

■ ÖStZ 2007/887, 425

## „Zinsschranke“ auch für Österreich?

### Überlegungen zur Abzugsfähigkeit von Zinsen für fremdfinanzierte Beteiligungserwerbe (Teil 2)

Mit der Einführung der so genannten „Zinsschranke“ im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 schränkt der deutsche Gesetzgeber den Abzug von Fremdkapitalzinsen drastisch ein. Vor diesem Hintergrund soll aufgezeigt werden, welche Grenzen dem Betriebsausgabenabzug in Österreich gesetzt sind. Im Zentrum des Beitrages stehen dabei der Betriebsausgabenabzug bei *Leveraged Buy Outs* sowie bei Unternehmenserwerben durch Holdingstrukturen. Teil 1 des Beitrages (erschienen in ÖStZ 2007/818, 396) beschäftigt sich mit den Charakteristika der Zinsschranke in Deutschland sowie der Rechtslage zum Betriebsausgabenabzug bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb im KStG vor dem SteuerreformG 2005. Teil 2 behandelt mögliche Einschränkungen des Fremdkapitalzinsenabzuges bei Beteiligungserwerben auf Basis der geltenden österreichischen Rechtslage.

MMag. Marie-Ann Mamut  
Mag. Patrick Plansky

Institut für Österreichisches und  
Internationales Steuerrecht an der  
Wirtschaftsuniversität Wien

#### [TEIL 1]

1. Einschränkung des Abzuges von Fremdfinanzierungskosten bei Beteiligungserwerben
2. Die Zinsschranke in Deutschland
  - 2.1. Rechtslage vor Einführung der Zinsschranke
  - 2.2. Wirkungsweise der Zinsschranke
  - 2.3. Die Zinsschranke im Kreuzfeuer der Kritik
  - 2.4. Härtefall Holdinggesellschaften
3. Die Rechtslage in Österreich vor dem SteuerreformG 2005
  - 3.1. Allgemeine Regelung zum Betriebsausgabenabzug
  - 3.2. Abzugsverbot gem § 12 Abs 2 KStG idF vor dem SteuerreformG 2005

#### [TEIL 2]

4. Die Rechtslage in Österreich nach dem SteuerreformG 2005
  - 4.1. Einführung von § 11 Abs 1 Z 4 KStG
  - 4.2. Keine Diskriminierung von Holdingstrukturen
  - 4.3. Beschränkung des Zinsabzuges bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb im KStG?
  - 4.4. Beschränkung des Zinsabzuges bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb durch § 22 BAO?
5. Würdigung und Ausblick

#### 4. Die Rechtslage in Österreich nach dem SteuerreformG 2005

##### 4.1. Einführung von § 11 Abs 1 Z 4 KStG

Mit dem SteuerreformG 2005<sup>47)</sup> beschloss der Nationalrat gravierende Änderungen auf dem Gebiet der Körperschaftsteuer<sup>48)</sup>. Neben der Senkung des Körperschaftsteuertarifs und der Einführung der Gruppenbesteuerung zog der Gesetzgeber den Abzug von Fremdfinanzierungskosten für Beteiligungserwerbe explizit in die abzugsfähigen Aufwendungen und Ausgaben mitein. Die Einführung des § 11 Abs 1 Z 4 KStG wird damit begründet, eine von Unternehmerseite seit langem erhobene Forderung zu erfüllen<sup>49)</sup>. Die Aussagen der Erläuterungen zur Regierungsvorlage beschränken sich darauf, festzustellen, dass „bei Fremdfinanzierung von zum Betriebsvermögen gehörenden Kapitalbeteiligungen, trotz der Steuerneutralität der laufenden

*Beteiligungserträge (Dividenden), die Finanzierungskosten als Betriebsausgabe abgesetzt werden können.*<sup>50)</sup>

Nach § 11 Abs 1 Z 4 KStG müssen „die Zinsen in Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung des Erwerbes von Kapitalanteilen im Sinne des § 10 [KStG]“ stehen. Für die Definition der „Kapitalanteile iSd § 10“, die zu einem Betriebsvermögen zählen müssen, kann an dieser Stelle auf die Judikatur und Literatur zu § 10 KStG verwiesen werden<sup>51)</sup>. Der Begriff der Zinsen ist jedoch weder im österreichischen Ertragsteuerrecht noch im bürgerlichen Recht definiert<sup>52)</sup>. Teile der Literatur gehen davon aus, dass aufgrund der Änderung der geltenden Gesetzesfassung gegenüber der Regierungsvorlage<sup>53)</sup> von einem engen Zins-

47) Steuerreformgesetz 2005 (BGBl I 2004/57).

48) Lt den ErlRV (451 dB, 22.GP, 1) hat die österreichische Bundesregierung die größte Steuerreform der 2. Republik umgesetzt.

49) Vgl 451 dB, 22. GP, 7.

50) 451 dB, 22. GP, 29 f.

51) Vgl zB Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, in Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly (Hrsg) KStG<sup>5</sup>, § 10 Tz 1 ff; jüngst Haslinger K., Die Veräußerung von Beteiligungen (2006) 64 ff.

52) Vgl Tissot, Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen gem § 11 Abs 1 Z 4 KStG – Eine Interpretation des Wortes „Zinsen“, SWK 2004, S 1001 (S 1001). Vgl zu weiteren in der Literatur vorgeschlagenen Definitionen des Zinsbegriffes Twardosz, Besteuerung von Zinseinkünften – Abgrenzung von Substanz und Ertrag bei Kapitalanlageprodukten (2007) 19, FN 93 mwN.

