

## Abgrenzung zwischen Kauf und gemischter Schenkung gemäß § 935 ABGB (im konkreten Fall zwischen einer Privatstiftung und ihren Stiftern).

1. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem gemeinen Wert von Leistung und Gegenleistung ist ein maßgebliches Indiz für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als Kauf oder als gemischte Schenkung anzusehen ist. Liegt ein solches Missverhältnis nicht vor, ist der Wille der Vertragsparteien einen, aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten, Vertrag im Sinne des § 935 ABGB abzuschließen zu wollen allenfalls aus den bestehenden Verhältnissen ableitbar. § 935 ABGB  
UFS 14.11.2005,  
RV/2669-W/02
2. Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist nach der Rechtsprechung und Lehre dann anzunehmen, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angenommene Gegenleistung um 20 % - 25 % unterschreitet. Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu.

### Entscheidungsgründe

Bei der Bw. handelt es sich um eine Privatstiftung nach österreichischem Recht die im Dezember 1995 gegründet wurde.

Am 27.12.1995 wurde zwischen der Bw. einerseits und Alfred A sowie der A & B OEG andererseits eine Stiftungszusatzurkunde errichtet. Gegenstand der Stiftungszusatzurkunde war die Einbringung von Anteilsrechten in die Bw., bei gleichzeitiger Übernahme von Verbindlichkeiten der Stifter Alfred A und der A & B OEG durch die Bw.. Die Einbringung der Anteilsrechte und die Übernahme der Verbindlichkeiten stellen laut Stiftungszusatzurkunde eine untrennbare Einheit dar. In die Bw. eingebracht wurden die im Betriebsvermögen der A & B OEG befindliche Aktien der C AG im Nominale von S 1.600.000,00 und der im Betriebsvermögen der A & B OEG befindlichen Geschäftsanteil an der B & B GmbH im Nominale von S 250.000,00. Von der Bw. wurden Verbindlichkeiten der A & B OEG im Betrag von S 20.000.000,00 und Verbindlichkeiten des Alfred A. im Betrag von S 48.225.140,00 übernommen. Gemäß Punkt 2.3. der Stiftungszusatzurkunde übernimmt die A & B OEG keinerlei Gewährleistung oder Haftung für bestimmte Eigenschaften oder eine bestimmte Ertragskraft der in die Bw. eingebrachten Anteilsrechte, wohl aber dafür, dass diese in ihrem freien unbelasteten Eigentum stehen.

Die mit Stiftungszusatzurkunde vom 27.12.1995 eingebrachten Aktien der C AG hat die Bw. mit Aktienkaufvertrag vom 27.12.1995 um S 78.912.400,00 weiterverkauft. Der Kaufpreis war mit Unterzeichnung des Kaufvertrages fällig und wurde dem gemeinsamen Treuhänder der Vertragsparteien ausgehändigt. Aufgrund diverser Gewährleistungs- und Schadenersatzzusicherungen wurde zwischen der Bw. und dem Käufer der Aktien ein Hafrücklass von S 7.500.000,00 vereinbart. Der Hafrücklass wurde vom gemeinsamen Treuhänder der Vertragsparteien verwaltet und sollte nur in dem Ausmaß an die Bw. herausgegeben werden, als der Käufer nicht bis spätestens 31.12.1999 Gewährleistungs- oder Schadenersatzforderungen (inklusive Vertragsstraforderungen) gerichtlich geltend gemacht hat, bzw. in Folge nach Maßgabe eines entsprechenden Urteils.

Die Anteile an der B & B GmbH im Nominale von S 250.000,00 wurden von der Bw. mit Notariatsakt vom 10.4.1996 um S 8.250.000,00 an die B Privatstiftung abgetreten. Diesbezüglich liegt im Arbeitsbogen der Betriebsprüfung ein Schreiben des Stiftungsvorstandes bzw. Beraters AT GmbH auf, laut welchem, im Falle von Steuernachzahlungen die den Betrag von S 3 Mio. übersteigen, der Kaufpreis um 50% des übersteigenden Betrages reduziert werden sollte.

Von Juni 1999 bis August 2000 wurde bei der Bw. eine Betriebsprüfung betreffend die Jahre 1995 bis 1997 durchgeführt. Im Rahmen der Betriebsprüfung wurde festgestellt, dass es sich bei der A & B OEG um eine reine Vermögensverwaltungsgesellschaft und damit um keine Mitunternehmerschaft im abgabenrechtlichen Sinn gehandelt habe. Daher seien jene Wirtschaftsgüter, die der Bw. von der A & B OEG gestiftet worden seien direkt dem an der A & B OEG beteiligten Alfred A zuzurechnen. Da die der Bw. gestifteten Verbindlichkeiten 50% des gemeinen Wertes des gestifteten Vermögens übersteigen würden, sei die Übertragung der AG und GmbH Anteile an die Bw. als Verkauf anzusehen. Die Bw. habe die Aktien der C AG sofort und die Anteile an der B & B GmbH am 30.4.1996 verkauft. Der Verkauf sei innerhalb der Spekulationsfrist von 12 Monaten erfolgt, weshalb die Differenz zwischen den gestifteten Verbindlichkeiten und den erzielten Verkaufserlösen bei der Bw. der Körperschaftsteuer zu unterziehen seien. Der Spekulationsgewinn für die AG und GmbH Anteile wurde mittels einer Verhältnisrechnung wie folgt ermittelt:

