

30. Jahrgang / Februar 2020 / Nr. 2

SWI

Steuer und Wirtschaft International
Tax and Business Review

Desiree Auer / Alexandra Miladinovic
Besteuerung international tätiger Profi-Radfahrer
Taxation of Internationally Active Professional Cyclists

Stefanie Geringer
Anti-BEPS-Richtlinie und DAC 6
ATAD and DAC 6

Martin Klokar
Österreichische Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht
Austrian CFC Legislation and European Union Law

Michael Konrad / Alexander Schimek
Automatischer Informationsaustausch über Finanzkonten
Automatic Exchange of Financial Account Information

EAS, News aus der EU, Rechtsprechung
Legal Opinions, EU News, Court Decisions

Martin Klokar*)

Die österreichische Hinzurechnungsbesteuerung (CFC-Regime) und das Unionsrecht

AUSTRIAN CFC LEGISLATION AND EUROPEAN UNION LAW

The Austrian CFC regime according to Sec 10a CITA is characterized not only by EU secondary law requirements (Arts 7 and 8 ATAD), but also by requirements of EU primary law. The restrictions on the freedom of establishment and the free movement of capital as well as their justifications play a major role in the design of CFC rules. The requirements of the CJEU case law must be given special consideration. In particular, the cases *Cadbury Schweppes, X*, as well as *Egiom* are relevant for the design of the substance carve-out. The two lines of case law in *Cadbury Schweppes* and *Egiom* must be regarded as complementary. The substance test of the Austrian CFC legislation raises interesting questions, e.g. in connection with the burden of proof and the *prima facie* evidence. *Martin Klokar* analyzes whether Austria's implementation of the ATAD's CFC rules in Sec 10a CITA is compatible with the standards developed by the CJEU.

I. Einführung der Hinzurechnungsbesteuerung durch § 10a KStG

Mit dem Jahressteuergesetz 2018¹⁾ wurde der Großteil der ATAD²⁾ in nationales Recht umgesetzt, womit auch erstmals eine Hinzurechnungsbesteuerung im österreichischen Steuerrecht implementiert wurde.³⁾ Die Hinzurechnungsbesteuerung (CFC-Regime) verfolgt das Ziel, im Ausland erzielte niedrigbesteuerte Einkünfte eines beherrschten ausländischen Unternehmens dem beherrschenden inländischen Unternehmen zuzurechnen und dort zu versteuern. Die Umsetzung der entsprechenden Richtlinienvorgaben (Art 7 und 8 ATAD) in das österreichische KStG erfolgte im neu entworfenen § 10a KStG,⁴⁾ der durch das Steuerreformgesetz 2020⁵⁾ nur minimal adaptiert wurde. Die nähere Vorgehensweise der Hinzurechnungsbesteuerung und des Methodenwechsels ist durch eine Verordnung des Bundesministers für Finanzen (VO-Passiveinkünfte niedrig-

*) Martin Klokar, MSc (WU) BSc (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU (Wirtschaftsuniversität Wien). Der Autor dankt Univ.-Prof. Dr. Claus Staringer und Priv.-Doz. Dr. Karoline Spies für wertvolle Anregungen und die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹⁾ BGBl I 2018/62 (JStG 2018).

²⁾ Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. 7. 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABI L 193 vom 19. 7. 2016, S 1 (im Folgenden: ATAD).

³⁾ Vgl zur Diskussion der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung zB *Mayr/Titz*, Umsetzung der Anti-BEPS-RL, RdW 2018, 317; *Schlager*, Jahressteuergesetz 2018 in Begutachtung, RWZ 2018, 111; *Schlager*, Die Hinzurechnungsbesteuerung im Jahressteuergesetz 2018 im Überblick, SWI 2018, 362; *Marchgraber/Zöchling*, § 10a KStG, ÖStZ 2018, 388; *Raab*, Die neue Hinzurechnungsbesteuerung, SWI 2018, 841; *Geringer/Stückler*, Die neue Hinzurechnungsbesteuerung im Spannungsverhältnis zur Gruppenbesteuerung? taxlex 2019, 108; *Petritz-Klar/Petritz*, Paradigmenwechsel im Konzernsteuerrecht (Teil 1 bzw 2), taxlex 2018, 204 bzw 368; *Staringer*, Die Umsetzung der ATAD in Österreich durch das Jahressteuergesetz 2018, SWI 2018, 574; *Blum*, Hinzurechnungsbesteuerung und Abzugsverbot, SWI 2018, 586; *Jann/Rasner/Fassl/Moisi*, Praktische Fragestellungen bei der neuen Hinzurechnungsbesteuerung, RWZ 2018, 316; *Winter/Kern/Hlawenka/Dietl*, Die neue Hinzurechnungsbesteuerung, RWP 2018, 127; *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial: Einkommensteuer 2019 (2019) 220; *Fuerea*, Die Auswirkungen der neuen Hinzurechnungsbesteuerung auf Privatstiftungen, PSR 2019, 36; *Kollruss*, Hybride Gesellschaften und § 10a KStG, SWI 2019, 248; *Loukota*, Hinzurechnungsbesteuerung versus Verrechnungspreisberichtigung, SWI 2019, 294; *Hirschler/Höltzschl/Knesl*, Auswirkungen der Hinzurechnungsbesteuerung und des Methodenwechsels iSd § 10a Abs 1 KStG idF JStG 2018 auf die unternehmensrechtliche Bilanzierung, RWZ 2019, 325; *Schilcher/Titz*, Aktuelles zur Hinzurechnungsbesteuerung im Lichte des KStR-Wartungserlasses 2019, RWZ 2019, 379.

⁴⁾ Siehe Kommentierung dazu *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a.

⁵⁾ BGBl I 2019/103 (StRefG 2020).

besteuerter Körperschaften)⁶⁾ geregelt.⁷⁾ Die Verordnung ist erstmals bei der Veranlagung für das Jahr 2019 anzuwenden.⁸⁾ Die beiden Methodenwechsel für internationale Schachtelbeteiligungen und Portfoliobeteiligungen gemäß § 10 Abs 4 und 5 KStG i d F vor JStG 2018 finden sich nun in einer vereinheitlichten, leicht modifizierten Form in § 10a Abs 7 KStG wieder. Gemäß § 26c Z 67 KStG sind § 10 Abs 4 bis 6 KStG i d F vor JStG 2018 mit Ablauf des 31. 12. 2018 außer Kraft getreten und daher nur noch für Erträge aus internationalen Schachtelbeteiligungen und Gewinnanteilen aus Portfoliobeteiligungen anzuwenden, die vor dem 1. 1. 2019 realisiert wurden.⁹⁾

Die Einführung der Hinzurechnungsbesteuerung ist nicht nur von sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts geprägt, sondern auch von Vorgaben des Primärrechts. Die Einschränkungen der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit sowie deren Rechtfertigungsmöglichkeiten spielen bei der Ausgestaltung von CFC-Gesetzgebungen eine große Rolle. Die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung sind dabei besonders zu beachten. In der Rs *Cadbury Schweppes*¹⁰⁾ äußerte sich der EuGH erstmals zu CFC-Regelungen. Insbesondere die Umsetzung des Substanztests im österreichischen CFC-Regime wurde stark von der EuGH-Rechtsprechung beeinflusst. Ziel dieses Beitrags ist es, die österreichische Umsetzung der CFC-Regelung der ATAD im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu analysieren. Der Fokus liegt dabei auf den Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung zum Substanztest.

II. Eckpunkte der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung

Der österreichische Gesetzgeber verfolgte das Ziel, die CFC-Regelungen der ATAD maßvoll umzusetzen.¹¹⁾ Wesentliche Verschärfungen über den von der ATAD vorgegebenen Mindeststandard hinaus blieben aus. Die Regelungen des ATAD-Mindestschutzniveaus wurden weitgehend in den § 10a KStG übernommen.

Nach § 10a Abs 1 Z 1 KStG werden noch nicht ausgeschüttete Passiveinkünfte iSd Abs 2 einer niedrigbesteuerten ausländischen Körperschaft¹²⁾ der beherrschenden Körperschaft nach Maßgabe der Abs 4 und 5 hinzugerechnet. Unter einer „ausländischen“ Körperschaft versteht man eine Körperschaft mit Sitz im Ausland. Davon umfasst sind daher neben Körperschaften mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung im Ausland auch Körperschaften mit Sitz im Ausland und Ort der Geschäftsleitung im Inland. Da letztgenannte Körperschaften nach innerstaatlichem Recht mit ihrem Welteinkommen der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen und auch aus abkommensrechtlicher Sicht als

⁶⁾ BGBl II 2019/21, Verordnung des Bundesministers für Finanzen zur Durchführung der Hinzurechnungsbesteuerung und des Methodenwechsels bei Passiveinkünften niedrigbesteuerter Körperschaften (VO-Passiveinkünfte niedrigbesteuerter Körperschaften) (im Folgenden: VO); vgl dazu auch Erl zum VO-Entwurf.

⁷⁾ Zum Entwurf der VO siehe *Schlager*, VO zu § 10a KStG, RWZ 2018, 349.

⁸⁾ Zur veröffentlichten VO siehe *Schlager*, VO zu § 10a KStG, RWZ 2019, 33; *Schilcher/Knesl*, Die § 10a KStG-VO zur Hinzurechnungsbesteuerung und zum Methodenwechsel im Überblick, RdW 2019, 54; *Kanduth-Kristen*, Hinzurechnungsbesteuerung und Methodenwechsel gem § 10a KStG, ÖStZ 2019, 81.

⁹⁾ Vgl dazu ErlRV 190 BlgNR 26. GP, 21; *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (319).

¹⁰⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04.

¹¹⁾ So auch *Marchgraber/Zöchling*, ÖStZ 2018, 388 (396); *Staringer*, SWI 2018, 574 (575).

¹²⁾ Eine niedrigbesteuerter ausländische Körperschaft, die Passiveinkünfte iSd § 10a Abs 2 KStG erzielt, ist die gemeinsame Voraussetzung der Hinzurechnungsbesteuerung und des Methodenwechsels. Vgl dazu *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (319), die darin eine „gemeinsame inhaltliche Klammer“ sehen, oder *Schlager*, SWI 2018, 362 (363), der von einem „Dach“ spricht. Eine Ausnahme von der Hinzurechnungsbesteuerung und vom Methodenwechsel erfolgt gemäß § 10a Abs 8 KStG bei ausländischen Finanzunternehmen iSd Art 2 Abs 5 ATAD, wenn nicht mehr als ein Drittel der Passiveinkünfte aus Transaktionen mit der inländischen beherrschenden oder beteiligten Körperschaft oder deren verbundenen Unternehmen stammt. Weitere für die Hinzurechnungsbesteuerung erforderliche Voraussetzungen sind in § 10a Abs 4 KStG geregelt (Überschreiten der Drittelgrenze, Erfüllung des Beherrschungstatbestands, Fehlen von Substanz). Spezifische Voraussetzungen für den Methodenwechsel folgen in § 10a Abs 7 KStG.

in Österreich ansässig gelten, kann sich eine Niedrigbesteuerung aber nur für in Österreich abkommensrechtlich freizustellende Auslandseinkünfte ergeben.¹³⁾

§ 10a Abs 6 KStG erweitert den Anwendungsbereich der Hinzurechnungsbesteuerung auf doppelt ansässige Körperschaften, die nach Anwendung der DBA-Kriterien im Ausland ansässig sind (Z 1),¹⁴⁾ und auf ausländische Betriebsstätten, auch wenn das DBA eine Befreiung vorsieht (Z 2).¹⁵⁾

