

Steuerliche Beurteilung von so genannten „Durchschleusemodellen“, bei denen der Privatstiftung gewidmete Gesellschaftsanteile von der Privatstiftung in unmittelbarer zeitlicher Nähe an die Widmung wieder weiterveräußert werden; Beurteilung, ob eine missbräuchliche Konstruktion vorliegt nach der Vorschrift von § 22 BAO.

Leistet eine Privatstiftung einer Kapitalgesellschaft, an der die Stiftungsbegünstigten beteiligt sind, gegenüber einer Bank für einen Kredit unter Verzicht auf eine Avalprovision Sicherheit, stellt dies eine verdeckte Zuwendung an die Stiftungsbegünstigten dar.

**§ 22 BAO;
§ 8 Abs 2 KStG 1988**
UFS 11.11.2005,
RV/2307-W/02

Entscheidungsgründe

Die berufungswerbende Privatstiftung (Bw.) wurde mit Stiftungsurkunde vom 29. Juni 1995 errichtet. Ihr Zweck ist laut Stiftungsurkunde die Sicherstellung der Verwaltung des Vermögens der Stiftung und die Förderung der Begünstigten aus den Erträgen des Stiftungsvermögens. Stifter sind A. sowie deren Kinder B., C. und D. Stiftungsbegünstigte sind gemäß Punkt V. der Stiftungszusatzurkunde vorerst primär jeweils die Stifter. Mitglieder des Stiftungsvorstandes sind E., F. und G.

Anlässlich einer bei der Bw. durchgeführten, die Abgabenerhebungszeiträume 1995 bis 1997 betreffenden Betriebsprüfung (BP) wurden die folgenden, im BP-Bericht vom 5. November 1999 dargestellten, berufungsgegenständlichen Feststellungen getroffen:

Tz. 18 BP-Bericht - Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen:

Die H-AG, habe am 22. Dezember 1995 Inhaberschuldverschreibungen in Höhe von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) an die Bw. ausgegeben. Die Zinsen für ein Jahr im Vorhinein seien durch Übergabe eines Barschecks in Höhe von S 3.986.640,00 (€ 289.720,43) am 28. Dezember 1995 entrichtet worden. Das verwendete Konto der I-GmbH. bei der Bank Austria AG verfüge über keinen Überziehungsrahmen und sei somit zu diesem Zeitpunkt nicht gedeckt gewesen. Die Deckung sei am 15. Mai 1996 durch Eilauftragsüberweisung von einem CA-Konto der K-AG erfolgt. Der Barscheck sei fünf Monate lang bei E. verwahrt worden. Die Frage, weshalb nicht das gedeckte Hauptkonto bei der Creditanstalt für die Ausstellung des Schecks verwendet worden sei, habe nicht ausreichend beantwortet werden können. Nach Angabe des steuerlichen Vertreters sei die Nichteinlösung des Schecks niemandem aufgefallen. Die Zinserträge der Bw. aus den Inhaberschuldverschreibungen seien 1995 durch die Vorauszahlung für ein Jahr gemäß § 5 Z. 11 lit. a KStG 1988 steuerfrei gewesen. Dieser Steuervorteil hätte in den Folgejahren nicht mehr bestanden. Werde ein ordnungsgemäß ausgestellter unbedenklicher Scheck übergeben, sei im Hinblick auf den geldähnlichen Charakter bereits im Zeitpunkt der Übergabe und nicht erst bei Auszahlung oder Gutschrift ein Zufluss anzunehmen. Werde der Scheckbetrag mangels Deckung nicht ausbezahlt, dann gelte auch der Betrag als nicht zugeflossen (BFH, BStBl. 1981 II 305). Die BP folge der Aussage der Geschäftsführer, dass der Scheck bereits 1995 ausgestellt worden sei, nicht. Vielmehr gehe sie aufgrund der äußeren Umstände (Gesetzesänderung ab dem Jahr 1996) davon aus, dass der ungedeckte Scheck dazu gedient habe, einen Zufluss im Jahr 1995 zu erwirken. Es entspreche nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass ein Barscheck in Millionenhöhe monatelang verlegt werde ohne dass dies jemand bemerke. Die BP stelle fest, dass die Inhaberschuldverschreibungen Forderungswertpapiere im Sinne des § 93 Abs. 3 Z 1 EStG 1988 seien. Die Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen seien daher im Jahr 1995 um S 3.986.640,00 (€ 289.720,43) zu kürzen. Die körperschaftsteuerpflichtigen Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen seien im Jahr 1996 entsprechend zu erhöhen.

Tz. 19 BP-Bericht - Avalprovision:

Die Bw. habe der K-AG (ab 23. Dezember 1997 K-GmbH.), an welcher die Stiftungsbegünstigten C. und D. beteiligt seien, gegenüber der Gläubigerin Bank Austria AG für einen Kredit in Höhe von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) Sicherheit geleistet. Im Kreditvertrag vom 2. Jänner 1997 zwischen der Gläubigerin Bank Austria AG und der Schuldnerin K-AG seien als Sicherstellung die Übergabe des Abtretungsvertrages und der Verpflichtungserklärung im Zusammenhang mit der Put-Option durch die K-AG, die unwiderrufliche Verkaufsvollmacht betreffend im Eigentum der Bw. befindlicher Wertpapiere sowie die Verpflichtungserklärung durch die Bw. vereinbart worden. Das bis dahin wechselseitige Optionsrecht des § 9 Inhaberschuldverschreibung sei in der Form abgeändert worden, dass nur die Put-Option der K-AG an die Bw. vollinhaltlich aufrecht geblieben sei. Die Bw. habe sich unwiderruflich verpflichtet, binnen 30 Tagen ab Ausübung der Put-Option Zug um Zug gegen Übergabe von Gesellschaftsrechten den Kaufpreis von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) zu entrichten. Weiters sei eine zeitliche Befristung bis spätestens 30. Juni 2022 gesetzt worden. Bei Fälligkeit des Kredites (Bruch der Kreditbedingungen trotz Aufforderung und Setzen einer Nachfrist von drei Monaten) hätten sich C. und D. verpflichtet, eine Hauptversammlung der K-AG einzuberufen, die Durchführung einer Kapitalerhöhung zu beschließen und der Bank Austria AG Aktien oder Zwischenscheine zur Realisierung des Kaufvertrages auszufolgen. In einer unwiderruflichen Verkaufsvollmacht und Verpflichtungserklärung habe die Bw. - als Eigentümerin eines Wertpapierdepots bei der Bank Austria AG - die bis 30. Juni 2022 befristete unwiderrufliche Vollmacht erteilt, diese Wertpapiere zu verkaufen und sich aus dem Verkaufspreis zu befriedigen, falls der Kredit fällig gestellt werde. Die Bw. habe sich weiters verpflichtet, die Wertpapiere

