



Die Privatstiftung

Nationales und internationales Stiftungsrecht

Schriftleitung

Johannes Gasser, Georg Kodek, Daniel Varro, Johannes Zollner

4 | Beiträge

Vorstands- und aufsichtsratsähnlicher Beirat –
altes Thema, neue Lösungen?

Johannes Zollner

8 |

Unionsrechtswidrigkeit der öffentlichen Einsicht in die Register
wirtschaftlicher Eigentümer ohne berechtigtes Interesse

Walter Dorigatti

30 | Rechtsprechung

Keine Sonderverjährungsfrist für Schadenersatzansprüche
gegen Mitglieder des Stiftungsvorstands

Rahim Rastegar

VwGH verschärft Voraussetzungen für Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen

Der Beitrag schnell gelesen

Das letzte für Privatstiftungen einzigartige Steuerprivileg, die Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen, erfährt durch die jüngste VwGH-Rsp rigorose Einschränkungen. So ist die Übertragung auf bereits bestehende, 100%-Tochtergesellschaften nicht mehr zulässig, weil der VwGH die Voraussetzungen deutlich enger zieht als die Finanzverwaltung in den StiftR 2009.

Steuerrecht

§ 13 Abs 4 KStG

VwGH 17. 11. 2022, Ra 2021/15/0053

PSR 2023/6



StB Mag. ANDREAS KAMPITSCH, LL.M., ist Geschäftsführer der KAMPITSCH & PARTNER STEUERBERATUNGS GMBH. Der Autor dankt StB Univ.-Doz. Dr. Friedrich Fraberger, LL.M. und StB Dr. Ernst Komarek, MSc für ihre Anregungen zum Manuskript.

Inhaltsübersicht:

- A. Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen
 1. Von der Steuerfreiheit zur Zwischensteuer
 2. Funktionsweise der Übertragung stiller Reserven
 3. Anschaffung eines mehr als 10%-Anteils an einer Körperschaft
 - a) Grundlagen
 - b) Bisherige Rechtsansicht (der Finanzverwaltung)
- B. Einschränkung der Übertragbarkeit durch den VwGH
 1. Sachverhalt und Verfahrensgang oder „hard cases make bad law“
 2. Die Entscheidung des VwGH
 3. Unterschiede zur bisherigen Verwaltungsmeinung
- C. Reflexion der Entscheidung des VwGH
 1. Anmerkungen zum Erkenntnis
 2. Bereinigung der Vergangenheit
- D. Zusammenfassung

Die Möglichkeit zur Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen – die in dieser Form nur bei Privatstiftungen möglich ist – stellt das letzte größere Steuerprivileg von Privatstiftungen dar. In einem jüngst veröffentlichten Erk (17. 11. 2022, Ra 2021/15/0053) hat der VwGH die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Übertragung im Vergleich zur bisher von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassung deutlich verschärft. So ist insb die Übertragung auf eine bereits bestehende 100%-Tochtergesellschaft, bei der eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, nicht möglich.

A. Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen

1. Von der Steuerfreiheit zur Zwischensteuer

In der ursprünglichen Konzeption der Privatstiftungsbesteuerung waren jene Einkünfte, die bei einer natürlichen Person mit dem Halbsatz oder dem Sondersteuersatz besteuert waren

(Zins- und Beteiligungserträge und Einkünfte aus der Veräußerung von Beteiligungen iSd § 31 EStG idF vor BBG 2011¹), bei der Privatstiftung von der Besteuerung befreit (§ 5 Z 11 KStG idF PSG²). Eine Besteuerung dieser Einkünfte erfolgte erst bei deren Zuwendung an die Begünstigten (bei natürlichen Personen mit dem Sondersteuersatz, erhoben über die Kapitalertragsteuer).³ Die damit verbundenen Thesaurierungs- und Steuerstundungseffekte (solange auf Ebene der Privatstiftung befreite Einkünfte nicht an Begünstigte zugewendet wurden, blieben sie unbesteuert) dürften in der ursprünglichen Konzeption der Privatstiftungsbesteuerung unterschätzt worden sein.⁴ Mit BBG 2001⁵ wurde für die ursprünglich befreiten Einkünfte – mit Ausnahme der Beteiligungserträge, die weiterhin weitestgehend befreit sind – das System der Zwischenbesteuerung mit anfänglich 12,5% geschaffen. Der Steuersatz für die Zwischenbesteuerung wurde mit BBG 2011 auf 25% angehoben.⁶ Kurz gefasst werden seitdem die meisten außerbetrieblichen Einkünfte, die bei einer natürlichen Person einem Sondersteuersatz unterliegen (vor allem Einkünfte aus Zinsen, realisierten Wertsteigerungen, Kryptowährungen und privaten Grundstücksveräußerungen), auf Ebene der Privatstiftung insoweit mit Zwischensteuer besteuert, als sie im Veranlagungszeitraum nicht an Begünstigte steuerpflichtig zugewendet werden. Die Zwischensteuer wird in den folgenden Veranlagungszeiträumen rückerstattet, soweit in diesen die Zuwendungen die zwischensteuerpflichtigen Einkünfte übersteigen.