Österreich hat sich – im Unterschied zu zB Irland¹⁶⁾ oder Luxemburg¹⁷⁾ – bei der Umsetzung der ATAD für den „kategorienbezogenen Ansatz“¹⁸⁾ entschieden.¹⁹⁾ Demnach unterliegen nur bestimmte passive Einkünfte des ausländischen Unternehmens der Hinzurechnungsbesteuerung. § 10a Abs 2 KStG enthält eine taxative Aufzählung der Passiveinkünfte, die einheitlich sowohl für die Hinzurechnungsbesteuerung als auch für den Methodenwechsel relevant sind.²⁰⁾ Die Aufzählung entspricht weitgehend dem Einkünftekatalog des Art 7 Abs 2 lit a ATAD.²¹⁾ Lediglich § 10a Abs 2 Z 3 KStG (Dividenden und Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen) und § 10a Abs 2 Z 6 KStG (Einkünfte aus Abrechnungsunternehmen) weichen vom Wortlaut der Richtlinie ab.²²⁾ Ansonsten hat der Gesetzgeber den Katalog der schädlichen Passiveinkünfte wörtlich aus der ATAD übernommen, sodass diese Begriffe richtlinienautonom auszulegen sind.²³⁾

Eine Niedrigbesteuerung der ausländischen Körperschaft liegt gemäß § 10a Abs 3 KStG dann vor, wenn deren tatsächliche (effektive) Steuerbelastung im Ausland „nicht mehr als 12,5 %“ beträgt.²⁴⁾ Damit werden auch jene Fälle erfasst, bei denen die Steuerbelastung „genau“ 12,5 % beträgt.²⁵⁾ Hier geht die innerstaatliche Regelung bewusst über den Mindeststandard der ATAD hinaus,²⁶⁾ der die Rechtsfolgen einer Niedrigbesteuerung erst bei Unterschreiten der Hälfte der inländischen Körperschaftsteuerbelastung vorsieht.²⁷⁾ Mit 12,5 % wurde im österreichischen KStG „aus Gründen der erhöhten Verständlichkeit und Lesbarkeit eine von der ATAD abweichende und der österreichischen Rechtssprache geläufigere Formulierung gewählt“,²⁸⁾ und damit eine statische Grenze eingeführt.²⁹⁾

¹³⁾ Vgl dazu *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 18 ff.

¹⁴⁾ Das mit dem StRefG 2020 erfolgte Ersetzen der Wortfolge „den Ort der Geschäftsleitung im Sinne des § 27 der Bundesabgabenordnung im Ausland haben“ durch die Wortfolge „aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens im Ausland ansässig sind“ hat nur klarstellenden Charakter (vgl ErlAB 687 BlgNR 26. GP, 13).

¹⁵⁾ Die Erweiterung basiert auf Art 7 Abs 1 ATAD. Vgl ErlRV 190 BlgNR 26. GP, 26; vgl auch *Kirchmayr in Hofmann/Jann/Jerabek*, BEPS (2017) 119 (120 f); *Kirchmayr in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch? (2017) 91 (93 f).

¹⁶⁾ Vgl Explanatory Memorandum to Ireland Finance Bill 2018, 6.

¹⁷⁾ Vgl zB *Fisch/Budzin-Dang*, Luxembourg – The Implementation of ATAD into Luxembourg Law, DFI 2019, Vol 2, No 3.

¹⁸⁾ Siehe zum Begriff „kategorienbezogen“ *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (317), wonach durch die Verwendung dieses Begriffs „die Stoßrichtung dieses Ansatzes deutlicher und treffender zum Ausdruck“ komme, als es beim Begriff „kategorisch“ (vgl zB *Kirchmayr in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie, 99) der Fall sei.

¹⁹⁾ ErlRV 190 BlgNR 26. GP, 22.

²⁰⁾ Vgl *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (319 f); *Schlager*, SWI 2018, 362 (363 ff); *Marchgraber/Zöchling*, ÖStZ 2018, 388 (395).

²¹⁾ Vgl *Knesl/Hloben in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 222.

²²⁾ Vgl dazu ausführlich *Klokar*, Die Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung (CFC-Regime) der ATAD in Österreich durch § 10a KStG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung (2019) 33 f und 36 f.

²³⁾ Vgl *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 28; vgl zur richtlinienautonomen Auslegung allgemein *Kofler in Schaumburg/Englisch*, Europäisches Steuerrecht² (2019) Kap 13.

²⁴⁾ Vgl ErlRV 190 BlgNR 26. GP, 22; § 1 VO und Erl zu § 1 VO-Entwurf.

²⁵⁾ Vgl dazu *Schlager*, SWI 2018, 362 (365).

²⁶⁾ *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (320), begründen es damit, dass in der Vergangenheit innerhalb der EU mit Zypern und Irland Gestaltungen aufgetreten sind und der Gesetzgeber diese – in beiden Staaten herrscht ein Körperschaftsteuersatz von genau 12,5 % – in die Regelung einbeziehen wollte.

²⁷⁾ Vgl *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 77.

²⁸⁾ ErlRV 190 BlgNR 26. GP, 22.

²⁹⁾ Vgl *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 77; vgl zur Kritik an der statischen Grenze *Marchgraber/Zöchling*, ÖStZ 2018, 388 (390).

Während die Definition der Passiveinkünfte und der Niedrigbesteuerung sowohl für die Hinzurechnungsbesteuerung als auch für den Methodenwechsel maßgeblich sind, regelt § 10a Abs 4 KStG ausschließlich die Anwendungsvoraussetzungen für die Hinzurechnungsbesteuerung. Die Hinzurechnungsbesteuerung kommt nur dann zur Anwendung, wenn folgende drei Kriterien gemäß § 10a Abs 4 KStG kumulativ erfüllt sind:³⁰⁾

- Z 1: Die Passiveinkünfte betragen mehr als ein Drittel der gesamten Einkünfte der ausländischen Körperschaft (Drittelgrenze).³¹⁾
- Z 2: Die ausländische Körperschaft wird von der inländischen Körperschaft beherrscht (Beherrschungstatbestand).³²⁾
- Z 3: Die ausländische Körperschaft übt keine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit aus (Substanznachweis).³³⁾

Liegen diese Voraussetzungen vor, sind die Passiveinkünfte der beherrschten ausländischen Körperschaft nach Maßgabe des § 10a Abs 5 KStG der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage der beherrschenden inländischen Körperschaft hinzuzurechnen.³⁴⁾ § 10a Abs 5 KStG bestimmt die Hinzurechnungsquote, den Hinzurechnungszeitpunkt sowie die Ermittlung der hinzurechnungspflichtigen Passiveinkünfte, und regelt damit die Rechtsfolgen der Hinzurechnungsbesteuerung.³⁵⁾

Da die Hinzurechnungsbesteuerung und der Methodenwechsel erhebliche Doppel- und Mehrfachbesteuerungsrisiken bergen,³⁶⁾ normiert § 10a Abs 9 KStG Regelungen zur Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung aufgrund der Anwendung der Hinzurechnungsbesteuerung (Z 1 bis 3) sowie des Methodenwechsels (Z 4).³⁷⁾ Die Bestimmungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung wurden über die Vorgaben der ATAD hinaus³⁸⁾ unter Berücksichtigung der Empfehlungen der OECD³⁹⁾ umgesetzt und mit dem StRefG 2020 leicht adaptiert.⁴⁰⁾

III. Vorgaben des Unionsrechts an eine Hinzurechnungsbesteuerung

1. Primäres und sekundäres Unionsrecht

Die Mitgliedstaaten sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁴¹⁾ verpflichtet, bei der Ausübung ihrer Befugnisse im Rahmen ihrer Zuständigkeit über direkte Steuern die Vorgaben des Unionsrechts zu wahren.⁴²⁾ CFC-Regelungen haben sowohl die Vorga-

³⁰⁾ Vgl dazu *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 124 ff.

³¹⁾ Vgl § 2 VO und Erl zu § 2 VO-Entwurf.

³²⁾ Vgl § 3 VO und Erl zu § 3 VO-Entwurf.

³³⁾ Vgl § 4 VO und Erl zu § 4 VO-Entwurf.

³⁴⁾ Vgl dazu *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 223 ff.

³⁵⁾ Vgl EriRV 190 BlgNR 26. GP, 24; § 5 VO und Erl zu § 5 VO-Entwurf.

³⁶⁾ Vgl zur Hinzurechnungsbesteuerung iZm DBA-Recht allgemein bereits *Lang*, CFC-Regelungen und Doppelbesteuerungsabkommen, IStR 2002, 717; *Lang*, CFC Regulations and Double Taxation Treaties, BIT 2003, 51; vgl auch *Klokar/Riedl in Lang/Owens/Pistone/Rust/Schuch/Staringer/Kreuer*, Controlled Foreign Company Legislation (im Erscheinen).

³⁷⁾ Vgl dazu *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 356 ff; *Knesl/Hloben in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 238 f.

³⁸⁾ Art 8 Abs 6 und 7 ATAD sowie ErwGr 5 der ATAD.

³⁹⁾ OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report (2015) 65 ff.

⁴⁰⁾ Vgl EriRV 190 BlgNR 26. GP, 27, und ErlAB 687 BlgNR 26. GP, 13 f; *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (327); *Schlager*, SWI 2018, 362 (370); *Knesl*, Entwurf des StRefG I 2019/20, ÖStZ 2019, 304.

⁴¹⁾ Siehe dazu ua EuGH 28. 1. 1986, *Kommission/Frankreich*, C-270/83, Rn 24; 14. 2. 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rn 21; 11. 3. 2004, *de Lasteyrie du Sallant*, C-9/02, Rn 44; 13. 12. 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rn 29; 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 40; 19. 7. 2012, A, C-48/11, Rn 16; 25. 10. 2012, *Kommission/Belgien*, C-387/11, Rn 36; 3. 10. 2013, *Itelcar*, C-282/12, Rn 26; 10. 4. 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, Rn 38; 22. 10. 2014, *Blanco und Fabretti*, C-344/13 und C-367/13, Rn 24.

⁴²⁾ Vgl *Schnitger*, Die Grenzen der Einwirkung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf das Ertragsteuerrecht (2006) 15 ff; *Quilitzsch*, Die Hinzurechnungsbesteuerung (2013) 143; *Orlet*, Die CFC-Regelungen der Anti-BEPS-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Österreich (2018) 45.

ben des primären als auch die des sekundären Unionsrechts zu beachten. Einschränkungen des sekundären Unionsrechts⁴³⁾ für die Hinzurechnungsbesteuerung ergeben sich einerseits aus der ATAD sowie andererseits aus der Mutter-Tochter-Richtlinie⁴⁴⁾. Das Diskriminierungsverbot bildet den Kern der primärrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung mitgliedstaatlicher CFC-Regelungen.⁴⁵⁾ CFC-Regelungen können potenziell die Niederlassungsfreiheit und/oder die Kapitalverkehrsfreiheit beschränken.⁴⁶⁾

2. Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit als relevante Grundfreiheiten

CFC-Regelungen können die Niederlassungsfreiheit beschränken, weil die Gründung von Tochtergesellschaften in niedrigbesteuerten Mitgliedstaaten durch die Hinzurechnung ihrer (thesaurierten) Gewinne bei der Muttergesellschaft im Gegensatz zum reinen Inlandsfall steuerlich sanktioniert wird.⁴⁷⁾ Die Niederlassungsfreiheit ist nach der EuGH-Rechtsprechung jedoch nur dann einschlägig, wenn die grundfreiheitsrechtlich berechnete Muttergesellschaft als Anteilseigner einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft hat und deren Tätigkeit bestimmen kann.⁴⁸⁾

Im Unterschied zur Niederlassungsfreiheit und zu allen anderen Grundfreiheiten umfasst die Kapitalverkehrsfreiheit in Art 63 AEUV nicht nur den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten, sondern auch jenen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Der sachliche Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist damit bedeutend größer als jener der Niederlassungsfreiheit.⁴⁹⁾ Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften, wie sie bei CFC-Regelungen gegeben sind, fallen grundsätzlich in den Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit,⁵⁰⁾ unabhängig davon, in welcher Höhe der Anteilseigner an der ausländischen Gesellschaft beteiligt ist und welcher Tätigkeit die ausländische Gesellschaft nachgeht.⁵¹⁾ Die Kapitalverkehrsfreiheit erstreckt sich auf alle Beteiligungen

⁴³⁾ Siehe dazu *Scherer*, Doppelbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht (1995) 225 ff; *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2005) 406 ff; *Rust*, Die Hinzurechnungsbesteuerung (2007) 112 ff; *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 144 ff; *Orlet*, CFC-Regelungen, 43 ff.

