

Hanns F. Hugel / Florian Gibitz

**Nochmals: Zum Treaty-Shopping-Urteil des VwGH**

TREATY SHOPPING DECISION OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT

Recently, the Austrian Supreme Administrative Court has rendered its first treaty shopping decision. This decision implies that domestic anti-abusive provisions will normally not serve as adequate means to combat treaty shopping. In the March issue of *SWI Loukota*, head of the international tax department of the Federal Ministry of Finance, analyzed this decision and indicated the future methods of the Austrian tax authorities to prevent treaty shopping. The authors critically review this approach.

- I. Einleitung** Im Erkenntnis vom 10. 12. 1997, ZI. 93/13/0185, hatte sich der VwGH erstmals mit einer von der Finanzverwaltung behaupteten mißbruchlichen Einschaltung einer (angeblichen) Durchlaufgesellschaft zur Erlangung von Abkommensbegunstigungen eines DBA auseinanderzusetzen. Der VwGH gab der Beschwerde aufgrund eines Verfahrensmangels statt und hob die Berufungsentscheidung der FLD auf. Die Entscheidung enthält richtungweisende Ausführungen, denen zu entnehmen ist, daß die gegenwärtige Praxis der Finanzverwaltung im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Abkommensmißbrauchs zu einem erheblichen Teil durch das Gesetz nicht gedeckt ist. Zutreffend konstatiert daher *Loukota* in seiner Entscheidungsbesprechung,<sup>1)</sup> daß die österreichische Finanzverwaltung „die erste Runde gegen das international als Mißbrauch eingestufte Unwesen des Treaty Shopping verloren (hat)“. Allerdings verweist er, dem Erkenntnis andererseits, „wertvolle Hinweise für die künftige Bekämpfungsstrategie“ entnehmen zu können.

Die Analyse des Erkenntnisses des VwGH und die von *Loukota* aus diesem gezogenen Schlußfolgerungen sind Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

**II. Sachverhalt**

Folgender Sachverhalt war zu beurteilen: Eine englische Körperschaft hielt alle Anteile an einer in Österreich steueransassigen operativen GmbH. Diese Anteile wurden am 31. 3. 1988 an eine niederländische Tochtergesellschaft der englischen Körperschaft verkauft. Im November 1989 wurde die Dividende für das Geschäftsjahr 1988 an die niederländische Muttergesellschaft bezahlt. Ab 1. 1. 1989 war aufgrund des KStG 1988 der korperschaftsteuerrechtliche Spaltsatz (§ 22 Abs. 2 KStG 1966) entfallen. Dies führte nach Art. 10 DBA-NL bis zur DBA-Revision 1991 BGBl. 18 dazu, daß Österreich keine KEST auf Dividenden an niederländische Muttergesellschaften erheben durfte. Ungeachtet dessen verweigerte die Finanzverwaltung im entschiedenen Fall die Erstattung der KEST. Die Inanspruchnahme des DBA-Niederlande sei ein „Rechtsmißbrauch“ i. S. d. § 22 BAO.<sup>2)</sup> Unter Berufung auf das Vorliegen eines Abkommensmißbrauchs erstmals in der Berufungsentscheidung wurde ausgeführt, daß der Beteiligungserwerb am 31. 3. 1988 zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, in dem der Entfall des Ausschüttungs-Halbsatzes bereits absehbar gewesen sei. Der Beteiligungserwerb sei ausschließlich aus Gründen der Steuerersparnis erfolgt.<sup>3)</sup>

Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel ist Partner einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei und lehrt am Institut für Handels- und Wertpapierrecht der Universität Wien. Dr. Florian Gibitz ist Partner einer international tätigen Rechtsanwaltskanzlei.

<sup>1)</sup> SWI 1998, 105, 111. Zur Analyse der Entscheidung auf Grundlage der „Innentheorie“ zu § 22 BAO vgl. *Lang*, SWI 1998, 216.

