

Thomas Ecker\*)

## SWI-Jahrestagung: Anteilserwerbe durch ausländische Konzerne

### SWI CONFERENCE: ACQUISITION OF SHARES BY FOREIGN CORPORATE GROUPS

On November 20<sup>th</sup>, 2007, the second 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

Am 20. November 2007 fand zum zweiten 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*, Min.-Rat Hon.-Prof. Dr. Helmut *Loukota*, Mag. Roland *Macho*, WP/StB Dr. Johann *Mühlehner*, Mag. Bernhard *Renner*, WP/StB Dr. Roland *Rief*, WP/StB Dipl.-Ing. Mag. Friedrich *Rödler*, HR Gerhard *Steiner*, WP/StB Mag. Margit *Widinski* und HR Univ.-Doz. Dr. Nikolaus *Zorn*. Der nachfolgende Beitrag gibt die in der Podiumsdiskussion zu einem der Fälle ausgetauschten Argumente wieder.

#### II. Tax Base Erosion

**Variante A:** Eine österreichische Beteiligung wird von einem fremden Dritten über eine österreichische Holdingstruktur erworben. Finanziert wird dieser Erwerb von einer Konzernfinanzierungsgesellschaft.

**Gerhard Steiner:** Variante A ist ein einfacher Fall. Hier wird die Betriebsprüfung nur prüfen, ob eine entsprechende Eigenkapital-/Fremdkapitalausstattung vorliegt, ob der Darlehensvertrag mit der ausländischen Finanzierungsgesellschaft dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht und ob eine entsprechende Dokumentation hinsichtlich der Kredithöhe, Laufzeit, Rückzahlungsvereinbarung etc. vorliegt.

**Gerald Gahleitner:** Bei Variante A handelt es sich in keiner Weise um einen Missbrauch. Es steht hier lediglich die Frage der Unterkapitalisierung im Raum. Entsprechend der Rechtsprechung des VwGH ist erstens zu überprüfen, ob der Darlehensvertrag der Form nach fremdüblich gestaltet ist, und zweitens, ob die Finanzierung inhaltlich in einem branchenüblichen Ausmaß erfolgt ist. Aus meiner Sicht kann die Ansässigkeit des Darlehensgebers keine Rolle spielen. Ob er in einer Steueroase sitzt bzw. ob er für die Zinseinkünfte Steuern bezahlt muss, kann in dieser Konstellation jedenfalls ausgeblendet werden.

**Nikolaus Zorn:** Die Variante A ist unproblematisch. Die Finanzierung über verbundene Gesellschaften muss den Fremdvergleichsgrundsätzen entsprechen. Darüber hinaus gibt es keine Vorschriften über eine Mindestkapitalausstattung; auch die Rechtsprechung des VwGH prüft schon lange nicht mehr eine Mindestkapitalausstattung als solche. Es müssen nur fremdübliche Verträge vorliegen.

**Variante B:** Wie A, allerdings kein Fremderwerb. Es findet also keine Änderung in der Konzernspitze statt.

\*) MMag. Thomas Ecker ist Assistent am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

## Anteilerwerbe durch ausländische Konzerne

**Gerhard Steiner:** Die Ausgangssituation ist folgende: Es gibt eine Konzernmutter in den USA, eine Zwischenholding in den Niederlanden und eine operative Kapitalgesellschaft mit erheblichen Gewinnen in Österreich. In der Folge veräußert die niederländische Zwischenholding die Anteile an der österreichischen Kapitalgesellschaft zu Verkehrswerten an eine österreichische Zwischenholding. Letztere wird in einem geringen Ausmaß mit Eigenkapital ausgestattet. Der restliche Finanzbedarf wird durch eine Finanzierungsgesellschaft in einem günstigen Steuerland zur Verfügung gestellt. Die Zinsen werden als Betriebsausgabe bei der österreichischen Holding geltend gemacht und unterliegen im Empfängerland einer geringen oder gar keiner Besteuerung. Die Finanzierungsgesellschaft schüttet danach eine Dividende an die Muttergesellschaft aus. In einem letzten Schritt wird eine Unternehmensgruppe gebildet, um in Österreich zu einem steuerlichen Null-Ergebnis zu kommen. Diese Modelle sind in verschiedenen Ausgestaltungen mittlerweile schon fast Standard geworden.

