

1. Problemhintergrund

Fragen der Bewertung finden sich zahlreich und in unterschiedlichen Kontexten in der Betriebswirtschaftslehre. So kann sich die Aufgabe der Bewertung einer der Produktion dienenden Maschine bei der Ermittlung des Bilanzansatzes im Rahmen der Erstellung eines Jahresabschlusses ergeben. Denkbar ist es aber auch, dass eine solche Bewertung im Kontext einer Investitionsentscheidung zum Ersatz oder auch Erweiterung bestehender Produktionskapazitäten erforderlich wird. Eine weitere, mögliche Aufgabenstellung kann es sein, die Kosten der Nutzung der Ressource Maschine einzelnen Produkten eines Unternehmens zuzuordnen. Auch für diesen Zweck wird in einem Schritt davor die Bewertung der Maschine notwendig.

Der Bedarf einer Bewertung ergibt sich zudem nicht nur für materielle Ressourcen. Auch immaterielle Ressourcen wie über Forschung und Entwicklung hervorgebrachtes Wissen oder Beziehungen zu Lieferanten bzw Kunden stehen zunehmend im Fokus einer Wertermittlung. Selbst die Beurteilung von Leistungen von Mitarbeitern stellt im Kern eine Bewertung dar.

Diese Beispiele illustrieren mögliche, unterschiedliche Bewertungsobjekte und Bewertungszwecke. Sie zeigen, dass für ein identes Bewertungsobjekt (Maschine) die Bewertung in unterschiedlichen Kontexten bzw für unterschiedliche Zwecke erfolgen kann. Unmittelbar daraus ableiten lässt sich die Frage, ob die Wertermittlung dabei unabhängig vom Zweck der Bewertung nach identen Grundsätzen erfolgen kann. Letztlich zielt diese Frage auch darauf ab, ob der Ansatz eines identen Werts unabhängig vom Bewertungszweck gerechtfertigt ist. Darüber hinaus ist zu klären, ob weitere, bisher noch nicht angesprochene Aspekte einer Bewertung wie zB die die Bewertung vornehmende Person (Bewertungssubjekt) Einfluss auf die Wertermittlung haben. Offen bleibt in den obigen Beispielen auch die Frage des Bewertungsmaßstabs selbst, zB ob dieser ausschließlich eine einzige (dann zumeist finanzielle) Dimension einnehmen kann.

Die Klärung dieser Fragen könnte Gegenstand einer allgemeinen ökonomischen Theorie der Bewertung sein. Diese findet sich allerdings nicht in geschlossener Form in der betriebswirtschaftlichen Literatur. Denn zumeist werden sich stellende Bewertungsprobleme in einzelnen Teilbereichen der Betriebswirtschaftslehre, wie zB im Rechnungswesen, Controlling, Finance, Human Resources oder Marketing diskutiert. Dabei erfolgen nur zum Teil übergreifende, wechselseitige Anknüpfungen zur Fundierung der Vorgehensweise bei der Bewertung. Auch hat sich keine Bezugnahme auf eine allgemein akzeptierte, geschlossene Theorie einer Wertermittlung für alle betriebswirtschaftlichen Teildisziplinen herausgebildet.

Der folgende Beitrag stellt sich die Aufgabe, ein Problembild dieses Status quo der Bewertung im betriebswirtschaftlichen Kontext zu geben. Dabei soll in einem ersten Schritt in sehr großen Linien die Diskussion über eine Wertermittlung von

2.2. Entwicklungen der Nachhaltigkeitsberichterstattung in Europa

Einen ersten Schritt der supranationalen Harmonisierung stellte die Richtlinie 78/660/EWG aus dem Jahr 1978¹⁶ dar, die den Grundstein für einheitlichere rechtliche Rahmenbedingungen für den Jahresabschluss bzw den Lagebericht innerhalb der Europäischen Gemeinschaft legte. Diese wurde stetig weiterentwickelt und durch die aktuell gültige Bilanzrichtlinie¹⁷ ersetzt sowie durch die CSR-Richtlinie¹⁸ ergänzt. In Bezug auf die Nachhaltigkeitsberichterstattung weicht die neue Richtlinie vom ursprünglichen System der freiwilligen Berichterstattung ab und verpflichtet Unternehmen einer bestimmten Größe nun zur Offenlegung eines nichtfinanziellen Berichts. Nur etwa 10 % der großen Firmen in der EU veröffentlichten nach Angaben der Kommission einen entsprechenden freiwilligen Bericht. Deshalb – und um das Konzept des Sustainable Finance weiter zu fördern – wurden Mindeststandards im Bereich der nichtfinanziellen Berichterstattung für das gesamte Gemeinschaftsgebiet festgelegt. Ziel der CSR-Richtlinie ist es, durch ein europaweit vereinheitlichtes System – wenngleich dieses in der derzeitigen Fassung einen relativ großen Spielraum aufweist – mehr Transparenz und eine bessere Vergleichbarkeit zu schaffen.¹⁹

