

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterinnen xyz als Vorsitzende und Berichterstatterin und xxx, als Beisitzerin, und die weiteren Senatsmitglieder yyy und zzz in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch TPA Horwath Wirtschaftstreuhand und Steuerberatung GmbH, Praterstraße 62-64, 1020 Wien, in der Sitzung vom 24. Mai 2016, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel vom 000, Erf.Nr.aaa, betreffend Festsetzung der Schenkungssteuer, zu Recht erkannt:

Der bekämpfte Bescheid wird gemäß § 279 Abs.1 Bundesabgabenordnung,(BAO), wie folgt abgeändert:

Die Schenkungssteuer wird mit Euro 2.300.974,60 festgesetzt.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Nachstiftungsurkunde vom 19. 12. 2002 widmet der Ö, als Stifter, fortan Ö genannt, der Beschwerdeführerin, (Bf.), 771.677 Stückaktien der B, fortan B. genannt. Laut Urkunde hatte die Übergabe am 20.12.2002 durch Indossament zu erfolgen, und behält sich der Ö das Fruchtgenussrecht an diesen Aktien auf unbestimmte Zeit vor, wobei auf das beiderseitige jährliche Kündigungsrecht auf die Dauer von 20 Jahren verzichtet wird. Beide Parteien dürfen das Fruchtgenussrecht aber jederzeit ganz oder teilweise aus wichtigen Gründen mit sofortiger Wirkung auflösen. Als wichtiger Grund wird insbesondere der Fall bezeichnet, dass der Ö aus Anlass eines Streikes Finanzmittel benötigt.

Mit Bescheid vom 17.07.2011 schrieb das Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel der Bf. für diese Zuwendung die Schenkungssteuer gemäß §§ 8 Abs. 3, 28 ErbStG 1955 mit € 33.443.938,75 vor. Die Bemessungsgrundlage wurde wie folgt berechnet: Gemeiner Wert der zugewendeten Stückaktien: € 735.030.059,27 abzüglich Wert des Fruchtgenussrechtes: € 66.151.283,30 = € 668.878,775 davon 5%.

Dieser Bemessung wurde der Vertrag vom 24.5.2004 zugrunde gelegt, mit welchen die L, fortan L genannt, 731.323 Aktien an der B zum Preis von € 522.000,00 an die X verkauft

hatte. Laut Umlaufbeschluss letztgenannter vom 19.5.2005 sei festgestellt worden, dass dieser Kaufpreis unter dem Substanzwert der B liegt. Die Differenz zum Tageswert sei als Einlage in die X angesehen und entsprechend aktiviert worden. Sohin scheinen Anschaffungskosten idHv € 696.590.299 auf; Umgerechnet auf die Anzahl der verkauften Aktien würde dies einen Kurs von € 952,51 pro Aktie ergeben. Für die mit der o.a. Nachstiftungsurkunde gewidmeten 771.677 Stück Aktien ergäbe sich daher ein gemeiner Wert von € 735.930.059,27. Für die Richtigkeit dieses Wertansatzes spräche auch, dass in der Bilanz der Bf. im Zeitpunkt der Zuwendung der verfahrensgegenständlichen Aktien Anschaffungskosten idHv. € 746.689.000 angesetzt worden sind. Der zwischen den Kaufparteien vereinbarte Kaufpreis, sei durch widerstrebende Interessen – gleich einem Börsenkurs-zu Stande gekommen. Es liege also ein Kauf im normalen Geschäftsverkehr vor, aus welchen der gemeine Wert abzuleiten gewesen sei. Beide Vertragsparteien seien im vollen Umfang über die wirtschaftliche Situation der B informiert gewesen.

Bei der Bewertung des Fruchtgenussrechtes waren beim FA folgende Überlegungen ausschlaggebend:

Gemäß § 17 Abs. 3 BewG sei bei Nutzungen und Leistungen die in ihrem Betrag ungewiss sind (das vereinbarte Nutzungsrecht, wurde als ein auf unbestimmte Dauer vereinbartes Recht angesehen), als Jahreswert der Betrag zu Grunde zu legen, der in Zukunft im

Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt werden wird. Gemäß § 15 Abs.2 BewG 1955 seien Nutzungen und Leistungen von unbestimmter Dauer - vorbehaltlich des § 16 BewG – mit dem 9 fachen des Jahreswertes zu bewerten. Laut G+V Rechnung der B haben sich folgende Jahresgewinne ergeben: 2000: € 15.000.000,00; 2001: € 15.000.000,00, 2002: € 15.005.465,43, der Durchschnitt davon wäre: € 15.001 .821 ,81 Die gewidmeten Aktien entsprächen 48,995% des Grundkapitals der B. Sohin sei der Wert des Fruchtgussrechtes an den 771.677 Stück Aktien mit € 66.151.283,30 zu bewerten gewesen. (= 48,995% von 15.001.821,81=Jahreswert gemäß § 17 Abs.3 BewG mal 9)

Die Befreiungsbestimmung gemäß § 15 Abs. 1 Z 15 ErbStG 1955 sei deshalb nicht anzuwenden gewesen, weil es sich beim Ö um keine Körperschaft öffentlichen Rechtes, (KÖR), handle.

Der Grundsatz von Treu und Glauben könne grundsätzlich nur dann angewendet werden, wenn der Behörde durch das Gesetz ein Ermessensspielraum eingeräumt worden ist. Die Frage, ob der Ö eine KÖR ist, sei keine Ermessensfrage.

Dagegen erhob die Bf.. durch ihre ausgewiesene Rechtsvertreterin, fristgerecht Berufung. Sie beantragte die vollinhaltliche Aufhebung des bekämpften Bescheides und die Festsetzung der Schenkungssteuer mit € 0,00, sowie die Entscheidung über ihre Berufung durch den gesamten Berufungssenat, davor möge dieser eine mündliche Verhandlung durchführen. In das Zentrum dieser Berufung stellte sie den Erlass des BMF vom 14.06.1952 GZ 27.692-9/50. In diesem sei festgestellt worden, dass der Ö mit Rücksicht auf seine öffentlichen Funktionen, mit denen er betraut ist, so zu behandeln ist,

als ob er eine KÖR sei. Nach herrschender Lehre, Rechtsprechung, und Kommentierung für den Bereich der Erbschafts- und Schenkungssteuer sei der X als KÖR anzusehen.

Verwiesen wurde dazu auf:

Fellner Gebühren und Verkehrssteuern Band III Erbschafts- und

Schenkungssteuer § 15 Rz 55

Dorazil/Taucher ErbStG § 15 Rz 18.6

Arnold/Stangl/ Tanzer Privatstiftungs-Steuerrecht² II Rz 100

VwGH 6.10.1975, ZI 2105/75 (Begriff der Körperschaftssteuer ist weit auszulegen)

Umsatzsteuerrichtlinien Rz 270

Einkommensteuerrichtlinien. Anhang II zu Abschnitt 22 Rz 6601 ff

Körperschaftsteuerrichtlinien: Rz 57, Rz 537f

Die Bf. sei mit Stiftungsurkunde vom 14. Jänner 2002 vom Ö errichtet worden und es sei im Zuge dieser Errichtung der Bf. vom Stifter eine Zuwendung von € 75.000,00 gewidmet worden. In der Folge habe die belangte Behörde dafür mit Bescheid vom 08.02.2002 die Schenkungssteuer mit € 3.744,50 festgesetzt. Dagegen sei fristgerecht Berufung eingebracht worden mit der Begründung, gemäß dem genannten Erlass sei der Ö als KÖR anzusehen und daher müsse für die verfahrensgegenständliche Zuwendung die Steuerbefreiung gemäß 15 Abs. 2 Z 15 ErbStG 1955 zum Tragen kommen.

Dieser Berufung habe die belangte Behörde mit Berufungsvorentscheidung, (BVE), vom 14.03.2002 antragsgemäß stattgegeben. Der bekämpfte Bescheid sei ersatzlos aufgehoben und die Schenkungssteuer mit 0,00 festgesetzt worden.

Aufgrund der, sich in dieser BVE manifestierenden, Rechtsauskunft, der dafür zuständigen Behörde, nämlich der Ö sei schenkungssteuerrechtlich als eine gemäß § 15 Abs. 1 Z 15 ErbStG 1955 schenkungssteuerbefreite KÖR zu behandeln, sei die streitverfangene Widmung der 771.677 Stückaktien erfolgt. Diese Rechtsauskunft sei nicht offensichtlich unrichtig und deren Unrichtigkeit nicht leicht erkennbar gewesen.

Schon alleine deshalb, sei der Grundsatz von Treu und Glauben auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Sohin würde für den verfahrensgegenständlichen Erwerbsvorgang keine Schenkungssteuer anfallen und sei der bekämpfte Bescheid zu Unrecht erlassen worden.

Der Vorsicht halber wurde der, mit dem bekämpften Bescheid, erfolgten Bewertung der Stückaktien entgegengehalten:

Die Bewertung des gemeinen Wertes der verfahrensgegenständlichen Stückaktien sei einzig und alleine aufgrund des Kaufvertrages vom 24.5.2004 erfolgt, dessen Preisbildung keine widerstreitenden Interessen zugrunde gelegen seien. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des VwGH sowie des UFS zu § 13 Abs. 2 BewG 1955 dürfe der gemeine Wert nicht nur aus einem einzigen Verkauf abgeleitet werden, sondern müsse aus Verkäufen abgeleitet werden, denen eine Preisbildung aufgrund eines Wettbewerbes

mehrerer Interessenten zugrunde gelegen ist. Ausserdem sei dieser einzige Verkauf erst sechzehn Monate nach dem verfahrensgegenständlichen Stichtag erfolgt. Es sei daher die Überprüfung der Stichtagsangemessenheit erforderlich.

Mit dem Verkauf vom 24.5.2004 sei nur der ursprüngliche Kauf rückgängig gemacht worden. Es sei dabei weder ein Stimmrecht noch ein Fruchtgenussrecht zurückbehalten worden. Der bei der Rückabwicklung bezahlte Kaufpreis sei als Liebhaberpreis zu werten, da die Käuferin aufgrund der schon bekannten Ereignisse rund um die B ein massives Interesse am Rückkauf gehabt hatte. Der vom FA angeführte Wertansatz der Anschaffungskosten der B. Aktien sei nicht richtig, da dieser Ansatz, nach dem Bekanntwerden der Vorfälle um die B, von der Bf. massiv berichtigt worden ist.

Sogar das Finanzamt für Körperschaften habe „massive Verlustpotentiale“ In den Anschaffungskosten der B Aktien in der Bilanz der Ö Vermögensverwaltung GmbH erkannt, und diesen Umstand wertmindernd berücksichtigt.

Das Fruchtgenussrecht, sei -im Hinblick auf die Rechtsprechung des UFS vom 01.06.2011, GZ RV/0936-W/08 zu § 33 TP 5 GebG 1957- als Nutzungsrecht auf bestimmte Dauer (20 Jahre) anzusehen.

Bei den, der Bewertung des Fruchtgenussrechtes zugrunde gelegten, Jahresgewinnen, sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden, dass es sich dabei um die Jahresgewinne nach Rücklagendotierung gehandelt habe. Richtigerweise habe, nach ständiger Rechtsprechung des VwGH, wonach bei der Bewertung ungewöhnliche persönliche Verhältnisse (und somit auch die Entscheidung des Eigentümers, den Gewinn mehrere Jahre nicht auszuschütten, sondern einer freiwilligen Rücklagenbildung zuzuführen) nicht zu berücksichtigen seien, der Gewinn vor der freiwilligen Rücklagendotierung herangezogen werden müssen.