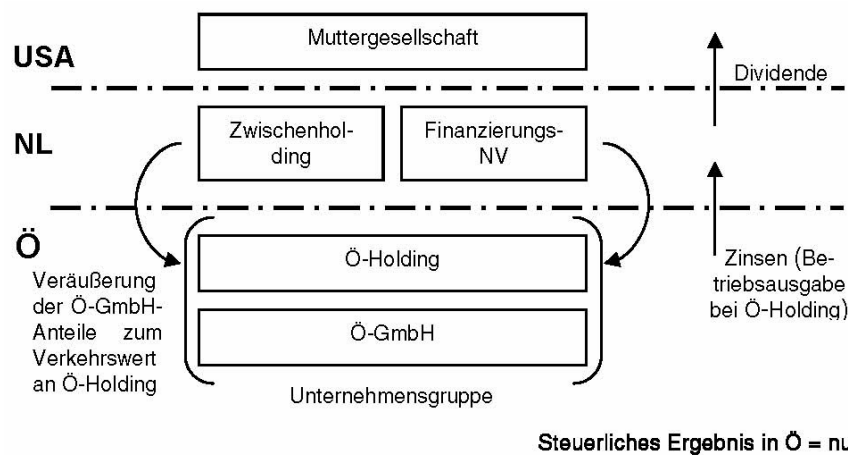


Abbildung: Variante B

Es stellt sich nun die Frage, ob in diesem Fall ein Missbrauch i. S. d. § 22 BAO vorliegt. Ist dieser Vertrag fremdüblich? Ist der Vertrag grundsätzlich anzuerkennen?

**Gerald Gahleitner:** Es wird hier die Frage des Missbrauchs angesprochen, wobei nach meiner Einschätzung zur Klärung dieser Missbrauchsfrage die vom VwGH für Outbound-Konstellationen entwickelten Grundsätze auch bei derartigen Inbound-Konstellationen zu beachten sind. Der VwGH hat Fälle entschieden, in denen ausländische Holdinggesellschaften errichtet und mit Eigenkapital ausgestattet wurden und in denen letztlich steuerpflichtige Zinseinkünfte in steuerfreie Auslandsdividenden umgewandelt wurden. Der VwGH hat diese Outbound-Konstellationen teilweise als missbräuchliche Gestaltungen behandelt, mit dem Ergebnis, dass die Zinsen in Österreich zu versteuern waren. Als Steuerberater wird man im Sinne dieser VwGH-Rechtsprechung daher prüfen müssen, ob es im konkreten Fall außersteuerliche, wirtschaftliche Gründe für eine solche Gestaltung gibt. Diese Gründe können dabei sehr vielschichtig sein. Es können einerseits operative Gründe für das Einschalten einer österreichischen Holdinggesellschaft vorliegen. Denken Sie bitte daran, dass sich Wien (Österreich) auch als Osteuropastandort für Konzernzentralen anbietet. In vielen Fällen wird man m. E. daher den Missbrauch ausschließende außersteuerliche Gründe vorweisen können, die zeigen, dass es sich nicht um ein reines Steuerkonstrukt handelt. In diesen Fällen müsste ein Zinsabzug zugelassen wer-

## Acquisition of Shares by Foreign Corporate Groups

den. Eine zweite – etwas problematischere – Konstellation liegt vor, wenn eine österreichische Holdinggesellschaft errichtet wird, der keine operativen Funktionen zugeordnet werden, und wenn versucht wird, eine Darlehensverbindlichkeit, die auf einer höheren Konzernstufe besteht, auf diese Gesellschaft zu verlagern. Hier wird man als Berater kreativ sein müssen, um diese Konstruktion zu rechtfertigen. Wir werden das nun bei der Variante C sehen.