dieses Depots weder zu veräußern noch zu belasten. Für die Übernahme der oben genannten Verpflichtungen durch die Bw. sei bisher keine Avalprovision berechnet worden. Der Zinssatz für den Kredit der K-AG sei aufgrund der ausgezeichneten Besicherung durch das Wertpapierdepot der Bw. um von der BP geschätzte 2 Prozentpunkte niedriger als der Zinssatz eines vergleichbaren Kredites ohne einer solchen Sicherheit. Nach der Rechtsprechung habe ein alle Umstände umfassender Fremdvergleich darauf abzustellen, ob das Rechtsgeschäft von einem gewissenhaften, nach kaufmännischen Grundsätzen handelnden Geschäftsführer (Vorstand) unter sonst gleichen Bedingungen mit einem Nichtgesellschafter überhaupt abgeschlossen werden würde. Der Begriff „Gesellschafter“ sei dabei weit auszulegen. Sollte die Bereitstellung einer Sicherstellung nicht bereits aufgrund einer negativen Risikobeurteilung oder an einer mangelnden betrieblichen Rechtfertigung scheitern, dann sei nach Ansicht des OGH als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung zu prüfen, ob die „Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung erhält, wie sie bei vergleichbaren Bankgeschäften üblich ist“ (siehe dazu OGH, 4 Ob 2078/96h; 25.6.1996 zu ähnlichem Sachverhalt). Die Bw. hätte durch den Verkauf der Beteiligung geringere Einkünfte, aber trotzdem das ganze Unternehmerrisiko (bei Abwertung des Firmenwertes und Ausübung der Put Option) gehabt. Die BP stelle bei der Bw. Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe der nicht berechneten Avalprovision fest. Die BP sehe in der Zinersparnis der K-AG aufgrund der guten Bonität durch die Verpflichtungsübernahme der Bw. weiters eine Zuwendung im Sinne des § 27 Abs. 1 Z. 7 EStG 1988 an die Gesellschafter der K-AG. Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb seien daher im Jahr 1997 außerbilanziell um 2% der besicherten S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05), somit um S 1,200.000,00 (€ 87.207,40), zu erhöhen. Die Kapitalertragsteuer aus den Zuwendungen gem. § 27 Abs. 1 Z. 7 EStG 1988 würden die Stifter und K-AG-Gesellschafter - C. und D. - in Höhe von je S 150.000,00 (€ 10.900,93) tragen.

In der Berufung vom 6. April 2000 brachte die Bw. zum Zuflusszeitpunkt der Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen (Tz. 18 BP-Bericht) vor, dass dieser sehr wohl bereits im Jahr 1995 anzunehmen sei. Dies wurde im Wesentlichen damit argumentiert, dass der betreffende mit 28. Dezember 1995 datierte Barscheck im Trubel der Weihnachtszeit abgelegt worden sei. Die Bank wäre trotz des ungedeckten Kontos auf Grund der guten Geschäftsbeziehungen und der guten Bonität der Kontoinhaberin bereit gewesen, den Scheck einzulösen. Betreffend die von der BP festgesetzte Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) wurde in der Berufung folgendes vorgebracht: Die BP gehe vom Gedanken des Fremdvergleiches aus und vermeine, dass die K-AG eine so genannte Avalprovision an die Bw. in Höhe von 2% dafür bezahlen müsse, dass sich die Stiftung verpflichtet habe im Zuge einer Kapitalerhöhung jene Gesellschaftsanteile zu übernehmen, die dem Gegenwert von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) entsprechen würden. Hierbei sei das Recht abgetreten worden, diesen Eintritt in die Kapitalerhöhung von der Stiftung zu verlangen. Dazu stehe im Abtretungsvertrag: „... die Durchführung einer Kapitalerhöhung... um jenen Betrag zu beschließen, der dem Verhältnis des Übernahmepreises von S 60,000.000,00 zum dann festgestellten Unternehmenswert der „K-AG“ entspricht...“. Ohne den genaueren Umstand zu erklären, werde von der BP offenbar davon ausgegangen, dass es sich im gegenständlichen Fall um eine Bürgschaft oder Garantieerklärung der Bw. gegenüber dem kreditgewährenden Bankinstitut gehandelt habe und dass in der Folge dieser Bürgschaft oder Garantieerklärung ein um 2 Prozentpunkte günstigerer Zinssatz zur Anwendung gekommen wäre, der „zufälligerweise“ dann auch mit jenem Entgelt ident sein solle, welches die Bw. für ihre Haftung (Unternehmerrisiko) zu erhalten hätte. Dem sei entgegenzuhalten, dass der Gedanke des Fremdvergleiches dort seine Grenzen habe, wo Situationen gegeben seien, die zwischen Fremden nicht vorkommen könnten. Die Hilfestellung einer Familienstiftung gegenüber der nächsten Generation zur Finanzierung eines Unternehmenskaufes sei nur mit der Situation der Generationennachfolge in der Familie vergleichbar. Dass ein Unternehmer seinem Kind bei der Finanzierung der Unternehmensnachfolge behilflich sei, entspreche jedenfalls der Lebenserfahrung. Abgesehen davon würde eine derartige Hilfestellung auch dem Stiftungsbrief entsprechen. In einem derartigen Zusammenhang gelte der Fremdvergleich als erfüllt, wenn Autonomie der Organe der Stiftung gegeben sei (BMF, 18. Mai 1998). Es sei von der Bw. keine wie immer geartete Erklärung abgegeben worden, die einer Bürgschafts-, Garantie-, Patronatserklärung oder ähnlichen Erklärung entsprechen würde. Es sei lediglich der K-AG das Recht eingeräumt worden, die Teilnahme an einer Kapitalerhöhung im Gegenwert eines anteiligen Unternehmenswertes von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) zu verlangen. Dieses Recht sei an die kreditgewährende Bank abgetreten worden, wobei zur Sicherstellung dieses Anspruches ein Wertpapierdepot der Bw. bestanden habe. Dies bedeute keinesfalls, dass die kreditgewährende Bank Austria AG von der Bw. ein Wertpapierdepot zur Besicherung des der K-AG gewährten Kredites erhalten habe. Vielmehr habe die Bank Austria AG das Recht erhalten, die Kapitalerhöhung im Gegenwert eines anteiligen Unternehmenswertes von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) zu verlangen und zur Besicherung der Kapitalerhöhung das Wertpapierdepot der Bw. zu verwenden. Eine Verpflichtung der Bw. aus einer eventuellen Fälligkeitstellung des Kredites oder eine Berechtigung der Verwendung des Wertpapierdepots zur Abdeckung eines eventuellen Obligos komme damit nicht zum Ausdruck und sei auch nicht gegeben. Der wesentliche Unterschied zu einer Bürgschaft oder vergleichbaren Besicherungsinstrumenten bestehe darin, dass der Bürge oder Garant direkt aus dem Kreditgeschäft verpflichtet sei, dass er im Falle seiner Inanspruchnahme für die von ihm geleisteten Zahlungen keinen Gegenwert erhalte und auch kaum eine Chance habe, diese zu einem späteren Zeitpunkt zu erhalten. Im gegenständlichen Fall habe die Bw., wie aus der gewählten Formulierung deutlich hervorgehe, kein tatsächliches wirtschaftliches Risiko, zumal sie zwar an der Kapitalerhöhung auf Abruf teilnehmen müsse, dafür aber jedenfalls einen Gesellschaftsanteil zu erhalten hätte der dem Gegenwert von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) entspreche. Damit sei der Wert des Wertpapierdepots mit dem Wert der zu erhaltenden Aktien ident. Bilanzpolitisch müsse man von einem Aktivtausch sprechen, da lediglich ein Wandel zwischen einem Vermögenswert und einem anderen gleichwertigen Vermögenswert stattgefunden habe. Aus der Sicht der Bw. sei somit das angesprochene Risiko, welches durch die von der BP angesetzte Avalprovision abgegolten werden solle, nicht gegeben. In der Folge fehle damit das Element der Vorteilsgewährung zu Gunsten des Kreditnehmers, denn wenn kein Risiko getragen werde, könne auch keines übernommen worden sein. Darüber hinaus könne eine verdeckte Ausschüttung nur dann vorliegen, wenn eine Körperschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung zu Lasten ihres Gewinnes oder ihrer steuerpflichtigen Einkünfte im Wege unangemessen hoher

