

**Bernhard Canete / Oliver-Christoph Günther\***

## SWI-Jahrestagung: Zurechnung von Einkünften

SWI CONFERENCE: ATTRIBUTION OF INCOME

On November 20<sup>th</sup>, 2008, the third annual SWI conference was held in Vienna. Various recent cases on international tax law were presented and discussed from the perspective of practitioners, judges, tax auditors and experts from the tax administration. This contribution summarizes the main points of discussion on a selected case.

### I. SWI-Jahrestagung 2008

Am 20. November 2008 fand zum dritten Mal die vom Linde Verlag und vom Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien gemeinsam veranstaltete SWI-Jahrestagung in Wien statt. Aktuelle Fälle aus der Praxis des internationalen Steuerrechts wurden aus Sicht der Betriebsprüfung, des BMF, des UFS, des VwGH und der Beratungspraxis diskutiert. Unter der Moderation von Univ.-Prof. Dr. Michael *Lang* diskutierten StB Mag. Gerald *Gahleitner*, LL.M., WP/StB MMag. Dr. Bernhard *Gröhs*, LL.M., Min.-Rat Dr. Heinz *Jirousek*, StB Mag. Dr. Rudolf *Krickl*, Min.-Rat Hon.-Prof. Dr. Helmut *Loukota*, Mag. Roland *Macho*, WP/StB Dr. Johann *Mühlehner*, Mag. Bernhard *Renner*, WP/StB Dr. Roland *Rief*, HR Gerhard *Steiner*, WP/StB Mag. Margit *Widinski* und HR Univ.-Prof. Dr. Nikolaus *Zorn*. Der nachfolgende Beitrag gibt die in der Podiumsdiskussion zu einem der Fälle ausgetauschten Argumente wieder.

### II. Aktuelles aus der Beratungspraxis zum Internationalen Steuerrecht – Zurechnung von Einkünften

**Sachverhalt:** Ein amerikanischer Hedgefonds hält über eine Cayman-Islands- und eine British-Virgin-Islands-Gesellschaft (BVI-Gesellschaft) jeweils rund 4 % an einer österreichischen börsennotierten AG. An der Cayman- bzw. BVI-Gesellschaft sind hunderte (nichtösterreichische) Investoren beteiligt. Die Länderwahl für die Holdinggesellschaften erfolgte u. a. in Hinblick auf die zu lukrierenden Steuervorteile. Die Geschäfte werden von einer amerikanischen Managementgesellschaft geführt; die Gesellschaften selbst verfügen über keine eigenen Büroräumlichkeiten und kein eigenes Personal. Die Anteile an der österreichischen AG sollen in eine europäische Holding eingebracht werden, damit das europäische Investment besser verwaltet werden kann. Fraglich sind die auftretenden Folgen, wenn die Aktien an dieser österreichischen Gesellschaft bspw. in eine luxemburgische Holding eingebracht werden. In solch einem Fall liegt keine qualifizierte wesentliche Beteiligung i. S. d. UmgrStG vor, weil die Beteiligung insgesamt nur 8 % beträgt – das UmgrStG kommt daher nicht zur Anwendung. Die Einbringung in eine luxemburgische Holding ist daher als steuerpflichtiger Tausch zu werten. Dies hat zur Folge, dass die stillen Reserven in Österreich aufgedeckt werden. Gemäß § 98 Abs. 1 Z 8 i. V. m. § 31 EStG unterliegen derartige Einkünfte aus Beteiligungen der österreichischen Steuerpflicht. Mit beiden Überseegebieten des Vereinigten Königreichs – Cayman Islands und BVI – bestehen keine Doppelbesteuerungsabkommen.

**Margit Widinski:** Im konkreten Fall stellt sich die Frage, ob man im Lichte der Rechtsprechung des VwGH und gemäß diversen EAS-Auskünften zu sog. „funktionslosen Gesellschaften“ diese Gesellschaft ignorieren und die Einkünfte den dahinterliegenden Gesellschaftern zurechnen könnte. Dies hätte einen sehr positiven Effekt, weil an der Cayman- und an der BVI-Gesellschaft mittelbar mehrere hunderte Gesellschafter beteiligt sind. Bei

\*) MMag. Bernhard *Canete* und Mag. Oliver-Christoph *Günther*, LL.B., sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

