

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Ernst & Young Wirtschaftsprüfungs u. Steuerberatungs GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 23. Bezirk betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1994, 1995, 1996, 1997 und 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Das Einkommen 1994 beträgt € 1.851.301,13 (S 25.474.459,00). Die Abgabenschuld 1994 beträgt € 629.426,32 (S 8.661.095,00).

Das Einkommen 1995 beträgt € 1.129.200,60 (S 15.538.139,00). Die Abgabenschuld 1995 beträgt € 382.715,86 (S 5.266.285,00).

Das Einkommen 1996 beträgt € 805.488,98 (S 11.083.770,00). Die Abgabenschuld 1996 beträgt € 271.838,84 (S 3.740.584,00).

Das Einkommen 1997 beträgt € 904.407,75 (S 12.444.922,00). Die Abgabenschuld 1997 beträgt € 307.498,09 (S 4.231.266,00).

Das Einkommen 1998 beträgt € 1.702.222,70 (S 23.423.095,00). Die Abgabenschuld 1998 beträgt € 578.747,05 (S 7.963.733,00).

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

## Entscheidungsgründe

Die Bw. ist Mitglied der X Gruppe. Die X Gruppe hat 1994 die in Luxemburg etablierten Gesellschaften X Invest AG und X Finanz AG gegründet. Gemäß den vorliegenden Unterlagen, den Ausführungen im Betriebsprüfungsbericht und den Ausführungen in der Berufung stellt sich der Sachverhalt betreffend die Gründung dieser Gesellschaften und deren Tätigkeit im Berufungszeitraum wie folgt dar:

Die X Invest AG, Luxemburg wurde im Februar 1994 gegründet und im Handelsregister eingetragen. Das Stammkapital der X Invest AG, Luxemburg hat S 2 Mio. betragen und wurde mit einem Betrag von S 1,4 Mio. von der X Leasing GmbH und mit einem Betrag von S 0,6 Mio. von der AX GmbH übernommen. Im April 1994 wurde das Kapital der X Invest AG, Luxemburg durch eine Einlage der X Leasing GmbH von S 138,6 Mio. und durch eine Einlage der AX GmbH von S 59,4 Mio. auf S 200 Mio. aufgestockt.

Die X Finanz AG, Luxemburg wurde im Februar 1994 gegründet und im Handelsregister eingetragen. Das Stammkapital der X Finanz AG, Luxemburg hat S 1 Mio. betragen und wurde zu 99,9% von der X Invest AG, Luxemburg und zu 0,1% von Dr. X übernommen. Im April 1994 wurde das Stammkapital der X Finanz AG, Luxemburg auf S 20 Mio. erhöht. Zudem hat die X Invest AG, Luxemburg der X Finanz AG, Luxemburg ein Darlehen von S 52,38 Mio. eingeräumt.

Um die Einlage von S 138,6 Mio. tätigen zu können, hat die X Leasing GmbH Forderungen gegenüber der Bw. und gegenüber den in Österreich ansässigen Gruppenmitgliedern XW GmbH und XU GmbH eingetrieben. Von der Bw., der XW GmbH und der XU GmbH wurden am 18.4.1994 Bankkredite von zusammen S 140 Mio. aufgenommen. Die aus den Kreditaufnahmen resultierenden finanziellen Mittel wurden am 18.4.1994 auf ein Bankkonto der X Leasing GmbH überwiesen. Die X Leasing GmbH hat am 18.4.1994 die Einlage von S 138,6 Mio. auf ein Bankkonto der X Invest AG, Luxemburg überwiesen.

Die Einlage der AX GmbH von S 59,4 Mio. resultiert aus Gewinnausschüttungen der in Österreich ansässigen Gruppenmitglieder BHE GmbH und BHW GmbH. Mit Gesellschafterbeschluss vom 16.6.1994 hat die BHE GmbH eine Gewinnausschüttung von S 30 Mio. an die BHW GmbH beschlossen. Von den Gesellschaftern der BHW GmbH wurde am 16.6.1994 der Beschluss gefasst S 60 Mio. an die AX GmbH auszuschütten. Die aus den Ausschüttungsbeschlüssen vom 16.6.1994 resultierenden Beträge wurden bereits am 18.4.1994 angewiesen. Zu diesem Zweck haben die BHE GmbH und die BHW GmbH am 18.4.1994 Bankkredite von je S 30 Mio. aufgenommen. Die BHE GmbH hat am 18.4.1994 S 30 Mio. an die BHW GmbH überwiesen. Die BHW GmbH hat am 18.4.1994 S 60 Mio. auf ein Bankkonto der AX GmbH überwiesen. Die AX GmbH hat am 18.4.1994 die Einlage von S 59,4 Mio. auf ein Bankkonto der X Invest AG, Luxemburg überwiesen.

Die X Invest AG, Luxemburg hat das ihr zur Verfügung stehende Stammkapital für den Erwerb der Beteiligung an der X Finanz AG, Luxemburg verwendet und an diese Gesellschaft ein Darlehen von S 52,38 Mio. vergeben. Der Bw. hat die X Invest AG, Luxemburg am 28.4.1994 ein Darlehen von

S 123,9 Mio. gewährt. Im Verlauf des Jahres 1994 hat die X Invest AG, Luxemburg noch den Gruppenmitgliedern E AG, Schweiz und X, Deutschland Darlehen von S 1 Mio. bzw. S 0,5 Mio. eingeräumt.

Die X Finanz AG, Luxemburg hat am 27.4.1994 der BHE GmbH ein Darlehen von S 70 Mio. eingeräumt und sich im Verlauf des Jahres 1994 mit S 2 Mio. an der in Österreich ansässigen H GmbH, einem Unternehmen der X Gruppe, beteiligt.

Die Darlehen der X Invest AG, Luxemburg an die Bw. (S 123,9 Mio.) und der X Finanz AG, Luxemburg an die BHE GmbH (S 70 Mio.) wurden zur Abdeckung jener Kredite verwendet, die von der Bw., der XW GmbH, XU GmbH, BHE GmbH und BHW GmbH am 18.4.1994 aufgenommenen wurden.

Im Jahr 1996 hat die X Invest AG, Luxemburg der Bw. ein weiteres Darlehen von S 58 Mio. eingeräumt. 1997 und 1998 hat die X Invest AG, Luxemburg zudem Darlehen an die XN, Tschechien (S 11,5 Mio.), an die X Leasing GmbH (S 26 Mio.) und an die ABX GmbH, Deutschland (S 70 Mio.) vergeben. Die X Finanz AG, Luxemburg hat 1997 der X Leasing GmbH ein Darlehen von S 12 Mio. gewährt. Die finanziellen Mittel für die in den Jahren 1996, 1997 und 1998 vergebenen Darlehen wurden durch eine Kapitalerhöhung bei der X Invest AG, Luxemburg (S 30 Mio.), ein Darlehen der E AG, Schweiz an die X Invest AG, Luxemburg (S 34 Mio.), Darlehensrückzahlungen an die X Invest AG, Luxemburg (S 24,78 Mio.) bzw. an die X Finanz AG, Luxemburg (S 14 Mio.) und durch die thesaurierten Gewinne der luxemburgischen Gesellschaften in den Jahren 1994 bis 1998 (ca. S 82,18 Mio.) aufgebracht.