Aufwendungen oder des Verzichtes auf Erträge einem ihm Nahestehenden Vorteile gewähre (*Magreiter*, *ecolex* 1995, H 8, 1). Da die Bw. weder Aufwendungen noch eine wie auch immer geartete Ertragsminderung (mangels entsprechender Geldforderung gegenüber dem kreditgewährenden Institut) aufzuweisen habe, würde durch die gegenständliche Vereinbarung die steuerliche Bemessungsgrundlage in keiner Weise beeinträchtigt. Somit liege auch kein entsprechender Zu- oder Abfluss vor. Daher könne mangels einer Umgehung oder Verschiebung ertragsteuerlicher Auswirkungen keine verdeckte Ausschüttung aus diesem Titel vorliegen. Dass infolge der Kapitalerhöhung ein Unternehmerrisiko gegeben sei, liege in der Natur einer Familienstiftung. Der daraus resultierende Vorteil liege auftrags- und systemkonform bei den Begünstigten, was nicht nur die Grenzen des Fremdvergleiches aufzeige, sondern auch keine verdeckte Ausschüttung bewirken könne. Die BP habe die von ihr unterstellte Avalprovision den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet. Diese Zuordnung sei in keiner Weise begründet, zumal eine Stiftung eigentlich grundsätzlich keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb (bis auf bloße Nebentätigkeiten) haben könne (§ 1 Abs. 2 PSG). Im konkreten Fall würden keine wie immer gearteten Tätigkeiten oder Einkünfte vorliegen zu denen diese Avalprovision eine Nebentätigkeit darstellen könnte. Aber auch die Definition des § 23 EStG 1988 könne durch die Avalprovision nicht erfüllt werden, zumal weder Nachhaltigkeit noch die allgemeine Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr gegeben sei. Eine Zuordnung zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb finde somit keine gesetzliche Deckung. Es kämen somit nur die Einkunftsarten der §§ 27 bis 29 EStG 1988 in Frage. Hinsichtlich der nahe liegenden Einkünfte aus Kapitalvermögen sei aber festzustellen, dass es sich weder um Beteiligungserträge noch um Zinserträge im weitesten Sinn handeln könne, zumal dieser Avalprovision weder eine Beteiligung noch eine Kapitalforderung, welcher Art immer, zugrunde liege. Somit würden letztlich nur die Einkünfte nach § 29 EStG 1988 verbleiben, wobei aber auch keine Deckung in der gesetzlichen Definition gefunden werden könne, da weder wiederkehrende Bezüge, noch Veräußerungsgeschäfte, noch Funktionsgebühren oder Leistungen vorliegen würden. Möge der Begriff „Leistungen“ aus dem Verständnis des Sprachgebrauches noch zutreffend klingen, so sei dies aus steuerrechtlicher Sicht nicht gegeben, da zum steuerrechtlichen Begriff der Leistung ein Leistungsaustausch erforderlich sei, der aus der Sicht der Bw. nicht gegeben sei, da sie unbestrittenerweise keinen Vorteil aus der vermeintlichen Haftung erhalte. Aber auch in der Sammlung zur bisherigen Judikatur zu § 29 EStG 1988 sei eine Zuordnung einer Avalprovision zu dieser Einkunftsart nicht zu finden (*Doralt*, Einkommensteuergesetz Kommentar, Band II, Stand 1.7.1999, Tz. 36 zu § 29). Da somit keine Zuordnung zu den steuerpflichtigen Einkunftsarten möglich sei, handle es sich bei der unterstellten Avalprovision um „nicht steuerbare“ Einkünfte der Privatsphäre der Stiftung, welche keiner Ertragsbesteuerung zu unterwerfen seien.

In der Stellungnahme zur Berufung wurden von der BP betreffend den Zuflusszeitpunkt der Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen (Tz. 18 BP-Bericht) im Wesentlichen die bereits im BP-Bericht dargelegten Argumente für die steuerliche Erfassung dieser Einkünfte im Jahr 1996 wiederholt. Betreffend die festgesetzte Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) wurde von der BP ausführlich dargelegt, dass die Bw. das Risiko trage anstatt mündelsicherer Kassenobligationen letztlich im Wert gesunkene Unternehmensanteile innezuhaben. Es bestehe eine Analogie zur Bürgschaft. Außerdem würde eine solche Verpflichtung kein Fremder eingehen. Der der Kreditnehmerin zugewendete geldwerte Vorteil liege in der Ersparnis von Zinsaufwand durch bessere Bonität (Annahme 6% statt 8% Sollzinsen). Da das Vorgehen der Bw. der Tätigkeit eines Kreditinstitutes ähnlich sei (VwGH 21.12.1972, 2096/71) und auf Grund der Verpfändung des Wertpapierdepots bis auf 25 Jahre die Nachhaltigkeit gegeben sei, wäre die Zuordnung der angesetzten Avalprovision zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gerechtfertigt. Wenn eine Tätigkeit mehrere Jahre hindurch tatsächlich ausgeübt werde, so dürfe die Behörde die Nachhaltigkeit unterstellen (VwGH 18.9.1991, 91/13/0072).

Die mit Juni 2000 datierte Stellungnahme der BP zur Berufung wurde der Bw. mit Schreiben vom 14. Juli 2000 zur Gegenäußerung bis zum 14. August 2000 zugestellt. Mit Anbringen vom 23. August 2000 wurde um Verlängerung dieser Frist bis zum 15. Oktober 2000 ersucht. Eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der BP zur Berufung wurde von der Bw. nicht eingebracht.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 11. Mai 2001 wurde die Berufung vom Finanzamt als unbegründet abgewiesen. Wie der Entscheidungsbegründung zu entnehmen ist, schloss sich das Finanzamt der von der BP vorgenommenen rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes vollinhaltlich an.

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz vom 18. Juni 2001 brachte die Bw. betreffend den Zuflusszeitpunkt der Zinsen aus Inhaberschuldverschreibungen (Tz. 18 BP-Bericht) neben bereits vorgebrachten Argumenten vor, dass kein Beweis dafür vorliege, dass der Barscheck nicht im Jahr 1995 ausgestellt worden wäre. Zur Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) brachte die Bw. vor, dass den zu diesem Thema von der BP zitierten VwGH-Erkenntnissen nichts abzugewinnen sei. Neben der Überprüfung der Nachhaltigkeit dürfe nicht außer Acht gelassen werden, ob eine (betriebliche) Tätigkeit vorliege. Bei dem im Erkenntnis vom 18.9.1991, 91/13/0072, abgehandelten „Handwender“ handle es sich zweifelsohne um eine (Erwerbs)tätigkeit. Würde dem Begriffsbestandteil „Tätigkeit“ keine Bedeutung beigemessen werden, wären die §§ 27 bis 28 EStG 1988 obsolet. Im gegenständlichen Fall könne jedoch keine wie immer geartete Tätigkeit erkannt werden. Auch würden zahlreiche Merkmale, die gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 21.12.1972, 2096/71, zu einer Qualifizierung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb geführt hätten, nicht zutreffen. Inhalt und Beweggründe für die Stiftung, sich unter Umständen an einer Kapitalerhöhung zu beteiligen, seien offensichtlich neuerlich nicht richtig gewürdigt worden. Wie bereits in der Berufungsschrift dargelegt, würden diese dem Stiftungsbrief in seinen engen Grenzen entsprechen. Es sei daher abwegig zu unterstellen, dass alleine deshalb eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr bestehe, die „... darauf gerichtet sein muss, die unternehmerische Leistung als solche anzubieten. Es muss daher der Wille vorliegen oder den Umständen zu entnehmen sein, dass der Steuerpflichtige eine... Leistung der Allgemeinheit anbietet. Die Tätigkeit muss sich grundsätzlich auf eine unbestimmte Zahl von Personen erstrecken.“ Weiters werde im Erkenntnis ausgeführt: „Die bloße Nutzung eigenen Vermögens stellt noch keinen Gewerbebetrieb dar. ...eine gewerbliche Tätigkeit des Beschwerdeführers (ist) allein schon deshalb anzunehmen (...), weil er nicht nur sein eigenes Vermögen genutzt sondern im

