

Der Wegzug einer unter naked-in/naked-out eingegangenen Unternehmensbeteiligung aus Österreich

BEITRAG. Gesellschaftsvertragliche Regelungen, wonach neueintretende Gesellschafter den jeweiligen Gesellschaftsanteil zum Nominale erwerben und bei einem späteren Austritt ihren Gesellschaftsanteil zum Nominale wieder an die Gesellschaft bzw die anderen Gesellschafter zurückgeben (Naked-in-/Naked-out-Klauseln) werden immer häufiger. Daraus ergeben sich interessante Abgrenzungsfragen, die vielfach im Fachschrifttum (noch) nicht ausführlich diskutiert wurden. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Bewertung einer derartigen Naked-in-/Naked-out-Beteiligung bei Wegzug des Gesellschafters bzw der Beteiligung aus Österreich und kommt zu dem Ergebnis, dass die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Verfügungs- und Veräußerungsbeschränkungen auch bei der Bewertung für die Wegzugsbesteuerung zu beachten sind und somit die Bemessungsgrundlage der Wegzugsbesteuerung entsprechend reduzieren.

taxlex 2023/90



a.Univ.-Prof. Dr. **Matthias Petutschnig** ist assoziierter Professor an der Abteilung für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der WU Wien.

A. Einleitung

Bei Freiberuflergesellschaften (zB Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer), aber auch in anderen Branchen finden sich oftmals Regelungen in den Gesellschaftsverträgen, die beim Eintritt neuer Gesellschafter bzw Ausscheiden bestehender Gesellschafter eine Abgeltung der stillen Reserven und des Firmenwerts ausschließen. Insbesondere, aber nicht nur bei größeren Gesellschaften mit einer Vielzahl von Ein- und Austritten wird regelmäßig vereinbart, dass die Partner/Gesellschafter beim Eintritt in die Gesellschaft nur den Anteilsnennwert bezahlen und unter denselben Bedingungen wieder aus der Gesellschaft ausscheiden – unabhängig von den tatsächlichen Anteilswerten. Vielfach werden weiters Verfügungs- und Veräußerungsbeschränkungen dergestalt vereinbart, dass die Gesellschafter ihre Anteile entweder nur der Gesellschaft oder den anderen Gesellschaftern veräußern können und im Ablebensfall des Gesellschafters die Gesellschaft bzw die anderen Gesellschafter ein Aufgriffsrecht haben.

Bei derartigen „Naked-in-/Naked-out-Klauseln“ erwerben die eintretenden Gesellschafter den Geschäftsanteil zum Nominale („naked-in“) und haben diesen Geschäfts- oder Gesellschaftsanteil am Ende ihres Berufslebens auch wieder zum Nominale an nachfolgende Berufsberechtigte oder an die Gesellschaft abzutreten („naked-out“). Eine Abgeltung von zum Zeitpunkt des Eintritts vorhandenen stillen Reserven und Firmenwert gegenüber den Altgesellschaftern unterbleibt dabei ebenso wie eine Abgeltung der während der Gesellschafterstellung erwirtschafteten stillen Reserven und Firmenwerte.

Der OGH hat entsprechende Regelungen aus gesellschafts- und auch insolvenzrechtlicher Perspektive bereits explizit für zulässig erachtet.¹⁾ Die steuerrechtliche Literatur zu Naked-in-/Naked-out-Klauseln ist hingegen sehr überschaubar und diskutiert diese gesellschaftsvertraglichen Regelungen soweit er-

sichtlich ausschließlich vor dem Hintergrund von Zusammenschlüssen gem Art IV UmgrStG und Realteilungen gem Art V UmgrStG.²⁾ Grundsätzlich werden derartige gesellschaftsvertragliche Regelungen von der Literatur, wenn sie fremdüblich sind, steuerrechtlich als zulässig erachtet. Jedenfalls fremdüblich sind derartige Regelungen mE, wenn sie im Gesellschaftsvertrag angelegt sind und für alle Gesellschafter gelten.

Im Zusammenhang mit derartigen gesellschaftsvertraglichen Ein- und Austrittsvereinbarungen stellen sich aber eine Reihe von steuerrechtlichen Fragen, da diese Regelungen ja beim Austritt des Gesellschafters zu keiner Abgeltung der stillen Reserven und des Firmenwerts und somit auch nicht zu einer Besteuerung eines Veräußerungsgewinnes führen, weil ein entsprechender Gewinn nicht entstehen kann. Während beim tatsächlichen Austritt des Gesellschafters und somit bei der tatsächlichen Veräußerung des Anteils der Gesellschafter den im Gesellschaftsvertrag normierten Verzicht auf eine Abgeltung der stillen Reserven und des Firmenwerts effektiv vollzieht und somit wenig Raum für eine steuerrechtliche Diskussion der Wirkungsweise der Klausel bleibt, sind die im Ertragsteuerrecht angelegten fiktiven Veräußerungstatbestände hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Naked-in-/Naked-out-

¹⁾ Siehe etwa OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 64/20k.