Zu Beginn des gerichtlichen Ermittlungsverfahrens legte die Bf. dem Gericht die im Rahmen einer reinen Ertragsschätzung erfolgte Bewertung der verfahrensgegenständlichen Anteile im Betrage von Euro 7,26 Mio vor. Dieser Bewertung hielt das FA entgegen, an seiner Bemessung festzuhalten, da die Bf. dazu keine Beweismittel vorgelegt habe.

Anlässlich des, am 03.04.2013 vor dem Unabhängigen Finanzsenat.(UFS), in Gegenwart beider Parteien, stattgefundenen Erörterungsgespräches wurde von der Berichterstatterin zunächst festgestellt,

-dass unter dem Grundsatz von Treu und Glauben zu verstehen ist, dass jeder der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben,

-dass der VwGH in der Regel kein Vertrauen in die Richtigkeit von Erlässen schützt, sondern nur von Auskünften im Einzelfall und

-dass

der Grundsatz von Treu und Glauben bei unrichtigen Rechtsauskünften vor allem unter folgenden Voraussetzungen berücksichtigt wird:

- dass die Auskunft ist durch die zuständige Behörde
- dass die Auskunft ist nicht offenkundig unrichtig
- dass Dispositionen des Abgabepflichtigen in Vertrauen auf diese Auskunft erfolgt sind
- und heraus entstehender Vertrauensschaden, wenn die Besteuerung entgegen der Auskunft vorgenommen wird.

Außerdem stellte die Berichterstatterin folgendes fest:

„In dem Erlass des BMF vom 14.06.1952, Zl. 27.792-9/50 wird festgehalten: „Der Ö ist mit Rücksicht auf die öffentlichen Funktionen mit denen er betraut ist, steuerrechtlich so zu behandeln, als ob er eine KÖR wäre. Der Ö ist daher nur hinsichtlich seiner Einkünfte und Betrieben gewerblicher Art unbeschränkt körperschaftssteuerpflichtig und gewerbesteuerpflichtig und ist weiters hinsichtlich jener Einkünfte, von denen ein Steuerabzug vorzunehmen ist, beschränkt körperschaftssteuerpflichtig. (§ 2 Z 2 KStG)“

Die stattgebende Berufungsvorentscheidung 14.03.2002 stellt eine Folge dieses Erlasses dar, und kann aufgrund des aufgezeigten Erlassinhaltes nicht als offenkundig unrichtig angesehen werden. Die verfahrensgegenständliche Zuwendung ist im Vertrauen auf diesen Erlass bzw. die stattgebende Berufungsvorentscheidung erfolgt.

Das alleine reicht aber für die Anwendung des Grundsatzes Treu und Glauben nicht aus, sondern es wird dafür ein, der Behörde gegebener, Vollzugsspielraum bei der Anwendung der einzelnen Gesetze verlangt. Ein solcher ist bei Ermessensentscheidungen und bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (z.B. Dunkelheit) gegeben.

Bei der Beurteilung, ob es sich bei einer Institution um eine KÖR handelt, wird der Behörde mit §15 Abs.1 Z 15 ErbStG kein Ermessen eingeräumt.“

Die Frage, ob in der Bestimmung des § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG 1955, wonach Zuwendungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften steuerfrei zu verbleiben haben, der Begriff KÖR als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen ist, welcher der Behörde einen Beurteilungsspielraum einräumt, der dazu führen kann, dass auch der Ö als KÖR angesehen werden kann, wurde von der Berichterstatterin wie folgt verneint:

„Der Ö ist die Interessensvertretung unselbstständig Erwerbstätiger. Er ist als Verein organisiert. Als Verein ist jede freiwillig organisierte Verbindung mehrerer Personen zur Erreichung eines bestimmten gemeinschaftlichen Zwecks anzusehen. Als eingetragener Verein handelt es sich bei dem Ö um eine Körperschaft des privaten Rechtes. Das bedeutet, dass er eine vollrechtsfähige privatrechtliche Personenvereinigung ist.

Bei der Körperschaft sind das Substrat des Rechtsträgers Personen, die zur dauernden Erfüllung bestimmter Zwecke zu einer rechtlichen Einheit zusammengeschlossen sind. (vgl. Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band III, Erbschaft-und Schenkungssteuer §15 Rz 46a)

Juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind nach herrschender Auffassung diejenigen juristischen Personen, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen und Zwangsbestand haben; Körperschaft ist die zur juristischer Person erhobene Personenmehrheit.

Anstalt ist eine Einrichtung, in der Mittel sachlicher und persönlicher Art auf Dauer bestimmt sind, dem durch den Einsatz der Mittel verfolgten Zweck der öffentlichen Verwaltung zu dienen (z.B. VwGH 31.01.1978, 93/74)

Gemäß § 2 Abs.1 Bundes-Stiftungs- und Fonds- Gesetz sind Stiftungen durch Anordnung des Stifters dauernd gewidmetes Vermögen mit Rechtspersönlichkeit, deren Erträge der Erfüllung gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke dienen.

Der VwGH stellt im Erkenntnis vom 02.05.1960, Zl. 1023/57 fest: „Eine Rechtsperson des öffentlichen Rechtes ist nur eine solche Körperschaft, Stiftung oder Anstalt, die entweder durch ein Gesetz oder eine gesetzesgleiche Rechtsnorm (z.B. Staatsvertrag) ausdrücklich als Rechtsperson des öffentlichen Rechtes geschaffen oder anerkannt wird, oder eine solche, die kraft staatlichen Auftrages Aufgaben der öffentlich staatlichen Verwaltung erfüllt. “

Der VwGH stellt mit Erkenntnis vom 06.10.1976, Zl. 2105/75 im Zusammenhang mit § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG 1955 fest. „Der Begriff „KÖR“ wird in der Gesetzessprache auch in einem weiteren Sinn, nämlich für alle juristischen Personen - also insbesondere auch für Anstalten - des öffentlichen Rechts verwendet. Gerade in Abgabenvorschriften wird der Begriff der KÖR häufig im weiten und technischen Sinn verstanden, ohne dass in jedem Einzelfall sämtliche Wesensmerkmale vorliegen müssen, welche die Rechtslehre den KÖR im strikten Sinne zuschreibt. “

Dazu wurden folgende erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zur Erbschafts- und Schenkungssteuernovelle 1967, 539 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI, GP, S. 4 als zulässige Interpretationshilfe zu § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG 1955 anerkannt:

„Zuwendungen öffentlich rechtlicher Körperschaften zu denen auch Stiftungen, Fonds und Anstalten als juristische Personen öffentlichen Rechts zählen, verfolgen grundsätzlich die Förderung der Allgemeinheit. Diese Zuwendungen sollen daher von der Steuerpflicht ausgenommen werden.“

Daraus folgt, dass für die Anwendung des § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG 1955 es zwar zulässig ist, den Begriff KÖR im weiteren, o.a. Sinn auszulegen, jedoch wird in dieser Gesetzesbestimmung der Behörde nicht der Spielraum eingeräumt, der es ihr ermöglicht, zu dem Schluss zu kommen, dass eine, aufgrund des Vereinsgesetzes 1951, errichtete juristische Person des privaten Rechtes als Rechtsperson des öffentlichen Rechtes anzusehen ist. Daran vermögen auch allfällige öffentliche Funktionen einer solchen Person nichts zu ändern.“

Zu der in Streit gezogenen Aktienbewertung stellte die Berichterstatterin fest:

„Gemäß §13 Abs.2 Satz 1 BewG ist für Aktien, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert iSd § 10 BewG maßgebend und ist dieser in erster Linie aus Verkäufen abzuleiten. Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH genügt ein einzelner Verkauf für die Ableitung des gemeinen Wertes von Anteilen nicht.

Von einer Mehrzahl von Verkäufen kann nur dann gesprochen werden, wenn bei mehreren miteinander nicht in Zusammenhang stehenden Verkaufsvorgängen Anteile veräußert werden. (vgl. z.B. VwGH 25.03.2004, 2001/16/0038,0039)

Der gemeine Wert von Anteilen lässt sich aus einer Mehrzahl von Verkäufen nur dann ableiten, wenn die Verkäufe im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu Stande gekommen sind und keine gemäß §10 Abs.2 BewG nicht zu berücksichtigende ungewöhnlichen oder persönlichen Verhältnisse vorliegen.

Unter „gewöhnlichem Geschäftsverkehr“ ist dabei der Handel zu verstehen, der sich nach den marktwirtschaftlichen Grundsätzen von Angebot und Nachfrage vollzieht und bei dem jeder Vertragspartner ohne jeden Zwang und nicht aus Not oder besonderen Rücksichten, sondern freiwillig, in Wahrung seiner eigenen Interessen zu handeln in der Lage ist. Der bei der Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft tatsächlich erzielte Preis ist nur dann zu Stande gekommen, wenn er sich durch den Ausgleich widerstreitender Interessen von Verkäufer und Käufer gebildet hat. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalls unter Heranziehung objektiver Maßstäbe zu entscheiden. (VwGH 20.01.1992, 90/15/0110)

Die Ermittlung des gemeinen Wertes aus einem einzigen Verkauf ist allerdings dann zulässig, wenn dem einzelnen Verkauf eine Preisbildung zu Grunde liegt, die das Ergebnis eines Wettbewerbs mehrerer Interessenten darstellt. (VwGH 25.03.2004, 2001/16/0038,0039)

Der Bewertungsstichtag richtet sich ab dem 1.Jänner 1994 nach dem Zeitpunkt der Verwirklichung des in Frage kommenden Steuertatbestandes. Bei Schenkungen ist also der Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung maßgeblich. Allerdings kann - unter den aufgezeigten Voraussetzungen - die Bewertung den in § 13 Abs.2 BewG normierten Maßstäben auch dann entsprechen, wenn die Verkäufe nicht in einem zeitlichen Abstand von höchstens sechs Monaten vom Stichtag, sondern in einem größeren zeitlichen Abstand hievon stattgefunden haben. (vgl. VwGH 25.06.1997,95/15/0117)

Lässt sich der gemeine Wert der in § 13 Abs.2 BewG genannten Wirtschaftsgüter aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er nach Satz 2 dieser Gesetzesstelle, unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen. (vgl. VwGH 15.03.2001, 2000/16/ 0110)

Im zu beurteilenden Fall erfolgte laut Nachstiftungsurkunde vom 19.12.2002 die Ausführung der Zuwendung der Aktien am 20.1.2002. Das Finanzamt leitete den Kaufpreis aus einem einzigen Verkauf dieser Aktien vom 24.05.2004 von der L an die X ab. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass diesem Verkauf eine Preisbildung zu Grunde liegt, die das Ergebnis eines Wettbewerbs mehrere Interessenten darstellt.

Im Allgemeinen wird der gemeine Wert von Anteilen an Kapitalgesellschaften nach der erlassmäßigen Regelung des Wiener Verfahrens geschätzt. Es kann dabei vom Steuerpflichtigen auch eine andere Art der Schätzung beantragt werden. Kommt deren Ergebnis den tatsächlichen Verhältnissen näher, so ist diese Methode anzuerkennen.