beträchtlichen Masse Fremdgelder aufgenommen und an Darlehensnehmer weitergegeben hat. Der Beschwerdeführer ist daher ähnlich einem Kreditinstitut tätig geworden.“ Von der Bw. seien jedoch in diesem Zusammenhang keine Fremdmittel aufgenommen worden. Aufgrund der objektiv erkennbaren Merkmale seien daher keine Anhaltspunkte für eine gewerbliche Tätigkeit gegeben. Was die Argumentation zum Thema Risiko der Bw. betreffe, so könne die Formulierung der Berufungsvorentscheidung nicht unwidersprochen bleiben. Was bedeute die Aussage, dass das Risiko von der Bw. zu tragen wäre? Weiter unten solle dies scheinbar erklärt werden: Die Stiftung verzichte auf Mobilität und eine eigenständige Verpfändung des Wertpapierdepots und damit auf geldwerte Vorteile aus einer Eigen- oder Fremdverpfändung oder andere Veranlagung? Ungeklärt bleibe allerdings, zu welchen Gunsten die Stiftung denn verpfänden könnte und was dieser Unbekannte dafür zu zahlen bereit wäre? Sollte die Stiftung also mehr dem Bankgewerbe nachgehen? Davon abgesehen, wäre eine wirtschaftliche Risikoübernahme für fremde Dritte nur im Rahmen der Veranlagungsrichtlinien möglich, die letztlich das geringstmögliche Risiko vorsehen. Deshalb auch die Veranlagung entweder im Bereich der Stifterunternehmen oder (wie bereits veranlagt) in Staatsanleihen. Die Ausführungen ließen somit den mangelnden Realitätsbezug der von der BP vertretenen Ansicht erkennen. Wahr sei vielmehr, dass die Stiftung im Rahmen des ihr aufgetragenen Wirkungsbereiches das Risiko der Vermögenswandlung trägt. Damit verbunden sei auch die bereits in der Berufung angeführte Einschränkung des Fremdvergleiches. Wahr sei, dass das Recht die Kapitalerhöhung zu verlangen, spätestens bei einem Unternehmenswert von Null geltend zu machen sei, andernfalls die Bankkredite zum verdeckten Eigenkapital würden. Damit bekomme die Stiftung aber in jedem Fall immer den 100%-igen Gegenwert ihrer Kapitalerhöhung als Beteiligung zurück. Wahr sei weiters, dass der Stiftung durch die Reservierung des Depots kein einziger Groschen an Zinsertrag verloren gehe und dass damit die Basis für eine verdeckte Ausschüttung nicht gegeben sei.

Im Berufungsverfahren vor dem unabhängigen Finanzsenat brachte die Bw. mit Anbringen vom 10. Dezember 2003 zum Berufungspunkt Zuflusszeitpunkt der Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen (Tz. 18 BP-Bericht) vor, dass die Verwertungsmöglichkeit des mit 28. Dezember 1995 datierten Barschecks auch ohne Zutun der Scheckausstellerin objektiv bereits im Jahr 1995 gegeben gewesen sei. Dazu wurde eine entsprechende Bestätigung der Hausbank des scheckausstellenden Unternehmens vorgelegt. Zum Berufungspunkt Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) wurde folgendes vorgebracht: Ursprung der Überlegung der BP, eine Avalprovision fiktiv zu unterstellen, seien der Gedanke des Fremdvergleiches und ein von der Bw. übernommenes Risiko gewesen. Es werde nochmals betont, dass, wenn der Bw. schon eine Hilfestellung unterstellt werde, dies durchaus dem satzungsmäßigen Stiftungszweck entspreche und ein Fremdvergleich gegenüber wirtschaftlichen Gebilden mit anderen Zweckorientierungen hier seine Grenzen finde. Eine bewertbare Vorteilsgewährung seitens der Bw. durch diese Hilfestellung in Form der von der BP unterstellten Risikoübernahme sei jedoch ohnedies zu verneinen, da ein solches Risiko nicht bestehe. Die Bw. hätte gegebenenfalls nicht - wie von der BP dargestellt - Anteile „zurückzukaufen“, sondern würde im Zuge einer Kapitalerhöhung neu geschaffene Anteile erwerben, die dem Wert der von der Bw. dafür zu erbringenden Gegenleistung entsprechen würden. Für die Bw. würde dies lediglich einen Aktiva-Tausch ohne das Risiko einer Werteinbusse bedeuten. Die Bw. sei auch keine Ausfallhaftung für den Kredit eingegangen, womit ein Entgelt dafür gar nicht in Frage kommen könne. Eine einseitige Vorteilsgewährung seitens der Bw. sei auch deshalb nicht zu erkennen, da die vorliegende Situation auch ihren Interessen hinsichtlich einer rentablen Veranlagung mit regelmäßigen, somit plan- und vorhersehbaren Erträgen (entgegen einer Veranlagung in Unternehmensanteilen mit schwankenden Ausschüttungsbeträgen und -zeitpunkten) entspreche. Ein Schreiben der Hausbank der K-AG, mit welchem diese bestätige, dass die Kreditkondition 6% Zinsen unabhängig von der Bw. vergeben worden wäre, werde vorgelegt. Weiters werde eine Tabelle „Österreichische Geldmarktzinssätze“ (Quelle: Österreichische Nationalbank), welche für den Monat des Abschlusses des Darlehensvertrages (Jänner 1997) Werte zwischen 3,15% und 3,45% ausweise, vorgelegt. Der Kreditkondition von 6% liege daher ein Aufschlag auf diese Werte von 2,55% bis 2,85% zugrunde, womit als erwiesen anzusehen sei, dass der Darlehensnehmerin keine außergewöhnlichen Vorteile bei der Konditionierung zuteil gekommen seien. Der von der BP zur Ermittlung einer fiktiven Avalprovision von 2% herangezogene Darlehenszinssatz von 8% könne aus diesen Daten keinesfalls nachvollzogen werden. Der aus der Unterstellung eines Soll-Zinssatzes von 8% resultierende Aufschlag auf den Refinanzierungssatz in der Höhe von über 5 Prozentpunkten entspreche in keiner Weise den tatsächlichen Marktgegebenheiten, noch dazu bei einem derartigen Finanzierungsvolumen. Heute wie damals würde man maximal einen Aufschlag von 1,5% bis 2,5% akzeptieren. Damit finde die von der BP angenommene Avalprovision in einem marktüblichen Verhalten keine wie immer geartete Deckung. Es bleibe - neben den vorstehenden sachlichen Erwiderungen - aufgrund der vorgelegten Daten somit auch wertmäßig kein Platz dafür, dem vermeintlichen geldwerten Vorteil einen Betrag größer als Null beizumessen. Für den Fall, dass durch die Darstellungen der BP der Eindruck erweckt worden sei, dass im Falle der gegenständlichen Unternehmen das vermeintliche Risiko der erforderlichen Kapitalerhöhung besonders schlagend sei, werde zu guter Letzt darauf hingewiesen, dass es bis dato - annähernd sieben Jahre seit Errichtung des Darlehensvertrages - nicht erforderlich gewesen sei, von dieser Maßnahme Gebrauch zu machen und sich die Risikobeurteilung der BP auch aus der konkreten betrieblichen Situation der Unternehmen heraus weder dem Grunde noch der Höhe nach erklären lasse.

