



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden HR Mag. Alfred Peschl und die weiteren Mitglieder OR Manuela Fischer, Mag. Dr. Erich Fröch und Günter Benischek über die Berufungen der Bw., vertreten durch BDO Auxilia Treuhand GmbH, 1010 Wien, Kohlmarkt 8-10, vom 8. Mai 1996 und 12. Oktober 2000 gegen die Bescheide des Finanzamtes für Körperschaften vom 3. April 1996 bzw. des Finanzamtes Wien 23 vom 11. September 2000 betreffend

- Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO hinsichtlich Körperschaftsteuer der Jahre 1990 - 1992 und 1994 – 1998 und hinsichtlich Festsetzung des Gewerbesteuer-messbetrages der Jahre 1990 – 1993
- sowie Körperschaftsteuer 1990 – 1998 und Gewerbesteuer 1990 – 1993 samt Zerlegung für 1990 und 1991

nach der am 23. November 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen gegen die Bescheide betreffend

- Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO hinsichtlich Körperschaftsteuer der Jahre 1990 – 1992 und 1994 – 1998 und hinsichtlich Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages der Jahre 1990 - 1993 sowie
- Körperschaftsteuer 1990, 1991 und 1993 – 1998 und Gewerbesteuer 1990 – 1993 samt Zerlegung für 1990 und 1991 werden als unbegründet abgewiesen.

Die Bescheide betreffend Körperschaftsteuer 1993, 1997 und 1998 werden abgeändert.

Der Bescheid hinsichtlich Körperschaftsteuer 1998 ergeht endgültig.

Im übrigen bleiben die angefochtenen Bescheide unverändert.

Der Berufung hinsichtlich Körperschaftsteuer 1992 wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid betreffend Körperschaftsteuer 1992 wird abgeändert.

Die Höhe der Abgaben beträgt:

	Körperschaftsteuer in Euro	Körperschaftsteuer in ATS	Gewerbsteuer in Euro	Gewerbsteuer in ATS
1990	149.404,01	2.055.844,00	6.207,35	Messbetrag 945.328 GewSt 85.415,00
1991	71.150,34	979.050,00	7.191,49	Messbetrag 706.302 GewSt 98.957,00
1992	0,00	0,00	6.851,16	94.274,00
1993	259.513,96	3.570.990,00	121.544,80	1.672.493,00
1994	616.342,81	8.481.062,00	--	--
1995	1.263.203,42	17.382.058,00	--	--
1996	562.995,64	7.746.989,00	--	--
1997	819.298,41	11.273.792,00	--	--
1998	807.381,08	11.109.806,00	--	--

Die Bemessungsgrundlagen sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Im berufsgegenständlichen Zeitraum war die Bw. u.a. in der Erzeugung von und dem Handel mit Industriekeramikprodukten tätig. Tochterunternehmen befanden sich in Österreich, Deutschland, Frankreich, Schweden, Schweiz und der Slowakei. Die Bw. war zu dieser Zeit ein Unternehmen des C.-Konzerns.

Die im Zeitraum November 1998 bis Juni 2000 durchgeführte Betriebsprüfung (Bp) betraf die Jahre 1990 – 1997 u.a. hinsichtlich Körperschaft- und Gewerbesteuer. Gegenstand des Berufungsverfahrens sind die nachstehend angeführten Feststellungen der Bp.

Die genannten Textziffern (Tz.) beziehen sich auf den Bp-Bericht vom 4. September 2000.

- Tz. 18 Darlehen an die IF.,

1993- Aktivierung iHv ATS 5,529.651,00

Die Bw. habe ihrer Tochtergesellschaft IF. im Jahr 1989 ein am 21.12.1999 zur Rückzahlung fälliges unverzinstes Darlehen iHv SEK 10,220.000,00 (ATS 20,000.000,00) zugezählt. Das Darlehen sei wegen der vereinbarten Unverzinslichkeit zum Bilanzstichtag 1989 unter Anwendung eines Zinsfußes von 8% abgezinst und die Abzinsung iHv ATS 10,736.000,00 als Betriebsausgabe erfasst worden. Mit Vereinbarung vom 29.12.1993 sei dieses Darlehen in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss umgewandelt und auf Beteiligung gebucht worden. Die bisher bestehende Beteiligung an der IF. iHv ATS 25,000.000,00 sei um den auf

den 31.12.1993 abgezinsten Betrag iHv ATS 9,422.209,00 auf ATS 34,422.209,00 erhöht worden. Da mit der Umwandlung des Darlehens in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss das Erfordernis der Abzinsung weggefallen sei, seien jedoch die hingegebenen SEK 10,220.000,00 ohne Abzinsung iHv umgerechnet ATS 14,951.860,00 umzubuchen. Die Beteiligung betrage daher zum 31.12.1993 ATS 39,951.860,00.

Dem Vorbringen der Bw., dass eine weitere Erhöhung des Beteiligungsansatzes um ATS 5,529.651,00 im Wert der Beteiligung keine Deckung finde und umgehend zu einer Teilwertabschreibung führen würde, sei mangels entsprechender Nachweise nicht zu folgen.

- Tz. 19 und 19a Teilwertabschreibung CAB, betreffend die Jahre 1995 bzw. 1997, Aktivierung iHv ATS 399.999,00

Im Jahr 1995 sei die Beteiligung der Bw. an der angeführten Tochtergesellschaft CAB auf ATS 1,00 abgeschrieben worden.

Aufgrund der der Bp vorgelegenen Bewertungsgutachten habe der Substanzwert zwischen ATS 380.000,00 und ATS 420.000,00 betragen. Da der Substanzwert des Unternehmens als unterste Wertgrenze für die Beteiligung anzusehen sei, sei der Beteiligungsansatz mit ATS 400.000,00 festgestellt worden.

Infolge der im Jahr 1997 erfolgten Einbringung der Ceram CAB s.a., Slowakei in die Ost. sei der Buchwert auf diese Beteiligung zu aktivieren gewesen. Aufgrund der angeführten Feststellung hinsichtlich der teilweisen Nichtanerkennung der auf ATS 1,00 durchgeführten Teilwertabschreibung sei der Beteiligungsansatz entsprechend um ATS 399.999,00 zu erhöhen gewesen.

**- Tz. 20 Beteiligungsansatz InvestS.A.,
1994 – Aktivierung iHv ATS 14,000.000,00
1995 – Aktivierung iHv ATS 29,268.918,00**

Die Bw. habe im Jahr 1993 die o.a. Tochtergesellschaft (100 % Beteiligung) gegründet. Im gleichen Jahr habe diese, als Zwischenholding, die Beteiligung an der C.S.A. zu 100% um einen Kaufpreis von rd. ATS 149 Mio erworben. Im Jahr 1996 sei die InvestS.A. durch eine upstream Verschmelzung mit der C.S.A. verschmolzen worden.

Der Beteiligungsansatz der Bw. an der InvestS.A. habe am 31.12.1993 ATS 20,504.981,06 betragen. Im Jahr 1994 sei dieser um ATS 512.500,00 erhöht und sodann durch eine Teilwertabschreibung von ATS 14,000.000,00 auf ATS 7,017.481,06 abgeschrieben worden. Die Teilwertabschreibung sei vorerst mit der Reduzierung des Eigenkapitals der InvestS.A. um ca. 13,5 Mio aufgrund der Verluste der Jahre 1993 und 1994 begründet worden. In der Folge sei vorgebracht worden, dass für die Bewertung der Beteiligung der Bw. an der

„Zwischenholding“, der InvestS.A. auf die Entwicklung der C.S.A. abzustellen sei und sich bereits 1994 herausgestellt habe, dass es sich bei deren Erwerb um eine Fehlinvestition gehandelt habe.

In diesem Zusammenhang habe die Bp festgestellt, dass die Bw. mit Auftrag vom 28. November 1991 die M.BankAG beauftragt habe sie beim Erwerb von Beteiligungen im In- und Ausland zu unterstützen. Aufgrund dieses Beratungsauftrages sei die M.BankAG beim Erwerb der C.S.A. tätig geworden. Deren Tätigkeit habe u.a. darin bestanden, die für eine Akquisition in Frage kommenden Unternehmen zu identifizieren, in der Akquisitionsphase Unternehmensbewertungen nach verschiedenen Methoden durchzuführen und verpflichtend ein Investmentmemorandum zu erstellen. Diese aufgrund der Vereinbarung vom 28. November 1991 zu erstellenden sowie weiteren Unterlagen seien durch die Bp abverlangt jedoch nur zum Teil vorgelegt worden. Die Gründe, die letztlich für den Erwerb der C.S.A. ausschlaggebend gewesen waren, seien somit nicht offen gelegt worden. Das Vorbringen, wonach dem Erwerb ein „Forecast“ mit einem Jahresergebnis nach Steuern von rd. ATS 15 Mio zugrunde gelegen sei, sei nicht überprüfbar gewesen. Das Vorliegen einer tatsächlichen Fehlinvestition iSd Judikatur und Literatur sei nicht nachgewiesen worden. Infolgedessen und da Verluste der 1993 gegründeten InvestS.A. nicht zwangsläufig zu einer Teilwertabschreibung der Beteiligung berechtigten werde die Teilwertabschreibung des Jahres 1994 iHv ATS 14.000.000,00 nicht anerkannt.

Weiters werde der Beteiligungsansatz im Jahr 1995 um den der InvestS.A. gewährten Darlehens- und Zinsnachlass iHv gesamt ATS 29.268.918,00 erhöht (Hinweis auf die in Zusammenhang stehende Feststellung in Tz. 23 des Bp-Berichtes).

- Tz. 23 F.Ltd., Jersey, außerbilanzmäßige Zurechnungen (in ATS)

1990	1991	1992	1993	1994	1995
280.042,00	2.987.474,00	3.084.186,00	9.888.046,00	12.433.491,00	12.654.000,00

Die Bw. gründete im Jahr 1990 als Alleingesellschafterin die Tochtergesellschaft F.Ltd., Jersey. Das Gesellschaftskapital inkl. Aufgeld betrug ursprünglich DM 2.500.000,00 und habe sich bis zu deren Liquidation im Jahr 1995, wie im Detail in dieser Tz. dargestellt, erhöht bzw. vermindert.

Die Verminderung des Gesellschaftskapitals im Jahr 1994 sei darauf zurückzuführen, dass Aufgeld iHv DM 1.800.000,00 als Dividende (Einlagenrückzahlung) an die Bw. ausgeschüttet wurde.

Das Anfangskapital und die Kapitalerhöhung des Jahres 1991 seien am 19.10.1990 (DM 2.500.000,00) und am 21.1.1991 (DM 2.800.000,00) von einem Bankkonto der Bw. auf

ein Bankkonto der F.Ltd. bei einem Bankinstitut auf Jersey überwiesen worden. Die Kapitalerhöhungen des Jahres 1993 seien am 31.3.1993 (ATS 110.000.000,00) und am 12.11.1993 (FF 9.583.280,00) von einem Bankkonto der Bw. bei der B.Graz auf ein Bankkonto der F.Ltd., Jersey ebenfalls bei der B.Graz zur Anweisung gebracht worden.

Der Betriebsgegenstand der F.Ltd. sah alle Arten von Finanztransaktionen, insbesondere die Finanzierung von Akquisitionen im Ausland, vor. Tatsächlich habe sie aber nur die von der Bw. zur Verfügung gestellten Gelder als Darlehen an die Bet.GmbH (BRD) und an die InvestS.A. (beide zu 100% Töchter der Bw.) weitergeleitet. Die Überweisungen der F.Ltd., Jersey an die InvestS.A. vom 31.3.1993 (ATS 110.000.000,00) und vom 12.11.1993 (FF 9.583.280,00) erfolgten von einem Konto der F.Ltd.; Jersey bei der B.Graz auf ein Konto der InvestS.A. ebenfalls bei der B.Graz.

Die Bet.GmbH und die InvestS.A. hätten Darlehenszinsen an die F.Ltd.; Jersey bezahlt. Diese habe die in den Jahren 1990 bis 1994 erhaltenen Zinserträge unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs an die Bw. ausgeschüttet. Neben den Zinsen sei im Jahr 1994 auch noch Aufgeld iHv DM 1.800.000,00 (umgerechnet ATS 12.654.000,00) an die Bw. ausgeschüttet worden. Die Dividende des Jahres 1994 sei bereits im Dezember 1994 an die Bw. überwiesen worden. Die Mittel für die Ausschüttung habe die F.Ltd.; Jersey als Barvorlage von der VBankAG erhalten. Die Rückzahlung der Barvorlage sei 1995 erfolgt.

Anlässlich einer am 27.9.1995 abgehaltenen Aufsichtsratssitzung habe die Bw. beschlossen die InvestS.A. zu reorganisieren und deren finanzielle Situation zu verbessern. Dazu habe die Bw. die F.Ltd. angewiesen der InvestS.A. das Darlehen vom 12.11.1993 iHv ATS 19.310.300,00 (FF 9.583.280,00) nachzulassen sowie im Jahr 1995 sowohl auf die Verzinsung des nachgelassenen Darlehens als auch auf die Verzinsung des Darlehens über ATS 110.000.000,00 zu verzichten. Dieser Zinsnachlass habe ATS 9.958.618,00 betragen. Insgesamt habe die F.Ltd. gegenüber der InvestS.A. auf ATS 29.268.918,00 verzichtet. Im Dezember 1995 sei die F.Ltd., Jersey, liquidiert worden. Deren Kapital habe zu diesem Zeitpunkt, vermindert um die Einlagenrückzahlung im Jahr 1994 (ATS 12.654.000,00) sowie um den Darlehens- und Zinsnachlass im Jahr 1995 (ATS 29.268.918,00), umgerechnet ATS 136.982.081,91 betragen. Dieses verminderte Kapital sei dem Beteiligungsansatz der Bw. iHv ATS 166.843.468,37 gegenübergestellt worden.

Die Differenz daraus, d.h. ATS 29.861.386,46, habe die Bw. als Betriebsausgabe aus Liquidationsverlust geltend gemacht.

Die Bp stellte aufgrund des Sachverhaltes fest, dass die Funktion der F.Ltd., Jersey, darin bestanden habe, die von der Bw. zur Verfügung gestellten Geldmittel an deren

Tochtergesellschaften im Ausland weiterzuleiten und die von diesen bezahlten Darlehenszinsen unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs steuerfrei an die Bw. auszuschenken.

Die Bw. habe dazu gegenüber der Bp vorgebracht, dass eine Vielzahl von Gründen, die nicht in der Vermeidung von österreichischen Steuern gelegen seien, für die Gründung der F.Ltd., Jersey ausschlaggebend gewesen seien. Weiters sollte „eine Finanzierungsgesellschaft zur Finanzierung von Akquisitionen dem Ziel einer Haftungsbegrenzung bei Akquisitionen Rechnung tragen, einen ausschüttungspolitischen Spielraum gewährleisten (z.B. Glättung der Ergebnisse bei der österreichischen Muttergesellschaft für eine kontinuierliche Dividendenpolitik) und bei Vermeidung von verdecktem Eigenkapital in der BRD und in Frankreich zu einer Ersparnis an bundesdeutschen und französischen Steuern durch Fremdfinanzierung in diesen Ländern über vorgeschaltete Holding-Gesellschaften führen“.

Nach Ansicht der Bp habe die Funktion der F.Ltd., Jersey ausschließlich in der Weiterleitung von Geldmitteln der Bw. bestanden. Die Gestaltung werde als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten iSd § 22 BAO angesehen.

Gem. § 22 Abs. 2 BAO seien die Abgaben daher so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

D.h. hier läge die Vergabe von Darlehen an die deutsche und französische Tochtergesellschaft der Bw. ohne Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey vor.

Davon ausgehend seien der Bw. die von den Tochtergesellschaften in den Jahren 1990 bis 1994 an die F.Ltd. gezahlten Zinsen als Betriebseinnahme hinzuzurechnen, wobei davon die bei der F.Ltd. für diesen Zeitraum angefallenen Aufwendungen in Abzug zu bringen seien. Die Nettozinserträge der Jahre 1990 bis 1994 seien somit (wie im Bp-Bericht dargestellt und berechnet) dem jeweiligen Betriebsergebnis der Bw. außerbilanzmäßig zuzurechnen.

Die Einlagenrückzahlung (Ausschüttung) des Jahres 1994 der F.Ltd. an die Bw. sei im Jahr 1994 erfolgsneutral zu behandeln.

Für das Jahr 1995 sei folgende Berechnung durchzuführen. Das o.a. (verminderte) Kapital der F.Ltd. iHv ATS 136.982.081,91 sei um die Einlagenrückzahlung des Jahres 1994 (ATS 12,654.000,00) sowie um den Darlehens- und Zinsnachlass (ATS 29,268.918,00) zu erhöhen. Daraus resultiere für 1995 ein adaptiertes Kapital lt. Bp iHv ATS 178,904.999,91. Dieses sei dem Buchwert der Beteiligung der Bw. an der F.Ltd. (ATS 166,843.468,37) gegenüberzustellen. Somit ergebe sich lt. Bp für die Bw. im Jahr 1995 ein Liquidationsgewinn iHv ATS 12,061.531,54.

Die Summe des seitens der Bw. bisher als Betriebsausgabe geltend gemachten Liquidationsverlustes sowie des durch die Bp ermittelten eigentlichen Liquidationsgewinnes betrage ATS 41,922.918,00. Um diesen Betrag sei insgesamt das Betriebsergebnis des Jahres 1995 zu erhöhen. Dies erfolge zum einen dadurch, dass der Beteiligungsansatz der Bw. an der InvestS.A., um den Darlehens- und Zinsnachlass iHv ATS 29,268.918,00 bilanzmäßig (siehe Tz. 20) erhöht werde, da dies de facto als eine Einlage der Bw. zu beurteilen sei. Zum anderen habe eine außerbilanzmäßige Zurechnung von ATS 12,654.000,00, die auf die Ausschüttung des Jahres 1994 zurückzuführen sei, zu erfolgen.

- Tz. 24 Teilwertabschreibung POFA GmbH, außerbilanzmäßige Zurechnung

1992 – ATS 59,141.731,23

1993 – ATS 20,000.000,00

Mit Einbringungsvertrag vom 9.3.1992 hat die Bw. ihre Betriebsstätte in F., unter Inanspruchnahme der abgabenrechtlichen Begünstigungen des StruktVG auf den Ablauf des 30.12.1991 in die HandelsGmbH (in weiterer Folge POFA GmbH/alt – nunmehr LGmbH) eingebracht.

Die Differenz zwischen den Aktiva und Passiva der in die HandelsGmbH eingebrachten Werte habe ATS 114,141.731,23 betragen. Dieser Betrag sei von der Bw. auf Beteiligung HandelsGmbH und von der HandelsGmbH auf ein Konto ungebundene Kapitalrücklage gebucht worden.

Die im November 1991 gegründete HandelsGmbH habe im Jahr 1991 einen Verlust von ATS 819.444,00 erwirtschaftet. Dadurch, dass ATS 60,000.000,00 von der ungebundenen Kapitalrücklage gewinnwirksam aufgelöst worden seien, sei für 1991 ein Bilanzgewinn von ATS 59,180.556,00 ausgewiesen worden.

Dieser Gewinn sei aufgrund eines zwischen der Bw. und der HandelsGmbH am 19.12.1991 abgeschlossenen Ergebnisabführungsvertrages bei der Bw. erklärt worden. Da ein Vollorganschaftsverhältnis einen auf einen längeren Zeitraum abgestellten Ergebnisabführungsvertrag erfordere und der angeführte Vertrag am 30.3.1992 mit Wirkung auf den 1.1.1992 einvernehmlich aufgelöst worden sei, sei das zuständige Finanzamt davon ausgegangen, dass auch für das Jahr 1991 kein Organverhältnis betreffend die Körperschaftsteuer vorgelegen sei. Der bei der Bw. erklärte Gewinn der HandelsGmbH sei daher als Beteiligungsertrag (Gewinnausschüttung) veranlagt worden und stelle wirtschaftlich betrachtet eine Einlagenrückzahlung dar.

Im Jahr 1992 habe die HandelsGmbH die verbliebene ungebundene Kapitalrücklage iHv ATS 54,141.731,32 gewinnwirksam aufgelöst. Der Bilanzgewinn habe danach

ATS 64,545.689,83 betragen; davon seien ATS 60,000.000,00 an die Bw. ausgeschüttet worden. Ohne die gewinnwirksame Auflösung der Kapitalrücklage hätte der Gewinn des Jahres 1992 ATS 10,403.958,60 betragen.

Ausgehend von diesem Gewinn habe die HandelsGmbH im Jahr 1992 jedenfalls ATS 49.596.041,40 der aus 1991 resultierenden Einlage an die Bw. zurückgezahlt. Dieser Betrag ergebe sich aus Ausschüttungsbetrag iHv ATS 60.000.000,00 abzüglich Jahresgewinn iHv ATS 10,403.958,60.

Was der Kapitalgesellschaft im Wege einer Einlage, also societatis causa, zugewendet werde, führe bei dieser nicht zur Ertragsbesteuerung, beim Gesellschafter aber zu Anschaffungskosten der Beteiligung. Einlagenrückzahlungen seien das Gegenstück, der contrarius actus, zu den Einlageleistungen der Gesellschafter. Die Einlagenrückzahlungen der HandelsGmbH stellten daher bei dieser einen nichtsteuerbaren Vermögensabfluss dar und bewirkten bei der Bw. eine Minderung der auf Beteiligung aktivierten Anschaffungskosten. Dies auch dann, wenn die Rückzahlung in der äußeren Erscheinungsform einer Gewinnausschüttung erfolge.

Die Bw. habe die in der Handelsbilanz 1991 mit ATS 119,141.731,23 ausgewiesene Beteiligung an der HandelsGmbH im Jahr 1992 um ATS 59,141.731,23 und im Jahr 1993 um ATS 20,000.000,00 teilwertberichtigt. Diese Wertberichtigungen seien jeweils unter den außerordentlichen Aufwendungen als Betriebsausgaben erfasst worden. Da aufgrund der Kapitalrückzahlungen der steuerliche Beteiligungsansatz der Bw. an der HandelsGmbH zum 31.12.1992 und 31.12.1993 jeweils nur ATS 10,365.113,83 betrage, seien die o.a.

Teilwertabschreibungen der Jahre 1992 und 1993 bei der Einkommensermittlung der Bw. außerbilanzmäßig zuzurechnen.

Die Bp merkt an, dass die im Jahr 1993 durchgeführte Teilwertabschreibung bereits im Zuge der Veranlagung durch das zuständige Finanzamt nicht anerkannt worden sei. Die gegen den Körperschaftsteuerbescheid vom 3.4.1996 eingebrachte Berufung vom 8.5.1996 werde auf Weisung der Berufungsbehörde im Zuge der Bp mittels abweisender Berufungsvorentscheidung entsprechend der o.a. Feststellung miterledigt.

Das zuständige Finanzamt folgte den Feststellungen der Bp und erließ die entsprechenden Wiederaufnahme- und Sachbescheide hinsichtlich der Jahre 1990 – 1997 mit Datum 11. September 2000.

Ebenfalls mit Datum 11. September 2000 wurden der Wiederaufnahme- und Sachbescheid zur Körperschaftsteuer 1998, gem. § 200 BAO vorläufig, erlassen. In der Bescheidbegründung führte das Finanzamt aus, dass, infolge der Feststellungen der Bp, sämtliche Verlustvorträge aufgebraucht seien und somit für das Jahr 1998 keine Anrechnung mehr möglich sei. Da der

Ansatz der Beteiligung der Bw. an der C.S.A. (ehem. InvestS.A.) geändert worden sei, ändere sich (unter Berücksichtigung der Wertberichtigung des Beteiligungsansatzes der C.S.A., im Jahr 1998) einerseits der erklärte Bilanzgewinn und andererseits die außerbilanzmäßige Zurechnung lt. Erklärung. Die Neuberechnung der Bemessungsgrundlagen sei der Beilage zum Bescheid zu entnehmen.

Die rechtzeitig durch die Bw. eingebrachte Berufung bzw. der Vorlageantrag vom 12. Oktober 2000 richtet sich gegen die nachstehend angeführten Bescheide vom 11. September 2000:

- die Wiederaufnahme- und Sachbescheide hinsichtlich der Körperschaftsteuer 1990, 1991, 1992, 1994, 1995, 1996, 1997 und 1998;
- die Berufungsvorentscheidung hinsichtlich der Körperschaftsteuer 1993 mit welcher über die Berufung der Bw. gegen den Körperschaftsteuerbescheid 1993 vom 3.4.1996 entschieden worden ist;
- die Wiederaufnahmebescheide hinsichtlich der einheitlichen Gewerbesteuermessbeträge 1990, 1991, 1992 und 1993;
- die Bescheide mit welchen die Gewerbesteuermessbeträge 1990, 1991, 1992 und 1993 festgesetzt und auf die Gemeinden W.uF. zerlegt wurden;
- die Sachbescheide mit welchen die Gewerbesteuer für die Jahre 1990, 1991, 1992 und 1993 vorgeschrieben wurde.

