

I. Rechtsentwicklung

- 1 **Art 4** der „**EU Anti-Tax Avoidance Directive**“ (Richtlinie [EU] 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016, auch bekannt als Anti-BEPS-Richtlinie, in der Folge ATAD) verpflichtet die Mitgliedstaaten der EU – und damit auch Österreich – zur Einführung einer **Zinsschrankenregelung** in ihren nationalen Rechtsbestand. Dabei orientiert sich die Regelung in der ATAD stark an den Vorarbeiten der OECD in **BEPS-Aktionspunkt 4** (OECD, Begrenzung der Gewinnverkürzung durch Zins- und wirtschaftlich vergleichbare Aufwendungen, Aktionspunkt 4: Abschlussbericht 2015; OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update) sowie an der **deutschen Zinsschrankenregelung** (§ 4h dEStG, § 8a dKStG). Letztere wurde bereits mit 1.1.2008 im deutschen Ertragsteuerrecht eingeführt.

Gemäß der verpflichtend umzusetzenden **Grundregel** des Art 4 Abs 1 ATAD ist Körperschaften die **Abzugsfähigkeit** von betrieblich veranlassten Zinsaufwendungen insofern zu versagen, als der Saldo von Zinsaufwendungen und Zinserträgen einen bestimmten Prozentsatz (max 30 %) eines modifizierten Betriebsergebnisses („steuerliches EBITDA“) übersteigt. Über diese Grundregel hinaus bietet Art 4 ATAD **verschiedene optionale Ausnahmeregelungen**, durch deren Umsetzung – ungeachtet der Grundregel – ein partieller oder vollständiger Abzug von Zinsaufwendungen erreicht werden kann (ausführlich zu Art 4 ATAD s *Mayer*, Zinsschranke 29 ff).

Die Mitgliedstaaten hatten die Regelungen der ATAD grundsätzlich bis 31.12.2018 in nationales Recht umzusetzen (Art 11 Abs 1 ATAD). Davon abweichend konnten Mitgliedstaaten für die Einführung der Zinsschranke eine **verlängerte Übergangsfrist bis 31.12.2023** in Anspruch nehmen, wenn sie zum 8.8.2016 bereits über nationale Vorschriften zur Bekämpfung von Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (Base Erosion and Profit Shifting, kurz BEPS) verfügten, die „gleichermaßen wirksam“ sind wie die Zinsschranke. Österreich wollte unter Berufung auf das Abzugsverbot für niedrigbesteuerter Zinsen und Lizenzgebühren (§ 12 Abs 1 Z 10 KStG) von der verlängerten Umsetzungsfrist Gebrauch machen und legte der Europäischen Kommission gegenüber dar, dass es sich dabei um eine gleichermaßen wirksame Vorschrift handelt (dazu IA 1109/A 27. GP 15; weiters *Mayr*, BB 14/2017, I; *Schlager*, RWZ 2018, 111; vgl auch die Ausführungen in der Beantwortung der parlamentarischen Anfrage: BMF 16.8.2019, 3758/AB NR 26. GP). Im Schrifttum wurde § 12 Abs 1 Z 10 KStG weithin als „gleichermaßen wirksam“ wie Art 4 ATAD erachtet (vgl *Bendlinger/Kofler*, RdW 2016, 784; *Zöchling/Brugger*, SWK 2016, 1064; *Kofler in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie 16; *Mayr*, BB 2017, 14/2017, I; *Zöchling in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie 54; *Petutschnig*, ÖStZ 2018, 717; *Schönfeld in Lang*, Europäisches Steuerrecht, DStJG 41, 519; kritisch *Spindler-Simader/Wöhrrer*, ET 2018, 288, aA *Desens*, SWI 2018, 474. Ausführlich dazu *Mayer*, SWI 2019, 118 ff).

