



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende HR Dr. Daniela Moser und die weiteren Mitglieder OR Mag. Franz Novak, Mag. Barbara Baumgartner und Walter Bilek im Beisein des Schriftführers Andrea Moravec am 7. Dezember 2005 über die Berufung der Bw., vertreten durch Exinger GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 23, vertreten durch OR Mag. Martin Karner, betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1994, 1995, 1996, 1997, 1998 und 1999 nach in Wien durchgeföhrter mündlicher Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

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 Berufungswerberin (in weiterer Folge Bw.) hat 1991 die Y Holding GmbH (D) gegründet und dieser Gesellschaft mit Kaufvertrag vom 16. Jänner 1992 ihre Geschäftsanteile an der X GmbH (D) um DM 29,3 Mio. verkauft. Die Kaufpreisforderung von DM 29,3 Mio. hat die Bw.

als Sacheinlage, in die 1992 gegründete Z Finance Ltd., Jersey, eine weitere 100%ige Tochtergesellschaft, eingebbracht. Im Jahr 1996 hat die Bw. die Geschäftsanteile an der X s.p.a., Italien um S 50 Mio. an die Y Holding s.r.a., Italien veräußert. Die aus diesem Verkauf resultierende Kaufpreisforderung hat die Bw. mit einem Teilbetrag von S 29 Mio. als weitere Sacheinlage in die Z Finance Ltd. eingebbracht.

Die Z Finance Ltd. hat der Y Holding GmbH (D) mit Darlehensvertrag vom 27. Februar 1992 ein Darlehen von DM 29,3 Mio. (rückzahlbar in 40 gleichen Halbjahresraten beginnend mit 30.6.1993) eingeräumt. In den Jahren 1995 und 1996 hat die Y Holding GmbH (D) von der Z Finance Ltd. weitere Darlehen von S 21 Mio. bzw. S 50 Mio. erhalten. Die für die weiteren Darlehen erforderlichen Mittel resultieren aus den Zinseinkünften der Z Finance Ltd., aus den Darlehensrückzahlungen der Y Holding GmbH (D) und aus der von der Bw. 1996 getätigten weiteren Sacheinlage von S 29 Mio.

In den Jahren 1994 bis 1999 hat die Z Finance Ltd. Bank- und Darlehenszinsen wie folgt ver einnahmt:

1994	15.761.208,00
1995	13.032.828,00
1996	12.607.413,00
1997	13.937.523,00
1998	13.864.829,00
1999	12.169.047,00

Gesamt: 81.372.848,00

Die Bw. hat von 1994 bis 1999 Beteiligungserträge der Z Finance Ltd. wie folgt verbucht:

1994	29.544.446,00
1995	500.000,00
1996	0,00
1997	18.000.000,00
1998	21.500.000,00
1999	12.000.000,00

Gesamt: 81.544.446,00

Den Beteiligungsertrag des Jahres 1994 hat die Bw. gemäß § 10 Abs. 2 KStG 1988 vom erklärten Handelsbilanzgewinn in Abzug gebracht. Den Beteiligungsertrag des Jahres 1995 hat die Bw. aufgrund der 1995 eingeführten Regelung des § 10 Abs. 3 KStG versteuert. Die

Beteiligungserträge der Jahre 1997, 1998 und 1999 hat die Bw. als steuerneutrale Einlagenrückgewähr deklariert.

Am 20.12.2000 wurde die Z Finance Ltd. liquidiert. Die Darlehensforderungen der Z Finance Ltd. gegenüber der Y Holding GmbH (D) von S 240 Mio. sind ab diesem Zeitpunkt auf die Bw. übergegangen. Mit Wirkung 31.12.2000 hat die Bw. der Y Holding GmbH (D) einen Gesellschafterzuschuss von S 88 Mio. gewährt. Dieser war unter anderem wegen der notwendigen Abwertung des Beteiligungsansatzes der Y Holding GmbH (D) an der X GmbH (D) erforderlich und wurde mit den von der Z Finance Ltd. übernommenen Darlehensforderungen gegenüber der Y Holding GmbH (D) verrechnet. Im Zusammenhang mit der Liquidation der Z Finance Ltd. hat die Bw. einen Liquidationserlös von S 13.376.378,00 verbucht. Zudem hat die Bw. den für das Jahr 2000 erklärten Handelsbilanzgewinn um die steuerneutralen Einlagenrückzahlungen der Jahren 1997, 1998 und 1999 von zusammen S 51,5 Mio. erhöht.

Von März 2001 bis Juni 2002 wurde bei der Bw. eine Betriebsprüfung durchgeführt. Gegenstand der Betriebsprüfung waren unter anderem die Z Finance Ltd. und die über diese Gesellschaft abgewickelten Transaktionen. Im einzelnen wurde dazu festgestellt:

Die Z Finance Ltd. sei laut einer eingeholten Wirtschaftsauskunft ein Steueroasengebilde. Dies ergebe sich im übrigen auch aus den vorgelegten Jahresabschlüssen der Z Finance Ltd., aus denen ersichtlich sei, dass diese Gesellschaft über keine Geschäfts- und Büroräume verfügt und kein Personal beschäftigt habe. Weiters ergebe sich aus den Bilanzen, dass die einzige Geschäftstätigkeit der Z Finance Ltd. die Darlehensvergabe an die Y Holding GmbH (D) gewesen sei. Aufgrund der Zwischenschaltung seien die bei der Y Holding GmbH (D) angefallenen Zinsaufwendungen als Betriebsausgabe geltend gemacht worden, wohingegen die Bw. bis einschließlich 1999 keine Zinserträge versteuert habe.

Als Rechtfertigung für die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd. habe die Bw. verschiedene außersteuerlichen Gründe vorgebracht. Für die Entscheidung einer eigenen Finanzierungs-gesellschaft in Jersey seien folgende Gründe ausschlaggebend gewesen:

- eine gesellschaftsrechtliche Trennung vom übrigen Konzern;
- eine nicht nur inhaltliche, sondern auch regionale Risikostreuung durch einen Standort außerhalb von Österreich;
- die internationale Geltung und Flexibilität des Finanzplatzes, wobei der Standort Jersey vereinfachte Vorschriften für Unternehmensgründung und -führung sowie die Abwicklung von Bankgeschäften biete;
- in Österreich wäre für die angestrebte Finanzierung eine Bankkonzession erforderlich gewesen, wohingegen in Jersey diesbezüglich eine sehr lockere bzw. gar keine Reglementierung vorliege.

Weiters sei damit argumentiert worden, dass die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd. ein positives Bilanzbild der Bw., hohe Beteiligungsansätze anstatt Darlehensforderungen, zur Folge gehabt habe. Eine reine bilanzpolitische Maßnahme sei im übrigen auch der Verkauf der Anteile an der X GmbH (D) an die Y Holding GmbH (D) gewesen, da bei der Bw. eine Erhöhung des Eigenkapitals dargestellt werden sollte, um aufgrund der Börsennotierung eine bessere Bewertung der Analysten zu erreichen.

Ferner sei vorgebracht worden, dass man den Aktionären anlässlich des Börseganges jährliche Gewinnausschüttungen versprochen habe und das Ergebnis je nach Bedarf durch eine Gewinnausschüttung der Z Finance Ltd. gesteuert worden sei. Schlussendlich sei noch darauf verwiesen worden, dass die Z Finance Ltd. trotz Einführung des § 10 Abs. 3 KStG fortgeführt wurde und die Bw. die empfangenen Dividenden steuerpflichtig gemacht habe.

Diesen Argumenten sei laut Betriebsprüfung entgegenzuhalten, dass die Z Finance Ltd. Darlehen nur an die Y Holding GmbH (D) und nicht an Dritte vergeben habe. Für den Fall einer Darlehensvergabe an eine Schwestergesellschaft sei eine Bankkonzession nicht erforderlich. Die Argumente der gesellschaftsrechtlichen Trennung, der Risikostreuung und der internationalen Geltung und Flexibilität des Finanzplatzes Jersey seien nicht verständlich, da lediglich die ursprüngliche Kaufpreisforderung aus der Veräußerung der Beteiligung an der X GmbH (D) in "Finanzmittel" umgeschichtet worden sei.

Eine Steuerersparnis in Österreich sei gegeben, da langfristig bestehende Kaufpreisforderungen bzw. Darlehensforderungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften zu verzinsen seien. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass eine tatsächliche Eigenkapitalausstattung durch diese Konstruktion nicht stattgefunden habe.

Bezüglich der angeführten Dividendenbesteuerung gemäß § 10 Abs. 3 KStG werde darauf hingewiesen, dass lediglich 1995 eine Dividende von S 500.000,00 versteuert worden sei. Die weiteren in den Bilanzen ausgewiesenen Beteiligungserträge der Jahre 1997 (S 18 Mio.), 1998 (S 21,5 Mio.) und 1999 (S 12 Mio.) seien als Einlagenrückgewähr gemäß § 4 Abs. 12 EStG steuerfrei belassen und erst im Zuge der Liquidation außerbilanzmäßig zugerechnet worden.

Auch in den anderen angeführten Gründen könne die Betriebsprüfung keine "wirtschaftlich beachtlichen Gründe" erkennen, zumal ein positives Bilanzbild und die Thesaurierung von Gewinnen auch ohne Zwischenschaltung einer Sitzgesellschaft erreicht werden könne. Gegen die vorgebrachten wirtschaftlichen Gründe spreche im übrigen auch der Umstand, dass die Z Finance Ltd. im Jahr 2000 liquidiert worden sei und die Zinserträge aus den noch aushaftenden Darlehen nunmehr sehr wohl bei der Bw. erfasst seien.

Dem Einwand der Bw., wonach die Aufwendungen der Z Finance Ltd. beim geprüften Unternehmen zu erfassen seien, könne nicht gefolgt werden, da die Zwischenschaltung dieser Gesellschaft steuerlich nicht anerkannt werde.

Nach der Rechtsprechung liege ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten nach § 22 BAO vor, wenn Basisgesellschaften im niedrig besteuerten Ausland eingeschaltet werden, für deren Errichtung wirtschaftliche oder sonstige beachtlichen Gründe fehlen und die keine wirtschaftliche Tätigkeit entfalten (vgl. u. a. BFH 29.1.1975, I R 135/70).

Für die Errichtung der Z Finance Ltd. seien weder ins Gewicht fallende außersteuerliche Gründe ersichtlich, noch sei eine substantielle wirtschaftliche Tätigkeit erkennbar (z. B. VwGH 10.5.1988, 87/14/0084).

Die Umgehung der Versteuerung von Zinserträgen durch Zwischenschaltung der als Sitzgesellschaft zu qualifizierenden Z Finance Ltd. stelle daher einen Missbrauch von Formen- und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts gemäß § 22 BAO dar. Daher seien die Darlehens- und Bankzinserträge der Z Finance Ltd. in den Jahren 1994 bis 1999 der Bw. zuzurechnen. Im Jahr 2000 seien die im Liquidationserlös der Z Finance Ltd. enthaltenen Ertragszinsen von S 7.151.925,00 zu erfassen. Der Differenzbetrag auf den von der Bw. im Jahr 2000 erklärten Liquidationsgewinn betragen S 6.224.453,00 und sei außerbilanzmäßig in Abzug zu bringen. Die S 51.500.000,00 die die Bw. im Jahr 2000 aus dem Titel Einlagenrückgewähr hinzugerechneten habe seien nicht in Ansatz zu bringen.

Das Finanzamt folgte der Auffassung der Betriebsprüfung und erließ nach Wiederaufnahme der Körperschaftsteuerverfahren 1994 bis 1999 entsprechende Körperschafteuerbescheide für die Jahre 1994 bis 2000.

Die Bw. hat gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1994 bis 1999 binnen offener Frist das Rechtsmittel der Berufung eingebracht. Die Berufung wurde wie folgt begründet:

Die Bw. habe im Jahr 1992 die Z Finance Ltd. mit Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Jersey als 100%ige Tochtergesellschaft gegründet. Diese Tochtergesellschaft sei mit Eigenkapital ausgestattet worden. Die Organe der Z Finance Ltd. hätten einer dem Konzern der Bw. angehörenden deutschen Gesellschaft ein Darlehen eingeräumt. Nach Aufstockung des Eigenkapitals im Jahr 1996 seien weitere Darlehen eingeräumt worden. Zum Teil seien Gelder auch veranlagt worden. Die Z Finance Ltd. sei als Finanzierungsgesellschaft gegründet worden, deren primäre Aufgabe die Konzernfinanzierung gewesen sei. Sie habe aber auch Gelegenheit gehabt ihre verfügbaren Liquiden Mittel außerhalb des Konzerns zu veranlagen. Da den Organen der Z Finance Ltd. die Finanzierung von Konzerngesellschaften wirtschaftlich sinnvoll erschienen sei, sei es in der Folge nicht zur Finanzierung anderer – außerhalb des Konzerns stehender – Gesellschaften gekommen.

Die belangte Behörde habe einen Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts nach § 22 BAO angenommen und die von der Z Finance Ltd. in den Jahren 1994 bis 1999 bezogenen Zinseinkünfte der Bw. zugerechnet. Dies sei laut Berufung verfehlt, weil die von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung des § 22 BAO gesetzwidrig sei.

Die Behörde berufe sich zur Begründung der Berufungsentscheidung auf die Vorschrift des § 22 BAO, die sich in dem Abschnitt über die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" in der Bundesabgabenordnung finde. Die weiteren Ausführungen der Behörde machten deutlich, dass sie davon ausgehen, dass § 22 BAO im Sinne der Außentheorie zu verstehen wäre. Nach diesem Verständnis wäre § 22 ein unbestimmter Steuerrechtssatz. Ihn habe man zu jedem einzelnen Steuertatbestand hinzuzufügen. § 22 BAO gelte dieser Auffassung zufolge als selbständiger Besteuerungstatbestand, der immer dann verwirklicht sei, wenn ein zivilrechtlicher Weg beschritten oder eine wirtschaftliche Form gewählt werde, dieser Weg oder die Gestaltungsform aber dem angestrebten wirtschaftlichen Erfolg nicht gemäß sei. Zusätzlich müsse aber dieser ungewöhnliche, ungebräuchliche und unangemessene Weg in der Absicht beschritten werden, Abgaben zu umgehen also die Entstehung des Abgabenanspruches zu verhindern oder hinauszuschieben. § 22 BAO stehe diesem Verständnis zufolge unter drei Tatbestandsvoraussetzungen: Eine Gestaltung müsse ungewöhnlich sein, sie müsse unangemessen sein und ein außersteuerlicher Grund müsse fehlen. Die drei Voraussetzungen müssten kumulativ gegeben sein. Fehle es an einer dieser drei Voraussetzungen, könne auch nach dieser Außentheorie keine Steuerpflicht in Betracht kommen, die auf § 22 BAO gestützt

werden könne (zur gedanklichen Konstruktion der Außentheorie, im Ergebnis aber ablehnend M. Lang, ÖStZ 1994, 174). Außerdem scheide – auch nach der genannten Außentheorie – eine Steuerpflicht nach § 22 BAO auch dann aus, wenn zwar die drei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien, der Steuerpflichtige aber einen Weg beschreite, der vom Gesetzgeber selbst aufgezeigt werde. Somit stehe die Anwendung des § 22 BAO nach der Außentheorie – auch noch unter einer negativen tatbestandlichen Voraussetzung, nämlich dass der Steuerpflichtige keinen Weg beschreite der vom Gesetzgeber selbst aufgezeigt werde.