Mit dem am 29. April 2004 beim unabhängigen Finanzsenat eingelangten Schreiben nahm die BP zum ergänzenden Schriftsatz der Bw. Stellung. Im Wesentlichen wurde die Annahme einer Rückdatierung des betreffenden Barschecks geäußert und durch Anführung der darauf hindeutenden Sachverhaltselemente begründet. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass die von der Bw. vorgelegte Bankbestätigung nicht vom damals für die Sache zuständigen Bankangestellten stamme. Dazu wurden vom BP angefertigte Aufzeichnungen über die von ihm mit beiden Bankangestellten (dem damals zuständigen und dem die Bestätigung ausstellenden) geführten Telefonate vorgelegt. Zum Berufungspunkt Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) wurde folgendes mitgeteilt: Es entspreche nicht dem Fremdvergleich, dass die Bw. ein Wertpapierdepot über S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) festverzinsliche Wertpapiere unent-

geltlich zwecks Besicherung eines Kredites der K-AG in Höhe von ebenfalls S 60.000.000,00 (4.360.370,05) hinterlegt und zugunsten des Kreditgebers einem diesbezüglichen Belastungs- und Veräußerungsverbot zugestimmt habe. Dem Argument des steuerlichen Vertreters, dass die Familienstiftung der nächsten Generation Hilfestellung bei der Finanzierung eines Unternehmenskaufes geben könne, werde nicht gefolgt. Es sei richtig, dass die Bw. zur Förderung der Stifter gegründet worden sei und dies auch dem Stiftungszweck entspreche. Doch würden alle geldwerten Zuwendungen der Bw. an die Stifter der Kapitalertragsteuer unterliegen. In der Übernahme der Bürgschaft für den Kredit in Höhe von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) zugunsten der K-AG sei ein geldwerter Vorteil gelegen. Der versuchten Beweisführung der Bw., dass die Not leidende AG durch entsprechende Kapitalzufuhr der Bw. wieder werthaltig werden würde und somit ein reiner Aktivtausch Wertpapierdepot gegen Aktienpaket K-AG vorliege, könne nicht gefolgt werden. Der Wert der P-Gruppe sei auf Grund eines Jahresgewinnes von durchschnittlich S 8.000.000,00 (€ 581.382,67) errechnet worden. Sinkende Gewinne würden eine außerordentliche Firmenwertzuschreibung und somit eine buchmäßige Überschuldung der AG nach sich ziehen. Bei Verlusten würden auch Zuschüsse der Bw. zu keinem positiven Kapital und somit Aktivposten bei der Bw. führen. Die BP halte die angesetzte Avalprovision in Höhe von 2% daher für angemessen.

Die Bw. erwiderte mit Anbringen vom 29. April 2005 zur Stellungnahme der BP (zum ergänzenden Schriftsatz der Bw.) zum Berufungspunkt Zuflusszeitpunkt der Zinserträge aus Inhaberschuldverschreibungen (Tz. 18 BP-Bericht), dass der betreffende Barscheck nicht rückdatiert worden sei und legte die für ihren Standpunkt sprechenden Argumente ausführlich dar. Weiters wurde zur Glaubhaftmachung der Möglichkeit einer umgehenden Scheckeinzahlung im Jahr 1995 ein, nunmehr vom damals zuständigen Bankangestellten unterfertigtes, Schreiben vorgelegt. Zum Berufungspunkt Avalprovision (Tz. 19 BP-Bericht) wurde folgendes vorgebracht: Die Argumentation der BP, dass die in diesem Zusammenhang eingegangenen Rechtsbeziehungen nicht fremdüblich seien, führe die Kernfunktion einer Privatstiftung ad absurdum. Das Wesen einer Privatstiftung bestehe darin, begünstigte Personen zu begünstigen, ohne dafür eine wirtschaftliche Gegenleistung erwarten zu dürfen. Es liege dadurch auf der Hand, dass der Begriff des Fremdvergleiches, welcher sich für den Bereich wirtschaftlichwerbender Unternehmen gebildet habe, nicht anwendbar sein könne. Davon abgesehen seien in der Folge die gegen eine Versteuerung einer fiktiven Avalprovision sprechenden Argumente nochmals zusammengefasst: Es würden keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. § 23 EStG 1988 bzw. § 28 BAO definierten einen Gewerbebetrieb als „selbstständige nachhaltige Betätigung die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt“. Das Argument der Bw., dass nicht sämtliche Merkmale dieser Definition (kumulativ) erfüllt seien, habe die BP nur hinsichtlich des Merkmales der Nachhaltigkeit zu widerlegen versucht. Es sei bislang unwidersprochen geblieben, dass es mit der fehlenden Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr an einem weiteren Merkmal ermangle. Eine Privatstiftung dürfe gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 PSG allgemein keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben. Auch in der Satzung der Bw. finde eine gewerbsmäßige Tätigkeit keine Deckung. Die Zahl der Begünstigten sei auf einen sehr engen Kreis beschränkt und seitens der BP werde auch nur ein einziger - fiktiver - „Geschäftsfall“ erkannt. Die Bereitschaft zur Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr im Sinne der nachstehenden Ausführungen zu unterstellen sei im gegenständlichen Fall nicht möglich. Deshalb könne auch keinesfalls davon gesprochen werden, dass die Tätigkeit „der eines Kreditinstitutes ähnlich“ sei und somit generell gewerbliche Einkünfte vorliegen würden. Siehe hierzu: *Bauer/Quantschnigg* zu § 2 KStG (zum Betrieb gewerblicher Art): „*Schon im Geltungsbereich der KStG 1934 und 1966 war es herrschende Auffassung, dass die Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr kein essentielles Erfordernis für einen BgA ist. Er muss also nicht seine Leistungen der Allgemeinheit anbieten, wie dies dem Begriff Gewerbebetrieb gemäß § 23 EStG 1988 und gemäß § 28 BAO immanent ist.*“ *Ritz, BAO*, zu § 28: „*Eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt vor, wenn jemand nach außen erkennbar am Wirtschaftsleben in Form eines Güter- und Leistungsaustausches teilnimmt und hierbei die Bereitschaft hat, die jeweilige Leistung jedermann anzubieten, der nach ihr Bedarf hat (VwGH 24.4.1996, 92/15/0092). Diese Bereitschaft kann auch kann zu unterstellen sein, wenn der Leistungserbringer nur einem einzigen Geschäftspartner gegenüber tätig wird, sei es wegen der Begrenzung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit, sei es, dass im örtlichen Tätigkeitsbereich kein weiterer Geschäftspartner Bedarf an der betreffenden Leistung hat (VwGH 13.9.1989, 88/13/0193). Keine solche Beteiligung läge vor, wenn die Beschäftigung ihrer Natur nach nur Geschäftsbeziehungen zu einem einzigen Partner ermöglichen würde (VwGH 3.6.1992, 91/13/0035).*“ Wenn daher überhaupt eine steuerrelevante Einkunftsquelle vorliegen würde, dann erst zu dem Zeitpunkt, zu dem diese tatsächlich zugeflossen seien (Einkünfte nach § 27 oder § 29). Ein Zufluss derartiger Einkünfte sei im gegenständlichen Zeitraum jedoch nicht gegeben. Es liege keine Vorteilszuwendung bei der K-GmbH. vor. Das Argument der BP, dass durch die vorliegenden Vereinbarungen die Kreditkonditionen um 2% günstiger als marktüblich angefallen wären, seien mittels schriftlicher Darstellung der Hausbank sowie Nachweis der Konditionen am Kapitalmarkt mit früherem Schriftsatz der Bw. bereits widerlegt worden. Es seien der Bw. keine Einnahmen entgangen. Die Vergleichbarkeit mit einem Garantiegeschäft sei nicht gegeben. Auf die Unterschiede zu einer Garantieleistung sei bereits früher hingewiesen worden. Ein grundlegender Unterschied, der nochmals hervorgehoben werde, bestehe darin, dass ein Garant oder Bürge, der zur Leistung herangezogen werde, einen Regressanspruch gegen den Primärgläubiger habe. Dieses wesentliche Element des Garantiegeschäftes liege unbestrittenerweise hier nicht vor. Die Bw. habe dagegen Zug um Zug einen sofortigen Anspruch auf Gegenleistung im Sinne von Gesellschaftsanteilen. Wie ebenfalls bereits dargelegt, ergebe sich aus Art und Zeitpunkt, zu welchem die Hausbank die Bw. zur „Leistung“ heranziehen könne, keine Möglichkeit, dass die empfangene „Gegenleistung“ nicht werthaltig wäre. Es bestehe daher kein Risiko, welches der Bw. zu honorieren wäre. Im Privatrecht bestehe Gestaltungsfreiheit. Das Bedürfnis der Finanzverwaltung, Rechtsgeschäfte mit unterschiedlichen Ausprägungen solchen Fällen zuzuordnen, für die bereits eine Rechtsprechung vorliege, entspreche einem Typenzwang, der der Rechtsordnung zuwider laufe. Der wirtschaftliche Gehalt der streitgegenständlichen Vereinbarungen sei: Wenn die K-GmbH. nicht in der Lage sei, den Kredit gegenüber der Hausbank zu tilgen, verpflichte sich die Geschäftsführung, eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Für den Fall einer zustande gekommenen Kapitalerhöhung verpflichte sich die Bw., die neuen Anteile zu übernehmen, und