53) Im Begutachtungsentwurf zur RV wurde noch der Begriff „Kosten der Fremdfinanzierung“ anstatt „Zinsen in Zusammenhang mit“

## Der Betriebsausgabenabzug von Fremdkapitalzinsen bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb kann nach geltender österreichischer Rechtslage lediglich bei Vorliegen der Voraussetzungen der Umqualifizierung von Gesellschafter-Fremdkapital in Eigenkapital gem § 8 Abs 1 KStG oder der Missbrauchsbestimmung des § 22 BAO beschränkt werden.

begriff auszugehen wäre<sup>54</sup>). Diese Eingrenzung des Begriffes nimmt zB Fremdwährungsverluste vom Anwendungsbereich des § 11 Abs 1 Z 4 KStG aus, hat aber keine Auswirkungen auf „klassische“ Zinsen für externe oder konzerninterne Darlehen sowie Nebenkosten wie Gebühren und Provisionen<sup>55</sup>). Auch sonstige Zahlungen an Fremdkapitalgeber und an Dritte sind erfasst<sup>56</sup>).

Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem SteuerreformG 2005 steht nunmehr außer Zweifel, dass Zinsen für fremdfinanzierte Beteiligungserwerbe zur Gänze steuerlich abzugsfähig sind. Die Einführung des § 11 Abs 1 Z 4 KStG führt somit zu einer deutlichen Erweiterung der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen.

### 4.2. Keine Diskriminierung von Holdingstrukturen

Aufgrund des weiten Anwendungsbereiches des § 11 Abs 1 Z 4 KStG wirft die Anknüpfung an die Konzerneigenkapitalstruktur – wie es die deutsche Regelung der Zinsschranke vorsieht – in Zusammenhang mit Holdinggesellschaften für den Steuerpflichtigen in Österreich kein Problem auf. § 11 Abs 1 Z 4 KStG stellt keine besonderen Anforderungen an die ihn anwendende Gesellschaft. Eine Holdinggesellschaft kann den Zinsabzug für einen fremdfinanzierten Beteiligungserwerb ebenso geltend machen wie eine operative Gesellschaft. Das Problem, das sich in diesem Zusammenhang jedoch stellt, besteht darin, dass Holdinggesellschaften gerade *keine* operativen Gesellschaften sind und somit auch kein eigenes positives Ergebnis erwirtschaften können. Selbst die empfangenen Dividenden sind im Anwendungsbereich des § 10 KStG steuerfrei. Dies führt dazu, dass Holdinggesellschaften, sofern sie die von ihr gehaltenen Gesellschaften mit Fremdkapital erworben haben, dafür zwar den Zinsaufwand geltend machen können, sie diese Betriebsausgaben jedoch mangels Verrechnungsmöglichkeit mit laufenden steuerpflichtigen Erträgen lediglich vortragen können. Zu einer Verwendungsmöglichkeit kommt es somit erst bei Liquidation der Holdinggesellschaft oder bei Veräußerung der gehaltenen inländischen Beteiligung<sup>57</sup>). Zu einem gänzlichen Untergang der Fremdfinanzierungsaufwendungen könnte es zudem dann kommen, wenn die Verlustvorträge der Holding-

gesellschaft im Rahmen der Veräußerung der Beteiligung an der Holding aufgrund der Mantelkaufregelung des § 8 Abs 4 KStG untergehen<sup>58</sup>). Es stellt sich somit in Konzernen die Frage, wie die in den Holdinggesellschaften „geparkten“ Verluste verwertet werden können.

Durch gezielte Steuerplanung kann auch auf derartige Verluste zugegriffen werden<sup>59</sup>). *Pernegger*<sup>60</sup>) stellt eine Variante dar, durch die nach dem SteuerreformG 2005 unter Einbindung in eine Unternehmensgruppe die Verluste der Holding verwertbar werden. Er skizziert dazu folgendes Beispiel: Eine österreichische Tochtergesellschaft (A-GmbH) einer NL-BV (mit Sitz in den Niederlanden) erzielt operative Gewinne. *Pernegger* schlägt vor, eine zweite Tochtergesellschaft (B-GmbH) in Österreich zu gründen, die die Beteiligung an der A-GmbH erwirbt. Dieser Beteiligungserwerb wird fremdfinanziert<sup>61</sup>). Die B-GmbH selbst braucht über keine eigenen Betriebsräumlichkeiten zu verfügen und ist auch nicht oder nur in geringem Ausmaß selbst wirtschaftlich tätig. Sie wird auch nur mit geringen Eigenmitteln ausgestattet. Im Ergebnis hält nun die B-GmbH – die selbst von der niederländischen Muttergesellschaft gehalten wird – die Beteiligung an der operativen und rentablen A-GmbH. Sollte bei der niederländischen Mutter ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn entstanden sein, so ist dieser aufgrund der niederländischen internationalen Schachtelbefreiung in den Niederlanden steuerfrei<sup>62</sup>).

In Österreich ist der Abzug der Zinsen aus dem fremdfinanzierten Beteiligungserwerb der B-GmbH gem § 11 Abs 1 Z 4 KStG vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen. In einem nächsten Schritt wird, um die Zinsaufwendungen der B-GmbH für den Konzern nutzbar zu machen, eine Unternehmensgruppe gem § 9 KStG zwischen der B-GmbH als Gruppenträger und A-GmbH als Gruppenmitglied errichtet. Die Gewinne der operativen A-GmbH werden dem Gruppenträger B-GmbH zugerechnet, der sie mit seinen Verlusten aus der Fremdfinanzierung des Beteiligungserwerbes verrechnet<sup>63</sup>). Dasselbe Resultat kann freilich nicht nur durch die Errichtung einer Unternehmensgruppe erzielt werden. Auch die Verschmelzung der A-GmbH

verwendet.

54) *Tissot*, SWK 2004, S 1001; Salzburger Steuerdialog, Körperschaft- und Kapitalertragsteuer-Protokoll 2005, FJ 2005, 401 (402); so auch die KStR 2001, Rz 1204.

55) *Tissot*, SWK 2004, S 1007.

56) *Tissot* (*Tissot*, SWK 2004, S 1007) nennt in diesem Zusammenhang insb Makler, Notare und Rechtsanwälte.

