

# Übertragung stiller Reserven

1. Wenn eine Privatstiftung eine Beteiligung iSd § 31 EStG 1988 veräußert, können gemäß § 13 Abs 4 KStG 1988 die dabei aufgedeckten stillen Reserven von den Anschaffungskosten eines im Kalenderjahr der Veräußerung angeschafften Anteiles an einer Körperschaft, der mehr als 10% beträgt, abgesetzt werden.
2. Die Übertragung stiller Reserven kann nicht nur auf neu angeschaffte, bereits bestehende Anteile an Körperschaften, sondern auch im Rahmen der Gründung einer Körperschaft (bzw einem vergleichbaren ausländischen Rechtsgebilde) erfolgen. Dies gilt auch für einen Erwerb aufgrund einer ordentlichen Kapitalerhöhung und ebenso, wenn im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung neben den Kosten für die Zeichnung des neuen Anteils ein Agio zu leisten ist.
3. Die Zuwendung von Geldmitteln an ein funktionsloses Gebilde in einem Steueroasenstaat, welches formal als selbständige juristische Person angesehen werden kann, kann nicht als eine Anschaffung von Anteilen an einer Körperschaft beurteilt werden, weil eine tatsächlich nicht operativ tätige Gesellschaft keinerlei Verfügungen über als Einlagen bzw. als Agio gewidmete Gelder vornehmen kann. Diese Zwischenschaltung ist unangemessen und ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten. Es liegt kein Übergang der Mittel vor und es kann nicht von der Anschaffung eines Anteils an einer Körperschaft iSd § 13 Abs. 4 KStG 1988 ausgegangen werden.

BAO §22 Abs 1;

KStG 1988 §13 Abs 4;

VwGH 26.04.2012,  
2009/15/0220

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

## Begründung

Mit Kaufvertrag vom 18. April 2001 veräußerte die Mitbeteiligte, eine Privatstiftung, ihre Beteiligung (32,5% des Grundkapitals) an der S AG. Für die bei Veräußerung dieser Beteiligung aufgedeckten stillen Reserven (137,858.627 S, das sind 10,018.577,13 EUR) bildete die Mitbeteiligte im Jahr 2001 gemäß § 13 Abs. 4 Z 4 KStG 1988 einen steuerfreien Betrag. Diesen steuerfreien Betrag übertrug die Mitbeteiligte im Jahr 2002 auf in der Handelsbilanz ausgewiesene Anschaffungskosten der A Limited mit Sitz in George Town, Grand Cayman, British West Indies.

Im Bericht über das Ergebnis der Buch- und Betriebsprüfung vom 26. November 2004 hielt der Prüfer u.a. Nachstehendes fest:

"Tz 15 Übertragung stiller Reserven gem. § 13 Abs. 4 KStG

...

Mit Beschluss des Stiftungsvorstandes vom 12. April 2002 wurde von der (Mitbeteiligten) eine Beteiligung in Höhe von 100% an der im selben Jahr gegründeten 'A(...) Limited', George Town, Grand Cayman, British West Indies, erworben.

Das Grundkapital der A(...) Limited beträgt USD 50.000. Mit selben Beschluss wurde mit Wirksamkeit 16. April 2002 eine Kapitalerhöhung in der Höhe von USD 50.000 beschlossen, nach der die A(...) Ltd. nunmehr über ein Grundkapital von USD 100.000 verfügt.

Weiters wurde der Beschluss gefasst, auf die Kapitalerhöhung in der 'A(...) Limited' ein Aufgeld zu bezahlen, das sich aus der Differenz zwischen dem Investitionsvolumen von Euro 10.000.000,00 und dem Grundkapital ergibt.

Der Sitz der Gesellschaft ist bei der U(...) Trustees Ltd. (...) (Anm.: Grand Cayman, Cayman Islands), welche auch mit der Durchführung der vorgenannten Schritte beauftragt wurde.

Die Überweisung des Betrages von EUR 10 Millionen erfolgte durch die V(bank) am 18. April 2002 auf das Konto Nr. (...) bei der U(...) AG in Zürich, lautend auf A(...) Limited, wo der Betrag zunächst veranlagt wurde. Für die Verwaltung der Investition wurde ein 'Cayman Fund' in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AC(...) Limited) gegründet und das veranlagte Vermögen im Ausmaß von EUR 10.280.000,00 am 25. November 2003 der 'AC(...) Limited' übertragen.

Die Bp beurteilt den gegenständlichen Sachverhalt folgendermaßen:

1. Zurechnung der Einkünfte aus Kapitalveranlagung bei der U(...) AG

...

Die Zurechnungsfrage orientiert sich an folgenden Kriterien:

1. Zuordnung einer wirtschaftlichen Funktion

Bei einer vermögensverwaltenden Gesellschaft ist diese Frage anhand einer Funktionsanalyse zu beurteilen.

2. Mittel zur tatsächlichen Funktionserfüllung

Eine Auslandsgesellschaft muss über eine dem Unternehmensgegenstand entsprechende Infrastruktur verfügen.

3. Disposition über die Erwerbsquelle

Entscheidend ist dafür das Handeln der vertretungsbefugten Organe im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft. Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der wirtschaftlich über die Einkunftsquelle disponieren und so die Art der Nutzung bestimmen kann (VwGH 23.4.2002, 99/14/0321). Verfügt eine Geschäftsleitung der Auslandsgesellschaft über ausreichende Entscheidungsbefugnis, so sind der Gesellschaft die aus dem Vermögensstamm resultierenden Einkünfte auch zuzurechnen.

Für den konkreten Fall der Vermögensveranlagung über die A(...) Ltd. ergibt sich daraus Folgendes:

Die Anteile an der A(...) Ltd. werden von der U(...) Trustees Nominees Ltd. treuhändig für die (Mitbeteiligte) gehalten. Organe dieser Gesellschaft sind wiederum zwei der U(...) AG Schweiz zuzurechnende Gesellschaften, die U(...) Secretaries Ltd. und die U(...) Nominees Ltd.

Die Verwaltung des zu veranlagenden Vermögens erfolgte durch Abschluss eines Portfolio Management Agreements mit der U(...) AG. In einem Letter of Application for a Managed Company sind als Beneficial Owners R(...), der Erststifter und als Legal Owner die (Mitbeteiligte) angeführt. Das zu investierende Vermögen soll in einem Cayman Fund (U(...) Globals Asset Management) veranlagt werden.

Die Entscheidungen über die Vermögensverwaltung obliegen ausschließlich der (Mitbeteiligten). Die Dokumente und Mitteilungen liegen bei der U(...) AG Zürich zur Abholung bereit bzw. werden der P(...) Wirtschaftstreuhand GmbH (...) übermittelt.