|                              | Gesamt               | %      | C AG                 | %     | B & B GmbH          | %    |
|------------------------------|----------------------|--------|----------------------|-------|---------------------|------|
| Verkaufserlös                | 87.162.400,00        | 100,00 | 78.912.400,00        | 90,53 | 8.250.000,00        | 9,47 |
| Gestiftete Verbindlichkeiten | -68.225.140,00       | 100,00 | -61.767.569,00       | 90,53 | -6.457.571,00       | 9,47 |
| <b>Spekulationsgewinn</b>    | <b>18.937.260,00</b> |        | <b>17.144.831,00</b> |       | <b>1.792.429,00</b> |      |

Der Spekulationsgewinn für die Aktien der C AG sei laut Betriebsprüfung im Jahr 1995, jener für die Anteile an der B & B GmbH im Jahr 1996 der Körperschaftsteuer zu unterziehen, da die Aktien 1995 und die GmbH Anteile 1996 verkauft worden seien.

Das Finanzamt folgte der Auffassung der Betriebsprüfung und erließ am 2. November 2000 entsprechende Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1995 und 1996.

Mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2000 hat die Bw. gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1995 und 1996 das Rechtsmittel der Berufung eingebracht. In der Berufung wurde ausgeführt, dass sich die angeführten Bescheide auf die Feststellung der Betriebsprüfung stützen würden. Demnach seien der Bw. am 27.12.1995 von Alfred A Verbindlichkeiten in Höhe von S 48.225.140,00, von der A & B OEG Aktien der C AG im Nominale von S 1.600.000,00 sowie Verbindlichkeiten von S 20.000.000,00, welche Alfred A direkt zuzurechnen wären, und ein 50%-iger Anteil an der B & B GmbH gestiftet worden.

Die gestifteten Verbindlichkeiten hätten 50% des gemeinen Wertes des gestifteten Vermögens überstiegen. Daher sei die Übertragung der beiden Gesellschaftsanteile als Verkauf an die Bw. zu qualifizieren. Die Anteile an der C AG und an der B & B GmbH seien von der Bw. innerhalb der Spekulationsfrist von 12 Monaten verkauft worden. Die Körperschaftsteuer sei für 1995 mit S 5.829.232,00 und für 1996 mit S 609.416,00 festgesetzt worden.

Dagegen richte sich die Berufung infolge unrichtiger Sachverhaltsfeststellung, Beweiswürdigung und rechtlicher Beurteilung.

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 1.12.1987, 86/16/0008; VwGH 12.7.1990, 89/16/0089) und der Praxis der Abgabenbehörden liege zwischen der Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis vor, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um 20% bis 25% unterschreite. Solche Fälle seien als Kauf zu beurteilen. Konkret ginge der VwGH bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um eine gemischte Schenkung oder um einen Kauf handle, beispielsweise in einem Fall davon aus, dass bei der Zugrundelegung des für die Beschwerde führende Partei günstigsten Betrages des gemeinen Wertes der an sie erbrachten Leistung von S 10.095.965,29 und des gemeinen Wertes der Gegenleistung von S 6.101.443,52 die Bejahung der gemischten Schenkung nicht rechtswidrig sei.

Dies bedeute demnach für die Bw., dass das Vorliegen von gestifteten Verbindlichkeiten, die 50% des gemeinen Wertes des gestifteten Vermögens überschreiten würden, als gemischte Schenkung zu qualifizieren sei.

Ferner seien von Alfred A nicht Verbindlichkeiten von S 68.225.140,00, sondern Verbindlichkeiten von S 48.225.140,00 gestiftet worden. Verbindlichkeiten von S 20.000.000,00 habe die A & B OEG samt der Anteile an der C AG gestiftet. Stelle man die gestifteten Verbindlichkeiten der A & B OEG dem Verkaufserlös für die Aktien der C AG von S 78.912.400,00 gegenüber, so liege der gemeine Wert der Verbindlichkeiten keineswegs über 50% des gemeinen Wertes des gestifteten Vermögens, sondern bei ca. 25,34%. Die Mitübertragung von Verbindlichkeiten mit gestiftetem Vermögen löse keine Zuwendungsbesteuerung aus, wenn es sich um die Stiftung von Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen handle.

Von der Bw. werde daher die Aufhebung in eventu Abänderung der Bescheide und Festsetzung der Körperschaftsteuer für 1995 mit - S 3.718,00 und für 1996 mit -S 86.970,00 sowie die Aussetzung der Einhebung der Körperschaftsteuerzahlung von S 5.829.232,00 für das Jahr 1995 und S 609.416,00 für das Jahr 1996 beantragt.

