

Grenzen der Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen

Prof. Dr. Stefan Bendlinger / Mag. Max Panholzer*)



Wengleich für die Gründung von Privatstiftungen (PS) primär außersteuerliche, insbesondere zivilrechtliche Gründe ausschlaggebend sein sollten,¹⁾ so sind naturgemäß auch die steuerlichen Vorteile dieser Rechtsform von Interesse. Die Steuerstundung bzw Investitionsbegünstigung gemäß § 13 Abs 4 KStG, wonach PS ihre Veräußerungsgewinne aus Beteiligungsverkäufen nicht sofort versteuern müssen, sondern ggfs von den Anschaffungskosten neuer Beteiligungserwerbe absetzen können (Übertragung stiller Reserven), ist einer der letzten verbliebenen Steuervorteile für Stiftungen.



Hinsichtlich der diesbezüglichen Gestaltungsmöglichkeiten sind bzw waren die aktuellen Stiftungsrichtlinien des BMF bislang relativ großzügig, zumal die gegenständliche Reservenübertragung auch für PS als Alleingeschafter einer bereits bestehenden 100%-Tochter bejaht wurde, wenn diese eine Kapitalerhöhung (ggfs zuzüglich eines eingezahlten „Agios“) durchführt. Dieser bislang gängigen Praxis hat nunmehr der VwGH eine Absage erteilt.

BFG 10. 12. 2020, RV/4100845/2015
(keine Veröffentlichung in der Findok
gem § 23 Abs 3 BFGG);
VwGH 17. 11. 2022, Ra 2021/15/0053.

§ 13 Abs 4 KStG

1. Vorbemerkungen

Die Steuerstundung (Aufschub der Zwischenbesteuerung)²⁾ für bestimmte Beteiligungsveräußerungsgewinne durch Absetzung der realisierten stillen Reserven von den Anschaffungskosten eines neu angeschafften Anteils an einer Körperschaft gehört zu den letzten verbliebenen Steuerbegünstigungen im Rahmen von PS (Übertragung stiller Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG).³⁾ Veräußert nämlich eine PS einen (nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen) Anteil an einer Körperschaft, an dem sie (bzw bei unentgeltlichem Erwerb ihr Rechtsvorgänger) innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens 1 % beteiligt war, so können die dabei aufgedeckten stillen Reserven von den Anschaffungskosten eines im Kalenderjahr der Veräußerung (bzw längstens innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung) neu angeschafften Anteils an einer Körperschaft, der mehr als 10 % beträgt, abgesetzt werden.

Hinsichtlich der übertragungsfähigen Beteiligungen (Ersatzanschaffungen) sind bestimmte Restriktionen zu beachten (insbesondere für Erwerbe aus dem Umfeld der Stiftung), wobei jedoch grundsätzlich auch Anteilserwerbe im Wege einer ordentlichen Kapitalerhöhung (ggfs samt Agio) von bereits bestehenden Tochtergesellschaften als begünstigte Er-

*) StB Prof. Dr. Stefan Bendlinger und WP/StB Mag. Max Panholzer sind Senior Partner bei der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz.

1) Vgl zB Wilplinger, Ist die Privatstiftung als Familienholding noch zeitgemäß? in FS Zöchling (2022) 197 ff; Helbich, Die österreichische Privatstiftung – eine Erfolgsstory, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Hrsg), Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000), 1 ff; Csoklich, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 13 ff.

2) Vgl zur Wahlrechtsausübung der zu einem Stundungseffekt führenden Reservenübertragung zB Riedl/Streicher in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG³ (2022) § 13 Rz 159.

3) Komarek/Reinold/Stückler in Umik/Urtz/Hirschler/Fellinger (Hrsg), Handbuch Körperschaften (2022) 215 f, erachten die Vorschrift des § 13 Abs 4 KStG lediglich als „kleinen“ Steuervorteil für Privatstiftungen (temporärer Effekt) und weisen zugleich auf diverse steuerliche Nachteile dieser Rechtsform gegenüber Kapitalgesellschaften hin!

satzanschaffungen gelten, und zwar nach bisheriger Verwaltungspraxis auch dann, wenn die PS zuvor bereits Alleingesellschafterin der Tochtergesellschaft war.

