



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, Wien, Straße, vertreten durch ICON Wirtschaftstreuhand GmbH, 4030 Linz, Voest-Alpine-Straße 7, vom 19. September 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 23. Bezirk vom 17. August 2001 betreffend Körperschaftsteuer 1996 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Dem Bericht der Großbetriebsprüfung Wien Körperschaften (Bp) vom 20. Juli 2001 bzw. der entsprechenden Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 20. April 2001 sowie dem Arbeitsbogen ist folgender Sachverhalt zu entnehmen:

Die Berufungswerberin (Bw) wurde im Jahre 1990 mit einem Stammkapital von 100 Millionen Schilling gegründet und ist im Bereich "Anlagenbau - Umwelttechnik" tätig. Bis 1995 hielten die A-AG sowie die B-AG je 50 % der Gesellschaftsanteile.

Die Bw war weiters ursprünglich Alleingesellschafterin der in Graz ansässigen und mit dem Mindeststammkapital von S 500.000,00 ausgestatteten C-GmbH. Diese Gesellschaft hatte gemäß dem Jahresabschluss für 1994 lediglich eine Mantelfunktion für eine deutsche Gesellschaft gleichen Namens inne und übte im Übrigen keine Geschäftstätigkeit aus.

Am **27. November 1995** trat die Bw (damaliger Firmenwortlaut D-GmbH) ihre 100%-ige Beteiligung an dieser C-GmbH an die A-AG ab (Abtretungspreis S 450.000,00).

Mit Beschluss der außerordentlichen Generalversammlung der Bw vom **28. November 1995** wurde diese in eine Aktiengesellschaft umgewandelt. Die Eintragung dieser Umwandlung ins Firmenbuch erfolgte am **6. Dezember 1995**.

Mit Kaufvertrag vom **14. Dezember 1995** erwarb die C-GmbH von der A-AG 49,9 % der Anteile an der Bw. Der Kaufpreis wurde mit S 648.700.000,00 festgelegt und war bis zum **30. Dezember 1995** zu bezahlen. Mit dem zweiten Kaufvertrag vom **19. Dezember 1995** erwarb die C-GmbH von der B-AG 50 % der Anteile an der Bw. Der Kaufpreis wurde mit S 410.000.000,00 bestimmt und war bis **22. Dezember 1995** zu bezahlen. Der Kaufpreisunterschied resultierte dabei aus einer abweichenden Dividendenregelung. Die restlichen 0,1 % der Anteile an der Bw trat die A-AG um den Betrag von S 941.620,00 an die E-KEG (Kommanditistin: A-AG) ab.

In diesem Zeitpunkt wies die Bilanz der C-GmbH (vereinfacht dargestellt) zum einen "Anteile an verbundenen Unternehmen" in Höhe von S 1.060.000.000,00 sowie zum anderen "Verbindlichkeiten an verbundene Unternehmen" in gleicher Höhe aus. Die Eigenkapitalquote betrug ca. 0,8 %.

Am **21. Dezember 1995** erfolgte ein - auch ausdrücklich als solcher bezeichneter - Gesellschafterzuschuss in Höhe von S 1.288.700.000,00 von seiten der A-AG an die Bw (Großmutterzuschuss). Dieser Betrag entsprach zur Gänze dem Kapitalbedarf zur Finanzierung des Beteiligungserwerbes der C-GmbH an der Bw (S 1.060.000.000,00 zuzüglich Sonderdividende von S 240.000.000,00).

Mit Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung der C-GmbH vom **27. Dezember 1995** wurde diese Gesellschaft auf Grundlage der Bilanz vom **23. Dezember 1995** auf ihre Tochtergesellschaft, die Bw, verschmolzen (down-stream-merger). Dieser Verschmelzungsvorgang wurde am **2. Februar 1996** im Firmenbuch eingetragen, wobei gleichzeitig die C-GmbH gelöscht wurde.

Zuletzt wurde mit Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung der Bw vom **26. März 1996** die Bw wieder in eine GmbH umgewandelt.