²⁾ Siehe *Hübner-Schwarzinger/Six* in *Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹² (2023) § 24 Rz 181b ff; *Hübner-Schwarzinger*, Der UmgrStR-Wartungserlass 2018 aus Beratungssicht, SWK 2018, 1577; *Wiesner*, Gedanken zum Umgründungssteuerrecht, in *Koran/Moser* (Hrsg), Die BAO im Zentrum der Finanzverwaltung – FS Ritz (2015) 403; *Hirschler/Sulz*, Grund und Boden beim Zusammenschluss von Freiberuflern, in *Höfler/Mitterer* (Hrsg), Freie Berufe und Sozialversicherung – FS Sedláček (2015) 311; *Hirschler/Sulz/Knesl* in *Wiesner/Hirschler/Mayr* (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (17. Lfg 2018) § 24 UmgrStG Rz 197; *Gloser/Goertz*, Steuerrechtliches zur Ärzte-GmbH, ecolex 2010, 1126; *Hübner-Schwarzinger*, COVID-19-Gewinner und -Verlierer, taxlex 2021, 195.

Klauseln weniger eindeutig. Insbesondere der Wegzug einer mittels Naked-in-/Naked-out-Vereinbarung eingegangenen Beteiligung erscheint diskussionswürdig.

Zur Veranschaulichung sei eine in Österreich ansässige natürliche Person betrachtet, die an einer ausländischen Gesellschaft beteiligt ist, wobei es weitgehend irrelevant ist, ob diese Gesellschaftsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft eingegangen wurde und auch ob diese Beteiligung im Betriebs- oder Privatvermögen gelegen ist. Aufgrund familiärer Umstände plant die in Österreich ansässige natürliche Person, ihren Wohnsitz und den Mittelpunkt der Lebensinteressen, somit die DBA-rechtliche Ansässigkeit, in jenes Ausland zu verlegen, in dem die ausländische Gesellschaft ihren Sitz und Ort der Geschäftsleitung hat. Weiters sei angenommen, dass die ausländische Gesellschaft betrieblich tätig ist und über entsprechende Substanz (Mitarbeiter, Büroräumlichkeiten, Ausstattung etc) verfügt, um die entsprechende Tätigkeit auch auszuüben.

Der Gesellschaftsvertrag sieht für den Eintritt neuer Gesellschafter bzw für den Austritt bestehender Gesellschafter ein wie oben skizziertes Naked-in-/Naked-out-Modell vor. Bei diesem Modell muss der eintretende Gesellschafter für den Erwerb der Gesellschafterstellung nichts zahlen, dafür erhält er bei Ausscheiden nichts. Oder es besteht die Möglichkeit, dass der eintretende Gesellschafter beim Eintritt eine Einlage leistet und beim Austritt ausschließlich diese Einlage wieder zurückerhält. Jedenfalls ist aber gesellschaftsvertraglich für den Austritt bzw Verkauf ein Anspruch auf Abfindung stiller Reserven oder eines Firmenwerts ausgeschlossen.

Mit dem anderen Staat hat Österreich ein dem OECD-MA nachgebildetes DBA abgeschlossen.

B. DBA-rechtliche Würdigung

1. Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

Sofern die unter naked-in/naked-out eingegangene Unternehmensbeteiligung eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist, ist die Bestimmung des Art 13 Abs 5 OECD-MA anwendbar. Art 13 Abs 5 OECD-MA dient als Auffang- und zugleich Generalnorm und betrifft jedwedes Vermögen, welches noch nicht von den Art 13 Abs 1 bis 4 OECD-MA erfasst wurde. Das Besteuerungsrecht wird dabei im bilateralen Verhältnis ausschließlich dem Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen zugewiesen.

