

# **Schenkungssteuerpflichtiger Erwerb bei unentgeltlicher Zuwendung von Aktien an eine bereits bestehende Privatstiftung; Voraussetzungen für die Rückerstattung entrichteter Schenkungssteuer bei Widerruf einer Privatstiftung bzw einer Nachstiftungsvereinbarung.**

1. Wenn einer bereits bestehenden Privatstiftung (der Bw.) Aktien unentgeltlich zugewendet werden, liegt ein schenkungssteuerpflichtiger Vorgang vor, bei welchem die Aktien zum Stichtag (= Tag der Ausführung der Zuwendung) zu bewerten sind. Für Aktien, die im Inland einen Kurswert haben, ist dieser Wert der Besteuerung zu Grunde zu legen. Eine abgeschlossene Lock-Up-Erklärung (Beschränkung der Verkaufsmöglichkeiten) liegt in den persönlichen Verhältnissen begründet und ruht nicht auf der Aktie, weswegen eine solche Erklärung steuerlich nicht beachtlich ist. Verfällt der Aktienkurs innerhalb von zwei Jahren nach dem Stichtag, bildet dies keinen krassen Ausnahmefall, der als Umstand im Abweichen vom amtlichen Börsenkurs Anerkennung findet. PSG: § 34;  
§§ 3, 33 ErbStG;  
§ 13 BewG  
UFS 27.7.2005,  
RV/3105-W/2002
2. Wurde die Privatstiftung (die Bw.) widerrufen und wurde der Widerruf in der ursprünglichen Stiftungsurkunde für zulässig erklärt, ist § 33 ErbStG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen grundsätzlich für diese Übergabe des Vermögens an die Privatstiftung auf Grund des Stiftungsgeschäftes anwendbar. Verzichtete der Stifter jedoch anlässlich einer Nachstiftungsvereinbarung ausdrücklich für diese spezielle unentgeltliche Zuwendung auf den Widerruf, so ist eine Erstattung der Schenkungssteuer mangels dieses Merkmales für diese spezielle Nachstiftung nicht möglich.
3. Setzt der Verfassungsgerichtshof für die Aufhebung einer Rechtsvorschrift keine Frist (hier: Wortfolge in § 33 lit. a ErbStG), tritt die Aufhebung am Tag ihrer Kundmachung in Kraft. Das bedeutet, dass die Aufhebung um null Uhr dieses Tages wirksam wird. Das Gesetz zeichnet somit eine Trennung der Tatbestände, die vor der Aufhebung verwirklicht worden sind und solche, die nach der Aufhebung verwirklicht worden sind vor. Nach Art. 140 Abs. 7 Satz 2 B-VG ist das aufgehobene Gesetz auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalls weiterhin anzuwenden.

## **Entscheidungsgründe**

Mit notarieller Nachstiftungsvereinbarung vom 25. September 2000 übertrug C. R., der Stifter, 534.411 Stückaktien der C-AG mit allen Rechten und Pflichten unentgeltlich an die Berufungswerberin (Bw.), eine Privatstiftung. Die Bw. erklärte, diese unentgeltliche Zuwendung anzunehmen und gab über Vorhalt bekannt, dass der Börsenschlusskurs der C-AG Aktien am 25. September 2000 laute: € 22,99.

Das Finanzamt beurteilte die unentgeltliche Übertragung von 534.411 Stückaktien der C-AG von C. R. an die Bw. als Schenkung, berechnete den Kurswert der Aktien mit dem Börsenschlusskurs zum Schenkungssteuerstichtag 25. September 2000 und setzte mit Bescheid vom 29. Oktober 2001 die Schenkungssteuer in Höhe von S 4,226.513.- fest (Berechnung: Jetziger Erwerb:  $534.411 \times 22,99 \times 13,7603 = S\ 169,060.544,159$  + Anrechnung von Vorschenkungen: Bemessungsgrundlage:  $S\ 175,617.660 \times 2,5\% = S\ 4,226.513.-/€\ 307.152,68$ ).