<sup>2)</sup> § 94 a EStG sowie die DIVO BGBl. 56/1995 waren zum Zeitpunkt des strittigen Beteiligungsertrages noch nicht erlassen. Diese Bestimmungen kamen daher auf den Streitfall nicht zur Anwendung.

<sup>3)</sup> *Loukota*, SWI 1998, 105, behauptet, die englische Gesellschaft habe „nach Bekanntwerden des Wegfalls der erwähnten Kapitalertragsteuerbelastung“ ihre Beteiligung übertragen. Angaben zu dem Zeit-

Der vom VwGH konstatierte Verfahrensmangel lag darin, daß die niederländische Muttergesellschaft im Verfahren keine Gelegenheit hatte, die Gründe des Beteiligungserwerbs darzulegen. Ferner hat die belangte Behörde nach Ansicht des VwGH zu Unrecht einen Abkommensmißbrauch angenommen, obwohl das Vorliegen einer *ungewöhnlichen* Vorgangsweise von der belangten Behörde nicht einmal behauptet worden sei.

Der VwGH beschränkte sich jedoch nicht nur auf die Feststellung eines Verfahrensmangels, sondern äußerte sich allgemein zum Abkommensmißbrauch und zur Behandlung sogenannter Durchlaufgesellschaften.

### III. Mißbrauch i. S. d. § 22 BAO durch Einschaltung von Durchlaufgesellschaften

Der VwGH bezieht sich zunächst auf seine ständige Judikatur zu § 22 BAO, wonach Gestaltungsmißbrauch nur dann vorliege, wenn die rechtliche Gestaltung im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg *ungewöhnlich* und *unangemessen* sei und ihre Erklärung *nur in der Absicht der Steuervermeidung* finde; es sei zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheine, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenke, oder ob er ohne das Resultat der Steuerminderung einfach unverständlich wäre. *Kumulativ* müssen somit folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Gestaltung muß ungewöhnlich und unangemessen sein, *und*
- sie darf ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung finden.

Entgegen den Ausführungen *Loukotas* kommt es im Rahmen der Überprüfung, ob ein Gestaltungsmißbrauch (unrichtig *Loukotas*: „Rechtsmißbrauch“) vorliegt, weder auf die „ökonomische Sinnhaftigkeit“ noch darauf an, ob außersteuerliche Ziele angestrebt werden, „die nur durch die gewählte Gestaltung erzielbar“ sind. Irrelevant ist es auch, ob die Ziele „ökonomisch sinnvoller ohne die gewählte Gestaltungsakrobatik“ hätten erreicht werden können. Nach der Judikatur des VwGH reicht das Vorliegen eines „(beachtlichen) außersteuerlichen Grundes“, um die Anwendung des § 22 BAO auszuschließen. Mit gutem Grund befaßt sich der VwGH nicht mit der Frage, ob das außersteuerliche Ziel auf verschiedenen Wegen hätte erreicht werden können, welcher Aufwand und welche Vor- und Nachteile mit jedem dieser Wege verbunden wären und welcher der Wege daher der „ökonomischste“ ist.

Abkommensmißbrauch wird von der Finanzverwaltung insbesondere dann behauptet, wenn sie der Ansicht ist, eine im Ausland ansässige Gesellschaft sei ausschließlich zu dem Zweck der Inanspruchnahme von Abkommensbegünstigungen gegründet worden. Damit erhebt sich die Frage, ob die Gründung einer Gesellschaft oder die Übertragung einer Beteiligung als Gestaltungsmißbrauch i. S. d. § 22 BAO eingestuft werden kann. Kommt § 22 BAO als Rechtsgrundlage in Betracht, die juristische Existenz einer Gesellschaft – im Wege eines „Durchgriffs“ auf die Gesellschafter – zu negieren?