Von Dezember 1999 bis März 2000 wurden bei verschiedene Gesellschaften der X Gruppe, darunter auch die Bw., Betriebsprüfungen betreffend die Jahre 1994 bis 1997 durchgeführt. Im Rahmen der Betriebsprüfungen wurden zu den luxemburgischen Gesellschaften Feststellungen wie folgt getroffen:

Aufgrund der ausschließlich vermögensverwaltenden Tätigkeit der X Invest AG, Luxemburg und der X Finanz AG, Luxemburg komme es bei diesen Gesellschaften zu keiner Besteuerung der Einkünfte aus Zinserträgen. Nur im Falle der Ausschüttung dieser Erträge sei in Luxemburg eine Abzugsteuer in Höhe von 5% abzuführen. An sonstigen Steuern werde in Luxemburg, für Holdinggesellschaften ohne weitere Tätigkeit, nur eine jährliche Abonnementtaxe von 0,2% des Stammkapitals eingehoben.

Im Jahr 1994 habe sich die Tätigkeit der luxemburgischen Gesellschaften auf die Weitergabe des einbezahlten Stammkapitals als Darlehen an die Bw. und die BHE GmbH beschränkt. Zudem seien der E AG, Schweiz und der X, Deutschland kleinere Darlehen gewährt und eine Beteiligung an der H GmbH erworben worden. Beginnend mit 1996 seien von den luxemburgischen Gesellschaften weitere Darlehen an Mitglieder der X Gruppe vergeben worden. Die dafür erforderlichen finanziellen Mittel seien durch eine Kapitalerhöhung, Darlehensrückzahlungen, Zinseinnahmen und durch ein Darlehen der E AG, Schweiz aufgebracht worden.

Eigenständige Dispositionen, wie etwa die Aufnahme günstiger Bankkredite, seien von den luxemburgischen Gesellschaften nicht durchgeführt worden. Derartige Dispositionen seien ohne den Verlust der steuerlichen Begünstigungen in Luxemburg auch nicht möglich gewesen. Dass die

luxemburgischen Gesellschaften bei der Kreditvergabe im Konzern und bezüglich der Zinsen eigenständig gehandelt haben, sei nicht nachgewiesen worden. Die luxemburgischen Gesellschaften würden über kein eigenes Personal und über keine Büroräumlichkeiten verfügen. Die Gesellschaften seien von der in Luxemburg etablierten Managementgesellschaft CF, Luxemburg betreut worden. Die Aufgabe der Managementgesellschaft habe nur darin bestanden die Verwaltung der Darlehen und die zwischenzeitige Umbuchung der einlangenden Zinszahlungen auf besser verzinsten "2 Tage-Gelder-Konten" zu organisieren und die Gesellschaften vor den luxemburgischen Behörden zu vertreten. Entscheidungen über die Darlehensvergaben habe die Konzernleitung in Wien getroffen.

Der Betriebsprüfung sei erklärt worden, dass die luxemburgischen Gesellschaften als Finanzierungsgesellschaften insbesondere für ausländische Unternehmens- und Beteiligungserwerbe gegründet worden seien. Dem sei entgegenzuhalten, dass die ABX GmbH, Deutschland erst 1998 ein Torfabbau und Aufbereitungsunternehmen erworben habe. Für den Erwerb habe die ABX GmbH, Deutschland von der X Invest AG, Luxemburg ein Darlehen von S 70 Mio. erhalten. Dieser Betrag sei durch eine Kapitalerhöhung der Gesellschafter, Darlehensrückzahlungen und laufende Zinseinnahmen der X Invest AG, Luxemburg aufgebracht worden.

Tatsächlich sei der X Gruppe durch die luxemburgischen Gesellschaften kein zusätzliches Kapital verschafft worden. Von Mitgliedern der X Gruppe seien Kredite in beachtlichem Umfang aufgenommen worden. Diese Kredite seien durch die luxemburgischen Gesellschaften durchgeschleust, Mitgliedern der X Gruppe unter dem Titel "Darlehen" zur Verfügung gestellt, und zur Abdeckung der von diesen zuvor aufgenommenen Darlehen verwendet worden. Bei der überdurchschnittlich guten Kapitalausstattung und der äußerst positiven wirtschaftlichen Situation der X Gruppe wäre eine Fremdkapitalaufnahme auch gar nicht notwendig gewesen.

Die Betriebsprüfung nahm daher als erwiesen an, dass der Umweg über die Kapitalzahlung an eine luxemburgische Basisgesellschaft mit anschließender Repatriierung dieser Geldbeträge als Darlehen an andere Gesellschaften der X Gruppe verbunden mit entsprechenden Zinsaufwendungen und Überweisungsspesen ausschließlich deshalb eingeschlagen worden sei, um Abgaben zu sparen.

Maßgebend für diese Beurteilung sei der Umstand, dass bei dem gegenständlichen Steuersparmodell der ertragsmindernde Zinsaufwand insbesondere bei den österreichischen Gruppenmitgliedern und die Steuerfreiheit der Zinserträge in Luxemburg von vornherein fix eingeplant und somit ein essentieller Bestandteil des Gesamtkonzeptes gewesen sei.

Die X Invest AG, Luxemburg und die X Finanz AG, Luxemburg seien in einer Steueroase errichtete Basisgesellschaften, die im Prüfungszeitraum keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt haben. Sie würden über kein Büro und über kein eigenes Personal verfügen. Deren Verwaltung sei gegen Entgelt von einer Managementgesellschaft übernommen worden. Als Passiveinkünfte seien den luxemburgischen Gesellschaften ausschließlich Zinseinkünfte (überwiegend österreichischer) Mitglieder der X Gruppe zugeflossen.

Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit bzw. eine eigene Willensbildung der luxemburgischen Gesellschaften sei der Betriebsprüfung nicht nachgewiesen worden. Vielmehr seien die verantwortlichen geschäftsführenden Personen und kontrollierenden Organe auch Gesellschaftergeschäftsführer bzw. leitende Angestellte in der X Gruppe. Den die laufende Verwaltung innehabenden Mitarbeitern der Managementgesellschaft CF, Luxemburg sei es nicht möglich gewesen, eigenmächtige Entscheidungen gegen den Willen der Konzernleitung zu treffen,

Es widerspreche auch den Erfahrungen des täglichen Lebens und jeder wirtschaftlichen Vernunft, so hohe Geldbeträge ohne ernsthaften ökonomischen Grund aus dem eigenen Einflussbereich hinauszutransferieren und der eigenen Dispositionsmöglichkeit zu entziehen.

Zur wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der luxemburgischen Gesellschaften sei von Vertretern der X Gruppe ausgeführt worden, dass diese zur internationalen Steueroptimierung im Konzern und zur Finanzierung ausländischer Unternehmenserwerbe an einem der führenden Finanzplätze Europas gegründet worden seien. Zur Dokumentation sei der Betriebsprüfung eine Liste von beabsichtigten Projekten übergeben worden. Diese Ausführungen seien als Scheinargumente zurückzuweisen, weil erst 1998 erstmalig ein Beteiligungserwerb finanziert worden sei, wobei hinsichtlich dieser Finanzierung nicht erklärt werden konnte, warum der Umweg über Luxemburg gewählt wurde und worin - abgesehen von der Steuerersparnis - der wirtschaftliche Vorteil dieses Umweges liege. Die Steueroptimierung im Konzern sei nur wegen der eingeplanten Steuerersparnis durch Platzierung der Veranlagungserträge in einer Basisgesellschaft und durch "künstlich" erzeugte Aufwandszinsen im Konzern erreicht worden.