Die Betriebsprüfung hat mit Schriftsatz vom 8. August 2001 zur Berufung Stellung genommen. In der Stellungnahme wurde der als unbestritten bezeichnete Sachverhalt wie folgt dargestellt:

Im Jahr 1993 sei von Alfred A und Josef B die vermögensverwaltende A & B OEG gegründet worden. Laut Gesellschaftsvertrag und tatsächlicher Geschäftsführung sei Gegenstand dieser Gesellschaft der Erwerb, die Verwaltung und Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen gewesen. Persönlich haftende Gesellschafter seien Alfred A und Josef B mit je einer Festgeldeinlage von S 150.000,00 gewesen. Gewinne und Verluste seien im Verhältnis der Einlage aufzuteilen gewesen. Die OEG habe 64% der Aktien an der C AG und 100% der Anteile an der B & B GmbH gehalten.

Mit Stiftungsurkunde vom 7.5.1995 sei von Alfred A, Karin A und der A & B OEG die Bw. errichtet worden. Die A & B OEG habe S 1.000.000,00 in bar gestiftet. In der Stiftungszusatzurkunde vom 27.12.1995 habe Alfred A der Bw. Verbindlichkeiten von S 48.225.140,00 gestiftet. Die A & B OEG habe 50% der von ihr gehaltenen Aktien an der C AG, 50% des von ihr gehaltenen Gesellschaftsanteiles an der B & B GmbH und 50% der von ihr am 21.12.1995 aufgenommenen Bankverbindlichkeiten gestiftet. Ebenfalls am 27.12.1995 habe die Bw. ihre Anteile an der C AG um den Betrag von S 78.912.400,00 an einen fremden Dritten verkauft. Am 10.4.1996 habe die Bw. ihre Anteile an der B & B GmbH um S 8.250.000,00 an die B. Privatstiftung verkauft. Am 18.3.1997 sei die A & B OEG im Firmenbuch gelöscht worden.

Betreffend die rechtliche Würdigung des zuvor dargestellten Sachverhaltes wurde in der Stellungnahme der Betriebsprüfung ausgeführt:

#### 1) Zurechnung der Wirtschaftsgüter

Das Vermögen einer OEG stehe zivilrechtlich im Gesamthandseigentum der Gesellschafter. Ertragsteuerlich sei die OEG weder Zurechnungssubjekt der Einkünfte noch der Wirtschaftsgüter. Gemäß § 24 Abs. 1 lit. e BAO seien die Wirtschaftsgüter quotenmäßig den Gesellschaftern direkt zuzurechnen. Alfred A sei daher als 50% Gesellschafter der A & B OEG zu 50% wirtschaftlicher Eigentümer der Wirtschaftsgüter der OEG. Daher sei im gegenständlichen Fall davon auszugehen, dass Alfred A die von der A & B OEG gehaltenen Aktien an der C AG, die von der A & B OEG gehaltenen Gesellschaftsanteile an der B & B GmbH und die Verbindlichkeiten der A & B OEG im Ausmaß von jeweils 50% sowie seine persönlichen Verbindlichkeiten an die Bw. übertragen habe, obwohl zivilrechtlich die A & B OEG als Stifter aufgetreten sei.

#### 2) Entgeltlicher Erwerb der Gesellschaftsanteile durch die Privatstiftung

Für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft entgeltlich oder unentgeltlich sei, sei das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausschlaggebend. Hierbei seien die nach bürgerlichem Recht maßgebenden Werte (=gemeiner Wert) der Leistung und der Gegenleistung anzusetzen, einander gegenüberzustellen und zu vergleichen (*Stoll Rentenbesteuerung*, Rz 1614, 4. Auflage). Üblicherweise gehe man von entgeltlichen Vorgängen aus, wenn die Wertdifferenz nicht mehr als 25% betrage (*Stoll Rentenbesteuerung*, Rz 1631, 4. Auflage). Eine gemischte Schenkung liege allerdings nicht schon vor, wenn die Leistung einer Seite objektiv wertvoller sei als die der anderen, weil sich ein Vertragspartner mit einer unter dem Wert seiner Leistung liegenden Gegenleistung begnüge (*Schubert in Rummel*, ABGB, § 938, Rz 9, 2. Auflage).

Der gemeine Wert der Aktien der C AG sei von der Betriebsprüfung mit S 78.912.400,00 festgestellt worden. Der gemeine Wert der Anteile an der B & B GmbH mit S 8.250.000,00. Beide Werte würden den Verkaufserlösen entsprechen, die die Bw. kurz nach der Vermögensübertragung erzielt habe. Diese Werte seien nicht bestritten worden. Den positiven Vermögenswerten von insgesamt S 87.162.400,00 würden zeitgleich mitübertragene Verbindlichkeiten von insgesamt S 68.225.140,00 gegenüber stehen. Da die Verbindlichkeiten 78,27% des gemeinen Wertes der übertragenen Gesellschaftsanteile ausmachen würden, liege nach Ansicht der Betriebsprüfung kein erhebliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Die Betriebsprüfung gehe daher im Sinne von Lehre und Rechtsprechung von einem entgeltlichen Erwerb der Anteile durch die Privatstiftung aus.