Jedoch gab die **Europäische Kommission** per **Mitteilung vom 7.12.2018** bekannt, dass sie die österreichischen Vorschriften nicht als „gleichermaßen wirksam“ wie die Zinsschranke erachtet (Mitteilung der Kommission, 2018/C 441/01, Maßnahmen, die als gleichermaßen wirksam wie Artikel 4 der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken angesehen werden, ABL C 441 vom 7.12.2018, S 1; dazu *Mayer*, SWI 2019, 115; *Mitterlehner/Panholzer*, SWK 2019, 108), weshalb sich Österreich nach Ansicht der Europäischen Kommission letztlich nicht auf die verlängerte Umsetzungsfrist berufen konnte. Mangels Umsetzung zum 31.12.2018 richtete die Europäische Kommission am 25.7.2019 ein **Aufforderungsschreiben** an Österreich, die Zinsschranke umzusetzen. Mit diesem Schritt wurde ein förmliches **Vertragsverletzungsverfahren** gegen Österreich eingeleitet (INFR[2019]2155). Österreich hatte innerhalb einer Frist von zwei Monaten ein ausführliches Antwortschreiben an die Kommission zu übermitteln. Am 27.11.2019 beschloss die Europäische Kommission, Österreich eine **mit Gründen versehene Stellungnahme** zuzustellen und aufzufordern, die Zinsschranke in nationales Recht umzusetzen. Da Österreich der Aufforderung nicht binnen zwei Monaten nachkam, stand der Kommission das Recht zu, den Fall an den EuGH zu verweisen. Im Zuge der Verhandlungen zwischen Österreich und der Europäischen Kommission wurde Österreich allerdings ein **Aufschub bis zum 31.12.2020** eingeräumt (vgl *Mayr*, RdW 2020, 944 in FN 4).

Der **Initiativantrag** zum Beschluss des **COVID-19-Steuermaßnahmengesetzes** 2 (COVID-19-StMG) vom 20.11.2020 sah die Einführung der Zinsschranke in § 12a KStG vor (mit diversen Begleitmaßnahmen bspw in § 10a Abs 3 KStG für das Zusammenspiel mit der Hinzurechnungsbesteuerung, § 21 Abs 1 Z 2 lit a KStG für inländische Betriebsstätten, § 24a Abs 3 Z 1 KStG hinsichtlich der Ermittlung des Gruppeneinkommens oder § 26c Z 80 KStG für Übergangs- und Inkrafttretensbestimmungen). Per **Abänderungsantrag** wurden letztlich noch geringfügige Änderungen im Vergleich zum Initiativantrag vorgenommen und die Ausnahme für langfristige öffentliche Infrastrukturprojekte nachträglich in § 12a Abs 9 KStG aufgenommen. Die Beschlussfassung im Nationalrat erfolgte am 10.12.2020. Insoweit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, die verlängerte Übergangsfrist der ATAD jedenfalls ab 2021 nicht in Anspruch zu nehmen. Das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren wurde schließlich per 9.6.2021 eingestellt. Ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH hätte sich allenfalls darauf beziehen können, ob Österreich die Zinsschranke für die Jahre 2019 und 2020 zu Unrecht nicht umgesetzt hatte. Für betroffene Steuerpflichtige wäre ein solches Ergebnis aber jedenfalls folgenlos geblieben, da eine direkte Anwendung der ATAD-Zinsschranke (die an sich Folge einer Nichtumsetzung ins inner-

staatliche Recht wäre) nicht zum Nachteil des Steuerpflichtigen erfolgen darf (vgl ua EuGH 26.2.1986, 152/84, *Marshall*, EU:C:1986:84).

- 3 Mit dem **COVID-19-Steuermaßnahmengesetz** (BGBl I 2021/3) wurde die Zinsschranke in § 12a KStG eingeführt. Die Regelung trat mit 1.1.2021 in Kraft und war erstmalig für Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 beginnen (§ 26c Z 80 KStG). Die Zinsschranke greift daher bei einem Regelbilanzstichtag ab dem Jahr 2021, bei einem abweichenden Wirtschaftsjahr ab 2021/2022. Zu Besonderheiten betreffend das Inkrafttreten in Unternehmensgruppen s Rz 291. Obwohl die Zinsschranke im COVID-19-Steuermaßnahmengesetz enthalten war, stand die Regelung in keinem engeren Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie.

Die Umsetzung der Zinsschranke orientierte sich am **Mindeststandard der ATAD** und vermied ein österreichspezifisches „Gold Plating“ durch weitestgehende **Ausnutzung der Gestaltungsspielräume** der ATAD, zB hinsichtlich des Prozentsatzes der Abzugsfähigkeit oder des Umfangs der Ausnahmeregelungen. Im Schrifttum wurde dies als moderate Umsetzung oder maßvolle Umsetzung bezeichnet (*Schilcher/Titz*, RdW 2021, 47; *Kofler*, GES 2021, 1). Im Gegenzug dazu blieben die bereits bestehenden spezifischen Zinsabzugsverbote in § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG erhalten und parallel zur Zinsschrankenregelung anwendbar (weiterführend s *Schilcher/Titz*, RdW 2021, 47; über deren Verbleib wurde im Schrifttum weithin diskutiert, vgl für viele *Mayer*, Zinsschranke 320 ff).