Unter Berufung auf *Stoll*<sup>4)</sup> betont der VwGH, ein Mißbrauch könne im allgemeinen nicht in einem einzigen Rechtsschritt, sondern bloß in einer „Kette von Rechtshandlungen“ liegen:

*„Realakte für sich, wie im Beschwerdefall etwa die Übertragung einer Beteiligung oder auch die Gründung einer Kapitalgesellschaft als solche, also Akte, die nicht untrennbarer Teil einer Gesamtgestaltung (des bürgerlichen Rechts) sind, können den Mißbrauchstatbestand nicht erfüllen. Die Übertragung einer Beteiligung als solche kann ebenso wie eine allfällige Gesellschaftsgründung nicht beiseite geschoben werden.“*

---

punkt des „Bekanntwerdens“ enthalten weder die Ausführungen *Loukotas* noch der (uns als Parteienvertreter in dem streitgegenständlichen Verfahren bekannte) Akteninhalt. Der Entwurf des KStG 1988 wurde jedenfalls erst am 11. 4. 1988 in ÖStZ 1988/7 veröffentlicht, die Übertragung der Anteile hatte hingegen bereits am 31. 3. 1988 stattgefunden.

<sup>4)</sup> BAO, Kommentar<sup>2</sup>, Band 1, 246 ff.

Bemerkenswerterweise werden diese Ausführungen von *Loukota* mit keinem Wort erwähnt.

Da Gesellschaftsgründungen in fremden Jurisdiktionen und die Übertragung von Beteiligungen keineswegs ungewöhnlich sind, kommt § 22 BAO – entgegen der wiederholt von *Loukota* vertretenen Auffassung<sup>5)</sup> – zur Bekämpfung des Treaty Shopping nur in Ausnahmefällen in Betracht. Die Steuervermeidungsabsicht *alleine* stellt keine ausreichende Grundlage zur Anwendung des § 22 BAO auf internationale Steuermodelle dar.

Zusätzlich hat der VwGH der von *Loukota* vertretenen Rechtsansicht und der darauf aufbauenden Verwaltungspraxis eine klare Absage erteilt, wonach dem *Ungewöhnlichkeitskriterium* im Falle der Nichtanerkennung von Abkommensbegünstigungen gemäß § 22 BAO keine Bedeutung zukomme. Abgesehen davon, daß die Gründung einer Gesellschaft oder die Abtretung einer Beteiligung in keinem Falle gemäß § 22 BAO negiert werden kann, bleibt es dabei, daß ein Gestaltungsmißbrauch stets zwei Voraussetzungen hat, nämlich:

- das Vorliegen einer *ungewöhnlichen* Gestaltung, die
- ihren Grund *ausschließlich* in der beabsichtigten *Steuerersparnis* findet.

Diese vom VwGH in jahrzehntelanger Rspr. zu § 22 BAO vertretenen Grundsätze gelten auch im Falle des Abkommensmißbrauchs. Der Versuch *Loukotas*, die abweichenden Kriterien der Judikatur des deutschen BFH zum „Rechtsmißbrauch“ in Österreich einzuführen<sup>6)</sup>, ist danach als gescheitert anzusehen.

#### IV. Verhältnis von DBA zu innerstaatlichem Mißbrauchsrecht

Ausdrücklich offengelassen wurde vom VwGH die Frage, ob die Anwendung nationaler Mißbrauchsvorschriften auf DBA-Sachverhalte ein unzulässiges *treaty-override* bedeutet: Sollten die Dividendeneinkünfte nach den dargestellten Grundsätzen nicht der niederländischen Muttergesellschaft (sondern der englischen Konzernobergesellschaft) zuzurechnen sein, käme das DBA-NL nicht zur Anwendung. Aus diesem Grund – so der VwGH – sei „die Frage einer Vereinbarkeit einer inländischen Umgehungsschutzbestimmung mit dem zwischenstaatlichen Abkommensrecht nicht abschließend (zu beurteilen“.<sup>7)</sup>

