



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Hofrätin Dr. Gabriele Krafft und die weiteren Mitglieder Hofrat Mag. Wolfgang Leitner, Mag. Michael Schiller und Dr. Josef Mäder über die Berufung vom 6. August 2009 der Bw., Anschrift, vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand AG Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, 1090 Wien, Porzellangasse 51, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 9. Juli 2009 betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2002 nach der am 17. Oktober 2013 in 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 2b, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

1.) Im Rahmen einer ua das Jahr 2002 betreffenden Außenprüfung hatte die Betriebsprüfung (BP) im Bericht vom 9. Juni 2009 folgende strittige Feststellungen getroffen:

a) In der xx. ordentlichen Hauptversammlung vom 01. Jänner 2000 sei der Vorstand der Berufungswerberin (Bw.) ermächtigt worden, für die Dauer von 18 Monaten eigene Aktien an der Bw. bis höchstens 10 % des Grundkapitals zu erwerben. Der Vorstand habe das Aktienrückkaufprogramm entsprechend offenzulegen und könne im Rahmen dieses Programms Aktien über die Börse wieder verkaufen.

Zum 30. September 2000 (Bilanzstichtag) sei der Bestand von 400.00x Stück Aktien im Ausmaß von € 2,520.127,98 mit steuerlicher Wirkung teilwertberichtigt worden. Zum 30. September 2001 habe der Bestand an Aktien 700.00x Stück betragen. Im Wirtschaftsjahr 2000/2001 seien 26 Stück mit einem Veräußerungsverlust in Höhe von € 832,00 abgegangen. Das Aktienrückkaufprogramm sei mit Verkäufen von 700.00x Stück Aktien in der Zeit von 27. Dezember 2001 bis 14. Jänner 2002 beendet worden. Dabei sei ein Veräußerungsgewinn in Höhe von € 10,246.465,61 erzielt worden.

Im Wirtschaftsjahr 1999/2000 sei die geltend gemachte Teilwertabschreibung in Höhe von € 2,520.127,98 aufwandswirksam geworden. Der sich im Wirtschaftsjahr 2002 ergebende Veräußerungsgewinn in Höhe von € 10,246.465,61 sei dagegen in der Steuererklärung 2002 außerbilanziell abgezogen und somit steuerfrei behandelt worden.

Diese außerbilanzielle Abrechnung werde von der BP im Jahre 2002 nicht anerkannt. Die steuerlichen Vertreter der Bw. argumentierten den Aktienruckerwerb als Einlagenrückzahlung gemäß § 4 Abs. 12 EStG 1988 und die Wiederveräußerung der rückerworbenen Aktien als Einlagevorgang. Dies werde auch auf dem Evidenzkonto so nachvollzogen und damit die Steuerfreiheit des Veräußerungserlöses dokumentiert. Einer derartigen Vorgangsweise sei nach Ansicht der Finanzverwaltung nur bei einem Aktienruckerwerb zum Zwecke der Einziehung nach § 65 Abs. 1 Z 6 AktG mit der danach erfolgenden Herabsetzung des Grundkapitals zu folgen. Die sich in einem derartigen Fall ergebenden Gewinne oder Verluste seien gesellschaftsrechtlich bedingt und steuerneutral.

Im prüfungsgegenständlich zu würdigenden Sachverhalt liege jedoch ein zweckneutraler Aktienruckerwerb gemäß § 65 Abs. 1 Z 8 AktG vor. Derartige über einen funktionierenden Wertpapiermarkt erfolgende Ankäufe eigener Aktien seien zu aktivieren und im Umlaufvermögen bzw. Anlagevermögen getrennt auszuweisen. Eine anschließende Veräußerung dieser Aktien über den Wertpapiermarkt stelle den gegengleichen Verkaufsvorgang dar. Es handle sich somit um einen Erwerbsvorgang mit anschließendem Verkauf. Daraus resultierende Gewinne oder Verluste seien entsprechend den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen steuerwirksam.

Der finale Geschäftsvorfall (Kauf und Verkauf von Aktien gemäß § 65 Abs. 1 Z 8 AktG) und nicht allfällig argumentierte Beweggründe seien im realisierten Ergebnis steuerlich zu würdigen.

Genauso wie die von der Bw. im Wirtschaftsjahr 2000 erfolgte Teilwertabschreibung eigener Aktien in Höhe von € 2,520.127,98 aufwandswirksam behandelt worden sei, sei auch im Prüfungsjahr 2002 der Veräußerungsgewinn in Höhe von € 10,246.465,61 steuerwirksam.

b) Die Bw. habe am 13. Mai 2005 einen Antrag auf Aufhebung gemäß § 299 Abs. 1 BAO iVm § 302 Abs. 1 BAO betreffend die Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1999 bis 2003

eingebraucht und diesbezüglich auf die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates (UFS) vom 13. Jänner 2005, RV/0279-L/04, verwiesen. Danach habe die Bw. in diesen Jahren zum einen direkt Portfoliodividenden von der Schweizer Kapitalgesellschaft A-AG (2002: € 2,846.384,08) sowie zum anderen ausländische Dividenden über einen Investmentfonds (2002: € 257.962,71) bezogen. Ausländische Dividenden dürften aber gegenüber inländischen Dividenden steuerlich nicht benachteiligt werden, sondern müssten auch in den Genuss der Körperschaftsteuerbefreiung im Sinne des § 10 Abs. 1 KStG 1988 kommen. Das Finanzamt (FA) habe diesen Antrag hinsichtlich der Jahre 1999 bis 2001 mit Bescheid vom 25. November 2008 unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des VwGH vom 17. April 2008, 2008/15/0064, abgewiesen, wogegen die Bw. am 23. Dezember 2008 das - zum Zeitpunkt der Erstellung dieses BP-Berichtes - noch offene Rechtsmittel der Berufung erhoben habe.

Unter Beachtung des angesprochenen Erkenntnisses des VwGH vom 17. April 2008 gehe die BP nun folgendermaßen vor:

Bei Gewinnanteilen jeder Art aus Beteiligungen an Körperschaften, die in der EU ansässig seien, die weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals umfassten, sei es gemeinschaftsrechtlich geboten, auf die inländische Körperschaftsteuer die auf diese Gewinnanteile entfallende ausländische Körperschaftsteuer der ausschüttenden Gesellschaft anzurechnen. Dabei sei entsprechend § 10 Abs. 4 Z 2 KStG 1988 die anrechenbare ausländische Körperschaftsteuer den Gewinnanteilen hinzuzurechnen. Daneben sei eine bei der Ausschüttung tatsächlich einbehaltene Quellensteuer entsprechend dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) anzurechnen. Die Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuer und/oder Quellensteuer sei mit dem im Inland auf die Gewinnanteile entfallenden Körperschaftsteuerbetrag (Anrechnungshöchstbetrag) begrenzt.

Bei Gewinnanteilen jeder Art aus Beteiligungen an Körperschaften, die nicht in der EU ansässig seien, die weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals umfassten, sei die auf diese Gewinnanteile entfallende ausländische Körperschaftsteuer der ausschüttenden Gesellschaft zur Anrechnung an die inländische Körperschaftsteuer nicht zugelassen.

Im Ergebnis sei für das Jahr 2002 die anzurechnende ausländische Körperschaftsteuer mit € 13.958,42 zu bestimmen.

2.) Gegen den vom Finanzamt (FA) am 9. Juli 2009 erlassenen Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 2002 erhob die Bw. mit Schriftsatz vom 6. August 2009 Berufung. Diese richtet sich zum einen gegen die steuerpflichtige Behandlung des Veräußerungsgewinnes in Höhe von € 10,246.465,61 der nach einem Aktienrückwerb wieder veräußerten eigenen Aktien sowie

zum anderen gegen die Nichtanrechnung von ausländischer Körperschaftsteuer in Höhe von € 859.362,03. Begründend brachte die steuerliche Vertreterin der Bw. Folgendes vor:

a) Der Hauptversammlungsbeschluss vom 01. Jänner 2000 laute wie folgt: *„Die Hauptversammlung erteilt dem Vorstand für die Dauer von 18 Monaten ab Inkrafttreten dieses Beschlusses die Ermächtigung, eigene Aktien bis 10 vH des Grundkapitals der Bw. zu erwerben, wobei der Ankaufspreis den durchschnittlichen Börsenkurs der letzten 10 Börsentage nicht überschreiten und diesen Betrag nicht um mehr als die Hälfte unterschreiten darf. Der Vorstand hat ein Aktien-Rückkaufprogramm, dessen Hauptzweck die Stabilerhaltung der Aktionärsstruktur und des Börsenkurses ist, offenzulegen und ist ermächtigt, im Rahmen dieses Programms Aktien über die Börse wieder zu verkaufen.“*

Aus diesem Hauptversammlungsbeschluss ergebe sich, dass der Erwerb vorwiegend dazu gedient habe, im Interesse der Aktionäre einen Kursverfall der Aktie zu verhindern. Die Aktien seien weder für etwaige Mitarbeiter-Optionspläne noch zu Handelszwecken und dem Erzielen von planvollen Handelsgewinnen, da dies bereits aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen des § 65 Abs. 1 Z 8 AktG ausgeschlossen sei, noch für sonstige betriebliche Zwecke erworben worden. Daher habe die Bw. den Verkauf dieser Aktien als steuerneutrale Einlage behandelt und entsprechend im Evidenzkonto gemäß § 4 Abs. 12 Z 3 EStG 1988 dargestellt.

Aktiengesellschaften dürfen nach Maßgabe des § 65 AktG eigene Aktien erwerben. Abs. 1 sehe taxativ aufgezählte mögliche Tatbestände vor.

Aus steuerlicher Sicht erhebe sich vorerst die Frage, ob der Erwerb eigener Aktien als (steuerneutrale) Einlagenrückzahlung, Ausschüttung oder „gewöhnlicher“ Anschaffungsvorgang zu beurteilen sei.

Die Einlagenrückzahlung sei das Gegenstück zur Einlage nach § 8 Abs. 1 KStG 1988. Führe die Einlage zu einer Erhöhung des Kapitals der Gesellschaft und zu Anschaffungskosten beim Gesellschafter, so müsse die Einlagenrückzahlung zu einer Verminderung des Kapitals der Gesellschaft und zu einer Verminderung des Beteiligungsansatzes beim Gesellschafter führen. Diese Wirkungen würden jedenfalls auf den Fall des Erwerbes zur Einziehung (§ 65 Abs. 1 Z 6 AktG) zutreffen (vgl. Einlagenrückzahlungserlass des BMF vom 31. März 1998, Punkt 3.2.1; *Anmerkung: gemeint offenkundig Punkt 2.3.1.*).

Vom BMF sei auch ein eigener Erlass zur Behandlung des Kaufs und Verkaufs eigener Aktien angekündigt worden, der allerdings bis heute nicht ergangen sei. In dieser Kurzmitteilung (ÖStZ 1999, 385) werde angeführt, dass das BMF plane, den Aktienruckerwerb auf Basis der neuen Rechtslage wie eine Einlagenrückzahlung zu behandeln, wobei weitere Regelungen dann noch für den Fall der Wiederveräußerung der rückerworbenen Aktien getroffen werden müssten, die dann steuerlich als Einlage zu bewerten wäre.

Für diese Auffassung des BMF spreche eine wirtschaftliche Sicht (§ 21 BAO), da ein Rückwerb eigener Aktien mit Auszahlung eines Rückkaufpreises an die veräußernden Gesellschafter einer wirtschaftlichen Kapitalherabsetzung nahe komme.

Der Qualifikation des Rückwerbs eigener Aktien als Einlagenrückzahlung liege die wirtschaftliche Vergleichbarkeit aufgrund des Ruhens der Gesellschafterrechte mit einer Kapitalherabsetzung zugrunde. Denke man die Vorgangsweise über den Kauf von Aktien zur Einziehung nach § 192 AktG konsequent und logisch weiter, dann sei der Rückwerb von Aktien als steuerliche Einlagenrückgewähr zu werten.

Gesellschaftsrechtlich stünden gemäß § 65 Abs. 5 AktG der Gesellschaft aus eigenen Aktien keine Rechte zu. Sowohl das Stimmrecht als auch das Recht auf Bezug einer Dividende würden ruhen, während die eigenen Aktien gehalten würden. Weiters bestünden keine Bezugsrechte bei einer allfälligen Kapitalerhöhung und kein Anspruch auf einen Liquidationserlös. Die Rechte lebten jedoch dann wieder auf, sobald die Aktien ausgegeben würden. Die Aktien hätten daher für die Gesellschaft keinen tatsächlichen Wert. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht erhöhe sich die Beteiligungsquote der verbliebenen Gesellschafter, sodass der Aktienrückwerb aus wirtschaftlicher Sicht zu einer Teilliquidation der Gesellschaft führe.

Auch bei der Ermittlung des Beteiligungsausmaßes für die Veräußerung von Beteiligungen gemäß § 31 EStG 1988 seien eigene Aktien, die sich im Besitz der Körperschaft befänden, für die Ermittlung des Beteiligungsausmaßes des Gesellschafters vom Nennwert des Grund- und Stammkapitals abzuziehen (vgl. ua Doralt/Kempf, EStG⁸, § 31 Rz 51 mit Hinweis auf die Einkommensteuerrichtlinien).

Um eine Antwort auf die Frage zu erhalten, ob bei Rückkauf von eigenen Aktien immer ein Fall der Einlagenrückzahlung vorliege, habe Kirchmayr in ihrer Monographie „Besteuerung von Beteiligungserträgen“ (2004) wissenschaftlich die auch abweichenden Literaturmeinungen zusammengefasst und komme zu folgendem (eigenen) Ergebnis:

Der Erwerb eigener Aktien könne weder in allen Fällen als Erwerb societatis causa noch in allen Fällen als Erwerb obligationis causa qualifiziert werden. Es überzeuge daher die Auffassung von Tanzer in Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg.), Zum Recht der Wirtschaft, FS Krejci, Bd II, S. 1727, wonach bei jedem Erwerb eigener Aktien zu untersuchen sei, ob betriebliche Gründe oder Gesellschaftsinteressen im Vordergrund stünden. Bei der Qualifikation des Erwerbes eigener Aktien als Transaktion societatis oder obligationis causa komme es somit im Wesentlichen darauf an, ob der Erwerb auf der Gesellschafterbeziehung beruhe oder eigenbetrieblichen Interessen der Kapitalgesellschaft diene.

Demnach komme es jedenfalls nicht darauf an, ob die Aktien in der Absicht erworben worden seien, sie einzuziehen oder nicht, sondern darauf, welches Motiv dem Aktienrückwerb zu-

grunde gelegen sei. Sehr wohl sei aber der Fall des Erwerbes zur Einziehung der Aktien immer als Transaktion societatis causa zu sehen. Dies schließe somit nicht aus, dass auch in anderen Fällen ein Erwerb aus Gesellschafterinteressen vorliegen könne.

Im konkreten Fall sei von der Bw. der Erwerb eigener Aktien auf Grundlage von § 65 Abs. 1 Z 9 AktG idF Aktienrückerwerbsgesetz (nunmehr Z 8) vorgenommen worden, wonach ein Erwerb durch eine börsennotierte Aktiengesellschaft erfolgen könne, wobei die Aktien nicht zum Zwecke des Handels erworben werden dürften.

Der „zweckfreie“ Erwerb durch eine börsennotierte Gesellschaft sei durch das Aktienrückerwerbsgesetz eingeführt worden. Nach den Erläuternden Bemerkungen sollte börsennotierten Aktiengesellschaften die Möglichkeit zu Rück- und Wiederkaufsaktionen zur gezielten Beeinflussung des Aktienkurses gegeben werden. Solche Maßnahmen seien nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich als positiv zu bewerten, wobei jedoch die Gefahren des Insiderhandels bedacht werden müssten. Weiters sollte durch die Möglichkeit des Rückerwerbes eine erhöhte Emissionsneigung erreicht werden, da der „contrarius actus“, also das „going-private“, erleichtert werde. Wirtschaftliches Motiv für einen Aktienrückkauf sei das Anliegen, nicht benötigte Liquidität abzubauen und an die Aktionäre zurückzugeben.

Auch in der Literatur (Gruber, Das Aktienrückerwerbsgesetz, RdW 1999, 571) sei ausgeführt worden, dass die Erfahrungen an ausländischen Kapitalmärkten gelehrt hätten, dass mit einem Aktienrückerwerb vornehmlich zwei Ziele verfolgt würden: Als Instrument des Finanzmanagements zur Kurspflege und als Abwehrmaßnahme gegen feindliche Übernahmen. So signalisiere etwa das Management einer Gesellschaft mit einem Rückkaufprogramm, dass es das Unternehmen für unterbewertet halte, das „signaling“ bewirke längerfristig anhaltende Kursanstiege. Ebenso vermöge der „Repurchase“ Kurseinbrüche abzufedern oder den Kurs zu stabilisieren. Dem Aktionär sei mit der Wertsteigerung seiner Aktie gedient, der Aktienrückkauf könne daher ein Instrument des „Shareholder Value“ sein.

