

JUDIKATUR

Doppelstöckige luxemburgische Zwischenholding und Rückerstattung der Kapitalertragsteuer

1. Ein – den steuerlichen Missbrauch nach § 22 BAO ausschließender – wirtschaftlicher Grund für eine Gestaltung kann nicht nur dann vorliegen, wenn das angestrebte wirtschaftliche Ziel nicht anders erreichbar ist. Ein wirtschaftlicher Grund für eine Gestaltung liegt auch vor, wenn das Ziel damit besser und sicherer zu erreichen war.
2. Das Fehlen einer Wirtschaftstätigkeit bei der ausländischen EU-Gesellschaft ist dann nicht schädlich, wenn ihre EU-Muttergesellschaft dort ansässig und wirtschaftlich tätig ist.
3. Das Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Muttergesellschaft lässt sich aus der Beschäftigung ‚lediglich‘ eines Geschäftsführers, eines Bilanzbuchhalters und eines Büroleiters im Luxemburger Büro, aus der Entsendung eines Geschäftsführers aus dem Umfeld der Anteilseigner während der Zeit der Suche nach einem ständigen Geschäftsführer, aus der Vorgabe einer bestimmten Investitionspolitik durch die Anteilseigner und aus der Zusammenfassung dieser Umstände mit dem Wort ‚Gesamtbild‘ nicht ableiten.

<https://doi.org/10.33196/ges201906031701>

VwGH 27.03.2019, Ro 2018/13/0004
(vorgehend BFG 04.12.2017, RV/7106377/2016)
Deskriptoren: Missbrauch, Missbrauchsverdacht, Kapitalertragsteuer, Zwischenholding.

Normen: § 94 Z 2 EStG; § 22 BAO (idF vor dem JStG 2018, BGBl I 2018/62).

Problemstellung

Die Revisionswerberin ist eine in Luxemburg ansässige „societe a responsabilite limitee“ („SARL“ bzw. „S.à r.l.“, eine GmbH nach luxemburgischem Recht), die zunächst zu knapp 30% und später zu knapp 40% an einer österreichischen Flughafen-AG beteiligt ist. Die Revisionswerberin hält keine anderen Beteiligungen und beschäftigt kein Personal. Muttergesellschaft der Revisionswerberin ist zu 100% eine ebenfalls in Luxemburg ansässige GmbH, die über Zwischenholdings wie die Revisionswerberin Beteiligungen im Infrastrukturbereich auch in Deutschland, Polen und Mexiko hält. Sie verfügt über Geschäftsräumlichkeiten in Luxemburg und beschäftigt Mitarbeiter. Alle Anteile an der Muttergesellschaft der Revisionswerberin hält eine Gesellschaft auf

den britischen Cayman Islands treuhändig für einen auf den Cayman Islands ansässigen Fonds ohne Rechtspersönlichkeit, in den vorwiegend institutionelle Pensionsfonds aus Australien, aber auch aus europäischen Ländern, den USA und Kanada investieren. Der Fonds auf den Cayman Islands wird von einer Gesellschaft mit Sitz in Australien beraten.

Im Zeitpunkt der Ausschüttung der verfahrensgegenständlichen Dividende durch die österreichische Flughafen-AG im Mai 2015 war die Revisionswerberin noch nicht „während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mindestens einem Jahr“ (§ 94 Z 2 EStG) an der österreichischen Aktiengesellschaft beteiligt, weshalb (schon) aus diesem Grund KESt einbehalten und abgeführt wurde. Nach Verstreichen der einjährigen Mindestbeholdedauer beantragte die Revisionswerberin die Rückerstattung der Kapitalertragsteuer gem § 240 iVm § 240a BAO und ergänzte den Antrag durch Vorlage des Formulars „Erklärung von Muttergesellschaften für Zwecke der Anwendung der Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten“ sowie durch Angaben darüber, wer an ihrer Muttergesellschaft beteiligt sei.

Sowohl das Finanzamt als auch das BFG¹ gingen von einer missbräuchlichen Zwischenschaltung der luxem-

1 BFG 04.12.2017, RV/7106377/2016; dazu *Damberger/Hörtenhuber*, Rückerstattung von Kapitalertragsteuer an eine in Luxemburg ansässige Muttergesellschaft, BFGjournal 2018, 414 ff.

burgischen Gesellschaften aus und versagten die Kapitalertragsteuerrückerstattung. Der VwGH sah dies anders.²

Aus den Entscheidungsgründen

„33 Streitpunkt des vorliegenden Verfahrens ist nicht eine angestrebte Entlastung an der Quelle in der Form des Unterbleibens einer Einbehaltung und Abfuhr von Kapitalertragsteuer. Es geht daher auch nicht um die Voraussetzungen, unter denen die ursprünglich zu § 94a EStG 1988 ergangene Verordnung BGBl. Nr. 56/1995 bei Ausschüttungen an ausländische Muttergesellschaften eine Einbehaltung von Kapitalertragsteuer anordnet.