#### V. Zurechnung der Einkünfte

*Loukota*<sup>8)</sup> glaubt, der VwGH weise der Finanzverwaltung mit folgendem *obiter dictum* einen Weg zur wirksamen Bekämpfung der Einschaltung funktionsloser Durchlaufgesellschaften:

*„Fraglich kann nur sein, ob die Gesellschaft tatsächlich den Zwecken dient, die vorgegeben werden. Wenn dies zu verneinen ist, wenn etwa die Gesellschaft am Erwerbseben nicht in der erklärten Art und Weise teilnimmt oder nicht zwischengeschaltet sinnvolle Funktionen erfüllt, sind die Ergebnisse der entfalteten Tätigkeit nicht der Gesellschaft, sondern den tatsächlichen Trägern der Erwerbstätigkeit zuzurechnen. Dabei*

<sup>5)</sup> Z. B. 13. ÖJT Band III/1, S. 29 f.; ÖStZ 1990, 2 ff.

<sup>6)</sup> Zuletzt wiederum *Loukota*, Neue Strategien gegen den internationalen Gestaltungsmißbrauch, Verhandlungen des 13. ÖJT 1997, S. 5 ff., 13 f.; Nachweise zur Judikatur des BFH bei *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht<sup>2</sup> 1998, Rz. 10.35.

<sup>7)</sup> Diese Frage ist in der österreichischen Literatur umstritten. Für die Vereinbarkeit der Anwendung nationaler Mißbrauchsvorschriften mit DBA, die keinen entsprechenden Vorbehalt enthalten, *Loukota*, z. B. ÖStZ 1990, 6; dagegen z. B. *Lang*, SWI 1991, 55 ff., SWI 1994, 346 ff.; *Gassner/Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im internationalem Steuerrecht, 43 ff., 65; vgl. auch *Beiser*, FJ 1996, 8, 11 ff.

<sup>8)</sup> SWI 1998, 107 f., 109.

*handelt es sich letztlich um die Frage der sachgerechten Zuordnung. In gleicher Weise ist die Errichtung und Einschaltung ausländischer Basisgesellschaften zu sehen.“*

Diese Überlegungen sind nach Ansicht des VwGH dafür entscheidend, ob „die im Beschwerdefall von der inländischen GmbH erfolgte Dividendenausschüttung zu Recht nicht der Beschwerdeführerin (= der niederländischen Muttergesellschaft) zugerechnet wurde“.

Diese Ausführungen des VwGH sind leider in erheblichem Umfang unklar. Nach herrschender und insbesondere vom VwGH geteilter Rechtsansicht sind Einkünfte demjenigen zuzurechnen, der sie bezieht, das heißt, der den einkommensteuerrechtlichen Tatbestand erfüllt. Geht es um Einkünfte aus dem Umsatz von Leistungen, kommt es darauf an, wer die Möglichkeit besitzt, die sich ihm bietenden Marktchancen durch die Erbringung (oder Verweigerung) von Leistungen auszunützen.<sup>9)</sup> Es liegt auf der Hand, daß eine Holding-Gesellschaft keine Leistungen erbringen muß, um Dividenden zu erhalten. Eine über das Halten und Verwalten der Anteile hinausgehende „Teilnahme am Erwerbsleben“ ist nicht zu fordern, ebensowenig wie (darüber hinausgehende?) „sinnvolle Funktionen“ der Holding-Gesellschaft. Vor allem aber ist zu beachten, daß die vom VwGH aufgestellten Grundsätze der „Zurechnung von Einkünften“ für *Inlands- und Auslandssachverhalte gleichermaßen* gelten. Noch nie ist jemand indessen auf den Gedanken gekommen, bei einem Inlandssachverhalt – mangels Teilnahme einer Holding-Gesellschaft am Erwerbsleben oder mangels „sinnvoller Funktionen“ der Holding-Gesellschaft – die Beteiligung und die daraus bezogenen Einkünfte unmittelbar den Gesellschaftern der Holding-Gesellschaft zuzurechnen. Wäre dies anders, so müßte etwa der (steuerpflichtige) Gewinn einer am Erwerbsleben nicht teilnehmenden und im übrigen „funktionslosen“ inländischen Holding in einen gemäß § 10 Abs. 2 KStG steuerfreien Veräußerungsgewinn der ausländischen Obergesellschaft umgedeutet werden. Dies ist zu Recht noch nie vertreten worden.