Im Zuge dieser Verschmelzung entstand bei der C-GmbH ein Buchverlust in Höhe von S 1.060.000.000,00, wobei darauf laut vorgelegter Berechnung ein Firmenwert von S 654.000.000,00 entfiel.

Im berufungsgegenständlichen Jahr 1996 nahm die Bw eine Abschreibung dieses Firmenwertes in Höhe von S 43.600.000,00 (1/15 von S 654.000.000,00) vor.

Die Bp stellte sich nun auf den Standpunkt, dass in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Gesellschafterzuschuss der A-AG nicht an die Bw, sondern vielmehr an die Erwerberin der Anteile, die C-GmbH, hätte erfolgen müssen. Dies umso mehr, als einerseits diese zum

Zeitpunkt des Erwerbes der Anteile einen Kapitalbedarf in Höhe des getätigten Gesellschafterzuschusses gehabt habe und andererseits aus dem Aufsichtsratsprotokoll vom **27. November 1995** hervorgehe, dass zu diesem Zeitpunkt bereits festgestanden sei, dass der Beteiligungserwerb durch einen Eigenmittelzuschuss der A-AG erfolgen werde.

Ein fremder dritter Kapitalgeber hätte unter den genannten Voraussetzungen der für eine solche Akquisition kapitalmäßig nicht ausreichend ausgestatteten Gesellschaft (Eigenkapitalquote von lediglich 0,8 % bei der C-GmbH) Finanzmittel in dieser Größenordnung ohne Garantie etwa in Form einer Patronatserklärung seitens der A-AG keinesfalls zur Verfügung gestellt.

Unter der Annahme, dass von vornherein ein Gesellschafterzuschuss gewollt und erforderlich gewesen sei, habe daher zu keinem Zeitpunkt bei der C-GmbH eine Verbindlichkeit entstehen können, da es sich bei der kurzfristigen Kreditierung des Kaufpreises der Anteile von vornherein wirtschaftlich und widmungsgemäß um "verdecktes Eigenkapital" gehandelt habe. Daher habe auch kein Buchverlust entstehen können, in dem ein Firmenwert Deckung finden hätte können.

Nach Ansicht der Bp sei deshalb dieser Betrag von S 43.600.000,00 im Jahre 1996 außerbilanzmäßig hinzuzurechnen.

Das Finanzamt erließ in der Folge am 17. August 2001 unter Zugrundelegung der Feststellungen der Bp den berufungsgegenständlichen Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1996. Mit Schriftsatz vom 19. September 2001 erhob die Bw Berufung und brachte im weiteren Schreiben vom 31. Oktober 2001 wie folgt vor:

Die Bp begründe ihren Standpunkt offensichtlich mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 21 BAO). Dabei gehe sie aber - entgegen der herrschenden Lehre - von einem falschen Verständnis aus: § 21 BAO erlaube keinesfalls eine eigenständige, vom Tatbestand losgelöste Beurteilung und Umdeutung des Sachverhalts (vgl. zB Doralt/Ruppe, Grundriss II, 4. Auflage, 218 mwH). Die Bp meine, der Zuschuss hätte nicht an die Bw, sondern an die Erwerberin der Anteile erfolgen müssen. Das gehe aber wohl zu weit. Ob ein Gesellschafter einem Tochterunternehmen oder einer Enkelgesellschaft einen Zuschuss gewähre, sei allein Sache des Gesellschafters bzw. liege in der auch steuerlich zu akzeptierenden Dispositionsfreiheit des Gesellschafters. Auch bei der Enkelgesellschaft sei er mittelbar Gesellschafter und keineswegs ein unbeteiligter Dritter. Zuschüsse bzw. Gesellschaftereinlagen im Allgemeinen würden durch § 8 Abs. 1 KStG 1988 geregelt. Diese Bestimmung umschreibe den Begriff der Einlagen bzw. sehe die Rechtsfolgen für Einlagen vor. Keinesfalls könne dieser Norm entnommen werden, dass tatsächlich an eine bestimmte Gesellschaft geleistete Einlagen für Besteuerungszwecke in Einlagenleistungen an eine andere Tochtergesellschaft umgedeutet werden

könnten. Es würde nämlich ein fiktiver Sachverhalt der Besteuerung zugrunde gelegt werden, wofür im positiven Recht jedenfalls keine Grundlage gefunden werden könne.