Die Bw. beantragte:

- die ersatzlose Aufhebung der Wiederaufnahmebescheide sowie der Sachbescheide bzw. der Berufungsvorentscheidung und die Festsetzung der Abgaben in der ursprünglich vorgeschriebenen Höhe;
- im Fall der Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsenat;
- hinsichtlich des Körperschaftsteuerbescheides des Jahres 1992 die Berücksichtigung der Sonderausgaben gem. § 8 Abs. 4 Z 2 KStG idF vor dem StRefG 1993, d. h. der Vermögensteuer und des Erbschaftssteueräquivalentes iHv ATS 924.855,00.

In der Berufungsbegründung führt die Bw. zu den einzelnen Feststellungen im Detail aus.

Anmerkung: Die Berufungspunkte werden nachstehend entsprechend der Berufung dargestellt, wobei zu den einzelnen Berufungspunkten jeweils im Anschluss die dazu ergangene Stellungnahme der Bp vom 19. Februar 2001 angeführt wird. Die Stellungnahme wurde der Bw. mit dem Ersuchen um Ergänzung vom 2. März 2001 übermittelt.

1. Wiederaufnahme des Verfahrens

Vorbringen der Bw. (in weiterer Folge VORBRINGEN):

Die verfügte Wiederaufnahme im Hinblick auf die Körperschaftsteuer für die Jahre 1990 bis 1992 und 1994 bis 1998 sowie im Hinblick auf die Gewerbesteuermessbetrags- und Zerlegungsbescheide und Gewerbesteuerbescheide 1990 bis 1993 sei nicht begründet worden. Die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme lägen nicht vor, weil der Behörde schon bei Erlassung der ursprünglichen Bescheide alle entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente bekannt gewesen wären und die Behörde im Zuge der Betriebsprüfung lediglich zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gelangt sei.

Stellungnahme der Bp (in weiterer Folge STELLUNGNAHME):

Die Bp verweist dazu grundsätzlich auf die Bestimmung des § 303 Abs. 4 BAO wonach eine Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen unter den Voraussetzungen des § 303 Abs. 1 lit. a und c BAO und in allen Fällen zulässig ist, in denen Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens im Hinblick auf die Körperschaftsteuer 1990 bis 1992 und 1994 bis 1997 werde durch die Ausführungen in Tz 17, 18, 19, 19a, 20, 22, 23, 24, 25 und 51 des Bp-Berichtes begründet.

In den Jahresabschlüssen der Bw. sei als Betriebsgegenstand der F.Ltd., Jersey alle Arten von Finanztransaktionen, insbesondere die Finanzierung von Akquisitionen im Ausland angeführt. Im Zuge der Bp seien zahlreiche neue Beweismittel hervorgekommen, wodurch festgestellt werden konnte, dass die F.Ltd., Jersey nur jene von der Bw. zur Verfügung gestellten Gelder an die Bet.GmbH (BRD) und an die InvestS.A. als Darlehen weitergeleitet habe. Beispielfhaft seien die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der F.Ltd., Jersey, die Darlehensverträge der F.Ltd., Jersey zwischen der deutschen und der französischen Tochtergesellschaft, die den finanziellen Transaktionen zwischen den einzelnen Gesellschaften zugrundeliegenden Überweisungsbelege sowie die Korrespondenz im Zusammenhang mit der Liquidation der F.Ltd., Jersey zu nennen.

Bezüglich der Prüfungsfeststellung, die sich aufgrund der im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zur F.Ltd. neu hervorgekommenen Tatsachen und Beweismitteln ergeben habe, werde auf Tz 23 des Bp-Berichtes verwiesen. Die sich aufgrund allein dieser Prüfungsfeststellung ergebenden steuerlichen Auswirkungen in den Jahren 1990 bis 1995 und

1998 (Verlustvortrag, Beteiligungsansatz C.S.A.) seien nicht als geringfügig anzusehen, weshalb der Bp auch kein Ermessensfehler angelastet werden könne.

Betreffend die Körperschaftsteuerveranlagung der Jahre 1996 und 1997 sei von der Bw. am 9.6.1999 ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 124 b Z 33 lit. b EStG idF AbgÄG 1998 gestellt worden. Dieser Antrag sei im Rahmen der Betriebsprüfung erledigt worden. Die übrigen Änderungen der Jahre 1996 und 1997 seien einerseits auf den Wegfall der anrechenbaren Mindestkörperschaftsteuer aus Vorjahren (1996) und andererseits auf die Umsatzsteueraktivierung (1997) lt. Tz 17 des Bp-Berichtes zurückzuführen. Bei den Bescheiden zur Gewerbesteuer handle es sich um abgeleitete Bescheide, die schon allein aufgrund der §§ 295 bzw. 296 BAO, ohne Rücksicht darauf ob die Rechtskraft eingetreten ist, aufzuheben wären. Bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens verwies die Bp auf die Ausführungen zur Körperschaftsteuer.

2. zu Tz. 18 - Darlehen an die IF.

VORBRINGEN:

Die Bw. vermeint, dass die Behörde dem Einwand, dass die Erhöhung des Beteiligungsansatzes der Bw. an der Tochtergesellschaft IF. umgehend zu einer Teilwertabschreibung in gleicher Höhe führen würde, nicht Rechnung getragen habe. Es sei keine Begründung dafür angegeben worden, warum der als Darlehen hingeebene Betrag in der Höhe von SEK 10.220.000,00 ohne Abzinsung umzubuchen sei. Tatsächlich sei das Wirtschaftsgut Darlehen in ein Wirtschaftsgut Beteiligung umgewandelt worden. Geht man davon aus, dass die Beteiligung anteilig zu diesem Zeitpunkt angeschafft worden sei, so sei in sinngemäßer Anwendung des § 6 Z 14 lit a EStG der gemeine Wert des hingeebenen Wirtschaftsgutes maßgebend. Der gemeine Wert des hingeebenen Wirtschaftsgutes entspreche aber dem Betrag, der sich aufgrund der Abzinsung zum 31.12.1993 ergeben habe. Folglich bestehe überhaupt keine Rechtsgrundlage, den nicht abgezinsten Wert heranzuziehen. Selbst wenn man von den höheren Anschaffungskosten ausginge, würde dies am Ergebnis nichts ändern, da die Voraussetzungen für eine Teilwertabschreibung gegeben wären. Es sei bereits im Zuge der Bp begründet worden, warum die Voraussetzungen für eine Teilwertabschreibung gegeben seien. Da die Behörde diese aber nicht anerkannt habe und sollte die vorgebrachte Begründung für die Teilwertabschreibung nicht als ausreichend erachtet werden, bestehe die Möglichkeit, im Rahmen der EU Amtshilfe sowie unter Inanspruchnahme des Doppelbesteuerungsabkommens die schwedische Abgabenbehörde um Unterstützung bei der Überprüfung des tatsächlichen Wertes zu bitten. Ohne Kontaktaufnahme mit der

schwedischen Abgabenbehörde könne die geltendgemachte Teilwertabschreibung nicht ohne weiteres versagt werden.

STELLUNGNAHME:

Mit Vereinbarung vom 12.12.1989 habe die Bw. das am 21.12.1999 endfällige Darlehen in Höhe von SEK 10,220.000,00 gewährt. Mit Vereinbarung vom 29.12.1993 sei dieses Darlehen in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss umgewandelt worden. Die Umwandlung des Darlehens in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss impliziere die vorzeitige Auflösung des abgeschlossenen Darlehensvertrages. Durch die vorzeitige Auflösung per 31.12.1993 sei das Erfordernis für die Abzinsung des Darlehensbetrages jedenfalls weggefallen. Der Betrag iHv SEK 10,220.000,00 (ATS 14.951.860,00) sei von der Bp auf Beteiligung aktiviert worden. Es sei nicht erkennbar gewesen, dass die umgewandelte Darlehensforderung zum Teil oder zur Gänze uneinbringlich gewesen wäre.

Seitens der Bw. sei vorgebracht worden, dass die Erhöhung des Beteiligungsansatzes um den Abzinsungsbetrag von S 5,529.651,00 im Wert der Beteiligung nicht Deckung gefunden hätte. Daher habe die Bp ein entsprechendes Bewertungsgutachten abverlangt.

Im Schreiben vom 16.3.2000 an die Bp habe die Bw. einleitend ausgeführt: *"Wir beziehen uns auf die Vorbesprechung vom 7. März 2000; Sie haben uns aufgefordert, die wesentlichen Eckdaten zum Bewertungsansatz der Beteiligung an der InvestS.A. /C.S.A. zum 31.12.1994 bzw. zum 31.12.1995 und Eckdaten zum Bewertungsansatz der Beteiligung an der IF. zum 31.12.1993 in Ergänzung zu unserem Vorbringen darzulegen; wir halten fest, dass wir von einer umfangreichen Darstellung der Gründe, die für Teilwertabschreibungen der Beteiligung an der InvestS.A. /C.S.A. und der Beteiligung an der IF. sprechen, Abstand nehmen sollten. Wir behalten uns vor, ergänzende Gründe im Rahmen des Abgabenverfahrens bzw. eine detaillierte Bewertung der Beteiligungen zu den jeweiligen Stichtagen nachzureichen."*

Konkret zur Bewertung der Beteiligung an der IF. , habe die Bw. im Schreiben vom 16.3.2000 ausgeführt: *„Bei Umwandlung des Darlehens in einen Gesellschafterzuschuss sei von einem Forecast für die Folgejahre, von einem langfristigen Durchschnitt des Jahresgewinnes nach Steuern von rund ATS 2.500.000,00 bis ATS 3.000.000,00, ausgegangen worden. Tatsächlich habe der Jahresgewinn nach Steuern der Jahre 1993 bis 1999 aber rund ATS 2,300.000,00 betragen. Eine überschlägige Kontrolle des Bewertungsansatzes zum 31.12.1993 bei einem Durchschnitt des Jahresgewinnes nach Steuern von rund S 2,500.000,00 ergäbe unter Ansatz einer ewigen Rente, bei einem Zinssatz von 8% bis 10%, einen Wert von rund ATS 25,000.000,00 bis ATS 31,000.000,00. Die Bewertung der Beteiligung mit ATS 34,422.209,00 sei daher nur durch einen Funktionalwert zu begründen. Die Erhöhung der*

Beteiligung um weitere S 5,529.651,00 hätte im Wert der Beteiligung nicht Deckung gefunden und umgehend zur weiteren Teilwertabschreibung geführt.“

Mit Telefax vom 18.4.2000 sei die Bw. nochmals aufgefordert worden die mit Schreiben vom 16.3.2000 angekündigte, detaillierte Bewertung der Beteiligung (Bewertungsgutachten) vorzulegen. Im Schreiben vom 18.5.2000 habe die Bw. auf die Ausführungen im Schreiben vom 16.3.2000 hingewiesen und diese wortwörtlich wiederholt. Ergänzende Gründe, die für einen Teilwert der Beteiligung von ATS 34,422.209,00 per 31.12.1993 gesprochen hätten, sowie die seitens der Bw. angekündigte "detaillierte Bewertung der Beteiligung" per 31.12.1993 seien bis dato nicht vorgelegt worden.

Zum Vorbringen der Bw., die Gründe für die Bewertung der Beteiligung im Wege der Rechtshilfe zu überprüfen, werde angemerkt, dass für die Bewertung einer Beteiligung der Substanz-, Ertrags- und Funktionalwert maßgeblich seien. Im Schreiben vom 16.3.2000 sei zum Substanzwert nicht Stellung genommen worden, obwohl sich dieser durch den Wegfall von Darlehensverbindlichkeiten in Höhe von SEK 10,220.000,00 um eben diesen Betrag erhöht habe. Aus diesem Schreiben gehe hervor, dass bei der Bewertung der Beteiligung ein Funktionalwert zu berücksichtigen sei. Motive für den seinerzeitigen Beteiligungserwerb bzw. die Motive für die Umwandlung des Darlehens in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss seien darin nicht dargestellt worden. Der vorgebrachten Begründung für die Bewertung der Beteiligung mit ATS 34,422.209,00 seien keine wesentlichen Eckdaten zu entnehmen. Eine Überprüfung der Bewertung selbst unter Mithilfe der schwedischen Abgabenbehörden sei daher faktisch nicht möglich. Weiters werde dazu noch angemerkt, dass die Bw. über alle wesentlichen für die Bewertung der Beteiligung erforderlichen Daten und Informationen verfüge; auf die bei Auslandsbeziehungen bestehende erhöhte Mitwirkungspflicht werde verwiesen. Eine Kontaktierung der schwedischen Abgabenbehörde zur Erlangung von Daten und Informationen, die die Bw. trotz diesbezüglicher Verpflichtung nicht offen lege, würde einen Verstoß gegen die internationalen Amtshilfegrundsätze darstellen (siehe dazu EAS 1089).

Die Bp führt weiter aus, dass die Ermittlung des Funktionalwertes der Beteiligung auch im Rahmen der Rechtshilfe nicht möglich gewesen wäre. Wie aus der vorliegenden internationalen Kontrollmitteilung der schwedischen Abgabenbehörde vom 11.2.1998 ersichtlich sei, sei auch die schwedische Abgabenbehörde über die Motive, die für die Umwandlung des Darlehens in eine rückzahlbare Gesellschaftereinlage ausschlaggebend gewesen waren, nicht in Kenntnis gesetzt worden.

Laut dieser internationalen Kontrollmitteilung habe die IF. im Jahr 1993 einen Gewinn von SEK 2,600.000,00 bilanziert, weshalb die Gesellschaftereinlage von der schwedischen Abgabenbehörde als nicht notwendig bzw. sonderbar erachtet worden sei. Gemäß den weiteren Ausführungen in der internationalen Kontrollmitteilung sei die 1993 getätigte "rückzahlbare" Gesellschaftereinlage in den Jahren 1995 und 1996 teilweise aufgelöst und gemeinsam mit erwirtschafteten Gewinnen, als Dividende, an die Bw. ausgeschüttet worden.

Aus der Mitteilung der schwedischen Abgabenbehörden vom 1.12.2000 sei ersichtlich, dass von der 1993 hingegebenen rückzahlbaren Gesellschaftereinlage bis zum Jahr 1999 SEK 3,130.597,00 (ATS 4,874.900,90) als Dividende an die Bw. ausgeschüttet worden seien. In diesen Dividenden seien Teile der Gesellschaftereinlage wie folgt enthalten:

Jahr	Gewinn SEK	Teil aus Ges.Einlage SEK	Teil aus Ges.Einlage ATS	Ausschüttung insgesamt SEK	Ausschüttung ATS	Kurs
1995	3.274.383,00	225.617,00	340.681,67	3.500.000,00	5.285.000,00	1,51
1996	649.369,00	1.350.631,00	2.140.750,14	2.000.000,00	3.170.000,00	1,59
1997	0,00	1.000.000,00	1.588.000,00	1.000.000,00	1.588.000,00	1,59
1998	445.651,00	554.349,00	805.469,10	1.000.000,00	1.453.000,00	1,45
Gesamt	4.369.403,00	3.130.597,00	4.874.900,90	7.500.000,00	11.496.000,00	

Die Rückzahlungen des Gesellschafterzuschusses in den Jahre 1995 bis 1998 seien das Gegenstück zu dessen Hingabe im Jahr 1993 und bewirken eine Minderung des Beteiligungsansatzes der Bw. Aus diesen Minderungen ergebe sich ein steuerlicher Beteiligungsansatz lt. Bp wie folgt (in ATS):

	1995	1996	1997	1998
Prüferbilanz (erhöht zum 31.12.1993)	39.951.860,0 0	39.951.860,0 0	39.951.860,0 0	39.951.860,0 0
Einlagenrückz. 1995	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67
Einlagenrückz. 1996		-2.140.750,14	-2.140.750,14	-2.140.750,14
Einlagenrückz. 1997			-1.588.000,00	-1.588.000,00
Einlagenrückz. 1998				-805.469,10
Steuerbilanz	39.611.178,3	37.470.428,2	35.882.428,2	35.076.959,1

In der Bilanz der Bw. werde zum 31.12.1998 ein Beteiligungsansatz in Höhe von ATS 34,422.209,00 ausgewiesen. Dieser sei nur unwesentlich höher als der o.a. steuerliche Beteiligungsansatz bei Berücksichtigung der Einlagenrückzahlungen.

Sollte jedoch die von der Bp im Jahr 1993 lt. Bp-Bericht vorgenommene Erhöhung des Beteiligungsansatzes der IF. um ATS 5,529.651,00 im Wert der Beteiligung nicht Deckung finden, müssten die Einlagenrückzahlungen der Jahre 1995 bis 1998 für die Ermittlung des zu versteuernden Einkommens außerbilanzmäßig hinzugerechnet werden, da ansonsten der steuerliche Beteiligungsansatz, wie aus nachfolgender Darstellung ersichtlich sei, niedriger wäre als der handelsrechtliche Beteiligungsansatz der Bw.:

	1995	1996	1997	1998
Handelsbilanz	34.422.209,0	34.422.209,0	34.422.209,0	34.422.209,0
Einlagenrückz. 1995	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67
Einlagenrückz. 1996		-2.140.750,14	-2.140.750,14	-2.140.750,14
Einlagenrückz. 1997			-1.588.000,00	-1.588.000,00
Einlagenrückz. 1998				-805.469,10
Steuerbilanz	34.081.527,3	31.940.777,2	30.352.777,2	29.547.308,1

Die Bp sei daher der Ansicht, dass, bis zur Vorlage eines detaillierten, nachvollziehbaren und überprüfbaren Bewertungsgutachtens, die Beteiligung an der IF. per 31.12.1993 mit ATS 39,951.860,00 zu bewerten sei.

3. zu Tz. 20 - Beteiligungsansatz InvestS.A.

VORBRINGEN:

Im Schreiben vom 16.3.2000 sowie in den vorangegangenen Besprechungen sei dargelegt worden, dass die Voraussetzungen für die Teilwertabschreibung bestünden. Hätte die Behörde dennoch Zweifel, stünde es ihr frei, unter Inanspruchnahme der gemeinschaftsrechtlichen und DBA-rechtlichen Amtshilferegeln im Verhältnis zu Frankreich dies nochmals zu prüfen. Ohne Inanspruchnahme dieser Ermittlungsmöglichkeiten, könne die Behörde die Teilwertabschreibung nicht versagen.

Weiters sei die Notwendigkeit der Teilwertabschreibung auch seitens der Behörde bejaht worden, in dem sie diese außerbilanzmäßig in 1998 vornehme. Auch für die Behörde stehe damit implizit außer Zweifel, dass die Beteiligung InvestS.A. (und damit C.S.A.) eine Fehlmaßnahme iSd Judikatur darstelle.

STELLUNGNAME:

Die Beteiligung der Bw. an der InvestS.A. / C.S.A. sei im Jahr 1994 um den Betrag von ATS 14.000.000,00 teilwertberichtigt worden. Im Jahr 1995 seien Darlehens- und Zinsnachlässe in Höhe von ATS 29.268.918,00, die der InvestS.A. (s. Tz. 23 d. Bp-Berichtes) gewährt worden seien, nicht auf die Beteiligung der Bw. an diesen Gesellschaften aktiviert worden.

Die Teilwertabschreibung des Jahres 1994 sei vorerst damit begründet worden, dass das Eigenkapital durch die Verluste der Jahre 1993 und 1994 um ca. 13,5 Millionen reduziert worden sei. Im Schreiben vom 16.3.2000 habe die Bw. zur Bewertung der Beteiligung ausgeführt: *Die Beteiligung an der C.S.A. sei 1993 in zwei Etappen zu einem Kaufpreis von rund ATS 149 Millionen über die Zwischenholding InvestS.A., erworben worden. Aufgrund der bloßen Holdingfunktion der InvestS.A. sei für den Bewertungsansatz dieser Gesellschaft auf die Entwicklung der C.S.A. abzustellen. Das Eigenkapital der InvestS.A. habe durch die Verluste der Jahre 1993 und 1994 per 31.12.1994 rund ATS 7 Millionen betragen. Nach Durchführung der Teilwertabschreibung zum 31.12.1994, habe der Buchwert der Beteiligung an der InvestS.A. dem Eigenkapital dieser Gesellschaft per 31.12.1994 entsprochen. Ein darüber hinausgehender Beteiligungsansatz wäre nicht zu rechtfertigen gewesen. Dieser hätte nämlich stille Reserven in der C.S.A. und somit einen Wert dieser Gesellschaft von mehr als ATS 149 Millionen erfordert. Dem Erwerb der C.S.A. sei ein Forecast mit einem Jahresgewinn nach Steuern von rund ATS 15 Millionen zugrunde gelegen. Die tatsächlichen Ergebnisse hätten aber 1993 rund ATS 1,5 Millionen und 1994 rund ATS 4,0 Millionen betragen. Die Gründe für eine derartige Abweichung gegenüber den erwarteten Ergebnissen seien zum einen in einem drastischen Preisverfall des Mengenpreises im Verlauf der Kalenderjahre 1993 und 1994 und zum anderen in nicht erwarteten hohen Ausschussraten gelegen. Der Erwerb der C.S.A. habe sich daher bereits 1994 als Fehlinvestition im Sinne der Judikatur und Literatur herausgestellt. Im Zuge der Liquidation der F.Ltd., Jersey Ende 1995 sei es dann zu einer Kapitalerhöhung bei der InvestS.A. um rund ATS 121,3 Millionen gekommen. Dadurch habe sich der Beteiligungsansatz der Bw. an der InvestS.A. auf ATS 128,3 Millionen erhöht. Die Erhöhung des Beteiligungsansatzes an der InvestS.A. um die Darlehens- und Zinsnachlässe des Jahres 1995 in Höhe von S 29,9 Millionen sei nicht zu rechtfertigen*

gewesen, weil dieser Betrag im Wert der Beteiligung nicht Deckung gefunden hätte und somit umgehend zur weiteren Teilwertabschreibung in diesem Ausmaß geführt hätte.

Mit diesem Schreiben habe sich die Bw. vorbehalten, ergänzende Gründe für die Teilwertabschreibung der Beteiligung zum 31.12.1994 und zum 31.12.1995 bekannt zugeben bzw. eine detaillierte Bewertung der Beteiligung nachzureichen. Mit Telefax vom 18.4.2000 habe die Bp diese angekündigte "detaillierte Bewertung der Beteiligung" abverlangt. Eine solche sei bis heute nicht vorgelegt worden; ergänzende Gründe die für die Teilwertabschreibungen der Jahre 1994 und 1995 sprächen, seien bis dato ebenfalls nicht bekannt gegeben worden.

Für die Bewertung von Beteiligungen seien wie bereits ausgeführt der Substanz-, Ertrags-, und Funktionalwert maßgeblich. Folge man den Angaben im Schreiben vom 16.3.2000 entstehe der Eindruck, dass für den Erwerb der Beteiligung ausschließlich ein erwarteter Jahresgewinn nach Steuern von rund ATS 15,00 Millionen ausschlaggebend gewesen sei, wobei Unterlagen, anhand welcher die Gewinnerwartungen der Bw. zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbes hätten überprüft werden können, nicht vorgelegt worden seien.

Im Lagebericht der Bw. zum Jahr 1993 werde betreffend die Akquisitionen des Jahres 1993 ausgeführt: *"Mit April 1993 wurde der Geschäftsbereich Isolatoren der KAG übernommen. Die Akquisition beinhaltet Geschäftsaktivitäten, Maschinen und Lager der beiden Produktionsstätten LuL. Die Produktion in diesen Anlagen wird im März 1994 endgültig stillgelegt und zu den anderen Fabriken der C. -GRUPPE transferiert. Zum gleichen Zeitpunkt wurden auch 80% der Anteile des französischen Isolatorenherstellers CSA. erworben. Die verbleibenden 20% konnten dann im November übernommen werden. CSA. ist der bei weitem größte französische Produzent von Keramikisolatoren und verfügt über eine der modernsten europäischen Fabriken. Mit dieser Transaktion wuchs unsere Produktionskapazität erheblich, es wurden neue Möglichkeiten hinsichtlich Spezialisierung und Restrukturierung eröffnet und die Marktanteile der C. -GRUPPE in der Schweiz und Frankreich stiegen substantiell."*

Das Anwachsen der Produktionskapazität, die neuen Möglichkeiten hinsichtlich Spezialisierung und Restrukturierung sowie der Erwerb von substantiellen Marktanteilen in der Schweiz und Frankreich, deuten auf das Vorhandensein eines nicht unerheblichen Funktionalwertes der Beteiligung hin, der nach Ansicht der Betriebsprüfung bei der Bewertung der Beteiligung jedenfalls zu berücksichtigen sei.

Im Schreiben der Bw. vom 16.3.2000 werde für die Bewertung nur auf den erwarteten Jahresgewinn nach Steuern von ATS 15,00 Millionen abgestellt. Unterlagen, anhand welcher die Gewinnerwartungen der Bw. zum Zeitpunkt des Beteiligungserwerbes hätten überprüft

werden können, seien nicht vorgelegt worden. Vorgelegt wurde die Betriebsergebnisrechnung der C.S.A. vom 24.1.1993. Demnach seien in den Jahren 1991 und 1992 Jahresgewinne nach Steuern von umgerechnet ATS 4,5 Millionen erwirtschaftet worden. Die Annahme, dass beginnend mit 1993 ein Jahresgewinn nach Steuern von rund ATS 15,0 Millionen erwirtschaftet werde, sei nach Ansicht der Bp nicht realistisch. Auch eine Verdreifachung des Gewinnes bis zum Jahr 1994 oder 1995 sei unwahrscheinlich.

