

S W I

Steuer und Wirtschaft International Tax and Business Review

Stefan Bendlinger

Besteuerungsnachweise bei Steuerfreistellung von Auslandseinkünften?
Evidence of Taxation for Tax Treaty Exemption on Foreign Income?

Ina Kerschner / Marlies Steindl

Zwischenschaltung karibischer Basisgesellschaft durch Privatstiftung
An Austrian Trust Interposing a Caribbean Base Company

Ernst Marschner

Wegzug und Stückzinsen
Exit and Accumulation Interest

Georg Kofler

Impulse des deutschen Körperschaftsteuerrechts für Österreich
Impulses of German Corporate Tax Law for Austria

Martin Hummer / Szymon Lubina

Übergang der Steuerschuld bei einer Anlagenerrichtung in Polen
Reverse Charge Mechanism in Respect to Building and Construction Projects in Poland

Aus der Arbeit der BMF-Fachabteilungen

Legal Directives of the Ministry of Finance

Internationale Rechtsprechung

International Court Decisions



Linde

Ina Kerschner / Marlies Steindl*)

SWI-Jahrestagung: Zwischenschaltung einer karibischen Basisgesellschaft durch eine Privatstiftung

SWI CONFERENCE: AN AUSTRIAN TRUST INTERPOSING A CARIBBEAN BASE COMPANY

On November 15th, 2012, the seventh 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.¹⁾

I. Sachverhalt

Die in Österreich ansässige Privatstiftung *L-PS* veräußerte im Jahr 2001 eine Beteiligung und deckte dabei stille Reserven auf.²⁾ Die *L-PS* bildete einen steuerfreien Betrag gem. § 13 Abs. 4 KStG³⁾ in Höhe des Veräußerungsgewinns von 10 Mio. Euro. Die stillen Reserven im Ausmaß von 10 Mio. Euro sollten steuerfrei auf andere Beteiligungen übertragen werden. Zunächst wandte sich die österreichische Privatstiftung an eine Schweizer Großbank. Es kam dadurch zum Vorschlag, Gesellschaftsanteile an einer Cayman-Limited treuhändig zu erwerben. Im Jahr 2002 erwarb die *L-PS* um 50.000 USD eine Cayman-Gesellschaft (*A-Limited*). Die Cayman-Gesellschaft entfaltete keine weiteren Tätigkeiten. Es handelte sich dabei um eine Basisgesellschaft ohne Tätigkeit und ohne Vermögen. Die Gesellschaftsanteile an der *A-Limited* wurden treuhändig von Tochtergesellschaften der Schweizer Bank gehalten. Nach der Anschaffung dieser Kapitalbeteiligung nahm die *L-PS* bei der *A-Limited* eine Kapitalerhöhung von 50.000 USD vor, wodurch sich das Stammkapital der *A-Limited* auf 100.000 USD belief. Für die Kapitalerhöhung leistete die *L-PS* gegenüber der *A-Limited* ein Agio von 10 Mio. Euro, das auf ein Konto der *A-Limited* bei der Schweizer Großbank eingezahlt wurde. Im Ergebnis betrug das Investitionsvolumen rund 10,1 Mio. Euro. Der im Jahr 2001 von der *L-PS* gebildete steuerfreie Betrag wurde im Jahr 2002 auf die mit rund 10,1 Mio Euro gebuchten Anschaffungskosten der Beteiligung an der *A-Limited* übertragen.

Die Betriebsprüfung anerkannte die steuerfreie Übertragung der stillen Reserven nach § 13 Abs. 4 KStG bloß im Ausmaß von 100.000 USD. Demgegenüber wurde das Agio von 10 Mio. Euro in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als Teil der Anschaffungskosten der Beteiligung, sondern als Geldforderung der Privatstiftung, durch die entsprechende Zinserträge bei der österreichischen Privatstiftung erwirtschaftet werden sollten, eingestuft. Der mit Berufung angerufene UFS⁴⁾ verneinte die Teilung des Investitionsvolumens in zwei unterschiedliche Schicksale und bejahte die steuerfreie Übertragung der stillen Reserven gem. § 13 Abs. 4 KStG (auch) auf das Agio. Allerdings rechnete der

*) Mag. Ina Kerschner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien. Mag. Marlies Steindl ist PWC-Forschungsprojektassistentin an diesem Institut.