Im vorliegenden Fall sei eine Gestaltung gewählt worden, die der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen habe und die er mit der gesetzlichen Verankerung des § 3 Abs. 2 Z 2 UmgrStG auch in ihrer praktischen Umsetzung rechtlich abgesichert habe. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass der Umstand, dass auch ein down-stream-merger zu einem abschreibbaren Firmenwert führe, jedenfalls auch seitens des BMF explizit bestätigt worden sei (z.B. BMF vom 22. September 1995).

Die Bw habe sich daher im Vertrauen auf diese eindeutige Rechtslage zu der gewählten Vorgangsweise entschlossen.

Die seitens der Bp ohne Rechtsgrundlage vorgenommene Umdeutung des Zuschusses in eine Einlage an die C-GmbH (und nicht an die Bw) sei zwar als Begründung für die angebliche Nicht-Existenz eines Firmenwertes herangezogen, aber nur einseitig und verkürzt gewürdigt worden. Wäre die Leistung einer Einlage an die C-GmbH die einzig wirtschaftlich vernünftige und mögliche Gestaltung gewesen, dann hätte man sie realisiert und wäre mit einer nachfolgenden Verschmelzung der Bw in die C-GmbH zu einem weitgehend gleich hohen, ebenfalls nach § 3 Abs. 2 Z 2 UmgrStG abschreibbaren Firmenwert gekommen. Wäre daher nicht von einem Zuschuss an die Bw, sondern von einem Zuschuss an die C-GmbH auszugehen gewesen, dann hätten die Verantwortlichen zweifelsfrei auch eine andere Entscheidung hinsichtlich der Verschmelzungsrichtung getroffen. Denn die vom Gesetzgeber für solche Fälle ausdrücklich vorgesehene Art I - Firmenwertabschreibung hätte sich nämlich unter diesen Voraussetzungen dann nur ergeben, wenn ein up-stream-merger vollzogen worden wäre. Dem Beteiligungswert bei der C-GmbH wäre dann ein um den - durch Umdeutung - der C-GmbH zugerechneten Zuschuss vermindertes Eigenkapital der Bw gegenüber gestanden, was zu einem abschreibbaren Firmenwert in etwa der gleichen Höhe geführt hätte. Wäre eine solche Umdeutung (und zwar die erste) zulässig, müsste wohl auch die nachfolgende Disposition umgedeutet werden, da ja die nachfolgende Entscheidung bzw. deren Sinnhaftigkeit von der ersten Disposition abhängt. Diese Umdeutung (in einen up-stream-merger) habe die Bp freilich nicht gemacht. Sie habe vielmehr - nur fiskalisch motiviert - jene Umdeutung vorgenommen, die zum alleinigen Nachteil des Steuerpflichtigen führe. Eine solche Vorgangsweise enttäusche jedenfalls das Vertrauen des Steuerpflichtigen in die Rechtslage schwer. Sie erscheine jedenfalls auch willkürlich, sodass - neben der einfachgesetzlichen Rechtswidrigkeit - auch der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gerechtfertigt sei. Wenn aber beide Varianten logisch zu Ende gedacht zu einem annähernd vergleichbaren Ergebnis führten, dann sei damit aber auch evident, dass die wirtschaftlichen Tatsachen - und diese seien letztlich eine Neuordnung der Anteilsverhältnisse an der Bw - bei gleichzeitigem

Ausscheiden der langjährigen Mitgesellschafterin B-AG - zur Aufdeckung eines Firmenwertes geführt hätten, der nach den zu diesem Zeitpunkt gültigen Rechtsvorschriften auch steuerlich abschreibbar gewesen sei.