Tanzer bezeichne den Rückerwerb von Aktien zu Zwecken der Börsebeeinflussung gemäß § 65 Abs. 1 Z 8 AktG als indifferent, jedoch den gesellschaftsrechtlich bedingten Zwecken näherstehend. Bei diesen Rückerwerben komme es im Einzelfall darauf an, ob der Erwerb betrieblichen Interessen oder den Interessen von Gesellschaftern diene. Stehe jedoch der Gedanke der positiven Kursbeeinflussung für sich im Vordergrund, so komme nach Tanzer (aaO, S. 1726) dieses Vorgehen vornehmlich den Gesellschaftern, nicht aber der Gesellschaft zu Gute. Die durch § 65 Abs. 1 Z 8 AktG ermöglichten Börseoperationen würden nämlich vordergründig den Aktionären und nicht der Gesellschaft als solcher zu Gute kommen. Der „innere“ Wert der Gesellschaft, aber auch die Kreditwürdigkeit, würden mit dem vielfach schwankenden Außenwert, wie ihn die Börsenkurse ergeben, nicht unbedingt übereinstimmen. Planvolle

Handelsgewinne dürfe die Gesellschaft aber im Rahmen der Ziffer 8 nicht erzielen, trotz ihrer beschriebenen Möglichkeiten blieben sie damit atypisch. Die Abwehr von „hostile takeovers“ oder auch das planvolle „going private“ lägen als Gestaltungsziele im Sinne dieser Vorschrift nicht im Interesse der Gesellschaft als solcher (vgl. Tanzer, aaO, S. 1727f).

Da sich aus dem Hauptversammlungsbeschluss ergebe, dass der Erwerb vorwiegend dazu gedient habe, einen Kursverfall der Aktie zu verhindern, und diese Stabilisierung des Aktienkurses überwiegend den Gesellschaftern der Bw. zugute komme, sei der Aktienrückwerb jedenfalls als steuerneutrale Einlagenrückzahlung und der anschließende Aktienverkauf als steuerneutrale Einlage zu werten.

b) Hinsichtlich der Portfoliodividenden sei darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber in Reaktion auf das Erkenntnis des VwGH vom 17. April 2008, 2008/15/0064, mit dem Budgetbegleitgesetz (BBG) 2009 die grundsätzliche Anwendung der Befreiungsmethode für ausländische Portfoliodividenden, wenn es sich bei der Beteiligungskörperschaft um eine EU-Gesellschaft handle, verankert habe.

§ 10 Abs. 1 Z 5 und Z 6 KStG 1988 idF BBG 2009 würden die Anwendung der Steuerbefreiung von Portfoliodividenden aber einschränken. Portfoliodividenden von Körperschaften, die nach dem Recht eines Drittstaates oder eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes ohne umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe gegründet seien, sollen weiterhin von der Steuerbefreiung ausgeschlossen bleiben.

Allerdings seien auch Portfoliodividenden von ausländischen Gesellschaften aus einem Drittstaat dem Grunde nach durch die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt. Nach der derzeitigen Gesetzeslage (idF des BBG 2009) würden Dividenden aus Drittstaaten gemeinschaftswidrig der Körperschaftsteuer unterliegen. Eine Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuer komme nicht zum Tragen.

In diesem Zusammenhang werde auf die beiden Vorabentscheidungsersuchen des UFS vom 29. September 2008 verwiesen, die derzeit beim EuGH als Rs C-436/08, Haribo, und Rs C-437/08, Österreichische Salinen, anhängig seien.

Da demnach die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit hinsichtlich der Besteuerung von ausländischen Drittstaat-Portfoliodividenden weiterhin aufrecht sei, sei dieser zumindest durch Anrechnung der ausländischen Körperschaftsteuern (€ 825.451,38 hinsichtlich der A-AG bzw. € 33.910,65 hinsichtlich des Investmentfonds) Rechnung zu tragen.

3.) Die BP nahm zu diesen Berufungsausführungen wie folgt Stellung:

a) Der Erwerb eigener Aktien sei nur nach den taxativ aufgezählten Tatbeständen des § 65 Abs. 1 AktG zulässig. Die Mehrzahl dieser Tatbestände diene einem eindeutigen Zweck und sei

daher jedenfalls als Transaktion obligationis causa (zB Z 1, 4 und 7) bzw. societatis causa (zB Z 6) zuordenbar. Nur der durch das Aktienrückerwerbsgesetz (BGBI I 1999/187) neu eingeführte Tatbestand der Z 8 gestatte den sogenannten „zweckneutralen“ Erwerb unter streng normierten Auflagen und sei auch nur für börsennotierte Gesellschaften anwendbar. Der Handel in eigenen Aktien sei ausdrücklich als Zweck des Erwerbes ausgeschlossen. Der Zweck des Verbotes bestehe darin, Kursmanipulationen in eigenen Aktien hintanzuhalten. Die Durchführung eines einheitlichen Rückkaufprogrammes falle jedoch nicht unter den Verbotstatbestand. Mögliche Zwecke für einen Aktienerwerb nach Z 8 seien etwa die Kurspflege, betriebswirtschaftliche Gründe (Verringerung der Eigenkapitalquote und damit Verbesserung der Eigenkapitalrentabilität, in diesem Fall uU verbunden mit einer Einziehung der betreffenden Aktien), der Rückkauf des Streubesitzes (insbesondere zur Vorbereitung eines „going private“), Bedienung von Aktienoptionen oder auch sonstige Verpflichtungen der Aktiengesellschaft zur Ausgabe von Aktien, etwa aus Wandelschuldverschreibungen.

Die Berufung stütze sich weitgehend auf die Aussagen von Tanzer, der auch den Begriff der „Janusköpfigkeit“ der eigenen Anteile geprägt habe. Eine eindeutige Festlegung gebe es aber auch von Tanzer nicht, da er den Rückerwerb von Aktien zu Zwecken der Börsebeeinflussung „als indifferent, jedoch den gesellschaftsrechtlich bedingten Zwecken näherstehend“ qualifiziere.

Ein Aktienrückkaufprogramm werde am Kapitalmarkt allgemein positiv beurteilt, da damit auch eine anderweitig nicht benötigte Liquidität der Gesellschaft aufgezeigt werde. Es bestehe auch ein Zusammenhang zwischen dem Börsenkurs eines Unternehmens und seiner Position als Nachfragender am Kapitalmarkt.

Im Protokoll der Hauptversammlung vom 01. Jänner 2000 finde sich sehr wohl der Hinweis, dass der Rückkauf nicht nur im Interesse der Aktionäre, sondern auch der Gesellschaft gelegen sei, wenn dort zu Punkt 6 der Tagesordnung folgendes ausgeführt sei: *„Die Ermächtigung, um die der Vorstand ersucht, soll vornehmlich dazu dienen, um mögliche Schädigung der Aktionäre aber auch der Gesellschaft selbst durch einen Kursverfall zu verhindern.“* Dadurch komme nach Ansicht der BP klar zum Ausdruck, dass auch Interessen der Gesellschaft berührt seien; über die Gewichtung sage die gewählte Formulierung nach Ansicht der BP nichts aus.

Mit dem konkreten berufungsgegenständlichen Aktienrückkaufprogramm seien von der Bw. im Zeitraum vom 11. Februar 2000 bis 4. Mai 2001 in sehr vielen kleinen Tranchen gesamt 700.00x Stück eigene Aktien (= rd. 1,12345 % des Grundkapitals) rückgekauft worden. Inwieweit damit tatsächlich eine Kursbeeinflussung möglich gewesen sei, könne von der BP nicht beurteilt werden. Die Rückgabe dieser Aktien über die Börse in den Free-float sei

konzentriert über den Zeitraum vom 27. Dezember 2001 bis 14. Jänner 2002 erfolgt. Dabei habe sich gezeigt, dass trotz dieser relativ großen Verkäufe der Aktienkurs sich nur zwischen 1.0 und 1,02 je Aktie bewegt habe.

Der Einstieg in das Aktienrückkaufprogramm werde ua mit dem „Hauptzweck der Stabilerhaltung der Aktionärsstruktur und des Börsenkurses“ begründet, beim Ausstieg aus dem Programm und dem Verkauf der eigenen Aktien werde erwähnt, dass damit „die ganz beachtliche stille Reserve“ realisiert werde (siehe Protokoll der zzz. Aufsichtsratssitzung vom 02. Dezember 2001). Damit sehe man, wie sich im kurzen Zeitablauf die Motive ändern könnten.

In der Berufung werde weiters angeführt, dass der Gesellschaft aus eigenen Aktien keine Rechte zustünden und sie daher für die Gesellschaft keinen tatsächlichen Wert hätten. Dies sei insofern richtig, als nach handelsrechtlichen Bestimmungen aus eigenen Aktien der Gesellschaft keine Rechte zustehen. Anteile an einer Kapitalgesellschaft seien aber zivilrechtlich Gegenstände und damit Wirtschaftsgüter im bilanzsteuerrechtlichen Sinn und würden dies auch bleiben, wenn sie von der Kapitalgesellschaft selbst gehalten würden. Dass derartige Anteile wieder verkauft werden könnten und damit auch ein Gewinn erzielt werden könne, zeige ja im Besonderen der gegenständliche Berufungsfall.

Die Berufung verweise weiters auf einen redaktionell angekündigten BMF-Erlass, wonach Aktienrückerwerbe wie eine Einlagenrückzahlung zu behandeln wären. Ein derartiger Erlass sei jedoch bis dato nicht ergangen und ein Vertrauensschutz könne damit nicht begründet werden. Die derartig angekündigte BMF-Meinung sei literarisch stark kritisiert worden, weshalb gerade der Umstand, dass der Erlass nie ergangen sei, dafür spreche, dass das BMF seine Meinung überdacht habe. Eine BMF-Erlassaussage gebe es nur für Aktienrückerwerbe zum Zwecke der Einziehung. Derartige Erwerbe nach § 65 Abs. 1 Z 6 AktG zum Zwecke der Einziehung und der danach erfolgenden Herabsetzung des Grundkapitals seien steuerlich als Einlagenrückzahlung zu beurteilen. Die sich ergebenden Gewinne oder Verluste seien gesellschaftsrechtlich bedingt und steuerneutral.

Die Frage der steuerlichen Behandlung der Aktienrückerwerbe sei in der Literatur intensiv diskutiert worden, wobei in der Berufung vorwiegend die Ansichten von Tanzer und Kirchmayr zitiert worden seien. Demgegenüber stünden aber folgende Literaturbeiträge, die bei Aktienrückerwerb und anschließender Wiederveräußerung keine Einlagenrückzahlung bzw. *actus contrarius* keinen Einlagevorgang erkennen könnten, sondern „herkömmliche“ Anschaffungs- und Veräußerungsvorgänge: Reiner, Aktienrückerwerb als Einlagenrückzahlung?, RdW 1999, 619; Toifl in Betten (Hrsg), Share Buy-Backs (Austrian Chapter), 51 ff; Staringer, Liquidation, Kapitalrückzahlung und Aktienrückkauf, in FS Loukota, 495 ff; Bauer, Aktienrückerwerb einer

Gesellschaft aus steuerlicher Sicht, taxlex 2008, 417 ff; Kolienz, Wiesner, Zöchling, Aktuelle Entwicklungen im Unternehmens- und Konzernsteuerrecht, RdW 2006, 617.

In Deutschland sei die berufungsgegenständliche Rechtsfrage durch den BFH im Erkenntnis vom 23. Februar 2005, I R 44/04, entschieden worden. Darin habe der BFH Folgendes festgehalten: *„Der Erwerb eigener Anteile ist grundsätzlich als Anschaffungsgeschäft und nicht als Einlagenrückgewähr zu beurteilen. Ebenso wenig ist die entgeltliche Abgabe eigener Aktien als Kapitalerhöhung zu behandeln; vielmehr liegt eine Veräußerung vor, die in Höhe der Differenz des Veräußerungserlöses abzüglich der Veräußerungskosten und dem Buchwert zu einem Veräußerungsgewinn/-verlust führt.“*

Die in der Berufung hervorgehobenen Absichten und Motive seien nach Ansicht der BP intersubjektiv nicht nachvollziehbar. Die Besteuerung sei am tatsächlich verwirklichten Sachverhalt auszurichten. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei im streitgegenständlichen Fall eben ein Verkauf vorhanden gewesen.

Zusammenfassend stelle sich der Standpunkt der BP wie folgt dar: Die über einen funktionierenden Wertpapiermarkt erfolgenden Ankäufe eigener Aktien seien zu aktivieren und im Umlauf- bzw. Anlagevermögen getrennt auszuweisen. Aus eigenen Aktien stünden der Aktiengesellschaft keine Rechte zu, es würden jedoch für sie die allgemeinen bilanzsteuerrechtlichen Regeln gelten. Eine anschließende Veräußerung dieser Aktien über den Wertpapiermarkt stelle einen Verkaufsvorgang dar. Es handle sich um einen Erwerbsvorgang mit anschließendem Verkauf. Daraus resultierende Gewinn oder Verluste seien entsprechend den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen steuerwirksam. Die tatsächlichen Geschäftsvorfälle und nicht allfällig argumentierte Gesellschafterinteressen bzw. Motive seien der steuerlichen Würdigung zu Grunde zu legen.

Die bisherige steuerliche Sicht der Bw. sei unterschiedlich und „janusköpfig“. Der Verlust aus der Teilwertabschreibung eigener Aktien im Wirtschaftsjahr 2000 von € 2,520.127,98 sei aufwandswirksam beantragt worden (= rechtskräftig veranlagt). Der Gewinn aus der Veräußerung dieser Aktien im Wirtschaftsjahr 2002 von € 10,246.465,61 sei steuerfrei erklärt worden (= berufungsgegenständlich). Der Verlust aus der Teilwertabschreibung eigener Aktien im Wirtschaftsjahr 2008 von € 586.109,23 sei wiederum aufwandswirksam beantragt worden (= offene Veranlagung). Eine Gleichschaltung sollte zumindest erfolgen.

b) In Bezug auf die begehrte Anrechnung ausländischer Körperschaftsteuer aus Drittländern sei der Sachverhalt klar und unbestritten. Da es sich um eine höchstgerichtlich anhängige Rechtsfrage handle, erübrige sich eine Stellungnahme der BP.

4.) In der Gegenäußerung zu dieser Berufungsstellungnahme der BP brachte die steuerliche Vertreterin der Bw. Folgendes vor:

a) Betreffend die eigenen Aktien habe die BP den Sachverhalt richtig dargestellt. Den rechtlichen Ausführungen sei aber Folgendes entgegengehalten:

Schon nach der gesellschaftsrechtlichen Bestimmung des § 65 Abs. 1 Z 8 AktG sollte börsennotierten Aktiengesellschaften die Möglichkeit zu Rück- und Wiederverkaufsaktionen zur gezielten Beeinflussung des Aktienkurses gegeben werden. Weiters sollte durch die Möglichkeit des Rückerwerbs von Aktien eine erhöhte Emissionsneigung erreicht werden, da der *contrarius actus*, also das *Going Private*, erleichtert werde.

Wirtschaftliches Motiv eines Aktienrückkaufprogrammes sei nach dem Ministerialentwurf zum Aktienrückerwerbsgesetz das Anliegen, nicht benötigte Liquidität abzubauen und an die Aktionäre zurück zu geben. Durch ein Aktienrückkaufprogramm solle daher ein längerfristiger Anhalt im Kursanstieg bewirkt werden. Dieser Kursanstieg liege jedoch ausschließlich im Interesse des Aktionärs. Eine Stärkung bzw. Stabilisierung des Kurses der Aktie der Bw. komme den Gesellschaftern der Bw. auf Grund des Werterhaltes und der Wertsteigerung der Aktien zugute. Somit sei schon aufgrund der aktienrechtlichen Bestimmung eindeutig, dass bei einem Aktienrückkaufprogramm nach § 65 Abs. 1 Z 8 AktG Aktionärsinteressen im Vordergrund stünden und der Erwerb daher vordergründig zumeist *causa societatis* erfolge.

Bei Zugrundelegung der Meinung von Tanzer komme es beim Aktienrückerwerb darauf an, ob dieser im Interesse des Gesellschafter oder der Gesellschaft liege. Die Stabilisierung des Kurses und der Aktionärsstruktur werde nach Tanzer ausschließlich im Interesse der Gesellschafter liegen.

Auch aus der Begründung des Beschlusses zur Durchführung eines Aktienrückerwerbes in der xx. Hauptversammlung sei zu entnehmen, dass vorwiegend eine mögliche Schädigung der Aktionäre - aber auch der Gesellschaft selbst - durch einen Kursverfall verhindert werden solle. Aus dem Beschluss selbst gehe hervor, dass das Rückkaufprogramm den Hauptzweck der Stabilerhaltung der Aktionärsstruktur und des Börsenkurses habe.

Daher gehe sowohl aus dem Beschluss selbst, aber auch aus der Begründung hervor, dass ein vorwiegendes Interesse der Gesellschafter am Aktienrückkaufprogramm vorhanden gewesen sei, auch wenn die Gesellschaft von Nebenaspekten, wie zB der Hintanhaltung von negativer medialer Berichterstattung bei Kursverfall profitieren möge.