1) Am 15. 11. 2012 fand zum siebenten Mal die vom Linde Verlag und vom Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU 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. Dr. h.c. Michael Lang diskutierten StB Mag. Gerald Gahleitner, LL.M., WP/StB MMag. Dr. Bernhard Gröhs, LL.M., Min.-Rat Hon.-Prof. Dr. Heinz Jirousek, HR Dr. Christian Lenneis, Min.-Rat Hon.-Prof. Dr. Helmut Loukota, WP/StB Dr. Christian Ludwig, Mag. Roland Macho, WP/StB Dr. Johann Mühlehner, HR Mag. Bernhard Renner, WP/StB Dr. Roland Rief, WP/StB Dipl.-Ing. Mag. Friedrich Rödler, HR Gerhard Steiner und HR Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Zorn. Der nachfolgende Beitrag gibt die in der Podiumsdiskussion zu einem der Fälle ausgetauschten Argumente wieder.

2) →  VwGH 26. 4. 2012, 2009/15/0220.

3) I. d. F. BGBl. I Nr. 142/2000.

4) UFS 5. 11. 2009, RV/0165-K/05; vgl. dazu Rief, Das Finanzamt Klagenfurt hat gegen die Entscheidung des UFS Amtsbeschwerde beim VwGH eingebracht, ZFS 2010, 87.

UFS die entsprechenden Kapitalerträge aus dem Betrag von 10 Mio. Euro (Zinsen auf dem Konto der *A-Limited* bei der Schweizer Großbank) der *L-PS* zu. Die Zurechnung des Agio zu den Anschaffungskosten der Beteiligung an der *A-Limited* ist nach Ansicht des UFS unabhängig von der Zurechnung der aus dem Agio von 10 Mio. Euro erzielten laufenden Erträge zu beurteilen. Für die Zurechnung der Einkünfte aus den 10 Mio. Euro brachte der UFS § 22 BAO zur Anwendung: Die Zwischenschaltung der *A-Limited* betrachtete der UFS als wirtschaftlich unangemessen. Die *A-Limited* entfalte nämlich keine wirtschaftliche Tätigkeit; sie habe lediglich dazu gedient, liquide Mittel der Privatstiftung zu veranlagern. Im Ergebnis liegt nach Ansicht des UFS für die Frage der Einkünftezurechnung (Zinsenzurechnung) ein Missbrauch i. S. d. § 22 BAO vor. Die Zahlung an die *A-Limited* wurde daher als Geldforderung der *L-PS* qualifiziert, wodurch die Zinsen der österreichischen Privatstiftung *L-PS* zugerechnet wurden. Somit akzeptierte der UFS einerseits zwar die Anschaffungskosten der Beteiligung und anerkannte daher auch die steuerfreie Übertragung der stillen Reserven. Andererseits nahm er für die Frage der Zurechnung der Zinseinkünfte aus dem Agio ein missbräuchliches Konstrukt an.

Der Fall ist mit Amtsbeschwerde an den VwGH gekommen, weil sich das Finanzamt gegen die Übertragung des steuerfreien Betrags im Ausmaß von 10 Mio. Euro gewandt hat. Streitpunkte vor dem VwGH waren zum einen die Höhe der Anschaffungskosten der Beteiligung an der *A-Limited* – somit des Kontos bei der Schweizer Großbank über das Agio von 10 Mio. Euro – und zum anderen die Zurechnung der aus diesem Konto erwachsenden Zinseinkünfte.

