

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den seit 1. April 2022 zuständigen Richter Dr. Hans Blasina in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Berufungen (nunmehr Beschwerden, § 323 Abs 38 BAO) (1.) vom 15. Jänner 2013 gegen die Bescheide des FA Wien 9/18/19 Klosterneuburg (nunmehr Finanzamt Österreich, § 323b BAO) vom 20. Dezember 2012 betreffend Feststellung und Nichtfeststellung von Einkünften 2009-2010 und gegen die „Bescheide“ vom 19. Dezember 2012 betreffend Feststellung und Nichtfeststellung von Einkünften sowie (2.) vom 24. Juli 2013 gegen den Bescheid des FA Wien 9/18/19 Klosterneuburg (nunmehr Finanzamt Österreich, § 323b BAO) vom 20. Juni 2013 betreffend Feststellung und Nichtfeststellung von Einkünften 2011 und gegen den „Bescheid“ vom 27. Juni 2013 betreffend Feststellung von Einkünften 2011, Steuernummer ***BF1StNr1*** zu Recht erkannt:

I. zu Recht erkannt: Die angefochtenen Bescheide vom 20. Dezember 2012 sowie jener vom 20. Juni 2013 werden gemäß § 279 BAO abgeändert.

Die festgestellten Einkünfte, ihre Aufteilung auf die Mitunternehmer und die von diesem Erkenntnis erfassten Mitunternehmer sind den als Beilage angeschlossenen Blättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

II. beschlossen: Die Beschwerde gegen die „Bescheide“ vom 19.12.2012 und vom 27. Juni 2013 wird gemäß § 278 Abs 1 lit a iVm § 260 Abs 1 lit a BAO als nicht zulässig zurückgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf) ist eine KG, deren Komplementärin einen Kapitalmarktprospekt zur Finanzierung von Startups aufgelegt hat. Die Finanzierung ist dabei dergestalt, dass

Investoren mit der Kommanditistin der Bf Treuhandvereinbarungen abschließen und das so in die KG gelangte Kapital im Wege atypisch stiller Beteiligungen an Unternehmen zur Finanzierung weitergegeben wird. Im Gegenzug erhalten die Treuhänder anfänglich eine Verlustzuweisung, die bis zu 185 % ihrer Einlage ging.

Strittig ist im Verfahren inhaltlich, ob die Treuhänder ein hinreichendes Unternehmerwagnis tragen, um betriebliche Einkünfte zu erzielen und damit die vorgesehene Verlustzuweisung steuerlich anerkannt werden kann, ob diesfalls eine Verlustverwertungsbeschränkung nach § 2 Abs 2a EStG vorliegt und ob die Umgründungsschritte alle Formvorschriften erfüllen, um die Verlustzuweisung rückwirkend wirksam zu machen.

Für ihren Standpunkt der fehlenden Unternehmereigenschaft führt die **belangte Behörde** in der Bescheidbegründung des Feststellungsbescheides 2009, auf die in den Folgebescheiden verwiesen wird, aus:

Der einzelne Treugeber begeben sich mit Unterzeichnung des Treuhandvertrages jeglicher Unternehmerinitiative, weil er

- seine Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechte an den Treuhänder übertrage, der sie einheitlich für alle Treugeber ausübe,
- aufgrund der Geheimhaltungspflicht über die Treugeberdaten keine Möglichkeit der Vernetzung mit anderen Treugebern habe, um sich zur Einberufung einer Versammlung zu vernetzen und
- einen Wechsel des Treuhänders ohne Einflussmöglichkeiten zu dulden habe.

Insgesamt bestehe somit keine aktive Handlungsmöglichkeit des Treugebers. Auch sei eine einseitige Beendigung der Gesellschaft durch den Komplementär vorgesehen, wenn ein Mindestkapital von 500.000 Euro nicht aufgebracht werde.

