

RA Univ.-Prof. Dr. **Hanns F. Hügel**, Mödling

Zur Nachversteuerung von Teilwertabschreibungen auf internationale Schachtelbeteiligungen auf Grund des Budgetbegleitgesetzes 2003

Das Budgetbegleitgesetz 2003 führt zwei Varianten der internationalen Schachtelbeteiligung ein: Optiert die Mutter-Körperschaft für eine steuerwirksame Schachtelbeteiligung, sind Veräußerungsgewinne künftig steuerpflichtig, Veräußerungsverluste abzugsfähig. Ohne Optionsausübung liegt eine steuerneutrale internationale Schachtelbeteiligung vor. Veräußerungsgewinne und -verluste sind hier gleichermaßen steuerunwirksam. Teilwertabschreibungen auf Alt-Beteiligungen werden durch § 26a Z 3 und Z 4 KStG nF einer Nachversteuerung unterzogen. Der Beitrag befasst sich schwergewichtig mit der Auslegung, der steuersystematischen Würdigung und mit verfassungsrechtlichen Fragen dieser Übergangsregelung.

Deskriptoren: BBG, Budgetbegleitgesetz 2003; fiktive Teilwertabschreibung; internationale Schachtelbeteiligung; Option; Teilwertabschreibung; Umgründung.

1. Überblick über die Neuregelung des internationalen Schachtelprivilegs

Der im Rahmen der Bekämpfung des „schädlichen Steuerwettbewerbs“ zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union von der Prima-

rolo-Gruppe vorgelegte „Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung“ beanstandet an der Regelung des österreichischen internationalen Schachtelprivilegs die in § 10 Abs 3 Teilstrich 3 KStG angeordnete Ausnahme vom Methodenwechsel zu Gunsten von solchen Mutter-Körper-

schaften, an denen unmittelbar oder mittelbar überwiegend Steuerausländer beteiligt sind, sowie die Tatsache, dass „Kapitalverluste“ abzugsfähig sind, obwohl „Kapitalgewinne“ steuerbefreit sind¹⁾.

Diesen Beanstandungen trägt das Budgetbegleitgesetz 2003²⁾ („BBG“) wie folgt Rechnung:

Die in § 10 Abs 3 Teilstich 3 KStG enthaltene Ausnahme zu Gunsten von Mutter-Körperschaften mit überwiegend ausländischen Gesellschaftern fehlt in der Nachfolgeregelung des § 10 Abs 4 KStG nF³⁾.

Künftig wird zwischen zwei Varianten der internationalen Schachtelbeteiligung unterschieden:

• Bei der *steuerneutralen internationalen Schachtelbeteiligung* bleiben Gewinne, Verluste und sonstige Wertänderungen „außer Ansatz“. Angesichts der umfassenden Steuerneutralität kann künftig nicht mehr zweifelhaft sein, dass auch Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungs-Teilen unter der Schachtelquote steuerfrei sind⁴⁾. Steuerwirksam sind hingegen Verluste bei Untergang der Beteiligung auf Grund von Liquidation oder Insolvenz der ausländischen Tochter-Körperschaft. Allerdings werden solche Verluste um steuerfreie Gewinnanteile jeder Art innerhalb der letzten fünf Wirtschaftsjahre vor der Liquidationseröffnung oder des Eintritts der Insolvenz gekürzt (§ 10 Abs 3 Satz 1–3 KStG nF). Die Steuerneutralität auch von Veräußerungsgewinnen und -verlusten führt zum gänzlichen Ausschluss des Abzugs von Zinsen auf Grund der Anschaffungsfinanzierung.

• Der Steuerpflichtige (die Mutter-Körperschaft) kann eine *Option* zu Gunsten der *Steuerwirksamkeit der internationalen Schachtelbeteiligung* ausüben (§ 10 Abs 3 Satz 4 ff KStG nF). Veräußerungsgewinne sind dann steuerpflichtig, Verluste und sonstige Wertänderungen abzugsfähig. Die Problematik des Schuldzinsenabzugs stellt sich hier künftig wie im Falle von Beteiligungen nach § 10 Abs 1 KStG. Die Option muss bei Abgabe der Körperschaftsteuererklärung für das Jahr der Anschaffung der internationalen Schachtelbeteiligung oder des Entstehens einer internationalen Schachtelbeteiligung durch zusätzliche Anschaffung von Anteilen ausgeübt werden. Bei bestehenden internationalen Schachtelbeteiligungen differenziert die Übergangsvorschrift des § 26a Abs 16 Z 2 KStG nach dem „Alter“ der inländischen Mutter-Körperschaft: Wurde diese vor dem 1. 1. 2001 in das Firmenbuch eingetragen („alte“ Mutter-Körperschaften), muss die Option sowohl für gegenwärtige als auch vor dem 1. 1. 2006 erworbene Beteiligungen spätestens mit der Steuererklärung für das Jahr 2006 ausgeübt werden. Die Steuerwirksamkeit tritt mit Wirkung für die Veranlagung für das Kalenderjahr 2006 in Kraft. Bei Mutter-Körperschaften, die nach dem 31. 12. 2000 in das Firmenbuch eingetragen wurden („junge“ Mutter-Körperschaften), tritt an die Stelle des 1. 1. 2006 bzw an die Stelle der Veranlagung für das Kalenderjahr 2006 der 1. 1. 2004 und die Veranlagung für das Kalenderjahr 2004. Die Option wird durch die Erklärung, dass Gewinne, Verluste und sonstige Wertänderungen steuerwirksam sein sollen, ausgeübt. Sie erstreckt sich auch auf die Erweiterung einer bestehenden internationalen Schachtelbeteiligung durch zusätzliche Anschaffungen. Die Option kann nicht widerrufen werden. Im Falle der Veräußerung oder der Übertragung durch Umgründung innerhalb des Konzerns ist die erwerbende Konzerngesellschaft an die Option gebunden. Nach den Erläut soll die Konzerndefinition des § 15 AktG zur Anwendung kommen.