Dieser – auch nach den Stiftungsrichtlinien zugelassenen – Vorgangsweise hat der VwGH nunmehr Einhalt geboten und seine aktuelle Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass im Falle einer Kapitalerhöhung durch eine 100%ige Alleingesellschafterin weder die erforderliche Änderung des Beteiligungsausmaßes noch der Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vorliegt, sodass diesfalls keine neuen Anteile iSd § 13 Abs 4 KStG angeschafft werden und eine Übertragung stiller Reserven daher nicht möglich ist. Dies wirft insbesondere auch die spannende Frage auf, wie mit bereits umgesetzten Übertragungsvorgängen, die der aktuellen höchstgerichtlichen Entscheidung zuwiderlaufen, im Rahmen künftiger Abgabenprüfungen zu verfahren ist (Altfälle).

2. Der Fall

2.1. Die wesentlichen Rechtsgrundlagen



Die **Gesetzesbestimmungen** zur gegenständlichen Thematik finden sich im Körperschaftsteuergesetz, wobei die hier interessierenden Vorschriften gemäß § 13 Abs 4 KStG wie folgt lauten:

„Wird ein nicht in einem Betriebsvermögen gehaltener Anteil an einer Körperschaft veräußert, an dem die Privatstiftung oder bei unentgeltlichem Erwerb ihr Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens 1 % beteiligt war, 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). Davon ausgenommen sind Anschaffungen von bestehenden Anteilen von einer Körperschaft, an der die Privatstiftung, der Stifter oder ein Begünstigter allein oder gemeinsam unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 20% beteiligt sind.*
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. 2 zu versteuern. Abs. 3 letzter Satz ist sinngemäß anzuwenden.“*

In den **Erläuterungen** zur damaligen Gesetzwerdung (Regierungsvorlage zum BBG 2001) wurde ua ausgeführt, dass die gegenständliche Regelung der Übertragung stiller Reserven gemäß § 12 EStG nachgebildet ist.⁴⁾ Anlässlich der erst später, mit Wirkung ab 1. 1. 2008, erfolgten Einschränkung der begünstigten Beteiligungserwerbe durch § 13 Abs 4 Z 1 letzter Satz KStG wurde in den Erläuterungen zum Abgabensicherungsgesetz 2007 ua Folgendes ausgeführt: *„(...) Der Ausschluss soll nicht die Gründung einer neuen Kapitalgesellschaft durch die Privatstiftung oder eine Kapitalerhöhung an einer bestehenden Tochter-Kapitalgesellschaft betreffen, weil sowohl bei Neugründung als auch bei Kapitalerhöhung nicht bestehende Anteile erworben werden (...)“⁵⁾*

⁴⁾ ErlRV 311 BlgNR 21. GP, 176 f.

⁵⁾ ErlRV 270 BlgNR 23. GP, 10.

Die diesbezüglichen Rechtsansichten bzw Gesetzesauslegungen der Finanzverwaltung finden sich in den **Stiftungsrichtlinien 2009**,⁶⁾ woraus zu den für eine Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen geeigneten Ersatzanschaffungen hier folgende Kernaussagen skizziert seien (siehe im Detail Rz 117 bis 123 StiftR):