⁴⁴⁾ Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. 7. 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABIL 225 vom 20. 8. 1990, idF Richtlinie 2011/96/EU vom 30. 11. 2011, ABIL 345 vom 29. 12. 2011, S 8.

⁴⁵⁾ Siehe zu den primärrechtlichen Vorgaben für CFC-Regelungen bereits *Scherer*, Doppelbesteuerung und Gemeinschaftsrecht, 216 ff; *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung, 42 ff; *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 117 ff; *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 146 ff; *Orlet*, CFC-Regelungen, 45 ff.

⁴⁶⁾ Eine Mindermeinung sieht bei CFC-Regelungen auch eine potenzielle Verletzung der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, auf die jedoch in diesem Beitrag nicht näher eingegangen wird. Siehe *Kraft/Bron*, Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung und Europarecht, RIW 2006, 209 (210); *Thiele*, Hinzurechnungsbesteuerung und Unionsrecht (2011) 67. Vgl zum Überblick über alle Grundfreiheiten *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung, 42 ff.

⁴⁷⁾ Siehe *Muszynska/Tumpel* in *Gassner/Lang/Lechner*, Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes (2001) 283 (289); *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 148; *Orlet*, CFC-Regelungen, 48; *Orlet*, Die unionsrechtlichen Anforderungen für CFC-Regelungen, SWI 2018, 162 (164).

⁴⁸⁾ Vgl zum sicheren Einfluss grundlegend EuGH 13. 4. 2000, *Baars*, C-251/98, Rn 22; darauf aufbauend ua 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 31; 10. 5. 2007, *Lasertec*, C-492/04, Rn 20; 6. 12. 2007, *Columbus Container Services*, C-298/05, Rn 30; 26. 3. 2009, *Kommission/Italien*, C-326/07, Rn 34; 17. 9. 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, Rn 47; 11. 11. 2010, *Kommission/Portugal*, C-543/08, Rn 41; 13. 11. 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, Rn 91; vgl dazu ausführlich *Spies*, Die Kapitalverkehrsfreiheit in Konkurrenz zu den anderen Grundfreiheiten (2015) 428 ff.

⁴⁹⁾ Siehe zB *Spies*, Kapitalverkehrsfreiheit, 81 ff; *Kokott*, Das Steuerrecht der Europäischen Union (2018) § 3 Rn 93 ff.

⁵⁰⁾ Zur Bestimmung der Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit kann auf die Kapitalverkehrsrichtlinie (Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. 6. 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABIL 178 vom 8. 7. 1988, S 5) verwiesen werden. Direktinvestitionen sind typischerweise von der Kapitalverkehrsfreiheit betroffen. Siehe dazu zB *Haslehner*, Das Konkurrenzverhältnis der Europäischen Grundfreiheiten vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern, ISTR 2008, 565 (569).

⁵¹⁾ Vgl *Lang*, CFC-Gesetzgebung und Gemeinschaftsrecht, ISTR 2002, 217 (218); *Lang*, CFC Legislation and Community Law, ET 2002, 374 (375); *Rätting/Protzen*, Zur Europarechtswidrigkeit der §§ 7–14 AStG und zu den Folgen für die internationale Steuerplanung, ISTR 2003, 195 (199); *Kraft/Bron*, RIW 2006, 209 (211); vgl auch *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 122; *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 149; *Orlet*, CFC-Regelungen, 49.

an ausländischen Gesellschaften. Sie erfasst auch Portfoliobeteiligungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen, und bezieht auch Drittstaatsbürger und -gesellschaften in den Schutzbereich mit ein. Stellt eine Steuernorm nur auf eine Beteiligung mit einem sicheren Einfluss ab, und ist daher auch die Niederlassungsfreiheit anwendbar, tritt in ständiger Rechtsprechung des EuGH⁵²⁾ die Kapitalverkehrsfreiheit hinter die Niederlassungsfreiheit zurück.⁵³⁾

Da die österreichische Umsetzung der ATAD in Bezug auf das Beherrschungsverhältnis gemäß § 10a Abs 4 Z 2 KStG eine 50 %-Grenze definiert, ist nach überwiegender Ansicht die Kapitalverkehrsfreiheit aufgrund ihrer reinen Komplementärfunktion nicht anwendbar, sondern nur die Niederlassungsfreiheit.⁵⁴⁾ Diese Einordnung ist jedoch nicht eindeutig. Das Ziel der Regelung – die Vermeidung der Niedrigbesteuerung bestimmter Einkünfte – ist nicht zwingend an das Vorliegen einer Beteiligung mit einem sicheren Einfluss auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens geknüpft. Dies zeigt schon alleine die Ausgestaltung der Regelungen der ATAD als Mindeststandard,⁵⁵⁾ wonach der nationale Gesetzgeber die Kriterien Stimmrecht, Kapital und Gewinnanspruch weit unter der 50 %-Grenze bestimmen könnte. Darüber hinaus stellen sowohl die ATAD als auch § 10a KStG beim „Beherrschungstatbestand“ alternativ auf das Stimmrecht, das Kapital oder den Gewinnanspruch ab. Die nationale Regelung ist somit „nicht zwangsläufig“ auf Beteiligungen anwendbar, „die es ermöglichen, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen einer Gesellschaft auszuüben und deren Tätigkeiten zu bestimmen“.⁵⁶⁾ Gilt daher wie bei der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung eine Bestimmung nicht nur für Situationen, in denen der Gesellschafter Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann, ist in Drittstaatsfällen – bei denen nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung nur auf den Gegenstand der strittigen nationalen Norm abzustellen ist⁵⁷⁾ – ein Schutz durch die Kapitalverkehrsfreiheit gegeben.

3. Beschränkung der Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe

Eine Beschränkung der Grundfreiheiten liegt dann vor, wenn eine grenzüberschreitende Tätigkeit im Vergleich zur selben Tätigkeit im Mitgliedstaat nachteilige Konsequenzen auslöst.⁵⁸⁾ Behandelt ein Mitgliedstaat Steuerinländer mit Beteiligungen an

⁵²⁾ So zB EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 31 ff; 13. 3. 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rn 26 ff; 24. 5. 2007, *Holböck*, C-157/05, Rn 22; 6. 11. 2007, *Stahlwerk Ergste Westig*, C-415/06, Rn 13; 13. 11. 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, Rn 91 f; 11. 9. 2014, *Kronos International*, C-47/12, Rn 31 f; 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16, Rn 41; 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16, Rn 78; 14. 6. 2018, *GS*, C-440/17, Rn 61.

⁵³⁾ Siehe zum Verhältnis der Niederlassungs- zur Kapitalverkehrsfreiheit iZm der Hinzurechnungsbesteuerung ausführlich *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 124 ff; *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 149 ff; *Orlet*, CFC-Regelungen, 49 ff; vgl auch *Lang*, Kapitalverkehrsfreiheit, Steuerrecht und Drittstaaten, StuW 2011, 209 (210 ff); ausführlich *Spies*, Kapitalverkehrsfreiheit, 381 ff.

⁵⁴⁾ So zur ATAD bereits *Kühbacher*, Die Anti-Missbrauchs-Richtlinie, SWI 2017, 362 (373); *Orlet*, CFC-Regelungen, 53; *Orlet*, SWI 2018, 162 (166); so auch zur österreichischen Umsetzung *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 203; anderer Ansicht Stellungnahme der KSW, 40/SN-36/ME, 8.

⁵⁵⁾ Nach ErwGr 12 und Art 3 ATAD dürfen Mitgliedstaaten ihre CFC-Regelungen strenger gestalten, als die Vorgaben der ATAD es verlangen.

⁵⁶⁾ EuGH 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16, Rn 78 ff, mit Verweis auf EuGH 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16, Rn 41 ff.

⁵⁷⁾ Grundlegend EuGH 13. 11. 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, Rn 96; bestätigt ua zu Drittstaatssachverhalten EuGH 3. 10. 2013, *Itelcar*, C-282/12, Rn 16; 10. 4. 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, Rn 29; 11. 9. 2014, *Kronos International*, C-47/12, Rn 30; 24. 11. 2016, *SECIL*, C-464/14, Rn 34; vgl auch *Spies*, Kapitalverkehrsfreiheit, 412 ff.

⁵⁸⁾ Siehe zB *van Thiel/Achilles*, Die Beseitigung ertragsteuerlicher Hindernisse im Binnenmarkt (Teil II), IStR 2003, 553.

ausländischen Kapitalgesellschaften schlechter als Steuerinländer mit Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften, kann eine solche Benachteiligung vorliegen. Da CFC-Regelungen bei grenzüberschreitenden Beteiligungen die Abschirmwirkung der Kapitalgesellschaft durchbrechen und Gewinne trotz des Trennungsprinzips den Anteilseignern zugerechnet werden, ist eine Ungleichbehandlung gegenüber einem rein inländischen Vergleichssachverhalt offenkundig.⁵⁹⁾ Es kommt nämlich zu einem Liquiditätsnachteil für den Anteilseigner, wenn die von der ausländischen Gesellschaft erzielten Einkünfte bei ihm bereits vor einer tatsächlichen Ausschüttung besteuert werden.⁶⁰⁾ Bei einer im Inland ansässigen Tochtergesellschaft werden deren thesaurierte Gewinne der inländischen Muttergesellschaft nicht sofort zugerechnet und besteuert, sondern erst im Zeitpunkt der Ausschüttung. Dieser Steuernachteil führt zu einer Beschränkung der Grundfreiheiten, weil dadurch Auslandsinvestitionen weniger attraktiv werden.⁶¹⁾ Des Weiteren erfordern CFC-Regelungen – primär durch die Umrechnung der nach ausländischem Recht ermittelten Einkünfte auf inländisches Recht, die Trennung von aktiven und passiven Einkünften sowie durch den Substanznachweis – einen höheren Verwaltungsaufwand für den Steuerpflichtigen, als es bei reinen Inlandsinvestitionen der Fall wäre.⁶²⁾ Die österreichische Hinzurechnungsbesteuerung führt aus denselben Gründen zu erhöhten Verwaltungskosten beim Rechtsanwender.

Eine Beschränkung der Grundfreiheiten ist grundsätzlich unionsrechtswidrig. Es wird jedoch dann nicht gegen die jeweilige Grundfreiheit verstoßen, wenn die Beschränkung gerechtfertigt werden kann.⁶³⁾ Der AEUV normiert ausdrücklich bestimmte Rechtsgüter, zu deren Schutz die Mitgliedstaaten die Grundfreiheiten beschränken dürfen.⁶⁴⁾ Der EuGH-Rechtsprechung zufolge ist eine grundfreiheitliche Beschränkung dann gerechtfertigt, wenn diese ein „*legitimes Ziel*“ verfolgt und „*zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses*“ dient.⁶⁵⁾ Außerdem muss die Beschränkung zur Zielerreichung „*geeignet*“ sein und nicht über das zur Zielerreichung „*erforderliche*“ Maß hinausgehen.⁶⁶⁾ Bei CFC-Regelungen sind, zur Rechtfertigung dort auftretender Beschränkungen der Grundfreiheiten, insbesondere die Verhinderung von Steuerhinterziehung und Steuerumgehung sowie die Missbrauchsbekämpfung als zwingende Gründe des Allgemeininteresses relevant.⁶⁷⁾

4. Rs *Cadbury-Schweppes* als Ursprung der EuGH-Judikatur zu CFC-Regelungen

Auch wenn die EuGH-Entscheidung in der Rs *Cadbury Schweppes* bereits in der Vergangenheit breit diskutiert wurde, ist es gerade bei der Analyse der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung von entscheidender Bedeutung, diese in Erinnerung zu

⁵⁹⁾ Vgl. *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 127 f.; *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 155; *Orlet*, CFC-Regelungen, 54.

⁶⁰⁾ So *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 128.