Auch der Umstand, dass die verschiedenen Unternehmen der X Gruppe bei inländischen Banken günstigere Kredite als von den luxemburgischen Gesellschaften erhalten hätten und der von den luxemburgischen Gesellschaften verrechnete Zinssatz über dem Konzernintern verrechneten Zinssatz liege, sei nicht schlüssig begründet worden. So hätte etwa die Bw. laut eingeholten Angeboten in den Jahren 1994 bis 1998 Kredite mit einer Verzinsung zwischen 6,6% und 5,25% erhalten. Im Konzern seien in diesem Zeitraum Zinsen zwischen 8% und 6% verrechnet worden. Der Verrechnungszinssatz bei der E AG, Schweiz bei einem Schweizerfrankenkredit habe gar nur 3,5% betragen. Von den luxemburgischen Gesellschaften seien hingegen Zinsen zwischen 8,75% und 6,5% verrechnet worden.

Die Vergabe von Darlehen an andere Gesellschaften des Konzerns zu deren Finanzierung und besseren Kapitalausstattung (auch durch eine neu gegründete ausländische Tochtergesellschaft) stehe nicht grundsätzlich im Widerspruch zum österreichischen Abgabenrecht. Eine den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechende Zurechnung der Einkünfte im Sinne der §§ 21f BAO sei aber dann vorzunehmen, wenn der wirtschaftliche Erfolg ausschließlich durch Steuervermeidung infolge Zwischenschaltung einer ausländischen Basisgesellschaft erzielt werde, und infolge einer solchen Zwischenschaltung nicht unerhebliche Kosten in Kauf genommen werden, die sonst nicht angefallen wären.

Auch die deutsche Steueroasenjudikatur des deutschen Bundesfinanzhofes weise in diese Richtung. Nach den vom deutschen Bundesfinanzhof in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen sei die Einschaltung von Basisgesellschaften dann rechtsmissbräuchlich, wenn entweder wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung fehlen und wenn diese keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfalten (BFH 29.1.1975, BStlBl. II S 553). Weiters vertrete der Bundesfinanzhof die Auffassung, dass die Errichtung einer Basisgesellschaft dann rechtsmissbräuchlich erfolge, wenn diese über kein eigenes Büro und Personal verfüge und außersteuerliche Gründe für die Errichtung der Gesellschaft nicht ersichtlich seien (BFH 21.1.1976, I R 234/73).

Hinsichtlich der Erzielung von Passiveinkünften gehe der BFH davon aus, dass es für die Entfaltung einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit nicht ausreiche, dass die Basisgesellschaft sich darauf beschränke, mit ihrem Nennkapital oder zusätzlichen Darlehensmitteln eines Gesellschafters angeschaffte Wertpapiere zu halten und zu verwalten, selbst wenn dies mit einer gewissen Verwaltungstätigkeit verbunden sei. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im hier verstandenen Sinn erfordere vielmehr eine über den Rahmen der Vermögensverwaltung hinausgehende Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr, wie sie sonst auch zur Annahme einer gewerblichen Betätigung notwendig sei (BFH 29.7.1996, VIII R 142/73, BStlBl. 1997 II S 263).

Da die luxemburgischen Gesellschaften nicht am Erwerbsleben teilgenommen haben und irgendwelche sinnvoll ausgelagerten Funktionen dieser Gesellschaften nicht nachgewiesen worden seien, seien die Zinseinnahmen dieser Gesellschaften laut Betriebsprüfung direkt den Gesellschaftern der X Invest AG zuzurechnen. Die Darlehensforderungen der luxemburgischen Gesellschaften seien in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Forderungen der an den luxemburgischen Gesellschaften beteiligten X Leasing GmbH und AX GmbH anzusehen und mit dem im Konzern für vergleichbare Finanzierungen verwendeten Zinssatz von 8% in den Jahren 1994 und 1995 bzw. 6% ab 1996 zu verzinsen.

Bei der Bw. wurden aufgrund der getroffenen Feststellungen die Zinsaufwendungen des Jahres 1994 um S 632.406,00, die Zinsaufwendungen des Jahres 1995 um S 929.250,00 und die Zinsaufwendungen der Jahre 1996 und 1997 um S 3.413.013,00 bzw. S 3.526.887,00 gekürzt. In gleicher Höhe wurden die der X Leasing GmbH und der AX GmbH zugerechneten Zinseinnahmen vermindert.

Das Finanzamt verfügte aufgrund der angeführten und aufgrund weiterer nicht verfahrensgegenständlicher Feststellungen die Wiederaufnahme der Körperschaftsteuerverfahren 1994 bis 1997 und erließ den Prüfungsfeststellungen folgende Abgabenbescheide. Die von der Bw. im Jahr 1998 geltend gemachten Zinsaufwendungen wurden vom Finanzamt, in Anlehnung an die Vorgangsweise der Betriebsprüfung, berichtigt.

Die Bw. hat gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1994 bis 1998 fristgerecht berufen. In der Berufung wird ausgeführt, dass sich im Zuge eines Unternehmenserwerbs die Notwendigkeit einer

zentralisierten Finanzierung der X Gruppe durch die Errichtung einer Finanzierungsgesellschaft herausgestellt habe um mit Mitbewerbern konkurrieren zu können.

Die luxemburgischen Gesellschaften seien für alle Operationen, die direkt oder indirekt zum Erwerb von Beteiligungen unter irgendwelcher Form an irgendwelchen Unternehmen führen sowie für die Verwaltung, Kontrolle und Verwertung dieser Beteiligungen gegründet worden. Gegenstand der Gesellschaften sei insbesondere gewesen, als Finanzierungsholdings zu handeln, sich an Unternehmen der X Gruppe zu beteiligen und diesen Unternehmen Darlehen zu gewähren.

Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum seien verschiedene Beteiligungserwerbe zur Diskussion gestanden. Um das Torfaufkommen für die X Gruppe zu sichern sei der Erwerb einer slowakischen Firma ins Auge gefasst worden. Bei den Verhandlungen habe sich allerdings herausgestellt, dass im Zusammenhang mit der bisherigen Verwertung des Torfvorkommens der betreffenden Firma die Staatspolizei ermittelt. 1996 sei es zu einer polizeilichen Sperre des Betriebes gekommen. Die Gespräche seien auch an den erheblich überhöhten Preisvorstellungen gescheitert. Aufgrund der hervorragenden Güte des Torfes werde das Projekt jedoch noch verfolgt.

Weiters sei beabsichtigt gewesen, gemeinsam mit einem Partner eine Gesellschaft zur Herstellung von Dach- und Abdichtungsbahnen in Prag zu gründen. Die Gründung sei daran gescheitert, dass der Partner das diesbezügliche Geschäftsfeld aufgegeben und seine diesbezügliche Produktion an eine andere Gruppe verkauft habe.

Mit einer ungarischen Gesellschaft seien bereits 1993 Verkaufsgespräche begonnen worden. Die Gespräche seien bereits sehr weit fortgeschritten gewesen, bis sich letztendlich herausgestellt habe, dass die betreffende Gesellschaft insolvent sei.

