuerung in Art. 8 Abs. 6 nämlich nur nach denselben Grundsätzen, nach denen eine Veräußerung der ursprünglichen Anteile (hier: an C) besteuert worden wäre. Unterstellt man aber, dass Staat A die der Gesellschaft B zugerechneten Anteile als Personengesellschafts-Betriebsstättenvermögen betrachtet, so läge im Fall der Veräußerung des Mitunternehmeranteils durch Gesellschafter X abkommensrechtlich ein klassischer Qualifikationskonflikt vor: Staat A sieht in diesem Vorgang eine von Art. 13 Abs. 2 OECD-MA erfasste und damit dem Betriebsstättenstaat zur Besteuerung zugeteilte

<sup>19)</sup> Art. 4 Abs. 2 des Kommissionsvorschlags, KOM(2003)613 endg., lautete hingegen: „Gilt in einem Mitgliedstaat auf Grund seiner zivilrechtlichen Vorschriften für Handelsgesellschaften ein Gesellschafter als steuerlich transparent und besteuert folglich dieser Staat bei den an diesem Gesellschafter beteiligten Personen deren Anteil am Gewinn der einbringenden Gesellschaft bei Anfallen dieses Gewinns, so besteuert dieser Mitgliedstaat bei diesen Personen den Veräußerungsgewinn aus der Zuteilung von Anteilen am Gesellschaftskapital der übernehmenden oder erwerbenden Gesellschaft nicht.“

<sup>20)</sup> Siehe Art. 1 Nr. 6 Tz. 4 der Erläuterungen zum Kommissionsvorschlag, KOM(2003)613 endg.

<sup>21)</sup> Vgl. *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 606 (610). Nach *Russo/Offermanns*, ET 6/2006, Kapitel 3.8 [in Druck], soll der Sitzstaat des betroffenen Gesellschafters sogar berechtigt sein, auf Gesellschafterebene geltend gemachte Verluste des Hybrids einer Nachversteuerung zu unterziehen.

Veräußerung der D-Anteile, Staat B eine von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA erfasste und damit dem Ansässigkeitsstaat A zur Besteuerung zugeteilte Veräußerung von Gesellschaftsanteilen, was im Falle der Befreiungsmethode zu einer Doppel-Nichtbesteuerung führen würde. Nach dem geänderten Art. 23A OECD-MA i. V. m. Tz. 32.4 OECD-MK müsste Staat A in diesem Fall allerdings nicht befreien, zumal Staat B „dieses Abkommen so anwendet“, dass er die Einkünfte ausnimmt (Art. 23A Abs. 4 OECD-MA).<sup>22)</sup>

### III. Optionsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in Art. 10a FusionsRL

Während der Kommissionsvorschlag mit den soeben vorgestellten Grundregeln des Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 3 das Auslangen fand, stießen die dadurch eröffneten Steuergestaltungsmöglichkeiten im Rat auf Skepsis. Dies hatte die Einführung weitgehender Optionsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten in Art. 10a FusionsRL zur Folge.<sup>23)</sup>

#### 1. Besteuerung stiller Reserven auf Gesellschaftsebene (Art. 10a Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 FusionsRL)

Die erste Optionsmöglichkeit wird durch Art. 10a Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 FusionsRL eröffnet: Betrachtet ein Mitgliedstaat eine gebietsfremde *einbringende* oder *erworbene* Gesellschaft<sup>24)</sup> als steuerlich transparent, so ist er nach Art. 10a Abs. 1 berechtigt, „die Bestimmungen dieser Richtlinie bei der Besteuerung der Veräußerungsgewinne eines unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafters dieser Gesellschaft nicht anzuwenden.“ Die erste Optionsmöglichkeit führt demnach zur vollständigen Nichtanwendbarkeit der FusionsRL.<sup>25)</sup> Ein die Option ausübender Mitgliedstaat muss allerdings nach Art. 10a Abs. 2 jene Steuer anrechnen, „die ohne die Bestimmungen dieser Richtlinie auf die Veräußerungsgewinne der steuerlich transparenten Gesellschaft erhoben worden wäre, in gleicher Weise und mit dem gleichen Betrag an, wie wenn diese Steuer tatsächlich erhoben worden wäre.“ Das Zusammenspiel von Art. 4 Abs. 2, Art. 10a Abs. 1 und Abs. 2 FusionsRL führt also dazu, dass – bei einer Verschmelzung, Spaltung, Einbringung oder einem Anteilstausch – die Gesellschafter der einbringenden bzw. erworbenen hybriden Gesellschaft hinsichtlich ihres Veräußerungsgewinns i. S. d. Art. 4 Abs. 1 FusionsRL von ihrem Ansässigkeitsstaat ohne Aufschub<sup>26)</sup> besteuert werden dürfen, hierbei aber eine Anrechnung<sup>27)</sup> der fiktiven Steuer auf den Veräußerungsgewinn im Ansässigkeitsstaat der hybriden Gesellschaft zu erfolgen hat.<sup>28)</sup> Dies gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung unabhängig von der abkommensrechtlich zur Anwendung kommenden Entlastungsmethode.<sup>29)</sup>