Einer der wichtigsten Anwendungsbereiche des Art 13 Abs 5 OECD-MA ist die Veräußerung von nicht zu einem Betriebsstättenvermögen gehörenden Beteiligungen und sonstigen Wertpapieren. Das Recht zur Besteuerung der hierbei erzielten Veräußerungsgewinne soll ausschließlich beim Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen liegen.³⁾ Durch die Formulierung „können [bzw dürfen] nur ... besteuert werden“ wird dem Ansässigkeitsstaat des Steuerpflichtigen das alleinige Besteuerungsrecht zugewiesen; die Methodenbestimmung des Art 23 OECD-MA kommt daher diesbezüglich nicht zur Anwendung.⁴⁾

Bei bestehender DBA-rechtlicher Ansässigkeit in Österreich hätte Österreich als Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht an einem etwaigen Veräußerungsgewinn. Bei Wegzug aus Österreich geht dieses Besteuerungsrecht unter.

2. Veräußerung von Anteilen an Mitunternehmenschaften

Stellt die unter naked-in/naked-out eingegangene Unternehmensbeteiligung eine Beteiligung an einer Mitunternehmer-

schaft dar, ist die Beteiligung regelmäßig als Betriebsstätte⁵⁾ anzusehen. Nach der Bestimmung des Art 13 Abs 2 OECD-MA können Gewinne aus der Veräußerung beweglichen Vermögens, das Betriebsvermögen einer Betriebsstätte ist, die ein Unternehmen eines Vertragsstaats im anderen Vertragsstaat hat, einschließlich derartiger Gewinne, die bei der Veräußerung einer solchen Betriebsstätte allein oder mit dem übrigen Unternehmen erzielt werden, im anderen Staat besteuert werden. Art 13 Abs 2 OECD-MA folgt daher dem Betriebsstättenprinzip. Nach Auffassung der OECD ist unter dem Begriff „bewegliches Vermögen“ Vermögen jeder Art mit Ausnahme des unter Art 13 Abs 1 OECD-MA fallenden unbeweglichen Vermögens zu verstehen. Dazu zählen auch immaterielle Vermögenswerte wie Firmenwert, Lizenzrechte und dergleichen.⁶⁾ Ansonsten wird der Begriff des „beweglichen Vermögens“ weder im OECD-MA noch im OECD-MK explizit definiert.⁷⁾

Art 13 Abs 2 OECD-MA umfasst auch die bei Veräußerung eines Mitunternehmeranteils an einer als transparent anzusehenden Personengesellschaft entstehenden Gewinne inkl der Gewinne aus der Veräußerung von Sonderbetriebsvermögen.⁸⁾ Besteht eine Betriebsstätte oder feste Einrichtung der Personengesellschaft im Quellenstaat, wird die Veräußerung des Mitunternehmeranteils als anteilige Veräußerung von Betriebsstättenvermögen bzw Vermögen der festen Einrichtung des Mitunternehmers angesehen und kann daher gem Art 13 Abs 2 OECD-MA auch im Betriebsstättenstaat besteuert werden.⁹⁾ Der Betriebsstättenstaat besteuert vorrangig und zwar nach seinem innerstaatlichen Recht, ohne abkommensrechtlich beschränkt zu sein. Die Besteuerung im Ansässigkeitsstaat lässt Art 13 Abs 2 OECD-MA hingegen offen; die Entlastungspflichtung ergibt sich aus Art 23 OECD-MA.¹⁰⁾

Art 23A OECD-MA sieht für Einkünfte, die nach Art 13 Abs 2 OECD-MA im anderen Staat besteuert werden dürfen, die Befreiungsmethode vor. Das bedeutet, dass die Einkünfte aus der Veräußerung der Betriebsstätte bzw festen Einrichtung in Österreich befreit sind. Bei bestehender DBA-rechtlicher Ansässigkeit in Österreich hätte Österreich als Ansässigkeitsstaat kein Besteuerungsrecht an einem etwaigen Veräußerungsgewinn. Bei Wegzug aus Österreich geht daher ein Besteuerungsrecht nicht unter.

Art 23B OECD-MA sieht für Einkünfte, die nach Art 13 Abs 2 OECD-MA im anderen Staat besteuert werden dürfen, die An-

³⁾ Siehe Art 13 Z 30 OECD-MK; vgl Bräumann/Moshhammer in Aigner/Kofler/Tumpel (Hrsg), DBA-Kommentar² (2019) Art 13 Rz 64 mwH.

⁴⁾ Vgl Bräumann/Moshhammer in Aigner/Kofler/Tumpel (Hrsg), DBA-Kommentar² Art 13 Rz 65.

⁵⁾ Bei Einkünften aus selbständiger Arbeit (freiberuflichen Tätigkeiten) wäre die Beteiligung als feste Einrichtung anzusehen, sofern das individuell anwendbare DBA eine entsprechende Regelung für selbständige Arbeit enthält.

⁶⁾ Siehe Art 13 Z 24 OECD-MK.

