

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Richterin I. sowie Richter Beisitzer 1 und die fachkundigen Laienrichter Beisitzer 2 sowie Beisitzer 3 in der Beschwerdesache Bf., Adresse-Bf., vertreten durch Lechner Wirtschaftsprüfung GmbH, Türkenstraße 23/1/12, 1090 Wien, über die Beschwerde vom 11. Mai 2020 gegen die Bescheide des Finanzamtes Klagenfurt vom 24. März 2020 betreffend Abweisung der Anträge auf Rückerstattung der Kapitalertragsteuer 2012 bis 2017, Steuernummer StNr.-Bf., nach Durchführung der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2021 in Anwesenheit der Schriftführerinnen SF1 und SF2 zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. MAßGEBLICHE FRAGEN

Die beschwerdeführende Bf. („Bf.“ oder „Ltd. 1“), ist eine unter HE0001 eingetragene company limited by shares mit Sitz in Limassol, Zypern. Sie wurde am 23.11.2006 mit einem Grundkapital von € 1.000,00 gegründet. 2019 hat sie ihren Sitz nach Russland, Kaliningrad, verlegt. Am 28.06.2019 wurde sie im zypriotischen Firmenbuch gelöscht.

Sie begehrt die **Rückerstattung an Kapitalertragsteuer (KESt) aus Ausschüttungen von Dividenden der AT 1-SE („AT 1-SE“) an die Bf.:**

Antrag vom 27.11.2014 betreffend KESt 2012 (€ Betrag 1),
Antrag vom 27.11.2014 betreffend KESt 2013 (€ Betrag 2),
Antrag vom 27.11.2014 betreffend KESt 2014 (€ Betrag 3),
Antrag vom 15.09.2015 betreffend KESt 2015 (€ Betrag 4),
Antrag vom 01.07.2016 betreffend KESt 2016 (€ Betrag 5),
Antrag vom 13.07.2017 betreffend KESt 2017 (€ Betrag 6).

Die Aktien der Bf. stehen seit 2007 zu 100 % im Eigentum der Ltd. 2, **Zypern** („Mutter (der Bf.)“ bzw. „Ltd. 2“).

Folgende Fragen sind zu klären:

- A. Sind die angefochtenen Bescheide korrekt adressiert?
- B. Liegt in der Errichtung /Zwischenschaltung der Bf. in Zypern eine missbräuchliche Gestaltung vor, die nur den Zweck hatte, in den Genuss der KEST-Rückerstattung zu kommen?

A. BESCHEIDADRESSAT

1. Verfahrensgang:

Die Bf. hat in der **Generalversammlung vom 15.10.2018** die Verlegung ihres Sitzes von Limasol, Zypern, nach Kaliningrad, Russland, beschlossen (vorgelegtes Protokoll).

Am **20.05.2019** erfolgte die **Eintragung als nichtöffentliche Gesellschaft in das Zentrale behördliche Register für juristische Personen in Russland** im Zuge der „länderübergreifenden Sitzverlegung“. Die vollständige Bezeichnung der juristischen Person in russischer Sprache lautet „MKAO Bf.“ (in weiterer Folge „MKAO-Bf.“), übersetzt „Internationalen Aktiengesellschaft Bf.“ (Evidenzblatt).

Mit Datum **28.06.2019** erfolgte die **Bestätigung über die Löschung der Bf. im zyprischen Firmenbuch**, „*weil sie nach dem Recht eines anderen Landes bzw. einer anderen Rechtsordnung geführt wird.*“

Die Bf. hat in einer **E-Mail der steuerlichen Vertretung vom 17.03.2020** die Frage nach der Sitzverlegung der Bf. von Zypern nach Russland und der Löschung im zyprischen Firmenbuch gegenüber der Amtsvertreterin des Finanzamtes Klagenfurt bestätigt. Weitere Angaben zur russischen Gesellschaft sind nicht enthalten.

Die **angefochtenen Bescheide mit Datum 24.03.2020** ergingen an die Bf. zu Händen ihrer steuerlichen Vertretung.

Folgende Vollmachten lagen vor:

- Eine von der Bf. erteilte Vollmacht der Steuerberatung 1 („Steuerberater 1“) vom 09.07.2012.
- Eine von der Bf. erteilte undatierte Vollmacht der Lechner Wirtschaftsprüfung GmbH, beinhaltend die Zustellvollmacht.

- Schreiben vom 12.11.2018, in dem sich die Kanzlei Lechner Wirtschaftsprüfung GmbH auch auf die Vollmacht beruft. Sie teilte noch mit, dass die Vollmacht von der Steuerberatung 1 nicht mehr aufrecht ist.

Das Finanzamt warf im Vorlagebericht unter Hinweis auf ein Urteil des OGH vom 28.6.2007, 3 Ob 113/07z, sowie das Erkenntnis des BFG vom 9. 1. 2019, RV/5101358/2014, die Frage auf, ob die Zustellung rechtswirksam erfolgte. Nach den Erkenntnissen sei mit der Auflösung der Limited die Existenz beendet und auch nicht mehr zu vertreten. Der Verlust der Rechtsfähigkeit der Limited nach dem Recht des Gründungsstaates sei von den anderen Mitgliedsstaaten zur Kenntnis zu nehmen. An eine solche gelöschte Gesellschaft könnten mangels Handlungsfähigkeit keine Bescheide mehr erlassen werden. Eine Zustellung etwa an den früheren Geschäftsführer wäre unwirksam.

Die Bf. vertrat unter Hinweis auf vorgelegte Rechtsgutachten einer zypriotischen bzw. russischen Kanzlei die korrekte und rechtswirksame Zustellung, basierend (dar)auf

- der formwechselnden Umwandlung,
- der Identität der „Bf.“ und der russischen „MKAO Bf.“,
- dass die Löschung im zypriotischen Firmenbuch deklarative Wirkung hat,
- dass die zypriotische Bf. nicht aufgelöst und liquidiert wurde und eine Vollbeendigung nicht vorliegt,
- dass keine Gesamtrechtsnachfolge vorliegt,
- dass die Rechtsordnungen beider Staaten nicht das Ende der Rechtsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft vorsehen und
- die ursprünglich der zypriotischen Limited erteilte Vertretungsvollmacht der steuerlichen Vertretung für die russische MKAO weiterhin aufrecht ist.

Nach dem § 79 BAO würden im österreichischen Abgabenverfahren die Bestimmungen über die Rechts- und Handlungsfähigkeit des bürgerlichen Rechts gelten. Weil die Bf. aus österreichischer Sicht eine ausländische Gesellschaft sei, bestimme sich die Rechts- und Handlungsfähigkeit nach den §§ 10 und 12 IPRG.

§ 10 IPRG lege den (Verwaltungs-)Sitz als Anknüpfungspunkt fest (Sitztheorie). Gemäß § 12 IPRG gelte das Recht des (Verwaltungs-)Sitzes der Gesellschaft auch für alle Fragen der Prozessfähigkeit, für die Beendigung/Liquidation der Gesellschaft und für alle Umstrukturierungsmaßnahmen der Gesellschaft (RIS-Justiz RS0077097).

Der (Verwaltungs-)Sitz der Bf. habe sich in Zypern befunden und befinde sich nun in Russland. Wesentlich seien daher die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Bf. nach dem zypriotischen und russischen Recht.

Die beiden angeschlossenen Rechtsgutachten würden belegen, dass die grenzüberschreitende Sitzverlegung sowohl nach zypriotischem als auch nach russischem Recht unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft durchgeführt worden sei (Identitätstheorie). Weder zypriotisches noch russisches Recht würden für den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung das Ende der Rechtsfähigkeit der jeweiligen Gesellschaft vorsehen. Daher sei die Bf. weder aufgelöst noch liquidiert worden. Sie sei durchgehend rechts- und handlungsfähig und sei dies nach wie vor. Da die Sitzverlegung identitätswahrend durchgeführt worden sei, sei sie auch nicht als Gesamtrechtsnachfolgerin in die Rechte eines anderen Rechtssubjekts eingetreten.

Die angefochtenen Bescheide seien daher rechtswirksam erlassen und habe die Vertretungsbefugnis und die Zustellvollmacht der steuerlichen Vertretung ihre Gültigkeit behalten (Schreiben der Bf. vom 09.09.2020).

Im **Rechtsgutachten von** Kanzlei RU 1 **vom 06.02.2019**, heißt es zu den „Rechtsfolgen der Sitzverlegung“ auszugsweise wie folgt:

„Mit dem Zeitpunkt der staatlichen Registrierung in der Russischen Föderation wird das russische Recht zum Personalstatut der Gesellschaft und unterliegt sie den Bestimmungen der russischen Rechtsordnung. Die internationale Kapitalgesellschaft gilt als mit dem Datum der Eintragung (Gründung) des ausländischen Rechtsträgers gegründet.

Sämtliche Rechte und Verpflichtungen der ausländischen Gesellschaft bleiben aufrecht, insbesondere:

- *dingliche Rechte und sonstige Rechte an beweglichen und unbeweglichem Vermögen, insbesondere an Vermögen, das sich außerhalb des Gebiets der Russischen Föderation befindet;*
- *Rechte aus Beteiligungen an anderen Unternehmen, insbesondere Ansprüche auf Dividenden und sonstige Erträge oder Ausschüttungen;*
- *Rechte an Wertpapieren und anderen Finanzinstrumenten, insbesondere in Bezug auf Ansprüche auf Erträge und sonstige Ausschüttungen;*
- *Exklusivrechte;*
- *Rechte, Pflichten und Verbindlichkeiten/Haftungen aus Vereinbarungen, insbesondere Vereinbarungen über die Gründung von Rechtsträgern und gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen, die der ausländische Rechtsträger vor der staatlichen Registrierung der internationalen Kapitalgesellschaft abgeschlossen hat, sowie solche aus einseitigen Transaktionen oder infolge einer ungerechtfertigten Bereicherung, der Zufügung eines Schadens oder aus anderen Gründen, die nicht mit einer Vereinbarung in Verbindung stehen;*
- *Rechte aus Lizenzen und Konzessionen sowie sonstige Bewilligungen staatlicher Organe, welche zu einem früheren Zeitpunkt erteilt wurden;*

- *Klagsrechte, die dem ausländischen Rechtsträger vor der staatlichen Registrierung der internationalen Kapitalgesellschaft zugestanden sind.*
- *Der Zugang zu Informationen über das alleinige Leitungsorgan der internationalen Kapitalgesellschaft (z.B. Generaldirektor oder Geschäftsführer), die im russischen Einheitsregister für Rechtsträger enthalten und öffentlich zugänglich sind, kann auf Verlangen der internationalen Kapitalgesellschaft eingeschränkt werden.“*

Im **Rechtsgutachten von** Kanzlei CY 1 **vom 26.05.2020** ist u. a. neben der Schilderung der Vorgänge im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung festgehalten:

„...Eine Gesellschaft ist mit Inkrafttreten ihrer Fortführung in einem anderen zulässigen Land bzw. in einer anderen zulässigen Rechtsordnung nicht mehr in der Republik Zypern eingetragen.

Das Firmenregister hat daraufhin die Firma der Gesellschaft aus dem Register gelöscht und die entsprechende Bestätigung über die Löschung (§ 3540 des Gesetzes) ausgestellt, welche am 8.10.2019 unterschrieben wurde.

Das Firmenregister führt ein eigenes Register über sämtliche Gesellschaften, denen es seine Zustimmung erteilt hat, damit sie als in einem anderen zulässigen Land bzw. in einer anderen zulässigen Rechtsordnung fortbestehend eingetragen werden können (§ 3540 des Gesetzes).

Abschließend werden die Firma der Bf. sowie die Angaben zur Gesellschaft im entsprechenden Register für Gesellschaften, die außerhalb Zyperns fortgeführt werden, erfasst. Somit anerkennt das Firmenregister die Fortführung der Gesellschaft in der Russischen Föderation. ...

Gemäß zypriotischem Recht ist zu beachten, dass die Löschung der Gesellschaft aus dem Firmenregister keine Liquidation der Gesellschaft darstellt und dass eine solche Löschung:

(a) die Zuständigkeit eines Gerichts in der Republik für Verfahren, die vor Löschung der Gesellschaft aus dem Firmenregister von ihr bzw. gegen sie eingeleitet wurden, weder beseitigt noch beeinträchtigt;

(b) sich nicht auf das Vermögen der Gesellschaft auswirkt und

(c) keine Verurteilungen, Urteile, Gutachten, Gerichtsbeschlüsse, Schulden, Haftungen oder Verpflichtungen, die geschuldet werden oder werden sollen oder aus irgendeinem anderen Grund gegenüber der Gesellschaft oder einer anderen Person bestehen, aufhebt oder beeinträchtigt (§3540 des Gesetzes). ...“

In der **mündlichen Verhandlung** wies der steuerliche Vertreter auf die identitätswahrende Sitzverlegung und die Weitergeltung der Vollmacht auch für die MKAO-Bf. hin. Den vom Finanzamt aufgezeigten Ungewöhnlichkeiten im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die Sitzverlegung hielt der steuerliche Vertreter entgegen, dass dem

Gesellschafterbeschluss zypriotisches Recht zugrunde gelegen und dieser offensichtlich ausreichend für die Eintragung der Sitzverlegung gewesen sei. Der Beschluss betreffend die Sitzverlegung sei 2019 getroffen worden und daher außerhalb des Beschwerdezeitraums. Es habe Spezialvollmachten gegeben und habe so nach zypriotischem Recht eine Person in mehreren Funktionen fungieren können.

Das Finanzamt fand im weiteren Verfahren - ungeachtet der nach österreichischem Recht nicht möglichen Ungewöhnlichkeit, dass eine Person in drei Funktionen den Beschluss über die Sitzverlegung gefasst habe - keine gegen die identitätswahrende Sitzverlegung sprechenden Gründe. Dies könnte im Falle einer Stattgabe der Beschwerde durch das BFG bedeuten, dass die „MKAO-Bf.“ gemäß DBA Österreich - Russland die Möglichkeit erhalte, auch Anträge gem. § 21 Abs. 1 Z 1a KStG zu stellen.

Der steuerliche Vertreter habe von sich aus erklärt, dass die Vertretungsbefugnis und die Zustellvollmacht ihre Gültigkeit beibehalten hätten. Dieses Schreiben könnte als Berufung auf § 88 Abs. 9 WTBG gewertet werden. Im Falle der Anerkennung der Vollmacht wären die Bescheide rechtskräftig ergangen (Stellungnahme vom 21.10.2021, Amtsvertreterin des FAG in der mündlichen Verhandlung).

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen

2. Sachverhalt:

Die Daten der diversen Vorgänge im Zusammenhang mit der Sitzverlegung von Zypern nach Russland und das Vorliegen einer identitätswahrenden Sitzverlegung stehen außer Streit.

3. Erwägungen:

Die Entscheidung des BFG fußt auf den Vorbringen der Parteien und insbesondere den Ausführungen in den vorgelegten Rechtsgutachten.

4. Rechtliche Beurteilung:

Im gegenständlichen Fall sind nach Ansicht des BFG die an die Bf., z. H. ihrer steuerlichen Vertretung adressierten Bescheide rechtswirksam ergangen. Dafür sprechen folgende Gründe:

Das Finanzamt stellt die identitätswahrende Sitzverlegung nicht in Abrede. Es verneint auch nicht die durch Rechtsgutachten dokumentierte Auffassung der Bf., dass diese nach Löschung im zypriotischen Firmenbuch nicht aufgelöst wurde und es zu keiner Vollbeendigung der Bf. kam.

Das Finanzamt hat seine Rechtsansicht nur auf ein OGH-Urteil gestützt. Dadurch hat es - den Ausführungen im Erkenntnis des VwGH vom 07.01.2019, Ra 2017/17/0732, folgend - seine Ansicht bezüglich der konstitutiven Wirkung der Löschung der Bf. im zypriotischen Firmenbuch nicht hinreichend begründet.

Demgegenüber hat die Bf. Rechtsgutachten beigebracht, die dafür sprechen, dass - vergleichbar einer GmbH mit Abwicklungsbedarf und Ansprüchen, über die noch abzusprechen war (vgl. UFSW vom 08.01.2004, RV/0892-W/02) - die Löschung der Bf. im zypriotischen Firmenbuch nur deklarative Wirkung hatte. Das Finanzamt stellt nicht in Abrede, dass in den Rückzahlungsansprüchen ein potentielles Vermögen der Bf. vorliegt, über das es abzusprechen gilt. Diese Forderungen stammen aus einer Zeit, in der es nur die zypriotische Bf. gab.

Wie dem Rechtsgutachten der russischen Kanzlei RU 1 zu entnehmen, blieben sämtliche Rechte und Verpflichtungen der ausländischen Gesellschaft aufrecht, so z. B. Rechte aus Beteiligungen an anderen Unternehmen, insbesondere Ansprüche auf Dividenden und sonstige Erträge oder Ausschüttungen.

Das Finanzamt ist auch dem Vorbringen nicht entgegengetreten, dass es hier zu keiner Gesamtrechtsnachfolge mit Untergang der zypriotischen Gesellschaft und Gründung einer „neuen“ russischen Gesellschaft gekommen ist, sondern die zypriotische Bf. in Russland identitätswahrend fortgeführt wurde.