Entgegen den Ausführungen des VwGH ist die Zurechnung von Dividendeneinkünften nicht an eine qualifizierte „Teilnahme am Erwerbsleben“ oder „sinnvolle Funktionen“ der die Beteiligung haltenden Obergesellschaft geknüpft. Es muß reichen, daß die Obergesellschaft als Eigentümer der Gesellschaftsbeteiligung Anspruch auf die Dividende hat und diese auch tatsächlich bezieht. Anders ist dies in vielen Fällen entsprechend Art. 10 OECD-MA freilich dann, wenn der Eigentümer des Anteils nicht zugleich der *Nutzungsberechtigte* ist. Dann kommt es auf die Person des Nutzungsberechtigten an. Das Abstellen auf den Nutzungsberechtigten soll gerade dem Abkommensmißbrauch entgegenwirken.<sup>10)</sup> Auch dies zeigt, daß es nicht (zusätzlich) auf die vom VwGH genannten Kriterien im Zusammenhang mit der Zurechnung der Dividenden ankommt.<sup>11)</sup>

Daß der vom VwGH vertretene Ansatz, Fälle des Abkommensmißbrauchs durch Anwendung der Grundsätze über die „Zurechnung von Einkünften“ in den Griff zu bekom-

---

<sup>9)</sup> Grundlegend *Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, DJStJG 1977, 7 ff.; *Doral/Ruppe*, Grundriß des österreichischen Steuerrechts<sup>5</sup> I 28 m. w. N.

<sup>10)</sup> *Vogel*, DBA Kommentar<sup>3</sup> Art 10 Rz. 67 f.

<sup>11)</sup> Trotz gewisser Ähnlichkeit in den Formulierungen lassen sich die Ausführungen des VwGH – entgegen *Loukota*, SWI 1998, 108 – nicht dahingehend deuten, daß der VwGH die Judikatur des BFH zum Abkommensmißbrauch übernimmt. Denn hier kommen eben die in der besprochenen Entscheidung vom VwGH deutlich herausgestrichenen, von der deutschen Judikatur abweichenden Voraussetzungen des Gestaltungsmissbrauchs i. S. d. § 22 BAO zur Anwendung. Auch mit den Erk. des VwGH vom 22. 3. 1995, 93/13/0076, ÖStZB 1996, 29, haben die Ausführungen des VwGH – entgegen *Loukota*, SWI 1998, 109 – nichts zu tun. Denn in diesem Erkenntnis geht es nicht um die *Zurechnung* von *Einkünften*, sondern um die Anerkennung von Leistungen eines Steuerinländers an eine im Ausland ansässige Gesellschaft als Betriebsausgabe. *Hier* – und nur hier – kann es von Bedeutung sein, ob die ausländische Gesellschaft über betriebliche Einrichtungen verfügt, mit welchen sie die von dem Steuerinländer bezahlten Leistungen erbringen konnte.

men, nicht überzeugt, wird auch durch *Loukotas* Versuche belegt, diesen Aussagen einen faßbaren Inhalt abzugewinnen: Zunächst vermeint *Loukota*,<sup>12)</sup> Ähnlichkeiten zur „Steuerasensjudikatur“ des BFH festzustellen. Abgesehen davon, daß *Loukota* diese Judikatur wiederholt (wohl irrtümlich) unkorrekt wiedergibt,<sup>13)</sup> handelt es sich dabei gerade um jene Rechtsmißbrauchs-Judikatur zu § 42 dAO, die – infolge der abweichenden Judikatur des VwGH zu § 22 BAO – in Österreich gerade keine Bedeutung hat. Nachdem der VwGH gerade im hier besprochenen Erkenntnis die entsprechenden Ausführungen der belangten Behörde, die – im Anschluß an die Ausführungen *Loukotas* – ausschließlich auf die Rechtsmißbrauchs-Judikatur des BFH gestützt waren und demgemäß kein Wort zum „Ungewöhnlichkeitskriterium“ der VwGH-Judikatur zu § 22 BAO enthielten, eindeutig zurückgewiesen hat, können diese Rechtssätze doch nicht „durch die Hintertüre“ des Einkünftezurechnungskriteriums desselben VwGH-Erkenntnisses propagiert werden!