Somit sollte klar, dass die Aktienrückerwerbe vorwiegend auf Gesellschafterinteresse beruht hätten. Weiters sei der BP entgegenzuhalten, dass wenn sie mit Hinweis auf Tanzer ausführe, dass nur dann, wenn sich keine vernünftigen betrieblichen Gründe seitens der Gesellschaft ausmachen lassen, eine Einlagenrückzahlung vorliege, die BP die konkreten betrieblichen Gründe der Bw. zur Durchführung des Aktienrückkaufprogrammes weder im Prüfungsbericht bzw. der Niederschrift noch in ihrer Berufungsstellungnahme anführe. Ergänzend sei nur da-

rauf hinzuweisen, dass die Erzielung von Handelsgewinnen schon aufgrund des expliziten Verbotes in § 65 Abs. 1 Z 8 AktG wohl nicht als betrieblicher Grund gelten könne.

Im Gegensatz zur Meinung der BP komme es auch nicht auf den später tatsächlich verwirklichten Sachverhalt an, sondern auf die Motive im Zeitpunkt des Rückerwerbs. Die Betrachtungsweise, dass nur auf Grund eines allfällig höher erzielten Erlöses, als für die Aktien beim Rückerwerb verausgabt worden seien, ein Vorgang causa obligationis vorliege, würde dazu führen, dass jeglicher Aktienrückerwerb unabhängig vom ursprünglichen Motiv des Rückerwerbs in solch einem Fall zu einem Veräußerungsgeschäft uminterpretiert werde. Um bei Tanzer (aaO, S. 1733) zu bleiben, ließe eine solche Überlegung „die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts hellseherisch zurückwirken und die wunderbare Metamorphose eines Vermögensabflusses zu einem Aktivum annehmen.“ Es seien daher sehr wohl die Absichten und Motive im Zeitpunkt des Rückerwerbs zu würdigen und nach überwiegenden Wahrscheinlichkeiten zu beurteilen.

Lägen überwiegend Gesellschafterinteressen vor und werde dies von der Gesellschaft vorgebracht, müsste die Abgabenbehörde der Gesellschaft entgegenhalten, warum die Gesellschaft den Aktienrückerwerb aus betrieblichen Interessen getätigt habe und worin diese betrieblichen Interessen bestanden hätten.

Es sei daher auch nichts aus den Ausführungen im Protokoll der zzz. Aufsichtsratssitzung vom 02. Dezember 2001 zu gewinnen, da es auf die Beweggründe zum Zeitpunkt des Aktienrückerwerbs ankomme. Abgesehen davon habe sich die angeführte Ausführung auf die handelsrechtliche Darstellung des Sachverhalts bezogen, die für die steuerrechtliche Beurteilung in konkreten Sachverhalten nicht maßgeblich sei.

Auch aus der Anführung der in Deutschland ergangenen Judikatur lasse sich aus österreichischer Sicht nichts gewinnen, da eine dem § 4 Abs. 12 EStG 1988 vergleichbare Regelung in Deutschland nicht vorhanden sei und daher die Interpretation durch den BFH vor allem auf deutschen handelsrechtlichen Bestimmungen beruhe, die für die österreichische Rechtslage ebenfalls nicht relevant seien.

Zum Vorwurf der BP, dass die Bw. „janusköpfig“ vorgegangen sei, da sie im Wirtschaftsjahr 2000 den Verlust aus Teilwertabschreibungen aufwandswirksam beantragt habe, sei zu sagen, dass der literarische Meinungsstand zu diesem Zeitpunkt noch nicht vertieft gewesen sei. Für das berufsgegenständliche Wirtschaftsjahr 2002 hingegen sei jedoch die steuerliche Behandlung in den Vorjahren verfahrensrechtlich ohnehin nicht entscheidungsrelevant. Zur steuerpflichtigen Behandlung der Teilwertabschreibungen im Jahre 2008 sei anzumerken, dass diese Vorgehensweise gerade aufgrund der erfolgten Feststellungen der BP vorgenom-

men worden sei. Eine „Gleichstellung“ der steuerlichen Behandlung sollte ebenfalls erfolgen, jedoch im Sinne einer steuerneutralen Behandlung.

Zu der von der BP vorgebrachten Literatur sei nur vorzubringen, dass es sich dabei um relativ einseitige und wenig reflektierte Meinungen handle. Die wohl intensivste Untersuchung der Fragestellung sei von Kirchmayr und Tanzer vorgenommen worden, weshalb unter Zugrundelegung dieser inhaltlich sehr fundierten Meinungen der von der Bw. vorgenommene Aktienrückerwerb als steuerneutrale Einlagenrückzahlung zu sehen sei. Ergänzend sei noch auf Beiser, Einlagenrückzahlung in Handels- und Steuerbilanz, ecolex spezial 2000, verwiesen, der generell den Ankauf eigener Aktien als steuerneutrale Einlagenrückzahlung werte.

Abschließend sei noch angeführt, dass die Behandlung des Wiederverkaufs der Aktien als steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn (bzw. allenfalls steuerwirksame Veräußerungsverluste) zu einer doppelten Berücksichtigung von Gewinnen bzw. Verlusten führen würde, da bei Gewinnen der Gesellschaft diese der Körperschaftsteuer unterliege und der daraus erzielte „Gewinn“ bei Wiederverkauf der Aktien ebenfalls der Körperschaftsteuer unterliege, bei Verlusten würde der gegenteilige Effekt eintreten. Dies entspreche jedoch nicht dem der Körperschaftsteuer inhärenten Trennungsprinzip.

b) Betreffend die Nichtanrechnung der Körperschaftsteuer aus Drittländern sei die Entscheidung des EuGH abzuwarten.

5.) Nach Vorlage der Berufung an den UFS ergänzte die Bw. mit dem Schriftsatz vom 31. Jänner 2012 über entsprechende Aufforderung ihr Berufungsvorbringen zur Frage der Anrechenbarkeit der ausländischen Körperschaftsteuer wie folgt:

Da in Bezug auf die von der Bw. vereinnahmten EU-Portfoliodividenden schon eine ausreichende Berücksichtigung der Vermeidung der Doppelbesteuerung durch die Anrechnung der zugrundeliegenden Körperschaftsteuer durch die BP erfolgt sei, werde aus Vereinfachungsgründen keine Änderung von der Anrechnungs- auf die Befreiungsmethode beantragt.

Die Drittstaats-Portfoliodividenden stehen zum einen im Zusammenhang mit Ländern, mit denen in den jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) ein großer Informationsaustausch vereinbart sei, zum anderen mit solchen, mit denen lediglich ein kleiner Informationsaustausch vereinbart sei. Die geltend gemachte ausländische Körperschaftsteuer setze sich für das Jahr 2002 wie folgt zusammen:

Großer Informationsaustausch	
aus kanadischen Aktien	749,96
aus US-amerikanischen Aktien	27.778,07
	28.528,02
Kleiner Informationsaustausch	

aus japanischen Aktien	2.908,51
aus Schweizer Aktien	2.908,51
A-AG	825.451,38
	830.834,01

Der VwGH habe im Erkenntnis vom 25. Oktober 2011, 2011/15/0070, ausgesprochen, dass für Drittstaats-Portfoliodividenden die Anrechnungsmethode anzuwenden sei. Betreffend die Frage der wirksamen steuerlichen Kontrolle sei unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH (Rs. Haribo) bzw. des VwGH-Erkenntnisses vom 17. April 2008, 2008/15/0064, hinsichtlich der Drittstaats-Portfoliodividenden aus Ländern mit einem DBA mit großem Informationsaustausch hinlänglich geklärt, dass die zugrundeliegende Körperschaftsteuer angerechnet werden könne. Das betreffe im konkreten Fall die Dividenden aus Kanada und aus den USA. Diesbezüglich sei demnach eindeutig eine Anrechnung vorzunehmen.

Betreffend die Dividenden aus der Schweiz sei nun auszuführen, dass mit der Schweiz durch das Änderungsprotokoll zum DBA Schweiz, BGBl III 2011/27, der große Informationsaustausch vereinbart worden sei. Dieser große Informationsaustausch finde nach Art IV des Änderungsprotokolles für Veranlagungsjahre Anwendung, die am oder nach dem 1. Januar (2012) beginnen. Dazu sei anzumerken, dass Informationsaustauschbestimmungen in einem DBA auch auf den Austausch von Informationen angewendet werden können, die vor Inkrafttreten des Abkommens vorhanden gewesen seien, sofern die Amtshilfe bezüglich dieser Information nach dem Inkrafttreten des Abkommens geleistet werde und die Bestimmung des Artikels anwendbar geworden sei (vgl. Art 26 Tz 10.3 OECD-Musterabkommen). Nach den Materialien zur Regierungsvorlage zum Änderungsprotokoll des DBA Schweiz sollten Bankauskünfte zwar erst für Veranlagungsjahre, die nach dem 1. Januar beginnen, ausgetauscht werden können, woraus sich aber nach Ansicht der Bw. ergebe, dass durch die ausdrückliche Nennung von Bankauskünften nur „im Hinblick auf diese Auskünfte eine Rückwirkung ausgeschlossen werden sollte“. Insofern sei davon auszugehen, dass aufgrund des neuen umfassenden Informationsaustausches auch eine „rückwirkende Auskunftspflicht und -möglichkeit für Zwecke der Beteiligungsertragsbefreiung vorliege“. Abgesehen davon erscheine es auch zweifelhaft, ob die schweizerische Finanzbehörde tatsächlich einen Informationsaustausch im konkreten Fall verweigern würde, der „zu Gunsten des Steuerpflichtigen“ erfolge.

Des Weiteren sei nach dem Erkenntnis des VwGH vom 25. Oktober 2011 in jedem konkreten Kollisionsfall zu prüfen, ob eine Beschränkung des Kapitalverkehrs gerechtfertigt sei (Maßgeblichkeit des Einzelfalls). Im gegenständlichen Fall sei die Beschränkung nicht gerechtfertigt, da von der BP der konkrete Anrechnungsbetrag im Einvernehmen mit der Bw. unter Vorlage sämtlicher Unterlagen unter Anwendung der erweiterten Mitwirkungspflicht hinreichend geklärt worden und in einer Beilage zum BP-Bericht explizit angeführt worden sei.

Eine bloß formale Berufung auf das Nichtvorliegen eines Informationsaustausches, der gar nicht im konkreten Fall notwendig erscheine, da für das FA der Anrechnungsbetrag eindeutig geklärt, demnach unzweifelhaft sei, erscheine somit im Ergebnis in diesem konkreten Einzelfall nicht in Übereinstimmung mit der in den EU-Grundfreiheiten vorgesehenen Freiheit des Kapitalverkehrs.

Daher sei im Schrifttum auch angeführt worden, dass der mangelnde Informationsaustausch dann keinen Ausschluss rechtfertigen könne, wenn der Steuerpflichtige die erforderlichen Nachweise tatsächlich erbringen könne und in der Folge erbringe (vgl. Kofler in Achatz/Kirchmayr, KStG § 10 Tz 139 mit weiteren Hinweisen auf das Schrifttum).

Zusammenfassend seien daher, da die anzurechnenden Steuern bereits hinreichend festgestellt worden seien, diese Steuern anzurechnen, da ansonsten ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen würde.

Die Bw. habe zudem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Notwendigkeit des Vorliegens eines DBA mit großem Informationsaustausch, wenn die anzurechnende Steuer der Finanzbehörde aufgrund eigener Ermittlung bekannt und unzweifelhaft sei. Es erscheine an sich sachlich nicht gerechtfertigt, dass bei Drittstaats-Portfoliodividenden ein DBA mit Informationsaustausch vorliegen müsse, wenn aufgrund der Mitwirkung des Abgabepflichtigen die zugrundeliegenden anzurechnenden Steuern hinlänglich geklärt seien, während bei Drittstaats-Portfoliodividenden aus Staaten, mit denen ein großer Informationsaustausch im DBA vereinbart sei, in aller Regel ebenfalls die anzurechnende Steuer bereits durch Nachweis des Steuerpflichtigen erfolge. In der Praxis werde nämlich von der Finanzbehörde in den seltensten Fällen auf die Möglichkeit des Informationsaustausches zurückgegriffen, sondern die anzurechnende Steuer im Wege der erhöhten Mitwirkungspflicht des Abgabepflichtigen festgestellt. Selbst in Missbrauchsfällen gehe der Gesetzgeber in § 10 Abs. 4 KStG 1988 davon aus, dass nur der Nachweis der ausländischen Steuer durch den Steuerpflichtigen beispielsweise mittels Abgabenbescheid oder Abrechnungsbescheid der ausländischen Steuerbehörde genüge. Es sei deshalb nicht sachlich gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber selbst in Missbrauchsfällen bei Beteiligungen ab 10 % nur auf eine ausreichende Dokumentation durch den Steuerpflichtigen bestehe, aber bei nicht missbräuchlichen Fällen im Falle von Drittstaats-Portfoliodividenden zusätzlich das Erfordernis des Vorliegens eines Informationsaustausches im DBA vorsehe. Wäre die Bw. an der A-AG mit 10 % beteiligt gewesen und die Dividende als missbrauchsverdächtig einzustufen gewesen, dann wäre der Nachweis durch die Bw. ausreichend gewesen. Eine Differenzierung ausschließlich aufgrund der Höhe der Beteiligung erscheine ebenfalls nicht sachlich gerechtfertigt. Bei völlig zweifelsfreiem Vorliegen der für die Steuerentlastung anzurechnenden ausländischen Körperschaftsteuer die Steueranrechnung allein deshalb nicht zu gewähren, weil kein Informationsaus-

tausch mit dem Staat, aus dem die Dividende stamme, vereinbart sei, sei überschießend und verstoße somit gegen das dem Gleichheitssatz innewohnende Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. zB VfGH vom 12. Dezember 2003, B 916/02, zum Fehlen des Buchnachweises hinsichtlich der Umsatzsteuerfreiheit für Ausfuhrumsätze). Durch die Nicht-Anrechnung der (dem FA bekannten) ausländischen Körperschaftsteuer komme es zu einer Mehrfachbelastung der Drittstaats-Dividende und damit zu einer wesentlichen Überbesteuerung der Dividenden aus der Schweiz, was überdies einen Eingriff in die Unversehrtheit des Eigentums der Bw. darstelle, da die anzurechnende Steuer ein Vermögensgut darstelle, das bei der Vorschreibung der Körperschaftsteuer nicht als Abzugsposten berücksichtigt worden sei.

Der Antrag auf Anrechnung sämtlicher im Einvernehmen mit der BP festgestellten anrechenbaren Körperschaftsteuerbeträge auch aus Drittstaats-Portfoliodividenden aus Staaten ohne großen Informationsaustausch werde deshalb weiterhin aufrechterhalten.

6.) Im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung wies der Vertreter der Bw. hinsichtlich der eigenen Aktien noch einmal darauf hin, dass diese mangels Stimmrecht und Gewinnbezugsrecht keinen Wirtschaftsgutcharakter hätten, weshalb Veräußerungen bzw. daraus resultierende stille Reserven steuerneutral bleiben müssten. Weiters sei aus dem maßgeblichen Hauptversammlungsbeschluss vom 01. Jänner 2000, worin die Stabilerhaltung des Börsenkurswertes als Zweck des Ankaufs der eigenen Aktien genannt werde, eindeutig abzuleiten, dass die Stabilität des Kurswertes ausschließlich den Aktionären zugutekomme. In Bezug auf den Umstand, dass der Vorstandsvorsitzende in jener Hauptversammlung darauf hingewiesen habe, dass der Aktienrückkauf auch zur Abwehr von Nachteilen für die Gesellschaft erfolgen solle, sei nicht erkennbar, worin der Nachteil der Gesellschaft bei sinkendem Börsenkurswert bestehen solle. Natürlich habe der Vorstand einer Aktiengesellschaft die Interessen der Gesellschaft zu beachten.

Hinsichtlich der strittigen Drittstaats-Portfoliodividenden zog der Vertreter der Bw. sein Berufsbegehren auf Anrechnung der auf die japanischen Aktien entfallenden Körperschaftsteuer zurück. Was dagegen die Schweizer Körperschaftsteuer betrifft, monierte er, dass das FA nicht versucht habe, entsprechende Informationen betreffend das berufsgegenständliche Jahr 2002 von der Schweiz einzuholen.

Der Vertreter des FA wiederholte das bisherige Vorbringen, wobei er hinsichtlich der Drittstaats-Portfoliodividenden aus den USA und Kanada das Berufsbegehren anerkannte und bestätigte, dass hinsichtlich der Schweizer Dividenden kein Auskunftersuchen an die Schweiz gerichtet worden war.

Über die Berufung wurde erwogen:

Eigene Aktien:

Sachverhalt:

Die Bw. ist ein in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft geführtes Unternehmen, das 1986 aus der Verschmelzung der E mit dem F hervorging. Über zwei Börsengänge wurde die Bw. 198x zu 49 % teilprivatisiert, wobei aber G 51 % des Aktienkapitals gehören.