Die in § 10 Abs 2 KStG nF geregelte Befreiung für „Gewinnanteile jeder Art“ gilt sowohl für steuerneutrale als auch für steuerwirksame internationale Schachtelbeteiligungen⁵⁾.

¹⁾ Zum Verhaltenskodex vgl etwa Gratt, Das Steuerpaket in der EU, SWI 2003, 132 sowie Kristen/Passeryrer, Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung: Die geplanten Änderungen der Bestimmungen zum internationalen Schachtelprivileg, SWI 2003, 225. Weiters Kristen/Passeryrer, Follow-Up zu den Neuerungen zum internationalen Schachtelprivileg nach der Regierungsvorlage zum Budgetbegleitgesetz 2003, SWI 2003, 279; Tissot, Anmerkungen zum Gesetzesentwurf zu § 10 Abs 2–4 KStG, SWK 2003 S 407; Lechner, Internationales Schachtelprivileg, ÖStZ 2003, 132.

²⁾ Der Aufsatz bezieht sich auf die am 11. 6. 2003 im Nationalrat beschlossene Fassung des BBG. Die Erläut zur RV sind abgedruckt unter 59 BlgNR 22. GP S. 273 ff (zum KStG), der Bericht des Budgetausschusses unter 111 BlgNR 22. GP.

³⁾ Die In-Kraft-Tretens-Regelung des § 26a Abs 16 Z 5 KStG nF differenziert – wie im Zusammenhang mit der weiter unten im Text behandelten künftigen Unterscheidung zwischen steuerneutralen und steuerwirksamen internationalen Schachtelbeteiligungen – zwischen „alten“ und „jungen“ Mutterkörperschaften. Für die zuerst genannten gilt die Neuregelung ab der Veranlagung für das Kalenderjahr 2006, für die zuletzt genannten ab der Veranlagung für das Kalenderjahr 2004. Im Budgetabschluss wurde schließlich in § 26a Abs 16 Z 5 lit c KStG nF eine Aufwertungsregelung eingeführt, die der unter Punkt 2.2 behandelten ähnlich ist. Fraglich ist jedoch insbesondere das Verhältnis der Z 5 lit c zu den Ziffern 3 und 4 des § 26a Abs 16 KStG nF. Diesen Fragen kann hier nicht weiter nachgegangen werden.

⁴⁾ Überzeugend Kristen/Passeryrer SWI 2003, 230.

⁵⁾ Auf den ersten Blick ist dies nicht zweifelsfrei: Nach § 10 Abs 3 Satz 4 KStG nF „(gilt) die Steuerneutralität der Beteiligung . . . nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen (i.e. Optionsausübung) nicht“. Nach dem systematischen Zusammenhang bezieht sich die „Steuerneutralität“ auf die im selben Absatz geregelte Freistellung für „Gewinne, Verluste und sonstige Wertänderungen aus internationalen Schachtelbeteiligungen im Sinne des Abs 2“. Dies entspricht auch dem gesetzlich vorgegebenen Inhalt der Optionserklärung (§ 10 Abs 3 Z 1 KStG nF). Während § 10 Abs 2 Z 2 lit b KStG aF deutlicher von „Gewinnen aus der Veräußerung der Beteiligung“ spricht, ist dies hier nicht der Fall. Dass nur die Steuerneutralität der Veräußerungsgewinne entfällt, nicht aber die Steuerfreiheit von Gewinnanteilen aller Art, folgt einerseits aus dem systematischen Zusammenhang im

Der Gesetzgeber nimmt die Neuregelung zum Anlass, den *Anwendungsbereich* des internationalen Schachtelprivilegs zu erweitern:

- Als begünstigte Mutter-Körperschaften gelten auch *unbeschränkt steuerpflichtige ausländische* Körperschaften, die einem inländischen unter § 7 Abs 3 KStG fallenden Steuerpflichtigen vergleichbar sind. Im Ergebnis wird damit der durch die EuGH-Entscheidungen Centros⁶⁾ und Überseering⁷⁾ anerkannte Zuzug von Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten berücksichtigt. Die Erweiterung hat Bedeutung für solche Gesellschaften mit Satzungssitz im Ausland, die ihren Ort der Geschäftsleitung in Österreich unterhalten und aus diesem Grund unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind (§ 1 Abs 2 KStG). Solche *doppelt ansässigen Kapitalgesellschaften* hat die Finanzverwaltung bisher nicht als Mutter-Körperschaften iSv § 10 Abs 2 KStG anerkannt⁸⁾.
- Die Beteiligung an der ausländischen Tochter-Körperschaft muss nicht mehr in Form von „Gesellschaftsanteilen“ bestehen; vielmehr stellt § 10 Abs 2 KStG nF auf das Vorliegen von „Kapitalanteilen“ ab. Dadurch sollen offenkundig auch Substanzgenussrechte iSv § 8 Abs 3 Z 1 KStG erfasst werden⁹⁾. Dies würde jedenfalls dem Begriff der „Kapitalanteile“ in § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG entsprechen¹⁰⁾.