Im vorliegenden Fall sprachen sich beide Parteien gegen die Anwendung des Wiener Verfahrens aus. Als Grund dafür wurde von der Bf. angegeben, dass die dafür erforderlichen Bewertungsunterlagen (Bilanzen etc.) keine taugliche Grundlage für die Ermittlung des gemeinen Wertes darstellen würde, und vom Finanzamt die Komplexität dieses Einzelfalls ins Treffen geführt, welche erfordern würde, dass sämtliche zahlreiche Beteiligungen und Liegenschaften der Bf. durch einen Gutachter zu schätzen wären.“

Letztlich erklärte die Berichterstatteerin, dass aus ihrer Sicht – es bei der Schätzung des gemeinen Wertes der verfahrensgegenständlichen Aktien zweckmäßig sei, in Anlehnung an das Wiener Verfahren die Bilanzsumme für das Jahr 2002 wertberichtigt, sowie die Ergebnisse der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit für die Jahre 2000, 2001, 2002 wertberichtigt, anzusetzen.

Zu der in Streit gezogenen Bewertung des Fruchtgenussrechtes stellte die Berichterstatteerin folgendes fest:

„Der VwGH stellt in ständiger Rechtsprechung zu § 33 TP 5 GebG zur Frage des Vorliegens eines Vertrages von bestimmter oder unbestimmter Dauer fest: „Das Unterscheidungsmerkmal zwischen einem auf bestimmte Zeit und einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandsvertrag besteht darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht, wobei allerdings die Möglichkeit den Vertrag aus einzelnen bestimmt bezeichneten Gründen schon vorzeitig einseitig aufzulösen, die Beurteilung des Vertrages als eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen, nach dem letzten Satz des § 33 TP 5 Abs.3 GebG nicht im Wege steht. Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist eine Frage, die nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden muss.“

Umgelegt auf den zu beurteilenden Fall bedeutet dies folgendes:

In dem Punkt 5.4. der Nachstiftungsurkunde behält sich der Ö das Fruchtgenussrecht auf unbestimmte Zeit vor. Es wird festgehalten, dass jede Partei zwar jederzeit nach Einhaltung einer Kündigungsfrist von 12 Monaten das Fruchtgenussrecht zum 31.12. jedes Jahres kündigen kann, aber dass auf dieses Recht von beiden Parteien auf die Dauer von 20 Jahren verzichtet wird, sodass das Fruchtgenussrecht erstmals zum 31.12.2022 gekündigt werden kann.

In dem Punkt 5.5. wird folgendes vereinbart:

„Der Ö und die Bf. dürfen das Fruchtgenussrecht jederzeit, ganz oder teilweise, aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung auflösen. Ein wichtiger Grund zur

sofortigen Vertragsauflösung ist insbesondere, wenn der Ö aus Anlass eines Streiks Finanzmittelbenötigt werden und dazu die mit dem Fruchtgenussrecht belasteten Aktien veräußert oder belastet werden müssen."

In dem letztangeführten Punkt werden keine ausdrücklich bestimmten Fälle der jederzeitigen und einseitigen Kündigung des Fruchtgenusses aufgezeigt, die, im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung, einer behördlichen Prüfung zugänglich sind, sondern es wird - neben einem einzigen ausdrücklich aufgezeigten Kündigungsgrund- von weiteren wichtigen Kündigungsgründen gesprochen. Diese Unterlassung der Konkretisierung dieser Gründe kommt einer unzureichenden Einschränkung gleich, weil dadurch eine Überprüfung der Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung unmöglich gemacht wird, und somit nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine einseitige und jederzeitige Kündigung des Fruchtgenusses nahezu unmöglich ist. 'Aus h.o. derzeitiger Sicht hat daher das Fruchtgenussrecht, als auf unbestimmte Zeit eingeräumt zu gelten.'

Als Ergebnis dieses Erörterungsgesprächs wurde die Einigung beider Parteien festgehalten, bei der Schätzung der verfahrensgegenständlichen Aktien nach der, von der Berichterstatterin angeregten, Methode vorzugehen.

Nach Erhalt des Ermittlungsauftrag gemäß § 279 Abs.2 BAO vom 04.04.2013 zur Schätzung des gemeinen Wertes der geschenkten Stückaktien und Neuberechnung der Schenkungssteuer legte die belangte Behörde dem BFG die Schätzung des gemeinen Wertes nach der Formel des Wiener Verfahrens ($G = V + E/2$ je 1 Euro Nennkapital) im Betrage von Euro 508.934.768,85 vor. Der Wert des Fruchtgenussrechtes, welches als ein auf unbestimmte Dauer eingeräumtes Recht beurteilt wurde, wurde mit Euro 214.878.772,15 bewertet. Die Schenkungssteuer wurde wie folgt neu berechnet: Gemeiner Wert abzüglich Fruchtgenussrecht = Euro 294.055.996,70 davon gemäß § 8 Abs.3 ErbStG 5%= Euro 14.702.799,84.

Dabei rechnete das Finanzamt den Vermögenswert (V) folgende Beträge zu:

-Stille Reserve von Euro 266.770,00 lt. Fragebeantwortung Prof. K. vom 09.06.2008 im B-Prozess;

-Stille Reserven gemäß § 57 Abs.1 BWG von Euro 12.700.000,00 lt. drittem Gutachten Prof K. im o.a. Prozess;

-Aufgedeckte stille Reserve 2003 von Euro 236.000.000,00 lt. Strafurteil B Seite 375; Aufgedeckte stille Reserven 2005 von Euro 534.000,00 lt. Bericht der Österreichischen Nationalbank anlässlich der Abspaltung des Bankbetriebes der B im Jahre 2005

Der berechnete Ertragswert (E) enthielt keinen Korrekturposten und es wurde dessen Berechnung -entgegen dem, im Wiener Verfahren üblichen, 9%igen Kapitalisierungszinssatz ein Kapitalisierungszinssatz von 6% zu Grunde gelegt.

Dazu gab das FA im Wesentlichen folgende Begründung ab:

Ziel des Wiener Verfahrens sei es, zukünftige Erträge aus den Ertragsergebnissen der vergangenen drei Jahre zu prognostizieren. Ausgangswert dabei sei das Ergebnis

der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit. Damit sei gewährleistet, dass außergewöhnlich erfolgreiche bzw. außergewöhnlich schlechte Ergebnisse, die sich mit großer Wahrscheinlichkeit in Zukunft nicht mehr ergeben, bei der Zukunftsprognose außer Acht gelassen werden. Die, durch strafbare Handlungen, erlittenen Verluste seien als Ergebnis außergewöhnlicher Geschäfte zu werten, und seien in den Bilanzen bis zur Aufdeckung der strafbaren Handlungen nicht ausgewiesen gewesen. Es sei daher davon auszugehen, dass das ausgewiesene Ergebnis, dem der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit entspricht.

Entsprechend dem 3.Gutachten von Prof K. im B-Prozess sei bei der vorzunehmenden Aktienschätzung von einem Kapitalisierungszinssatz von 6% auszugehen. Der Ansatz eines pauschalen Zinssatzes von 9% bei der Schätzung des Ertragswertes führe im konkreten Fall zu einem wirklichkeitsfremden und verzerrten Ergebnis, da dieser pauschale Zinssatz auf Branchenunterschiede keine Rücksicht nimmt.

Dieser Berechnung der Schenkungssteuer stellte die Bf. in ihrer Stellungnahme vom 17.01.2014, unter Anwendung der o.a. Formel des Wiener Verfahrens- die Berechnung der Schenkungsteuer mit Euro 67.524.31, unter Zugrundelegung eines gemeinen Wertes von Euro 228.707.181 sowie eines Fruchtgenussrechtes von Euro 227.356,695 gegenüber und führte dazu im Wesentlichen aus:

Laut der der o.a. Fragebeantwortung durch Prof K. seien zum Stichtag zum stille Reserven lediglich im Nettowert von 266,77 Mio Euro zu berücksichtigen; bei Berücksichtigung der genannten weiteren 236 Mio lt. Strafurteil würde- sofern diese überhaupt zum 31.12.2002 bestanden haben- eine Doppelerfassung vorgenommen werden

Die lt. OeNB-Bericht aufgedeckten stillen Reserven im Betrage von € 534 Mio würden sich wie folgt zusammensetzen:

- 1) Schieneninfrastruktur, Darlehen, ÖiAG, BIG, Telekom € 189,00
- 2) Grundstücke/Gebäude € 65,00Mio
- 3) Aufwertung Wertpapiere € 36 Mio
- 4) Aufwertung Investmentfonds € 34,00
- 5) Aufwertung Beteiligungen € 103,00 Mio
- 6) Auflösung unsteuerter Rücklagen € 107,00 Mio

Aus dem OeNB Bericht gehe nicht hervor, ob die von der Aufwertung betroffenen Vermögensgegenstände zum Stichtag 31.12.2002 überhaupt schon im Vermögen der B waren.

Für die unter 2)-6) aufgelisteten Posten ergäbe sich darüber hinaus im Einzelnen folgendes

Zu 2) Grundstücke bzw. Gebäude seien gemäß dem Erlass zum Wiener Verfahren vom 13.11.1996 nicht mit dem gemeinen Wert anzusetzen

Zu 3)4): Die Aufwertung bzw. Neubewertung wurde im Jahr 2004 vorgenommen. Es sei davon auszugehen, dass Kurs des Bewertungsstichtages davon abgeht.

Zu 5): Die Beteiligungen M. (fortan M genannt) und E. (fortan E genannt) scheinen zum Stichtag 31.12.2002 nicht im Vermögen der B auf.

Zu 6) In der Bilanz zum 31.12.2002 seien Übertragungsrücklagen gemäß § 12 EStG von lediglich Euro 67,5 Mio ausgewiesen, wobei diese Bilanzwerte in die Bewertung bei 31.12.2002 eingeflossen seien.

Bei der Ermittlung des Ertragswertes sei die, sich lt. dem 3. Gutachten Prof. K. ergebende, Ergebnisverschlechterung aufgrund des laufenden Zinsverlustes von zumindest Euro 30 Mio p.a. zu berücksichtigen.

Diese Ergebnisverschlechterung hätte auch bei der Bewertung des Fruchtgenussrechtes ihren Niederschlag finden müssen.

Laut VwGH gelte auch ein auf unbestimmte Dauer abgeschlossener Vertrag als ein auf bestimmte Dauer abgeschlossener, wenn sich aus dem Vertragsinhalt ergibt, dass vor Ablauf einer bestimmten Zeit der Vertrag nicht einseitig aufgelöst werden kann. Daher gelte lt. Vertragsinhalt der Nachstiftungsurkunde, das Fruchtgenussrecht als auf 20 Jahre eingeräumt.

Den Kapitalisierungszinssatz mit 6% bezeichne selbst Prof. K. selbst in seinem 3. Gutachten als vergleichsweise zu niedrig angesetzt. Gemäß dem Erlass zum Wiener Verfahren vom 13. November 1996, GZ 081037/1-IV/8/96 sei für die Ermittlung des Ertragswertes der pauschal gekürzte Durchschnittsertrag als ewige Rente mit einer Kapitalverzinsung von 9 % p.a. aufzufassen.