- 4 In der am 10.9.2021 kundgemachten **EBITDA-Ermittlungs-VO** (BGBl II 2021/390) wurden Details zur Ermittlung des steuerlichen EBITDA geregelt. Die EBITDA-Ermittlungs-VO war – wie auch § 12a KStG – erstmalig für Wirtschaftsjahre anzuwenden, die nach dem 31.12.2020 beginnen.

II. Aufbau der Vorschrift

- 5 § 12a regelt, für welche Körperschaften und unter welchen Voraussetzungen die Zinsschranke zur Anwendung gelangt und zu einer **Versagung der Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen** führt inklusive damit zusammenhängender weiterer Rechtsfolgen wie bspw dem Vortrag von nicht abzugsfähigen Zinsaufwendungen (Zinsvortrag) oder ungenutztem verrechenbarem EBITDA (EBITDA-Vortrag).
- 6 Die Zinsschrankenregelung in § 12a ist wie folgt aufgebaut:
- Abs 1 enthält die **Grundregel**, wonach ein „**Zinsüberhang**“ (abzugsfähige Zinsaufwendungen abzüglich steuerpflichtiger Zinserträge) in einem Wirtschaftsjahr nur iHv **30 % des „steuerlichen EBITDA“** abzugsfähig ist. Jedenfalls abzugsfähig ist ein Zinsüberhang iHv **3 Mio €** pro Veranlagungszeitraum (**Freibetrag**).

- Abs 2 definiert den **persönlichen Anwendungsbereich** der Zinsschranke: Die Zinsschranke ist auf unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften iSd § 1 Abs 2 Z 1 KStG sowie auf beschränkt steuerpflichtige Körperschaften iSd § 1 Abs 3 Z 1 lit a KStG mit inländischer Betriebsstätte anzuwenden. Weiters beinhaltet Abs 2 die Ausnahme für **eigenständige Unternehmen**, gemäß der bei Erfüllung der erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen die Zinsschranke bei einer Körperschaft nicht zur Anwendung kommt.
- Zur Ermittlung des „**Zinsüberhangs**“ enthält Abs 3 entsprechende Bestimmungen.
- Die Berechnung des „**steuerlichen EBITDA**“ ist in Abs 4 sowie in der EBITDA-Ermittlungs-VO geregelt. Abs 8 enthält die entsprechende Verordnungsermächtigung.
- Ist eine Körperschaft vollständig in einen Konzernabschluss einbezogen (vollkonsolidiert), kommt die Zinsschranke nicht zur Anwendung, wenn die Eigenkapitalquote der Körperschaft gleich hoch oder höher ist als die Eigenkapitalquote des Gesamtkonzerns. Ein Unterschreiten der Konzern-eigenkapitalquote bis zu 2 Prozentpunkten ist unschädlich. Die diesbezüglichen Voraussetzungen der **Eigenkapital-Escape-Klausel** sind in Abs 5 näher geregelt.
- Aufgrund der Zinsschranke nicht abzugsfähige Zinsaufwendungen können auf Antrag zeitlich und betraglich unbegrenzt in die darauffolgenden Wirtschaftsjahre vorgetragen werden (**Zinsvortrag**). Ungenutztes verrechenbares EBITDA kann auf Antrag betraglich unbegrenzt in die darauffolgenden fünf Wirtschaftsjahre vorgetragen werden (**EBITDA-Vortrag**). Abs 6 regelt die Voraussetzungen und Verrechnung der Vortragsmöglichkeiten. Für Regelungen betreffend den Übergang von Zins- und EBITDA-Vorträgen in Zusammenhang mit Umgründungen enthält Abs 6 Z 3 eine Verordnungsermächtigung.
- Abs 7 enthält **Sondervorschriften für Unternehmensgruppen**, Abs 8 eine **Verordnungsermächtigung** für die Ermittlung des EBITDA und Gruppen-EBITDA.
- Der im Initiativantrag zum COVID-19-StMG noch nicht enthaltene, sondern mit Abänderungsantrag ergänzte, Abs 9 enthält die **Ausnahme für langfristige öffentliche Infrastrukturprojekte**: Zinsaufwendungen für Darlehen in Zusammenhang mit derartigen Projekten unterliegen nicht der Zinsschranke. Korrespondierend dazu bleiben Erträge aus diesen Projekten bei der Ermittlung des steuerlichen EBITDA außer Ansatz.
- Weitere Regelungen in Zusammenhang mit der Zinsschranke wurden in anderen Bestimmungen im KStG eingefügt. § 26c Z 80 KStG enthält die **Ausnahme von Altdarlehen** von der Zinsschranke („Bestandsschutzklausel“): Zinsaufwendungen bleiben bei der Ermittlung des Zinsüberhangs außer Ansatz, wenn sie aufgrund von vor 17.6.2016 geschlossenen Verträgen anfallen (befristet bis zur Veranlagung 2025). § 21 Abs 1 Z 2 lit a KStG ent-