Im Jahr 1998 sei in Tschechien eine Niederlassung gegründet worden. Auf einem aufgekauften Industriegrundstück seien ein Lager, Distributions- und Verwaltungsgebäude errichtet worden, die durch Luxemburg finanziert wurden.

Im Jahr 1998 seien zudem – aus Gründen der Sicherung des Torfaufkommens Gesellschaften und Assets der E Gruppe erworben worden. Der Erwerb sei wiederum über Luxemburg finanziert worden.

Die angeführten – zum Teil beabsichtigten, zum Teil zustande gekommenen – Beteiligungserwerbe seien der Betriebsprüfung bereits dargelegt worden. Diese habe die dargelegten Beweise für die Tätigkeit der luxemburgischen Gesellschaften im Betriebsprüfungsbericht ohne nähere Begründung als Scheinargument zurück gewiesen.

Zur Feststellung der Betriebsprüfung, wonach Darlehensverbindlichkeiten und Zinserlöse der luxemburgischen Gesellschaften deren österreichischen Gesellschaftern zuzurechnen seien, wird in der Berufung ausgeführt, dass gemäß § 21 BAO für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform maßgebend sei.

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO könne durch Missbrauch von Formen- und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung seien im Fall eines Missbrauchs die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnisse angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Im Rahmen der Rechtsprechung bzw. der Literatur zu diesen beiden Bestimmungen der BAO hätten sich insbesondere die nachstehend angeführten Kriterien entwickelt:

Ausgangspunkt für die Rechtsfrage, ob eine ausländische Gesellschaft als Zurechnungssubjekt anerkannt werde, sei, ob sie als eigenes Rechtssubjekt anzusehen sei. Eine ausländische Gesellschaft werde dann als eigenes Rechtssubjekt angesehen, wenn sie mit einer österreichischen Kapitalgesellschaft vergleichbar sei. Nachdem die luxemburgischen Gesellschaften mit einer österreichischen Aktiengesellschaft vergleichbar seien, seien die von ihnen erzielten Einkünfte prinzipiell auch bei ihnen steuerlich zu erfassen.

Die österreichische Rechtsordnung erkenne auch Gesellschaften als Zurechnungssubjekt an, die ausschließlich Holdingtätigkeiten ausführen. Für die Zurechnung der Einkünfte sei es daher nicht schädlich, wenn die ausländische Gesellschaft lediglich passive Einkünfte erziele. Somit werde auch eine Finanzierungsgesellschaft als Steuersubjekt anerkannt.

Im Erkenntnis vom 19.11.1998, 1997/15/0001 führe der Verwaltungsgerichtshof zur Dispositionsfähigkeit über Einkünfte aus, dass der Träger der Erwerbstätigkeit jener sei, der die der Einkünfterzielung zugrunde liegenden Funktionen tatsächlich wahrnehme bzw. wirtschaftlich über die Einkunftsquelle und so über die Art der Erzielung der Einkünfte und damit über die Einkünfte disponiere.

Dazu sei für den konkreten Fall anzuführen, dass zwei der drei verantwortlichen geschäftsführenden Personen in Luxemburg ansässig seien. Die dritte verantwortliche geschäftsführende Person sei in der Schweiz ansässig. Die Schlussfolgerung der Betriebsprüfung, dass die Geschäfte der luxemburgischen Gesellschaften in Österreich geführt und diese Geschäfte daher einer österreichischen Gesellschaft zurechenbar seien, sei daher nicht nachvollziehbar, zumal ein in Österreich ansässiges kontrollierendes Organ kein Indiz dafür darstellen könne, dass die Geschäftsführung in Österreich ausgeübt werden.

Auch die in Luxemburg beauftragte Managementgesellschaft könne wohl als Hinweis dafür gesehen werden, dass die Geschäftstätigkeit eben in Luxemburg und nicht in Österreich ausgeübt werde. Ein Indiz für die Zurechnung der Einkünfte an die X Leasing GmbH und die AX GmbH, liege daher in keinem Fall vor.

Darüber hinaus werde auf die BMF Erledigung EAS vom 31.10.1997 (1155), die einen ähnlich gelagerten Fall behandle, verwiesen. Grundet demnach eine österreichische Kapitalgesellschaft in Luxemburg eine 100%ige Tochtergesellschaft, wobei die täglichen Geschäfte an eine professionelle luxemburgische Managementgesellschaft delegiert werden sollen und das Leistungsorgan der Tochtergesellschaft (der Verwaltungsrat) durch Mitarbeiter der österreichischen Muttergesellschaft besetzt



wird, dann reiche dies nicht aus, um die Einkünfte der luxemburgischen Tochtergesellschaft der österreichischen Besteuerung zu unterziehen.

In der angeführten EAS-Erledigung seien weiters ausführliche Kriterien dargestellt, die erfüllt sein müssen, damit trotz Beauftragung einer luxemburgischen Managementgesellschaft eine Zurechnung an die österreichische Konzern bzw. Muttergesellschaft vorgenommen werden dürfe, auf welche in weiterer Folge noch näher eingegangen werde.

Im Ergebnis könne aufgrund der Besetzung der Geschäftsführung unter Führung der laufenden Geschäfte durch Personen, die alle nicht in Österreich ansässig seien, eine Zurechnung an die österreichischen Gesellschaften keinesfalls vorgenommen werden. Die der Erzielung der Einkünfte zugrunde liegenden Funktionen seien tatsächlich in Luxemburg und überwiegend durch in Luxemburg ansässige Personen bzw. durch eine Managementgesellschaft wahrgenommen worden.

Laut Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 10.12.1997, 93/13/0185 könne es zu einer Änderung der Einkünftezurechnung auch dann kommen, wenn die Gesellschaft am Erwerb nicht in der erklärten Art und Weise teilnehme oder nicht zwischengeschaltet sinnvolle Funktionen erfülle.

Die luxemburgischen Gesellschaften seien zu dem Zweck errichtet worden, Beteiligungen zu erwerben und die Gesellschaften der X Gruppe zu finanzieren.

Im Rahmen des Geschäftszweckes sowie auch der tatsächlichen Geschäftstätigkeit der luxemburgischen Gesellschaften sei zunächst die Funktion einer Finanzierungsgesellschaft durchgeführt worden.

Die Funktion der luxemburgischen Gesellschaften sei somit die Konzerngesellschaften zu finanzieren. Die ausschließliche oder überwiegende Erzielung von Zinseinkünften durch eine ausländische Finanzierungsgesellschaft könne für sich gesehen kein ausreichendes Argument für einen Missbrauch darstellen, zumal die wirtschaftliche Tätigkeit der Finanzierungsgesellschaft – ähnlich wie bei Banken – gerade auf diesen Zweck ausgerichtet sei. Nach Tumpel (Ausländische Finanzierungsgesellschaften, in Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen, SWI 1991, 164ff) überzeuge ebenso wenig als Begründung für eine missbräuchliche Vorgangsweise durch die Einschaltung einer ausländischen Finanzierungsgesellschaft, dass diese über keine Büroräumlichkeiten verfüge.