Im maßgeblichen Protokoll der xx. ordentlichen Hauptversammlung der Bw. vom 01. Jänner 2000 heißt es unter dem Tagesordnungspunkt 6 (Ermächtigung des Vorstands für die Dauer von 18 Monaten zum Erwerb „eigener Aktien“ an der Bw. bis höchstens 10 % des Grundkapitals der Bw. von damals € xx,xxx.xxx): *„Die Hauptversammlung erteilt dem Vorstand für die Dauer von 18 Monaten ab Inkrafttreten dieses Beschlusses die Ermächtigung, eigene Aktien bis höchstens 10vH des Grundkapitals der Bw. zu erwerben, wobei der Ankaufspreis den durchschnittlichen Börsenkurs der letzten 10 Börsenstage nicht überschreiten und diesen Betrag nicht um mehr als die Hälfte unterschreiten darf. Der Vorstand hat ein Aktien-Rückkaufprogramm, dessen Hauptzweck die Stabilerhaltung der Aktionärstruktur und des Börsenkurses ist, offenzulegen und ist ermächtigt, im Rahmen dieses Programms Aktien über die Börse wieder zu verkaufen.“*

Laut diesem Protokoll wies der Vorstandsvorsitzende der Bw. zu diesem Tagesordnungspunkt darauf hin, dass durch das am 14. Juli 1999 beschlossene Aktienrückwerbsgesetz der Erwerb von Aktien völlig neu geregelt worden sei. Unter anderem könnten nunmehr auch mit Ermächtigung der Hauptversammlung börsennotierte Gesellschaften eigene Aktien im Höchstausmaß von 10 % erwerben. Der Gesetzgeber verfolge mit diesem Gesetz das Ziel, durch eine liberalere Regelung des Rückkaufs eigener Aktien, unabhängig von einem bestimmten Zweck oder einer bestimmten Erwerbsart, den Börsenhandel zu beleben, die Akzeptanz der Aktie als Anlageform zu steigern und börsennotierten österreichischen Aktiengesellschaften ein in der internationalen Praxis anerkanntes Instrumentarium zur Steuer (sic!) ihrer Kapitalstruktur an die Hand zu geben. Die Ermächtigung, um die der Vorstand ersuche, solle vornehmlich dazu dienen, um mögliche Schädigung der Aktionäre aber auch der Gesellschaft selbst durch einen Kursverfall zu verhindern.

Letztlich wurde diese Ermächtigung von der Hauptversammlung mehrheitlich erteilt, wobei der Hauptversammlungsbeschluss am 03. Jänner 2000 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht wurde.

In den Wirtschaftsjahren 2000 und 2001 (bei einem Bilanzstichtag 30. September) wurden daraufhin von der Bw. in vielen kleinen Tranchen eigene Aktien über die Börse angekauft.

In der Bilanz zum 30. September 2000 wurde der damalige Bestand an eigenen Aktien von 400.00x Stück mit dem Betrag von S 215,617.956,55 (€ 15,669.568,00) auf der Aktivseite als Umlaufvermögen unter der Position „Eigene Anteile“ ausgewiesen. Auf der Passivseite wurde eine gleich hohe Rücklage für eigene Anteile eingestellt. Zudem nahm die Bw. hinsichtlich dieser eigenen Aktien eine Teilwertabschreibung in Höhe von S 34,677.717,04 (€ 2,520.127,98) mit steuerlicher Wirkung vor. In dem der Körperschaftsteuererklärung für das Jahr 2000 beigelegten steuerlichen Evidenzkonto gemäß § 4 Abs. 12 Z 3 EStG 1988 wurde die Veränderung des Eigenkapitals durch die Einstellung der Rücklage für eigene Anteile in der oben angegebenen Höhe ausgewiesen.

In der Bilanz zum 30. September 2001 wurde der damalige Bestand an eigenen Aktien von 700.00x Stück sowie die Rücklage für eigene Anteile mit dem Betrag von S 317,029.149,48 (€ 23,039.406,80) ausgewiesen. Dem steuerlichen Evidenzkonto ist hinsichtlich der Rücklage für eigene Anteile dementsprechend eine Erhöhung um S 101,411.192,93 (€ 7,369.838,80) zu entnehmen.

In einem Auszug aus dem Protokoll über die zzz. Aufsichtsratssitzung der Bw. vom 02. Dezember 2001 wird im Rahmen des Berichtes des Vorstandes ausgeführt, dass die Bw. im Rahmen des genehmigten Aktienrückkaufprogramms - unter Berücksichtigung einer durchgeführten Kapitalerhöhung - rund 1,12345 % der eigenen Aktien rückgekauft habe. Da dies zu einem gegenüber dem nunmehrigen Börsenkurs deutlich geringeren Durchschnittskurs erfolgt sei, bestehe hier eine ganz beachtliche stille Reserve. Der Vorstand habe sich nun entschlossen, diese Aktien über die Börse wieder zu verkaufen und damit in den Free-float zurückzugeben.

Einer entsprechenden Pressemeldung der Bw. schon vom November-2001 ist unter dem Titel „Veröffentlichung gemäß § 82 Abs. 9 BörseG“ zu entnehmen, dass insgesamt im Rahmen des Rückkaufprogrammes zwischen 2000-2001 700.00x Stück Stammaktien (d.s. rund 1,12345 % des Grundkapitals der Bw.) erworben worden seien. Der Vorstand der Bw. habe nunmehr beschlossen, von der Ermächtigung des Aufsichtsrates zum Wiederverkauf über die Börse Gebrauch zu machen, wobei das Programm am 04. Dezember 2001 beginnen und voraussichtlich am x.xx. 2002 enden werde.

Dieser Wiederverkauf über die Börse wurde im Zeitraum 27. Dezember 2001 bis 14. Jänner 2002 durchgeführt, wobei die Bw. diesbezüglich unstrittig einen Veräußerungsgewinn bzw. einen „Kursgewinn bei Verkauf von Wertpapieren des Umlaufvermögens“ (laut dem Jahresabschluss zum 30. September 2002) in der Höhe von € 10,246.465,61 erzielt hat. In der Körperschaftsteuererklärung für das Jahr 2002 wurde dieser Betrag außerbilanziell unter der Position „Steuerfreie Kapitalerträge“ wieder abgezogen.

Aktienrechtliche und handelsrechtliche Beurteilung:

§ 52 AktG bestimmt, dass den Aktionären die Einlagen nicht zurückgewährt werden dürfen. Sie haben, solange die Gesellschaft besteht nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Als Rückgewähr von Einlagen gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien (§§ 65, 66).

Die maßgebliche Bestimmung des § 65 AktG wurde mit dem Aktienrückerwerbsgesetz (AReG, BGBl I 1999/187) wie folgt geändert:

(1) Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur erwerben,

1. wenn es zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens notwendig ist;

2. wenn der Erwerb unentgeltlich oder in Ausführung einer Einkaufskommission durch ein Kreditinstitut erfolgt;

3. durch Gesamtrechtsnachfolge;

4. wenn die Aktien Arbeitnehmern der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens, die nicht leitende Angestellte, Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats sind, zum Erwerb angeboten und die Aktien innerhalb eines Jahres nach ihrem Erwerb ausgegeben werden sollen;

5. auf Grund einer Genehmigung der Hauptversammlung, wenn die Aktien Arbeitnehmern der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens mit einer längeren als der in Z 4 vorgesehenen Ausgabefrist oder wenn sie leitenden Angestellten, Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zum Erwerb angeboten werden sollen; der Beschluss über die Genehmigung hat die Höchstzahl der zu erwerbenden Aktien, die Geltungsdauer der Genehmigung, die 18 Monate nicht überschreiten darf, den niedrigsten und den höchsten Gegenwert und den Plan für die Ausgabe der Aktien einschließlich der Zeit, innerhalb der sie auszugeben sind, festzulegen; bei Ausgabe von Aktien an Arbeitnehmer mit einer längeren als der in Z 4 vorgesehenen Ausgabefrist bedarf der Beschluss des vorangehenden Abschlusses einer Vereinbarung mit den Arbeitnehmern oder dem Betriebsrat; (*Anmerkung: ab 1. Mai 2001 Zusammenführung mit Z 4*)

6. zur Entschädigung von Minderheitsaktionären, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist; (*Anmerkung: ab 1. Mai 2001 Z 5*)

7. auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals; (*Anmerkung: ab 1. Mai 2001 Z 6*)

8. wenn sie ein Kreditinstitut ist, auf Grund einer Genehmigung der Hauptversammlung zum Zweck des Wertpapierhandels; der Beschluss über die Genehmigung muss bestimmen, dass der Handelsbestand der zu diesem Zweck zu erwerbenden Aktien fünf von Hundert des

Grundkapitals am Ende jeden Tages nicht übersteigen darf und muss den niedrigsten und den höchsten Gegenwert festlegen; die Ermächtigung darf höchstens 18 Monate gelten; (*Anmerkung: ab 1. Mai 2001 Z 7*)

9. auf Grund einer höchstens 18 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, wenn die Aktien der Gesellschaft an einer Wertpapierbörse im Inland, in einem Vertragsstaat oder sonstigen Vollmitgliedstaat der OECD amtlich notieren oder an einem anderen anerkannten, geregelten, für das Publikum offenen und ordnungsgemäß funktionierenden Wertpapiermarkt in einem dieser Staaten gehandelt werden. (*Anmerkung: ab 1. Mai 2001 Z 8*)

(1a) Der zu veröffentlichende Beschluss der Hauptversammlung nach Abs. 1 Z 9 hat den Anteil der zu erwerbenden Aktien am Grundkapital, der zehn vom Hundert nicht übersteigen darf, die Geltungsdauer der Ermächtigung sowie den niedrigsten und den höchsten Gegenwert festzulegen, weiters die Pflicht zur Veröffentlichung des jeweiligen Rückkaufprogramms und insbesondere dessen Dauer. Auf Erwerb und Veräußerung ist § 47a anzuwenden, wobei Erwerb und Veräußerung über die Börse oder durch ein öffentliches Angebot diesem Erfordernis genügen. Die Hauptversammlung kann eine andere Art der Veräußerung beschließen; § 153 Abs. 3 und 4 ist in diesem Fall sinngemäß anzuwenden. Die Hauptversammlung kann den Vorstand auch ermächtigen, die eigenen Aktien ohne weiteren Hauptversammlungsbeschluss einzuziehen. Der Handel in eigenen Aktien ist als Zweck des Erwerbs eigener Aktien ausgeschlossen.

(2) Der mit den von der Gesellschaft gemäß Abs. 1 Z 1, 4, 5, 8 und 9 erworbenen Aktien verbundene Anteil am Grundkapital darf zusammen mit den anderen eigenen Aktien, welche die Gesellschaft bereits erworben hat und noch besitzt, zehn von Hundert des Grundkapitals nicht übersteigen. In den Fällen des Abs. 1 Z 1, 4, 5, 6, 8 und 09 ist der Erwerb ferner nur zulässig, wenn die Gesellschaft die gemäß § 225 Abs. 5 HGB vorgeschriebene Rücklage für eigene Anteile bilden kann, ohne dass das Nettoaktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschreitet. In den Fällen des Abs. 1 Z 1, 2, 4, 5, 6, 8 und 9 ist der Erwerb überdies nur zulässig, wenn auf die Aktien der Ausgabebetrag voll geleistet ist.

(3) Im Fall des Abs. 1 Z 1 und 9 hat der Vorstand die nächste Hauptversammlung über die Gründe und den Zweck des Erwerbs, über die Zahl der erworbenen Aktien, bei Nennbetragsaktien über deren Nennbetrag, bei Stückaktien über deren anteiligen Betrag des Grundkapitals sowie jeweils über den auf die Aktien entfallenden Anteil am Grundkapital und über den Gegenwert der Aktien zu unterrichten.

(4) Die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien wird durch einen Verstoß gegen Abs. 1, 1a oder 2 nicht berührt. Ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ist rechtsunwirksam, soweit der Erwerb gegen Abs. 1, 1a oder 2 verstößt.

(5) Aus eigenen Aktien stehen der Gesellschaft keine Rechte zu. Ein Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 HBG) oder ein anderer, dem Aktien für Rechnung der Gesellschaft oder eines Tochterunternehmens (§ 228 Abs. 3 HGB) gehören, kann aus diesen Aktien das Stimmrecht und das Bezugsrecht nicht ausüben.

Durch dieses AReG wurde demnach der neue Tatbestand des zweckneutralen Erwerbs (damals als Abs. 1 Z 9) eingeführt und überdies erstmals - damals noch nur für die Fälle des zweckneutralen Erwerbs - das Gleichbehandlungsgebot ausdrücklich zum Maßstab für den Erwerb und die Veräußerung eigener Aktien gemacht (Abs. 1a aF). Zudem wurden die Publizitätspflichten ausgebaut (Abs. 1a aF, § 82 Abs. 9 BörseG). In weiterer Folge wurden durch das Aktienoptionengesetz (AOG, BGBl I 2001/42) die beiden bisherigen Tatbestände für die Aktienaussgabe an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Organmitglieder (Abs. 1 Z 4 und Z 5 aF) im neuen Abs. 1 Z 4 zusammengefasst, wodurch dieser zweckneutrale Erwerb nunmehr im Abs. 1 Z 8 geregelt ist. Überdies wurde das Gleichbehandlungsgebot auf alle Fälle des Erwerbs und der Veräußerung eigener Aktien ausgedehnt (nunmehriger Abs. 1b). Durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz (HaRÄG, BGBl I 2005/120) erfolgte überdies eine Umstellung der in Abs. 2 und Abs. 5 enthaltenen Verweisungen auf das UGB anstelle des HGB (vgl. allgemein zur Entstehungsgeschichte des § 65 AktG Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 1).

Den Materialien zu diesem AReG (1902 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP) ist diesbezüglich Folgendes zu entnehmen: „Problem: Derzeit ist der Rückkauf eigener Aktien nur in bestimmten Fällen - so etwa zur Abwehr eines schweren Schadens von der Gesellschaft - möglich. Österreichische Aktiengesellschaften können nicht - wie international verbreitet - den Rückkauf eigener Aktien als Finanzierungsinstrumentarium und als Mittel zur Erhöhung des Kurswertes einsetzen. Ziel: Eine liberalere Regelung des Rückkaufs eigener Aktien, unabhängig von einem bestimmten Zweck oder einer bestimmten Erwerbsart, kann zur Belebung des Börsehandels, zur Steigerung der Akzeptanz der Aktie als Anlageform und damit letztlich zu einer erhöhten Emissionsneigung führen. Börsennotierten österreichischen Aktiengesellschaften soll ein in der internationalen Praxis anerkanntes Instrumentarium zur Steuerung ihrer Kapitalstruktur zur Verfügung gestellt werden. Inhalt: Aufgrund einer Ermächtigung der Hauptversammlung soll in Zukunft der Rückkauf eigener Aktien bis zu einem Anteil von 10 % des Grundkapitals ohne bestimmte Zweckvorgabe möglich sein. Ausgeschlossen soll aber der Zweck des Handels in eigenen Aktien sein, um eine kontinuierliche Kursbeeinflussung oder Spekulationsgeschäfte zu unterbinden.“

Weiters heißt es in den Erläuterungen, dass in Deutschland durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998, dBGBI, I Nr. 24, der Erwerb eigener Aktien freier geregelt worden sei als bisher und in Österreich ein möglichst

rasches Gleichziehen mit der deutschen Regelung gefordert sei. Die Überlegungen zur Regelung des Erwerbs eigener Aktien hätten davon auszugehen, dass das Haftungsprivileg bei Kapitalgesellschaften die gesicherte Aufbringung eines Eigenkapitals in der Form des Grund- bzw. Stammkapitals verlange. Gläubiger einer Kapitalgesellschaft sollen sich darauf verlassen können, dass das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital tatsächlich vorhanden sei. Durch den Rückkauf eigener Aktien vermindere die Gesellschaft ihr Eigenkapital. Im Interesse des Gläubigerschutzes seien daher Kautelen erforderlich, damit das Haftungspotential nicht willkürlich und über Gebühr geschmälert werden könne. Beim Rückkauf eigener Aktien sei aber auch der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, da dabei unter Umständen einzelnen Aktionären durch günstigere Preise oder durch die nur bestimmten Aktionären gewährte Möglichkeit des Verkaufs ihrer Aktien Vorteile gewährt werden könnten. Ähnliche Überlegungen würden auch für die Wiederveräußerung eigener Aktien gelten. Aktiengesellschaften könnten Rück- und Wiederverkaufsaktionen gezielt zur Beeinflussung des Aktienkurses einsetzen. Solche Maßnahmen zur Stabilisierung des Kurses seien grundsätzlich positiv zu bewerten, es müssten dabei aber die Gefahren des Insiderhandels bedacht werden, denen durch Publizitätsregelungen zu begegnen sei. Weiters könne durch die Möglichkeit des Rückerwerbs eine erhöhte Emissionsneigung erreicht werden, da der „contrarius actus“, also das „going-private“ erleichtert werde. Aus kapitalmarktpolitischer Sicht sei aber zu betonen, dass der erweiterte Steuerungsspielraum der Gesellschaften klare Publizitäts- und Transparenzregelungen verlange. Wirtschaftliches Motiv für einen Aktienrückkauf sei oft das Anliegen, nicht benötigte Liquidität abzubauen und an die Aktionäre auszuschütten. Dieser Vorgang werde vom Markt - durch Kurssteigerungen - regelmäßig positiv bewertet (vgl. Escher-Weingart/Kübler, Erwerb eigener Aktien, Deutsche Reformbedürfnisse und europäische Fesseln?, ZHR 1998, 556 f). Es könne dadurch auch die Eigenkapitalrendite auf den verbleibenden Aktien erhöht oder einem dauerhaft oder mittelfristig zu hohen Eigenkapital des Unternehmens gegengesteuert werden. Weiters könnte der Rückerwerb die Einführung der Aktien an Auslandsbörsen vorbereiten. Da der Rückkauf in aller Regel zu einem Kursanstieg führe, könne die Gesellschaft dadurch ihre Attraktivität für feindliche Übernahmeangebote herabsetzen.