Rahmen desselben Absatzes, ferner aber daraus, dass eine Reaktion auf die Beanstandung durch die Primarolo-Gruppe vorliegt. Deren Beanstandung bezog sich aber auf die asymmetrische Behandlung von „Kapitalgewinnen“ und „Kapitalverlusten“. Letzte Gewissheit bringt § 10 Abs 3 Satz 3 KStG nF: Danach sind steuerwirksame Verluste aus den Liquidations- oder Insolvenzbedingten Untergang der Beteiligung um „steuerfreie Gewinnanteile jeder Art“ der letzten fünf Wirtschaftsjahre zu kürzen.

⁶⁾ EuGH 9. 3. 1999 Rs C-212/97, EuZW 1999/216 = wbl 1999, 262 = ÖStZB 1999, 346.

⁷⁾ EuGH 5. 11. 2002, Rs C-208/00, IStR 2002, 809 = wbl 2003, 96.

⁸⁾ Zuletzt Rz 546 KStR 2001; zur Kritik *Staringer*, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften und internationale Schachtelbefreiung, SWI 1998, 575; *Lang*, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften, SWI 2000, 126; *Rosenberger*, Doppelt ansässige Kapitalgesellschaften im Lichte des § 10 KStG, SWI 2001, 473; *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften [1999] 372 ff.

⁹⁾ So auch *Kristen/Passeyrer* SWI 2003, 280.

¹⁰⁾ Vgl etwa Rz 728 UmgrStR 2002, wo die Einbeziehung von Substanzgenussrechten (wie schon früher in den Erläut zum EU-Anpassungsgesetz: 1701 BlgNR 18. GP S. 8) damit begründet wird, dass § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG nicht nur auf das Beteiligungsausmaß am Nominalkapital abstellt, sondern auch Anteile anspricht, die eine zumindest 25 %ige Beteiligung „am rechnerischen Wert“ der Gesamtanteile umfasst. Für die Formulierung des § 10 Abs 2 KStG nF, die lediglich ein Beteiligungsausmaß „zu einem Zehntel“ anspricht, ohne Nominalkapital oder „rechnerischen Wert“ zu nennen, kann nichts Anderes gelten. Vgl aber die offenkundig eingeschränkte Begriffsbildung in Rz 731 KStR. Das Steuerreformgesetz 1993 BGBl 880 führte demgegenüber in

- Die maßgebliche Beteiligungsquote wird von „einem Viertel“ auf „ein Zehntel“ herabgesetzt.
- Die Besitzfrist wird von zwei Jahren auf ein Jahr herabgesetzt. Auf Grund der Verkürzung der Behaltefrist auf ein Jahr entfällt die vorläufige Besteuerung gemäß § 10 Abs 2 Z 3 KStG aF.
- Künftig wird nicht mehr eine „unmittelbare“ Beteiligung vorausgesetzt. Wirtschaftliches Eigentum an der Beteiligung ist ausreichend¹¹⁾. Die Zwischenschaltung einer in- oder ausländischen (transparenten) Personengesellschaft schadet nicht¹²⁾. Ob die (teilweise) Zwischenschaltung einer (intransparenten) Körperschaft reicht¹³⁾ (Ö-Körperschaft hält 5 % an der ausländischen Körperschaft unmittelbar und weitere 5 % im Wege ihrer 100 %igen Zwischen-Körperschaft), kann hier nicht untersucht werden. Die Anwendung des § 10 Abs 2 KStG nF auf ein *Fruchtgenussrecht* an einer Beteiligung¹⁴⁾ folgt wohl nicht aus der Streichung des Wortes „unmittelbar“¹⁵⁾.

Diese Erweiterungen des internationalen Schachtelprivilegs gelten gemäß § 26a Abs 16 Z 1 KStG nF ab der Veranlagung für das Kalenderjahr 2004. Stille Reserven in einer 10 %- bis weniger als 25 %igen Beteiligung, in einem Substanzgenussrecht oder einer bloß mittelbaren Beteiligung sind ab dem Veranlagungszeitraum 2004 entstrickt¹⁶⁾. Gleiches gilt bei bisher verstrickten Beteiligungen, die doppelt ansässige Körperschaften halten.

Ist die zweijährige Besitzfrist einer Beteiligung am 1. 1. 2004 noch nicht abgelaufen, läuft keine neue einjährige Besitzfrist; vielmehr läuft zufolge der Erläut die neue einjährige Besitzfrist ab dem zurückliegenden Anschaffungszeitpunkt.

§ 31 EStG als Oberbegriff für sämtliche Gesellschaftsrechte an Körperschaften unter Einschluss anteilsartiger Substanzrechte den Begriff „Anteil an einer Körperschaft“ ein (vgl die Erläut 1237 BlgNR 18. GP S. 53). Eine einheitliche Begriffsbildung von EStG, KStG und UmgrStG wäre gesetzessystematisch wünschenswert.

¹¹⁾ Anders heute Rz 557 KStR 2001.

¹²⁾ Anders heute Rz 559 KStR 2001; dazu vgl *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG § 10 Rz 49 f; zutreffende Kritik bei *Ludwig* SWK 1997 S 73 ff und *Blasina* SWI 2002, 171 f.

¹³⁾ Zu Anwendungsfällen bei der nationalen Beteiligungsertragsbefreiung nach § 10 Abs 1 KStG vgl *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG § 10 Rz 14 (vgl auch Rz 49).