Dagegen replizierte die Amtspartei mit Schreiben vom 25.06.2014, dass zu ihren, im Zusammenhang mit der Nichteinbeziehung der stillen Reserven im Betrage von Euro 236 Mio und von Euro 534 Mio von der Bf., aufgestellten Behauptungen von der Bf. keine Beweismittel beigebracht worden seien, und daher diese Behauptungen nicht als erwiesen gelten können.

Zum Einwand, die stillen Reserven betreffend Gebäude/Grundstücke wären mit ihrem Buchwert bzw. mit ihren dreifachen Einheitswert anzusetzen gewesen, wurde festgehalten, dass im konkreten Fall der Ansatz des dreifachen Einheitswertes nicht dem gemeinen Wert der Liegenschaften entsprechen würde.

Der Betrag stiller Reserven, betreffend Aufwertung Beteiligungen lt. OeNB-Bericht würde sich wegen der, sich zum Stichtag 31.12.2002 nicht im Vermögen der B, befindlichen Beteiligungen M und E auf € 60,00 Mio reduzieren

Es gäbe keine konkreten Anhaltspunkte zu den behaupteten Abweichungen der Kurse der Wertpapiere zum Stichtag.

Es gehe aus der Aktenlage nicht hervor, dass die stillen Reserven, betreffend Auflösung unsteuerter Rücklagen idHv 107,00 Mio Euro zum Stichtag 31.12.2002 nicht im

Vermögen der B enthalten waren. Vielmehr sei von einer Neubildung anlässlich der Abspaltung des Bankbetriebes (1.August 2005) auszugehen.

Die Beantragung einer jährlichen Ertragsminderung von Euro 30 Mio würde eine immerwährende Ertragsminderung bedeuten. Es sei davon auszugehen, dass die angesprochene Verschlechterung der Zinskonditionen nach einer überschaubaren Zeit wieder wegfällt.

Hinsichtlich des streitverfangenen Kapitalisierungsfaktors erklärte sich das FA zu einer Anpassung auf 6,78% bereit.

In Ihrer Stellungnahme vom 26.11.2014 berechnete die Bf.-unter teilweiser Berücksichtigung des Finanzamtsvorbringens und Einbeziehung eines Betrages von Euro 70.000.000 an aufgedeckten stillen Reserven 2005 in den Vermögenswert- die Schenkungssteuer mit Euro 319.439,51 (Gemeiner Wert € 291.711,307 abzüglich Fruchtgenussrecht idHv € 285.322,517) und bringt dazu folgendes vor:

Die Aufdeckung stiller Reserven idHv 236 Mio Euro im Jahre 2003 resultiere aus der Einbringung von vier B-Beteiligungen in die A. GmbH. Laut dem, dieser Stellungnahme beigelegten Jahresabschluss der B seien diese Beteiligungen am 31.12.2002 in deren Vermögen gewesen. Somit seien die stillen Reserven dieser Beteiligungen bereits in den stillen Reserven der B zum 31.12.2002 laut Fragebeantwortung Prof. K. bzw. Reservemeldung gemäß § 70 Abs.1 Z 1 BWG enthalten gewesen, und seien aus diesem Grund bei der Ermittlung des Vermögenswertes nicht weiter zu berücksichtigen.

Gleiches gelte für die Beteiligungen und Anteile an verbundenen Unternehmen, welche bereits zum 31.12.2002 im Vermögen der B waren und bei denen es im Jahr 2005 zu einer Aufdeckung stiller Reserven kam.

Die un versteuerten Rücklagen von 1,7 Mio Euro seien nicht erst anlässlich der Abspaltung des Bankbetriebes neu gebildet worden.

In der, dieser Stellungnahme beigelegten, Schlussbilanz der B zum 31.04.2004 sei ersichtlich, dass diese Rücklagen bereits in der Schlussbilanz zum 31.04.2004 enthalten waren. In der, dieser Stellungnahme, beigelegten Bilanz zum 31.12.2002 bestünden keine Übertragungsrücklagen und die Höhe der Bewertungsreserven belaufe sich auf Euro 68.905.416,09, davon würden lt. beiliegendem Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31.12.2002 67,5 Mio aus übertragenen stillen Reserven gemäß § 12 Abs.1 EStG. stammen

Da zum 31.12.2002 neben den EUR 67,5 Mio Euro an übertragenen stillen Reserven keine weiteren Übertragungsrücklagen bestanden haben seien bei der Ermittlung des Vermögenswertes diese Euro 67,5 Mio an un versteuerten Rücklagen zu berücksichtigen. Das sei aber bereits dadurch geschehen, dass dieser Betrag über die Bilanzsumme in die Wertermittlung eingeflossen ist. Die von der belangten Behörde vorgenommene Hinzurechnung führe somit zu einer Doppelerfassung.

Es sei nicht nachvollziehbar, warum durch den Ansatz der Verkehrswerte, hinsichtlich stiller Reserven von Grundstücken und Gebäude, von der Vorgabe des Ansatzes des Bilanzwertes bzw. des dreifachen erhöhten Einheitswertes im Wiener Verfahrens abgewichen werden soll.

Laut Strafurteil habe sich der Wertberichtigungsbedarf an Forderungen zum 31.12.2002 auf zumindest 701,60 Mio Euro belaufen. In der Fragebeantwortung vom 09.06.2008 gehe Prof K. für die Berechnung der Unterdeckung von einem Verkehrswert der B von Euro 2.041,12 Mio aus. Unter Berücksichtigung dieser äußerst optimistischen, vom Grundsatz in dubio pro re geprägten, Berechnungen sei es bei der Ermittlung des Vermögenswertes (zum Bewertungsstichtag 19.12.2002) nicht sachgerecht, Forderungen aus stillen Reserven, hinsichtlich Forderungen gegenüber Kunden aus dem Jahr 2005 zum Vermögenswert hinzuzurechnen.

Da die exakte Höhe und der tatsächliche Eintritt des Zinnschadens, sowie ob dieser nach einer überschaubaren Zeit wieder wegfällt, schwer nachzuweisen ist, werde auf den Ansatz eines Korrekturpostens bei der Ertragswertermittlung verzichtet.

Unter Berücksichtigung der Vorgaben des Wiener Verfahrens erscheine der vom Finanzamt, zur Ermittlung des Ertragswertes, ins Treffen geführte Kapitalisierungszinssatz als zu nieder angesetzt. Im Hinblick darauf, dass nach ständiger Rechtsprechung des VwGH das Wiener Verfahren eine geeignete Schätzungsmethode des gemeinen Wertes darstellt, erscheint die Abweichung von dem, im Wiener Verfahren vorgegebenen, Kapitalisierungszinssatz von 9% im Ausmaß von maximal bis zu 1% als vertretbar.

Zuletzt verzichtete die Bf. in diesem Schreiben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht aber auf die Entscheidung über ihre nunmehr als Beschwerde zu wertende Berufung durch den gesamten Berufungssenat.

Im, vor dem BFG auf Ersuchen der Bf. am 26.02.2015 stattgefunden, Erörterungsgespräch nahm das Finanzamt zu diesem Schreiben wie folgt Stellung:

Bezüglich stille Reserven, betreffend Beteiligungen und Anteile an verbundenen Unternehmen, *„wäre es wichtig, die Reservemeldung der B zum Stichtag 31.12.2002 zu kennen. Davor kann zu diesem Punkt keine nachhaltige Stellungnahme abgegeben werden“* (Die Vertreterin der Bf. sagte dem FA die Übersendung der Bezug habenden Details in dieser Reservemeldung zu).

Bezüglich stille Reserven, betreffend unbesteuerter Rücklagen: *„Der in der Stellungnahme vom 26. November 2014 angeführte Betrag in der Höhe von 68.905,416,09 wird als richtig erachtet. Es wäre aber zu überprüfen ob der Restbetrag an stillen Reserven von 44.274.459,42 aus einem Vermögen resultiert dass zum Bewertungsstichtag im Vermögen der B gelegen ist.“* (Die Vertreterin der Bf. sagte dem FA die Übersendung entsprechender Beweismittel so rasch wie möglich zu).

Bezüglich stille Reserven, betreffend Grundstücke/Gebäude: *„Es wird im wesentlich an den Ausführungen in der Stellungnahme vom 25. Juni 2014 festgehalten. Es wird*

allerdings zugestanden, dass der vom FA angesetzte Wert in der Bilanz 2005 enthalten war und eine Wertsteigerung zwischen 2002 und 2005 nicht auszuschließen ist.“

Bezüglich stille Reserven, betreffend Forderungen an Kunden hielt das FA fest, dass die für die darin enthaltenen Ausführungen der Partei keine Beweismittel vorliegen, jedoch die Darstellungen der Bf. glaubhaft erscheinen.

Zum Streitpunkt Kapitalisierungszinssatz verwies das FA auf die Bezug habende Feststellung in der Stellungnahme vom 25.6.2014

Zum Streitpunkt Fruchtgenussrecht: erklärte das FA, dass aus der Textierung der Nachstiftungsurkunde in Form eines Notariatsaktes eindeutig hervorgehe, dass das Fruchtgenussrecht auf unbestimmte Zeit eingeräumt worden ist.

Die von der Berichterstatterin nachstehend gestellten Fragen an die Bf. wurden von dieser wie folgt beantwortet und auf deren Antworten von den Vertretern der Amtspartei wie folgt repliziert:

Frage: „Was den zu schätzenden Vermögenswert betrifft bleiben Sie dabei, dass stille Reserven nur im Betrage von € 266,77 Mio in Ansatz zu bringen sind. Sie geben dazu Begründungen hinsichtlich der vom FA darüber hinaus in Ansatz gebrachten stillen Reserven idH v. € 236 Mio bzw. € 491 Mio an. Was sagen Sie zu den vom FA auch gemäß § 57 Abs.1 Bankwesengesetz zum Ansatz gebrachten Betrag von € 12,70 Mio?“

Antwort: „Diese Summe ist in der nunmehrigen Berechnung der Schenkungssteuer bereits enthalten“.

Frage: „Sie haben den Durchschnittsertrag in gleicher Höhe wie das Finanzamt ermittelt. Im Gegensatz zum FA, welches diesen Durchschnittsertrag mit 7% pauschal kürzt, nehmen Sie davon aber eine pauschale Kürzung von 10% in Anspruch. Warum?“

Antwort: „Diese 10% resultieren aus den Feststellungen des o.a. Erlasses (Erlass des BMF zum Wiener Verfahren vom 13.11.1996, GZ 08 1037/1-IV/8/96) und erscheint im Hinblick auf die besondere Situation der B, welche ohne Bundeshaftungen nicht Überlebens fähig gewesen wäre, als gerechtfertigt“.

Replik Vertreter des Finanzamtes: „Im Hinblick darauf, dass bei der Ermittlung des Ertragswertes tatsächliche Verluste berücksichtigt worden sind, d.h. ein außergewöhnliches Ergebnis abgezogen wurde, erscheint ein Abzug von 7 % gerechtfertigt.“

Frage: „Sie haben bei der Bewertung des Fruchtgenussrechtes den Durchschnittswert der ausschüttungsfähigen Gewinne in der gleichen Höhe wie das Finanzamt ermittelt. Da das FA von einem, auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen Vertrag ausgeht, hat es für die Bewertung des Fruchtgenussrechtes diesen Durchschnittswert iSd § 15 Abs.2 BewG mit 9 multipliziert. Sie gehen von einem, auf die Dauer von zwanzig Jahren eingeräumten Fruchtgenussrecht aus, und haben daher diesen Durchschnittswert mit 5,5 iSd § 15 Abs.1 BewG multipliziert.