hält eine Sonderbestimmung für die **Eigenkapital-Escape-Klausel bei inländischen Betriebsstätten** beschränkt Steuerpflichtiger. § 24a Abs 3 Z 1 KStG regelt die Ermittlung des **Gruppeneinkommens beim Gruppenträger** unter Berücksichtigung der Zinsschranke.

- 7 Die einzelnen Abs des § 12a stehen zueinander in einem **engen inneren Zusammenhang**. Der Tatbestand und die Rechtsfolgen der Zinsschranke (wie bspw Nichtabzugsfähigkeit des Zinsaufwands, Höhe des Zins- und EBITDA-Vortrags) ergeben sich aus dem Zusammenspiel der einzelnen Abs des § 12a (sowie § 26c Z 80 KStG und der EBITDA-Ermittlungs-VO).

III. Ziel und Zweck der Regelung

- 8 Das Ziel der Zinsschranke ist – im Lichte von BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) – die **Eindämmung überhöhter Zinszahlungen** von Unternehmen und Unternehmensgruppen durch die Beschränkung der Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen (IA 1109/A 27. GP 15; 6. Erwägungsgrund ATAD).
- 9 Dabei zielt die Zinsschranke nach ihrer Grundkonzeption in der ATAD **primär** auf die Erfassung von **grenzüberschreitenden Finanzierungen und Sachverhalten** ab (vgl auch *Desens*, SWI 2018, 462): Aufgrund der Umsetzung der Zinsschranke sollen Zinsaufwendungen eines Konzerns nicht mehr in Hochsteuerländer verlagert werden können – bei gleichzeitiger Verschiebung der Gewinne in Niedrigsteuerländer –, sondern unter den verschiedenen Konzerngesellschaften im Rahmen der **Wertschöpfung** auf die jeweiligen Unternehmen verteilt werden. Je höher die Wertschöpfung, desto mehr Zinsaufwand soll abzugsfähig sein (vgl *Zöchling/Brugger*, SWK 2016, 1053; *Gruber/Jann in Hofmann/Jann/Jerabek*, BEPS 67; *Mayer in Lang/Rust/Schuch/Staringer*, Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie 26; *Zöchling/Brugger*, SWK 2020, 1564). Darüber hinaus wurde mit der Eigenkapital-Escape-Klausel ein Anreiz gegen eine im Vergleich zu anderen Konzernunternehmen überhöhte Fremdfinanzierung und damit für eine **gleichmäßige Verteilung des Eigen- und Fremdkapitals im Konzern** gesetzt.
- 10 Im Schrifttum umstritten ist, ob die Zinsschranke den angeführten Zielsetzungen – insb der im Lichte von BEPS maßgeblichen Eindämmung von Gewinnverschiebungen – gerecht wird (ausführlich dazu *Mayer*, Zinsschranke 30 ff): Die Zinsschranke erfasst nämlich **sämtliche Zinszahlungen**, unabhängig davon, ob diese an konzernzugehörige oder konzernfremde Gesellschaften, grenzüberschreitend oder rein innerstaatlich geleistet werden. Zudem spielt es für die Anwendung der Zinsschranke keine Rolle, ob die Zinszahlung in einen Niedrigsteuerstaat fließt und damit tatsächlich der Gewinnverschiebung dienen kann. Auch Zinszahlungen an in Hochsteuerstaaten ansässige Empfänger sind für die Berechnung der Zinsaufwendungen für die Zinsschranke zu berücksichtigen.