Fristgerecht wurde dagegen Berufung erhoben:

Eingewendet wurde:

- 1.) Aus dem Kursverlauf der C-Aktie an der Wiener Börse sei ersichtlich, dass der Kurs seit dem Zuwendungszeitpunkt um rd. 87% gefallen sei (Schlusskurs am 21.1.2002= EUR 2,79).
- 2.) Da mehrere Behaltefristerklärungen vorlägen, sei ein Ausstieg aus diesen Erklärungen grundsätzlich frühestens fünf Jahre nach Börsegang möglich. Ein früherer Ausstieg könne nur unter der Bedingung erfolgen, dass die Kapitalbeteiligung der Venture Capital Bereitsteller an C kleiner bzw. gleich 5% ist. Beide Bedingungen seien bis dato nicht erfüllt.
- 3.) Das Aktienpaket des Stifters C. R. umfasse 534.411 Stück Aktien der C-AG; ein wesentlicher Umstand für die Bewertung ist der Besitz einer größeren Menge von Aktien und die größte Wahrscheinlichkeit, dass bei Verkauf des ganzen Paketes der Kurs gedrückt werden würde („Paketabschlag“).

Deswegen beantragte die Bw, einen Kurs der C-Aktien in Höhe von 2,988 EUR für die Berechnung der Bemessungsgrundlage heranzuziehen.

Am 10. Oktober 2002 stellte die Bw. den Antrag auf Erstattung der Schenkungssteuer gemäß § 33 ErbStG und legte einen notariellen Widerruf der Bw. vom 17. September 2002 vor.

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die Bemessungsakten des Finanzamtes betreffend Gründung der Stiftung, durch Einsicht in die Kopien des Beteiligungs- und Syndikatsvertrages vom 1. Oktober 1998 (auszugsweise), die Lock-Up Erklärung, den Depotauszug vom 6. November 2003, in das Internet <http://www.wienerboerse.at> und zwar C-AG, sowie durch Anhörung des Parteienvertreters der Bw., Herrn Mag. Thomas Lang am 4. Juli 2003 und am 18. November 2004, durch Vorhalte der beabsichtigten Entscheidung vom 10. Juli 2003 an die Bw. und das Finanzamt.

Folgender Sachverhalt wurde festgestellt:

#### 1.) Widerruf der Stiftung:

Die Bw. wurde mit Stiftungsurkunde vom 24. Mai 2000 auf unbestimmte Dauer errichtet. Der Stifter widmete ihr einen Bargeldbetrag von ATS 1.000.000,00. Zweck der Stiftung war demnach die standesgemäße Ausstattung und Unterstützung des Lebensunterhaltes im Allgemeinen sowie die wirtschaftliche Förderung im weitesten Sinne von Personen, die der Stiftungsvorstand bestimmt; und die Verwaltung und Sicherung des der Stiftung gewidmeten Vermögens. Laut Artikel 14.1. ist ein Widerruf der Stiftung zulässig.

Mit den beiden Nachstiftungsvereinbarungen vom 24. Mai und 28. September 2000 wendete der Stifter der Bw. Aktien und GmbH-Anteile, sowie mit obgenannter Nachstiftungsvereinbarung vom 25. September 2000 die berufungsgegenständlichen Aktien zu. Punkt 3. der letztgenannten Nachstiftungsvereinbarung lautet: „Herr C. R. verzichtet auf den Widerruf dieser unentgeltlichen Zuwendung.“

Mit Notariatsakt vom 17. September 2002 wurde die Bw. widerrufen: „.....In Artikel XIV. Absatz 14.1. der....Stiftungsurkunde hat sich der Stifter das Recht vorbehalten, die Stiftung zu widerrufen. Zweitens: Der Stifter, Herr C. R. erklärt hiermit, die Bw. mit sofortiger Wirkung zu widerrufen. Drittens: Der Stiftungsvorstand der Bw. wird ersucht und angewiesen, die Auflösung der Stiftung unverzüglich zu beschließen....“

#### 2.) Wert der Aktien

Laut Mitteilung der Bw. hatten die Aktien der C-AG zum Schenkungssteuerstichtag 25. September 2000 einen Schlusskurs an der Börse von € 22,99. Der Kurs am 16. Oktober 2000 (Ende der Lock-Up-Frist) betrug € 12,8. Im Jänner 2002 war der Börsenkurs verfallen, im Jänner 2003 musste die C-AG den Konkurs anmelden.