<sup>22)</sup> Vgl. auch Saß, DB 2005, 1238 (1239).

<sup>23)</sup> Dafür findet sich in Nr. 12 der Präambel der ÄnderungsRL 2005/19/EG folgende Begründung: „In Anbetracht der Tatsache, dass diese besonderen Körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten steuerlich unterschiedlich behandelt werden, sollte es den Mitgliedstaaten jedoch frei stehen, die diesbezüglichen Bestimmungen der Richtlinie bei der Besteuerung eines mittelbaren oder unmittelbaren Gesellschafters dieser steuerpflichtigen Gesellschaften nicht anzuwenden.“ Ein erster Entwurf dieser Ausnahmebestimmungen findet sich in der *Note of the Presidency to the Working Party on Tax Questions – Direct Taxation*, 2003/0239 (CNS) – 8292/04, 14 f.

<sup>24)</sup> Eine „einbringende“ Gesellschaft ist nach Art. 2 lit. e eine Gesellschaft, die – bei einer Verschmelzung, Spaltung, Abspaltung oder Einbringung – ihr Aktiv- und Passivvermögen überträgt oder einen oder mehrere Teilbetriebe einbringt. Demgegenüber ist eine „erworbene“ Gesellschaft nach Art. 2 lit. g eine Gesellschaft, an der beim Austausch von Anteilen eine Beteiligung erworben wurde.

<sup>25)</sup> Vgl. *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (642).

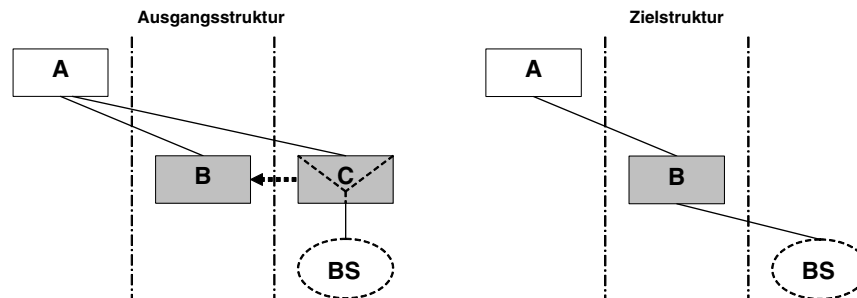
<sup>26)</sup> Primärrecht könnte einer sofortigen Besteuerung aber dennoch entgegenstehen; vgl. hierzu auch *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (642); grundlegend zum Verhältnis der FusionsRL zu Primärrecht *Schön/Schindler*, IStR 2004, 571 (575 f.).

<sup>27)</sup> Zur näheren Erörterung dieser Anrechnungsverpflichtung und deren Abgrenzung zur Anrechnungsverpflichtung nach Art. 10 Abs. 2 FusionsRL siehe *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (642 f.).

<sup>28)</sup> Siehe auch *Terra/Wattel European Tax Law*<sup>4</sup> (2005) 557 f.; weiters *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (973 f.).

<sup>29)</sup> *So van den Brande*, EC Tax Rev 2005, 119 (123); a. A. *Saß*, DB 2005, 1238 (1239).

