

# Darlehensgewährung einer Privatstiftung an ihre Tochtergesellschaft als Steuersparmodell?

PSR 2018/26

§§ 5, 19 EStG;  
§§ 1, 18 PSG;  
§ 22 BAO;  
§ 1 BWG

Darlehens-  
gewährung;

Zuflussprinzip;

Unterschiede in  
der Gewinn-  
ermittlung;

Zinsen;

gewerbsmäßige  
Tätigkeit iS des  
PSG;

Nebentätigkeit iS  
des PSG;

BWG-Kon-  
zessionspflicht;

Missbrauch iS  
des JStG 2018

Gewährt eine Privatstiftung ihrer Tochtergesellschaft ein verzinsliches Darlehen, führen die Darlehenszinsen periodengerecht zu sofort abzugsfähigen Betriebsausgaben bei der Tochtergesellschaft. Bei der empfangenden Privatstiftung ließe sich dagegen eine Steuerpflicht der Darlehenszinsen aufgrund des Zuflussprinzips zeitlich verzögern.

Durch diesen Unterschied in der steuerlichen Gewinnermittlung könnte ein Steuerstundungseffekt auf Ebene der Privatstiftung geschaffen werden, der in Konzernstrukturen eine attraktive Gestaltungsmöglichkeit bietet. Vor dem Hintergrund der geplanten KÖSt-Satzsenkung dürfte ein derartiger Stundungseffekt in naher Zukunft zudem an Praxisrelevanz für Privatstiftungen gewinnen.

Von Tobias Hayden und Marco Thorbauer

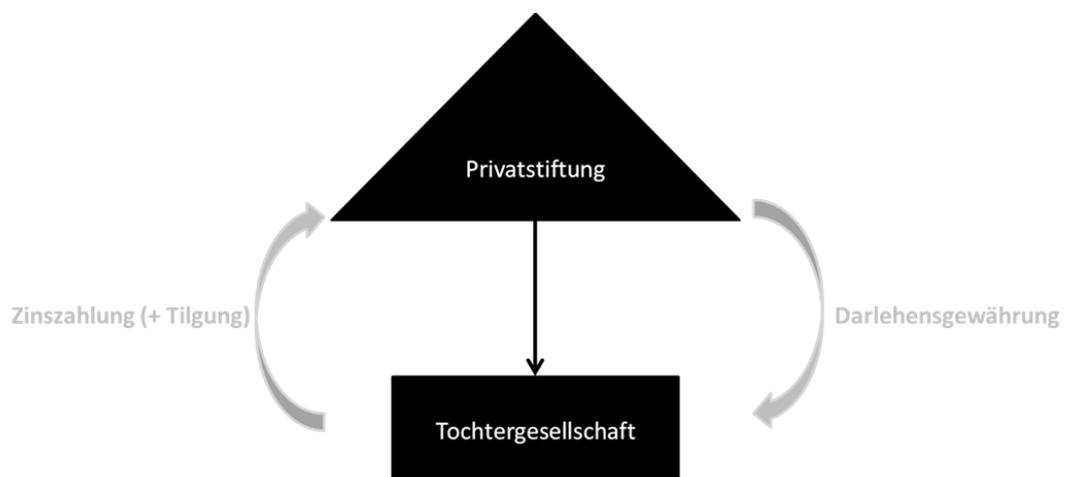
## Inhaltsübersicht:

- A. Überblick
- B. Steuerliche Behandlung
  1. Zinsen: (verzögerter) Zufluss bei der Privatstiftung
  2. Zinsen: Betriebsausgabe bei der Tochtergesellschaft
  3. Darlehenstilgung
- C. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß § 22 BAO
- D. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß PSG
  1. Verbot der gewerbsmäßigen, über eine Nebentätigkeit hinausgehenden Tätigkeit
  2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1 Abs 2 PSG
- E. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß BWG

## A. Überblick

Eine Privatstiftung gewährt ihrer Tochtergesellschaft unter fremdüblichen Bedingungen ein verzinsliches Darlehen.

Aus Sicht der **Privatstiftung** liegen im Zuflusszeitpunkt der Zinszahlungen steuerpflichtige Kapitaleinkünfte iSd § 27 EStG vor, weil die Darlehensgewährung idR eine entgeltliche Nutzungsüberlassung von außerbetrieblichen Vermögen darstellt.



Abbildung

Ließe sich der Zufluss der Darlehenszinsen zeitlich verzögern, könnte die Steuerpflicht der Privatstiftung in die Zukunft verlagert werden (Steuerstundungseffekt). Im Hinblick auf die von Finanzminister Löger bereits mehrfach angekündigte Senkung des KÖSt-Satzes<sup>1)</sup> dürften derartige Steuerstundungsmodelle, die zu einer geringeren Steuerbelastung der Zinseinkünfte in absehbarer Zukunft führen, stark an Attraktivität gewinnen.

Aus Sicht der **Tochtergesellschaft** sind die Zinszahlungen als abzugsfähiger Aufwand periodenrichtig dem jeweiligen Wirtschaftsjahr zuzuordnen. Der jahresbezogene Zinsaufwand ist daher sofort steuerlich abzugsfähig. Auf den tatsächlichen Abflusszeitpunkt der Darlehenszinsen kommt es für die Tochtergesellschaft nicht an.

## B. Steuerliche Behandlung

Die Darlehensgewährung durch eine Privatstiftung an eine Tochtergesellschaft hat primär ertragsteuerliche Konsequenzen.