die Einzahlung des Kapitals zugunsten des Kredites gegenüber der Hausbank vorzunehmen. Es würden wesentliche Abweichungen gegenüber einer Bürgschaft bzw. Garantie vorliegen, weswegen ein Vergleich damit unzutreffend sei und die bestehenden Unterschiede zum konkreten Sachverhalt entsprechend zu würdigen seien. Die BP habe hinsichtlich der fiktiven Avalprovision sowohl das steuerpflichtige Einkommen der Bw. um entgeltliche Überschüsse erhöht als auch eine verdeckte Zuwendung erkannt. Die Vorgehensweise sei im Widerspruch zu Rz 81 und Rz 211 der Stiftungssteuerrichtlinien. Bei unentgeltlichen Nutzungsüberlassungen von außerbetrieblichem Vermögen (z.B. Gewährung eines unverzinslichen Darlehens, oder hier: Duldung eines Zinsentganges, werde das steuerpflichtige Einkommen der Privatstiftung nicht um entgehende Überschüsse erhöht. Im Falle einer Schuldübernahme finde eine Vorteilszuwendung an den Altschuldner erst nach Maßgabe von Zeitpunkt und Ausmaß der Schuldtilgung statt. Da im Prüfungszeitraum keine Schuldtilgung durch die Bw. erfolgt sei, ergebe sich schon in zeitlicher Hinsicht kein Ansatzpunkt für eine verdeckte Zuwendung.

Der Senat hat erwogen:

I) Körperschaftsteuer für das Jahr 1996

Diese rechtliche Würdigung betrifft die in die Tz. 18 des BP-Berichtes getroffene Feststellung.

Die von der H-AG an die Bw. bezahlten Zinsen in Höhe von S 3,986,640 (€ 289.720,43) stammten aus Inhaberschuldverschreibungen.

Dem liegt zu Grunde, dass die Bw. mit Kaufvertrag vom 22. Dezember 1995 die ihr von der Stifterin A. am 4. Dezember 1995 und am 13. Dezember 1995 gewidmeten Anteile an der K-AG (ab 23. Dezember 1997 K-GmbH.) an die am 13. Dezember 1995 neu gegründete H-AG (Anteilsinhaber C. und D.) veräußerte.

Am selben Tag wurden von der H-AG in Höhe des gestundeten Kaufpreises von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) Inhaberschuldverschreibungen an die Bw. ausgegeben.

Zur Bezahlung der daraus (für ein Jahr im Vorhinein) zu entrichtenden Zinsen wurde der Bw. am 28. Dezember 1995 ein auf ein Konto der I-GmbH. ausgestellter Barscheck in Höhe von S 3,986.640,00 (€ 289.720,43) übergeben.

Am 23. Dezember 1996 wurde eine Vereinbarung über den Rückkauf der Inhaberschuldverschreibungen getroffen. Um den Erlös von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) erwarb die Bw. fest verzinsliche Kassenobligationen.

Bei den Unternehmen der P-Gruppe sowie bei A. wurden abgabenbehördliche Prüfungen durchgeführt, die zur Feststellung führten, dass die Bw., welche die Anteile an der K-AG an die H-AG verkauft hatte, nicht das wirtschaftliche Eigentum an diesen Anteilen erlangt hatte. Das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen an der K-AG ist nach dieser BP-Feststellung weiterhin bei A. geblieben, welche diese Anteile der Bw. gewidmet hatte.

Die Stiftungsvorgänge, mit welchen die A. der Bw. die Anteile an der K-AG übertragen hatte, wurden steuerlich nicht anerkannt. Da davon ausgegangen wurde, dass in wirtschaftlicher Hinsicht nicht die Bw., sondern A. die Anteile an der K-AG an die H-AG veräußert hatte, wurden die S 60,000.000,00 Kaufpreis (€ 4,360.370,05) der A. zugerechnet.

Die Einkommensteuer wurde bei A. so erhoben, als hätte diese die Anteile an der K-AG selbst an die H-AG verkauft.

Dies deshalb, da der Widmungsvorgang, mit welchem A. die Anteile an der K-AG der Bw. übertragen hatte, als missbräuchliche Gestaltung im Sinne des § 22 BAO ("Durchschleusmodell") beurteilt wurde.

Gemäß § 22 Abs. 1 BAO, BGBl.Nr. 194/1961, kann durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden.

In § 22 Abs. 2 BAO ist normiert, dass bei Vorliegen eines Missbrauches (Abs. 1) die Abgaben so zu erheben sind, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird als Missbrauch im Sinne des § 22 BAO eine rechtliche Gestaltung angesehen, die im Hinblick auf die wirtschaftliche Zielsetzung ungewöhnlich und unangemessen ist und nur auf Grund der damit verbundenen Steuerersparnis verständlich wird. Dabei erfüllt im Allgemeinen nicht ein einziger Rechtsschritt, sondern eine Kette von Rechtshandlungen den Sachverhalt, mit dem die Folge des § 22 BAO verbunden ist. § 22 BAO ist dabei die Bedeutung beizumessen, dass bei der Subsumtion des konkreten Sachverhaltes unter einen abgabenrechtlichen Tatbestand die Frage einer missbräuchlichen Gestaltung zu prüfen ist, ohne dass es darauf ankommt, ob dieser Tatbestand stärker oder weniger stark an das Zivilrecht anknüpft (vgl. VwGH 14.1.2003, 97/14/0042; 2.8.2000, 98/13/0152).

Die Annahme der BP, dass durch eine „Durchschleusung“ der Anteile an der K-AG durch eine Privatstiftung (Bw.) den Tatbestand des Missbrauches im Sinne des § 22 BAO erfüllt worden sei, wurde durch die Berufungsentscheidungen des unabhängigen Finanzsenates (RV/1347-W/02; RV/0847-W/02) bestätigt.