Zu dem von der Betriebsprüfung behaupteten Umweg einer Kapitalzahlung durch zwei Gesellschaften der X Gruppe an die luxemburgischen Basisgesellschaften sei auszuführen, dass die X Leasing GmbH Forderungen gegenüber der Bw., der XW GmbH und der KU GmbH gehabt habe. Diese Forderungen seien am 18.4.1994 eingetrieben worden. Die Rückzahlung der Forderungen seien von der Bw., XW GmbH und KU GmbH durch Bankdarlehen finanziert worden. Am 27.4.1994 habe die X Invest AG ein Darlehen an die angeführten Gesellschaften gewährt. Der Darlehensbetrag habe den aufgenommenen Bankdarlehen entsprochen. Die Bankdarlehen bzw. die Forderungen der X Leasing GmbH seien somit durch ein Darlehen der X Invest AG ersetzt worden. Die X Invest AG habe dadurch den Zweck einer Finanzierungsgesellschaft erfüllt.

Dass die luxemburgischen Gesellschaften als Finanzierungsgesellschaften fungiert haben, sei zum anderen daraus ersichtlich, dass im betroffenen Zeitraum (1994 bis 1998) folgende Darlehen gewährt wurden:

<b>Darlehen X Invest AG, Luxemburg</b>		
1994	X Finanz AG, Luxemburg	52.380.000,00
1994	Bw.	123.900.000,00
1994	E AG, Schweiz	1.000.000,00
1994	X, Deutschland	500.000,00
1996	Bw.	58.000.000,00
1997	XN, Tschechien	11.500.000,00
1997	X Leasing GmbH	26.000.000,00
1998	ABX GmbH, Deutschland	70.000.000,00

<b>Darlehen X Finanz AG, Luxemburg</b>		
1994	BHE GmbH	70.000.000,00
1997	X Leasing GmbH	12.000.000,00

In der BMF Erledigung EAS vom 31.10.1997 (1155) werde ausgeführt, dass sich eine Besteuerung der Einkünfte, die durch eine in Luxemburg errichtete 100%ige Tochtergesellschaft erzielt werden, in Österreich dann ergeben könne, wenn nachgewiesen sei, dass:

1. der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung in Österreich liege, demnach die luxemburgische Tochtergesellschaft in Österreich ansässig sei und der unbeschränkten Steuerpflicht in Österreich unterliegen.

Dazu wurde von der Bw. auf die Ausführungen betreffend die Funktion / Dispositionsfähigkeit über Einkünfte verwiesen und die Ansicht vertreten, dass dieses Kriterium nicht erfüllt sei.

2. die luxemburgische Tochtergesellschaft in Wahrheit funktionslos sei;

Dazu wurde von der Bw. ausgeführt, dass die luxemburgischen Gesellschaften die Funktion einer Beteiligungs- und Finanzierungsholding ausüben, weshalb auch dieses Kriterium nicht erfüllt sei.

3. an die luxemburgische Gesellschaft zwar seitens der Muttergesellschaft gewisse Funktionen übertragen wurden, die zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft eintretende Gewinnaufteilung nicht dem Ergebnis der Funktionsteilung entspreche und daher nicht fremdverhaltenskonform sei;

Dazu wurde von der Bw. ausgeführt, dass eine Gewinnaufteilung im Sinne der EAS Erledigung im konkreten Fall nur über die Höhe der Darlehen bzw. Kreditzinsen erfolgen könne. Hier habe die Betriebsprüfung einen Vergleich vorgenommen. Dazu sei jedoch anzuführen, dass dieser Vergleich nur bedingt zulässig sei, da zwar die jeweiligen Zinssätze verglichen, nicht aber der bei Banken übliche Aufschlag bzw. die bei Banken üblichen Verwaltungskosten und sonstigen Gebühren im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen und Krediten mitberücksichtigt wurden. Durch den im vorgenommenen Vergleich könne daher eine Verletzung des Fremdverhaltensgrundsatzes nicht unterstellt werden, da nicht alle Faktoren, die zu einer Kostenbelastung für einen Kredit bzw. Darlehensnehmer führen, berücksichtigt worden seien.

4. die luxemburgische Tochtergesellschaft lediglich die Funktion eines Treuhänders habe;

Auch dieses Kriterium liege laut Bw. im gegenständlichen Fall nicht vor.

5. die luxemburgische Tochtergesellschaft gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 InvFG unter den Begriff "ausländische Kapitalanlagefonds" falle;

Die Frage, ob ein ausländische Kapitalanlagefonds im Sinne des § 42 Abs. 2 Z 1 Investmentfondsgesetz vorliege, sei von der Betriebsprüfung laut Berufung überhaupt nicht erörtert worden.

6. die Tochter keine wirtschaftlich beachtliche Tätigkeit entfalte und Rechtsmissbrauch vorliegt;

Trotz Hinweis auf § 22 BAO seien laut Bw. auch zum Rechtsmissbrauch keinerlei Feststellungen getroffen worden.

Im Ergebnis sei keines der in der angeführten EAS-Erledigung angeführten Kriterien vollständig und eindeutig erfüllt bzw. konnte keines vollständig oder eindeutig nachgewiesen werden. Folge man daher der EAS-Erledigung, sei eine Zurechnung der Zinseinkünfte an die österreichischen Gesellschaften im konkreten Fall keinesfalls möglich.

Aus dem Betriebsprüfungsbericht scheine zumindest schlüssig hervorzugehen, dass nach Auffassung des Finanzamtes für die zivilrechtliche Gestaltung nur steuerliche Motive ausschlaggebend gewesen seien. Zweck der Errichtung der luxemburgischen Gesellschaften war und sei, Beteiligungen zu erwerben und die österreichischen Konzerngesellschaften zu finanzieren. Dass die Gesellschaften in der angeführten Art und Weise tätig geworden seien, sei bereits erläutert worden. Ein allenfalls damit verbundener Steuervorteil könne noch nicht zu einer Missbrauchsannahme oder Änderung der Einkünftezurechnung führen. Der Verwaltungsgerichtshof habe wiederholt ausgeführt, dass der Steuerpflichtige grundsätzlich nicht gehindert sei, Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts so einzusetzen, dass er die geringste Steuerbelastung erziele (VwGH 10.12.1997, 93/13 0185).

Von der Bw. wurde daher um eine stattgebende Entscheidung über deren Berufung sowie, um Aussetzung der auf die strittige Bemessungsgrundlagen entfallenden Körperschaftsteuer ersucht.

Die Betriebsprüfung hat mit Schriftsatz vom 24.4.2001 zur Berufung Stellung genommen. In der Stellungnahme wird ausgeführt, dass sich die Begründung zur Berufung ausschließlich gegen die Feststellung der Zurechnung der gesamten Zinseinkünfte der luxemburgischen Gesellschaften bei der X Leasing GmbH und der AX GmbH richte. Diese Feststellung habe jedoch keine steuerliche Auswirkung bei der Bw..

Bei der Bw. sei nur der Differenzbetrag zwischen dem von den luxemburgischen Gesellschaften verrechneten Zinssatz und dem niedrigeren Konzernverrechnungszinssatz hinzugerechnet worden. Bei dieser Feststellung sei es unerheblich, ob die Darlehensverbindlichkeiten gegenüber einer luxemburgischen oder einer österreichischen Konzerngesellschaft bestehe.