Daher könne beim Erwerb nur mittel- bis langfristig von einem Jahresgewinn nach Steuern von rund ATS 15,00 Millionen ausgegangen worden sein.

Gemäß den Lageberichten der Bw. habe die C.S.A. in den Jahren 1993 bis 1995 Gewinne bzw. Verluste wie folgt erwirtschaftet:

	FF	Kurs	ATS
1993	-109.000,00	2,0635	-224.921,50
1994	138.000,00	2,0375	281.175,00
1995	300.000,00	2,0580	617.400,00

Zur Entwicklung werde in den Lageberichten der Bw. folgendes ausgeführt:

1993: Die CSA . entwickelt sich nicht so gut wie erwartet. Die reduzierte Nachfrage am französischen Markt führte zum niedrigsten Produktionsvolumen seit zehn Jahren, überraschend auftretende technische Probleme hatten einen negativen Einfluss auf die Kosten-situation. Die Integration in die C. -GRUPPE in den Bereichen Marketing, Beschaffung, Verwaltung und Produktion verlief plangemäß.

1994: Die CSA . erzielte im Jahr 1994 ein ausgeglichenes Resultat. Die anhaltende Schwäche des französischen Inlandsmarktes und die unbefriedigende Kostenentwicklung verhinderten ein Erreichen der gesetzten Ziele. Mitte des Jahres wurde das Keramikisolatorengeschäft der französischen Gesellschaft CME übernommen, was eine Steigerung des Gruppenumsatzes um ca. ATS 10 Millionen mit sich bringen wird. Im Jänner 1995 erfolgte die Zertifizierung des Qualitätssystems gemäß ISO 9000.

1995: Trotz widriger Marktverhältnisse insbesondere in der ersten Jahreshälfte konnte die CSA. im Jahr 1995 ein letztlich zufriedenstellendes Resultat erzielen. Der anhaltenden Schwäche des französischen Inlandsmarktes und ausbleibenden internationalen Projekten musste durch Personalreduktionen Rechnung getragen werden.

Folge man den Lageberichten der Bw. habe sich die C.S.A. in den Jahren 1993 und 1994 nicht wie erwartet entwickelt. Bereits 1995 habe aber - trotz widriger Marktverhältnisse - ein letztlich zufriedenstellendes Resultat erzielt werden können.

Das Anwachsen der Produktionskapazität, die neuen Möglichkeiten hinsichtlich Spezialisierung

und Restrukturierung sowie der Erwerb von substantiellen Marktanteilen in der Schweiz und Frankreich ließen auf einen erheblichen Funktionalwert der Beteiligung schließen. Es wäre Sache der Bw. gewesen nachzuweisen, dass sich der Erwerb der C.S.A. bereits 1994 als Fehlinvestition im Sinne der Judikatur und Literatur herausgestellt habe. Dieser Nachweis sei durch das Vorbringen im Schreiben vom 16.3.2000 nicht erbracht worden. Die Teilwertabschreibungen der Jahre 1994 und 1995 seien nach Ansicht der Bp daher nicht zulässig.

Zum Vorbringen, wonach die Notwendigkeit einer Teilwertabschreibung von der Behörde bejaht worden sei indem sie diese 1998 außerbilanzmäßig vornehme, sei anzumerken, dass für die Beurteilung des Teilwertes per 31.12.1998 die wirtschaftliche Entwicklung der C.S.A. in den Jahren 1996, 1997 und 1998 zu berücksichtigen sei.

Gemäß Schreiben der Bw. vom 16.3.2000 habe die C.S.A. 1996 einen Gewinn von ATS 3,5 Millionen, 1997 einen Gewinn von ATS 5,9 Millionen und 1998 einen Verlust von ATS 10,5 Millionen erwirtschaftet. Der Verlust des Jahres 1999 habe ATS 15,0 Millionen betragen. Die Verluste der Jahre 1998 und 1999 deuten auf eine wirtschaftliche Fehlentwicklung, die eine Teilwertabschreibung per 31.12.1998 rechtfertigen könne. Daher sei bei der Veranlagung des Jahres 1998 vom Beteiligungsansatz der Bw. ausgegangen und seien die Zurechnungen der Jahre 1994 und 1995 außerbilanzmäßig wieder in Abzug gebracht worden.

Zum Vorbringen, wonach die Teilwertabschreibungen der Jahre 1994 und 1995 ohne Kontaktierung der französischen Abgabenbehörde nicht versagt werden können, werde angemerkt: Die Bw. habe mit Beratungsauftrag vom 28.11.1991 die M.BankAG mit der Unterstützung beim Erwerb von Beteiligungen im In- und Ausland beauftragt. Die M.BankAG sei beim Erwerb der C.S.A. aufgrund des Beratungsauftrages tätig geworden. Die Aufgabe der M.BankAG habe darin bestanden, die für eine Akquisition in Frage kommenden Unternehmen zu identifizieren, in der Akquisitionsphase Unternehmensbewertungen nach verschiedenen Methoden durchzuführen und ein Investmentmemorandum zu erstellen. Für diese Tätigkeit habe die Bank der Bw. insgesamt ATS 6.510.618,70 zuzüglich 20% USt in Rechnung gestellt. Anhand der Unternehmensbewertungen und des Investmentmemorandums hätten einerseits der funktionale Wert der Beteiligung ermittelt und andererseits die Angaben im Schreiben vom 16.3.2000 überprüft werden können. Die Unternehmensbewertungen und das Investmentmemorandum seien im Rahmen der Bp abverlangt worden. Die Bw. habe nur die Betriebsergebnisrechnung vom 24.1.1993 vorgelegt. Aufgrund der bei Auslandsbeziehungen bestehenden erhöhten Mitwirkungspflicht, sei die Bw. verpflichtet, die für die Bewertung der Beteiligung an der InvestS.A. / C.S.A. erforderlichen Unterlagen vorzulegen und alle übrigen

für die Bewertung der Beteiligung erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Kontaktierung der französischen Abgabenbehörden zur Erlangung von Unterlagen und Informationen die von der Bw. nicht vorgelegt bzw. bekannt gegeben werden, würde nach Ansicht der Bp einen Verstoß gegen die internationalen Amtshilfegrundsätze darstellen (EAS 1089).

4. zu Tz. 23 - F.Ltd. , Jersey

VORBRINGEN:

Die Bp habe festgestellt, dass die Funktion der F.Ltd. , Jersey ausschließlich darin bestanden habe, die von der Bw. zur Verfügung gestellten Gelder als Darlehen an Tochtergesellschaften im Ausland weiterzuleiten und die von den Tochtergesellschaften bezahlten Darlehenszinsen unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs, steuerfrei an die Bw. auszuschütten. Aufgrund dessen habe die Bp die Gestaltung als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts im Sinne des § 22 BAO angesehen und die Abgaben so erhoben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Im Bp-Bericht werde darauf hingewiesen, dass die F.Ltd. , Jersey bei der Vergabe der Darlehen an die deutsche und französische Tochtergesellschaft keine zwischengeschaltet sinnvolle Funktion erfüllt habe, weshalb die Ergebnisse der F.Ltd. ohnehin dem tatsächlichen Träger der Erwerbstätigkeit, der Bw., zuzurechnen seien. Dies hätte für den Fall, dass die festgestellte Gestaltung nicht als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerliche Rechts im Sinne des § 22 BAO anzusehen wäre, nahezu gleich hohe Zurechnungen zur Folge, auch wenn sich im einzelnen der Titel der Zurechnung ändern würde.

In der Berufung werde die Bedeutung des § 22 BAO unter Zugrundelegung der Innentheorie und der Außentheorie beurteilt und die Bw. argumentiere in der Folge auf Grundlage beider Theorien.

4.1. Missbrauch

4.1.1. Innentheorie

VORBRINGEN:

Die Bw. bringe vor, dass die heute herrschende Auffassung § 22 BAO im Sinne der Innentheorie verstehe. Gemäß besagter Innentheorie habe § 22 BAO demnach nur 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 der 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. Auch der VwGH selbst sei dazu übergegangen § 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 iSd § 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. Will der Steuerpflichtige eine abgabenrechtliche Begünstigung auf dem Weg erreichen den das Gesetz ausdrücklich vorsehe, liege kein Missbrauch vor. 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 vorzeichnet oder den das Gesetz ausdrücklich vorsieht. Verwirklicht der Steuerpflichtige damit einen Sachverhalt, der nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zu einer Abgabepflicht führt, könne auch § 22 BAO nichts an der Steuerfreiheit ändern. Die Konsequenz aus dieser Rechtsprechungsentwicklung sei, dass § 22 BAO die selbständige Bedeutung genommen sei. Ist aber § 22 BAO ein reiner Interpretationshinweis, könne diese Vorschrift auch nicht Grundlage für eine Steuerpflicht sein. Die von der Behörde vorgenommene Deutung des § 22 BAO sei daher abzulehnen. Der von der herrschenden Lehre, der jüngeren Rechtsprechung des VwGH, der Rechtsprechung des VfGH und von immer größer werdenden 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.

STELLUNGNAHME:

Dass es sich bei § 22 BAO um eine Bestimmung mit eigenständiger normativer Bedeutung handle, gehe nach Ansicht der Bp bereits aus dem Gesetztestext selbst hervor. Die Frage ob § 22 BAO eine selbständige Norm darstellt oder ob es sich bei dieser Bestimmung nur um eine Interpretationshilfe handelt, werde ausschließlich in der Fachliteratur, unter Verwendung der Begriffe "Außentheorie" und "Innentheorie", geführt.

In der zu § 22 BAO ergangenen Judikatur des VwGH ging es immer nur um die Frage, ob eine

einen Abgabenanspruch (mit)begründende Norm anwendbar sei oder nicht (vgl. z.B. VwGH 26.3.1992, 90/16/0236, 0238; VwGH 15.6.1993, 91/14/0253; VwGH 20.4.1995, 94/13/0228; VwGH 13.10.1999, 96/13/0113; VwGH 26.7.2000, 97/14/0070; VwGH 2.8.2000, 98/13/0152). Die Frage nach der Anwendbarkeit von § 22 BAO würde sich aber bei einem Verständnis dieser Norm als reine Interpretationshilfe gerade nicht stellen. Daher dürfte auch der VwGH § 22 BAO als eigenständige Norm ansehen.

4.1.2. Außentheorie

VORBRINGEN:

Die Bw. vermeint, selbst wenn § 22 BAO als eigener Steuertatbestand zu verstehen wäre, käme seine Anwendung nur dann in Betracht, wenn drei Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt wären: Die Gestaltung müsse ungewöhnlich und unangemessen sein und ein außersteuerlicher Grund müsse fehlen. Darüber hinaus könne von einer unangemessenen rechtlichen Gestaltung nicht gesprochen werden, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne, mag auch die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sein, weil immer dann, wenn die Gesetzesvorschrift selbst die entsprechende Gestaltung bereits vorzeichne, ein Missbrauch im Sinne der Außentheorie nicht vorliegen könne, auch wenn die Gestaltung ungewöhnlich und unangemessen sei und ausschließlich der Steuerersparnis dienen sollte.

STELLUNGNAHME:

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

4.1.2.a.) Ungewöhnlichkeit

VORBRINGEN:

Die Tätigkeit der F.Ltd. , Jersey könne keinesfalls als ungewöhnlich qualifiziert werden. Die Praxis zeige nämlich, dass zahlreiche Konzerne Finanzierungsgesellschaften gründen. Diese Finanzierungsgesellschaften werden in aller Regel mit Eigenmitteln ausgestattet und sollen dazu dienen, andere Konzerngesellschaften zu finanzieren. Derartige Konzerngesellschaften können sowohl im In- und auch im Ausland angesiedelt werden. Da sowohl die Gründung von Konzernfinanzierungsgesellschaften als auch die Gründung von Finanzierungsgesellschaften,

die auch Aktivitäten außerhalb des Konzerns finanzieren, sehr häufig seien, könnten derartige Gestaltungen keinesfalls als ungewöhnlich bezeichnet werden.

STELLUNGNAHME:

In der Fachliteratur werde wiederholt die Auffassung vertreten, dass es hinsichtlich der Ungewöhnlichkeit der gewählten zivilrechtlichen Gestaltung darauf ankomme, ob eine zivilrechtliche Konstruktion allgemein bekannt sei oder ob schon andere Steuerpflichtige eine vergleichbare zivilrechtliche Konstruktion gewählt haben. Dieser Auslegung des Begriffes ungewöhnlich habe sich der VwGH nicht angeschlossen. Dieser habe die Ungewöhnlichkeit immer nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung im konkreten Fall untersucht. Im Erkenntnis vom 22.10.1991, 91/14/0147 äußerte sich der VwGH etwa dahingehend, dass Missbrauch nur dann anzunehmen sei, wenn die rechtliche Gestaltung auf den Einzelfall bezogen ungewöhnlich und unangemessen sei, also wirtschaftlich nicht sinnvoll erscheine, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenken würde. Im Erkenntnis vom 2.8.2000, 98/13/0152 werde ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang wie der Mantelkauf nicht dem § 22 BAO zugeordnet. Jedoch werde der Mantelkauf in diesem Fall, weil wirtschaftlich nicht verständlich, doch als ungewöhnlich angesehen.

Zum Fall der Bw. sei festzustellen, dass die Bw. im Jahr 1990 eine Tochtergesellschaft auf Jersey, einer Steueroase, gegründet habe. Die einzig erkennbare Funktion dieser Tochtergesellschaft habe darin bestanden Gelder die ihr von der Bw. zur Verfügung gestellt worden seien, als Darlehen an eine deutsche und eine französische Schwestergesellschaft weiterzuleiten und die Darlehenszinsen der deutschen und französischen Gesellschaft, unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs, an die Bw. auszuschütten (s. dazu Tz. 23 des Bp-Berichtes).

Die Tatsache, dass zahlreiche Konzerne Finanzierungsgesellschaften gründen und diese mit Eigenkapital ausstatten, könne die Qualifikation der konkret festgestellten Kette von Rechtshandlungen, welche nur aus dem Blickwinkel der Steuerersparnis verständlich werde, als Missbrauch im Sinne des § 22 BAO nicht verhindern.

4.1.2.b. Unangemessenheit

VORBRINGEN:

Die Bw. habe eine Finanzierungsgesellschaft gegründet und sie mit Eigenkapital ausgestattet, weil bei der Bw. entsprechende Liquidität vorhanden war. Um der gesetzlichen Sorgfaltspflicht nachzukommen, sei es Aufgabe des Vorstandes gewesen, die liquiden Mittel entsprechend zu veranlagern. Aus diesem Grund habe man zwischen verschiedenen Veranlagungsalternativen wählen müssen und nach kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen die für

das Unternehmen beste Entscheidung zu treffen gehabt. Als für das Unternehmen beste Entscheidung habe sich erwiesen, mit Eigenmitteln eine ausländische Finanzierungsgesellschaft zu gründen, die über den Einsatz der Mittel weiter entscheidet und dies auch getan habe.

STELLUNGNAHME:

Die Bw. habe der F.Ltd. , Jersey Mittel zur Verfügung gestellt. Diese Mittel habe sie an ihre Schwestergesellschaften in Deutschland und Frankreich, als Darlehen, weitergeleitet. Die Mittel seien, wie aus den Überweisungsbelegen ersichtlich sei, wie folgt weitergeleitet worden:

von	an	Datum	Betrag	Währung
Bw.	F.Ltd.	19. Oktober 1990	2.515.000,00	DM
F.Ltd.	Beteiligungs GmbH	24. Oktober 1990	2.500.000,00	DM
Bw.	F.Ltd.	21. Jänner 1991	2.815.000,00	DM
F.Ltd.	Beteiligungs GmbH	25. Jänner 1991	2.800.000,00	DM
Bw.	F.Ltd.	31. März 1993	110.000.000,00	ÖS
F.Ltd.	InvestS.A.	31. März 1993	110.000.000,00	ÖS
Bw.	F.Ltd.	12. November 1993	9.583.280,00	FF
F.Ltd.	InvestS.A.	12. November 1993	9.583.280,00	FF

Die der F.Ltd. , Jersey zur Verfügung gestellten Gelder seien (fast) zur Gänze, zeitnah bzw. taggleich an die Schwestergesellschaften weitergeleitet worden. Es sei davon auszugehen, dass die F.Ltd. entgegen dem Vorbringen in der Berufung über die ihr zur Verfügung gestellten Mittel nie entscheiden konnte und durfte.

4.1.2.c. Ausschließliche Steuerersparnisabsicht

VORBRINGEN.

Die Bw. argumentiert, dass selbst für den Fall, dass die Aktivitäten der F.Ltd. ungewöhnlich und unangemessen gewesen wären, Voraussetzung für die Annahme von Missbrauch wäre, dass kein außersteuerlicher – also wirtschaftlich beachtlicher – Grund für die Gestaltung vorliege.

Es habe aber einer Vielzahl von Gründen für die Errichtung einer Finanzierungsgesellschaft und deren Beauftragung mit der Konzernfinanzierung gegeben. Diese seien:

- Es sei das mit Finanzierungsaktivitäten verbundene Risiko einer eigenen juristischen Person übertragen worden. Hätten sich Finanzgeschäfte nicht als erfolgreich oder sogar als verlustbringend erwiesen, sei durch die Auslagerung der Bestand aller anderen Unternehmen gesichert gewesen. Im schlimmsten Fall hätte die Finanzierungsgesellschaft liquidiert werden müssen. Die Haftung der Bw. sei jedenfalls mit den zur Verfügung gestellten Eigenmitteln begrenzt. Die Verminderung der zivilrechtlichen Haftung sei nach ständiger Rechtsprechung des VwGH jedenfalls alleine bereits als beachtlicher, jeglichen Missbrauch ausschließender, außersteuerlicher Grund anerkannt.

- Durch die Gründung einer eigenen Finanzierungsgesellschaft habe sich die haftungsrechtliche Situation der anderen Konzerngesellschaften verbessert. Wären nämlich die deutsche und französische Tochtergesellschaft direkt von der Bw. finanziert worden, hätte die Gefahr bestanden, dass die Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall dem Eigenkapital zugezählt werden könnten. So habe sowohl in Deutschland als auch in Frankreich eine größere Absicherung dagegen bestanden, dass im Insolvenzfall eine Umqualifizierung in Eigenkapital hätte vorgenommen werden können.
- Die Gründung der Finanzierungsgesellschaft in Jersey sei deshalb naheliegend gewesen, weil der Standort Jersey vereinfachte Vorschriften für die Gründung eines Unternehmens biete. Die Flexibilität sei dort um vieles größer als in Österreich. Gesellschaften können viel einfacher gegründet und auch wieder liquidiert werden. Ebenso wie der VwGH den sogenannten Mantelkauf akzeptiert habe, da dadurch die Gründungskosten einer neuen Kapitalgesellschaft gespart werden konnten, sei auch zu akzeptieren, wenn eine Gesellschaftsgründung aufgrund der vereinfachten Gründungsvorschriften nicht in Österreich, sondern in einem anderen Staat erfolge.
- Weiters habe der Standort Jersey dafür Gewähr geleistet, dass besonders qualifizierte Finanzierungsexperten zur Verfügung standen. Im Unterschied zu Österreich seien dort Finanzierungsexperten bereit zu besonders günstigen Bedingungen zu wirken und es bestehe in Jersey auch die Möglichkeit, Finanzierungsexperten auf Teilzeitbasis zu engagieren. Diese erheblichen Vorteile hätten die Bw. bewogen die Finanzierungsgesellschaft in Jersey zu gründen.
- Die Bw., die als Konzern international tätig sei und auch international habe expandieren wollen, wäre aus Gründen der Internationalität darauf bedacht gewesen, die Finanzierungsgesellschaft nicht in Österreich sondern im Ausland zu gründen. Bei Jersey habe eine besondere Anbindung zum Finanzplatz England sowie eine geographische und kulturelle Nahebeziehung zu Frankreich bestanden, wo ja bereits eine Tochtergesellschaft der Bw. existiert habe.
- Für die Bw. sei die Gründung einer Finanzierungsgesellschaft im Ausland auch deshalb erforderlich gewesen, weil die Abwicklung von Finanzierungsaktivitäten im Inland aus bankrechtlichen Gründen höchst problematisch gewesen wäre. Nach den österreichischen bankrechtlichen Vorschriften könne nämlich schon bei relativ geringfügigen Finanzierungstätigkeiten ein Bankgeschäft vorliegen. Dazu gehöre auch die Gewährung von Gelddarlehen. Die Durchführung von Bankgeschäften in Österreich hätte die Erlangung einer Bankkonzession zur

Voraussetzung gehabt, was praktisch nicht möglich gewesen wäre. Die Verlagerung der Finanzierungsaktivitäten ins Ausland habe es ermöglicht die Anwendung der restriktiven bankrechtlichen Vorschriften zu vermeiden.

- Durch die Auslagerung der Finanzierungsaktivitäten in eine eigene Gesellschaft habe sich auch der ausschüttungspolitische Spielraum der Bw. erhöht. Durch die Thesaurierung von Einkünften in der Finanzierungsgesellschaft habe es der Bw. freigestanden, den Zeitpunkt der Ausschüttung zu bestimmen. Auf der Ebene der Tochtergesellschaft erwirtschaftete stille Reserven hätten sich aufgrund der vom handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip getragenen Bewertungsvorschriften nicht sofort in der Handelsbilanz der Bw. niederschlagen müssen. Dadurch sei der Bw. die Möglichkeit eröffnet worden, in der handelsrechtlichen Bilanz über Bilanzansätze zu disponieren. Die Schaffung bilanzpolitischer Spielräume sei in der Rechtsprechung des VwGH jedenfalls als außersteuerlicher Grund, der jeden Missbrauch von vornherein ausschließe, akzeptiert.

- Die Gründung der F.Ltd., Jersey und die Übernahme der Konzernfinanzierung durch diese Gesellschaft habe auch den Vorteil gehabt, dass sich die Argumentation der deutschen Tochtergesellschaft gegenüber der deutschen Finanzbehörde verbessert habe, wonach in Deutschland kein verdecktes Eigenkapital habe angenommen werden können. Im Falle der direkten Finanzierung über Österreich wäre die Argumentation wesentlich schwieriger geworden. Die Anerkennung der Abzugsfähigkeit der Darlehenszinsen in Deutschland sei aber von großer Bedeutung gewesen.

STELLUNGNAHME:

Die Bp hält fest, dass laut VwGH nur wesentliche, ins Gewicht fallende, stichhaltige oder zumindest beachtliche außersteuerliche Gründe die Annahme von Missbrauch verhindern können. Auf die in der Berufung angeführten außersteuerlichen Gründe werde im einzelnen eingegangen.

- Dem Argument der Bw. hinsichtlich der Risikoübertragung sei nach Ansicht der Bp nicht zu folgen. Wie nicht nur aus den Bilanzen der F.Ltd., Jersey ersichtlich sei, bestanden deren "Finanzgeschäfte" ausschließlich darin, die von der Bw. zur Verfügung gestellten "Eigenmittel" als Darlehen an die Bet.GmbH und die InvestS.A. weiterzuleiten. Da das Risiko eines Darlehensgebers regelmäßig mit dem Verlust der hingegebenen Darlehenssumme begrenzt ist, hätte sich das Risiko der Bw. bei direkter Vergabe der Darlehen keinesfalls erhöht.

- Die Bw. habe in der Berufung nicht näher erläutert, aufgrund welcher konkreten insolvenzrechtlichen Regelungen in Deutschland und in Frankreich die Umqualifizierung von Gesell-

schafterdarlehen in Eigenkapital zulässig sei. Ob und inwieweit - bei Berücksichtigung der bestehenden Eigenkapitalausstattung - die Gefahr bestanden habe, dass von der Bw. direkt vergebene Gesellschafterdarlehen für den Fall einer Insolvenz in Eigenkapital hätten umqualifiziert werden können, sei daher nicht überprüfbar.

- Die Funktion der F.Ltd., Jersey habe in der Weiterleitung von Geldern der Bw. an die Tochtergesellschaften in Deutschland und Frankreich bestanden. Dem Argument bezüglich des Vorteils aus der vereinfachten Gesellschaftsgründung sei nicht zu folgen, da bei direkter Vergabe der Darlehen die (vereinfachte) Gründung und Liquidation der F.Ltd. nicht erforderlich gewesen wäre.

- Auch werde von der Bp in Zweifel gezogen, dass für das Zustandekommen und die Verfassung von vier Darlehensverträgen im Zeitraum 1990 bis 1993 besonders qualifizierte Finanzierungsexperten erforderlich gewesen wären. Außer den vier Darlehensverträgen seien darüber hinausgehende "Finanzierungsaktivitäten" nicht festgestellt worden.