Auch die Annahme von verdecktem Stammkapital sei verfehlt. Die Annahme der Bp, dass die kurzfristige Kreditierung des Kaufpreises nicht dem Fremdverhaltensgrundsatz entspreche, sei nicht zwingend. Vor der ablehnenden down-stream-merger-Entscheidung des OGH seien viele Unternehmenserwerbe - so auch der gegenständliche - nach diesem Modell (fremdfinanzierter Anteilskauf durch eine Erwerbsgesellschaft mit nachfolgender Verschmelzung in die Zielgesellschaft) durchgeführt worden. Die Wahl der Verschmelzungsrichtung habe in der Regel grunderwerbsteuerliche Gründe gehabt. Der Besicherung des Fremdkapitals hätten vielfach die erworbenen Anteile an der Zielgesellschaft (bzw. das Vermögen der Zielgesellschaft) gedient. Für die Kreditwürdigkeit sei in solchen Fällen vielmehr die Eigenmittelausstattung der Zielgesellschaft bzw. deren Ertragskraft der bestimmende Faktor, die Eigenmittelausstattung der Erwerbsgesellschaft trete hingegen weitgehend in den Hintergrund. Die pauschale Annahme, dass die C-GmbH von einem Dritten keinen Kredit bekommen hätte, entbehre somit der Grundlage. Im vorliegenden Fall trete noch hinzu, dass die Zielgesellschaft einen (mittelbaren) Zuschuss erhalten und somit über erhebliche Vermögenswerte verfügt hätte, die für einen fremden Kreditgeber der Erwerbsgesellschaft wohl von wesentlicher Bedeutung gewesen wären. Asset stripping als Finanzierungsmöglichkeit im Anschluss an Unternehmensaufkäufe sei ein tagtägliches Ereignis im Wirtschaftsleben und könne daher wohl auch bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit dieser Transaktion nicht außer Ansatz gelassen werden. Die Annahme, die C-GmbH könne gar keine derartige Verbindlichkeit eingehen, halte damit ebenso wenig einer realen Überprüfung stand, wie die gezogenen Schlussfolgerungen aus der willkürlichen Umdeutung des Zuschussempfängers.

Das Finanzamt für den 23. Bezirk legte daraufhin diese Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der unabhängige Finanzsenat geht sachverhaltsmäßig davon aus, dass das Ziel der gegenständlichen Anschaffungs- und Verschmelzungsvorgänge ein Transfer des 50 %-Anteils an der Bw von der B-AG zur A-AG war. Dabei wurde in einem ersten Schritt die zu 100 % im Eigentum der Bw stehende und keine Geschäftstätigkeit ausübende C-GmbH auf die A-AG übertragen. In einem zweiten Schritt erwarb diese C-GmbH durch den Abschluss der beiden Kaufverträge vom 14. bzw. 19. Dezember 1995 von der A-AG und der B-AG 99,9 % der Anteile an der Bw. Diese Anschaffung um den Kaufpreis von knapp über einer Milliarde

Schilling erfolgte mangels Eigenmittel der C-GmbH mit Hilfe eines nicht rückzahlbaren Eigenmittelzuschusses der A-AG. In einem dritten Schritt kam es schließlich zur Verschmelzung der C-GmbH auf die Bw, wobei die Bw einen entsprechenden Buchverlust sowie einen darin enthaltenen Firmenwert im Sinne des § 3 Abs. 2 UmgrStG ermittelte.

Diese Feststellungen gründen sich insbesondere auf folgende Aufsichtsratsprotokolle der Bw:

Im Protokoll über die **16. Aufsichtsratssitzung** der Bw vom **12. Juni 1995** ist unter anderem die Passage enthalten, dass der Transfer der Anteile von der B-AG zur A-AG noch für dieses Jahr geplant sei, wobei aber die Konditionen noch verhandelt werden müssten.