- Der verlangte Beteiligungserwerb von mehr als 10 % liege insbesondere dann vor, wenn die PS (fristgerecht) entweder eine neue Beteiligung entgeltlich erwirbt oder zusätzlich zu einer schon bestehenden Beteiligung neue Anteile an dieser Körperschaft im genannten Mindestausmaß erwirbt (unter Beachtung der Einschränkungen gemäß § 13 Abs 4 Z 1 letzter Satz KStG).
- Ein bloßer Gesellschafterzuschuss der PS an eine bereits bestehende Tochter- oder Enkelgesellschaft erhöhe zwar die Anschaffungskosten für die gegenständliche Beteiligung, stelle allerdings keine Anteilsanschaffung iS § 13 Abs 4 KStG dar.
- Demgegenüber sei ein im Zuge einer Kapitalerhöhung geleistetes Agio als Anteilsanschaffung zu qualifizieren.⁷⁾
- Darüber hinaus geht aus dem Beispiel zu Rz 117 StiftR hervor, dass eine Übertragung stiller Reserven auf die aus einer Kapitalerhöhung resultierenden Anschaffungskosten auch dann möglich sei, wenn die PS bereits zuvor Alleingesellschafterin der kapitalerhöhenden Tochtergesellschaft war.
- Bei fristgerechter Anschaffung einer Beteiligung von mehr als 10 % sei die Übertragung stiller Reserven auch dann möglich, wenn im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung neben den Kosten für die Zeichnung des neuen Anteils umtauschbedingt ein Agio zu leisten ist (Rz 123).
- Darüber hinaus wird ausgeführt: „(...) *Kommen anlässlich der Anteilszeichnung der Körperschaft freiwillig erbrachte Mehrleistungen (Einlagen) zu, kann auch dadurch die Übertragung stiller Rücklagen erreicht werden.*“ Und nach dem zweiten Beispiel unter Rz 123 wird es schließlich ausdrücklich als zulässig erachtet, dass eine PS bei einer ihr zu 100 % gehörenden Tochter-GmbH eine ordentliche Kapitalerhöhung vornimmt und zudem „– *um die gesamten aufgedeckten stillen Reserven übertragen zu können – im Rahmen der Kapitalerhöhung einen freiwilligen Gesellschafterzuschuss*“ leistet (der bei der Tochtergesellschaft in die ungebundene Kapitalrücklage eingestellt wird).

Nach den Stiftungsrichtlinien wäre demgemäß zwar keine Übertragung stiller Reserven auf isolierte Gesellschafterzuschüsse möglich, hingegen sehr wohl auf ordentliche Kapitalerhöhungen und in diesem Zusammenhang über das Nominale hinausgehende Agios sowie auch freiwillige Zuschüsse, selbst dann, wenn die beteiligte PS bereits vor der Kapitalzufuhr Alleingesellschafterin war. Demgegenüber hat der VwGH in seinem nachfolgend erläuterten Erkenntnis die diesbezüglichen Grenzen wesentlich enger gezogen:

2.2. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt

Eine österreichische PS veräußerte am 28. 3. 2008 sämtliche Aktien (100 %) an der MI AG an eine auf den British Virgin Islands (BVI) ansässige Gesellschaft (R S.A.) und führte den daraus resultierenden Veräußerungsgewinn (realisierte stille Reserven) iHv rd 11,2 Mio Euro zunächst einer Rücklage gemäß § 13 Abs 4 Z 4 KStG zu.

⁶⁾ BMF-Erlass vom 16. 11. 2009, BMF-010200/0011-VI/6/2009, AÖF 2009/279.

⁷⁾ Unter einem „Agio“ (Aufgeld) versteht man in Zusammenhang mit der Kapitalausstattung bzw -erhöhung von Kapitalgesellschaften jenen Betrag, der bei der Erstausgabe (Gründung) oder einer späteren Ausgabe von Gesellschaftsanteilen (Kapitalerhöhung) als über das Nominalkapital hinausgehender Betrag erzielt wird. Dieser das Nominale übersteigende Betrag ist in der Bilanz der kapitalisierten Gesellschaft als Kapitalrücklage auszuweisen (§ 229 Abs 2 Z 1 UGB), welche bei Aktiengesellschaften und „großen“ GmbHs gebunden ist (§ 229 Abs 5 UGB) und ggfs nur zum Ausgleich eines ansonsten auszuweisenden Bilanzverlustes aufgelöst werden darf (§ 229 Abs 7 UGB); vgl auch *Bergmann in Torggler* (Hrsg), UGB³ (2019) § 229 Rz 13.

In weiterer Folge erwarb die PS am 28. 1. 2009 sämtliche Anteile (100 %) an der F GmbH. Mit Beschluss vom selben Tag wurde eine ordentliche Kapitalerhöhung von bisher 35.000 Euro auf 1 Mio Euro durchgeführt sowie ein „Agio“ von 10,2 Mio Euro zugesagt. Die PS übertrug nunmehr die stillen Reserven aus der im Vorjahr erfolgten Veräußerung der Aktien an der MI AG gemäß § 13 Abs 4 KStG auf ihre gesamten Anschaffungskosten für die Beteiligung an der F GmbH (inkl des Agios).