## Attribution of Income

jedem einzelnen Gesellschafter liegt mit Sicherheit eine Beteiligung unter 1 % vor, die zu keiner Steuerpflicht anlässlich der Übertragung auf die Holdinggesellschaft führen würde. Es gibt aber auch eine zweite Überlegung, die man anstellen kann: Wenn man behauptet, dass diese beiden Gesellschaften keine sinnvollen Funktionen erfüllen, aber die Verwaltungsagenden von einer amerikanischen Managementgesellschaft wahrgenommen werden, so könnte man die Einkünfte dieser amerikanischen Managementgesellschaft zurechnen. Das ist bei einer reinen Holdinggesellschaft sicherlich ein gewagterer Ansatz, denn die Managementgesellschaft verfügt weder über das zivilrechtliche noch über das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen dieser Cayman-Islands- und der BVI-Gesellschaft. Der Vollständigkeit halber möchte ich in diesem Zusammenhang eine UFS-Entscheidung anführen.<sup>1)</sup> Der UFS war in seiner Entscheidung der Ansicht, dass die Konzentration der Beteiligung in einer Gesellschaft durchaus dem normalen wirtschaftlichen Geschehen entspricht. Dieses Vorgehen ermöglicht eine Vereinfachung der Verwaltungs- und Organisationstätigkeit, und das Fehlen von Betriebsräumlichkeiten und Arbeitnehmern ist bei derartigen Gesellschaften nicht unüblich. Auch die Judikatur des BFH<sup>2)</sup> geht in diese Richtung: Es besteht kein Missbrauch, wenn die Einschaltung einer ausländischen Holdinggesellschaft ein längerfristiges Engagement darstellt, sofern sie dem Unternehmenszweck „Halten von Beteiligungen“ entspricht, vor allem wenn mehrere Beteiligungen gehalten werden.

**Bernhard Renner:** Die Entscheidung des UFS war Thema meines vorjährigen Seminarbeitrags. Der UFS ist zum damaligen Sachverhalt eindeutig davon ausgegangen, dass die Holding, durch die deutsche Beteiligungen in Österreich gehalten wurden, einen wirtschaftlichen Sinn erfüllt hat, nämlich das Bündeln ausländischer Beteiligungen und die Schaffung einer Struktur. Von einer Basisgesellschaft in Österreich konnte nicht die Rede sein.

**Roland Macho:** Nach den Ausführungen von Frau *Widinskiliege* auf den Cayman Islands und den BVI eigentlich nichts vor, und die Managementgesellschaft verwalte alles. Wenn hier Managementtätigkeiten vorliegen und der Nachweis erbracht wird, dass tatsächlich keine Anknüpfungspunkte zu Österreich bestehen, dann wäre ich geneigt, aufgrund von VwGH-Judikatur, nach der den tatsächlichen Trägern der Erwerbstätigkeit zuzurechnen ist, diese Einkünfte den Investoren zuzurechnen.<sup>3)</sup>

**Helmut Loukota:** Die erste Frage müsste m. E. sein, ob die beiden Gesellschaften das Vermögen, das sie zivilrechtlich halten, nach dem System der Risikostreuung angelegt haben, ob sie also Aktien von zahlreichen Kapitalgesellschaften und nicht nur von zwei österreichischen Kapitalgesellschaften halten. Wenn dem so ist, dann käme § 42 InvFG zur Anwendung. Diese Bestimmung besagt: Als Kapitalanlagefonds gilt, ungeachtet der Rechtsform, jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Kommt diese Bestimmung zur Anwendung, brauchen wir uns keine Gedanken darüber zu machen, welcher Rechtsnatur dieses Gebilde auf den Cayman Islands oder den BVI ist. Denn wenn im gegebenen Fall ein derartiger Fonds vorliegt, dann wird zwingend das Transparenzprinzip angewendet, das heißt, der Auslandsfonds wird so behandelt wie ein österreichischer Fonds. In dem Moment, in dem man durch den Fonds hindurchschaut, rechnet man alle Einkünfte den Fondsinhabern zu. Hierbei handelt es sich um hunderte Investoren, die alle jeweils unter 1 % beteiligt sind. Diese Investoren können daher im Veräußerungsfall in Österreich keine beschränkte Steuerpflicht auslösen. Entscheidend ist aber, ob tatsächlich nach dem System der Risikostreuung veranlagt wurde. Was „System der Risikostreuung“ bedeutet, ist hierbei in den Investmentfondsrichtlinien 2008 ersichtlich. Sollten die Investmentfondsprinzipien bei den Holdinggesellschaften nicht zur Anwendung kommen, so ist es nicht so, dass die Finanzverwaltung in jedem Fall bei einer Holdinggesellschaft mit wenig Substanz ebenfalls eine Einkünftezurechnung an die dahinterstehenden Gesell-

<sup>1)</sup> UFS 11. 4. 2007, RV/0323-S/06.

<sup>2)</sup> Vgl. BFH 31. 5. 2005, I R 74/04.