Die Vorläuferregelungen des § 22 BAO seien reichsdeutschen Ursprungs. Die Regelungen stammten somit aus einer Rechtsordnung, in der rechtsstaatliche Postulate keinen so großen Stellenwert gehabt hätten, wie dies heute in der österreichischen Rechtsordnung der Fall sei. Dies erkläre auch, dass das Verständnis, das der Außentheorie zugrunde liege, primär in früherer Zeit von der Finanzverwaltung geteilt worden sei (vgl. noch Ellinger, ÖStZ 1975, 202ff). Heute werde die Außentheorie, die die Anwendung der Missbrauchsvorschrift des § 22 BAO von einer Reihe von unbestimmten Gesetzesbegriffen abhängig mache, ganz überwiegend abgelehnt. Das wissenschaftliche Fachschrifttum sei sich völlig einig, dass § 22 BAO nicht als selbständiger Besteuerungstatbestand verstanden werden dürfe (Gassner, Interpretation und Anwendung der Steuergesetze, 1997, 115ff; derselbe ÖStZ 1981, 263; derselbe WBI 1987, 5ff; Stoll, Leasing – Steuerliche Beurteilungsgrundsätze, 2. Aufl., 1977, 26ff; Tanzer, Die gewinnmindernde Abzugsfähigkeit von Geldstrafen im Abgabenrecht, 1983, 84ff; Ruppe, in Doralt ua, Hrsg; Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, Bauer – FS, 1986, 305, 311; E. Lechner, Die Gewinnpoolung, 1986, 189f; Werndl SWK 1987 A I 139; M. Lang, ÖStZ 1994, 173 ff; W. Doralt/Ruppe. Grundriss des Österreichischen Steuerrechts, Band II, 3. Aufl., 1996, 2001). Die Rechtsprechung des VwGH habe sich zwar bisher nicht ausdrücklich festgelegt, aus der jüngeren Judikatur sei allerdings ebenfalls eine Absage an die Außentheorie erkennbar (vgl. die ausführlichen Nachweise bei M. Lang, ÖStZ 1994, 177). Der VfGH habe bereits mit Erkenntnis VfSlg 8807/1980 der Außentheorie eine Absage erteilt. In jüngerer Zeit habe sich sogar die Finanzverwaltung durchgerungen, die Außentheorie abzulehnen: Ritz, führender Mitarbeiter in der Verfahrensabteilung des BMF und maßgebender Kommentator der BAO, habe sich der von der herrschenden Lehre seit langem vertretenen Innentheorie ausdrücklich angeschlossen und dementsprechend die Außentheorie abgelehnt (Ritz, BAO-Kommentar, 2. Aufl. 1999, § 22 BAO Rz 6). Auch H. Loukota habe jüngst bestätigt, dass das Finanzministerium nicht mehr auf dem Boden der Außentheorie stehe: "...wird von Experten in der zuständigen Fachabteilung des BMF der so genannten Innentheorie gefolgt..." H.

Loukota in Gassner /M Lang/Lechner, Hrsg, Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes, 2001, 21, 2 Absatz).

Die heute herrschende Auffassung verstehe § 22 BAO im Sinne der "Innentheorie". Demnach sei das in § 22 BAO angesprochene Umgehungsproblem nicht eine Besonderheit des Steuerrechts, sondern ein allgemeines Rechtsproblem, das sich auf allen Gebieten der Rechtsordnung in grundsätzlich gleicher Weise stelle (grundlegend Gassner, Interpretation und Anwendung der Steuergesetze, 1972, 115ff; derselbe ÖStZ 1981, 263ff; derselbe, WBI 1987, 5ff). Gesetzesumgehung sei nichts anderes als ein Problem des Wirkungsbereiches des Gesetzes. Denn bei jedem Umgehungsversuch gehe es um die Frage, ob eine Gesetzesbestimmung auf den Umgehungsversuch noch anzuwenden sei und daher der Umgehungsversuch misslinge oder ob die Gesetzesbestimmung nicht anzuwenden sei und der Umgehungsversuch doch gelinge. Darüber gebe die Interpretation der jeweiligen Gesetzesbestimmung Auskunft, die darüber entscheide, ob ein bestimmter Sachverhalt von einer Gesetzesbestimmung noch erfasst werde oder nicht. § 22 BAO habe demnach die Bedeutung festzuhalten, dass die zivilrechtlichen Formen und Gestaltungen grundsätzlich irrelevant und daher für Umgehungsversuche ungeeignet seien, weil und soweit Steuerrecht nicht an das Zivilrecht anknüpfe, sondern wirtschaftliche Tatbestände bilde. § 22 BAO führe daher lediglich den in § 21 BAO anklingenden Grundsatz der wirtschaftlichen Anknüpfung des Steuerrechts aus und betone damit die Notwendigkeit einer Interpretation, die den wirtschaftlichen Sinn und Zweck von Steuervorschriften beachte. Die Steuerpflicht könne demnach nie auf § 22 BAO, sondern nur auf den jeweiligen Steuertatbestand gestützt werden. Als bloßer Interpretationshinweis habe § 22 BAO keine selbständige normative Bedeutung. Diese Innentheorie sei heute völlig herrschend (Gassner, Interpretation und Anwendung der Steuergesetze 1972, 115ff; derselbe, ÖStZ 1981, 263; derselbe, WBI 1987, 5ff; Stoll, Leasing Steuerliche Beurteilungsgrundsätze, 2 Aufl., 1997, 26ff; Tanzer, Die gewinnmindernde Abzugsfähigkeit von Geldstrafen im Abgabenrecht, 1983, 84ff; Ruppe, in Doralt ua, Hrsg, Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft, Bauer-FS, 1986, 305, 311; E. Lechner, Die Gewinnpoolung, 1986, 189f; Werndl, SWK 1987 A I 139; M. Lang, ÖStZ 1994, 173ff; W. Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band II, 3 Aufl., 1996, 201; Ritz, BAO §22 Rz 6). Zuletzt habe Holzinger, Mitglied des VfGH, darauf hingewiesen, dass § 22 BAO keine selbständige Grundlage für Maßnahmen der Abgabenerhebung darstelle, sondern normative Bedeutung nur im Zusammenhang mit dem jeweils spezifischen Steuertatbestand habe (Holzinger, SWI 1999, 102).

Auffallend sei, dass in letzter Zeit auch die deutsche Parallelvorschrift zu § 22 BAO – nämlich § 42 AO – vom deutschen Bundesfinanzhof nicht mehr als eigener Besteuerungstatbestand,

sondern lediglich als Interpretationshinweis verstanden werde. Fischer, Vorsitzender der Richter des deutschen BFH, habe diese Entwicklung jüngst wie folgt charakterisiert (Fischer, SWI 1999, 104): "Der BFH vollziehe in jüngster Zeit – von der Lehre weitgehend unbemerkt – eine innentheoretische Annäherung an die Bewältigung der Steuerumgehung. § 42 AO werde zunehmend als Interpretationshinweis und Ermächtigung zur nicht formalen Auslegung von Wirtschaftsbegriffen verstanden." Somit gehe sogar die Entwicklung in Deutschland eindeutig dazu, in der Missbrauchsvorschrift keinen eigenen Besteuerungstatbestand, sondern einen bloßen Interpretationshinweis ohne selbständige normative Bedeutung zu sehen.

Entscheidend sei aber vor allem, dass der VwGH selbst dazu übergegangen sei, § 22 BAO ohne selbständige normative Bedeutung zu sehen und diese Vorschrift daher im Sinne der Innentheorie zu verstehen. Der VwGH habe nämlich bereits wiederholt ausgesprochen, dass ein Missbrauch im Sinne des § 22 BAO jedenfalls dann ausscheide, "wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne, mag auch die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sein (vgl. z. B. VwGH 24.1.1984, 83/14/0130); 13.9.1988, 87/14/0128; 23.5.1990, 89/13/0272-0275; 20.6.1995, 92/13/0268). Will der Steuerpflichtige "eine abgabenrechtliche Begünstigung auf dem Weg erreichen, den das Gesetz ausdrücklich vorsehe", liege daher kein Missbrauch vor (VwGH 13.9.1988, 87/14/0128; 20.6.1995, 92/13/0268). Damit sei aber klar, dass auch der VwGH die Bekämpfung der Steuerumgehung ausschließlich als Interpretationsproblem sehe; es gehe darum zu ermitteln, ob der Steuerpflichtige jenen Weg beschreite, "den das Gesetz selbst vorzeichne" oder "den das Gesetz ausdrücklich vorsehe". Verwirkliche der Steuerpflichtige damit einen Sachverhalt, der nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zu einer Abgabenpflicht führen solle, könne auch § 22 BAO nichts an der Steuerfreiheit ändern. Die Konsequenz aus dieser Rechtsprechung sei, dass § 22 BAO die selbständige Bedeutung genommen sei (so ausdrücklich M. Lang, ÖStZ 1994, 173ff). Sei aber § 22 BAO ein reiner Interpretationsbehelf, könne diese Vorschrift auch nicht Grundlage für eine Steuerpflicht sein.

Aus all diesen Gründen sei die von der Behörde vorgenommene Deutung des § 22 BAO abzulehnen. Der von der herrschenden Lehre, der jüngeren Rechtsprechung des VwGH, der Rechtsprechung des VfGH und von immer größeren Kreisen der Finanzverwaltung vertretenen Innentheorie sei daher der Vorzug zu geben. Nach dieser Innentheorie sei § 22 BAO kein selbständiger Besteuerungstatbestand. Auf diese Vorschrift könne daher niemals eine Steuerpflicht gestützt werden. Die Behörde habe hingegen der Rechtsvorschrift des § 22 BAO fälschlicherweise einen gesetzwidrigen Inhalt unterstellt.

Würde man § 22 BAO im Sinne der Außentheorie verstehen, sei der Bescheid auch aus anderen Gründen rechtswidrig. Folge man der Auffassung der belannten Behörde dahingehend, dass § 22 BAO ein selbständiger Besteuerungstatbestand wäre und teile man in diesem Sinne die Prämissen der Außentheorie, sei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 22 BAO Augenmerk zu schenken. Nach der Außentheorie komme eine Besteuerung nach § 22 BAO nämlich dann – und nur dann - in Betracht, wenn die Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeit, der Unangemessenheit, und der ausschließlichen Steuerersparnisabsicht gegeben seien. Diese drei Voraussetzungen müssten kumulativ gegeben sein. Fehle es an einer der drei Voraussetzungen, könne auch nach der Außentheorie § 22 BAO nicht zur Steuerpflicht führen. Somit würden jedenfalls drei Voraussetzungen bestehen, die erfüllt sein müssen. Darüber hinaus werde auch noch eine weitere negative Voraussetzung verlangt: "Von einer ungewöhnlichen oder unangemessenen rechtlichen Gestaltung könne aber nicht gesprochen werden, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne, auch wen die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sei" (VwGH 24.1.1984, 83/14/0130; 13.9.1988, 87/14/0128; 23.5.1990, 89/13/0272-0275). Immer dann, wenn die Gesetzesvorschrift selbst die entsprechende Gestaltung bereits vorzeichne, könne selbst dann kein Missbrauch – verstanden im Sinne der Außentheorie - vorliegen, wenn die Gestaltung ungewöhnlich und unangemessen sei und ausschließlich der Steuerersparnis dienen solle. Ein unter Zugrundelegung der Prämissen der Außentheorie ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren müsse daher den Nachweis erbringen, dass diese Voraussetzungen gegeben seien. Zu den angeführten Tatbestandsmerkmalen wurde in der Berufung ausgeführt:

Ungewöhnlichkeit

Die Behörde habe nicht einmal behauptet, dass die Gestaltung ungewöhnlich gewesen wäre. Ermittlungen dahingehend, dass Ungewöhnlichkeit vorgelegen wäre, seien überhaupt keine unternommen worden. Der Nachweis der Ungewöhnlichkeit hätte auch nicht gelingen können: Schließlich sei es in mittleren Konzernen üblich, dass im In- oder im Ausland Konzernfinanzierungsgesellschaften gegründet werden, deren Aufgabe in der überwiegenden oder ausschließlichen Finanzierung anderer Konzerngesellschaften bestehe. Daher sei es überhaupt nicht ungewöhnlich, dass die Bw. im Ausland eine Konzernfinanzierungsgesellschaft gegründet habe, die wiederum Konzernfinanzierung betrieben habe.