Es kann der steuerlichen Vertretung auch nicht entgegengetreten werden, dass die ihr von der Bf. erteilte Vollmacht weiter gilt.

Letztendlich spricht auch der - nicht für das BFG, wohl aber für das Finanzamt bindende - Bescheidadressierungsleitfaden für diese Ansicht, heißt es doch darin:

„Soweit bei Umgründungen außerhalb der genannten Bestimmungen keine Gesamtrechtsnachfolge (daher auch keine steuerrechtliche) anzunehmen ist, sind Bescheide,

- *die inhaltlich für das übertragene Unternehmen bestimmt sind und*
- *Feststellungs- und Besteuerungszeiträume vor der Umgründung betreffen, nicht an den Rechtsnachfolger zu richten. Bleibt der Rechtsvorgänger als Steuerrechtssubjekt bestehen, haben die Bescheide für frühere Zeiträume an ihn und für nachfolgende Besteuerungszeiträume entsprechend der Zuordnung des betreffenden Vermögensteiles an den Rechtsnachfolger zu ergehen.“*

Zumal mit dem Rückforderungsanspruch der Bf. ein potentielles Vermögen vorhanden war und die Bf. den Rechtsgutachten folgend mit der Löschung nicht vollbeendet wurde, geht das BFG davon aus, dass für die Abwicklung der mit den gegenständlichen Anträgen auf KEST-Rückerstattung verbundenen Ansprüchen die zypriotische Bf. noch existent war bzw. ist.

Selbst wenn die Bescheidadressierung im Zeitpunkt seiner Erlassung zwar falsch gewesen wäre, so wäre sie bei der formwechselnden Umwandlung den Ausführungen im Erkenntnis des **VwGH vom 20.02.2003, 2000/16/0027**, folgend, nicht ein „Nichts“ gewesen.

Zur deklaratorischen Wirkung wurde auch in der Berufungsentscheidung des UFS vom 08.01.2004, RV/0892-W/02, die Ansicht vertreten, dass aufgrund eines am Abgabekonto der amtswegig gelöschten GmbH ausgewiesenen Guthabens ohne Ergebnis bzw. Abschluss des Berufungsverfahrens nicht von Vermögenslosigkeit bzw. fehlender Parteifähigkeit auszugehen war. Aufgrund der lediglich deklaratorischen Wirkung der Löschung im Firmenbuch, war das Berufungsverfahren zu führen.

Angesichts des Umstandes, dass letztendlich keine konkreten Argumente des Finanzamtes vorgebracht wurden und der zuvor festgehaltenen Ausführungen geht das BFG von der korrekten Adressierung der angefochtenen Bescheide aus.

B. ANTRÄGE AUF RÜCKERSTATTUNG DER KAPITALERTRAGSTEUER 2012 bis 2017

1. Verfahrensgang:

Im Jahr 2007 hatte die Bf. neben nur kurzzeitig gehaltenen Aktien an der deutschen AG 1 xxx Stück Aktien um insgesamt Euro xxx (25% des Grundkapitals zuzüglich einer Aktie) an der AT1-SE, einer europäischen (Aktien-) Gesellschaft mit Sitz in Österreich erworben. Die nach der EG Fusionskontrollverordnung zu informierende Kommission der Europäischen Gemeinschaft hat keinen Einwand erhoben.

Der zwischen den Altaktionären der AT1-SE und der Bf. abgeschlossene **SYNDIKATSVERTRAG vom 23.04.2007** sah u.a. die Entwicklung der Russischen Föderation und der Staaten der früheren Sowjetunion als Kernmärkte der AT1-SE durch die Bf. vor.

Aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten musste die Bf. das Aktienpaket im April 2009 sukzessive bis auf eine Aktie abgeben. Der Syndikatsvertrag wurde unter Beibehaltung des Zweckes des Vertrages der Situation angepasst. Die von der Bf. abgegebenen Anteile blieben im Besitz der Altaktionäre. Gleichzeitig erhielt die Bf. eine Option auf Rückwerb der Anteile. Sie hat die Aktien im Zeitraum 01.12.2010 bis 15.07.2014 zurückgekauft und war wieder im Besitz des ursprünglichen Aktienpakets. Für die Dauer der „Call Option Period“ war vereinbart, dass die Bf. - trotz Rückgang des Anteilvolumens auf eine Aktie - ihre Position (insbesondere die Herrschafts-, Verwaltungs- und Ko-Kontrollrechte) in der AT1-SE und ihre Aufgaben weiterhin behielt.

ABLAUF IM VERFAHREN betreffend RÜCKERSTATTUNG DER KEST FÜR 2008:

Betreffend Rückerstattung der KEST für 2008 waren beim UFS/BFG und VwGH Verfahren anhängig. Die für das gegenständliche Verfahren relevanten Eckpunkte der Verfahren dürfen aufgrund der Relevanz für das gegenständliche Verfahren festgehalten werden:

Dem Antrag auf Rückerstattung der KEST 2008 gab der UFS vorerst Folge (UFS vom 10.03.2011, RV/0492-K/09). Der VwGH hob die Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf (**VwGH vom 26.06. 2014, 2011/15/0080**).

Wesentliche Aussagen des VwGH zum Missbrauch waren:

- Als Missbrauch sah er „... eine rechtliche Gestaltung an, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung ungewöhnlich und unangemessen ist und nur aufgrund der damit verbundenen Steuerersparnis verständlich wird.“
- Ein „Missbrauchs-Sachverhalt“ kann in der im tatsächlichen Geschehen nicht angemessenen Hintereinanderschaltung mehrerer rechtlicher Schritte bestehen, kann also eine Kette von Rechtshandlungen bilden. Für den VwGH war der Aktienerwerb „lediglich der letzte Schritt in einer Kette von Rechtshandlungen“.

Bezüglich der Bf.

- sah er „keine Anhaltspunkte dafür, die Zwischenschaltung einer auf Zypern situierten Gesellschaft als wirtschaftlich sinnvoll erscheinen zu lassen.“
- ging er von der - unstrittigen - Beherrschung der Bf. von in Russland ansässigen (physischen und juristischen) Personen aus, die jedoch nicht die strittigen Aktien erworben haben, sondern die Bf. als Subholding der Ltd. 2,
- erachtete er bei bloß vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften grundsätzlich keine besondere sachliche und personelle Ausstattung erforderlich,
- gab aber zu bedenken, dass hier die Bf. weitere Aufgaben - die Erweiterung des Russischen Marktes als Kernmarkt der AT1-SE - übernommen habe, jedoch eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. nicht festgestellt werden konnte,
- folgte er nicht der „Konzernstrukturierung nach Sektoren, Regionen und Geschäftsfeldern“ als wirtschaftlichen Grund,
- sah er den Vorteil der englischen Sprache und die kulturelle Nähe Zyperns zu Russland nicht als wirtschaftlich sinnvollen Grund für die Situierung der Bf. in Zypern an, und
- war die Bezeichnung der Bf. als Tochter der Konzernmutter (auch „F-Gesellschaft“) auffällig.
„Bei der F-Gesellschaft handelt es sich nach Veröffentlichungen der EU Kommission um ein Unternehmen, das überwiegend im Gebiet Russlands tätig und vom russischen Großinvestor beherrscht wird.“

Er

- bemängelte das Fehlen von Feststellungen, über welche Einrichtungen die Bf. verfügte, um ihren Aufgaben aus dem Syndikatsvertrag nachkommen zu können und
- war ihm die Rolle der F-Gesellschaft nicht klar.

Erkenntnis des BFG vom 18.07.2017, RV/4100494/2014 (Abweisung):

Nach Klärung der im VwGH-Verfahren aufgezeigten Fragen wurde das Begehren betreffend Rückerstattung der KEST 2008 im Erkenntnis des BFG vom 18.07.2017, RV/4100494/2014, abgewiesen. Es fehlten relevante außersteuerliche Gründe für die Zwischenschaltung der Bf., die angemessene rechtliche Gestaltung iSd § 22 Abs. 2 BAO sei in einer Direktbeteiligung der F-Gesellschaft (oder einer anderen Person) gelegen gewesen.

Die Bf. habe nicht darlegen können, welche wirtschaftlichen Tätigkeiten sie entfaltet und über welche Einrichtungen sie verfügte, um die Agenden aus dem Syndikatsvertrag zu erfüllen. Sie habe zu erkennen gegeben, dass sie gar nicht in der Lage gewesen sei, die diesbezüglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Die Rolle der F-Gesellschaft als Gesamtkonzernmutter der Bf. sah das BFG bestätigt.

Die gegen das Erkenntnis des BFG eingebrachte außerordentliche Revision wies der VwGH mangels eines entsprechend dargelegten Zulassungsgrundes zurück, vgl. Beschluss des VwGH vom 03.04.2019, Ra 2017/15/0070.

ZU DEN ANTRÄGEN auf RÜCKERSTATTUNG der KEST 2012 bis 2017:

Vorerst dürfen maßgebliche Fakten zu den relevanten Gesellschaften festgehalten werden:

Bf., Zypern:

Syndikatsvertrag vom 05.11.2010:

In dem für den Beschwerdezeitraum maßgeblichen Syndikatsvertrag vom 05.11.2010, abgeschlossen zwischen den „Altaktionären“ und der Bf., war u. a. geregelt:

- „Wesentliche Verpflichtungen, einschließlich Festlegung zur Entwicklung des russischen Markts durch die Gesellschaft“ (Pkt. 3.4.)
- Je zwei der insgesamt sechs Aufsichtsräte durfte die Bank 2-Gruppe, die C-Gruppe sowie die Bf. nominieren (Pkt. 4.6. II a-c).
- Abhaltung von Syndikatsversammlungen samt Willensbildung des Syndikats innerhalb der Syndikatsversammlung (Pkt. 5.).
- Es bestand eine Mindestbeteiligung aller Syndikatsmitglieder von 17% für die Dauer der Beteiligung (Pkt. 7.2.), wobei dieser Pkt. 7.2. gegenüber der Bf. so lange ausgesetzt wurde, bis das Closing für die erste Optionstranche erfolgt ist.

- Rückgabeverpflichtung der Bf. von Namensaktien bei Absinken der Beteiligung unter einen bestimmten Prozentsatz (17% bzw. 12,5%, siehe Pkt. 11. 8.).

Laut **Stellungnahme der Übernahmekommission vom 19.10.2010** ist die Bf. „eine Tochtergesellschaft der F-Gesellschaft (Ltd. 3-RU, Moskau, Russland), die von Herrn A („Herrn A“) kontrolliert wird. Die Bf. wird daher mittelbar von Herrn A beherrscht.“

Zu dem seit 2007 bestellten Director kamen von September bis Dezember 2014 weitere vier Directors (aus Zypern, Russland und Österreich stammend) dazu, 2017 sind drei der vier zusätzlichen Directors ausgeschieden, und wurden die Ltd. 3, Zypern („Ltd. 3“) und ein Russe als Direktoren bestellt.

Im Beschwerdezeitraum war Secretary Secretary 2, (11/2006 bis 05/2018), danach Secretary 1, Limasol.

Die Bf. wurde in Zypern zur Körperschaftsteuer veranlagt und war „nicht transparent“ (Bestätigungen).

Die Bf. hatte vom 01.02.2009 bis 01.11.2011 bzw. vom 01.01.2014 bis 30.10.2016 und vom 01.11.2016 bis 01.12.2018 Büroräumlichkeiten gemietet (Vorhaltsbeantwortung vom 02.05.2019).

Beteiligungen der Bf. im Jahr 2014:

Mit 22.12.2014 erwarb sie von ihrer Schwestergesellschaft Schwester 1 („Schwester 1“), Zypern, 13,27% an U1 („U1“), Zypern, um Euro xx.xxx.xxx.

Im exemplarisch vorgelegten **Jahresabschluss 2017 der Bf.** heißt es auszugsweise wie folgt:

„Die Hauptgeschäftstätigkeit der Gesellschaft ist die einer Holding-Kapitalanlagegesellschaft für bestimmte Unternehmen, die der Gesellschafterin der Gesellschaft gehören. Die Gesellschaft hält nicht beherrschende Anteile an Unternehmen, die in Ost- und Südosteuropa Bauleistungen erbringen.“

Die Gesellschaft steht zu 100% im Eigentum des wirtschaftlichen Gesellschafters der Ltd. 2. Der Großteil der Finanzmittel der Gesellschaft stammen vom Konzern dieses Gesellschafters und auch der Großteil ihrer Kreditrisikopositionen bestehen gegenüber demselben. Somit ist die Gesellschaft wirtschaftlich zur Gänze vom Konzern des Gesellschafters abhängig. Darüber hinaus ist die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eng an die Anforderungen des Konzerns des Gesellschafters geknüpft und die Festlegung der Preise für die Leistungen der Gesellschaft für den Konzern des Gesellschafters erfolgt gemeinsam mit anderen Unternehmen des Gesellschafters.“

Ltd. 2, Zypern:

Die Ltd. 2 hatte im April 2007 die AT 1-SE-Aktien der Bf. erworben. Gesellschafter der Ltd. 2 sind seit 2007:

- G 1-Ltd. 2 (Gesellschafterin „G 1/Ltd. 2“), Channel Islands, 35%,
- G 2-Ltd. 2 („G 2/Ltd. 2“), British Virgin Islands, 31,82%,
- Herr A, „ultimate shareholder“ 13,18% (Anm.: ist „G 3/Ltd. 2“)

bzw. für den Beschwerdezeitraum aufgrund eines Stakeholders Agreement vom 22.04.2010 drei weitere auf Zypern ansässige Gesellschaften:

- G 4-Ltd. 2 („G 4/Ltd. 2“), 7,5%,
- G 5-Ltd. 2 („G 5/Ltd. 2“) 6,26% sowie
- G 6-Ltd. 2 („G 6/Ltd. 2“) 6,24%, die zu 100% im Eigentum der „Gesellschafterin G 5/Ltd. 2“ steht.

Directors der Ltd. 2 waren laut Auszug vom 22. Oktober 2018 neben drei Personen aus Russland und einer zyprischen Gesellschaft auch die Ltd. 3.

Secretary mit Stichtag Oktober 2018 war Secretary 1, Zypern.

Die Ltd. 2 hatte im Beschwerdezeitraum Büroräumlichkeiten.

Die Ltd. 2 wurde in Zypern zur Körperschaftsteuer veranlagt und war „nicht transparent“ (Bestätigungen).

Im **Jahresabschluss 2017 der Ltd. 2** heißt es auszugsweise wie folgt:

„Die Hauptgeschäftstätigkeit der Gesellschaft ist die einer Holding- und Kapitalanlagegesellschaft für bestimmte Unternehmen, die der Gesellschafterin der Gesellschaft gehören. Die Investitionstätigkeit der Gesellschaft besteht hauptsächlich aus Kapitalbeteiligungen an bestimmten Unternehmen.“

Die Eigentümerstruktur der Gesellschaft ist Folgende: ... 35% stehen im Eigentum der G 1-Ltd. 2 ("Gesellschafterkonzern"), 31,8% im Eigentum der G 2-Ltd. 2, 20% von anderen Unternehmen und 13,2% im Eigentum einer ausländischen natürlichen Person. Der Großteil der Finanzmittel der Gesellschaft stammt von dem, und der Großteil der Kreditrisikopositionen besteht gegenüber dem Gesellschafterkonzern. Somit ist die Gesellschaft wirtschaftlich zur Gänze vom Gesellschafterkonzern abhängig. Darüber hinaus ist die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eng an die Anforderungen des Gesellschafterkonzerns geknüpft und die Festlegung der Preise für die Leistungen der Gesellschaft für den Gesellschafterkonzern erfolgt gemeinsam mit anderen Unternehmen des Gesellschafterkonzerns.“

Ltd. 3, Zypern (Ltd. 3):

Laut Vorbringen der Bf. im Beschwerdeverfahren soll die Ltd. 3 als Servicegesellschaft für die Bf. und die Ltd. 2 fungiert haben. Ihr und ihrer Tochtergesellschaften hätten sich die Bf. sowie die Ltd. 2 zur Erfüllung diverser Aufgaben bedient, sie habe laut Bf. über das für die Verwaltung erforderliche Personal und die Räumlichkeiten verfügt. Die Ltd. 3 sei daher laut Bf. in die Beurteilung der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. einzubeziehen.

Tochtergesellschaften der Ltd. 3 waren laut Jahresabschluss 2017:

Tochter 1-Ltd. 3,

Tochter 2-Ltd. 3

Tochter 3-Ltd. 3

Tochter 4-Ltd. 3

Tochter 5-Ltd. 3

Tochter 6-Ltd. 3

Directory waren am 01.11.2018 (Datum des Auszugs) Person1, Russland, Adresse Zypern, Person 2, Russland, Adresse Russland, Person 3, Russland, Adresse Zypern, Person 4, Zypern, Adresse Zypern.

Secretary war am 01.11.2018 (Datum des Auszugs) Secretary 1, Zypern.