⁷⁾ Siehe Bräumann/Moshhammer in Aigner/Kofler/Tumpel (Hrsg), DBA-Kommentar² Art 13 Rz 41 mwH.

⁸⁾ Siehe Reimer in Vogel/Lehner (Hrsg), Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar⁶ (2015) Art 13 Rz 83; Wassermeyer in Wassermeyer/Kaesler/Lang/Schuch (Hrsg), Doppelbesteuerung³ (2015) MA Art 13 Rz 79b; Bräumann/Moshhammer in Aigner/Kofler/Tumpel (Hrsg), DBA-Kommentar² Art 13 Rz 43; aA Fischer-Zernin in Gosch/Kroppen/Grotherr (Hrsg), DBA-Kommentar (25. EL, Stand 2015) Art 13 Rz 21ff.

⁹⁾ Siehe EAS 3385; Tumpel/Jahn, Gewinne aus der Veräußerung von Vermögen, in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), Die österreichische DBA-Politik (2013) 201 (2006); Art 13 Z 26 OECD-MK.

¹⁰⁾ Siehe Reimer in Vogel/Lehner (Hrsg), Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar⁶ Art 13 Rz 72.

rechnungsmethode vor. Das bedeutet, dass die Einkünfte aus der Veräußerung der festen Einrichtung in Österreich nicht befreit sind, sondern unter Anrechnung der im anderen Staat für den Veräußerungsgewinn gezahlten Steuer normal besteuert werden. Bei bestehender DBA-rechtlicher Ansässigkeit in Österreich hätte Österreich als Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht an einem etwaigen Veräußerungsgewinn. Bei Wegzug aus Österreich geht dieses Besteuerungsrecht unter.

C. Innerstaatliche Würdigung

1. Wegzugsbesteuerung

Nachdem das österreichische Besteuerungsrecht an der unter naked-in/naked-out eingegangenen Unternehmensbeteiligung bei der Verlagerung des Mittelpunkts der Lebensinteressen untergehen kann (jedenfalls bei Kapitalgesellschaftsbeteiligungen und bei Beteiligungen an ausländischen Personengesellschaften bei DBAs mit Anrechnungsmethode¹¹⁾), wird dadurch die Wegzugsbesteuerung gem § 6 Z 6 lit b EStG bzw gem § 27 Abs 6 EStG ausgelöst.

Geht die Möglichkeit zur Besteuerung zukünftiger Einkünfte bzw stiller Reserven verloren, wird der Verlust an Steuersubstrat durch Normen zur Regelung einer „Entstrickungsbesteuerung“ abgefangen. § 6 Z 6 EStG regelt die Sicherung und Erfassung inländischer stiller Reserven, wenn Wirtschaftsgüter überführt, Betriebe oder Betriebsstätten oder der Mittelpunkt der Lebensinteressen ins Ausland verlegt werden und führt dazu, dass im Moment der Verlagerung der Wirtschaftsgüter, etc ins Ausland eine Veräußerung fingiert wird.

Neben der Überführung von Wirtschaftsgütern ins Ausland bezieht § 6 Z 6 lit b EStG bzw § 27 Abs 6 EStG auch „sonstige Umstände, die zur Einschränkung des Besteuerungsrechts der Republik Österreich im Verhältnis zu anderen Staaten führen“, in den Anwendungsbereich der Wegzugsbesteuerung mit ein. Der Begriff der „Umstände“ ist weit auszulegen und erfasst auch Vorgänge, die nicht der Sphäre des Steuerpflichtigen zuzurechnen sind, sowie Handlungen des Gesetzgebers oder Dritter, bei denen der Steuerpflichtige begrenzte Einflussmöglichkeiten hat.¹²⁾ Die „Einschränkung des Besteuerungsrechts“ ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, mit dem aber nach überwiegender Auffassung auch eine abstrakte Gefährdung der Besteuerung erfasst wird.¹³⁾ „Besteuerungsrecht“ ist ein nationaler Tatbestand zur Substanzbesteuerung, der nicht durch DBA verhindert wird. Eine „Einschränkung“ ist schon eine Verringerung, ein gänzlicher Verlust wird nicht gefordert.¹⁴⁾

Beim Begriff der Einschränkung des Besteuerungsrechts „im Verhältnis zu anderen Staaten“ ist es unbeachtlich, ob die Rechtsgrundlage im inner- oder zwischenstaatlichen Recht liegt. Die Kausalität völkerrechtlicher Bestimmungen ist nicht zwingend. Ausgenommen sind nur jene Fälle, die überhaupt nicht mit einem Auslandsbezug verknüpft sind. *Mechtler/Spies* gehen davon aus, dass nur jene Fälle in die Entstrickungsbesteuerung miteinzubeziehen sind, in denen der andere Staat das in Österreich verloren gegangene Besteuerungsrecht dazugewinnt oder sich dieses weiterhin sichert.¹⁵⁾