34 Revisionsgegenständlich ist ein Rückerstattungsverfahren, das im – hier nicht vorliegenden – Fall der Einbehaltung auf Grund der Verordnung ‚eine der Richtlinie entsprechende Entlastung (...) herbeizuführen‘ hat (§ 94 Z 2 letzter Satz EStG 1988) und sich bei Einbehaltung von Kapitalertragsteuer schon mangels rechtzeitigen Erreichens der Mindestdauer der Beteiligung unmittelbar auf ‚europarechtliche Vorgaben‘ gründet [...].

35 Das Bundesfinanzgericht hat diesen rechtlichen Rahmen dargestellt, daraus aber nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen und die Rechtslage verkannt, indem es die Richtlinie nicht als Rechtsquelle heranzog und der von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Judikatur des EuGH keinerlei Beachtung schenkte (vgl. zu dieser Judikatur zuletzt *Fuchs*, ÖStZ 2018/722, 559, mwN).

36 Die angefochtene Entscheidung findet auch nicht Deckung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26. Juni 2014, 2011/15/0080, VwSlg 8927/F. Nach diesem Erkenntnis spricht die Beherrschung durch in einem Drittstaat ansässige Personen für das Vorliegen missbräuchlicher Rechtsgestaltung, wenn für die Zwischenschaltung einer EU-Gesellschaft ‚wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet‘.

37 Das Bundesfinanzgericht scheint anzunehmen, für die Einschaltung der beiden im EU-Raum ansässigen Gesellschaften bestehe kein ‚wirtschaftlicher Grund‘, wenn sie für die Gliederung der Beteiligungen u.a. nach Regionen kein ‚Erfordernis‘ darstelle und nicht konkret dargetan werde, dass die Beteiligung an der österreichischen Aktiengesellschaft sonst ‚gescheitert‘ wäre. Diese Betrachtungsw

ungsweise ist verfehlt, weil ein wirtschaftlicher Grund für eine Gestaltung nicht nur dann vorliegen kann, wenn das angestrebte wirtschaftliche Ziel nicht anders erreichbar ist. Ein wirtschaftlicher Grund für eine Gestaltung liegt auch vor, wenn das Ziel damit, wie hier vorgebracht, besser und sicherer zu erreichen war.

38 Was die Wirtschaftstätigkeit anlangt, so hat das Bundesfinanzgericht im Prinzip richtig angenommen, dass das Fehlen einer solchen bei der in Luxemburg ansässigen Revisionswerberin nicht schädlich wäre, wenn ihre ebenfalls dort ansässige Muttergesellschaft in Luxemburg wirtschaftlich tätig ist. Das Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Muttergesellschaft lässt sich aus der Beschäftigung ‚lediglich‘ eines Geschäftsführers, eines Bilanzbuchhalters und eines Büroleiters im Luxemburger Büro, aus der Entsendung eines Geschäftsführers aus dem Umfeld der Anteilseigner während der Zeit der Suche nach einem ständigen Geschäftsführer, aus der Vorgabe einer bestimmten Investitionspolitik durch die Anteilseigner und aus der Zusammenfassung dieser Umstände mit dem Wort ‚Gesamtbild‘ aber nicht ableiten.

39 Dass die Muttergesellschaft der Revisionswerberin ‚nicht geschäftsleitend tätig‘ geworden sei, steht auch im Widerspruch zu den unwiderlegten, detaillierten Angaben über die Aufgabenbereiche der drei Mitarbeiter. ‚Geschäftsleitend‘ ist nach Meinung des Bundesfinanzgerichtes der Fonds auf den Cayman Islands (gemeint wohl: über die Treuhandgesellschaft), weil von ihm das Kapital für die Beteiligung stammt und er über die ihn beratende australische Gesellschaft die Zielgesellschaft fachlich beraten kann. Der geschäftsleitenden Tätigkeit einer Holdinggesellschaft von der Art der Muttergesellschaft der Revisionswerberin steht es aber nicht entgegen, wenn sie finanzkräftige Anteilseigner hat und sich die Tätigkeit der bei ihr beschäftigten Mitarbeiter nicht auch auf die fachliche Beratung der Zielgesellschaft in der Führung eines Flughafens erstreckt (vgl. zur Verwaltung von Wirtschaftsgütern als wirtschaftlicher Tätigkeit jetzt EuGH 20.12.2017, *Deister Holding und Jubler Holding*, C-504/16 und C-613/16, Rn. 73; 14.6.2018, GS, C-440/17, Rn. 54; anders als in den dort angesprochenen Fällen war die Muttergesellschaft der Revisionswerberin nach dem Vorbringen in der Verhandlung auch umsatzsteuerpflichtig).“