Im **Jahresabschluss 2017 der Ltd. 3** heißt es auszugsweise wie folgt:

*„Die Gesellschaft steht zu 100% im Eigentum des wirtschaftlichen Gesellschafters der F-Gesellschaft-Gruppe (der "Gesellschafterkonzern"). Der Großteil der Finanzmittel der Gesellschaft stammt von diesem Gesellschafterkonzern und der Großteil der Kreditrisikopositionen besteht gegenüber diesem Gesellschafterkonzern. **Somit ist die Gesellschaft wirtschaftlich zur Gänze vom Gesellschafterkonzern abhängig.** Darüber hinaus ist die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft eng an die Anforderungen des Gesellschafterkonzerns geknüpft, und die Festsetzung der Preise für die Leistungen der Gesellschaft für den Gesellschafterkonzern erfolgt gemeinsam mit anderen Unternehmen des Gesellschafterkonzerns.*

*Die Hauptgeschäftstätigkeit der Gesellschaft ist die einer Holding- und Kapitalanlagegesellschaft für bestimmte Unternehmen, die der Gesellschafterin der Gesellschaft gehören. Die **primäre Investitionstätigkeit der Gesellschaft** sind Kapitalbeteiligungen an bestimmten Unternehmen.“*

Das umfangreiche VORHALTEVERFAHREN BEIM FINANZAMT hat ergeben:

Zur Bf:

Bezüglich der Vertretungsbefugnis bei mehreren Vertretungsbefugten gab es keine konkrete schriftliche Aufgabenverteilung unter den Directors.

Die nach zypriotischem Recht für „**bestimmte formelle Verwaltungsaufgaben (z.B. Vorbereitung und Einreichung von Jahresabschlüssen, Vorbereitung von Gesellschafterversammlungen etc.)**“ erforderlichen Secretaries „*haben jeweils die gesetzlich vorgeschriebenen Verwaltungsaufgaben wahrgenommen, jedoch keine darüber hinausgehenden Funktionen*“ (Vorhalt vom 12.12.2018, VB vom 02.05.2019, Pkt. 2 d und 2 e).

Den Großteil der mit der Beteiligungsverwaltung verbundenen Aufgaben habe die Bf. an die Ltd. 3 in Zypern, ausgelagert (Vorhalt vom 12.12.2018, VB vom 02.05.2019, Pkt. 2 c und 2 d).

Zur Frage, „*2 e) Haben im Übrigen hinsichtlich Organisation, Aufgaben, Tätigkeit gegenüber 2008 Veränderungen stattgefunden? Wenn ja, welche und zu welchem Zeitpunkt?*“ teilte die Bf. mit, dass sich keine wesentlichen Änderungen ergeben haben.

Zu den „triftigen wirtschaftlichen Gründen“ für die gewählte Struktur und Abwicklung verwies die Bf. auf ihre Vorbringen in der Vorkorrespondenz und führte (nochmals) an:

Die Bf. sei ein Teil der F-Gesellschaft-Gruppe, bei welcher es sich um einen weltweit tätigen Mischkonzern handle. Der Konzern sei in zahlreichen Ländern in verschiedenen Sparten (Energie, Produktion, Rohstoffe, Finanzdienstleistungen, Luftfahrt und Bau) engagiert.

Indirekter Mehrheitseigentümer sei Herr A. Die Bf. schilderte die Funktion der Ltd. 2 (siehe die nachfolgenden Ausführungen unter „Zur Ltd. 2“).

Die Bf. habe den Rückkauf des AT1-SE-Anteile (in den Jahren 2010 bis 2014 um insgesamt Euro xxx Mio.) teilweise durch Mittel der Ltd. 2 im Wege von Kapitalerhöhungen und durch Fremdmittel finanziert (zum Teil bei der Bank 2, zum Teil bei der Ltd. 2 und zum Teil bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen (O-Ltd., P-Corp., „Schwester 1“). Die Finanzierung der Anteile an U1 (ca. Euro xx Mio. im Jahr 2014) sei durch Mittel der Ltd. 2 im Wege von Kapitalerhöhungen erfolgt.

Die Bf. sei als „Special Purpose Vehicle“, d. h. mit dem Zweck errichtet, als „Vehikel“ für internationale Akquisitionen in der Konzernsparte „Construction“ zu dienen.

Zur Ltd. 2:

Die Bf. beschrieb den Zweck der Ltd. 2 als Spartenholding mit einer komplexen Beteiligungsstruktur. In ihr würden direkt und indirekt mehr als 100 Beteiligungen mit einem Marktwert von mehr als 1 Mrd. Euro gehalten. Es würden ganze Industriebereiche der Unternehmensgruppe strukturell zusammengefasst, gehalten und geordnet.

Zu den Aufgaben/Funktionen der Tochtergesellschaften wurde bekannt gegeben, dass im Zuge der Restrukturierung der F-Gesellschaft-Gruppe im Jahr 2007 eine Aufteilung der Konzernsparte „Construction and Development“ in die Sub-Sparten „Constructions and Material“ erfolgt sei, für die die Schwester 1 als Sub-Holding fungieren sollte und „Development“, für die die Schwester 2 als Sub-Holding fungieren sollte. Die im Zuge der Restrukturierung ebenfalls gegründete Bf. sei als Special Purpose Vehicle für allfällige Akquisitionen in dieser Sparte errichtet worden (Schreiben vom 17.04.2018 und Vorhaltsbeantwortung vom 02.05.2019).

Drei der wichtigsten Divisionen, „Construction“, „Machinery“ und „Aviation“, seien seit über zehn Jahren in Zypern angesiedelt.

Durch die Bündelung sei eine professionelle Verwaltung gewährleistet. Für Beteiligungen an EU-Gesellschaften sei eine europäische Holding mit Sitz und Geschäftsleitung in der EU essentiell und absolut Marktstandard; dies insbesondere aus operativen und administrativen Gründen, wie zum Beispiel aufgrund

- leichterem Umsetzung von Beteiligungserwerben,
- der erleichterten Erlangung von Finanzierungen im EU-Raum oder
- der leichteren Erlangung von Genehmigungen im Falle von allfälligen genehmigungspflichtigen Übernahmen im EU-Raum.

Selbst wenn man die Bf. steuerlich nicht anerkenne, wäre die Ltd. 2 aufgrund ihrer diversen wichtigen Funktionen innerhalb der Unternehmensgruppe als Holding jedenfalls aus ertragsteuerlicher Sicht und Zurechnungssubjekt der AT1-SE-Beteiligung anzuerkennen. Dies würde zu einer Anwendbarkeit der Mutter-Tochter-Richtlinie (in weiterer Folge „MTR“) - nämlich im Verhältnis Ltd. 2 - AT1-SE - und zum Erfordernis einer Steuerfreistellung der Dividende führen. Es sei widersinnig, in der Einschaltung der Bf. als Holdinggesellschaft ausschließlich steuerliche Gründe bzw. Missbrauch anzunehmen, wenn doch die Anwendbarkeit der MTR und eine Steuerfreistellung der Dividende der AT1-SE in Österreich auch ohne Einschaltung der Bf. bei direkter Beteiligung der Ltd. 2 erreicht worden wäre.

Die Gesellschaft nehme damit bereits mehr als zehn Jahre eine zentrale Funktion innerhalb der F-Gesellschaft-Gruppe ein.

An der Ltd. 2 seien bereits seit vielen Jahren „fremde Dritte“ beteiligt, die nicht Teil der F-Gesellschaft-Gruppe seien. Dies zeige, dass es sich bei der Bf. bzw. der Ltd. 2 um Gesellschaften mit eigenständiger wirtschaftlicher Funktion handle; es sei nicht möglich, diese Gesellschaften als reine Briefkastenfirmen zu negieren und die Beteiligungen an der AT1-SE ohne weiteres einer anderen Person zuzurechnen.

Den überwiegenden Teil der Anteile an der Ltd. 2 habe Herr A direkt und indirekt, teilweise über die F-Gesellschaft Ltd. Jersey, und teilweise über die Gesellschafterin G 2/Ltd. 2 (die Muttergesellschaft der F-Gesellschaft Ltd.-British Viegins Islands gehalten. Weitere Anteile an der Ltd. 2 halte die gemeinnützige russische RU 1-Stiftung, eine der größten gemeinnützigen Stiftungen Russlands und Herrn A zuzurechnen. 20% der Anteile an der Ltd. 2 hätten Personen außerhalb der F-Gesellschaft-Gruppe gehalten.

Wirtschaftlich Berechtigte der Ltd. 2 seien hinsichtlich des überwiegenden Teils der Anteile Herr A als Ultimate Beneficial Owner. Beim gemeinnützigen Rechtsträger RU 1-Stiftung seien keine wirtschaftlichen Berechtigten festzustellen.

Ultimate Beneficial Owner der externen Investitionspartner seien Herr X („Herr X“, 10%) und Herr Y („Herr Y“) samt Familie (2,5%). Die verbleibenden 7,5% halte indirekt die CH-Lebensversicherung („CH-Lebensversicherung“), ein börsennotierter Schweizer Lebensversicherungs-Konzern. Für sie ließe sich - da die Aktien an dieser Gesellschaft im Streubesitz stehen - keine wirtschaftlichen Berechtigten feststellen.

Die Ltd. 2 habe eine Joint-Venture-Funktion, weil an ihr als Holding-Gesellschaft einerseits Herr A bzw. die F-Gesellschaft-Gruppe sowie die RU 1-Stiftung und andererseits externe Investitionspartner beteiligt seien.

Ihre Tätigkeit sei das Halten und Verwalten der Beteiligungen. Die damit verbundenen Aufgaben habe die Ltd. 2 an die (konzernmäßig verbundene) Service-Gesellschaft, die Ltd. 3, Zypern, ausgelagert. Diese Management-Gesellschaft verfüge über das für die Verwaltung der Ltd. 2 erforderliche Personal und die erforderliche Substanz. Die Servicegesellschaft erbringe für die Ltd. 2 *„sämtliche Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung der Beteiligungen an den Tochtergesellschaften“*.

Zu den triftigen wirtschaftlichen Gründen für die gewählte Struktur und Abwicklung gab sie den Inhalt bereits vorgelegter Schreiben wieder:

Sie verwies auf die ständige Rechtsprechung des EuGH; nur rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen, die zu dem Zweck errichtet wurden, ungerechtfertigt einen Steuervorteil zu nutzen, dürften als missbräuchlich qualifiziert werden (vgl. z.B. zuletzt EuGH 20.12.2017, C-504/16 und C-613/16, Deister Holding AG und Juhler Holding A/S, Rz 60 mit Verweis auf EuGH 7.9.2017, C-6/16, Egiom SAS und Enka SA, uvam).

Daher dürfte für die Ltd. 2 keinesfalls ein Missbrauch für österreichische steuerliche Zwecke angenommen werden.

Die Ansässigkeit des indirekten Mehrheitsgesellschafters und der RU 1-Stiftung in einem Drittland könne kein Grund für den Missbrauch sein.

Der 20%-ige Anteil der seit 2010 direkt an der Ltd. 2 beteiligten externen Investitionspartner entspreche einem Marktwert von über 200 Mio. Euro. Ihnen sei es naturgemäß wichtig gewesen, sich über eine EU-Gesellschaft an der Division „Construction“ der Gruppe des Herrn A zu beteiligen (Vorhaltsbeantwortung vom 02.05.2019).

Eine „Zwischenschaltung“ zur Anwendung der MTR könne nicht unterstellt werden, weil die Ltd. 2 seit ihrer Errichtung keine Dividende an ihre Gesellschafter ausgeschüttet habe (Vorhalt vom 12.12.2018, Vorhaltsbeantwortung vom 02.05.2019).

Basis der Beteiligung der Gesellschafterinnen G 4/Ltd. 2, G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 sei laut Ltd. 2 das Shareholders Agreement vom 22.04.2010 mit den Parteien Herrn X, Herrn Y und der CH-Lebensversicherung. Die Beteiligung sei teilweise durch den Erwerb von (im Zuge einer Kapitalerhöhung) neu ausgegebenen Aktien und teilweise durch Erwerb bestehender Aktien erfolgt. Die letztlich an der Ltd. 2 beteiligten Gesellschaften (G 4/Ltd. 2 [Anmerkung des FA: bezüglich CH-Lebensversicherung], G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 [Anmerkung: bezüglich Herrn X und Herrn Y] seien erst jeweils nach Abschluss des Agreements errichtet worden bzw. fungierten erst später als Beteiligungsgesellschaften.

Zur Ltd. 3, Zypern:

Die Bf. verwies hinsichtlich der Einbeziehung der Ltd. 3 zur Beurteilung der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit auf das Erkenntnis des VwGH vom 27.03.2019, Ro 2018/13/0004, betreffend einen auf § 94 Z 2 EStG bzw. die MTR gestützten Antrag einer luxemburgischen Gesellschaft auf Rückerstattung der KEST aus Dividenden einer österreichischen Tochtergesellschaft.

Dem lag ein Fall des BFG vom 4.12.2017, RV/7106377/2016, zugrunde, in dem von einer luxemburgischen Gesellschaft (LuxCo 1) mehr als 10% der Anteile an einer österreichischen AG (Ö-AG) gehalten wurden. LuxCo 1 verfügte über keine eigenen Mitarbeiter oder Betriebsräumlichkeiten und hielt keine anderen Beteiligungen.

Die Anteile an LuxCo 1 wurden zu 100% von einer weiteren luxemburgischen Gesellschaft (LuxCo 2) gehalten, die über Geschäftsräumlichkeiten in Luxemburg verfügte und Mitarbeiter beschäftigte. Die Anteile an LuxCo 2 wurden von einer Gesellschaft auf den britischen Cayman Islands treuhändig für einen auf den Cayman Islands ansässigen Fonds ohne Rechtspersönlichkeit gehalten, in den vorwiegend institutionelle Pensionsfonds aus Australien, den USA, Kanada und europäischen Ländern investierten. LuxCo 2 wurde zum Zweck der

Gliederung unterschiedlicher Firmenbeteiligungen nach Sektoren, Regionen und Geschäftsfeldern errichtet und fungierte für ihre Anteilsinhaber als europäische Investitionsplattform, die Beteiligungen an verschiedenen im Infrastrukturbereich tätigen Unternehmen erwarb.

Das BFG hatte im Erkenntnis vom vom 4.12.2017, RV/7106377/2016, den Antrag auf KEST-Rückerstattung der LuxCo 1 im Wesentlichen mit Missbrauch iSd § 22 BAO und Directive-Shopping abgewiesen.

Dieses wurde mit Erkenntnis des VwGH vom 27.03.2019, Ro 2018/13/0004, aufgehoben. Demnach sei die Rückerstattung zu gewähren:

- Die Einschaltung einer im EU-Raum ansässigen Gesellschaft mit dem Ziel der Gliederung von Beteiligungen u.a. nach Regionen sei ein (außersteuerlicher) wirtschaftlicher Grund für eine Gestaltung.
- Das Fehlen einer eigenen Wirtschaftstätigkeit einer im EU-Raum ansässigen Gesellschaft sei nicht schädlich, wenn ihre ebenfalls dort ansässige Muttergesellschaft wirtschaftlich tätig sei.
- Das Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Muttergesellschaft lasse sich aus der Beschäftigung „lediglich“ eines Geschäftsführers, eines Bilanzbuchhalters und eines Büroleiters nicht ableiten.

Der dem VwGH-Erkenntnis zugrundeliegende Sachverhalt entspreche in den zentralen Punkten der Struktur, in die die Bf. eingebunden sei:

- Es werde über zwei im EU-Raum ansässige Gesellschaften (Bf. und Ltd. 2) eine wesentliche Beteiligung an einer österreichischen AG gehalten, wobei die letztlich wirtschaftlich Berechtigten überwiegend außerhalb der EU ansässig seien.
- Die Ltd. 2 als europäische Spartenholding sei mit dem Ziel der Gliederung von Beteiligungen im Konzern errichtet, was aufgrund des VwGH-Erkenntnisses vom 19.03.2019 (Anm.: richtig vermutlich „27.03.2019“) als (Missbrauch ausschließender) außersteuerlicher /wirtschaftlicher Grund anzusehen sei.

Die wirtschaftliche Struktur der Bf. sei weniger ausgeprägt, als jene der Ltd. 2. Das allfällige Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. sei daher nicht schädlich, denn es könne nicht bestritten werden, dass die Ltd. 2, die direkt eine hochkomplexe Beteiligungsstruktur verwalte, einer wirtschaftlichen Tätigkeit nahegehe (Schreiben der Bf. vom 17.05.2019).

Die Bf. und die Ltd. 2 beehrten unter Hinweis auf Fachliteratur die Einbeziehung der Ltd. 3 in die Beurteilung der eigenen Wirtschaftstätigkeit. Gemeinsam habe das für die Beteiligungsverwaltung erforderliche Leistungsspektrum abgedeckt werden können.

Die in den **Jahren 2008 bis 2015 bei der Ltd. 3 als Corporate Officer beschäftigten drei Direktorinnen** seien mit folgenden Aufgaben betraut gewesen seien:

- Organisation des gesamten Büroablaufs,
- Dokumentation, Terminkoordination und Dokumentenverwaltung,
- Vorbereitung von Meetings, Protokollwesen,
- Schnittstelle für interne und externe Partner (externe Berater, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Konzerngesellschaften etc.), insbesondere betreffend internes und externes Rechnungswesen,
- Compliance Management,
- Aufgaben im Bereich Treasury und Controlling.