57) Dasselbe gilt für Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften iSd § 10 Abs 2 KStG, bei denen auf Steuerwirksamkeit der Beteiligungsveräußerung optiert wurde. Bei ausländischen Beteiligungen greift bei Unterschreiten der Mindestbeteiligungsquote von 10 % § 10 Abs 2 und somit § 11 Abs 1 Z 4 KStG jedoch nicht, dh der Fremdkapitalzinsenabzug steht aufgrund dieser Norm nicht zu. Allerdings ist der Dividendenbezug und ein allfälliger Veräußerungsgewinn in Österreich steuerpflichtig, weshalb die Beschränkung des § 12 Abs 2 KStG nicht greift und der fremdfinanzierte Beteiligungserwerb schon aufgrund des allgemeinen Betriebsausgabenabzuges zulässig ist. § 11 Abs 1 Z 4 KStG brachte für derartige Beteiligungen somit keine Änderungen.

58) Vgl dazu zB *Petritz/Ressler*, Der Handel mit Verlustgesellschaften, ÖStZ 2006, 192 (192 ff); *Massoner*, Mantelkauf im Abgabenrecht (2007).

59) Vgl *Haunold*, Der Holdingstandort Österreich, in Thömmes/Lang/Schuch (Hrsg) *Investitions- und Steuerstandort Österreich?* (2005) 52 (52 ff); *Gröhs/Schuch*, Steuerliche Aspekte des Unternehmenskaufs in Österreich, in Deloitte (Hrsg) *Unternehmenskauf im Ausland – Steuerliche Rahmenbedingungen bei M & A Transaktionen im Ausland?* (2006) 215 (215 ff).

60) Vgl *Pernegger*, Die Zwischenholding als Steuersparmodell – neue Möglichkeiten der Steueroptimierung im Rahmen der Steuerreform 2005, SWK 2004, S 815 (S 815 ff).

61) *Pernegger* nennt ein Darlehen einer Konzernfinanzierungsgesellschaft. Genauso gut kann der Beteiligungserwerb auch durch externes Fremdkapital finanziert werden. Die österreichische Regelung unterscheidet nicht nach Fremdkapital von Gesellschaftern oder konzernzugehörigen Gesellschaften und Fremdkapital von dritter Seite.

62) Vgl *Pernegger*, SWK 2004, S 815.

63) Diese Steuerplanungsvariante ist in der Literatur häufiger zu finden; vgl *Wilplinger*, Änderung des Bilanzstichtages zur früheren Begründung einer Unternehmensgruppe, FJ 2005, 211 (212); *Damböck/Galla*, Fremdfinanzierungskosten von Beteiligungen bei Gruppenbildung, ÖStZ 2005, 203 (203).

auf die B-GmbH oder eine Umwandlung der A-GmbH in eine Personengesellschaft führt zum gleichen Ergebnis<sup>64</sup>. All diese Gestaltungen stellen Möglichkeiten dar, die das österreichische Ertragsteuerrecht vorsieht und zulässt. Auch die Prüfung solch eines Sachverhaltes im Lichte der Missbrauchsbestimmung des § 22 BAO führt zu keinem anderen Ergebnis<sup>65</sup>.

#### 4.3. Beschränkung des Zinsabzuges bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb im KStG?

Die Geltendmachung von Fremdkapitalzinsen als Betriebsausgaben könnte durch die allgemeine Regelung des § 12 KStG zu nichtabzugsfähigen Aufwendungen beschränkt sein. Durch die Einführung des Zinsabzuges für den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb in § 11 Abs 1 Z 4 KStG standen sich nämlich zwei Regelungen mit gegensätzlicher Rechtsfolge gegenüber. Nach § 11 KStG ist der Zinsabzug zulässig, während § 12 KStG ihn grundsätzlich untersagt. § 12 Abs 2 KStG nimmt allerdings den gesamten Abs 1 des § 11 KStG von seinem Anwendungsbereich aus. Da der Gesetzgeber also die Zulässigkeit des Zinsabzuges in § 11 Abs 1 Z 4 KStG vorsieht, fällt dieser automatisch in den Ausnahmekatalog des § 12 Abs 2 KStG. Wird somit, wie in obigem Beispiel eine inländische Beteiligung erworben, so ist, ohne Rücksicht auf eine etwaige Mindestbeholdendauer oder Mindestbeteiligungsquote, der Ausschluss vom Zinsabzug gem § 12 Abs 2 KStG nicht anwendbar, da diese Norm § 11 Abs 1 und damit auch die Z 4 KStG von ihrem Anwendungsbereich ausnimmt. Das Verhältnis des § 11 Abs 1 Z 4 zu § 12 Abs 2 KStG endet somit für Beteiligungen gem § 10 KStG in einem klaren Vorrang von § 11 KStG. Es zeigt sich folglich, dass der Gesetzgeber durch die Einführung von § 11 Abs 1 Z 4 KStG das Problem der Aufteilung von Fremdkapitalzinsen für den Beteiligungserwerb nach deren Zusammenhang mit steuerpflichtigen oder steuerfreien Erträgen bereinigt hat<sup>66</sup>.

Als weitere gesetzliche Regelung, die den Zinsabzug – auch bei fremdfinanzierten Beteiligungserwerben – beschränken könnte, ist § 8 Abs 2 KStG zu nennen. Diese Bestimmung, die zur Qualifikation als Einkommensverwendung und damit zum Ausschluss der Abzugsfähigkeit der Zinszahlungen führt, setzt allerdings einen gesellschaftsrechtlichen Nahebezug voraus. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Empfänger der Zinszahlung ein Anteilseigner ist oder eine eigentümerähnliche Position besetzt<sup>67</sup>. Von einer Umqualifikation von Zinsen in Dividenden ist auch nur dann auszugehen, wenn die Vergütungen vom fremdüblichen Ausmaß abweichen<sup>68</sup>. Was die Umqualifikation von konzerninternem Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital beim Beteiligungserwerb betrifft, ist auf die Rechtsprechung des VwGH hinzuweisen, die diese Umdeutung nur in sehr engen Grenzen zulässt. So muss erwiesen sein, dass die Zufuhr von Eigenkapital wirtschaftlich sinnvoll und geboten ist. Die

Rechtsprechung<sup>69</sup> und die KStR<sup>70</sup> weisen zudem darauf hin, dass dafür besondere Umstände sprechen müssen. Auch diese Regelung kann daher den Zinsabzug beim Beteiligungserwerb nur in speziellen Einzelfällen begrenzen.