Unangemessenheit

Ein weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Missbrauches sei nach der Außentheorie auch noch die Unangemessenheit. Auch hier habe die Behörde nicht einmal den Versuch

unternommen, den Nachweis des Vorliegens der Unangemessenheit zu erbringen. Dieser Nachweis wäre der Behörde in diesem Zusammenhang auch nicht gelungen:

Aufgrund der Veräußerung der Beteiligung habe die Bw. im Jahr 1992 über Liquidität in Form einer Forderung verfügt. Um seiner Sorgfaltspflicht nachzukommen sei es Aufgabe des Vorstandes der Bw. gewesen, die liquiden Mittel entsprechend zu veranlagen. Der Vorstand habe dabei zwischen verschiedenen Veranlagungsalternativen abzuwägen und nach kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen die für das Unternehmen beste Entscheidung zu treffen gehabt. Als für das Unternehmen beste Veranlagungsentscheidung habe sich erwiesen, mit den Eigenmitteln eine ausländische Finanzierungsgesellschaft zu gründen, die über den Einsatz der Mittel, die Gewährung von Darlehen an Konzerngesellschaften und die damit zusammenhängenden Veranlassungen entscheide. Da es sich somit um eine Finanzierungsentscheidung der Bw. gehandelt habe, wäre keine Verwaltungsbehörde befugt gewesen, die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgte kaufmännische Entscheidung der Bw. umzuwidigen. Der VwGH habe nämlich sehr früh klar gestellt, dass der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit der er seinen Betrieb führen will, nicht beschränkt sei (vgl. VwGH 30.3.1953, 565/51 Slg 738F; 20.3.1974, 1157/72 Slg 4660F; 20.4.1982, 81/14/0195; 23.10.1984, 83/14/0257). Der Steuerpflichtige solle – der Rechtsprechung des VwGH zufolge – bei der Auswahl seine Finanzierungsmöglichkeiten durch die Steuerbehörden nicht bevo- mundet werden (VwGH 20.4.1982, 81/14/0195; 23.10.1984, 83/14/0267). Aufgrund dieser vom VwGH postulierten Finanzierungsfreiheit sei daher die Entscheidung der Bw., eine ausländische Finanzierungsgesellschaft zu gründen und diese mit Eigenmitteln auszustatten, auch von den Verwaltungsbehörden zu akzeptieren. Nicht zuletzt aus dem eben erwähnten Grund könnten Finanzierungsgesellschaften daher nie unangemessen sein und würden diese daher schon aus diesem Grund keinen Missbrauch im Sinne der Außentheorie darstellen. Die Betriebswirtschaftslehre lasse nämlich keine auch nur einigermaßen exakte Aussage darüber zu, welche Finanzierungsmaßnahme in einer bestimmten Situation gerade angemessen wäre (Gassner / Lang, GesRZ 1987, 190). Es lasse sich daher nicht feststellen, wann die eine oder andere Finanzierungsform der Sorgfaltspflicht des ordentlichen Geschäftsleiters entspreche. Finanzierungsentscheidungen seien nämlich komplexe Vorgänge und daher das Ergebnis von Haftungsüberlegungen, Überlegungen der Flexibilität, der Kreditwürdigkeit, der Kapitalmarktfähigkeit etc. (Gassner/Edelmann/Pfeiffer/ Proché, Innovative Unternehmensfinanzierung, 1987). Daher habe auch der VfGH – zur Gesellschaftsteuer – entschieden, dass die Angemessenheit von Finanzierungsentscheidungen nicht überprüft werden könne (VfGH 27,6,1969,

G 17/68) und sich dabei auf ein betriebswirtschaftliches Gutachten von K. Lechner gestützt (ÖStZ 1969, 158; derselbe ÖStZ 1970, 39).

Außersteuerliche Gründe

Die Behörde sei auf die von der Bw. vorgebrachten außersteuerlichen Gründe überhaupt nicht ernsthaft eingegangen. Die Ausgliederung der Finanzierungsaktivitäten in eine eigene Gesellschaft habe insbesondere der Haftungsverminderung gedient. Die Verminderung der zivilrechtlichen Haftung sei nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH jedenfalls als beachtlicher – jeglichen Missbrauch ausschließender – außersteuerlicher Grund anerkannt (VwGH 23.5.1990, 89/13/0272 – 0275). Die belangte Behörde habe sich mit diesem Argument nicht auseinandergesetzt, sondern lediglich die Behauptung aufgestellt, dass die Mittel bloß umgeschichtet wurden. Dabei verkenne die belangte Behörde völlig, dass Finanzierungsaktivitäten – wenn sie unter hohem Einsatz und unter Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen getätigt werden – durchaus dazu führen können, dass mehr als das eingesetzte Kapital verloren gehe. Durch die Ausgliederung der Finanzierungsaktivitäten in eine eigene Kapitalgesellschaft habe die Bw. dieses Risiko von vornherein ausgeschlossen. Dadurch hätten im worst – case – Fall lediglich die eingesetzten Geldmittel verloren gehen können.

Mit dem Argument, dass die Gesellschaftsgründung im Ausland einfacher und flexibler sei als in Österreich habe sich die Behörde nicht auseinandergesetzt. Dieses Argument könne wohl auch nicht widerlegt werden. Der Auseinandersetzung mit dem weiteren von der Bw. schon während der Betriebsprüfung vorgebrachten Argument, wonach die bestehenden bankrechtlichen Vorschriften in Österreich eine Finanzierungstätigkeit durch eine österreichische Tochtergesellschaft, die keine Bankkonzession besessen hätte, unmöglich machen, entziehe sich die Behörde. Sie erwähne lediglich, dass die Darlehensvergabe an eine Schwestergesellschaft nach Ansicht der Betriebsprüfung eine Bankkonzession nicht erforderlich mache. Diese Ausführungen der Betriebsprüfung würden aber am Thema vorbeigehen: Zum einen neige die Praxis der Bankaufsicht dazu, den Begriff der ausschließlich Banken vorbehalteten Geschäfte weit zu interpretieren. Da die Z Finance Ltd. wiederholt Darlehen vergeben habe, habe die akute Gefahr bestanden, dass es sich um Bankgeschäfte handeln könnte. Darüber hinaus sei ursprünglich auch nicht ausgeschlossen gewesen, dass die Z Finance Ltd. mit den erzielten Gewinnen noch weitere Finanzierungsaktivitäten entfalte. Aus all diesen Gründen sei für die Bw. entscheidend gewesen, bankrechtlichen Problemen in Österreich aus dem Weg zu gehen und daher die Finanzierungsaktivitäten nicht in Österreich, sondern im Ausland durchzuführen.

Die Gründung der Finanzierungsgesellschaft sei auch deshalb im Ausland vorgenommen worden, weil auf Jersey anerkannte Finanzierungsexperten existieren, deren spezifisches Know-How für die Gestaltung von Darlehensverträgen, die Planung etwaiger Finanzierungsaktivitäten außerhalb des Konzerns etc. wesentlich erschienen sei. Auch wenn letztlich die Mittel aufgrund der Entwicklung des Finanzbedarfs der Konzerngesellschaft zur Konzernfinanzierung verwendet worden seien, sei von vornherein nicht auszuschließen gewesen, dass die ausländische Tochtergesellschaft auch Finanzierungsaktivitäten außerhalb des Konzerns betreiben werde. Aber auch für die Finanzierungstätigkeit innerhalb des Konzerns sei für die Gestaltung von Darlehensverträgen, die Überwachung der Zahlungsflüsse etc. ein spezielles Know-How erforderlich, das bei der Bw. nicht verfügbar gewesen sei.

Durch die Gründung der Z Finance Ltd. habe die Bw. die Voraussetzungen für eine Internationalisierung geschaffen. Hätte die Bw. weitere ausländische Gesellschaften erworben oder wäre eine ausländische Kooperation zustande gekommen, wäre es sehr vorteilhaft gewesen, dass die Bw. schon über eine ausländische Finanzierungsgesellschaft verfügt.

Die Frage, in welchem Umfang die Finanzierungsgesellschaft der Bw. über Bürosäume und Mitarbeiter verfügt, sei erstens grundsätzlich irrelevant; das Schreiben der Auskunftei kenne die Bw. nicht, weshalb sie zu diesem auch nicht Stellung nehmen könne. Zweitens erscheine die Einholung der Auskunft insoweit absurd, als im Zeitpunkt der Betriebsprüfung bzw. der Auskunftserteilung die Z Finance Ltd. bereits liquidiert und nicht mehr existent gewesen sei, weshalb diese natürlich zu diesem Zeitpunkt über keinerlei Bürosäume und Mitarbeiter verfügt habe.

Durch die Gründung einer eigenen Finanzierungsgesellschaft sollte ein wesentlicher ausschüttungspolitischer Spielraum geschaffen werden. Die Dividenden bei der Z Finance Ltd. seien nämlich im Jahresabschluss der Bw. im Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) zu erfassen; die Dividenden der Z Finance Ltd. seien daher vor allem zur Steuerung des EGT verwendet worden. Im Börsenprospekt der Bw. seien den Aktionären laufende Gewinnausschüttungen vorausgesagt worden. Damit die Bw. dieses Versprechen an die Aktionäre einhalten konnte, sei das EGT je nach Bedarf durch die Gewinnausschüttungen der Z Finance Ltd. gesteuert worden. So sei die Möglichkeit geschaffen worden, bei guter Ertragslage die Gewinne der Z Finance Ltd. zu thesaurieren und bei ungünstiger Ertragslage das Ergebnis der Bw. durch eine Gewinnausschüttung der Z Finance Ltd. insoweit zu verbessern, dass eine Dividendenzahlung an die Aktionäre aus dem laufenden Ergebnis (ohne Auflösung von Rücklagen) möglich sei. Nach der Rechtsprechung des VwGH handle es sich bei der

Schaffung von bilanzpolitischen Spielräumen um einen außersteuerlichen Grund, der jeden Missbrauch ausschließe (VwGH 7.8.1992, 89/14/0160).

Aus bilanzpolitischer Sicht – vor allem im Hinblick auf die Börsennotierung – sei es notwendig, dass sämtliche Beteiligungsgesellschaften mit entsprechendem Eigenkapital ausgestattet werden. In der Bilanz der Bw. sollten hohe Beteiligungsansätze anstatt Darlehensforderungen gezeigt werden. Daher seien die liquiden Mittel der Z Finance Ltd. zugeführt worden. In der Bilanz der Bw. seien auf der Aktivseite nur die hohen Beteiligungsansätze an den Tochtergesellschaften auszuweisen gewesen; die seitens der Z Finance Ltd. gewährten Darlehen seien dem Jahresabschluss der Bw. nicht zu entnehmen gewesen.

Seitens der Betriebsprüfung werde auch nicht darauf eingegangen, dass die Darlehensgewährung der Z Finance Ltd. an die Y Holding GmbH (D) zu einer Steuerersparnis in Deutschland nicht aber in Österreich geführt habe. Grundsätzlich wären alle Tochtergesellschaften mit entsprechendem Eigenkapital auszustatten gewesen. Einzig aufgrund der Möglichkeit eine Steuerersparnis in Deutschland zu erreichen, sei keine entsprechende Eigenkapitalausstattung in Deutschland erfolgt, sondern habe eine Fremdfinanzierung der Y Holding GmbH (D) stattgefunden. Eine direkte Darlehensgewährung der Bw. an die Y Holding GmbH (D) hätte zu keinem Steuereffekt in Deutschland geführt. Aufgrund der bestehenden Unterkapitalisierungsregeln in Deutschland seien nämlich Zinsen nur insoweit steuerlich abzugsfähig als bei Holdinggesellschaften eine Debt-Equity-Ratio von 9:1 eingehalten werde, wenn die Darlehensgewährung nicht direkt vom Gesellschafter erfolgt sei. Durch die Ausstattung der Z Finance Ltd. mit Eigenkapital in Verbindung mit einer Fremdfinanzierung der Y Holding GmbH (D) sei daher ausschließlich eine Steuerersparnis im Ausland erzielt worden. Eine Steuerersparnis in Österreich sei damit nicht verbunden gewesen, weil bei der Alternative der entsprechenden Eigenkapitalausstattung der Y Holding GmbH (D) anstelle von Zinserträgen in der Z Finance Ltd. Dividenden in der Bw. angefallen wären. Die bei der Bw. angefallenen Dividenden wären bei dieser gemäß § 10 Abs. 2 KStG 1988 gleichfalls steuerfrei gewesen.

Beschreiten des vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weges

Selbst dann, wenn die von der Bw. gewählte Gestaltung wirklich ungewöhnlich und unangemessen wäre und sich kein einziger außersteuerlicher Grund dafür finden lassen, scheide die Anwendung des § 22 BAO jedenfalls deshalb aus, weil die Bw. nur jenen Weg beschritten habe, den das Gesetz vorgezeichnet habe. Nach der Rechtsprechung des VwGH scheide nämlich die Annahme des Missbrauchs schon alleine dann aus, "wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne, mag auch die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sein (vgl. VwGH 24.1.1984, 83/14/0130; 30.9.1988,

87/14/0128; 23.5.1990, 89/13/0272-0275; 290.6.1995, 92/13/0268). Wolle der Steuerpflichtige "eine abgabenrechtliche Begünstigung auf dem Wege erreichen, den das Gesetz ausdrücklich vorsehe", liege daher kein Missbrauch vor (VwGH 13.9.1988, 87/14/0128; 20.6.1995, 92/13/0268). Die in den Veranlagungszeiträumen bis 1994 anwendbaren Regelungen hätten die Steuerfreiheit für die Dividenden aus internationalen Schachtelbeteiligungen nur dann nicht vorgesehen, wenn der Unternehmensgegenstand der ausländischen Gesellschaft zu mehr als 25% im Verwalten von eigenen Forderungswertpapieren (Teilschuldverschreibungen, Pfandbriefen, Kommunalschuldverschreibungen und ähnlichen Wertpapieren) und Beteiligungen an anderen Unternehmen mit derartigem Unternehmensgegenstand gelegen sei, es sei denn die Gesellschaft unterhalte einen Bankbetrieb. Da die Z Finance Ltd. keine Forderungswertpapiere gehalten habe und wohl sogar ein Bankbetrieb vorgelegen sei, sei die Einschränkung der Steuerfreiheit für Dividenden aus internationalen Schachtelbeteiligungen nach der seinerzeitigen Rechtslage nicht anwendbar gewesen (das heißt es sei kein Missbrauch im Sinne der Rechtsvorschriften vorgelegen).

Mit Einführung des § 10 Abs. 3 KStG ab dem Jahr 1995 seien die durch die Z Finance Ltd. ausgeschütteten Dividenden nicht mehr steuerfrei. Dass die Erzielung von Steuereffekten in Österreich in keiner Weise ausschlaggebend für die Gründung der Z Finance Ltd. gewesen sei, zeige sich dadurch, dass trotz der Einführung des § 10 Abs. 3 KStG die Tätigkeit der Z Finance Ltd. unverändert fortgeführt worden sei obwohl die von dieser Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden seit diesem Zeitpunkt nicht mehr unter die Beteiligungsertragsbefreiung gefallen seien.

Grund dafür, dass die Z Finance Ltd. im Jahr 2000 liquidiert worden sei, sei zum einen die erforderlich gewordene Sanierung der Gruppe der Bw. und zum anderen eine Gesetzesänderung in Deutschland, wonach die Debt-Equity-Ratios auf 3:1 reduziert worden seien. Aufgrund der weitaus überwiegenden Veranlagung in Deutschland habe sich aus diesem Grund die Fortführung als nicht mehr zielführend erwiesen.