- Die Notwendigkeit der Anbindung an den Finanzplatz England sei für die Bp nicht zu erkennen. Die F.Ltd., Jersey habe ausschließlich Gelder der Bw. an Schwestergesellschaften in Deutschland und Frankreich weitergeleitet.

- Die Bw. argumentiert, dass bankenrechtliche Gründe für die Einschaltung der F.Ltd. vorgelegen seien, führe aber nicht an aufgrund welcher gesetzlichen Bestimmungen die Bw. bei der direkten Vergabe von Darlehen an Tochtergesellschaften eine Bankkonzession benötigt hätte. Derartige Bestimmungen seien der Bp nicht bekannt.

- Zum angeführten „ausschüttungspolitischen Spielraum“ führt die Bp aus:

Die von der F.Ltd., Jersey vereinnahmten Darlehenszinsen seien in den Jahren 1991 bis 1994 als Dividende an die Bw. weitergeleitet worden.

1994 habe die F.Ltd. neben den vereinnahmten Zinsen noch Aufgeld in Höhe von umgerechnet ATS 12,654.000,00 ausgeschüttet. Im Jahr 1995 sei die F.Ltd., Jersey liquidiert worden. Von der Möglichkeit der Gewinnthesaurierung sei Gebrauch gemacht worden. Der ausschüttungspolitische Spielraum sei einzig und allein dazu genützt worden, durch die Ausschüttung von Aufgeld im Jahr 1994 den Liquidationsverlust des Jahres 1995 um ATS 12,654.000,00 zu erhöhen. Die Ausschüttung des Aufgeldes im Jahr 1994 stelle eine Einlagenrückzahlung dar und wäre gegen Beteiligung zu buchen. Bei korrekter Verbuchung würde sich kein bilanzpolitischer Spielraum ergeben.

- Zum Vorbringen der verbesserten Argumentationsmöglichkeit der Tochtergesellschaft in Deutschland hält die Bp fest, dass das Eigenkapital der Bet.GmbH umgerechnet

ATS 7,626.307,09 betragen habe. Es sei davon auszugehen, dass die deutschen Abgabenbehörden bei einer tatsächlich gegebenen Unterkapitalisierung der Gesellschaft die Zahlung der Darlehenszinsen an die, in einer Steueroase angesiedelten, Schwestergesellschaft F.Ltd., Jersey, nicht als Betriebsausgaben anerkannt hätten. Es werde seitens der Bp bezweifelt, dass sich die Argumentation der deutschen Gesellschaft im Falle der direkten Finanzierung verschlechtert hätte.

4.1.2.d. Beschreiten eines durch das Gesetz vorgezeichneten Weges

VORBRINGEN.

Nach § 10 Z 5 KStG in der bis 1994 gF seien Gewinnanteile jeder Art aus einer internationalen Schachtelbeteiligung steuerfrei gestellt. Nach § 7 Abs. 4 Satz 2 KStG in der damals gF sei eine internationale Schachtelbeteiligung vorgelegen, wenn der Steuerpflichtige an ausländischen Gesellschaften, die einer inländischen Gesellschaft vergleichbar gewesen seien, nachweislich in Form von Gesellschaftsrechten unmittelbar mindestens zu einem Viertel beteiligt war. Die Gründung einer Kapitalgesellschaft im Ausland und der Bezug von Gewinnanteilen aus dieser Gesellschaft sei daher ein Weg, den das Gesetz selbst vorzeichne. Die Bw. habe daher eine abgabenrechtliche Begünstigung auf einem Weg erreicht, den das Gesetz ausdrücklich vorsehe. Dies schliesse von vornherein jeden Missbrauch aus. Dieses Ergebnis werde noch durch § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG in der damals gF bestärkt. Gemäß dieser Regelung liege eine internationale Schachtelbeteiligung vor, wenn der Unternehmensgegenstand der ausländischen Gesellschaft zu nicht mehr als 25% im Verwalten von eigenen Forderungswertpapieren und Beteiligungen an anderen Unternehmen mit einem derartigen Unternehmensgegenstand liege, es sei denn die Gesellschaft unterhalte einen Bankbetrieb. Da die F.Ltd., Jersey keine Forderungswertpapiere gehalten habe und darüber hinaus auch noch aufgrund der Finanzierungsaktivitäten im Ergebnis einen Bankbetrieb unterhalten habe, wären die Ausnahmevoraussetzungen des § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG keineswegs gegeben. Es bestehe somit überhaupt keine Rechtsgrundlage, die Steuerbefreiung für Dividenden zu versagen.

STELLUNGNAHME:

Die Bp stellt dazu fest, dass der Zweck des internationalen Schachtelprivilegs die Hintanhaltung von Doppelbesteuerungen sei, die sich durch eine Besteuerung der Unternehmensgewinne im Ausland einerseits und durch eine Besteuerung der Dividendenausschüttung im Inland andererseits ergeben würden. Das Halten von Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften, das insbesondere für exportorientierte österreichische Unternehmen von Bedeutung sei, sollte durch das internationale Schachtelprivileg nicht gegenüber dem Halten von

Beteiligungen an inländischen Gesellschaften (für die die Beteiligungsertragsbefreiung bestanden hat) diskriminiert werden. Keinesfalls sei vom Gesetzgeber jedoch eine gänzliche Nichtbesteuerung von (ausgeschütteten) Unternehmensgewinnen intendiert gewesen. Die Ertragsbesteuerung der Unternehmensgewinne jener ausländischen Gesellschaft, an welcher die inländische Kapitalgesellschaft beteiligt ist, sei die zentrale Grundvoraussetzung für die Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs. Ansonsten wäre durch die Einführung des internationalen Schachtelprivilegs das Halten von Beteiligungen an inländischen Gesellschaften (deren Unternehmensgewinne im Inland besteuert werden) gegenüber dem Halten von Beteiligungen an ausländischen Gesellschaften (deren Unternehmensgewinne weder im Inland noch im Ausland besteuert werden) diskriminiert. Auch in der Bestimmung des § 7 Abs. 4 KStG komme das Kriterium der Ertragsbesteuerung der ausländischen Gesellschaft zum Ausdruck, denn es werde auf die Vergleichbarkeit der ausländischen Gesellschaft mit einer inländischen Kapitalgesellschaft abgestellt. Ein wesentliches Kriterium für die Vergleichbarkeit einer ausländischen Gesellschaft mit einer inländischen sei aber neben den gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten auch die Ertragssteuerpflicht der ausländischen Gesellschaft. Ebenso finde sich in der Richtlinie des Rates vom 23.7.1990, Nr. 90/435/EWG (Mutter/Tochter-RL) ein Anhaltspunkt dafür, dass in Zusammenhang mit der Vergleichbarkeit von Gesellschaften nicht nur gesellschaftsrechtliche Kriterien für die Anwendung des internationalen Schachtelprivilegs von Relevanz seien. In Artikel 2 dieser RL werden die Kriterien für die "Gesellschaften eines Mitgliedstaates" angeführt, wobei in lit. c (sinngemäß) die Körperschaftsteuerpflicht bzw. das Unterliegen einer vergleichbaren Steuer, ohne hievon befreit zu sein, ein Kriterium darstelle. Die Rechtsauffassung, wonach das Ziel sowohl der nationalen Schachtelbefreiung wie auch der internationalen Schachtelbefreiung nur in der Vermeidung einer Doppelbesteuerung (bzw. Mehrfachbesteuerung) von ausgeschütteten Gewinnen, nicht aber in der Herbeiführung einer gänzlichen Nichtbesteuerung von Unternehmensgewinnen liege, finde sich auch in der (seitens der Bp angeführten) einschlägigen Literatur.

Die F.Ltd., Jersey sei eine "off shore" Gesellschaft, deren Unternehmensgewinn in Jersey nicht besteuert werde. Wie aus den GuV-Rechnungen ersichtlich sei, habe diese in den Jahren 1990 bis 1995 nur die sogenannte "Jersey Exempt Company Tax" zwischen DM 1.192,00 und DM 1.468,00 bezahlt. Mit der Argumentation, wonach die Bw. eine abgabenrechtliche Begünstigung auf einem Weg erreicht habe, den das Gesetz ausdrücklich vorsehe, würde man dem internationalen Schachtelprivileg einen sinnwidrigen und der Zielsetzung dieser Bestimmung widersprechenden Inhalt unterstellen. Das Vorbringen Bw. sei daher nach

Ansicht der Bp nicht geeignet die Annahme von Missbrauch im Sinne des § 22 BAO zu verhindern.

4.1.2.e. § 22 BAO rechtfertige nicht das von der Behörde favorisierte Ergebnis

VORBRINGEN:

Die Bw. vermeint, dass auch für den Fall, dass man durch die F.Ltd., Jersey durchgreifen und die Zinsen der ausländischen Tochtergesellschaften der Bw. zurechnen würde, müssten diese steuerfrei behandelt werden. In diesem Fall müsste nämlich anerkannt werden, dass die gegebenen Darlehen Beteiligungsdarlehen wären oder aufgrund der Grundsätze des verdeckten Eigenkapitals wie Dividenden zu behandeln wären. Unterstelle damit die Behörde als „angemessenen“ Weg die Finanzierung der ausländischen Tochtergesellschaften mit Eigenkapital, so könne als Rechtsfolge für die daraus erzielten Einkünfte nur die Steuerfreiheit gemäß § 10 Abs. 2 KStG gezogen werden.

STELLUNGNAHME:

Die Bw. habe die Tochtergesellschaften in Deutschland und Frankreich mit Eigenkapital ausgestattet und ihnen daneben, unter Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey, Darlehen gewährt. Die Tochtergesellschaften haben an die F.Ltd., Jersey Darlehenszinsen bezahlt. Die Darlehenszinsen seien unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs steuerfrei an die Bw. ausgeschüttet worden. Bei einem Durchgriff durch die F.Ltd. seien die bezahlten und als Betriebsausgabe geltend gemachten Zinsen bei der Bw. als Betriebseinnahme zu erfassen. Das Vorbringen, wonach die Darlehen bei einem Durchgriff als Beteiligungsdarlehen anzuerkennen oder aufgrund der Grundsätze des verdeckten Eigenkapitals wie Dividenden zu behandeln seien, sei für die Betriebsprüfung nicht nachvollziehbar. Die Bp sei zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass die ausschließliche Finanzierung der deutschen und der französischen Tochtergesellschaft mit Eigenmitteln angemessen wäre.

- Einlagenrückzahlung

VORBRINGEN:

Die Heranziehung der Grundsätze über die Einlagenrückzahlung sei völlig unzutreffend. Die Vorschrift des § 4 Abs. 12 EStG, die die Einlagenrückzahlung regle, sei zum damaligen Zeitpunkt nicht in Kraft gewesen.

Selbst wenn man die Grundsätze, die die jüngste Rechtsprechung des VwGH entwickelt habe, rückwirkend anwenden wolle, könne dieser Grundsatz keineswegs ohne weitere Beweisführung dazu ermächtigen Gewinnausschüttungen einfach ohne weiteres in Einlagenrückzahlungen umzuqualifizieren. Dies sei nach der Rechtsprechung nur nach einem äußerst

strengen Maßstab möglich. Diese Möglichkeit scheide aber aus, da § 307 Abs. 2 BAO die Berücksichtigung einer Änderung der Rechtsauslegung zum Nachteil des Steuerpflichtigen im Falle einer Wiederaufnahme ausschliesse.

Die Anwendung der Grundsätze der Einlagenrückzahlung sei aber schon deshalb unmöglich, da die Behörde ja entweder durch die ausländische Gesellschaft durchgreife oder ihr keine Einkünfte zurechne, was voraussetze, dass auch die seinerzeitige Zuführung von Eigenkapital für steuerliche Zwecke negiert werde. Wenn die Behörde aber die Zuführung von Eigenkapital negiere, könne sie auch keine Einlagenrückzahlung annehmen.

STELLUNGNAHME:

Die F.Ltd., Jersey sei 1995 liquidiert worden. Im Zusammenhang mit der Liquidation habe die Bw. einen Liquidationsverlust in Höhe von ATS 29,861.386,46 erklärt. Der Liquidationsverlust sei mit einem Betrag von ATS 12,654.000,00 darauf zurückzuführen, dass die F.Ltd., Jersey 1994 Aufgeld in Höhe von DM 1,800.000,00 (umgerechnet ATS 12,654.000,00) als Dividende an die Bw. ausgeschüttet habe. Dass in der Dividende des Jahres 1994 Aufgeld in Höhe von DM 1,800.000,00 enthalten gewesen sei, sei sowohl der Bilanz des Jahres 1994 als auch der GuV 1994 zu entnehmen und sei im Zuge der Bp nicht bestritten worden.

Die Bp sehe die Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey bei der Vergabe von Krediten an die deutsche und französische Tochtergesellschaft als Missbrauch an. Daher seien die Zinsen der deutschen und der französischen Tochtergesellschaft bei der Bw. als Einnahmen zu erfassen und der Beteiligungsansatz der französischen Tochtergesellschaft um den Darlehens- und Zinsnachlass 1995 zu erhöhen. Darüber hinaus werde jener Teil des Liquidationsverlustes außerbilanzmäßig hinzugerechnet, der auf die Einlagenrückzahlung des Jahres 1995 zurückzuführen sei.

Damit werden die Steuern so erhoben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

5. zu Tz. 24 - Teilwertabschreibung POFA GmbH

VORBRINGEN:

Die Bp habe die Gewinnausschüttungen in den Jahren 1991 und 1992 als Einlagenrückzahlungen gewertet und die Anschaffungskosten der Beteiligung entsprechend vermindert. Da der steuerliche Beteiligungsansatz bei Abstockung um die Einlagenrückzahlungen 1991 und 1992 niedriger sei als der handelsrechtliche Beteiligungsansatz nach Teilwertabschreibung seien die Teilwertabschreibungen 1992 und 1993 nicht als steuerwirksam anerkannt worden.

Die belangte Behörde habe sich hinsichtlich der Nichtanerkennung der Teilwertabschreibung weder auf die Vorschrift des § 12 Abs. 3 KStG noch auf die Regelung des § 4 Abs. 12 EStG

stützen können, da die Teilwertabschreibungen in Veranlagungszeiträumen vorgenommen worden seien, in denen weder die eine noch die andere Vorschrift bereits in Kraft gewesen sei. Die Bp habe auch nicht behauptet, dass sich die Steuerunwirksamkeit der Teilwertabschreibung aufgrund der Vorschrift des § 12 Abs. 3 KStG oder des § 4 Abs. 12 EStG ergeben hätte. Folglich stehe jedenfalls außer Streit, dass es sich nicht um einen Anwendungsfall des § 12 Abs. 3 KStG oder des § 4 Abs. 12 EStG handle.

Folglich habe sich die Behörde offenbar von jenen Grundsätzen leiten lassen, die der VwGH im Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 entwickelt und im Erkenntnis vom 23.3.2000, 97/15/0112 bestätigt habe. In diesen Erkenntnissen sei der VwGH davon ausgegangen, dass im Geltungsbereich des KStG 1988 "die Rückzahlung des in eine Kapitalgesellschaft eingelegten Kapitals... – anders als die Ausschüttung von erwirtschafteten Gewinnen – nicht zu Kapitalerträgen, sondern zu einer Minderung des Beteiligungsansatzes, auch wenn sie aus handelsrechtlichen Gründen in der äußeren Erscheinungsform einer Gewinnausschüttung erfolgt", führt." Allerdings ist – wenn nicht eine handelsrechtliche Kapitalherabsetzung vorliegt – im Zweifel davon auszugehen, dass die Auszahlung der Kapitalgesellschaft keine Kapitalrückzahlung darstellt. Im Falle einer handelsrechtlichen Gewinnausschüttung ist daher nur dann eine Einlagenrückzahlung (und damit kein Kapitalertrag) anzunehmen, wenn es der Abgabenbehörde gelingt, hierfür – auf welche Weise immer – den Nachweis zu führen". Die Bw. vertrete die Auffassung, dass die im Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 entwickelten Grundsätze schon allein deshalb nicht anwendbar seien, weil es sich bei den Gewinnausschüttungen 1991 und 1992 keinesfalls um eine Kapitalrückzahlung gehandelt habe.

Das Erkenntnis des VwGH stelle es der Abgabenbehörde keinesfalls frei, von vornherein das Vorliegen einer Kapitalrückzahlung zu vermuten. Vielmehr sei im Falle einer handelsrechtlichen Gewinnausschüttung zunächst jedenfalls zu vermuten, dass auch für steuerliche Zwecke eine Ausschüttung von erwirtschafteten Gewinnen vorliege. Nur dann, wenn besondere Umstände dagegen sprächen, könne von einer Kapitalrückzahlung die Rede sein. Diese besonderen Umstände seien von der Behörde nachzuweisen. Derartige Nachweise habe die Behörde nicht erbracht, sodass schon allein aus diesem Grund von einer steuerneutralen Abstockung der Beteiligungsansätze nicht die Rede sein könne. Vielmehr lägen die Voraussetzungen für eine Teilwertabschreibung vor, die daher auch steuerwirksam durchzuführen sei.

Selbst wenn man der Annahme der Bp folgen würde, dass von einer steuerneutralen Einlagenrückzahlung auszugehen sei, wäre es der Behörde aufgrund der Vorschrift des § 307 Abs. 2 BAO verwehrt, die im Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 entwickelten Grundsätze

rückwirkend für den hier vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. § 307 Abs. 2 BAO normiere nämlich, dass in der Sachentscheidung eine seit Erlassung des früheren Bescheides eingetretene Änderung der Rechtsauslegung, die sich auf ein Erkenntnis des VfGH oder des VwGH oder auf eine allgemeine Weisung des Bundesministeriums für Finanzen stütze, nicht zum Nachteil der Partei berücksichtigt werden dürfe. Eine durch § 307 Abs. 2 BAO angesprochene Änderung der Rechtsauslegung, die sich auf ein Erkenntnis des VwGH stütze, liege aber hier ohne Zweifel vor. Im Einzelnen werde dazu ausgeführt:

- Das genannte Erkenntnis des VwGH sei zwar aufgrund eines formell ganz neuen Gesetzes (ohne verstärkten Senat) ergangen, dies ändere aber nichts daran, dass für Zwecke des § 307 Abs. 2 BAO auch dann eine Änderung der Rechtsauslegung vorliege, wenn die neue Judikatur formal zu einem anderen Gesetz als die frühere Judikatur ergangen sei.
- Es sei unbestreitbar, dass der VwGH in diesem Erkenntnis erstmals behauptet habe, dass handelsrechtliche Gewinnausschüttungen einer Kapitalgesellschaft als Einlagenrückzahlungen gewertet werden können. In der bisherigen Judikatur zum Körperschaftsteuerrecht habe der VwGH sogar in Extremfällen, in denen einer Kapitalgesellschaft Gesellschafterzuschüsse zugeführt wurden, die wenig später als Gewinnausschüttung an den Gesellschafter rückgeführt wurden, keine Einlagenrückzahlung angenommen. Die vom VwGH im Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 angesprochenen Judikate in denen davon die Rede sei, dass beispielsweise für die Unterscheidung zwischen Einlagenrückzahlung und Kapitalertrag einer Kapitalherabsetzung Bedeutung im Rahmen der Beweiswürdigung zukomme, weil sie in qualifizierter Weise die Vermutung rechtfertige, dass im konkreten Fall tatsächlich Kapital und nicht Gewinn ausgeschüttet wurden, hätten ausschließlich § 27 EStG betroffen. Im Anwendungsbereich des Körperschaftsteuerrechtes habe es bis zum Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 kein einziges Judikat, aus dem hätte abgeleitet werden können, dass auch für körperschaftssteuerliche Zwecke eine Gewinnausschüttung in eine Einlagenrückzahlung umgedeutet werden könnte, gegeben. Daher liege aus diesem Blickwinkel völlig zweifelsfrei eine Änderung der Rechtsauslegung auf dem Gebiet des Körperschaftsteuerrechts durch das Erkenntnis des VwGH vom 22.3.2000, 96/13/0175 vor.

Der im Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 am Rande vorkommende Hinweis auf die Vorschrift des § 22 KStG 1966 könne an dieser Beurteilung nichts ändern. § 22 KStG 1966 hatte für Zwecke der Körperschaftsteuer bei der ausschüttenden Gesellschaft das Erfordernis einer „offenen Ausschüttung aufgrund eines den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschlusses“ aufgestellt. Im KStG 1988 spiele dieses Kriterium bei der ausschüttenden Gesellschaft keine Rolle. Im vorliegenden Fall gehe es aber ausschließlich um die Beurteilung bei der empfangenden Gesellschaft. Hier habe sich die Rechtslage vom KStG

1966 zum KStG 1988 überhaupt nicht geändert. Mit identen Worten seien im KStG 1966 wie im KStG 1988 „Gewinnanteile jeder Art“ von der Körperschaftsteuer befreit worden. Daher habe es für die empfangende Gesellschaft zwischen dem KStG 1966 und dem KStG 1988 keine wie immer geartete Änderung der Rechtslage gegeben. Das Erkenntnis des VwGH vom 22.3.2000, 96/13/0175 sei zwar zum KStG 1988 und damit zu einem formell neuen Gesetz ergangen, stelle aber materiellrechtlich eindeutig eine Änderung der Rechtsauslegung dar. Folglich lägen die Voraussetzungen des § 307 BAO auch aus diesem Blickwinkel vor.

STELLUNGNAHME:

Wie im Bp-Bericht ausgeführt, habe die Bw. ihre Betriebsstätte in F. zum Stichtag 30.12.1991 in die HandelsGmbH (in weiterer Folge POFA GmbH / alt, nunmehr LGmbH) eingebracht.

Die Differenz zwischen den Aktiven und Passiven der eingebrachten Werte habe ATS 114.147.731,23 betragen. Dieser Betrag sei von der Bw. auf Beteiligung und von der HandelsGmbH auf ungebundene Kapitalrücklage gebucht worden.

Die HandelsGmbH habe in den Jahren 1991 und 1992 die ungebundene Kapitalrücklage aufgelöst und gemeinsam mit erwirtschafteten Gewinnen, als Dividenden, an die Bw. ausgeschüttet. Die Dividenden der Jahre 1991 und 1992 seien, wie in Tz 24 des Bp-Berichtes dargestellt und von der Bw. bisher nicht bestritten, mit einem Betrag von mindestens ATS 108,776.597,40 auf die Ausschüttung der ungebundenen Kapitalrücklage zurückzuführen. Die Bp habe den steuerlichen Beteiligungsansatz der Bw. an der HandelsGmbH um die Einlagenrückzahlungen der Jahre 1991 und 1992 gekürzt. Dadurch sei zum 31.12.1991 ein steuerlicher Beteiligungsansatz von ATS 59,961.175,23 ermittelt worden. Ab 31.12.1992 habe der steuerliche Beteiligungsansatz ATS 10,365.133,83 betragen.

Die Bw. habe den handelsrechtlichen Beteiligungsansatz zum 31.12.1992 auf ATS 60,000.000,00 und zum 31.12.1993 auf S 40,000.000,00 teilwertberichtigt. Da der steuerliche Beteiligungsansatz zum 31.12.1992 und zum 31.12.1993 unter dem handelsrechtlichen Beteiligungsansatz nach Teilwertabschreibung gelegen sei, seien die Teilwertabschreibung des Jahres 1992 in Höhe von ATS 59,141.731,23 und die Teilwertabschreibung des Jahres 1993 bei der Einkommensermittlung außerbilanziell hinzugerechnet worden.

Die Feststellung der Bp gründe auf dem Grundsatz, dass die Rückzahlung von eingesetztem Kapital als erfolgsneutrale Vermögensumschichtung zu qualifizieren sei. Demnach stellten die Einlagenrückzahlungen der HandelsGmbH bei dieser einen nichtsteuerbaren Vermögensabfluss dar und bewirkten bei der Bw. eine Minderung der auf Beteiligung aktivierten Anschaffungskosten.

Dieser Grundsatz sei sowohl in der Literatur (s. etwa Mag. Birgit Ferch, ÖStZ 1995, 496 u.a.)

wie auch in der Judikatur (VwGH 24.1.1984, 83/14/0130; VwGH 19.2.1991, 87/14/0136; 11.8.1993, 91/13/005) bereits lange vor dem Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175 vertreten worden. Die Feststellung der Bp stütze sich daher keineswegs auf das Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/0175. Die Regelung des § 307 Abs. 2 BAO sei jedenfalls nicht anwendbar (vgl. VwGH vom 2.6.1982, 82/13/0040; Stoll, BAO – Handbuch, 735).

In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme der Bp, datiert mit 23. April 2001, führt die Bw. zu den einzelnen Punkten ergänzend aus:

zu 1) Wiederaufnahme des Verfahrens

Diesbezüglich vermeint die Bw., dass auch die Stellungnahme der Bp keine Begründung enthalte die eine Wiederaufnahme rechtfertige und lediglich auf verschiedene Textziffern der Niederschrift verwiesen werde. Doch ergebe sich aber eben gerade daraus nicht, dass Tatsachen oder Beweismittel neu hervorgekommen wären, deren Kenntnis einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Die seitens der Bp im Zusammenhang mit der Beteiligung an der F.Ltd. als neue Beweismittel erwähnten Unterlagen, wie Bilanzen, Darlehensverträge, Überweisungsbelege etc. seien rechtlich für die Beurteilung der hier anstehenden Rechtsfragen nicht relevant.

zu 2) Tz. 18 - Darlehen an die IF.