Woran erkennen Sie aus dem Vertragstext der Nachstiftungsurkunde, dass die Kündigungsmöglichkeiten für dieses Fruchtgenussrecht für beide Vertragsparteien, innerhalb von 20 Jahren so vereinbart worden sind, dass eine Realisierung dieser Möglichkeit unwahrscheinlich erscheint?“

Antwort: „Bei der Einräumung des Fruchtgenussrechtes ging es der Übergeberin der Aktien darum, die Früchte dieser Aktien möglichst lange für sich zu behalten. Zum Zeitpunkt des Vertragsausschlusses war nicht vorstellbar, dass die im Vertrag vorgestellten Streikmittel überhaupt benötigt werden.“

Die von der Berichterstatterin nachstehend gestellten Fragen an die Vertreter des Finanzamtes wurden von diesen wie folgt beantwortet:

Frage: „Sie erklären in Ihrer Stellungnahme vom 25.6.2014, im Zusammenhang mit dem Ansatz stiller Reserven betreffend Grundstücke/Gebäude dass der Ansatz mit dem dreifachen Einheitswert nicht dem gemeinen Wert der Liegenschaften/Gebäuden entsprechen würde. Nun ist die vorliegende Schätzung an das Wiener Verfahren angelehnt. Sie haben den Vermögens-und Ertragswert nach den dafür im Wiener Verfahren vorgesehenen Formeln ermittelt.

Im Erlass des BMF zum Wiener Verfahren vom 13.11.1996 GZ: 08 1037/1-IV/8/96 wird in Punkt I B Pos 1: Vermögenswert (V) Steuerliche zu-und Abrechnungen Betriebsgrundstücke festgehalten: Bilanzansatz, mindestens 3-facher geltender Einheitswert +/- Bilanzansatz oder gemeiner Wert (über Nachweis und Antrag) +/- Bilanzansatz

Die Erläuterungen dazu lauten folgendermaßen:

„Der Berechnung liegt primär der Bilanzansatz der Betriebsgrundstücke zugrunde. Ist der Bilanzansatz niedriger als der dreifache (erhöhte) Einheitswert so ist der dreifache Einheitswert anzusetzen und der Bilanzansatz (Buchwert) der Betriebsgrundstücke in Abzug zu bringen. Ebenso ist beim allfälligen Ansatz des nachgewiesenen gemeinen Wertes der Betriebsgrundstücke der Buchwert abzuziehen.“

Das bedeutet, dass im Wiener Verfahren bei Betriebsgrundstücken/Betriebsgebäuden der Ansatz des gemeinen Wertes in den Hintergrund tritt, obwohl anerkanntermaßen, der dreifache Einheitswert einer Liegenschaft nur in den seltensten Fällen deren gemeinen Wert entspricht.

Welche speziellen Gründe rechtfertigen also den Ansatz des gemeinen Wertes bei Betriebsgrundstücke/Gebäude im Rahmen der, an das Wiener Verfahren angelehnten, Schätzung?“

Antwort: „ Die vorzunehmende Schätzung soll nur in Anlehnung an das Wiener Verfahren erfolgen. Im Sinne des § 10 BewG in Verbindung mit § 13 BewG ist Hauptmaßstab einer Schätzung der gemeine Wert, verbunden mit einer möglichst wirklichkeitsnahen Bewertung von Betriebsgebäuden und im vorliegenden Fall wäre der im Wiener Verfahren enthaltene Ansatz unrealistisch.“

Frage: „Im genannten Erlass wird bei der Ermittlung des Ertragswertes von einer Kapitalverzinsung idHv 9% ausgegangen, ohne dabei besondere Ausnahmen anzusprechen.

Bitte erklären Sie mir in Worten und nicht in Formeln warum sie diesfalls von einer Kapitalverzinsung von 6,78 % ausgehen wollen?“

Antwort: „Wir haben uns an die nachvollziehbare Darstellung des Keppler-Gutachtens gehalten Und im Übrigen wird auf die Stellungnahme vom 25.06.2011 verwiesen.“

Am Ende des Erörterungsgespräches wurde im Hinblick auf die ersuchten Beweismittel vereinbart, dass die Vertreterin der Bf. diese der Amtspartei zusendet und diese danach ihre Stellungnahme an das Gericht übermittelt.

Mit Schreiben vom 27.03.2015 teilte die Bf. dem FA mit, dass laut der, diesem Schreiben angeschlossenen, schriftlichen Auskunft des damaligen Abschlussprüfers der B der M vom 24.03.2015 , sämtliche stille Reserven aus Beteiligungen und Anteilen an verbundenen Unternehmen, die zum 31.12.2002 im Vermögensstand der B waren , in der Reservemeldung der B gemäß § 70 Abs.1 Z 1 BWG zum 31.12.2002 enthalten waren. Für die stillen Reserven in den Beteiligungen B 1, B 2, B 3“ Immobilien und Anlagen KG sowie B 4 ergibt sich dieses lt. Auskunftsschreiben, aus Seite 32 des Prüfberichtes zum Jahresabschluss 31.12.2002.

Gemäß diesem Auskunftsschreiben stammt die im Geschäftsjahr 2004 dotierte Übertragungsrücklage in der Höhe von Euro 44 Mio aus dem Verkauf von Wirtschaftsgütern die bereits im Geschäftsjahr 2002 vorhanden waren. Zu dieser Übertragungsrücklage wird im o.a. Auskunftsschreiben folgendes ausgeführt:

„Gemäß unserem Prüfbericht für das Geschäftsjahr zum 31.Dezember 2004 resultiert die Bildung der Übertragungslücke aus den Verkauf unkörperlicher Vermögensgegenstände (vgl.S 46). In diesem Geschäftsjahr wurde die Beteiligung an der V AG verkauft (vgl. Seite 29). Die Beteiligung an der V AG war auch schon zum 31.Dezember 2002 im Vermögensstand der B (vgl. Prüfbericht 31. Dezember. 2002, Seite 35)

Zuletzt wird in diesem Auskunftsschreiben, welchem die Bezug habenden Auszüge aus den Prüfberichten 2002,2004 angeschossen waren, folgendes erklärt:“

„Wir haben das vorliegende Schreiben auf Basis der uns intern noch vorliegenden Prüfungsdokumentationen und Unterlagen der B für die betroffenen Geschäftsjahre erstellt. Aufgrund des Ablaufs der gesetzlichen Aufbewahrungspflichten liegen Unterlagen zu Punkt 2 (Auskunft, ob auch die restlichen Stillen Reserven aus Beteiligungen stammen, die im Geschäftsjahr 2002 vorhanden waren und somit auch in der Reservemeldung gemäß § 70 Abs.1 Z 1 BWG zum 31.Dezember 2002 enthalten waren) nicht mehr vollständig vor. Unsere Aussage ist-obwohl nicht durch Vorlage eines Dokuments evident- aber in sehr hohem Ausmaß plausibel.“

Hinsichtlich der anzuwendenden Höhe des Kapitalisierungszinsatzes zur Berechnung des Ertragswertes hielt die Bf. an ihren Ausführungen vom 28.11.2014 fest. In Adaptierung

der aktuellen Empfehlung zur Bestimmung der Marktrisikoprämie des Fachsenates der Kammer der Wirtschaftstreuhänder wäre sogar- in Adaptierung an die vom Finanzamt ins Treffen geführte Gutachterberechnung- von einem realen Kapitalisierungszinssatz von 9,50 auszugehen.

Das vom Ö vorbehaltene Fruchtgenussrecht sei als auf die Dauer von zwanzig Jahre gewährtes anzusehen. Die Aufkündigung des Fruchtgenussrechtes sei nur innerhalb der ersten zwanzig Jahre aus wichtigen Gründen möglich gewesen. Die Verwirklichung des in Punkt 5.4. der Nachstiftungsurkunde genannten besonderen Grundes, nämlich der Benötigung von Streikmittel war im Zeitpunkt der Einräumung des Fruchtgenussrechtes für die Vertragsparteien unvorstellbar. Somit wollten sich die Parteien für einen Zeitraum von zwanzig Jahren binden.

Dieser Stellungnahme legte die Bf. eine Neuberechnung der Schenkungssteuer bei. Darin wird auf der Grundlage der o.a. Ausführungen, sowie der Stellungnahme vom 28.11.2014 von einem gemeinen Wert der verfahrensgegenständlichen Aktien in der Höhe von Euro 291.711.307 und von einem Fruchtgenussrecht im Wert von Euro 285.322.517 ausgegangen, woraus die Schenkungssteuer mit Euro 319.439,51 errechnet wurde.

Diesen Darstellungen entgegnete das Finanzamt in seiner Stellungnahme vom 04.05.2015 im Wesentlichen wie folgt:

Die Vorlage der angekündigten Detailedarstellung der Reservemeldung mit Darstellung der Beteiligungen und Aufgliederung der auf jede Beteiligung entfallenden Reserven sei bislangunterblieben. Es sei nicht ausgeschlossen, dass in der Reservemeldung 2002 nicht alle Reserven erkannt wurden und daher auch nicht alle in den Folgejahren tatsächlich aufgedeckten stillen Reserven bereits in der Reservemeldung enthalten waren.

Die V AG, anlässlich deren Veräusserung die in die Übertragungsrücklage von Euro 44 Mio im Jahr 2004 gebildet worden ist, sei bei der B zum 31.12.2002 mit einem Buchwert von 14,58 Mio ausgewiesen worden.

Nach nochmaliger Überprüfung der, in den lt. Bericht der österreichischen Nationalbank aufgedeckten stillen Reserven von Euro 534 Mio, enthaltenen stillen Reserven betreffend Beteiligungen idHv Euro 103,4 Mio müsse festgestellt werden, dass sich die Beteiligungen E und M entgegen den Ausführungen der Bf. zum 31.12.2002 im Vermögen der B enthalten gewesen sind. Die bislang akzeptierte Kürzung von 103,4 Mio Euro auf 60 Mio Euro könne daher nicht mehr aufrechterhalten werden.

Zu den, in den lt. Bericht der österreichischen Nationalbank aufgedeckten stillen Reserven von Euro 534 Mio, enthaltenen stillen Reserven in Grundstücken und Gebäuden idHv Euro 65 Mio sei festzuhalten, dass sämtliche Liegenschaften bereits zum 31.12.2002 im Vermögensstand der B gewesen seien. Da Aktien mit dem gemeinen Wert zu bewerten seien, seien auch die Liegenschaften einer Aktiengesellschaft ebenso zu bewerten.- Insbesondere im Hinblick darauf, dass die Anschaffungszeitpunkte dieser Liegenschaften weit vom Bewertungsstichtag entfernt liegen und der Ansatz ihrer Buchwerte nicht ihren gemeinen Werten entsprechen würde.

Hinsichtlich der Bewertung des Fruchtgenussrechtes als ein auf unbestimmte Zeit gewährtes Recht und der Anwendung eines Kapitalisierungsfaktors von 6-6,75% bei der Ermittlung des Ertragswertes wurde auf die bisherigen Ausführungen hingewiesen.