¹⁴⁾ Zustimmend *Tissot* SWK 2003 S 407 FN 3; wohl zu Recht skeptisch *Kristen/Passeyrer* SWI 2003, 280. Ablehnend zu § 10 Abs 2 KStG aF: Rz 560 KStR 2001.

¹⁵⁾ Dies könnte aber europarechtlich geboten sein (vgl *Kristen/Passeyrer*, SWI 2003, 280). Unter diesem Blickwinkel ist aber insbesondere unverändert das (wenn auch abgesenkte) Quotenerfordernis des § 10 Abs 2 KStG europarechtlich bedenklich (Hinweise bei *Tissot* SWK 2003 S 407).

¹⁶⁾ Die automatische Nachversteuerung nach § 26a Abs 16 Z 3 KStG nF greift nicht ein, weil eine „Option im Sinne der Z 2 lit. a bzw. der Z 2 lit. b“ nicht in Betracht kommt. Insoweit soll die Besteuerung verstrickter Alt-Reserven nicht sichergestellt werden. Zu offenkundig nicht verwirklichten, gegenteiligen Absichten des BMF vgl den Bericht bei *Tissot* SWK 2003 S 408.

2. Die Behandlung von Alt-Teilwertabschreibungen in der Übergangsregelung des § 26a Abs 16 Z 3 KStG nF

2.1 Veräußerungs-bedingte und Veräußerungsgewinn-begrenzte Nachversteuerung von Teilwertabschreibungen

Schon nach geltendem Recht musste die Mutter-Körperschaft mit einer Nachversteuerung von Teilwertabschreibungen rechnen. Bei Veräußerung der Beteiligung (dazu zählt auch die Liquidation) ist der Veräußerungsgewinn gemäß § 10 Abs 2 Z 2 lit b KStG aF nur *insoweit* steuerfrei, als keine Teilwertabschreibung angesetzt wurde. Daraus folgen zwei Bedingungen der Steuerpflicht: Nur im Falle eines Veräußerungsvorgangs kann die Teilwertabschreibung nachversteuert werden. Da das Gesetz aber nicht explizit eine Nachversteuerung der Teilwertabschreibungen – im Sinne der Fiktion eines steuerpflichtigen Gewinns *in der Höhe der durch die Teilwertabschreibung bewirkten Steuerminderung* – anordnet, sondern den Veräußerungsgewinn „insoweit“ – das heißt in der Höhe der vorgenommenen Teilwertabschreibungen – von der Steuerbefreiung *ausnimmt*, ist die Höhe der Besteuerung *mit der Höhe des Veräußerungsgewinns begrenzt*. War die Teilwertabschreibung höher, kommt es somit nicht zu einer Nachversteuerung der gesamten Teilwertabschreibung¹⁷⁾. *Die Teilwertabschreibung wird somit nur insoweit nachversteuert, als sie sich nachträglich – nämlich auf Grund der Veräußerung der Beteiligung – gewissermaßen als „überholt“ oder schon ursprünglich als „unberechtigt“ erweist*: Die Nachversteuerung der Teilwertabschreibung ist *Veräußerungsbedingte und Veräußerungsgewinn-begrenzt*.

Beispiel 1: Die Anschaffungskosten der internationalen Schachtelbeteiligung betragen 1000. Später erfolgt eine Teilwertabschreibung um 400 auf 600, danach eine Veräußerung um 800. Der gesamte Veräußerungsgewinn von 200 ist steuerpflichtig. Die Teilwertabschreibung von 400 wird nur zur Hälfte nachversteuert.

Ungeachtet der Berücksichtigung früherer Teilwertabschreibungen wird somit *tatsächlich der Veräußerungsgewinn besteuert*. Damit wäre die Besteuerung einer höheren Teilwertabschreibung unvereinbar; dies würde zur Besteuerung eines Scheingewinns führen. Die Nachversteuerung der gesamten Teilwertabschreibung käme einer Rückgängigmachung der Steuerbefreiung gleich.

Die Veräußerungs-bedingte und Veräußerungsgewinn-begrenzte Besteuerung kommt nicht nur auf Teilwertabschreibungen, sondern auch auf bestimmte Fälle der *Übertragung steuerverstrickter stiller Reserven auf internationale Schachtelbeteiligungen* zur Anwendung. Solche *fiktiven Teilwertabschreibungen* sind angeordnet in den §§ 3 Abs 4, 5 Abs 7 Z 1, 9 Abs 4 Z 1, 18 Abs 4 Z 1, 20 Abs 7 Z 1, 30 Abs 3, 34 Abs 3 Z 1, 36 Abs 4 Z 1 und 38d Abs 4 Z 1 UmgrStG.

¹⁷⁾ Vgl das Berechnungsschema in Rz 572 KStR 2001; Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG § 10 Rz 96.

Drei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

Eine nicht unter § 10 Abs 2 KStG fallende Beteiligung wird unter Buchwertfortführung – zB durch Verschmelzung oder Einbringung – auf eine *inländische Mutter-Körperschaft übertragen* und verbindet sich hier mit einer anderen Beteiligung zu einer neuen internationalen Schachtelbeteiligung oder erweitert eine bestehende internationale Schachtelbeteiligung¹⁸⁾. Die gesetzlichen Bestimmungen *fungieren* eine Teilwertabschreibung in der Höhe der bisher in der *übertragenen Beteiligung* verstrickten stillen Reserven. Diese sind nach der Umgründung im *Vermögen der übernehmenden Körperschaft verstrickt*.