Gerade für den Bereich der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen hatte diese Umstellung gravierende steuerliche Auswirkungen. Konnten diese bis zur Einführung der Zwischensteuer von der Privatstiftung ohne Besteuerung veräußert werden und erfolgte eine Besteuerung (des Veräußerungserlöses) erst bei Zuwendung an die Begünstigten (mittels Zuwendungs-

¹ Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111.

² Privatstiftungsgesetz, BGBl 1993/694.

³ Vgl dazu *Bruckner/C. Fries/R. Fries*, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994) 108ff.

⁴ Vgl zu den Gründen der Einführung der sog „Zwischenbesteuerung“ die ErläutRV 311 BgNR 21. GP 175.

⁵ Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl I 2000/142.

⁶ Die Zwischensteuer beträgt für das Veranlagungsjahr 2023 24% und für die Veranlagungsjahre ab 2024 23% (§ 22 Abs 2 KStG idGF).

besteuerung), unterliegen diese nunmehr grundsätzlich bereits im Jahr des Zuflusses des Veräußerungserlöses der Zwischensteuer (§ 13 Abs 3 Z 1 lit b KStG iVm § 27 Abs 3 EStG) von 24% im Jahr 2023 (§ 22 Abs 2 KStG).

Zugleich mit der Einführung der Zwischenbesteuerung wurde in § 13 Abs 4 KStG allerdings die Möglichkeit der Übertragung stiller Reserven von im außerbetrieblichen Vermögen gehaltenen Beteiligungen geschaffen, die der Übertragung stiller Reserven gem § 12 EStG nachgebildet ist,⁷ allerdings in dieser Form⁸ nur für Privatstiftungen existiert.

2. Funktionsweise der Übertragung stiller Reserven

Anwendbar ist die Übertragung stiller Reserven bei Veräußerung von nicht im Betriebsvermögen gehaltenen Anteilen an Körperschaften, an denen die Privatstiftung oder (bei unentgeltlichem Erwerb durch die Privatstiftung) ihr Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens 1% beteiligt war.⁹ Die realisierten stillen Reserven können – soweit nicht durch kapitalertragsteuerpflichtige Zuwendungen ohnehin eine Reduktion der zwischensteuerpflichtigen Einkünfte erfolgt (§ 13 Abs 4 Z 1 KStG) – grundsätzlich auf einen im Kalenderjahr der Veräußerung¹⁰ angeschafften Anteil an einer Körperschaft, der mehr als 10%¹¹ beträgt, übertragen werden. Die Übertragung der stillen Reserven reduziert die Anschaffungskosten des neu angeschafften Anteils. Sofern im selben Kalenderjahr keine entsprechende Anschaffung erfolgt, kann die stille Reserve in einen „steuerfreien Betrag“ eingestellt werden, welcher (wiederum) auf einen innerhalb von zwölf Monaten ab der Veräußerung angeschafften Anteil an einer Körperschaft von mehr als 10% übertragen werden kann.

Der Effekt der Übertragung stiller Reserven besteht in einer Steuerstundung.

Wenn der steuerfreie Betrag nicht übertragen wird (oder werden kann), ist dieser mit Zwischensteuer zu versteuern:

Beispiel

Die A-Privatstiftung veräußert am 12. 10. 2021 ihre im außerbetrieblichen Vermögen gehaltene Beteiligung (100%) an der Z-GmbH mit einem Veräußerungsüberschuss von 1 Mio Euro. Sofern im Jahr 2021 keine kapitalertragsteuerpflichtigen Zuwendungen getätigt und keine sonstigen zwischensteuerpflichtigen Einkünfte erzielt werden, beträgt die übertragbare stille Reserve 1 Mio Euro. Diese kann

- im Jahr 2021 mit Zwischensteuer besteuert werden; oder
- zB auf die im Jahr 2021 um 1,5 Mio Euro angeschaffte 100%-Beteiligung an der N-GmbH übertragen werden; in diesem Fall betragen die evident zu haltenden Anschaffungskosten an der N-GmbH (nach Übertragung der stillen Reserven) € 500.000,-; oder
- im Jahr 2021 in einen steuerfreien Betrag eingestellt werden. Würde die Beteiligung an der N-GmbH nicht im Jahr 2021, sondern innerhalb von zwölf Monaten ab 12. 10. 2021 um 1,5 Mio Euro erworben werden, könnte der steuerfreie Betrag im Jahr 2022 auf die neu angeschaffte Beteiligung übertragen werden, sodass die evident zu haltenden Anschaffungskosten wiederum € 500.000,- betragen.