Umsatzsteuerlich führt die Gewährung von Darlehen an Beteiligungsunternehmen nach hM nicht zur umsatzsteuerlichen Unternehmereigenschaft der Privatstiftung, sofern die Kapitalüberlassung nicht einer anderen unternehmerischen Tätigkeit der Privatstiftung zuzurechnen ist.<sup>2)</sup>

### 1. Zinsen: (verzögerter) Zufluss bei der Privatstiftung

Allgemein hat die Privatstiftung zur Feststellung der steuerlichen Einkünfte im außerbetrieblichen Bereich eine Überschussrechnung anzustellen, die sich zeitlich grds am Zu- und Abflusprinzip iSd § 19 EStG orientiert. Die unternehmensrechtlich verpflichtende Buchführung iSd § 18 PSG ist daher für außerbetriebliche Einkünfte irrelevant.<sup>3)</sup>

Zur ertragsteuerlichen Bestimmung des Zuflusszeitpunkts ist zwischen folgenden Zinsformen zu unterscheiden:

1. Wird im Darlehensvertrag vereinbart, **laufende Zinszahlungen** dem Darlehensbetrag zuzuschlagen (Konversionszeitpunkt), gelten diese grds am Ende der Zinsperiode durch Auszahlung oder Gutschrift als zugeflossen.<sup>4)</sup> Im Zeitpunkt der konkreten Vereinbarung dieser Hinzuzählung der Zinseinkünfte zum Darlehensbetrag kommt es schließlich zu einer Vorausverfügung der Privatstiftung. Mit der anschließenden tatsächlichen Zuschreibung zum Darlehensbetrag durch den Schuldner wird die entsprechende Vorausverfügung erfüllt und damit der Zuflusszeitpunkt konkretisiert.<sup>5)</sup> Unklar ist allerdings, inwieweit die vereinbarte Hinzuzählung zum Darlehensbetrag durch verlängerte Zinsperioden mehr als zwölf Monate betragen kann: Während im 19. Jahrhundert auch mehrjährige Zinsperioden (Konversionszeitpunkt nach mehreren Jahren) üblich waren, dürfte die derzeitige Finanzierungspraxis idR eine maximal zwölfmonatige Zinsperiode unterstellen. UE ist jedoch eine abweichende zivilrechtliche Vereinbarung in Form einer verlängerten Zinsperiode zulässig.

### Beispiel

Am 1. 1. X0 wird ein endfälliger Darlehensvertrag iHv 100 mit einer Zinsperiode von zwei Jahren und einem Zinssatz von 6% vereinbart: Die Darlehensvaluta iHv 100 wird also alle zwei Jahre (nicht per anno) mit einem Zinssatz von 6% verzinst und der Zinsbetrag iHv 6 wird am 1. 1. X2 dem Darlehensbetrag zugeschlagen.

In derartigen Fällen ist die wirtschaftliche Abgrenzung zum **Damnum** (siehe sogleich) sicherzustellen, indem die Darlehenslaufzeit zumindest zwei Zinsperioden vorsehen müsste. Würde nur eine (mehrjährige) Zinsperiode vereinbart, bestünde praktisch kein Unterschied zur Vereinbarung eines Damnums.

Zusätzlich ist bei beherrschenden Gesellschaftern auch die Fälligkeit der Zinszahlungen mitzubersichtigen: Demnach gilt ein fälliger Zahlungsanspruch dem Alleingesellschafter gegenüber seiner zahlungsfähigen Gesellschaft als zugeflossen, weil aufgrund seiner Einflussmöglichkeit als beherrschender Gesellschafter die tatsächliche Verfügungsmacht vermutet wird.<sup>6)</sup> Fehlt es an einer ausdrücklichen Fälligkeitsvereinbarung, ist der Zeitpunkt mittels Vertragsauslegung zu bestimmen.<sup>7)</sup> Die Fälligkeit von Zinszahlungen kann jedenfalls durch Vereinbarung hinausgeschoben werden.<sup>8)</sup> Eine derartige Verschiebung der Fälligkeit könnte auch nachträglich in bestehenden Darlehensverträgen für noch nicht fällige Zinsforderungen vereinbart werden.<sup>9)</sup>

Bei Darlehen wird die Hinzuzählung der Zinseinkünfte zum Darlehensbetrag (Konversionszeitpunkt) der Fälligkeit des entsprechenden Zinsbetrags regelmäßig vorgehen, weshalb der Konversionszeitpunkt für den zeitlichen Zufluss bei der Privatstiftung entscheidend sein dürfte. Zu diesem Zeitpunkt wären die Zins-

1) Etwa <https://derstandard.at/2000071216235/Finanzminister-plant-2018-Kuerzungen-von-2-5-Milliarden-Euro> (abgerufen am 27. 8. 2018); <https://news.wko.at/news/wien/Finanzminister-Loeger-beim-WKW-Steuerabend:-Eine-ehrliche-.html> (abgerufen am 27. 8. 2018); <https://www.kleinezeitung.at/service/newsticker/5392510/Loeger-verspricht-Ueberschuss-und-eine-gute-Zeit> (abgerufen am 27. 8. 2018); [https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5487751/Kleinfirmen\\_Aus-fuer-Steuererklaerung](https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5487751/Kleinfirmen_Aus-fuer-Steuererklaerung) (abgerufen am 30. 8. 2018).

2) UStR 2000 Rz 186; *Bürgler in Cerha/Haunold/Huemer/Schuch/Wiedermann* (Hrsg), *Stiftungsbesteuerung*<sup>2</sup> (2011) 136; *Petritz in Müller* (Hrsg), *Handbuch Stiftungsmanagement* (2014) Rz 600.