Auf nationaler Ebene haben sich einige europäische Staaten der Thematik über die Nachhaltigkeitsberichterstattung bereits frühzeitig angenommen. Eine Vorreiterrolle in der Nachhaltigkeitsberichterstattung auf nationaler Ebene innerhalb der EU nehmen vor allem die skandinavischen Länder ein. Schon vor der Einführung der CSR-Richtlinie im Jahr 2017 gab es in diesen Ländern Bestrebungen, bestimmte Unternehmen zur Offenlegung spezifischer nichtfinanzieller Informationen zu verpflichten. In Dänemark existiert schon seit dem Jahr 2001 – also noch bevor im Rahmen der Modernisierungsrichtlinie 2003 Berichtspflichten über Umwelt- und Arbeitnehmerbelange in den Lagebericht eingeführt wurden – die Verpflichtung, nichtfinanzielle Informationen offenzulegen, sofern diese für die Darstellung eines möglichst getreuen Bildes über die Tätigkeit eines Unternehmens notwendig sind.²⁰ Neben den bereits erwähnten europäischen Vorgaben durch die Modernisierungsrichtlinie wurden börsennotierte und große Unternehmen 2009 dazu verpflichtet, die Angaben in ihrem Jahresabschluss zu erweitern. Sie mussten ihr Vorgehen im Bereich Corporate Social Responsibility sowie die in diesem Bereich gesetzten Maßnahmen und deren Ablauf offenlegen.²¹ Darüber hinaus gibt es seit 2013 eine normative Berichtspflicht über gesetzte Initiativen im Bereich der

16 Vierte RL 78/660, ABl L 1978/222, 11.

17 Bilanz-RL 2013/34/EU, ABl L 2013/182, 19.

18 CSR-RL 2014/95/EU, ABl L 2014/330, 1.

19 Vgl *EU-Kommission*, Pressemitteilung 14/124 vom 15.4.2014.

20 Vgl *Schiff/Mittelbach-Hörmanseder*, RWZ 2018, 35.

21 Vgl *Habek/Wolniak*, Analysis of Approaches to CSR Reporting in Selected European Union Countries, *International Journal of Economics and Research*, 2013, 83.

abzuschreiben.¹⁹ Für Umlaufvermögen gilt der Grundsatz der Bewertung mit dem *beizulegenden Zeitwert*. Sollte dieser nicht feststellbar sein, ist subsidiär auf den beizulegenden Wert abzuschreiben. Sofern daher nicht von Haus aus der beizulegende Wert der zentrale Bewertungsmaßstab ist, ist er es in all den Fällen, wo der primär zu beachtende beizulegende Zeitwert nicht feststellbar ist.

Die nachstehende Tabelle gibt den jeweiligen maßgeblichen Wert wieder, an dem eine Wertminderung zu messen ist.

Vermögen	Wertmaßstab
Sachanlagevermögen	Beizulegender Wert iSd § 189a Z 3 UGB
Finanzanlagevermögen	1) Beizulegender Zeitwert iSd § 189a Z 4 UGB 2) Sofern sich der beizulegende Zeitwert iSd § 189a Z 4 UGB nicht ermitteln lässt, ist auf den beizulegenden Wert gem § 189a Z 3 UGB abzustellen
Beteiligungen	Beizulegender Wert iSd § 189a Z 3 UGB
Umlaufvermögen	1) Beizulegender Zeitwert iSd § 189a Z 4 UGB 2) Sofern sich der beizulegende Zeitwert iSd § 189a Z 4 UGB nicht ermitteln lässt, ist auf den beizulegenden Wert gem § 189a Z 3 UGB abzustellen