Der Effekt der Übertragung stiller Reserven besteht folglich in einer Steuerstundung: Wird jener Anteil, auf welchen die stille Reserve übertragen wurde, in weiterer Folge veräußert, unterliegt

diese Veräußerung wieder der Zwischensteuer (mit einer – weiteren – möglichen Übertragung stiller Reserven).¹²

3. Anschaffung eines mehr als 10%-Anteils an einer Körperschaft

a) Grundlagen

Die wesentliche Voraussetzung für eine Übertragung der stillen Reserven ist die Anschaffung eines mehr als 10%-Anteils an einer Körperschaft innerhalb der von § 13 Abs 4 KStG normierten Fristen. Eine Einschränkung normiert § 13 Abs 4 Z 1 letzter Satz KStG dahingehend, dass auf eine Anschaffung von bestehenden Anteilen an einer Körperschaft, an der die Privatstiftung, der Stifter oder ein Begünstigter allein oder gemeinsam unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 20% beteiligt sind, die stillen Reserven nicht übertragen werden können. Hintergrund dieser Regelung ist die Vermeidung von Steuergestaltungen: Nach den ErläutRV¹³ zum AbgSiG 2007¹⁴ soll dadurch vor allem vermieden werden, dass eine Privatstiftung einen Anteil an einer Körperschaft von einer Tochtergesellschaft erwirbt, auf diese eine aufgedeckte stille Reserve überträgt und in der Folge – von der Tochtergesellschaft – der Veräußerungserlös als Beteiligungsertrag (steuerfrei) ausgeschüttet wird. Ausgeschlossen ist allerdings nur die Übertragung auf eine Beteiligung, die von einer Körperschaft aus dem Nahebereich der Privatstiftung bzw des Stifters oder der Begünstigten erworben wird, nicht die Übertragung bei Erwerb vom Stifter oder Begünstigten direkt. Gleichmaßen schließt die Bestimmung nach den Materialien nicht aus, dass die Übertragung auf die Anschaffungskosten einer neu gegründeten Tochtergesellschaft oder auf eine Kapitalerhöhung bei einer bestehenden Tochtergesellschaft erfolgt, weil sowohl bei Neugründung als auch Kapitalerhöhung keine bestehenden Anteile erworben würden.¹⁵

b) Bisherige Rechtsansicht (der Finanzverwaltung)

Den Aussagen der Finanzverwaltung in den StiftR 2009 Rz 117 zufolge stellt neben einer „echten“ Neuanschaffung von einer Beteiligung von mehr als 10% auch eine Kapitalerhöhung an einer bereits bestehenden 100%-Tochtergesellschaft eine begünsti-

⁷ ErläutRV 311 BgNR 21. GP 175.

⁸ Die Übertragung stiller Reserven auf Finanzanlagen – zu denen Unternehmensbeteiligungen im Betriebsvermögen zählen – ist nach § 12 Abs 4 letzter Satz EStG ausdrücklich unzulässig. Zwar können stille Reserven aus der Veräußerung von im Betriebsvermögen gehaltenen Beteiligungen auf andere unkörperliche Wirtschaftsgüter (aber eben nicht Finanzanlagen) nach § 12 EStG übertragen werden, im Regelfall ist dies allerdings steuerlich nachteilig, weil die Nachversteuerung iAR mit dem Normalsteuersatz, die Veräußerung selbst – auch im Betriebsvermögen (§ 27a Abs 6 EStG) – mit dem Sondersteuersatz iHv 27,5% erfolgt: Jakom/Kanduth-Kristen, EStG 2022 § 12 Rz 21. Für eine Übertragung von stillen Reserven des außerbetrieblichen Vermögens fehlt bei natürlichen Personen und anderen Körperschaften überhaupt die Rechtsgrundlage.

⁹ Dies entspricht der Definition einer Beteiligung nach § 31 EStG idF vor BBG 2011 (und hat sich über die Abschaffung der besonderen Besteuerungsregelungen für Beteiligungsveräußerungen hinaus „gehalten“).

¹⁰ Es ist hier nicht erforderlich, dass die Anschaffung erst nach der Veräußerung bzw nach Zufluss des Veräußerungserlöses erfolgt; die Übertragung ist auch auf einen im selben Kalenderjahr, aber vor der Veräußerung angeschafften Anteil möglich: Marschner, Optimierung der Familienstiftung⁴ (2019) Rz 1100; Ludwig in Arnold/Ludwig (Hrsg), Stiftungshandbuch³ (2022) 189 (221 [FN 1243]).

¹¹ Zu beachten ist hierbei, dass der Anteil, auf welchen die stillen Reserven übertragen werden sollen, „mehr als 10%“ betragen muss, sohin eine Beteiligung von genau 10% nicht ausreichend wäre.

¹² Vgl hierzu auch Streicher/Riedl in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer, Körperschaftsteuergesetz³ (2022) § 13 Rz 159.

¹³ ErläutRV 270 BgNR 23. GP 10.

¹⁴ Abgabensicherungsgesetz 2007, BGBl I 2007/99.

¹⁵ ErläutRV 270 BgNR 23. GP 10; so auch StiftR 2009 Rz 118.

gungsfähige Anschaffung dar.¹⁶ Auch ein im Zuge der Kapitalerhöhung geleistetes Agio wäre als Anteilsanschaffung zu qualifizieren, auf welches ebenfalls stille Reserven übertragen werden können. Die Gewährung von „reinen“ Zuschüssen (ohne Kapitalerhöhung) stellt nach Stftr 2009 Rz 117 hingegen keine Anteilsanschaffung dar,¹⁷ daher erhöhen sich zwar die Anschaffungskosten, es können – mangels Anschaffung – aber keine stillen Reserven übertragen werden.