Im Ergebnis ist besonders hervorzuheben, dass der Gesetzgeber keine gesetzliche Regelung zur Einschränkung des Zinsabzuges erlassen hat. Dem Gesetzgeber kann – nicht zuletzt aufgrund § 11 Abs 1 Z 4 KStG – durchaus unterstellt werden, dass er den Anwendungsbereich für den Zinsabzug bewusst weit und ohne Beschränkungen geregelt wissen wollte, da er auf die Einführung einschlägiger restriktiver Regelungen, wie sie andere Staaten vorsehen, verzichtet hat<sup>71</sup>. Die Vorschrift des § 11 Abs 1 Z 4 KStG ist nämlich derart generell gehalten, dass eine Einschränkung des Fremdkapitalzinsabzuges nicht auf eine enge Interpretation dieser Norm gestützt werden kann. Es ist somit im Vergleich zur früheren Rechtslage – sieht man von sonstigen durchgeführten Strukturierungsvarianten ab<sup>72</sup> – von einer deutlichen Ausweitung der Abzugsmöglichkeit für Fremdkapitalzinsen für Beteiligungserwerbe auszugehen. An dieser Intention hat sich aus heutigem Blickwinkel nichts geändert. Ebenso wenig kann das Zusammenspiel mit § 12 Abs 2 KStG zu einer Versagung des Zinsabzuges für Beteiligungserwerbe führen. § 11 Abs 1 Z 4 KStG hat nämlich Vorrang vor § 12 Abs 2 KStG. Es ist somit von einem breiten Zugang zur Zinsabzugsregelung des § 11 Abs 1 Z 4 KStG auszugehen.

Als Handhabe des Gesetzgebers gegen einen extensiven Gebrauch des Zinsabzuges für den Beteiligungserwerb dient allerdings die Missbrauchsbestimmung des § 22 BAO. Diese Möglichkeit wird in der Folge näher untersucht.

#### 4.4. Beschränkung des Zinsabzuges bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb durch § 22 BAO?

##### 4.4.1. Der Graubereich zwischen Steueroptimierung und Missbrauch

Der Abzug von Fremdkapitalzinsen hat dann zu unterbleiben, wenn ein Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts gem § 22 BAO vorliegt. An dieser Stelle soll daher unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des VwGH<sup>73</sup> der Frage nachgegangen werden, ob eine Geltendmachung von Finanzierungskosten aufgrund einer missbräuchlichen Gestaltung untersagt werden kann.

Vor dem Hintergrund der Grenzziehung zwischen zulässiger Steuerplanung und verpönter Steuerumgehung ist zunächst festzuhalten, dass es dem Steuerpflichtigen freisteht, seine Rechtsverhältnisse so zu gestalten und zu ordnen, dass der

64) Vgl *Damböck/Galla*, ÖStZ 2005, 203.

65) Siehe dazu im Detail Abschn 4.4.

66) Siehe dazu Teil 1 Abschn 3.2. dieses Beitrages.

67) KStR 2001, Rz 716.

68) Vgl schon *Gassner*, Der Einkommensbegriff des Körperschaftsteuergesetzes und seine Bedeutung für die verdeckte Gewinnausschüttung, in *Doralt/Kranich/Nolz/Quantschnigg* (Hrsg) Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft – FS Bauer (1986) 73 (82 ff); *Quantschnigg*, Spezielle Probleme der verdeckten Gewinnausschüttung im Steuerrecht, ÖStZ 1985, 161 (163 ff); zum EStG 1988 vgl *Wiesner*, Verdeckte Einlagen – Verdeckte Ausschüttungen, SWK 1990, A I 343 (359 ff); *Renner*, in *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly* (Hrsg) KStG<sup>9</sup>, § 8 Tz 207, 233.

69) VwGH 20. 4. 1982, 81/14/0195; 23. 10. 1984, 83/14/0257.

70) KStR 2001, Rz 709.

71) So sieht zB § 8a Abs 6 dKStG aF eine explizite Umqualifikation von Fremdkapital in eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn eine Beteiligung konzernintern verkauft wird und durch Fremdkapital finanziert wird (vgl *Breuninger/Schade*, Fremdfinanzierter konzerninterner Beteiligungserwerb, DStR 2007, 221 (221 ff)). Ähnliche Regelungen finden sich neben Deutschland zB im Vereinigten Königreich und in den Niederlanden. In Österreich gibt es keine entsprechende Regelung.

72) Siehe dazu Teil 1 Abschn 3.2. dieses Beitrages.

73) Die Frage, ob der VwGH mit seiner Rechtsprechungslinie zu § 22 BAO eher mehr der „Außentheorie“ oder der „Innentheorie“ zugeeignet ist, kann und soll hier ausgeklammert bleiben. Eine gefestigte Judikatur des VwGH zur Umgehungsproblematik liegt nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung ohnedies nicht vor. Vgl *Lang*, Der Gestaltungsmissbrauch (§ 22 BAO) in der jüngeren Rechtsprechung des VwGH, ÖStZ 1994, 174 (179); *derselbe*, Der Normgehalt des § 22 BAO, ÖStZ 2001, 65 (66).

günstigste Effekt, also der bestmögliche Erfolg bei geringster Abgabenbelastung, erreicht wird<sup>74</sup>). Die Möglichkeit günstiger rechtlicher Gestaltungen im Rahmen der Gestaltungs- und Vertragsfreiheit entspricht einem von der Rechtsordnung anerkannten und berechtigten Interesse, auch wenn der gewählte Weg sogar ausschließlich zum Zweck der Steuerersparnis eingeschlagen würde<sup>75</sup>). Der Steuerpflichtige darf also aufgrund der auch für das Abgabenrecht geltenden Dispositionsfreiheit guten Gewissens die abgabenschonendste Variante wählen, solange die steueroptimale Gestaltung nicht als Missbrauch iSd § 22 BAO anzusehen ist<sup>76</sup>). In diesem Sinne muss eine steuerpflichtige Kapitalgesellschaft aber auch den Erwerb von Beteiligungen fremdfinanzieren dürfen, um so in den Genuss des Fremdkapitalzinsabzuges kommen zu können. Dies muss umso mehr gelten, als der VwGH die Finanzierungsfreiheit ausdrücklich anerkennt<sup>77</sup>).