Die zweite Fallgruppe betrifft die umgründungsbedingte Entstehung oder Erweiterung einer internationalen Schachtelbeteiligung *an einer übernehmenden (Auslands-)Körperschaft*. Erhält die inländische Mutter-Körperschaft im Zuge der Verschmelzung für die nicht unter § 10 Abs 2 KStG fallenden Anteile an der übertragenden Auslands-Körperschaft Anteile an der übernehmenden Auslands-Körperschaft, die nunmehr Teil einer internationalen Schachtelbeteiligung sind, sorgt auch hier die fiktive Teilwertabschreibung nach § 5 Abs 7 Z 1 UmgrStG für die fortdauernde Verstrickung der stillen Reserven, hier: auf der Ebene des Gesellschafters. Hier geht es um die Aufrechterhaltung der Verstrickung der stillen Reserven *in den untergehenden Anteilen* an der übertragenden Auslands-Körperschaft.

Die dritte Fallgruppe umfasst die Einbringung von Vermögen in eine Auslands-Körperschaft, wenn die gewährten oder (im Falle des Unterbleibens der Anteilsgewährung) die bestehenden Anteile an der übernehmenden Auslands-Körperschaft unter § 10 Abs 2 KStG fallen¹⁹⁾. Hier kommt es zur *Übertragung* der stillen Reserven *im Einbringungsvermögen auf die Anteile an der übernehmenden Auslands-Körperschaft*²⁰⁾.

2.2 Alt-Teilwertabschreibungen und steuerwirksame internationale Schachtelbeteiligungen

Wird die Option (rechtzeitig) ausgeübt, „kann an Stelle des steuerlichen Buchwertes der Beteiligung der gemeine Wert abzüglich vorgenommener Teilwertabschreibungen am Ende des Wirtschaftsjahres, in dem die Option ausgeübt wurde, angesetzt werden“ (§ 26a Abs 16 Z 4 KStG nF). Darin liegt ein *Wahlrecht* der Mutter-Körperschaft. Dieses kann (mangels entgegenstehender Anordnung) spätestens in der Körperschaftsteuererklärung (oder im anschließenden Rechtsmittelverfahren)

¹⁸⁾ Vgl Hügel/Mühlechner/Hirschler, UmgrStG § 3 Rz 104, § 18 Rz 34.

¹⁹⁾ Vgl Hügel/Mühlechner/Hirschler, UmgrStG § 5 Rz 88f, §§ 19/20 Rz 135.

²⁰⁾ Sog „Verdoppelung der stillen Reserven“: Hügel/Mühlechner/Hirschler, UmgrStG § 12 Rz 37, §§ 19/20 Rz 23, Rz 134 zu § 20 Abs 7 Z 1 UmgrStG.

zur Veranlagung, in welche die spätere Veräußerung fällt, geltend gemacht werden²¹⁾.

Den Erläut ist zu entnehmen, dass der Gesetzeswortlaut damit eine „steuerneutrale Aufwertung“ eröffnet. Der Aufwertungsbetrag (= die stille Reserve) ist um die gesamte Teilwertabschreibung, nicht etwa nur um den Betrag der bisher steuerwirksam gewordenen Siebentel-Absetzungen gemäß § 12 Abs 3 Z 2 KStG zu kürzen. Die noch offenen Siebentel-Absetzungen laufen auch nach dem In-Kraft-Treten der Neuregelung (Kalenderjahr 2004 oder 2006) weiter.

§ 26a Abs 16 Z 4 KStG nF bewirkt somit Folgendes: Ohne vorangegangene Teilwertabschreibungen bleiben Alt-Reserven endgültig unbesteuert. Nur nach dem maßgeblichen In-Kraft-Tretenszeitpunkt angesammelte (neue) Reserven werden im Falle der Veräußerung der steuerwirksamen internationalen Schachtelbeteiligung besteuert.

Erfolgt vor dem In-Kraft-Treten Teilwertabschreibungen, so werden diese auch künftig nur Veräußerungsbedingt und Veräußerungsgewinnbegrenzt nachversteuert.

Im Ergebnis werden Alt-Reserven trotz des Statuswechsels zur steuerwirksamen internationalen Schachtelbeteiligung entsprechend der bisherigen Rechtslage behandelt: Beruhen die stillen Reserven auf Teilwertabschreibungen, bleiben sie steuerverstrickt. Stille Reserven auf Grund von Wertsteigerungen über die Anschaffungskosten hinaus bleiben unverstrickt.

Doch wie ist die Rechtslage bei fiktiven Teilwertabschreibungen? Nach dem Wortlaut der Regelung ist der gemeine Wert „abzüglich vorgenommener Teilwertabschreibungen“ anzusetzen. Dies scheint gegen den Abzug *fiktiver* Teilwertabschreibungen zu sprechen. Die Erläut indessen wollen die Regelung auch auf „umgründungsbedingt entstandene fiktive Teilwertabschreibungen“ anwenden. Ist dies steuersystematisch konsequent?