3) *Ausf Tanzer in Arnold/Tanzer/Stangl* (Hrsg), *Privatstiftungs-Steuerrecht*<sup>2</sup> (2009) Rz II/303.

4) EStR 2000 Rz 4613f; vgl auch VwGH 14. 12. 1988, 87/13/0030 ÖStZB 1989, 209, zu Wertsicherungsbeiträgen; VwGH 28. 4. 1971, 0874/70 ÖStZB 1971, 261, zu Bausparzinsen; *Herzog*, *Handbuch Einkommensteuer* (2012) 193; *Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke* (Hrsg), EStG § 19 (2012) Rz 26; *Quantschnigg/Schuch*, EStG (1993) § 19 Rz 21; *ausdr Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg), EStG<sup>18</sup> (2016) § 19 Rz 21/1 und 30 unter „Zinsen“.

5) VwGH 14. 12. 1988, 87/13/0030 ÖStZB 1989, 209; *Büsser in Hofstätter/Reichel* (Hrsg), EStG<sup>55</sup> (2013) Rz 18.

6) BFH 14. 2. 1984, VIII R 221/80 BStBl 1984 II 480; BFH 8. 5. 2007, VIII R 13/06 BFH/NV 2007, 224; vgl auch etwa VwGH 25. 7. 2007, 2007/14/0002, EStR 2000 Rz 4602; *ausf Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 30 unter „beherrschender Gesellschafter“.

7) VwGH 23. 3. 2010, 2007/13/0037; *Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 30.

8) Allgemein etwa *Kister in Hermann/Heuer/Raupach* (Hrsg), EStG – KStG (2017) § 11 Rz 33.

9) *Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 24.

einkünfte bei der Privatstiftung steuerpflichtig. Eine Verteilungspflicht für diese Zinseinkünfte bestünde nicht, weil § 19 Abs 3 EStG nur für Vorauszahlungen von bestimmten Ausgaben eine gleichmäßige Verteilung fordert.

2. Durch die Vereinbarung eines **Damnus** bei der Darlehensgewährung, das wirtschaftlich einer vorausgezählten Verzinsung entspricht, dürfte sich ein verzögertes Zufluss hingegen nicht erzielen lassen.<sup>10)</sup>

Systematisch fließt zwar ein Unterschiedsbetrag zwischen einer geleisteten Einlage und dem am Ende der Laufzeit zurückerhaltenen (höheren) Betrag erst am Ende der Laufzeit bzw im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung zu.<sup>11)</sup> Nach der Finanzverwaltung gilt dies allerdings nur für Sparbriefe, Kapitalsparbücher, Termineinlagen, Festgelder sowie Nullanleihen.<sup>12)</sup> In diesen Fällen fließt dem Anleger der Unterschiedsbetrag als Mehrbetrag am Ende der Laufzeit zu.

Wie bei einer Nullanleihe erhält auch bei einem Darlehen mit **Damnusvereinbarung** der Schuldner einen Minderbetrag und muss den vollen Betrag am Ende der Laufzeit zurückzahlen. Für ein **Damnus** iR einer Darlehensgewährung, das bei Hingabe des Darlehensbetrags im Wege der Verrechnung einbehalten wird, vertritt der deutsche Bundesfinanzhof (BFH) jedoch einen sofortigen Zufluss beim Gläubiger: Ein Unterschiedsbetrag in Form eines **Damnus** gilt im Auszahlungszeitpunkt der gekürzten Valuta an den Schuldner bereits als zugeflossen.<sup>13)</sup> Durch die Vereinbarung eines **Damnus** ließe sich daher der Zuflusszeitpunkt nach hM in Österreich<sup>14)</sup> nicht hinausschieben. Inwieweit die Differenzierung beim Zuflusszeitpunkt zwischen Nullanleihe (Tilgungszeitpunkt) und einem **Damnus** (Gewährungszeitpunkt) sachlich gerechtfertigt ist, könnte auf den ersten Blick kritisch gesehen werden: Schließlich kann in beiden Fällen der Gläubiger erst im Tilgungszeitpunkt über den Mehrbetrag tatsächlich verfügen. Letztlich könnte die Differenzierung beim Zuflusszeitpunkt jedoch sachlich gerechtfertigt sein, weil das Grundgeschäft bei einer Nullanleihe (Kaufvertrag) und einem Darlehensvertrag mit **Damnusvereinbarung** (Nutzungsüberlassung) unterschiedlich ist.<sup>15)</sup>

### Zwischenergebnis

Soll der Zuflusszeitpunkt von Zinseinkünften auf Ebene der Privatstiftung in die Zukunft verschoben werden, können nur laufende Zinszahlungen zeitlich hinausgezögert werden.