Zwei der drei Directors hätten knapp 3.000 Euro, eine (teilbeschäftigte) habe knapp 1.000 Euro Salär bezogen.

Die Ltd. 3, Zypern, sei Muttergesellschaft von mehreren Gesellschaften in verschiedenen Ländern (u.a. USA, UK, Russland) (gewesen), die Consulting- und Serviceleistungen für die F-Gesellschaft-Gruppe erbracht hätten. Sie sei sohin Obergesellschaft eines Teilkonzerns innerhalb der F-Gesellschaft-Gruppe mit Tochtergesellschaften, Branches und Repräsentative Offices in mehreren Ländern, u.a. auch Asien (gewesen). Einen Teil der Leistungen hätten ihre Tochtergesellschaften erbracht.

2016 seien zwei (darunter jene mit Teilbeschäftigung) von diesen drei Personen aus der Geschäftsführung ausgeschieden. Vier neue Personen, Person 3 (Director und CEO), Person 2 (Direktor Bereich Finanzen), Herr Person1 (Bereich Recht) und Person 5 (Direktor Bereich Recht) in die Geschäftsführung eingezogen. Die Gesellschaft habe 2016 im Zuge der ständigen Erweiterung und Präsenz in Zypern einen CFO sowie einen Office Administrator angestellt. Die Gehaltsaufwendungen für die Mitarbeiter seien damit auf rd. Euro 30.000,00 (ohne Sonderentgelte) gestiegen.

Die nicht in Zypern ansässige Person 2 sei eine aus der Unternehmensgruppe bereitgestellte Spezialistin, die quartalsweise und bei Bedarf zu den Sitzungen des gesamten Boards beigezogen worden sei (Schreiben der Bf. und der Ltd. 2 vom 17.09.2019).

Den **Vorhalt an die Bf. und die Ltd. 2 vom 27. 12. 2019** mit einer Vielzahl von Fragen hinsichtlich der Aufteilung der Agenden beantworteten die Bf. und die Ltd. 2 wie folgt:

- Spezifische schriftliche Regelungen über die Aufgabenverteilung unter den Directors hätten nicht bestanden. Die Wahrnehmung von Aufgaben durch die Directors bzw. Aufgabenverteilung unter den Directors in der Ltd. 2 „*erfolgte und erfolgt flexibel*“.
- Die Ltd. 2 und die Bf. hätten die Aufgaben im Zusammenhang mit der Verwaltung ihrer unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen „*so weit als möglich und sinnvoll*“ auf die

Ltd. 3 ausgelagert. Soweit eine Auslagerung von Aufgaben nicht notwendig (laufende, routinemäßige Führung der Geschäfte) oder eine Auslagerung gar nicht möglich gewesen sei (insbesondere die Vertretung der Gesellschaften sowie das Fassen von Geschäftsführungsbeschlüssen), seien die keinesfalls als „nicht nennenswert“ zu bezeichnenden Aufgaben von den Directors der Ltd. 2 und der Bf. wahrgenommen worden.

- Gefragt nach den konkreten Parametern der „Auslagerung“ - konkrete Aufgaben durch welche Personen, etc. - gaben die beiden Befragten an, von einer „Auslagerung von Funktionen“ ab 2016 nicht mehr sprechen zu können, weil die Ltd. 3 selbst Geschäftsführer (Corporate Director) der Ltd. 2 gewesen sei. Eine separate Betrachtung der beiden Gesellschaften sei kaum mehr möglich bzw. nicht mehr zielführend (Frage 2 a bis d).
- Zur konzernmäßigen Verbindung der Ltd. 3 und der Ltd. 2 teilten die Befragten mit, dass die Anteile an der Ltd. 3 zu 100% wirtschaftlich von Herrn A, Russische Föderation, gehalten würden. *„Auch der überwiegende Anteil an der Ltd. 2 - und damit der Bf. - wurde von Herrn A direkt und indirekt gehalten. Es besteht daher eine weitreichende Überschneidung hinsichtlich des letztlich wirtschaftlich Berechtigten.“* Die Ltd. 3 und die Ltd. 2 können daher *„im weiteren Sinne als Schwestergesellschaften bezeichnet werden.“* (Frage 3).
- Zur Aufgabenverteilung unter den Direktoren bzw. zur Beschäftigung von Mitarbeitern (Name, Funktion/Aufgaben, Beschäftigungsausmaß und -zeitraum) verwiesen sie auf das Schreiben vom 25.10.2019. Spezifische schriftliche Vereinbarungen über die Aufgabenverteilung hätten nicht bestanden bzw. würden nicht bestehen (Fragen 4 und 5).
- Schriftliche Verträge betreffend die Leistungsvereinbarungen zwischen der Ltd. 3 einerseits und der Ltd. 2 sowie der Bf. andererseits seien nicht abgeschlossen worden. Die Leistungserbringung bzw. die Abrechnung seien auf Grundlage mündlicher Vereinbarungen erfolgt.
- Eine Verrechnung der von der Ltd. 3 erbrachten Leistungen sei nicht für den gesamten relevanten Rückerstattungszeitraum erfolgt. Zum Teil sei die Leistungserbringung durch die Ltd. 3 an die Ltd. 2 und an die Bf. unentgeltlich bzw. unterpreisig erfolgt. *„Da die Gesellschaften im weiteren Sinne als Schwestergesellschaften bezeichnet werden können, lagen insofern Gesellschaftereinlagen (genauer; mittelbare Nutzungseinlagen) in die Ltd. 2 und in die Bf. vor. An dem Umstand, dass die Leistungen dem Grunde nach erbracht wurden, ändert dies selbstredend nichts.“*
- Sie verwiesen auch noch auf die Geschäftsführertätigkeit der Ltd. 3 in der Ltd. 2.
- Die Ltd.3 und ihre Tochtergesellschaften hätten Consulting- und Serviceleistungen für mehrere Gesellschaften der F-Gesellschaft-Gruppe erbracht. Eine direkte Zuordnung der an die einzelnen Gesellschaften der F-Gesellschaft-Gruppe erbrachten Dienstleistungen zu „originär“ von der Ltd. 3 erbrachten Leistungen einerseits und zu

von Dritten „eingekauften“ Dienstleistungen andererseits sei damit realistischerweise nicht möglich.

- Vorgelegt wurden zwei Rechnungen, beide datiert mit 31. 12. 2017 für „Directors Fees for December 2017“, jeweils brutto Euro 3.927,00. Ausgestellt sind sie einmal an die Bf. „Invoice No 12-DF-Bf.“ und einmal an die Ltd. 2 „Invoice No 12-DF- Ltd. 2“.

Das Finanzamt nahm folgende rechtliche Beurteilung vor:

Zur Bf.:

Das Finanzamt ging davon aus, dass im Beschwerdezeitraum die Bf. von in Russland ansässigen (physischen und juristischen) Personen beherrscht worden sei und die KEST-Rückerstattung nicht zustehe. Dafür spreche:

Die Mitteilung an die Übernahmekommission vom 19.10.2010, dass die Bf. eine Tochtergesellschaft der F-Gesellschaft, Russland, sei.

In den Geschäftsberichten der AT1-SE sei unter „Angaben zu § 243a Abs. 1 UGB“ angeführt, dass die Bf. von Herrn A kontrolliert werde (s. z.B. Geschäftsbericht 2016, S. 153).

Laut „Angaben zu nahestehenden Personen und Unternehmen“ sei die Bf. dem russischen Geschäftsmann Herrn A zuzurechnen (s. z.B. Geschäftsbericht 2016, S. 220).

Zu den „Wirtschaftlichen Gründen für die gewählte Struktur“ (Schreiben vom 02.05.2019, S. 4) lege die Bf. einleitend dar, dass die Bf. „*Teil der F-Gesellschaft-Gruppe*“ sei. „*Bei der F-Gesellschaft-Gruppe handelt es sich um einen weltweit tätigen Mischkonzern. Indirekter Mehrheitsgesellschafter des Konzerns ist der in Russland ansässige Herr A*“.

Unstrittig sei, dass neben der Beteiligung an AT1-SE die Bf. weitere Aufgaben - die Entwicklung der Russischen Föderation und der Staaten der früheren Sowjetunion als Kernmarkt der AT 1-SE - nicht erfüllt habe. Zudem sei im Vorverfahren erkannt worden, dass die Antragstellerin nicht im Stande sein könne, diese zu erfüllen.

Bezüglich der Aufgaben im Zusammenhang mit der Beteiligungsverwaltung sei nicht konkret dargelegt worden, wer welche Leistungen konkret erbracht hat und welche Leistungen an die Bf. verrechnet worden seien.

Die Bf. habe in Ergänzung zum Erstverfahren nicht darlegen können, irgendwelche Tätigkeiten auszuführen, z.B. die Beteiligung an AT1-SE tatsächlich selbst zu verwalten.

Auch habe eine professionelle Verwaltung in der geschilderten Ablauforganisation nicht erkannt werden können. In der Vorhaltsbeantwortung vom 02.05.2019 sei erklärt worden, dass hinsichtlich Organisation, Aufgaben und Tätigkeit sich gegenüber 2008 keine wesentlichen Veränderungen ergeben hätten.

Die im Vorverfahren vorgebrachten außersteuerlichen Gründe - Strukturierung nach Sektoren, professionelle Verwaltung, Haftungsbegrenzung, Vorteil der englischen Sprache, kulturelle Nähe Zyperns zu Russland - habe weder das Höchstgericht noch das Bundesfinanzgericht erkennen können.

Die Funktion der Bf. als Special Purpose Vehicle“ für internationale Akquisitionen in der Sparte „Construction“ verneinte das Finanzamt. Außer dem anfänglich (2007) kurzzeitigen Besitz von AG 1 Anteilen habe sie bis 2019 ausschließlich Anteile an der AT1-SE als „internationale Akquisition“ erworben. Der Erwerb der Anteile im Jahr 2014 könne als Übertragung von einer Schwestergesellschaft bei gleichbleibender zypriotischer Muttergesellschaft (Ltd. 2) nicht als „internationale Akquisition“ bezeichnet werden. Ein Einklang mit der „Strukturierung nach Sektoren“ sei nicht erkennbar.

Auffallend sei, dass die Anteile an der AT1-SE in Financial Statements der Bf. seit dem Jahr 2015 unter „Current assets“ (Umlaufvermögen) bilanziert werden. Die Anteile an U1 seien seit ihrer Anschaffung im Anlagevermögen unter „Available-for-sale financial assets“ als „non-current asset“ (zum Verkauf zur Verfügung stehendes Anlagevermögen) erfasst.

Eine „eigenständige wirtschaftliche Funktion“ und „diverse wichtige Funktionen innerhalb der Unternehmensgruppe als Holding“ seien nicht festzustellen gewesen und nicht konkret dargelegt worden.

Das Vorbringen, die Bf. nehme seit mehr als zehn Jahre eine zentrale Funktion innerhalb der F-Gruppe ein, stehe diametral zu sämtlichen in den bisherigen Verfahren gewonnenen Erkenntnissen.

Ungewöhnlich sei die Art der Nummerierung der Rechnung von der Ltd. 3. Offensichtlich gebe es mehrere Rechnungen mit selber Rechnungsnummer; bei monatlichen Abrechnungen weise die Rechnung „DP“ für die Bf. die Nr. 12 auf, obwohl die Ltd. 3 erst seit Mai 2017 Director der Bf. sei. Im Vorverfahren seien an die Bf. mit jeweils 31.12. Rechnungen mit der Rg. No. 01 (für „Salary expenses“ und „Rent expenses“ im Jahr 2007) bzw. 01/08 (für „Salary expenses“ und „Rent expenses“ im Jahr 2008) gestellt worden.

Es sei nicht glaubhaft, dass die Bf. beachtliche außersteuerlich (wirtschaftliche) Gründe nicht schon während dem etwa zehn Jahre andauernden Vorverfahren vorgebracht hätte.

Zur Ltd. 2:

Im Vorverfahren sei die Ltd. 2 als (in)direkte Muttergesellschaft von mehr als 300 Gesellschaften bezeichnet worden, nunmehr würden etwas mehr als 100 Gesellschaften als der Ltd. 2 zugehörig bezeichnet.

Soweit aus den vorgelegten Schaubildern erkennbar, seien in Zypern im Zusammenhang mit dem Sektor „Construction“ etwas weniger als zehn Gesellschaften (zähle man die drei Minderheitsgesellschafter der Ltd. 2 dazu) - allesamt Holdings/Limiteds - situiert. Die operativen Gesellschaften, soweit ersichtlich, seien abgesehen von AT1-SE (Österreich) in Russland bzw. in an Russland angrenzenden Staaten (Staaten der ehemaligen Russischen Föderation, Süd-Osteuropa).

Die Ltd. 2 sei auch im Rückerstattungsverfahren betreffend KEST 2008 als 100%-ige Muttergesellschaft von der Bf. Bestandteil der Würdigung gewesen. Wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe bzw. eine eigene Wirtschaftstätigkeit haben bei der Ltd. 2 damals nicht festgestellt werden können und seien auch nicht vorgebracht worden.

Gegenüber dem Verfahren habe sich die Beteiligungsstruktur an der Ltd. 2 geändert (Syndikatsvertrag vom 22.04.2010 zwischen den Altgesellschaftern und Herrn X, Herrn Y und CH-Lebensversicherung, Schweiz („Fund“)).

Die Aussage des Herrn X in dem an das Bundesfinanzgericht adressierten Schreiben vom 15.06.2016, dass 12,5% des Gesellschaftskapitals der Ltd. 2 im Endeffekt von ihm, Herrn X und Herrn Y, EU-Bürgern mit österreichischem bzw. deutschem Ausweisdokument, beherrscht würden und ihnen 12,5% der an die Bf. ausbezahlten AT1-SE-Dividenden zuständen, könne nicht nachvollzogen werden. Dem stünde aber die Abschirmwirkung (Bf. zu Ltd. 2) entgegen.

Das Finanzamt könne nicht erkennen, dass Herr X und Herr Y „fremde Dritte“ wären. Es verwies auf die „Employment contracts“ von Herrn X und Herrn Y „with the Major Russian Subsidiaries“.

Zu den Gesellschaften 4 und 5 bzw. auch 6/Ltd. 2 stellte das Finanzamt ungewöhnliche Auffälligkeiten fest:

Zur Gesellschafterin G 4/Ltd. 2:

Bei der Beteiligung der G 4/Ltd. 2 sei auffällig, dass das Agreement nicht von einer Gesellschaft aus dem CH-Lebensversicherung-Konzern, sondern von einer dem Schweizer Rechtsanwalt 1-CH zuzurechnenden Consulting Firma (Schweiz) abgeschlossen worden sei. Der Kaufpreis der Anteile um einen Euro je Anteil, somit 7,5% an der Ltd. 2 um insgesamt Euro 750,00, sei bei dem von der Ltd. 2 als Spartenholding gehaltenen Beteiligungen mit einem von ihr angegebenen Marktwert von mehr als einer Milliarde Euro sachlich nicht nachvollziehbar.

Eine Verbindung zum CH-Lebensversicherung-Konzern sei nicht nachvollziehbar. Der Director, eine zypriotische Gesellschaft, der Gesellschaft 4/Ltd. 2 sei aktiv Officer von 177 Gesellschaften, ihr Secretary, ebenfalls eine zypriotische Gesellschaft, von 182 Gesellschaften. Alle drei Gesellschaften hätten dieselbe Adresse. Auch hier würden Merkmale einer zwischengeschalteten, funktionslosen Gesellschaft vorliegen.

Zur Gesellschafterin G 6/Ltd. 2 und ihrer 100%-Eigentümerin Gesellschafterin G 5/Ltd. 2:

Die Direktoren der Gesellschafterin G 5/Ltd. 2 seien I-D-CY-Ltd. („I-D-CY-Ltd.“) und I-M-CY-Ltd. („I-M-CY-Ltd.“). Secretary sei I-S-CY-Ltd. (I-S-CY-Ltd.). I-D-CY-Ltd. sei aktiv Organ von insgesamt 532 Gesellschaften, I-M-CY-Ltd. von 164 Gesellschaften. I-S-CY-Ltd. betreue aktiv insgesamt 1785 Gesellschaften. Alle I-CY-Gesellschaften, einschließlich der Gesellschafterin G 5/Ltd. 2 seien an Platz 1 situiert. An dieser Adresse seien insgesamt etwa 350 Gesellschaften gemeldet. Darunter auch RA 1-CY („RA 1-CY“) eine Anwaltskanzlei.

Auffallend sei auch, dass zwischen der Anwaltskanzlei und den Personen der drei I-CY-Gesellschaften Überschneidungen bestehen. So sei z. B. Frau A Direktor in jeder der drei I-CY-Gesellschaften und gleichzeitig Partner der Anwaltskanzlei RA 1-CY. Diese Umstände stellten für eine zwischengeschaltene, funktionslose Gesellschaft typische Merkmale dar.