Beispiel

(Abgekürzt und leicht verändert) aus Stftr 2009 Rz 117 aE:

Die Privatstiftung A gründet am 6. 6. X3 die Z-AG als Alleingesellschafterin. Am 22. 4. X4 veräußert A eine Tochterbeteiligung und deckt dabei stille Reserven iHv 10 Mio Euro auf, die ihr am 31. 5. X4 zufließen. Im Jahr X4 gewährt sie der Z-AG Zuschüsse in einer Gesamthöhe von 7 Mio Euro.

Am 11. 4. X5 wird eine Kapitalerhöhung iHv € 160.000,- beschlossen.

Lösung: Eine Übertragung stiller Reserven kann nach bisheriger Auffassung der Finanzverwaltung (lediglich) auf die im Jahr X5 erfolgende Kapitalerhöhung (im Ausmaß von € 160.000,-) erfolgen.

Dementsprechend sollen nach bisheriger Auffassung auch Kapitalerhöhungen, an denen die Privatstiftung verhältnismäßig teilnimmt und wodurch ein Anschaffungsvorgang von mehr als 10% bezogen auf das Kapital vor der Kapitalerhöhung erfolgt, zu begünstigten Anschaffungsvorgängen führen.¹⁸

Beispiel

Eine Privatstiftung ist zu 20% an einer GmbH mit einem Stammkapital von € 100.000,- beteiligt. Das Stammkapital der GmbH wird auf € 200.000,- erhöht. Nimmt die Privatstiftung an der Kapitalerhöhung verhältnismäßig teil, so erhöht sich die Stammeinlage von € 20.000,- auf € 40.000,- (und die Privatstiftung ist folglich weiterhin mit 20% am erhöhten Stammkapital beteiligt). Der auf die Privatstiftung entfallende Zuerwerb anlässlich der Kapitalerhöhung iHv € 20.000,- beträgt 20% vom Nominalkapital der GmbH vor der Kapitalerhöhung. Die Kapitalerhöhung wäre nach bisheriger Auffassung daher als Ersatzanschaffung iSd § 13 Abs 4 Z 1 KStG anzusehen.

Eine Übertragung stiller Reserven sei nach Auffassung der Finanzverwaltung auch bei der Leistung eines Agios im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung möglich. Überdies sei bei „anlässlich der Anteilszeichnung“ der Körperschaft „freiwillig erbrachte[n] Mehrleistungen“¹⁹ eine Übertragung stiller Reserven zulässig.²⁰

B. Einschränkung der Übertragbarkeit durch den VwGH

1. Sachverhalt und Verfahrensgang oder „hard cases make bad law“

Die Revisionswerberin, eine Privatstiftung, veräußerte im Jahr 2008 100% ihrer Anteile an der MI AG an eine Gesellschaft der Britischen Jungferninseln. Die aufgedeckten stillen Reserven iHv knapp 11,2 Mio Euro wurden in einen steuerfreien Betrag gem § 13 Abs 4 Z 4 KStG eingestellt. Am 28. 1. 2009 erwarb die Privatstiftung 100% der Anteile an der F GmbH. Mit Beschluss vom selben Tag wurde bei der F GmbH eine Kapitalerhöhung von

€ 35.000,- auf 1 Mio Euro durchgeführt und im Zuge der Kapitalerhöhung ein Agio von 10,2 Mio Euro zugesagt. Die Privatstiftung übertrug in der Folge die stillen Reserven aus der Veräußerung der MI AG auf die Anschaffungskosten der F GmbH, inklusive der Kapitalerhöhung und des Agios.

Nach einer durchgeführten abgabenbehördlichen Prüfung erkannte das Finanzamt die Übertragung der stillen Reserven auf das Agio nicht an. Dieses sei im Revisionsfall nämlich nicht geleistet worden, um eine Wertdiskrepanz im Zuge des Anteilserwerbs auszugleichen, sondern um eine bestehende nicht werthaltige Tochtergesellschaft mit Kapital auszustatten. Mit Hilfe von „im Kreis geschickten Darlehen“ an verschiedene Gesellschaften, die zum Teil bei der F GmbH im selben Jahr wertberichtigt worden seien, sei das Agio binnen kurzer Zeit wieder an die Privatstiftung zurückgezahlt worden. Auf das geleistete Agio (welches den größten Teil der Anschaffungskosten ausmache, auf welche die stille Reserve übertragen werden sollte) sei eine Übertragung daher nicht zulässig.