Der Stifter C. R. unterzeichnete am 13. Juni 2000 eine so genannte „Lock-Up-Erklärung“ gegenüber der Bank (als Lead-Manager der Aktienemission), der Wiener Börse und den Venture Capital Bereitstellern: Kurzauszug aus dem Vertrag: „Der Stifter verpflichtet sich hiermit gegenüber dem Lead Manager, innerhalb eines Zeitraumes beginnend mit 2. Juni 2000 und endend drei Monate nach Handelsbeginn der jungen Aktien der C-AG aus der am 27. April 2000 beschlossenen ordentlichen Kapitalerhöhung an der Wiener Börse

1. die Aktien weder direkt noch indirekt anzubieten, zu übertragen, zu veräußern oder dies anzukündigen;
2. keine sonstigen Maßnahmen zu ergreifen, die einer Veräußerung oder Übertragung wirtschaftlich entsprechen; dazu zählt insbesondere die Ausgabe von Optionen auf die Aktien so weit keine Ausnahme nach § 2 der Lock-Up-Erklärung vorliegt...

Ausnahmen nach § 2 liegen dann vor,

1. wenn an einen strategischen Investor verkauft werden würde, der die Einhaltung der Lock-Up-Frist schriftlich zusichert;
2. bei Übertragung an eine Privatstiftung ;
3. bei Verkäufen, der der Lead-Manager im Vorhinein schriftlich zugestimmt hat und
4. bei Verpfändung der Aktien, sofern eine Tilgung der durch die Verpfändung der Aktien besicherten Schuld erst nach Ablauf der Lock-Up-Frist erfolgen soll.“

#### 3.) Niederschriften mit dem Parteienvertreter der Bw.

- Inhalt der mit Herrn Mag. Thomas Lang aufgenommenen Niederschrift vom 4. Juli 2003:

„Grund für den Widerruf der Bw. war der extreme Verfall der berufungsgegenständlichen Aktien. Die Firma C-AG ist seit Jänner heurigen Jahres im Konkurs. Auch die anderen mit Nachstiftungsvereinbarungen übertragenen Beteiligungen haben keinen Verkehrswert. Nach der Stiftungsurkunde vom 24. Mai 2000 ist ein Widerruf der Stiftung zulässig. Laut Herrn Univ. Prof. Schauer von der WU Wien schlägt der Widerruf der Stiftung auch auf die Nachstiftungen durch, auch wenn dort ausdrücklich auf den Widerruf dieser unentgeltlichen Zuwendungen verzichtet wurde.

Bis zum Konkurs der C-AG wurde keine Einzige an die Stiftung zugewandte Aktie von der Stiftung veräußert.

Wir haben den Antrag auf Erstattung der Schenkungssteuer gemäß § 33 ErbStG an das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern gestellt und ersuchen, diese Tatsache bei der Berufungsentscheidung mit zu berücksichtigen. Im Übrigen halten wir unsere Berufungsgründe weiterhin aufrecht.“

- Inhalt der mit Herrn Mag. Thomas Lang aufgenommenen Niederschrift vom 18. November 2004:

„Durchbesprochen wird die Stellungnahme vor allem im Hinblick auf den Widerruf. Vorgebracht wird, dass aus wirtschaftlicher Sicht durch den Widerruf der Stiftung die Auflösung der Stiftung erfolgt ist. Auch die durch die Nachstiftung eingebrachten Vermögensgegenstände wurden an den Stifter zurückgestellt.