Im Übrigen unterliegen die gegenständlichen Zinseinkünfte als nicht KEST-pflichtige Kapitaleinkünfte keiner (begünstigenden) **Zwischenbesteuerung** bei der Privatstiftung,<sup>16)</sup> weil kein Bankgeschäft gem § 27 a Abs 2 Z 1 EStG oder verbrieftes Forderungswertpapier mit unbeschränktem Adressatenkreis gem § 27 a Abs 2 Z 2 vorliegt.<sup>17)</sup> Die KÖSt-Besteuerung der Zinseinkünfte wird der Privatstiftung bei KEST-pflichtigen Zuwendungen an Begünstigte daher nicht rückerstattet. In diesem Zusammenhang läge die Zwischenschaltung einer Bank als Intermediärin zwischen Tochtergesellschaft und Privatstiftung gedanklich nahe, um zusätzlich in den Genuss der rückerstattungsfähigen Zwischenbesteuerung der Zinseinkünfte

zu kommen: Hierfür müsste jedoch die Bank das wirtschaftliche Risiko der Darlehensgewährung an die Tochtergesellschaft tatsächlich selbst tragen und die Privatstiftung dürfte dieses Risiko nicht übernehmen.<sup>18)</sup> Der entsprechende Nachweis der Risikotragung durch die Bank wird der Privatstiftung in der Praxis wohl nur schwer gelingen. Die zusätzliche Zwischenschaltung einer Bank bleibt aufgrund der schwierigen praktischen Handhabung und des damit einhergehenden Missbrauchsverdachts seitens der Finanzverwaltung in weiterer Folge außer Betracht.

## 2. Zinsen: Betriebsausgabe bei der Tochtergesellschaft

Die Tochtergesellschaft als Kapitalgesellschaft ermittelt ihren Gewinn stets nach § 5 Abs 1 EStG. Entspricht die Zinsperiode nicht dem Wirtschaftsjahr, sind Zinsvorauszahlungen durch aktive Rechnungsabgrenzungsposten (Transitorien) bzw Zinsnachzahlungen als Verbindlichkeiten (Antizipationen) periodenrichtig abzugrenzen.

Im vorliegenden Fall wird die Fälligkeit von Zinszahlungen in die Zukunft verschoben und der jeweilige Zinsaufwand des Wirtschaftsjahrs ist auf der Ebene der Tochtergesellschaft als „sonstige Verbindlichkeit“ für die in der Folgeperiode fällige Geldschuld abzugrenzen (= Antizipation).<sup>19)</sup> Die bewirkte Aufwandsrealisierung entspricht dem Periodisierungsprinzip der UGB-Bilanz.<sup>20)</sup> Der (noch) nicht fällige Zinsaufwand für das konkrete Wirtschaftsjahr wird dadurch in der GuV als Aufwand abgebildet und führt auch steuerlich zu einer entsprechenden Betriebsausgabe im jeweiligen Jahr. Nicht kleine Gesellschaften iS des UGB haben derartige antizipative Verbindlichkeiten im Anhang zu erläutern, sofern diese Information wesentlich ist.<sup>21)</sup>

Wird die Zinsabgrenzung (korrekterweise)<sup>22)</sup> nicht gegen „sonstige Verbindlichkeit“, sondern zugleich gegen

10) *Kister in Hermann/Heuer/Raupach*, EStG – KStG § 11 Rz 100 unter „Damnus“.

11) EStR 2000 Rz 4615.

12) EStR 2000 Rz 4615f; *Quantschnigg/Schuch*, EStG § 19 Rz 21.

13) BFH 21. 5. 1993, VIII R 1/91 BStBl 1994 II 93; vgl auch BFH 20. 10. 1999, X R 69/96, BStBl 2000 II 259.

14) *Quantschnigg/Schuch*, EStG § 19 Rz 21; *Peyerl in Jakom*, EStG<sup>11</sup> (2018) § 19 Rz 26; *Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 30.

15) BFH 13. 10. 1987, VIII R 156/84 BStBl 1988 II 252; BFH 21. 5. 1993, VIII R 1/91 BStBl 1994 II 93; *Kister in Hermann/Heuer/Raupach* (Hrsg), EStG – KStG (2017) § 11 Rz 100 unter „Damnus“.

16) *Tanzer in Arnold/Tanzer/Stangl* (Hrsg), Privatstiftungs-Steuerrecht<sup>2</sup> (2009) Rz II/304; *Marschner*, Optimierung der Familienstiftung<sup>3</sup> (2015) Rz 791.

17) Vgl dazu § 13 Abs 3 Z 1 lit a KStG.

18) EAS-Auskunft des BMF 1867 vom 2. 7. 2001; *Marschner*, Optimierung der Familienstiftung<sup>3</sup> Rz 795.

19) Vgl etwa *Grünwald in Bertl/Mandl* (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (2017) § 225 Abs 6 Rz 53 und 55, wonach die auf Bankkredite entfallende antizipative Zinsabgrenzung ausnahmsweise unter „Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten“ iSd § 224 Abs 3 C Z 2 auszuweisen ist; ebenso *Vanas in Zib/Dellinger* (Hrsg), Großkommentar UGB III/1 (2013) § 225 Rz 91 ff; *Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB II/RLG<sup>3</sup> (2011) § 225 Rz 23.

20) Etwas *Vanas in Zib/Dellinger*, Großkommentar UGB III/1 § 225 Rz 95; vgl auch *Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB II/RLG<sup>3</sup> § 225 Rz 14.

21) Vgl § 225 Abs 6 letzter Satz UGB.

22) Wirtschaftlich gehört der Zinsabgrenzungsbetrag zur aushaftenden Darlehensverbindlichkeit und ist daher als solcher stets in der Bilanz

gen die konkrete Darlehensverbindlichkeit gebucht, ändert sich der steuerliche Zuflusszeitpunkt bei der Privatstiftung nicht. Trotz Erhöhung der Darlehensverbindlichkeit bei der Tochtergesellschaft bestünde kein durchsetzbarer Anspruch seitens der Privatstiftung auf den abgegrenzten Zinsbetrag. Für die Privatstiftung ist allein die vereinbarte Vorausverfügung relevant.