Laut den Financial Statements Ltd. 2 bleibe trotz Minderheitsgesellschafter die funktionale und finanzielle Abhängigkeit von der Shareholder Group und den dazugehörigen Gesellschaften bestehen.

Als (aus wirtschaftlicher Sicht) ungewöhnlich erachtete das Finanzamt die behauptete unterpreisige bzw. unentgeltliche Leistungserbringung durch die Ltd. 3, die somit auch den „fremden Dritten“ der Ltd. 2 zu Gute gekommen sein müssten.

Ungewöhnlich sei die Beteiligung als Minderheitengesellschafter an einer Holding, welche weder eine wirtschaftliche Tätigkeit noch eine wirtschaftliche oder sonst beachtliche Funktion ausübe und die - wie ihre Tochtergesellschaften - in gänzlicher Abhängigkeit stehe.

Die Beteiligungen der Minderheitsgesellschafter würden Ungewöhnlichkeiten aufweisen. Durch die Beteiligung der Gesellschafterinnen G 4/Ltd. 2, G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 habe die gegenständliche Gesellschaftsstruktur mehr ungewöhnliche Elemente hinzugewonnen. An der Beherrschung durch in Russland ansässige (juristische) Person(en) habe sich nichts geändert und es sei dadurch weder eine wirtschaftliche Tätigkeit, noch eine wirtschaftliche oder sonst beachtliche Funktion begründet worden.

Zur Funktion der Bündelung als Spartenholding der Ltd. 2 und Gewährleistung einer professionellen Verwaltung habe das Höchstgericht im Vorverfahren ausgeführt:

„Dass die Zwischenschaltung von in Steueroasenländern situierten Holding- und Subholdinggesellschaften der Professionalisierung und Optimierung der Organisation diene, steht im Widerspruch zu dem unstrittigen Umstand, dass „Professionisten des Konzerns“ (wohl der F-Gesellschaft [Anm.: gemeint ist F-GesellschaftRussland]) zu all jenen Aufgaben herangezogen werden mussten, die über das bloße Halten von Beteiligungen hinausgingen“.

Bezüglich der „Auslagerung“ an eine konzernmäßig verbundene Service-Gesellschaft war für das Finanzamt nicht konkretisierbar, wer welche Tätigkeiten ausgeübt hat, sei es innerhalb der beiden Gesellschaften (von welchem der Direktoren) oder welche externe Gesellschaft.

Worin die professionelle Verwaltung der Beteiligungen liege, und die Ltd. 2 die Tätigkeit „Verwalten der Beteiligungen einer hochkomplexen Beteiligungsstruktur“ ausübe, habe weder in der Aufbauorganisation noch in der Ablauforganisation erkannt werden können.

Es konnte dem Erkenntnis des VwGH vom 27. 3. 2019, Ro 2018/13/0004, nicht entnehmen, dass eine europäische Spartenholding, welche mit dem Ziel der Gliederung von Beteiligungen im Konzern errichtet worden sei, „aufgrund des vorliegenden Erkenntnisses eindeutig als (Missbrauch ausschließenden) außersteuerlicher/wirtschaftlicher Grund anzusehen ist“.

Es habe nicht nachvollziehen können, dass eine europäische Holding mit Sitz und Geschäftsleitung in der EU essentiell und absolut Marktstandard sei.

Was mit „leichtere Erlangung von EU-Finanzierungen“ gemeint ist, könne die Behörde nicht nachvollziehen. Wenn damit gemeint sei, dass eine Finanzierung über ein Finanzinstitut innerhalb der EU für eine EU-Gesellschaft „leichter“ sei, so falle auf, dass beim erstmaligen Erwerb der AT 1-SE -Anteile über Euro xxx Mio. bei einem EU-Finanzinstitut (EU-Bank 1) aufgenommen worden seien, nunmehr höchstens Euro xxx.xxx,xx (Stand 31. 12. 2014) (bei Bank 2). Dieser Grund wäre vielmehr zu Beginn des über zehn Jahre und mehrere Instanzen andauernden Vorverfahrens ein gewichtigerer wirtschaftlicher Grund gewesen, sei aber nicht vorgebracht worden.

Überdies sei in den Financial Statements der Ltd. 2, der Bf. und Ltd. 3 (2010 bis 2017) die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Shareholder Group ersichtlich und dass die Finanzierung im nennenswerten Ausmaß über verbundene Unternehmen größtenteils unsecured erfolgt sei.

Zu den „allfälligen genehmigungspflichtigen Übernahmen im EU-Raum“ sei zu erwähnen, dass die Bf., abgesehen von der kurzzeitig bestehenden AG 1 - Beteiligung (2007), nur die AT1-SE - Beteiligung in mehr als zehn Jahren erworben habe. Auch in der Beteiligungsstruktur der Ltd. 2 sei keine weitere EU-Beteiligung ersichtlich. Dass diese mittels einer in der EU situierten Gesellschaft leichter zu erlangen sei, könne die Behörde (schon im Hinblick auf die Sorge der EU-Kommission betreffend ausländischer Direktinvestitionen) nicht erkennen.

Das Vorbringen, „*wie sich bereits aus der Historie und der Zielsetzung der Spartenholding zeigt, keinesfalls Missbrauch für österreichische steuerliche Zwecke angenommen werden kann*“, ignoriere die Beurteilung der Konstruktion für 2008 als missbräuchlich.

Nicht nur die Bf. habe an die Ltd. 2 keine Ausschüttungen getätigt, sondern habe 2009 bis 2017 keine andere Tochtergesellschaft - abgesehen von einer rückgängig gemachten Ausschüttung von Seiten Schwester 1 - an die Ltd. 2 Dividenden ausgeschüttet.

Die Bf. habe von U1 (Anteilsverkauf 2014) keine Ausschüttungen erhalten, ebenso wenig die Ltd. 3 in den Jahren 2010 bis 2017 von ihren Tochtergesellschaften.

Insgesamt sei wie im Vorverfahren die Beherrschung durch in einem Drittstaat ansässige (juristische) Person(en) gegeben. Für die Zwischenschaltung der EU-Gesellschaften Bf. und Ltd. 2 seien keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe dargelegt und erkannt worden. Ebenso wenig sei eine wirtschaftliche Tätigkeit festzustellen gewesen.

Daran vermochten auch die umfangreichen Ausführungen zur Ltd. 3 nichts zu ändern. Es sei gänzlich offen, wer welche Leistungen - sowohl innerhalb der Gesellschaften als auch welche externe Gesellschaft - erbringe; höchst unüblich sei die behauptete unterpreisige/unentgeltliche Leistungserbringung durch die Ltd. 3 (Herr A halte 100% der Anteile an der Ltd. 3). In den Jahresabschlüssen sei nicht erwähnt, dass die Ltd. 3 eine Service-Gesellschaft sei.

BESCHWERDE GEGEN DIE KEST-BESCHEIDE 2012 bis 2017:

Die Bf. brachte vor, das Finanzamt habe eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorgenommen. Ergänzend führte sie aus, dass die vom Finanzamt bezüglich der Beteiligung „fremder Dritter“ an der Ltd. 2 festgestellten „ungewöhnlichen Elemente“ zum Teil unrichtig und zum Teil unerheblich seien. Die Arbeitsverträge des Herrn X und Herrn Y mit Gesellschaften der F-Gesellschaft-Gruppe und ihre verschiedenen Funktionen bei Gruppengesellschaften vermögen kein Naheverhältnis solcherart zu begründen, als dass ihre Anteile Herrn A zugerechnet werden könnten.

Das Halten einer oder mehrerer Kapitalbeteiligungen sei jedenfalls als eine prinzipiell in den Anwendungsbereich der MRT fallende Tätigkeit anzusehen; sie könne nicht per se als Missbrauch oder als nicht ausreichende eigene Wirtschaftstätigkeit qualifiziert werden. Bei der Bf. seien sowohl Geschäftsräumlichkeiten als auch Personal bzw. Geschäftsführer vorhanden gewesen, die einen Teil der mit dem Halten und Verwalten der Beteiligungen verbundenen Aufgaben wahrgenommen hätten.

Die teilweise Auslagerung von Aufgaben an die Ltd. 3 spreche nicht gegen eine eigene Wirtschaftstätigkeit der Bf. und ihrer Muttergesellschaft. Ein Auslagern von zu erbringenden Leistungen an Dritte sei ein völlig üblicher Vorgang. Dass eine Auslagerung auf eine konzernmäßig verbundene (ebenfalls in Zypern ansässige) Gesellschaft und nicht durchgehend zu fremdüblichen Konditionen erfolgte, könne daran nichts ändern.

Dass seit mittlerweile mehr als zehn Jahren keine Weiterleitung der Dividenden erfolgt sei, sollte einen Missbrauch von vornherein ausschließen. Von einer möglicherweise einen Missbrauch indizierenden Durchleitung der Dividenden könne im Zusammenhang mit der Bf. und ihrer Muttergesellschaft damit keine Rede sein.

Der dem Erkenntnis des VwGH vom 27.3.2019, Ro 2018/13/0004, zugrundeliegende Sachverhalt entspreche in den zentralen Punkten der Struktur, in die die Bf. eingebunden sei.

Der Sachverhalt der Jahre 2012 bis 2017 weiche von jenem des Jahres 2008 ab, weil die damalige steuerliche Vertretung entscheidungsrelevante Punkte, insbesondere die ausgeprägte wirtschaftliche Struktur der in die Betrachtungen einzubeziehenden Ltd. 2. nicht hinreichend herausgearbeitet habe. 2008 seien noch keine externen Investitionspartner an der Ltd. 2 beteiligt und sei die Ltd. 2 noch nicht „Beteiligungsplattform“ für verschiedene Investoren gewesen. Gegenüber 2008 seien die sachliche und personelle Substanz der Bf. und der Ltd. 2 ausgeweitet worden. Die fehlende Weiterleitung von Dividenden über mehr als zehn Jahre habe bei isolierter Betrachtung des Rückerstattungszeitraums 2008 noch nicht in dieser Deutlichkeit bestanden.

Eine Qualifikation der Bf. als nicht anzuerkennende Briefkastenfirma mit dem Argument einer mangelnden sachlichen oder personellen Substanz wäre wohl auch mit dem Primärrecht nicht vereinbar. Bei rein nationalen Holdingstrukturen würden sich nämlich weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Beispiele dafür finden, dass die auf Dauer angelegte Zwischenschaltung einer Gesellschaft ohne besondere sachliche oder personelle Substanz als missbräuchlich angesehen würde. Ganz im Gegenteil sei eine solche Vorgehensweise in Österreich absolut gängig und weder unüblich noch unangemessen. Werden nun gerade bei Sachverhalten mit Auslandsberührung erhöhte Substanzerfordernisse an die in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Dividenden empfangende Muttergesellschaft gestellt, so stelle dies einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten dar.

Das beim BFG ergänzend geführte Vorhalteverfahren hat im Wesentlichen ergeben:

Zur Bf.:

Über Vorhalt, anhand entsprechender Unterlagen nachzuweisen, wer und wann im Zeitraum 2010 bis 2017 die im vorgelegten Syndikatsvertrag vom 05.11.2010 betreffend die Bf. vereinbarten Aufgaben durchgeführt hat (siehe 3.3. Zweck der Gesellschaft, insbesondere Pkt. 3.4., „Wesentliche Verpflichtungen, einschließlich Festlegung zur Entwicklung des russischen Marktes durch die Gesellschaft“), sowie anhand entsprechender Nachweise zu dokumentieren, wer die diesbezüglichen Entscheidungen getroffen/Maßnahmen gesetzt hat und wann dies der Fall war, teilte die Bf. mit:

Es sei allgemein bekannt, dass Russland einer der Kernmärkte der AT1-SE sei und sich diese wirtschaftliche Verflechtung im Lauf der letzten Jahre intensiviert habe. Dies sei auch **in Zusammenarbeit mit der Bf.** erfolgt, wobei sie in diesem Zusammenhang wiederum die Leistungen der Ltd. 3 und anderer Konzerngesellschaften in Anspruch genommen habe. Zur Vorlage diesbezüglicher schriftlicher Unterlagen seien sie aufgrund der Vertraulichkeits-Klausel des Syndikatsvertrags nicht autorisiert.

Die Bf. legte beispielhaft für die Jahre 2014, 2015 und 2017 „Instructions to vote“ vor; sie habe durch Bevollmächtigte ihre Stimmrechte in den Hauptversammlungen der AT1-SE ausgeübt; den Bevollmächtigten sei in den entsprechenden Vollmachten das Stimmverhalten zu den einzelnen Abstimmungspunkten von ihnen vorgegeben worden.

Die Entscheidungen über die in den Aufsichtsrat zu entsendenden Personen habe naturgemäß ihre Geschäftsführung (Directors) getroffen. Nur sie hätten diese Entscheidung rechtlich treffen können. Die Bf. übermittelte beispielhafte Nachweise, z. B. Schreiben ihres Directors an die AT1-SE betreffend die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern.

Die Bf. legte noch Nachweise über die Ladung zu Syndikatsversammlungen 2013 und 2015 und das Protokoll zu einer Syndikatsversammlung aus dem Jahr 2015 vor. In den Sitzungen, die üblicherweise in Wien stattgefunden hätten, sei die Bf. zum Teil von der Wiener Rechtsanwaltskanzlei xxx vertreten gewesen. Auch die anderen Gesellschafter seien in den Syndikatsversammlungen mitunter von Rechtsanwälten vertreten worden. Darüber hinausgehende Unterlagen (weitere Sitzungsprotokolle, umfangreiche Anwaltskorrespondenz im Vorgang und Nachgang zu den Sitzungen) könnten sie aufgrund der Kategorisierung als „streng vertraulich“ und des Anwaltsgeheimnisses nicht übermitteln. Falls für erforderlich befunden, könnten sie jedoch im Zuge der mündlichen Verhandlung weitere Protokolle und weitere Korrespondenz (teilweise geschwärzt) zur Einsichtnahme vorlegen.

Nachweise der Verwendung der ausgeschütteten Dividenden der AT1-SE wurden nicht vorgelegt. Nach zypriotischem Gesellschaftsrecht würden von den jeweiligen Gesellschaftern auf Vorschlag der Geschäftsführung die Entscheidungen über die Verwendung der Ergebnisse getroffen. Dies sei auch bei der Bf. und der Ltd. 2 hinsichtlich der Dividenden der AT1-SE so geschehen. Neben Thesaurierung und der Verwendung für Investitionen innerhalb des Konzerns seien Dividenden auch zur Rückzahlung von dem zum Erwerb der AT1-SE-Anteile aufgenommenen Fremdkapital verwendet worden.

Zur Ltd. 2:

Zur Aufforderung, das Vorbringen nachzuweisen, dass Herr X und Herr Y direkt (!) an der Ltd. 2 beteiligt gewesen seien, legte die Bf. vor:

- Das Register of Members samt Register of Shareholders der Ltd. 2. Daraus sei die Beteiligung der Gesellschafterin G 5/Ltd. 2 und der G 6/Ltd. 2 (treuhändig für die G 5/Ltd. 2) an der Ltd. 2 ersichtlich.
- Das Shareholder Certificate der Gesellschafterin G 5/Ltd. 2. Aus diesem gehe die Beteiligung der österreichischen Beteiligung1-GmbH und der deutschen Beteiligung2-GmbH an der G 5/Ltd. 2 hervor.
- Den Firmenreport für die Beteiligung1-GmbH, aus dem ersichtlich sei, dass Herr X und Herr Y wirtschaftliche Eigentümer der Beteiligung1-GmbH seien.

- Den Registerauszug des Amtsgerichts L für die Beteiligung2-GmbH (samt Gesellschafterliste), aus dem ersichtlich sei, dass Herr Y samt Familie an der Beteiligung2-GmbH beteiligt gewesen sei.
- Das Schreiben von Herrn X und Herrn Y vom 15.6.2016, in dem sie bestätigen, wirtschaftliche Eigentümer von Anteilen an der Ltd. 2 zu sein.

Zur Bf. und Ltd. 2:

Nach dem maßgeblichen Inhalt der mündlich abgeschlossenen Vereinbarung(en) zwischen den jeweiligen Vertragspartnern Bf.-Ltd. 3 bzw. Ltd. 2-Ltd. 3 für den Beschwerdezeitraum und den Parametern für die Abrechnung(en) gefragt, verwies die Bf. auf Ausführungen in früheren Eingaben. Die Ltd. 3 - bei internationalen Konzernen nicht unüblich - sei für mehrere Gesellschaften innerhalb des F-Gesellschaft-Konzerns als Service-Gesellschaft tätig, das Leistungsspektrum zu einem gewissen Grad standardisiert gewesen.

Über Aufforderung, anhand entsprechender Unterlagen nachvollziehbar darzulegen, dass die Abwicklung und Abrechnung entsprechend dem Inhalt der mündlichen Vereinbarung(en) erfolgte, teilte die Bf. mit, dass die Leistungen ab dem Jahr 2016 abgerechnet worden seien, davor seien sie unentgeltlich erbracht worden. An der Leistungserbringung ändere dies dem Grunde nach selbstredend nichts.

Die Entscheidung zur Auslagerung bestimmter Aufgaben hätten die Geschäftsführer der Bf. bzw. der Ltd. 2 getroffen. Spezifische diesbezügliche schriftliche Nachweise würden nicht vorliegen.