## Cross-Border Reorganizations



- **Beispiel 3**

Die hybride Gesellschaft C wird auf die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige und von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehene Gesellschaft B verschmolzen.<sup>30)</sup> Besteht zwischen den Staaten A und C ein DBA mit Anrechnungsmethode, führt die Verschmelzung des Hybrids zum Verlust des Besteuerungsrechts des Staates A an den stillen Reserven der Betriebsstätte. Nach den Grundregeln der FusionsRL wäre dieser Verlust dauerhaft: Art. 4 Abs. 2 FusionsRL verbietet Staat A die stillen Reserven der BS zu erfassen, Art. 8 Abs. 1 FusionsRL verbietet ihm, die Zuteilung von B-Anteilen an Gesellschafter A zu besteuern. Auch die Betriebsstättenbesteuerung nach Art. 10 Abs. 2 FusionsRL greift nicht, weil das Hybrid eine Gesellschaft i. S. d. FusionsRL ist, und nicht – was Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 2 FusionsRL wäre – eine Betriebsstätte des Gesellschafters A. Ohne die Optionsmöglichkeit des Art. 10a Abs. 1 und 2 FusionsRL würde Staat A das Besteuerungsrecht an den stillen Reserven der Betriebsstätte daher endgültig verlieren. Diese Bestimmungen gewähren nun den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zum Opt-out, wenn ein ausländisches Hybrid beteiligt ist: Die stillen Reserven der Betriebsstätte dürfen von Staat A sofort erfasst werden (Art. 10a Abs. 1), dies aber nur unter Anrechnung der auf diese stillen Reserven fiktiv anfallenden Steuer des Staates C (Art. 10a Abs. 2).

Ein derartiger Verschmelzungsvorgang könnte auch zum Untergang einer Nachversteuerungsverpflichtung von in Staat A verwerteten Betriebsstättenverlusten führen. Würden beispielsweise – aufgrund der aus Sicht des Staates A gegebenen Steuertransparenz der Gesellschaft C – Verluste der in Staat C gelegenen Betriebsstätte in Staat A berücksichtigt (in Österreich z. B. auf Basis des § 2 Abs. 8 EStG), aber noch nicht nachversteuert, so würde die Verschmelzung des Hybrids auf die Gesellschaft B die Nachversteuerung ausschließen, zumal Art. 10 Abs. 1 FusionsRL nicht greift, weil das Hybrid eine Gesellschaft i. S. d. FusionsRL ist und nicht – was Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 1 FusionsRL wäre – eine Betriebsstätte des Gesellschafters A. Ohne die Optionsmöglichkeit des Art. 10a Abs. 1 und Abs. 2 FusionsRL hätte Staat A also ausländische Verluste berücksichtigt, deren Nachversteuerung durch einen Verschmelzungsvorgang vermieden werden könnte.

## 2. Besteuerung der Anteilszuteilung auf Gesellschafterebene (Art. 10a Abs. 3 i. V. m. Abs. 4 FusionsRL)

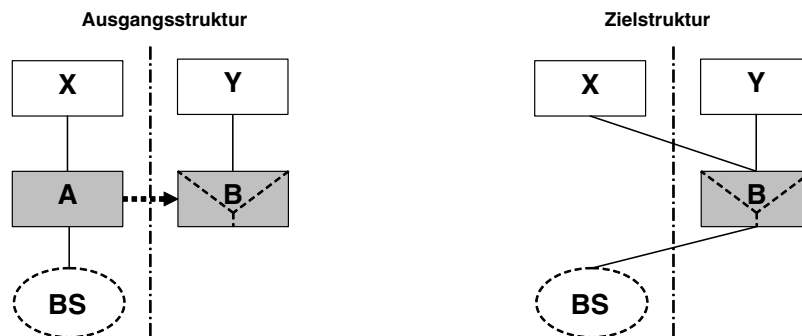
Die zweite Optionsmöglichkeit räumt Art. 10a Abs. 3 FusionsRL ein: Betrachtet ein Mitgliedstaat eine gebietsfremde *übernehmende* oder *erwerbende* Gesellschaft<sup>31)</sup> als steuerlich transparent, so ist er nach Art. 10a Abs. 3 berechtigt, „Artikel 8 Absätze 1, 2 und 3 nicht anzuwenden.“ Bei dieser Optionsmöglichkeit handelt es sich demnach nur um eine teilweise Einschränkung der FusionsRL, sodass insbesondere die Bestimmungen der Art. 4 bis 7 Anwendung finden. Bei Ausübung der Option ist der betreffende Mitgliedstaat berechtigt, bei sämtlichen von der FusionsRL erfassten Umstrukturierungsvor-

<sup>30)</sup> Siehe zu den folgenden Beispielen auch die Überlegungen bei *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (174 f.); *dies.*, IStR 2005, 606 (610 f.).