Nikolaus Zorn: Der VwGH musste in diesem Fall nicht darüber entscheiden, ob der UFS zu Recht das Vorliegen von Missbrauch angenommen hat. Der Gerichtshof hob die Berufungsentscheidung wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit auf, weil die Begründung des UFS in sich widersprüchlich war. Die Vorgehensweise des UFS war insofern widersprüchlich, als bei ein und derselben Steuer die dargestellte Gestaltung einerseits akzeptiert, andererseits aber als missbräuchlich nicht akzeptiert wurde. Wenn der UFS für die Frage der Zinsenzurechnung von einem Missbrauch i. S. d. § 22 BAO ausgeht, müsste er entsprechend der ständigen VwGH-Judikatur jene Gestaltung unterstellen, die nach den tatsächlichen Gegebenheiten angemessen wäre. Geht der UFS bei den Zinseinkünften von einer missbräuchlichen Gestaltung aus und rechnet die Zinsen aus dem Konto bei der Schweizer Bank der österreichischen Privatstiftung zu, so unterstellt er, dass im Ausmaß von 10 Mio. Euro keine Anschaffung einer Beteiligung, sondern vielmehr eine Forderung der österreichischen *L-PS* vorliegt. Die vom UFS unterstellte Konstellation ist damit jene, wonach das Geld von der österreichischen Privatstiftung in der Schweiz veranlagt wurde und nach wie vor ihr gehört. Wenn man aber ebendiese Sachverhaltsgestaltung unterstellt, so kann nicht zugleich angenommen werden, dass ebendieser Betrag von 10 Mio. Euro zur Anschaffung einer Beteiligung an der *A-Limited* ausgegeben wurde. Vor diesem Hintergrund musste der VwGH auch die Entscheidung des UFS wegen inhaltlicher Begründungswidersprüche aufheben. Es gibt dabei aber keine Aussage im Erkenntnis des VwGH, wonach die gegenständliche Gestaltung missbräuchlich wäre. Umso mehr überrascht es, dass nach *Bendlinger/Kofler*⁵⁾ der VwGH die Situation als missbräuchlich eingestuft habe. Der VwGH spricht sich im Erkenntnis nämlich weder für noch gegen das Vorliegen eines Missbrauchs aus. Nach Ansicht des VwGH ist es jedenfalls aber nicht möglich, in einer einzigen Entscheidung dieselbe Konstruktion als missbräuchlich und als nicht missbräuchlich zu beurteilen.

Michael Lang: Nach der Innentheorie⁶⁾ sollten diese Fälle im Wege der Interpretation der umgangenen Norm und nicht unter Heranziehung des § 22 BAO gelöst werden. In

⁵⁾ *Bendlinger/Kofler*, RuSt 2012: Highlights aus dem Workshop „Internationales Steuerrecht“, RdW 2012, 615 (619).

⁶⁾ Siehe dazu *Gassner*, Der Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht – Änderung der Rechtsprechung, ÖStZ 1981, 262 (262 ff.); *Lang*, Der Gestaltungsmissbrauch (§ 22 BAO) in der jüngeren Rechtsprechung des VwGH, ÖStZ 1994, 173 (178 f.); *Lang*, Der Normgehalt des § 22 BAO, ÖStZ 2001, 65 (65); *Ritz*, BAO³ (2005) § 22 Tz. 6 ff.; *Stoll*, BAO, 245 und 258 ff.

diesem Sinne ist es zu befürworten, dass sich der VwGH in seinem Erkenntnis nicht festlegt, ob tatsächlich ein Anwendungsfall des § 22 BAO vorliegt. Auch nach der Außentheorie⁷⁾ ist aufgrund der Rechtsentwicklung von § 13 Abs. 4 KStG schwer ein Missbrauch zu erkennen. Der Gesetzgeber führte auf Wunsch einer der damaligen Koalitionsparteien die Zwischenbesteuerung ein. Gleichzeitig wurde die Regelung der Übertragung stiller Reserven ohne irgendwelche Kautelen eingeführt. Die „Bremse“ des § 10 Abs. 4 KStG war zumindest in der Anfangsfassung nicht dabei. Es wurde somit gestattet, die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen durch die Gründung von Kapitalgesellschaften, an die keine näheren Voraussetzungen geknüpft sind, ohne größere Mühe zu unterdrücken. Der Gesetzgeber hat somit zwar eine Steuerpflicht eingeführt, aber „augenzwinkernd“ signalisiert, dass er es damit nicht so ernst meint. Offenbar stand im Vordergrund, irgendwelche Aktivitäten gesetzt zu haben, um eine der Koalitionsparteien, die sich Verschärfungen bei der Stiftungsbesteuerung gewünscht hat, zu friedenzustellen und ihr zumindest nach außen hin einen politischen Erfolg zu gönnen. Der Ehrgeiz der Legisten und der damals politisch Verantwortlichen im Finanzministerium, hier wirklich eine umgehungsfeste Regelung zu konzipieren, hielt sich aber in engen Grenzen. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsentwicklung frage ich mich, ob § 22 BAO hier überhaupt angewendet werden kann, denn der Steuerpflichtige bedient sich ja nur eines vom Gesetzgeber selbst vorgezeichneten Weges, wenn er die Zwischenbesteuerung durch Gründung einer Auslandsgesellschaft unterdrückt. Eine solche Vorgangsweise schließt sonst selbst nach der Rechtsprechung des VwGH die Anwendung des § 22 BAO aus.