Zunächst könnte für die Meinung der Erläut ins Treffen geführt werden, dass die Mutter-Körperschaft auch im Zusammenhang mit fiktiven Teilwertabschreibungen nicht schlechter gestellt wird als nach bisheriger Rechtslage. Denn auch nach geltendem Recht besteht eine latente Steuerlast in der Höhe der fiktiven Teilwertabschreibung. Zu beachten ist allerdings, dass auf Grund einer teleologischen Reduktion der maßgeblichen Bestimmungen des UmgrStG nicht jeder „Unterschiedsbetrag zwischen den Buchwerten und den höheren Teilwerten“ als fiktive Teilwertabschreibung gilt. Dies ist nicht der Fall, sofern die Einbringungsreserven vor der Einbringung *nicht steuerverstrickt* waren. Dies ist zB bei Einbringung eines *ausländischen Betriebes* in einem Befrei-

ungs-DBA-Staat oder bei Einbringung einer *internationalen Schachtelbeteiligung*²²⁾ der Fall.

Beispiel 2: Die A-GmbH hat eine internationale Schachtelbeteiligung um 1000 angeschafft. Am Ende des Wirtschaftsjahres der Optionsausübung ist der Wert auf 1500 gestiegen. Auf Grund der Optionsausübung kann die Beteiligung steuerfrei auf 1500 aufgewertet werden. Die Alt-Reserven bleiben unverstrickt. Erfolgt nach In-Kraft-Treten der Neuregelung eine Veräußerung um 1800, werden nur die Neu-Reserven von 300 besteuert.

Beispiel 3: Die A-GmbH hat die um 1000 angeschaffte internationale Schachtelbeteiligung nach Eintritt der Wertsteigerung auf 1500 in ihre 100 %ige Auslands-Tochter-AG eingebracht. Die stille Reserve von 500 gilt kraft der beschriebenen teleologischen Reduktion des § 20 Abs 7 Z 1 UmgrStG nicht als Teilwertabschreibung auf die internationale Schachtelbeteiligung an der Auslands-Tochter-AG. Wird für diese die Option zur Steuerwirksamkeit ausgeübt, kann (wie im Beispiel 2) die Beteiligung steuerfrei auf 1500 aufgewertet werden (unter der Annahme, dass die Auslands-Tochter-AG nur die eingebrachte Beteiligung hält).

Steuersystematisch wäre somit eine Anordnung berechtigt, wonach auch fiktive Teilwertabschreibungen den anzusetzenden gemeinen Wert kürzen. Es ist jedoch fraglich, ob dies mit dem Wortlaut des § 26a Abs 16 Z 4 KStG vereinbar ist. Die Wendung „*vorgenommene* Teilwertabschreibungen“ stellt nämlich auf eine *Disposition der Mutter-Körperschaft*, nämlich auf die Vornahme im Sinne von Geltendmachung einer Teilwertabschreibung ab. Gerade dies ist bei der fiktiven Teilwertabschreibung nach den einschlägigen Bestimmungen des UmgrStG aber nicht der Fall. Vielmehr ist der (um die stillen Reserven ungekürzte) steuerliche Buchwert der Anteile *mit dem Betrag der fiktiven Teilwertabschreibung latent belastet*. Entgegen der Rechtsmeinung der Erläut ist eine fiktive Teilwertabschreibung mE keine „vorgenommene“ Teilwertabschreibung iSv § 26a Abs 16 Z 4 KStG nF.

2.3 Alt-Teilwertabschreibungen und steuerneutrale internationale Schachtelbeteiligung

Übt die Mutter-Körperschaft die Option nicht aus, kommt es zu einer *Nachversteuerung von Teilwertabschreibungen*, die über einen Zeitraum von sieben Jahren verteilt ist (§ 26a Abs 16 Z 3 KStG nF): Haben Teilwertabschreibungen stattgefunden, „ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem steuerlich maßgebenden Buchwert und den seinerzeitigen Anschaffungskosten jeweils im unmittelbar folgenden Wirtschaftsjahr mit mindestens einem Siebentel und in den jeweils sechs weiteren Wirtschaftsjahren ebenfalls mit mindestens einem Siebentel gewinnerhöhend anzusetzen“²³⁾. Das

²¹⁾ Vgl zur Geltendmachung von Betriebsausgaben und der Anrechnung von Erbschafts- und Schenkungssteuer gemäß § 24 Abs 5 EStG oder § 31 Abs 4 EStG noch im Berufungsverfahren: *Ritz*, BAO² § 115 Rz 25.

²²⁾ Rz 1165 UmgrStR 2002; früher schon BMF 15. 12. 1997 SWK 1998 S 27; BMF 18. 8. 1999, ARD 5059/19/99; BMF 6. 6. 2000 ARD 5140/32/2000; BMF 29. 11. 2000 RdW 2001, 253; *Hügel/Mühlechner/Hirschler*, UmgrStG §§ 19/20 Rz 138; *C. Huber*, Internationale Kapitalbeteiligungen im Umgründungssteuerrecht, SWI 2000, 121, 125.

²³⁾ Auch diese Regelung differenziert hinsichtlich des In-Kraft-Tretens zwischen „alten“ und „jungen“ Mut-

Wort „mindestens“ bedeutet, dass die Mutter-K \ddot{o} rperschaft j \ddot{a} hrlich auch h \ddot{o} here Betr \ddot{a} ge gewinnerh \ddot{o} hend ansetzen kann.

Gegen \ddot{u} ber dem Fall der Optionsaus \ddot{u} bung bestehen zwei erhebliche „Versch \ddot{a} rftungen“:

- Die Besteuerung greift ab dem In-Kraft-Treten des § 10 Abs 3 KStG nF *automatisch* ein. Die Besteuerung findet somit unabh \ddot{a} ngig von einer Ver \ddot{a} u \ddot{b} erung statt.
- Dadurch entf \ddot{a} llt auch die Begrenzung durch die H \ddot{o} he des Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsgewinns. Zu versteuern ist vielmehr „der Unterschiedsbetrag zwischen dem steuerlich ma \ddot{B} gebenden Buchwert und den seinerzeitigen Anschaffungskosten“.