Allerdings wurde die Anwendung der Zinsschranke in Österreich durch die **Umsetzung nahezu sämtlicher von der ATAD zugelassenen Ausnahmeregelungen** weitgehend auf jene Zinszahlungen und Unternehmen eingeschränkt, bei denen ein **erhöhtes BEPS-Risiko** oder zumindest eine **erhöhte Fremdfinanzierung** besteht (vgl. *Schlager/Titz*, RWZ 2021, 10): Insb werden durch den Freibetrag iHv 3 Mio € Klein- und Mittelunternehmen von der Zinsschranke ausgenommen. Während die Zinsschranke bei „eigenständigen Unternehmen“ generell nicht anwendbar ist, kommt die Regelung für Konzernunternehmen nur dann zur Anwendung, wenn diese in einer konzernweiten Betrachtung einen überdurchschnittlich hohen Fremdkapitalanteil aufweisen. Durch den Zins- und EBITDA-Vortrag können periodenbedingte Verzerrungen geglättet werden; die Volatilität des EBITDA wird dadurch berücksichtigt. Folglich wird die Wirkung der Zinsschranke auf **langfristig und strukturell angelegte Fremdfinanzierungen** beschränkt. 11

Im Ergebnis wird die Anwendung der Zinsschranke iSd § 12a KStG durch die zahlreichen Ausnahmeregelungen auf jene Zinszahlungen und **Unternehmen** eingeschränkt, die in einer **konzernweiten Betrachtung** tatsächlich **verstärkt Fremdkapital** aufweisen (s zur ATAD *Desens*, SWI 2018, 464 f; *Mayer*, Zinsschranke 32). Allerdings greift die Zinsschranke mangels Möglichkeit eines Freibeweises selbst dann, wenn im konkreten Fall kein Risiko einer Gewinnverschiebung durch Zinszahlungen vorliegt. 12

IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften

A. Hinzurechnungsbesteuerung iSd § 10a KStG

Keine Anwendung der Zinsschranke im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung 13

Bei der **Ermittlung der Niedrigbesteuerung** der ausländischen Körperschaft gem § 10a Abs 3 KStG **unterbleibt** für Zwecke der **Hinzurechnungsbesteuerung** und des **Methodenwechsels** (§ 10a KStG) eine sinngemäße Anwendung der Zinsschranke iSd § 12a „aus Vereinfachungsgründen“ (so IA 1109/A 27. GP 22). Dies wurde durch eine entsprechende Ergänzung in § 10a Abs 3 Satz 2 KStG idF BGBl I 2021/3 sichergestellt. Die Zinsschranke ist daher bei der Umrechnung des ausländischen Ergebnisses nach den österreichischen Rechtsvorschriften nicht zu berücksichtigen (vgl. auch *Klokar* in diesem Band, § 10a Rz 42).

Berücksichtigung der Hinzurechnungsbesteuerung im Rahmen der Zinsschranke

Als steuerliches EBITDA gilt gem § 12a Abs 4 der vor Anwendung des § 12a ermittelte Gesamtbetrag der Einkünfte neutralisiert um steuerliche Ab- und Zuschreibungen sowie den Zinsüberhang. Da **Hinzurechnungsbeträge** sowie dem **Methodenwechsel** unterliegende Einkünfte iSd § 10a KStG im je- 14

weiligen steuerlichen Gesamtbetrag der Einkünfte zu berücksichtigen sind, **erhöhen** diese auch das **steuerliche EBITDA** für Zwecke der Zinsschrankenberechnung (KStR Rz 1309bj; weiterführend *Gruber*, ÖStZ 2020, 662; glA *Geringer*, SWI 2021, 89).