- Umwandlung des Darlehens in einen Gesellschafterzuschuss

Die Bw. argumentiert, dass die Bp davon ausgehe, dass durch die Umwandlung des Darlehens das Erfordernis für die Abzinsung weggefallen wäre aber keine Begründung angegeben habe, warum hier § 6 Z 14 lit a EStG nicht zur Anwendung kommen sollte. Nach dieser Vorschrift sei nämlich der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsgutes maßgebend. Im Fall der Bw. sei dies der Betrag, der sich aufgrund der Abzinsung per 31.12.1993 ergebe. Es bestehe keine Rechtsgrundlage den nicht abgezinsten Wert heranzuziehen.

- Voraussetzung für die Teilwertabschreibung

Nach Ansicht der Bw. bestätige die Bp in ihrer Stellungnahme, dass sie tatsächlich keine eigenständigen Ermittlungshandlungen getätigt habe. Sie versuche laufend die Mitwirkungspflicht der Bw. zu betonen. Dabei übersehe sie, dass auf Basis der durch die Bw. vertretenen Rechtsmeinung für diese keine Veranlassung bestehe noch weiteren Aufwand zu tätigen bzw. ihr nicht zuzumuten sei. Der Behörde stünden ja die Amtshilfemöglichkeiten offen. Die seitens der Bp aufgestellte Behauptung, dass eine Überprüfung der seitens der Bw. vorgenommenen Bewertung selbst unter Mithilfe der schwedischen Abgabenbehörden faktisch nicht möglich sei, sei unbegründet geblieben.

zu 3) Tz. 20 – Beteiligungsansatz InvestS.A.

Die Bw. führt aus, dass die Bp in ihrer Stellungnahme habe eingestehen müssen, dass sogar die von ihr vorgenommene Auswertung der vorgelegten Unterlagen ergeben habe, dass sich die Beteiligung an der CSA in den Jahren 1993 und 1994 nicht wie erwartet entwickelt und die Gesellschaft im Jahr 1995 widrige Marktverhältnisse gegen sich gehabt habe. Trotz der vorliegenden Unterlagen wolle die Behörde noch weitere Nachweise und überschreite damit die Zumutbarkeitsgrenze. Die Behörde sei nicht berechtigt, ohne weiteres die Geltendmachung einer Teilwertabschreibung völlig zu versagen, sondern müsse nach objektiven Kriterien eine Schätzung vornehmen. Die Behörde irre, wenn sie ohne nähere Begründung die Auffassung vertrete nicht die abkommensrechtlich vorgesehenen Amtshilfavorschriften in Anspruch nehmen zu können. Diese stünden ihr nicht nur offen, sondern sie sei zu deren Inanspruchnahme im Rahmen der Sachverhaltsermittlung verpflichtet.

zu 4) Tz. 23 - F.Ltd.**- § 22 BAO**

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des VwGH führt die Bw. aus, dass die Bp verkenne, dass Missbrauch iSd § 22 BAO dann ausscheide, „wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreitet, den das Gesetz selbst vorzeichnet, mag auch die Steuerersparnis das Ziel der Gestaltung sein“. Daraus ergebe sich, dass der VwGH die Bekämpfung der sogenannten Steuerumgehung ausschließlich als Interpretationsproblem sehe und zu ermitteln sei ob der Steuerpflichtige jenen Weg beschreite, „den das Gesetz selbst vorzeichnet“ oder „den das Gesetz ausdrücklich vorsieht“. Die Konsequenz aus dieser Rechtsprechungsentwicklung sei, dass § 22 BAO die selbständige Bedeutung genommen sei (so ausdrücklich *M. Lang*, ÖStZ 1994, 173 ff).

Die Bp argumentiere in der Folge auf Basis der „Außentheorie“. Sie könne aber dem Vorbringen der Bw., dass die Gründung einer Tochtergesellschaft auf Jersey nicht ungewöhnlich sei, nichts entgegensetzen. Auch dem Vorbringen, die Unangemessenheit betreffend, könne die Bp nichts entgegenhalten. Sie stelle lediglich die Behauptung auf, dass die von der F.Ltd. zur Verfügung gestellten Gelder fast zur Gänze zeitnah und taggleich an die Schwestergesellschaften weitergeleitet worden seien und behaupte, dass die F.Ltd. über die ihr zur Verfügung gestellten Mittel nie habe entscheiden können. Die Bw. argumentiert, dass jede Finanzierungsgesellschaft wohl bemüht sei, die Mittel wiederum möglichst rasch zum Einsatz zu bringen. Es könne aus dieser Vorgehensweise nicht abgeleitet werden, dass die F.Ltd. keine Entscheidungsbefugnis hatte. Nach Ansicht der Bw. habe diese Frage vor allem nichts mit der Beurteilung der Angemessenheit zu tun.

Hinsichtlich der außersteuerlichen Gründe, verwies die Bw. auf ihr bereits vorgebrachtes Argument bezüglich Risikoversicherung und Risikobegrenzung. Durch die Ausgliederung der Finanzierungsaktivitäten in eine eigene Gesellschaft habe man das Risiko sowie eine mögliche Haftung für das Gesamtunternehmen eingeschränkt. In einem allfälligen Insolvenzverfahren sei die Argumentation einfach anders und besser, wenn ein Darlehen nicht von der unmittelbaren Muttergesellschaft, sondern von einer anderen Gesellschaft zur Verfügung gestellt sei und nicht als Eigenkapital gewertet werden könne.

Weiters wurde nochmals auf die aus betriebswirtschaftlichen Gründen getroffene Entscheidung bezüglich der Gründung einer Gesellschaft in Jersey, die dort bestehende flexible Verfügbarkeit von qualifizierten Finanzierungsexperten sowie die Anbindung an den Finanzplatz England Bezug genommen. Die Bw. führt weiter an, dass die Gewährung von Gelddarlehen gem. § 1 Abs. 1 Z 3 BWG zu den Bankgeschäften gehöre und schon geringfügige Tätigkeiten im Inland zur Notwendigkeit einer Bankkonzession führen würden. Es sei daher aus Sicht der Bw. nicht ratsam gewesen, derartige Aktivitäten in Österreich durchzuführen und man habe dazu die ausländische Tochtergesellschaft eingesetzt. Durch die Gründung der Tochtergesellschaft sei ein gewisser ausschüttungspolitischer Spielraum geschaffen worden, auch wenn dieser in den fraglichen Jahren nur wenig genutzt worden sei.

Die Bw. verwies weiters auf ihre Argumente im Rechtsmittel. Selbst dann wenn § 22 BAO anwendbar wäre, käme es nicht zu den von der belangten Behörde gewünschten Konsequenzen. Als „angemessen“ müsse dann wohl jene Rechtslage angesehen werden, die zu einer Qualifikation der geleisteten Darlehen als „Beteiligungsdarlehen“ oder „verdecktes Eigenkapital“ an die ausländischen Gesellschaften führen würde. Die Bp halte dem nur entgegen, dass sie zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen sei, dass dies die angemessene Gestaltung wäre. Diese Ansicht sei jedoch irrelevant. Konsequenz wäre es gewesen - im Falle eines Durchgriffs – direkte Gesellschafterdarlehen an die deutsche und französische Gesellschaft anzunehmen. Dies hätte aber dann auch dazu geführt, dass die vermeintlichen Zinsen als Dividenden in Österreich ohnehin steuerfrei gewesen wären.

- Einlagenrückzahlung

Die Bp gehe auf das Vorbringen, dass die Heranziehung der Grundsätze über die Einlagenrückzahlung durch die Bp völlig unzutreffend sei, nicht ein. Sie setze sich nicht damit auseinander, dass § 4 Abs. 12 EStG zum damaligen Zeitpunkt nicht gegolten habe und dass die jüngste Rechtsprechung des VwGH nicht dazu ermächtige, Gewinnausschüttungen ohne weiteres in Einlagenrückzahlungen umzuqualifizieren. Auch mit der Vorschrift des § 307 Abs. 2 BAO setze sich die Bp nicht auseinander.

zu 5) Tz. 24 – Teilwertabschreibung POFA GmbH

Nach Ansicht der Bw. gelingt es der Bp auch hier in der Stellungnahme nicht, den Nachweis zu erbringen, welche besonderen Umstände berechtigen würden von einer Kapitalrückzahlung auszugehen. Die Bw. verweist noch auf das iVm § 307 Abs. 2 BAO einschlägige Schrifttum. Die genannte Bestimmung mache es unmöglich, die Grundsätze der Einlagenrückzahlung im Wege einer Bp anzuwenden (so ausdrücklich *Lang/Loukota*, SWK 2000, S 762 ff).

Mit Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates (UFS) vom 17. Februar 2006 wurde die Bw. unter Hinweis auf § 115 BAO nochmals aufgefordert, jene Unterlagen, die von ihr selbst bereits im Bp-Verfahren thematisiert und angesprochen und danach seitens der Bp zur Klärung des Sachverhaltes mehrmals abverlangt worden sind, mit Frist bis 20. März 2006 vorzulegen.

Konkret betrifft der Vorhalt Unterlagen zu den Berufungspunkten

2) Tz. 18 - Darlehen an die IF. und

3) Tz. 20 – Beteiligungsansatz InvestS.A.

Zitat aus dem Vorhalt: „Im Zuge des Betriebsprüfungsverfahrens wird unter Bezug auf abgehaltene Vorbesprechungen zu den beiden Punkten durch die steuerliche Vertretung mit Telefax vom 16.3.2000 wie folgt mitgeteilt „... *wir halten fest, dass wir von einer umfangreichen Darstellung der Gründe, die für die Teilwertabschreibungen der Beteiligung an der InvestS.A. / CSA. und der Beteiligung an der IF. . sprechen, Abstand nehmen sollten. Wir behalten uns vor, ergänzende Gründe im Rahmen des Abgabenverfahrens bzw. eine detaillierte Bewertung der Beteiligungen zu den jeweiligen Stichtagen nachzureichen.*“

Die angeführten Unternehmensbewertungen zum Stichtag 31.12.1993 (IFÖ) sowie zum Stichtag 31.12.1994 und 31.12.1995 (InvestS.A.) wurden weder im Bp-Verfahren noch bis dato im Berufungsverfahren vorgelegt. Der Berufungswerberin wird hiermit nochmals die Gelegenheit geboten, diese ihrerseits angekündigten, im Bp-Verfahren mehrfach abverlangten, Unterlagen zum Nachweis ihrer Vorbringen bezüglich der Gegebenheit einer Fehlinvestition sowie zum Nachweis der Werte der Beteiligungsansätze vorzulegen. Des weiteren wird hinsichtlich des Beteiligungserwerbes an der InvestS.A. / CSA., wie schon während des Bp-Verfahrens, um Vorlage der im Zusammenhang stehenden Unternehmensbewertungen und des Investmentmemorandums der M.BankAG (siehe Beratungsauftrag vom 28. November 1991 und Honorarnoten 1992 und 1993) ersucht. Zur im Jahr 1998 seitens der Bw. durchgeführten Teilwertabschreibung dieser Beteiligung und der im Zuge der vorläufigen Veranlagung der Körperschaftsteuer des Jahres 1998 durchgeführten

darauf basierenden Anpassung wird zum Nachweis des Wertes des geminderten Bewertungsansatzes um Vorlage eines Bewertungsgutachtens zum 31.12.1998 ersucht.“

Nach einer am 15. März 2006 mit dem steuerlichen Vertreter der Bw. in den Räumen des UFS abgehaltenen Besprechung wurde seitens der Bw. schriftlich um eine 3-monatige Fristverlängerung zur Beibringung der o.a. Unterlagen ersucht.

Mit Hinweis auf die Tatsache, dass die Beibringung der in Rede stehenden Unterlagen bereits im Bp-Verfahren, somit schon im Jahr 2000, Thema gewesen sei, wurde die Frist bis 19. Mai 2006 letztmalig verlängert.

Am 31. März 2006 wurde auf Ersuchen des zuständigen Finanzamtes Wien 1/23 der gesamte Veranlagungsakt kurzfristig an dieses rückübermittelt.

Die Akten wurden vollständig am 20. August 2006 an den UFS retourniert. Den Akten beigelegt waren zudem an das Finanzamt gerichtete Schreiben und Unterlagen der Bw., d.h.

- ein Schreiben vom 27. April 2006 – „Lösungsvorschlag für die Feststellungen der Bp“,
- ein Fax vom 19. Juni 2006 – 7 Blatt Mehr-Weniger-Rechnungen der Bw. für die Jahre 1999 – 2001 sowie
- ein weiteres Schreiben vom 13. Juli 2006 samt „Bericht über die Unternehmensbewertung zum 31.12.1995 der CSA.“

Im Schreiben vom 27. April 2006 bezieht sich die Bw.:

- unter Punkt 1. auf **Tz. 18** des Bp-Berichtes - IF..

Die Bp habe für das Jahr 1993 eine Zuschreibung zur Beteiligung iHv ATS 5,529.651,00 (€ 401.855,41) vorgenommen. Im Jahr 2001 sei diese Beteiligung um den Betrag von € 2,502.000,00, d.h. mit einem Gewinn von € 440,51, veräußert worden. Der Veräußerungserlös sei geringfügig über dem Buchwert, der den Anschaffungskosten entsprochen habe, gelegen.

Der steuerliche Beteiligungsansatz sei jedoch durch die Bp wie angeführt erhöht worden, sodass aus der Beteiligungsveräußerung ein negatives steuerliches Ergebnis iHv € 401.414,90 resultiere. Es werde daher die Anerkennung dieses Verlustes im Jahr 2001 mit 7jähriger Verteilung gem. § 12 (3) Z 2 KStG beantragt.

- unter Punkt 2. führt die Bw. zu den Zuschreibungen der Bp zur Beteiligung InvestS.A. / CSA. grundsätzlich wie schon während des Bp-Verfahrens und in der Berufung aus. Sie verweist darauf, dass sich die Beteiligung an der CSA. als Fehlkauf entwickelt habe. Die Ergebnisentwicklung sei konstant negativ gewesen. Da seit den Ankaufsbewertungen und –analysen der Jahre 1991 und 1992 bis zum 31.12.1995 bereits 4 Jahre vergangen gewesen seien, könne für die Beurteilung des Beteiligungsbuchwertes zu diesem Zeitpunkt nicht mehr

von Anlaufverlusten ausgegangen werden. Es habe sich spätestens 1995 herausgestellt, dass diese Beteiligung nicht die beim Ankauf erwartete Ertragskraft aufgewiesen habe, sodass jedenfalls eine Beteiligungsabschreibung zu überlegen gewesen sei.

Die Bw. beantragte, dass aufgrund der mangelnden Ertragskraft der Beteiligung, die sich durch die IST-Ergebnisse bis 2002 manifestiert habe, die Zuschreibungen aus der Bp bereits zum 31.12.1995 mangels Werthaltigkeit abgeschrieben werden müssten. Die im Jahr 1998 vorgenommene Abschreibung der durch die Bp erfolgten Zuschreibungen wären hinsichtlich ihrer Periodenzugehörigkeit zu spät.

- unter Punkt 3. des Schreibens bezieht sich die Bw. auf eine – im bisherigen Berufungsverfahren nicht verfahrensgegenständliche - Prüfungsfeststellung in Tz. 19 des Bp-Berichtes zur CAB . Die Bp habe die Abschreibung dieser Beteiligung auf den Ertragswert von ATS 1,00 im Jahr 1995 nicht anerkannt. Da unter der going-concern Prämisse die Unternehmensbewertung zum Ertragswert durchzuführen sei und eine Zerschlagung und somit Realisierung der Substanzwerte bei Unternehmensfortführung nicht zu unterstellen sei, werde die Anerkennung der Abschreibung beantragt.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2006 brachte die Bw. einen in 5 Seiten gegliederten „*Bericht über die Unternehmensbewertung zum 31. Dezember 1995 der CSA*“, datiert mit 11. Juli 2006, bei. Zusammengefasst hält die Bw. darin fest, dass für die Berechnungen das Ertragswertverfahren mit einem Kapitalisierungszinssatz von 8% verwendet worden sei. Der Unternehmenswert aus ex-ante-Sicht zum 31.12.1995 betrage auf Basis der zu diesem Zeitpunkt einigermaßen schätzbaren Ergebnisse der Jahre 1996 und 1997 € 9,186.000,00. Der Vergleichswert auf Basis der IST-Ergebnisse 1996 – 2001 (ex post) sowie des Verkaufserlöses belaufe sich auf Null Euro. Der handelsrechtliche Beteiligungsbuchwert habe zum 31.12.1995 € 9,327.000,00 betragen und damit in etwa dem tatsächlichen Unternehmenswert zu diesem Zeitpunkt entsprochen. Der steuerliche Beteiligungsansatz habe unter Berücksichtigung der Aktivierung des Forderungsverzichtes der F.Ltd. € 12,471.000,00 betragen und sei damit deutlich über dem tatsächlichen Unternehmenswert gelegen. Dies müsse einen steuerlichen Abwertungsbedarf von € 3,144.000,00 zur Folge haben.

Im Berufungsschriftsatz wurde der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt. Gemäß § 282 Abs. 1 Z 2 BAO verlangte der Referent, dass der gesamte Berufungssenat zu entscheiden hat.

In der am 23. November 2006 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurden die bisherigen Vorbringen durch die steuerliche Vertretung erläutert.

Über die Berufung wurde erwogen:

zu 1.) Wiederaufnahme des Verfahrens zur Körperschaftsteuer für die Jahre 1990 bis 1992 und 1994 bis 1998 sowie hinsichtlich der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrages für 1990 bis 1993

Gem. § 303 Abs. 4 BAO ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen in allen Fällen zulässig, in denen Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Die Verfügung der Wiederaufnahme liegt im Ermessen. Die Ermessensübung hat sich am Zweck der Norm zu orientieren. Da der Zweck des § 303 BAO darin liegt, eine neuerliche Bescheiderlassung zu ermöglichen, wenn Umstände gewichtiger Art hervorkommen, um zu einem insgesamt rechtmäßigen Ergebnis zu kommen, ist bei der Ermessensübung grundsätzlich dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit (der Gleichmäßigkeit der Besteuerung) der Vorrang vor jenem der Rechtsbeständigkeit zu geben.

Der in dieser Bestimmung enthaltene Neuerungstatbestand führt zur Wiederaufnahme der Verfahren.

Im Fall der Bw. liegt der Neuerungstatbestand in den genannten Verfahren aufgrund folgender neu hervorgekommener Tatsachen vor:

- Im Jahr 1990 wurde durch die Bw. die Beteiligung an der F.Ltd., Jersey erworben und in der Bilanz erfasst. Im Jahresabschluss der Bw. wird der Gegenstand des Unternehmens mit Durchführung aller Arten von Finanztransaktionen, insbesondere der Finanzierung von Akquisitionen im Ausland, beschrieben. Aufgrund erst im Bp-Verfahren (siehe Tz. 23 des Bp-Berichtes) vorliegender Unterlagen wurde festgestellt, dass die F.Ltd. diese Funktionen nicht erfüllt hat. Ihre Funktion hat allein darin bestanden, Gelder, die die Bw. zur Verfügung gestellt hat, als Darlehen an Tochtergesellschaften im Ausland weiterzuleiten. Die dafür an die F.Ltd. bezahlten Darlehenszinsen sind unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs steuerfrei an die Bw. ausgeschüttet worden. Diese Gestaltung wird, wie in weiterer Folge dargestellt, als Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts iSd § 22 BAO angesehen. Die steuerlichen Auswirkungen dieser Feststellung betreffen die Jahre 1990 – 1995 und 1998.
- Im Jahr 1993 wird ein durch die Bw. an die IF. gegebenes unverzinstes Darlehen in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss umgewandelt. Der in der Bilanz des Jahres 1993 erfasste Beteiligungsansatz entspricht nicht dem durch die Bp festgestellten Wert.

- Die Wiederaufnahme des Körperschaftsteuerverfahrens der Jahre 1996 und 1997 erfolgte zum einen auf Antrag der Bw. im Zusammenhang mit §124b Z 33 lit. b EStG idF AbgÄG 1998 sowie aufgrund der in Tz.17 des Bp-Berichtes dargestellten Aktivierung zur Umsatzsteuer im Jahr 1997.

- Bei den Bescheiden zur Gewerbesteuer handelt es sich um abgeleitete Bescheide, sodass diese wegen der Abänderung der Körperschaftsteuerbescheide aufgrund der Bestimmungen der §§ 295 und 296 BAO von Amts wegen durch neue Bescheide zu ersetzen sind.

Die steuerlichen Auswirkungen der Wiederaufnahmegründe führen zu nicht unbeträchtlichen Steuernachforderungen und sind keinesfalls als geringfügig zu beurteilen. Die ermessensrelevanten Umstände, d.h. die wesentlichen Sachverhaltselemente sind ausführlich im Bp-Bericht dargestellt. Der Verweis (siehe Tz. 51) auf die entsprechenden Textziffern ermöglicht die Nachprüfbarkeit der Ermessensübung.

Dem Argument der Bw., dass die verfügbaren Wiederaufnahmen nicht begründet worden seien und schon bei Erlassung der ursprünglichen Bescheide alle entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente bekannt gewesen wären, ist aufgrund der obigen Ausführungen nicht zu folgen. Die Verfügung der Wiederaufnahme der Verfahren erfolgte daher zu Recht.

zu 2) Tz. 18 – Darlehen an die IF.

1993- Aktivierung iHv ATS 5,529.651,00

Die Bw. hat ihrer Tochtergesellschaft IF. im Jahr 1989 ein mit 21.12.1999 zur Rückzahlung fälliges unverzinstes Darlehen iHv SEK 10,220.000,00 (ATS 20,000.000,00) zugezählt. Infolge der Unverzinslichkeit wurde das Darlehen zum Bilanzstichtag 1989 unter Anwendung eines Zinsfußes von 8% abgezinst und diese Abzinsung iHv ATS 10,736.000,00 durch die Bw. als Betriebsausgabe erfasst.

Infolge der Vereinbarung vom 29.12.1993 wurde das Darlehen in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss umgewandelt und auf Beteiligung umgebucht. Die Gründe, die zu dieser Umwandlung geführt haben, wurden seitens der Bw. weder im Bp- noch im Berufungsverfahren angegeben. Die bisher schon bestehende Beteiligung der Bw. an der IF. iHv ATS 25,000.000,00 wurde sodann um den - nun auf den 31.12.1993 abgezinsten - Forderungsbetrag iHv ATS 9,422.209,00 somit auf ATS 34,422.209,00 erhöht.

Dazu ist festzustellen, dass mit der Umwandlung des Darlehens in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss das Erfordernis der Abzinsung weggefallen ist. Wie die Bp in ihrem Bericht festhält, ist die Aktivierung auf Beteiligung in Höhe des tatsächlich hingegebenen Betrages iHv ATS 14,951.860,00 (das sind SEK 10,220.000,00 umgerechnet zum geltenden

Kurs von 1,463) durchzuführen. Die durch die Bp durchgeführte Erhöhung der Aktivierung gegenüber dem Bilanzansatz der Bw. beträgt ATS 5,529.651,00.

Die Beteiligung wurde zum 31.12.1993 mit einem Wert von ATS 39,951.860,00 erfasst.

Die Bw. argumentiert gegen diese Feststellung unter Verweis auf § 6 Z 14 lit a EStG und meint, dass in sinngemäßer Anwendung für den Bilanzansatz der gemeine Wert des abgegebenen Wirtschaftsgutes zum Zeitpunkt der Anschaffung maßgebend sei. Es sei daher der Wert der Beteiligung zum 31.12.1993 lediglich um den abgezinsten Betrag auf insgesamt ATS 34,422.209,00 zu erhöhen. Höhere Anschaffungskosten hätten eine Teilwertabschreibung zur Folge, da ein derartiger Betrag im Wert der Beteiligung keine Deckung fände.

Gem. § 10 Abs. 2 BewG wird der gemeine Wert durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen.

Im berufungsgegenständlichen Fall liegt eine Darlehensforderung der Bw. gegenüber der IF. mit einem Nennwert von SEK 10.220.000,00 vor, die im Jahr 1993 in einen rückzahlbaren Gesellschafterzuschuss umgewandelt worden ist.

Die Bewertung des durch die Umwandlung „erworbenen“ Wirtschaftsgutes Beteiligung hat zu Anschaffungskosten zu erfolgen, wobei diese dem gemeinen Wert des abgegebenen Gutes entsprechen. Der gemeine Wert ist in Höhe des Nennwertes der Forderung, umgerechnet zum zu diesem Zeitpunkt geltenden Kurs, gegeben. Es lagen zum Zeitpunkt der Umwandlung weder Gründe für eine Abzinsung noch Umstände vor, aufgrund derer die Werthaltigkeit der Forderung zum Stichtag in Zweifel zu ziehen gewesen wäre. Auch wurde dies durch die Bw. nicht vorgebracht.