Zu beachten ist, dass bei einem Wegzug in einen Mitgliedstaat der EU bzw des EWR von natürlichen Personen, die eine Kapitalgesellschaftsbeteiligung im Privatvermögen halten, bzw beim Wegzug der im Privatvermögen gelegenen Kapitalgesellschaftsbeteiligung in einen EU-/EWR-Mitgliedstaat durch unentgeltliche Zuwendung an eine natürliche Person gem § 27 Abs 6 Z 1 lit a EStG ein Antrag auf Nichtfestsetzung der Wegzugssteuer gestellt werden kann.¹⁶⁾

2. Bewertungsmaßstab

Die ins Ausland überführten Wirtschaftsgüter sind mit den Werten anzusetzen, die für Lieferungen an vom Steuerpflichtigen unabhängige Betriebe anzusetzen wären.¹⁷⁾ Die Bewertung hat somit mit dem Fremdvergleichswert (fiktiver Veräußerungserlös) zu erfolgen. Die Ermittlung des Fremdvergleichswerts in grenzüberschreitenden Sachverhalten erfolgt in aller Regel auf Grundlage der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze (OECD-VPG). Die Beachtung dieser Grundsätze durch die beiden DBA-Vertragsstaaten sichert nämlich die Bewertungsharmonie, sodass beide Staaten bei Wegzug bzw Zugang vom selben Wert ausgehen.¹⁸⁾

Dabei muss zwar von vornherein klar sein, dass ein Rückgriff auf die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze nur sinngemäß erfolgen kann. So ist es der Ausgangspunkt jeder Fremdvergleichsanalyse nach den OECD-VPG, dass die „actual transaction“ zu ermitteln ist.¹⁹⁾ Bei Fällen einer Wegzugsbesteuerung ist die zu bewertende Transaktion aber lediglich fiktiv, eine Transaktion (also die Veräußerung des Gesellschaftsanteils) findet nicht statt. Die „actual transaction“ ist bei einem vom Gesetz fingierten Vorgang nämlich keine Sachverhaltsfrage.²⁰⁾ Es geht dabei um eine Abgrenzung der Besteuerung zwischen zwei fiktiven Steuerpflichtigen, nämlich dem (noch) „inländischen“ Steuerpflichtigen und dem (dann) „ausländischen“ Steuerpflichtigen.²¹⁾ Konsequenterweise muss die Bewertung daher einen Zurechnungswechsel zwischen diesen beiden gedachten Steuerpflichtigen unterstellen, dh einen fiktiven Verkauf.

Genau dies entspricht auch der herrschenden Auffassung zu § 6 Z 6 EStG bzw § 27 Abs 6 EStG, die im dort enthaltenen Fremdvergleichswert einen absatzseitig zu ermittelnden (Einzelveräußerungs-)Preis sieht, wie er im Fall eines tatsächlichen Verkaufs erzielbar wäre.²²⁾ Im Ergebnis ist der Fremdvergleichswert des § 6 Z 6 EStG bzw § 27 Abs 6 EStG daher ein

¹¹⁾ Besteht mit dem Betriebsstättenstaat ein DBA mit Befreiungsmethode, wird das österreichische Besteuerungsrecht bereits vor dem Wegzug durch das DBA verdrängt.

¹²⁾ Siehe *Ehgartner* in Jakom EStG¹⁶ (2023) § 6 Rz 156; *Mechtler/Spies*, Die Entstrickungsbesteuerung im betrieblichen Bereich nach dem AbgÄG 2015, RdW 2016, 697; *Mechtler/Spies*, Der neue Entstrickungstatbestand im Ertragsteuerrecht nach dem AbgÄG 2015, StAW 2016, 135.

¹³⁾ Vgl *Mechtler/Spies*, Der neue Entstrickungstatbestand im Ertragsteuerrecht nach dem AbgÄG 2015, StAW 2016, 135, zur Anrechnungsverpflichtung aufgrund erstmaliger Anwendung der Anrechnungsmethode.

¹⁴⁾ Vgl *Mechtler/Spies*, Der neue Entstrickungstatbestand im Ertragsteuerrecht nach dem AbgÄG 2015, StAW 2016, 135; *Ehgartner* in Jakom EStG¹⁵ § 6 Rz 156.