⁶¹⁾ Siehe zuletzt zur deutschen Hinzurechnungsbesteuerung EuGH 26. 2. 2019, X, C-135/17, Rn 55 ff; vgl. auch EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 44 ff.

⁶²⁾ Vgl. *Helminen*, Is There a Future for CFC-regimes in the EU? *Intertax* 2005, 117 (120).

⁶³⁾ Zu den Rechtfertigungsgründen siehe *Rust*, Hinzurechnungsbesteuerung, 129 ff; *Orlet*, CFC-Regelungen, 55 ff mwN; vgl. auch im Überblick *Musil* in *Musil/Weber-Grellet*, Europäisches Steuerrecht (2019) Einfg Rz 110 ff; *Kokott*, Steuerrecht der EU, § 3 Rn 130 ff.

⁶⁴⁾ Siehe Art 36, 45 Abs 3, 52 Abs 1, 62, 64 sowie 65 AEUV.

⁶⁵⁾ Siehe ua EuGH 31. 3. 1993, *Kraus*, C-19/92, Rn 32; 30. 11. 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rn 37; 15. 12. 1995, *Bosman*, C-415/93, Rn 104; 15. 5. 1997, *Futura*, C-250/95, Rn 26; 21. 11. 2002, *X und Y*, C-436/00, Rn 49.

⁶⁶⁾ Siehe ua EuGH 11. 10. 2007, *ELISA*, C-451/05, Rn 79 und 82; 23. 1. 2014, *DMC*, C-164/12, Rn 44; 21. 6. 2018, *Fidelity Funds ua*, C-480/16, Rn 64; 26. 2. 2019, X, C-135/17, Rn 70; vgl. dazu auch *Körner*, Europarecht und CFC-Regelungen, IStR 2004, 697 (701); *Orlet*, CFC-Regelungen, 56.

⁶⁷⁾ Vgl. dazu zB *Lang*, IStR 2002, 217 (219); *Rättig/Protzen*, IStR 2003, 195 (198); *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 157; *Orlet*, CFC-Regelungen, 57.

rufen. Die Entscheidung erging zu britischen CFC-Regelungen.⁶⁸⁾ Das britische CFC-Regime sah vor, dass Gewinne der im Ausland ansässigen Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zugerechnet werden, sobald diese zu mehr als 50 % an der Tochtergesellschaft beteiligt ist und die Gewinne bei der beteiligten Gesellschaft einem „*niedrigeren Besteuerungsniveau*“⁶⁹⁾ unterliegen.⁷⁰⁾ Der EuGH betonte, dass CFC-Regelungen durch diese Ungleichbehandlung gegenüber einem vergleichbaren, rein inländischen Sachverhalt die Niederlassungsfreiheit beschränken.⁷¹⁾ Die Gründung einer Tochtergesellschaft im niedrigbesteuerten Ausland verbunden mit dem Ziel, von der vorteilhaften Steuerrechtslage zu profitieren, sei aber „*für sich allein*“ keine „*missbräuchliche Ausnutzung*“⁷²⁾ der Niederlassungsfreiheit. Auch mit dem Argument der Steuerumgehung durch Gewinnverlagerung⁷³⁾ sowie mit reinen Fiskalinteressen („*Notwendigkeit, einen Steuerausfall zu vermeiden*“)⁷⁴⁾ lasse sich die Beschränkung nicht rechtfertigen.⁷⁵⁾

Nach der EuGH-Judikatur kann eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus Missbrauchsgründen nur dann gerechtfertigt sein, „*wenn sie sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen*“.⁷⁶⁾ Der Niederlassungsbegriff iSd Niederlassungsfreiheit setzt „*die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in diesem Staat auf unbestimmte Zeit*“⁷⁷⁾ voraus. Aus diesem Grund „*lässt sich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nur mit Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken rechtfertigen, wenn das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, Verhaltensweisen zu verhindern, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu dem Zweck zu errichten, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird*“.⁷⁸⁾ Die nationale Maßnahme muss sich daher „*speziell auf rein künstliche Gestaltungen*“⁷⁹⁾ beziehen, die alleine auf die Erlangung einer Steuerbegünstigung ausgerichtet sind.

⁶⁸⁾ Vgl zur Diskussion der Entscheidung zB Lang, Rechtsmissbrauch und Gemeinschaftsrecht im Lichte von Halifax und Cadbury Schweppes, SWI 2006, 276; Kraft/Bron, Implikationen des Urteils in der Rechtssache „Cadbury Schweppes“ für die Fortexistenz der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2006, 614; Bieber, Cadbury Schweppes: Dem Missbrauch auf der Spur, taxlex 2006, 702; Körner, Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft, IStR 2006, 670; Marschner, Missbrauch und Gemeinschaftsrecht, FJ 2007, 17; Schönfeld, Reaktionen der britischen Regierung auf „Cadbury Schweppes“, IStR 2007, 199; Möller, Die Hinzurechnungsbesteuerung ausgewählter EU-Mitgliedstaaten, IStR 2010, 166; Lang/Heidenbauer in L. Hinnekens/P. Hinnekens, A Vision of Taxes within and outside European Borders, FS Vanistendael (2008) 597.

⁶⁹⁾ Zum „*niedrigen Besteuerungsniveau*“ siehe EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 7.

⁷⁰⁾ Vgl zur Beschreibung der nationalen Regelung ausführlich Schlussanträge des GA Léger 2. 5. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 10 ff.

⁷¹⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 46.

⁷²⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 37, mit Verweis auf EuGH 9. 3. 1999, Centros, C-212/97, Rn 27; 30. 9. 2003, Inspire Art, C-167/01, Rn 96; vgl dazu auch Kraft/Bron, IStR 2006, 614 (615 ff); Körner, IStR 2004, 697 (700).

⁷³⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 48.

⁷⁴⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 49, mit Verweis auf EuGH 3. 10. 2002, Daner, C-136/00, Rn 56; 26. 6. 2003, Skandia und Ramstedt, C-422/01, Rn 53.

⁷⁵⁾ Vgl dazu Orlet, CFC-Regelungen, 57; Orlet, SWI 2018, 162 (168).

⁷⁶⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 51, mit Verweis auf EuGH 16. 7. 1998, ICI, C-264/96, Rn 26; 12. 12. 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Rn 37; 11. 3. 2004, de Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Rn 50; 13. 12. 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Rn 57; vgl auch dazu Staringer in Lang, Europäisches Steuerrecht, DStJG Band 41 (2018) 365 (374 ff).

⁷⁷⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 54, mit Verweis auf EuGH 25. 7. 1991, Factor-tame II, C-221/89, Rn 20; 4. 10. 1991, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-246/89, Rn 21.

⁷⁸⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 55.

⁷⁹⁾ EuGH 12. 9. 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, Rn 51; vgl zur Entwicklung der Begriffe „*rein künstliche Gestaltungen*“ und „*rein künstliche Konstruktionen*“ ausführlich Schön in Kirchhof/Nieskens, FS Reiß (2008) 571 (585 ff); Lang/Heidenbauer in L. Hinnekens/P. Hinnekens, FS Vanistendael, 597 ff; Kokott, Steuerrecht der EU, § 2 Rn 111 ff.

Der EuGH legte in der Rs *Cadbury Schweppes*⁸⁰⁾ weiters dar, dass dem Steuerpflichtigen „Gelegenheit zu geben [ist], Beweise für die tatsächliche Ansiedlung der beherrschten ausländischen Gesellschaft und deren tatsächliche Betätigung vorzulegen“, und damit zu beweisen, dass die Gesellschaft im Ausland mit niedriger Besteuerung nicht nur zur Steuervermeidung gegründet wurde. CFC-Regelungen dürfen demnach dann nicht angewendet werden, „wenn die Gründung einer beherrschten ausländischen Gesellschaft ungeachtet des Vorhandenseins von Motiven steuerlicher Art mit einer wirtschaftlichen Realität zusammenhängt“. Dies ist der Fall, wenn die Gründung „mit einer tatsächlichen Ansiedlung“ zusammenhängt, deren Zweck darin besteht, „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten im Aufnahmemitgliedstaat nachzugehen“. Darüber hinaus „muss diese Feststellung auf objektiven, von dritter Seite nachprüfbaren Anhaltspunkten beruhen, die sich ua auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins der beherrschten ausländischen Gesellschaft in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen“. Es ist daher nicht nur die subjektive Absicht des Steuerpflichtigen entscheidend,⁸¹⁾ sondern objektive und von dritter Seite nachprüfbare Umstände einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft.⁸²⁾ Die in der Entscheidung genannten Kriterien, die eine objektive Absicht nachweisen sollen, sind nicht als abschließender Katalog zu verstehen, sondern als Aufzählung möglicher Indizien (dazu VI.). Als Beispiele einer rein künstlichen Gesellschaft, die „nur mit einer fiktiven Ansiedlung zusammenhängt, die keine wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats entfaltet“, nennt der EuGH eine „Briefkastenfirma“ oder auch eine „Strohfirma“.⁸³⁾

Der *Cadbury-Schweppes*-Rechtsprechung zufolge dürfen daher CFC-Regelungen nur angewandt werden, wenn sie sich auf „rein künstliche Gestaltungen“ beziehen und wenn es keine „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ gibt. Die „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ ist anhand eines Substanztests mittels objektiver Kriterien zu prüfen. Unklarheiten bestehen nach wie vor bei der Interpretation des Wortlauts „rein künstliche Gestaltung“ („wholly artificial arrangements“)⁸⁴⁾ und „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ („genuine economic activity“).⁸⁵⁾

IV. Umsetzung der *Cadbury-Schweppes*-Doktrin in der ATAD

Der Unionsgesetzgeber wollte die unionsrechtlichen Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung für CFC-Regelungen offensichtlich durch Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD erfüllen.⁸⁶⁾ Nach dieser Bestimmung muss die wirtschaftliche Tätigkeit von beherrschten ausländischen Unternehmen auf „Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten“⁸⁷⁾ gestützt sein, was fast exakt der Formulierung aus der Rs *Cadbury*

⁸⁰⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 65 ff.

⁸¹⁾ Vgl dazu zB EuGH 14. 12. 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rn 53; 21. 2. 2006, *Halifax*, C-255/02, Rn 74.

⁸²⁾ Vgl EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 67; vgl dazu auch *Kraft/Bron*, IStR 2006, 614 (617); *Quilitzsch*, Hinzurechnungsbesteuerung, 159; *Orlet*, CFC-Regelungen, 59.

⁸³⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 67.

⁸⁴⁾ Zur Interpretation der Begriffe „rein“, „künstlich“ und „Gestaltung“ siehe *Orlet*, CFC-Regelungen, 59 ff; *Orlet*, SWI 2018, 162 (169 f); vgl auch *Lang/Heidenbauer* in *L. Hinnekens/P. Hinnekens*, FS Vanistendael, 597 ff.

⁸⁵⁾ Zur Interpretation des Wortlauts „wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit“ siehe *Orlet*, CFC-Regelungen, 61 ff; *Orlet*, SWI 2018, 162 (170 f).

⁸⁶⁾ So auch *Linn*, Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie der EU, IStR 2016, 645 (647); *Schnitger/Nitzschke/Gebhardt*, Anmerkungen zu den Vorgaben für die Hinzurechnungsbesteuerung nach der sog „Anti-BEPS-Richtlinie“, IStR 2016, 960 (969); *Kofler* in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie, 1 (15); *Gebhardt* in *Hofmann/Jann/Jerabek*, BEPS, 131 (147); *Orlet*, CFC-Regelungen, 98; vgl auch *Panayi* in *Pistone/Weber*, The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU (2018) Kap 16.2 und 16.3.

⁸⁷⁾ Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD: „staff, equipment, assets and premises“.

Schweppes gleichkommt, die von „Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen“⁸⁸⁾ spricht. Außerdem muss das Bestehen einer wirtschaftlichen Tätigkeit durch „relevante Fakten und Umstände“⁸⁹⁾ nachgewiesen werden, womit wohl die in der EuGH-Rechtsprechung gewählte Formulierung „Feststellung auf objektiven, von dritter Seite nachprüfbar Anhaltspunkten“ umgesetzt wurde. Nach den Erwägungsgründen der ATAD sollen die „Vorschriften mit den Grundfreiheiten in Einklang stehen“ und daher die Bestimmung zur CFC-Besteuerung mit einer „Ausnahmeregelung bezüglich der wirtschaftlichen Substanz“⁹⁰⁾ normiert werden.