Entgegen *Loukota*<sup>14)</sup> hat die Frage der Zurechnung von Einkünften auch nicht das Geringste mit dem Erkenntnis des VwGH zu § 162 BAO<sup>15)</sup> zu tun. § 162 BAO verpflichtet Abgabepflichtige zur Empfängerbenennung als Voraussetzung für die Absetzbarkeit für Schulden, andere Lasten oder Aufwendungen. Nach Ansicht des VwGH kann eine „Briefkastenfirma“, d. h. ein Unternehmen, das keinen geschäftlichen Betrieb hat und deswegen keine Leistungen erbringen kann, nicht als Empfänger i. S. d. § 162 BAO angesehen werden. Dies ist ein ganz anderes Problem! § 162 BAO betrifft die Absetzbarkeit von Aufwendungen, nicht die Zuordnung von Dividenden. Abgesehen davon hat der VwGH im vorliegenden Erkenntnis nicht auf das Erfordernis eines „geschäftlichen Betriebs“, sondern auf die „Teilnahme am Erwerbsleben“ abgestellt, was darauf schließen läßt, daß diesen unterschiedlichen Begriffen auch voneinander abweichende Bedeutungsinhalte zuzuordnen sind.

## VI. Rechts- und wirtschaftspolitische Schlußbemerkungen

Zwischen der wirtschaftlichen Bedeutung des Abkommensmißbrauchs und dem dabei betriebenen Argumentationsaufwand besteht häufig ein eklatantes Mißverhältnis. Dies zeigt gerade der vom VwGH entschiedene Fall, der sich noch vor Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie durch § 94 a EStG ereignet hatte: Die Muttergesellschaft der von der Finanzverwaltung als „Durchleitgesellschaft“ eingestuften Bf. war in Großbritannien steueransässig. Selbst unter Zugrundelegung ihrer eigenen Rechtsansicht hätte die Finanzverwaltung daher 4/5 der KEST erstatten müssen und nur 5% einbehalten dürfen (Art. 10 Abs. 1 lit. a DBA-Großbritannien). Denn nach § 22 Abs. 2 BAO wären die Abgaben so zu erheben, als bestünde nicht der beteiligungsmäßige „Umweg“ über die Niederlande, sondern – wie vor der beanstandeten Beteiligungsübertragung – eine Direktbeteiligung der englischen Obergesellschaft.<sup>16)</sup> Bei ausländischen Investoren, die in den wichtigsten Wirtschaftspartner-Ländern ansässig sind, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, stellt sich die Problematik des Abkommensmißbrauchs im Zu-

<sup>12)</sup> SWI 1998, 108.

<sup>13)</sup> *Loukota* führt an mehreren Stellen (ÖStZ 1990, 6; SWI 1998, 108; Verhandlungen zum 13. ÖJT 13 f.) wortgleich aus, daß die Einschaltung von Basisgesellschaften nach der Judikatur des BFH dann rechtsmißbräuchlich sei, wenn „a) entweder wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Errichtung der Gesellschaft fehlen oder (Hervorhebung hinzugefügt) b) diese Gesellschaft keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet“. Entgegen diesen Ausführungen handelt es sich nicht um alternative, sondern um kumulative Tatbestandsmerkmale. Anstatt des Wortes „oder“ steht in den entsprechenden Ausführungen des BFH stets das Wort „und“: vgl. z. B. BFH 29. 1. 1975 BStBl. II 1975, 553, 554; weiters Nachweise bei *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht<sup>2</sup>, 1998 Rz. 10.35. Ebenso die Positivierung dieser Judikatur in § 50 d Abs. 1 a dEStG.