4.2. Beizulegender Wert

Der beizulegende Wert war vor Inkrafttreten des RÄG 2014 gesetzlich nicht definiert. Als Vergleichswert mit dem Buchwert kamen nach ganz herrschender Ansicht Börse- oder Marktpreise, der Wiederbeschaffungswert, der Einzelveräußerungswert oder der Ertragswert in Frage.²⁰ Die Bewertung hatte für Anlagevermögen entsprechend § 204 Abs 2 unter Bedachtnahme auf die Nutzungsmöglichkeit im Unternehmen zu erfolgen.²¹ Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei dem beizulegenden Wert im Rahmen des § 204 Abs 2 um einen betriebsindividuellen und damit unternehmensbezogenen Wert bzw subjektiven Wertmaßstab handelt,²² während für Umlaufvermögen mangels ausdrücklichen Abstellens auf die Nutzungsmöglichkeit im Unternehmen ein objektiver Wertmaßstab vertreten

19 Vgl *Hirschler/Stückler* in *Bertl/Mandl*, Handbuch der Rechnungslegung, § 189a Z 3 und 4 Rz 6, wonach sich diese Auffassung durch analoge Anwendung von Art 8 Abs 7 der Bilanzrichtlinie begründen lässt.

20 Vgl *Janschek/Jung* in *Hirschler* § 204 Rz 54; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar, § 204 Rz 95 ff; *Hirschler*, Rechnungslegung bei Umgründungen, RWZ 2012, 178 (181); *ders*, Die Bewertung von Finanzinstrumenten nach dem UGB, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Bewertung in volatilen Zeiten, 63 (69 f).

21 Vgl *Papstl/Urnik/Urtz* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ § 204 Rz 18; *Bertl/Fraberger*, Der beizulegende Wert, RWZ 1999, 376.

22 Vgl *Hirschler/Stückler* in *Bertl/Mandl*, Handbuch der Rechnungslegung, § 189a Z 3 und 4 Rz 2 ff; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht, § 202 Rz 12; *Dieter/Hohensinner* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar, § 204 Rz 94.

Beizulegender Wert	Beizulegender Zeitwert	Teilwert	Gemeiner Wert
„...der Betrag, den ein Erwerber des gesamten Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für den betreffenden Vermögengegenstand oder die betreffende Schuld ansetzen würde ; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber das Unternehmen fortführt“	der Börsenkurs oder Marktwert ; falls sich ein verlässlicher Markt nicht ohne weiteres ermitteln lässt, der mit Hilfe allgemein anerkannter Bewertungsmodelle und -methoden bestimmte Wert, sofern diese Modelle und Methoden eine angemessene Annäherung an den Marktwert gewährleisten	„...der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebes im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde. Dabei ist davon auszugehen, daß der Erwerber den Betrieb fortführt“	Preis, „der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr (...) bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen. “
Gesamterwerb	Wiederbeschaffung = Einzelveräußerung	Gesamterwerb	Einzelveräußerung

Sowohl Teilwert als auch, und diesem nachempfunden, der beizulegende Wert erfordern eine Ermittlung bzw Abschätzung des Unternehmenswerts zum Bilanzstichtag und in weiterer Folge eine Aufteilung dieses Unternehmenswerts auf jedes einzelne Wirtschaftsgut bzw jeden einzelnen Vermögensgegenstand. Methodisch bzw definitorisch entspricht daher der Teilwert dem beizulegenden Wert. Da aber auch ein aus ertragsteuerlicher Perspektive ermittelter Unternehmenswert einem aus unternehmensrechtlicher Perspektive ermittelten Unternehmenswert entspricht, können betragsmäßige Unterschiede zwischen Teilwert und beizulegendem Wert nur durch eine unterschiedliche Aufteilung dieses Unternehmenswerts auf sämtliche Vermögensgegenstände bzw Wirtschaftsgüter entstehen. Entsprechende Abweichungen sind durch die unterschiedliche Betonung einzelner Bewertungsprinzipien (insb Vorsichtsprinzip und Periodenabgrenzungsprinzip) im Unternehmensrecht und im Steuerrecht denkbar, wenn auch unwahrscheinlich. Deren praktische Auswirkungen halten sich jedoch ohnedies durch die in beiden Rechtskreisen als zulässig erachtete Substituierung der alljährlichen Durchführung einer fiktiven Unternehmensveräußerung mit anschließender Kaufpreisverteilung durch Wertvermutungen, in engen Grenzen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass sich die jeweiligen Wertvermutungen entsprechen und konsistent angewendet werden, was aufgrund der sehr kasuistischen steuerrechtlichen Judikatur und Literatur erschwert wird.