### 3. Darlehenstilgung

Die eigentliche Darlehenstilgung erfolgt auf Ebene der Privatstiftung bzw auf Ebene der Tochtergesellschaft erfolgsneutral. Nach den Grundsätzen des Vermögensvergleichs kommt es zu keiner Vermögensminderung beim Schuldner (Tochtergesellschaft). Sinngemäß gilt dies auch für die Überschussrechnung der Privatstiftung, die keinen steuerpflichtigen Zufluss der Darlehensvaluta zu versteuern hat.<sup>23)</sup> Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten bieten daher nur die Zinszahlungen.

### C. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß § 22 BAO

Nach § 22 Abs 2 BAO idF JStG 2018<sup>24)</sup> sind Gestaltungen unangemessen, die unter Außerachtlassung der damit verbundenen Steuerersparnis nicht mehr sinnvoll erscheinen, weil zumindest einer der wesentlichen Zwecke in der Erlangung eines Steuervorteils besteht, der dem Ziel und Zweck des geltenden Steuerrechts zuwiderläuft.

Die Verlängerung von Zinsperioden zur Verschiebung des Zuflusszeitpunkts auf Ebene der Privatstiftung könnte daher von der Finanzverwaltung als steuerlicher Missbrauch aufgegriffen werden.

Die Steuerung des Zuflusszeitpunkts ist jedoch bewusstes **Wesensmerkmal des Zu- und Abflussprinzips** gem § 19 EStG und wird auch höchstgerichtlich durch den VfGH und VwGH anerkannt.<sup>25)</sup> Der konkrete Zuflusszeitpunkt orientiert sich gerade nicht an wirtschaftlich vernünftigen Gründen, sondern kann in den vom Zivilrecht gezogenen Grenzen vielmehr frei bestimmt werden.<sup>26)</sup> Die Ausschöpfung dieser Gestaltungsmöglichkeiten begründet demnach noch keinen Missbrauch *per se*. Ein Zuwiderlaufen des Ziels und Zwecks des geltenden Steuerrechts iSd § 22 BAO dürfte nach den österreichischen Höchstgerichten daher durch die Verlängerung der Zinsperioden gerade nicht vorliegen, sondern ist diese Steuerungsmöglichkeit vielmehr in der Systematik des Zu- und Abflussprinzips angelegt. Bestätigt hat diese Sichtweise bereits der BFH, der in der bewussten Hinausschiebung der Fälligkeit gerade keinen steuerlichen Missbrauch iSd § 42 dAO<sup>27)</sup> erblickt.<sup>28)</sup>

Die Hinausschiebung der Fälligkeit von Zinszahlungen könnte zudem durch triftige wirtschaftliche Gründe iSd § 22 BAO nF gerechtfertigt sein. Schließlich wurden auch in der Vergangenheit günstige Finanzierungsmöglichkeiten einschließlich einer besseren Liquiditätslage als außersteuerliche Gründe iSd § 22 BAO aF anerkannt.<sup>29)</sup> Insbesondere die Vermeidung einer Liquiditätsbelastung der Tochtergesell-

schaft durch sofortige Zinszahlungen könnte uE daher einen triftigen wirtschaftlichen Grund darstellen, der den Vorwurf eines steuerlichen Missbrauchs iSd § 22 BAO nF entkräften dürfte.

Dennoch wird es uE in jedem Fall eines **ernstgemeinten Fälligkeitszeitpunkts** der Zinszahlung bedürfen. Das willkürliche Hinausschieben der Fälligkeit würde ansonsten Zweifel an der steuerlichen Qualifikation der „Zinszahlung“ aufkommen lassen<sup>30)</sup> und möglicherweise eine Korrektur auf Ebene der Tochtergesellschaft (Aberkennung der Zinsbelastung als Betriebsausgabe) bedingen. Eine wirtschaftlich unabsehbare Hinauszögerung der Fälligkeit von Zinszahlungen ist daher uE ausgeschlossen.

### D. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß PSG

Eine Einschränkung der Darlehensgewährung durch eine Privatstiftung an die Tochtergesellschaft bzw an ein verbundenes Unternehmen ergibt sich aus § 1 PSG. Die Bestimmung des § 1 PSG umschreibt zum einen den Gegenstand der Privatstiftung, der in der **Nutzung, Verwaltung und Verwertung** ihres Vermögens dem Stiftungszweck dienen soll, und zum anderen in § 1 Abs 2 PSG gesetzliche Beschränkungen des Tätigkeitsbereichs der Privatstiftungen. Diese Beschränkungen verbieten der Privatstiftung (i) die Ausübung einer gewerbsmäßigen Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, (ii) die Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit einer Handelsgesellschaft sowie (iii) die Stellung als unbeschränkt haftende Gesellschafterin einer eingetragenen Personengesellschaft zu sein. Die bloße Darlehensgewährung an die Tochtergesellschaft stellt uE nicht die Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit oder gar eine Konzernleitungstätigkeit der Tochtergesellschaft dar. Ebenso hat die Darlehensgewährung nichts mit der Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft zu tun. Dementsprechend gilt es *va*, das Verbot der gewerbsmäßigen Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 Z 1 PSG zu prüfen. →

abzubilden. Auf der Aktivseite ist dagegen das Anschaffungskostenprinzip zu beachten.