Da die natürliche Person Alfred A zivilrechtlich ausschließlich persönliche Verbindlichkeiten der Privatstiftung gewidmet habe, was im übrigen privatstiftungsrechtlich nicht gedeckt sei und vom Stiftungsvorstand zu beanstanden gewesen wäre, könne auch davon ausgegangen werden, dass durch die zeitnahe Tilgung dieser persönlichen Verbindlichkeiten durch die Privatstiftung, das Entschuldungsmoment im Vordergrund gestanden sei.

3) Verwirklichung des Spekulationstatbestandes durch die Bw.

Aufgrund des entgeltlichen Erwerbes der Gesellschaftsanteile durch die Bw. und deren Veräußerung innerhalb der Spekulationsfrist sei von der Bw. der Tatbestand des § 30 EStG 1988 verwirklicht worden und der Überschuss der Besteuerung zu unterwerfen.

Die Bw. hat eine mit 5. Oktober 2001 datierte Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung eingebracht. In der Gegenäußerung wurde ausgeführt:

Obwohl das Vermögen einer OHG zivilrechtlich im Gesamthandeigentum der Gesellschafter stehe und gemäß § 24 Abs. 1 lit. e BAO die Wirtschaftsgüter direkt den Gesellschaftern zuzurechnen seien, gehe aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.6.1997, 95/15/0192 hervor, dass die Zurechnung der Anteile am Gesellschaftsergebnis analog zu § 23 Z 2 1. Halbsatz EStG zu erfolgen habe, sofern die Gesellschafter eine mitunternehmerähnliche Stellung haben würden. Dieser Meinung schließe sich auch die Literatur an (Rainer, Einkünftefeststellung bei Personengesellschaften, 37). Weiters werde dieses Urteil gestützt durch die Praxis der Finanzbehörden.

Eine OEG könne unter ihrer Firma Rechte und Eigentum erwerben, Verbindlichkeiten eingehen und vor Gericht klagen und geklagt werden. Ertragsteuerlich seien allfällige Einkünfte bei der OEG selbst festzustellen, wie dies ohnehin seitens der Finanzbehörde von 1993 bis 1996 für die A & B OEG erfolgt sei. Erst danach habe die Aufteilung an die Gesellschafter zu erfolgen.

Lediglich die Betriebsprüfung habe entgegen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der Übung der Finanzverwaltung und der herrschenden Literatur die Anteilsabtretung nicht anerkannt. Dies stelle einen Widerspruch zum nachhaltigen Verhalten der Finanzbehörde und einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, da die Finanzbehörde bereits 1994 der A & B OEG eine Steuernummer vergeben habe und, in Kenntnis der offen gelegten Tatsachen, die Gesellschaft als Zurechnungsobjekt von Einkünften beurteilt habe.

Eine allfällige Unterstellung der Veräußerung der Anteile an die Bw. hätte auf Ebene der A & B OEG festgestellt werden müssen. Die tatsächlich vorgenommene Zurechnung der Vermögensgegenstände zu Alfred A sei daher sachlich unrichtig und rechtlich unzulässig.

Hinsichtlich der Widmung der Gesellschaftsanteile durch die A & B OEG an die Bw. führe die einfache Gegenüberstellung des Wertes der Anteile zum Wert der mitübertragenen Schulden zu dem zwingenden Schluss, dass hier eine gemischte Schenkung und nicht - wie von der Behörde festgestellt - eine Vermögensveräußerung stattgefunden habe. Sollte dennoch jemand zu der Schlussfolgerung gelangen, dass seitens der A & B OEG ein Verkauf der Anteile stattgefunden habe, so wären die Einkünfte ebenso zunächst auf der Ebene der OEG festzustellen und auf die Gesellschafter aufzuteilen gewesen.

Selbst wenn die Behörde die Auffassung der Bw. nicht teile, und die Aktien der C AG, den Gesellschaftsanteil an der B & B GmbH und die Verbindlichkeiten der A & B OEG aus steuerlichen Gründen Alfred A persönlich zurechne, sei die Annahme eines entgeltlichen Erwerbes anstelle einer gemischten Schenkung aus nachfolgend angeführten Gründen nicht beizupflichten.

Der steuerliche Tatbestand der Schenkung knüpfe erkennbar an die Bestimmung des bürgerlichen Rechts an, weshalb die sonach gebotene Sachverhaltsbeurteilung nach eben diesem Maßstab (§ 21 Abs. 2 BAO) zu erfolgen habe (*Stoll Rentenbesteuerung*, Rz 1607, 4. Auflage). Dies bedeute aber, dass neben der objektiven Komponente der Vermögensminderung auf der Seite des Geschenkgebers, verbunden mit der Vermögenserhöhung auf der Seite des Geschenknehmers, auch die subjektive Komponente der Schenkung nicht außer acht gelassen werden dürfe.