#### 4.4.2. Vorliegen von Missbrauch nach außentheoretischen Gesichtspunkten

Auf der anderen Seite sind die Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Abgabenrecht dann erreicht, wenn es sich um missbräuchliche Gestaltungen handelt. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH liegt Missbrauch dann vor, wenn eine rechtliche Gestaltung in Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet<sup>78</sup>). Es ist zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenkt, oder ob er ohne das Resultat der Steuerminderung unverständlich wäre<sup>79</sup>). Können daher außersteuerliche Gründe für eine – auch ungewöhnliche – Gestaltung ins Treffen geführt werden, so liegt Missbrauch nicht vor<sup>80</sup>). Der VwGH stellt mit dieser eher der Außentheorie zuordenbaren<sup>81</sup>) Formulierung im Wesentlichen auf das Bestehen von beachtlichen und stichhaltigen außersteuerlichen Gründen<sup>82</sup>) ab, die die ungewöhnliche und unangemessene – weil in Hinblick auf das angestrebte wirtschaftliche Ziel „gekünstelte“<sup>83</sup>) – Gestaltung rechtfertigen.

So ist nach dieser Rechtsprechungsformel des VwGH für die Beurteilung einer missbräuchlichen Gestaltung im Falle der Gründung einer Holdinggesellschaft, die die Zielgesellschaft unter Einsatz von Fremdkapital erwirbt<sup>84</sup>), erstens zu fragen, ob diese Gestaltung in Hinblick auf ihr wirtschaftliches Ergebnis ungewöhnlich und unangemessen ist und zweitens,

ob sie ihre Erklärung nur in der Steuerminderung findet<sup>85</sup>). Die Gründung einer Holdinggesellschaft als solche kann noch nicht als ungewöhnliche und unangemessene Gestaltung aufgefasst werden. Vielmehr erkennt der VwGH die Errichtung oder Rechtsformänderung einer Kapitalgesellschaft ausdrücklich als nicht missbräuchlich an<sup>86</sup>). Zudem lassen sich in der Praxis eine Reihe von betriebswirtschaftlichen, haftungsrechtlichen oder strukturellen – jedenfalls außersteuerlichen – Gründen für den gewählten Konzernaufbau ins Treffen führen. So kann zB das Sicherstellen der Durchsetzung von Managemententscheidungen zur Effizienzsteigerung, die Wahrung der sonst durch notwendige Verschmelzungen untergehenden Firmenbezeichnungen oder die Trennung von Gesellschaften zur Begrenzung der zivilrechtlichen Haftung<sup>87</sup>) für die sinnvolle Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft sprechen, was die Annahme von Missbrauch auf Basis der „Außentheorie“ entkräften würde.

Des Weiteren kann nicht schon die Finanzierung des Beteiligungserwerbes mit Fremdkapital als missbräuchlich bezeichnet werden, da sich die Finanzierung mit Fremdkapital mit nachfolgendem Abzug der Finanzierungskosten im Rahmen der von der Rechtsordnung gewährleisteten Möglichkeit steueroptimaler Gestaltungen befindet<sup>88</sup>), zumal § 11 Abs 1 Z 4 KStG die Abzugsfähigkeit ausdrücklich anordnet. Daher ist festzuhalten, dass die dargestellten Gestaltungen für sich den Missbrauchstatbestand des § 22 BAO nicht erfüllen.

Allerdings sind die gewählten Gestaltungen nicht nur einzeln, sondern auch „in ihrer Gesamtheit“ zu betrachten, da insbesondere erst eine „Verkettung“ von Rechtshandlungen den unter § 22 BAO zu subsumierenden Sachverhalt verwirklichen kann. Ein Missbrauch kann demnach in der dem tatsächlichen Geschehen nicht angemessenen Hintereinanderschaltung mehrerer rechtlicher Schritte bestehen<sup>89</sup>). Würde also nach Errichtung einer Holdinggesellschaft diese Holding mit der Zielgesellschaft in eine Gruppe einbezogen, die Zielgesellschaft auf die Holding verschmolzen oder die Zielgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt werden, so könnten die auf Ebene der Holdinggesellschaft durch den fremdfinanzierten Erwerb der Zielgesellschaft bestehenden Verluste – frühzeitig<sup>90</sup>) – nutzbar gemacht werden<sup>91</sup>). So könnte insbesondere durch die Kombination der – für sich allein jeweils zulässigen – Schritte Missbrauch iSd § 22 BAO vorliegen. Hier ist jedoch zu bemerken, dass – unter der Annahme, diese Abfolge der einzelnen Rechtsfolgen sei überhaupt unangemessen und ungewöhnlich – in

74) Vgl zB VwGH 30. 5. 1990, 86/13/0046; 13. 10. 1993, 92/13/0054; vgl Stoll, Bundesabgabenordnung (1994) 252; Loukota, Internationale Steuerplanung und „Treaty-Shopping“, ÖStZ 1990, (2) 2; Ritz, BAO<sup>3</sup> (2005), § 22 Tz 1.

75) Stoll, BAO 252 mit weiteren Judikaturnachweisen.

76) So darf der Steuerpflichtige etwa seinen Hauptwohnsitz von Österreich in einen anderen Staat verlegen, auch wenn dafür nur Gründe der Steuerersparnis ausschlaggebend sein sollten. Vgl Loukota, ÖStZ 1990, 2.

77) Vgl zB VwGH 28. 4. 1981, 3630/80; 19. 9. 1990, 89/13/0112.