Zur geforderten Vorlage der Vereinbarung bzw. zur Bekanntgabe des maßgeblichen Inhalts einer allenfalls mündlich abgeschlossenen Vereinbarung betreffend die Geschäftsführertätigkeit der Ltd. 3 (für die Ltd. 2) legte die Bf. vor:

- Protokoll über die Sitzung der Geschäftsführer der Ltd. 2 vom 28.10.2016 in englischer Sprache; in Punkt 16. werde die Funktion der Ltd. 3 als Corporate Director der Ltd. 2 und ihre Vergütung festgehalten.
- Protokoll über die Sitzung der Geschäftsführer der Ltd. 2 vom 12.12.2016 in englischer Sprache; im Punkt 9 sei der Beschluss über die Anpassung der zur Verrechnung gekommenen Geschäftsführungsvergütung der Ltd. 3 festgehalten.
- Protokoll über die Sitzung der Geschäftsführer der Bf. vom 26.7.2017 in englischer Sprache; in Punkt 5. werde die Funktion der Ltd. 3 als Corporate Director der Bf. und ihre Vergütung festgehalten.

Das Finanzamt blieb in seiner **Stellungnahme vom 29.10.2021** bei seiner bisherigen Ansicht.

Mündliche Verhandlung:

Die in der mündlichen Verhandlung verwendeten Schaubilder A und B sind dem Erkenntnis als Beilage A und Beilage B angeschlossen.

Der steuerliche Vertreter verwies auf das Erkenntnis betreffend LuxCo 1, die keine wirtschaftliche Substanz hatte, wohl aber die Lux Co 2. Der VwGH habe es als außersteuerlichen Grund erachtet, dass sich ein australischer Pensionsfonds nicht direkt beteiligt habe, sondern eben verschiedene Gründe für eine Zwischenschaltung der LuxCo gesprochen haben. Die Gliederungen von Beteiligungen unter anderem nach Regionen und Sparten sei nach der Rechtsprechung des VwGH ein wirtschaftlicher außersteuerlicher Grund (Rz. 37 des Urteils).

In einer nicht öffentlichen BFG-Entscheidung habe man als wirtschaftlichen Grund angesehen, dass eine Gesellschaft eine Beteiligungsplattform sei. Wenn man die Ltd. 2 in die Betrachtungen mit einbeziehe, liege eine Bündelung „nach unten“ vor; dies werde als wirtschaftlicher/außersteuerlicher Grund gesehen.

Auch die Bündelung „nach oben“ liege bei der Ltd. 2 vor, weil fremde Personen beteiligt seien. Es sei im Jahr 2008 mangels einschlägiger Rechtsprechung noch nicht so klar gewesen, dass man die Gesellschaften gemeinsam betrachten müsse.

Im Urteil Danmark (Februar 2019) sei festgehalten, dass Missbrauch dann vorliege, wenn die Gesellschaft als Durchleitungsvehikel fungiere. Dies liege hier nicht vor, weil seit mehr als zehn Jahren keine Durchleitung der Dividenden erfolgt sei.

Zur wirtschaftlichen Tätigkeit sei noch zu sagen, dass der LuxCo 2 Investitionspolitik vorgegeben worden sei und dies auch so bei der Bf. und Ltd. 2 möglicherweise gewesen sein werde.

Eine Holding erfordere einen Verwaltungsaufwand. Gerade wenn rd. 100 Beteiligungen vorliegen, werde man nicht sagen können, dass da nichts zu tun sei. Es wäre „sauberer“ gewesen, wenn im Vorhinein schriftliche Verträge mit der Ltd. 3 abgeschlossen worden wären. Dies ändere aber nichts daran, dass die Leistungserbringung durch die Ltd. 3 fremdüblich erfolgt sei.

Nach Ansicht des steuerlichen Vertreters sei hier der Syndikatsvertrag bzw. der in Pkt. 3.4. des Syndikatsvertrages festgehaltene Zweck nicht relevant; es reiche für die wirtschaftliche Tätigkeit bereits das Halten und Verwalten von Beteiligungen. Für die wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. sei irrelevant, ob bestimmte Aufgaben aus dem Syndikatsvertrag ausgeführt worden seien oder nicht bzw. ob allenfalls Vorgaben von Russland kamen. Ebenso sei irrelevant, ob die Bf. alle im Vertrag angeführten Aufgaben selbst übernommen habe. Einzelne Aufgaben, die im Syndikatsvertrag festgehalten seien (Abstimmung in der Hauptversammlung der AT 1-SE,

Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat der AT 1-SE) hätten nur von der Bf. wahrgenommen werden können und hätte sie dies auch getan.

Die Amtsvertreterin des Finanzamtes für Großbetriebe verwies auf die bisherigen Vorbringen des Finanzamtes Klagenfurt. Zu den Personen und Gesellschaften merkte sie an, dass diese zig Aufgaben in anderen Unternehmen durchgeführt haben. Es lasse sich die Frage, was macht wer, wann, wo, nicht konkret beantworten. Verträge fehlen zur Gänze. In Österreich sei es in Konzernen sehr wohl üblich, zwischen den Gesellschaften schriftliche Vereinbarungen zu treffen. Das Fehlen schriftlicher Verträge sei in Österreich nicht gängig. Als ordentlicher Unternehmer hätte man für die Leistungserbringung auch auf eine entsprechende Gegenleistung zu achten. Die Bezahlung sei ein wichtiger Faktor, wenn etwas ausgelagert werde.

Dem entgegnete die steuerliche Vertretung, dass es angesichts des Organigramms der Ltd. 2 auf der Hand liege, dass vielfältige Aufgaben im Zusammenhang mit dem Halten und Verwalten der Beteiligungen zu erbringen gewesen seien. Das Fehlen von schriftlichen Vereinbarungen mit der Ltd. 3 könne nicht bedeuten, dass diese Leistungen gar nicht erbracht worden seien. Wer von der Ltd. 2, der Bf. und der Ltd. 3 einzelne Leistungen konkret erbracht habe, könne er nicht sagen, das spiele seines Erachtens für die zu klärende Rechtsfrage keine Rolle. Dem Vorhalt der fehlenden Verrechnung halte er entgegen, dass die Ltd. 3 konzernmäßig verbunden gewesen sei. Es sei möglich, dass auch Gesellschaften die Funktion eines Directors hatten, daher habe die Ltd. 3 ab 2016 oder 2017 - den genauen Zeitpunkt könne er nicht sagen - ohnehin als Geschäftsführer der Bf. und Ltd. 2 fungiert. Die Ltd. 3 sei eine Konzerngesellschaft der F-Gesellschaft-Gruppe und ihr wirtschaftlicher Eigentümer Herr A. Sie sei Herrn A mittelbar über diverse Beteiligungen zuzurechnen.

Die Frage, ob die Bf. wirtschaftlich tätig gewesen sei, bejahte der steuerliche Vertreter, weil das Halten und Verwaltung einer Beteiligung eine wirtschaftliche Tätigkeit sei. Weiters sei die Ltd. 2 in die Betrachtungen einzubeziehen. Beide seien also wirtschaftlich tätig gewesen. Er könne aus dem LuxCo-Erkenntnis nicht herauslesen, wie dort die Verrechnung gelaufen sei. Herauszuslesen sei (Randziffer 38), dass LuxCo2 eine bestimmte Investitionspolitik durch die Anteilseigner vorgegeben worden sei.

Über Befragen, wer die in Punkt 3.4. des Syndikatsvertrages vom 05.11.2010 angeführten Aufgaben gemacht habe, führte er aus, dass dies möglicherweise **wohl die mittelbaren Anteilseigner von der Bf.** gewesen seien. Wenn es nicht die Bf. gewesen sei, sei dies für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit völlig irrelevant.

Der Hinweis auf Zypern als internationalen Standort werde dadurch bekräftigt, dass aus dem Organigramm eine Vielzahl von zypriotischen Gesellschaften hervorgehe.

Die Vertreterin des Finanzamtes für Großbetriebe beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Der steuerliche Vertreter beantragte unter Aufrechterhaltung aller Beschwerdevorbringen die Stattgabe der Beschwerde.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

2. Sachverhalt:

Zur Bf.:

Die Bf. beantragte die Rückerstattung der KEST für Ausschüttungen der AT 1-SE für 2012 bis 2017, die das Finanzamt verwehrte, weil seiner Ansicht nach eine missbräuchliche Gestaltung vorlag. Bei der Bf. sowie der Ltd. 2 und Ltd. 3 kam es im Beschwerdezeitraum zu keinen weiteren Ausschüttungen von Dividenden.

Mit Ausnahme von Dezember 2012 sowie des gesamten Jahres 2013 verfügte die Bf. über Büroräumlichkeiten. Sie war in Zypern nicht umsatzsteuerpflichtig. Sie hatte im Beschwerdezeitraum Directors und einen Secretary. Der Secretary erfüllte nur die von ihm zu erbringenden gesetzlichen Aufgaben.

Hinsichtlich Organisation, Ablauf und Tätigkeit sind gegenüber 2008 keine wesentlichen Änderungen eingetreten.

Zweck der Bf. war im Beschwerdezeitraum das Halten und Verwalten von Beteiligungen sowie laut Pkt. 3. 4. des Syndikatsvertrages die Erweiterung des russischen Marktes.

Die Bf. behauptet die Auslagerung des Großteils der von ihr zu besorgenden Aufgaben an die Ltd. 3. Nachweise für eine (fremdüblich vereinbarte und abgewickelte) Auslagerung der von der Bf. zu erfüllenden Aufgaben wurden nicht vorgelegt. Nachvollziehbare Unterlagen zur Frage, wer die mit den zuvor angeführten Zwecken verbundenen Aufgaben erfüllte, liegen nicht vor. Die Bf. vermutete, dass dies hinsichtlich der Erweiterung des russischen Marktes *„möglicherweise wohl die mittelbaren Anteilseigner von der Bf.“* gewesen sein werden.

Eine „Geschäftsführervergütung“ findet sich unter den Betriebsausgaben 2017, nicht jedoch in den Jahren 2012 bis 2016. Die behauptete unentgeltliche/unterpreisige Erbringung von nicht näher beschriebenen Leistungen der Ltd. 3 an die Bf. ist nicht nachgewiesen. Den vom Finanzamt aufgezeigten Ungereimtheiten betreffend die Verrechnung von „Directors Fees“ für 12/2017 hat die Bf. keine konkreten Einwendungen entgegengehalten.

Die Bf. konnte nicht sagen, wer von der Ltd. 2, der Bf. und der Ltd. 3 (und ihren Tochtergesellschaften) einzelne Leistungen konkret erbracht hat. Sie hielt dies für die zu klärende Rechtsfrage ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als irrelevant. Sie begehrt, den Zweck der

Erweiterung des russischen Marktes für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. außer Acht zu lassen.

2014 erwarb die Bf. eine Beteiligung an einer Schwestergesellschaft bei gleichbleibender Mutter.

Die von der Bf. angeführten wirtschaftlichen/außersteuerlichen Gründe für die Situierung der Bf. in Zypern sind im Pkt. B, 1. Verfahrensgang, festgehalten.

Die Bf. war im Beschwerdezeitraum zur Gänze von Herrn A bzw. seinem Konzern wirtschaftlich abhängig.

Zur Ltd. 2:

Die Ltd. 2 erwarb 2007 die Beteiligung der Bf. an der AT 1-SE. Sie hatte im Beschwerdezeitraum Directors, einen Secretary und verfügte über Büroräumlichkeiten. Sie war in Zypern nicht umsatzsteuerpflichtig.

An der Ltd. 2 waren im Beschwerdezeitraum neben den drei bereits 2008 beteiligten und mittelbar Herrn A zuzurechnenden Gesellschaften (80%) die drei weiteren Gesellschafter, G 4/Ltd. 2, G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd.2, beteiligt; an den drei „neuen“ Gesellschaften waren mittelbar die „fremden“ Herren X (10%) und Y (2,5%) über ihre Familienstiftungen bzw. die CH-Lebensversicherung (7,5%) beteiligt. Die Ltd. 2 hielt den betreffend die Gesellschafterinnen G 4/Ltd. 2, G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 vom Finanzamt aufgezeigten Ungewöhnlichkeiten und für funktionslose, zwischengeschaltete Gesellschaften sprechenden Argumente keine konkreten Einwendungen entgegen.

Die Ltd. 2 hat von ihren weiteren Tochtergesellschaften im Beschwerdezeitraum keine Ausschüttungen erhalten.

Zweck der Ltd. 2 war im Beschwerdezeitraum das Halten und Verwalten der Beteiligungen.

Die Bf. begehrt die Einbeziehung der Ltd. 2 in die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf.

Die Ltd. 2 führt die Auslagerung des Großteils der von ihr zu besorgenden Aufgaben an die Ltd. 3 ins Treffen. Nachvollziehbare Unterlagen zur Frage, wer die von der Ltd. 2 zu besorgenden Aufgaben erfüllte, liegen nicht vor. Nachweise für eine fremdüblich vereinbarte und abgewickelte Auslagerung der von der Ltd. 2 zu erfüllenden Aufgaben wurden nicht vorgelegt. Die behauptete unentgeltliche/unterpreisige Erbringung von nicht näher beschriebenen Leistungen der Ltd. 3 (und ihrer Tochtergesellschaften) an die Ltd. 2 ist nicht nachgewiesen. Den vom Finanzamt aufgezeigten Ungereimtheiten betreffend die Verrechnung

von „Directors Fees“ für 12/2017 hat die Ltd. 2 keine konkreten Einwendungen entgegengehalten.

Die Ltd. 2 hat keine Aktivitäten in Richtung Erweiterung des russischen Marktes behauptet und auch nicht gesetzt.

Die von der Ltd. 2 genannten wirtschaftlichen Gründe für die Situierung der Ltd. 2 in Zypern sind im Verfahrensgang des Pkt. B, 1. Verfahrensgang, festgehalten.

Die Ltd. 2 war im Beschwerdezeitraum zur Gänze von Herrn A bzw. seinem Konzern wirtschaftlich abhängig.

Zur Ltd. 3:

Gegenstand der Ltd. 3 war im Beschwerdezeitraum der einer „Kapitalanlage- und Holdinggesellschaft“. Ein Hinweis auf die Funktion der Ltd. 3 als „Servicegesellschaft“ der Bf. sowie der Ltd. 2 und weiterer Gesellschaften des Konzerns ist aus den vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich. Ebenso gibt es keine Hinweise auf die behauptete Servicefunktion der Tochtergesellschaften der Ltd. 3.

Die Ltd. 3 hatte im Beschwerdezeitraum Directors, einen Secretary und verfügte über Büroräumlichkeiten. Sie war in Zypern nicht umsatzsteuerpflichtig. Sie erhielt im Beschwerdezeitraum keine Ausschüttungen von ihren Tochtergesellschaften.

Die Bf. begehrt die Einbeziehung der Ltd. 3 in die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf.

Bezüglich der fehlenden fremdüblichen Vereinbarungen samt Abwicklung hinsichtlich der behaupteten Auslagerung der von der Bf. und der Ltd. 2 zu besorgenden Aufgaben auf die Ltd. 3 darf auf die diesbezüglichen, zuvor zur Bf. und Ltd. 2 festgehaltenen Ausführungen verwiesen werden.

Die Ltd. 3 war im Beschwerdezeitraum zur Gänze von Herrn A wirtschaftlich abhängig. Laut Bf. ist sie (mittelbar) Herrn A zuzurechnen.

3. Erwägungen:

Der angenommene Sachverhalt (hinsichtlich der wirtschaftlichen Tätigkeit) fußt auf den Ergebnissen des umfangreichen Vorhalteverfahrens vor dem Finanzamt und dem BFG.

Darauf basieren auch die Feststellungen zur beherrschenden Stellung des Herrn A bzw. anderer Personen/Gesellschaften, denen bei Direktbeteiligung die KEST-Rückerstattung nicht zustände. Die beherrschende Stellung des nicht KEST-abzugsberechtigten Personenkreises findet sich insbesondere in den Jahresabschlüssen der Bf., der Ltd. 2 und 3, in den Geschäftsberichten der

AT 1-SE, des Weiteren im Schreiben an die Übernahmekommission vom 19.10.2010 sowie letztendlich in den Vorbringen der Bf. in der mündlichen Verhandlung und im Vorhalteverfahren.

4. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß **§ 94 Z. 2 EStG 1988** hat der Abzugsverpflichtete (§ 95 Abs. 2) unter folgenden Voraussetzungen bei den Kapitalerträgen von Körperschaften im Sinne des § 1 Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 keine Kapitalertragsteuer abzuziehen:

- Es handelt sich um Gewinnanteile (Dividenden) und sonstige Bezüge aus Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und
- die Körperschaft ist mindestens zu einem Zehntel mittel- oder unmittelbar am Grund- oder Stammkapital beteiligt.