Im Protokoll über die **17. Aufsichtsratssitzung** der Bw vom **27. November 1995** heißt es wie folgt:

"Zwischen der A-AG und der B-AG konnte am 13. Oktober 1995 durch den formalen Austausch gleichlautender Offerte Einigung über die Bedingungen für die Übernahme des 50 %-Anteils der B-AG an der Bw durch die A-AG erzielt werden. Diese sehen vor, dass für 1994 eine Sonderdividende von 240 Mio ATS an die B-AG ausgeschüttet wird. Der Kaufpreis beträgt 410 Mio ATS, ferner erwirbt die Bw die einschlägigen Patente der B-AG und weitere Rechte (Weiterbenutzung des Namens "B") in Halbjahresraten zu einem Kaufpreis mit einem mit 6 % abgezinsten Barwert von 88 Mio ATS. Eine Genehmigung der Aufsichtsräte beider Gesellschafter liegt vor. Zur Durchführung der Anteilsübertragung wird die Bw am 27. November 1995 in eine AG umgewandelt. Der Aktienkauf soll unmittelbar nach Eintragung ins Firmenbuch Anfang Dezember erfolgen. Zur Durchführung des Anteilstransfers soll die zu 100 % im Eigentum der Bw stehende C-GmbH (Graz) auf die A-AG übertragen und nach Erwerb von 99,9 % der Aktien noch im Dezember 1995 mit der Bw verschmolzen werden. Nach Feststellung des Jahresabschlusses für 1995 wird die Bw wieder in eine GmbH umgewandelt. 0,1 % der Anteile an der Bw werden von der E-KEG gehalten."

Auf die Frage eines Aufsichtsratsmitgliedes, wie sich diese Transaktion auf die angespannte Eigenkapitalsituation der Bw auswirken werde, verwies der Vorsitzende auf einen Eigenmittelzuschuss der A-AG.

Im Zuge dieser Aufsichtsratssitzung wurde weiters der Antrag des Vorstandes zur Veräußerung des 100 %-Anteils der C-GmbH an die A-AG zum Buchwert der Eigenmittel, (rund 0,5 Mio ATS) und die Aufnahme der C-GmbH durch Verschmelzung mit der Bw nach erfolgtem Erwerb von 99,9 % der Aktien einstimmig genehmigt.

Im Protokoll über die **18. Aufsichtsratssitzung** der Bw vom **25. März 1996** heißt es in Bezug auf die Bilanz zum 31. Dezember 1995 wie folgt:

"Signifikant verändert hat sich auch die Quote der Eigenmittel. Es ergab sich eine Verringerung um 147 Mio ATS, dh auf 11 % der Bilanzsumme. Die Verringerung resultiert aus der Dividendenausschüttung 1994 mit 90 Mio ATS, der Zahlung an die B-AG für die

Weiterbenützung des Namensrechtes von 105 Mio ATS und dem Kauf ... mit einem Gesamtaufwand von 8 Mio ATS. Die Sonderdividende von 240 Mio ATS und der Verschmelzungsverlust C-GmbH von 1.050 Mio ATS wurden durch einen Großmutterzuschuss der A-AG ausgeglichen."

§ 3 Abs. 2 UmgrStG in der für das berufsgegenständliche Jahr 1996 noch geltenden Fassung (vor der Änderung durch das Strukturanpassungsgesetz 1996, BGBl 1996/201) lautete wie folgt:

"Für Buchgewinne und -verluste gilt folgendes:

- 1. Buchgewinne und -verluste bleiben bei der Gewinnermittlung außer Ansatz, soweit nicht Z 2 anzuwenden ist.*
- 2. Ein Firmenwert, der bei der Anschaffung von Gesellschaftsanteilen an der übertragenden oder übernehmenden Körperschaft abgegolten wurde, kann, soweit er im Buchverlust Deckung findet, ab dem dem Verschmelzungstichtag folgenden Wirtschaftsjahr angesetzt und gemäß § 8 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 abgeschrieben werden.*

Voraussetzung ist, dass

- die Anschaffung längstens zwei Jahre vor dem Verschmelzungstichtag erfolgt ist,*
- das Vorliegen und das Ausmaß des Firmenwertes nachgewiesen wird und*
- die Körperschaft, deren Anteile erworben worden sind, bis zum Verschmelzungstichtag einen Betrieb führt.*

Der Firmenwert darf insoweit nicht angesetzt werden, als für die erworbenen Anteile der niedrigere Teilwert angesetzt worden ist."