Herr Mag. Lang ersucht um Fristerstreckung bis 31.12.2004, um eine Stellungnahme von Herrn Dr. Fraberger einholen zu können und eventu einen weiteren ergänzenden Schriftsatz zur Untermauerung des bisherigen Berufungsbegehrens einzubringen.“

Weitere ergänzende Schriftsätze, sowie ein Gutachten von Herrn Dr. Fraberger wurden bis dato nicht eingebracht.

### **Über die Berufung wurde erwogen:**

#### **1.) Widerruf der Stiftung**

Die Stiftung von Vermögen ist ein unentgeltliches Rechtsgeschäft iS d. § 2 Abs. 2 Z. 1 oder § 3 Abs. 1 Z. 7 ErbStG (Übergang von Vermögen auf Grund eines Stiftungsgeschäftes unter Lebenden) und unterliegt der Erbschafts- und Schenkungssteuer. Gegenstand der Schenkungssteuer ist nicht die Errichtung der Stiftung selbst, sondern erst die Übergabe des Vermögens an die Stiftung auf Grund eines unter Lebenden getätigten Stiftungsgeschäftes. Zuwendungen, die der Stifter nachträglich einer (rechtsfähigen) Stiftung über das Stiftungskapital hinaus macht, so genannte Zustiftungen, gelten nicht als Übergang von Vermögen auf Grund eines Stiftungsgeschäftes, weil sie unabhängig von diesem vollzogen werden. Sie sind Schenkungen iS des § 3 Abs. 1 Z. 1 ErbStG.

Gemäß § 33 lit. a ErbStG ist die Steuer zu erstatten, wenn und so weit eine Schenkung widerrufen wurde und deshalb das Geschenk herausgegeben werden musste.

Voraussetzung für die Erstattung der Steuer ist somit zunächst, dass die Schenkung widerrufen wurde. Die Bestimmung ist dabei nur in jenen Fällen anwendbar, in denen es sich um den Widerruf einer Schenkung iS der §§ 947 ff ABGB oder eines im Schenkungsvertrag ausdrücklich vereinbarten Widerrufsgrundes handelt. Ebenso erlaubt es § 34 Privatstiftungsgesetz dem Stifter, die von ihm gegründete Stiftung zu widerrufen, dies allerdings nur, wenn er sich ein solches Recht in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat (*Dorazil-Taucher*, Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, zu § 3 RZ 15.2, 15.3 und zu § 33 Rz 26.1. ff ua.; *Fellner*, Kommentar zum Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, zu § 33 ErbStG Tz 9ff; *Müller/Rief*, Der Widerruf der Privatstiftung-aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht, FJ 1995, 53).

Im gegenständlichen Fall wurde die Bw. am 24. Mai 2000 errichtet, ihr Vermögen gewidmet und in der Stiftungsurkunde der Widerruf der Stiftung zulässig erklärt. Es erfolgten seitens des Stifters mehrere Nachstiftungen, insbesondere die unentgeltliche Zuwendung von C-Aktien an die Bw. mit Nachstiftungsvereinbarung vom 25. September 2000, in welcher allerdings in Punkt 3. ausdrücklich auf den Widerruf dieser unentgeltlichen Zuwendung verzichtet wurde.

Der gesamte Sachverhalt - von welchem nur die Nachstiftungsvereinbarung vom 25. September 2000 berufsgegenständlich ist - ist daher im Lichte des § 33 ErbStG zu sehen: Der Widerruf der Stiftung hat zur Folge, dass nicht nur die Stiftung aufgelöst wird, sondern auch, dass das der Stiftung gewidmete und nachträglich geschenkte Vermögen verteilt wird, d.h. eine Abwicklung erfolgt. Der Widerruf der Stiftung wurde vom Stifter für zulässig erklärt, weswegen § 33 ErbStG grundsätzlich darauf anwendbar ist und dessen Anwendung vom Finanzamt in Bezug auf die weiteren Voraussetzungen im Detail überprüft werden wird. Anders liegt jedoch der Fall bei der gegenständlichen Nachstiftung. Anlässlich dieser Aktienzuhwendung wurde ausdrücklich erklärt, dass der Stifter auf den Widerruf dieser unentgeltlichen Zuwendung verzichtet. Eine Erstattung der Schenkungssteuer gemäß § 33 lit. a ErbStG ist infolge Fehlens dieser grundlegenden Voraussetzung auf die unentgeltliche Zuwendung der C-Aktie nicht möglich.