¹⁵⁾ Siehe *Mechtler/Spies*, Der neue Entstrickungstatbestand im Ertragsteuerrecht nach dem AbgÄG 2015, StAW 2016, 135.

¹⁶⁾ Siehe dazu ua *Marschner* in Jakom EStG¹⁶ (2023) § 27 Rz 358ff.

¹⁷⁾ Siehe § 6 Z 6 EStG.

¹⁸⁾ Vgl *Staringer*, Bewertung und Exit Tax, in *Bertl et al* (Hrsg), Wertmaßstäbe (2019) 172 (183).

¹⁹⁾ Siehe OECD-VPG 2017 Rz 1.46.

²⁰⁾ Vgl *Staringer*, Bewertung und Exit Tax, in *Bertl et al* (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (183).

²¹⁾ Vgl *Staringer*, Bewertung und Exit Tax, in *Bertl et al* (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (183).

²²⁾ Vgl *Staringer*, Bewertung und Exit Tax, in *Bertl et al* (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (183); *Lechner*, Gewinnabgrenzungen im Internationalen Steuerrecht, in *Gassner/Lechner*, Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 209 (223).

fiktiver Verkaufswert.²³⁾ Daraus folgt, dass beim Wegzug von Einzelwirtschaftsgütern diese mit dem Einzelveräußerungspreis bzw Zerschlagungswert des überführten Vermögens zu bewerten sind.²⁴⁾ Wird jedoch wie im oben skizzierten Fall ein ganzer Betrieb bzw eine Beteiligung überführt, ist für diese Unternehmen eine Going-Concern-Bewertung anzustellen. Denn hier würde ein gedanklicher Käufer des Unternehmens bzw der Beteiligung durchaus den Wert eines lebenden Unternehmens ansetzen. Dennoch ist auch bei der Bewertung für die Wegzugsbesteuerung für ganze Betriebe oder Beteiligungen der Gedanke der fiktiven Veräußerung maßgeblich. Daher dürfen etwa Konzernsynergien, die sich aus der Einbindung des überführten Betriebs bzw der Beteiligung in einen Gesamtkonzern ergeben, nicht berücksichtigt werden. Es wird eben nicht der Gesamtkonzern fiktiv veräußert, sondern nur einzelne Teile davon. Umgekehrt dürfen auch Synergien oder ähnliche Vorteile, die auf Seiten des gedanklichen „Käufers“ im Zuzugsstaat bestehen, nicht in die Bewertung für die Wegzugsbesteuerung einfließen. Kein Käufer würde dem Verkäufer Synergien bezahlen, die erst in der Käufersphäre entstehen.²⁵⁾

Weiters ergibt sich aus den Prinzipien der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, dass der für die Wegzugsbesteuerung herangezogene Fremdvergleichswert kein abstrakter Wert sein kann. Das heißt, dass bei der Bestimmung des Fremdvergleichswerts die konkreten Verhältnisse des Verkäufers relevant sind.²⁶⁾ Nichts anderes kann bei der Wegzugsbesteuerung gelten, wo ein fiktiver „Verkäufer“ vorliegt. Bestehen für diesen zB Verfügungsbeschränkungen über das überführte Vermögen (wie zB Syndikatsverträge für Beteiligungen oder Belastungen des überführten Vermögens etc), dann sind diese auch bei der Wegzugsbesteuerung bewertungsrelevant. Es wird nämlich nicht der Verkauf durch irgendeinen „abstrakten“ Steuerpflichtigen fingiert, sondern ein Verkauf durch einen ganz konkreten Steuerpflichtigen.²⁷⁾ Daher können solche konkreten Bewertungsumstände bei der Wegzugsbesteuerung durchaus relevant sein.

3. Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse - naked-in/naked-out

Sowohl der in § 6 Z 6 EStG bzw § 27 Abs 6 EStG verwendete Fremdvergleichspreis als auch die betriebswirtschaftliche Bewertungspraxis berücksichtigt die persönlichen, individuellen Verhältnisse des Anteilinhabers.