Weiters wurde beanstandet, dass die Behörde auch bei ihrer eigenen rechtlichen Beurteilung, die von der Bw. abgelehnt werde, keineswegs konsistent sei: Wenn sie nämlich die Zinsen der Bw. zurechne und bei dieser als steuerpflichtig behandle, müsse sie konsequenterweise auch die Aufwendungen der Z Finance Ltd., die mit der Erzielung der Einkünfte im Zusammenhang stehen, als abzugsfähig berücksichtigen. Der VwGH führe in seiner Rechtsprechung aus (VwGH 10.12.1997, 93/13/0185), dass eine allfällige Gesellschaftsgründung nicht beiseite geschoben werden könne. Fraglich könne lediglich sein, ob die Ergebnisse der entfalteten

Tätigkeit nicht der Gesellschaft selbst, sondern den tatsächlichen Trägern der Erwerbstätigkeit zuzurechnen seien. Der VwGH beziehe sich ausdrücklich auf die erzielten Ergebnisse, nicht auf die erzielten Erträge. Da die Gründung der Z Finance Ltd. ebenso wie die angefallenen Aufwendungen eine unabdingbare Tatsache darstelle, seien die im Zusammenhang mit den erzielten Einkünften angefallenen Aufwendungen ebenfalls der Bw. zuzurechnen. Dies verweigere aber die Behörde, was wohl selbst dann rechtswidrig sei, wenn man die sonstige Rechtsauffassung der Behörde zugrunde legen würde.

Die Betriebsprüfung hat mit Schriftsatz vom 20.12.2002 zur Berufung dahingehend Stellung genommen, dass die Bw. den Sachverhalt stark verkürzt geschildert, und für die rechtliche Beurteilung wesentliche Umstände weggelassen habe. Zur Wahl des Ortes für den Sitz der Z Finance Ltd. sei zu bemerken, dass es sich bei Jersey um eine bekannte Steueroaseninsel handle.

Die Gründung der Z Finance Ltd. sei in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Entstehen einer Kaufpreisforderung der Bw. gegenüber der zum Zwecke der Zwischenschaltung neu gegründeten Y Holding GmbH (D) erfolgt. Der Y Holding GmbH (D) habe die Bw. die Beteiligung an der X GmbH (D) um DM 29,3 Mio. verkauft. Die Z Finance Ltd. sei mit Eigenkapital ausgestattet worden. Neben dem eingezahlten Kapital von ca. S 100.000,00 habe die Eigenkapitalausstattung der Z Finance Ltd. in der Kaufpreisforderung der Bw. von DM 29,3 Mio. gegenüber der Y Holding GmbH (D) bestanden. Diese sei als Sacheinlage in die Z Finance Ltd. eingebracht worden. Aufgrund der Eigenkapitalausstattung - bestehend in der Forderung gegenüber der Y Holding GmbH (D) – habe die Z Finance Ltd. der Y Holding GmbH (D), die auch die eigentliche Schuldnerin der Sacheinlage gewesen sei, ein Darlehen in Höhe von DM 29,3 Mio. gewährt. Für die Y Holding GmbH (D) sei dies lediglich ein Gläubigerwechsel gewesen. Für die Bw. habe sich dadurch jedoch die Möglichkeit ergeben statt der in Österreich steuerpflichtigen Zinsen nach § 10 Abs. 2 KStG steuerfreie Dividenden zu erhalten.

Die weitere Sacheinlage von S 29 Mio., die im Jahr 1996 geleistet worden sei, resultiere ebenfalls aus einer Kaufpreisforderung: Im Jahr 1996 sei die X s.p.a. (I) von der Bw. um S 50 Mio. an die Y Holding s.r.a. (I) verkauft worden. Die Kaufpreisforderung gegenüber der Y Holding s.r.a. (I) habe die Bw. teilweise an die Y Holding GmbH (D) abgetreten. Ein Teil der Kaufpreisforderung sei als weitere Sacheinlage in die Z Finance Ltd. eingebracht worden. Diese Sacheinlage sei von der Z Finance Ltd. wiederum zur Darlehensgewährung an die Y Holding GmbH (D) in Höhe von S 29 Mio. verwendet worden.

Nach Liquidation der Z Finance Ltd. seien die gesamten Kaufpreisforderungen wieder an die Bw. zurück übertragen worden.

Die Darstellung der Bw., dass die Z Finance Ltd. als Finanzierungsgesellschaft gegründet worden sei und es in der Folge nicht zur Finanzierung anderer –außerhalb des Konzerns stehender - Gesellschaften gekommen sei, sei nicht nachvollziehbar. Wie aus den vorgelegten Bilanzen der Z Finance Ltd., die von 1992 bis 2000 bestanden habe, hervorgehe, sei die Tätigkeit der Z Finance Ltd. auf die Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) beschränkt gewesen, wobei die den beiden Kaufpreisdarlehen folgenden Darlehen, der Y Holding GmbH (D) zur Abdeckung der Tilgungsraten und angefallenen Zinsen der Kaufpreisdarlehen gedient hätten.

Aus den Jahresabschlüssen der Z Finance Ltd. und den daraus ersichtlichen spezifischen Aufwendungen (management expenses in minimaler Höhe) ergebe sich einwandfrei, dass die Z Finance Ltd. im gesamten Zeitraum ihres Bestehens eine Oasengesellschaft gewesen sei. Im übrigen werde auf die Sachverhaltsdarstellung in der Niederschrift über die Schlussbesprechung verwiesen.

Zum Vorbringen wonach die von der Behörde vorgenommene Auslegung des § 22 BAO gesetzwidrig sei wurde in der Stellungnahme ausgeführt, dass es sich für die Betriebsprüfung erübrige auf die ausführlichen rechtstheoretischen Ausführungen und Auslegung in der Berufung einzugehen.

Die Ungewöhnlichkeit der Gestaltung ergebe sich schon aus dem Sachverhalt. Es sei richtig, dass es Konzernfinanzierungsgesellschaften bei mittleren und größeren Konzernen im In- und Ausland gebe. Nur würden diese tatsächlich der Konzernfinanzierung dienen und sich nicht darauf beschränken eine im Konzern entstandene Konzernforderung über den Umweg einer neu gegründeten Oasengesellschaft als Darlehen an dieselbe Konzerngesellschaft zur Verfügung zustellen.

Auch die Unangemessenheit ergebe sich eindeutig aus dem Sachverhalt. In der Berufung werde ständig auf "liquide Mittel", "Eigenmittel" und deren Einsatz und den damit zusammenhängenden Veranlassungen berichtet. Das klinge im allgemeinen sehr plausibel. Bei näherer Betrachtung ergebe sich jedoch auch hier, dass es sich immer nur um einen konkreten Vorgang handle, nämlich die Behandlung von Konzernforderungen und die sich daraus ergebenen Darlehensverwaltungen. Wofür die Gründung einer eigenen Gesellschaft, sowie die gesamte Konstruktion wohl als unangemessen bezeichnet werden könne.

Von einer Bevormundung durch die Steuerbehörde bei der Auswahl der Finanzierungsmöglichkeiten könne im konkreten wohl nicht die Rede sein, handle es sich hier doch lediglich um konzerninterne Vorgänge und nicht um die Zuführung von eigentlichen Fremdmitteln. Auch

hier müsse wieder betont werden, dass die in der Berufung angeführte Eigenmittelausstattung der Oasengesellschaft aus Sacheinlagen in Form der Kaufpreisforderungen gegen die Gesellschaft, der nun ein Darlehen zur Finanzierung dieser Kaufpreisverbindlichkeit zur Verfügung gestellt worden sei, bestehe. In diesem Sinne könne diese "Finanzierungsentscheidung" nur als unangemessen bzw. als willkürliche Konstruktion zur Schaffung von steuerfreien Erträgen angesehen werden.

Die betriebswirtschaftlichen und sonstigen Überlegungen der Bw. würden Finanzierungsentscheidungen betreffen. Doch hier seien keine Entscheidungen und Überlegungen über Haftung, Flexibilität, Kreditwürdigkeit, Kapitalmarktfähigkeit anzustellen, handle es sich doch um durch Zwischenschaltung im Konzern kreierte Kaufpreisforderungen, die die Bw. durch Sacheinlagen zu Eigenmitteln der Z Finance Ltd. gemacht habe.

Die Ausführungen der Bw. zu den außersteuerlichen Gründen seien der Betriebsprüfung völlig unverständlich. Im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt stelle sich die Frage zu welcher Haftungsverminderung und wem gegenüber es durch diese Konstruktion kommen solle. Insbesondere welche eingesetzten Geldmittel im worst-case-Fall verloren gehen sollten, zumal die Z Finance Ltd. im Jahr 2000 liquidiert und die ursprüngliche Kaufpreisforderung (Darlehen) wieder von der Bw. übernommen worden sei.

Dass die Gesellschaftsgründung generell im Ausland einfacher und flexibler als in Österreich sei, könne in dieser vereinfachten Form nicht als Grund angesehen werden. Es sei während der Betriebsprüfung und auch in der Berufung nicht dargetan worden, durch welche Umstände und Unterschiede gerade in Jersey die Vorteile liegen. Es könne nicht die Aufgabe der Betriebsprüfung sein durch spezielles Studium der Rechtslage in Jersey die Vorteile einer Gründung im Ausland im Sinne des Steuerpflichtigen herauszuarbeiten. Ebenso gingen die Argumente in der Berufung, die Betriebsprüfung habe sich mit der Praxis der Bankenaufsicht und deren mögliche Interpretation des Bankenbegriffes auseinanderzusetzen, da die ausländische Tochtergesellschaft wiederholt Darlehen vergeben habe (zu bemerken sei, dass diese Darlehen immer an die Y Holding GmbH (D) und nie an Dritte vergeben worden seien), zu weit. Die Betriebsprüfung könne sich nicht mit Sachverhalten beschäftigen die rein fiktiv seien. Jedenfalls sei dazu festzustellen, dass der Betriebsprüfung kein Fall bekannt sei, bei dem konzerninterne Darlehenshingaben zu Problemen mit der Bankenaufsicht geführt hätten. Dass ursprünglich geplant gewesen sei noch weitere Finanzierungsaktivitäten zu entfalten sei eine reine Fiktion, für die keinerlei Anhaltspunkte gegeben seien.

Wieso für den konkreten Sachverhalt, bei der Bw. nicht vorhandene, Finanzierungsexperten mit spezifischen Know-How für die Gestaltung von Darlehensverträgen und die Überwachung

von Zahlungsflüssen notwendig gewesen seien, sei in Anbetracht der tatsächlich stark eingeschränkten Aktivitäten der Z Finance Ltd. nicht einsichtig. Das ursprünglich nicht auszuschließen gewesen sei, dass andere Finanzierungstätigkeiten betrieben werden sollten, sei nicht erkennbar. Auch in der Berufung seien dafür keine konkreten Beispiele, Planungen etc. vorgelegt worden. Außerdem seien schon bisher Darlehensvergaben innerhalb des Konzerns (auch ohne außen stehender Finanzierungsexperten) üblich gewesen.

Auch der angeführte Grund der Internationalisierung sei reine Spekulation, die durch keinerlei Anzeichen von neuen, weiteren diesbezüglichen Aktivitäten bestätigt werde.

Eine Prüfung ob die Auskunftserteilung über die Z Finance Ltd. im Zeitpunkt der Anfrage absurd sei oder nicht müsse gar nicht zur Diskussion gestellt werden. Es sei bereits aus den vorgelegten Bilanzen und Gewinn und Verlustrechnungen ersichtlich, dass es sich bei der Z Finance Ltd. um eine nicht tätige und daher eine Steueroasengesellschaft handle.

Die Schaffung eines wesentlichen ausschüttungsbedingten Spielraums durch Gründung einer derartigen Finanzierungsgesellschaft könne doch – wie sich im konkreten Fall zeige – auf diese Art nicht erreicht werden. Das von der Bw. zitierte VwGH Erkenntnis vom 7.8.1992, 89/14/0161 habe die Betriebsprüfung in der Rechtsdatenbank nicht finden können.

Welche tatsächlichen liquiden Mittel (die Sacheinlage einer letztlich langfristigen Forderung – 21 Jahre – sei nicht unter die liquiden Mittel einzuordnen) der Z Finance Ltd. aus bilanzpolitischer Sicht zugeführt wurden sei fraglich, entsprechende Bankguthaben seien nicht vorhanden, weshalb die Z Finance Ltd. im Zuge der Sanierung der Gruppe liquidiert werden musste.

Im Geschäftsbericht der Bw. für das Jahr 2000, werde unter anderem bezüglich der Liquidierung der Z Finance Ltd. ausgeführt, dass durch die geänderten Rahmenbedingungen sowohl in Österreich (§ 10 Abs. 3 KStG) wie auch in Deutschland (Änderung der debt : equity Regelung) diese Konstruktion künftig wirtschaftliche keinen Sinn habe. Auch in der Berufung seien als geänderte Rahmenbedingungen die steuerlichen Änderungen in Deutschland genannt.

Schon daraus ergebe sich, dass sämtliche in der Berufung angeführten außersteuerlichen Gründe für diese Konstruktion wie Haftungsminderung, einfache Gründung, Bankkonzession, Know-How, Internationalisierung, ausschüttungspolitischer Spielraum, bilanzoptische Sicht, nur fiktiv angedacht seien und in Wahrheit die ausschließlichen Gründe für die Schaffung dieser Konstruktion in der Steuerersparnis in Österreich und in Deutschland gelegen seien.

Ob eine Steuerersparnis in Deutschland eingetreten sei, sei für die österreichische Finanzverwaltung nicht primär interessant. Sehr wohl aber, dass in Österreich steuerpflichtige Zins-

erträge durch die gegenständliche Konstruktion in nach § 10 Abs. 2 KStG steuerfreie Dividenden umgewandelt wurden.