Im Rahmen dieser rechtlichen Beurteilungen, die vom Vorliegen einer aus mehreren Vorgängen bestehenden Konstruktion („Durchschleusmodell“) ausgehen, stellt also auch der mit Kaufvertrag vom 22. Dezember 1995 zivilrechtlich gültig vollzogene Verkauf der Anteile an der K-AG durch die Bw. an die H-AG einen dazu gehörigen Vorgang dar.

Indem bereits der erste Vorgang dieser Konstruktion, nämlich der Stiftungsvorgang betreffend diese Anteile im Hinblick auf eine angemessene rechtliche Gestaltung korrigiert wurde, sind diese Anteile wirtschaftlich betrachtet von der Wurzel weg bei A. verblieben.

Aus der gebotenen Betrachtung des Verkaufes der Anteile an der K-AG durch die zivilrechtliche Eigentümerin Bw. an die H-AG als einen im Kontext der missbräuchlichen Konstruktion stattgefundenen Vorgang ergibt sich, dass die H-AG lediglich das zivilrechtliche Eigentum an den Anteilen erlangte.

Da der (gestundete) Kaufpreis von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) aus dem Veräußerungsvorgang, für den die Bw. die Inhaberschuldverschreibungen in gleicher Höhe von der H-AG erhielt, der A. wirtschaftlich zugerechnet wurde, sind konsequenterweise auch die Zinsen aus diesen Inhaberschuldverschreibungen der A. wirtschaftlich zuzurechnen.

Aus diesem Grunde ist die Zurechnung der Zinsen aus Inhaberschuldverschreibungen für die Ermittlung des Einkommens der Bw. im Jahr 1996 nicht zu Recht erfolgt.

Der Frage, ob diese Zinsen im Jahr 1995 (Jahr der Scheckausstellung) oder im Jahr 1996 (Jahr der Scheckeinlösung) zugeflossen sind, kommt somit keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den beiderseitigen Vorbringen zum Zuflusszeitpunkt dieser Zinsen hat daher zu unterbleiben.

II) Körperschaftsteuer für das Jahr 1997:

Diese rechtliche Würdigung betrifft die in die Tz. 19 des BP-Berichtes getroffene Feststellung.

Die von der BP vorgenommene Wertung des Betrages von S 1.200.000,00 (€ 87.207,40) als verdeckte Zuwendung auf Grund einer von der Bw. nicht berechneten Avalprovision von 2% im Jahre 1997 beruht auf der Tatsache, dass die Bw. für einen Kredit in Höhe von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) (Kreditvertrag vom 2. Jänner 1997) der K-AG (ab 23. Dezember 1997 K-GmbH.) gegenüber der Bank Austria AG Sicherheit leistete.

Die Vorgehensweise der Bw. ist der Übernahme einer Bürgschaft (Aval) ähnlich, da sie sich gegenüber der Gläubigerin der K-AG, der Bank Austria AG, vertraglich verpflichtete, für die Einbringlichkeit eines der K-AG gewährten Kredites einzustehen.

Der zugrunde liegende Zweck war zweifellos jener, der Gläubigerin Bank Austria AG für den Fall der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin K-AG Sicherheit zu leisten.

Die vertragliche Regelung hat zum Inhalt, dass die Kreditnehmerin K-AG im Falle der Fälligkeit des Kredites von der Bank gezwungen werden kann, eine Kapitalerhöhung zu beschließen an der die Bw., - die für diesen Fall der Bank in einer unwiderruflichen Verkaufsvollmacht und Verpflichtungserklärung ein Wertpapierdepot (fest verzinsliche Kassenobligationen im Wert von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05)) verpfändete - aufgrund einer Put-Option (die die Kreditnehmerin der Bank abgetreten hat) teilnehmen muss.

Die Bw. würde im Falle einer Inanspruchnahme durch die Bank Austria AG das Wertpapierdepot im Wert von S 60.000.000,00 (€ 4.360.370,05) verlieren, jedoch dafür neu geschaffene Geschäftsanteile der K-AG im nominell gleichen Wert erhalten.

Im Ergebnis besteht daher zur Absicherung der Bw. grundsätzlich ein Regressanspruch.

Die Bw. hat durch das Sicherungsgeschäft eine rechtliche Stellung erlangt, die mit jener eines Bürgen mit Regressanspruch vergleichbar ist.

Weiters ist die Vorgehensweise der Bw. mit jener einer Bank im Falle einer Besicherung von Verpflichtungen durch eine Bankgarantie vergleichbar, wofür regelmäßig Avalprovisionen verlangt werden.

Es wäre unrealistisch anzunehmen, dass eine Bank der K-AG unentgeltlich Sicherheit geleistet hätte.

Ebenso kann nicht angenommen werden, dass eine andere fremde Person bei gleichen Rahmenbedingungen auf eine Avalprovision für eine derartige Sicherheitsleistung verzichtet hätte.

Umgekehrt hätte die Bw. gewiss einer fremden Person gegenüber nicht auf eine Avalprovision verzichtet.

Daher hat die Bw. der K-AG durch ihre unentgeltliche Sicherheitsleistung einen Vorteil zugewendet, welcher in der Ersparnis einer Avalprovision gelegen ist.

Der Grund für diesen Einnahmenverzicht ist zweifellos darin zu sehen, dass die Anteilsinhaber der K-AG (mit Hauptversammlungsbeschluss vom 23. Dezember 1997 umgewandelt in eine GmbH.), C. und D. Stifter und laut Zusatzurkunde vom 29. Juni 1995 zur Stiftungsurkunde Begünstigte der Bw. sind und somit in einem Naheverhältnis zur Bw. stehen.

Im Kommentar zum KStG von *Bauer-Quantschnigg*, zu § 8, ABC der verdeckten Ausschüttungen, ist unter dem Stichwort „Haftungsübernahme“ ausgeführt: „Übernimmt eine Körperschaft zu Gunsten der Anteilsinhaber Haftungen, so muss sie hiefür eine entsprechende Gegenleistung erhalten.“

Unter dem Stichwort „Avalgebühren“ ist unter anderem ausgeführt: „Eine verdeckte Ausschüttung kann diesfalls aber darin gelegen sein, dass die Körperschaft die Bürgschaft unentgeltlich oder zu einem niedrigeren Entgelt übernimmt. I.d.R. wird zu verlangen sein, dass der Anteilsinhaber der Körperschaft einen bei Bürgschaften üblichen Satz an so genannter Avalprovision bezahlt.“

Aus diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass die Nichtverrechnung von Avalprovisionen bei Haftungsübernahmen von Körperschaften zu Gunsten der Anteilsinhaber zu verdeckten Ausschüttungen führt.

Gemäß § 8 Abs. 2 KStG 1988 ist es für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird.

Verdeckte Ausschüttungen sind immer dann anzunehmen, wenn Personen, die rechtlich oder wirtschaftlich Eigentümer oder Miteigentümer des Betriebsvermögens oder sonst wie an der steuerpflichtigen Körperschaft beteiligt sind, Vermögensvorteile zugewendet erhalten, deren Zuwendung ihren Grund lediglich in der beherrschenden Stellung des Empfängers gegenüber dem Unternehmen oder in seiner Beteiligung an der Körperschaft hat und sich in einer Form vollzieht, die nicht ohne weiteres erkennen lässt, dass Einkommensteile oder Gewinnanteile ausgeschüttet werden.

Im gegenständlichen Fall hat jedoch eine Privatstiftung zu Gunsten ihrer Begünstigten und nicht eine Körperschaft zu Gunsten ihrer Anteilsinhaber eine Haftung übernommen.