#### **2.) Wert der Aktien**

Gemäß § 3 ErbStG gilt als Schenkung iS dieses Gesetzes 1. jede Schenkung iS des bürgerlichen Rechtes; 2. jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden, so weit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 ErbStG entsteht bei Schenkungen unter Lebenden die Steuerschuld mit dem Zeitpunkt des Eintrittes der Ausführung der Zuwendung. Für die Wertermittlung ist gemäß § 18 ErbStG der Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld maßgebend. Gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG richtet sich die Bewertung nach den Vorschriften des Ersten Teiles des Bewertungsgesetzes.

Laut Nachstiftungsvereinbarung vom 25. September 2000 wurden die Aktien der Bw. an diesem Tag zugewendet, weswegen der 25. September 2000 der Stichtag für die Wertermittlung ist.

Gemäß § 13 BewG sind Wertpapiere, die im Inland einen Kurswert haben, mit dem Kurswert anzusetzen. Für Aktien ist, so weit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert (§ 10 BewG) maßgebend.

Für Wertpapiere, die im Inland einen Kurswert (notierten Börsenkurs) haben, ist dieser Wert der Besteuerung zu Grunde zu legen. Die Bw. zielt mit ihrem Berufungsvorbringen darauf ab, ob ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse ein Abweichen vom Börsenkurswert erlauben. Zu dieser Frage schreiben *Dorazil-Taucher*, ErbStG, 4. Aufl. zu § 19, Rz 4.14, 4.16: „.....der VwGH hat vor allem in seinem Erkenntnis vom 30.9. 1965, 222/65, Slg 3331F eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sich in den amtlichen Kurswerten der Börse die Anschauung des täglichen Verkehrs über den Wert eines Papiers widerspiegelt, die als unvermeidbare Erscheinung hinzunehmen sei, zumal sie alle Aktienbesitzer in einem bestimmten Zeitpunkt gleich trifft, sodass außergewöhnliche Kursschwankungen stets zu Lasten desjenigen gehen, in dessen Vermögen sie sich auswirken. Persönliche Veräußerungsverbote bzw. Beschränkungen der Verkaufsmöglichkeiten ruhen idR nicht auf einem Wertpapier und sind demnach bei der Bewertung von Papieren mit Kurswert im Inland nicht zu berücksichtigen.“

Dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes betraf einen Erbschaftssteuerfall, aber auch zur Schenkungssteuer ist fest zu halten, dass nur durch die gesetzliche Festlegung eines zwingend anzusetzenden Stichtagskurses eine Ungleichbehandlung von Schenkungssteuerfällen und Unsicherheiten über die Bewertung der Wertpapiere im Hinblick auf den unter Umständen stark schwankenden Kurs von Wertpapieren hintangehalten wird. *Dorazil-Taucher* halten ein Abweichen vom amtlichen Börsenkurswert nur in krassen Aus-

nahmsfällen für berechtigt, etwa, wenn für ein Wertpapier Erlöse erzielt werden, die ganz außer Verhältnis zu seinem inneren Wert stehen. Zur Emission Ende 1999 kostete die Aktie € 33.-, am Höchststand € 101.-, Mitte 2002 lag sie bei € 0,21. Die Bw. bekam sie zu einem Kurs von € 22,99, was angesichts der vorgezeigten Entwicklung nicht als Erlös bezeichnet werden kann, der außer Verhältnis zum inneren Wert der Aktie steht, somit auch keinen krassen Ausnahmefall bildet. Ein Abdriften des Kurswertes (2002) mit anschließendem Konkurs (Anfang 2003) waren im vorliegenden Fall am Ermittlungstichtag (2000) nicht im Entferntesten prognostizierbar.