2 VwGH 27.03.2019, Ro 2018/13/0004, ÖStZB 2019/122, 303 ff, und dazu *Zorn*, VwGH zur KEST-Entlastung bei Gewinnausschüttung in Drittland, RdW 2019/334, 418 ff, sowie *Allram/Sedlaczek*, VwGH zur KEST-Entlastung von Outbound-Dividenden nach der Mutter-Tochter-RL, ÖStZ 2019/381, 277 ff; siehe weiters *Allram*,

VwGH: Recht geht vor „Steuergerechtigkeit“, Die Presse – Rechtspanorama 2019/194 (03.06.2019). Nachfolgend auch VwGH 03.04.2019, Ra 2017/15/0070, und dazu *Zorn*, VwGH zum steuerlichen Missbrauch durch Directive Shopping, RdW 2019/266, 346 f.

Anmerkung

Von Georg Kofler

In Umsetzung der unionsrechtlichen Mutter-Tochter-RL ist für Outbound-Ausschüttungen an qualifizierte EU-Muttergesellschaften in § 94 Z 2 EStG eine Kapitalertragsteuerentlastung an der Quelle vorgesehen bzw – sofern es etwa wegen Nichterfüllens der einjährigen Mindesthaltungsdauer oder eines Missbrauchsverdachts im Lichte der VO BGBl 1995/56 doch zum Quellensteuerabzug kommt – ein Rückerstattungsverfahren auf Antrag durchzuführen.³ In diesem – im vorliegenden Fall aufgrund der nicht erfüllten einjährigen Mindesthaltungsdauer – Rückerstattungsverfahren ist selbstverständlich auch zu prüfen, ob ein Missbrauch nach § 22 BAO vorliegt und bejahendenfalls die Rückerstattung zu versagen.⁴

Der VwGH bestätigt zunächst seine bisherige Judikatur, dass Missbrauch dann vorliegt, wenn „wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen“ und die zwischengeschaltete Gesellschaft „keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet“.⁵ Beide Kriterien erläutert das vorliegende Erkenntnis: Erstens liegt ein wirtschaftlicher Grund auch dann vor, wenn ein Ziel durch die konkrete Gestaltung besser und sicherer erreichbar ist (und nicht bloß dann, wenn die Gestaltung die einzige Möglichkeit zur Zielverfolgung ist), und kann konkret auch in der Gliederung der diversen Industriebeteiligungen nach Sektoren, Regionen und Geschäftsfeldern zwecks professioneller Verwaltung bestehen. Zweitens besteht auch eine eigene Wirtschaftstätigkeit in Luxemburg,

wenn die Gesellschaft dort im Hinblick auf die strategische Geschäftsentwicklung, Anlagemöglichkeiten, Finanzverwaltung und Reporting, Büroverwaltung, Führung von Finanzkonten etc durch drei beschäftigte Mitarbeiter tätig ist. Zudem stellt der VwGH klar, dass das Fehlen einer Wirtschaftstätigkeit bei der ausländischen, die Dividenden unmittelbar beziehenden EU-Gesellschaft dann unschädlich ist, wenn ihre EU-Muttergesellschaft dort ansässig und wirtschaftlich tätig ist; dies ist schon deshalb einleuchtend, weil im Fall, dass hinter einer EU-Holding eine operative EU-Großmuttergesellschaft steht, beim direkten Dividendenbezug durch die Großmuttergesellschaften das österreichische Besteuerungsrecht gleichsam erloschen wäre.⁶

Sowohl dieses Erkenntnis als auch die vorgehende⁷ und nachfolgende⁸ Judikatur machen deutlich, dass sich der VwGH im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und wohl insbesondere auch den Urteilen in *Eqiom*,⁹ *Deister und Juhler*¹⁰ und *GS*¹¹ sieht.¹² Dies ist deshalb bedeutsam, weil sich bis 2016 die Missbrauchsabwehr im unionsrechtlichen Rahmen des alten Art 1 Abs 2 der Mutter-Tochter-RL bewegen musste, der – wie der heutige Art 1 Abs 4 – einen eng auszulegenden Vorbehalt zugunsten nationaler Antimissbrauchsregeln enthielt.¹³ Inzwischen hat sich freilich auch das Unionsrecht weiterentwickelt und sieht sowohl in Art 6 ATAD¹⁴ – den das JStG 2018¹⁵ durch eine Neufassung

3 Dazu und zum Verhältnis zur Entlastung nach DBA ausf Kofler in *Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger*, Internationales Steuerrecht² (2019) Rz VII/303 ff.