Ich muss gestehen, dass ich mehr Sympathie für die Entscheidung des UFS als für jene des VwGH habe. Auf den ersten Blick mag die uneinheitliche Betrachtungsweise des UFS zwar etwas störend wirken. Geht man allerdings wohlwollend davon aus, dass der UFS zwar reflexartig § 22 BAO angeführt hat, es ihm aber letztlich um die Einkünftezurechnung gegangen ist, so sind zum einen die Zinserträge nach den Grundsätzen der Einkünftezurechnung zu behandeln, und zum anderen ist die Übertragung der stillen Reserven nach § 13 Abs. 4 KStG zu beurteilen. Nur dabei sind die Grundsätze des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist auch anerkannt, dass die Grundsätze der Einkünftezurechnung nicht immer mit den Grundsätzen des wirtschaftlichen Eigentums korrelieren müssen.

Nikolaus Zorn: Der UFS argumentiert in seiner Berufungsentscheidung jedoch ausdrücklich mit Missbrauch i. S. d. § 22 BAO und nicht mit Grundsätzen der Einkünftezurechnung. Man kann nicht den tragenden Teil der Begründung der Berufungsentscheidung des UFS ausblenden.

Michael Lang: Dass sich der UFS – zugegebenermaßen methodisch wenig überzeugend, wenn man wie ich die Innentheorie für zutreffend erachtet – auf § 22 BAO berufen hat, ist nicht entscheidend. Letztlich ging es dem UFS um die Frage, wem die Einkünfte zuzurechnen sind. § 22 BAO steht ja auch nach der Außentheorie nicht isoliert, sondern die Regelung soll Versuche der Steuerpflichtigen, eine oder mehrere bestimmte andere Vorschriften zu umgehen, verhindern. § 22 BAO ist daher immer in Verbindung mit den Vorschriften zu sehen, um deren tatsächliche oder vermeintliche Umgehung es konkret geht. Aus ihnen ergibt sich auch die als „angemessen“ empfundene Rechtsfolge. Bei diesen anderen Vorschriften kann es sich in diesem Fall nur um jene handeln, die die Einkünftegrundsätze konstituieren: Der UFS wollte über die Anwendung des § 22 BAO si-

⁷⁾ Ellinger, Anmerkungen zu dem Artikel „Ende oder neuer Anfang der wirtschaftlichen Betrachtungsweise?“, ÖStZ 1975, 202 (202); Loukota, Briefkastenfirmen und Doppelbesteuerungsabkommen, SWI 1991, 164 (166); etwas differenzierter Loukota, Internationale Steuerplanung und Europarecht, in Lang/Weinzierl (Hrsg.), Europäisches Steuerrecht, FS Rödler (2010) 583 (589); vgl. auch VPR 2010, Rz. 381 ff; EStR 2000, Rz. 1199.

herstellen, dass die Zinsen dem seiner Auffassung nach „richtigen“ Steuerpflichtigen – also konkret: der Auslandsgesellschaft und nicht der Privatstiftung – zugerechnet werden. Selbst nach der Außentheorie erweist sich die Anwendung des § 22 BAO nur dann als zutreffend, wenn die als „angemessen“ angesehenen Vorschriften – und das können hier nun einmal die Grundsätze der Einkünftezurechnung sein – die Steuerpflicht nahelegen.

Nikolaus Zorn: Die Beurteilung, dass Missbrauch i. S. d. § 22 BAO vorliegt, einerseits und die Anwendung der Einkünftezurechnungsgrundsätze andererseits betreffen unterschiedliche Ebenen, auch wenn beide Ebenen Auswirkungen auf die Zurechnung haben. Man kann eine in einer Berufungsentscheidung angestellte Missbrauchsüberlegung nicht dahingehend umdeuten, dass bloß simple Einkünftezurechnungsregelungen angewendet worden wären.

Ginge man im Übrigen von den Überlegungen aus, wie sie Michael Lang angestellt hat, würde das Folgendes bedeuten: In einem ersten Schritt ist als gegeben anzunehmen, dass die L-PS die Beteiligung an der A-Limited um 10,1 Mio. Euro erworben hat. Setzt man diesen Betrag als Anschaffungskosten der Beteiligung an, so ist auch das Agio von 10 Mio. Euro als eigenes Kapital der A-Limited anzusehen. Legt die A-Limited das Kapital sodann auf ein Konto bei der Schweizer Bank, so sind in einem zweiten Schritt die Zurechnungsregelungen anzuwenden, um die Zinserträge einer Person zuzurechnen. M. E. bestehen kaum Möglichkeiten, die Kapitalerträge einer anderen Person zuzurechnen als dem wirtschaftlichen Eigentümer des Kapitals. Gerade bei Passiveinkünften werden kaum Aktivitäten gesetzt, die über das einmalige Aushandeln der Veranlagungskonditionen mit der Bank hinausgehen. Bei solchen Passiveinkünften folgt die Zurechnung der Einkünfte m. E. in beinahe allen Fällen der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums. Der UFS hat jedoch die Zinseinkünfte der österreichischen Privatstiftung zugerechnet.