In einem Umlaufbeschluss genehmigen die Vorstände der (Mitbeteiligten) die Konto- bzw. Depotöffnungsdokumente der A(...) Ltd. und werden die Veranlagungsdetails festgelegt.

Auf Grund dieser Sachlage ist klar erkennbar, dass der A(...) Ltd. keine eigene wirtschaftliche Funktion in Bezug auf die Einkunfts-erzielung zusteht. Als Basisgesellschaft verfügt die Gesellschaft auch über keine personellen und sachlichen Ressourcen. Wesentlich und entscheidend ist, dass die A(...) Ltd. hinsichtlich der Einkünfteerzielung über keine Entscheidungsbefugnisse verfügt, denn wie oben dargestellt, erfolgen alle wesentlichen Entscheidungen durch die (Mitbeteiligte) unter Genehmigung des Erststifters. Die A(...) Ltd. kann deshalb nicht über die Einkunftsquelle disponieren und auch die Art der Nutzung nicht bestimmen.

Die Einkünfte aus der Vermögensveranlagung durch die (Mitbeteiligte) mittels Zwischenschaltung der A(...) Ltd. können deshalb nur der (Mitbeteiligten) zugerechnet werden.

## 2. Übertragung der Stillen Reserven auf die Beteiligung A(...) Ltd.

Die Kapitalausstattung der A(...) Ltd. beträgt wie oben dargestellt \$ 100.000. In einem Certificat of Incorporation vom 10. 4. 2002 wird lediglich die Eintragung der Gesellschaft bestätigt, nicht jedoch die Höhe des gezeichneten Kapitals. In einem Memorandum of Association wird das Kapital der A(...) Ltd. mit \$ 100.000 dargestellt. Das so genannte Share Premium von \$ 174 für \$ 50.000 Share Capital wird in der amtlichen Bestätigung nicht ausgewiesen.

Dazu wird in einem Beschluss der (Mitbeteiligten) Folgendes ausgeführt:

Die (Mitbeteiligte) beschließt weiters, auf die Kapitalerhöhung der A(...) Limited ein Aufgeld zu bezahlen. Das betragliche Ausmaß dieses Aufgeldes errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Gesamtinvestment von EUR 10.000.000 und dem Grundkapital der A(...) limited nach dem Beschluss über die Kapitalerhöhung in Höhe von \$ 100.000. Die Überweisung des gesamten Investitionsbetrages erfolgt auf ein Konto, lautend auf die A(...) Limited bei der U(...) AG Zürich.

Unter einem Agio versteht man den Betrag, um den der Ausgabepreis bei der Neuausgabe von Wertpapieren den Nennbetrag überschreitet bzw. den Betrag, um den der Börsenkurs den inneren Wert der Anlage übersteigt.

Das Agio wurde von der (Mitbeteiligten) (zeichnenden Gesellschaft) festgelegt und orientiert sich am gesamten zu veranlagenden Betrag. Da die A(...) Ltd. selbst über kein Vermögen verfügt, steht dem Agio auch kein innerer höherer Wert gegenüber.

...

Die (Mitbeteiligte) hat 2001 die aus der Veräußerung der Anteile an der S(...) AG realisierten Stillen Reserven gem. § 13 Abs. 4 KStG 1988 auf eine steuerfreie Rücklage übertragen. Im Kalenderjahr 2002 wurde die Rücklage im Betrag von EUR 10.018.577,14 mit den Anschaffungskosten der A(...) Ltd. in Höhe von EUR 10.031.856,00 verrechnet.

Da nach Feststellung der Bp. die tatsächlichen Anschaffungskosten lediglich EUR 145.492 betragen, können EUR 9.783.085,00 nicht auf diesen Beteiligungsansatz übertragen werden und unterliegen insoweit der Zwischenbesteuerung nach § 13 Abs. 3 KStG.

## 3. Missbräuchliche Gestaltung

Im Übrigen sieht die Bp. in der Kapitalveranlagung unter Zwischenschaltung der A(...) Ltd. eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet.

...

An außersteuerlichen Gründen wurden von der (Mitbeteiligten) Gründe vorgebracht, die nach Ansicht der Bp als nicht beachtlich anzusehen sind.

Die Zwischenschaltung der A(...) Ltd. dient dazu, die Zwischenbesteuerung aufzuschieben oder langfristig zu vermeiden.

Über die A(...) Ltd. sollen auch andere Vermögenswerte veranlagt werden.

Die U(...) AG als ausführende Gesellschaft hätte eine solche Beteiligungsstruktur gefordert.

Haftungsfragen hätten eine solche Zwischenschaltung erforderlich gemacht.

Das Kapitalvermögen soll in der politischen und wirtschaftlichen Einflussphäre der USA veranlagt werden.

Dem Einwand, die Einschaltung einer vermögensverwaltenden Gesellschaft im Ausland dürfe steuerrechtlich nicht schlechter behandelt werden als die Einschaltung einer vermögensverwaltenden Gesellschaft im Inland, ist entgegenzuhalten, dass durch die Zwischenschaltung einer Basisgesellschaft in einer Steueroase eine Steuerersparnis angestrebt wird, die endgültig ist. Durch die Einschaltung einer vermögensverwaltenden Gesellschaft im Inland wird hingegen die Besteuerung nur aufgeschoben.

a) Wert der Beteiligung A(...) Limited:

Der Wert der Beteiligung wird von der Bp. lediglich in der Höhe von USD 100.000 - das sind EUR 113.636,00 zuzüglich der damit im Zusammenhang stehenden Anschaffungskosten in Höhe von EUR 31.856,00 bilanziert. Das Aufgeld wird als Geldforderung in die Bilanz eingestellt.

(...)

Tz 17 Zurechnung der Einkünfte:

Die Zinserträge der A(...) Limited werden der (Mitbeteiligten) zugerechnet und der Zwischenbesteuerung unterzogen.

Zinserträge 164.724,00"

Das Finanzamt erließ einen der Auffassung des Prüfers Rechnung tragenden Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 2002.

Gegen diesen Bescheid erhob die Mitbeteiligte Berufung. Sie machte geltend, dass die A Ltd. eine so genannte "Exempted Company" mit eigener Rechtspersönlichkeit, eingetragen in das Firmenregister der Cayman Islands, sei. Die Gesellschaft verfüge über ein starres, ergebnisunabhängiges Grundkapital von 100.000 USD und eine Kapitalrücklage von 8.700.000 USD. Die Haftung sei auf das Vermögen der Gesellschaft beschränkt, es gelte das Prinzip der Fremddorganschaft, die Willensbildung erfolge unter Gesellschaftermitwirkung. Die A Ltd. sei auf unbestimmte Zeit errichtet. Bei der A Ltd. handle es sich um eine einer österreichischen Kapitalgesellschaft vergleichbare Gesellschaft.