Es besteht kein Zweifel, dass sich die Europäische Kommission bei der Ausgestaltung der CFC-Regelungen der ATAD an die *Cadbury-Schweppes*-Rechtsprechung des EuGH angelehnt hat. Umso verwunderlicher ist es, warum die Rs *Cadbury Schweppes* in der ATAD und den Erwägungsgründen der Richtlinie kein einziges Mal erwähnt wurde und es Abweichungen im Wortlaut gibt.⁹¹⁾ So spricht die ATAD von einer „wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ („substantive economic activity“), wohingegen der EuGH den Terminus einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ („genuine economic activity“) verwendet. War im Entwurf der ATAD noch von der Beschränkung auf „rein künstliche Gestaltungen“ die Rede,⁹²⁾ wurde in der Endfassung der ATAD diese zentrale Formulierung des EuGH nicht erwähnt.⁹³⁾ Der Wortlaut der Kriterien, die eine objektive Absicht nachweisen sollen, wurde minimal verändert.

Auch wenn die Abweichungen der ATAD vom Wortlaut der EuGH-Rechtsprechung etwas irritieren, so ist die überwiegende Ansicht in der Literatur, dass eine „wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“ (ATAD) im Sinne einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ (EuGH) zu interpretieren ist und CFC-Regelungen trotz der nicht expliziten Erwähnung in der ATAD nur auf „rein künstliche Gestaltungen“ anwendbar sind.⁹⁴⁾

V. Umsetzung der *Cadbury-Schweppes*-Doktrin im nationalen Recht

1. § 10a Abs 4 Z 3 KStG und § 4 VO-Passiveinkünfte niedrigbeststeuerter Körperschaften

Die nationale Umsetzung des aus der *Cadbury-Schweppes*-Rechtsprechung entwickelten Substanznachweises erfolgte einerseits im Gesetz (§ 10a Abs 4 Z 3 KStG) und andererseits durch Verordnung (§ 4 VO-Passiveinkünfte niedrigbeststeuerter Körperschaften; im Folgenden: VO). Die VO soll die im Gesetz relativ allgemein gehaltene Bestimmung zum Substanztest präzisieren.⁹⁵⁾ Im Rahmen der umfangreichen Stellungnahmen zum JStG 2018 und zur VO zeigten sich die Schwierigkeiten, die eine solche Regelung mit sich bringt.⁹⁶⁾ Gleichzeitig wird aber auch die große praktische Bedeu-

⁸⁸⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 67: „premises, staff and equipment“.

⁸⁹⁾ Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD.

⁹⁰⁾ ErwGr 12 der ATAD.

⁹¹⁾ So auch zB *Linn*, IStR 2016, 645 (647), der es für „völlig unverständlich“ hält, warum die Richtlinie nicht dieselben Begriffe wie der EuGH verwendet.

⁹²⁾ Siehe Art 8 Abs 2 Satz 1 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, COM(2016) 26 final (28. 1. 2016).

⁹³⁾ Vgl *Schönfeld*, CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive, EC Tax Review 2017, 145 (150); *Orlet in Lang/Rust/Schuch/Staringer*, Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie (2017) 105 (119 f).

⁹⁴⁾ So zB *Geringer*, Substanznachweis im Zeitalter der Share and Gig Economy, SWI 2019, 541 (545); *Petriz-Klar/Petriz*, taxlex 2018, 204 (209); *Orlet in Lang/Rust/Schuch/Staringer*, Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie, 120; *Orlet*, CFC-Regelungen, 98 f; *Haase*, Zukunft des IStR, ISR 2017, 349 (351); anderer Ansicht hingegen *Schönfeld*, Hinzurechnungsbesteuerung und Anti-Tax-Avoidance-Directive, IStR 2017, 721 (727), oder *Schönfeld*, Aktuelle Entwicklungen zum „Cadbury-Test“ im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung, IStR 2017, 949 (951), der nicht nur einen sprachlichen, sondern auch einen inhaltlichen Unterschied zwischen einer „wirklichen“ und einer „wesentlichen“ wirtschaftlichen Tätigkeit sieht.

⁹⁵⁾ Vgl Erl zum VO-Entwurf.

⁹⁶⁾ Vgl zB die Stellungnahmen der KSW zum Gesetz (40/SN-36/ME) und zur VO.

tung dieser Escape-Klausel sichtbar.⁹⁷⁾ Der Substanztest ist eine wesentliche Einschränkung der Reichweite einer Hinzurechnungsbesteuerung.⁹⁸⁾

Gemäß § 10a Abs 4 Z 3 KStG kommt die Hinzurechnungsbesteuerung nur dann zur Anwendung, wenn die ausländische beherrschte Körperschaft keine „wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübt. Die Beurteilung erfolgt – den Vorgaben der ATAD entsprechend⁹⁹⁾ – im Hinblick auf den Einsatz von Personal, Ausstattung, Vermögenswerten und Räumlichkeiten.¹⁰⁰⁾ Der Akzent liegt also auf der physischen Substanz. Der Substanztest gilt sowohl für ausländische beherrschte Körperschaften, die innerhalb der EU und des EWR ansässig sind, als auch für in Drittstaaten ansässige beherrschte Körperschaften.¹⁰¹⁾ Der österreichische Gesetzgeber machte damit vom Wahlrecht der ATAD, den Substanznachweis nur auf in EU-/EWR-Staaten ansässige beherrschte Körperschaften zuzulassen, keinen Gebrauch.¹⁰²⁾

Dieses Optionsrecht der ATAD ist im Sinne einer primärrechtskonformen Auslegung von den Mitgliedstaaten eingeschränkt zu interpretieren.¹⁰³⁾ In der EuGH-Entscheidung in der Rs X, bei der sich der EuGH mit der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung im Kontext der Kapitalverkehrsfreiheit auseinandergesetzt hat, sah nämlich der EuGH die Substanzausnahme auch im Verhältnis zu Drittstaaten als erforderlich an, sofern ein ausreichender Informationsaustausch gegeben ist.¹⁰⁴⁾ Die Grundfreiheiten gebieten daher – entgegen der Option der ATAD – den Substanztest auch in Drittstaatsfällen (mit ausreichendem Informationsaustausch) zuzulassen, wie es der österreichische Gesetzgeber vorgesehen hat.

2. Beweislast des Steuerpflichtigen für die ausreichende Substanz

Das Vorliegen einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ist in Österreich von der beherrschenden Körperschaft nachzuweisen (§ 10a Abs 4 Z 3 Satz 2 KStG). Der Nachweis soll durch geeignete Unterlagen (zB Jahresabschlüsse, Steuererklärungen, Gesellschaftsverträge, Verrechnungspreisdokumentationen etc) erfolgen, mit denen eine eindeutige Beurteilung durch die Abgabenbehörde möglich ist.¹⁰⁵⁾ Die Beweislast für das Vorhandensein von ausreichender Substanz der beherrschten ausländischen Körperschaft liegt damit bei der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung ausschließlich beim Steuerpflichtigen. Dies erscheint durchaus bemerkenswert, weil weder die für die primärrechtskonforme Ausgestaltung von CFC-Regelungen relevante *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung noch die ATAD diese Vorgehensweise erfordern. In der Rs *Cadbury Schweppes* lag der Akzent auf dem „Recht“ des Steuerpflichtigen, den Beweis einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erbringen.¹⁰⁶⁾ Von einer „Pflicht“ zum Nachweis, wie es § 10a Abs 4 Z 3 Satz 2 KStG vorsieht, war nicht die Rede.¹⁰⁷⁾

⁹⁷⁾ Vgl auch zur Bedeutung der Substanzausnahme in Deutschland *Kraft*, AStG² (2019) § 8 Rn 736, der dem Motivat eine „überragende Rolle“ beimisst.

⁹⁸⁾ So auch *Marchgraber/Zöchling*, ÖStZ 2018, 388 (392 f); *Staringer*, SWI 2018, 574 (576 f).

⁹⁹⁾ Siehe Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD und ErwGr 12 Abs 2 der ATAD; vgl dazu auch *Kofler*, Maßnahmenpaket der EU-Kommission zur Bekämpfung von Steuervermeidung, GES 2016, 1 (2 f); *Staringer*, SWI 2018, 574 (576 ff).

¹⁰⁰⁾ Zur Reichweite dieser Regelung vor dem Hintergrund der EuGH-Judikatur siehe *Marchgraber/Zöchling*, ÖStZ 2018, 388 (392 f); *Staringer*, SWI 2018, 574 (576 ff).

¹⁰¹⁾ Vgl EriRV 190 BlgNR 26. GP, 23 f.

¹⁰²⁾ Art 7 Abs 2 lit a letzter Satz ATAD; vgl dazu *Schlager*, SWI 2018, 362 (366); *Mayr/Titz*, RdW 2018, 317 (326).

¹⁰³⁾ Vgl dazu *Klokar*, Hinzurechnungsbesteuerung, 81.

¹⁰⁴⁾ EuGH 26. 2. 2019, X, C-135/17, Rn 95.

¹⁰⁵⁾ Vgl Rz 1248dj KStR idF Wartungserlass 2019.

¹⁰⁶⁾ Vgl EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 70.

¹⁰⁷⁾ Siehe *Staringer*, SWI 2018, 574 (577 FN 27).

ErwGr 12 der ATAD spricht ebenfalls von der Wichtigkeit, „*dass die Finanzbehörden und die Steuerpflichtigen zusammenarbeiten, um die relevanten Fakten und Umstände im Hinblick auf die Bestimmung der Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung zusammenzutragen*“.¹⁰⁸) Der Unionsgesetzgeber hatte damit offenbar keine alleinige Beweislast beim Steuerpflichtigen vor Augen, auch wenn die Wortfolge im Richtlinientext („*wie durch relevante Fakten und Umstände nachgewiesen*“)¹⁰⁹) dies auf den ersten Blick vermuten lassen würde.¹¹⁰)

§ 10a Abs 4 Z 3 Satz 2 KStG geht über die bei Auslandssachverhalten gemäß § 115 Abs 1 BAO¹¹¹) geltende erhöhte Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen hinaus.¹¹²) Die pauschale Annahme einer erhöhten Mitwirkungspflicht bei Auslandssachverhalten, ohne im Einzelfall deren Notwendigkeit zu prüfen, ist *per se* kritisch zu betrachten.¹¹³) Eine reine Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren würde aber wohl eher den Erwägungen der ATAD und der *Cadbury-Schweppes*-Doktrin entsprechen.¹¹⁴) Stattdessen kann von einer vollständigen Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen gesprochen werden.¹¹⁵) Durch den im Abgabenverfahrensrecht geltenden Amtswegigkeitsgrundsatz (Offizialmaxime) sowie die Pflicht zur amtswegigen Erforschung der materiellen Wahrheit und die, vor allem in den letzten Jahren intensivierten, umfassenden Amtshilfemöglichkeiten der Steuerbehörden erscheint eine solche Beweislastregel kritisch. *Schilcher/Knesl* sehen durch die vollständige Beweislast beim Steuerpflichtigen den amtswegigen Untersuchungsgrundsatz als „*aufgehoben*“.¹¹⁶) Die Behörde sei aufgrund dieser gesetzlichen Nachweispflicht des Steuerpflichtigen „*weder verpflichtet, noch berechtigt [...], die fragliche Tatsache der ‚Substanz‘ der ausländischen beherrschten Körperschaft durch eigene Ermittlungen aufzuklären*“.¹¹⁷) Diese Auffassung würde bedeuten, dass selbst bei Vorliegen relevanter Informationen auf Basis des automatischen Informationsaustauschs (zB über das CbCR) die Steuerbehörde diese Informationen nicht verwerten dürfte. Dieser Ansicht kann mE nicht gefolgt werden.