Helmut Loukota: Im internationalen Geschehen führt aber doch normalerweise die Annahme von Rechtsmissbrauch zu einer Zurechnungsänderung.

Nikolaus Zorn: Aber Michael Lang meint, statt Missbrauch seien vom UFS in Wahrheit die Zurechnungskriterien für die Beurteilung des Falles herangezogen worden.

Helmut Loukota: Mit einem leicht tränenden Auge habe ich in der bisherigen Diskussion eine restriktive Interpretation dieses – an sich sehr klar formulierten – VwGH-Erkenntnisses vernommen. Im Erkenntnis wird klar ersichtlich gemacht, dass es sich um eine Direktveranlagung handelt. Vom Gerichtshof wird unbestritten festgestellt: *„Die Ausführungen im angefochtenen Bescheid, die A Ltd. habe lediglich dazu gedient, liquide Mittel der Mitbeteiligten weiter zu veranlagern, sind unzweifelhaft so zu verstehen, dass die belangte Behörde als zu unterstellende angemessene Gestaltung eine Direktveranlagung dieser Mittel der Mitbeteiligten [...] angesehen hat.“* Es ist wohl einzuräumen, dass die Anschaffung der Kapitalbeteiligung an der A-Limited zivilrechtlich voll rechtsgültig stattgefunden hat. Aus zivilrechtlicher Perspektive existieren die A-Limited, die Kapitalbeteiligung und auch die L-PS als Beteiligte von zivilrechtlich gültigen Transaktionen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise sowie die Rechtsmissbrauchsbestimmung fordern aber, den steuerlichen Sachverhalt nicht an der rechtlichen Gestaltung allein festzubinden. Geht man von einem Missbrauch aus – m. E. kann hieran kein Zweifel bestehen –, so ist die Konstruktion als eine Direktveranlagung durch die L-PS zu sehen. Davon ausgehend wäre nach meinem Verständnis auch die Anschaffung der Beteiligung an der A-Limited steuerlich nicht anzuerkennen.

Ich war oft genötigt, ausländischen Delegierten und auch bei der OECD zu erklären, was nach österreichischer Auffassung unter Rechtsmissbrauch zu verstehen ist. Das Begriffsverständnis spielt abkommensrechtlich insofern eine wichtige Rolle, als bei Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Situation keine Bindung mehr an das Abkommen

besteht. Nach den Ausführungen im OECD-MK⁸⁾ ist kein Staat durch ein Abkommen daran gehindert, Rechtsmissbrauch zu unterbinden. Ich verweise in diesem Zusammenhang regelmäßig auf jene Definition, die wir aus der ständigen Rechtsprechung des VwGH entnehmen können. Es muss sich demzufolge um eine rechtliche Gestaltung handeln, die „*ungewöhnlich*“ und „*unangemessen*“ ist. Dabei wird man aber das „*Ungewöhnliche*“ nicht allzu wörtlich nehmen dürfen. Sofern nämlich Tausende etwas machen, wird eine Vorgehensweise gewöhnlich. Salopp formuliert bedeutet „*ungewöhnlich*“ m. E. daher „*unangemessen*“. Doch auch der Begriff der „*Unangemessenheit*“ ist für sich selbst betrachtet etwas unscharf. Leichter verständlich bei der Abgrenzung zwischen rechtsmissbräuchlichen und „gesunden“ Gestaltungen ist folglich jener Aussageteil in der ständigen Rechtsprechung des VwGH, der erst am Schluss der gerichtlichen Missbrauchsdefinition vorkommt: Eine Gestaltung muss „*sinnvoll*“ sein.⁹⁾ Rechtsmissbrauch ist somit eine ökonomisch sinnlose Gestaltung, die ihre Sinnhaftigkeit nur durch eine Steuerersparnis erlangt. Im gegenständlichen Fall war das eigentlich Gewollte eine Direktveranlagung. Ich frage mich, welcher ökonomische Sinn im hierfür gewählten Weg liegen soll; ich vermag keinen zu erkennen.