78) VwGH 14. 12. 2000, 95/15/0111; 28. 1. 2005, 2000/15/0214.

79) Vgl zB VwGH 30. 5. 1990, 86/13/0046; 27. 9. 1995, 93/13/0095; 22. 9. 2005, 2001/14/0188; sowie erst kürzlich 1. 3. 2007, 2006/15/0070; vgl Ritz, BAO<sup>3</sup> § 22 Tz 2.

80) Vgl zB VwGH 24. 11. 1982, 81/13/0021; 25. 1. 1983, 82/14/0317; 22. 9. 2005, 2001/14/0188. Kritisch dazu Lang, ÖStZ 1994, 175.

81) So Lang, ÖStZ 1994, 177; derselbe, ÖStZ 2001, 66.

82) Vgl zB VwGH 9. 11. 1994, 92/13/0305; 23. 3. 1999, 99/14/0026; 9. 12. 2004, 2002/14/0074.

83) Vgl Stoll, BAO 252 f. Vgl zum Inhalt dieser Begriffe ausführlich und kritisch Gassner, Der Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht – Änderung der Rechtsprechung, ÖStZ 1981, 262 (262 ff); Lang, ÖStZ 1994, 174 f.

84) Dies ist die Fallkonstellation, die Steiner (SWI 2007, 310 f) „im Einzelfall“ als missbräuchlich einstufen möchte.

85) Die Steuerminderung wird beim hier beschriebenen fremdfinanzierten Beteiligungserwerb durch den Abzug der Fremdkapitalzinsen für den Beteiligungserwerb gem § 11 Abs 1 Z 4 KStG erreicht.

86) Vgl VwGH 11. 12. 1990, 89/14/0140; 10. 12. 1991, 91/14/0154. Vgl ausführlich bei Stoll, BAO 247 f.

87) Anerkannt in VwGH 23. 5. 1990, 89/13/0272-0275.

88) Vgl dazu bereits oben. In diesem Sinne hat auch der VwGH zur Gründung von Kapitalgesellschaften, bei denen der Alleingesellschafter die Willensentschlüsse der Gesellschaft bestimmt, das Vorliegen von Missbrauch verneint, da „ihre rechtsformbedingte Existenz [...] eine Rechtsatsache ist, die für sich nicht nach § 22 beiseite geschoben werden kann.“ (so Stoll, BAO 247 mit Verweis auf VwGH 14. 5. 1991, 90/14/0280). Dasselbe muss auch für die aus der Finanzierungsfreiheit folgende Wahlmöglichkeit zwischen Eigenkapital und Fremdkapital gelten, selbst wenn bei der Wahl für durch die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen ein Vorteil generiert wird.

89) Vgl VwGH 22. 9. 2005, 2001/14/0188.

90) Die Verlustberücksichtigung wird lediglich vorgezogen. Ohne diese Gestaltungen kommt es erst zur Verlustverwertung aus den angesammelten Zinsvorträgen der Holding bei deren Liquidation oder Verkauf.

91) Die Variante der Gruppenbildung wird von Vertretern der Verwaltung (GBP) (Pernegger, SWK 2004, S 817) wie auch von Vertretern der Beratungspraxis (Wilplinger, FJ 2005, 212; Damböck/Galla, ÖStZ 2005, 203) propagiert.

den meisten Fällen eine Reihe von außersteuerlichen Gründen für eine Umgründung angeführt werden können, wie etwa die dadurch ermöglichte unternehmensrechtliche Ergebnisverrechnung, mit der sich das Gesamtergebnis der Gesellschaft deutlich besser darstellt, was für Investitionsentscheidungen von Anlegern oder die Aufnahme von Bankkrediten von höchster Wichtigkeit ist<sup>92)</sup>.

Daher kann im Bereich der „Außentheorie“ festgestellt werden, dass für die Wahl der Konzernstruktur in den meisten Konstellationen – auch im Fall der Aneinanderreihung von rechtlichen Schritten – gute außersteuerliche Gründe bestehen, die in der Zusammenschau Missbrauchsverdacht erregen könnten. Bei der Wahl (steuergünstiger) Gestaltungen kann es nämlich durchaus vorkommen, dass eine gesetzte Rechtshandlung die nächste bedingt, um die – als zulässig anerkannte – (steueroptimale) Gestaltung zu erreichen. Missbrauch liegt jedoch im Fall des fremdfinanzierten Beteiligungserwerbs durch eine neu gegründete Holdinggesellschaft nach der dargestellten Rechtsprechung des VwGH jedenfalls dann nicht vor, wenn vernünftige außersteuerliche Gründe für die gewählte Gestaltung ins Treffen geführt werden können, denn dann werden die rechtlichen Handlungen nicht ausschließlich mit dem Ziel der Steuerersparnis vorgenommen. Dies gilt sowohl für den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb wie auch für die nachfolgenden Maßnahmen zur Verlustnutzung.

#### 4.4.3. Vorliegen von Missbrauch nach innentheoretischen Gesichtspunkten

Im Zusammenhang mit „Missbrauch“ bedient sich der VwGH gelegentlich auch einer anderen Judikaturformel, von der behauptet wird, sie enthalte Elemente der „Innentheorie“<sup>93)</sup>. Beschreitet der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg, den das Gesetz selbst vorzeichnet, so kann nicht von einem Missbrauch ausgegangen werden, auch wenn die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sein mag<sup>94)</sup>. Das Erreichen abgabenrechtlicher Begünstigungen auf dem vom Gesetz beschriebenen Weg kann demnach keinen Missbrauch darstellen<sup>95)</sup>. So hat der VwGH etwa die Übertragung des Verlustvortrages von einer auf eine andere Kapitalgesellschaft im Wege der Verschmelzung als nicht missbräuchliche Gestaltung akzeptiert<sup>96)</sup>. Dasselbe muss folglich auch für die Inanspruchnahme des Finanzierungskostenabzuges beim fremdfinanzierten Beteiligungserwerb gelten, denn diese Begünstigung wurde vom Gesetzgeber in § 11 Abs 1 Z 4 KStG mit dem SteuerreformG 2005 ausdrücklich eingeräumt<sup>97)</sup>. Durch die Gründung einer Holdinggesellschaft, die die Beteiligungen an der Zielgesellschaft mit Fremdkapital erwirbt, wird daher der Gestaltungsspielraum, den das Gesetz dem Steuerpflichtigen zur Verfügung stellt, in optimaler Weise ausgenützt. Sieht man die Erfassung von Umgehungsfällen also als reine Interpretationsfrage, so lässt sich auch aus diesem Blickwinkel kein Missbrauch erkennen.