<sup>3)</sup> Vgl. VwGH 10. 12. 1998, 93/13/0185.

schafter vornimmt. Es kann durchaus Situationen geben, in denen eine Holdinggesellschaft eine wirtschaftliche Funktion erfüllt. Im konkreten Fall, in dem es darum geht, das Vermögen von hunderten Investoren gebündelt anzulegen, macht dies wirtschaftlich durchaus Sinn: Denn es ist der wirtschaftliche Sinn aller Investmentfonds, das Vermögen vieler Anleger vereint anzulegen. Die Finanzverwaltung ist der Ansicht, dass – wenn diese Holdinggesellschaft eine wirtschaftliche Funktion erfüllt – die Einkünfte jener Person zugerechnet werden müssen, welche die einkünftegenerierende wirtschaftliche Funktion erbringt, im konkreten Fall wäre das vermutlich die Managementgesellschaft. Wenn die Holdinggesellschaft aber keine wirtschaftliche Funktion erfüllt und die Konstruktion nichts anderes als Steuervermeidung bewirken soll, dann müsste die Finanzverwaltung eine an der Einkünftezurechnung ansetzende Missbrauchsbeurteilung anwenden.

**Margit Widinski:** Die beiden Gesellschaften erfüllen jedenfalls eine wirtschaftliche Funktion, weil man, wenn an einer Gesellschaft mehrere hunderte Investoren beteiligt sind, ein Vehikel braucht, um die Interessen zusammenzufassen. Diese Cayman Islands und BVI-Gesellschaften sind für ganz spezielle Investoren, die allesamt nicht aus Österreich kommen, gegründet worden, insbesondere um eine stärkere Abschirmwirkung zu haben und die Nichtbesteuerung zu erreichen.

**Michael Lang:** Bei § 42 InvFG wäre aus meiner Sicht dann auch noch die Frage, ob – da § 42 InvFG steuerpflichtige Einnahmen beim Anteilseigner begründet – automatisch damit verbunden ist, dass der Investmentfonds kein Steuerrechtssubjekt mehr ist. Im Wortlaut des § 42 InvFG steht nur, dass steuerpflichtige Einnahmen beim Anteilseigner entstehen. Ob der Investmentfonds dadurch seine Steuerrechtssubjektivität verliert, die er aufgrund einer Vergleichbarkeitsprüfung mit einer Kapitalgesellschaft vielleicht hätte, ist damit aber nicht gesagt.

**Helmut Loukota:** Das ist aber permanente Auslegungspraxis: Wenn man ein Gebilde als transparent ansieht, dann muss man zwangsläufig die Einkünfte den dahinterstehenden Personen zurechnen; denn das liegt im begrifflichen Wesen der Transparenz. Man kann die Einkünfte jedenfalls nicht zweimal erfassen. Wenn Zinsens, die in ein Fondsvermögen hineinfließen, KEST-Abzugspflicht beim Fonds auslösen, so wird damit die Steuerpflicht des Anlegers und nicht eine solche des Fonds erfüllt. Denn für den Fonds besteht keine eigene Steuerpflicht, sondern lediglich eine Haftungsverpflichtung für die KEST-Einbehaltung.

## Steuerentwicklung in der EU

Die Gesamtabgabenquote im Jahr 2007 betrug in der EU 27 39,8 % des BIP, gibt Eurostat, das Statistische Amt der Europäischen Gemeinschaften, bekannt. Dies ist ein leichter Anstieg gegenüber 39,7 % im Jahr 2006. Die Abgabenquote für die EU 27, die im Jahr 2000 bei 40,6 % lag, fiel auf 38,9 % im Jahr 2004 und stieg anschließend wieder an. Die Abgabenquote in der EU 27 ist im Vergleich zur übrigen Welt nach wie vor hoch und übertrifft das Niveau der USA und Japans um etwa 12 Prozentpunkte. Die Spitzensätze der Einkommensteuer unterscheiden sich innerhalb der EU erheblich. Die höchsten Spitzeneinkommensteuersätze wurden 2008 in Dänemark (59,0 %), Schweden (56,4 %) und Belgien (53,7 %) verzeichnet und die niedrigsten in Bulgarien (10,0 %), der Tschechischen Republik (15,0 %) und Rumänien (16,0 %). Seit 2000 gingen die Spitzensätze der Einkommensteuer in allen Mitgliedstaaten zurück oder blieben unverändert, außer in Schweden (von 51,5 % im Jahr 2000 auf 56,4 % im Jahr 2008) und Portugal (von 40,0 % auf 42,0 %). Die stärksten Rückgänge wurden in Bulgarien (von 40,0 % auf 10,0 %), Rumänien (von 40,0 % auf 16,0 %) und der Slowakei (von 42,0 % auf 19,0 %) registriert, die alle drei Pauschalsteuersätze eingeführt haben. Die höchsten Regelsteuersätze auf Körperschaften wurden im Jahr 2009 in Malta (35,0 %), Frankreich (34,4 %) und Belgien (34,0 %) verzeichnet und die niedrigsten in Bulgarien und Zypern (jeweils 10,0 %) sowie in Irland (12,5 %).