Die Betriebsprüfung anerkenne auch selbst, dass die Mitbeteiligte eine Beteiligung an der A Ltd. erworben habe. Die Mitbeteiligte habe damit vor Ablauf der 12-Monats-Frist seit Bildung des steuerfreien Betrages gemäß § 13 Abs. 4 KStG 1988 eine Beteiligung an der A Ltd. im Ausmaß von 100% des Nominalkapitals erworben und mit gleichem Datum eine Kapitalerhöhung samt Agio im Gesamtausmaß von 10.000.000 EUR übernommen bzw. geleistet. Die Gesamtanschaffungskosten der Beteiligung an der A Ltd. beliefen sich sohin auf 10.031.956 EUR. Die Übertragung der anlässlich des Verkaufes der Aktien an der S AG aufgedeckten stillen Reserven in Höhe von 10.018.577,14 EUR auf die Beteiligung an der A Ltd. sei daher möglich.

Es lägen auch wesentliche außersteuerliche Gründe für die Errichtung der A Ltd. vor, die bereits im Zuge der Betriebsprüfung genannt worden seien. Weiters habe die Mitbeteiligte lediglich einen Weg beschritten, den das Gesetz (§ 13 Abs. 4 KStG 1988) ausdrücklich vorgebe, um das Anfallen der Zwischensteuer zu verschieben. Die Feststellung der Betriebsprüfung, dass die Einschaltung einer inländischen vermögensverwaltenden Gesellschaft hinsichtlich der Übertragung stiller Reserven andere Konsequenzen nach sich ziehe als die Einschaltung einer ausländischen vermögensverwaltenden Gesellschaft, sei nicht begründbar und werde auch von der Betriebsprüfung nicht begründet; ebenso wenig wie die Feststellung, dass durch die Zwischenschaltung einer Basisgesellschaft in einer Steueroase eine Steuerersparnis angestrebt werde, die endgültig sei.

Die Beteiligung an einer in- oder ausländischen Kapitalgesellschaft stelle jedenfalls eine Beteiligung im Sinne des § 31 EStG 1988 dar, deren Veräußerung durch die Mitbeteiligte in Österreich steuerbar sei. Nachdem die Übertragung von stillen Reserven gemäß § 13 Abs. 4 KStG 1988 zu einer Verminderung der steuerrechtlich relevanten Anschaffungskosten um die übertragenen stillen Reserven führe, blieben diese stillen Reserven im neu angeschafften Anteil steuerhängig. Es werde daher, unabhängig davon, ob es sich um einen Anteil an einer inländischen oder an einer ausländischen Kapitalgesellschaft handle, eine Verschiebung des Anfalles der Zwischensteuer durch die Übertragung der stillen Reserven erreicht. Genau das sei die Folge, die der Gesetzgeber bei Einführung des § 13 Abs. 4 KStG 1988 im Auge gehabt habe. Eine Unterscheidung zwischen in- und ausländischer Beteiligung sei nicht gewollt gewesen und finde sich daher auch nicht im Gesetz. Überdies werde vom Gesetzgeber keine Mindestbesteuerung jener Kapitalgesellschaft, auf deren Anteile stille Reserven übertragen würden, gefordert, wie dies etwa bei Anwendung der internationalen Schachtelbefreiung (§ 10 KStG 1988) der Fall sei.

Es sei auch beabsichtigt gewesen, dass die A Ltd. weitere Vermögensgegenstände verwalte, sie habe aber bislang keine anderen geeigneten Vermögenswerte erwerben können.

Bereits aus Punkt 2.D des "Letter of Application for a Managed Company: A(...) Limited" gehe hervor, dass die Errichtung der A Ltd. erforderlich gewesen sei, um ein Veranlagungsportfolio (Fonds) bei U (einer Schweizer Großbank) zu erwerben. Die Veranlagungsstruktur lasse sich der von U erstellten Beilage 2 zu dem vorgenannten Dokument entnehmen und sei von U so vorgegeben worden.

Nicht vernachlässigt werden dürfe, dass die Wahrnehmung der Geschäftsführungsagenden der A Ltd. durch juristische Personen erfolge. Dies sei aus Haftungsgründen und darüber hinaus auch deshalb unumgänglich, weil im U Konzern die Sachbearbeiter öfter

wechselten. Nach österreichischem Recht dürften juristische Personen nicht Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft sein. Daher habe eine Gesellschaft nach dem Recht der Cayman Islands gegründet werden müssen.

Eine Veranlagung des Vermögens und der Erwerb von weiteren Beteiligungen unter Nutzung des einschlägigen Knowhows der U seien folglich nur im Wege der hier verwirklichten Struktur möglich gewesen. Diese Struktur werde von U auch anderen Interessenten angeboten, sodass schon aus diesem Grunde nicht von einer ungewöhnlichen Gestaltung im Sinne der Missbrauchsbestimmungen gesprochen werden könne. Für die Mitbeteiligte sei es darüber hinaus höchst bedeutsam, dass Geschäftsführer, die Vermögen im Wert von mehr als 10.000.000 EUR verwalteten, über einen entsprechenden finanziellen und Knowhow-basierten Hintergrund verfügten. Dies habe bei juristischen Personen des U-Konzerns - im Gegensatz zu natürlichen Personen - jedenfalls angenommen werden können.

Ein weiteres wesentliches Element der Veranlagungsstrategie der Mitbeteiligten sei es gewesen, ihr Vermögen im politischen und wirtschaftlichen Einflussbereich der Vereinigten Staaten von Amerika zu veranlagern, zumal - wie auch die Entwicklung der letzten Jahre gezeigt habe - die Stabilität und Prosperität der Vereinigten Staaten wesentlich besser gewesen sei, als jene des europäischen Raumes. Die Veranlagung von Vermögen in dieser Sphäre setze naturgemäß auch das Vorhandensein gewisser Mindeststrukturen voraus. Im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Potential der U habe die Mitbeteiligte daher die gegenständliche gesellschaftsrechtliche Struktur eingesetzt.

Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass es sich bei der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Struktur um keine ungewöhnliche Gestaltung handle. Die Mitbeteiligte habe mit der Übertragung der stillen Reserven nur jenen Weg beschritten, der vom Gesetzgeber selbst so vorgegeben worden sei. Die A Ltd. erfülle eindeutig eine wirtschaftliche Funktion, nämlich jene einer Holding-Gesellschaft, die über Veranlagungen und allfällige Ausschüttungen zu entscheiden habe. Für die Erbringung derartiger Leistungen sei eigenes ständiges Personal nicht erforderlich. Letzteres wäre auch dann nicht notwendig, wenn es sich bei der A Ltd. um eine österreichische Gesellschaft mit gleichem Aufgabenkreis handeln würde. Die beiden Geschäftsführer der A Ltd. seien ausreichend qualifiziert und verfügten auch über die entsprechenden zeitlichen und sachlichen Ressourcen, um ihre Funktionen ausüben zu können. Die Entscheidungen und Beschlüsse für die A Ltd. habe auch tatsächlich die Geschäftsführung vor Ort in George Town getroffen und protokolliert.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung teilweise Folge.

Nach Wiedergabe des Ganges des Verwaltungsverfahrens stellte die belangte Behörde zunächst den Inhalt von Urkunden fest:

"BESCHLUSS des Vorstandes der (Mitbeteiligten) vom 12.4.2004

Der Vorstand der (Mitbeteiligten) fasst hiermit auf schriftlichem Weg folgende Beschlüsse:

1. Die (Mitbeteiligte) wird einen Betrag in Höhe von EUR 10.000.000,-- (in Worten: Euro zehn Millionen) auf den Cayman Islands investieren. Diese Investition erfolgt in der nachfolgend beschriebenen und dargestellten Struktur. Die Veranlagung dieser Investition erfolgt durch die U(...) AG.
2. Die (Mitbeteiligte) erwirbt 100% der Aktien an der 'A(...) Limited'. Die 'A(...) Limited' ist eine Aktiengesellschaft nach dem Recht der Cayman Islands mit Sitz auf den Cayman Islands. Das Grundkapital der 'A(...) Limited' beträgt USD 50.000,--.
3. Die (Mitbeteiligte) beschließt eine Kapitalerhöhung in der 'A(...) Limited' im Ausmaß von USD 50.000,-- mit Datum 16.4.2002. Nach diesem Beschluss verfügt die 'A(...) Limited' daher über ein Grundkapital von USD 100.000,--.
4. Die (Mitbeteiligte) beschließt weiters, auf die Kapitalerhöhung in der 'A(...) Limited' ein Aufgeld zu bezahlen. Das betragsliche Ausmaß dieses Aufgeldes errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Gesamtinvestment von EUR 10.000.000,-- und dem Grundkapital der 'A(...) Limited' nach dem Beschluss über die Kapitalerhöhung von USD 100.000,--. Die Überweisung des gesamten Investitionsbetrages erfolgt auf ein Konto, lautend auf die 'A(...) Limited' bei der U(...) AG Zürich.
5. Die (Mitbeteiligte) beauftragt mit der Durchführung der vorgenannten Schritte die U(...) Trustees (Cayman) Ltd mittels des, diesem Beschluss beiliegenden 'Letter of Application for a Managed Company'. Die Direktoren der 'A(...) Limited' werden von der U(...) Trustees (Cayman) Ltd. gestellt. Eine Darstellung und Kurzbeschreibung der Struktur befindet sich in der Beilage 2 (Enclosure 2) zu dem beigefügten 'Letter of Application for a Managed Company'.
6. Die Veranlagung des investierten Betrages von insgesamt EUR 10.000.000,-- erfolgt durch Abschluss eines 'Portfolio Management Agreements' mit der U(...) AG in der Schweiz. Für die Verwaltung der Investition wird ein 'Cayman Fund' in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft auf den Cayman Islands gegründet und das zu veranlagende Vermögen im Ausmaß von EUR 10.000.000,-- an diesen Fonds übertragen. Der Fonds bleibt für weitere Investments offen. Die Direktoren des Fonds werden von der U(...) Trustees (Cayman) Ltd. gestellt. Die Veranlagung erfolgt nach den Vorgaben der (Mitbeteiligten) im 'Portfolio Management Agreement' unter der Verantwortung der U(...) AG Zürich. Zu diesem Zwecke wird mit der U(...) AG eine Vereinbarung betreffend die Haftung für schuldhaftes Malversationen der Direktoren der 'A(...) Limited' sowie des Fonds abgeschlossen.
7. Die Kosten für die oben dargestellte Struktur betragen:
  - ? Gründung: ca. USD 26.000,--
  - ? Laufende Verwaltung: 0,85% des veranlagten Vermögens (mind. USD 50.000,--; beinhaltet sämtliche Verwaltungskosten und Gebühren)

8. Die (Mitbeteiligte) wird die anlässlich der Veräußerung ihrer Anteile an der S(...) AG am 18.4.2001 aufgedeckten stillen Reserven mit einem Betrag von EUR 10.000.000,- auf die Beteiligung an der 'A(...) Limited' gem. § 13 Abs. 4 KStG übertragen.

Sämtliche Mitglieder des Vorstandes der (Mitbeteiligten) erklären sich einstimmig mit der Abstimmung auf schriftlichem Weg einverstanden."

Im Zuge der abgabenbehördlichen Prüfung habe die Mitbeteiligte auf einen Vorhalt geantwortet:

"Zu 1.

Der Geschäftsgegenstand der A(...) Limited besteht darin, Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften zu halten. Insbesondere werden Beteiligungen an Veranlagungsgesellschaften erworben, die von der U(...) gemanaged werden. Der Gesellschaftszweck ergibt sich überdies aus Beilage 2 (Enclosure 2) des beigefügten Letter of Application (Gründungsbrief).

...

Zu 2.

Die Geschäfts- bzw. Büroräumlichkeiten der Gesellschaft A(...) Limited befinden sich auf den Cayman Islands. Es werden von den Organen der A(...) Limited Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt. Es werden von der A(...) Limited keine Dienstnehmer beschäftigt, die für die Verwaltung der Gesellschaft erforderlichen Leistungen werden vor Ort zugekauft. Für die Erfüllung des Gesellschaftszweckes - Halten und Verwalten der Beteiligungen - der A(...) Limited ist kein eigenes Personal erforderlich, weshalb auch keine Dienstnehmer beschäftigt werden.

Zu 3.

Die A(...) Limited hat im November 2003 eine Beteiligung an der AC(...) Limited erworben, und einen Betrag von EUR 10 Mio. als Eigenkapital zum Zwecke der Veranlagung überwiesen. Einen Bestandsnachweis der AC(...) Limited legen wir diesem Schreiben bei. Weiters Beschlüsse der Direktoren der AC(...) Limited sowie der A(...) Limited über die Durchführung der Veranlagung. Mit der Veranlagung wurde im März 2004 begonnen. Weitere Geschäftsverbindungen bestehen derzeit nicht.