Ebenso wenig kann im Zusammenspiel und Aneinanderreihen von einzelnen Gestaltungsschritten per se Missbrauch erblickt werden, wenn es sich wie bei der beispielhaft angeführten Fallkonstellation um das Ausnützen der Gestaltungsmöglichkeiten des Steuerrechts handelt, die das Gesetz selbst vorzeichnet. Zu argumentieren, dass durch die Aneinanderreihung von Gestaltungen der Missbrauchstatbestand erfüllt wird, führt nämlich deshalb ins Leere, weil der Gesetzgeber die unterschiedlichen Gestaltungsvarianten ja nebeneinander explizit anordnet<sup>98)</sup>. Daher kann dem Einwand, bei deren paralleler und aufeinander folgender Anwendung liege nach „innentheoretischen“ Gesichtspunkten ein Missbrauch vor, nicht gefolgt werden.

#### 4.4.4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich daher der Befund erstellen, dass bei einem fremdfinanzierten Beteiligungserwerb durch eine neu gegründete Holdinggesellschaft mit anschließender Umgründung oder Gruppenbildung keinesfalls automatisch vom Vorliegen einer missbräuchlichen Gestaltung iSd § 22 BAO auszugehen ist. Missbrauch kann daher höchstens im Einzelfall vorliegen<sup>99)</sup>. Dieser kann stets nur innerhalb der Grenzen des § 22 BAO angenommen werden. Die Finanzverwaltung hat diese Grenze auch im Graubereich von Steuerplanung und Steuergestaltung zu beachten, denn nur im Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Schranken darf die Behörde bei der Erhebung der Abgaben von der Gestaltung der Vertragsparteien abweichen<sup>100)</sup>. Durch die Analyse beider derzeit zum Missbrauch nach § 22 BAO vertretenen Ansichten zur Rechtsprechung des VwGH konnte gezeigt werden, dass durch das zielgerichtete steueroptimale Zusammenspiel von Gestaltungsmöglichkeiten noch nicht von Missbrauch ausgegangen werden kann. In der Praxis wird dem Steuerpflichtigen die Implementierung derartiger Strukturen jedenfalls dadurch erleichtert, dass die Behörde das Vorliegen der Missbrauchshandlung zu beweisen hat<sup>101)</sup>.

Fest steht, dass es keine explizite gesetzliche Regelung gibt, die den Fremdkapitalzinsenabzug beim fremdfinanzierten Beteiligungserwerb durch die Neugründung einer Holding mit anschließender Gruppenbildung oder Umgründung beschränken würde. In diesem Zusammenhang ist auch die Rechtsprechung des VwGH zum Untergang von Verlusten bei Änderung der wirtschaftlichen Struktur eines Unternehmens zu nennen<sup>102)</sup>. Damals schränkte das Finanzamt den Betriebsausgabenabzug mit dem Argument ein, dass dem Steuerpflichtigen aufgrund der Änderung der wirtschaftlichen Identität der Verlustabzug nicht mehr weiter zusteht. Nach der damaligen Rechtslage<sup>103)</sup> gab es allerdings keine dem heute geltenden § 8 Abs 4 Z 2 KStG entsprechende Mantelkaufregelung. Der VwGH kam somit – richtigerweise – zu dem Schluss, dass mangels expliziter Regelung der Verlustabzug nicht verwehrt werden kann. Die allgemeine Missbrauchsbestimmung wurde dabei nicht geprüft.

92) Vgl dazu außerdem die bereits erwähnten außersteuerlichen Gründe.

93) Vgl Gassner, Der Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht – Änderung der Rechtsprechung? ÖStZ 1981, 262 (262 ff); derselbe, Interpretation und Anwendung der Steuergesetze (1972) 89 ff; Lang, ÖStZ 1994, 177; derselbe, ÖStZ 2001, 66.

94) VwGH 13. 9. 1988, 87/14/0128; 23. 5. 1990, 89/13/0272-0275; Lang, ÖStZ 1994, 176; derselbe, ÖStZ 2001, 66.

95) Vgl VwGH 23. 5. 1990, 89/13/0272-0275; Lang, ÖStZ 1994, 176; Ritz, BAO<sup>3</sup> § 22 Tz 4.

96) Vgl VwGH 13. 9. 1988, 87/14/0128. Zum damit in Zusammenhang stehenden § 44 UmgrStG vgl Stoll, BAO 248.

97) Vgl Teil 1 Abschn 3.2.

98) Speziell die Kombination von fremdfinanziertem Beteiligungserwerb in Kombination mit der Bildung einer Unternehmensgruppe wurde sogar mit demselben Gesetz eingeführt (SteuerreformG 2005).

99) Vgl Steiner, SWI 2007, 311.

100) Vgl VwGH 6. 11. 1991, 89/13/0093.

101) Vgl VwGH 9. 11. 1972, 2061/71; 29. 11. 1988, 88/14/0184; Gassner, ÖStZ 1981, 262 f. Nach Ansicht des VwGH hat der Steuerpflichtige jedoch das Vorliegen außersteuerlicher Gründe zu beweisen (vgl VwGH 7. 11. 1989, 86/14/0203; 19. 1. 2005, 2000/13/0176). Vgl dazu näher Stoll, BAO 255.