<sup>31)</sup> Eine „übernehmende“ Gesellschaft ist nach Art. 2 lit. f eine Gesellschaft, die – bei einer Verschmelzung, Spaltung, Abspaltung oder Einbringung – das Aktiv- und Passivvermögen oder einen oder mehrere Teilbetriebe von der einbringenden Gesellschaft übernimmt. Demgegenüber ist eine „erwerbende“ Gesellschaft nach Art. 2 lit. h eine Gesellschaft, die beim Austausch von Anteilen eine Beteiligung erwirbt.

gängen – also Verschmelzung, Spaltung, Abspaltung, Einbringung von Unternehmensanteilen und Anteilstausch – die Zuteilung von Anteilen an den oder die Gesellschafter als Besteuerungstatbestand heranzuziehen.<sup>32)</sup> Das Optionsrecht des 10a Abs. 3 FusionsRL findet auch auf jene Fälle Anwendung, in denen der Anteilseigner in einem anderen Staat steuerlich ansässig ist, als dies hinsichtlich der an der Umgründung beteiligten Gesellschaften der Fall ist.<sup>33)</sup>

Fraglich ist, ob die mitgliedstaatliche Befugnis nach Art. 10a Abs. 3 FusionsRL durch dessen Abs. 4 eingeschränkt wird: Nach dieser Bestimmung „*kann*“ jener Mitgliedstaat, der die *übernehmende* Gesellschaft<sup>34)</sup> als steuerlich transparent ansieht, „*jedem unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafter die gleiche steuerliche Behandlung zuteil werden lassen, wie wenn die übernehmende Gesellschaft in seinem Gebiet ansässig wäre.*“ Wenngleich die Bedeutung dieser Vorschrift weitgehend ungeklärt ist,<sup>35)</sup> könnte aus ihr zumindest abgeleitet werden, dass Art. 10a Abs. 4 als zwingende Folge des Art. 10a Abs. 3 FusionsRL anzusehen ist.<sup>36)</sup> Obwohl es nach dem Wortlaut der Bestimmung in das Ermessen des jeweiligen Mitgliedstaates gestellt ist, die Ansässigkeitsfiktion anzuwenden, spricht die Teleologie gegen diese Sichtweise: Um eine diskriminierungsfreie Anwendung der FusionsRL zu erreichen, steht es damit zwar im Ermessen der Mitgliedstaaten, im Falle der Umgründung unter Beteiligung hybrider Gesellschaften die Anteilzuteilung zu besteuern (Art. 10a Abs. 3), dies allerdings nur insoweit, als eine rein nationale Umgründung in derselben Weise besteuert worden wäre (Art. 10a Abs. 4).



#### • Beispiel 4

Die in Staat A ansässige und von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehene Gesellschaft A wird auf das ausländische Hybrid B verschmolzen. Nach Art. 8 Abs. 1 FusionsRL darf die Gewährung von Anteilen an der Gesellschaft B nicht zum Besteuerungsanlass genommen werden. Daraus folgt aber wiederum, dass nicht ausgeschüttete Gewinne der A-Gesellschaft der zweiten Besteuerungsebene in Form der KEST-Belastung entzogen werden könnten, da X nachfolgend die bislang nur auf Ebene der Gesellschaft A besteuerten Betriebsstättengewinne steuerneutral vereinnahmen könnte. Dies verhindern Art. 10a Abs. 3 und 4 FusionsRL: Nach Art. 10a Abs. 3 darf Staat A „Artikel 8 Absätze 1, 2 und 3“ unangewendet lassen und damit eine Besteuerung der Anteilzuteilung vornehmen. Aller-

<sup>32)</sup> Siehe auch *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178); *Terra/Wattel* European Tax Law<sup>4</sup> (2005) 558.