Sowohl aus dem Privatstiftungsgesetz als auch aus der Gründungsurkunde ergebe sich zweifellos der subjektive Wille zur Bereicherung der Stiftung. Eine andere Einschätzung wäre eine völlige Verkennung der Rechtsfigur der Stiftung und des damit verbundenen Vorganges der Stiftungserrichtung. Gerade die Schenkungsabsicht aber lasse die Behörde völlig außer acht.

Wenn die Betriebsprüfung in ihrer Stellungnahme auf *Schubert in Rummel* (ABGB, § 938, Rz 9, 2. Auflage) verweise und meine eine gemischte Schenkung liege nicht schon dann vor, wenn die Leistung der einen Seite objektiv wertvoller sei als die der anderen, weil sich ein Vertragspartner mit einer unter dem Wert seiner Leistung liegenden Gegenleistung begnüge, übersehe sie die Schenkungsabsicht der Vertragsparteien. Weil diese eine Leistung als geschenkt ansehen wollten und sich dessen bewusst gewesen seien, dass sie Vermögensteile unter Minderung ihres eigenen Vermögens an die Bw. übertragen, hätten sie die dafür am geeignetsten erscheinende Rechtsform der Privatstiftung gewählt. Erforderlich sei, dass die Vertragspartner sich dessen bewusst gewesen seien, dass ein Teil der Leistung unentgeltlich sei, beide die teilweise Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes gewollt und diese ausdrücklich oder schlüssig zum Ausdruck gebracht haben (SZ 49/43, SZ 50/101, RdW 1984, 43). Ergebe sich aus der Urkunde, dass die Vertragsteile Leistung und Gegenleistung als subjektiv inäquivalent angesehen haben, so folge daraus, dass auf das Vorliegen einer gemischten Schenkung zu schließen sei (OGH 13.12.1994, 5 Ob 141/94). Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes seien auch Rechtsgeschäfte, bei denen der Leistung des einen Teiles eine geringe Leistung des anderen Teiles gegenüberstehe, Schenkungen im Sinne des Schenkungssteuergesetzes, wenn die Bereicherung des anderen Teiles von demjenigen, der die höherwertige Leistung erbringt, gewollt sei (VwGH 27.6.1963, 1869/62; VwGH 18.1.1973, 1310/72; VwGH 14.10.1991, 90/15/0084). Deutlicher hätten dies die Parteien durch die Errichtung einer Privatstiftung gar nicht zum Ausdruck bringen können, welche der Behörde zu jederzeit alle erheblichen Umstände offen gelegt und erläutert habe.

In objektiver Hinsicht sei das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung maßgebend. Insbesondere wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein größerer Unterschied bestehe, vor allem wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um etwa 20 bis 25% unter- oder überschreite, würde die herrschende Auffassung und die Judikatur das Vorliegen einer (teilweise) unentgeltlichen Zuwendung als gegeben ansehen (*Stoll Rentenbesteuerung*, Rz 1618, 4. Auflage).

An dieser Stelle sei nochmals auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen. Im Erkenntnis vom 1.12.1987, 86/16/0008 sei dem Verwaltungsgerichtshof bei einem Verhältnis von S 10.095.965,29 zu S 6.101.443,52 (ca. 60,4%) die Bejahung eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nicht rechtswidrig erschienen. Im Erkenntnis vom 12.7.1990, 89/16/0088 habe der Verwaltungsgerichtshof hingegen auch bei einem Anteil der Gegenleistung von 66% bzw. 70% die Annahme des Bereicherungswillens anerkannt.

Des weiteren sei die von der Betriebsprüfung vorgenommene Zuordnung der übertragenen Verbindlichkeiten zu den Aktien der C AG und dem Anteil an der B & B GmbH zum Teil nicht nachvollziehbar. Unbestritten sei, dass Verbindlichkeiten in Höhe von S 20.000.000,00 direkt der A & B OEG und somit den von der OEG zugewendeten Anteilen zuzurechnen seien. Weiters seien Verbindlichkeiten von S 398.706,16 direkt der B & B GmbH und von rund S 15,6 Mio. (S 1.947.292,54; CHF 1.435.530,45; US\$ 100.000,00) direkt den Aktien an der C AG zurechenbar. Der Rest von rund S 32,2 Mio. seien Privatschulden von Alfred A, die keinem der übertragenen Anteile direkt zurechenbar seien. Die Zuordnung der Verbindlichkeiten durch die Behörde sei nach Ansicht der Bw. willkürlich und stelle eine unzulässige Vorgangsweise dar.