Dies gilt auch für ausländische Körperschaften, die die in der Anlage 2 zu diesem Bundesgesetz vorgesehenen Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie 2011/96/EU über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 345 vom 29.12.2011 S. 8 („MTR“) in der jeweils geltenden Fassung erfüllen, wenn die Beteiligung während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mindestens einem Jahr bestanden hat. Davon abweichend hat der Abzugsverpflichtete die Kapitalertragsteuer dann einzubehalten, wenn Gründe vorliegen, wegen derer der Bundesminister für Finanzen dies zur Verhinderung von Steuerverkürzung und Missbrauch (§ 22 der Bundesabgabenordnung) sowie in den Fällen verdeckter Ausschüttungen (§ 8 Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes 1988) durch Verordnung anordnet.

In diesen Fällen ist eine der Richtlinie entsprechende Entlastung von der Kapitalertragsteuer auf Antrag der Muttergesellschaft durch ein Steuerrückerstattungsverfahren herbeizuführen.

An der grundsätzlichen Anwendung der Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten besteht zwischen den Parteien kein Streit.

Es stellt sich nur die Frage, ob hier eine missbräuchliche Zwischenschaltung der Bf. vorliegt. Zum **Missbrauch** heißt es in **Art. 1 Abs. 2 MTR** wie folgt:

„Die vorliegende Richtlinie steht der Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen nicht entgegen.“

Wie im **Urteil des EuGH vom 20.12.2017, C- 504/16 und C- 613/16 (Deister und Juhler)** unter Hinweis auf weitere Judikate zitiert, bezweckt die Mutter- Tochter- Richtlinie durch die

Schaffung eines gemeinsamen Steuersystems jede Benachteiligung der Zusammenarbeit zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten gegenüber der Zusammenarbeit zwischen Gesellschaften desselben Mitgliedstaats zu beseitigen und so den Zusammenschluss von Gesellschaften auf Unionsebene zu erleichtern. Die Richtlinie soll damit sicherstellen, dass Gewinnausschüttungen einer in einem Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft an ihre in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Muttergesellschaft steuerlich neutral sind.

Weiters wird darin ausgeführt:

„Der Gerichtshof hat entschieden, dass eine nationale Regelung nur dann die Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen bezweckt, wenn ihr spezifisches Ziel in der Verhinderung von Verhaltensweisen liegt, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen zu dem Zweck zu errichten, ungerechtfertigt einen Steuervorteil zu nutzen (Urteil vom 7. September 2017, Egiom und Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, Rn. 30 und die dort angeführte Rechtsprechung).“

Die für den Beschwerdezeitraum maßgebliche Fassung des **§ 22 BAO** lautet wie folgt:

Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann gemäß **§ 22 Abs. 1 BAO** die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden.

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

Der Entscheidung werden auch die Pkt. B, 1. Verfahrensgang, festgehaltenen rechtlichen Ausführungen des Erkenntnisses des VwGH vom 26.06. 2014, 2011/15/0080, zugrunde gelegt.

Es darf nun auf die einzelnen Begehren eingegangen werden:

Zu der hier strittigen Frage der missbräuchlichen Zwischenschaltung von Gesellschaften in Steueroasen ist dem Erkenntnis des **VwGH vom 26.06. 2014, 2011/15/0080**, mit dem der VwGH die stattgebende Entscheidung des UFS betreffend KEST 2008 aufhob, folgende markante Aussage zu entnehmen:

„Die Beherrschung der mitbeteiligten Ltd 1 (Anm.: die Bf.) durch Personen (gegenständlich von in Russland ansässigen Personen), denen die Steuerentlastung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten, spricht entgegen der Annahme der belangten Behörde für das Vorliegen missbräuchlicher Rechtsgestaltung, wenn für die Zwischenschaltung einer EU-

Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet.“

Es ist daher zu prüfen,

- ob die Gesellschaft(en) im Beschwerdezeitraum eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit entfaltetete(n),
- ob wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe für ihre Situierung in Zypern vorlagen, und
- ob eine Beherrschung durch Personen vorliegt, denen die KEST-Rückerstattung nach der MTR nicht zustände.

EIGENE WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT DER Bf.:

Vorweg ist folgende Frage zu klären:

Zum Begehren der Bf., den ZWECK LAUT SYNDIKATSVERTRAG (Erweiterung des russischen Marktes) bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Tätigkeit AUSSER ACHT ZU LASSEN:

Dem diesbezüglichen, auf das LuxCo-Erkenntnis gestützte Begehren der Bf. ist zu entgegnen:

Im Verfahren betreffend KEST 2008 war gerade (für die Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit) die Frage, „... über welche Einrichtungen (Anm: Personal und Geschäftsräumlichkeiten) die Bf. verfügte, um **die mit dem Syndikatsvertrag verbundenen Aufgaben** zu erfüllen,“, eine entscheidungswesentliche, die im weiteren Verfahren zu klären war (siehe Erkenntnis des VwGH vom 26.06. 2014, 2011/15/0080).

Das BFG konnte im fortgesetzten, mit Beschluss des VwGH abschließend erledigten Verfahren nicht feststellen, dass die Bf. diese Aufgaben - die Erweiterung des russischen Marktes - wahrgenommen hätte, sondern war sie vielmehr laut eigenen Angaben selbst dazu nicht in der Lage.

Zumal der Zweck der Erweiterung des russischen Marktes auch für den gesamten Beschwerdezeitraum aufrecht war, sieht der Senat keinen Grund, diesen Zweck bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Tätigkeit (der Bf.) außer Acht zu lassen.

Unter Einbeziehung des Vertragszwecks laut Punkt 3.4. des Syndikatsvertrages ist für den Senat eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. im Beschwerdezeitraum nicht feststellbar und vermochte sie eine solche nicht aufzuzeigen.

Die Ergebnisse der umfangreichen Vorhaltverfahren beim Finanzamt und beim BFG bieten keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bf. das Halten und Verwalten von Beteiligungen, geschweige denn die mit der Erweiterung des russischen Marktes verbundenen Aufgaben selbst besorgt hätte.

Entgegen der Auffassung der Bf. wäre - um allenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. bejahen zu können - es sehr wohl erforderlich, dass sie Aufgaben selbst wahrgenommen hätte bzw. die Aufgaben (teilweise) allenfalls im Wege einer fremdüblich vereinbarten und abgewickelten Auslagerung besorgen hätte lassen.

Wenn die Bf. darauf hinweist, dass die Ltd. 3 über die für die Besorgung der Aufgaben der Bf. erforderliche Substanz verfügte, so konzediert sie für den Beschwerdezeitraum wohl das Fehlen einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit bei ihr selbst mangels entsprechender Substanz. Untermauert wird dies durch den Umstand, dass sich gegenüber 2008 keine wesentliche Änderung hinsichtlich Organisation, Ablauf und Tätigkeit ergeben hat. Welche „unwesentlichen“ Änderungen es allenfalls gegeben hat, wurde nicht dargetan.

Es haben Syndikatsversammlungen stattgefunden und hat die Bf. „Instructions to vote“ erteilt. Doch haben die Agenden der Vertretung bei Hauptversammlungen der AT 1-SE nicht die Directors der Bf., also die Geschäftsführer, wahrgenommen, sondern ein Wiener Rechtsanwalt. Auch wenn solche Vorgänge der Vertretung durch Anwälte im Geschäftsleben nicht unüblich sein mögen, so sprechen die Umstände hier dafür, dass die Directors der Bf. inhaltlich nicht in das (wirtschaftliche) Geschehen der von ihnen vertretenen Gesellschaft - der Bf. - involviert waren.

In der mündlichen Verhandlung hat die steuerliche Vertretung ein wirtschaftliches Tätigwerden der Bf. (unter Einbeziehung der Ltd. 2) nur bezüglich des Haltens und Verwaltens von Beteiligungen erblickt. Die Besorgung der Erweiterung des russischen Marktes vermutete sie - „*möglicherweise wohl bei den mittelbaren Anteilseignern der Bf.*“; dies lässt wiederum nur den Schluss auf die Federführung und Beherrschung durch Herrn A bzw. die F-Gesellschaft zu.

Im Lichte des Erkenntnisses des VwGH vom 26.06.2014, 2011/15/0080, und unter Einbeziehung der Ergebnisse des gegenständlichen Vorhalteverfahrens vermochte der Senat eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. für den Beschwerdezeitraum nicht zu bejahen.

EINBEZIEHUNG der Ltd. 2 und Ltd. 3 in die BEURTEILUNG der EIGENEN WIRTSCHAFTLICHEN TÄTIGKEIT der Bf:

Eine Einbeziehung der Ltd. 2 bzw. der Ltd. 3 in die Beurteilung der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. versteht der Senat (mit Blick auf das LuxCo-Erkenntnis) so, dass zu prüfen ist, ob die Ltd. 2/Ltd. 3 die Aufgaben der Bf. - also das Halten und Verwalten von Beteiligungen UND die Erweiterung des russischen Marktes - besorgte.

Die Bf. stützt ihr diesbezügliches Begehren auf die Ausführungen im Erkenntnis des VwGH vom 27.09.2019, Ro 2018/13/0004 („LuxCo-Erkenntnis“). Zweifellos weist die Konstellation der

gegenständlichen Gesellschaftsstruktur gewisse Ähnlichkeiten mit jener im LuxCo-Erkenntnis auf. Allerdings bestehen nach Ansicht des Senates im Sachverhalt gravierende Unterschiede:

Anders als im vorliegenden Fall

- war die LuxCo 2 operativ tätig und umsatzsteuerpflichtig,
- basierte das Tätigwerden der LuxCo 2 für die LuxCo 1 auf fremdüblichen Dienstleistungsverträgen und gab es zumindest hinsichtlich des Personals konkrete Abrechnungen, und
- waren detaillierte Aufgabengebiete der Mitarbeiter der Muttergesellschaft LuxCo 2 vorgelegt.

Das BFG stellt nicht in Abrede, dass die Aussagen im LuxCo-Erkenntnis dafür sprechen, dass die Mutter der Bf. in die Betrachtung der wirtschaftlichen Tätigkeit einzubeziehen ist. Dies ist auch schon im Verfahren betreffend KEST 2008 geschehen, da damals bereits die Ltd. 2 die Anteile der Bf. an der AT 1-SE hielt. Es wird noch darauf eingegangen werden, dass sich durch die Beteiligung „Fremder“ an der Ltd. 2 an der beherrschenden Stellung des Herrn A gegenüber 2008 letztendlich nichts geändert hat.

Unbestritten ist eine Auslagerung von Aufgaben zulässig und führt sie per se nicht zu einem Missbrauch. Ebenso wenig schaden nach der Judikatur finanzkräftige, außerhalb der EU ansässige Personen im Hintergrund.

Im vorliegenden Fall stützte das Finanzamt seine Entscheidung keineswegs bloß auf die Ansässigkeit des Herrn A bzw. seines Konzerns außerhalb der EU. Es wurde hier nicht pauschal aufgrund allgemeiner Kriterien eine Gruppe von Personen oder Gesellschaften von der KEST-Rückerstattung ausgeschlossen, sondern war die Beurteilung das Ergebnis der Prüfung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaften sowie der geltend gemachten außersteuerlichen Gründe.

Das Finanzamt verneinte die KEST-Rückerstattung auch nicht (allein) mit dem Argument, dass die Bf. nicht alle Aufgaben selbst erledigte. Entscheidungswesentlich ist jedoch die Frage der wirtschaftlichen Tätigkeiten, allenfalls im Wege einer teilweisen Auslagerung der von den Gesellschaften im Rahmen ihres Zwecks zu besorgenden Aufgaben.

Während eine wirtschaftliche Tätigkeit der LuxCo 2 und die Verrechnung von an die Mutter ausgelagerten Leistungen zwischen LuxCo 1 und LuxCo 2 unstrittig zu bejahen waren, lassen sich diese Fragen im vorliegenden Fall nach den Ergebnissen des Vorhalteverfahren beim Finanzamt und BFG nicht (vorbehaltlos) bejahen:

Hinsichtlich der Einbeziehung der Ltd. 2 ergibt sich folgende Beurteilung:

Die Ltd. 2 war in Zypern nur KöSt-, nicht aber umsatzsteuerpflichtig.

Anders als im LuxCo-Erkenntnis gibt es hier bei der Ltd. 2 keine Personen, denen detaillierte Aufgabengebiete zugewiesen waren.

Die Ltd. 2 behauptet die Auslagerung von ihr zu besorgenden Aufgaben bzw. eines nicht näher bestimmten Teiles davon an die Ltd. 3. Diesbezüglich fehlen fremdüblich abgeschlossene und abgewickelte Vereinbarungen mit der Ltd. 3. Die im Schreiben vom 25.10.2019 der Bf. und der Ltd. 2 genannten allgemeinen Aufgabengebiete der Directors der Ltd. 3 in den Jahren 2008 bis 2015 sind noch kein tauglicher Nachweis für eine fremdüblich vereinbarte und auch so tatsächlich durchgeführte Auslagerung. Es vermag daher der Senat nicht zu bejahen, dass die Ltd. 2 ihre "eigenen" Aufgaben als „ *Holding- und Kapitalanlagegesellschaft für bestimmte Unternehmen, die der Gesellschafterin der Gesellschaft gehören*“ selbst durchführte oder „rechtmäßig“ auf die Ltd. 3 auslagerte. Mag die Ltd. 2 allenfalls die formellen, nach dem zypriotischen Recht geforderten Aufgaben durch Directors und den Secretary erfüllt haben, so ist eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit der Ltd. 2 für den Senat nicht erwiesen.

Wenn die Bf. wiederholt ins Treffen führte, dass die Agenden im Zusammenhang mit den Beteiligungen der Ltd. 2 jedenfalls gemacht werden mussten, so war sie jedoch nicht entbunden, darzulegen, wer diese mit welchen Mitteln und zu welchen Konditionen erfüllte.

Zumal die Bf. bzw. die Ltd. 2 nicht nachgewiesen haben, wer die zu erfüllenden Aufgaben konkret gemacht hat, konnte der Senat nicht zur Auffassung kommen, dass die Ltd. 2 die Aufgaben der Bf. besorgte, insbesondere jene Aufgaben hinsichtlich der Erweiterung des russischen Marktes.

Beim vorliegenden Sachverhalt ist auch unter Einbeziehung der Ltd. 2 weder eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf., noch der Ltd. 2 als erwiesen anzunehmen.

Hinsichtlich der Einbeziehung der Ltd. 3 ergibt sich folgende Beurteilung:

Die bloß allgemein gehaltenen Angaben sowohl der Bf. als auch der Ltd. 2 zu den konkreten Fragen bezüglich der Vereinbarung und der Abwicklung der behaupteten Auslagerung von Aufgaben der Bf. und Ltd. 2 auf die Ltd. 3 vermögen nicht fremdübliche (Dienstleistungs)vereinbarungen zu ersetzen. Die behauptete unterpreisige bzw. unentgeltlichen Leistungserbringung durch die Ltd. 3 findet in den vorgelegten Unterlagen keinen Niederschlag.

Aus den von der Bf. bzw. Ltd. 2 genannten Aufgabengebieten der Directors der Ltd. 3 für 2008 bis 2015 geht nicht hervor, wer für welche der Gesellschaften - also die Bf. und Ltd. 2 - tätig

geworden sein sollte. Ebenso wenig lässt sich aus den Angaben schließen, dass diese Directors die Erweiterung des russischen Marktes für die Bf. durchgeführt hätten.

Die Aussage der Bf. bzw. der Ltd. 2, dass eine Zuordnung der Leistungen zu den von ihr „originär“ erbrachten bzw. von ihr zugekauften Leistungen „*realistischerweise nicht möglich*“ sei, zeigt deutlich das Fehlen von fremdüblichen Vereinbarungen und ihrer entsprechenden Abwicklung auf. Bei fremdüblicher Vereinbarung und Abwicklung wäre eine entsprechende Zuordnung unzweifelhaft möglich gewesen. Angemerkt werden darf, dass die Bf. die Feststellung der Amtsvertreterin nicht in Abrede stellte, es sei in Konzernen sehr wohl üblich, zwischen den Gesellschaften schriftliche Vereinbarungen zu treffen.

Bei den im Vorhalteverfahren erhaltenen Informationen vermag der Senat auch nicht von der wirtschaftlichen Tätigkeit der Ltd. 3 überzeugt zu sein, weil sich die Angaben auf bloße Behauptungen beschränken.

Nach all dem Gesagten konnte der Senat nicht zur Ansicht gelangen, dass zwar nicht die Bf. wirtschaftlich tätig war, die von ihr zu erfüllenden Aufgaben - das Halten und Verwalten der Beteiligung und die Erweiterung des russischen Marktes - jedoch die Ltd. 3 (aufgrund einer fremdüblichen bzw. im Geschäftsleben üblichen (Dienstleistungs)vereinbarung) erbrachte.

Übernahme der Geschäftsführung durch die Ltd. 3:

Die Ltd. 3 war im Zeitraum 25.05.2017 bis 22.12.2018 (vorgelegter Auszug der Directors der Bf.) Director der Bf. und ab Oktober 2016 (soweit dies aus dem Protokoll über die Sitzung des Boards of Directors vom 10.10.2016 hervorgeht) Director der Ltd. 2. Der (vollständige) Inhalt einer Vereinbarung über die Geschäftsführertätigkeit der Ltd. 3 liegt nicht vor. Es gibt nur Protokolle über die Sitzungen der Geschäftsführer der Bf. und der Ltd. 2 (in englischer Sprache), in denen die (Änderung der) Entlohnung festgehalten ist.