Ausgehend von dieser Regelung des (nunmehrigen) § 65 Abs. 1 Z 8 AktG ist demnach im Rahmen des „zweckneutralen Erwerbs“ insbesondere eine entsprechende Ermächtigung durch die Hauptversammlung notwendig. Unumstritten ist, dass im Beschluss der Hauptversammlung der Zweck des Erwerbs zumindest insofern angegeben werden muss, als eine Bezugnahme auf den Tatbestand des Abs. 1 Z 8 zu erfolgen hat, weil nur dadurch klargestellt wird, dass es um eine Ermächtigung gerade nach diesem Tatbestand geht (vgl. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Akt § 65 Rz 68; Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 52d). Fraglich ist, ob darüber hinaus ein konkreter Zweck für den Aktienerwerb angegeben werden

muss (dafür ua Gruber, RdW 1999, 572). Die herrschende Ansicht verlangt - auch unter Bezugnahme auf die entsprechende deutsche Literatur - eine derartige Angabe jedoch nicht (vgl. ua Kalss, GesRZ-Sonderheft 2001, 45), wobei aber diesbezügliche Angaben im Beschluss jedenfalls zulässig sind und dann den Handlungsspielraum des Vorstandes limitieren. Im Übrigen muss der Vorstand im Rahmen des Auskunftsrechts (§ 118 AktG) in der Hauptversammlung auf Nachfrage seine Pläne darlegen, wobei insoweit allerdings keine strikte Bindung für die Zukunft besteht, die Fragebeantwortung aber aus der gegenwärtigen Sicht zutreffend sein muss (vgl. wiederum Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 52d).

Der Tatbestand des § 65 Abs. 1 Z 8 AktG kann grundsätzlich zu jedem beliebigen Zweck eingesetzt werden. Als mögliche Zwecke werden in der Literatur ua genannt die Kurspflege, betriebswirtschaftliche Gründe (Verringerung der Eigenkapitalquote und damit Verbesserung der Eigenkapitalrentabilität, in diesem Fall uU verbunden mit einer Einziehung der betreffenden Aktien) oder der Rückkauf des Streubesitzes (insbesondere zur Vorbereitung eines „Going Private“, uU ebenfalls verbunden mit einer Einziehung). Gleichfall steht Abs. 1 Z 8 auch für die Ausgabe von Aktien an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Organmitglieder bzw. für die Bedienung von Aktienoptionen - neben Abs. 1 Z 4 - zur Verfügung. Zulässig ist die präventive Abwehr von abstrakt möglichen Übernahmeversuchen (vor Bekanntwerden der entsprechenden Absicht eines konkreten Bieters), indem durch die Verringerung des Streubesitzes die Möglichkeit, dass ein Dritter über den Kapitalmarkt die Kontrollmehrheit erlangt, reduziert wird (vgl. hierzu Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 58). Die Konzeption des Abs. 1 Z 8 als „Allzwecktatbestand“ wird aber insofern durchbrochen, als der Handel in eigenen Aktien ausdrücklich als Zweck des Erwerbs ausgeschlossen wird. Der Zweck dieses Verbots, worin der Gesetzgeber dem Vorbild des deutschen Gesetzgebers folgte, besteht darin, Kursmanipulationen in eigenen Aktien hintanzuhalten. In den oben schon erwähnten Gesetzesmaterialien wird dieser Tatbestand so umschrieben, dass ein fortlaufender An- und Verkauf eigener Aktien mit der Absicht, Trading-Gewinne zu erzielen, ausgeschlossen werden soll.

Bezüglich des weiteren Schicksals der erworbenen Aktien enthält § 65 Abs. 1 Z 8 AktG selbst keine zwingenden Vorgaben. Insbesondere besteht - unter der Voraussetzung der Zulässigkeit des Erwerbs (§ 65a Abs. 1) und der Nichtüberschreitung der allgemeinen 10 %-Grenze (§ 65a Abs. 2) - keine Beschränkung der Behaltdauer.

Gemäß § 65 Abs. 5 AktG steht der Gesellschaft hinsichtlich der von ihr selbst gehaltenen Aktien daraus keinerlei Rechte zu. Vom Ausschluss der Rechte aus den Aktien sind sowohl die Vermögensrechte (Dividende, Anspruch auf den Liquidationserlös, Bezugsrecht) als auch die Mitverwaltungsrechte (Recht zur Teilnahme an der Hauptversammlung, Stimmrecht, Anfechtungsrecht, Minderheitenrechte) betroffen. Aus der Regelung folgt insbesondere, dass aus eigenen Aktien im Falle einer Kapitalerhöhung von vornherein kein Bezugsrecht entsteht. Etwas

anderes gilt aber bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, da daran auch die von der Aktiengesellschaft selbst gehaltenen Aktien teilnehmen. Die Gesellschaft kann über die von ihr gehaltenen Aktien auch Verfügungen treffen, diese also etwa veräußern oder verpfänden oder daran ein Fruchtgenussrecht bestellen. Mit dem Übergang der Rechtszuständigkeit an einen Dritten leben auch alle mit den Aktien verbundenen Rechte wieder auf (vgl. Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 99).

Was die bilanzielle Behandlung eigener Aktien betrifft, sind diese in der Handelsbilanz der Aktiengesellschaft - je nach Zweckbestimmung - im Anlage- oder Umlaufvermögen in einem gesonderten Posten „eigene Anteile, Anteile an herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen“ anzusetzen (vgl. § 225 Abs. 5 UGB). Auf der Passivseite ist in entsprechender Höhe die Rücklage für eigene Anteile gemäß § 225 Abs. 5 UGB zu bilden, wodurch die eigenen Anteile bilanziell neutralisiert werden. Diese Rücklage darf durch Umwidmung frei verfügbarer Kapital- und Gewinnrücklagen gebildet werden, soweit diese einen Verlustvortrag übersteigen. Ebenso kommt eine Dotierung aus einem Jahresüberschuss oder aus einem Gewinnvortrag in Betracht. Die Rücklage ist insoweit aufzulösen, als die Anteile aus dem Vermögen ausgeschieden werden oder für sie ein niedrigerer Betrag angesetzt wird. Bei Aktien, die nach § 65 Abs. 1 Z 6 oder Z 8 zur Einziehung erworben wurden oder bei denen zumindest die Hauptversammlung die spätere Veräußerung von einem Beschluss der Hauptversammlung abhängig gemacht hat, besteht auch die Möglichkeit, die eigenen Aktien offen vom Nennkapital abzusetzen (vgl. § 229 Abs. 1 UGB). Im Rahmen der internationalen Rechnungslegung nach den IAS (IFRS) werden die eigenen Anteile stets vom Eigenkapital abgezogen (vgl. Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 108 ff).

In Bezug auf die Veräußerung eigener Aktien enthält § 65 AktG ebenfalls eine Reihe von Verfahrensvorschriften, deren Leitmotiv wiederum das Gleichbehandlungsgebot ist. Das Gesetz geht auch hier davon aus, dass die Veräußerung über die Börse sowie jene durch öffentliches Angebot dem Gleichbehandlungsgebot entspricht. Eine andere Art der Veräußerung bedarf aber grundsätzlich der Legitimation durch die Hauptversammlung, wobei aber auch eine vorweg erteilte Ermächtigung an den Vorstand möglich ist (vgl. Karollus in Jabornegg/Strasser, AktG I⁵ § 65 Rz 66 ff).

Steuerrechtliche Beurteilung:

Unstrittig ist, dass die steuerliche Behandlung des Aktienruckerwerbs gesetzlich nicht explizit geregelt ist, weshalb die allgemeinen bilanz- und körperschaftsteuerlichen Prinzipien anzuwenden sind (vgl. Kolienz, Wiesner, Zöchling, Aktuelle Entwicklungen im Unternehmens- und Konzernsteuerrecht, RdW 2006, 658).

Sowohl die BP als auch die Bw. weisen in diesem Zusammenhang auf entsprechende Literaturstellen hin, die ihren jeweiligen Standpunkt bekräftigen sollen. Nach Ansicht der BP liegt im gegenständlichen Fall eines zweckneutralen Aktienruckerwerbs gemäß § 65 Abs. 1 Z 8 AktG ein normaler Fall eines Erwerbsvorganges mit anschließender Veräußerung vor, wobei daraus resultierende Gewinne und Verluste entsprechend den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen steuerwirksam sind. Die Bw. dagegen beruft sich auf die Bestimmung des § 4 Abs. 12 EStG 1988, sieht demnach im Aktienruckerwerb eine Einlagenrückzahlung und in der anschließenden Wiederveräußerung dieser rückerworbenen Aktien einen Einlagevorgang. Begründend verweist die Bw. dabei insbesondere auf den Hauptversammlungsbeschluss, aus dem sich nämlich ergebe, dass der Erwerb vorwiegend dazu gedient habe, einen Kursverfall der Aktie zu verhindern, was überwiegend den Gesellschaftern der Bw. zugute komme.

Ausgehend von der Rechtsansicht der Bw. wird deshalb zuerst auf diese Bestimmung des § 4 Abs. 12 EStG 1988 idF für das berufungsgegenständliche Jahr 2002 eingegangen. Diese lautet wie folgt:

Die Einlagenrückzahlung von Körperschaften gilt, auch wenn sie im Wege einer Einkommensverwendung erfolgt, als Veräußerung einer Beteiligung und führt beim Anteilsinhaber (Beteiligten) sowohl bei einem Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1, § 5) als auch bei einer Einnahmen - Ausgabenrechnung (§ 4 Abs. 3) nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu einer Minderung und Erhöhung von Aktivposten des Betriebsvermögens:

1. Einlagen im Sinne dieser Vorschrift sind das aufgebrachte Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und sonstige Einlagen und Zuwendungen, die als Kapitalrücklage auszuweisen sind oder bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften auszuweisen waren einschließ-lich eines Partizipations- und Genussrechtskapitals im Sinne des § 8 Abs. 3 Z 1 des Körperschaftsteuergesetzes 1988, sowie jene Verbindlichkeiten denen abgabenrechtlich die Eigenschaft eines verdeckten Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals zukommt.
2. Nicht zu den Einlagen gehören Beträge, die unter § 32 Z 3 fallen oder die infolge einer Umgründung im Sinne des Umgründungssteuergesetzes die Eigenschaft einer Gewinnrücklage oder eines Bilanzgewinnes verloren haben.
3. Die Körperschaft hat den Stand der Einlagen im Sinne dieser Vorschrift im Wege eines Evidenzkontos zu erfassen und seine Erhöhungen durch weitere Einlagen und Zuwendungen und Verminderungen durch Ausschüttungen oder sonstige Verwendungen laufend fortzuschreiben. Das Evidenzkonto ist in geeigneter Form der jährlichen Steuererklärung anzuschließen.

Die wesentliche Aussage des § 4 Abs. 12 EStG 1988 liegt darin, dass die Rückzahlung von Einlagen einer Körperschaft an den Gesellschafter steuerneutral erfolgt bzw. als (Teil)Veräußerung der Beteiligung anzusehen ist, wobei dies auch dann gilt, wenn die Rückzahlung in der äußeren Erscheinungsform einer Gewinnausschüttung erfolgt. Im Ergebnis geht es um die

Unterscheidung zwischen Kapital (dh Einlagen), das von außen (durch den Gesellschafter) der Kapitalgesellschaft zugeführt wird, und Gewinnen, die in der Kapitalgesellschaft erzielt und gegebenenfalls thesauriert werden. Die Einlage (dh Außenfinanzierung) wird im Wege der Einlagenrückzahlung, der Gewinn (dh Innenfinanzierung) im Wege der Gewinnausschüttung (oder verdeckten Ausschüttung) an den Gesellschafter ausgeschüttet. Die Einlagenrückzahlung stellt damit die Umkehrung der Einlage (iSv Geld- bzw. Sacheinlagen) dar (vgl. Jakom/*Marschner* EStG, 2013, § 4 Rz 472).

Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen ist vorerst, dass Kapitalgesellschaften und ihre Gesellschafter steuerrechtlich entweder societatis causa oder in rechtsgeschäftlicher Form (obligationis causa) in Beziehung treten können. Die Qualifikation einer Leistungsbeziehung als societatis causa oder obligationis causa hängt davon ab, ob die Leistungsbeziehung Ausfluss des Gesellschaftsverhältnisses oder - aus Sicht der Kapitalgesellschaft - betrieblich veranlasst ist.

Auch im Fall des - wie gezeigt - gesellschaftsrechtlich nur sehr eingeschränkt möglichen Erwerbes eigener Aktien stellt sich deshalb die grundsätzliche Frage, ob dieser Vorgang als Transaktion societatis causa oder als grundsätzlich anzuerkennendes Rechtsgeschäft zu werten ist (vgl. hierzu Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 10 Tz 121). Wenn der Erwerb eigener Aktien Ausfluss des Verhältnisses zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ist, kann die Zahlung des Kaufpreises für den Erwerb der eigenen Anteile nur als (verdeckte) Gewinnausschüttung oder Einlagenrückzahlung gesehen werden. Aus Sicht der erwerbenden Aktiengesellschaft werden die betreffenden Aktien nicht angeschafft. Es ist daher keine steuerwirksame Wertberichtigung der Aktien möglich. Werden die Aktien in der Folge wieder veräußert, ist dieser Vorgang - ebenso wie der Erwerb - ein steuerneutraler Vorgang societatis causa, der mit einer Neuausgabe der Papiere vergleichbar ist. Dieser Vorgang führt bei der veräußernden Aktiengesellschaft zu Einlagen iSd § 4 Abs. 12 EStG 1988. Wird der Vorgang des Erwerbs eigener Aktien als „Rechtsgeschäft obligationis causa“ qualifiziert, liegt aus der Sicht des veräußernden Gesellschafters ein Verkauf der betreffenden Aktien vor. Die Qualifikation als Substanzgewinn auf Ebene des veräußernden Aktionärs ist in diesem Fall unabhängig von Stand und Rückzahlung von Einlagen iSd § 4 Abs. 12 EStG 1988 durch die erwerbende Aktiengesellschaft. Aus Sicht der erwerbenden Kapitalgesellschaft liegt eine Anschaffung von Aktien vor, die in der Folge steuerhängig sind. Allfällige Verluste sind ebenso wie allfällige Gewinne aus einer späteren Wiederveräußerung steuerwirksam.

Im Zusammenhang mit den einzelnen Tatbeständen des § 65 Abs. 1 AktG stellt nach Ansicht des BMF der Aktienkauf zum Zwecke ihres Einziehens gemäß § 192 AktG eine Einlagenrückzahlung dar. So ist nämlich nach dem von der Bw. zitierten Einlagenrückzahlungserlass vom 31. März 1998, Punkt 2.3.1, in diesem Fall von einem Vorgang societatis causa auszugehen.

Das BMF betont aber schon im Punkt 2.1.1. dieses Erlasses, dass der rechtsgeschäftliche Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft - eben mit Ausnahme des Einziehens eigener Aktien - grundsätzlich kein Fall der Einlagenrückzahlung ist.