Nach § 13 Abs. 3 BewG ist ein Paketzuschlag vorgesehen, falls der gemeine Wert der gesamten Beteiligung allenfalls höher sein kann als der Wert, der sich durch die Summierung der Einzelwerte ergibt. Ein dem in § 13 Abs. 3 BewG im umgekehrten Fall gegenüberstehender „Paketabschlag“ ist nicht vorzunehmen.

3.) Der Verfassungsgerichtshof hob mit Erkenntnis vom 2. März 2005, G 104/04 die Wortfolge „eine Schenkung widerrufen wurde und deshalb“ in § 33 lit. a ErbStG als verfassungswidrig auf. Die Aufhebung wurde mit BGBl. 26/2005 am 29. April 2005 kundgemacht.

Setzt der Verfassungsgerichtshof für die Aufhebung einer Rechtsvorschrift keine Frist, tritt die Aufhebung am Tag ihrer Kundmachung in Kraft. Das bedeutet, dass die Aufhebung um null Uhr dieses Tages wirksam wird. Das Gesetz zeichnet somit eine Trennung der Tatbestände, die vor der Aufhebung verwirklicht worden sind und solche, die nach der Aufhebung verwirklicht worden sind vor. Nach Art. 140 Abs. 7 Satz 2 B-VG ist das aufgehobene Gesetz auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalls weiterhin anzuwenden (*Michael Rohregger/Josef Schuch*, Die Rechtswirkungen aufhebender Erkenntnisse, in *Holoubek/Lang* (Hrsg.), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen, Wien:Linde, 1998, 152ff).

Da der gegenständliche Sachverhalt am 25. September 2000 verwirklicht wurde und auch nicht Anlassfall ist, kann die bereinigte Rechtslage hier nicht angewendet werden.

#### 4.) Zusammenfassung

Wenn einer bereits bestehenden Privatstiftung (der Bw.) Aktien unentgeltlich zugewendet werden, liegt ein schenkungssteuerpflichtiger Vorgang vor, bei welchem die Aktien zum Stichtag (= Tag der Ausführung der Zuwendung) zu bewerten sind. Für Aktien, die im Inland einen Kurswert haben, ist dieser Wert der Besteuerung zu Grunde zu legen. Eine abgeschlossene Lock-Up-Erklärung (Beschränkung der Verkaufsmöglichkeiten) liegt in den persönlichen Verhältnissen begründet und ruht nicht auf der Aktie, weswegen eine solche Erklärung steuerlich nicht beachtlich ist. Verfällt der Aktienkurs innerhalb von zwei Jahren nach dem Stichtag, bildet dies keinen krassen Ausnahmefall, der als Umstand im Abweichen vom amtlichen Börsenkurs Anerkennung findet.

Wurde die Privatstiftung (die Bw.) widerrufen und wurde der Widerruf in der ursprünglichen Stiftungsurkunde für zulässig erklärt, ist § 33 ErbStG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen grundsätzlich für diese Übergabe des Vermögens an die Privatstiftung auf Grund des Stiftungsgeschäftes anwendbar. Verzichtete der Stifter jedoch anlässlich einer Nachstiftungsvereinbarung ausdrücklich für diese spezielle unentgeltliche Zuwendung auf den Widerruf, so ist eine Erstattung der Schenkungssteuer mangels dieses Merkmales für diese spezielle Nachstiftung nicht möglich.

Bemerkt wird, dass die Stellungnahme der Bw. zum Vorhalt der beabsichtigten Entscheidung in Verbindung mit der Einsicht in die vorgelegten Vertragswerke nicht geeignet war, eine andere Beurteilung des Sachverhaltes herbeizuführen.

Aus all diesen Gründen war der Berufung der Erfolg zu versagen.