- 15 Unklar ist, ob **Zinsen** iSd § 10a Abs 2 Z 1 KStG, die bei der österreichischen Körperschaft **hinzugerechnet** wurden, auch im **Zinsüberhang** iSd § 12a Abs 3 zu berücksichtigen sind (bejahend *Gruber*, ÖStZ 2020, 662; KStR Rz 1309bj; kritisch *Blum*, RdW 2021, 295). Obwohl sich die OECD für eine Einbeziehung der entsprechenden Zinszahlungen in die Berechnung des Nettozinsaufwands für Zinsschranken zwecke ausspricht (vgl. *OECD*, Begrenzung der Gewinnverkürzung durch Zins- und wirtschaftlich vergleichbare Aufwendungen, Aktionspunkt 4: Abschlussbericht 2015 Rz 203), ist dies bei der konkreten österreichischen Umsetzung der Hinzurechnungsbesteuerung mE fraglich: Gem § 5 Z 2 CFC-VO (BGBl II 2019/21) sind bei der Einkünftermittlung positive und negative Passiveinkünfte auszugleichen. Gem § 5 Z 3 CFC-VO sind die hinzuzurechnenden Passiveinkünfte bei der beherrschenden Körperschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu erfassen. Daraus könnte abgeleitet werden, dass nicht konkret die einzelnen Passiveinkünfte (Zinseinkünfte, Lizenzeinkünfte etc) der ausländischen Tochtergesellschaft bei der inländischen beherrschenden Gesellschaft hinzugerechnet werden, sondern ein Gesamtbetrag ausländischer CFC-Einkünfte (vgl. *Blum*, RdW 2021, 295). In diesem Fall würden sich hinzugerechnete Zinsen nicht auf den Zinsüberhang der beherrschenden österreichischen Gesellschaft auswirken (weder als Zinsaufwendungen noch als Zinserträge). Dieses Ergebnis würde insofern Verzerrungen der Zinsschranke infolge der Hinzurechnungsbesteuerung (dazu *Gruber*, ÖStZ 2020, 663) vorbeugen, als nur positive Passiveinkünfte hinzugerechnet werden, während bei negativen Passiveinkünften die Hinzurechnung gem § 10a Abs 5 Z 3 KStG unterbleibt (und gem § 5 Z 2 CFC-VO in eine Wartetastenregelung eingeht).

16 Erfassung einer Zinszahlung von Hinzurechnungsbesteuerung und Zinsschranke

Leistet eine **österreichische Muttergesellschaft** Zinszahlungen an ihre **ausländische beherrschte Tochtergesellschaft** kann die **kumulative Anwendung** von Zinsschranke und Hinzurechnungsbesteuerung eine **juristische Doppelbesteuerung** bewirken (vgl. ausführlich *Blum*, RdW 2021, 289): Unterliegt der ausländische Zinsempfänger einer Niedrigbesteuerung und erzielt dieser Passiveinkünfte iHv mehr als ein Drittel der Gesamteinkünfte, werden die Zinserträge bei der inländischen beherrschenden Muttergesellschaft gem § 10a KStG hinzugerechnet und sind in Österreich steuerpflichtig. Das Abzugsverbot für konzerninterne niedrigbesteuerte Zinszahlungen iSd § 12 Abs 1 Z 10 KStG kommt nicht zur Anwendung, wenn die Zinsen der Hinzurechnungsbesteuerung des § 10a KStG unterliegen (§ 12 Abs 1 Z 10

letzter Satz KStG). Greift allerdings zusätzlich die Zinsschranke auf Ebene der Muttergesellschaft, kann die Zinszahlung dem Abzugsverbot iSd § 12a Abs 1 unterliegen. Dieselbe Zahlung wird somit bei der Muttergesellschaft doppelt erfasst: einerseits im Rahmen der Hinzurechnungsbesteuerung, andererseits durch das Abzugsverbot der Zinsschranke und der damit einhergehenden Erhöhung der Steuerbemessungsgrundlage.

Die sich daraus ergebende Doppelbesteuerung könnte **im Interpretationswege verhindert** werden, etwa durch Rückgriff auf die gesetzgeberische Wertung des in § 12 Abs 1 Z 10 letzter Satz KStG angeordneten Vorrangverhältnisses zwischen dem Abzugsverbot des § 12 Abs 1 Z 10 KStG und der Hinzurechnungsbesteuerung: Nach dieser Vorschrift greift das Zinsabzugsverbot nicht, wenn die Zinsen bereits der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen. Wird dieser Gedanke auf das Verhältnis von Zinsschranke und Hinzurechnungsbesteuerung umgelegt, wären Zinsen, die bei der zinszahlenden österreichischen Muttergesellschaft bereits der Hinzurechnungsbesteuerung unterliegen, bei der Ermittlung des Zinsüberhangs iSd 12a Abs 3 und folglich bei der Berechnung der Zinsschranke nicht zu berücksichtigen. Eine Verhinderung der drohenden Doppelbesteuerung kann aus unionsrechtlichen Überlegungen nicht nur zulässig, sondern vielmehr erforderlich sein (so *Blum*, RdW 2021, 295 f).