Vielmehr komme man bei näherer Betrachtung der im Zuge des Prüfungsverfahrens offen gelegten Zuwendungen an die Bw. zu dem Ergebnis, dass von der A & B OEG Aktien an der C AG mit einem gemeinen Wert von S 78.912.400,00, Anteile an der B & B GmbH mit einem gemeinen Wert von S 8.250.000,00 sowie Verbindlichkeiten im Wert von S 20.000.000,00 gewidmet worden seien. Dies entspreche ca. 23% des gemeinen Wertes der Anteile. Ein solches Verhältnis könne, unter Berücksichtigung der Schenkungsabsicht der Parteien, keinesfalls zur Annahme eines Verkaufs der Anteile an die Stiftung führen.

Selbst wenn man in eventu der Annahme der Betriebsprüfung folge, dass die Anteile an den Gesellschaften direkt Alfred A zuzurechnen wären, ende man bei einem Wertverhältnis von S 87.162.400,00 zu S 35.971.496,86, wobei die Verbindlichkeiten ca. 41% des gemeinen Wertes der Anteile ausmachen würden. Selbst eine Aliquotierung der von der A & B OEG zugewendeten Verbindlichkeiten auf die Gesellschaftsanteile ändere nichts an dieser Betrachtung.

Folge man schließlich gänzlich dem nach Ansicht der Bw. unzulässigen Weg der Betriebsprüfung die alle gestifteten Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten ohne Zurechnung vermenge, liege auf Basis der Judikatur zur gemischten Schenkung kein entgeltlicher Erwerb der Anteile an der Bw. (gemeint wohl durch die Bw.) vor. Der Anteil der Gegenleistung betrage ca. 78%. Dieser Anteil befinde sich im Einklang mit der zitierten Judikatur und Literatur, die bei einem derartigen Unterschied ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und somit eine Schenkung klar anerkenne.

Gemeinsam mit dem dokumentierten subjektiven Willen zur Bereicherung sei der Vorgang selbst in dieser Situation als gemischte Schenkung anzusehen.

Aufgrund obiger Ausführungen wurde von der Bw. neuerlich die Aufhebung in eventu Abänderung der Bescheide und die Festsetzung der Körperschaftsteuer für 1995 mit -S 3.718,00 und für 1996 mit -S 86.970,00 beantragt.

#### **Der Senat hat erwogen:**

Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn aus den Verhältnissen der Personen zu vermuten ist, dass sie einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag schließen wollen (§ 935 ABGB). Entscheidend ist, dass die Parteien einen Teil der Leistung als geschenkt ansehen wollen. Eine gemischte Schenkung liegt nicht schon dann vor, wenn die Leistung der einen Seite

objektiv wertvoller ist als die der anderen, weil das Entgelt für eine Leistung bewusst niedrig, unter dem objektiven Wert angesetzt wurde wie beim Freundschafts Kauf, oder weil sich ein Vertragspartner mit einer unter dem Wert seiner Leistung liegenden Gegenleistung begnügte oder sich die Partner des objektiven Missverhältnisses der ausgetauschten Werte nicht bewusst waren. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die Vertragspartner des doppelten Charakters der Leistung als teilweise entgeltlich, teilweise unentgeltlich bewusst gewesen sind, beide die teilweise Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes gewollt und ausdrücklich oder schlüssig zum Ausdruck gebracht haben. Grundsätzlich gilt das Prinzip der subjektiven Äquivalenz. Kraft der Privatautonomie steht es den vertragsschließenden Parteien frei, eine Zuwendung und die Gegenleistung als gleichwertig anzusehen (VwGH 23.10.1990, 90/14/0102 u. a.).

Einem offenbaren Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kommt - vor allem bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen - Indizwert für das Vorliegen von Schenkungsabsicht zu (VwGH 16.3.1993, 92/08/0190 u. a.)

Ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist nach Rechtsprechung und Lehre anzunehmen, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um (teilweise schon 20) 25 v. H. unterschreitet (VwGH 1.12.1987, 86/16/0008; VwGH 12.7.1990, 89/16/0088 u. a.).

Bei der Feststellung, ob ein offenes Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen vorliegt, sind Leistung und Gegenleistung nach ihrem gemeinen Wert zu vergleichen (VwGH 27.5.1999, 96/16/0038; VwGH 29.10.2003, 2001/13/0211 u. a.).

Unstrittig ist, dass die Bw. am 27.12.1995 das Eigentum an Namensaktien der C AG im Nominale von S 1.600.000,00 und an 50% des Stammkapitals der B & B GmbH im Nominale von S 250.000,00 erworben und Verbindlichkeiten des Alfred A und der A & B OEG von zusammen S 68.225.140,00 übernommen hat. Unstrittig ist auch, dass die Bw. am 27.12.1995 die Namensaktien der C AG um S 78.912.400,00 und am 10.4.1996 die Anteile an der B & B GmbH um S 8.250.000,00 veräußert hat. Strittig ist, ob im Zusammenhang mit der Übertragung der Aktien, GmbH Anteile und Verbindlichkeiten an die Bw. von einem Kauf oder aber von einer gemischten Schenkung auszugehen ist. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage ist, ob ein offenes Missverhältnis zwischen dem gemeinen Wert der an die Bw. übertragenen Anteilsrechte und den von der Bw. in diesem Zusammenhang übernommenen Verbindlichkeiten besteht, bzw., ob aufgrund der bestehenden Verhältnisse davon auszugehen ist, dass eine teils entgeltliche und teils unentgeltliche Anteilsübertragung gewollt war.