§ 6 Z 6 EStG bzw § 27 Abs 6 EStG fingiert einen Veräußerungsvorgang durch den die Wegzugsbesteuerung auslösenden Steuerpflichtigen im Zeitpunkt des Grenzübertritts. Insofern entspricht der der Wegzugsbesteuerung zu unterwerfende fiktive Veräußerungserlös jenem Veräußerungserlös, den der individuelle Steuerpflichtige eine juristische Sekunde vor dem Grenzübertritt bei einem tatsächlichen Verkauf des betreffenden Wirtschaftsgutes erlösen hätte können. Dieser fiktive Veräußerungserlös kann daher kein abstrakter Wert sein, sondern sind bei der Veräußerungserlösermittlung nach den OECD-VP die konkreten Verhältnisse des Verkäufers hinsichtlich des konkreten Veräußerungs- bzw Wegzugsobjekts relevant. Ebenso relevant sind daher auch Verfügungsbeschränkungen, gesellschaftsrechtliche Bindungen und gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, die sich auf die Ermittlung des Veräußerungspreises positiv oder negativ auswirken. Ebenso sind die Stellung des jeweiligen Steuerpflichtigen in der Gesellschaft (Kapitalgesellschaft oder Mitunternehmerschaft) und dessen Bedeutung für diese insofern zu berücksichtigen, als die Folgen

der Veräußerung des Anteils auf den Fortbestand und die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft nach dem Austritt des jeweiligen Gesellschafters bei der Ermittlung des fiktiven Veräußerungserlöses berücksichtigt werden müssen.

Zieht man somit bei der Ermittlung des Fremdvergleichswerts (= fiktiver Veräußerungserlös) für die Wegzugsbesteuerung die Vergleichsfigur des Verkaufs des individuellen Gesellschaftsanteils noch in Österreich heran, kann dieser fiktive Veräußerungspreis nur jenem Betrag entsprechen, den der individuelle Steuerpflichtige erlösen hätte können bzw dürfen. Sieht daher der Gesellschaftsvertrag einerseits vor, dass Veräußerungen des Gesellschaftsanteils an fremde Dritte ausgeschlossen sind und der Austritt des Gesellschafters nur durch Abfindung seiner Anteile durch die anderen Gesellschafter bzw durch die Gesellschaft erfolgen kann, so ist dies bei der Ermittlung des Veräußerungserlöses zu berücksichtigen.

Ebenso ist mE zu berücksichtigen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Naked-in-/Naked-out-Klausel enthält. Dabei ist gesellschaftsvertraglich für den Austritt bzw Verkauf ein Anspruch auf Abfindung stiller Reserven oder eines Firmenwerts ausgeschlossen. Würde daher der Gesellschafter vor dem Wegzug aus der Gesellschaft (Kapitalgesellschaft oder Mitunternehmerschaft) ausscheiden, würde die gesellschaftsvertragliche Regelung zum Ausscheiden (naked-in/naked-out) zur Anwendung kommen und der Gesellschafter würde eine Abfindung erhalten, die maximal dem Nominale seines Gesellschaftsanteils bzw seines fixen Kapitalkontos entspricht. Jedenfalls wäre jedoch die Abgeltung stiller Reserven oder eines Firmenwerts ausgeschlossen.

Kommt es aber nicht zu einer tatsächlichen Veräußerung, sondern zum Wegzug durch Verlagerung des Mittelpunkts der Lebensinteressen ins Ausland kann, nachdem § 6 Z 6 EStG bzw § 27 Abs 6 EStG eine Veräußerung des konkreten Wirtschaftsgutes durch den individuellen Steuerpflichtigen unter Berücksichtigung etwaiger Veräußerungsbeschränkungen und gesellschaftsvertraglicher bzw gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen fingiert, nichts Anderes gelten.

D. Zusammenfassende Beurteilung des Wegzugs

Wie oben ausgeführt sind die der Wegzugsbesteuerung unterliegenden Wirtschaftsgüter mit den Werten anzusetzen, die für Lieferungen an vom Steuerpflichtigen unabhängige Betriebe anzusetzen wären. Die Bewertung hat somit mit dem Fremdvergleichswert (fiktiver Veräußerungserlös) zu erfolgen. Dieser fiktive Veräußerungserlös ist aber kein abstrakter Wert, sondern sind bei der Veräußerungserlösermittlung die konkreten Verhältnisse des Verkäufers hinsichtlich des konkreten Veräußerungs- bzw Wegzugsobjekts relevant. Insofern entspricht der der Wegzugsbesteuerung zu unterwerfende fiktive Veräuße-

²³⁾ Vgl Gassner, Bewertung von Einlagen, Entnahmen und verwandten Tatbeständen, in Gassner/Lechner, Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 187 (190); Staringer, Bewertung und Exit Tax, in Bertl et al (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (183f).

²⁴⁾ Siehe Staringer, Bewertung und Exit Tax, in Bertl et al (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (183f).

²⁵⁾ Siehe Staringer, Bewertung und Exit Tax, in Bertl et al (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (184).