Der Einwand in der Berufung, dass bei einer entsprechenden Eigenkapitalausstattung keine Darlehensgewährung notwendig gewesen wäre, sei ein rein hypothetischer, da die geprüfte Gesellschaft im Jahr 1992 nicht über die entsprechenden Geldmittel verfügt habe. Abgesehen davon sei für die steuerliche Beurteilung völlig irrelevant, was alles machbar gewesen wäre. Tatsache sei, dass Beteiligungsverkäufe, bei denen die Veräußerungsgewinne gemäß § 10 KStG steuerfrei gewesen seien, durchgeführt wurden und der Kaufpreis nicht bezahlt worden sei. Tatsache sei auch, dass Darlehen vergeben wurden und Darlehenszinsen, selbst wenn sie von ausländische Tochtergesellschaften bezahlt werden, steuerpflichtig seien und nicht unter die Steuerbefreiung des § 10 Abs. 2 KStG fallen würden. Im übrigen trage die Bw. auch das wirtschaftliche Risiko dieser Darlehensforderungen wie der im Jahr 2000 aufwandswirksame Gesellschafterzuschuss in Höhe von S 70 Mio. verdeutliche.

Die Behauptung in der Berufung, dass trotz Einführung des § 10 Abs. 3 KStG in Österreich die Z Finance Ltd. unverändert fortgeführt wurde, müsse unter dem Blickwinkel der mangelnden tatsächlichen Zahlungsflüsse seitens des Darlehensnehmers (1995 bis 1997 0,00) gesehen werden, wodurch die Z Finance Ltd. gar nicht in der Lage gewesen sei Dividenden auszuschütten. Die in den Jahren 1998 bis 2000 erfolgten Zahlungsflüsse an die Z Finanz Ltd. seien für die Einlagenrückzahlung gemäß § 4 Abs. 12 EStG an die Bw. verwendet worden, wodurch die Regelung des § 10 abs. 3 KStG nicht zur Anwendung gekommen sei.

Zum Beschreiten des vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weges wurde in der Stellungnahme ausgeführt, dass aus den in der Berufung zitierten VwGH Erkenntnissen nicht erkennbar sei, wieso daraus gerade im vorliegenden Sachverhalt und bei dieser Konstruktion etwas gewonnen werden könne. Das Erkenntnis vom 24.1.1984, 13/14/0130 betreffe die Kapitalherabsetzung einer GmbH, das Erkenntnis vom 13.9.1988, 87/14/0128 eine Verschmelzung gemäß Art. I StruktVG, das Erkenntnis vom 23.5.1990, 89/13/0272 – 0275 den Fall einer Liebhabereibeurteilung und das Erkenntnis vom 20.6.1995, 92/13/0268 die Änderung der Gewinnermittlungsart.

Als Konsequenz der Anwendung des Missbrauchstatbestandes gemäß § 22 BAO seien die Zinsen der Bw. zuzurechnen und die Aufwendungen der Z Finance Ltd., die nach Ansicht der Betriebsprüfung nur die üblichen Kosten (management free, company tax etc.) für eine Oasengesellschaft darstellen, und somit im Zusammenhang mit Zinserträgen in Österreich nicht angefallen wären, nicht zu berücksichtigen. Aus dem VwGH Erkenntnis vom 10.12.1997, 93/13/0185 könne nach Ansicht der Betriebsprüfung nichts anderes abgeleitet werden.

Die Bw. hat am 24.2.2003 eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung eingebracht und bedauert, dass sich die Betriebsprüfung in ihrer Stellungnahme nicht darauf beschränkt habe, den Sachverhalt sachlich wiederzugeben und die rechtliche Beurteilung sachlich vorzunehmen, sondern sich polemischer und tendenziöser Redewendungen bedient habe. Die Bw. erachte es nicht als hilfreich, wenn Jersey als bekannte Steueroaseninsel bezeichnet werde. Ebenso wenig diene es der Sache, die Z Finance Ltd. als Oasengesellschaft zu bezeichnen. Tatsache sei einzig und allein, dass die Bw. im Ausland eine Tochtergesellschaft gegründet habe, die in der Folge bestimmte Einkünfte bezogen habe. Aufgabe der Betriebsprüfung sei es, diesen Sachverhalt aus rechtlicher Sicht zu beurteilen und nicht in tendenziöser Weise zu beschreiben. Aus der durch die Betriebsprüfung wiedergegebenen Sachverhaltsschilderung sei bereits erkennbar, dass die Betriebsprüfung beabsichtige, die Abweisung der Berufung vorzuschlagen. Die Bw. empfehle daher, im weiteren Verfahren auf derartige Polemik zu verzichten.

Die Betriebsprüfung scheine auch nicht hinlänglich zwischen den Planungen und dem realisierten Vorhaben zu unterscheiden. Es entspreche einer allgemeinen Lebensweisheit, dass sich die Planungen oft nicht zur Gänze realisieren ließen. Wenn daher geplant gewesen sei, dass die in Jersey gegründete Konzernfinanzierungsgesellschaft die verfügbaren liquiden Mittel auch außerhalb des Konzerns veranlagt, spreche es nicht gegen diesen Planungen, wenn die Veranlagung letztlich dann doch innerhalb des Konzerns erfolge, weil es den Organen der Z Finance Ltd. so als wirtschaftlich sinnvoll erschienen sei. Wirtschaftlich habe sich die Konzernfinanzierung nicht auf die Y Holding GmbH (D) beschränkt. Auch die italienische und ungarische Tochtergesellschaft habe Konzernfinanzierungen erhalten. Aus Gründen in Italien und Ungarn sei die Vergabe nicht direkt, sondern über die Y Holding GmbH (D) erfolgt. Weiters sei die Tätigkeit der Z Finance Ltd. nicht auf die Vergabe von Darlehen beschränkt gewesen, vielmehr seien auch Zinseinkünfte aus Bankeinlagen erzielt worden.

Nicht nachvollziehbar sei für die Bw., warum es die Betriebsprüfung für erwähnenswert erachte, dass die Sacheinlage aus einer Kaufpreisforderung bestanden habe. Auch eine derartige Forderung stelle einen wirtschaftlichen Wert dar, der einlagefähig und verwertbar sei. Der Eindruck bleibe haften, dass die Betriebsprüfung letztlich die gesamte Gestaltung ohne jede Notwendigkeit in recht geheimnisvoller Form darstelle. Wüsste man es nicht besser, könne man den Eindruck gewinnen, die Betriebsprüfung wolle den Eindruck erwecken, hier wäre etwas nicht mit rechten Dingen zugegangen. Das gelte auch für den Hinweis, dass nach Liquidation der Z Finance Ltd. das Liquidationsvermögen wieder an die Bw. rückübertragen worden sei.

Die Betriebsprüfung sei der Meinung, dass sie auf die Ausführungen der Bw., wonach die von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung des § 22 BAO gesetzwidrig sei nicht einzugehen brauche. Sie begründe dies aber nicht. Nach Ansicht der Bw. hätte sich die Betriebsprüfung jedenfalls mit ihren Ausführungen auseinandersetzen müssen. Aus diesen ergebe sich einwandfrei, dass die zuständige Fachabteilung des Bundesministeriums für Finanzen der so genannten Innentheorie folge, wonach § 22 BAO keine selbständige normative Bedeutung habe (so ausdrücklich H. Loukota, in Gassner/M. Lang/Lechner Hrsg, Der Entwurf eines österreichischen Außensteuergesetzes, 2001, 21, 2. Abs.). Die Betriebsprüfung stehe daher mit ihrer Auffassung völlig im Gegensatz zur Auffassung des Finanzministeriums. Hier wäre wohl zu erwarten gewesen, dass die Betriebsprüfung begründe, warum sie eine völlig andere Auffassung als das Bundesministerium für Finanzen vertrete.

Zu den Ausführungen der Bw. betreffend die Tatbestandselementen des § 22 BAO nach der Außentheorie nehme die Betriebsprüfung nicht Stellung. Sie bestreite daher offenbar auch nicht, dass zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 22 BAO die Ungewöhnlichkeit, die Unangemessenheit und die ausschließlich Steuerersparnisabsicht gehöre und all diese drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein müssten. Weiters bestreite die Betriebsprüfung daher offenbar auch nicht, dass nach der Rechtsprechung des VwGH von einer ungewöhnlichen oder unangemessenen rechtlichen Gestaltung nicht gesprochen werden könne, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne, mag auch die Steuerersparnisabsicht das Ziel der Gestaltung sein (VwGH 24.1.1984, 83/14/0130; 13.9.1988, 87/14/0128; 23.5.1990, 89/13/0272-0275). Nicht nachvollziehbar sei, warum die Betriebsprüfung dennoch Missbrauch annehme. Hier lasse die Betriebsprüfung jede Begründung vermissen.

Die Betriebsprüfung behaupte weiterhin die Ungewöhnlichkeit der Gestaltung und ziehe sich auf die Behauptung zurück, dass sich die Ungewöhnlichkeit "schon aus dem Sachverhalt" ergäbe. Sie unterscheide nicht zwischen der "Konzernfinanzierung" und einem "Finanzierungspool". Sie wähle weiters tendenziöse Formulierungen, wonach sich die Z Finance Ltd. darauf beschränkt habe "eine im Konzern entstandene Konzernforderung über den Umweg einer neu gegründeten Oasengesellschaft als Darlehen an dieselbe Konzerngesellschaft zur Verfügung zu stellen". Diese Ausführung der Betriebsprüfung sei nicht nachvollziehbar. Die Betriebsprüfung könne nicht bestreiten, dass die von der Bw. auf Jersey gegründete Tochtergesellschaft eine Finanzierungsfunktion gehabt habe. Die Einlage der Forderung sei Teil des Weges, dieses Ziel zu erreichen. Es könne keinen Unterschied ausmachen, ob eine Finanzierungsgesellschaft etwa mit Bargeld oder auf andere Weise ausgestattet werde.

Die Ausführungen der Betriebsprüfung seien auch im Hinblick auf die von ihr behauptete Unangemessenheit nicht nachvollziehbar. Die Betriebsprüfung gehe offenbar davon aus, dass eine Sacheinlage – in Form einer Forderung – unangemessen sei, ohne dies näher zu begründen.

Weiters kritisiere die Betriebsprüfung, dass die Konzernfinanzierungsgesellschaft der Bw. nicht "eigentliche Fremdmittel" zur Verfügung gestellt habe. Nicht nachvollziehbar sei, warum eine Finanzierungsgesellschaft nicht mit Eigenmitteln ausgestattet werden könne, die sie dann entweder konzernintern oder konzernextern entsprechend anlege. Zum Wesen einer Konzernfinanzierungsgesellschaft gehöre wohl nicht, dass diese Gesellschaft selbst Fremdmittel aufnehme. Sehr wohl habe die Konzernfinanzierungsgesellschaft Fragen der Reinvestition von aufgelaufenen Zinsen, Fragen der Fristigkeit und der Zinssätze sowie sonstige Bedingungen zu entscheiden.

Unklar sei auch, warum die Betriebsprüfung leugne, dass die Bw. als Ergebnis von Haftungsüberlegungen, Überlegungen der Flexibilität etc. die entsprechende ausländische Finanzierungsgesellschaft gegründet habe. Auch die Entscheidung, wiederum innerhalb des Konzerns ein Darlehen zu vergeben, sei eine Entscheidung, bei der eine Vielzahl von betriebswirtschaftlichen Überlegungen, auf welche die Bw. hingewiesen habe, mitgespielt hätten.

Für die Betriebsprüfung seien die von der Bw. vorgebrachten außersteuerlichen Gründe völlig unverständlich. Dies sei bedauerlich, da es doch leicht nachvollziehbar sei, dass die ausländische Konzernfinanzierungsgesellschaft der Bw. auch die ihr übertragene Forderung entweder innerhalb oder außerhalb des Konzerns veräußern hätte können, dadurch Geldmittel beschaffen hätte können und auf diese Weise auch weitere Finanzierungsgeschäfte tätigen hätte können. Bei all diesen Geschäften wäre nie ausgeschlossen gewesen, dass es zu hohen Verlusten komme. Aus diesen Gründen hätten jedenfalls aus Sicht der Bw. Haftungsüberlegungen dafür gesprochen, derartige Finanzierungsaktivitäten in einem eigenen Rechtsträger abzuwickeln. Dass dieses Risiko dann doch nicht schlagend geworden sei, weil sich die ausländische Finanzierungsgesellschaft entschlossen habe, innerhalb des Konzerns Darlehen zu vergeben und diese Darlehen unproblematisch gewesen seien, sei erfreulich. Keineswegs habe aber aus dem Blickwinkel des Gesellschafters – also aus dem Blickwinkel der Bw. – kein Risiko bestanden, dass die Geschäftsführungsorgane der ausländischen Finanzierungsgesellschaft, die selbstverständlich Autonomie gehabt hätten, auch riskante Veranlagungsformen hätten wählen können.

Darüber hinaus sei auch durch die Vermeidung einer direkten Finanzierung der Tochtergesellschaften eine Haftungsreduktion beabsichtigt gewesen, weil Fragen des Eigenkapitalersatzes

im Falle der Insolvenz einer Tochtergesellschaft zu einem großen Teil vermieden hätten werden können.

Unklar sei der Bw., warum die Betriebsprüfung leugne, dass die Einfachheit und Flexibilität der Regelung für die Gesellschaftsgründung in Jersey mit ein bestimmendes Motiv für die Wahl des Ortes Jersey gewesen seien. Es sei evident, dass Gesellschaften in Jersey mit einem niedrigeren Gesellschaftskapital gegründet werden können, dass eine Gründungsprüfung im Falle einer Sachgründung – wie sie hier vorgelegen sei – entfalle und das auch eine spätere Kapitalherabsetzung und Liquidation ohne der österreichischen Rechtsordnung vergleichbare Formvorschriften erfolgen könne.

Bedauerlich sei auch, dass der Betriebsprüfung nicht bekannt sei, dass auch Darlehenshingaben zu bankaufsichtsrechtlichen Problemen führen können. In der Praxis sei es nämlich bekannt, dass auch die Hingaben von Darlehen im Konzern Bankgeschäfte darstellen und dass daher allfällige bankrechtliche Probleme nur dann vermieden werden können, wenn diese Geschäfte im Ausland durch eine ausländische Gesellschaft erfolgen und daher nicht unter die österreichischen bankrechtlichen Vorschriften fallen. Vor allem vor dem Hintergrund, dass die ausländische Tochtergesellschaft der Bw. ursprünglich noch in intensiverem Ausmaß Finanzierungsaktivitäten entfalten hätte sollen, wäre die Gründung einer derartigen Gesellschaft in Österreich aus den genannten bankrechtlichen Problemen jedenfalls unmöglich gewesen.