Abschließend wies die belangte Behörde darauf hin, dass für die verfahrensgegenständlichen Aktien ein Kaufpreis gezahlt worden ist, der von dem, von der Bf. nunmehr ermittelten Wert erheblich abweicht. Es dürfe nicht übersehen werden, dass dieser erzielte Kaufpreis eher niedriger angesetzt wurde, also offenbar nicht dem tatsächlichen Wert entsprochen habe. Eine weitere Minderung der Bemessungsgrundlage im Wege der Schätzung würde nicht annähernd dem tatsächlichen Wert entsprechen.

Der Berufungssenat hat in der am 24.Mai 2015 stattgefundenen Sitzung dazu erwogen:

Die auf den zu beurteilenden Fall im Wesentlichen anzuwendenden Gesetzesbestimmungen des Erbschafts-und Schenkungssteuergesetzes 1955,(ErbStG), des Bewertungsgesetzes 1955,(BewG), sowie der Bundesabgabenordnung,(BAO), lauten in ihrer verfahrensrelevanten Fassung wie folgt:

Als Schenkung im Sinne des Gesetzes gilt

1. jede Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechtes (§ 3 Abs.1 Z 1 ErbStG)

Die Steuerschuld entsteht bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung (§ 12 Abs.1 Z 2 ErbStG)

Die Steuer beträgt ohne Rücksicht auf die Höhe der Zuwendungen:

b) von Zuwendungen an nicht unter lit.a fallenden Privatstiftungen durch den Stifter selbst 5 vH, ist der Stifter eine Privatstiftung 2,5 vH (§ 8 Abs.3 lit.a ErbStG)

Steuerfrei bleiben außerdem

Zuwendungen öffentlich rechtlicher Körperschaften (§ 15 Abs.1 Z 15 ErbStG)

Bei Bewertungen ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der gemeine Wert zugrunde zu legen.(§ 10 Abs.1 BewG)

Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen. (§ 10 Abs.2 BewG)

Für Aktien, für Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und für Genussscheine ist, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert (§10) maßgebend. Lässt sich der gemeine Wert aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen.(*BGBI. 1972/447 ab 1972*) (§ 13 Abs.2 BewG)

Immerwährende Nutzungen oder Leistungen sind mit dem Achtzehnfachen des Jahreswertes, Nutzungen und Leistungen von unbestimmter Dauer vorbehaltlich des § 16 mit dem Neunfachen des Jahreswertes zu bewerten (§ 15 Abs.2 BewG)

Bei Nutzungen und Leistungen, die in ihrem Betrag ungewiss sind oder schwanken, ist als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt werden wird.(§ 17 Abs.3 BewG)

Die Abgabenbehörden haben darauf zu achten, dass alle Abgabepflichtigen nach den Abgabevorschriften erfasst und gleichmäßig behandelt werden, sowie darüber zu wachen, dass Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden. Sie haben alles, was für die Bemessung der Abgaben wichtig ist, sorgfältig zu erheben und die Nachrichten darüber zu sammeln, fortlaufend zu ergänzen und auszutauschen. (§ 114 Abs.1 BAO)

Bei der gemischten Schenkung wird eine Sache teils entgeltlich, teils unentgeltlich übertragen. Eine solche kann nur dann angenommen werden, wenn nach dem Parteienwillen ein Teil der Leistung unentgeltlich hingegeben werden soll.

Im zu beurteilenden Fall widmete der Ö der Bf.mit Nachstiftungsurkunde vom 19.12.2002 771.677 Stückaktien B. (das entspricht einem Anteil von 498,995 % vom Grundkapital) und behielt sich dabei das Fruchtgenussrecht vor.

Es ist unbestritten, dass diese Zuwendung als gemischte Schenkung zu qualifizieren ist. Die Bf. bestritt zunächst, dass der, den Wert dieses Fruchtgenussrechtes übersteigende, Teil der Zuwendung, der Schenkungssteuer unterliegt. Gemäß ihren- vorstehend aufgezeigten- Einlassungen in der Berufungsschrift, sei im Hinblick auf den, im Abgaberecht zu beachtenden, Grundsatz von Treu und Glauben (§ 114 Abs.1 BAO), von einer Zuwendung einer KÖR auszugehen, die gemäß § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG von der Steuer befreit ist.

Bereits im Erörterungsgespräch vom 03.04.2013, dessen Inhalt in diesem Erkenntnis vorstehend wiedergegeben worden ist, wurden beiden Parteien von der Berichterstatterin die, gegen die Anwendung dieses Grundsatzes sprechenden, Gründe ausführlich dargelegt . Es wird dazu-zur Vermeidung von Wiederholungen- auf den, darauf Bezug habenden, Inhalt der o.a. Niederschrift zu diesem Gespräch hingewiesen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die verfahrensgegenständliche Widmung der streitverfangenen Stückaktien auf den Erlass BMF vom 14.06.1952, ZI. 27.792-9/50, zurückzuführen ist, wonach der Ö mit Rücksicht auf seine öffentlichen Funktionen, steuerrechtlich so zu behandeln ist, als ob er eine Körperschaft öffentlichen Rechtes wäre.

Wenn auch der VwGH in der Regel kein Vertrauen auf die Richtigkeit von Erlässen schützt (vgl. z.B VwGH 22.05.2002, 99/15/0119; 02.02.2010, 2007/15/0253) so darf nicht übersehen werden, dass die diese Aktienzuwendung auch auf der stattgebenden BVE vom 14.03.2002 der belangten Behörde beruht, die der Bf. gegenüber erlassenen worden ist, und die auf der o.a. Rechtsansicht des BMF beruht.

Jedoch wird nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben-selbst beim Vorliegen einer nicht offenkundig unrichtigen Rechtsauskunft der dafür zuständigen Behörde, welche zu wirtschaftlichen Dispositionen geführt hat, welche nunmehr entgegen dieser Auskunft besteuert worden

sind,- ein, der erkennenden Behörde eingeräumter, Vollzugsspielraum bei der Anwendung des betreffenden Gesetzes, verlangt. Dieser ist bei Ermessensentscheidungen und bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe gegeben (vgl. VwGH 14.10.1992, 90/13/009; 24.05.1993,92/15/0037; 28.10.2009, 2008/15/0054; 29.07.2010, 2006/15/0217; 23.09.2010,2010/15/0135; 15.09.2011, 2011/15/0126; 19.09.2013, 2013/15/0183)

Der Behörde wird für Anwendung des § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG, worin eindeutig und unmissverständlich von einer Steuerbefreiung für KÖR die Rede ist, weder ein Ermessensspielraum eingeräumt, noch handelt es sich bei dem Begriff KÖR um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der der Behörde den Spielraum eingeräumt hat, den Ö , bei welchem es sich um Körperschaft des privaten Rechtes, nämlich einen Verein d.h. eine freiwillig organisierte Verbindung zur Erreichung eines bestimmten gemeinschaftlichen Zweckes,handelt, als eine KÖR zu beurteilen, bei welcher es sich um eine juristische Person des öffentlichen Rechtes handelt, die mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllt und Zwangsbestand hat. (vgl. *dazu Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern Band III, Erbschafts-und Schenkungssteuer, § 15 Rz 46-49*)

Der VwGH erklärt in ZI 2105/75- im Hinblick auf die Anwendung des § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG eine Verwendung des Begriffes KÖR im weiteren Sinn nur im Zusammenhalt mit den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Erbschafts-und Schenkungssteuernovelle 1967 für zulässig. In diesen Bemerkungen ist ausschließlich von der Schenkungssteuerfreiheit auch für Zuwendungen von Fonds, Stiftungen und Anstalten, als juristische Personen des öffentlichen Rechtes, die Rede.

Aus den aufgezeigten Gründen war für die verfahrensgegenständliche Zuwendung keine Steuerfreiheit iSd § 15 Abs.1 Z 15 ErbStG iVm § 114 Abs.1 BAO zu gewähren.

Laut streitverfangener Stiftungsurkunde wurden die Stückaktien der Bf. am 20.12.2002 übertragen. Gemäß § 12 Abs.1 Z 2 ErbStG hat dieser Zeitpunkt als der, für die Bemessung der Schenkungssteuer maßgebliche, Zeitpunkt zu gelten.

Die belangte Behörde hat diesen Aktien, einen gemeinen Wert zu Grunde gelegt, welchen sie aus einem einzigen Verkauf, nämlich aus den Rückkauf dieser Aktien durch die Bf. von der Bayrischen Landesbank am 24.05 2004 zu einem Kaufpreis von Euro 522.00.000,00 abgeleitet hat, mit der Begründung dieser Kaufpreis sei durch widerstrebende Interessen, gleich einem Börsenkurswert, zustande gekommen.

Dem ist entgegen zu halten:

Gemäß §13 Abs.2 Satz 1 BewG ist für Aktien, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert iSd § 10 BewG maßgebend und ist dieser in erster Linie aus Verkäufen abzuleiten. Der gemeine Wert solcher Anteile lässt sich aus einer Mehrzahl von Verkäufen nur dann ableiten, wenn die Verkäufe im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu Stande gekommen sind und keine gemäß §10 Abs.2 BewG nicht zu berücksichtigende ungewöhnlichen oder persönlichen Verhältnisse vorliegen. Von einer Mehrzahl von Verkäufen kann nur dann gesprochen werden, wenn bei mehreren miteinander nicht in

Zusammenhang stehenden Verkaufsvorgängen Anteile veräußert werden. (vgl. z.B. VwGH 25.03.2004, 2001/16/0038,0039)

Unter „gewöhnlichem Geschäftsverkehr“ ist der Handel zu verstehen, der sich nach den marktwirtschaftlichen Grundsätzen von Angebot und Nachfrage vollzieht und bei dem jeder Vertragspartner ohne jeden Zwang und nicht aus Not oder besonderen Rücksichten, sondern freiwillig, in Wahrung seiner eigenen Interessen zu handeln in der Lage ist. Der bei der Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft tatsächlich erzielte Preis ist nur dann zu Stande gekommen, wenn er sich durch den Ausgleich widerstreitender Interessen von Verkäufer und Käufer gebildet hat. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalls unter Heranziehung objektiver Maßstäbe zu entscheiden. (VwGH 20.01.1992, 90/15/0110)

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH genügt ein einzelner Verkauf für die Ableitung des gemeinen Wertes von Anteilen nicht. Die Ermittlung des gemeinen Wertes aus einem einzigen Verkauf ist allerdings dann zulässig, wenn dem einzelnen Verkauf eine Preisbildung zu Grunde liegt, die das Ergebnis eines Wettbewerbs mehrerer Interessenten darstellt. (VwGH 25.03.2004, 2001/16/0038,0039)

Da bei Schenkungen gemäß § 12 Abs.1 Z 2 ErbStG der Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung maßgeblich ist, kann- nur unter den aufgezeigten Voraussetzungen- die Bewertung den, in § 13 Abs.2 BewG normierten, Maßstäben auch dann entsprechen, wenn die Verkäufe nicht in einem zeitlichen Abstand von höchstens sechs Monaten vom Stichtag, sondern in einem größeren zeitlichen Abstand, erfolgt sind.