4 ZB EAS 650 = SWI 1995, 285; EAS 996 = SWI 1997, 139; Pkt 1.2 des Salzburger Steuerdialogs 2009 – Außensteuerrecht und Internationales Steuerrecht (BMF-010221/2415-IV/4/2009), AÖF 2009/260. Zur Frage des Erstattungsberechtigten siehe zuletzt EAS 3414 (unmittelbar bzw über eine Personengesellschaft mittelbar beteiligte Muttergesellschaft).

5 Ausf VwGH 26.06.2014, 2011/15/0080, ÖStZB 2014/297, 508.

6 Ebenso BFG 04.12.2017, RV/7106377/2016; EAS 652 = SWI 1995, 287; EAS 672 = SWI 1995, 329; EAS 746 = SWI 1996, 3; EAS 871 = SWI 1996, 330; EAS 1072 = SWI 1997, 332; EAS 1756 = SWI 2001, 4; EAS 1803 = SWI 2001, 52; EAS 2606; EAS 3234 = SWI 2011, 370; EAS 3244; siehe auch UFS 23.08.2006, RV/1915-W/04; anders womöglich EAS 611 = SWI 1995, 202.

7 VwGH 26.06.2014, 2011/15/0080, ÖStZB 2014/297, 508.

8 VwGH 03.04.2019, Ra 2017/15/0070, RdW 2019/266, 346 f m Anm Zorn.

9 EuGH 07.09.2017, C-6/16, *Eqiom und Enka*, EU:C:2017/641.

10 EuGH 20.12.2017, C-504/16 und 613/16, *Deister Holding und Juhler Holding*, EU:C:2017:1009.

11 EuGH 14.06.2018, C-440/17, *GS*, EU:C:2018:437.

12 Siehe speziell VwGH 03.04.2019, Ra 2017/15/0070 (Rn 23).

13 Dazu etwa *Allram/Sedlaczek*, ÖStZ 2019/381, 277 (279 f).

14 Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl L 193/1 (19.07.2016).

15 BGBl I 2018/62.

des § 22 BAO umgesetzt hat – als auch in Art 1 Abs 2 und 3 der Mutter-Tochter-RL¹⁶ Minimalerfordernisse zur Missbrauchsabwehr vor, die in manchen Punkten wohl über das bisherige österreichische Missbrauchsverständnis hinausgehen.¹⁷ Es wäre allerdings überraschend, wenn der VwGH von der bisherigen, schon mit unionsrechtlichen Verständnis getroffenen Rechtsprechung im Hinblick auf die wirtschaftliche Begründetheit einer Gestaltung abginge. Zu erwarten ist umgekehrt, dass sich der VwGH weiter von der Rechtsprechung des EuGH – zuletzt etwa in *T Danmark*¹⁸ und *N Luxembourg I*¹⁹ – und den dort entwickelten Missbrauchsindizien inspirieren lässt.²⁰ So hat beispielsweise *Zorn* bereits unter Hinweis auf diese Urteile angemerkt, dass ein Kriterium für Missbrauch die überwiegende zeitnahe Weiterleitung der Einkünfte an unionsrechtlich nicht begünstigte Empfänger in Drittstaaten sei.²¹

Abschließend sei noch auf eine Nuance im Hinblick auf das Rückerstattungsverfahren bei Nichterfüllung der Mindesthaltedauer hingewiesen: Sowohl das BFG als auch der VwGH halten offenbar § 94 Z 2 letzter Satz EStG, der „eine der Richtlinie entsprechende Entlastung von der Kapitalertragsteuer auf Antrag der Muttergesellschaft durch ein Steuerrückerstattungsverfahren“ vorsieht, lediglich für Fälle des