**Variante C:** Es kommt zum Wechsel des „ultimate shareholders“ (Konzernspitze). Die Finanzierung des Kaufpreises durch die Muttergesellschaft erfolgt am Kapitalmarkt. Die Verbindlichkeiten werden dann zur österreichischen Tochtergesellschaft „hinuntergedrückt“ („Debt-push-down-Szenario“).

**Gerald Gahleitner:** Es gibt Konstellationen, vergleichbar mit Variante C, in denen ein fremdüblicher Sharedeal auf oberster Konzernebene durchgeführt wird, bei dem mit der finanzierenden Bank vereinbart wird, dass nach einiger Zeit die Verbindlichkeiten auf die operativen Gesellschaften übertragen werden. Ich glaube, diese Konstellationen sind insofern fremdüblich, als die finanzierende Bank ein Interesse hat, möglichst nahe an die Assets zu gelangen, die dann der Bank (mittelbar) als Haftungsmasse zur Verfügung stehen.

**Gerhard Steiner:** Grundsätzlich möchte ich mich den Ausführungen von Gerald Gahleitner anschließen. Die Betriebsprüfung würde beim ordentlichen gewissenhaften Geschäftsleiter ansetzen. Zu prüfen ist, ob ein fremder Dritter unter diesen Bedingungen diesen Erwerb durchgeführt hätte. Anknüpfungspunkt ist der Geschäftsleiter der österreichischen Holding. Dieser muss zeigen, dass sich das Investment – ex tunc gesehen – auch rechnet. Dies wird etwa im Falle eines negativen Leverage-Effekts nicht möglich sein, da in diesem Fall eine fast ausschließliche Fremdfinanzierung betriebswirtschaftlich in aller Regel keinen Sinn macht.

**Nikolaus Zorn:** Wenn eine sinnvolle Begründung für die Errichtung der österreichischen Holding gefunden werden kann, sehe ich in solchen Konstruktionen kein Problem.

**Bernhard Renner:** Ich würde das genauso sehen. Die Argumente von Gerald Gahleitner sind darauf gerichtet, dass man vom Missbrauch wekommt. Wenn die Zwischenschaltung einer Holding eine wirtschaftlich sinnvolle Funktion hat, liegt kein Missbrauch vor. Aber dann kommt man zum Fremdvergleich oder zum ordentlichen gewissenhaften Geschäftsleiter und somit auf die Sachverhaltsebene.

**Bernhard Gröhs:** Ich glaube auch, dass man den Fall nicht über Missbrauch lösen kann, u. a. auch deshalb, da es dem Gesetzgeber bewusst war, dass Zinsen auch in Konzerngesellschaften beim Beteiligungserwerb abzugsfähig sein sollen, wie aus den Gesetzesmaterialien sichtbar ist. Auch bezüglich der Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers ist die Situation m. E. klar. Erfüllt er die Sorgfaltspflicht, liegt kein Missbrauch vor. Verletzt er seine Sorgfaltspflicht, dann hat er eine verdeckte Gewinnausschüttung zu verantworten.

**Nikolaus Zorn:** Ich sehe schon einen Unterschied zwischen den oben erwähnten Outbound-Fällen und den hier präsentierten Inbound-Fällen. Den Outbound-Fällen, wie jenen der Dublin-Docks-Gesellschaften, lag keine ausdrückliche Regelung des österreichischen Gesetzgebers zugrunde. Die hier präsentierten Inbound-Fälle operieren hingegen mit der Abzugsfähigkeit von Zinsen für den Erwerb von Beteiligungen durch Körperschaften bzw. mit der Gruppenbesteuerung, also mit vom österreichischen Gesetzgeber ausdrücklich in den letzten Jahren geschaffenen Regelungen. Der österreichische Gesetzgeber wird, als er diese Regelungen eingeführt hat, Gestaltungen wie die hier angesprochenen erkannt haben. Ich glaube nicht, dass man eine gesetzgeberische Entscheidung durch Rückgriff auf Missbrauch konterkarieren soll und kann. Natürlich können aber im Einzelfall auch solche Konstruktionen missbräuchlich sein, wenn sich kein betriebswirtschaftlich sinnvoller Ablauf erkennen lässt.