Roland Rief: Bei der SWI-Jahrestagung 2008 haben wir gemeinsam einen ähnlichen Fall diskutiert,¹⁰⁾ deshalb kann ich dieses Erkenntnis nun nicht nachvollziehen. Damals handelte es sich um eine österreichische – damals noch börsennotierte – Kapitalgesellschaft, die – ebenfalls zum Zweck der Übertragung der stillen Reserven – eine Tochtergesellschaft auf Guernsey errichtete. In diesem Fall entschied der VwGH unter Heranziehung des § 22 BAO und kam zu dem Ergebnis, dass diese Guernsey-Gesellschaft missbräucherlicherweise zwischengeschaltet worden sei. Die Einkünfte wurden daher nicht dieser Offshore-Gesellschaft, sondern der österreichischen Muttergesellschaft zugerechnet. Bemerkenswerterweise wurden aber nur die passiven Einkünfte – und nicht deren Aktiveinkünfte (die Guernsey-Gesellschaft erzielte neben den Zinseinkünften nämlich auch Beratungseinkünfte) – der österreichischen Muttergesellschaft zugerechnet. Bereits in dieser Entscheidung des VwGH wurde Missbrauch partiell angewendet. Ich frage mich, wie das funktionieren kann. Wird die Guernsey-Gesellschaft aufgrund von Missbrauch steuerlich nicht anerkannt, so sind – unabhängig von der Differenzierung zwischen Aktiv- und Passiveinkünften – alle Einkünfte der Muttergesellschaft zurechnen. Etwa zur Vermeidung der Ertragsbesteuerung hinsichtlich der Zinserträge mag man die Auslagerung in eine Cayman-Gesellschaft als missbräuchlich betrachten, möglicherweise aber vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 4 KStG i. Z. m. der Übertragung stiller Reserven den Missbrauch wiederum gesondert beurteilen. Dabei ist die Gründung einer Tochtergesellschaft, um die stillen Reserven auf die Anschaffungskosten der Beteiligung zu übertragen, m. E. nicht missbräuchlich und auch gängige Praxis. Das Gesetz gibt nicht vor, ob die Tochtergesellschaft im In- oder Ausland ansässig sein muss. Zudem differenziert das Gesetz nicht danach, ob die Tochtergesellschaft operativ tätig oder betriebsführend sein muss oder eine reine Kapitalveranlagung machen kann. Wenn der Stiftungsvorstand die Vermögensverwaltung in eine Tochter-Kapitalgesellschaft auslagert, kann ich darin nichts Anstößiges erkennen. Vor dem Hintergrund des VwGH-Erkenntnisses vom 3. 9. 2008, 2008/13/0031, verstehe ich nicht, weshalb der UFS im gegenständlichen Fall nicht beim Missbrauch – einerseits für Zwecke der Vermeidung der österreichischen Ertragsbesteuerung auf die Kapitalerträge und andererseits im Hinblick auf § 13 Abs. 4 KStG – differenzieren darf. Sonst müsste auch bei der Errichtung einer österreichischen – anstatt einer Offshore-Gesellschaft – zwecks Übertragung der stillen Reserven konsequenterweise

⁸⁾ OECD-MK, Art. 1 Rz. 22.1.

⁹⁾ Vgl. dazu auch *Loukota*, Steuerplanung, in *Lang/Weinzierl*, FS Rödler, 589.

¹⁰⁾ VwGH 3. 9. 2008, 2008/13/0031; zur Diskussion des Falls siehe *Massoner*, SWI-Jahrestagung 2008: Missbräuchliche Veranlagung von Konzerngeldern in einer Guernsey-Gesellschaft, SWI 2009, 397 (397 ff.).

Missbrauch unterstellt werden. Dies wäre insofern ein gewagter Schritt, als die Gründung einer Tochtergesellschaft für Zwecke der Übertragung stiller Reserven nach § 13 Abs. 4 KStG stets Missbrauch sein müsste, wenn diese nicht beabsichtigt, ein Unternehmen zu führen, sondern sich auf die Vermögensverwaltung beschränkt.

Nikolaus Zorn: Im hier zu besprechenden Erkenntnis vom 26. 4. 2012, 2009/15/0220, gibt es keine Aussage des VwGH, dass die gewählte Gestaltung missbräuchlich wäre.

Roland Rief: Wenn es Missbrauch wäre, dann müsste es aber totaler Missbrauch sein.