Die von der X Leasing GmbH und der AX GmbH nach Luxemburg überwiesenen Beträge seien, ohne konvertiert zu werden, als Darlehen an andere Konzerngesellschaften nach Österreich zurück überwiesen worden. Die Buchhaltung der luxemburgischen Gesellschaften werden in ATS geführt. Die Bilanzen dieser Gesellschaften seien in ATS dargestellt. Es bestehen auch bei den luxemburgischen Gesellschaften mangels Konvertierung keine Fremdwährungsrisiken, die einen höheren Zinssatz rechtfertigen würden.

Eine Begründung dafür, dass die Zurechnung der Zinsdifferenzbeträge bei der Bw. nicht erfolgen solle, sei der Berufung nicht zu entnehmen. Die Zinseinkünfte der X Leasing GmbH und der AX GmbH seien um die bei der Bw. nicht berücksichtigten Zinsaufwendungen gekürzt worden. Es werde daher vorgeschlagen die gegenständliche Berufung abzuweisen.

Von der Bw. wurde am 13.6.2001 eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung erstattet. In dieser wurde ausgeführt, dass die Betriebsprüfung die Anpassung des Zinssatzes bei der Bw. im wesentlichen mit der Zurechnung der Darlehen an die österreichischen Gesellschaften begründet. Dass die Zurechnung der Darlehen zu österreichischen Gesellschaften zu Unrecht erfolgt sei, sei in der Berufung ausführlich dargestellt worden. Aus wirtschaftlicher Sicht sei es sehr wohl bedeutend, welche Gesellschaft ein Darlehen vergebe. Wenn ein unterschiedlicher Zinssatz wirtschaftlich begründet sei, würden sich daraus auch steuerliche Konsequenzen ergeben.

Zum Vorbringen der Betriebsprüfung, dass bei der Bw. nur der Differenzbetrag zwischen dem von den luxemburgischen Gesellschaften verrechneten Zinssatz und dem niedrigeren Konzernverrechnungszinssatz hinzugerechnet wurde, wurde ausgeführt, dass die X Invest AG, Luxemburg und die X Finanz AG, Luxemburg mit der Funktion einer Beteiligungs- und Finanzierungsholding gegründet worden seien. Zu Beginn der Tätigkeit dieser Gesellschaften sollte der höhere Aufwand auch durch höhere Zinsen abgegolten werden. Mittel bis langfristig sollten sich jedoch erhebliche Zinseinsparungseffekte ergeben, die dann an die Darlehensnehmer – andere Gesellschaften der X Gruppe - weitergeben werden sollten.

Aus Sicht der Gesellschaft sei es zum damaligen Zeitpunkt daher jedenfalls vertretbar gewesen, einen vergleichbar höheren Zinssatz zu verrechnen. Dies sei insbesondere durch die Funktion als zentrale Finanzierungsstelle in ihrer Anfangsphase notwendig gewesen.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 21 Abs. 1 BAO ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gemäß § 21 Abs. 2 BAO bleiben vom Abs. 1 abweichende Grundsätze der Abgabenvorschriften unberührt.

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO kann die Abgabepflicht durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch (Abs. 1) vor, so sind die Abgaben gemäß § 22 Abs. 2 BAO so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird als Missbrauch im Sinne des § 22 Abs. 1 BAO eine rechtliche Gestaltung angesehen, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung ungewöhnlich und unangemessen ist und nur aufgrund der damit verbundenen Steuerersparnis verständlich wird. Dabei bildet im Allgemeinen nicht ein einziger Rechtsschritt, sondern eine Kette von Rechtshandlungen den Sachverhalt, mit dem die Folge des § 22 Abs. 2 BAO verbunden ist. Ein Missbrauch kann also in der dem tatsächlichen Geschehen nicht angemessenen Hintereinanderschaltung mehrerer rechtlicher Schritte bestehen (VwGH 9.12.2004, 2002/14/0074 u. a.).

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabenrechtlichen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Der Verfahrensgrundsatz der Amtswegigkeit, der Grundsatz also, dass die Behörde von Amts wegen vorzugehen hat, befreit den Abgabepflichtigen nicht von der Verpflichtung zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen (VwGH 3.7.1973, 1539/72 u. a.).

Bei Gestaltungen und Verhältnissen, die im Ausland ihre Wurzeln haben, gilt die Mitwirkungs- und Offenlegungsverpflichtung der Partei nach Maßgabe der Möglichkeiten der Erfüllung in dem Maß höher, als die Pflicht der Behörde zur amtswegigen Erforschung des Sachverhaltes wegen Fehlens der ihr sonst zu Gebote stehenden Ermittlungsmöglichkeiten geringer wird (VwGH 28.5.1979, 2001/77 u. a.).

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es dabei, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen

Möglichkeiten weniger wahrscheinlich erscheinen lässt. Die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen haben jedoch schlüssig, dass heißt den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut zu entsprechen.

Von der Betriebsprüfung wird die Ansicht vertreten, dass die luxemburgischen Gesellschaften, nicht in der erklärten Art und Weise am Erwerbsleben teilgenommen und keine zwischengeschaltet sinnvollen Funktionen erfüllt haben. Unter Bezugnahme auf § 22 BAO wurden daher, die von den luxemburgischen Gesellschaften vergebenen Darlehen deren österreichischen Gesellschaftern zugerechnet und mit dem in der X Gruppe verwendeten Verrechnungszinssatz verzinst. Von der Bw. wird hingegen die Ansicht vertreten, dass die Zurechnung der von den luxemburgischen Gesellschaften vergebenen Darlehen zu österreichischen Unternehmen zu Unrecht erfolgte und der unterschiedliche Zinssatz wirtschaftlich begründet ist. Strittig ist demnach, ob der von den luxemburgischen Gesellschaften verrechnete (höhere) Zinssatz oder der innerhalb der X Gruppe für vergleichbare Finanzierungen verwendete (niedrigere) Zinssatz zur Anwendung gelangt. Letzteres wird jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn die Zwischenschaltung der luxemburgischen Gesellschaften als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts anzusehen ist. Der in der X Gruppe für vergleichbare Finanzierungen verwendete Verrechnungszinssatz kommt aber auch dann zum tragen, wenn der von den luxemburgischen Gesellschaften verrechnete (höhere) Zinssatz mit dem zwischen verbundenen Unternehmen geforderten Fremdverhaltensgrundsatz nicht in Einklang zu bringen ist.

Bei der X Invest AG, Luxemburg und der X Finanz AG, Luxemburg handelt es sich gemäß den vorliegenden Unterlagen um Unternehmen, deren Zinserträge aufgrund ihrer ausschließlich vermögensverwaltenden Tätigkeit in Luxemburg keiner Besteuerung unterliegen. Im Falle einer Ausschüttung der Zinserträge ist in Luxemburg eine Abzugsteuer von 5% abzuführen. Darüber hinaus hebt Luxemburg für Gesellschaften dieser Art eine Abonnementsteuer von 0,2% des Stammkapitals ein.