Die durch die Bp durchgeführte Aktivierung auf die Beteiligung iHv insgesamt ATS 14,951.860,00 ist daher schon aus diesem Grund zu Recht erfolgt.

Die Bw. argumentiert, dass eine derartige Aktivierung die Notwendigkeit einer Teilwertabschreibung der Beteiligung zur Folge hätte, ohne dafür einen Nachweis, wie z.B. ein Gutachten über die Bewertung der Beteiligung, beizubringen.

In Beantwortung des Ersuchens der Bp um Vorlage derartiger Unterlagen, führt die Bw. in ihren Schreiben vom 16.3.2000 und 18.5.2000 aus „...*wir halten fest, dass wir von einer umfangreichen Darstellung der Gründe, die für Teilwertabschreibungen der Beteiligung an der IF. sprechen, Abstand nehmen sollten. ...*“.

Die Bw. bezieht sich lediglich darauf, dass bei der Beteiligungsbewertung ein Funktionalwert

zu berücksichtigen sei und dies zu einem Ansatz von ATS 34,422.209,00 führe. Diesen Angaben kann mangels Nachweisen und Nachvollziehbarkeit nicht gefolgt werden.

Ein Bewertungsgutachten aus dem Substanz-, Ertrags- und Funktionalwert der Beteiligung abzuleiten bzw. ersichtlich wären, wurde nicht beigebracht.

Es kann daher dem Argument der Bw., dass bei Erhöhung des Beteiligungsansatzes das Erfordernis einer Teilwertabschreibung gegeben wäre, nicht gefolgt werden.

Im Hinblick auf die durch die Bp im Zusammenhang mit Auslandssachverhalten thematisierte erhöhte Mitwirkungspflicht vermeinte die Bw., dass aufgrund ihrer Rechtsansicht keine Veranlassung dazu bestehe noch weiteren Aufwand zu tätigen bzw. ihr dieser nicht zuzumuten wäre. Zusätzlich verwies die Bw. auf die Möglichkeit der Behörde, diesbezüglich im Amtshilfungsverfahren die schwedische Abgabenbehörde zu kontaktieren.

Der Abgabenbehörde liegen eine internationale Kontrollmitteilung der schwedischen Abgabenbehörde (National Tax Board) vom 11.2.1998 über deren nach einer Betriebsprüfung bei der IF. gewonnene Erkenntnisse zum Jahr 1993 sowie am 1.12.2000 übersandte Unterlagen zu den Ergebnissen und Dividenden der IF. der Jahre 1995 – 2000 vor.

Wie aus diesen, der Bw. mit Schreiben vom 2.3.2001 zur Kenntnis gebrachten, Unterlagen hervorgeht, hat die IF. das Jahr 1993 mit einem bilanzmäßigen Gewinn von SEK 2,600.000,00 abgeschlossen und auch in den Folgejahren mit Gewinnen bilanziert. Die schwedische Abgabenbehörde vermeint, dass aufgrund des positiven Ergebnisses im Jahr 1993 keine Notwendigkeit für die Gesellschaftereinlage der Bw. bestanden hat. Die späteren Ausschüttungen (1995 und 1996) an die Bw. lagen über den Gewinnen der schwedischen Tochtergesellschaft und wurden aus der Einlage finanziert. Zu diesen Unterlagen erfolgte keine Stellungnahme der Bw.

Aus den Angaben in den Unterlagen der schwedischen Abgabenbehörde sind keine Rückschlüsse auf das Vorliegen eines niederen Teilwertes der Beteiligung zum 31.12.1993 und somit auf die Notwendigkeit einer Teilwertabschreibung zu ziehen.

Dass die Werthaltigkeit der Forderung zum Zeitpunkt der Umwandlung in einen Gesellschafterzuschuss, d.h. zum 31.12.1993, unverändert gegeben war, findet sich insofern in den übermittelten Unterlagen der schwedischen Abgabenbehörde bestätigt, als die IF. die Gesellschaftereinlage bis zum 31.12.1995 nach wie vor mit dem Wert von SEK 10,220.000,00 bilanziert hat.

Für die Werthaltigkeit spricht auch die weitere Vorgehensweise der schwedischen Tochtergesellschaft der Bw.

Wie den durch die schwedische Abgabenbehörde übermittelten Unterlagen zu entnehmen ist, erfolgten in den Jahren 1995 – 1998 Ausschüttungen der schwedischen Tochtergesellschaft an die Bw. Diese resultierten 1995, 1996 und 1998 aus den in Schweden erwirtschafteten Gewinnen sowie einem Teil der in Rede stehenden Gesellschaftereinlage bzw. 1997 gänzlich aus der Gesellschaftereinlage:

Jahr	Gewinn	Teil aus Ges.Einlage	Ausschüttung insgesamt	Teil aus Gesellschafter- einlage in ATS	Ausschüttung gesamt in ATS
	SEK	SEK	SEK		
1995	3.274.383,00	225.617,00	3.500.000,00	340.681,67	<i>5.285.000,00</i>
1996	649.369,00	1.350.631,00	2.000.000,00	2.140.750,1	<i>3.170.000,00</i>
1997	0,00	1.000.000,00	1.000.000,00	1.588.000,0	<i>1.588.000,00</i>
1998	445.651,00	554.349,00	1.000.000,00	805.469,10	<i>1.453.000,00</i>
Gesam	4.369.403,0	3.130.597,00	7.500.000,00	4.874.900,9	11.496.000,0

Wie der VwGH in seiner Judikatur feststellt, führt die Rückzahlung eingelegten Kapitals zu einer Minderung des Beteiligungsansatzes, auch wenn die Rückzahlung aus handelsrechtlichen Gründen in der Form einer Gewinnausschüttung erfolgt.

Die oben angeführten, aus dem Titel der Einlage resultierenden Ausschüttungen führen daher in Höhe der genannten jährlichen Beträge jedenfalls zur Minderung des Beteiligungsansatzes der Jahre 1995 bis 1998.

Würde man dem Vorbringen der Bw. folgen und die Beteiligung lediglich mit einem Wert von ATS 34,422.209,00 ansetzen, fiel durch die jährlichen Ausschüttungen (Einlagenrückzahlungen) der steuerliche Beteiligungsansatz unter den handelsrechtlichen Ansatz der Bw. (z.B. für 1995: 34,422.209,00 – 340.681,00 = 34,081.528,00). Dies hätte die außerbilanzi-mäßige Zurechnung der Einlagenrückzahlungen der Jahre 1995 bis 1998 zur Folge.

Bei Ansatz der Beteiligung in Höhe des durch die Bp ermittelten Wertes ergibt sich folgendes Bild für die Jahre 1995 bis 1998:

	1995	1996	1997	1998
Beteiligungsansatz lt. Prüferbilanz (erhöht zum 31.12.1993)	39.951.860,00	39.951.860,00	39.951.860,00	39.951.860,00
Einlagenrückz. 1995	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67	-340.681,67
Einlagenrückz. 1996		-2.140.750,14	-2.140.750,14	-2.140.750,14
Einlagenrückz. 1997			-1.588.000,00	-1.588.000,00
Einlagenrückz. 1998				-805.469,10
Steuerbilanz	39.611.178,	37.470.428,2	35.882.428,20	35.076.959,10

Zusammenfassend wird festgehalten, dass die seitens der Bp für das Jahr 1993 durchgeführte Aktivierung der in einen Gesellschafterzuschuss umgewandelten Darlehensforderung auf die Beteiligung in Höhe des zum Kurswert umgerechneten Nennwertes der Forderung, d.h. mit ATS 14,951.860,00, gerechtfertigt war. Der Ansatz der Beteiligung zum 31.12.1993 erfolgte daher zu Recht iHv ATS 39,951.860,00.

zu 3) Tz. 20 – Beteiligungsansatz InvestS.A.

A) 1994 – Nichtanerkennung Teilwertabschreibung iHv ATS 14,000.000,00

B) 1995 – Aktivierung auf Beteiligung iHv ATS 29,268.918,00

A) Die Bw. gründete im Jahr 1993 als 100%-ige Tochtergesellschaft die InvestS.A.. Wie die Bw. im Schreiben vom 16.3.2000 angibt, hat die InvestS.A. in ihrer Funktion als „Zwischenholding“ im Jahr 1993 in zwei Etappen 100% der Anteile an der C.S.A. zu einem Gesamtpreis von rund ATS 149 Millionen erworben. Per 31.3.1993 wurden 80% der Anteile um ATS 120,000.000,00 und im November des Jahres die restlichen 20% Anteile erworben. Die diesbezüglichen Verträge datieren mit 26.3.1993. Aufgrund der zeitlichen Nähe liegt der Schluss nahe, dass die Finanzierung des Anteilskaufes über die Darlehenshingaben der Bw. an die F.Ltd., Jersey und Weiterleitung der Mittel durch diese an die InvestS.A. erfolgt ist (siehe dazu auch Tz. 23).

Die Beteiligung der Bw. an der InvestS.A. stand zum 31.12.1993 mit ATS 20,504.981,06 zu Buche. Im Jahr 1994 erfolgte vorerst eine Erhöhung der Beteiligung um ATS 512.500,00 und, wie in der Bilanz der Bw. angeführt ist, aufgrund der schlechten Geschäftslage eine Teilwertabschreibung von ATS 14,000.000,00. Der Buchwert der Beteiligung betrug daher zum 31.12.1994 ATS 7,017.481,06.

Die im Jahr 1994 durchgeführte Teilwertabschreibung der Beteiligung wurde seitens der Bp nicht anerkannt.

Im Jahr 1996 wurde die InvestS.A. in die C.S.A. verschmolzen.

B) Der im Jahr 1995 der InvestS.A. durch die F.Ltd., Jersey, gewährte Darlehens- und Zinsnachlass iHv ATS 29,268.918,00 wurde infolge der Bp auf die Beteiligung aktiviert. Hinsichtlich dieser Aktivierung wird auf die Ausführungen zu Tz. 23 hingewiesen.

zu A)

Nach § 6 Z 2 EStG 1988 sind u.a. Beteiligungen mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen. Ist der Teilwert niedriger, so kann dieser angesetzt werden. Unter Teilwert ist jener Betrag zu verstehen, den der Erwerber des gesamten Betriebes im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon

auszugehen, dass der Betrieb fortgeführt wird.

Nach Lehre und Rechtsprechung besteht eine Vermutung dafür, dass sich der Teilwert jedes Wirtschaftsgutes im Zeitpunkt seiner Anschaffung oder Herstellung mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten deckt. Die Abschreibung auf den niederen Teilwert ist grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige dartun kann, dass und in welcher Höhe zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag wesentliche Umstände eingetreten sind, die die Annahme rechtfertigen, dass am Bilanzstichtag die Wiederbeschaffungskosten in nicht unerheblichem Umfang unter den ursprünglichen Anschaffungskosten liegen oder dass sich die Anschaffung als Fehlmaßnahme erwiesen hat.

Wird das Vorliegen einer Fehlmaßnahme vorgebracht, so ist von einer solchen nur dann auszugehen, wenn nach der Anschaffung Umstände objektiver Natur hervortreten, die den vereinbarten Anschaffungspreis als überhöht erscheinen lassen, was für den Fall von Anlaufverlusten hingegen zu verneinen ist.

Für eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert ist jener Sachverhalt, der die Grundlage für die Entwertung der Beteiligung bildet, nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen (z.B. VwGH 29.4.1992, 90/13/0228). Je kürzer der zeitliche Abstand zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag ist, desto stärker ist die Vermutung der Übereinstimmung von Teilwert und Anschaffungskosten und desto größer sind die an den Nachweis einer Teilwertminderung zu stellenden Anforderungen (z.B. VwGH 10.9.1998, 93/15/0051). Die Ermittlung des Teilwertes der Beteiligung hat nach der Judikatur des VwGH (z. B. 29.4.1992, 90/13/0031) den Substanz- und den Ertragswert sowie den funktionalen Wert der Beteiligung zu berücksichtigen.

Die Bw. begründete die im Jahr 1994, also die bereits im ersten Jahr nach Gründung der InvestS.A., durchgeführte Teilwertabschreibung vorerst mit einer aufgrund der Verluste der Jahre 1993 und 1994 erforderlichen Reduzierung des Eigenkapitals der InvestS.A. um rund ATS 13,5 Mio und in der Folge mit der negativen Entwicklung der C.S.A.. Der Kauf dieser Beteiligung wurde als Fehlinvestition dargestellt.

Im Zuge der Bp wurde festgestellt, dass die Bw. die M.BankAG mit Mandat / Beratungsauftrag vom 28. November 1991 beauftragt hat sie beim Erwerb von Beteiligungen im In- und Ausland zu unterstützen. Gemäß diesem Mandat hat deren Tätigkeit u.a. darin bestanden, die für eine Akquisition in Frage kommenden Unternehmen zu identifizieren, in der Akquisitionsphase Unternehmensbewertungen nach verschiedenen Methoden durchzuführen und verpflichtend ein Investmentmemorandum zu erstellen.

Der Gewinn- und Verlustrechnung der Bw. zum 31.12.1993 ist in den Erläuterungen zum

Punkt „außerordentliche Aufwendungen“ zu entnehmen, dass hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Erwerb der Anteile an der C.S.A. Aufwendungen für Beratungsleistungen iHv ATS 5,285.153,14 netto angefallen sind.

Aus den vorliegenden Belegen der Jahre 1992 und 1993 ergibt sich im Zusammenhang mit dem Mandat/Beratungsauftrag ein Aufwand von insgesamt ATS 6,356.000,00 netto. Dieser errechnet sich aus Stundenabrechnungen, einem Erfolgshonorar und einem Beratungshonorar betreffend Put & Call Vereinbarung CSA der M.BankAG.

Aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen aus dem Mandat war davon auszugehen, dass sowohl eine Unternehmensbewertung als auch ein Investmentmemorandum im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung der C.S.A. als Entscheidungsgrundlage erstellt worden sind. Da diese Unterlagen zur Klärung und zum Nachweis der Angaben der Bw. im Bezug auf den Wert der Beteiligung hätten beitragen können, wurden sie durch die Bp abverlangt. Die Bw. legte diese Unterlagen jedoch nicht vor und führte in den an die Bp gerichteten Schreiben vom 16.3.2000 und 18.5.2000 (siehe dazu auch in den Entscheidungsgründen) zur Bewertung der Beteiligung und dem Vorliegen einer Fehlinvestition u. a. wie folgt aus: *„wir halten fest, dass wir von einer umfangreichen Darstellung der Gründe, die für Teilwertabschreibungen der Beteiligung an der InvestS.A. ...sprechen, Abstand nehmen sollten. Wir behalten uns vor, ergänzende Gründe ... bzw. eine detaillierte Bewertung der Beteiligungen zu den jeweiligen Stichtagen nachzureichen. ...Aufgrund der bloßen Holdingfunktion der InvestS.A. ist für den Bewertungsansatz dieser Gesellschaft auf die Entwicklung der C.S.A. abzustellen. Das Eigenkapital der InvestS.A. hat durch die Verluste der Jahre 1993 und 1994 per 31.12.1994 rund ATS 7 Millionen betragen. Nach Durchführung der Teilwertabschreibung zum 31.12.1994, hat der Buchwert der Beteiligung an der InvestS.A. dem Eigenkapital dieser Gesellschaft per 31.12.1994 entsprochen. Ein darüber hinausgehender Beteiligungsansatz wäre nicht zu rechtfertigen gewesen. Dieser hätte nämlich stille Reserven in der C.S.A. und somit einen Wert dieser Gesellschaft von mehr als ATS 149 Millionen erfordert. Dem Erwerb der C.S.A. sei ein Forecast mit einem Jahresgewinn nach Steuern von rund ATS 15 Millionen zugrunde gelegen. Die tatsächlichen Ergebnisse haben aber 1993 rund ATS 1,5 Millionen und 1994 rund ATS 4,0 Millionen betragen. Die Gründe für eine derartige Abweichung gegenüber den erwarteten Ergebnissen sind zum einen in einem drastischen Preisverfall des Mengenpreises im Verlauf der Kalenderjahre 1993 und 1994 und zum anderen in nicht erwarteten hohen Ausschussraten gelegen.“*

Die Bw. hat keine Unterlagen zum Nachweis dieser Angaben beigebracht. Aus der vorliegenden Betriebsergebnisrechnung der C.S.A. vom 24.1.1993 für den Zeitraum Jänner bis

Dezember 1992 sind für die Jahre 1991 und 1992 Jahresgewinne nach Steuern von umgerechnet ATS 4,5 Millionen ersichtlich. Hinsichtlich deren weiterer Entwicklung liegen keine Unterlagen vor. Mangels Nachweis sind weder das Vorbringen bezüglich des beim Erwerb der Beteiligung erwarteten Jahresgewinnes von ATS 15 Millionen noch die Angaben bezüglich Preisverfall und hoher Ausschussraten nachvollziehbar.

Dem Lagebericht 1993 der Bw. ist hingegen zu entnehmen: *"Mit April 1993 wurden auch 80% der Anteile des französischen Isolatorenherstellers CSA. erworben. Die verbleibenden 20% konnten dann im November übernommen werden. CSA. ist der bei weitem größte französische Produzent von Keramikisolatoren und verfügt über eine der modernsten europäischen Fabriken. Mit dieser Transaktion wuchs unsere Produktionskapazität erheblich, es wurden neue Möglichkeiten hinsichtlich Spezialisierung und Restrukturierung eröffnet und die Marktanteile der C.-GRUPPE in der Schweiz und Frankreich stiegen substantiell."*

Weiters geht aus den Lageberichten der Bw. hervor:

„1993: Die CSA . entwickelt sich nicht so gut wie erwartet. Die reduzierte Nachfrage am französischen Markt führte zum niedrigsten Produktionsvolumen seit zehn Jahren, überraschend auftretende technische Probleme hatten einen negativen Einfluss auf die Kosten-situation. Die Integration in die C. -GRUPPE in den Bereichen Marketing, Beschaffung, Verwaltung und Produktion verlief plangemäß.

1994: Die CSA . erzielte im Jahr 1994 ein ausgeglichenes Resultat. Die anhaltende Schwäche des französischen Inlandsmarktes und die unbefriedigende Kostenentwicklung verhinderten ein Erreichen der gesetzten Ziele. Mitte des Jahres wurde das Keramikisolatoren-geschäft der französischen Gesellschaft CME übernommen, was eine Steigerung des Gruppenumsatzes um ca. ATS 10 Millionen mit sich bringen wird. Im Jänner 1995 erfolgte die Zertifizierung des Qualitätssystems gemäß ISO 9000.

1995: Trotz widriger Marktverhältnisse insbesondere in der ersten Jahreshälfte konnte die CSA. im Jahr 1995 ein letztlich zufriedenstellendes Resultat erzielen. Der anhaltenden Schwäche des französischen Inlandsmarktes und ausbleibenden internationalen Projekten musste durch Personalreduktionen Rechnung getragen werden.

Die Bw. hat im gesamten Verfahren jene Gründe, die für den Erwerb der C.S.A. um insgesamt rund ATS 149 Mio ausschlaggebend gewesen waren nicht offen gelegt. Die für die Bewertung der Beteiligung entsprechenden Unterlagen (wie z.B. im Mandat der M.BankAG erwähnt) wurden nicht beigebracht.

Da es sich hier um Sachverhaltselemente handelt, die ihre Wurzeln im Ausland haben, hat für die Bw. erhöhte Offenlegungs- und Mitwirkungspflicht bestanden. Dieser im Zusammenhang

mit Auslandssachverhalten bestehenden erhöhten Mitwirkungspflicht und Vorsorgepflicht iSd § 115 BAO ist die Bw. jedoch nicht nachgekommen. Der an die Bp gerichtete Vorwurf, dass sie mit dem Ersuchen um Vorlage der, durch die M.BankAG in Erfüllung des bestehenden Mandats(Beratungs-)vertrages und somit in Vorbereitung des Erwerbes der Beteiligung an der C.S.A., erstellten Unterlagen die Zumutbarkeitsgrenze überschritten hätte, geht demnach ins Leere.

Gegen die schon im Jahr 1994 vorgenommene Teilwertabschreibung spricht weiters die zeitliche Nähe zur Gründung der InvestS.A. sowie die Nähe zum Erwerb der Beteiligung an der C.S.A.. Nicht zuletzt aufgrund der Inanspruchnahme der M.BankAG beim Erwerb der Beteiligung und der getätigten Aufwendungen ist davon auszugehen, dass der entgeltliche Erwerb der Beteiligung an der französischen Gesellschaft im Hinblick darauf erfolgt ist, dass aufgrund bestehender realistischer Erwartungen in Zukunft wirtschaftliche Vorteile zu erzielen sein würden. Für diese Überlegungen spricht auch, dass ein halbes Jahr nach dem Kauf der 80% der Anteile (März 1993) auch noch die restlichen 20% der Anteile im November 1993 erworben worden sind. Hätte sich die CSA so negativ entwickelt, wie dies durch die Bw. behauptet wird, wäre ein weiterer Anteilserwerb aus kaufmännischer Sicht wohl nicht mehr erfolgt. Auch wenn den Lageberichten der Bw. zu entnehmen ist, dass sich die C.S.A. in den Jahren 1993 und 1994 nicht wie erwartet entwickelt hat, so wurde doch 1994 eine ausgeglichene und bereits 1995 ein zufriedenstellendes Resultat erzielt. Das Anwachsen der Produktionskapazität, die neuen Möglichkeiten hinsichtlich Spezialisierung und Restrukturierung sowie der Erwerb von substantiellen Marktanteilen in der Schweiz und Frankreich lassen auf einen erheblichen Funktionalwert der Beteiligung schließen. Mangels jeglicher Unterlagen stellt allein die Erwirtschaftung von Verlusten der InvestS.A. während der Anfangsphase kein ausreichendes Indiz für einen gesunkenen Teilwert der Beteiligung sowie die Rechtfertigung und Begründung für die Durchführung einer Teilwertabschreibung dar.

Der (erst) am 17. Juli 2006 der Abgabenbehörde erster Instanz übermittelte „Bericht über die Unternehmensbewertung zum 31. Dezember 1995 der C.S.A.“ vom 11. Juli 2006 lässt die in Rede stehende Teilwertabschreibung zum 31. Dezember 1994 ebenfalls nicht plausibel erscheinen. Die Berechnungen basieren auf der Ertragswertmethode und den Ergebnissen der Jahre 1996 und 1997 (für die ex ante-Sicht) und den tatsächlichen IST-Ergebnissen der Jahre 1996 bis 2001 (für die ex post-Betrachtung).

Festzuhalten ist, dass sich diese Unternehmensbewertung weder auf den berufsrelevanten Stichtag 31. Dezember 1994 bezieht noch darin ein Substanzwert und ein funktionaler Wert

der Beteiligung berücksichtigt werden. Der Bericht bzw. diese Unternehmensbewertung entspricht somit keinesfalls der nach der Judikatur des VwGH geforderten Ermittlung eines Teilwertes.

Die Bw. hat den Anforderungen an die Begründung einer Teilwertabschreibung mit ihren Vorbringen nicht entsprochen. Sie hat weder eine Entwertung der Beteiligung an der InvestS.A. noch das Vorliegen einer Fehlinvestition im Bezug auf den Erwerb der Anteile an der C.S.A. schon im Jahr 1994 mit stichhaltigen und überprüfbaren Unterlagen nachgewiesen.

Die Teilwertabschreibung iHv ATS 14.000.000,00 wurde daher im Jahr 1994 zur Recht nicht anerkannt.

Aus der durch die Behörde vorgenommenen außerbilanzmäßigen Teilwertabschreibung zum 31.12.1998 ist weder, wie die Bw. vermeint zu schließen, dass die Behörde selbst einer Teilwertabschreibung für 1994 zugestimmt noch diese 1994 als notwendig erachtet hätte. Für die Beurteilung des Teilwertes zum 31.12.1998 durch die Behörde wurde die wirtschaftliche Entwicklung der C.S.A. der Jahre 1996, 1997, 1998 und 1999 berücksichtigt.

Wie dem Schreiben der Bw. vom 16.3.2000 zu entnehmen ist, hat die C.S.A. nach Steuern im Jahr 1996 einen Gewinn von ATS 3,5 Millionen, 1997 einen Gewinn von ATS 5,9 Millionen, 1998 einen Verlust von ATS 10,5 Millionen und 1999 einen Verlust von ATS 15 Millionen erwirtschaftet. Die Verluste der Jahre 1998 und 1999 deuten auf eine wirtschaftliche Fehlentwicklung hin, die eine Teilwertabschreibung zum 31.12.1998 zulässig erscheinen lassen. Daher wurde bei der Veranlagung des Jahres 1998, trotz Fehlens eines Bewertungsgutachtens, der bestehende Beteiligungsansatz der Bw. herangezogen. Die Zurechnungen der Jahre 1994 und 1995 wurden somit vom Ergebnis zum 31.12.1998 außerbilanzmäßig entsprechend in Abzug gebracht.