Der unternehmensrechtliche beizulegende Zeitwert hat im Ertragsteuerrecht keine direkte Entsprechung. Insbesondere gibt es im Steuerrecht keine entsprechende Sonderbewertungsvorschrift für Umlaufvermögen und Finanzanlagen, die keine Beteiligungen (iSd § 225 UGB) sind. Inhaltlich sind aber Parallelen zum gemeinen

- **Bewertungsmethodik:** Als Bewertungsmethodik wird beim objektivierten Unternehmenswert gem KFS BW 1 primär die Marktbewertung auf Basis der Kapitalwertmethode und anhand von finanztheoretischen Modellen normiert. Subsidiär ist ein Liquidationswert zu ermitteln. Den Marktpreis-orientierten Verfahren, wie der Multiplikatormethode oder der Marktkapitalisierung von börsennotierten Unternehmen, wird dagegen nur eingeschränkt Anwendung zugebracht (Tz 118 ff). Die Multiplikatormethode ist nach dem Fachgutachten ausschließlich bei Kleinstunternehmen als Bewertungsmethode zulässig (Tz 18) und sonst, gleichermaßen wie die Börsenkapitalisierung, als reine Plausibilisierungshilfe anwendbar (Tz 118).
- **Bewertungssubjekt:** In Bezug auf das Bewertungssubjekt wird im Rahmen des objektivierten Unternehmenswerts nicht klar dargelegt, von welchem Bewertungssubjekt ausgegangen wird, sondern auf die rechtliche Vorgabe für die Wertermittlung bzw die Typisierung und Objektivierung rekurriert. Indirekt wird aber durch die Vorgabe der Marktbewertungsverfahren ein den Annahmen entsprechendes Bewertungssubjekt vorgegeben. Gemäß dem Capital Asset Pricing Model – das Standardmodell gem KFS BW 1 für den Kapitalisierungszinssatz – sind alle Marktteilnehmer bzw Bewertungssubjekte vollständig diversifizierte Investoren. Eine weitere Vorgabe für den Blickwinkel beim objektivierten Unternehmenswert erfolgt dahingehend, dass bei der Bewertung vom bestehenden Konzept des Unternehmens ausgegangen wird. „Optimierungsanpassungen“ aus Marktsicht sind damit ausgeschlossen.
- **Anteilsbewertung:** Beim objektivierten Unternehmenswert wird die indirekte Anteilsbewertung, bei der ein Gesamtunternehmenswert zu ermitteln und in einem zweiten Schritt quotal aufzuteilen ist, als Regelfall vorgegeben (Tz 149). Gleichzeitig wird die Berücksichtigung von Minderheitsab- oder -zuschlägen als unzulässig qualifiziert (Tz 149). Einer unterschiedlichen Ausstattung von Unternehmensanteilen mit Vermögensrechten ist allerdings bei der Bewertung Rechnung zu tragen (Tz 149).
- **Synergieeffekte:** Im Zusammenhang mit Synergieeffekten regelt das Fachgutachten, dass, soweit sich nicht aus rechtlichen Vorgaben für den konkreten Bewertungsanlass etwas anderes ergibt, nur solche Synergieeffekte beim objektivierten Unternehmenswert zu berücksichtigen sind, deren Realisierung zum Bewertungsstichtag bereits eingeleitet oder im Unternehmenskonzept dokumentiert ist (realisierte Synergieeffekte). Nicht zu berücksichtigen sind hingegen solche Synergieeffekte, die sich nur bei Umsetzung der konkreten, den Bewertungsanlass bildenden Unternehmenskombinationen realisieren lassen (Tz 88).
- **Börsenkurs:** Grundsätzlich ist der Börsenkurs nur zur Plausibilitätsprüfung vorgesehen (Tz 17). Das Fachgutachten weist aber auch den Bewerter darauf hin, dass darüber hinaus zu beurteilen ist, inwieweit der Börsenkurs als Wertuntergrenze relevant ist (Tz 150).

wurden, die von den gesetzlichen Abfindungsbestimmungen abweichen. Diese sollen verhindern, dass die Parteien mit der oftmals mühsamen Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen belastet werden.