Tanzer, aaO, auf den sich die Bw. in erster Linie stützt, betont vor allem die „Janusköpfigkeit“ eigener Anteile, da aus diesen der Gesellschaft keine Rechte zustünden, andererseits die eigenen Anteile aber als Vermögensgegenstände in die Bilanz aufzunehmen seien. Dieser Wertansatz lasse sich mit dem Wiederaufleben der Gesellschaftsrechte bei Veräußerung und dem dabei erzielbaren Verkaufspreis begründen (S. 1721). In diesem Zusammenhang unterscheidet er zwischen den Fällen, in denen der entgeltliche Erwerb der eigenen Aktien einen dauerhaften Gegenwert für die Gesellschaft bewirkt habe, und jenen, in denen eine bereits absehbare Einziehung oder die sonstige Wertlosigkeit letztendlich einen endgültigen sowie einseitigen Vermögensabfluss aus der Gesellschaft zur Folge haben musste (S. 1718). In dieser Hinsicht sei der Erwerb zu unmittelbaren Einziehung insofern einfach gelagert, da der vorangegangene Hauptversammlungsbeschluss die Gesellschaft und ihre Organe gleichermaßen in der späteren Verwendung (Vernichtung) der Papiere nach den Regeln über die Kapitalherabsetzung binde. Ansonsten sei es jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschaft einen bleibenden Nutzen aus ihren eigenen Anteilen zu ziehen vermöge. Sei es, dass sie die Aktien ihren Arbeitnehmern oder Organfunktionären zum folgenden Erwerb anbiete oder auch durch die sonstige Weiterveräußerung. In Bezug auf die gegenständliche Bestimmung des zweckneutralen Erwerbes nach § 65 Abs. 1 Z 8 AktG geht Tanzer (S. 1227) davon aus, dass, sollte dieser zu Zwecken der Börsebeeinflussung geschehen, die eigenen Aktien als „indifferent“ anzusehen seien. In diesem Fall sei danach zu fragen, ob die so angeeigneten Werte letztlich dem Betrieb der Gesellschaft einen nachvollziehbaren Nutzen bringen können bzw. ob die betreffenden Börseoperationen „zumindest auch“ in einem unmittelbar einsehbaren betrieblichen Interesse der Gesellschaft und nicht nur ihrer Gesellschafter gelegen gewesen sein sollten. Wäre dies zu bejahen, liege ein fremdüblicher und seitens der Gesellschaft betrieblich veranlasster Rückerwerb vor. Seiner Ansicht nach sei aber vom Zweckansatz her betrachtet ein gesellschaftsrechtlich bedingter Erwerb „näher stehend“, da die durch diese Z 8 ermöglichten Börseoperationen vordergründig den Aktionären und nicht der Gesellschaft als solcher zugutekämen.

Umgelegt auf den berufsgegenständlichen Sachverhalt geht der UFS davon aus, dass der Erwerb der eigenen Aktien durch die Bw. in den Wirtschaftsjahren 2000 und 2001 „zumindest auch“ im betrieblichen Interesse der Bw. gelegen ist, da vor allem Wertsteigerungen positiv auf den Gewinn der Gesellschaft wirken.

Zum einen ist nämlich der entsprechende Hauptversammlungsbeschluss vom 01. Jänner 2000 diesbezüglich wenig aussagekräftig, wenn dort lediglich darauf verwiesen wird, dass der

„Hauptzweck“ die Stabilerhaltung der Aktionärstruktur und des Börsenkurses“ sei. Zum anderen gestand der Vorstandsvorsitzende der Bw. in dieser Hauptversammlung ausdrücklich zu, dass die Ermächtigung, um die der Vorstand ersuche, „vornehmlich“ dazu dienen solle, um mögliche Schädigung der Aktionäre „aber auch der Gesellschaft selbst“ durch einen Kursverfall zu verhindern. Wie die BP zu Recht festgehalten hat, kommt damit klar zum Ausdruck, dass auch nach Auffassung der Bw. betriebliche Interessen am Erwerb der eigenen Aktien vorhanden gewesen sind. Überdies besteht sehr wohl ein starker Zusammenhang zwischen dem Börsenkurs eines Unternehmens und seiner Position als Nachfragender am Kapitalmarkt.

Als wesentlich erachtet der UFS weiters die Sachverhaltsfeststellung, dass in diesem Hauptversammlungsbeschluss schon die Ermächtigung für die Wiederveräußerung der eigenen Aktien enthalten ist. Ungeachtet des in § 65 AktG verankerten grundsätzlichen Verbotes des Handels in eigenen Aktien „als Zweck des Erwerbs“ kann aus diesem Umstand sehr wohl geschlossen werden, dass die Bw. von vornherein einen Ankauf mit nachfolgendem Verkauf der eigenen Aktien unter Inkaufnahme entsprechender Gewinne bzw. Verluste „gewollt“ hat. In der handelsrechtlichen Literatur wird dieses Verbot des Handels in eigenen Aktien nämlich lediglich dahingehend verstanden, dass Insider-Geschäfte mit eigenen Aktien zu Lasten des Börsepublikums unterbunden werden sollen (vgl. etwa Nowotny, Rückkauf eigener Aktien, RdW 1999, 121).

Am gravierendsten wiegt nach Ansicht des UFS aber die Tatsache, dass die Bw. selbst im Anschaffungsjahr der eigenen Aktien (2000) eine Teilwertabschreibung vorgenommen hat, demnach nicht von einer Einlagenrückzahlung, mithin von einem Vorgang societatis causa, sondern von einem Vorgang obligationis causa ausgegangen ist. Die Behauptung der Bw. in der Gegenäußerung zur Berufungsstellungnahme der BP, die steuerliche Behandlung der angeschafften eigenen Aktien im Jahre 2000 sei nicht „entscheidungsrelevant“, widerspricht, was die Bw. indirekt auch zugestehen muss, sowohl den obigen Ausführungen von Tanzer als auch ihren eigenen Berufungsausführungen. Wenn nämlich der Zeitpunkt der Anschaffung der eigenen Aktien für deren weiteres Schicksal (Einlagenrückzahlung oder normaler Erwerbsvorgang mit Steuerhängigkeit) maßgeblich sein soll, so kann bzw. muss aus der vorgenommenen steuerlichen Behandlung im Zeitpunkt der Anschaffung der eigenen Aktien auf die „Interessenlage“ (gesellschaftlich oder betrieblich) geschlossen werden. Insofern ist der Bw. auch Recht zu geben, wenn sie diesbezüglich eine „Gleichstellung“ der steuerlichen Behandlung der eigenen Aktien verlangt. Ob auch in Bezug auf das Jahr 2008, in dem die Bw. ebenfalls im Zusammenhang mit eigenen Aktien eine Teilwertabschreibung vorgenommen hat, in gleicher Weise von einem „betrieblichen Interesse“ an deren Anschaffung ausgegangen werden muss, ist im Rahmen der Entscheidung über die gegenständliche Berufung nicht von Bedeutung.

Nach den vorstehenden Ausführungen geht der UFS davon aus, dass auch unter Zugrundelegung der von Tanzer, aaO, vertretenen Rechtsansicht der Berufung kein Erfolg zukommen kann.

Hinzu kommt überdies der Umstand, dass ein Großteil der österreichischen Literatur und auch die herrschende Meinung in Deutschland unter Bezugnahme auf die oben dargelegten Bilanzierungsvorschriften davon ausgehen, dass eigenen Aktien grundsätzlich Wirtschaftsguteneigenschaft zukommt.

So hat der BFH im von der BP erwähnten Urteil vom 23. Februar 2005, I R 44/04, in Bezug auf eigene Anteile einer Kapitalgesellschaft ausdrücklich erwähnt, dass diese Wirtschaftsgüter darstellen. Zwar seien sie, solange sie sich in der Hand der Kapitalgesellschaft befinden, wertlos, da die Werte der Kapitalgesellschaft dieser ohnehin zustünden. Anteile an einer Kapitalgesellschaft seien aber zivilrechtlich Gegenstände und damit Wirtschaftsgüter im bilanzsteuerlicher Sinn und bleiben dies auch, wenn sie von der Kapitalgesellschaft selbst gehalten werden. Zudem seien eigene Anteile (mit Ausnahme von zum Zwecke der Einziehung erworbenen eigenen Aktien) handelsbilanzrechtlich Vermögensgegenstände und daher nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz auch bilanzsteuerlich Wirtschaftsgüter. Der Erwerb eigener Anteile sei daher grundsätzlich als Anschaffungsgeschäft und nicht als Einlagenrückgewähr zu beurteilen. Ebenso wenig sei die entgeltliche Abgabe eigener Aktien als Kapitalerhöhung zu behandeln. Vielmehr liege eine Veräußerung vor, die in Höhe der Differenz des Veräußerungserlöses abzüglich der Veräußerungskosten und dem Buchwert zu einem Veräußerungsgewinn/-verlust führe.

Reiner, aaO, hat in Reaktion auf den vom BMF angekündigten Erlass betreffend die steuerliche Behandlung des Aktienruckerwerbes die Unterschiede zum Erwerb eigener Aktien zur Einziehung insofern herausgearbeitet, als er betont, dass nicht alles was keine Ausschüttung sei, automatisch eine Einlagenrückzahlung sei. Vielmehr komme es durch den Aktienruckerwerb zu einer Veräußerung zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft. So bleibe aus Sicht des Aktionärs dieser bei einer Einlagenrückgewähr jedenfalls Beteiligter (nur eben mit einem nominell geringeren Anteil), während beim Aktienruckerwerb das Band zwischen Gesellschaft und Gesellschafter komplett durchtrennt werde. Der Aktionär gebe alle seine Rechte auf, er übertrage die Aktie einem anderen Rechtssubjekt. Aus Sicht der Gesellschaft sei deshalb beim Erwerb eine Aktivierung vorzunehmen, die durch eine Rücklage zu bedecken sei (lediglich beim Erwerb zur Einziehung oder ohne Ermächtigung zur Weiterveräußerung könne wahlweise ein offener Abzug vom Nennkapital vorgenommen werden). Bei der Veräußerung seien diese Posten wieder aufzulösen. Werde dabei jedoch ein Gewinn erzielt, so erhöhe dieser das Jahresergebnis und unterliege keiner wie immer gearteten Bindung. Würde es sich dabei um

eine Kapitalmaßnahme handeln, so könnte kein Gewinn erzielt werden. Vielmehr würde eine Kapitalerhöhung oder zumindest eine gebundene Kapitalrücklage vorliegen.

Zuletzt hat sich sehr ausführlich mit dieser Problematik Moser in seinem Artikel „Die Einstufung des Erwerbes eigener Aktien als Einlagenrückzahlung versus Anschaffung eines Wirtschaftsgutes - Darstellung im Steuerrecht“ GesRZ 2010, 102, beschäftigt und diesbezüglich auf den Umstand hingewiesen, dass man den Rückkauf eigener Aktien als zweistufigen Vorgang sehen müsse. Oftmals sei nämlich nicht schon beim Erwerb das weitere Schicksal der eigenen Aktien offensichtlich, die Rückkaufermächtigung könne eine Vielzahl von Verwendungsmöglichkeiten vorsehen und nicht zuletzt könne sich der objektiv angestrebte Verwendungszweck ändern. Es biete sich deshalb an, anknüpfend an die gesellschaftsrechtlichen Regelungen des § 65 AktG die Rückkaufatbestände zu unterteilen und zweistufig zu untersuchen, wobei drei Fallgruppen unterschieden werden könnten. Ausgangspunkt für diese Überlegungen sei, dass den eigenen Anteilen Wirtschaftsguteigenschaft zukomme und sie demnach einen realisierbaren Wert darstellten. Auch die herrschende Meinung in Deutschland gehe nämlich davon aus, den Erwerb immer als Veräußerungsvorgang anzusehen, von dem auch im Falle des Erwerbes zur Einziehung der Einziehungsvorgang zu unterscheiden sei (also de facto zweistufig).

Die Fallgruppe 1 behandle jene Fälle, in welchen eine nachfolgende Kapitalherabsetzung im Sinne des § 65 Abs. 1 Z 6 AktG annähernd sicher sei. Bei diesem Erwerb zur Einziehung sei deshalb schon auf der ersten Stufe eine Einlagenrückzahlung anzunehmen. Eine Trennung in „normalen“ Rückerwerb und folgender Einziehung würde einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht entsprechen und den Erwerbszweck missachten. Es komme zu einer finalen Kapitalreduktion in der Gesellschaft. Gestützt werde die Überlegung auch dadurch, dass solche Aktien nicht nach § 229 Abs. 1 UGB aktiviert werden müssen (Wahlrecht, Absetzung vom Kapital), das sollte auch für das Steuerrecht maßgeblich sein, da dem keine zwingende steuerrechtliche Norm entgegenstehe. Rückerwerbe zum Zweck der Einziehung seien daher abhängig vom Stand des Einlagekapitalkontos (bereits beim Erwerb) als Einlagenrückgewähr zu behandeln.

Wenn dagegen im Zeitpunkt des Aktienrückerwerbs das Schicksal der eigenen Aktien im Hinblick auf eine mögliche Einlagenrückzahlung noch unsicher sei, sei vorerst in Stufe 1 nicht von einer Einlagenrückzahlung auszugehen. Solche Tatbestände stellen § 65 Abs. 1 Z 1, Z 2 erster Halbsatz, Z 3 und Z 8 AktG dar. Vor allem die Ermächtigung der Hauptversammlung gemäß § 65 Abs. 1 Z 8 AktG sei in der Praxis vielfach sehr weit formuliert und ermögliche dem Vorstand die zukünftige Verwendung in mannigfacher Weise. Die endgültige Beurteilung könne erst in Stufe 2 erfolgen, da zeitlich in Stufe 1 die weitere Vorgangsweise nicht absehbar sei. Es sei aber bei diesen Tatbeständen möglich, dass in Stufe 2 eine finale Einlagenrück-

zahlung stattdessen. Um der geforderten Beurteilung entsprechend der wirtschaftlichen Betrachtung Rechnung zu tragen, könne die Beurteilung erst nach der endgültigen Klärung des Schicksals der eigenen Aktien erfolgen. Stufe 2 könne somit zu einer steuerlichen Einlagenrückzahlung führen, müsse aber nicht. Eine endgültige Rückführung von Kapital an die Gesellschafter müsse nicht vorliegen. Werden in der Folge die Aktien wieder in den Verkehr gebracht, sei davon auszugehen, dass es sich um Veräußerungsvorgänge handle, die nach den allgemeinen steuerlichen Normen zu beurteilen seien. Dabei sollte aber die Frage der Quelle der Dotierung der Rücklage für eigene Aktien, ob diese nämlich aus Gewinn- oder Kapitalrücklagen gebildet worden sei, grundsätzlich nicht maßgeblich sein, da andererseits auch bei Einziehungen keine Einlagenrückzahlung vorliegen würde, wenn die seinerzeitige Dotierung der Rücklage für eigene Aktien (zulässigerweise) aus Gewinnrücklagen/dem Bilanzgewinn erfolgt wäre.

Die letzte Fallgruppe schließe von vornherein aus, dass es zu einer Kapitalrückzahlung kommen könne, weshalb schon in Stufe 1 klar sei, dass bezüglich dieser Aktien aus Sicht der Gesellschaft keine finale Kapitalrückzahlung an die Anteilseigner stattfinden werde.

Steuerlich gesehen könne deshalb, wenn im ersten Schritt noch kein zwingender Rückkaufstatbestand vorliege, der Aktienrückkauf keinen Einlagenrückzahlungstatbestand darstellen. Vielmehr handle es sich um den Erwerb des aktivierungsfähigen Wirtschaftsgutes „eigene Aktien“. Erst im zweiten Schritt sei zu beurteilen, ob entweder ein Einlagenrückzahlungs- oder ein Veräußerungstatbestand vorliege, wobei diesbezüglich die für die steuerliche Würdigung des Sachverhaltes nötigen Daten bis zur Umsetzung von Schritt 2 evident zu halten wären.

Moser betont in diesem Zusammenhang überdies den Umstand, dass, sofern der Verkauf der Aktien durch den Aktionär über die Börse und somit anonym erfolge, es diesem gar nicht möglich sei, zu beurteilen, ob die Gesellschaft selbst oder ein anderer fremder Erwerber die Anteile kaufe. Mangels Information werde der Aktionär daher von einem normalen Veräußerungsgeschäft auszugehen haben. In diesem Fall ergebe sich auch das Problem, dass es aufgrund der Börse als die Transaktion „anonymisierender Intermediär“ der Gesellschaft auch nicht möglich sei, den Veräußerer über die Tatsache, dass eine Einlagenrückzahlung vorliege, zu informieren.

Dass auch unter diesen Gesichtspunkten insbesondere auf Grund des Umstandes, dass die Ermächtigung der Hauptversammlung zum Ankauf der eigenen Aktien auch den Wiederverkauf miteingeschlossen hat, nicht von einer Einlagenrückzahlung mit anschließender Einlage ausgegangen werden kann, bedarf nach Ansicht des UFS keiner weiteren Ausführungen.

Auch die Argumentation der Bw., die Behandlung des Wiederverkaufs der eigenen Aktien als steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn bzw. allenfalls steuerwirksamer Veräußerungsverlust

würde zu einer doppelten Berücksichtigung von Gewinnen bzw. Verlusten führen, ist nicht überzeugend. Wenn die Bw. nämlich vorbringt, dass die Wertsteigerung der eigenen Aktien nur ein Spiegel des körperschaftsteuerpflichtigen operativen Gewinnes der Gesellschaft sei, ist dem relativierend entgegenzuhalten, dass nicht jede Wertänderung auf das operative Ergebnis der Gesellschaft zurückführbar ist und der aktuelle Bilanzgewinn (oder -verlust) sich nicht unmittelbar und gleichförmig auf den Wert der Beteiligung auszuwirken vermag. Mangels gesetzlicher Regelung wird deshalb zum einen eine Teilwertabschreibung des Wirtschaftsgutes eigene Anteile anzuerkennen sein, zum anderen muss damit aber auch der Veräußerungsgewinn bzw. -verlust steuerwirksam sein (vgl. Ludwig, Ertragsteuerliche Behandlung von eigenen Anteilen im Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft, RdW 2003/288, bzw. Mayr/Herzog/Blasina/Schlager/Schwarzinger, SWK-Spezial, Körperschaftsteuer 2010, 3.4.5.3. Führt die Steuerwirksamkeit zu einer Doppel(nicht)besteuerung?).