Auch das BFG folgte der Auffassung der Finanzbehörde:²¹ Die F GmbH (auf welche die Übertragung erfolgen sollte) sei nicht mehr operativ tätig gewesen und habe keine Vermögenswerte besessen. Der ursprüngliche (unternehmensrechtliche) Wertansatz an der F GmbH (im Ausmaß von knapp 11,2 Mio Euro) sei in der Bilanz zum 31. 12. 2010 (also im auf das Jahr der Übertragung folgenden Jahr) auf 5 Mio Euro abgeschrieben worden.²² Die F GmbH habe kurz nach Erhalt des Agios Darlehen an die Privatstiftung selbst und an weitere Gesellschaften gegeben, welche ihrerseits zuvor Darlehen bei der Privatstiftung aufgenommen hätten, die diese aus dem Erlös des Verkaufs der MI AG finanziert habe. Mit dem Darlehen der F GmbH hätten die Gesellschaften ihre Verbindlichkeiten bei der Privatstiftung zurückbezahlt, wodurch – gemeinsam mit dem Darlehen an die Privatstiftung selbst – nahezu der gesamte Betrag des Agios binnen weniger Tage wieder an die Privatstiftung zurückgeflossen wäre. Die Darlehen an die Gesellschaften seien bei der F GmbH in der Folge (teil)wertberichtigt worden. Weil dem geleisteten Agio iHv 10,2 Mio Euro kein „innerer Wert“ der Beteiligung gegenüberstand und das BFG infolge der „ungewöhnlichen Gestaltungsweise“ einen Missbrauch iSd § 22 BAO angenommen hatte, da durch die Darlehenskonstruktionen der Veräußerungserlös unmittelbar (wieder) der Privatstiftung zugeflossen war, ließ auch das BFG keine Übertragung der stillen Reserven auf das Agio zu. Dagegen erhob die Privatstiftung außerordentliche Revision an den VwGH.

¹⁶ Für den Erwerb einer zusätzlichen Beteiligung von „mehr als 10%“ musste nach bisheriger Auffassung das Nominalkapital um mehr als 10% erhöht werden: *Drmola/Zipper*, Privatstiftungen – zur Übertragung stiller Reserven aus Beteiligungsveräußerungen, RdW 2001, 374.

¹⁷ AA *Marschner*, Optimierung⁴ Rz 1106.

¹⁸ Beispiel entnommen aus *Stangl* in *Lachmayer/Strimitzer/Vock*, Die Körperschaftsteuer (31. Lfg, 2018) § 13 Rz 109; vgl mit ähnlichen Zahlen auch *Drmola/Zipper*, RdW 2001, 374. So auch Stftr 2009 Rz 120 Punkt 2 TS 3.

¹⁹ Damit gemeint sind Gesellschafterzuschüsse anlässlich ordentlicher Kapitalerhöhungen.

²⁰ Stftr 2009 Rz 123.

²¹ Soweit dem Erkenntnis des VwGH zu entnehmen, die Entscheidung des BFG wurde aufgrund von § 23 Abs 3 BFGG nicht veröffentlicht.

²² Gleichermaßen habe sich die für den Ausweis der übertragenen stillen Reserven im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss gebildete Rücklage entsprechend vermindert. Ein solcher Ausweis – der anders als bei der Übertragung nach § 12 EStG (vgl § 12 Abs 8 EStG idF vor RÄG 2014, BGBl I 2015/22) bei Privatstiftungen nie (als Voraussetzung für die Übertragung) gefordert war, in der Praxis allerdings teilweise vorkam – war nach *Ludwig* allerdings unzulässig: *Ludwig* in *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch³ 243 (Rz 14/16).

2. Die Entscheidung des VwGH

Der VwGH ließ die Revision zu, wies sie im Ergebnis aber als unbegründet ab.

Durch die Übertragung der stillen Reserven können die Anschaffungskosten der Ersatzbeteiligung nicht negativ werden.

Nach Wiedergabe des Gesetzestextes und der Bezug habenden Materialien hielt der VwGH fest, dass er in der von der revisionswerbenden Privatstiftung angeführten Entscheidung vom 26. 4. 2012, 2009/15/0220, nicht dazu Stellung genommen hatte, in welchen Fällen eine Übertragung stiller Reserven auf ein Agio zulässig sei.

Unter Verweis auf *König/Rief*²³ führt der VwGH aus, dass durch die Übertragung der stillen Reserven die Anschaffungskosten der Ersatzbeteiligung nicht negativ werden können. Voraussetzung für die Übertragung der stillen Reserven sei, dass ein Anteil von mehr als 10% an der Körperschaft erworben werde. Dies sei auch dann der Fall, wenn eine Tochtergesellschaft durch die Privatstiftung neu gegründet wird. So weit, so bekannt. Die wesentliche Einschränkung gegenüber der bisher vertretenen Auffassung (insb auch der Finanzverwaltung) erfährt die Begünstigung des § 13 Abs 4 KStG allerdings durch die folgenden Ausführungen des VwGH:²⁴

„[Eine Übertragbarkeit der stillen Reserven ist in der Regel gegeben], wenn eine ordentliche Kapitalerhöhung bei einer Gesellschaft erfolgt und die Privatstiftung durch eine solche einen mindestens 10%igen Anteil an der Körperschaft (**zusätzlich**) erwirbt. [...]

Ein Erwerb neuer Beteiligungen ist bei Gesellschafterzuschüssen – unabhängig davon, ob sie im Jahr des Erwerbs oder später geleistet werden – nicht gegeben, weil sie nicht für die Anschaffung eines Anteiles gewährt werden, sondern vielmehr deshalb, um diese Beteiligung mit Kapital auszustatten.