Nicht mit den Denkgesetzen vereinbar sei die Auffassung der Betriebsprüfung, dass es in Anbetracht der tatsächlich stark eingeschränkten Aktivitäten der Z Finance Ltd. nicht einsichtig wäre, warum Finanzierungsexperten mit spezifischen Know-How beschäftigt worden seien. Die Betriebsprüfung mache wiederum den gedanklichen Fehler, dass sie aus der Zahl der abgewickelten Geschäfte schließe, dass von vornherein geplant gewesen sei, die Geschäfte so, in diesem Umfang und nicht anders abzuwickeln. Das Gegenteil sei der Fall. Die Bw. habe bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass ursprünglich an andere Finanzierungsgeschäfte gedacht worden sei. Es sei auch nicht absehbar gewesen, dass der Finanzierungsbedarf der Konzerngesellschaften kontinuierlich abgenommen habe. Allerdings habe es den Organen der ausländischen Finanzierungsgesellschaft obliegen, darüber zu entscheiden, ob sie die Mittel konzernintern einsetzen oder aber außerhalb des Konzerns veranlagen wollen.

Entgegen den Ausführungen der Betriebsprüfung sei eine starke Internationalisierung des Konzerns geplant gewesen, die dann leider nur auf Deutschland, Italien, Ungarn, die Tschechische Republik und Polen beschränkt geblieben sei.

Nicht nachvollziehbar sei, dass die Betriebsprüfung aus den vorgelegten Bilanzen und den Gewinn- und Verlustrechnungen schließen wolle, dass es sich bei der ausländischen Tochter der Bw. "um eine nicht tätige und daher Oasengesellschaft handle". Wiederum verwende die Betriebsprüfung den inhaltlich nichtssagenden, sondern rein tendenziösen Begriff der Oasengesellschaft. Die Betriebsprüfung beschreibe nicht, wie ihrer Auffassung nach die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung einer "tätigen" Gesellschaft die keine "Oasengesellschaft" darstelle, auszusehen habe.

Was die Darstellung des ausschüttungspolitischen Spielraumes betreffe, gelinge es der Betriebsprüfung wiederum nicht, zwischen den Plänen und der nachfolgenden Realisierung zu unterscheiden. Die Gründung der Finanzierungsgesellschaft habe einfach bedeutet, dass die Option geschaffen worden sei, eine Ausschüttungspolitik zu betreiben (Erhöhung des für Ausschüttungen verfügbaren Jahresergebnisses der Bw. wenn erforderlich). Dass dies dann nicht in der geplanten Form habe realisiert werden können, habe unter anderem auch daran gelegen, dass die Konzernergebnisse insgesamt nicht so gut gewesen seien. Jedenfalls sei 1994 eine Sonderdividende zur Aufbesserung des Jahresgewinnes der Bw. erfolgt.

Die Ausführungen der Betriebsprüfung zur Frage der Bilanzpolitik seien verschwommen. Offenbar könne auch die Betriebsprüfung nicht bestreiten, dass der Umstand, dass statt einer Darlehensforderung in der Bilanz der Bw. ein Beteiligungsansatz habe gezeigt werden können, ein optischer Vorteil sei. Die Betriebsprüfung irre, wenn sie behaupte, dass die Z Finance Ltd. nicht über Bankguthaben verfügt habe. Im Jahr 1995 seien dies S 0,97 Mio., in den Folgejahren S 0,1 Mio., 0,07 Mio. und 0,08 Mio. gewesen. Auch eine langfristige Forderung sei diesbezüglich relevant, da auch eine langfristig gewährte Forderung einen Wert vermittele und daher veräußerbar gewesen wäre.

Nicht nachvollziehbar sei, warum sich aus dem in der Berufung vorgenommenen Verweis auf steuerliche Änderungen in Deutschland ergeben solle, dass sämtliche in der Berufung angeführten außersteuerlichen Gründe nur fiktiv angedacht seien. Vielmehr sei eben ein ganzes Bündel von Motiven für die Gestaltung ausschlaggebend gewesen. Dazu habe unter anderem, aber nicht ausschließlich auch die Änderung der steuerlichen Rahmenbedingungen in Deutschland gehört.

Den in der Berufung geäußerten Einwand, dass bei einer entsprechenden Eigenkapitalausstattung der Y Holding GmbH (D) keine Darlehensgewährung notwendig gewesen wäre und es sodann ebenfalls zu keinen steuerpflichtigen Zinserträgen gekommen wäre, betrachte die Betriebsprüfung als "rein hypothetisch", da die Bw. im Jahr 1992 nicht über die entsprechenden Geldmittel verfügt habe. Diese Ausführungen der Betriebsprüfung seien nicht konsistent,

da natürlich auch eine Forderung versilbert und unmittelbar zu Geldmitteln gemacht werden hätte können.

Wenn die Betriebsprüfung schließlich schreibe, dass die Bw. auch das wirtschaftliche Risiko der Darlehensforderung tragen würde und dass dies der im Jahr 2000 aufwandswirksame Gesellschafterzuschuss in Höhe von S 70 Mio. verdeutlicht habe, sei ihr entgegenzuhalten, dass der Umstand, dass die Bw. einen Gesellschafterzuschuss gewährt habe, nicht darauf schließen lasse, dass sie das wirtschaftliche Risiko der Darlehensforderung zu tragen gehabt habe. Die Bw. habe die Möglichkeit gehabt, keinen Gesellschafterzuschuss zu gewähren und allenfalls den Konkurs der entsprechenden Gesellschaft in Kauf zu nehmen. Aus freien Stücken habe sich die Bw. dann zum Gesellschafterzuschuss entschlossen.

Die Ausführungen der Betriebsprüfung seien auch insoweit unrichtig, als die Regelungen des § 10 Abs. 3 KStG zu einem späteren Zeitpunkt zeitversetzt sehr wohl zum Tragen gekommen seien.

Dem Vorbringen der Bw., dass diese nur einen Weg beschritten habe, den das Gesetz ausdrücklich vorgezeichnet habe (vgl. § 7 Abs. 4 letzter Satz KStG in der damals geltenden Fassung; Ausnahme für den Bankbetrieb etc.) halte die Betriebsprüfung inhaltlich überhaupt nichts entgegen. Sie schreibe nur, dass für sie nicht erkennbar sei, "wieso daraus gerade im vorliegenden Sachverhalt und bei dieser Konstruktion etwas gewonnen werden könne". Diese Formulierung der Betriebsprüfung brauche nicht weiter kommentiert zu werden.

Mit dem Vorbringen, wonach die Aufwendungen der Z Finance Ltd. zu berücksichtigen seien, setze sich die Betriebsprüfung inhaltlich nicht auseinander. Sie behauptet bloß, dass die von der Bw. genannten Aufwendungen im Zusammenhang mit Zinserträgen in Österreich nicht angefallen wären und stelle somit hypothetische Überlegungen an die Stelle des tatsächlichen Sachverhaltes. Es sei nicht zu leugnen, dass die Aufwendungen tatsächlich angefallen seien.

Im Rahmen der am 7. Dezember 2005 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde vom steuerlichen Vertreter der Bw. eingeräumt, dass der gegenständliche Sachverhalt und das Berufungsvorbringen im wesentlichen mit dem Sachverhalt und dem Berufungsvorbringen übereinstimmt, dass dem Verwaltungsgerichtshofurkenntnis vom 22.9.2005, 2001/14/0188 zugrunde liegt. Im Gegensatz zu dem angeführten Erkenntnis seien im gegenständlichen Fall aber die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Gründung und Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey nicht berücksichtigt worden. Vom steuerlichen Vertreter der Bw. wurde zudem angeführt, dass auch bei der direkten Vergabe von Krediten Aufwendungen angefallen wären.

Der Senat hat erwogen:

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO kann die Abgabenpflicht durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts nicht umgangen oder gemindert werden.

Gemäß § 22 Abs. 2 BAO sind die Abgaben, wenn ein Missbrauch (Abs. 1) vorliegt, so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

- 1) Missbrauch gemäß § 22 Abs. 1 BAO, Deutung der Bestimmung in Zusammenhang mit den in der Lehre und auch von der Bw. verwendeten Begriffen "Außentheorie" und "Innentheorie"?:

In Zusammenhang mit § 22 BAO erfolgte ausschließlich in der Fachliteratur eine fortwährende Diskussion unter Verwendung der Begriffe "Innentheorie" und "Außentheorie", der sich der Verwaltungsgerichtshof nie angeschlossen hat.

Die Innentheorie steht nach Auffassung des Senates in einem krassen Widerspruch zur Rechtsprechung des VwGH, da nach dieser Theorie § 22 BAO keine eigenständige normative Bedeutung zukomme, sondern Fragen der Gesetzesumgehung ausschließlich durch Interpretation der umgangenen Steuervorschrift zu lösen seien. § 22 BAO käme nur die Bedeutung eines Interpretationshinweises zu (so im wesentlichen Gassner, ÖStZ 1981, 262ff; Lang, ÖStZ 1994; 174ff). Zu betonen ist, dass es in der mittlerweile umfangreichen Rechtsprechung des VwGH zu § 22 BAO nie um die Frage der Anwendung einer Interpretationshilfe oder ähnlichem ging, sondern immer nur darum, ob eine einen Abgabenanspruch (mit)begründende Norm anwendbar sei (vgl. beispielhaft die VwGH - Erkenntnisse 26.3.1992, 90/16/0236, 90/16/0238; 15.6.1993, 91/14/0253; 20.4.1995, 94/13/0228; 13.10.1999, 96/13/0113; 26.7.2000, 97/14/0070; 2.8.2000, 98/13/0152).

Die in der Lehre ausgebreitete Gegenposition zur Innentheorie wird als Außentheorie bezeichnet und räumt § 22 BAO sehr wohl einen eigenständigen normativen Gehalt zu. Gemäß der Außentheorie kommt es hinsichtlich der Ungewöhnlichkeit der gewählten zivilrechtlichen Gestaltung darauf an, ob eine zivilrechtliche Konstruktion allgemein bekannt ist bzw. ob schon andere Steuerpflichtige eine vergleichbare zivilrechtliche Konstruktion gewählt haben. Dieser Deutung der "Ungewöhnlichkeit" hat sich der VwGH nie angeschlossen. Auch in den Erkenntnissen älteren Datums hat der VwGH die Ungewöhnlichkeit immer nur in Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung im konkreten Fall untersucht. So sind etwa Mantelkäufe (vgl. VwGH 2.8.2000, Zl. 98/13/0156) zwar im Wirtschaftsleben sehr verbreitet und gewöhnlich, im konkreten Fall war der Mantelkauf aber doch ungewöhnlich, weil wirtschaftlich

nicht verständlich. Beispielsweise sei auch das Erkenntnis vom 22.10.1991, 91/14/0147 angeführt, in welchem sich der VwGH dahingehend äußert, dass Missbrauch nur dann anzunehmen sei, wenn die rechtliche Gestaltung auf den Einzelfall bezogen ungewöhnlich und unangemessen sei, also nicht sinnvoll erschiene, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenken würde.

Festzuhalten ist daher, dass die von der Bw. erfolgte Bezugnahme auf die beiden Theorien abzulehnen ist und der einzige zulässige Weg der Beurteilung, ob Missbrauch vorliegt oder nicht, darin besteht, von der Rechtsprechung des VwGH (die zuvor beispielhaft angeführt wurde und sich durch Erkenntnisse aus jüngster Zeit weiter gefestigt hat) per se – ohne Zuordnung zu den beiden Theorien – auszugehen.

Demnach ist eine missbräuchliche Gestaltung eine solche, die in Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet; es ist dann zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenkt, oder ob er ohne das Resultat der Steuerminderung einfach unverständlich wäre (vgl. VwGH 27.9.1995, 93/13/0095; 10.12.1997, 93/13/0185).

2) Ungewöhnlichkeit und Unangemessenheit der gewählten zivilrechtlichen Gestaltung:

Wie schon unter Punkt 1. in Zusammenhang mit der Kritik an der Außentheorie ausgeführt, ist das Kriterium der Ungewöhnlichkeit und Unangemessenheit nach der Rechtsprechung des VwGH im Einzelfall in Hinblick auf die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer gewählten zivilrechtlichen Konstruktion zu untersuchen. Dabei ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Bw. hat 1991 die Y Holding GmbH (D) gegründet und im Jänner 1992 ihre Anteile an der X GmbH (D) um DM 29,3 Mio. an die Y Holding GmbH (D) verkauft. Die aus dem Verkauf resultierende Forderungen von DM 29,3 Mio. hat die Bw. als Sacheinlage in die 1992 gegründete Z Finance Ltd., Jersey eingebracht. Die Z Finance Ltd., Jersey hat im Februar 1992 ein Darlehen von DM 29,3 Mio. an die Y Holding GmbH (D) vergeben. In weiterer Folge hat die Y Holding GmbH (D) noch weitere Darlehen von der Z Finance Ltd., Jersey erhalten. Die weiteren Darlehen wurden aus den Zinszahlungen und den Darlehensrückzahlungen der Y Holding GmbH (D) und aus einer weiteren Kaufpreisforderung der Bw., die 1996 als Sacheinlage in die Z Finance Ltd., Jersey eingebracht wurde, dotiert. Über die Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) hinausgehende Aktivitäten der Z Finance Ltd., Jersey sind durch die vorliegenden Unterlagen nicht objektiviert. Im Jahr 2000 wurde die Z Finance Ltd., Jersey liquidiert.

Als ungewöhnlich und unangemessen kann die Gründung der Z Finance Ltd., Jersey deshalb angesehen werden, weil im Zusammenhang mit dieser Konstruktion beträchtliche zusätzliche (insbesondere administrative) Kosten angefallen sind, obwohl die einzige erkennbare Aktivität der Z Finance Ltd., Jersey in der oben dargestellten Zwischenschaltung bei der Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) bzw. der Kreditierung von Kaufpreisforderungen bestanden hat. Es ist daher zu prüfen, ob nur steuerliche oder aber auch außersteuerliche Motive für die als ungewöhnlich und unangemessen zu beurteilende Konstruktion ausschlaggebend waren.