B. Zinsabzugsgebot iSd § 11 Abs 1 Z 4 KStG

Zinsaufwendungen in Zusammenhang mit der **Fremdfinanzierung von Beteiligungserwerben** sind gem § 11 Abs 1 Z 4 KStG **abzugsfähig**, sofern die Aufwendungen nicht unter § 12 Abs 1 Z 9 oder Z 10 KStG fallen. Da nach dem Wortlaut des § 11 Abs 1 Z 4 KStG das **Abzugsgebot** für alle Zinsaufwendungen gilt, die nicht von § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG erfasst sind (dh nach dem Gesetzeswortlaut auch für jene Zinsaufwendungen, die potenziell in den Anwendungsbereich der Zinsschranke fallen), ist dessen Verhältnis zum **Abzugsverbot** der Zinsschranke näher zu beleuchten. Konkret ist zu klären, ob hinsichtlich der Zinsaufwendungen in Zusammenhang mit fremdfinanzierten Beteiligungserwerben das Abzugsgebot des § 11 Abs 1 Z 4 KStG greift oder ob diese vom Anwendungsbereich und vom Abzugsverbot der Zinsschranke erfasst werden. 17

Von der Zinsschranke erfasst sind aufgrund der unionsrechtlich **zwingenden Vorgaben** in Art 2 Abs 2 ATAD **sämtliche abzugsfähigen Zinsaufwendungen**. Selbst wenn für eine Zinszahlung iSd § 11 Abs 1 Z 4 KStG grundsätzlich ein Abzugsgebot besteht, fließt diese in den Zinsüberhang iSd § 12a Abs 3 ein und kann potenziell dem Abzugsverbot der Zinsschranke unterliegen. Die Zinsschranke kann folglich dazu führen, dass Zinsaufwendungen in Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung von Beteiligungserwerben die Abzugsfähigkeit versagt wird. Der *Lex-posterior*-Grundsatz bestätigt dieses Ergebnis. 18

C. Spezifische Zinsabzugsverbote iSd § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG

- 19 Die Zinsschranke iSd § 12a wurde **zusätzlich** zu den bereits im KStG **bestehenden Zinsabzugsverboten** des § 12 Abs 1 Z 9 KStG (Abzugsverbot für Zinsaufwendungen in Zusammenhang mit fremdfinanzierten konzerninternen Beteiligungserwerben) und § 12 Abs 1 Z 10 KStG (Abzugsverbot für konzerninterne Zins- und Lizenzzahlungen, die beim Empfänger niedrigbesteuert werden) eingeführt. Letztere beiden Abzugsverbote bleiben unverändert bestehen und ergänzen die Zinsschranke als spezifische Vorschriften zur BEPS-Bekämpfung im Konzern (dazu rechtspolitisch kritisch *Staringer*, SWI 2015, 579; *Matkovits/Polster*, SWI 2016, 8; *Zöchling/Brugger*, SWK 2016, 1066; *Bernwieser/Heiter* in *Hofmann/Jann/Jerabek*, BEPS 49; *Gruber/Jann* in *Hofmann/Jann/Jerabek*, BEPS 91; *Staringer*, StAW 2017, 57; *Zöchling* in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler*, Anti-BEPS-Richtlinie 56).
- 20 Die **spezifischen Zinsabzugsverbote** des § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG sind gegenüber der Zinsschranke **vorrangig anwendbar** (IA 1109/A 27. GP 23; KStR Rz 1309ab und 1309as). Schließlich werden gem § 12a Abs 3 nur „abzugsfähige Zinsaufwendungen“ bei der Berechnung des Zinsüberhangs berücksichtigt. Versagt daher bereits die Bestimmung des § 12 Abs 1 Z 9 oder Z 10 KStG einer Zinszahlung die Abzugsfähigkeit auf Ebene der österreichischen Gesellschaft, ist es unerheblich, ob diese Zinszahlung nach den Vorschriften des § 12a abzugsfähig wäre. Die aufgrund des spezifischen Abzugsverbots nicht abzugsfähige Zinszahlung fließt somit nicht in die Ermittlung des Zinsüberhangs iSd § 12a Abs 3 ein. Umgekehrt kann jedoch eine Zinszahlung, die nach § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG abzugsfähig ist, dennoch vom Abzugsverbot des § 12a erfasst und ihre Abzugsfähigkeit dadurch versagt werden.