Die Revisionswerberin hat im Jahr 2009 eine 100% Beteiligung an der F GmbH erworben. In der Folge wurde eine Kapitalerhöhung inklusive eines Agios durchgeführt, nach der die Revisionswerberin weiterhin mit 100% beteiligt war. Ob das geleistete Agio, das nicht gewährt wurde, um den über das Nominale hinausgehenden, höheren Wert des Anteils abzugelten, sondern einen zusätzlichen Kapitalzuschuss der 100% Gesellschafterin zu geben, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Gesellschafterzuschuss angesehen werden müsste, kann dahinstehen, weil im Revisionsfall in beiden Fällen eine Übertragung der stillen Reserven nicht zulässig ist.

Im Fall einer Kapitalerhöhung durch die 100%ige Alleingesellschafterin, die nur von ihr gezeichnet werden soll, liegt weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch ein Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vor. Durch die Kapitalerhöhung hat die Revisionswerberin **keinen zusätzlichen Anteil** an ihrer Tochtergesellschaft von über 10% erworben, **weil sie bereits zu 100% an der Gesellschaft beteiligt war.** Es wurden somit keine neuen Anteile iHv über 10% iSd § 13 Abs 4 KStG 1988 angeschafft, weshalb die Kapitalerhöhung nicht zu einer Übertragung stiller Reserven berechtigt. Da das 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 das Agio erfolgen.**“

Weil das BFG die Übertragung der stillen Reserven auf die Kapitalerhöhung – ohne das Agio – zwar entgegen den Ausführungen des VwGH zugelassen hatte, die Privatstiftung dadurch jedoch nicht beschwert war, wies der VwGH die Revision als unbegründet ab.

3. Unterschiede zur bisherigen Verwaltungsmeinung

Die wesentlichen Aussagen des VwGH lassen sich wie folgt zusammenfassen:²⁵

1. Eine Übertragung auf nachträgliche Anschaffungskosten, die auf Gesellschafterzuschüsse zurückzuführen sind, ist nicht zulässig, unabhängig davon, wann diese erfolgen.

Damit schränkt der VwGH die Aussage der StfR 2009 Rz 124 ein, wonach „*freiwillig erbrachte Mehrleistungen*“ im Rahmen einer Anteilszeichnung ebenfalls zu einer Übertragbarkeit der stillen Reserven führen. Gesellschafterzuschüsse sind folglich nie begünstigt.²⁶

2. Eine Übertragung auf ein im Rahmen einer Kapitalerhöhung geleistetes Agio ist zulässig, soweit durch das Agio der über den Wert des Nominales hinausgehende höhere Wert des Anteils abgegolten wird, um einen Wertverlust der bisherigen Anteilseigner auszugleichen.

Hiermit verlangt der VwGH eine wirtschaftliche Rechtfertigung für ein geleistetes Agio im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Ein Gesellschafterzuschuss, der in Form eines Agios geleistet wird, führt daher nicht zu einer Anschaffung, auf die stille Reserven übertragen werden können.

3. Wird eine Kapitalerhöhung vorgenommen, muss sich das Beteiligungsausmaß der Privatstiftung um mehr als zehn Prozentpunkte erhöhen.

Die Übertragung auf eine verhältnismäßige Kapitalerhöhung und auf eine bereits bestehende 100%-Beteiligung ist nicht zulässig.

Damit schließt der VwGH zweierlei aus: Einerseits ist es nicht möglich, stille Reserven auf nachträgliche Anschaffungskosten zu übertragen, die aus einer verhältnismäßigen Kapitalerhöhung stammen, weil sich dadurch das Beteiligungsausmaß (ausgedrückt in % vom Stamm- oder Grundkapital) nicht ändert. Andererseits ist es auch ausgeschlossen, bei einer bereits bestehenden 100%-Tochter stille Reserven zu übertragen, wenn eine Kapitalerhöhung vorgenommen wird, weil es nicht möglich ist, die Beteiligung um mehr als zehn Prozentpunkte auszubauen. Bei den unter Punkt A.3.b) dargestellten Beispielen ist nach dem Erkenntnis des VwGH die Übertragung stiller Reserven nicht zulässig.

C. Reflexion der Entscheidung des VwGH

1. Anmerkungen zum Erkenntnis

Der VwGH hat mit seiner Entscheidung die Voraussetzungen für die Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen deutlich enger gezogen, als es die in den StfR 2009 bisher vertretene Verwaltungsauffassung tat. Im Sinne der Klarheit für den Rechtsan-

²³ *König/Rief*, Die Zwischenbesteuerung eigen- und doppel-nütziger Privatstiftungen, in FS Wiesner (2004) 215 (231).

²⁴ Hervorhebungen nicht im Original.

²⁵ Vgl auch *Zorn*, Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen, RdW 2023, 62 (63).