Der Maßstab für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung ist deren gemeiner Wert. Die Betriebsprüfung hat die gemeinen Werte der am 27.12.1997 an die Bw. übertragenen Aktien und GmbH Anteile (Leistung) mit S 78.912.400,00 bzw. S 8.250.000,00 festgestellt. Das sind die Beträge die die Bw. beim Verkauf der Aktien und GmbH Anteile letztlich erzielt hat. Die Annahme der Betriebsprüfung, dass der gemeine Wert der an die Bw. übertragenen Aktien und GmbH Anteile S 87.162.400,00 betragen hat ist grundsätzlich schlüssig, da die Bw. die Aktien am 27.12.1997 und die GmbH Anteile am 10.4.1996 verkauft hat. Allerdings wurde von der Betriebsprüfung nicht berücksichtigt, dass die A & B OEG gemäß Punkt 2.3. der Stiftungszusatzurkunde vom 27.12.1995 keinerlei Gewährleistung oder Haftung für bestimmte Eigenschaften oder eine bestimmte Ertragskraft der an die Bw. übertragenen Aktien und GmbH Anteile übernommen hat, wohingegen in Punkt 8.5. des am 27.12.1995 abgeschlossenen Aktienkaufvertrages die (anteilige) Haftung der Bw. für diverse Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Aktienkäufers vereinbart wurde. Im Falle einer Inanspruchnahme der Bw. aus der Haftung, hätte sich demnach der zwischen der Bw. und dem Aktienkäufer vereinbarte Kaufpreis entsprechend vermindert. Das am 27.12.1995 ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko bestanden hat, ist durch den Aktienkaufvertrag vom 27.12.1995 hinreichend dokumentiert, in welchem ein Hafrücklass von S 15 Mio., der mit einem Teilbetrag von S 7,5 Mio. auf die Bw. entfällt, vereinbart wurde. Die haftungsbedingt mögliche Kaufpreisminderung wäre von der Bw. endgültig zu tragen gewesen und ist bei der Ermittlung des gemeinen Wertes der Anteilsrechte zum 27.12.1995 zu berücksichtigen, auch wenn die von der Bw. übernommene Haftung in weiterer Folge nicht schlagend geworden ist (ex ante Betrachtung). Zudem liegen Unterlagen vor, wonach auch eine nachträgliche Reduktion des Kaufpreises für die von der Bw. am 10.4.1996 veräußerten GmbH Anteile nicht auszuschließen war. Auch dieser Umstand ist - wegen der gebotenen ex ante Betrachtung - bei der Ermittlung des gemeinen Wertes der Anteilsrechte grundsätzlich zu berücksichtigen. Nach Ansicht des entscheidenden Senates ist der auf die Bw. entfallende Hafrücklass von S 7,5 Mio. als Richtwert für das Haftungsrisiko anzusehen, das die Bw. im Zusammenhang mit dem Aktienverkauf zu tragen hatte. Zumindest dieser Betrag ist von den Kaufpreisen, die die Bw. für die Anteilsrechte erzielt hat, in Abzug zu bringen, wodurch sich für die Anteilsrechte zum 27.12.1994 ein gemeiner Wert von maximal S 79.662.400,00 ergibt (=S 87.162.400,00 - S 7.500.000,00).

Die Gegenleistung der Bw. für die Aktien und GmbH Anteile wurden von der Betriebsprüfung mit S 68.225.140,00 bewertet. Das ist die Summe jener Verbindlichkeiten die die Bw. aufgrund der Stiftungszusatzurkunde vom 27.12.1995 anstelle der Stifter übernommen hat. Diese Verbindlichkeiten sind mit einem Teilbetrag von S 20.000.000,00 der Stifterin A & B OEG und mit einem Teilbetrag von S 48.225.140,00 dem Stifter Alfred A zuzurechnen. Von der Bw. wird der Standpunkt vertreten, dass nur die von der Stifterin A & B OEG übernommenen Verbindlichkeiten von S 20.000.000,00 eine Gegenleistung für die Übertragung der Aktien und GmbH darstellen. Allenfalls könnten nach Ansicht der Bw. noch jene Verbindlichkeiten des Stifters Alfred A berücksichtigt werden, die den übertragenen Aktien (S 15,6 Mio.) bzw. GmbH Anteilen (S 398.706,16) direkt zurechenbar sind. Diesbezüglich ist der Bw entgegen zu halten, dass Gegenstand der Stiftungszusatzurkunde vom 27.12.1995 die Einbringung der verfahrensgegenständlichen Aktien und GmbH Anteile unter gleichzeitiger Übernahme von Verbindlichkeiten des Stifters Alfred A und der Stifterin A & B OEG ist, wobei die Einbringung der Anteilsrechte sowie die Übernahme der Verbindlichkeiten gemäß Punkt 1 der Stiftungszusatzurkunde eine untrennbare Einheit darstellen. Die Übernahme der gesamten in der Stiftungszusatzurkunde konkret angeführten Verbindlichkeiten

durch die Bw. war demnach die Voraussetzung für die Übertragung der verfahrensgegenständlichen Aktien und GmbH Anteile an die Bw.. Bei der Ermittlung des gemeinen Wertes der Gegenleistung sind daher nach Ansicht des entscheidenden Senates alle von der Bw. übernommen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Diese haben laut Stiftungszusatzurkunde S 68.225.140,00 betragen und wurden von der Bw. in weiterer Folge auch abgedeckt.