<sup>33)</sup> *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (643).

<sup>34)</sup> Art. 10a Abs. 4 FusionsRL findet damit auf den Anteilstausch keine Anwendung, zumal der Wortlaut nur von einer „übernehmenden“, nicht aber von einer „erwerbenden“ Gesellschaft spricht; siehe dazu sogleich unten.

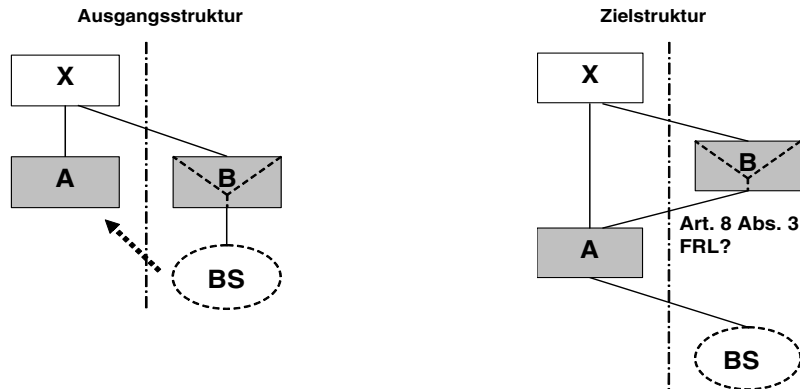
<sup>35)</sup> Siehe nur die Diskussion bei *van den Brande*, EC Tax Rev 2005, 119 (123), wonach Art. 10a Abs. 4 FusionsRL weitgehend eigenständige Bedeutung zukommen soll: „[T]he relevant Member State may also choose to implement provisions for postponing taxation, similar to those applicable to national transactions“; vgl. auch *Benecke/Schnitger*, IStR 2005, 639 (647).

<sup>36)</sup> Ebenso *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178); *Schindler*, IStR 2005, 551 (553); G. *Kofler/Schindler*, taxlex 2005, 496 (499); *Hofstätter*, ecolex 2005, 824 (825); offen bei *Blumers/Kinzel*, BB 2005, 971 (974); *Russo/Offermanns*, ET 6/2006, Kapitel 3.8. [in Druck].



## Cross-Border Reorganizations

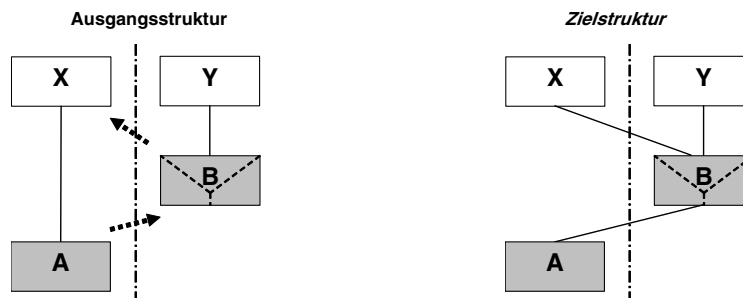
dings ist Abs. 3 u. E. in Verbindung mit Art. 10a Abs. 4 anzuwenden, d. h. Staat A muss bei der Besteuerung fingieren, dass das Hybrid eine inlandsansässige Gesellschaft ist. Dies hätte z. B. nach österreichischem Recht zur Folge, dass eine fiktive verschmelzende Umwandlung der Gesellschaft A auf den Hauptgesellschafter A mit nachfolgender Einbringung der Betriebsstätte in die Gesellschaft B anzunehmen wäre. Aufgrund der in § 9 Abs. 6 UmgrStG vorgesehenen Ausschüttungsfiktion kann die zweite Besteuerungsebene somit nicht umgangen werden.