Abfindungen können ihrer Höhe und der verwendeten Methode der Berechnung nach modifiziert werden. Auch Vereinbarungen hinsichtlich der Durchsetzung des Verfahrens der Ermittlung des Abfindungsguthabens und der Auszahlungsmodalitäten sind möglich.⁴⁴ Vordergründig problematisch an der Festlegung solcher Klauseln sind aber die an sie gestellten – teilweise besonders massiv divergierenden – Anforderungen und die mit ihnen verfolgten Ziele: So sollen sie zwar das Gesellschaftsvermögen erhalten, gleichzeitig dem ausscheidenden Gesellschafter aber auch einen möglichst hohen Gegenwert für seinen Anteil gewährleisten. Auch besonders schutzwürdige Interessen Dritter, wie Gläubiger und Erben, dürfen durch sie nicht verletzt werden. Wie bereits in der Einleitung dargestellt, können Abfindungsklauseln auch verschiedene Aufgaben erfüllen, wie bspw einen unfolgsamen Gesellschafter bestrafen oder Streit von vorneherein verhindern. Die Liste der Ziele, Motive und Funktionen ist lang und es zeigt sich sofort: Es kann keine universelle Klausel geben. Jede Gesellschaft benötigt eine eigene, passende Abfindungsklausel. Aus diesem Grund ist dringend von Standardgesellschaftsverträgen mit Standardabfindungsklauseln abzuraten.

3. Zulässigkeitschranken von Abfindungsklauseln

Abfindungsklauseln dürfen in Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften, aber auch in Gesellschaftsverträgen von GmbH – dies ergibt sich aus § 76 Abs 2 letzter Satz GmbHG⁴⁵ – vereinbart werden. Stehen Abfindungsvereinbarungen im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters auf dem Prüfstand, so wird zuerst anhand einer sogenannten Wirksamkeits- oder Inhaltskontrolle formell überprüft, ob die Klausel anfänglich rechtsgeschäftlich wirksam im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden durfte.⁴⁶

3.1. GmbH

Bei der GmbH darf die Abfindung weder unmittelbar noch mittelbar aus dem gebundenen Gesellschaftsvermögen, dh jenem Vermögen, das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlich ist, erfolgen (vgl § 82 GmbHG). Die Aufbringung der Abfindung kann somit nur durch andere Gesellschafter, Dritte oder aus (zukünftigen) Gewinnen erfolgen.⁴⁷ Ansonsten wäre nur eine Kapitalherabsetzung, die

44 *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ (2012) § 138 Rz 26.*

45 *Vgl Tichy, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statuarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998, 55, 55 ff.*

46 *Brückner, Die Kontrolle von Abfindungsklauseln in Personengesellschafts- und GmbH-Verträgen (1995) 176.*

47 *Artmann in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 83.*

auch, dass eine Schenkung, etwa die Einräumung einer Begünstigtenstellung, die – aus welchen Gründen auch immer – erst nach dem Ableben des Geschenkgebers einen Vermögenswert erhält, pflichtteilsrechtlich nicht mehr als Schenkung unter Lebenden berücksichtigt werden kann.