Eine solche Interpretation entspricht auch nicht der EuGH-Rechtsprechung in der Rs *Cadbury Schweppes*. Der EuGH verweist darin ausdrücklich auf die Möglichkeit der nationalen Behörden, „*auf die Mechanismen der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs zwischen nationalen Steuerverwaltungen zurückzugreifen*“, damit die Steuerbehörden „*die erforderlichen Informationen über die tatsächliche Lage der beherrschten ausländischen Gesellschaft*“ erhalten.¹¹⁸) Die vom EuGH kürzlich in der Rs X ausgeführten differenzierten Vorgaben an eine Hinzurechnungsbesteuerung sprechen ebenfalls gegen eine vollständige Beweislast beim Steuerpflichtigen. Der EuGH macht

¹⁰⁸) ErwGr 12 der ATAD.

¹⁰⁹) Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD, im Englischen: „*as evidenced by relevant facts and circumstances*“.

¹¹⁰) Anderer Ansicht *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 217.

¹¹¹) Vgl zur erhöhten Mitwirkungspflicht *Ritz*, BAO⁶ (2017) § 115 Tz 10 ff.

¹¹²) Siehe *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 218; *Klokar/Riedl* in *Lang et al.*, CFC Legislation.

¹¹³) So auch *Schilcher*, Grenzen der Mitwirkungspflichten im Lichte des Gemeinschaftsrechts (2010) 57 ff, nach dem die erhöhte Mitwirkungspflicht „*bloß subsidiär gegenüber internationalen Amtshilfemöglichkeiten zur Anwendung kommen*“ solle und „*nur im Ausnahme-, nicht aber im Regelfall vom Steuerpflichtigen einzufordern*“ sei (S 272).

¹¹⁴) Zum gleichen Ergebnis im Rahmen der Interpretation der *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung siehe zB *Haase*, Überlegungen zur Reform der Hinzurechnungsbesteuerung, IfSt-Schrift 521 (2017) 66, mit Verweis auf *Sedemund*, Europarechtliche Bedenken gegen den neuen § 8 Abs 2 AStG, BB 2008, 696, und *Hammerschmidt/Rehfeld*, Gemeinschaftsrechtliche Bezüge der Änderungen des AStG durch das UntStRefG 2008 und das JStG 2008, IWB 2008, 2293 (2300); vgl ähnlich zur *Cadbury-Schweppes*-Entscheidung *Schilcher*, Grenzen der Mitwirkungspflichten, 207 ff.

¹¹⁵) Vgl dazu auch Stellungnahme der KSW zur VO, 9 f.

¹¹⁶) *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 218.

¹¹⁷) *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 218, mit Verweis auf VwGH 14. 12. 1989, 89/16/0177; 21. 5. 1990, 89/15/0110; 28. 6. 1995, 89/16/0014.

¹¹⁸) EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 71.

darin in Drittstaatsfällen die Amtshilfe davon abhängig, ob eine Substanzausnahme notwendig ist oder nicht.¹¹⁹⁾ Der nationale Gesetzgeber kann zwar Beweisregeln festsetzen, jedoch dürfen diese die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen.¹²⁰⁾ Dem Steuerpflichtigen eine Beweislast aufzubürden, ohne dass die Behörde die Möglichkeiten zur Erforschung der materiellen Wahrheit ausschöpft, ist jedenfalls kritisch zu sehen.

Die Einführung einer gesetzlichen Nachweispflicht für die beherrschende Körperschaft nach Art einer subjektiven Beweislastregel scheint auch der zu den Grundfreiheiten ergangenen EuGH-Judikatur in den Rs *Eqiom*,¹²¹⁾ *Deister Holding und Juhler Holding*¹²²⁾ und *GS*¹²³⁾ sowie der VwGH-Judikatur¹²⁴⁾ entgegenzustehen. Die Behörden können sich der ständigen Rechtsprechung des EuGH zufolge bei der Prüfung, ob ein Vorgang Steuerhinterziehung und Missbrauch als Beweggrund hat, „nicht darauf beschränken, vorgegebene allgemeine Kriterien anzuwenden, sondern sie müssen den Vorgang als Ganzes individuell prüfen. Eine generelle Steuervorschrift, mit der bestimmte Gruppen von Steuerpflichtigen automatisch von dem Steuervorteil ausgenommen werden, ohne dass die Steuerbehörde auch nur einen Anfangsbeweis oder ein Indiz für die Steuerhinterziehung oder den Missbrauch beizubringen hätte, ginge über das zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen Erforderliche hinaus.“¹²⁵⁾ Der EuGH versagt dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, eine Anti-Missbrauchs-Regelung wie eine Hinzurechnungsbesteuerung als faktische Beweislastumkehr auszugestalten.¹²⁶⁾ Der EuGH stellt damit den Gesetzgeber sowie die vollziehenden Behörden vor eine hohe Hürde.

Eine allgemeine Missbrauchsvermutung, wie sie in der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung der Fall ist, kann also selbst dann mit den Grundfreiheiten unvereinbar sein, wenn die Bestimmung einen Gegenbeweis durch den Steuerpflichtigen zulässt. Entscheidend ist das Vorbringen eines konkreten „Anfangsbeweis[es] oder ein[es] Indiz[es] für die Steuerhinterziehung“¹²⁷⁾ durch die Steuerbehörden. Die Beweislast für das Vorliegen von Missbrauch obliegt dem EuGH zufolge klar der nationalen Steuerbehörde. *Blum/Spies* sehen ebenfalls „die Finanzbehörden angehalten, einen konkreten Anfangsbeweis für einen angenommenen Missbrauch zu erbringen, bevor der Steuerpflichtige in die Pflicht genommen werden kann“.¹²⁸⁾ Nach dieser Rechtsprechung, die durch die Entscheidungen des EuGH in den verbundenen Rs *Deister Holding und Juhler Holding* sowie *GS* bestätigt wurde, ist eine generelle Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen ohne das Vorliegen eines Anfangsbeweises unionsrechtswidrig. Die jüngsten EuGH-Entscheidungen zum Rechtsmissbrauch in den verbundenen Rs *N Luxembourg 1 ua*¹²⁹⁾ und *T Danmark ua*¹³⁰⁾ stehen dieser Ansicht nicht entgegen.¹³¹⁾ Nach dieser Judikatur können die Steuerbehörden zwar von

¹¹⁹⁾ Vgl. EuGH 26. 2. 2019, X, C-135/17, Rn 95.

¹²⁰⁾ Siehe Schlussanträge des GA Léger 2. 5. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 145, mit Verweis auf EuGH 14. 12. 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99, Rn 52 bis 54; vgl. auch *Kokott*, Steuerrecht der EU, § 5 Rn 79.

¹²¹⁾ EuGH 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16.

¹²²⁾ EuGH 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16.

¹²³⁾ EuGH 14. 6. 2018, *GS*, C-440/17.

¹²⁴⁾ Siehe VwGH 3. 4. 2019, Ra 2017/15/0070, wo in Rz 21 explizit auf diese EuGH-Rechtsprechung verwiesen und näher darauf eingegangen wird.

¹²⁵⁾ EuGH 14. 6. 2018, *GS*, C-440/17, Rn 45, mit Verweis auf EuGH 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16, Rn 62; 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16, Rn 32.

¹²⁶⁾ Vgl. zur Rs *Eqiom* ausführlich *Blum/Spies*. Die unionsrechtliche Missbrauchs doktrin, SWI 2017, 574.

¹²⁷⁾ EuGH 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16, Rn 32.

¹²⁸⁾ *Blum/Spies*, SWI 2017, 574 (588).

¹²⁹⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16.

¹³⁰⁾ EuGH 26. 2. 2019, *T Danmark ua*, C-116/16 und C-117/16.

¹³¹⁾ Vgl. dazu ausführlich *Lang*, EuGH zum Rechtsmissbrauch im Steuerrecht, SWK 13/2019, 614.

den Steuerpflichtigen gewisse Nachweise verlangen,¹³²⁾ haben aber „*nachzuweisen, dass die Tatbestandsmerkmale des Rechtsmissbrauchs erfüllt sind*“.¹³³⁾ Von einer vollständigen Beweislast beim Steuerpflichtigen kann daher nicht gesprochen werden.

Der von der EuGH-Rechtsprechung geforderte Anfangsbeweis, den die Finanzverwaltung zu erbringen hat, wird im österreichischen Hinzurechnungsbesteuerungsregime beim Substanztest nicht ausreichend Rechnung getragen. Zwar sind in der VO typisierende Missbrauchskriterien für die Escape-Klausel der Hinzurechnungsbesteuerung näher ausgeführt, die für manche als ausreichend empfunden werden. Allerdings sind diese nicht hinreichend konkret und eng genug ausgestaltet, um der EuGH-Rechtsprechung zur unionsrechtlichen Missbrauchsdoctrin zu entsprechen (dazu V.3.). Die vom EuGH geforderte notwendige Prüfung im „*Einzelfall*“ spricht ebenfalls gegen die Möglichkeit einer derartigen Typisierung. Die praktische Durchführbarkeit dieser Rechtsprechung stellt die Behörden natürlich vor große Herausforderungen. Die derzeitige österreichische Regelung zum Substanznachweis mit einer vollständigen Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen entspricht wohl nur in jenen Fällen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, bei denen niedrigbesteuerte Körperschaften in Drittstaaten ohne umfassende Amtshilfe ansässig sind.¹³⁴⁾

3. Die Verordnung als Präzisierung der Substanznachweisanforderungen

3.1. Beurteilung der wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nach dem „Gesamtbild der Verhältnisse“

Das Vorliegen einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit ist nach § 4 Z 1 VO stets nach dem „*Gesamtbild der Verhältnisse*“ unter Einbeziehung aller aktiven und passiven Einkünfte zu beurteilen.¹³⁵⁾ Es ist also immer die gesamte Tätigkeit der ausländischen Körperschaft für den Substanznachweis zu prüfen und nicht bloß auf die passiven Tätigkeiten zu fokussieren.¹³⁶⁾ Bei Auslandsbetriebsstätten iSd § 10a Abs 6 Z 2 KStG ist der Substanztest isoliert auf die Verhältnisse bei diesen Betriebsstätten bezogen. Die Tätigkeiten des Stammhauses sind also nicht in den Substanztest der Betriebsstätte einzubeziehen.¹³⁷⁾

3.2. Substanz in einem „angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis“ zu den Tätigkeiten

Der Substanztest erfordert das Vorhandensein von Personal, Ausstattung, Vermögenswerten und Räumlichkeiten.¹³⁸⁾ Unter Ausstattung wird insbesondere Betriebs- und Geschäftsausstattung verstanden. Vermögenswerte werden entweder zum Anlage- oder Umlaufvermögen gezählt. Die KStR idF Wartungserlass 2019 machen zwischen eigenem oder geleastem Personal und zwischen eigenen oder gemieteten Räumlichkeiten keinen Unterschied.¹³⁹⁾ Da der EuGH lediglich das Vorhandensein der zur Ausübung der Tätigkeit erforderlichen Mittel verlangt, erscheint die Unerheblichkeit der rechtlichen Zuordnung konsequent.¹⁴⁰⁾

¹³²⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16 ua, Rn 141; *T Danmark ua*, C-116/16 ua, Rn 116; vgl dazu bereits EuGH 28. 2. 2013, *Petersen und Petersen*, C-544/11, Rn 51.

¹³³⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16 ua, Rn 142; *T Danmark ua*, C-116/16 ua, Rn 117.

¹³⁴⁾ Vgl die Differenzierung zu CFC-Regelungen im Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit in EuGH 26. 2. 2019, X, C-135/17.

¹³⁵⁾ Vgl zu den Hintergründen der diesbezüglichen Änderungen zum Begutachtungsentwurf *Schlager*, RWZ 2019, 33 (34); *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (58), die darin lediglich eine „*Klarstellung*“ sehen.

¹³⁶⁾ Siehe *Schlager*, RWZ 2019, 33 (34).

¹³⁷⁾ Vgl dazu *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 231; *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (58).