### • Beispiel 5

Das auslandsansässige Hybrid B bringt einen Teilbetrieb BS in die in Staat A ansässige und von allen beteiligten Staaten als steuerlich intransparent angesehene Gesellschaft A ein, wobei der neu geschaffene Art. 8 Abs. 3 FusionsRL eine Veräußerungsgewinnbesteuerung des Tausches (Teilbetrieb gegen A-Anteile) beim Anteilseigner X verhindern würde. Nach Art. 10a Abs. 3 darf Staat A allerdings „Artikel 8 Absätze 1, 2 und 3“ unangewendet lassen und damit eine Besteuerung vornehmen. Zumal von der Optionsmöglichkeit auch Art. 8 Abs. 3 FusionsRL (Hybrid als Gesellschafter) erfasst ist, kann Staat A den Tausch unmittelbar besteuern. Da Art. 10a Abs. 4 FusionsRL aber zusätzlich anzuwenden ist, muss Staat A bei der Besteuerung nach Art. 10a Abs. 3 fingieren, dass das Hybrid inlandsansässig ist (Art. 10a Abs. 4).

Schließlich ist zu betonen, dass die Ansässigkeitsfiktion des Art. 10a Abs. 4 FusionsRL im Fall des Anteilstausches nicht anwendbar ist.<sup>37)</sup> Vor dem Hintergrund der Streichung des Art. 8 Abs. 10 FusionsRL-V und des darin geregelten Verbots der wirtschaftlichen Doppelbesteuerung<sup>38)</sup> kann sich umgekehrt die ausdrücklich vorgesehene Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 3 FusionsRL auf den Anteilstausch wohl nur durch die Existenz von älteren Doppelbesteuerungsabkommen erklären, in denen der OECD-Partnership Report und die daraus resultierenden Änderungen des Musterabkommens und Musterkommentars aus dem Jahr 2000 noch nicht implementiert sind.



<sup>37)</sup> Siehe auch *Benecke/Schnitger*, Intertax 2005, 170 (178); *dies.*, IStR 2005, 639 (645).

<sup>38)</sup> Dazu ausführlich *G. Kofler/Schindler*, taxlex 2005, 559 (562 m. w. N.).

• **Beispiel 6**

In Art. 8 Abs. 10 des Kommissionsvorschlages zur ÄnderungsRL war vorgesehen, dass die erwerbende Gesellschaft (hier: B) den erworbenen Anteilen (hier: an A) den tatsächlichen Wert zumisst und damit eine Verdoppelung der stillen Reserven insofern vermieden wird, als die Buchwertfortführung nur mehr auf einer Ebene (jener des Gesellschafters X nach Art. 8 Abs. 1 FusionsRL) erfolgt. Dieser Vorschlag wurde nicht in die ÄnderungsRL übernommen, weshalb es weiterhin zu einer Verdoppelung der stillen Reserven in den Anteilen kommt, und zwar auf Ebene der erwerbenden Gesellschaft einerseits sowie auf Ebene des Gesellschafters andererseits. Überträgt man diese Grundüberlegung auf den oben grafisch dargestellten Fall, dass erwerbende Gesellschaft das Hybrid B ist, so stellt sich die Frage, weshalb hier Art. 10a Abs. 3 FusionsRL anwendbar sein soll: Gesellschafter X überträgt Anteile an Gesellschaft A an das Hybrid B gegen Gewährung von Anteilen an B. Nach Art. 8 Abs. 1 FusionsRL wird dieser Anteilstausch nicht besteuert, sondern führt – mangels Umsetzung des Kommissionsvorschlages – in der Regel zur Buchwertfortführung auf beiden Ebenen.

Die sofortige Besteuerung nach Art. 10a Abs. 3 der Anteilszuteilung an die – aus Sicht des Staates A steuerlich transparente – Gesellschaft B auf Ebene des in Staat A ansässigen Gesellschafters X ist freilich insofern überschießend, als keiner der beteiligten Staaten Besteuerungssubstrat verliert: Es erscheint zwar auf den ersten Blick so, als dürfte – bei Befreiungsmethode – Staat A die Veräußerung des Mitunternehmeranteils an B abkommensrechtlich nicht besteuern; da aber Staat B wegen des aus seiner Sicht anwendbaren Art. 13 Abs. 5 OECD-MA regelmäßig nicht besteuern wird, trifft Staat A nach dem auf Basis des Partnership-Reports im Jahr 2000 eingefügten Art. 23A Abs. 4 OECD-MA auch keine Befreiungsverpflichtung. Das sofortige Besteuerungsrecht nach Art. 10a Abs. 3 FusionsRL lässt sich somit wohl nur daraus erklären, dass der Richtliniengeber vom Bestehen nicht-OECD-konformer Abkommen ausgegangen ist. Sollte aber ein OECD-konformes Abkommen bestehen, könnte die sofortige Entstrickungsbesteuerung u. E. grundfreiheitsrechtlich bedenklich<sup>39)</sup> sein, wenn im vergleichbaren Inlandsfall ein Steueraufschub gewährt wird.