Die A(...) Limited wird durch ihre beiden Direktoren U(...) Secretaries Limited und U(...) Nominees Limited vertreten. Beide Direktoren sind keine natürlichen Personen sondern Kapitalgesellschaften. Die Vertretung erfolgt daher jeweils durch die Vertreter dieser Gesellschaften auf den Cayman Islands. Weitere Personen sind mit der Geschäftsführung der A(...) Limited nicht befasst.

Dazu kann festgehalten werden, dass es mit ein Hauptgrund für die Errichtung der Gesellschaften auf den Cayman Islands war, dass Direktoren keine natürlichen Personen, sondern Kapitalgesellschaften mit einem entsprechenden finanziellen Hintergrund sind. Dies ist jedenfalls wesentlich für allfällige Haftungsfragen, da es sich bei der A(...) Limited um eine Holding handelt mit einem sehr hohen Vermögen. Eine solche Konstellation wäre beispielsweise in Österreich nicht möglich, da die handelnden Organe von Kapitalgesellschaften nur natürliche Personen sein können.

Zu 5.

Das Kapital wurde bis November 2003 von der A(...) Limited bei der U(...) veranlagt, insbesondere wegen der schlechten Situation am Kapitalmarkt. Es wurde ausschließlich als Festgeld in diesem Zeitraum veranlagt. Im November 2003 wurde ein Betrag von EUR 10.290.000,00 an die AC(...) Limited zum Zwecke der Veranlagung überwiesen.

Zu 7.

Die erzielten Erträge der Jahre 2002 und 2003 sind der beiliegenden Aufstellung zu entnehmen. Nach dem 25.11.2003 wurden in der A(...) Limited keine wesentlichen Erträge mehr erzielt, da auf dem Bankkonto nur ein Saldo von EUR 913,12 verblieben ist.

..."

Im Akt erliege zudem die Kopie eines Überweisungsbeleges, dem zu entnehmen sei, dass durch die V Bank am 19. April 2002 ein Betrag von 10,000.000 EUR an die U AG zu Gunsten der A Limited, Cayman Islands, überwiesen worden sei (Verwendungszweck: Stammkapital, Kapitalerhöhung mit Agio).

Laut Abrechnung der U in Zürich vom 19. April 2002 sei der Anlagebetrag von 10,000.000 EUR (als Treuhandanlage - Call - U AG Jersey Branch) zu einem fixen Zinssatz (2,70%) in das Depot eingebucht worden. Die daraus erfließenden Zinsen seien ebenfalls wieder als Treuhandanlage in das genannte Depot eingebucht worden.

Am 25. November 2003 seien schließlich - laut Kontoauszug der U AG - aus dem Depot 10,280.000 EUR an die AC Limited überwiesen worden. Die A Limited sei laut ihrer Bilanz zum 31. Dezember 2003 Alleingesellschafterin der AC Limited.

Wenn eine Privatstiftung eine Beteiligung iSd § 31 EStG 1988 veräußere, könnten gemäß § 13 Abs. 4 KStG 1988 die dabei aufgedeckten stillen Reserven von den Anschaffungskosten eines im Kalenderjahr der Veräußerung angeschafften Anteiles an einer Körperschaft, der mehr als 10% beträgt, abgesetzt werden (Übertragung stiller Reserven). Erfolge im Kalenderjahr der Aufdeckung keine Übertragung stiller Reserven, könne dafür ein steuerfreier Betrag gebildet werden, welcher innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung der Beteiligung als stille Reserve übertragen werden könne. Steuerfreie Beträge, die nicht innerhalb dieser Frist übertragen würden, seien nach § 22 Abs. 3 KStG 1988 zu versteuern. Eine Einschränkung der Übertragung sei nicht vorgesehen; insbesondere sei auch bei Erwerb ausländischer Anteile eine Übertragung möglich. Die Übertragung stiller Reserven und die Bildung eines steuerfreien Betrages hätten lediglich einen Stundungseffekt.

Als eine die Übertragung stiller Reserven iSd § 13 Abs. 4 KStG 1988 ermöglichende Anschaffung gelte auch der Anteilerwerb im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft sowie ein Anteilerwerb im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung, wenn das Ausmaß der erworbenen Anteile mehr als 10% der gesamten Anteilsrechte betrage. Weiters sei eine Übertragung stiller Reserven auch insoweit möglich, als im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung neben den Kosten des neuen Anteiles ein Agio zu leisten sei.

Im vorliegenden Fall habe die Mitbeteiligte am 12. April 2002 100% des Nennkapitals (50.000 USD) an der (neu gegründeten) A Limited erworben. Darauf folgend sei am 16. April 2002 das Nennkapital der A Limited um weitere 50.000 USD erhöht und auf die Kapitalerhöhung ein Aufgeld im Differenzbetrag zwischen dem "Gesamtinvest" von 10.000.000 EUR und dem Nennkapital bezahlt worden. Der Gesellschaftsanteil sei für die Mitbeteiligte von der U Trustees Limited treuhändig gehalten worden.

Selbst das Finanzamt gehe davon aus, dass die Mitbeteiligte eine Beteiligung an der A Limited erworben habe, beschränke aber die Übertragungsmöglichkeit des von der Mitbeteiligten gebildeten steuerfreien Betrages auf das (erhöhte) Nominalkapital der A Limited zuzüglich angelaufener Kosten.

Nach Lehre und Judikatur sei es unbestritten zulässig, Geschäftsanteile gegen einen höheren als den mit dem Nennkapital ausgedrückten Betrag auszugeben. Dem Aufgeld stehe auch ein entsprechender innerer Wert der A Limited gegenüber, dies eben durch die Zuführung der entsprechenden finanziellen Mittel.

Das Stiftungssteuerrecht (§ 13 Abs. 4 Z 1 KStG 1988 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung) sehe die Möglichkeit der Übertragung stiller Reserven auf Anschaffungskosten (ohne Unterschied, ob von in- oder ausländischen) Beteiligungen ausdrücklich vor. Die Umdeutung einer von einem Abgabepflichtigen gewählten rechtlichen Gestaltung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise sei aber dann nicht möglich, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreite, den das Gesetz selbst vorzeichne. Letztlich sei noch darauf zu verweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Gesellschaftsgründung an sich nicht den Tatbestand eines Missbrauches im Sinne des § 22 BAO erfüllen könne.

Der Berufung sei daher insoweit Folge zu geben gewesen. Anders verhalte es sich aber bei der vom Finanzamt vorgenommenen Zurechnung von Einkünften aus Kapitalveranlagungen bei der U AG.