3) Vorliegen von steuerlichen Motiven für die ungewöhnliche und unangemessene Konstruktion:

Zu untersuchen ist hier, ob die vorliegende Gestaltung steuerlich motiviert ist. Dies ist, wie in der Folge erläutert wird, zweifellos zu bejahen:

Eine unterstellte in wirtschaftlicher Hinsicht nachvollziehbare langfristige Kreditierung der 1992 und 1996 entstandenen Kaufpreisforderungen durch die Bw. bzw. die direkte Vergabe von Darlehen durch die Bw. hätte zu einer Besteuerung der daraus resultierenden Zinserträge in Österreich geführt. Der maßgebliche Steuersatz wäre bis 1993 30% und ab dem Veranlagungsjahr 1994 34% gewesen. Demgegenüber wurden die Zinserträgen, bei der Z Finance Ltd., Jersey keiner Besteuerung unterzogen. Der Z Finance Ltd., Jersey wurde lediglich eine pauschale Körperschaftsteuer vorgeschrieben (Jersey exempt company tax), die gemäß den vorliegenden Jahresabschlüssen der Z Finance Ltd., Jersey im Zeitraum 1994 bis 1999 zwischen S 7.990,00 und S 12.610,00 betragen hat.

In Zusammenhang mit der Nichtbesteuerung der Zinseinkünfte bei der Z Finance Ltd., Jersey steht auch die von der Bw. beabsichtigte Inanspruchnahme des internationalen Schachteleigens gemäß § 10 Abs. 2 KStG 1988. Aufgrund dessen sollten in Zusammenhang mit der gewählten Konstruktion in Österreich letztlich keine Steuern bezahlt werden. Dadurch sollte die Steuerbelastung für in Österreich erzielte Zinserträge auf S 0,00 vermindert werden.

Nach Auffassung des Senates gewinnt dass zuvor im Vergleich mit der langfristigen Kreditierung der 1992 und 1996 entstandenen Kaufpreisforderungen bzw. der direkten Vergabe von Darlehen durch die Bw. selbst und der Vergabe von Darlehen durch Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey erläuterte Steuermotiv eine schwerwiegendere Bedeutung, wenn die angestrebte Steuerersparnis besonders hoch ist. Dies ist hier der Fall, da sich die Besteuerungsgrundlagen der Bw. in den Jahren 1994 bis 1999 wie folgt erhöhen:

1995	13.032.828,00
1996	12.607.413,00
1997	13.937.523,00
1998	13.864.829,00
1999	12.169.047,00

Gesamt: 81.372.848,00

Zum Vorbringen der Bw., dass es durch die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey zu einer Steuerersparnis in Deutschland nicht aber in Österreich gekommen sei, weil Zinsen aufgrund der Unterkapitalisierungsregeln in Deutschland nur insoweit steuerlich abzugsfähig sind als eine Debt-Equity-Ratio von 9:1 eingehalten werde, wird angemerkt, dass auch Darlehen von dem Anteilseigner nahe stehenden Personen durch die deutschen Unterkapitalisierungsregeln (§ 8a dKStG) umfasst werden. Bei einer tatsächlich bestehenden Unterkapitalisierung der Y Holding GmbH (D) wäre es demnach auch bei Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey zu Zinskürzungen in Deutschland gekommen. Dem Berufungsvorbringen, wonach die Alternative zur verfahrensgegenständlichen Umwegkonstruktion eine entsprechende Eigenkapitalausstattung der Y Holding GmbH gewesen wäre, ist entgegenzuhalten, dass die Y Holding GmbH bis 1995 über ein gezeichnetes Eigenkapital von DM 4,0 Mio. und ab 1996 über ein gezeichnetes Eigenkapital von DM 7 Mio. verfügt hat, wohingegen sich die Verbindlichkeiten gegenüber verbundene Unternehmen (inklusive der verfahrensgegenständlich relevanten Verbindlichkeiten) zwischen DM 30,8 Mio. (1994) und DM 47,9 Mio. (1999) bewegt haben. Aufgrund des Verhältnisses Gesellschafter-Fremdkapital zu Eigenkapital wäre demnach auch die direkte Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) bzw. die langfristige Kreditierung von Kaufpreisforderungen möglich gewesen. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass ein konkretes Ansinnen der deutschen Abgabenbehörde bezüglich der Y Holding GmbH (D) verdecktes Eigenkapital ins Spiel zu bringen von der Bw. weder behauptet noch nachgewiesen wurden.

Dass die Erzielung von Steuereffekten in Österreich in keiner Weise ausschlaggebend für die Gründung der Z Finance Ltd., Jersey gewesen sei, wird von der Bw. mitunter auch damit begründet, dass die Z Finance Ltd., Jersey fortgeführt worden sei, obwohl die von dieser Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden mit Einführung des § 10 Abs. 3 KStG ab dem Jahr 1995 nicht mehr steuerfrei gewesen seien. Diese Begründung ist schon allein deswegen nicht stichhaltig, weil der sofortige Ausstieg aus der verfahrensgegenständlichen Umwegkonstruktion ein eindeutiges Indiz für das Vorliegen einer rein steuerliche begründete Gestaltung dargestellt hätte. Im übrigen wird angemerkt, dass die Z Finance Ltd., Jersey 1995 eine Dividende von

lediglich S 0,5 Mio. und 1996 keine Dividende ausgeschüttet hat, wohingegen die Ausschüttungen der Jahre 1997, 1998 und 1999 bei der Bw. als steuerneutrale Einlagenrückgewähr behandelt wurden. Solcherart wurde die Besteuerung der Zinserträge, die ohne Zwischen- schaltung der Z Finance Ltd., Jersey bei der Bw. angefallen wären, hinausgeschoben. Dies stellt einerseits einen nicht unerheblich steuerlichen Vorteil dar und kann andererseits als weiteres Motiv für die Beibehaltung der verfahrensgegenständlichen Umwegkonstruktion angesehen werden.

4) Kein Vorliegen von außersteuerlichen Gründen:

Von der Bw. wurden verschiedene außersteuerliche Gründe für die vorliegende Umwegkonstruktion ins Treffen geführt. Diese sind nach Ansicht des entscheidenden Senates wie im folgenden dargelegt wird aber tatsächlich nicht vorgelegen:

a) Haftungsverminderung:

Die verfahrensgegenständliche Umwegkonstruktion hat laut Bw. insbesondere der Haftungsverminderung gedient. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Tätigkeit der Z Finance Ltd., Jersey ausschließlich darauf beschränkt hat Darlehen an die Y Holding GmbH (D) zu vergeben. Diese Darlehen wären aber im Falle einer Insolvenz der Y Holding GmbH (D) mit oder ohne Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey verloren gewesen. Auch das weitere Vorbringen, wonach bei Finanzierungsaktivitäten durch die Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen mehr als das eingesetzte Kapital verloren gehen kann überzeugt nicht, da aus den vorliegenden Unterlagen nicht hervorgeht, dass die Z Finance Ltd., Jersey zu irgend einem Zeitpunkt derartige zusätzliche Verpflichtungen eingegangen ist, was von der Bw. im übrigen auch nicht behauptet wird.

b) Einfache und flexible Gesellschaftsgründung im Ausland:

Diesbezüglich bringt die Bw. vor, dass die Einfachheit und Flexibilität der Regelungen für die Gesellschaftsgründung in Jersey mit ein bestimmendes Motiv für die verfahrensgegenständliche Umwegkonstruktion gewesen ist. Dem ist entgegen zu halten, dass vergleichsweise nicht auf eine Gesellschaftsgründung in Österreich, sondern darauf abzustellen ist, welche Kosten und Mühen eine gewöhnliche und angemessene Gestaltung verursacht hätte. Eine solche hätte in der direkten Vergabe von Krediten durch die Bw. bzw. in der langfristigen Kreditierung von Kaufpreisforderungen durch die Bw. bestanden. Dafür hätte es der Z Finance Ltd., Jersey nicht bedurft. Im Vergleich dazu hat die Gesellschaftsgründung in Jersey jedenfalls höhere Kosten und Mühen verursacht.

c) Bankrechtliche Vorschriften

Dazu wurde in der Berufung vorgebracht, dass die bestehenden bankrechtlichen Vorschriften in Österreich eine Finanzierungstätigkeit durch eine österreichische Tochtergesellschaft, die keine Bankkonzession besessen hätte, unmöglich machen. Von der Betriebsprüfung wurde zu diesem Vorbringen dahingehend Stellung genommen, dass die Z Finance Ltd., Jersey Darlehen immer nur an die Y Holding GmbH (D) und nie an Dritte vergeben habe und ihr kein Fall bekannt sei, bei dem konzerninterne Darlehenshingaben zu Problemen mit der Bankenaufsicht geführt hätten. Auf dieses Vorbringen hat die Bw. in der Gegenäußerung zur Stellungnahme

der Betriebsprüfung dahingehend repliziert, dass in der Praxis bekannt sei, dass auch die Hingabe von Darlehen im Konzern Bankgeschäfte darstellen und dass daher allfällige bankrechtliche Probleme nur dann zu vermeiden seien, wenn diese Geschäfte im Ausland durch eine ausländische Gesellschaft erfolgen würden und daher nicht unter die österreichischen bankrechtlichen Vorschriften fielen. Die gesetzlichen Bestimmungen, aufgrund welcher für die Finanzierung von Konzernaktivitäten durch Gesellschafterdarlehen in Österreich eine Bankkonzession erforderlich sein soll, hat die Bw. weder in der Berufung noch in der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung bekanntgegeben. Auch für das Vorbringen, dass es in der Praxis bei der Hingabe von Darlehen im Konzern zu bankrechtlichen Problemen kommen kann ist die Bw. jeden wie auch immer gearteten Nachweis schuldig geblieben. Mangels objektivierbarer, einem rechtlichen Nachvollzug zugänglicher Unterlagen, geht der Senat daher in freier Beweiswürdigung davon aus, dass das Argument, bankrechtliche Überlegungen seien für die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey ausschlaggebend gewesen, von der Bw. nur vorgeschoben wurde um die Beurteilung der gegenständlichen Umwegkonstruktion als Missbrauch zu verhindern.

d) Anerkannte Finanzierungsexperten, spezifisches Know-How für die Gestaltung von Darlehensverträgen

Die Z Finance Ltd., Jersey sei laut Bw. auch deshalb gegründet worden, weil auf Jersey anerkannte Finanzierungsexperten existieren, deren spezifisches Know-How für die Gestaltung von Darlehensverträgen, die Planung etwaiger Finanzierungsaktivitäten außerhalb des Konzerns etc. wesentlich erschienen sei. Dazu wird angemerkt, dass die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der verfahrensgegenständlichen Umwegkonstruktion durch dieses Argument nicht begründet wird, weil sich die Bw. der Beratungsleistungen von auf Jersey etablierten Finanzierungsexperten auch unmittelbar (etwa im Wege eines Werkvertrages) hätte bedienen können. Abgesehen davon wird vom Senat in Zweifel gezogen, dass es der Beziehung von Finanzierungsexperten überhaupt bedurft hat, zumal sich die Finanzierungsaktivitäten der Z Finance Ltd., Jersey de facto auf die Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) beschränkt haben und im Hinblick auf den Zeitablauf von Gesellschaftsgründung, Ausstattung mit Stammkapital und Darlehensvergabe die Annahme zulässig ist, dass darüber hinausgehend Finanzierungsaktivitäten zu keinem Zeitpunkt geplant waren.

e) Internationalisierung

Diesbezüglich wurde in der Berufung vorgebracht, dass durch die Gründung der Z Finance Ltd., Jersey die Voraussetzungen für eine Internationalisierung geschaffen worden seien. Die Betriebsprüfung hat zu diesem Vorbringen dahingehend Stellung genommen, dass der an-

gefährte Grund der Internationalisierung reine Spekulation sei, die durch keinerlei Anzeichen von neuen, weiteren diesbezüglich Aktivitäten bestätigt werde. Auf dieses Vorbringen hat die Bw. in der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung dahingehend repliziert, dass eine starke Internationalisierung des Konzerns geplant gewesen sei, die dann leider nur auf Deutschland, Italien, Ungarn, die Tschechische Republik und Polen beschränkt geblieben sei. Worin die Internationalisierung bestanden hat, welche die in Rede stehende Gestaltung gefordert hat, wurde von der Bw. weder in der Berufung noch in der Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung dargelegt. Ebenso nicht dargelegt wurden die "außersteuerlichen" Vorteile die sich durch die von der Bw. behauptete Internationalisierung ergeben haben. Der Senat geht daher in freier Beweiswürdigung davon aus, dass dieses Argument nur vorgeschoben wurde um die Beurteilung der gegenständlichen Umwegkonstruktion als Missbrauch zu verhindern.

f) Ausschüttungspolitischer Spielraum

Unter diesem Titel bringt die Bw. vor, dass durch die Gründung der Z Finance Ltd., Jersey ein wesentlicher ausschüttungspolitischer Spielraum geschaffen worden sei. Die Dividenden der Z Finance Ltd., Jersey seien nämlich im Jahresabschluss der Bw. im Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) zu erfassen. Die Dividenden der Z Finance Ltd. seien daher vor allem zur Steuerung des EGT verwendet worden. Im Börsenprospekt der Bw. anlässlich des Börseganges seien den Aktionären laufende Gewinnausschüttungen vorausgesagt worden. Damit die Bw. dieses "Versprechen" an die Aktionäre einhalten konnte sei das EGT durch die Gewinnausschüttungen der Z Finance Ltd., Jersey gesteuert worden. So sei die Möglichkeit geschaffen worden die Gewinne der Z Finance Ltd., Jersey bei günstiger Ertragslage zu thesaurieren und das Ergebnis der Bw. bei ungünstiger Ertragslage insoweit zu verbessern, dass die Dividenden an die Aktionäre aus dem laufenden Ergebnis (ohne Auflösung von Rücklagen) möglich sei. Zu diesem Vorbringen wird angemerkt, dass für die Thesaurierung der gegenständlichen Zinserträge die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey grundsätzlich nicht erforderlich war. Die gegenständlichen Zinserträge hätten bei günstiger Ertragslage einer freien Rücklage zugeführt werden können. Die freie Rücklage hätte bei ungünstiger Ertragslage aufgelöst und als Dividende an die Aktionäre ausgeschüttet werden können. Das mit der gegenständlichen Gestaltung ausschüttungspolitische Spielräume geschaffen worden wären, ist demnach nicht erkennbar. Außersteuerliche Interessen dafür, die gegenständlichen Zinserträge im Jahresabschluss der Bw. nicht auszuweisen hat die Bw. weder dargelegt noch nachgewiesen. Der Senat geht daher in freier Beweiswürdigung davon