Zuletzt sei noch auf den Umstand hingewiesen, dass mit dem Abgabensicherungsgesetz 2007 (AbgSiG, BGBl I 2007/99) die Bestimmungen des § 5 Abs. 1 Z 5 und § 36 Abs. 3 Z 2 UmgrStG eingefügt worden sind. Danach soll entsprechend den ErlRV 270 BlgNR 23. GP, 12, das österreichische Besteuerungsrecht gesichert bleiben, wenn bei einer Verschmelzung oder Spaltung einem Steuerausländer als Gegenleistung bisher in Österreich „steueranhängige eigene Anteile“ der übernehmenden Körperschaft gewährt werden. Der Steuergesetzgeber hat damit zwar nachfolgend aber jedenfalls erstmals klargestellt, dass der Erwerb eigener Aktien zu deren „Steuerhängigkeit“ führen kann (vgl. hierzu Kofler (Hrsg.), UmgrStG (2013), § 5 Rz 96 ff bzw. § 36 Rz 35 ff).

Die Berufung ist demnach in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

Portfoliodividenden:

§ 10 KStG 1988 in der durch das BBG 2009 geänderten Fassung, die nach § 26c Z 16 lit. b KStG 1988 auf alle offenen Veranlagungen anzuwenden ist, lautet auszugsweise:

„(1) Von der Körperschaftsteuer sind Beteiligungserträge befreit. Beteiligungserträge sind:

1. Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer Beteiligung an inländischen Kapitalgesellschaften und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in Form von Gesellschafts- und Genossenschaftsanteilen.

...

5. Gewinnanteile ... aus einer Beteiligung an einer ausländischen Körperschaft, die die in der Anlage 2 zum Einkommensteuergesetz 1988 vorgesehenen Voraussetzungen des Art. 2 der Richtlinie Nr. 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 (ABl. EG Nr. L 255 S. 6) erfüllt und die nicht unter Z 7 fällt.

6. Gewinnanteile ... aus einer Beteiligung an einer Körperschaft eines Staates des Europä-

ischen Wirtschaftsraumes, ... mit deren Ansässigkeitsstaat eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, wenn sie nicht unter Z 7 fällt.

7. Gewinnanteile jeder Art auf Grund einer internationalen Schachtelbeteiligung im Sinne des Abs. 2.

(2) Eine internationale Schachtelbeteiligung liegt vor, wenn ... Steuerpflichtige ... nachweislich in Form von Kapitalanteilen während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mindestens einem Jahr mindestens zu einem Zehntel

1. an ausländischen Körperschaften, die einer inländischen Kapitalgesellschaft vergleichbar sind,
2. an anderen ausländischen Körperschaften, die die in der Anlage 2 zum Einkommensteuergesetz 1988 vorgesehenen Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie Nr. 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 (ABl. EG Nr. L 255 S. 6), in der jeweils geltenden Fassung erfüllen, beteiligt sind. ...

(5) Abweichend von Abs. 1 Z 5 und 6 sind Gewinnanteile nicht von der Körperschaftsteuer befreit, wenn eine der folgenden Voraussetzungen zutrifft:

1. Die ausländische Körperschaft unterliegt im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer.
2. Die Gewinne der ausländischen Körperschaft unterliegen im Ausland einer der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer, deren anzuwendender Steuersatz um mehr als 10 Prozentpunkte niedriger als die österreichische Körperschaftsteuer gemäß § 22 Abs. 1 ist.
3. Die ausländische Körperschaft ist im Ausland Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung. ..."

Hinsichtlich der im gegenständlichen Berufungsfall allein strittigen Drittstaats-Portfoliodividenden kam der VwGH im Erkenntnis vom 25. Oktober 2011, 2011/15/0070, ausgehend von dieser Gesetzesregelung und dem in Art 63 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) geregelten Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit („Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.“) zum Ergebnis, dass die volle Besteuerung von Dividenden aus Drittstaats-Portfoliobeteiligungen einen Verstoß gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs darstelle. Dabei sei die unionsrechtskonforme Besteuerung dieser Dividenden nach der Anrechnungsmethode vorzunehmen, da bei Verdrängung des nationalen Rechts durch Unionsrecht der geringstmögliche Eingriff in die österreichische Rechtslage vorzunehmen sei.

Der VwGH führte zudem wie folgt aus:

„Die Beschwerde bringt abschließend vor, als Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit werde vom EuGH die Notwendigkeit einer wirksamen steuerlichen Kontrolle anerkannt (Hinweis auf das EuGH-Urteil Haribo Rn 69). Daher könne der Kapitalverkehrsfreiheit Verdrängungswirkung nur in Bezug auf Portfoliodividenden aus jenen Drittstaaten, mit denen umfassende Amtshilfe vereinbart sei, zukommen. Die mitbeteiligte Partei habe in den Streitjahren 2000 und 2001 ua Portfoliodividenden aus der Schweiz, den USA, Kanada und Japan bezogen. Für jenen Zeitraum hätten zwar mit den USA und Kanada, nicht aber mit der Schweiz und Japan Vereinbarungen über umfassende Amtshilfe bestanden. Aus allen von der mitbeteiligten Partei bezogenen Drittstaatsdividenden hätte die belangte Behörde daher nur für jene aus den USA und aus Kanada eine Entlastung (im Wege der Steueranrechnung) vornehmen dürfen.

Bereits im hg. Erkenntnis vom 17. April 2008, 2008/15/0064, findet sich ein Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe für die Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit in Bezug auf Drittstaaten, hat doch der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis auf Rn 60 ff des Urteils des EuGH vom 18. Dezember 2007, C-101/05, A, hingewiesen.

Stellt eine Regelung eine nach Art 63 AEUV grundsätzlich verbotene Beschränkung des freien Kapitalverkehrs zwischen einem Mitgliedstaat und bestimmten Drittstaaten dar, ist zu prüfen, ob diese Beschränkung des freien Kapitalverkehrs nach den Vertragsbestimmungen über den freien Kapitalverkehr gerechtfertigt sein kann (vgl. EuGH-Urteil Haribo Rn 54).

Die gegenständliche Regelung der Besteuerung von Dividenden aus Portfoliobeteiligungen an Drittstaatengesellschaften kann nur dann als mit den Vertragsbestimmungen über den freien Kapitalverkehr vereinbar angesehen werden, wenn die von ihr vorgesehene Ungleichbehandlung von Portfoliodividenden gebietsansässiger Gesellschaften und Portfoliodividenden von Gesellschaften mit Sitz in einem Drittstaat durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (vgl. EuGH-Urteil Haribo Rn 58). Zwingende Gründe des Allgemeininteresses können darin bestehen, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen zu gewährleisten und Steuerhinterziehung zu bekämpfen (vgl. Birk, Steuerrecht¹⁴ (2011), 69).

Das Urteil des EuGH vom 18. Dezember 2007, C-101/05, A, betraf Portfoliodividenden aus der Schweiz, welche ein in Schweden ansässiger Steuerpflichtiger bezogen hatte. Die Dividenden waren in Schweden steuerpflichtig, während ua Gewinnausschüttungen von in Schweden ansässigen Kapitalgesellschaften von der Einkommensteuer befreit waren. Der EuGH erläutert hiezu (in Rn 63), im Falle einer nationalen Regelung, die einen Steuervorteil von der Erfüllung von Verpflichtungen abhängig mache, deren Einhaltung nur geprüft werden könne, indem Auskünfte von den zuständigen Behörden eines Drittlands eingeholt würden, sei es grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedstaat die Gewährung dieses Vorteils ablehne,

wenn es, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Vorlage der Informationen, nicht möglich sei, die Auskünfte von diesem Land zu erhalten.

Im Urteil vom 27. Jänner 2009, C-318/07, Persche, setzte sich der EuGH mit der damals in Deutschland bestehenden Regelung auseinander, wonach Spenden an in Deutschland ansässige gemeinnützige Einrichtungen als Sonderausgaben berücksichtigt wurden, Spenden an gemeinnützige Einrichtungen in anderen Staaten hingegen generell ausgeschlossen waren. Der EuGH stellte einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit fest. In Bezug auf Mitgliedstaaten erachtete der EuGH diesen Verstoß als nicht durch das Erfordernis der Wirksamkeit der Steueraufsicht gerechtfertigt. In Bezug auf Konstellationen mit Drittstaaten führte der EuGH jedoch in Rn 70 aus:

„Für gemeinnützige Einrichtungen, die ihren Sitz in einem Drittland haben, ist hinzuzufügen, dass es grundsätzlich gerechtfertigt ist, dass der Besteuerungsmitgliedstaat die Gewährung einer solchen Steuervergünstigung ablehnt, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Erteilung von Auskünften, als unmöglich erweist, die erforderlichen Auskünfte von diesem Land zu erhalten (vgl. in diesem Sinne Urteil A, Rn 63).“

Im Urteil vom 19. November 2009, C-540/07, Kommission gegen Italien, prüfte der EuGH die italienische Regelung einer Besteuerung von Outbound-Dividenden. Einem italienischen Steuerabzug unterlagen Dividenden, die an nicht in Italien ansässige Gesellschaften ausgeschüttet wurden (mit einer Befreiung für in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Gesellschaften bei Beteiligungen ab 10 % bzw. 25 %). Weil Dividenden an in Italien ansässige Gesellschaften dieser Steuer nicht unterlagen, stellte der EuGH einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit fest, soweit Dividendenausschüttungen in Mitgliedstaaten betroffen waren. In Bezug auf EWR-Staaten (Drittstaaten) führt der EuGH jedoch in Rn 72 - im Hinblick auf den Mangel an Regelungen über den gegenseitigen Auskunftsverkehr - aus, dass die italienischen Rechtsvorschriften durch den zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt seien, den die Bekämpfung von Steuerhinterziehung darstelle, und geeignet seien, die Erreichung dieses Ziels zu gewährleisten, ohne über das hierzu Erforderliche hinauszugehen.

Im Urteil Haribo führt der EuGH zunächst aus:

„119. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung zu Beschränkungen der Ausübung der Verkehrsfreiheiten innerhalb der Union nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten übertragen werden kann, da sich dieser in einen anderen rechtlichen Rahmen einfügt (Urteil Etablissements Rimbaud, Rn 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

120. Unter diesen Umständen ist nicht auszuschließen, dass ein Mitgliedstaat nachweisen kann, dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten aus einem bestimmten Grund gerechtfertigt ist, auch wenn dieser Grund keine stichhaltige Rechtfertigung für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten darstellen würde (Urteil A, Rn 36 und 37, sowie Beschlüsse *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rn 93, und *KBC-Bank und Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, Rn 73)."

In Rn 131 stellt der EuGH fest, sollte nach der Regelung eines Mitgliedstaats die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Bedingungen abhängen, deren Einhaltung nur durch Einholung von Auskünften bei den zuständigen Behörden eines Drittstaats nachgeprüft werden könne, sei es grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedstaat die Gewährung dieses Vorteils verweigere, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittstaats zur Auskunftserteilung, als unmöglich erweise, die Auskünfte von diesem Staat zu erhalten.

Dem EuGH war in der *Rs Haribo* die - nicht nach einzelnen Drittstaaten bzw. einzelnen Kapitalveranlagungen differenzierende - Vorlagefrage gestellt worden, ob Art 63 AEUV einer generellen nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, wonach bei Dividenden aus Beteiligungen an in Drittstaaten ansässigen Gesellschaften sowohl die Befreiung von der Körperschaftsteuer als auch die Anrechnung der im Ausland entrichteten Körperschaftsteuer ausgeschlossen ist, wenn die Empfängergesellschaft mit weniger als 10 % am Kapital der ausschüttenden Gesellschaft beteiligt ist, während Dividenden aus Beteiligungen an gebietsansässigen Gesellschaften unabhängig vom Beteiligungsausmaß steuerbefreit sein (vgl. EuGH-Urteil *Haribo*, Rn 105).

Der EuGH verweist hiezu in seinem Urteil darauf, dass die generelle nationale Regelung eine allfällige Steuerbefreiung der Drittstaaten-Portfoliodividenden oder eine allfällige Anrechnung der in einem solchen Drittstaat entrichteten Steuer nicht vom Bestehen eines Amtshilfeabkommens zwischen dem Mitgliedstaat und dem betreffenden Drittstaat abhängig mache. Eine solche generelle Regelung verstoße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (EuGH-Urteil *Haribo*, Rn 132 f). Der EuGH antwortet sodann in Rn 138, dass Art 63 AEUV einer generellen nationalen Rechtsvorschrift entgegenstehe, nach der Portfoliodividenden, die eine gebietsansässige Gesellschaft von einer anderen gebietsansässigen Gesellschaft beziehe, von der Körperschaftsteuer befreit seien und die für Drittstaaten-Portfoliodividenden weder eine Steuerbefreiung der Dividenden noch ein System zur Anrechnung der von der ausschüttenden Gesellschaft in deren Sitzstaat entrichteten Steuer vorsehe.

Aus dem Urteil *Haribo*, das in Rn 69 den Rechtfertigungsgrund der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle und der Bekämpfung von Steuerhinterziehung in Zusammenhang mit Dividenden aus (EWR-)Drittstaaten anerkennt, kann abgeleitet werden: Hätte die in Rede stehende

generelle innerstaatliche Regelung eine Einschränkung enthalten, wonach den Dividenden aus Drittstaaten-Portfoliobeteiligungen nur bei Fehlen einer entsprechenden Amtshilfemöglichkeit eine Begünstigung versagt wird, wäre diese Regelung als solche mit der Kapitalverkehrsfreiheit des Art 63 AEUV vereinbar, hat doch der EuGH in Bezug auf eine die Dividenden aus EWR-Staaten betreffende Regelung befunden, dass die Einschränkung der Begünstigung auf Staaten, mit denen ein Amtshilfeabkommen besteht, gerechtfertigt ist (Rn 69, 75). Weil aber die Regelung die Begünstigung in Bezug auf (nicht zum EWR gehörende) Drittstaaten absolut, also nicht bloß bei Fehlen entsprechender Amtshilfe versagt, steht sie in Konflikt mit Art 63 AEUV. Dies ist das Ergebnis der nicht auf die einzelne Kapitalveranlagung (Einzelkonstellation) bezogenen, sondern konstellationsübergreifenden Beurteilung der generellen nationalen Regelung. Bei einer solchen Beurteilung ist eine generelle Rechtsvorschrift schon dann als unionsrechtswidrig zu bezeichnen, wenn sie einzelne Sachverhaltskonstellationen erfassen kann, in denen ihre Anwendung einen Verstoß bewirkt. Bei dieser konstellationsübergreifenden Beurteilung kann eine generelle nationale Rechtsvorschrift nämlich nur dann als unionsrechtlich unbedenklich bezeichnet werden, wenn keine Sachverhaltskonstellation denkbar ist, in welcher ihre Anwendung einen Verstoß bewirkt.

Nationales Recht, das gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößt, bleibt im Rechtsbestand, ist also nicht nichtig. Die Rechtsfolge des Verstoßes besteht in der Nichtanwendbarkeit im konkreten einzelnen Kollisionsfall (vgl. Ehlers, Verhältnis des Unionsrechts zum Recht der Mitgliedstaaten, in Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht² (2010), 449, 466, Rn 39 f). Das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, ist gehalten, für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts Sorge zu tragen, indem es „erforderlichenfalls“ jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt (vgl. EuGH-Urteil vom 7. Februar 1991, C-184/89, Nimz, Rn 19).

Das zur Entscheidung des konkreten Einzelfalles berufene nationale Gericht hat das Unionsrecht in den ihm konkret vorliegenden Konstellationen durchzusetzen. Es hat dabei die Verdrängung (insbesondere Nichtanwendung) für jeden einzelnen konkreten Vorgang zu beurteilen. Dabei geht es darum, ob in Bezug auf die einzelnen Sachverhaltsbereiche die Verdrängung erforderlich ist, um uneingeschränkt den Vorgaben des Unionsrechts zu entsprechen (vgl. Rust, IStR 2009, 382, 385, rechte Spalte).