Die Bw. ist als Privatstiftung keine Körperschaft an der Anteilsinhaber beteiligt sind.

Stiftungen nach dem Privatstiftungsgesetz sind nach § 1 PSG eigentümer- und mitgliederlose Rechtsträger, denen vom Stifter Vermögen gewidmet wird, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung einem vom Stifter bestimmten, gesetzlich erlaubten Zweck zu dienen.

Die Zuwendung der Privatstiftung ist nach herrschender Lehre der Ausschüttung der Kapitalgesellschaft insofern vergleichbar, als sie das steuerpflichtige Einkommen der Privatstiftung nicht vermindern kann, unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt erfolgt.

Die Vorschriften des § 8 Abs. 2 ff KStG 1988 über die Einkommensverwendung sind daher auch für Privatstiftungen nicht unmaßgeblich.

Die körperschaftsteuerrechtlichen Konsequenzen einer Zuwendung auf Stiftungsebene richten sich allerdings danach, aus welchen Bereichen sie erfolgt.

Je nach Festlegung in der Stiftungsurkunde bzw. Stiftungszusatzurkunde können Zuwendungen nicht nur aus den erwirtschafteten Früchten des gestifteten Kapitals sondern auch aus dem Substanzvermögen der Privatstiftung selbst stammen. Insoweit ist der steuerliche Einkommensverwendungstatbestand nicht gegeben.

Demnach ist - wie die Bw. vorbringt - bei der unterpreisigen unter unentgeltlichen Nutzungsüberlassung von außerbetrieblichem Vermögen (z.B. Gewährung eines unverzinslichen Darlehens, unterpreisige Vermietung einer Liegenschaft) das steuerpflichtige Einkommen der Privatstiftung nicht um entgehende Überschüsse zu erhöhen.

In diesen Fällen wird gestiftetes außerbetriebliches Vermögen entsprechend dem Stiftungszweck zugewendet, wobei lediglich die Bemessungsgrundlage für die von den Zuwendungen an die Begünstigten zu entrichtende Kapitalertragsteuer nach dem Kriterium der Fremdüblichkeit anzupassen ist, jedoch keine Zurechnung bei der Einkommensermittlung der Privatstiftung erfolgt.

Im gegenständlichen Fall wurde von der Bw. außerbetriebliches Vermögen dazu verwendet, Sicherheit für ein Unternehmen, an welchem Begünstigte der Bw. beteiligt sind, zu leisten.

Der Gegenstand der Zuwendung ist die Erbringung einer Sicherheitsleistung durch die Bw. Diese Leistungserbringung hätte, wäre sie einem Fremden gegenüber erbracht worden, zur Erzielung von Einkünften durch die Bw. geführt und stellt demnach eine verdeckte Zuwendung an die Begünstigten dar.

Da diese aus dem Verzicht auf ein marktübliches Entgelt für eine Sicherheitsleistung resultierende Zuwendung jedoch in Zusammenhang mit den dem außerbetrieblichen Vermögen zuzuordnenden Wertpapieren der Bw. steht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass dadurch eine Minderung des steuerpflichtigen Einkommens der Bw. bewirkt worden ist.

Der steuerliche Einkommensverwendungstatbestand ist somit nicht gegeben.

Die von der BP vorgenommene außerbilanzmäßige Zurechnung von S 1,200.000,00 (€ 87.207,40) zu den Einkünften des Jahres 1997 ist daher nicht zu Recht erfolgt.

III) Kapitalertragsteuer:

Gemäß § 27 Abs. 1 Z 7 EStG 1988, BGBl.Nr. 400/1988, sind Einkünfte aus Kapitalvermögen auch Zuwendungen jeder Art einer nicht unter § 5 Z 6 KStG 1988 fallenden Privatstiftung an Begünstigte und Letztbegünstigte.

Gemäß § 93 Abs. 1 EStG 1988 wird bei inländischen Kapitalerträgen, worunter gemäß Abs. 2 Z 1 lit. d) leg.cit. auch Zuwendungen jeder Art von nicht unter § 5 Z 6 KStG 1988 fallende Privatstiftungen fallen, die Einkommensteuer durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben (Kapitalertragsteuer).

Gemäß § 95 Abs. 2 EStG 1988 haftet der Schuldner der Kapitalerträge dem Bund für die Einbehaltung und Abfuhr der Kapitalertragsteuer.

Indem die Bw. der K-AG (an der die Stiftungsbegünstigten C. und D. beteiligt sind) gegenüber der Bank Austria AG für einen Kredit in Höhe von S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05) (Kreditvertrag vom 2. Jänner 1997) unter Verzicht auf eine Avalprovision Sicherheit leistete, wurden verdeckte Zuwendungen an C. und D. getätigt.

Zur grundlegenden rechtlichen Würdigung dieses Sachverhaltes wird auf Punkt II) Körperschaftsteuer für das Jahr 1997 verwiesen.

Die Höhe der verdeckten Zuwendung wurde von der BP mit 2% des Kreditbetrages, nämlich S 1,200.000,00 (€ 87.207,40), ermittelt.

Die für die Ermittlung der Höhe einer Avalprovision von der BP angestellten - vom Gedanken der Erlangung günstigerer Kreditkonditionen für die K-AG ausgehenden - Überlegungen werden nicht geteilt.

Das Sicherungsgeschäft ist getrennt vom Kreditgeschäft zu betrachten, da nicht zwingend davon ausgegangen werden kann, dass eine Bank aufgrund bestellter Sicherheiten für einen Kredit weniger Zinsen verlangt.

Im gegenständlichen Fall wurde von der Bank auch bestätigt, dass die Sicherheitsleistung der Bw. keinen Einfluss auf die Höhe der Kreditzinsen hatte.

Der von der Bw. der K-AG zugewendete Vorteil ist eindeutig in der Ersparnis einer Avalprovision zu sehen. Daher kann die Grundlage für die Bemessung der Höhe einer Avalprovision sinnvollerweise nur der von der Sicherheitsleistung umfasste Betrag, nämlich S 60,000.000,00 (€ 4,360.370,05), sein.

Die Höhe von Avalprovisionen wird im Bankgeschäft üblicherweise ausgehandelt.

Für die Ergebnisse solcher Verhandlungen sind dem Wesen von Sicherungsgeschäften entsprechend die konkreten Umstände des jeweiligen Falles, wie insbesondere die Höhe des zu sichernden Betrages und das Risiko der Bank, ausschlaggebend.

Avalprovisionen in einer Höhe von 2% werden nach der Lebenserfahrung aber von Banken nicht verlangt, da in derart risikobehafteten Fällen regelmäßig von einer Kreditgewährung Abstand genommen wird.

Da die von der Bw. erbrachte Sicherheitsleistung ihrem Inhalt nach mit einer Bankgarantie verglichen werden kann, wäre aus diesem Grunde die Annahme einer Avalprovision in einer unüblichen Höhe von 2% unangemessen und daher nicht gerechtfertigt.

Unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Sicherungsgeschäftes sowie unter Bedachtnahme auf die Gepflogenheiten im Bankgeschäft ist die Annahme einer Avalprovision mit im Bankgeschäft durchaus üblichen 1% des von der Garantieerklärung umfassten Betrages angemessen.

Die verdeckte Zuwendung aus dem Sicherungsgeschäft beträgt demnach S 600.000,00 (€ 43.603,70).

Die Berechnung der Kapitalertragsteuer für das Jahr 1997 wird unter Zugrundelegung dieses Betrages vorgenommen.

Der für die Jahre 1995 bis 1997 ausgestellte Bescheid betreffend Kapitalertragsteuer für das Jahr 1997 wird abgeändert.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.