102) VwGH 4. 6. 1986, 84/13/0251; VwGH 22. 9. 1987, 87/14/0063. Ähnliche Rechtsprechung findet sich in Deutschland BFH 29. 10. 1986, I R 318-319/83, BStBl II 1987, 310 (312 f); vgl dazu Massoner, Mantelkauf im Abgabenrecht, 12; Petritz/Ressler, ÖStZ 2006, 192.

103) KStG 1966 und EStG 1972.

Genauso ist letztlich die Situation bei fremdfinanzierten Beteiligungserwerben nach dem SteuerreformG 2005 zu beurteilen: Mangels expliziter gesetzlicher Regelung steht dem Steuerpflichtigen der Fremdkapitalzinsabzug bei Beteiligungserwerb auch bei folgender Gruppenbildung oder Umgründungsmaßnahmen zu. Ein bloßes „Misstrauen“ der Finanzverwaltung gegenüber bestimmten steueroptimierenden Gestaltungen darf in einem Rechtsstaat nicht zur automatischen Annahme von „Missbrauch“ führen.

## 5. Würdigung und Ausblick

Beim Vergleich der österreichischen und der deutschen Rechtslage lässt sich ein gänzlich unterschiedlicher Zugang zum Thema Zinsabzug bei fremdfinanziiertem Beteiligungserwerb erkennen. Während Deutschland den Weg eines sehr eng begrenzten Zuganges zum Zinsabzug geht, wählte Österreich den umgekehrten Weg und lässt den Zinsabzug bei fremdfinanziiertem Beteiligungserwerb ausdrücklich zu.

In Deutschland macht die Zinsschranke den Missbrauchsfall zur Grundregel<sup>104)</sup>, was für die Unternehmen und den Standort Deutschland weit reichende negative ökonomische Folgen nach sich ziehen könnte. In Österreich kann auf Basis der geltenden österreichischen Rechtslage der Abzug von Fremdkapitalzinsen bei Beteiligungserwerb auf der Grundlage und unter den Voraussetzungen des § 8 Abs 2 KStG und des § 22 BAO untersagt werden. Diese Bestimmungen bieten ausreichend Möglichkeiten, Missbrauchsfällen die Stirn zu bieten. Wollte der Gesetzgeber den Fremdkapitalabzug (zumindest in Teilbereichen) pauschal beschränken, wäre jedenfalls eine explizite gesetzliche Regelung erforderlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Versagung des Zinsabzuges betriebswirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen im Konzern erheblich erschwert und Investitionen unattraktiver würden. Besonders in Fällen der Sanierung oder der Gründung von Unternehmen, in denen ein außerordentlicher Fremdkapitalbedarf besteht, könnte sich eine Zinsabzugsbeschränkung nachteilig auswirken. Nicht zu ver-

nachlässigen ist auch die Tatsache, dass eine Einschränkung des Zinsabzuges bei fremdfinanziiertem Beteiligungserwerb erhebliche internationale Signalwirkung hätte, die die positive Entwicklung nach dem SteuerreformG 2005 bremsen könnte.

Sollte der Gesetzgeber, aus welchen Gründen auch immer, im Bereich des fremdfinanziierten Beteiligungserwerbes den Zinsabzug einschränken wollen, wäre hierfür eine ausdrückliche Regelung nötig<sup>105)</sup>. Die deutsche Regelung zur Zinsschranke – mit ihrer flächendeckenden Missbrauchsvermutung – kann allerdings keinesfalls als vorbildliche Gegenfinanzierungsmaßnahme einer Steuerreform bezeichnet werden, die sich der österreichische Gesetzgeber zum Vorbild nehmen könnte. Dies scheint aber in Österreich ohnehin nicht auf der Agenda des Gesetzgebers zu stehen<sup>106)</sup>. Ein dogmatisch und pragmatisch wesentlich einfacherer und effizienterer Ansatz wäre die Einführung einer Zinsquellensteuer gewesen. Schließlich gehören gerade Deutschland und Österreich international betrachtet der absoluten Minderheit an Staaten an, die Zinszahlungen an Steuerausländer traditionellerweise von vornherein nicht besteuern. Der Zug für diese steuerpolitische Option scheint aber – schon alleine aufgrund der gegenteiligen Entwicklungen auf der EU-Ebene – vorerst abgefahren.

104) So Hallerbach, StuB 2007, 488.

105) So zuletzt Steiner, SWI 2007, 313.

106) Auch die jüngsten Entwicklungen zeigen in die Richtung einer breiten Akzeptanz der Zulässigkeit von Zinsabzügen. Im Bereich der fremdfinanziierten Gewinnausschüttung hat der Gesetzgeber auch im BBG 2007 (Budgetbegleitgesetz 2007; BGBl I 2007/24) von einer Einschränkung des Zinsabzuges abgesehen, nachdem eine solche noch im Begutachtungsentwurf enthalten war (vgl Begutachtungsentwurf zum Budgetbegleitgesetz 2007, Art X 3 Punkt 6, 10). Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber den breiten Anwendungsbereich für den Zinsabzug – zwar in anderen Bereichen – weiterhin beibehalten will. Insbesondere für den Zinsabzug beim fremdfinanziierten Beteiligungserwerb sind keine gesetzgeberischen Schritte absehbar.



### Die Autoren:

MMag. Marie-Ann Mamut und Mag. Patrick Plansky sind Assistenten und Lehrbeauftragte am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.



## ZFR Zeitschrift für Finanzmarktrecht

- Abdeckung der Rechtsgebiete Bankrecht, Wertpapier- und Börserecht, Recht der Investmentfonds, Pensionskassenrecht und Versicherungsrecht
- Beleuchtung der jeweiligen Themen aus unterschiedlichen Perspektiven
- Analyse von Entwicklungen und Trends durch das herausragende ZFR-Experten-Team

[www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at)

Jahresabonnement 2007  
4 Ausgaben um € 59,-

Ihr kostenloses Probeheft unter  
Tel. (01) 534 52-5555  
Fax (01) 534 52-141  
E-Mail: [bestellung@lexisnexus.at](mailto:bestellung@lexisnexus.at)