- 23) Etwa BFH 18. 5. 1995, IV R 43/93 BFH/NV 1996, 26; *Pust in Littmann/Bitz/Pust* (Hrsg.), Das Einkommensteuerrecht<sup>120</sup> § 11 Anhang 1 unter „Darlehen“.
- 24) BGBl I 2018/62.
- 25) VfGH 3. 3. 1987, G 170–172/86 ÖStZB 1987, 394; VwGH 8. 11. 1989, 86/13/0156 ÖStZB 1990, 239; *Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 4; vgl auch *Glenk in Blümich* (Hrsg.), EStG (2016) § 11 Rz 35f.
- 26) Ebenso *Glenk in Blümich*, EStG § 11 Rz 36; *Kube/Schomäcker in Kirchhoff/Söhn/Mellinghoff* (Hrsg.), ESt-Kommentar (2016) § 11 Rz A 141.
- 27) Deutsche Abgabenordnung dBGBl 2003 I 3866 idF dBGBl 2017 I 2745.
- 28) BFH 11. 11. 2009, IX R 1/09 BStBl 2010 II 746; *Kube/Schomäcker in Kirchhoff/Söhn/Mellinghoff* (Hrsg.), ESt-Kommentar (2016) § 11 Rz A 142.
- 29) VwGH 28. 11. 1973, 2261/71 VwSlg 4604 F/1973; VwGH 10. 5. 1988, 87/14/0094; VwGH 10. 12. 1991, 89/14/0064; VwGH 16. 12. 1998, 93/13/0257; VwGH 9. 11. 1994, 92/13/0305; VwGH 26. 4. 2000, 99/14/0249; *H. Hayden/Hayden*, § 22 BAO (Missbrauch) neu, RdW 2018, 378.
- 30) In diese Richtung bereits *Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup> § 19 Rz 4.

## 1. Verbot der gewerbsmäßigen, über eine Nebentätigkeit hinausgehenden Tätigkeit

Der Begriff der *gewerbsmäßigen Tätigkeit* wird im PSG selbst nicht definiert. Obwohl der *terminus technicus* sich sehr am Begriff des § 1 GewO anlehnt, geht der überwiegende Teil des Schrifttums von der Orientierung am **unternehmensrechtlichen Begriff** des UGB aus.<sup>31)</sup> Für die Orientierung am unternehmensrechtlichen *gewerblichen* Unternehmen spricht neben der Einordnung des PSG in das Zivilrecht auch die Zuständigkeit des Firmenbuchgerichts, gleich wie bei Handelsgesellschaften zu entscheiden.<sup>32)</sup> Demzufolge ist der Privatstiftung eine wirtschaftliche Tätigkeit verboten, die selbständig, auf Dauer und mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass jede **wirtschaftliche Tätigkeit** der Stiftung eine gewerbsmäßige Tätigkeit darstellt. Aufgabe des Stiftungsvorstands ist es schließlich, das Stiftungsvermögen zu verwalten und dieses möglichst zu vermehren. Vom Gesetzgeber wäre ein abweichendes Ergebnis wohl nicht gewollt. Die Rsp geht auch davon aus, dass die *Verwaltung eigenen Vermögens* grundsätzlich als nicht gewerbsmäßig gilt.<sup>33)</sup> Entsprechend den Materialien soll die Privatstiftung lediglich kein *werbendes Unternehmen* sein.<sup>34)</sup> Mit dieser Formulierung ist wohl die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gemeint.<sup>35)</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung liegt eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr grds vor, wenn jemand nach außen hin erkennbar am Wirtschaftsleben in Form des Güter- und Leistungsaustauschs teilnimmt und eine im wirtschaftlichen Verkehr begehrte und als solche geltende Leistung anbietet.<sup>36)</sup>

Die nicht wirtschaftliche Vermögensverwaltung trifft bspw auf reine Finanzierungsholdingstiftungen zu, die sich lediglich mit der Verwaltung von Anteilen an anderen Unternehmen beschäftigen.<sup>37)</sup> In der Literatur<sup>38)</sup> zum Unternehmerbegriff iSd § 1 UGB wird mit Verweis auf die Rsp<sup>39)</sup> zu § 1 KSchG bspw die Vermietung von Wohnungen nicht *eo ipso* als unternehmerische Tätigkeit aufgefasst: Eine nach außen sichtbare Tätigkeit liege erst dann vor, wenn eine größere Zahl (mehr als fünf) von Mietverträgen abgeschlossen wird, sodass ein wesentliches Anwachsen der Verwaltungsarbeit und damit des erforderlichen Organisationsumfangs angenommen werden könne.<sup>40)</sup> Daraus folgernd könnte angenommen werden, dass auch die Gewährung von mehreren Darlehen an verbundene Unternehmen eine bloße Vermögensverwaltungstätigkeit darstellt, zumal die Darlehensgewährung idR mit geringer Verwaltungsarbeit und damit einhergehendem Organisationsumfang verbunden ist.

Folgt man hingegen der Rsp des BFH, so ist auch die Leistungserbringung gegenüber Angehörigen als Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr zu werten.<sup>41)</sup> Da verbundene Unternehmen auch als Angehörige gewertet werden, könnte die wiederkehrende<sup>42)</sup> Darlehensgewährung an verbundene Unternehmen demzufolge grds eine wirtschaftliche Tätigkeit iSd § 1 UGB bedeuten. Eine solche Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr müsste bei dieser (sehr restriktiven) Auslegung in die Tochtergesellschaft ausgegliedert werden und durch diese erfolgen.