Beispiel 4: Die Beteiligung wurde um 1000 angeschafft und in der Folge um 300 auf den Teilwert von 700 abgeschrieben. Infolge einer Wertsteigerung hat die Beteiligung zum ma \ddot{B} geblichen In-Kraft-Tretens-Zeitpunkt einen Teilwert von 900. Zu versteuern ist dennoch 300. In der H \ddot{o} he von 100 wird ein „fiktiver Gewinn“ besteuert.

Beispiel 5: Wie Beispiel 4, der Teilwert ist zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens auf 1200 angestiegen. Auch hier kommt es zur Nachversteuerung der (gesamten) Teilwertabschreibung von 300. Die \ddot{u} ber die Anschaffungskosten hinausgehende stille Reserve von 200 bleibt – wie unter dem alten Regime – auch k \ddot{u} nftig nicht steuerverstrickt. Das Gesetz regelt andererseits auch keine „Hochschreibung“ des steuerlichen Buchwerts. Dies ist nicht zu beanstanden, weil der steuerliche Buchwert zuk \ddot{u} nftig keine Relevanz mehr hat, weder f \ddot{u} r die Ermittlung eines Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsgewinns, noch f \ddot{u} r die Vornahme einer Teilwertabschreibung.

Steuersystematisch ist zu beanstanden, dass die Nachversteuerung unabh \ddot{a} ngig vom Vorliegen eines Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsvorganges und von der H \ddot{o} he der aktuell vorhandenen stillen Reserven stattfindet. Im Ergebnis wird ein in der Vergangenheit gew \ddot{a} hrter Steuerabzug *widerrufen*. Dies d \ddot{u} rftte gegen die Judikatur des VfGH zum gleichheitsrechtlichen Vertrauensschutz versto \ddot{b} en²⁴). Allerdings liegt nicht ein Eingriff in „wohlerworbene Rechte“ vor, deren Entzug nur bei „besonderen Umst \ddot{a} nden“ – etwa wenn das Gesetz „gezielt Anreize f \ddot{u} r Investitionen schaffen wollte“ – gleichheitswidrig ist (auch „unechte R \ddot{u} ckwirkung“ genannt). Die Sachlage \ddot{a} hneln vielmehr den („echten“) R \ddot{u} ckwirkungsf \ddot{a} llen, weil § 26a Abs 16 Z 3 KStG nF das Vertrauen des Steuerpflichtigen in die *bereits vorgenommene Teilwertabschreibung* ent-

t \ddot{a} uscht²⁵). Zwar wird – anders als in den Normalf \ddot{a} llen der „echten“ R \ddot{u} ckwirkung – die Teilwertabschreibung nicht mit (R \ddot{u} ck-)Wirkung auf jene Veranlagungszeitr \ddot{a} ume, in denen die Teilwertabschreibung erfolgte, angeordnet; dass die entsprechende Steuerschuld *erst sp \ddot{a} ter* entsteht (2004 oder 2006) \ddot{a} ndert im Ergebnis freilich nichts daran, dass der Gesetzgeber die in der Vergangenheit berechtigt bewirkte Steuererminderung nachtr \ddot{a} glich entzieht. Darin liegt eine „echte“ R \ddot{u} ckwirkung. Sie begr \ddot{u} ndet in der Regel einem Versto \ddot{b} gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz²⁶).

Auch die Differenzierung zwischen Optionsaus \ddot{u} bung und unterlassener Optionsaus \ddot{u} bung ist im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz bedenklich. Im Falle der Optionsaus \ddot{u} bung werden Teilwertabschreibungen nur erfasst, wenn und soweit es zu einem Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsgewinn kommt. Ohne Optionsaus \ddot{u} bung kommt es zur *automatischen* Besteuerung, somit unabh \ddot{a} ngig von einem Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsvorgang. Die Teilwertabschreibung wird nicht nur im Umfang eines Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsgewinns besteuert. Vielmehr wird die Teilwertabschreibung *selbst* r \ddot{u} ckg \ddot{a} ngig gemacht, so dass der steuerpflichtige Gewinn h \ddot{o} her sein kann als der Betrag der stillen Reserven. Die Teilwertabschreibung wird nicht nur in jenem Umfang nachversteuert, in dem sie sich nachtr \ddot{a} glich als „unberechtigt“ oder „ \ddot{u} berholt“ erweist. Sachliche Gr \ddot{u} nde f \ddot{u} r die Ungleichbehandlung den Options- und Nicht-Optionsf \ddot{a} lle sind nicht ersichtlich. In beiden F \ddot{a} llen geht es um die Ber \ddot{u} cksichtigung von Alt-Reserven auf Grund von Teilwertabschreibungen, mit deren Nachversteuerung nur Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsbedingt und Ver \ddot{a} u \ddot{b} erungsgewinnbegrenzt gerechnet werden musste.