Dass dem Rückkauf der verfahrensgegenständlichen Aktienanteilen eine Preisbildung zugrunde liegt, die das Ergebnis des Wettbewerbes mehrerer Interessenten darstellt, kann weder aus dem Vorbringen der belangten Behörde erkannt werden, noch ergeben sich dafür Anhaltspunkt aus der Aktenlage. Vielmehr ist- aus dem heutigen Wissensstand heraus- nachvollziehbar, dass dieser Rückkauf dem Ö vor allem dazu diente, ein breiteres Bekanntwerden der Milliardenverluste seiner Bank, infolge in den Jahren 1995-2001 durchgeführter Spekulationsgeschäfte, und des daraus resultierenden Wertverlust der B- Anteile möglichst zu vermeiden, unbeschadet dessen, ob der dafür zu entrichtende Kaufpreis den marktwirtschaftliche Grundsätzen von Angebot und Nachfrage entsprochen hat.

Aus den aufgezeigten Gründen ist die vom FA vorgenommene Bewertung als unzulässig zu bewerten; zur Vermeidung von Wiederholungen wird dazu auch auf die Bezug habenden, o.a. niederschriftlichen Feststellungen in der Niederschrift zum Erörterungsgespräch vom 03.04.2013 hingewiesen.

Lässt sich der gemeine Wert der in § 13 Abs.2 BewG genannten Wirtschaftsgüter aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er nach Satz 2 dieser Gesetzesstelle, unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen. (vgl. VwGH 15.03.2001, 2000/16/ 0110)

Die Schätzung des gemeinen Wertes von Anteilen an Kapitalgesellschaften erfolgt durch erlassmäßige Regelungen nach dem sogenannten Wiener Verfahren. Es kann dabei aber von den Steuerpflichtigen auch eine andere Art der Schätzung beantragt werden. Wenn dieses Ergebnis den tatsächlichen Verhältnissen näherkommt, ist die andere Bewertungsmethode anzuerkennen. Ungeachtet seines fehlenden normativen Gehaltes stellt das „Wiener Verfahren“ eine zwar nicht verbindliche, aber doch geeignete Grundlage für jene Schätzung dar, die nach dem zweiten Satz des § 13 Abs.2 BewG zur Ermittlung des gemeinen Wertes der Anteile vorzunehmen ist. (vgl. z.B. VwGH 18.07.2001, 99/13/0217,0218)

Die Parteien einigten sich auf eine Schätzungsmethode die, in Anlehnung an das Wiener Verfahren, von einem Ansatz der Bilanzsumme für das Jahr 2002 wertberichtigt, sowie der Ergebnisse der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit für die Jahre 2000-2002, wertberichtigt ausging. Bei den genannten Neuberechnungen der Schenkungssteuer bedienten sie sich zur Bemessung des gemeinen Wertes der Aktien der Formel des Wiener Verfahrens: Gemeiner Wert, (G),= Vermögenswert, (V),+ Ertragswert, (E),/ 2 pro 1 Euro Nennkapital

Bei der Bemessung des Vermögenswertes war strittig:

-die Zurechnung aufgedeckter stiller Reserven 2003 von 236 Mio. B. Strafurteil S 375, und aufgedeckter stiller Reserven 2005 idHv Euro 435 Mio. Zwischenbericht der Österreichischen Nationalbank über die wegen der Sondergeschäfte bei der BP Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG Wien im Zeitraum 29. März 2006 bis 3. Mai 2006 gemäß § 70 Abs.1 BWG, S 55, 56 vorgenommenen Erhebungen zu den von beiden Parteien, gemäß dem Wiener Verfahren, in gleicher Höhe berechneten Ausgangswert (Bilanzsumme minus Passivposten gemäß § 224 Abs.3 HGB Pos. C,D,E) von Euro 701.600.000,00

- Kürzung dieses Wertes um 10% oder um 5% zur Ermittlung des Vermögensbetrages

Dazu ist festzustellen:

In der Hauptverhandlung zum B Prozess am 22.04.2008 wurde dem Gutachter Prof. Dr.K. von der Verteidigung u.a. folgende Frage gestellt:

„Warum haben Sie nicht die stillen Reserven laut Reservemeldung der B vom 31.12.2002 bei ihrer Unternehmensbewertung berücksichtigt? Darin werden stille Reserven von rd. Euro 650 Mio ausgewiesen.“

Diese Frage wurde von dem genannten im Wesentlichen mit Fragebeantwortung vom 09.06.2008 wie folgt beantwortet:

„Es ist der Verteidigung aus sachverständiger Sicht zu konzедieren, dass sich aus der Reservemeldung der B zum 31.12.2002 ergebenden stillen Reserven des nicht betriebsnotwendigen Beteiligungsvermögens der B eine zeitnähere und vor allem ex ante vorliegende Summe darstellen und deshalb diesen Wert der Vorzug bei der Ermittlung des Verkehrswertes zu geben ist. Demnach ist meine bisherige Ermittlung des

Verkehrswertes der B insofern anzupassen, als tatsächlich nur die in der Reservemeldung der B angegebenen Reserven des nicht betriebsnotwendigen Beteiligungsvermögens in der Höhe von EUR 301,65 Mio anzusetzen sind. Unter Abzug der latenten Steuern (nach unveränderter Berechnungsmethode) ergibt sich somit ein Nettowert an stillen Reserven zum 31.12. 2002 von Euro 266,77. Die geänderte Höhe der stillen Reserven wird bei sämtlichen nachfolgenden Varianten in die Ermittlung des Verkehrswertes zum 28.02.2003 einbezogen.“

Der Gutachter verblieb bei diesem Ansatz trotz seiner Feststellung der genannten aufgedeckten stillen Reserven 2003 und trotz Kenntnis der, lt.o.a. Bericht der OeNB, im Jahre 2005 aufgedeckten stillen Reserven.

Es wurden im diesem Verfahren keine Beweismittel auf gleicher Ebene vorgelegt, wonach vom erkennenden Gericht der Schluss zu ziehen ist, dass es sich bei den in Rede stehenden aufgedeckten stillen Reserven der Jahre 2003 u.2005 um solche gehandelt hat, die zwar zum verfahrensgegenständlichem Stichtag (20.12.2002) bereits im Betriebsvermögen der B enthalten waren, aber in den vom Gutachter aufgezeigte stillen Reserven von Euro 266,77 Mio Euro zum Stichtag 31.12.2002 nicht enthalten waren.

Die von dem FA begehrten Zurechnungen hatten somit zu unterbleiben.

Die Erläuterung der Zweckmäßigkeit des Ansatzes des Verkehrswertes von Liegenschaften, hinsichtlich der im Jahre 2005 aufgedeckten stillen Reserven, betreffend Grundstücke/Gebäude erübrigt sich sohin.

Da im zu beurteilenden Fall kein Antragsrecht iSd Wiener Verfahrens hinsichtlich Zu/ Abrechnungen von Beteiligungserträgen aus inländischen Gesellschaften ausgeübt worden ist, und bei der von beiden Parteien ins Zentrum gestellten Bewertung des Wiener Verfahrens- mit Ausnahme des aufgezeigten Antragsrechtes- grundsätzlich bei der Ermittlung des Vermögensbetrages von einer pauschalen Kürzung um 10% ausgegangen wird, ergaben sich keine Anhaltspunkte, für die Zulässigkeit der, vom FA durchgeführten, Kürzung um 5%

Bei der Bemessung des Ertragswertes E (lt. Wiener Verfahren: $E = \text{Durchschnittsertrag} \times 100 / \text{Nennkapital} \times 9$) machte die Bf. eingangs die Berücksichtigung eines- lt. Schreiben Prof. K. vom 08.04.2008- Zinsverlustes vom 30 Mio Euro pro Jahr wegen der, aufgrund der bekannten strafbaren Handlungen, erlittenen Verluste, als Korrekturposten geltend.

Nach Ansicht des FA sollte ,gemäß den Feststellungen des K.-Gutachten, in Anlehnung an die Schätzungsmethode des Wiener Verfahrens, ein Kapitalisierungszinssatz von 6 bzw. 6,75 % anstatt 9% angewendet werden bzw. sollte die im Wiener Verfahren vorgesehene pauschale Kürzung des Durchschnittsertrages der letzten drei Wirtschaftsjahre vor dem Stichtag von 7% anstatt 10% vorgenommen werden.

Dazu ist festzustellen:

Bei Nutzungen und Leistungen, die in ihrem Betrag ungewiss sind oder Schwanken, ist als Jahreswert der Betrag zugrunde zu legen, der in Zukunft im Durchschnitt der Jahre voraussichtlich erzielt werden wird.(§ 17 Abs.3 BewG)

Nach ständiger Rechtsprechung sollen durch die Bewertung nach § 17 Abs.3 BewG, die jedenfalls erst nach Entstehung der Steuerschuld erfolgen kann, soweit als möglich die in Zukunft tatsächlich erzielten Beträge erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist, gemäß den darin gebrauchten Worten „in Zukunft“ und „voraussichtlich“, der Jahreswert der Nutzungen und Leistungen endgültig zu ermitteln.

Es war dem Vorbringen beider Parteien zuzustimmen, dass nicht auszuschließen ist, dass der genannte Zinnschaden innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes wieder wegfällt. Im Hinblick darauf, dass die vorzunehmende Bewertung iSd § 17 Abs.3 BewG „Endgültigkeitscharakter“ haben muss, war von der Berücksichtigung eines Zinsschadens Abstand zu nehmen.

Da die aus Sicht des Finanzamtes für die Anwendung einer pauschalen Kürzung von 7% sprechende, ins Treffen geführte, Berücksichtigung von außergewöhnlichen Ereignissen somit nicht stattgefunden hat, war schon deshalb kein Raum für eine geringere pauschale Kürzung des zu ermittelnden Durchschnittsertrages des, als im Wiener Verfahren- ohne Inanspruchnahme von Antragsrechten- vorgesehen ist.

Der Forderung des Finanzamtes auf Anwendung eines Kapitalisierungszinssatzes von 6 bzw.6,75% anstatt des im Wiener Verfahren vorgesehenen Zinssatzes von 9% ist entgegen zu halten:

Es ist dem FA zuzustimmen, dass die Bemessung des gemeinen Wertes in Anlehnung an das Wiener Verfahren erfolgen sollte. So wurde der Ansatz des gemeinen Wertes des inländischen Beteiligungsbesitzes außer Acht gelassen.(Die Vertreter des Finanzamtes haben im Erörterungsgespräch vom 03.04.2013 die Unmöglichkeit eines solchen Ansatzes, als Grund dafür angegeben, zunächst keine Schätzung nach dem Wiener Verfahren vorgenommen zu haben.)

Es geht jedoch nicht an, von Modalitäten des Wiener Verfahrens nur deshalb abzuweichen, um einen gemeinen Wert zu erhalten, der sich dem, im bekämpften Bescheid der Bemessung der Schenkungssteuer zu Grunde gelegten, Wert möglichst annähert, da es sich bei diesem Wert, gemäß den vorstehenden Ausführungen, um keine, den Anforderungen des § 13 Abs.2 erster Satz BewG entsprechende, Bemessungsgrundlage zur Ermittlung des gemeinen Wertes gehandelt hat.