Das Finanzamt (BP) erkannte die Übertragung der stillen Reserven auf dieses „Agio“ nicht an, weil dieses im vorliegenden Fall NICHT geleistet worden sei, um im Zuge des Anteils-erwerbs eine bestehende Wertdiskrepanz auszugleichen, sondern um die bereits bestehende (nicht werthaltige) F GmbH mit Kapital auszustatten. Zudem seien im konkreten Fall zirkuläre Transaktionen („im Kreis geschickte“ Darlehen) vorgelegen, wobei die F GmbH kurz nach Erhalt des Agios die Finanzmittel binnen kurzer Zeit wieder als Darlehenstilgung an die PS sowie an andere Gesellschaften rückgeführt hatte, die ihrerseits zuvor Darlehen bei der PS aufgenommen hatten, welche diese aus dem Verkaufserlös für die MI AG finanziert habe. Im Ergebnis sei daher letztlich nahezu das gesamte „Agio“ binnen weniger Tage wieder an die PS zurückgeführt worden.

Das fragliche „Agio“ gehöre nach Ansicht der Finanzverwaltung daher NICHT zu den begünstigungsfähigen Anschaffungskosten, auf die eine Übertragung stiller Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG zulässig wäre.

3. Die Entscheidung

3.1. Verfahren vor dem BFG (BFG 10. 12. 2020, RV/4100845/2015)



Das BFG ging in seiner (nicht veröffentlichten) Entscheidung zwar davon aus, dass eine Übertragung der stillen Reserven auf die Kapitalerhöhung sowie das Agio als Anschaffungskosten der erworbenen Beteiligung grundsätzlich möglich sei. Es sei unstrittig, dass ein Agio, wenn es mit dem Erwerbsvorgang in einem kausalen oder zeitlichen Zusammenhang steht, gleich wie ein Gesellschafterzuschuss zu (nachträglichen) Anschaffungskosten führe.

Das BFG wies jedoch die Beschwerde der PS angesichts des speziellen Sachverhalts (wobei es ua auch zu div Abwertungen von Darlehen und Beteiligungsansätzen kam) dennoch ab mit der Begründung, dass dem an die im Erwerbszeitpunkt nicht mehr operativ tätig gewesene und vermögenslose F GmbH geleisteten Agio kein „innerer“ Wert gegenüberstehe und die Finanzierung dieses „Agios“ in einer ungewöhnlichen Gestaltungsweise erfolgt und demgemäß als unangemessen iSd § 22 BAO (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten) zu beurteilen sei. Denn es sei kein wirtschaftlicher Grund dafür erkennbar, die Tochtergesellschaft mit einem Agio iHv über 10 Mio Euro auszustatten, nur damit die Tochter binnen weniger Tage denselben Betrag über Darlehenskonstruktionen wieder an die Mutter zurückzahlen könne. Das Agio sei der F GmbH nicht dauernd betrieblich gewidmet worden. Eine weitere wirtschaftliche Funktion der Tochtergesellschaft F GmbH als die „Umleitung“ des Agios an die PS liege nicht vor.

Im Ergebnis bestätigte das BFG somit zwar die Übertragbarkeit stiller Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG auf jenen Teil der Beteiligungsanschaffungskosten, der aus der Kapitalerhöhung durch die Alleingesellschafterin (!) resultiert, hingegen nicht auf das Agio, zumal im vorliegenden Fall Missbrauch iS § 22 BAO vorliege.

3.2. Verfahren vor dem VwGH (VwGH 17. 11. 2022, Ra 2021/15/0053)

Laut Entscheidung des VwGH vom 17. 11. 2022, Ra 2021/15/0053, war die an das Höchstgericht adressierte (außerordentliche) Revision zwar zulässig, jedoch nicht begründet, sodass sie wie folgt abgewiesen wurde:

Der Argumentation der Revisionswerberin (PS), wonach durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung (VwGH 26. 4. 2012, 2009/15/0220) bereits geklärt worden sei, dass stille Reserven auf die Anschaffungskosten aus einer Kapitalerhöhung zuzüglich eines Agios übertragen werden können, entgegnete der VwGH, dass in dieser früheren Entscheidung nicht dazu Stellung genommen wurde, in welchen Fällen eine Übertragung stiller Reserven bei einer Kapitalerhöhung und einem Agio zulässig ist, zumal diese Frage damals nicht Streitgegenständlich war, sondern in diesem Beschwerdefall ein Missbrauch iSd § 22 BAO vorgelegen ist. In diesem früheren Fall ging es um die Übertragung stiller Reserven auf die Anschaffungskosten für eine neue gegründete Briefkastengesellschaft auf den Cayman Islands, die durch dort bzw. in der Schweiz ansässige Treuhänder verwaltet worden ist.⁸⁾

Wesentliche Voraussetzung für die Übertragung von durch Beteiligungsveräußerungen aufgedeckten stillen Reserven ist gemäß § 13 Abs 4 KStG, dass ein Anteil von mehr als 10 % an einer Körperschaft erworben wird. Der VwGH weist in diesem Zusammenhang auf den Zweck dieser Bestimmung hin, den ungeschmälernten Erlös⁹⁾ aus der Veräußerung eines Wirtschaftsgutes für Neuinvestitionen zur Verfügung zu haben (insoweit Ähnlichkeit zu § 12 EStG). Es handelt sich somit um eine Investitionsbegünstigung, um Ersatzbeschaffungen zu ermöglichen.¹⁰⁾

Nach der gesetzlichen Regelung (samt Erläuterungen) ist eine Übertragbarkeit derartiger stiller Reserven auch gegeben, wenn seitens der PS die Neugründung einer Tochtergesellschaft erfolgt. Gleiches gilt in der Regel auch, wenn eine ordentliche Kapitalerhöhung bei einer Gesellschaft durchgeführt wird und die PS dadurch einen Anteil von über 10 % an der Körperschaft (zusätzlich) erwirbt. Kann an der Kapitalerhöhung nur teilnehmen, wer für die neuen Anteile ein Agio leistet, steht dieses den Anschaffungskosten der neu erworbenen Anteile zuzuordnende Agio beim Erwerber der neuen Anteile für eine Übertragung stiller Reserven iSd § 13 Abs 4 KStG zur Verfügung (bzw. liegen diesfalls keine nachträglichen Anschaffungskosten der bestehenden Beteiligung vor).

Demgegenüber stellt ein Gesellschafterzuschuss zwar ebenfalls weitere Anschaffungskosten für die betreffende Beteiligung dar, die jedoch im gegebenen Zusammenhang NICHT als „Anschaffung“ einer Beteiligung zu werten sind. Das ergibt sich schon aus dem Zweck des § 13 Abs 4 KStG als Investitionsbegünstigung für eine Ersatzbeschaffung von neuen Anteilen bzw. soll dadurch nicht die Ausstattung von bestehenden Tochtergesellschaften mit zusätzlichen Mitteln gefördert werden. Ein gemäß § 13 Abs 4 KStG erforderlicher Erwerb neuer Gesellschaftsanteile ist bei bloßen Gesellschafterzuschüssen – ungeachtet zu welchem Zeitpunkt – nicht gegeben.

Im Fall einer Kapitalerhöhung durch die 100%ige Alleingesellschafterin, die ausschließlich von ihr selbst gezeichnet werden soll, liegt weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch der Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vor. Die PS hat diesfalls keinen zusätzlichen Anteil an der Tochtergesellschaft erworben, weil sie bereits zuvor mit 100 % an der Gesellschaft beteiligt war. Es wurden somit keine neuen Anteile iHv mehr als 10 % iSd § 13 Abs 4 KStG angeschafft, weshalb eine solche Kapitalerhöhung nicht zur Übertragung stiller Reserven berechtigt.

Ob das geleistete „Agio“, welches im vorliegenden Fall NICHT deshalb gewährt wurde, um den über das Nominale hinausgehenden höheren Wert des Anteils abzugelten, sondern einen zusätzlichen Kapitalzuschuss seitens der 100%-Gesellschafterin zu geben, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Gesellschafterzuschuss anzusehen wäre, kann laut VwGH dahingestellt bleiben, zumal im Revisionsfall in beiden Fällen keine Übertra-

⁸⁾ Vgl. auch *Bendlinger* in *VWT* 2012, 292 ff.