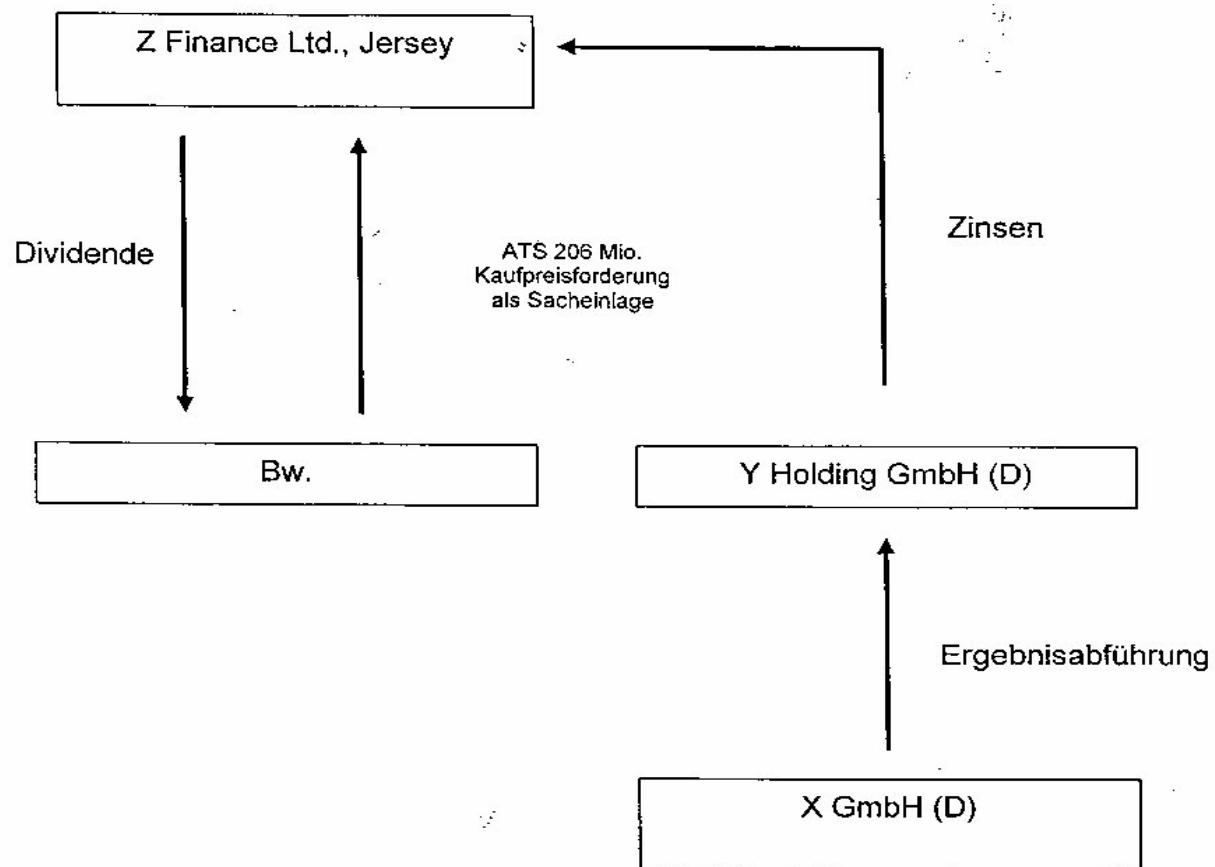
aus, dass dieses Argument nur vorgeschoben wurde um die Beurteilung der gegenständlichen Umwegkonstruktion als Missbrauch zu verhindern.

g) Bilanzpolitik

Diesbezüglich wird von der Bw. vorgebracht, dass es – vor allem im Hinblick auf die Börsennotierung – notwendig gewesen sei, dass sämtliche Beteiligungsgesellschaften mit entsprechenden Eigenkapital ausgestattet werden. In der Bilanz der Bw. sollten hohe Beteiligungsansätze anstatt Darlehensforderungen gezeigt werden. Daher seien liquide Mittel der Z Finance Ltd., Jersey zugeführt worden. In den Bilanzen der Bw. seien auf der Aktivseite nur die hohen Beteiligungsansätze an den Tochtergesellschaften auszuweisen gewesen. Die seitens der Z Finance Ltd., Jersey gewährten Darlehen seien dem Jahresabschluss der Bw. nicht zu entnehmen gewesen. Dazu wird angemerkt, dass die Geschäftsberichte einer AG die herrschendes oder abhängiges Glied eines Konzerns ist, über die Grundlage, die Art und die Auswirkungen der Konzernierung Auskunft gegen müssen. Dieser Verpflichtung ist die Bw. in ihren Geschäftsberichten soweit erkennbar nachgekommen. So wird etwa im Geschäftsbericht der Bw. für das Jahr 2000 folgendes ausgeführt wird:

Zur Erinnerung

1991 wurde die Y Holding GmbH (D) gegründet. Sie erwarb um ca. ATS 206 Mio. von der Bw. die Geschäftsanteile an der damaligen G+P GmbH (D), heute X GmbH (D). Aus dieser Transaktion wurde in der Bw. ein außerordentlicher Ertrag in Höhe von ca. ATS 156,0 Mio. erzielt, wobei dieser Betrag in eine freie Rücklage eingestellt wurde. Die Kaufpreisforderung der Bw. in Höhe von S 206,0 Mio. wurde als Sacheinlage in die Z Finance Ltd., Jersey eingebracht. Der Kaufpreis dieser Geschäftsanteile wurde von der Z Finance Ltd., Jersey finanziert. Die Zinszahlungen – bei der Y Holding GmbH (D) Betriebsausgaben – und Tilgungen erfolgten an die Z Finance Ltd., Jersey (siehe Abb. I)



Durch die geänderten Rahmenbedingungen sowohl in Österreich wie auch in Deutschland macht diese Konstruktion künftig wirtschaftlich keinen Sinn.

Im Hinblick auf die Ausführungen im Geschäftsbericht ("Zur Erinnerung") ist demnach davon auszugehen, dass den Aktionäre die tatsächlichen Kapitalausstattung der Tochtergesellschaften von vornherein bekannt war. Damit waren aber allfällige Verschleierungsmaßnahmen wie die Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey de facto überflüssig. Der Senat kommt daher in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass auch dieses Argument nur vorgeschoben wurde um die Beurteilung der gegenständlichen Umwegkonstruktion als Missbrauch zu verhindern.

5) Beschreiten eines vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weges:

Die Annahme von Missbrauch scheide laut Bw. schon allein deswegen aus, weil diese unmittelbar jenen Weg beschritten habe, den das Gesetz ausdrücklich vorsehe. Die in den Veranlagungszeiträumen bis 1994 anwendbaren Regelungen hätten die Steuerfreiheit für die Dividenden aus internationalen Schachtelbeteiligungen nur dann nicht vorgesehen, wenn der Unternehmensgegenstand der ausländischen Gesellschaft zu mehr als 25% im Verwalten von eigenen Forderungswertpapieren (Teilschuldverschreibungen, Pfandbriefen, Kommunalschuldverschreibungen und ähnlichen Wertpapieren) und Beteiligungen an anderen Unternehmen mit derartigem Unternehmensgegenstand gelegen sei, es sei den die Gesellschaft unterhalte einen Bankbetrieb. Da die Z Finance Ltd., Jersey keine Forderungswertpapiere gehalten habe und wohl sogar ein Bankbetrieb vorgelegen sei, sei die Einschränkung der Steuerfreiheit für Dividenden aus internationalen Schachtelbeteiligungen nach der seinerzeitigen Rechtslage nicht anwendbar gewesen (das heißt es sei kein Missbrauch im Sinne der Rechtsvorschriften vorgelegen). Dazu wird angemerkt, dass der Zweck des internationalen Schachtelprivilegs die Hintanhaltung von Doppelbesteuerungen, welche sich durch eine Besteuerung der Unternehmensgewinne im Ausland und der Besteuerung von Dividendenausschüttungen im Inland ergeben könnten, ist. Dadurch soll die Diskriminierung des Haltens von Beteiligungen an ausländischen Unternehmen verhindert werden. Eine gänzliche Nichtbesteuerung ausgeschütteter Unternehmensgewinne war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. Zentrale Grundvoraussetzung für die Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs ist demnach die Ertragsbesteuerung der Unternehmensgewinne jener ausländischen Gesellschaften, an welcher die inländische Kapitalgesellschaft beteiligt ist, da es andernfalls zu einer Diskriminierung des Haltens von Beteiligungen an inländischen Unternehmen kommen würde (vgl. VwGH 9.12.2004, 202/14/0074; VwGH 19.1.2005, 2000/13/0176). Die verfahrensgegständlichen Zinserträge wurden bei der Z Finance Ltd. Jersey keiner Ertragsbesteuerung

unterzogen. Die im § 7 Abs. 4 KStG 1988 vorgesehenen Steuerbefreiung kam im gegenständlichen Fall nicht zum tragen und kann schon allein deshalb die Annahme von Missbrauch nicht verhindern.

6) Kette von Rechtshandlungen:

In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 10.12.1997, 93/13/0185; VwGH 2.8.2000, 98/13/0152 u. a.) spielt im Zusammenhang mit § 22 BAO eine besondere Rolle, ob eine Kette von Rechtshandlung zur Steuerersparnis geführt hat – ein einzelner Rechtsakt sei grundsätzlich nicht missbrauchsverdächtig. Die vom Verwaltungsgerichtshof geforderte Voraussetzung liegt im gegenständlichen Fall vor:

- 1991 wurde von der Bw. die Y Holding GmbH (D) gegründet.
- Im Jänner 1992 wurde die Beteiligung der Bw. an der X GmbH (D) um DM 29,3 Mio. verkauft.
- Der Verkaufserlös wurde zeitnahe zur Veräußerung als Sacheinlage in die 1992 neu gegründete Z Finance Ltd., Jersey eingebbracht.
- Die Z Finance Ltd., Jersey hat im Februar 1992 ein Darlehen von DM 29,3 Mio. an die Y Holding GmbH (D) vergeben.
- 1996 wurde eine weitere Kaufpreisforderung der Bw. vom S 29 Mio. als Sacheinlage in die Z Finance Ltd., Jersey eingebbracht, welche zur weiteren Aufstockung der Kredite an die Y Holding GmbH (D) verwendet wurde.
- Die Y Holding GmbH hat Zinszahlungen und Tilgungen an die Z Finance Ltd., Jersey geleistet, welche teilweise an die Bw. ausgeschüttet und teilweise für weitere Darlehensvergaben an die Y Holding GmbH (D) verwendet wurden.
- Die Ausschüttungen der Z Finance Ltd., Jersey wurden von der Bw. als steuerfreie Schachteldividenden behandelt. Im Jahr 1995 wurde eine Dividende von S 0,5 Mio. der Besteuerung in Österreich unterzogen, wohingegen die Ausschüttungen der Jahre 1997, 1998 und 1999 bei der Bw. als steuerneutrale Einlagenrückgewähr behandelt wurden.

7) Erhebung der Steuern, wie wenn die von der Z Finance Ltd., Jersey erzielten Erträge von der Bw. selbst erzielt worden wären (=angemessene rechtliche Gestaltung bei Vorliegen von Missbrauch):

Die gegenständliche Gestaltung ist ungewöhnlich und unangemessen, weil im Zusammenhang mit der Gründung der Z Finance Ltd., Jersey beträchtliche zusätzliche Kosten angefallen sind, obwohl die einzige erkennbare Aktivität dieser Gesellschaft in der Zwischenschaltung bei der Vergabe von Darlehen an die Y Holding GmbH (D) bzw. der langfristigen Kreditierung von Kaufpreisforderungen der Bw. bestanden hat (Punkt 2). Die gegenständliche Gestaltung ist steuerlich motiviert, weil die aus einer direkten Darlehensvergabe bzw. aus der direkten Kreditierung von Kaufpreisforderungen resultierenden Zinsen in Österreich der Besteuerung unterliegen würden, wohingegen sie in Jersey nicht der Besteuerung unterzogen wurden (Punkt 3). Außersteuerliche Gründe für die gegenständliche Gestaltung werden von der Bw. zwar behauptet, liegen nach Ansicht des entscheidenden Senates aber nicht vor (Punkt 4). Ein vom Gesetzgeber vorgezeichneter Weg wurde durch die gegenständliche Gestaltung nicht beschritten (Punkt 5). Die vom Verwaltungsgerichtshof geforderte Kette von Rechts-handlungen die zur Steuerersparnis geführt hat liegt vor (Punkt 6). Die gegenständliche Gestaltung ist daher als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts im Sinne des § 22 Abs. 1. BAO anzusehen. Im Hinblick darauf sind die Abgaben so zu erheben, wie sie im Falle einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Als den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessene Gestaltung wird vom entscheidenden Senat die Kreditierung der Kaufpreisforderungen bzw. die direkte Vergabe von Darlehen durch die Bw. angesehen. Dies hat zur Folge, dass die bei der Z Finance Ltd., Jersey verbuchten Zinserträge, direkt bei der Bw. zu erfassen sind, wodurch sich deren Besteuerungsgrundlagen der Jahre 1994 bis 1999 entsprechend erhöhen.

Zum Vorbringen der Bw. wonach die Aufwendungen die im Zusammenhang mit der Gründung und Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey entstanden sind, zu berücksichtigen wären wird angemerkt, dass es sich dabei gemäß den vorliegenden Jahresabschlüssen der Z Finance Ltd., Jersey im wesentlichen um Aufwendungen handelt, die ohne Gründung und Zwischenschaltung der Z Finance Ltd., Jersey überhaupt nicht entstanden wären (Gründungskosten etc.). Richtig ist, dass bei der Kreditierung von Kaufpreisforderungen bzw. bei der direkten Vergabe von Darlehen durch die Bw. Kosten angefallen wären, zumal diese die Zinseingänge, Anuitätenzahlungen, die Werthaltigkeit der Darlehen und ähnliches zu überprüfen hätte. Allerdings ist zwingend davon auszugehen, dass Bw. die wirtschaftliche Gebarung der Z Finance Ltd., Jersey und die Werthaltigkeit dieser Beteiligung laufend überprüft hat. Weiters ist davon auszugehen, dass der Bw. im Zusammenhang mit diesen Überprüfungen Aufwendungen erwachsen sind, die im Falle einer angemessenen Gestaltung nicht

angefallen wäre. Diese tatsächlich angefallenen Aufwendungen wären mit den fiktiven Aufwendungen im Falle einer angemessenen Gestaltung gegenüberzurechnen. Nach Ansicht des entscheidenden Senates wurden die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Z Finance Ltd., Jersey daher zu Recht nicht berücksichtigt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 21. Dezember 2005