4.3. Kritik am aktuellen Verständnis des Vermögensopfers

Die Rechtsprechungslinie, dass der **Vorbehalt sämtlicher Nutzungen** in Form einer dinglichen Berechtigung des Geschenkgebers die Erbringung des Vermögensopfers verhindert, wird **von zahlreichen Literaturstimmen abgelehnt**.¹⁰⁵ Teilweise wird mit einer Stelle in den **Erläuterungen zur Regierungsvorlage 2015** argumentiert, wonach „*durch ein bloßes Nutzungsrecht [...] das Vermögensopfer aber regelmäßig nicht ausgeschlossen [wird]*“, sodass ein Fruchtgenussrecht als Nutzungsrecht das Vermögensopfer nicht mehr verhindern solle.¹⁰⁶ Allerdings kann diese Erläuterung auch genau umgekehrt im Sinne der Rechtsprechung verstanden werden, wenn man das Gebrauchsrecht im Sinne von § 504 ABGB und vergleichbare Rechte als „bloße Nutzungsrechte“, das Fruchtgenussrecht im Sinne von § 509 ABGB als darüber hinaus gehendes Nutzungsrecht ansieht.¹⁰⁷ Teilweise wird auf eine **unsachliche Differenzierung** zwischen dem Vorbehalt sämtlicher Nutzungen im Sinne eines Fruchtgenussrechts, der das Vermögensopfer verhindert, und dem Vorbehalt eines bloßen Gebrauchsrechts, der das Vermögensopfer nicht verhindert, hingewiesen.¹⁰⁸ Darüber hinaus kann diese Rechtsprechungslinie im Einzelfall zu **kuriosen Ergebnissen** führen: Behält sich der Geschenkgeber das Fruchtgenussrecht am Schenkungsgegenstand vor, kann der Geschenknehmer den Schenkungsgegenstand nichtsdestotrotz an Dritte veräußern. Dies kann zu der Situation führen, dass der Geschenknehmer den Schenkungsgegenstand veräußert und den Veräußerungserlös bereits seit langem verbraucht hat, das Vermögensopfer beim Geschenkgeber aber kraft Fortbestand des Fruchtgenussrechts immer noch nicht eingetreten ist. Dies ist im Hinblick auf den Standpunkt der Rechtsprechung, dass nur die Rechtstellung des Geschenkgebers maßgeblich ist, zwar konsequent, wirkt als Ergebnis aber schwer nachvollziehbar. Dies insbesondere in Bezug auf die **Bewertung** des Schenkungsgegenstands gemäß § 788 ABGB, die in diesem Fall auf einen Zeitpunkt abstellt, zu dem der Schenkungsgegenstand unter Umständen schon seit langer Zeit im Eigentum von Dritten steht.

105 Vgl. *Apathy*, ÖJZ 2016, 811; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform Anm 4 zu § 788 ABGB; *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 253 f; *Kepplinger*, ZfS 2017, 10 f; *Rucker*, NZ 2016, 87; *Tschugguel*, EF-Z 2017, 41; *Umlauf*, NZ 2017, 244 ff; *Zöchling-Jud/Zollner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 52; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 422 f; aA *Zollner*, PSR 2015, 188.

106 RV 688 BlgNR 25. GP zu § 782 ABGB, darauf hinweisend etwa *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 253 f; *Kepplinger*, ZfS 2017, 10; *Zöchling-Jud*, ZfS 2017, 165; *Zöchling-Jud/Zollner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 52.

107 So *Zollner*, PSR 2015, 188; vgl auch *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 167; *Musger* in KBB⁵ §§ 782-783 Rz 5.

108 Darauf hinweisend etwa *Kepplinger*, ZfS 2017, 10; *Tschugguel*, EF-Z 2017, 41.

entkleiden.⁴⁶ Das Änderungsrecht des Stifters umfasst auch Änderungen des Stiftungszwecks, der Zahl und der Personen der Begünstigten und Letztbegünstigten ebenso wie der Höhe und der Fälligkeit und des Gesamtausmaßes der Zuwendungen.⁴⁷ Das Änderungsrecht kann daher dazu eingesetzt werden, Zuwendungen an den Stifter weitestgehend zurückzuführen. Das Änderungsrecht kann ihm auch einen klagbaren Anspruch auf Zuwendungen verschaffen.⁴⁸ Daher verhindert ein umfassendes oder inhaltlich weitreichendes Änderungsrecht, das es gerade zulässt, dass der Stifter Vermögen aus der Stiftung an sich selbst zurückführt, das Vermögensopfer.⁴⁹

2.2.5. Bestimmung des Begünstigten

In ähnlicher Weise wird das Vermögensopfer auch nicht erbracht, wenn dem Stifter das Recht gem § 9 Abs 1 Z 3 PSG zukommt, als „Stelle“ zu fungieren und damit die Begünstigten einzusetzen oder die Höhe der Zuwendung an die Begünstigten festzulegen. Einer dieser Begünstigten könnte ja er selbst sein.

Somit würde auch das Recht, die Begünstigtenstellung einzunehmen, das Erbringen eines Vermögensopfers bei der Vermögenswidmung an die Stiftung verhindern.