Bei der Anwendung eines Kapitalisierungszinssatzes von 9% handelt es sich um ein besonderes Spezifikum des Wiener Verfahrens zur Schätzung des nach § 10 BewG definierten gemeinen Wertes von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Damit wird, unabhängig von allfälligen Branchenunterschieden, der, nach den Bestimmungen des Wiener Verfahrens ermittelte, Durchschnittsertrag als Rente mit einer Durchschnittsverzinsung von 9% p.a. aufgefasst. Trotz der ausnahmslosen Anwendung des Kapitalisierungszinssatzes von 9% wird das Wiener Verfahren als geeignete

Grundlage für jede Schätzung als geeignet angesehen, die nach dem zweiten Satz des § 13 Abs.2 BewG zur Ermittlung des gemeinen Wertes der Anteilen an Kapitalgesellschaften vorzunehmen ist.

Der von Prof. Dr. K. in seinem Gutachten gewählte Ansatz eines realen Kapitalisierungszinssatzes von 6% wurde der Bewertung des 48,995%igen Anteil der Bf. zum 31.12.2002 im Rahmen der Unternehmensbewertung zu Grunde gelegt.

Bei dem Unternehmenswert handelt es sich um den in Geldeinheiten ausgedrückte Wert eines Unternehmens. Aus Sicht der Nutzentheorie entspricht der Wert eines Unternehmens dem subjektiven Nutzen, den die Eigentümer aus diesen ziehen können. Aus investitionstheoretischer Sicht ist der Unternehmenswert der sichere Geldbetrag, der für das Bewertungssubjekt in einer zu definierenden Weise äquivalent ist zu den unsicheren zukünftigen Netto-Rückflüssen aus dem Unternehmen. Zu unterscheiden ist der Wert eines Unternehmens von dessen Preis. Beide sind nur unter eng definierten Bedingungen identisch. Der Prozess in dem der Unternehmenswert ermittelt wird, bezeichnet man als Unternehmensbewertung. (*Unternehmenswert-Wikipedia*)

Der gemeine Wert wird landläufig als Verkehrswert angesehen. Dieser Begriff ist ein rein steuerrechtlicher und wird auch im Steuerrecht definiert, nämlich im Bewertungsgesetz.

Sohin ist der im zu beurteilenden Fall zu interessierende gemeine Wert ein rein steuerrechtlicher Wertbegriff und soll den Einzelveräußerungspreis iSd § 10 BewG ausdrücken. (*News/Publications-ICON Wirtschaftstreuhand GmbH*)

Die vom FA begehrte Abweichung vom Wiener Verfahren käme einer Vermengung von, nicht zum gleichen Ziel (nämlich zu einer konsistenten Berechnung einer steuerlichen Bemessungsgrundlage) führenden, Bewertungsmethoden gleich.

Sohin war bei der Berechnung des gemeinen Wertes ($G = V + E/2$ je 1 Euro Nennkapital) wie folgt vorzugehen.

Bei der Bemessung des Vermögenswertes (V) waren dem Ausgangswert von Euro 701.600.000,00 stille Reserven idHv 266.770.000,00 lt. der o.a. Fragebeantwortung Prof.Dr. K. bzw. -unbestrittener Weise- stille Reserven gemäß § 57 Abs.1 BWG idHv Euro 12.700.000,00 zu zurechnen und danach eine pauschale Kürzung um 10% vorzunehmen.

Bei der Bemessung des Ertragswertes (E) war kein Zinsverlust vom 30 Mio p.a. in Abzug zu bringen, und mit pauschaler Kürzung um 10% des, von beiden Parteien zuletzt in gleicher Höhe mit Euro 49.747.216,81 berechneten, Durchschnittsertrages der letzten drei maßgeblichen Wirtschaftsjahre (2000-2002) vorzugehen; bzw. war ein Kapitalisierungszinssatz von 9% anzuwenden.

Der Bewertung des Fruchtgenussrechtes wird den, von der Bf. für das Vorliegen eines auf die Dauer von zwanzig Jahren eingeräumten Fruchtgenussrechtes, ins Treffen geführten Argumenten entgegen gehalten:

Der VwGH stellt in ständiger Rechtsprechung zu § 33 TP 5 GebG zur Frage des Vorliegens eines Vertrages von bestimmter oder unbestimmter Dauer fest: „Das

Unterscheidungsmerkmal zwischen einem auf bestimmte Zeit und einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Bestandsvertrag besteht darin, ob nach dem erklärten Vertragswillen beide Vertragsteile durch eine bestimmte Zeit an den Vertrag gebunden sein sollen oder nicht, wobei allerdings die Möglichkeit den Vertrag aus einzelnen bestimmt bezeichneten Gründen schon vorzeitig einseitig aufzulösen, die Beurteilung des Vertrages als eines auf bestimmte Zeit abgeschlossenen, nach dem letzten Satz des § 33 TP 5 Abs.3 GebG nicht im Wege steht. Was eine Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf einzelne im Vertrag ausdrücklich bezeichnete Fälle darstellt, ist eine Frage, die nach Gewicht und Wahrscheinlichkeit einer Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden muss.“

Der VwGH stellt somit zur Abgrenzung eines auf unbestimmter Dauer abgeschlossenen Vertrages zu einem auf bestimmte Dauer abgeschlossenen Vertrag fest, dass der erklärte Vertragswille durch eine bestimmte Zeit an einem Vertrag gebunden zu sein, aus dem Gewicht und der Wahrscheinlichkeit der Realisierung der vertraglich vereinbarten Kündigungsgründe beantwortet werden muss.

Nach der Rechtsprechung des VwGH sowie des OGH zu § 914 ABGB, ist bei der Auslegung von Verträgen nicht an den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern es ist die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Jeder Vertragspartner muss sich die Auslegung seines Verhaltens und der in seinen schriftlichen Äußerungen verwendeten Wendungen in dem Sinne gefallen lassen, in welchem sie ein unbefangener Erklärungsempfänger verstehen muss. Unter Absicht der Partei ist weder ein nicht kontrollierbarer noch ein nicht erklärter Wille zu verstehen.

Im gegenständlichen Fall, wird vereinbart, dass die Vertragspartner das Fruchtgenussrecht jederzeit ganz oder teilweise, aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung auflösen dürfen. Als ein wichtiger Grund zur sofortiger Vertragsauflösung wird insbesondere der Grund bezeichnet, dass der X aus Anlass eines Streiks Finanzmittel benötigt und dazu die mit dem Fruchtgenussrecht belasteten Aktien veräußert oder belastet werden müssen.

Was die Ausführungen der Bf. zur Unwahrscheinlichkeit der Realisierung dieses Kündigungsgrundes betrifft, so ist ihrer Argumentation zu folgen. Das bedeutet, dass bei Vorliegen dieses einzigen Kündigungsgrundes, aufgrund der Unwahrscheinlichkeit dessen Realisierung aus Sicht des Zeitpunktes der Vertragsunterfertigung, davon auszugehen wäre, dass die Vertragsparteien tatsächlich auf die Dauer von zwanzig Jahren an den Vertrag gebunden sein wollten, was das Vorliegen eines Vertrages von bestimmter Dauer bedeuten würde.

Jedoch wird in diesem Vertrag auch die Möglichkeit der jederzeitigen Kündigung bei Vorliegen (anderer) wichtiger Gründe festgemacht; ohne diese Gründe einzeln zu benennen.

Nun ist für einen unbefangenen Erklärungsempfänger nicht gesagt, dass wichtige Gründe automatisch schwer realisierbarer sein müssen.

Die allenthalben bestehende Absicht, das Fruchtgenussrecht außerhalb von zwanzig Jahren nicht kündigen zu wollen, wird in dieser Erklärung für einen unbefangenen Erklärungsempfänger nicht widerspiegelt.

Aus den aufgezeigten Gründen ist das Fruchtgenussrecht sohin als ein auf unbestimmte Dauer eingeräumtes Recht zu verstehen.

Sohin war zu dessen Bemessung der, von beiden Parteien in gleicher Höhe berechnete, im Durchschnitt der Jahre 1999-2002, ausschüttungsfähige Gewinn von Euro 48.730.317,64, gemäß § 15 Abs.2 BewG, mit dem 9-fachen Jahreswert zu bewerten.

Die Schenkungssteuer war daher wie folgt zu berechnen:

Gemeiner Wert (G) nach dem Wiener Verfahren: **$G = \text{Vermögenswert (V)} + \text{Ertragswert (E)} / 2$ pro 1 € Nennkapital (N) (N = 125.000.000,00)**

Vermögenswert (V) = Vermögensbetrag (VB) / N

VB= Bilanzsumme – Passivposten= Euro 701.600.000,00 zuzüglich der Summe der Zurechnungen von Euro 266.770.000,00 und von Euro 12.700.000,00= Euro 631.238,710 – pauschale Kürzung um 10% (Euro 63.123.871)

VB = Euro 568.114.839,00

V= VB/N= 568.114.839,00/125.000.000,00

V= 4,54

Ertragswert E = Durchschnittsertrag der Wirtschaftsjahre 2000-2002 incl. Pauschaler Kürzung um 10% $\times 100 / N \times 9$

E = 49.747.216,81 pauschale Kürzung von 10%= Euro 4.974.721,68= **44.772.495,13= Durchschnittsertrag $\times 100 / 1.125.000.000,00$ (= N $\times 9$)**

E= 3,98

G= 4,54+3,98/2 pro 1 € Nennkapital= 4,26 \times 125.000.000,00= Euro 532.500.000,00

Davon 48,996%= Euro 260.898.375,00 = anteiliger gemeine Wert

Fruchtgenussrecht:

Durchschnitt der ausschüttungsfähigen Gewinne:

1999: Euro 38.952.639,11

2000: Euro 28.672.056,57

2001 Euro 665.000.000,00

2002 Euro 62.296. 574,88

Summe Euro 194.921.270,56

Durchschnitt: Euro 48.730.317,64 $\times 9$ = Euro 438.572.858,77 =Fruchtgenussrecht (F)

davon 48,995% = **Euro 214.878.772,15= anteiliger Wert Fruchtgenussrecht**

anteiliger G- anteiliges F= Euro 46.019.602,85 abzüglich Freibetrag gemäß § 14 Abs.1 ErbStG von 110.00 Euro = **Euro 46.019.492,85= steuerpflichtiger Erwerb**

Gemäß § 8 Abs.3 ErbStG 5% vom gemäß § 28 abgerundeten steuerpflichtigen Erwerb v. Euro 46.019.492,00= **Euro 2.300.974,60 =Schenkungssteuer**

Der Unterschiedsbetrag zu der im bekämpften Bescheid mit Euro 33.443.938,75 festgesetzten Schenkungssteuer beträgt ein Guthaben von Euro 31.142.964,15

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Gemäß § 280 Abs.1 lit.d BAO haben Ausfertigungen von Erkenntnissen und Beschlüssen der Verwaltungsgerichte den Spruch einschließlich der Entscheidung, ob eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof nach Art.133 Abs.4 B-VG zulässig ist, zu enthalten.

Gemäß Art. 133 Abs.4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes eine Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzlich Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

Da auf die, in diesem Erkenntnis zu beurteilenden, Rechtsfragen der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der Bewertung des gemeinen Wertes von Geschäftsanteilen einer Aktiengesellschaft, sowie die Abgrenzung eines auf bestimmte Zeit eingeräumten Rechtes zu einem auf unbestimmte Zeit eingeräumten, keine der genannten Voraussetzungen zutrifft war, die Revision nicht zuzulassen.

Aus den aufgezeigten Gründen war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Juni 2016