Die im vorliegenden Fall erfolgte Zwischenschaltung der A Limited mit Sitz auf den Cayman Islands sei wirtschaftlich unangemessen. Die A Limited habe gemäß dem Berufungsvorbringen zum einen lediglich dazu gedient, liquide Mittel der Mitbeteiligten (weiter) zu veranlagen, habe also keine (erwerbs-)wirtschaftliche Funktion verfolgt. Auch die von der Mitbeteiligten ins Treffen geführten außersteuerlichen Gründe gingen ins Leere:

Hinsichtlich des Vorbringens, wonach es wesentliches Element der Veranlagungsstrategie der Mitbeteiligten gewesen sei, ihr Vermögen im politischen und wirtschaftlichen Einflussbereich der Vereinigten Staaten von Amerika zu veranlagen, sei darauf zu verweisen, dass der Betrag zumindest 2002 bis 2003, also eineinhalb Jahre lang und über den Streitzeitraum hinaus bei der U AG in der Schweiz veranlagt worden sei. Dem Einwand der Mitbeteiligten, es sei ihr Wunsch gewesen, mit ihren Vermögenswerten langfristig den Bereich der europäischen Jurisdiktion zu verlassen, sei entgegen zu halten, dass nicht eine allenfalls von der Mitbeteiligten verfolgte langfristige Strategie, sondern der während des Streitzeitraumes tatsächlich verwirklichte Sachverhalt zur Beurteilung anstehe; dieser erschöpfe sich aber in der Veranlagung - wenn auch im Wege eines "Treuhand Call" - bei der U AG in der Schweiz. Soweit die Mitbeteiligte ausführe, dass für die Gründung der A Limited nicht zuletzt auch der Umstand ausschlaggebend gewesen sei, dass deren organschaftliche Vertreter ebenfalls Kapitalgesellschaften - mit entsprechendem finanziellen Hintergrund und Knowhow - sein dürften, was für den Bereich der Haftung eine besondere Rolle spiele, und die U AG die Konstruktion in der schließlich verwirklichten Form angeboten habe, gelte es festzuhalten, dass die U AG zwar über entsprechende derartige Voraussetzungen verfügt haben möge, die Haftung der U AG jedoch letztlich auf schuldhaftes Malversationen eingeschränkt worden sei. Die Mitbeteiligte habe im Übrigen - auch nach ihrem eigenen Vorbringen - als Alleingesellschafterin die Grundsätze der Geschäftstätigkeit der A Limited vorgegeben und die Kontrolle der Geschäftstätigkeit wahrgenommen. In diesem Zusammenhang sei zudem auch noch vor Augen zu halten, dass die A Limited auf den Cayman Islands über keinerlei Infrastruktur (Personal, Büroräumlichkeiten usw.) verfügt habe. Insoweit erweise sich die Berufung daher als nicht begründet.

Gegen diesen Bescheid - soweit der Berufung Folge gegeben wurde - wendet sich die vorliegende Beschwerde des Finanzamtes, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde und Erstattung einer Gegenschrift durch die Mitbeteiligte erwogen hat:

In der Beschwerde wird zugestanden, dass die Übertragung stiller Reserven iSd § 13 Abs. 4 KStG 1988 nicht nur auf neu angeschaffte, bereits bestehende Anteile an Körperschaften möglich sei, sondern auch dann erfolgen könne, wenn mehr als 10% der Anteile im Rahmen der Gründung einer Kapitalgesellschaft bzw. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (bzw. einem vergleichbaren ausländischen Rechtsgebilde) erworben werden. Auch wird nicht mehr bestritten, dass dies auch für einen Erwerb aufgrund einer ordentlichen Kapitalerhöhung gilt und auch dann, wenn im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung neben den Kosten für die Zeichnung des neuen Anteils bzw. der neuen Anteile ein Agio zu leisten ist (*Stangl* in Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger, KStG 1988, § 13 Tz 61).

Das beschwerdeführende Finanzamt macht aber geltend, die belangte Behörde gehe implizit davon aus, dass es sich bei der A Ltd. um eine Körperschaft handle, die mit einer inländischen Kapitalgesellschaft (oder einer Genossenschaft) vergleichbar sei; es liege insoweit ein sekundärer Feststellungsmangel vor, da das ausländische Recht Gegenstand des Ermittlungsverfahrens sei. Vorausset-

zung für eine Übertragung stiller Reserven iSd § 13 Abs. 4 KStG 1988 sei, dass die Mittel, die aus der Aufdeckung der stillen Reserven resultierten, tatsächlich auf die Körperschaft übertragen würden, deren Anteile erworben würden. Bei der A Ltd. handle es sich um eine reine Durchlaufgesellschaft ohne eigenes Personal und Infrastruktur, deren Zwischenschaltung auch von der belangten Behörde als unangemessen beurteilt worden sei, sodass sie die Einkünfte aus dem Kapitalvermögen der Mitbeteiligten zugerechnet habe. Somit müsse aber auch die Einkunftsquelle, nämlich der als Agio bezeichnete Betrag, der Mitbeteiligten weiterhin zugerechnet werden. Einkünfte aus einem Kapitalvermögen seien in der Regel dem Eigentümer des Kapitalstammes zuzurechnen. Voraussetzung für die gesellschaftsrechtliche Anerkennung einer Einlage in eine Kapitalgesellschaft (auch des Agios) sei, dass die geleistete Einlage in die freie Verfügung der Vertretungsorgane der Gesellschaft gelange. Für die Entscheidungen über die Vermögensveranlagung, also die Verwendung des als Agio bezeichneten Betrages, sei aber ausschließlich die Mitbeteiligte zuständig gewesen. Die belangte Behörde habe zu Recht keine Feststellungen zum Vorbringen der Mitbeteiligten getroffen, die Geschäftsführer der A Ltd. seien auf eigene Verantwortung mit voller und uneingeschränkter Kontrolle über die Vermögenswerte tätig gewesen bzw. die Mitbeteiligte habe keinen Einfluss auf die laufende Geschäftsführung gehabt. Bereits vor der Überweisung des Betrages von 10.000.000 EUR sei die konkrete Veranlagung des Geldes zwischen der Mitbeteiligten und der U AG bestimmt worden. Hätte tatsächlich der Vorstand der A Ltd. die volle Dispositions- und Entscheidungsbefugnis über das Vermögen der A Ltd. gehabt, hätte dieser darauf dringen müssen, dass die Gelder sofort in einen "Cayman Fund" veranlagt würden und nicht erst nach eineinhalbjähriger Festgeld-Veranlagung in der Schweiz. Die Zuwendung von Geldmitteln an ein funktionsloses Gebilde in einem Steueroasenstaat, welches formal als selbständige juristische Person angesehen werden könne, könne nicht als eine Anschaffung von Anteilen an einer Körperschaft beurteilt werden, weil eine tatsächlich nicht operativ tätige Gesellschaft keinerlei Verfügungen über als Einlagen bzw. als Agio gewidmete Gelder vornehmen könne. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise könne daher ein Übergang der Mittel, die der Mitbeteiligten aus der Aufdeckung der stillen Reserven der veräußerten Beteiligung zur Verfügung gestanden seien, nicht erfolgen. Als Verfahrensmangel rügt das beschwerdeführende Finanzamt, die belangte Behörde wäre verpflichtet gewesen, Beweis darüber aufzunehmen, ob der der A Ltd. überwiesene Betrag dort auch frei verfügbar gewesen sei.