#### IV. Zusammenfassung und Anpassungsbedarf

Das nunmehrige Regel-Ausnahme-System der FusionsRL im Hinblick auf hybride Gesellschaften „ist an europarechtlicher Halbherzigkeit nicht zu übertreffen“.<sup>40)</sup> Dennoch ist es ein (erster) wichtiger Schritt zu Füllung der bestehenden Lücken der FusionsRL. Die soeben dargestellten Änderungen im Bereich hybrider Gesellschaften sind von den Mitgliedstaaten bis 1. 1. 2007 umzusetzen.<sup>41)</sup> Geschieht dies nicht oder nur unvollständig, kann auch umsetzungsbedürftiges Richtlinienrecht unmittelbare Wirkung entfalten und damit dem Einzelnen Rechte verleihen,<sup>42)</sup> wenn die Bestimmungen einer Richtlinie, die nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist, inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind. Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH<sup>43)</sup> wird man davon ausgehen können, dass die Grundregeln sowohl des Art. 4 Abs. 2 als auch des Art. 8 Abs. 4 FusionsRL diese Voraussetzungen erfüllen; die bestehenden mitgliedstaatlichen Optionsmöglichkeiten des Art. 10a FusionsRL vermögen im Falle ihrer Nichtausübung daran nichts zu ändern.<sup>44)</sup>

<sup>39)</sup> Auch Sekundärrecht ist an den Vorgaben des Primärrechts zu messen; siehe hierzu *Schön/Schindler*, ISiR 2004, 571 (575 f.).

<sup>40)</sup> Siehe *Blumers/Kinzl*, BB 2005, 971 (974), auch mit primärrechtlichen Bedenken. Da es sich bei Qualifikationskonflikten grundsätzlich um grundfreiheitsirrelevante Disparitäten handeln wird (siehe allgemein nur EuGH 12. 12. 2002, C-385/00, Slg 2002, I-11819, *De Groot* – Tz. 86), könnten grundfreiheitsrechtliche Bedenken u. E. nur dann bestehen, wenn aus der Niederlassungsfreiheit eine Anerkennungspflicht der ausländischen Qualifikation als Körperschaftsteuersubjekt abgeleitet werden könnte, wofür zumindest die gesellschaftsrechtliche Judikatur des EuGH sprechen könnte; siehe dazu ausführlich *Fibbe/de Graaf*, Is double taxation arising from autonomous tax classification of foreign entities incompatible with EC law? in: *van Arendonk/Engelen/Jansen* (Hrsg.), *A Tax Globalist – Essays in honour of Maarten J. Ellis* (2005) 237 (237 ff.).

<sup>41)</sup> Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17. 2. 2005, ABl L 58/19 ff. (4. 3. 2005).

<sup>42)</sup> Grundlegend EuGH 4. 12. 1974, 41/74, Slg. 1974, 1338, *Von Duijn* – Tz. 12 ff.; zur umfangreichen literarischen Diskussion betreffend die unmittelbare Wirkung von Richtlinien siehe etwa *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union III* (2002) Art. 249 Tz. 154 ff.; *Ruffert* in *Calless/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV<sup>2</sup>* (2002) Art. 249 EG Rz. 69 ff.

<sup>43)</sup> Siehe aus dem steuerrechtlichen Bereich etwa EuGH 17. 10. 1996, C-283/94, C-291/94 und C-292/94, Slg. 1996, I-5063, *Denkavit, VITIC und Voormeer* – Tz. 37 ff., zum Verbot der Quellensteuer nach Art. 5 der Mutter-Tochter-RL.

<sup>44)</sup> Vgl. zum Erfordernis der tatsächlichen Ausübung eines Mitgliedstaaten-Wahlrechts im Bereich des Gemeinschaftsrechts *Schindler*, *ecolex* 6/2003, script 26, 1 (3 f. m. w. N.).