Siebel-Absetzungen gem \ddot{a} ß § 12 Abs 3 Z 2 KStG laufen weiter, weil sie auf einer vor dem In-Kraft-Treten der Neuregelung zul \ddot{a} ssiger Weise vorgenommenen Teilwertabschreibung beruhen. Die *zeitliche Verteilung* der Steuererminderung wird durch die Neuregelung mangels gegenteiliger Anordnung nicht ber \ddot{u} hrt. Andernfalls k \ddot{a} me es zu einer „Nachversteuerung“ im Wege einer den tats \ddot{a} chlichen Steuervorteil \ddot{u} bersteigenden Gewinnerh \ddot{o} hung²⁷). Entsprechend der Anzahl der noch offenen Siebel-Absetzungen werden diese in den Wirtschaftsjahren nach dem In-Kraft-Treten einen Teil der Siebel-Nachversteuerungen neutralisieren.

Der (zu versteuernde) „Unterschiedsbetrag zwischen dem steuerlich ma \ddot{B} gebenden Buchwert und den seinerzeitigen Anschaffungskosten“ kann seine Ursache auch in einer *steuerunwirksamen*

ter-K \ddot{o} rperschaften. Nachzuversteuern sind im ersten Fall Teilwertabschreibungen, die vor dem letzten im Kalenderjahr 2006 endenden Wirtschaftsjahr vorgenommen wurden, im zuletzt genannten Fall kommt es auf das letzte vor dem Kalenderjahr 2004 endende Wirtschaftsjahr an. Die Nachversteuerung beginnt „jeweils im unmittelbar folgenden Wirtschaftsjahr“.

²⁴) Zuletzt VfGH 3. 3. 2000, G 172/99, \dd{O} StZB 2000, 407 – „Firmenwertabschreibung“; Darstellung der vorangegangenen VfGH-Judikatur bei H \ddot{u} gel, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz im Abgabenrecht – Das StruktAnpG 1996 auf dem Pr \ddot{u} fstand –, \dd{O} StZ-Sonderheft 1997, 9.

²⁵) Eine *r \ddot{u} ckwirkende* Beseitigung von Steuervorteilen auf Grund sch \ddot{a} dlichen Steuerwettbewerbs ist auch durch den Verhaltenskodex nicht gefordert: Kristen/Passeyrer SWI 2003, 234.

²⁶) Analyse der Judikatur des VfGH, die im Falle „echter“ R \ddot{u} ckwirkung ohne „besondere Umst \ddot{a} nde“ einen Versto \ddot{b} gegen den Gleichheitssatz annimmt: H \ddot{u} gel aaO.

²⁷) Vgl das Beispiel bei Kristen/Passeyrer SWI 2003, 640 f.

ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung haben (§ 12 Abs 3 Z 1 KStG). Denn auch die ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung führt zu einer Minderung des steuerlichen Buchwerts²⁸⁾. *Insoweit* ist eine Nachversteuerung, weil ihr keine steuermindernde Teilwertabschreibung vorangegangen ist, jedenfalls unberechtigt, § 26a Abs 16 Z 3 KStG nF ist insoweit teleologisch zu reduzieren.

Wie im Falle der Optionsausübung ist schließlich zu fragen, ob die Nachversteuerung auch für fiktive Teilwertabschreibungen gilt. Dies wird auch hier von den Erläut. bejaht. Dies ist indessen mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

§ 26a Abs 16 Z 3 KStG nF setzt voraus, dass „für eine Beteiligung . . . der niedrigere Teilwert (§ 6 Z 2 lit. a) EStG 1988) angesetzt worden (ist)“. Hat keine Teilwertabschreibung stattgefunden, liegt in der Übertragung stiller Reserven aus Anlass einer Umgründung nicht der „Ansatz“ des „niedrigeren Teilwertes“. Ganz im Gegenteil: Der sich durch Anwendung der für die Anteile an der übernehmenden Körperschaft maßgeblichen Bewertungsvorschriften (zB § 5 Abs 1 und 5 UmgrStG, § 20 Abs 2-4 UmgrStG) ergebende steuerliche Buchwert wird *nicht* um den genannten „Unterschiedsbetrag“ (= Betrag der stillen Reserve) ge-

kürzt. Der steuerliche Buchwert stimmt auch nicht mit dem *Teilwert* überein. Davon, dass „der niedrigere Teilwert . . . angesetzt worden (ist)“, kann somit keine Rede sein. Auch hier scheitert – entgegen den Erläut. – die Einbeziehung der fiktiven Teilwertabschreibungen am eindeutigen Gesetzeswortlaut. Steuersystematisch berechtigt wäre indessen – wie im Rahmen des § 26a Abs 16 Z 4 KStG nF – die Berücksichtigung stiller Reserven im umgründungsbedingt übertragenen Vermögen, die vor der betreffenden Umgründung steuerverstrickt waren. Auch hier kommt aus verfassungsrechtlichen Gründen jedoch nur eine fortdauernde Verstrickung – also die Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtslage für Alt-Reserven – in Betracht. Die *automatische* Nachversteuerung – ohne Vorliegen eines Veräußerungsvorganges und ohne Begrenzung durch den Veräußerungsgewinn – wäre bei *fiktiven* Teilwertabschreibungen, die nicht auf *tatsächlichen* Teilwertabschreibungen beruhen, besonders unerträglich. Denn hier läge nicht einmal die Rückgängigmachung eines dem Steuerpflichtigen immerhin in der Vergangenheit zugekommenen Steuervorteils vor.

Korrespondenz: RA Univ.-Prof. Dr. Hanns F. H \ddot{u} gel, Haarmann H \ddot{u} gel Rechtsanwälte OEG, Ares Tower, Donau-City-Straße 11, A-1220 Wien, Österreich.

²⁸⁾ Rz 1227 K \ddot{o} StR 2001.