Die luxemburgischen Gesellschaften wurden im Februar 1994 gegründet und mit Eigenkapital von S 200 Mio. ausgestattet. Dass den luxemburgischen Gesellschaften zur Verfügung gestellte Eigenkapital wurde im wesentlichen durch Bankkredite aufgebracht, die österreichische Mitglieder der X Gruppe am 18.4.1994 aufgenommen haben. Am 27.4.1994 bzw. 28.4.1994 haben die luxemburgischen Gesellschaften Darlehen in Höhe von S 193,9 Mio. an österreichische Mitglieder der X Gruppe vergeben. Diese Darlehen wurden zur Abdeckung der am 18.4.1994 aufgenommenen Bankkredite verwendet. Die bei den luxemburgischen Gesellschaften verbliebenen S 6,1 Mio. wurden nicht in Österreich ansässigen Mitgliedern der X Gruppe als Darlehen zur Verfügung gestellt (S 1,5 Mio.) sowie für die Beteiligung an einem Unternehmen der X Gruppe (S 2 Mio.) und für die Abdeckung der Gründungs bzw. Kapitalerhöhungskosten der luxemburgischen Gesellschaften (ca. S 2,5 Mio.) verwendet.

In den Jahren 1996 bis 1998 haben die luxemburgischen Gesellschaften an in Österreich, Tschechien und Deutschland ansässige Mitglieder der X Gruppe Darlehen von S 177,5 Mio. vergeben. Die für die

Darlehen der Jahre 1996 bis 1998 erforderlichen Mittel resultieren aus einer Erhöhung des Eigenkapitals der X Invest AG, Luxemburg (S 30 Mio.), aus Darlehen der E AG, Schweiz an die X Invest AG, Luxemburg (S 34 Mio.), aus Darlehensrückzahlungen (S 38,78 Mio.) und aus den thesaurierten Gewinnen der luxemburgischen Gesellschaften in den Jahren 1994 bis 1998 (ca. S 82,18 Mio.).

Die Funktion der luxemburgischen Gesellschaften hat sich in den Jahren 1994 bis 1998 auf die Vergabe von Darlehen an Mitglieder der X Gruppe beschränkt. Die für die Darlehensvergabe erforderlichen Mittel wurden den luxemburgischen Gesellschaften von Mitgliedern der X Gruppe als Eigenkapital (S 230 Mio.) bzw. als Darlehen (S 34 Mio.) zur Verfügung gestellt. Zudem sind Zinsen, die Mitglieder der X Gruppe an die luxemburgischen Gesellschaften bezahlt haben, als Darlehen, an Mitglieder der X Gruppe zurückgeflossen. Die Liquidität der X Gruppe hat sich durch die dargestellten Vorgänge nicht verbessert. Die an die luxemburgischen Gesellschaften gezahlten Zinsen stellen bei den in Hochsteuermätern angesiedelten Darlehensnehmern der luxemburgischen Gesellschaften abzugsfähige Betriebsausgaben dar. Die Zinserträge der luxemburgischen Gesellschaften bleiben bis zu einer allfälligen Ausschüttung steuerfrei, was schon allein wegen des Stundungseffektes zu einer erheblichen Steuerersparnis führt. Im Zusammenhang mit der Einschaltung der luxemburgischen Gesellschaften liegt somit eine Kette von Rechtshandlungen vor, die ohne eine sinnvolle Funktion der luxemburgischen Gesellschaften grundsätzlich einen Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 22 Abs. 1 BAO darstellen kann.

Gemäß Art. 4 der jeweiligen Satzung wurden die luxemburgischen Gesellschaften für alle Operationen, welche direkt oder indirekt zum Erwerb von Beteiligungen unter irgendwelcher Form an irgendwelchen Unternehmen führen, sowie für die Verwaltung, Kontrolle und Verwertung dieser Beteiligungen gegründet. Gegenstand dieser Gesellschaften ist insbesondere als Finanzierungsholdinggesellschaften zu handeln, sich an Unternehmen der X Gruppe zu beteiligen und diesen Darlehen zu gewähren.

Zum Nachweis für die Tätigkeit der luxemburgischen Gesellschaften hat die Bw. eine Aktennotiz betreffend beabsichtigte und zustande gekommene Beteiligungserwerbe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum vorgelegt. Dass "alle Operationen" im Zusammenhang mit den teils ins Auge gefassten und teils zustande gekommenen Akquisitionen von den luxemburgischen Gesellschaften bzw. von deren Organen und Dienstnehmern durchgeführt wurden, geht aus der vorgelegten Aktennotiz nicht hervor und wird von der Bw. nicht behauptet. In der Berufung wird ausgeführt, dass im Rahmen des Geschäftszweckes sowie auch der tatsächlichen Geschäftstätigkeit der luxemburgischen Gesellschaften zunächst die Funktion einer Finanzierungsgesellschaft durchgeführt wurde (Punkt II. 4. Teilnahme am Wirtschaftsleben in der erklärten Art und Weise und sinnvolle Funktion). Das lässt darauf schließen, dass die luxemburgischen Gesellschaften in die Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligungen nicht eingebunden waren. Die im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eingegangenen Beteiligungen wurden von Mitgliedern der X Gruppe gehalten, weshalb davon auszugehen ist, dass die luxemburgischen Gesellschaften auch hinsichtlich der Verwaltung, Kontrolle und Verwertung dieser Beteiligungen keine Tätigkeit entfaltet haben. Die diesbezüglich einzige Aktivität der luxemburgischen

Gesellschaften bestand darin, dass sich die X Invest AG, Luxemburg 1994 mit S 2 Mio. an der H GmbH, einem Unternehmen der X Gruppe, beteiligt hat. Der Umstand, dass in den vorliegenden Jahresabschlüssen der luxemburgischen Gesellschaften Büro- und Personalaufwendungen in nur vernachlässigbarer Höhe ausgewiesen werden, rechtfertigt zudem die Annahme, dass diese Gesellschaften nicht über die Infrastruktur verfügen haben, die für ein operatives Tätigwerden im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Verwaltung, der Kontrolle und der Verwertung von Beteiligungen erforderlich ist. Die diesbezüglichen Aktivitäten mussten demnach von anderen Mitgliedern der X Gruppe erbracht worden sein.

Als zwischengeschaltet "sinnvolle Funktion" der luxemburgischen Gesellschaften kommt daher nur die von der Bw. ins Treffen geführte Finanzierungsfunktion in Betracht. In der Berufung wird dazu vorgebracht, dass sich im Zuge eines ausländischen Unternehmenserwerbes die Notwendigkeit einer zentralisierten Finanzierung der X Gruppe durch die Errichtung einer Finanzierungsgesellschaft herausgestellt hat. Dieses sehr allgemein gehaltene Vorbringen ist schwer nachvollziehbar, zumal es sich bei der X Gruppe um einen hoch liquiden Konzern handelt, der auch vor Gründung der luxemburgischen Gesellschaften in der Lage war die im Konzern vorhandenen Mittel zielgerichtet einzusetzen. Dies wird nicht zuletzt dadurch hinreichend dokumentiert, dass es im April 1994 durch das Zusammenwirken von Mitgliedern der X Gruppe problemlos möglich war, den luxemburgischen Gesellschaften Eigenkapital von S 200 Mio. zur Verfügung zu stellen und das Eigenkapital dieser Gesellschaften im Jahr 1998 um weitere S 30 Mio. zu erhöhen, wohingegen der Finanzierungsbedarf im Zusammenhang mit der Errichtung der Tschechischen Niederlassung und dem Erwerb von Essets der E Gruppe lediglich S 11,5 Mio. (1997) bzw. S 70 Mio. (1998) betragen hat. Auch für die Aufnahme günstiger Kredite war die Errichtung der luxemburgischen Gesellschaften offensichtlich nicht erforderlich, zumal sich diese Gesellschaften unter anderem durch das Darlehen einer zur X Gruppe gehörenden Gesellschaft (E AG, Schweiz) refinanziert haben. Die von der X Gruppe ins Auge gefassten bzw. realisierten Akquisitionen wären demnach auch ohne Errichtung der luxemburgischen Gesellschaften problemlos zu finanzieren gewesen. Dies erklärt, wieso die einzige erkennbare Aktivität der luxemburgischen Gesellschaften im verfahrensgegenständlichen Zeitraum darin bestanden hat, jene Beträge, die ihnen von Mitgliedern der X Gruppe zur Verfügung gestellt wurden, in Form von Darlehen, an Mitglieder der X Gruppe zurückzuleiten. Allein für diese Tätigkeit sind Büroräume und Personal nicht erforderlich, was wiederum die vernachlässigbar geringen Büro- und Personalaufwendungen erklärt. Auch die Wahl der Gesellschaftsform und die in Anspruchnahme der damit verbundenen steuerlichen Begünstigungen, welche es den luxemburgischen Gesellschaften de facto verwehrt den Finanzplatz Luxemburg zu nützen, findet darin eine plausible Erklärung.