Eine Teilwertabschreibung bereits zum 31.12.1994 ist jedoch auch auf Basis dieser späteren (ab 1998) Entwicklung nicht zu rechtfertigen.

zu 4) Tz. 23 F.Ltd., Jersey, außerbilanzmäßige Zurechnungen (in ATS)

1990	1991	1992	1993	1994	1995
280.042,00	2.987.474,00	3.084.186,00	9.888.046,00	12.433.491,00	12.654.000,00

Gem. **§ 22 BAO** kann durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Im Bp-Verfahren wurde festgestellt, dass die Bw. im Jahr 1990 eine Tochtergesellschaft, die F.Ltd., Jersey, gegründet und sodann deren Anteile zu 100% im Gesellschaftsvermögen gehalten hat.

Das von der Bw. an diese Tochtergesellschaft im Jahr 1990 überwiesene Gründungskapital iHv DM 2.500.000,00 sowie die durch die Bw. getätigten Kapitalerhöhungen iHv DM 2.800.000,00 (1991), ATS 110.000.000,00 (1993) sowie FF 9.583.280,00 (1993) wurden zeitnah zur Überweisung bzw. am gleichen Tag der jeweiligen Überweisung der Bw. durch die F.Ltd. an zwei weitere 100%-ige Tochtergesellschaften der Bw., die Bet.GmbH und die InvestS.A., als Darlehen weitergegeben. Die Überweisungen erfolgten von einem Konto der Bw. bei der B.Graz zum Teil auf ein Konto der F.Ltd. ebenfalls bei der B.Graz und wurden dann auf ein Konto der InvestS.A. auch bei der genannten Bankfiliale weitergeleitet. Diese Geldmittel haben somit Österreich nicht verlassen.

Die angeführten Vorgänge stellen sich wie folgt dar:

Gründungskapital bzw. Kapitalerhöhung	Datum der Überweisung an C. Finance Ltd	Datum des Darlehensvertrages	Datum der Anweisung an Tochtergesellschaft	Darlehensnehmer	Darlehensbetrag
DM 2.500.000	19.10.1990	20.2.1991	24.10.1990	Bet.GmbH	DM 2.500.000
DM 2.800.000	21.1.1991	9.12.1991	25.1.1991	Bet.GmbH	DM 2.800.000
ATS 110.000.000	31.3.1993	25.3.1993	31.3.1993	InvestS.A.	ATS 110.000.000
FF 9.583.280 (ATS 19.310.300)	12.11.1993	12.11.1993	12.11.1993	InvestS.A.	FF 9.583.280

Die beiden Darlehensnehmerinnen haben für die angeführten Darlehen in den Jahren 1990 bis 1994 an die F.Ltd., Jersey, entsprechend Zinsen bezahlt.

Diese Zinserträge wurden in der Folge in Form von Ausschüttungen der F.Ltd. an die Bw. (siehe unten) unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivileges steuerfrei ausgeschüttet.

Des weiteren erfolgte im Jahr 1994 eine Einlagenrückzahlung der F.Ltd., d.h. es wurde Aufgeld iHv DM 1.800.000,00 (umgerechnet ATS 12.654.000,00) an die Bw. ausgeschüttet.

Jahr	Zinserträge aus Darlehen der F.Ltd.	Ausschüttung an die Bw.
1990	367.661,00	0,00
1991	3.138.667,00	3.220.000,00
1992	3.176.663,00	3.060.225,00
1993	10.013.269,00	9.306.987,00

1994	13.094.774,00	
1994	Einlagenrückzahlung - 12.654.000,00	Ausschüttung gesamt 1994 - - 25.513.116,00

Die Bp gelangte in der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes zum Schluss, dass die Funktion der F.Ltd. lediglich darin bestanden hat, die ihr von der Bw. zur Verfügung gestellten Geldmittel an die ausländischen Töchter der Bw. weiterzuleiten und die lukrierten Zinserträge sodann steuerfrei an die Bw. auszuschütten; somit die Erträge der österreichischen Steuerpflicht zu entziehen.

Diese Vorgehensweise wird, wie nachstehend im Detail begründet wird, zu Recht als Missbrauch iSd § 22 BAO beurteilt, sodass die Abgaben in der Folge so zu erheben sind, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Zur durch die Abgabenbehörde erster Instanz getroffenen Beurteilung des Sachverhaltes im Hinblick auf Vorliegen von Missbrauch iSd § 22 BAO und den daraus resultierenden steuerlichen Auswirkungen führt die Bw. in ihrer Berufung aus und argumentiert vorerst mit den in der Lehre und Literatur dazu geführten Diskussionen sowie den in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen betreffend der „Innentheorie“ und „Außentheorie“.

Nach Ansicht des Senates steht die Innentheorie, wonach § 22 BAO keine eigenständige normative Bedeutung zukäme, im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des VwGH. Nach dieser Theorie wären Fragen der Gesetzesumgehung ausschließlich durch Interpretation der umgangenen Steuervorschrift zu lösen. § 22 BAO käme demnach nur die Bedeutung eines Interpretationshinweises zu (so im Wesentlichen *Gassner*, ÖStZ 1981, 262ff; *Lang*, ÖStZ 1994; 174ff). Dazu ist zu bemerken, dass es in der zwischenzeitig umfangreich vorliegenden Rechtsprechung des VwGH zu § 22 BAO nicht um die Frage der Anwendung einer Interpretationshilfe geht, sondern darum, ob eine einen Abgabenanspruch (mit)begründende Norm anwendbar ist (vgl. z.B. VwGH 26.3.1992, 90/16/0236, 90/16/0238; 2.8.2000, 98/13/0152; 9.12.2004, 2002/14/0074; 19.1.2005, 2000/13/0176).

Hinsichtlich der Außentheorie, die die Vorschrift des § 22 BAO zwar als eigenen Besteuerungstatbestand sieht, jedoch bezüglich der Ungewöhnlichkeit einer zivilrechtlichen Konstruktion auf deren allgemeinen Bekanntheits- bzw. Anwendungsgrad abstellt, ist festzuhalten, dass sich der VwGH in seiner Rechtsprechung auch auf diese Theorie nicht beruft. In seiner Argumentation nimmt er insofern auf § 22 BAO Bedacht als es sich um eine geltende Gesetzesbestimmung handelt, die bei Vorliegen des Tatbestandes „Missbrauch“ die entsprechende Rechtsfolge nach sich zieht. Liegt Rechtsmissbrauch vor, so sind die Einkünfte

demjenigen zuzurechnen, bei dem sie ohne Berücksichtigung der missbräuchlichen Konstruktion zu besteuern wären.

Die Bp hat bei Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes die Bestimmung des § 22 BAO in der Weise ausgelegt hat, die mit der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. z.B. Erkenntnisse vom 9.12.2004, 2002/14/0074; 22.9.2005, 2001/14/0188) im Einklang steht.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH wird als Missbrauch eine rechtliche Gestaltung angesehen, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung ungewöhnlich und unangemessen ist und nur aufgrund der damit verbundenen steuersparenden Wirkung verständlich wird. Dabei erfüllt im Allgemeinen nicht ein einziger Rechtsschritt, sondern stets eine Kette von Rechtshandlungen den Sachverhalt, mit dem die Folge des § 22 Abs. 2 BAO verbunden wird (s. VwGH 2.8.2000, 98/13/0152; 9.12.2004; 2002/14/0074). Ein Missbrauch kann demnach in der dem tatsächlichen Geschehen nicht angemessenen Hintereinanderschalten mehrerer rechtlicher Schritte bestehen, wobei es für die Beurteilung einer Gestaltung als Missbrauch nicht darauf ankommt, ob der Tatbestand der anzuwendenden Rechtsnormen stärker oder weniger stark an das Zivilrecht anknüpft.

Grundsätzlich ist der Steuerpflichtige nicht gehindert, Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts so einzusetzen, dass die geringste steuerliche Belastung erzielt wird. Es ist jedoch im Falle einer rechtlichen Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet, 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 ist. Nur wenn beachtliche außersteuerliche Gründe für eine – wenn auch ungewöhnliche – Gestaltung vorliegen, ist ein Missbrauch auszuschliessen (vgl. VwGH 22.9.2005, 2001/14/0188 mit Hinweisen auf Vorjudikatur).

Die Bw. vermeint in der Berufung, dass § 22 BAO auch dann nicht zur Anwendung kommen könne, wenn man ihn als eigenen Steuertatbestand verstehen würde. Im vorliegenden Sachverhalt sei keine Gestaltung zu sehen, die ungewöhnlich und unangemessen und ohne außersteuerlichen Grund erfolgt sei.

Die Bw. hat im Jahr 1990 eine Tochtergesellschaft auf Jersey, einer als Steueroase bekannten, zu Großbritannien gehörigen, Insel, gegründet. Die einzig erkennbare Funktion dieser Gesellschaft hat darin bestanden, Geldmittel, die die Bw. zur Verfügung gestellt hat, zeitnah bzw. am gleichen Tag, als Darlehen an weitere Tochtergesellschaften der Bw. (die Bet.GmbH und die InvestS.A.) weiterzugeben. Die entsprechenden Überweisungen der Bw. an ihre

Tochtergesellschaft F.Ltd., Jersey, als auch die Weitergabe der Geldmittel durch die F.Ltd. an die französische Tochtergesellschaft der Bw. erfolgten über Bankkonten bei der gleichen Bank in Österreich, nämlich der B.Graz.

Aufgrund der Zwischenschaltung der F.Ltd. konnten in der Folge die von den Tochtergesellschaften der Bw. an die F.Ltd., für die Darlehenshingabe bezahlten Zinsen in Form von jährlichen Gewinnausschüttungen (Dividenden) unter Ausnützung des internationalen Schachtelprivilegs steuerfrei an die Bw. ausgeschüttet werden. Diese Gestaltung, eine dem tatsächlichen Geschehen nicht angemessene Hintereinanderschaltung von rechtlichen Schritten, findet nach Ansicht des Senates ihren Sinn nur darin, als, durch die Zwischenschaltung der neu gegründeten Tochtergesellschaft F.Ltd., grundsätzlich steuerpflichtige Zinserträge in steuerfreie Beteiligungserträge umgewandelt worden sind.

Die Bw. argumentiert, dass diese Tätigkeit der F.Ltd. nicht als ungewöhnlich anzusehen sei, da sich Konzerne in der Praxis häufig Finanzierungsgesellschaften bedienten. Solche mit Eigenmitteln ausgestattete Gesellschaften dienten dazu andere Konzerngesellschaften, die sowohl im In- als auch im Ausland angesiedelt sein können, zu finanzieren. Im Fall der Bw. sei die Gesellschaftsgründung erfolgt, weil die entsprechende Liquidität bei der Bw. vorhanden gewesen sei. Um der gesetzlichen Sorgfaltspflicht nachzukommen, sei es Aufgabe des Vorstandes gewesen, die liquiden Mittel entsprechend zu veranlagern. Aus diesem Grund habe man die Entscheidung nach kaufmännischen und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen dafür getroffen mit Eigenmitteln eine ausländische Finanzierungsgesellschaft zu gründen, die über den Einsatz der Mittel weiter entscheidet und dies auch getan habe.

Dieses Vorbringen der Bw. begründet die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Zwischenschaltung einer auf Jersey ansässigen Finanzierungsgesellschaft nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich um durch die Bw. selbst beabsichtigte Darlehensgewährungen gehandelt hat und der Weg über die zwischengeschaltete Tochtergesellschaft zur Lukrierung steuerfreier Erträge somit nur aus steuerschonenden Gründen gewählt worden ist. Ein Indiz dafür ist, dass die Überweisungen an die vermeintliche Finanzierungsgesellschaft auf Jersey von einem Bankkonto der Bw. bei der B.Graz auf ein Konto der F.Ltd., Jersey, welches sich beim gleichen österreichischen Bankinstitut und der gleichen Filiale wie das Konto der Bw. befunden hat, zeitnah bzw. taggleich durchgeführt worden sind. Weiters wurden die Überweisungen der Bw. an die F.Ltd. auf Jersey in drei von vier Fällen schon in jenen Währungen durchgeführt, die der Währung am Sitz der letztlich empfangenden Tochtergesellschaft (DM bzw. FF) entsprachen. Aus diesen Abläufen ist, entgegen dem Einwand der Bw., zu schließen, dass die Absicht hinsichtlich der Darlehensgewährung und die Entscheidungsgewalt darüber bei der

Bw. selbst gelegen ist. Der F.Ltd. kann im Zusammenhang mit den gegenständlichen Darlehensgeschäften keine wirtschaftliche Funktion bzw. Finanzierungsfunktion zugesprochen werden.

Hinsichtlich des Vorliegens außersteuerlicher Gründe bringt die Bw. vor, dass eine Vielzahl von Gründen für die Errichtung einer Finanzierungsgesellschaft und deren Beauftragung mit der Konzernfinanzierung gegeben gewesen sei:

- *Risiko- und Haftungsbegrenzung*: Die Bw. habe das mit den Finanzierungsaktivitäten verbundene Risiko an eine eigene juristische Person übertragen und durch die Auslagerung der Finanzgeschäfte den Bestand aller anderen Unternehmen gesichert. Im schlimmsten Fall hätte die Finanzierungsgesellschaft liquidiert werden müssen. Die Haftung der Bw. sei mit den zur Verfügung gestellten Eigenmitteln begrenzt gewesen. Die Verminderung der zivilrechtlichen Haftung sei nach ständiger Rechtsprechung des VwGH allein bereits als beachtlicher, jeglichen Missbrauch ausschließender, außersteuerlicher Grund anerkannt. Durch die Gründung einer eigenen Finanzierungsgesellschaft habe sich die haftungsrechtliche Situation der anderen Konzerngesellschaften verbessert. Wären nämlich die deutsche und französische Tochtergesellschaft direkt von der Bw. finanziert worden, hätte die Gefahr bestanden, dass die Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall dem Eigenkapital zugezählt werden könnten. So habe sowohl in Deutschland als auch in Frankreich eine größere Absicherung dagegen bestanden, dass im Insolvenzfall eine Umqualifizierung in Eigenkapital hätte vorgenommen werden können.

Diesen Argumenten ist entgegenzuhalten, dass u.a. aus den Bilanzen der F.Ltd. ersichtlich ist, dass deren Finanzgeschäfte ausschließlich darin bestanden haben, die von der Bw. zur Verfügung gestellten Geldmittel als Darlehen an die Bet.GmbH und die InvestS.A. weiterzuleiten. Im Fall der Insolvenz des / der Darlehensnehmer wären die hingegebenen Darlehen in gleichem Umfang verloren gegangen, unabhängig davon ob die Darlehen in direktem Weg oder im Wege einer zwischengeschalteten Finanzierungsgesellschaft vergeben werden. Das Risiko der Bw. hätte sich somit nicht erhöht.

Hinsichtlich der angeführten möglichen Umqualifizierung von direkten Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital hat die Bw. nicht dargelegt auf welche insolvenzrechtliche Regelungen in Deutschland und Frankreich sie ihre Befürchtungen stützt. Eine diesbezügliche Überprüfung war somit nicht möglich. Die allgemeinen Aussagen der Bw., dass in einem allfälligen Insolvenzverfahren die Argumentation einfach anders und besser sei, wenn ein Darlehen nicht von der unmittelbaren Muttergesellschaft stamme, stellt keine geeignete Begründung für die Zwischenschaltung der F.Ltd. dar.

- *Einfache und flexible Gesellschaftsgründung in Jersey*: Die Gründung der Finanzierungsgesellschaft in Jersey sei deshalb naheliegend gewesen, weil der Standort Jersey vereinfachte Vorschriften für die Gründung eines Unternehmens biete. Die Flexibilität sei dort um vieles größer als in Österreich. Gesellschaften können viel einfacher gegründet und auch wieder liquidiert werden. Ebenso wie der VwGH den sogenannten Mantelkauf akzeptiert habe, da dadurch die Gründungskosten einer neuen Kapitalgesellschaft gespart werden könnten, sei auch zu akzeptieren, wenn eine Gesellschaftsgründung aufgrund der vereinfachten Gründungsvorschriften nicht in Österreich, sondern in einem anderen Staat erfolge.

Selbst wenn eine Gesellschaftsgründung in Jersey einfacher als in Österreich durchzuführen wäre, geht dieses Argument nach Ansicht des Senates im vorliegenden Fall ins Leere. Die Funktion der F.Ltd. hat darin bestanden Geldmittel der Bw. an deren Tochtergesellschaften weiterzuleiten. Es ist daher nicht auf eine Gesellschaftsgründung in Österreich abzustellen, sondern welche Kosten und Mühen eine gewöhnliche und angemessene Gestaltung verursacht hätte. Eine solche Gestaltung hätte in der direkten Darlehensgewährung bestanden, ohne dass es der Zwischenschaltung einer Gesellschaft auf Jersey bedurft hätte. Vergleichsweise dazu hat die Gesellschaftsgründung auf Jersey wohl höhere Kosten und Mühen verursacht.

- *Verfügbarkeit von Finanzierungsexperten*: Nach Angaben der Bw. habe der Standort Jersey dafür Gewähr geleistet, dass besonders qualifizierte Finanzierungsexperten zur Verfügung standen. Im Unterschied zu Österreich seien Finanzierungsexperten dort bereit zu besonders günstigen Bedingungen zu wirken und es bestehe in Jersey auch die Möglichkeit, Finanzierungsexperten auf Teilzeitbasis zu engagieren.

Diese Argumente sind insofern nicht nachvollziehbar, als keine Gründe ersichtlich sind aufgrund derer für die Abfassung der hier in Rede stehenden vier Darlehensverträge und die Vergabe der Darlehen besonders qualifizierte britische Finanzierungsexperten erforderlich gewesen wären. Selbst wenn die Bw. dies vermeint, so hätte sie jederzeit die Möglichkeit gehabt sich der Beratungsleistungen solcher Personen, z.B. durch Werkvertrag, von Österreich aus zu bedienen. Eine Gesellschaftsgründung auf Jersey und die Zwischenschaltung dieser Gesellschaft wäre dazu nicht erforderlich gewesen.

- *Internationalisierung und bankrechtliche Gründe*: Die Bw., die als Konzern international tätig sei und auch international habe expandieren wollen, wäre aus Gründen der Internationalität darauf bedacht gewesen, die Finanzierungsgesellschaft nicht in Österreich sondern im Ausland zu gründen. Bei Jersey habe eine besondere Anbindung zum Finanzplatz England sowie eine

geographische und kulturelle Nahebeziehung zu Frankreich bestanden, wo ja bereits eine Tochtergesellschaft der Bw. existiert habe.

Auch aus diesem Vorbringen gehen keine außersteuerlichen Gründe für die gewählte Gestaltung hervor. Weder liegen andere als die genannten „Finanzierungsaktivitäten“ der F.Ltd. vor, noch wurde durch die Bw. dargelegt worin die Internationalisierung konkret bestanden hat, die die Zwischenschaltung der Gesellschaft erforderlich gemacht hat. Die Notwendigkeit einer besonderen Anbindung zum Finanzplatz England und der kulturellen Nahebeziehung zu Frankreich sind für die gegenständlichen Darlehenshingaben nicht zu erkennen.

Die Bw. argumentiert weiters, dass die Gründung einer Finanzierungsgesellschaft im Ausland auch deshalb erforderlich gewesen sei, weil die Abwicklung von Finanzierungsaktivitäten im Inland aus bankrechtlichen Gründen höchst problematisch gewesen wäre. Nach den österreichischen bankenrechtlichen Vorschriften könne nämlich schon bei relativ geringfügigen Finanzierungstätigkeiten ein Bankgeschäft vorliegen. Dazu gehöre auch die Gewährung von Gelddarlehen. Die Durchführung von Bankgeschäften in Österreich hätte die Erlangung einer Bankkonzession zur Voraussetzung gehabt, was praktisch nicht möglich gewesen wäre. Die Verlagerung der Finanzierungsaktivitäten ins Ausland habe es ermöglicht die Anwendung der restriktiven bankrechtlichen Vorschriften zu vermeiden.

Dazu wird festgehalten, dass die hier in Rede stehenden Darlehen nicht an Dritte vergeben worden sind, sondern es sich um konzerninterne Darlehen an Tochtergesellschaften gehandelt hat. Welche konkreten bankenrechtliche Gründe sich problematisch gestaltet hätten, wurde von der Bw. nicht vorgebracht. Aus dem im berufungsgegenständlichen Zeitraum geltenden KWG ist jedenfalls nicht abzuleiten, dass für konzerninterne Darlehen eine Bankkonzession erforderlich wäre. Als Bankgeschäfte gelten die in § 1 Abs. 1 Z 1 bis 18 BWG genannten Tätigkeiten, sofern ihr Betrieb gewerblich erfolgt. Der Gewerblichkeitsbegriff ist, wie schon im KWG, im Sinne des UStG zu verstehen. Mit dem Tatbestandselement der Gewerblichkeit soll ausgeschlossen werden, dass z.B. schon gelegentliche Kredit- oder Darlehensgewährungen, wie sie im privaten, bürgerlichen oder geschäftlichen Verkehr vorkommen, als Bankgeschäfte angesehen werden könnten. Die hier in Rede stehenden Darlehenshingaben stellen daher keine ausreichende Grundlage für eine begründete Befürchtung bezüglich Notwendigkeit einer Bankkonzession dar. Vielmehr scheint dieses Vorbringen eine Schutzbehauptung zu sein um die Beurteilung der gegenständlichen Gestaltung als Missbrauch zu verhindern.

- *Ausschüttungspolitische Spielraum*: Nach Angabe der Bw. habe sich durch die Auslagerung der Finanzierungsaktivitäten in eine eigene Gesellschaft auch der ausschüttungspolitische Spielraum erhöht, auch wenn dieser in den fraglichen Jahren nur wenig genutzt worden sei. Durch die Thesaurierung von Einkünften in der Finanzierungsgesellschaft habe es der Bw. freigestanden, den Zeitpunkt der Ausschüttung zu bestimmen. Auf der Ebene der Tochtergesellschaft erwirtschaftete stille Reserven hätten sich aufgrund der vom handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip getragenen Bewertungsvorschriften nicht sofort in der Handelsbilanz der Bw. niederschlagen müssen. Dadurch sei der Bw. die Möglichkeit eröffnet worden, in der handelsrechtlichen Bilanz über Bilanzansätze zu disponieren.

Fest steht, dass die Bw. in den Jahren 1991 bis 1994 die von der F.Ltd. vereinnahmten Darlehenszinsen über den Weg der ausgeschütteten Dividenden als steuerfreie Erträge erhalten hat.

Weiters wurde im Jahr 1994 Aufgeld iHv umgerechnet ATS 12,654.000,00 ausgeschüttet. Die F.Ltd. wurde im Jahr 1995 liquidiert. Welches außersteuerliche Interesse die Bw. hatte, die aus der Darlehenshingabe resultierenden Erträge nicht in ihrer Bilanz auszuweisen und warum es zur Thesaurierung der Zwischenschaltung der Gesellschaft auf Jersey bedurfte, legt die Bw. nicht dar.

- *Verbesserte Argumentationsmöglichkeit in Deutschland*: Die Bw. bringt vor, dass die Gründung der F.Ltd., Jersey und die Übernahme der Konzernfinanzierung durch diese Gesellschaft auch den Vorteil gehabt habe, dass sich die Argumentation der deutschen Tochtergesellschaft gegenüber der deutschen Finanzbehörde verbessert habe, wonach in Deutschland kein verdecktes Eigenkapital habe angenommen werden können. Im Falle der direkten Finanzierung über Österreich wäre die Argumentation wesentlich schwieriger geworden. Die Anerkennung der Abzugsfähigkeit der Darlehenszinsen in Deutschland sei aber von großer Bedeutung gewesen.

Die Bw. hat es im gesamten Verfahren unterlassen darzulegen, dass bzw. wodurch die finanzielle Ausstattung der Tochtergesellschaft in Deutschland Anlass für die Befürchtung der Umdeutung von Fremd- in Eigenkapital gegeben hätte. Das Eigenkapital der Bet.GmbH hat umgerechnet ATS 7,626.307,00 betragen. Bei einer tatsächlich gegebenen Unterkapitalisierung kann davon ausgegangen werden, dass deutsche Abgabenbehörden Zahlungen von Darlehenszinsen an eine auf Jersey, eine als Steueroase bekannte Kanalinsel, gelegene Schwestergesellschaft wohl nicht als Betriebsausgabe anerkannt hätten. Worin die Schlechterstellung der Bw. im Falle einer direkten Finanzierung der deutschen

Tochtergesellschaft bestanden haben sollte, wird durch das Vorbringen der Bw. nicht dargelegt und nicht begründet.