§ 13 Abs. 4 und 5 KStG 1988 (idF BGBl. I Nr. 142/2000) lauten (auszugsweise):

"(3) Bei Privatstiftungen, die nicht unter § 5 Z 6 oder 7 oder unter § 7 Abs. 3 fallen, sind weder bei den Einkünften noch beim Einkommen zu berücksichtigen, sondern nach Maßgabe des § 22 Abs. 3 gesondert zu versteuern:

1. (...)
2. Einkünfte aus der Veräußerung von Beteiligungen im Sinne des § 31 des Einkommensteuergesetzes 1988, soweit nicht Abs. 4 angewendet wird.

Die Besteuerung (§ 22 Abs. 3) von Kapitalerträgen und Einkünften aus der Veräußerung von Beteiligungen unterbleibt insoweit, als im Veranlagungszeitraum Zuwendungen im Sinne des § 27 Abs. 1 Z 7 des Einkommensteuergesetzes 1988 getätigt worden sind und davon Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist sowie keine Entlastung von der Kapitalertragsteuer auf Grund eines Doppelbesteuerungsabkommens erfolgt.

(4) Wird eine Beteiligung im Sinne des § 31 des Einkommensteuergesetzes 1988 veräußert, gilt Folgendes:

1. Soweit nicht Abs. 3 letzter Satz anzuwenden ist, können die dabei aufgedeckten stillen Reserven von den Anschaffungskosten eines im Kalenderjahr der Veräußerung angeschafften Anteils an einer Körperschaft, der mehr als 10% beträgt, abgesetzt werden (Übertragung stiller Reserven).
2. Stille Reserven sind der Unterschiedsbetrag zwischen den Anschaffungskosten und dem Veräußerungserlös.
3. Als Anschaffungskosten des erworbenen Anteils gelten die um die übertragenen stillen Reserven gekürzten Beträge. Diese Anschaffungskosten sind in Evidenz zu nehmen.
4. Erfolgt im Kalenderjahr der Aufdeckung keine Übertragung stiller Reserven, kann dafür ein steuerfreier Betrag gebildet werden. Der steuerfreie Betrag kann innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung der Beteiligung als stille Reserve im Sinne der Z 1 bis 3 übertragen werden. Steuerfreie Beträge, die nicht innerhalb dieser Frist übertragen werden, sind nach § 22 Abs. 3 zu versteuern. Abs. 3 letzter Satz ist sinngemäß anzuwenden."

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (311 BlgNR 21. GP, 175 f) wird dazu ausgeführt:

"Das seit 1993 bestehende Stiftungssteuerrecht ist ertragsteuerlich dadurch gekennzeichnet, dass trotz Geltung des Trennungsprinzips die Gesamtsteuerbelastung von Privatstiftung und den Begünstigten jener der Steuerbelastung einer natürlichen Person gleichkommt. Es gelten daher für betriebliche Einkünfte, Vermietungseinkünfte, einzelne Kapitaleinkünfte und einzelne sonstige Einkünfte im Sinne des EStG 1988 die Regeln für Kapitalgesellschaften, sodass die 34%ige Körperschaftsteuerbelastung und die 25%ige Zuwendungsbelastung etwa dem 50%igen Spitzeneinkommensteuersatz entsprechen. Soweit natürliche Personen halbsatz- oder endbesteuert sind, ist die Privatstiftung bislang steuerfrei gestellt, da mit jeder Zuwendungsbesteuerung das der natürlichen Person für unmittelbar erzielte Einkünfte entsprechende Steuerniveau erreicht wird. Einen Steuervorteil hat dieses System für Privatstiftungen und ihre Begünstigten insofern ausgelöst, als im Falle längerfristig thesaurierter steuerfrei gestellter Einkünfte eine Ungleichbehandlung zu Lasten vergleichbarer Vermögensveranlagungen natürlicher Personen gegeben ist.

Diese im Zinsvorteil liegende Besteuerungslücke soll mit Wirkung ab 2001 teilweise geschlossen werden. Zinserträge aus Einlagen- und Forderungswertpapieren sollen einer Art Zwischenbesteuerung unterworfen werden, und zwar zu einem besonders ermäßigten Steuersatz. Diese Besteuerung setzt zunächst mit dem Anfallen der Erträge ein. Werden (in der Folge) seitens der Privatstiftung Zuwendungen getätigt, kommt es aber nach Maßgabe der näheren gesetzlichen Regelungen zu einer Gutschrift. Im Ausmaß erfolgter Zuwendungen ändert sich daher an der Gesamtsteuerbelastung nichts.

Das System wird durch gesetzliche Änderungen in zwei Bereichen implementiert. Erstens werden die bisherigen Befreiungsbestimmungen in § 13 Abs. 2 entsprechend adaptiert. Die Besteuerung der bisher befreiten Erträge erfolgt nach Art einer Schedulenbesteuerung mit einem ermäßigten Steuersatz von 12,5% (siehe § 13 Abs. 3) im Wege der Veranlagung. Eine Besteuerung unterbleibt insoweit, als im Jahre des Erzielens der Zinserträge Ausschüttungen vorgenommen werden. Zweitens wird in § 24 Abs. 5 eine Gutschrift dieser ermäßigten Steuer vorgesehen; sie wird im Wege der Veranlagung erfolgen. Diese Steuergutschrift setzt zunächst voraus, dass die ermäßigte Steuer im Zeitpunkt der Abgabe der Steuererklärung bereits tatsächlich entrichtet ist. Weiters müssen Zuwendungen vorliegen, von denen Kapitalertragsteuer einbehalten worden ist. Die Gutschrift erfolgt in Entsprechung des ermäßigten Satzes mit einem Betrag von 12,5% der Zuwendung. Formal ist die Führung eines Evidenzkontos erforderlich, aus dem sich Entwicklung und Stand der für eine Gutschrift in Frage kommenden Beträge ergeben müssen.

Beispiel:

...