⁹⁾ Vgl. auch *Wilplinger*, aaO, 209.

¹⁰⁾ Vgl. auch *Jakom/Kanduth-Kristen*, EStG¹⁵ (2022) § 12 Rz 35.

gung stiller Reserven zulässig ist. Da das fragliche Agio den neu ausgegebenen Anteilen zuzuordnen ist und im Revisionsfall zudem NICHT im Ausgleich der Beiträge der verschiedenen Gesellschafter der Kapitalgesellschaft seine Ursache hat, kann auch keine Übertragung stiller Reserven auf dieses Agio erfolgen.¹¹⁾

4. Praxishinweise



Die bisherige Verwaltungspraxis (dargelegt in den Stiftungsrichtlinien) hatte es zugelassen, ua auch eine Kapitalerhöhung bei einer bereits bestehenden Tochtergesellschaft durch eine PS als Alleingesellschafterin als begünstigte Anschaffung iS § 13 Abs 4 KStG anzusehen, sodass eine Übertragung stiller Reserven auch in solchen Fällen möglich war. In Zusammenhang mit derartigen Kapitalerhöhungen dürfte dies zudem auch für „Agios“ bzw Gesellschafterzuschüsse von Alleingesellschaftern bejaht worden sein (vgl Rz 123 StiftR). Demgegenüber war und ist ein bloßer Gesellschafterzuschuss (ohne Konnex zu einer Kapitalerhöhung) schon bisher keiner Übertragung stiller Reserven zugänglich. Es war daher bislang gängige Praxis, Gewinne (realisierte stille Reserven) aus Beteiligungsveräußerungen ggfs auch auf die Beteiligung an einer bereits bestehenden 100%igen Tochtergesellschaft zu übertragen, deren Nominalkapital – mitunter auch verbunden mit der Leistung eines „Agios“ – erhöht wurde.

Mit der oben präsentierten aktuellen VwGH-Entscheidung hat das Höchstgericht hingegen klargestellt, dass eine Kapitalerhöhung samt Agio durch eine bereits zuvor als Alleingesellschafterin beteiligte PS weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch den Erwerb einer zusätzlichen Beteiligung von mehr als 10 % zur Folge hat, sodass hierfür keine Übertragung stiller Reserven iSd § 13 Abs 4 KStG zulässig ist, weil die PS diesfalls eben keinen zusätzlichen bzw „neuen“ Anteil an einer Tochtergesellschaft von über 10 % erworben hat. Demgemäß wird einer PS, die schon bisher zu mindestens 90 % an einer Tochtergesellschaft beteiligt ist, im Lichte der aktuellen Rechtsprechung zukünftig die Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen sowohl auf Kapitalerhöhungen als auch damit einhergehenden Agios und Gesellschafterzuschüssen zu versagen sein, weil dadurch keine „neuen“ Anteile im Ausmaß von mehr als 10 % mehr erworben werden können. Aufgrund der bisherigen abweichenden Verwaltungspraxis (StiftR 2009, Rz 117 ff) ist mit Spannung abzuwarten, wie das BMF auf die vorliegende höchstgerichtliche Entscheidung reagieren wird (Gesetzes- oder Richtlinienänderung?).

In Altfällen, die zwar der aktuellen Rechtsprechung zuwiderlaufen, jedoch mit den bisherigen Stiftungsrichtlinien konform gingen, wird ggfs auch eine Abgabennachsicht iS § 236 BAO wegen sachlicher „Unbilligkeit“ der Einhebung¹²⁾ einer daraus resultierenden Körperschaftsteuer zu beantragen sein, zumal die Geltendmachung dieses Abgabenspruches in Widerspruch zu einer nicht offensichtlich unrichtigen Rechtsauslegung stehen würde, welche seitens des BMF in Form der Stiftungsrichtlinien veröffentlicht wurde¹³⁾ und im Vertrauen darauf die fragliche Reservenübertragung bei der Privatstiftung erfolgte.

i Auf den Punkt gebracht

Das BFG hatte im oben dargestellten Rechtsmittelverfahren die Übertragbarkeit stiller Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG einer Privatstiftung als 100%-Alleingesellschafterin

¹¹⁾ Vgl auch die zusammenfassende Anmerkung zur VwGH-Entscheidung von *Zorn*, Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen, in RdW 2023/59, 63.