¹³⁸⁾ Vgl dazu die deutsche Rechtsprechung zu Substanzanforderungen BFH 13. 6. 2018, I R 94/15, Rn 22 und 35; FG Münster 20. 11. 2015, 10 K 1410/12 F, Rn 61. Vgl auch *Orlet*, SWI 2018, 162 (170 f); *Schilcher/Knesl* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 207 und 209 mwN; Rz 1248cw KStR idF Wartungserlass 2019.

¹³⁹⁾ Vgl Rz 1248cw KStR idF Wartungserlass 2019.

¹⁴⁰⁾ Vgl *Geringer*, SWI 2019, 541 (547).

Die Substanzkriterien müssen gemäß § 4 Z 2 VO „in einem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zu den behaupteten wirtschaftlichen Tätigkeiten“¹⁴¹⁾ stehen. Was genau der Verordnungsgeber unter einem „angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis“ versteht, bleibt offen. Die verwaltungsnahe Literatur spricht von einer „angemessenen Relation zu den (gesamten) wirtschaftlichen Tätigkeiten“, die in „quantitativer und wohl auch in qualitativer Hinsicht“¹⁴²⁾ zu beurteilen sei. Die Beurteilung der vorhandenen Substanz ist wohl vom Geschäftsbetrieb und den von der ausländischen Gesellschaft verrichteten Tätigkeiten abhängig.¹⁴³⁾ Die sachlichen und personellen Ressourcen können je nach Branche stark abweichen, um eine ausreichende Substanz einer Gesellschaft nachzuweisen. Relativ hohe Einkünfte erfordern nicht automatisch mehr an Substanz. Die Substanz muss wohl nur „funktionsadäquat“ sein.

Nach den KStR und der verwaltungsnahe Literatur müssen die gesetzlich vorgesehenen Substanzkriterien „kumulativ“ vorliegen, um den Substanznachweis zu erfüllen.¹⁴⁴⁾ Das kumulative Vorhandensein der vier explizit genannten Ressourcen steht dabei in einem Spannungsverhältnis zur Beurteilung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse gemäß § 4 Z 1 VO und wohl in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des EuGH. Es sind nämlich nicht für jegliche Tätigkeit und insbesondere zur Erzielung der im Katalog nach § 10a Abs 2 KStG aufgelisteten Passiveinkünfte sämtliche Substanzkriterien notwendig, um der wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Der EuGH sieht in den in seiner Judikatur genannten Indizien, wie zB in den Rs *Cadbury Schweppes*,¹⁴⁵⁾ *N Luxembourg 1 ua*¹⁴⁶⁾ oder *T Danmark ua*,¹⁴⁷⁾ vielmehr eine rein exemplarische Aufzählung als eine abschließende Liste von Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen.¹⁴⁸⁾ Die in Art 7 Abs 2 lit a Satz 2 ATAD und § 10a Abs 4 Z 3 KStG genannten Substanzkriterien müssen daher im Sinne der EuGH-Rechtsprechung interpretiert werden. Die explizit genannten Charakteristika werden wohl im Sinne eines beweglichen Systems zu verstehen sein.

3.3. Widerlegbare Vermutung des Fehlens einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit

§ 4 Z 3 VO normiert die unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Verhältnisse widerlegbare Vermutung, dass eine oder mehrere der folgenden Tätigkeiten noch keine wesentliche wirtschaftliche Tätigkeit begründen:¹⁴⁹⁾

- das bloße Halten von Beteiligungen und ihre Veräußerung;
- das Durchleiten von Vermögenswerten;
- das Bündeln von unkörperlichen Wirtschaftsgütern, für deren Herstellung die ausländische Körperschaft nicht im Wesentlichen selbst die Aufwendungen getragen hat.¹⁵⁰⁾

¹⁴¹⁾ § 4 Z 2 VO.

¹⁴²⁾ *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (58), mit Verweis auf *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 209 ff, und *Orlet*, SWI 2018, 162 (170); vgl auch *Knesl/Hloben in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 231; Rz 1248ex KStR.

¹⁴³⁾ Vgl dazu die zur KEST-Entlastung bei Ausschüttungen an eine Holdinggesellschaft kürzlich ergangene VwGH-Judikatur, siehe VwGH 3. 4. 2019, Ra 2017/15/0070; 27. 3. 2019, Ro 2018/13/0004; vgl auch FG Münster 20. 11. 2015, 10 K 1410/12 F, Rn 55 ff und BFH 13. 6. 2018, I R 94/15, Rn 35.

¹⁴⁴⁾ Vgl Rz 1248cw KStR idF Wartungserlass 2019; *Schilcher/Knesl in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (31. Lfg, 2018) § 10a Tz 207.

¹⁴⁵⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 67 (arg „ua“).

¹⁴⁶⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16 ua, Rn 131 (arg „insbesondere“).

¹⁴⁷⁾ EuGH 26. 2. 2019, *T Danmark ua*, C-116/16 ua, Rn 104 (arg „insbesondere“).

¹⁴⁸⁾ Vgl *Geringer*, SWI 2019, 541 (547).

¹⁴⁹⁾ Vgl dazu Rz 1248cz ff KStR; *Schlager*, RWZ 2019, 33 (34); *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (58 f); *Kanduth-Kristen*, ÖStZ 2019, 81 (87).

¹⁵⁰⁾ Siehe *Knesl/Hloben in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 232.

Mit „das bloße Halten von Beteiligungen und ihre Veräußerung“¹⁵¹⁾ meint der Verordnungsgeber bloß verwaltende Holdinggesellschaften.¹⁵²⁾ Entscheidend wird daher in der Praxis sein, welche Tätigkeiten in welchem Ausmaß vorliegen müssen, damit keine bloß vermögensverwaltende Holdingtätigkeit, sondern eine sich davon abhebende Tätigkeit (zB Tätigkeit einer geschäftsleitenden Holding) vorliegt.¹⁵³⁾ Anhaltspunkte dafür könnte die zur KES-Entlastung bei Ausschüttungen an eine Holdinggesellschaft kürzlich ergangene VwGH-Judikatur¹⁵⁴⁾ liefern (siehe VI.). Unter der Beschreibung „Durchleiten von Vermögenswerten“¹⁵⁵⁾ versteht der Verordnungsgeber zB die bloße Durchleitung von Darlehen unter gleichzeitiger Weiterleitung der Zinsen.¹⁵⁶⁾ Praktische Bedeutung hat diese Vermutung für zwischengeschaltete Finanzierungsgesellschaften mit eingeschränktem Funktions- und Risikoprofil.¹⁵⁷⁾ Das „Bündeln von unkörperlichen Wirtschaftsgütern“¹⁵⁸⁾ resultiert aus den Ausführungen des BEPS-Aktionspunkts 5¹⁵⁹⁾ zum modifizierten Nexus-Ansatz für IP-Regime.¹⁶⁰⁾ Diese Bestimmung soll der Ausgliederung von Lizenzen und Patenten an Gesellschaften in Niedrigsteuerrändern entgegenwirken, indem die Tätigkeit solcher Gesellschaften grundsätzlich nicht als wirtschaftlich anerkannt wird, wenn diese die Aufwendungen für die Entstehung der gebündelten unkörperlichen Wirtschaftsgüter (Herstellungsaufwendungen) im Wesentlichen nicht selbst getragen haben.¹⁶¹⁾

Im Unterschied zum Begutachtungsentwurf der VO¹⁶²⁾ gelten die in § 4 Z 3 VO genannten Tätigkeiten nicht mehr generell als „nicht wirtschaftlich“. ¹⁶³⁾ Diese Änderung wurde im Lichte der EuGH-Rechtsprechung¹⁶⁴⁾ vorgenommen.¹⁶⁵⁾ Die Schaffung der Möglichkeit, bei gewissen Tätigkeiten die Vermutung widerlegen zu können, war angesichts der EuGH-Rechtsprechung notwendig und ist auch zu begrüßen.

3.4. Widerlegbare Vermutung des Vorliegens einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit

Bei ausländischen Körperschaften, die mehrere Tätigkeiten ausüben, besteht gemäß § 4 Z 4 VO die Vermutung, dass die wirtschaftlichen Tätigkeiten wesentlich sind, wenn

- Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten mindestens zu einem Drittel für diese Tätigkeit eingesetzt werden und
- mindestens ein Drittel der gesamten Einkünfte aus diesen wirtschaftlichen Tätigkeiten erzielt werden.¹⁶⁶⁾

Für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit werden damit die im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit eingesetzte Substanz und die

¹⁵¹⁾ § 4 Z 3 TS 1 VO.

¹⁵²⁾ Vgl Erl zu § 4 Z 2 VO-Entwurf.

¹⁵³⁾ Siehe *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 231 f.

¹⁵⁴⁾ VwGH 3. 4. 2019, Ra 2017/15/0070; 27. 3. 2019, Ro 2018/13/0004.

¹⁵⁵⁾ § 4 Z 3 TS 2 VO.

¹⁵⁶⁾ Vgl Erl zu § 4 Z 2 VO-Entwurf.

¹⁵⁷⁾ Siehe Rz 1248dc KStR idF Wartungserlass 2019.

¹⁵⁸⁾ § 4 Z 3 TS 3 VO.

¹⁵⁹⁾ *OECD*, Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report (2015) Kap 4.

¹⁶⁰⁾ Vgl Erl zu § 4 Z 2 VO-Entwurf.

¹⁶¹⁾ Siehe dazu Erl zu § 4 Z 2 VO-Entwurf; *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 232.

¹⁶²⁾ § 4 Z 2 VO-Entwurf lautete noch „Keine wirtschaftliche Tätigkeit liegt [...] vor“.

¹⁶³⁾ Vgl *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (59); *Schlager*, RWZ 2019, 33 (34).

¹⁶⁴⁾ EuGH 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16.

¹⁶⁵⁾ Siehe *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 232; *Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 (58 FN 43).

¹⁶⁶⁾ Diese Regelung wird in der Literatur als „doppelte Drittelgrenze“ (*Schilcher/Knesl*, RdW 2019, 54 [59]) oder „zweifache Drittelgrenze“ (*Kanduth-Kristen*, ÖStZ 2019, 81 [87]) bezeichnet. Vgl dazu auch Rz 1248de ff KStR.

aus der wirtschaftlichen Tätigkeit erzielten Einkünfte in Relation zur gesamten Substanz sowie zu den gesamten Einkünften der ausländischen beherrschten Körperschaft gesetzt.¹⁶⁷⁾ Die Ermittlung der erstgenannten Drittelgrenze des § 4 Z 4 VO kann in der Praxis zu Auslegungsproblemen führen. Die zu quantifizierenden Größen (Personal, Ausstattung, Vermögenswerte und Räumlichkeiten) werden in der VO nämlich nicht näher geregelt. So kann in Bezug auf das Kriterium „Personal“ einerseits auf den Personalaufwand abgestellt werden oder andererseits die Ermittlung der Personalanzahl (gemessen in Köpfen oder Vollzeitäquivalenten) relevant sein.¹⁶⁸⁾ Beide Bewertungsvarianten können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die doppelte Drittelgrenze ist eine Vermutung zugunsten des Steuerpflichtigen, die jedoch entsprechende Beweise des Steuerpflichtigen erfordert.

VI. Indizien für den Nachweis der erforderlichen Substanz aus der Rechtsprechung

Die Substanznachweiskriterien der auf der ATAD basierenden österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung sind im Lichte der EuGH-Rechtsprechung auszulegen. Dementsprechend können EuGH-Aussagen zu Substanzanforderungen auch dann für die Auslegung des Substanztests der Hinzurechnungsbesteuerung relevant sein, wenn diese nicht in direktem Zusammenhang mit einem Motivtest einer CFC-Regelung stehen.