Ausgehend vom Umstand, dass die Bp im gegenständlichen Fall die Anwendbarkeit dieser für Stichtage bis 31. Dezember 1995 geltenden Bestimmung nicht verneint hat (etwa wegen "Mißbrauch"), sei zuerst diese verschmelzungsbedingte Firmenwertabschreibung grundsätzlich erläutert.

Danach war unter bestimmten Bedingungen die steuerwirksame Abschreibung eines beim Erwerb einer Beteiligung an einer Körperschaft ("share deal") im Kaufpreis bezahlten Firmenwertes möglich. Ausgangspunkt war ein vorbereitender Anteilserwerb (im konkreten Fall der Erwerb der Anteile an der Bw durch die C-GmbH), wobei in zeitlicher Hinsicht diese Beteiligungsanschaffung längstens zwei (Kalender-)Jahre vor dem Verschmelzungstichtag erfolgen durfte. Voraussetzung war weiters, dass die Körperschaft, deren Anteile erworben wurden, vom Beteiligungserwerb bis zum Verschmelzungstichtag (ununterbrochen) einen Betrieb im steuerlichen Sinn (§ 2 Abs. 3 Z 1 bis 3 EStG 1988) führte. Der abschreibbare Firmenwert war indirekt zu berechnen und zwar als Differenzgröße zwischen dem (üblicherweise aufgrund des Erwerbsvorganges eindeutig gegebenen) Anschaffungspreis für die Gesellschaftsanteile und dem (Netto-)Substanzwert (Summe der Teilwerte der erworbenen

Wirtschaftsgüter abzüglich der steuerlichen Passivwerte, oder anders ausgedrückt:

buchmäßiges Eigenkapital zuzüglich stille Reserven und nicht bilanzierte immaterielle Vermögenswerte) zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Firmenwertberechnung war der Zeitpunkt der Anschaffung der Beteiligung (und nicht etwa der Verschmelzungstichtag). Neben dem Umstand, dass vor der Verschmelzung keine Teilwertabschreibung der Beteiligung erfolgt sein durfte, war die wesentlichste Voraussetzung für diese Firmenwertabschreibung, dass der Firmenwert im Buchverlust Deckung fand. Dieses Erfordernis wurde damit begründet, dass sich die Firmenwertregelung als Ausnahme vom Grundsatz der Steuerneutralität von Buchverlusten verstand (vgl. hierzu Bruckner, Art I Verschmelzung - Steuerrecht, in Helbich/Wiesner/Bruckner (Hrsg), Umgründungen, § 3 Rz 58 ff).

Insbesondere bei der (im gegenständlichen Fall vorliegenden) Fusion "down stream" führte dies aber (so Bruckner aaO) zu Zufallsergebnissen, weil der Buchverlust in diesem Fall von der Eigenkapitalausstattung der Muttergesellschaft (im konkreten Fall der C-GmbH) abhing.