Missbrauchsverdachts oder der offenkundigen verdeckten Ausschüttung für unmittelbar anwendbar, nicht aber für den Fall der zunächst noch nicht erfüllten Mindestbeholdedauer. Eine Steuerrückerstattung für den Fall des späteren Erreichens der Mindestbeholdedauer sei in § 94 Z 2 EStG – anders als im früheren § 94a Abs 2 Z 1 EStG idF vor dem BudBG 2011²² – nämlich nicht ausdrücklich vorgesehen, werde aber „aufgrund europarechtlicher Vorgaben“ gewährt.²³ Die diesbezügliche Neuformulierung der einjährigen Mindestbeholdedauer in § 94 Z 2 EStG durch das BudBG 2011 konnte allerdings auch missverstanden werden: Diese bedient sich nämlich des juristischen Perfekts („wenn die Beteiligung während eines ununterbrochenen Zeitraumes von mindestens einem Jahr bestanden hat“), was zu implizieren scheint, dass es bei Ausschüttungen vor Ablauf dieser Frist weder zu einer Quellenentlastung noch zu einer Rückerstattung kommen könne. Eine solche Anordnung wäre freilich klar richtlinienwidrig,²⁴ sodass jedenfalls in unionsrechtskonformer Auslegung für Ausschüttungen während der Mindestbeholdedauer bei nachfolgender „Fertigerfüllung“ der Frist (zumindest²⁵) eine Rückerstattung zu erfolgen hat. Diese Ansicht wird durch das vorliegende Erkenntnis nunmehr auch klar bestätigt.

16 Die aktuelle Fassung der Mutter-Tochter-Richtlinie enthält in Art 1 Abs 2 bis 4 eine ausdrückliche „Anti-Missbrauchsklausel“ und nicht einen bloßen Vorbehalt für das nationale Recht. Die geltende Rechtslage wurde durch die ÄnderungsRL 2015 (Richtlinie 2015/121/EU, ABL L 21/1 [28.01.2015]) geschaffen, die den bisherigen Missbrauchsvorbehalt des Art 1 Abs 2 (ausf dazu und mwN *Kofler*, Mutter-Tochter-Richtlinie [2011] Art 1 Rz 61 ff) in einen neuen Abs 4 überführte und in den Abs 2 und 3 eine generelle, an den Art 6 der nachfolgend erlassenen ATAD erinnernde Anti-Missbrauchsklausel in Form eines Mindeststandards vorsieht („De-minimis-Missbrauchsbekämpfungsvorschrift“), der alle Mitgliedstaaten dazu verpflichtete, bis 31.12.2015 ein einheitliches Mindestschutzniveau gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme der Richtlinie umzusetzen. Während eine Reihe von Mitgliedstaaten dafür spezielle nationale Umsetzungsmaßnahmen erlassen haben, wurden von Österreich offenbar die schon bestehenden Vorschriften (§ 94 Z 2 EStG iVm § 22 BAO) als ausreichende Umsetzung angesehen.

17 Siehe für ausf Analysen etwa bei *Lang*, Die Neuregelung des Missbrauchs in § 22 BAO, ÖStZ 2018/508, 419 ff, und *Hayden/Hayden*, § 22 BAO (Missbrauch) neu, RdW 2018/299, 378 ff.

18 EuGH 26.02.2019, C-116/16 und C-117/17, *T Danmark und Y Danmark*, EU:C:2019:135.

19 EuGH 26.02.2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16, *N Luxembourg I*, *X Danmark*, *C Danmark I* und *Z Danmark*, EU:C:2019:134.

20 Ausf *Bendlinger*, Keine KESt-Entlastung bei Durchlaufgesellschaften, ÖStZ 2019/192, 140 ff; siehe auch die umfassende Analyse der *CFE ECJ Task Force*, Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the CJEU decisions of 26 February 2019 in Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, *N Luxembourg I et al*, and Cases C-116/16 and C-117/17, *T Danmark et al*, concerning the “beneficial ownership” requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives, abrufbar unter <http://taxadviser.europa.org/publications>.

21 Siehe *Zorn*, RdW 2019/334, 418 (419 f).

22 BGBl I 2010/111.

23 Dazu VwGH 27.03.2019, Ro 2018/13/0004 (Rn 25 und 34) uHa *Kirchmayr* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg), EStG¹⁹ (2017) § 94 Tz 43 f.

24 EuGH 17.10.1996, C-283/94, C-291/94 und C-292/94, *Denkavit, VITIC, Voormeer*, EU:C:1996:387; ausf *Kofler*, Mutter-Tochter-RL (2011) Art 3 Rz 31 ff mwN.

25 Bestehen beim zuständigen Finanzamt ohnehin keine Zweifel, dass die Mindestbeholdedauer eingehalten werden wird und allenfalls die Kapitalertragsteuer bei der österreichischen Tochter im Haftungsweg eingebracht werden könnte, kann nach der Verwaltungspraxis die Steuerentlastung auch vor Ablauf der Behaltefrist vorgenommen werden (siehe Rz 7755a EStR 2000).