<sup>14)</sup> SWI 1998, 109.

<sup>15)</sup> VwGH vom 22. 3. 1995, 93/13/0076, ÖStZB 1996, 29.

<sup>16)</sup> Auch nach § 50d Abs. 1 a dEStG hat „eine ausländische Gesellschaft ... keinen Anspruch auf Steuerentlastung ..., soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Steuerentlastung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen ...“.

sammenhang mit der KEST-Entlastung seit Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie überhaupt nicht mehr, bei Investoren aus nicht-europäischen Ländern reduziert sich die Frage in der Regel auf die Zulässigkeit eines KEST-Abzuges von 5% (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a OECD-MA).

Abgesehen von der geringen budgetpolitischen Bedeutung der Durchsetzung eines 5prozentigen KEST-Abzuges ist der von der Finanzverwaltung veranstaltete Kreuzzug gegen die Beschränkung des KEST-Abzuges eine bemerkenswert unzeitgemäße Verirrung. Früher wurden ausländische Unternehmer, die Tochtergesellschaften – anstatt in Tschechien oder im fernen Osten – in Österreich einrichteten, mit hohen Subventionen aus Steuergeldern bedacht. Hat dem glücklicherweise das Beihilfeverbot des Art. 93 EGV ein Ende gesetzt, so macht es doch andererseits nicht den geringsten Sinn, Investitionen ausländischer Unternehmen nicht nur nicht zu fördern, sondern durch extensive Mißbrauchsbekämpfung zu behindern. Mit gutem Grund hat der BFH im „Monaco-Urteil“<sup>17)</sup> die Gründung einer Kapitalgesellschaft im Ausland durch einen Ausländer als einen „das inländische Steuerrecht nicht berührenden Vorgang“ eingeordnet, der von vornherein keinen Gestaltungsmissbrauch (§ 42 dAO) begründen könne.<sup>18)</sup> Der nicht-europäische Investor führt durch die Zwischenschaltung einer Euro-Holding bloß die Wettbewerbsgleichheit im Verhältnis zu europäischen Investoren herbei.<sup>19)</sup> Diese Wettbewerbsgleichheit zu verhindern und dadurch Investitionen nicht-europäischer Unternehmen in Österreich zu benachteiligen, kann nicht Anliegen des österreichischen Steuerrechts sein.<sup>20)</sup>

<sup>17)</sup> BFH 29. 10. 1981 BFHE 134, 245 = BStBl. II 1982, 150; dazu schon R. Leitner/Huber, Steuer & Beratung 1990/47.

<sup>18)</sup> Diese Rechtsansicht wird nunmehr ausdrücklich aufgegeben von BFH 27. 8. 1997 i. S. d. R 1998, 113. Im Rahmen der KEST-Entlastung ist dies in Deutschland freilich aufgrund von § 50 d Abs. 1 a dESTG ohne Belang.

<sup>19)</sup> Das Problem der quellensteuerfreien Weiter-Ausschüttung ist damit noch gar nicht gelöst!

<sup>20)</sup> Hinzu kommt, daß die Regeln des Abkommensmissbrauchs gegen „Durchleitgesellschaften“ und „Basisgesellschaften“, soweit sie einen aktiven Geschäftsbetrieb oder aktive Einkünfte voraussetzen (vgl. § 2 VO BGBl. 1995/57; § 10 Abs. 3 KStG), tendenziell kleinere und mittlere Unternehmen diskriminieren. Der (in- oder ausländische) Großkonzern hat ohnehin die finanziellen Ressourcen, um Zwischengesellschaften mit aktiven Geschäftsbetrieben auszustatten.