²⁶ Das BFG hatte bei einer wirtschaftlichen Begründung für den Gesellschafterzuschuss im Jahr des Beteiligungserwerbs die Übertragung stiller Reserven hingegen zugelassen: BFG 25. 4. 2014, RV/5100126/2012 PSR 2014/18 (*Petritz*).

wender sind höchstgerichtlich abgesteckte Grenzen der Begünstigung sicher zu begrüßen. Das Erk selbst ist in einer ersten Besprechung²⁷ aber zum Teil auch recht kritisch gewürdigt worden, insb weil der VwGH die Gründung einer Kapitalgesellschaft (mit Einzahlung des Grund- oder Stammkapitals und eines Agios) – im Einklang mit den Materialien – als begünstigte Anteilsanschaffung qualifiziert, nicht aber die nachfolgende Kapitalerhöhung mit einem Agio, das nicht geleistet wird, um anderen Anteilshabern stille Reserven abzugelten. § 13 Abs 4 KStG differenziert nämlich gerade nicht zwischen Kapitalerhöhung und Anschaffung im Rahmen einer Gründung.

Auch vor dem Hintergrund der Genese des § 13 Abs 4 KStG ist die Entscheidung des VwGH nicht notwendigerweise nachvollziehbar: Zum Zeitpunkt der Einführung der Zwischensteuer (und des § 13 Abs 4 KStG)²⁸ waren Beteiligungsveräußerungen nach Ablauf der Spekulationsfrist nur insoweit steuerbar, als die Beteiligung „mehr als 10%“ (§ 31 Abs 1 Satz 1 EStG idF vor KMOG²⁹) betrug. Dementsprechend wollte der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Anschaffung einer neuen Beteiligung von „mehr als 10%“ wohl sicherstellen, dass die stillen Reserven nur auf solche (neu angeschafften) Beteiligungen übertragen werden können, bei denen durch das Überschreiten des Beteiligungsausmaßes des § 31 EStG weiterhin Steuerhängigkeit gegeben war. Zwar wurde unmittelbar nach der Einführung der Zwischensteuer mit dem BBG 2001 (nämlich exakt eine Woche später)³⁰ durch das KMOG die Schwelle für eine Steuerpflicht von Beteiligungen von mehr als 10% auf mindestens 1% abgesenkt, das Erfordernis der „mehr als 10%“ in § 13 Abs 4 Z 1 KStG jedoch nicht angepasst (und hält sich seitdem). Dementsprechend ist TeLOS der Regelung wohl vorrangig (gewesen),³¹ dass durch die Übertragung stiller Reserven ausschließlich eine Steuerumstundung, nicht aber eine Entstehung des Überschusses aus dem Beteiligungsverkauf resultiert. Warum also insb die Kapitalerhöhung bei der bereits bestehenden 100%-Tochtergesellschaft von der Übertragung stiller Reserven ausgeschlossen sein soll, während sie bei einer anderen Tochtergesellschaft, an der die Privatstiftung zB nur zu 50% beteiligt ist, insoweit zulässig sein soll, als sich das Beteiligungsausmaß zugunsten der Privatstiftung um mehr als 10%-Punkte verschiebt, ist bei diesem Zweck der Regelung nicht vollständig nachvollziehbar.³²

Darüber hinaus lädt das Erk des VwGH gerade dazu ein, Gestaltungen zu überlegen, wie (weiterhin) stille Reserven auf „bestehende“ Tochtergesellschaften übertragen werden können.³³

Beispiel

Mit den aus einer zwischensteuerpflichtigen Veräußerung erzielten Erlösen wird eine Cash-Box-GmbH mit einem hohen Stammkapital gegründet und dieses vollständig einbezahlt. Die stillen Reserven aus der Beteiligungsveräußerung werden auf die Anschaffungskosten der Cash-Box-GmbH übertragen und diese (in Zukunft) mit einer bestehenden 100%-Tochtergesellschaft gem Art I UmgrStG verschmolzen. Im Ergebnis wurden dann die stillen Reserven auf die Beteiligung an der bereits bestehenden Tochtergesellschaft übertragen.

Es wäre damit weiterhin dem Grunde nach der Weg zur Übertragung von stillen Reserven auf bestehende Tochtergesellschaften offen und dies wohl nur über § 22 BAO korrigierbar.

2. Bereinigung der Vergangenheit

Das Erk bereitet in Bezug auf bereits veranlagte Fälle sowohl der Finanzverwaltung als auch den Steuerpflichtigen Probleme.

Wurden in der Vergangenheit nämlich stille Reserven – vor dem Hintergrund der aktuellen VwGH-Rsp – fälschlicherweise zB auf Kapitalerhöhungen bei 100%-Tochtergesellschaften übertragen, wäre eine Nachholung der Zwischenbesteuerung in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen bereits (absolute) Verjährung eingetreten ist. Der Veräußerungsüberschuss wäre letztlich – wie bis zur Rechtslage vor Einführung der Zwischensteuer – auf Ebene der Privatstiftung unversteuert geblieben, weil auch die Anschaffungskosten jener Beteiligung, auf welche die stillen Reserven fälschlicherweise übertragen wurden, unverändert³⁴ hoch wären.³⁵ Eine Besteuerung erfolgt erst bei Zuwendung der Veräußerungsüberschüsse an die Begünstigten.