Auch im Fall der Qualifikation der Darlehensgewährung als eine gewerbsmäßige Tätigkeit ist dennoch zu beachten, dass nicht jede gewerbsmäßige Tätigkeit der Privatstiftung *per se* verboten ist. Eine gewerbsmäßige Tätigkeit ist dann erlaubt, wenn sie eine bloße **Nebentätigkeit** der Privatstiftung darstellt. Im PSG fehlt aber nicht nur eine Definition der gewerbsmäßigen Tätigkeit, sondern auch jene der *Nebentätigkeit*. Die Materialien sprechen lediglich von erlaubten Nebentätigkeiten, *wie sie in der Lehre und Rechtsprechung anerkannt werden*.<sup>43)</sup> Eine Präzisierung bzw mögliche Abgrenzungskriterien werden vom Gesetzgeber nicht genannt. Nach *Kalss* ist bei der Beurteilung der Zulässigkeit der gewerblichen Nebentätigkeit eine zweistufige Prüfung durchzuführen. Zum einen bedarf es einer sachlichen Unterordnung und zum anderen einer *kanalisierten* Gewinnverwendung. Haupt- und gewerbsmäßige Nebentätigkeit der Privatstiftung sind einer Gesamtbetrachtung zu unterwerfen, wobei die Nebentätigkeit auf den Umfang des gesamten Stiftungsvermögens und der Erträge der Privatstiftung in geringem Umfang zu halten sind und in einem Bezugsverhältnis stehen müssen.<sup>44)</sup>

## 2. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1 Abs 2 PSG

Verstößt eine Privatstiftung gegen eine der in § 1 Abs 2 PSG aufgezählten Tätigkeitsbeschränkungen, so ist die Privatstiftung gem § 35 Abs 3 Satz 2 PSG durch das Gericht **aufzulösen**, wenn sie innerhalb angemessener Frist einer rechtskräftigen **Unterlassungsanordnung** nicht nachgekommen ist.

Gegen § 1 Abs 2 PSG verstoßende Geschäfte, die vor Auflösungsbeschluss abgeschlossen wurden, bleiben aber grundsätzlich zivilrechtlich wirksam.<sup>45)</sup> Dies ergibt sich auch aus den Materialien zu § 1 PSG, die in solchen Fällen davon sprechen, dass die Privatstiftung wie ein Kaufmann zu behandeln sei.<sup>46)</sup> Wären die gegen § 1 Abs 2 PSG verstoßenden Geschäfte unwirksam, wäre diese Aussage in den Materialien unverständlich. Ein gegen § 1 Abs 2 PSG verstoßendes Ge-

31) *Fries*, Offene Fragen des Privatstiftungsrechts, *ecolex* 1993, 739; *Bollenberger/Csoklich*, Kreditaufnahme und Sicherheitenbestellung durch Privatstiftung, *ÖBA* 2001, 435; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), *PSG* (1995) § 1 Rz 50f; *Csoklich*, Anwendungsbereich und Gründung einer Privatstiftung, in *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Hrsg), *Handbuch zum Privatstiftungsgesetz* (1994) 21 f; *Arnold*, *PSG*<sup>3</sup> (2013) § 1 Rz 16; *Britschka/Quass* in *Hasch* (Hrsg), *PSG* (2003) § 1 Rz 22.

32) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *PSG* § 1 Rz 50f.

33) *OGH* 27. 2. 2013, 6 Ob 135/12i.

34) *ErläutRV* 1132 *BlgNR* 18. *GP* 16.

35) *Bruckner/Fries/Fries*, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994) 22 *mwN*.

36) *ESTR* 2000 Rz 5415.

37) *Jabornegg/Artmann*, *UGB*<sup>2</sup> (2010) § 1 Rz 27.

38) *Jabornegg/Artmann*, *UGB*<sup>2</sup> § 1 Rz 27; *Suesserott/U. Torggler* in *U. Torggler* (Hrsg), *UGB*<sup>2</sup> (2016) § 1 Rz 18.

39) *OGH* 8. 7. 1980, 5 Ob 570/80; 24. 11. 1993, 3 Ob 547/93.

40) *OGH* 8. 7. 1980, 5 Ob 570/80; 24. 11. 1993, 3 Ob 547/93.

41) *BFH* 28. 6. 2001, IV R 10/00 *BStBl* III 2002, 338; *Papst*, „Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr“ – eine Leerformel, *RdW* 2006, 59.

42) Zumindest wird für die gewerbsmäßige Darlehensgewährung Wiederholungsabsicht vorliegen müssen.

43) *ErläutRV* 1132 *BlgNR* 18. *GP* 20.

44) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *PSG* § 1 Rz 57.

45) *Bollenberger/Csoklich*, *ÖBA* 2001, 435.

46) *ErläutRV* 1132 *BlgNR* 18. *GP* 20.

schäft wird lediglich dann unwirksam sein, wenn die andere Partei des Rechtsgeschäfts wusste, dass ein Verstoß gegen § 1 PSG vorliegt.

### E. Grenzen der Darlehensgewährung gemäß BWG

Neben den gesetzlichen Schranken des PSG kennt auch das BWG Vorschriften, die die Darlehensgewährung der Privatstiftung an verbundenen Unternehmen gegebenenfalls einschränken. Wird die Darlehensvaluta von der Privatstiftung an die Tochtergesellschaft in Geld gewährt, so kann es sich gem § 1 Abs 1 Z 3 BWG um ein **konzessionspflichtiges Kredit- oder Gelddarlehensgeschäft** handeln.

Ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft iSd § 1 BWG liegt nur dann vor, wenn dieses gewerbsmäßig durchgeführt wird. Anders als beim Verbot der gewerbsmäßigen Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 Z 1 PSG orientiert sich das BWG beim Gewerbsmäßigkeitsbegriff an jenem des § 2 Abs 1 UStG.<sup>47)</sup> Gewerbsmäßig iS des BWG ist somit *jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber Mitgliedern tätig wird*. Nachhaltig sind mehrmalige Tätigkeiten der gleichen Art, einmalige Tätigkeiten nur dann, wenn auf Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann.<sup>48)</sup>

Obwohl der Gewerbsmäßigkeitsbegriff des BWG von jenem des PSG abweicht, könnte die *gewerbsmäßige Tätigkeit* im PSG eine gewerbsmäßige Tätigkeit iS des BWG indizieren. Folglich könnte das Betreiben eines gewerblichen Kredit- oder Darlehensgeschäfts durch die Stiftung bei sehr restriktiver Sichtweise nicht nur die Rechtsfolgen des § 35 Abs 3 Satz 2 PSG (siehe dazu D.2) auslösen, sondern grundsätzlich auch eine Konzessionspflicht begründen. Im Fall von Kredit- oder Darlehensgeschäften als gewerbsmäßige Nebengeschäfte iSd § 1 Abs 2 Z 1 PSG würde ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft vorliegen. Ein solches Kredit- oder Darlehensgeschäft als Nebengeschäft müsste dafür lediglich mehrmalig bzw einmalig mit Wiederholungsabsicht abgeschlossen werden; die mehrmalige Vergabe eines Darlehens an die Tochter-

gesellschaft bzw die Vergabe von Darlehen an mehrere verbundene Unternehmen würde für die Nachhaltigkeit iS des BWG jedenfalls genügen.

Eine Ausnahme von der Konzessionspflicht für Bankgeschäfte innerhalb eines Konzerns – wie sie etwa für Deutschland in § 2 Abs 1 Nr 7 dKWG<sup>49)</sup> vorgesehen ist – kennt das BWG für Österreich nicht. Da der Zweck des BWG aber vor allem auf den Schutz des Vertrauens in ein funktionierendes Banksystem gerichtet ist, wäre es uE wertungswidrig, bloß konzernintern erbrachte bankgeschäftliche Tätigkeiten einer Privatstiftung als Nichtkreditinstitut uneingeschränkt als konzessionspflichtig zu betrachten.<sup>50)</sup> Ein Schutzbedürfnis der beteiligten Konzernunternehmen voreinander ist gerade nicht erkennbar. Nach aufsichtsbehördlicher Verwaltungspraxis sind daher ausschließlich konzernintern erbrachte bankgeschäftliche Tätigkeiten dann nicht konzessionspflichtig, wenn sie der Steuerung von Hauptfunktionen des Konzerns und dem Erwerbszweck des Konzerns dienen.<sup>51)</sup> In diesem Fall wird nicht die Erbringung eines Bankgeschäfts bezweckt, sondern ist die konzerninterne Erbringung einer bankgeschäftlichen Tätigkeit notwendig, um betriebswirtschaftliche Ziele des Konzerns zu erreichen.

Die Darlehensgewährung an verbundene Unternehmen sollte durch die Bestimmungen des BWG daher nicht wesentlich eingeschränkt werden. Eine gewerbliche Tätigkeit, die für die Konzessionspflicht notwendig wäre, ist idR bereits aufgrund des gesetzlichen Verbots des § 1 Abs 2 Z 1 PSG untersagt.

47) Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger (Hrsg), Bankwesengesetz<sup>9</sup> (2017) § 1 Rz 6; ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 113.

48) OGH 31. 8. 2006, 6 Ob 110/06 d.

49) Deutsches Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG) dBGBl 1998 I S 2776 idF dBGBl 2018 I S 1102.

50) Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, Bankwesengesetz<sup>9</sup> § 1 Rz 11; Pötzelberger in Fremuth/Laurer/Linc/Pötzelberger (Hrsg), BWG<sup>2</sup> (1999) § 93 Rz 1, der unter Verweis auf ErläutRV zum KWG 1979, 844 BlgNR 14. GP, sowie auf die KWG-Novelle 1986, 934 BlgNR 16. GP, als Ziele des KWG (als Vorgängerbestimmung des BWG) insb den Schutz der Bankgläubiger und die Funktionsfähigkeit des Bankwesens nennt.

51) Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger, Bankwesengesetz<sup>9</sup> § 1 Rz 11.

#### → Zusammenfassung

Im Rahmen der Darlehensgewährung einer Privatstiftung an ihre Tochtergesellschaft können die unterschiedlichen Gewinnermittlungsmethoden zu einem zeitlichen Auseinanderfallen des Zinsaufwands (bei der Tochtergesellschaft) und der Zinseinkünfte (bei der Privatstiftung) führen. Durch die gezielte Verschiebung der Fälligkeit von Zinseinkünften auf Ebene der Privatstiftung lässt sich daher ein Steuerundungseffekt schaffen, der angesichts der intendierten Senkung des KÖSt-Satzes zukünftig attraktiv erscheinen dürfte.

#### → Zum Thema

##### Über die Autoren:

Mag. Tobias Hayden, LL. M. LL. B., ist als Assistent (Praedoc) am Institut für Finanzrecht der Universität Wien (Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Sabine Kirchmayr-Schliesselberger) und als Berufsanwarter in der Steuerberatung tätig.

Mag. Marco Thorbauer ist Rechtsanwaltsanwarter bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit steuer- und gesellschaftsrechtlichen Fragen im internationalen Kontext.