- *Beschreiten eines durch das Gesetz vorgezeichneten Weges*: Die Bw. bezieht sich auf die Bestimmung des § 10 Z 5 KStG in der bis 1994 gF und bringt vor, dass demnach Gewinnanteile jeder Art aus einer internationalen Schachtelbeteiligung steuerfrei gestellt seien. Nach § 7 Abs. 4 KStG in der damals gF liege eine internationale Schachtelbeteiligung vor, wenn der Steuerpflichtige an ausländischen Gesellschaften, die einer inländischen Gesellschaft vergleichbar seien, nachweislich in der Form von Gesellschaftsrechten unmittelbar mindestens zu einem Viertel beteiligt sei. Die Gründung der 100%igen Tochtergesellschaft F.Ltd. und der Bezug von Gewinnanteilen entspräche diesen gesetzlichen Bestimmungen. Der Annahme eines Missbrauchs iSd § 22 BAO stehe entgegen, dass die Bw. lediglich den durch das Gesetz vorgezeichneten Weg beschritten habe.

Wie der VwGH in seiner, zu dieser Thematik vorliegenden, Rechtsprechung ausführt, wurden die den Anwendungsbereich der Körperschaftsteuerbefreiung von Gewinnanteilen aus einer internationalen Schachtelbeteiligung (einschränkend) regelnden Bestimmungen des § 7 Abs. 4 KStG 1988 idF BGBl 660/1989 und des § 10 Abs. 2 KStG 1988 idF BGBl 694/1993 mit der Absicht geschaffen, um einem Missbrauch des internationalen Schachtelprivilegs vorzubeugen (E v. 19.1.2005, 2000/13/0176). „Der „Missbrauch“, welchem der Gesetzgeber in den genannten Vorschriften des KStG begegnen wollte, ist eben jener des Rechtsinstitutes der internationalen Schachtelbeteiligung. Das den Interessen der österreichischen Exportwirtschaft dienende Instrument zur Förderung internationaler Verflechtungen österreichischer Unternehmungen sollte nicht dazu missbraucht werden können, auf dem Wege nicht der internationalen Verflechtung österreichischer Unternehmungen dienender Beteiligungen zu einer gänzlichen Steuerfreistellung von Unternehmensgewinnen zu führen.“ Wie der VwGH dazu weiter ausführt, können die Formulierungen zur Tatbestandsumschreibung der in den genannten Vorschriften des KStG 1988 vorgesehenen Steuerbefreiung keine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Bestimmung des § 22 BAO bewirken.

Zweck des internationalen Schachtelprivilegs ist die Hintanhaltung von Doppelbesteuerungen, welche sich durch eine Besteuerung der Unternehmensgewinne im Ausland und der Besteuerung von Dividendenausschüttungen im Inland ergeben könnten. Eine gänzliche Nichtbesteuerung ausgeschütteter Unternehmensgewinne war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.

Bei der F.Ltd., Jersey handelt es sich um eine "off shore" Gesellschaft, deren Unternehmensgewinn in Jersey nicht besteuert wird. Wie den GuV-Rechnungen zu entnehmen ist, hat die F.Ltd. in den Jahren 1990 bis 1995 nur die sogenannte "Jersey Exempt Company Tax" zwischen DM 1.192,00 und DM 1.468,00 bezahlt. Mit den Argumenten der Bw., wonach sie durch die gewählte Gestaltung lediglich eine abgabenrechtliche Begünstigung auf einem Weg erreicht hat, den das Gesetz ausdrücklich vorsieht, würde man dem internationalen Schachtelprivileg einen sinnwidrigen und der Zielsetzung dieser Bestimmung widersprechenden Inhalt unterstellen. Das Vorbringen der Bw. ist somit nach Ansicht des Senates nicht geeignet die Annahme von Missbrauch im Sinne des § 22 BAO zu verhindern.

Die Bw. vermeint weiters, dass auch bei einem Durchgriff auf die Bw. die Zurechnung der Zinserträge steuerfrei zu erfolgen habe. In diesem Fall müsse anerkannt werden, dass die gegebenen Darlehen Beteiligungsdarlehen wären oder aufgrund der Grundsätze des verdeckten Eigenkapitals wie Dividenden zu behandeln wären. Unterstelle damit die Behörde als „angemessenen“ Weg die Finanzierung der ausländischen Tochtergesellschaften mit Eigenkapital, so könne für die daraus erzielten Einkünfte als Rechtsfolge nur die Steuerfreiheit angenommen werden.

Tatsache ist im gegenständlichen Fall, dass die Bw. unter Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey, den genannten Tochtergesellschaften der Bw. in Deutschland und Frankreich Darlehen gewährt hat wofür diese Darlehenszinsen bezahlt haben.

Bei Durchgriff durch die F.Ltd. sind die bisher als steuerfrei behandelten Erträge aus „Ausschüttungen“ – unter Berücksichtigung der damit in Verbindung stehenden Aufwendungen – als steuerpflichtige Betriebseinnahmen bei der Bw. zu erfassen. Die Behörde geht dabei aber, entgegen der Vermutung der Bw., nicht davon aus, dass der „angemessene“ Weg der Finanzierung der ausländischen Tochtergesellschaften in der ausschließlichen Finanzierung mit Eigenmitteln zu sehen wäre.

Aufgrund der durch die Abgabenbehörde erster Instanz zu Recht erfolgten Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes als Missbrauch iSd § 22 BAO ist wie nachstehend angeführt vorzugehen.

Die in Rede stehenden Vergaben der Darlehen an die beiden Tochtergesellschaften der Bw. sind der Bw. selbst zuzuordnen und ohne Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey, zu berücksichtigen.

Die jährlichen Zinserträge der F.Ltd. werden dem Betriebsergebnis der Bw. außerbilanzmäßig

zugerechnet. Die bei der F.Ltd. in diesem Zusammenhang angefallenen Aufwendungen werden davon in Abzug gebracht. Die Zurechnung erfolgt daher in Form von Nettoerträgen.

Diese Zurechnung für die Jahre 1990 bis 1994 stellt sich wie folgt dar:

Jahr	Zinserträge aus Darlehen der F.Ltd.	Aufwand im Zusammenhang mit Zinserträgen	<i>Nettoerträge aus Darlehen = jährliche außerbilanzmäßige Zurechnung bei der Bw.</i>
1990	367.661,00	87.619,00	280.042,00
1991	3.138.667,00	151.193,00	2.987.474,00
1992	3.176.663,00	92.477,00	3.084.186,00
1993	10.013.269,00	125.223,00	9.888.046,00
1994	13.094.774,00	661.283,00	12.433.491,00

Im Jahr 1995 wurde durch die Bw. weiters beschlossen die InvestS.A. zu reorganisieren und deren finanzielle Situation zu verbessern. Es wurde daher die F.Ltd., Jersey, angewiesen der InvestS.A. das Darlehen vom 12.11.1993 iHv ATS 19,310.300,00 sowie die im Jahr 1995 anfallende Verzinsung dieses Darlehens als auch die Verzinsung des Darlehens vom 31.3.1993 iHv insgesamt ATS 9,958.618,00 zu erlassen.

Daraus folgt, dass die F.Ltd. auf Anweisung der Bw. im Jahr 1995 gegenüber der InvestS.A. auf Forderungen in einer Gesamthöhe von ATS 29,268.918,00 verzichtet hat.

Dieser Darlehens- und Zinsnachlass ist bei Außerachtlassung der F.Ltd. als Einlage der Bw. in die InvestS.A. zu beurteilen.

Im Dezember 1995 wurde die F.Ltd. schließlich liquidiert. Nach den Berechnungen der Bw. (siehe Darstellung unten) hat sich daraus ein Liquidationsverlust iHv ATS 29,861.386,46 ergeben. Dieser wurde seitens der Bw. im Jahr 1995 als Betriebsausgabe geltend gemacht.

Kapital der F.Ltd. (nach Berechnung der Bw.) zum Zeitpunkt der Liquidation	136.982.081,91
Buchwert der Beteiligung der Bw. an der F.Ltd.	166.843.468,37
Liquidationsverlust = Betriebsausgabe 1995 lt. Bw.	-29.861.386,46

Zu dieser Berechnung wird festgestellt, dass es sich bei dem von der Bw. zur Ermittlung des Liquidationsergebnisses herangezogenen Wert des Kapitals der F.Ltd. iHv ATS 13,982.081,91 um einen verminderten Wert gehandelt hat.

Die Kapitalminderung, die ihre Wurzel in der Zwischenschaltung der F.Ltd. bei der Darlehensvergabe der Bw. an ihre französische und deutsche Tochtergesellschaft hatte, ist jedoch im Lichte des Missbrauchstatbestandes des § 22 BAO in einer den wirtschaftlichen Vorgängen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen.

Das Kapital ist daher zu adaptieren und um die bisher durch die Bw. in Abzug gebrachten Beträge aus dem Darlehens- und Zinsennachlass aus 1995 sowie der Einlagenrückzahlung des Jahres 1994 zu erhöhen.

Kapital der F.Ltd. lt. Unterlagen der Bw. zum Zeitpunkt der Liquidation	136.982.081,91
zuzüglich Einlagenrückzahlung 1994	12.654.000,00
zuzüglich Darlehensnachlass 1995 - 19.310.300,00 + Zinsennachlass 1995 - 9.958.618,00	29.268.918,00
<i>steuerlich adaptiertes Kapital</i>	<i>178.904.999,91</i>
abzüglich Buchwert der Beteiligung der Bw. an der F.Ltd.	166.843.468,37
ergibt: einen steuerlichen Liquidationsgewinn 1995	12.061.531,54

Wie in der Berechnung oben dargestellt, ergibt sich durch die erforderliche Adaptierung des Kapitals aus der Liquidation der F.Ltd. ein Liquidationsgewinn.

Diesem Liquidationsgewinn ist der bisher als Betriebsausgabe geltend gemachte Betrag zuzurechnen, sodass das betriebliche Ergebnis der Bw. für das Jahr 1995 daher aus dem Titel der Liquidation der F.Ltd. (wie unten dargestellt) um einen Betrag iHv insgesamt ATS 41.922.918,00 zu erhöhen ist.

steuerlicher Liquidationsgewinn 1995 der Bw.	12.061.531,54
zuzüglich bisher als Betriebsausgabe geltend gemachtem Liquidationsverlust	29.861.386,46
steuerliche Zurechnung gesamt	41.922.918,00

Die Zurechnung des angeführten Gesamtbetrages und die Richtigstellung des Betriebsergebnisses des Jahres 1995 wird, wie unten dargestellt, dadurch erreicht, dass zum einen der Wert des Darlehens- und Zinsnachlasses (siehe dazu Punkt Tz. 20 der Entscheidung) auf die Beteiligung der Bw. an der InvestS.A. aktiviert wird und zum anderen der auf die Einlagenrückzahlung zurückzuführende Betrag außerbilanzmäßig zugerechnet wird.

<i>Zurechnung gesamt</i>	<i>41.922.918,00</i>
geteilt in:	
Aktivierung auf Beteiligung InvestS.A. aus Darlehens- und Zinsnachlass (s. Tz. 20)	29.268.918,00
außerbilanzmäßige Zurechnung Einlagenrückzahlung	12.654.000,00

Zusammenfassend wird zu diesem Punkt festgehalten:

Die Zwischenschaltung der F.Ltd., Jersey, bei der Vergabe von Krediten an die deutsche und französische Tochtergesellschaft der Bw. wird als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts iSd § 22 BAO beurteilt.

Die durch die Bw. gewählte Gestaltung stellt, wie oben im Detail ausgeführt, eine Umgehungskonstruktion dar, die als ungewöhnlich und unangemessen zu beurteilen ist. Die dargestellte Kette der Rechtshandlungen hat zu einer nicht unbeträchtlichen Steuerersparnis

geführt. Außersteuerliche Gründe für die gegenständliche Gestaltung liegen nach der rechtlichen Beurteilung der Argumente der Bw. nicht vor. Ein vom Gesetzgeber vorgezeichneter Weg wurde durch die dargestellte Vorgehensweise nicht beschritten.

Die von der deutschen und der französischen Tochtergesellschaft aufgewendeten Darlehenszinsen sind in den Jahren 1990 bis 1994 direkt bei der Bw. als (Netto)Einnahmen zu erfassen. Der Beteiligungsansatz der französischen Tochtergesellschaft, der InvestS.A., ist um den Darlehens- und Zinsnachlass des Jahres 1995 zu erhöhen.

Der durch die Bw. bisher erklärte Liquidationsverlust ist (wie oben dargestellt) zum Teil auf die im Jahr 1994 durch die F.Ltd. an die Bw. erfolgte Ausschüttung iHv ATS 12,654.000,00 zurückzuführen. Bei diesem Betrag handelt es sich umgerechnet um die Ausschüttung des Aufgeldes iHv DM 1,800.000,00. Sowohl der Bilanz des Jahres 1994 als auch der GuV 1994 der F.Ltd. ist zu entnehmen, dass in der Dividende des Jahres 1994 Aufgeld in Höhe von DM 1,800.000,00 enthalten gewesen ist. Dieser Feststellung wurde im Zuge des gegenständlichen Verfahrens nicht widersprochen. Die „Ausschüttung“ dieses Aufgeldes hatte die Minderung des Kapitals der F.Ltd. zur Folge und stellt eine Einlagenrückzahlung an die Bw. dar. Der betreffende Betrag von ATS 12,654.000,00, den die Bw. anteilig aufwandswirksam als Liquidationsverlust geltend gemacht hat, wird daher im Jahr 1995 außerbilanzmäßig dem Betriebsergebnis zugerechnet.

In Folge der dargestellten Berechnungen und Adaptierungen der Bemessungsgrundlagen werden bei der Bw. insgesamt die Steuern so erhoben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben sind.

zu 5) Tz. 24 Teilwertabschreibung POFA GmbH, außerbilanzmäßige Zurechnung
1992 – ATS 59,141.731,23
1993 – ATS 20,000.000,00

Mit Gesellschaftsvertrag vom 13.11.1991 hat die Bw. die HandelsGmbH (in weiterer Folge umbenannt in POFA GmbH/alt – nunmehr LGmbH) mit einem Stammkapital von ATS 5,000.000,00 gegründet. Mit Einbringungsvertrag vom 9.3.1992 wurde die Betriebsstätte der Bw. in F., unter Inanspruchnahme der abgabenrechtlichen Begünstigungen des StruktVG auf den Ablauf des 30.12.1991, in die HandelsGmbH eingebracht.

Die Differenz zwischen den Aktiva und Passiva der in die HandelsGmbH eingebrachten Werte betrug ATS 114,141.731,23.

Diesen Betrag wies die Bw. als Zugang zur Beteiligung an der HandelsGmbH aus. Die HandelsGmbH buchte den Betrag auf ein Konto ungebundene Kapitalrücklage.

Die Beteiligung stand somit zum 31.12.1991 bei der Bw. mit ATS 119,141.731,23 zu Buche. In den Folgejahren löste die HandelsGmbH das Konto ungebundene Kapitalrücklage gewinnwirksam auf.

Die in Folge der Auflösung der Kapitalrücklage entstandenen Gewinne wurden, wie unten dargestellt, im Jahr 1991 und im Jahr 1992 an die Bw. ausgeschüttet.

	1991	1992	
Gewinn/Verlust HandelsGmbH	-819.444,00	10.403.958,60	
gewinnwirksame Auflösung Kapitalrücklage	60.000.000,00	54.141.731,23	(=
<i>Bilanzgewinn</i>	<i>59.180.556,00</i>	<i>64.545.689,83</i>	
Ausschüttung an die Bw.	59.180.556,00	60.000.000,00	
Anteil aus Auflösung der Kapitalrücklage	59.180.556,00	49.596.041,40	

Die Beurteilung des Sachverhaltes führt zum Schluss, dass die angeführten Ausschüttungen im Jahr 1991 gar nicht und im Jahr 1992 zu einem großen Teil nicht aus tatsächlich (im Bilanzjahr oder in der Vergangenheit) erwirtschafteten Gewinnen der HandelsGmbH resultieren. Vielmehr handelt es sich um Rückzahlungen der Einlage (ungebundene Kapitalrücklage), die der HandelsGmbH infolge der Einbringung der Betriebsstätte der Bw. zugeführt worden ist.

Aufgrund der unmittelbaren Nähe zur Gründung der HandelsGmbH, der Zurechnung der eingebrachten Werte und der Höhe der jährlichen Ergebnisse ist ohne Zweifel eine Einlagenrückgewähr gegeben, da die Herkunft der rückgezahlten (ausgeschütteten) Beträge nur durch die Auflösung der Kapitalrücklage zu erklären und zu begründen ist.

Es liegt somit bei der HandelsGmbH ein nichtsteuerbarer Vermögensabfluss vor der eine Minderung der auf Beteiligung aktivierten Anschaffungskosten bei der Bw. bewirkt. Die seitens der Bw. aus handelsrechtlichen Gründen gewählte äußere Form der Gewinnausschüttung kann an dieser Beurteilung nichts ändern.

Die hier in Rede stehenden Rückzahlungen werden in Anlehnung an die Rechtsprechung des VwGH (vgl. E vom 19.2.1991, 87/14/0136; 24.1.1984, 83/14/0130, 29.4.1992, 11.8.1993, 91/13/0005) als Einlagenrückgewähr beurteilt. In der angeführten Judikatur kommt der VwGH zum Schluss, dass bloße Vermögensumschichtungen nicht unter den Begriff „Einkommen“ fallen. Die Rückzahlung eingesetzten Kapitals wird als erfolgsneutrale Vermögensumschichtung qualifiziert.

Auch wenn die angeführten Erkenntnisse zum außerbetrieblichen Bereich natürlicher Personen

ergangen sind, sind grundsätzliche Aussagen zu den Gewinneinkünften enthalten und sind übertragbar auf Sachverhalte, in denen die Beteiligung im Betriebsvermögen gehalten wird. Die Ansicht, dass diese (Vor)Judikatur auch für die Frage der rechtlichen Beurteilung der Rückzahlung von Gesellschafterzuschüssen oder –einlagen im Zusammenhang mit Beteiligungen, die von einer Kapitalgesellschaft im Betriebsvermögen gehalten werden, von Bedeutung ist, hat der VwGH durch das ausdrückliche Anführen dieser Judikatur auch in seinem Erkenntnis vom 22.3.2000, 96/13/175 vertreten.

Insofern ist festzuhalten, dass der VwGH in diesen jüngeren Erkenntnissen zur Frage der steuerlichen Beurteilung von im Wege von Gewinnausschüttungen zurückgezahlten Gesellschaftereinlagen stets die gleiche Rechtsauffassung vertreten und keine inhaltliche Änderung der zuvor bestandenen Judikaturlinie vorgenommen hat.

Die Argumente der Bw., dass der VwGH in den genannten Erkenntnissen vom 22.3.2000, 96/13/0175 und vom 23.3.2000, 97/15/0112 neue Grundsätze entwickelt habe und dass dadurch eine Änderung der Rechtsauslegung iSd § 307 Abs. 2 BAO eingetreten sei, gehen somit ins Leere.

Selbst wenn die Beurteilung des Sachverhaltes lediglich auf den Erkenntnissen vom 22.3.2000, 96/13/0175 und vom 23.3.2000, 97/15/0112 beruhen würde, ergebe sich daraus mangels Änderung der Rechtsauslegung kein Nachteil für die Bw. Weitere Überlegungen hinsichtlich der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 307 Abs. 2 BAO sind daher im gegenständlichen Fall nicht anzustellen.

Die Berechnung des so durch die Einlagenrückzahlung verminderten Beteiligungsansatzes ergibt:

	31.12.1991	31.12.1992	31.12.1993
Beteiligungsansatz lt. Bilanz Bw.	119.141.731,23	60.000.000,00	40.000.000,00
zuzüglich TWA 1992		59.141.731,23	59.141.731,23
zuzüglich TWA 1993			20.000.000,00
bereinigter Beteiligungsansatz	119.141.731,23	119.141.731,23	119.141.731,23
Kapitalrückzahlung 1991	-59.180.556,00	-59.180.556,00	-59.180.556,00
Kapitalrückzahlung 1992		-49.596.041,40	-49.596.041,40
<i>steuerlicher Beteiligungsansatz</i>	<i>59.961.175,23</i>	<i>10.365.133,83</i>	<i>10.365.133,83</i>

Es wird festgestellt, dass aufgrund des oben dargestellten, durch die Kapitalrückzahlungen geminderten, steuerlichen Beteiligungsansatzes von ATS 10,365.133,83 für die seitens der Bw. durchgeführten und bisher als Betriebsausgabe geltend gemachten Teilwertabschreibungen in den Jahren 1992 (ATS 59,141.731,23) und 1993 (ATS 20,000.000,00) kein Raum verbleibt. Der steuerliche Beteiligungsansatz liegt jedenfalls unter dem handelsrechtlichen Wert.

Die bisher als Betriebsausgabe geltend gemachten Teilwertabschreibungen werden daher in den Jahren 1992 und 1993 außerbilanzmäßig dem Betriebsergebnis der Bw. hinzugerechnet.

6) Tz. 19 und 19a Teilwertabschreibung CAB, betreffend die Jahre 1995 bzw. 1997 – Aktivierung iHv ATS 399.999,00

Zu dieser Feststellung wurden seitens der Bw. weder in der Berufungsschrift noch in den Gegenäußerungen zur Stellungnahme der Bp Einwendungen vorgebracht. Erst im Schreiben vom 27. April 2006 – „Lösungsvorschlag für die Feststellungen der Bp“, das an das zuständige Abgabenbehörde erster Instanz gerichtet ist, bringt die Bw. vor, dass unter der going-concern Prämisse die Unternehmensbewertung zum Ertragswert durchzuführen sei und eine Zerschlagung und somit Realisierung der Substanzwerte bei Unternehmensfortführung nicht zu unterstellen sei. Die Teilwertabschreibung im Jahr 1995 auf ATS 1,00 sei daher anzuerkennen.

Aus dem der Bp vorgelegenen Bewertungsgutachten der CAB zum 31.12.1995 geht hervor, dass der Substanzwert des Unternehmens zwischen ATS 380.000,00 und ATS 420.000,00 betragen hat. Im Gutachten ist festgehalten, dass *„der Substanzwert nach übereinstimmender Meinung nicht den Unternehmenswert darstellt.Der Substanzwert in der Ausformung des Liquidationswertes stellt jedoch insoweit eine Wertuntergrenze dar als das Unternehmen einen diese Wertgrenze nicht erreichenden Ertragswert hat und die Unternehmensfortführung keine notwendige Bewertungsbedingung darstellt.“* und weiter *„Zur Schätzung des Mindestunternehmenswertes haben wir ... einen fiktiven Liquidationswert errechnet, ... Mit der Schätzung des Liquidationswertes wollen wir der Tatsache Rechnung tragen, dass im Hinblick auf die negative Ertragslage die theoretische Wertuntergrenze des Liquidationswertes einen für die Wertfindung relevanten, im Fall der CAB wohl sogar den entscheidenden Aspekt darstellt.“*

Demzufolge ist der Substanzwert des Unternehmens als unterste Wertgrenze für die Beteiligung anzusehen. Dem Argument der Bw. hinsichtlich der Notwendigkeit einer Teilwertabschreibung der Beteiligung auf ATS 1,00 ist damit nicht zu folgen.

Der Wert der Beteiligung der Bw. an der CAB wird daher zum 31.12.1995 mit einem Mittelwert von mit ATS 400.000,00 festgestellt und die Aktivierung dementsprechend durchgeführt.

Im Jahr 1997 wurde die CAB in die Ost. eingebracht. Der geminderte Buchwert der CAB von ATS 1,00 wurde daher auf die Beteiligung der Bw. an der Ost. aktiviert.

In Folge der Nichtanerkennung der Teilwertabschreibung und Erhöhung des Beteiligungswertes auf ATS 400.000,00 im Jahr 1995 wird bei Einbringung im Jahr 1997 dementsprechend der Wert der Beteiligung der Bw. an der Ost. um ATS 399.999,00 erhöht.

7) Antrag – Berücksichtigung der Sonderausgaben gem. § 8 Abs. 4 Z 2 KStG idF vor StRefG 1993 für das Jahr 1992 iHv ATS 924.855,00

Dem Antrag wird aufgrund des vorliegenden endgültigen Bescheides über den Einheitswert, die Vermögensteuer und das Erbschaftssteueräquivalent ab dem 1.1.1991 vom 11.6.1992 Rechnung getragen.

Die Sonderausgaben werden iHv ATS 924.855,00 bei Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer 1992 berücksichtigt.

8) Abänderung der Körperschaftsteuerbescheide der Jahre 1997 und 1998

Aufgrund der geänderten Mitteilungen über die gesonderte Feststellung von Einkünften gem. § 188 BAO für die Jahre 1997 und 1998 vom 27.8.2004 sind die Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1997 und 1998 entsprechend abzuändern.

Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens sind die Einkünfte aus der Beteiligung der Bw. an der POFA GmbH Stb wie folgt zu berücksichtigen:

Jahr	berücksichtigt bisher	geänderte Mitteilung gem. § 188 BAO	Differenz	zu versteuerndes Einkommen lt. Bp gerundet	zu versteuerndes Einkommen lt. BE neu
1997	15.131.108,00	11.551.218,00	-3.579.890,00	43.740.810,00	40.160.920,00
1998	59.608.634,00	50.318.020,00	-9.290.614,00	41.966.550,00	32.675.936,00

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Wien, am 18. Dezember 2006