2.2.6. Sonstige Rechte

Das Vermögensopfer wird hingegen nicht verhindert, wenn der Stifter das Bestellungs- und Abberufungsrecht des Vorstands oder eines allfälligen Beirats innehat oder wenn ihm das Recht zukommt, zu Investitionen oder sonstigen Maßnahmen der Geschäftsführung vorher zuzustimmen oder eine Stellungnahme abzugeben.

2.2.7. Rechtsfolgen

Solange also das Vermögensopfer zu Lebzeiten nicht erbracht wird, tritt dieses erst mit dem Tod des Stifters ein. Somit wird die Schenkung erst zu diesem Zeitpunkt wirklich gemacht und es muss das Vermögen der Privatstiftung, das der Verlassenschaft zuzurechnen ist, zum Zeitpunkt des Todes zugerechnet werden. Dabei geht es allein um das vom Stifter an die Privatstiftung gewidmete Vermögen. Hat die Stiftung noch sonstiges Vermögen von anderen Stiftern oder Zustiftern erhalten, wird dieses Vermögen bei der Ermittlung des „erweiterten Nachlasses“ zur Festlegung der Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile nicht herangezogen.

46 OGH 6 Ob 122/16h, GesRZ 2017, 181; *Kalss*, Wie hat der Stiftungsvorstand bei der Änderung der Stiftungserklärung vorzugehen, GesRZ 3/2018.

47 OGH 1 Ob 214/09s, GesRZ 2011, 53; OGH 3 Ob 217/05s; *Kalss*, Sorgfaltspflichten des Stiftungsvorstands bei Errichtung einer Substiftung, in FS Eccher (2016) 475, 493.

48 *Klampfl*, GesRZ 4/2018.

49 *Zöchling-Jud/Zollner* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 49 ff; *Keplinger*, ZFS 2017, 7 f; *Schneiderbauer/Zwick*, PSR 2017, 10; *Klampfl*, GesRZ 2018, 198.

tigt.¹² Demgegenüber ist die Frage nach der Bemessungsgrundlage der Exit Tax oft im Hintergrund geblieben. Der vorliegende Beitrag, der sich in das diesjährige Generalthema „Bewertung“ der Bilanzrechtstage einreicht, gibt daher willkommene Gelegenheit, einen näheren Blick auf die Regelungen zur Bemessungsgrundlage der Exit Tax zu werfen.

2. Überblick über Fälle einer Exit Tax

Davor aber zum besseren Überblick ein kurzer Abriss über die wesentlichen Fallgruppen, in denen das geltende Recht eine Exit Tax vorsieht:

2.1. Grenzüberschreitender Transfer von Wirtschaftsgütern oder Betrieben (§ 6 Z 6 lit a EStG)

§ 6 Z 6 lit a EStG enthält die klassische Regelung zur internationalen Gewinnabgrenzung bei Betriebsvermögen. Zur Schlussbesteuerung stiller Reserven im übertragenen Vermögen führt nicht nur der grenzüberschreitende Transfer von Einzelwirtschaftsgütern, sondern auch jener ganzer Betriebe oder Betriebsstätten. Davon ist zB auch die Verlegung der Geschäftsleitung umfasst.

Diese bereits auf das EStG 1972 zurückgehende Regelung trägt in ihrer Grundkonzeption dem Gedanken Rechnung, dass in inländischen Betrieben bzw Betriebsstätten gebildete stille Reserven durch den bloßen Transfer der betreffenden Wirtschaftsgüter oder Betriebe ins Ausland nicht der inländischen Besteuerung (etwa im anschließenden Veräußerungsfall) entzogen werden sollen. Die Vorschrift sichert daher die österreichische Besteuerungshoheit für solche stille Reserven ab.¹³

2.2. Sonstige „Umstände“, die zu einer Einschränkung des Besteuerungsrechts im Verhältnis zu anderen Staaten führen (§ 6 Z 6 lit b EStG)

Vom Ergebnis her liegt auch der Vorschrift des § 6 Z 6 lit b EStG der Gedanke der Schlussbesteuerung stiller Reserven zugrunde, die ansonsten steuerlich unbelas-

12 Vgl etwa *Stoll*, Grundfragen des Gewinnausweises ohne Umsatzakt, in *Ruppe*, Gewinnrealisierung im Steuerrecht (1981) 207 (225); *Lechner*, Gewinnaufteilung zwischen in- und ausländischen Betriebsstätten (1982) 85; *Lahodny-Karner*, Konzernverrechnungspreise im nationalen und internationalen Steuerrecht (1988) 65; zu Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen vorgezogenen Gewinnrealisierung siehe zB *Lechner*, Gewinnabgrenzungen im Internationalen Steuerrecht, in *Gassner/Lechner*, Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 209 (229 ff).