Das nationale Gericht hat zu prüfen, ob in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt (hier: Erhalt von Dividenden aus einer konkreten Portfoliobeteiligung an einer Gesellschaft in einem bestimmten Drittland) die Maßnahme eines Mitgliedstaates gegen unionsrechtliche Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbote verstößt (so genannte Tatbestandsebene, vgl. Lang, Die Rechtsprechung des EuGH zu den direkten Steuern (2007), 47; Kofler, Doppelbesteue-

rungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht (2007), 106; Cordewener, Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht (2002), 60). Lässt sich auf Tatbestands-ebene durch die Maßnahme des Mitgliedstaates in Bezug auf den konkreten Vorgang eine Verletzung der Grundfreiheit feststellen, wird anschließend geprüft, ob diese - durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses - gerechtfertigt ist (vgl. Hohenwarter, Verlustverwertung im Konzern (2010), 113; Rust, IStR 2009, 385).

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist geklärt, dass bei Beurteilung des einzelnen konkreten Vorganges Rechtfertigungsgründe greifen können, die in der Rechtsvorschrift des Mitgliedstaates nicht ausdrücklich angeführt sind. So führt der EuGH im Urteil Persche in Rn 70 aus, dass die gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßende generelle Regelung eines Mitgliedstaates, wonach nur Zahlungen an inländische gemeinnützige Körperschaften absetzbar sind, (im Einzelfall) gerechtfertigt ist, „wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittlands zur Erteilung von Auskünften, als unmöglich erweist, die erforderlichen Auskünfte von diesem Land zu erhalten“.

Im Urteil des EuGH C-540/07, Kommission gegen Italien (Rn 72), befand der EuGH eine - als solche nicht auf Amtshilfe abstellende - benachteiligende steuerliche Regelung eines Mitgliedstaates (für Outbound-Dividenden) jenen Staaten gegenüber als gerechtfertigt, mit denen kein entsprechender Auskunftsverkehr besteht.

Im Beschwerdefall war daher zunächst für die einzelne Kapitalveranlagung, also jede konkrete Beteiligung, zu prüfen, ob sie durch unionsrechtliche Grundfreiheiten geschützt ist. Wird - wie das hier der Fall ist - eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit auf Tatbestandsebene festgestellt, muss in Bezug auf die Besteuerung der Dividenden aus der konkreten Beteiligung weiter geprüft werden, ob ein hinreichender Rechtfertigungsgrund vorliegt. Für die Entscheidung der nationalen Gerichte ist maßgeblich, ob in Bezug auf die einzelne konkrete Kapitalveranlagung, für welche eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit festzustellen ist, ein Rechtfertigungsgrund greift.

Die Gewährleistung der ordnungsgemäßen inländischen Besteuerung der aus Drittstaaten bezogenen Dividenden erfordert entsprechende Informationen aus den Drittstaaten. Darüber besteht im gegenständlichen Fall kein Streit. Im Verhältnis zu Drittstaaten, von welchen solche Informationen eingeholt werden können, erweist sich die Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs als nicht gerechtfertigt, weshalb in Bezug auf solche Kapitalveranlagungen das Unionsrecht durch dessen unmittelbare Anwendung (im Wege der Herbeiführung der Ergebnisse der Anrechnungsmethode) durchzusetzen ist. Im Verhältnis zu jenen Drittstaaten, von denen, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittstaates zur Erteilung von Auskünften, die erforderlichen Auskünfte nicht erhalten werden können, greift

hingegen ein Rechtfertigungsgrund, weil es zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen sicherzustellen und Steuerhinterziehung zu bekämpfen (vgl. EuGH-Urteil Haribo, Rn 69).

In Bezug auf jene Kapitalveranlagungen, hinsichtlich derer die Möglichkeit, vom Drittstaat die erforderlichen Auskünfte zu erhalten, nicht besteht, ist die Versagung der steuerlichen Entlastung somit durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, nämlich das Erfordernis, die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrollen sicherzustellen und Steuerhinterziehung zu bekämpfen, gerechtfertigt. Daher bleibt in Bezug auf diese Kapitalveranlagungen die von §§ 7, 10, 22 KStG 1988 normierte uneingeschränkte Besteuerung der Drittstaaten-Portfoliodividende bestehen (ebenso Marschner, UFSjournal 2011, 115). Der Rückgriff auf eine - von Kühbacher, SWI 2011, 121, und Kofler/Prechtl-Aigner, Ges 2011, 193, diskutierte - analoge Anwendung des in § 10 Abs. 1 Z 6 KStG 1988 idF BBG 2009 enthaltenen Vorbehaltes der Amtshilfe (vgl. hierzu auch Spies, ecolex 2011, 464), erweist sich dabei als nicht erforderlich."

Aufgrund dieser umfangreichen Ausführungen des VwGH (vgl. hierzu Marschner, VwGH zur Besteuerung von Portfoliodividenden in Fällen bis 2010, UFSjournal 2011, 437; Laudacher, Besteuerung von Auslandsdividenden aus Drittstaaten vor dem Abgabenänderungsgesetz 2011, SWK 2011, 233; Blum, Besteuerung von Portfoliodividenden aus Drittstaaten, SWI 2012, 317) kommt es demnach eindeutig nur bei jenen Drittstaaten zu einer Entlastung nach der Anrechnungsmethode, mit denen Österreich ein umfassendes Amtshilfeabkommen in dem Sinne geschlossen hat, dass es zu einem Austausch von Informationen nicht nur zur Durchführung des DBA, sondern auch des innerstaatlichen Steuerrechts der Vertragsstaaten kommt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang überdies darauf, dass mit dem Abgabenänderungsgesetz 2011 für Veranlagungen ab 2011 insofern eine neue Rechtslage geschaffen wurde, als Dividenden aus Drittstaaten mit umfassender Amtshilfe von der Körperschaftsteuer befreit sind und nur im Fall eines Niedrigsteuerlandes es zum Methodenwechsel zum Anrechnungsverfahren kommt, bei Nichtvorliegen eines Amtshilfeabkommens die Dividenden dagegen voll steuerpflichtig sind. (vgl. Mayr, § 10 KStG: Portfoliodividenden aus Drittstaaten ebenfalls befreit, RdW 2011, 501).

Sachverhaltsmäßig ist im gegenständlichen Fall unstrittig, dass die Bw., wie von ihr im Schreiben vom 31. Jänner 2012 ausgeführt, im berufsgegenständlichen Jahr 2002 Dividenden aus US-amerikanischen und kanadischen Aktien („Staaten mit großem Informationsaustausch“) sowie Dividenden aus japanischen und schweizerischen Aktien („Staaten mit kleinem Informationsaustausch“) erhalten hat. Zum einen handelt es sich dabei um Dividenden, die über Investmentfonds bezogen wurden, zum anderen um die Portfoliobeteiligung (6,86 %) an der im Bereich der Wirtschaft operativ tätigen und in der Schweiz ansässigen A-AG.

Im Sinne der Ausführungen des VwGH steht fest, dass in Bezug auf diesen Sachverhalt (Erhalt von Dividenden aus Drittstaats-Portfoliobeteiligungen) durch die Besteuerung gegen unionsrechtliche Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbote, mithin gegen den Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit verstoßen wird. Andererseits ist aber ebenfalls gemäß diesem VwGH-Erkenntnis nur in Bezug auf jene Kapitalveranlagungen, hinsichtlich derer die Möglichkeit, vom Drittstaat die erforderlichen Auskünfte zu erhalten, besteht, die Versagung der steuerlichen Entlastung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses nicht gerechtfertigt.

Was die von der Bw. begehrte Anrechnung der Körperschaftsteuerbeträge im Zusammenhang mit Drittstaats-Portfoliodividenden aus Staaten mit großem Informationsaustausch (USA und Kanada) in Höhe von € 28.528,02 anbelangt, ist, was auch der Vertreter des FA in der mündlichen Berufungsverhandlung ausdrücklich zugestanden hat, der Berufung insoweit Folge zu geben.

Da der Vertreter der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung hinsichtlich der Dividenden aus Japan das Berufsbegehren nicht mehr aufrechterhalten hat, sind in weiterer Folge nur mehr die Dividenden aus der Schweiz zu behandeln.

Im Schreiben vom 31. Jänner 2012 führte die Bw. zutreffend aus, dass erst mit dem Protokoll zur Abänderung des DBA Schweiz vom 3. September 2009 der große Informationsaustausch eingeführt worden sei (vgl. ua Neufassung des Art 26 DBA Schweiz). Im Art IV dieses Änderungsprotokolles heißt es nun ausdrücklich: „Dieses Protokoll tritt am ersten Tag des dritten Monats, der dem Monat folgt, in dem der Austausch der Ratifikationsurkunden stattgefunden hat, in Kraft und seine Bestimmungen finden für Veranlagungsjahre Anwendung, die am oder nach dem 1. Januar des Jahres beginnen, das jenem Jahr folgt, in dem das Protokoll in Kraft getreten ist.“ Das Protokoll trat in der Folge am 1. März 2011 in Kraft und gilt daher aufgrund der ausdrücklichen Regelung für Veranlagungsjahre ab 2012.

Die Bw. verweist nun zum einen auf die Materialien zur Regierungsvorlage zu diesem Änderungsprotokoll, wo es hinsichtlich des Art IV wie folgt heißt: „Diese Bestimmung betrifft den zeitlichen Anwendungsbereich der Neuregelung des steuerlichen Informationsaustausches und setzt fest, dass Bankauskünfte erst für Veranlagungsjahre, die nach dem 1. Jänner des Jahres beginnen, die dem Jahr folgen, in dem das Protokoll in Kraft getreten ist, ausgetauscht werden können.“

Zum anderen nimmt die Bw. offenkundig Bezug auf die Ausführungen von Kofler/Prechtl-Aigner, Die Beteiligungsertragsbefreiung nach Haribo und Salinen, Ges 2011, 175, wonach zwar eine umfassende Amtshilfeklausel auch zeitlich den Zeitpunkt des Dividendenzuflusses abdecken müsse. Informationsaustauschbestimmungen in einem DBA könnten nun auch auf den Austausch von Informationen angewendet werden, „die vor Inkrafttreten des Abkommens

vorhanden waren, sofern die Amtshilfe bezüglich dieser Informationen nach dem Inkrafttreten des Abkommens geleistet wird und die Bestimmungen des Artikels anwendbar geworden sind" (Art 26 Tz 10.3 OECD-MK). Nach Ansicht der Autoren könnte deshalb betreffend die Schweiz unter Heranziehung der oben zitierten Materialien die ausdrückliche Nennung von Bankauskünften „vermuten“ lassen, dass nur im Hinblick auf diese Auskünfte eine Rückwirkung ausgeschlossen werden sollte. Die beiden Autoren schließen ihre Überlegungen aber damit, dass es allerdings „fraglich“ erscheine, ob eine solche Unterscheidung zwischen Bankauskünften und allen anderen Auskünften im Hinblick auf den nicht differenzierenden Wortlaut tatsächlich „möglich“ sei.

Da auch die beiden Autoren zugestehen müssen, dass der entsprechende Wortlaut des Art IV des Änderungsprotokolls eindeutig nicht zwischen Bankauskünften und sonstigen Auskünften differenziert und im Übrigen die Materialien als solche sehr knapp gefasst sind und deshalb kaum als Auslegungshilfe herangezogen werden können, geht der UFS in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre davon aus, dass betreffend die Schweiz der vom VwGH geforderte umfassende Informationsaustausch erst für Veranlagungsjahre ab 2012 möglich ist.

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang die Position der Schweiz selbst (vgl. hierzu etwa Giraudi/Matteotti/Roth, Schweizerische DBA-Politik, in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), Die österreichische DBA-Politik (2013); Rohner, Internationale Amtshilfe, Der Schweizer Treuhänder 10/2012, S. 757-761; Oesterhelt, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, in Jusletter 12.10.2009). Danach sind nach Schweizer Ansicht zwar grundsätzlich auch Informationen herauszugeben, die sich auf Steuerperioden vor Inkraftsetzung der anwendbaren Amtshilfeklausel beziehen, weshalb ein Rückanknüpfungsverbot von Normen über die Amtshilfe in einem DBA ausdrücklich vereinbart sein muss. Da aber eine Rückanknüpfung der - von der Schweiz ab etwa 2009 in den einzelnen DBA eingeführten - großen Amtshilfe an frühere, vor Inkraftsetzung der neuen Amtshilfeordnung bestehende Steuerperioden in der Schweiz auf großen politischen Widerstand stoßen würde, verfolgt die Schweiz die Politik, in den einzelnen DBA eine Rückanknüpfung, wenn immer möglich, explizit auszuschließen. Deshalb hätten die nach Maßgabe des Art 26 OECD-MA von der Schweiz ausgehandelten Amtshilfebestimmungen entsprechend der diesbezüglichen schweizerischen Abkommenspraxis weder eine Rückwirkung noch eine Rückanknüpfung, wobei dieser Grundsatz lediglich in den DBA mit den USA und Frankreich teilweise durchbrochen wird.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist für das berufsgegenständliche Jahr 2002 demnach noch Art 26 des DBA Schweiz in der Fassung vor diesem Abänderungsprotokoll vom 3. September 2009 anzuwenden.

Art 26 in der Fassung des Abänderungsprotokolls vom 21. März 2006, gemäß dessen Art IX grundsätzlich schon anwendbar ab dem 1. Jänner 2006, lautet auszugsweise wie folgt: „1. a) Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten tauschen auf Verlangen die gemäß den Steuergesetzgebungen der Vertragsstaaten erhältlichen Auskünfte aus, die notwendig sind zur Durchführung dieses Abkommens sowie zusätzlich zur Durchführung des innerstaatlichen Rechts im Falle von Holdinggesellschaften, sofern unter das Abkommen fallende Steuern betroffen sind. ...“

Dass es sich diesbezüglich um keine „umfassende Amtshilfe“, sondern lediglich um eine „kleine DBA-Auskunfts-klausel“ handelt, wird von der Bw. auch zugestanden.

Demnach besteht aber nach Ansicht des UFS auch keine Möglichkeit, von der Schweiz betreffend das Jahr 2002 die erforderlichen Auskünfte zu erhalten, weshalb im Sinne der Ausführungen des VwGH die Versagung der steuerlichen Entlastung der strittigen Dividenden durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Dem Vorbringen des steuerlichen Vertreters der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung, das FA hätte nicht einmal „versucht“, von der Schweiz für das berufungsgegenständliche Jahr 2002 die entsprechenden Informationen einzuholen, muss entgegengehalten werden, dass aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Änderungsprotokolls das FA nicht angehalten sein kann, einen offenkundig erfolglosen Informationsaustausch in Gang zu setzen.

Die Bw. bringt in der Berufung in diesem Zusammenhang weiters vor, dass die Beschränkung des Kapitalverkehrs deshalb nicht gerechtfertigt sei, weil der konkrete Anrechnungsbetrag im Rahmen der Außenprüfung „hinreichend geklärt“ worden sei. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass die BP lediglich die von der Bw. für dieses Jahr bekanntgegebenen Werte im BP-Bericht festgehalten und demnach bloß eine rechnerische, aber keine inhaltliche Überprüfung der von der Bw. beantragten anzurechnenden ausländischen Körperschaftsteuern vorgenommen hat. Eine Einsicht in den Arbeitsbogen der BP zeigt nämlich insbesondere, dass hinsichtlich der von der A-AG ausgeschütteten Dividenden lediglich eine offenkundig von der Bw. übermittelte Aufstellung vorhanden ist, der sich, ausgehend von den „Werten laut A-AG“, eine Berechnung der nach Ansicht der Bw. anrechenbaren Körperschaftsteuer entnehmen lässt. Abgesehen davon ist die Bw. noch einmal auf die eindeutigen Ausführungen im Erkenntnis des VwGH vom 25. Oktober 2011 hinzuweisen, wonach in Bezug auf die Frage der „Rechtfertigung der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit“ einzig und allein darauf abzustellen ist, ob es sich um einen Drittstaat handelt, von dem eine „Möglichkeit“ besteht, die erforderlichen Auskünfte zu erhalten. Das von der Bw. in ihrem Schriftsatz vom 31. Jänner 2012 zitierte Schrifttum (insbesondere Kofler in Achatz/Kirchmayr, KStG § 10 Tz 139 mit weiteren Nachweisen) ist im gegebenen Zusammenhang schon deshalb nicht relevant, weil es das besagte VwGH-Erkenntnis noch nicht berücksichtigen konnte.

Im Sinne der vorstehenden Ausführungen sowie im Hinblick auf die klaren Aussagen des VwGH im Erkenntnis vom 25. Oktober 2011, 2011/15/0070, kann der UFS auch die verfassungsrechtlichen Bedenken der Bw. nicht teilen, wobei hinzukommt, dass der UFS grundsätzlich nicht berufen ist, über verfassungsrechtliche Einwendungen zu entscheiden.

Die von der Bw. beantragte Anrechnung der schweizerischen Körperschaftsteuer ist demnach gemeinschaftsrechtlich nicht geboten, weshalb die Berufung in diesem Berufungspunkt als unbegründet abzuweisen ist.

Im Ergebnis ist demnach der Berufung, wie aus dem Spruch ersichtlich, zum Teil Folge zu geben, indem die Körperschaftsteuerbeträge im Zusammenhang mit den Drittstaats-Portfolio-dividenden aus den USA und Kanada anzurechnen sind.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Wien, am 24. Oktober 2013