¹²⁾ Vgl zB *Ritz*, BAO⁴ (2011) § 236 Tz 12a.

¹³⁾ Gemäß § 3 Z 2 lit b VO BGBl II 2005/435 idgF bzw Richtlinien zum Grundsatz von Treu und Glauben, AÖF 2006/126, Punkt 6.2.4.

sowohl für eine Kapitalerhöhung bei der Tochtergesellschaft als auch für ein damit einhergehendes „Agio“ grundsätzlich bejaht, letzteres jedoch aufgrund des speziellen Sachverhalts als Missbrauch iSd § 22 BAO erachtet.

Demgegenüber hat der VwGH nunmehr entschieden, dass bereits für die Kapitalerhöhung § 13 Abs 4 KStG nicht anwendbar ist, zumal in einem derartigen Fall weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch der verlangte Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vorliegt. Die Reaktion der Finanzverwaltung (widersprüchliche Stiftungsrichtlinien) bzw des Gesetzgebers bleibt abzuwarten. Für der bisherigen Richtlinienmeinung entsprechende Altfälle wird ggfs eine Abgabennachsicht iSd § 236 BAO in Erwägung zu ziehen sein.

Einlagenrückzahlung bei einer verdeckten Ausschüttung

Dr. Jan Knesl, MSc. (WU) / Mag. Pavel Knesl / Mag. Melanie Mischkreu,
Steuerberaterin in Wien



Fremdunübliche Vermögenszuwendungen, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben, stellen einen häufigen Streitpunkt vor Gerichten dar. Im vorliegenden Fall beschäftigte sich der VwGH mit der besonderen Konstellation einer verdeckten Ausschüttung einer österreichischen Enkelgesellschaft an ihre in den USA ansässige Großmuttergesellschaft und hatte dabei zu beurteilen, ob es möglich ist, die verdeckte Ausschüttung auf Ebene der zwischengeschalteten Muttergesellschaft nachträglich in eine Einlagenrückzahlung umzu-deuten.

BFG 28. 12. 2018, [RV/7105237/2015](#);
VwGH 30. 6. 2022, [Ra 2019/13/0051-12](#);
BFG 7. 2. 2023, [RV/7102225/2022](#).

§ 4 Abs 12 EStG 1988; § 10 Abs 1 KStG 1988



1. Der Fall

Die Mitbeteiligte ist eine in Österreich ansässige GmbH, die zu 100 % an der ebenfalls in Österreich ansässigen M Grundstücksentwicklungs GmbH (im Folgenden kurz M G GmbH) beteiligt war. Wesentliche Gesellschafterin der Mitbeteiligten war die in den USA ansässige M Corporation. Nachdem die M G GmbH im Jahr 2008 aus der Veräußerung einer Liegenschaft einen Erlös iHv 20 Mio Euro erzielte, gewährte sie ein kurzfristiges Darlehen an ihre Großmuttergesellschaft (M Corporation) iHv 12,5 Mio Euro. Die M Corporation geriet noch im Jahr 2008 in Insolvenz, weswegen die Darlehensforderung bei der M G GmbH zur Gänze steuerwirksam wertberichtigt wurde.



Im Bericht über die Außenprüfung der M G GmbH hielt die Betriebsprüfung fest, dass der mit der M Corporation abgeschlossene Darlehensvertrag nicht fremdüblich sei und in dieser Form unter fremden Dritten mangels Rückzahlungsfähigkeit der Darlehensnehmerin zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung ohne werthaltige Sicherstellung nicht abgeschlossen worden wäre. Dass die Gewährung des Darlehens nicht betrieblich veranlasst war, sondern ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hatte, bestätigte das BFG in seiner Entscheidung vom 28. 12. 2018, [RV/7105145/2015](#). Bei dem gegenständlichen Vorgang handle es sich somit mangels Fremdüblichkeit um keine Darlehensgewährung, sondern um eine verdeckte Ausschüttung gem § 8 Abs 2