13 Vgl etwa *Mayr* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁹ § 6 Rz 380 ff; *Zorn* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁴¹ § 6 Z 6 Rz 1 ff; dazu auch *Staringer*, Besteuerung doppelt ansässiger Kapitalgesellschaften (1999) 187.

berücksichtigen kann. Wenn in einer derartigen Situation die Muttergesellschaft eine TWA vornehmen darf, ist dies kein Fall der verpönten Doppelberücksichtigung von Verlusten, sondern es wird dadurch nur sichergestellt, dass ein Verlust überhaupt einmal Berücksichtigung findet. Diese Durchbrechung der Wertneutralität ist damit gerechtfertigt.

Aus dem System der Wertneutralität für internationale Schachtelbeteiligungen kann die Muttergesellschaft im Jahr der Anschaffung der Beteiligung⁸⁸ herausoptieren. Diese Option wird häufig in Anspruch genommen, was aus Sicht der Steuerpflichtigen verständlich ist. Schüttet die Tochtergesellschaft ihre Gewinne aus, so sind diese gem § 10 Abs 1 Z 7 KStG steuerfrei. Werden die Gewinne anschließend wieder eingelegt, so führen diese Einlagen zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung. Der Buchwert der Beteiligung kann dadurch laufend erhöht werden, sodass im Fall der Veräußerung der Beteiligung der Veräußerungsgewinn uU nicht allzu hoch ausfällt. Gleichzeitig hält sich die Muttergesellschaft durch Ausübung der Option die Möglichkeit offen, TWA vornehmen zu können.

7. Aktuelle Rechtsprechung

7.1. Zusammentreffen von § 9 Abs 7 KStG mit § 12 Abs 3 Z 3 KStG

Der VwGH hatte sich in seiner Entscheidung vom 10.3.2016, 2013/15/0139 mit dem vom Gesetzgeber zuvor nicht bedachten Fall auseinanderzusetzen, dass das Abzugsverbot von TWA in der Gruppe (§ 9 Abs 7 KStG) mit dem Ansatzverbot eines niedrigeren Teilwerts infolge einer einlagebedingten Teilwertminderung zusammentrifft. Bei gleichzeitiger Anwendung beider Vorschriften wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wertminderung einer Zielgesellschaft⁸⁹ (= Enkelgesellschaft) weder auf Ebene der Zwischengesellschaft (= Gruppenmitglied) noch auf Ebene des Gruppenträgers Berücksichtigung gefunden hätte.

Folgender Sachverhalt lag der Entscheidung zugrunde: Es lag eine dreistöckige Konzernstruktur vor, wobei das Beteiligungsmaß jeweils 100 % betrug. Die Großmuttergesellschaft und die Muttergesellschaft (= Zwischengesellschaft) bildeten gemeinsam eine Unternehmensgruppe gem § 9 KStG. Die Großmuttergesellschaft gewährte der Enkelgesellschaft einen mittelbaren Gesellschafterzuschuss iHv € 550.000. Später kam es zu einer Veräußerung der Enkelgesellschaft mit einem Verlust iHv € 4,6 Mio. Die Muttergesellschaft machte im Jahr der Veräußerung ein Siebentel des Verlustes mit steuerlicher Wirkung geltend. Hinsicht-

88 Die genauen Modalitäten zur Ausübung der Option sind in § 10 Abs 3 Z 1 und 2 KStG geregelt. Die getroffene Option erstreckt sich auch auf die Erweiterung einer bestehenden internationalen Schachtelbeteiligung durch zusätzliche Anschaffungen (Z 3 leg cit).

89 Im konkreten Fall ging es um einen Veräußerungsverlust, doch werden diese nach den §§ 9 Abs 7 und 12 Abs 3 KStG stets gleich wie Teilwertminderungen behandelt.