Als weitere Maßnahme werden auch Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen gemäß § 31 EStG 1988 in die Zwischenbesteuerung einbezogen. Das dafür vorgesehene Besteuerungsregime entspricht grundsätzlich jenem, wie es für Zinserträge vorgesehen wird. Die Zwischenbesteuerung kann allerdings insoweit vermieden werden, als im Kalenderjahr der Veräußerung bzw. innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung eine mehr als 10% betragende Beteiligung an einer Körperschaft erworben wird und der "Veräußerungsgewinn" auf die Anschaffungskosten dieser Beteiligung übertragen wird. Die Regelung ist der Übertragung stiller Reserven im Sinne des § 12 EStG 1988 nachgebildet. In Anlehnung an diese Bestimmung ist auch die Bildung eines steuerfreien Betrages vorgesehen. Dieser ist innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung bestimmungsgemäß zu verwenden. Erfolgt keine bestimmungsgemäße Verwendung, ist der steuerfreie Betrag aufzulösen und einer Zwischenbesteuerung zuzuführen. Die Zwischenbesteuerung des Veräußerungsgewinnes bzw. des aufgelösten steuerfreien Betrages unterbleibt insoweit, als im Jahr des Anfallens des Veräußerungsgewinnes bzw. der Auflösung des steuerfreien Betrages Zuwendungen erfolgen.

Beispiel:

..."

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO kann durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden, wobei nach § 22 Abs. 2 BAO, wenn ein Missbrauch im Sinne des ersten Absatzes dieser Gesetzesbestimmung vorliegt, die Abgaben so zu erheben sind, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Nach ständiger hg. Rechtsprechung wird als Missbrauch iSd § 22 BAO eine rechtliche Gestaltung angesehen, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung ungewöhnlich und unangemessen ist und nur aufgrund der damit verbundenen Steuerersparnis verständlich wird. Dabei bildet im Allgemeinen nicht ein einziger Rechtsschritt, sondern eine Kette von Rechtshandlungen den Sachverhalt, mit dem die Folge des § 22 Abs. 2 BAO verbunden ist. Ein Missbrauch kann also in der dem tatsächlichen Geschehen nicht angemessenen Hintereinanderschaltung mehrerer rechtlicher Schritte bestehen. Ein Missbrauch liegt dann nicht vor, wenn der Steuerpflichtige unmittelbar jenen Weg beschreitet, den das Gesetz selbst vorzeichnet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Dezember 2004, 2002/14/0074, mwN).

Der Steuerpflichtige ist grundsätzlich nicht gehindert, Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts so einzusetzen, dass die geringste Steuerbelastung erzielt wird. Im Falle einer rechtlichen Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet, ist zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabenersparenden Effekt wegdenkt oder ob er ohne das Resultat der Steuerminderung einfach unverständlich ist. Können daher beachtliche außersteuerliche Gründe für eine - wenn auch ungewöhnliche - Gestaltung angeführt werden, ist ein Missbrauch auszuschließen (vgl. neuerlich das hg. Erkenntnis vom 9. Dezember 2004).

Der Begriff der "Ungewöhnlichkeit" einer von der Sanktion des § 22 BAO bedrohten Gestaltung ist im Sinne der Unangemessenheit des eingeschlagenen Weges zur Verfolgung des angestrebten Zieles zu verstehen. Die statistische Häufigkeit des Vorkommens einer bestimmten zivilrechtlichen Gestaltung im Wirtschaftsleben allein ist für die Beurteilung dieser Gestaltung als Missbrauch iSd § 22 BAO kein entscheidender Parameter; entscheidend ist die rechtliche Angemessenheit (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Jänner 2005, 2000/13/0176).

Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt die Ansicht geteilt, dass ein Zwischenschalten einer Tochtergesellschaft in einer "Steuer-oase" (etwa auf den Kanalinseln) zur Gewährung von Darlehen innerhalb eines Konzerns, ohne dass von dieser Gesellschaft insoweit eine wirtschaftliche Funktion erfüllt wird, unangemessen ist (dies auch insbesondere zur "Veranlagung" der aus Beteiligungsveräußerungen eines österreichischen Unternehmens resultierenden Liquiditätsüberschüsse über eine ausländische Gesellschaft; vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Oktober 2006, 2003/13/0031). Dabei erfüllt nicht schon die Gesellschaftsgründung an sich den Tatbestand



des Missbrauchs, sondern erst die hinzutretende wirtschaftlich unangemessene Umleitung von Geldern (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Oktober 2008, 2006/13/0036, mwN).

Die belangte Behörde hat - zur Frage der Zurechnung von Einkünften - ausgeführt, dass die Zwischenschaltung der A Ltd. mit Sitz auf den Cayman Islands (iSd § 22 Abs. 1 BAO) wirtschaftlich unangemessen gewesen sei. Diese habe lediglich dazu gedient, liquide Mittel der Mitbeteiligten weiter zu veranlagern. Die A Ltd. habe keine erwerbswirtschaftliche Funktion verfolgt. Die von der Mitbeteiligten ins Treffen geführten außersteuerlichen Gründe gingen ins Leere. Die Einkünfte aus Kapitalveranlagungen bei der U AG seien daher unmittelbar der Mitbeteiligten zuzurechnen.

Bei Vorliegen eines Missbrauchs iSd § 22 Abs. 1 BAO sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Im angefochtenen Bescheid wird nicht (ausdrücklich) dargelegt, welche rechtliche Gestaltung den wirtschaftlichen Vorgängen angemessen gewesen wäre. Die Ausführungen im angefochtenen Bescheid, die A Ltd. habe lediglich dazu gedient, liquide Mittel der Mitbeteiligten weiter zu veranlagern, sind unzweifelhaft so zu verstehen, dass die belangte Behörde als zu unterstellende angemessene Gestaltung eine Direktveranlagung dieser Mittel der Mitbeteiligten (hier bei der U AG im Wege - zunächst - einer Festgeldveranlagung) angesehen hat.

Damit ist aber die Begründung des angefochtenen Bescheides in sich widersprüchlich:

Ist davon auszugehen, dass ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vorliegt, und ist die angemessene Gestaltung eine Direktveranlagung der Mittel, so muss davon ausgegangen werden, dass diese Mittel der Mitbeteiligten verblieben sind, die ihr wirtschaftliches Eigentum daran nie aufgegeben hat; im Hinblick auf diese angenommene Gestaltung könnte aber auch nicht von der Anschaffung eines Anteils an einer Körperschaft iSd § 13 Abs. 4 KStG 1988 ausgegangen werden.

Solcherart braucht nicht mehr darauf eingegangen zu werden, ob es einem Fremdvergleich entspricht, dass das Agio nicht hingegeben wurde, weil der Wert der Beteiligung über ihrem Nominale gelegen wäre, sondern die Beteiligung erst durch das Agio ihre Werthaltigkeit erlangt hat.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Wien, am 26. April 2012