## Cross-Border Reorganizations

---

Zuzugestehen ist freilich, dass die Aufnahme hybrider Gesellschaften in den Anwendungsbereich der FusionsRL den österreichischen Gesetzgeber vor eine schwierige Umsetzungsverpflichtung stellt: Es könnte durch bloße Erweiterung des Anhanges zum UmgrStG dieses zunächst gänzlich auf – aus österreichischer Sicht – steuerlich transparente Gesellschaften erstreckt und damit insofern auf einen Durchgriff verzichtet werden; dies würde die Ebene der hybriden Gesellschaft (Art. 4 Abs. 2) ebenso betreffen wie die Anteilsgewährung an inländische Anteilseigner eines ausländischen Hybrids (Art. 8 Abs. 3); eine solche Erstreckung des UmgrStG auf hybride Gesellschaften wäre allerdings „missbrauchsanfällig“.<sup>45)</sup> Alternativ könnten die in Art. 10a FusionsRL vorgesehenen Optionsmöglichkeiten ausgeübt werden, nämlich einerseits die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen unter Anrechnung fiktiver ausländischer Steuern (Art. 10a Abs. 1 und 2) und andererseits die Besteuerung der Anteilszuteilung an Gesellschafter (Art. 10a Abs. 3; auch beim Anteilstausch) unter der Fiktion, dass es sich dabei um eine entsprechende Inlandsumgründung handelt (Art. 10a Abs. 4; nicht beim Anteilstausch). Man darf gespannt sein, welchen Weg der österreichische Gesetzgeber einschlagen wird.

---

<sup>45)</sup> Siehe nur die Beispiele in Kapitel III.

---

## Beteiligung an deutschen Private-Equity-Fonds

(BMF) – Weitet eine deutsche GmbH+Still ihre Geschäftstätigkeit auf Österreich aus und werden Anteile (zwecks Beteiligung als atypisch stille Gesellschafter) in Österreich vertrieben, dann hängt die Frage, ob die österreichischen Investoren mit den von der GmbH+Still erzielten Zinsen, Dividenden und Veräußerungsgewinnen von der österreichischen Besteuerung freizustellen sind, davon ab, ob die genannten Einkünfte unter Berücksichtigung von Artikel 3 Abs. 2 DBA-Deutschland (also auf der Grundlage des deutschen innerstaatlichen Rechts) einer deutschen Betriebstätte der GmbH+Still zuzurechnen und in Deutschland zu besteuern sind.

Nach österreichischem innerstaatlichen Recht ist allerdings eine atypisch stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, die – losgelöst von der Rechtsform – eine nicht gewerbliche Vermögensverwaltung betreibt, nicht möglich (siehe BMF-Einzelerledigung in SWK-Heft 18/1991, Seite A I 257). Dies kann im Verhältnis zu Deutschland einen Qualifikationskonflikt auslösen. Denn nach österreichischem Recht erzielen die österreichischen Anleger deutsche Zinsen, Dividenden und Veräußerungsgewinne an beweglichem Vermögen, die nach den Artikeln 10, 11, 13 insgesamt in Österreich steuerpflichtig sind, während nach deutschem Recht deutsche Betriebstättengewinne vorliegen, die nach Artikel 7 der ausschließlichen deutschen Besteuerung vorbehalten sind.

Auf der Grundlage von Z 32.1 ff. des OECD-Kommentars zu Artikel 23A des OECD-MA ist Österreich in solchen Fällen als Ansässigkeitsstaat der Anleger zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und damit zur Steuerfreistellung der deutschen Betriebstätteneinkünfte verpflichtet. Diese Regelung des OECD-Kommentars ist gemäß Absatz 16 des Schlussprotokolls zum österreichisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommen bei der Abkommensanwendung verbindlich.

Ob allerdings die betreffenden Einkünfte tatsächlich auf Grund des Abkommens und des deutschen innerstaatlichen Rechts deutschen Betriebstätten zuzurechnen sind, müsste durch einen deutschen Besteuernachweis belegt werden. (EAS 2705 v. 12. 5. 2006)