²⁶⁾ Siehe Meyerle, Fremdüblicher Wert, in Stefaner/Schragl, SWK-Spezial Wegzugsbesteuerung (2016) 21 (21ff).

²⁷⁾ Siehe Staringer, Bewertung und Exit Tax, in Bertl et al (Hrsg), Wertmaßstäbe 172 (184).

rungserlös jenem Veräußerungserlös, den der individuelle Steuerpflichtige eine juristische Sekunde vor dem Grenzübertritt bei einem tatsächlichen Verkauf des betreffenden Wirtschaftsgutes unter Beachtung sämtlicher Verfügungsbeschränkungen, gesellschaftsrechtlichen Bindungen und gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen Erlösen könnte bzw. dürfte.

Bei einer unter naked-in/naked-out eingegangenen Unternehmensbeteiligung sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass bei Ausscheiden eines Gesellschafters diesem kein wie immer gearteter Abfindungs- und Abschichtungsanspruch zusteht. Vielfach enthalten das Prinzip von naked-in/naked-out umsetzende Gesellschaftsverträge auch Bestimmungen, wonach die Veräußerung, Übertragung, Abtretung, Verpfändung, Belastung, Delegation oder Substitution der Gesellschafteranteile und sämtlicher mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten an andere Gesellschafter oder Dritte in keinem Fall gestattet ist.

Es bestehen somit idR zwei wesentliche gesellschaftsvertragliche Verfügungsbeschränkungen hinsichtlich des Gesellschaftsanteils, die sich auf den Wert des Gesellschaftsanteils negativ auswirken. Zum einen ist die Veräußerung des Gesellschaftsanteils an einen Dritten generell ausgeschlossen, dh ein Gesellschafter kann seinen Austritt aus der Gesellschaft nur durch Kündigung und „Rückgabe des Gesellschaftsanteils“ an die Gesellschaft bzw. durch Veräußerung an die anderen bestehenden Gesellschafter erklären. Zum anderen steht dem Gesellschafter in diesem Fall kein Abfindungs- und Abschichtungsanspruch zu, sodass dem austretenden Gesellschafter kein Anspruch an den stillen Reserven und am Firmenwert der Gesellschaft zusteht.

Unter Beachtung des gesellschaftsvertraglichen Veräußerungsverbots und des gesellschaftsvertraglich vereinbarten

Ausschlusses von Abschichtungs- und/oder Abfindungsansprüchen ist daher davon auszugehen, dass eine Veräußerung des Gesellschaftsanteils an einen Dritten vor dem Wegzug nicht zulässig wäre und ein Austritt aus der Gesellschaft nur ohne Abgeltung etwaig bestehender stiller Reserven und Firmenwert erfolgen würde.

Nichts Anderes kann daher für den der Wegzugsbesteuerung zugrunde zu legenden fiktiven Veräußerungserlös des Gesellschaftsanteils gelten. Auch dieser kann nur unter Beachtung der gesellschaftsvertraglichen Bindungen und Beschränkungen ermittelt werden. Der der Wegzugsbesteuerung zugrunde zu legende Fremdvergleichswert (= fiktiver Veräußerungserlös) entspricht daher dem Stand des fixen Kapitalkontos bzw. der Kapitaleinlage des wegziehenden Gesellschafters und ein steuerpflichtiger „Wegzugsgewinn“ entsteht mangels realisierbarer stiller Reserven nicht.

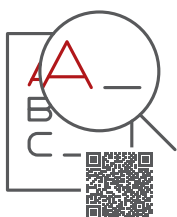
Schlussstrich

Beim Wegzug eines Gesellschafters, der seine Unternehmensbeteiligung mittels einer Naked-in-/Naked-out-Klausel eingegangen ist, ist diese Klausel bei der Bewertung des Gesellschaftsanteils für Zwecke der Wegzugsbesteuerung relevant. Dies führt dazu, dass die im Rahmen der Naked-in-/Naked-out-Klausel vereinbarten Verfügungsbeschränkungen zu beachten sind und somit der fiktive Veräußerungserlös mit dem gesellschaftsvertraglich vereinbarten Wert, der der Einlage bzw. den Anschaffungskosten der Beteiligung entspricht, anzusetzen ist. Der der Wegzugsbesteuerung zu unterwerfende „Wegzugsgewinn“ beträgt somit null.

Mit **RDB Keywords** gibt es keinen Zweifel mehr: Bei der

Billigkeitshaftung

wurde noch nie jemand wegen verboten
guter Preise verhaftet.



RDB Keywords

Juristische Begriffe schnell und unkompliziert erklärt.

rdb.at
MANZ