Wenn der gemeine Wert der von der Bw. erhaltenen Leistung (Aktien und GmbH Anteile) mit maximal S 79.662.400,00 geschätzt und als gemeiner Wert der Gegenleistung (Übernahme von Verbindlichkeiten der Stifterin A & B OEG und des Stifters Alfred A durch die Bw.) der Betrag von S 68.225.140,00 zum Ansatz gebracht wird, ergibt sich eine Abweichung zwischen Leistung und Gegenleistung in Höhe von ca. 14,3%. Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist nach Rechtsprechung und Lehre dann anzunehmen, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um 20 bis 25% unterschreitet. Dies trifft in dem vorliegenden Fall nicht zu. Aufgrund des äußeren Sachverhaltes ist demnach grundsätzlich von einem zweiseitig entgeltlichen Rechtsgeschäft auszugehen.

Aus dem im gegenständlichen Fall vorliegenden Abweichung zwischen Leistung und Gegenleistung ist demnach nicht ableitbar, dass die Stifter Alfred A / A & B OEG und die Bw. einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag im Sinne des § 935 ABGB schließen wollten. Ein diesbezüglich allenfalls bestehender Wille müsste sich daher aus den sonstigen Verhältnissen erschließen. Diesbezüglich bringt die Bw. vor, dass sich sowohl aus dem Privatstiftungsgesetz als auch aus der Gründungsurkunde zweifellos der subjektive Wille zur Bereicherung der Bw. ergibt und eine andere Einschätzung eine völlige Verkennung der Rechtsfigur der Stiftung und des damit verbundenen Vorganges der Stiftungserrichtung wäre. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass die Rechtsfigur der Stiftung bis einschließlich 1995 vielfach als Deckmantel für Steuersparmodelle eingesetzt wurde. Im Rahmen derartiger Modelle wurden (unter anderem) Anteilsrechte und Verbindlichkeiten in Stiftungen eingebracht, wobei der Zweck dieser Transaktionen nicht eine Bereicherung der Stiftung sondern die weitgehend steuerfreie Veräußerung von Anteilsrechten war. Im vorliegenden Fall wurden Anteilsrechte unter der Auflage Verbindlichkeiten der Stifter zu übernehmen in die Bw. eingebracht. Die Anteilsrechte wurden von der Bw. noch am Tag der Einbringung bzw. kurz danach weiterveräußert. Bei der Veräußerung wurden stille Reserven in maßgeblichem Umfang aufgedeckt, die gemäß § 5 Z 11d KStG steuerfrei belassen wurden. Die von der Stiftung erzielten Veräußerungserlöse wurden weitgehend zur Abdeckung der aufgrund der Auflage mitübernommenen Verbindlichkeiten verwendet. Die dargestellten Vorgänge lassen nach Ansicht des entscheidenden Senates die Annahme zu, dass der subjektive Wille der Stifter Alfred A / A & B OEG und der Bw. gerade nicht auf eine Bereicherung der Stiftung sondern auf die weitgehend steuerfreie Veräußerung der in die Bw. eingebrachten Anteilsrechte ausgerichtet war.

Zusammenfassend wird daher festgestellt, dass kein krasse Missverhältnis zwischen dem gemeinen Wert der an die Bw. übertragenen Aktien und GmbH Anteilen und den von der Bw. in diesem Zusammenhang übernommenen Verbindlichkeiten vorliegt. Dass die Stifter Alfred A / A & B OEG und die Bw. einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag im Sinne des § 935 ABGB schließen wollten ist auch aus den weiters festgestellten Verhältnissen nicht ableitbar. Diese lassen vielmehr den Schluss zu, dass eine weitgehend steuerfreie Veräußerung der in die Bw. eingebrachten Anteilsrechte beabsichtigt war.

Die Übertragung der Aktien und GmbH Anteile an die Bw. stellt demnach einen Kauf und nicht eine gemischte Schenkung dar. Die Bw. hat die Aktien und GmbH Anteile innerhalb der Spekulationsfrist veräußert. Dabei ist ein Veräußerungsgewinn angefallen, der von der Bw. zu versteuern ist. Die Höhe des von der Betriebsprüfung ermittelten Veräußerungsgewinnes wurde weder im Rahmen der Betriebsprüfung noch im Rahmen des Berufungsverfahrens beanstandet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.