Hat der EuGH in der Rs *Cadbury Schweppes* noch exemplarisch von „Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen“¹⁶⁹⁾ als mögliche Beurteilungskriterien gesprochen, so spezifizierte der EuGH in weiteren Judikaten die Kriterien für einen Substanznachweis. In den verbundenen Rs *N Luxembourg 1 ua* und *T Danmark ua* hat der EuGH jüngst „die Geschäftsführung, die Bilanz, die Kostenstruktur, die tatsächlichen Ausgaben, die Beschäftigten, die Geschäftsräume und die Ausstattung der betreffenden Gesellschaft“¹⁷⁰⁾ als relevante Umstände zur Beurteilung der charakteristischen Merkmale der betreffenden Tätigkeit definiert. Die Feststellung einer künstlichen Gesellschaft, der eine reale wirtschaftliche Tätigkeit fehlt, sei stets „anhand der charakteristischen Merkmale der betreffenden Tätigkeit zu ermitteln“.¹⁷¹⁾ In den verbundenen Rs *Deister Holding und Juhler Holding*¹⁷²⁾ und *GS*¹⁷³⁾ schloss der EuGH bei zwischengeschalteten ausländischen Holdinggesellschaften eine generelle Vermutung einer missbräuchlichen Gestaltung aufgrund der ausschließlich vermögensverwaltenden Tätigkeit aus und stellte keine Anforderungen an die Intensität der Tätigkeit und die Höhe der Einkünfte.

Der VwGH hat sich kürzlich mit der Substanz im Kontext der KEST-Entlastung auseinandergesetzt.¹⁷⁴⁾ Die Judikatur dürfte als Interpretationshilfe auch für die Substanznachweisanforderungen der Hinzurechnungsbesteuerung relevant sein. Als Indizien für eine wirtschaftliche Tätigkeit einer solchen Gesellschaft gelten demnach Mitarbeiter mit folgenden Aktivitäten: „strategische Initiativen betreffend die Geschäftsentwicklung und Umsetzung von Anlagemöglichkeiten, [...] Finanzverwaltung, ‚Reporting‘ und ‚Compliance‘, wie Erstellung von Finanzberichten für die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften sowie von aufsichtsrechtlich und steuerrechtlich vorgeschriebe-

¹⁶⁷⁾ Vgl. Erl zu § 4 Z 3 VO-Entwurf; *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 232.

¹⁶⁸⁾ Vgl. *Kanduth-Kristen*, ÖStZ 2019, 81 (87); *Knesl/Hloben* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK-Spezial, 232.

¹⁶⁹⁾ EuGH 12. 9. 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, Rn 67.

¹⁷⁰⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16 ua, Rn 131; *T Danmark ua*, C-116/16 ua, Rn 104.

¹⁷¹⁾ EuGH 26. 2. 2019, *N Luxembourg 1 ua*, C-115/16 ua, Rn 131; *T Danmark ua*, C-116/16 ua, Rn 104.

¹⁷²⁾ EuGH 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16.

¹⁷³⁾ EuGH 14. 6. 2018, *GS*, C-440/17.

¹⁷⁴⁾ VwGH 3. 4. 2019, Ra 2017/15/0070; 27. 3. 2019, Ro 2018/13/0004.

nen Erklärungen, und [...] Büroverwaltung betreffend Führung der Finanzkonten, Zahlungen, Vorbereitung der Geschäftsführungsunterlagen sowie Verwaltung und Aufbewahrung der Akten.“¹⁷⁵⁾ Auch wenn diese Aktivitäten als Merkmale für eine wirtschaftliche Tätigkeit bei Holdinggesellschaften dienen könnten, ist immer auf den Einzelfall abzustellen.

VII. Conclusio

Die Verankerung der Hinzurechnungsbesteuerung im nationalen Recht brachte erhebliche systematische Änderungen im Unternehmenssteuerrecht mit sich und ist wohl die größte steuerpolitische Maßnahme im Konzernsteuerrecht seit der Einführung der Gruppenbesteuerung im Jahr 2005. Umso bedeutender ist es, die österreichische Umsetzung im europäischen Gesamtkontext zu betrachten.

Durch die Ausgestaltung der ATAD als Mindeststandard kommt es zu unterschiedlichen Ausprägungen der CFC-Gesetzgebungen in den Mitgliedstaaten. Die österreichische Umsetzung der CFC-Regelungen der ATAD ist sehr nahe am Mindestschutzniveau der Richtlinie. Dies ist aus standortpolitischen Erwägungen zu begrüßen. Ohne die ATAD würde Österreich wohl kaum eine Hinzurechnungsbesteuerung einführen. Viele andere Mitgliedstaaten haben CFC-Regelungen ebenfalls nur deshalb (widerwillig) eingeführt, um den Verpflichtungen der ATAD zu entsprechen.¹⁷⁶⁾ Im Unterschied zu manchen anderen Mitgliedstaaten verfügte Österreich aber bereits über Instrumente (vgl zB § 22 BAO, § 10 Abs 4 bis 6 KStG aF), die Missbrauch vorbeugten.¹⁷⁷⁾ Fälle, in denen niedrigbesteuerte Auslandsgesellschaften auf dem Prüfstand waren, wurden vom VwGH regelmäßig mit dem Instrument des Missbrauchs (§ 22 BAO) gelöst.¹⁷⁸⁾ Die Notwendigkeit einer Hinzurechnungsbesteuerung hielt sich somit in Grenzen. Die Vorgaben der ATAD waren natürlich dennoch zu erfüllen.

Die Umsetzung der CFC-Regelungen der ATAD in die österreichische Rechtsordnung ist insgesamt legislatisch gelungen. Der österreichische Gesetzgeber hat sich in weiser Voraussicht dafür entschieden, den Substanztest ohne Einschränkung auch im Verhältnis zu Drittstaaten zuzulassen. Beim Substanznachweis bleiben aber trotz der Präzisierungen in der VO noch – wohl bewusst – offene Fragen bestehen. Insbesondere die Frage nach dem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis von Personal, Ausstattung, Vermögenswerten und Räumlichkeiten zur wirtschaftlichen Tätigkeit lässt weiterhin Spielraum für Interpretationen.

Gegen die österreichische Umsetzung des Substanznachweises gibt es aber auch unionsrechtliche Bedenken. Die Beweislast für das Vorhandensein von ausreichender Substanz der beherrschten ausländischen Körperschaft liegt bei der österreichischen Hinzurechnungsbesteuerung nämlich ausschließlich beim Steuerpflichtigen. Eine solche Interpretation verstößt wohl gegen die zu den Grundfreiheiten ergangene EuGH-Judikatur, die eine generelle Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen ohne das Vorliegen eines Anfangsbeweises für unionsrechtswidrig erachtet.¹⁷⁹⁾ Diesem ge-

¹⁷⁵⁾ VwGH 27. 3. 2019, Ro 2018/13/0004. Vgl zur Entscheidung zB *Allram/Sedlaczek*, VwGH zur KEST-Entlastung von Outbound-Dividenden nach der Mutter-Tochter-RL, ÖStZ 2019, 277; *Zorn*, VwGH zur KEST-Entlastung bei Gewinnausschüttung in Drittland, RdW 2019, 418; *Kofler*, Doppelstöckige luxemburgische Zwischenholding und Rückerstattung der Kapitalertragsteuer, GES 2019, 317.

¹⁷⁶⁾ Diese Einschätzung zeigte sich im Rahmen der Diskussion bei der internationalen Konferenz in Rust zum Thema „*Controlled Foreign Company Legislation*“ vom 4. bis 7. 7. 2019, wo Vertreter aus über 40 Nationen (viele davon aus EU-Mitgliedstaaten) von ihren CFC-Gesetzgebungen berichteten.

¹⁷⁷⁾ Siehe dazu ausführlich *Klokar*, Hinzurechnungsbesteuerung, 10 ff; *Klokar/Riedl* in *Lang et al*, CFC Legislation.

¹⁷⁸⁾ Vgl zB VwGH 24. 7. 2007, 2007/14/0029; 22. 9. 2005, 2001/14/0188; 10. 8. 2005, 2001/13/0018; 19. 1. 2005, 2000/13/0176; 9. 12. 2004, 2002/14/0074.

¹⁷⁹⁾ Siehe EuGH 7. 9. 2017, *Eqiom und Enka*, C-6/16; 20. 12. 2017, *Deister Holding und Juhler Holding*, C-504/16 und C-613/16; 14. 6. 2018, GS, C-440/17.

forderten Anfangsbeweis, den die Finanzverwaltung zu erbringen hat, wird im österreichischen Hinzurechnungsbesteuerungsregime nicht ausreichend Rechnung getragen, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen. Die beiden Rechtsprechungslinien in den Rs *Cadbury Schweppes* und *Egiom* müssen nämlich als sich gegenseitig ergänzend verstanden werden. Durch den im Abgabenverfahrensrecht geltenden Amtswegigkeitsgrundsatz (Offizialmaxime) sowie die Pflicht zur amtswegigen Erforschung der materiellen Wahrheit und die – vor allem in den letzten Jahren intensivierten – umfassenden Amtshilfemöglichkeiten der Steuerbehörden erscheint eine solche Beweislastregel zudem kritisch. Eine reine Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen im Besteuerungsverfahren würde wohl eher den Erwägungen der ATAD und der *Cadbury-Schweppes*-Doktrin entsprechen. Spekulationen über eine Verschärfung der Anforderungen an den Substanztest wurden vorerst nicht bestätigt.¹⁸⁰⁾ Die strengen Substanznachweisanforderungen waren damit verfrüht.

¹⁸⁰⁾ Siehe EuGH 26. 2. 2019, X, C-135/17.

Einbringung von inländischem Vermögen durch eine in den USA ansässige Person

Entscheidung: VwGH 20. 11. 2019, Ro 2018/15/0017.

Normen: §§ 4 Abs 12, 27 Abs 3 EStG; DBA USA.

Die Einlagenrückzahlung von Körperschaften gilt gemäß § 4 Abs 12 EStG als Veräußerung einer Beteiligung. Ein Veräußerungsgewinn iSd § 27 Abs 3 EStG idF BudBG 2012, BGBl I 2011/112, liegt insoweit vor, als die Einlagenrückgewähr die Höhe der Anschaffungskosten übersteigt.

Bringt eine ausländische, nicht in der EU oder bestimmten anderen Staaten ansässige Person Vermögen gemäß Art III UmgrStG in eine österreichische Kapitalgesellschaft ein, so ist dies gemäß § 16 Abs 2 Z 2 UmgrStG nur dann unter Buchwertfortführung und sohin ohne Gewinnrealisierung möglich, wenn das Besteuerungsrecht Österreichs hinsichtlich der in den Gesellschaftsanteilen enthaltenen stillen Reserven nicht eingeschränkt ist. Im alten DBA USA, BGBl 1957/232, fehlte eine Art 13 entsprechende Bestimmung.

Wie ein Verständigungsverfahren der Vertragsstaaten ergab, wurde dieser Umstand aus Sicht der Vertragspartner so interpretiert, dass die Vertragsstaaten als Quellenstaaten vertraglich nicht gehindert waren, Gewinne – zB aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen – zu besteuern (vgl VO BGBl 1993/878; *Loukota*, Neues österreichisch-amerikanisches Doppelbesteuerungsabkommen, SWI 1996, 297).

Dies hat bewirkt, dass in den USA ansässige Personen, die inländisches Vermögen (etwa einen österreichischen Betrieb) in österreichische Kapitalgesellschaften gemäß Art III UmgrStG eingebracht haben, diesen Vorgang steuerneutral bewerkstelligen konnten. Nach dem neuen Abkommen gilt das OECD-Konzept, dem zufolge der Nichtansässigkeitsstaat (Quellenstaat) das Recht verliert, Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen zu besteuern, sodass ab Wirksamwerden des neuen Abkommens entsprechende Umgründungsvorgänge zur Besteuerung der stillen Reserven führen können.



Jetzt 20 % sparen!

SWI-Jahresabo 2020
(30. Jahrgang, Heft 1-12)

€ 275,20*
statt € 344,-*

Jetzt Jahresabo 2020
bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

SWI-Jahresabo 2020
(30. Jahrgang 2020, Heft 1-12)

EUR 275,20
statt EUR 344,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abstelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen:  lindeverlag.at  office@lindeverlag.at  01 24 630  01 24 630-23