Die Entscheidung ist sowohl für Finanzverwaltung als auch betroffene Privatstiftungen zweischneidig – je nachdem, ob die Vorgänge verjährt sind oder nicht.

Die nachträgliche Erhebung der Zwischensteuer mittels Zuschlags gem § 4 Abs 2 Z 2 EStG ist mangels gesetzlicher Grundlage in diesen Fällen nicht möglich.³⁶

Umgekehrt besteht für jene Fälle, die sich noch innerhalb der Verjährung befinden, die Gefahr, dass eine – im Vertrauen auf die erlassmäßigen Aussagen des BMF erfolgte³⁷ Übertragung der stillen Reserven mit Hinblick auf die VwGH-Rsp als unzulässig qualifiziert und die auf die ursprüngliche Beteiligungsveräußerung entfallende Zwischensteuer nacherhoben würde.³⁸ Für den Fall, dass der Veräußerungserlös bereits an eine Tochtergesellschaft weitergereicht wurde, welche diesen investierte, besteht damit aber auch das Problem, dass eine der Privatstiftung vorgeschriebene Zwischensteuer mangels ausreichender Liquidität nicht bezahlt werden kann und die Privatstiftung im schlimmsten Fall Vermögen veräußern muss, um die Zwischensteuer zu begleit-

²⁷ Achatz/Kirchmayr, VwGH zur Übertragung von stillen Reserven bei Privatstiftungen, taxlex 2022, 365.

²⁸ Mit dem BBG 2001.

²⁹ Kapitalmarktöffensive-Gesetz, BGBl I 2001/2.

³⁰ Das BBG 2001 wurde am 29. 12. 2000, das KMOG am 5. 1. 2001 im BGBl veröffentlicht.

³¹ Seit Einführung der „neuen“ Kapitalvermögensbesteuerung mit BBG 2011 sind alle Kapitalanteile steuerhängig, weswegen eine Mindesthöhe der neuen Beteiligung insoweit nicht mehr notwendig wäre.

³² So zielen auch die in StfR 2009 Rz 120 Punkt 2 aufgezählten Beispiele erkennbar darauf ab, eine Steuerpflicht der neu angeschafften Beteiligung sicherzustellen.

³³ Vgl auch Marschner, Optimierung⁴ Rz 1102.

³⁴ Dh unter Ausblendung der Übertragung stiller Reserven.

³⁵ Vgl zB den Fall, dass im Rahmen einer Anfragebeantwortung (ohne gesetzliche Grundlage) „vereinbart“ wurde, dass (seitens der Finanzverwaltung) von der Wegzugsbesteuerung abgesehen werde und bei einem Wiedereintritt in die Besteuerungshoheit Österreichs die Anschaffungskosten im Gegenzug den ursprünglichen Anschaffungskosten entsprechen und nicht auf den gemeinen Wert bei Wiederentstehen des österreichischen Besteuerungsrechts aufgewertet werden: VwGH 20. 11. 2019, Ro 2018/15/0017. Mangels gesetzlicher Grundlage dieser „Vereinbarung“ erkannte der VwGH, dass, obwohl der Wegzug unbesteuert geblieben war, die Anschaffungskosten beim Wiedereintritt in das österreichische Besteuerungsrecht aufgewertet werden müssen.

³⁶ Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ist – anders als bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§ 28 Abs 7 EStG) – eine sinngemäße Anwendung des § 4 Abs 2 Z 2 EStG nicht vorgesehen.

³⁷ Denkbar wäre in diesem Fall die Anwendung der Nachsicht gem § 236 BAO auf Basis der V des BMF betreffend Unbilligkeit der Einhebung iSd § 236 BAO, BGBl II 2005/435, da die Auslegung der StfR 2009 Rz 117 wohl nicht „offensichtlich unrichtig“ iSd § 3 Z 2 lit b der V BGBl II 2005/435 war.

³⁸ An dieser Stelle sei jedoch einschränkend erwähnt, dass Gerichtsentscheidungen gerade keine tauglichen Wiederaufnahmsgründe bilden: Ritz, BAO⁷ (2021) § 303 Rz 23 mwN.

chen. Vor diesem Hintergrund scheint es notwendig, dass eine – wohl gesetzliche – Regelung zur Regulierung der Altfälle getroffen wird, die einerseits die Interessen der betroffenen Privatstiftungen berücksichtigt und andererseits Steuerausfälle vermeidet.

D. Zusammenfassung

Der VwGH hat mit seiner Entscheidung zur Übertragung der stillen Reserven bei Beteiligungsveräußerungen von Privatstif-

tungen die Grenzen der Begünstigung deutlich enger gesteckt, als dies bisher von der Finanzverwaltung vertreten wurde. Insb für „Altfälle“ ergibt sich daraus das Problem, dass einerseits jene, die sich bereits außerhalb der Verjährung befinden, der Besteuerung der stillen Reserven auf Ebene der Privatstiftung „entwischen“ würden, während andererseits die noch nicht verjährten Fälle mit hohen Zwischensteuernachforderungen konfrontiert werden könnten. Eine allfällige Lösung zur Bereinigung der Vergangenheit wird abzuwarten sein.