Den im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen ist die behauptete Funktion der Ltd. 3 (und ihrer Tochtergesellschaften) als Servicegesellschaft nicht zu entnehmen. Zumal nach dem Vorhalteverfahren nicht gesagt werden kann, dass und welche Aufgaben der Bf. die Ltd. 3 als Geschäftsführerin abwickelte, ist auch für den Zeitraum der Geschäftsführung durch die Ltd. 3 keine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. zu erkennen.

Es darf noch angemerkt werden, dass die Bf. und die Ltd. 2 im Jahr 2017 über mehrere Directors verfügten, die Ausführungen im Beschwerdeverfahren sich aber nur auf die Geschäftsführung durch die Ltd. 3 beschränken.

Zur Verrechnung ist festzuhalten, dass die Bf. die vom Finanzamt aufgezeigten Ungereimtheiten zu den beiden gleich lautenden und mit gleicher Nummer versehenen Rechnungen der Ltd. 3 für 12/2017 an die Bf. sowie an die Ltd. 2 nicht zu entkräften vermochte.

Nach all dem Gesagten ist auch für die Zeit der Geschäftsführung durch die Ltd. 3 eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. nicht erwiesen.

Zusammenfassend darf zur wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. festgehalten werden:

Eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. vermochte der Senat für den Beschwerdezeitraum nicht zu bejahen, sei es durch ein eigenes wirtschaftliches Tätigwerden der Bf., sei es durch Zukauf der Leistungen (auch über die Ltd. 2) bei der Ltd. 3.

Zwar hat es Syndikatsversammlungen gegeben, deren Inhalt dem BFG nicht bekannt ist. Auch liegen die von einem Director unterfertigten „Instructions to vote“ für die Teilnahme an Sitzungen bei der AT 1 - SE vor. An den Versammlungen der AT 1-SE hat nicht ein Director teilgenommen, sondern war dies ein Wiener Anwalt.

Die vorgelegten Protokolle über die Sitzungen der Directors der Bf. und der Ltd. 2 sind so allgemein gehalten und geben keinen Hinweis, dass die Directors der Bf. und der Ltd. 2 (richtungsweisende) inhaltliche Entscheidungen für die Gesellschaften getroffen hätten. Auch ist die Bf. *„aufgrund der Vertraulichkeits-Klausel des Syndikatsvertrags“* jegliche Nachweise für ihr Vorbringen schuldig geblieben, dass die Erweiterung des russischen Marktes *„auch in Zusammenarbeit mit der Bf. unter Inanspruchnahme von Leistungen der Ltd. 3 und anderer Konzerngesellschaft erfolgt“* wäre.

Für den Senat stellt sich die Sachlage so dar, dass zwar die an zypriotische Gesellschaften gestellten gesetzlichen „formalen“ Voraussetzungen und Agenden, wie z. B. die geschilderten Verwaltungssagenden der Secretaries, von den Directors und Secretaries erfüllt wurden, sie aber keine Aktivitäten in Richtung eines tatsächlichen, vom Zweck der Gesellschaft geprägten wirtschaftlichen Lebens entfalteteten.

Daher konnte der Senat nicht zur Auffassung gelangen, dass die Bf. im Hinblick auf ihre Aufgaben, insbesondere jenen der Erweiterung des russischen Marktes, eine wirtschaftliche Tätigkeit entfaltete, dies auch nicht unter Einbeziehung der Ltd. 2 und Ltd. 3.

WIRTSCHAFTLICHE/SONSTIGE BEACHTLICHE AUSSERSTEUERLICHE GRÜNDE:

Eine Vielzahl der zur Bf. vorgebrachten Gründe im Verfahren betreffend KEST 2008 werden nunmehr auch für die Ltd. 2 ins Treffen geführt. Gründe waren bzw. sind nach Ansicht der Bf. im Wesentlichen:

Special Purpose Vehicle:

Der Funktion der Bf. als ein Special Purpose Vehicle - ein Vehikel für die Akquisition internationaler Beteiligungen - vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Wie das Finanzamt zutreffend aufzeigt, hat die Bf. lediglich eine Beteiligung einer Schwestergesellschaft bei gleich

bleibender Mutter erworben. Gegen diese Ansicht brachte die Bf. im Beschwerdeverfahren keine konkreten Einwände vor, auf die einzugehen gewesen wäre.

Kein „Briefkasten“, weil der Zweck auch ohne Zwischenschaltung der Bf. erreichbar:

Dem diesbezüglichen Vorbringen ist zu entgegnen, dass im gegenständlichen Verfahren die faktischen Verhältnisse einer Prüfung zu unterziehen sind. Daher erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Vorbringen.

„Eigenständige wirtschaftliche Funktion“ und „diverse wichtige Funktionen innerhalb der Unternehmensgruppe als Holding“:

Wie schon vom Finanzamt festgehalten, ist auch für den Senat eine „eigenständige wirtschaftliche Funktion“ der Bf. und sind „diverse wichtige Funktionen innerhalb der Unternehmensgruppe als Holding“ angesichts der unregelmäßigen Erbringung der Aufgaben nicht erkennbar. Diese Ausführungen treffen auch auf die Ltd. 2 zu.

Europäische Spartenholding für den Bereich „Construction“:

Dem Vorbringen (zur Ltd. 2), es sei eine europäische Holding mit Sitz und Geschäftsleitung in Zypern essentiell und absoluter Marktstandard und sei Zypern ein internationaler Standort, kann der Senat beim vorliegenden Sachverhalt nicht folgen. Wäre dieses Argument tatsächlich ein so schlagkräftiges gewesen, hätte es schon im Verfahren betreffend KEST 2008 seine Berechtigung zugesprochen bekommen.

Auch wenn im Schaubild eine Vielzahl von Firmen aufgelistet ist, so ändert dies nichts daran, dass - wie oben aufgezeigt - es schon an der im Lichte der Judikatur des VwGH entscheidungswesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. fehlt. Für den Senat ist auch eine wirtschaftliche Tätigkeit der Ltd. 2 und Ltd. 3 nicht (wirklich) ersichtlich. Hält man sich dann noch vor Augen, dass die operativen Gesellschaften mit Ausnahme der AT 1-SE in Russland bzw. Südosteuropa waren - dies ist seitens der Bf. unwidersprochen -, erweist sich die Behauptung einer Spartenholding „aus operativen und administrativen Gründen“ für den Senat nicht als nachvollziehbar und ist im vorliegenden Fall kein außersteuerlicher Grund.

Gewährleistung einer professionellen Verwaltung:

Die Gewährleistung einer professionellen Verwaltung durch leichtere Umsetzung von Beteiligungserwerben, leichtere Erlangung von Genehmigungen und die leichtere Erlangung von Finanzierungen im EU-Raum hielt der VwGH im Verfahren betreffend KEST 2008 für keinen relevanten außersteuerlichen Grund. Der behaupteten Professionalisierung und Optimierung der Organisation durch (Sub-)holdinggesellschaften in Steueroasen standen im Widerspruch zu dem Umstand, dass „*Professionisten des Konzerns zu all jenen Aufgaben herangezogen werden mussten, die über das bloße Halten von Beteiligungen hinausgingen.*“ Da sich die Verhältnisse

hinsichtlich Organisation, Ablauf und Tätigkeit nicht maßgeblich veränderten, sieht der Senat keinen Grund, in den genannten Vorbringen relevante außersteuerliche Gründe zu erblicken.

Bündelung von mehr als 100 Beteiligungen:

Zur Bündelung von mehr als 100 Beteiligungen in der Ltd. 2 ist anzuführen, dass im Verfahren betreffend KEST 2008 die Bündelung von mehr als 300 Gesellschaften angeführt und vom VwGH nicht als außersteuerlicher Grund angesehen wurde. Abgesehen davon, dass die Bf. dem Einwand des Finanzamtes, es seien selbst unter Berücksichtigung der Minderheitengesellschafter nicht mehr als 10 Gesellschaften zu ersehen, nichts entgegengehalten hat, hat die Bf. nicht beantwortet, wer konkret die mit dem Halten und Verwalten von mehr als 100 Beteiligten verbundenen Aufgaben tatsächlich gemacht hat. Dass dies - und zudem für den Großteil des Beschwerdezeitraumes ohne Entgelt - die Ltd. 3 tatsächlich gemacht hätte, ist - wie oben aufgezeigt - nicht erwiesen. Der Hinweis auf ein Organigramm und die Behauptung, dass die Arbeiten im Zusammenhang mit den Beteiligungen jedenfalls gemacht werden mussten, reichen nicht als Nachweis für ein faktisches Tätigwerden und die behauptete Auslagerung von Leistungen aus. Wenn die Entscheidung über die Auslagerung tatsächlich die Directors getroffen haben sollen, so gibt es für den gesamten Beschwerdezeitraum mangels entsprechender Unterlagen keinen Nachweis über eine behauptete (Entscheidung zur) Auslagerung. Ein beachtlicher außersteuerlicher Grund kann daher in der behaupteten Bündelung nicht gesehen werden.

Besteht daher Beteiligung Fremder an der Ltd. 2 - Bündelung nach unten bzw. nach oben - Joint-Venture-Funktion:

Im Beschwerdezeitraum sind an der Ltd. 2 nunmehr (gegenüber 2008) drei weitere Gesellschaften beteiligt. Die Bf. und die Ltd. 2 haben den vom Finanzamt zu den drei neuen, erst nach dem Syndikatsvertrag vom 22.04.2010 gegründeten Gesellschaften G 4/Ltd. 2, G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 aufgezeigten Indizien in Richtung bloß zwischengeschalteter, funktionsloser Gesellschaften keine konkreten, essentiellen Einwendungen entgegengehalten, auf die einzugehen gewesen wäre.

Gründe dafür, warum an der mehr als 1 Mrd. wertigen Ltd. 2 ein Anteil von 7,5% um € 750,00 erworben werden konnte, gab die Bf. nicht bekannt.

Mangels konkreter Einwendungen darf das BFG von den zu den Gesellschafterinnen G 5/Ltd. 2 und G 6/Ltd. 2 aufgezeigten „personellen/gesellschaftlichen Überschneidungen“ ausgehen. Überdies ließ sich die im Verfahren vorerst ins Treffen geführte unmittelbare Beteiligung der Herren X und Y nicht verifizieren.

All dies lässt für das BFG den Schluss zu, dass die Gründung der drei „neuen“ Gesellschaften aus rein steuerlichen Gründen erfolgte. Zumal für das BFG auch die wirtschaftliche Tätigkeit

der Ltd. 2 in Frage gestellt ist, mag nun dahingestellt bleiben, ob die „Fremden“ tatsächlich „fremd“ waren.

Das Finanzamt behauptete in den Bescheiden nicht, die Anteile der drei Gesellschaften bzw. der an ihnen mittelbar Beteiligten wären Herrn A zuzurechnen. Demzufolge ist auch auf diesen Einwand der Bf./Ltd. 2 nicht einzugehen.

Keine Weiterleitung der Ausschüttung, daher kein Missbrauch:

Es ist richtig, dass man 2008 noch nichts über die weitere Entwicklung hinsichtlich der Nicht-/Weiterleitung von Dividenden wusste. Aus dem Umstand, dass die Ltd. 2 - sie hält seit 2007 die Beteiligung der Bf. an der AT 1-SE - im Beschwerdezeitraum die Dividenden nicht weiterleitete, kann dennoch dem von der Bf. gezogenen Schluss nicht gefolgt werden. Ungeachtet der behaupteten Verwendung der Dividenden ist mangels konkreter Unterlagen die tatsächliche Verwendung der gegenständlichen Dividenden für das BFG nicht nachvollziehbar, weil nicht durch Unterlagen dokumentiert. Zudem vermag eine unterbliebene Weiterleitung von ausgeschütteten Dividenden eine fehlende wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschaft(en) nicht zu „verdrängen“.

Vorteil der englischen Rechtssprache, eines stabilen Rechtssystems sowie spezialisierter lokaler Arbeitskräfte und Berater:

Diese zur Begründung der Situierung der Ltd. 3 in Zypern genannten Gründe sind im Lichte der Judikatur für den Senat kein tauglicher wirtschaftlicher Grund:

Angesichts des Umstandes, dass sich die operativen Firmen (im Bereich Construction) mit Ausnahme der AT 1-SE in Russland bzw. im Raum Südost-Europa befunden haben, wäre wohl die Nutzung des russischen Rechtssystems, der russischen Sprache und der russischen Arbeitskräfte und Berater näher als die Nutzung des Englischen.

In der Bf., der Ltd. 2 und Ltd. 3 finden sich bei den Directors Personen, die aus Russland stammen. Ebenso war den Vorbringen nach die Zuziehung im Bedarfsfall von „*Professionisten aus dem Konzern*“ erforderlich. Die Vertretung bei den Hauptversammlungen der AT 1-SE machten Wiener Rechtsanwälte. Letztendlich wird nicht die mittelbare Beteiligung des Herrn A an der Ltd. 3 bestritten.

Demnach sprechen die hier aufgezeigten Umstände dafür, dass die Bf., die Ltd. 2 und die Ltd. 3 die angeführten Vorteile selbst nicht (uneingeschränkt) nutzten. Das Vorbringen erweist sich daher nicht als tauglicher außersteuerlicher Grund.

Beherrschung durch Herrn A bzw. die F-Gesellschaft:

Wenn im Beschwerdezeitraum

- die Bf. „zu 100% im Eigentum des wirtschaftlichen Gesellschafters der Ltd. 2“,
- die Ltd. 2 zum überwiegenden Teil Herrn A bzw. ihm nahestehenden Unternehmen zuzurechnen waren,
- für die verbleibenden 20% an der Ltd. 2 auch keine „unmittelbare“ Berechtigung der genannten „Fremden“ zur KEST-Rückerstattung gegeben war,
- die Ltd. 3 laut Bf. (mittelbar) Herrn A zuzurechnen war,

und

- die Bf., die Ltd. 2 und die Ltd. 3 „zur Gänze vom Gesellschafterkonzern wirtschaftlich abhängig“ waren,

besteht bei der festgestellten fehlenden wirtschaftlichen Tätigkeit der Bf. kein Zweifel an der Beherrschung der Bf. durch Herrn A bzw. Person(en) oder Gesellschaften, denen im Falle einer Direkt-Beteiligung an der AT 1-SE die KEST-Rückerstattung nicht zustände.

Untermauert wird diese Ansicht durch die Position der Bf. als „Tochter /Teil der F-Gesellschaft(-Gruppe)“

- im Schreiben an die Übernahmekommission vom 19.10.2010,
- in den Geschäftsberichten der AT 1-SE. Des Weiteren
- gestand die Bf. in der mündlichen Verhandlung die maßgebliche Einflussnahme bei der Erweiterung des russischen Marktes den „mittelbaren Anteilseignern der Bf.“ zu.

Die Bf. hat keine Einwendungen gemacht, die ein begründetes Abgehen von der Beherrschung durch im Drittstaat ansässige (juristische) Person(en) zuließen.

Fazit:

- Eine wirtschaftliche Tätigkeit der Bf. (unter Einbeziehung der Ltd. 2 und Ltd. 3) konnte nicht festgestellt werden.
- Die ins Treffen geführten Gründe für die Niederlassung der Gesellschaft(en) in Zypern sind keine tauglichen wirtschaftlichen bzw. sonst beachtlichen außersteuerlichen Gründe.
- Der Senat vermochte keine wirtschaftlich sinnvolle Funktion für die Situierung der Bf., der Ltd. 2 und Ltd. 3 in Zypern zu erblicken.
- Die Beherrschung der Bf. durch im Drittstaat ansässige (juristische) Person(en), denen im Falle einer Direktbeteiligung die KEST-Rückerstattung nicht zustände, ist für den Beschwerdezeitraum zu bejahen.

Demzufolge konnte der Beschwerde gegen die Abweisungsbescheide betreffend Rückerstattung KEST für 2012 bis 2017 kein Erfolg beschieden sein, weshalb sie als unbegründet abzuweisen war.

C. Zur Un/Zulässigkeit der Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gegen die Entscheidung des BFG hinsichtlich der Bescheidadressierung liegt kein gegenteiliges zypriotisches Recht vor; die Entscheidung findet in den vorgelegten Beweismitteln (Rechtsgutachten) Deckung. Das Finanzamt brachte letztendlich für die von ihr aufgeworfene Frage keine konkreten Einwendungen vor.

Die Entscheidung hinsichtlich der Feststellung der wirtschaftlichen Tätigkeit und der Auslagerung von Aufgaben der Gesellschaften sowie zur beherrschenden Stellung des Herrn A bzw. von Personen/Gesellschaften, denen bei Direktbeteiligung die KEST-Rückerstattung nach der MTR nicht zustände, wurde im Rahmen der Beweiswürdigung getroffen. Die gezogenen rechtlichen Schlüsse finden im Erkenntnis des VwGH vom 26.06. 2014, 2011/15/0080, Deckung.

Beilagen:

Beilage A

Beilage B

Klagenfurt am Wörthersee, am 3. März 2022