Die mit erheblichen Kosten verbundene Errichtung der luxemburgischen Gesellschaften ist daher, im Hinblick auf deren ausgeübte Funktion, als ungewöhnlich und unangemessen anzusehen. Der einzig erkennbare Vorteil der sich durch die Errichtung dieser Gesellschaften ergibt, besteht darin, dass die von den luxemburgischen Gesellschaften vereinnahmten Darlehenszinsen zumindest bis zu einer



allfälligen Ausschüttung steuerfrei bleiben, wohingegen die Steuerbemessungsgrundlagen jener Mitglieder der X Gruppe die von den luxemburgischen Gesellschaften Darlehen erhalten haben laufend um die mit diesen Darlehen im Zusammenhang stehenden Zinsaufwendungen vermindert werden. Die Errichtung der luxemburgischen Gesellschaften ist, mangels zwischengeschaltet sinnvoller Funktion, letztlich nur durch die damit verbundene Steuerersparnis verständlich. Damit stellt die vorliegende Gestaltung einen Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlich Rechts im Sinne des § 22 BAO dar. Die Steuern sind daher gemäß § 22 Abs. 2 BAO so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Als den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene rechtliche Gestaltung ist die direkte Vergabe von Darlehen durch die an der X Invest AG, Luxemburg und der X Finanz AG, Luxemburg direkt bzw. indirekt beteiligten Gesellschaften, zu dem in der X Gruppe üblichen Konditionen, anzusehen. Dies hat im gegenständlichen Verfahren zur Folge, dass der Differenzbetrag zwischen den für vergleichbare Finanzierungen im Konzern verrechneten (niedrigeren) Zinsen und den von den luxemburgischen Gesellschaften verrechneten (höheren) Zinsen den Gewinn der Bw. nicht mindert (verdeckte Ausschüttung).

Wie bereits ausgeführt, kann der in der X Gruppe für vergleichbare Finanzierungen verwendete Verrechnungszinssatz allenfalls auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Errichtung bzw. Zwischenschaltung der luxemburgischen Gesellschaften nicht als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts angesehen werden kann, zumal es sich bei der Bw. und den luxemburgischen Gesellschaften um verbundene Unternehmen handelt und der von den luxemburgischen Gesellschaften verrechnete (höhere) Zinssatz seine Ursache auch im Gesellschaftsverhältnis haben kann.

Gemäß den Feststellungen der Betriebsprüfung wurden der X Gruppe im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Bankkredite mit einer Verzinsung zwischen 6,6% (1994 und 1995) bzw. 5,25% (ab 1996) angeboten. Der Verrechnungszinssatz im Konzern hat gemäß den Feststellungen der Betriebsprüfung zwischen 8% (1994 und 1995) und 6% (ab 1996) betragen. Von den luxemburgischen Gesellschaften, wurden der Bw. hingegen in den Jahren 1994 und 1995 Zinsen von 8,75% und ab 1996 Zinsen von 6,4% in Rechnung gestellt.

In der Berufung wird ausgeführt, dass ein Vergleich des im Konzern üblichen Verrechnungszinssatzes mit den Zinssatz der an die luxemburgischen Gesellschaften bezahlt wurde nur bedingt zulässig ist, weil dabei die bei Banken üblichen Aufschläge, Verwaltungskosten und sonstigen Gebühren nicht berücksichtigt werden. Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass der im Konzern verwendete Verrechnungszinssatz in allen Jahren erheblich über jenem Zinssatz liegt, den Banken den Unternehmen der X Gruppe eingeräumt hätten. Es ist daher davon auszugehen, dass bei der Kalkulation des Konzernverrechnungszinssatzes Aufschläge, Verwaltungskosten und sonstige Gebühren, die von Banken üblicherweise neben den Zinsen verrechnet werden, ohnehin berücksichtigt wurden. Dieses Vorbringen,

vermag daher die von den luxemburgischen Gesellschaften verrechneten höheren Zinsen nicht zu begründen.

In der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung wurde ausgeführt, dass die luxemburgischen Gesellschaften mit der Funktion einer Beteiligungs- und Finanzierungsholding gegründet wurden. Zu Beginn der Tätigkeit dieser Gesellschaften sollte der höhere Aufwand auch durch höhere Zinsen abgegolten werden. Mittel bis langfristig sollten sich jedoch erhebliche Zinseinsparungseffekte ergeben, die dann an die Darlehensnehmer – andere Gesellschaften der X Gruppe - weitergegeben werden sollten.

Dazu wird angemerkt, dass das Vorbringen, wonach die anfänglich höheren Kosten im Zusammenhang mit der Gründung der luxemburgischen Gesellschaften durch höhere Zinsen abgegolten werden sollten, nicht nachvollziehbar ist, zumal zu Beginn nahezu jeder wirtschaftlichen Betätigung höhere Aufwendungen anfallen, die in aller Regel nicht sofort auf die Abnehmer der jeweils angebotenen Leistungen überwältzt werden können. Eine unmittelbare Überwälzung von anfänglich höheren Aufwendungen auf die Abnehmer, wird insbesondere dann nicht möglich sein, wenn die angebotene Leistung keinem Monopol unterliegt. Die Abdeckung der anfänglich anfallenden höheren Aufwendungen durch höhere Zinsen ist daher nicht fremdüblich.

Auch das Vorbringen, wonach sich mittel bis langfristig erhebliche Zinseinsparungseffekte ergeben, vermag nicht zu überzeugen, zumal nicht absehbar ist, ob und inwieweit die Bw. Nutznießer der in weiterer Folge günstigen Darlehen sein wird. Es ist daher davon auszugehen, dass die Bw. aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen Zinsen bezahlt hat, die über dem Konzernverrechnungszinssatz liegen. Der Differenzbetrag zwischen den für vergleichbare Finanzierungen im Konzern verrechneten (niedrigeren) Zinsen und den von den luxemburgischen Gesellschaften verrechneten (höheren) Zinsen vermag den Gewinn der Bw. daher auch dann nicht zu vermindern, wenn die Errichtung bzw. Zwischenschaltung der luxemburgischen Unternehmen nicht als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts anzusehen wäre.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 15. Juli 2005