Bei einem down-stream-merger übernimmt nämlich die übernehmende Untergesellschaft das Vermögen der übertragenden Obergesellschaft. Die Anteile der Obergesellschaft an der Untergesellschaft gehen mit der Verschmelzung für eine logische Sekunde auf die Untergesellschaft über und werden sofort zur Abfindung an die Gesellschafter der Obergesellschaft ausgegeben. Daraus folgt, dass sich die Bilanz der übernehmenden Gesellschaft nach erfolgter Verschmelzung aus ihrem ursprünglichen Vermögen zuzüglich der übergehenden Aktiva und Passiva der übertragenden Gesellschaft ergibt. Ausgenommen davon sind die Eigenkapitalposten der übertragenden Obergesellschaft sowie die zur Abfindung übergehende Beteiligung an der Untergesellschaft. Daher gilt für die Berechnung des Verschmelzungsverlustes:

Bilanzielles Reinvermögen der übertragenden Obergesellschaft

- Buchwert der Beteiligung

= Verschmelzungsverlust

Im Gegensatz zu anderen Verschmelzungskonstellationen errechnet sich der Verschmelzungsverlust aus ein und derselben Bilanz. Daraus ergibt sich, dass die Höhe des Verschmelzungsverlustes (bzw. uU -gewinnes) bei einem down-stream-merger von der Kapitalstruktur der Obergesellschaft abhängt. Besteht demnach das Vermögen der Obergesellschaft im Wesentlichen lediglich aus der Beteiligung, so resultieren Höhe und Vorzeichen der Verschmelzungsdifferenz aus der Art der Finanzierung dieser Beteiligung (vgl. hierzu Tichy, Negative Verschmelzungsdifferenzen bei Down Stream Mergers - Aktivierbare und nicht aktivierbare Verschmelzungsverluste bei Verschmelzung durch Aufnahme einer Holding, SWK 1995, D 50).

Mit anderen Worten wird durch die Verschmelzung "down stream" im Ergebnis nur das Fremdkapital für den Beteiligungserwerb auf die Zielgesellschaft übertragen (vgl. Rabel, Bilanzierung eines Fusionsverlustes bei der Verschmelzung "Down Stream", *ecollex* 1996, 20).

Die im gegenständlichen Rechtsstreit maßgebliche Frage lautet demnach, ob die Anschaffung der Beteiligung an der Bw durch die C-GmbH mit Eigen- oder Fremdkapital finanziert worden ist. Wie die Bp richtig festgehalten hat, ist diesbezüglich gemäß § 21 Abs. 1 BAO in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend.

Wenn die Bw ausführt, dass die Bp entgegen herrschender Lehre von einem falschen Verständnis des § 21 BAO ausgehe, da diese Bestimmung keinesfalls eine eigenständige, vom Tatbestand losgelöste Beurteilung und Umdeutung des Sachverhaltes erlauben würde, ist auf die Rechtsprechung des VwGH hinzuweisen. Danach soll § 21 BAO Tatfragen durch Zurückführung auf den vom Gesetzgeber als Regelfall angenommenen, wirtschaftlich oder rechtlich bedingten inneren Gehalt des jeweils steuerlich entscheidenden Sachverhaltes klären helfen. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise hat demnach der Beurteilung des Sachverhaltes, nicht aber der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zu dienen (vgl. VwGH 27.8.1998, 98/13/0080; 22.2.2000, 95/14/0033).

Wie oben schon ausgeführt geht der unabhängige Finanzsenat davon aus, dass die Anschaffung der Beteiligung an der Bw durch die C-GmbH eigenfinanziert war, wobei lediglich auf die ausdrückliche Aussage im Protokoll über die 17. Aufsichtsratssitzung der Bw vom 27. November 1995 hingewiesen sei. Von der Bw wird zudem in der Berufungsschrift auch überhaupt nicht bestritten, dass der Gesellschafterzuschuss in Höhe von S 1.288.700.000,00 zur Gänze der Finanzierung des Beteiligungserwerbes der C-GmbH an der Bw gedient hat, wobei am kausalen Zusammenhang zwischen diesem Gesellschafterzuschuss und dem Beteiligungserwerb angesichts des zeitlichen Zusammenhanges für den unabhängigen Finanzsenat kein Zweifel besteht.