D. Allgemeines Zinsabzugsverbot iSd § 12 Abs 2 KStG

- 21 Unterliegen Zinsaufwendungen einem allgemeinen Zinsabzugsverbot iSd § 12 Abs 2 KStG, fließen diese – ebenso wie bei Anwendung eines speziellen Zinsabzugsverbots in § 12 Abs 1 Z 9 und Z 10 KStG – nicht in die Ermittlung des Zinsüberhangs iSd § 12a Abs 3 ein. Das **allgemeine Zinsabzugsverbot** des § 12 Abs 2 KStG ist gegenüber der Zinsschranke **vorrangig anwendbar** (vgl IA 1109/A 27. GP 23; KStR Rz 1309as).

E. Hybride Gestaltungen iSd § 14 KStG

- 22 Die Regelungen zu **hybriden Gestaltungen** haben ihren Ursprung – gleichermaßen wie die Zinsschranke – in der ATAD sowie im OECD-BEPS-Projekt (vgl Art 9 bis Art 9b ATAD idF ATAD II; *OECD*, Neutralisierung der Effekte hybrider Gestaltungen, Aktionspunkt 2: Abschlussbericht 2015). Die mit dem StRefG 2020 erfolgte Umsetzung in § 14 KStG regelt die Neutralisierung von Steuerdiskrepanzen, die allgemein vorliegen, wenn a) Aufwendungen in einem Staat abzugsfähig sind und die korrespondierenden Erträge steuer-

lich in keinem anderen Staat erfasst werden oder b) dieselben Aufwendungen in mehreren Staaten abzugsfähig sind. Die Anwendung des § 14 KStG kann zur Nichtabzugsfähigkeit einer (Zins-)Zahlung beim österreichischen Zahlenden führen.

Das **spezifische Abzugsverbot** des § 14 KStG ist gegenüber der Zinsschranke **vorrangig anwendbar** (vgl. *Geringer*, SWI 2021, 89 f; *Dziurdz/Vaishor*, SWK-Spezial Zinsschranke 34). Auch die OECD spricht sich für einen Anwendungsvorrang der Regelungen über hybride Gestaltungen im Verhältnis zur Zinsschranke aus (vgl. *OECD*, Begrenzung der Gewinnverkürzung durch Zins- und wirtschaftlich vergleichbare Aufwendungen, Aktionspunkt 4: Abschlussbericht 2015 Rz 200). Versagt die Bestimmung des § 14 KStG einer Zinszahlung die Abzugsfähigkeit auf Ebene der österreichischen Gesellschaft, fließt diese nicht in die Ermittlung des Zinsüberhangs iSd § 12a Abs 3 ein. Umgekehrt kann jedoch eine Zinszahlung, die nach § 14 KStG abzugsfähig ist, dennoch vom Abzugsverbot des § 12a erfasst und ihre Abzugsfähigkeit dadurch versagt werden. 23

F. Fremdvergleichsgrundsatz

Der **Fremdvergleichsgrundsatz** besteht unabhängig von der Zinsschranke und ist unabhängig von dieser zu prüfen. Die Einführung der Zinsschranke ändert nichts am Fremdvergleichsgrundsatz. Die Fremdüblichkeit einer Zinszahlung ist vor der Anwendung der Zinsschranke zu beurteilen (vgl. *Mayer*, Zinsschranke 78): 24

- Wird eine Zinszahlung aus einem Gesellschafterdarlehen im Lichte des Fremdvergleichsgrundsatzes als überhöht eingestuft und damit insoweit als verdeckte Ausschüttung qualifiziert, wird ihr durch die Umqualifizierung die Abzugsfähigkeit versagt. Mangels Abzugsfähigkeit kann eine solche Zahlung nicht länger von der Zinsschranke erfasst sein.
- Werden spiegelbildlich überhöhte Zinsen, die aufgrund eines Darlehens an eine Tochtergesellschaft bezahlt werden, als verdeckte Einlage beurteilt, können daraus weder Zinsaufwendungen noch -erträge iSd § 12a Abs 3 resultieren.

Folglich kann aus der (Nicht-)Anwendung der Zinsschranke nicht auf eine Fremdüblichkeit oder Fremduüblichkeit einer Zinszahlung geschlossen werden; vielmehr muss umgekehrt der **Fremdvergleichsgrundsatz unabhängig und vor der Anwendung der Zinsschranke** geprüft werden. 25

G. Ergebnisumrechnung in der Unternehmensgruppe iSd § 9 KStG

Hinsichtlich der **Ergebniszurechnung in der Unternehmensgruppe** ist bei **ausländischen Gruppenmitgliedern** das ausländische Ergebnis gem § 9 Abs 6 Z 6 KStG nach den österreichischen Rechtsvorschriften zu ermitteln. 26