Nikolaus Zorn: Das Erkenntnis besagt, dass ein und dieselbe Gestaltung nicht zugleich missbräuchlich und nicht missbräuchlich sein kann. Bei der von Roland Rief angeführten Entscheidung zu einer Guernsey-Gesellschaft ging es hingegen um mehrere unterschiedliche Gestaltungen, nämlich einerseits um die Zwischenschaltung der Guernsey-Gesellschaft für die zu Passiveinkünften führende Kapitalveranlagung und andererseits um einen Bereich, in dem diese Guernsey-Gesellschaft aktiv und operativ am Markt tätig wurde.

Roland Rief: In diesem Fall geht es ja genauso darum, wem Einkünfte unter Heranziehung des § 22 BAO zugerechnet werden. Offenbar war die Gestaltung nur hinsichtlich der passiven Einkünfte der Guernsey-Offshore-Gesellschaft missbräuchlich. Nicht nachvollziehbar ist, wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3. 9. 2008, 2008/13/0031, einen partiellen Missbrauch argumentieren konnte, wenn es doch ein totaler Missbrauch sein müsste.

Nikolaus Zorn: Im hier zu besprechenden Erkenntnis vom 26. 4. 2012, 2009/15/0220, geht es um eine einzige Beteiligung, die entweder nur das eine oder das andere sein kann. Im Erkenntnis vom 3. 9. 2008, 2008/13/0031, ging es hingegen einerseits um die Überlassung von Kapital an eine Guernsey-Gesellschaft, andererseits um davon getrennte Aktivitäten dieser Gesellschaft; somit um unterschiedliche Bereiche, die sehr wohl differenziert beurteilt werden können.

Helmut Loukota: Der gegenständliche Fall unterscheidet sich wesentlich vom Fall der Guernsey-Gesellschaft, die tatsächlich einen Geschäftsbetrieb hatte und Leistungen erbrachte. In Fall der Cayman-Gesellschaft existiert hingegen eine bloße „Briefkastengesellschaft“. Eine solche liegt nach der ständigen Judikatur des VwGH vor, wenn eine Gesellschaft über kein Personal verfügt, keine geschäftlichen Einrichtungen hat und somit keine Leistungen erbringen kann. Im Gegensatz zur Cayman-Gesellschaft hat die Guernsey-Gesellschaft Leistungen erbracht.¹¹⁾

Christian Lenneis: Ich gebe Roland Rief insofern sehr wohl recht, als der gegenständliche Fall auch innerstaatlich gesehen Missbrauch darstellen könnte. Interessanterweise kauft die L-PS billig – um 50.000 USD – die Anteile an der A-Limited. Zudem leistet die L-PS im Zuge einer Kapitalerhöhung ein Agio von 10 Mio. Euro; also genau im Ausmaß des Veräußerungsgewinns. Hier ist fraglich, ob das Agio zu den Anschaffungskosten der Beteiligung zählt und grundsätzlich begünstigungsfähig ist. Zu diesem Zeitpunkt besaß die Privatstiftung ja bereits die Kapitalbeteiligung an der A-Limited. Um zu überprüfen, ob es überhaupt angemessen ist, den Betrag von 10 Mio. Euro zu leisten, könnte man unter Umständen auch die Judikatur zu Verträgen zwischen nahen Angehörigen heranziehen.

Roland Rief: Wird im Zuge einer Kapitalerhöhung ein Agio beschlossen, so ist das Agio kein Darlehen oder Ähnliches, sondern eine gesellschaftsrechtliche Einlage, die im Zu-

¹¹⁾ Aus dem Guernsey-Erkenntnis vom 18. 10. 2006, 2003/13/0031: „Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Bestehen eines eigenen Büroraums sowie eigener Telefon- und Telefaxanschlüsse und eigenen Personals der S. Treasury Ltd. führt die Beschwerde deshalb nicht zum Erfolg, weil abgesehen von der Abwicklung des Geldverkehrs eine neben der in Rede stehenden Darlehenstätigkeit bestehende wirtschaftliche Tätigkeit der S. Treasury Ltd. von der belangten Behörde nicht in Abrede gestellt wurde.“