Hinzuweisen ist weiters auf die Judikatur des VwGH zum Kapitalverkehrssteuergesetz, insbesondere auf das Erkenntnis vom 19.12.2002, 2001/16/0448. In dem diesem Erkenntnis zugrunde liegenden Fall war die Gesellschaft A Gesellschafterin der Gesellschaft B, welche wiederum Gesellschafterin der Gesellschaft C war. Die Gesellschaft A als mittelbare Gesellschafterin der Gesellschaft C gewährte dieser einen Zuschuss. Zwei Tage später wurde ein Verschmelzungsvertrag geschlossen, wodurch die Gesellschaft B auf die Gesellschaft C verschmolzen wurde. Der VwGH ging bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Vorgänge davon aus, dass ein kausaler Zusammenhang zwischen dem zwei Tage nach der Leistung des Zuschusses geschlossenen Verschmelzungsvertrag, wodurch die Gesellschaft A

unmittelbare Gesellschafterin der Gesellschaft C wurde, und der Leistung des Zuschusses besteht, sodass die Leistung des Zuschusses der Gesellschaft A als nunmehrige Gesellschafterin der Gesellschaft C zuzuordnen ist.

Auch der EuGH hat im Urteil vom 17.10.2002, C-339/99, ausgesprochen, dass anhand einer wirtschaftlichen und nicht einer formalen Betrachtungsweise zu beurteilen ist, wem die Leistung - unabhängig von deren tatsächlichen Herkunft - zuzurechnen ist bzw. wer - unabhängig vom letztlich tatsächlichen Empfänger - der eigentliche Empfänger der Leistungen ist. Obwohl im Bereich des Kapitalverkehrssteuergesetzes die wirtschaftliche Betrachtungsweise iSd § 21 Abs. 1 BAO in den Hintergrund tritt, weil das Gesetz an bestimmte Rechtsvorgänge anknüpft, gilt eine solche Betrachtungsweise auch im Bereich des Verkehrsteuerrechtes immer dann, wenn sich der Abgabenbehörde ein Sachverhalt darbietet, bei dem eine rein formalrechtliche Beurteilung zu Ergebnissen führen würde, die dem Sinn und Zweck des betreffenden Abgabengesetzes klar zuwiderlaufen würden (vgl. VwGH 29.1.1975, 607-633/74, 14.5.1975, 531, 532/74).

Umso mehr ist im Bereich der Ertragsbesteuerung von einer formalrechtlichen Sicht Abstand zu nehmen und der wahre wirtschaftliche Gehalt eines Sachverhaltes der Besteuerung zu Grunde zu legen.

Dem Einwand der Bw, durch die "Umdeutung" des Zuschusses in eine Einlage an die C-GmbH wäre bei einem up-stream-merger (Verschmelzung der Bw auf die C-GmbH) ein in etwa gleich hoher Buchverlust entstanden, der in Höhe des nachgewiesenen Firmenwertes abschreibbar sei, wobei aber die Bp - fiskalisch motiviert - eine "Umdeutung" des vollzogenen down-stream-mergers in einen up-stream-merger verweigert habe, ist zu entgegnen, dass die Bw damit die Sachverhaltsebene verlässt. Dass in wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine durchgeführte Verschmelzung hinsichtlich ihrer Verschmelzungsrichtung umgedeutet werden könnte, wird wohl auch nicht von der Bw ernstlich in Betracht gezogen. Wie sie richtig ausführt, hat die Wahl der Verschmelzungsrichtung in der Regel grunderwerbsteuerliche Gründe. Welche anderen Gründe im konkreten Fall vorgelegen sind, braucht im gegebenen Zusammenhang auch nicht überprüft werden.

Die allein entscheidende Frage in diesem Rechtsstreit besteht - wie oben dargelegt - , darin, ob der Erwerb der Anteile an der Bw durch die C-GmbH eigen- oder fremdfinanziert war. Da nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eine Eigenfinanzierung vorlag, konnte auch kein Buchverlust entstehen, weshalb die Berufung als unbegründet abzuweisen war.

Wien, am 18. Jänner 2006