sammenhang mit der Kapitalerhöhung steht. Ein bestimmtes Verhältnis zwischen Kapitalerhöhungsbetrag und Agio bei einer Kapitalerhöhung wird vom Gesetzgeber nicht vorgeschrieben. Grundsätzlich dient das Agio dem Verwässerungsschutz, aber auch ein Alleingesellschafter kann eine Kapitalerhöhung mit Agio beschließen. Die StfR¹²⁾ bestätigen, dass die stille Reserve auch auf das Agio übertragen werden kann. Wenn 90 % Kapitalerhöhung und 10 % Agio eingezahlt werden, würde der UFS das Agio vermutlich steuerlich als Anschaffungskosten der Beteiligung anerkennen und keinen Missbrauch annehmen. Weshalb sollte dies bei der umgekehrten Relation von 10 : 90 (Kapitalerhöhung Agio) anders sein? Es kann eine Vielzahl von Gründen geben, warum die Gesellschafter nicht nur das Nennkapital erhöhen, sondern ein Agio beschließen. Das Agio wird in eine (gebundene) Kapitalrücklage eingestellt und kann zur Verlustverrechnung aufgelöst werden. Zur Altfassung des § 12 EStG war es herrschende Meinung, dass die Agiozahlung eindeutig zu den Anschaffungskosten der Beteiligung zählt. Im Ergebnis kann hier kein Missbrauch unterstellt werden.

Roland Macho: Aus Sicht der Betriebsprüfung geht es hier nicht um bestimmte Verhältnisse zwischen Kapitalerhöhungsbetrag und Agio bei einer Kapitalerhöhung, oder darum, ob 10 Mio. oder 5 Mio. Euro in die Tochtergesellschaft einbezahlt werden. Vielmehr kommt es darauf an, weshalb überhaupt Kapital investiert wurde. Ich finde es gut, dass man diese Fälle plakativ macht. Im gegenständlichen Fall kann nichts anderes als Missbrauch vorliegen; wie man es löst, das ist eine Rechtsfrage. Die Ungewöhnlichkeit ist dabei nicht nach statistischen Zahlen zu messen. Es kann nicht so sein, dass es beim ersten Steuerpflichtigen ungewöhnlich ist, während es beim vierten bereits gewöhnlich ist. Nach wirtschaftlichen Begründungen wird zu beurteilen sein, ob eine Gestaltung sinnvoll ist und ob ein Geschäftsmann ein derartiges Wagnis eingehen würde.

¹²⁾ StfR 2009, Rz. 117.

Frühjahrsprognose 2013: EU-Wirtschaft erholt sich nur langsam

Nach dem rezessionsgeprägten Vorjahr wird sich die EU-Wirtschaft in der ersten Jahreshälfte 2013 voraussichtlich stabilisieren. Der Frühjahrsprognose der EU-Kommission zufolge wird für dieses Jahr ein jährliches BIP-Wachstum von $-0,1\%$ in der EU und von $-0,4\%$ im Euroraum projiziert. 2014 wird die Wirtschaftstätigkeit der Prognose zufolge in der EU um $1,4\%$ und im Euro-Währungsgebiet um $1,2\%$ steigen. Die Prognose basiert auf der Annahme, dass die weitere Umsetzung politischer Maßnahmen eine erneute Verschärfung der Staatsschuldenkrise verhindert. Die Wirtschaftstätigkeit wird sich voraussichtlich zu langsam beleben, um für eine Senkung der Arbeitslosenzahlen zu sorgen. Der Prognose zufolge wird die Arbeitslosenquote 2013 in der EU 11% und im Euro-Währungsgebiet 12% erreichen und 2014 bei diesen Werten stagnieren, wobei weiterhin ein sehr großes Gefälle zwischen den Mitgliedstaaten zu verzeichnen sein dürfte. Aufgrund der weiterhin spürbaren verzögerten Auswirkungen der Rezession des Jahres 2012 wird für 2013 ein weiterer Beschäftigungsrückgang erwartet. 2014 dürfte jedoch ein dynamischeres BIP-Wachstum für beginnende Beschäftigungszuwächse sorgen. Aufgrund der nachlassenden Auswirkungen der in der Vergangenheit angezogenen Energiepreise auf die Inflation hat sich die Verbraucherpreis-inflation in den letzten Quartalen weiter verlangsamt. Die Inflation wird sich in diesem Jahr voraussichtlich weiter rückläufig entwickeln und liegt der Prognose zufolge 2013 in der EU bei $1,8\%$ und im Euro-Währungsgebiet bei $1,6\%$ und wird 2014 bei $1,7\%$ bzw. $1,5\%$ verharren.

SWI-Halb Ja Hr eSabo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum Heft-download



Aktion
Jetzt 20%
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

SWI-Halbjahresabonnement 2013 inkl. Onlinezugang und App
(23. Jahrgang 2013, Heft 7-12)

EUR 88,80
(Jahresabo 2013 EUR 222,-)

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Wien Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24,
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0,
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53