Auch das Unternehmerrisiko sei deutlich herabgesetzt, weil durch die vorrangige Verlustzuweisung bereits eine Einkommensteuergutschrift beinahe in Höhe der geleisteten Einlage entstehe. Außerdem könnten Verluste, die im Zeitpunkt des rückwirkenden Beitritts nach Art IV UmgrStG bereits feststünden, nicht auf ein Unternehmerrisiko schließen lassen (Verweis auf VwGH 28.6.2012, 2009/15/0106). Weiters beschränke § 13 Z 1 und Z 5 des Treuhandvertrages mehrfach die Teilnahme an Firmenwert und stillen Reserven.

Zur Verlustverwertungsbeschränkung führt die belangte Behörde aus, es gebe den Grundtatbestand (Im-Vordergrund-Stehen steuerlicher Vorteile, was sich insbesondere in deren Bewerbung manifestiere) und den speziellen Regeltatbestand (allgemeines Angebot, Renditevergleich), die nebeneinander gelten. Die Kommanditisten erhielten einen Anteil von 185% ihrer Einlage unabhängig vom Beteiligungsverhältnis als Verlustzuweisung, und nach

deren Ausschöpfung erhalte die KG keine weiteren Verluste. In der Anlegerinformation werde auf die steuerlichen Vorteile der Beteiligung verwiesen, und nach der Lebenserfahrung sei es unwahrscheinlich, dass die mit dem Eingehen der Beteiligung „massiv verbundenen steuerlichen Vorteile“ nicht im Vordergrund stünden. Für die vorrangige überproportionale Verlustzuweisung gebe es keinen außersteuerlichen Grund, der Anreiz für ein Hochrisikoinvestment wie dieses bestehe primär in der Risikominimierung durch eine Steuergutschrift, ohne die das hohe Ausfallrisiko den potentiellen Veranlagungsintentionen entgegenstehen würde. Würde der steuerliche Vorteil nicht beworben und bestünde ein hohes außersteuerliches Risiko, wäre § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar. Ein hohes außersteuerliches Risiko bestehe, wenn der Unternehmensschwerpunkt in einer risikoreichen Branche (Wachstums-/Hochtechnologie, F&E) liege, die Gewinn-/Verlustzuweisung sich ausschließlich am Beteiligungsausmaß orientiere und betraglich nicht limitiert sei, der Abschichtungserlös sich ausschließlich am Verkehrswert orientiere und nicht auf eine von vornherein beabsichtigte zeitliche Begrenzung geschlossen werden könne (*Wiesner in Wiesner/Grabner/Wanke*, EStG¹⁴, § 2 Tz 16; *Doralt/Toifl in Doralt*, EStG¹⁴, § 2 Tz 176/9). Die Berechnung im Renditevergleich sei ohne nähere Detailprüfung mathematisch inkorrekt, und wegen des Kündigungsverzichtes wäre ein zehnjähriger Zeitraum zugrunde zu legen.

Die Umgründung betreffend führt die belangte Behörde zudem aus, der vorliegenden Meldung samt Beilagen sei die Erweiterung des Kommanditanteils der Bf nicht entnehmbar, die vorgelegten „Bilanzen“ wiesen die Werte von „Null“ auf. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Bilanzen sei aber aufgrund des Fehlens grundlegender Anwendungsvoraussetzungen nicht mehr nötig. Auf Personen, die mit einer Geldeinlage beitreten, sei die Rückwirkung nicht anwendbar.

Dem tritt die **Bf** mit folgenden Argumenten entgegen:

In der deutschen Rechtsprechung werde die Ansicht vertreten, dass die Beschränkung des einzelnen Treugebers durch Mehrheitsentscheidungen der Treugebergemeinschaft zulässig sei, um die Funktionsfähigkeit der Publikumsgesellschaft insgesamt sicherzustellen (BFH 21.4.1988, R 47/85, BStBl II 1989, 722, 725; 10.12.1992, BStBl II 1993, 538, 541). Der Treugeber sei einem direkt beteiligten Gesellschafter vergleichbar, weil auch dieser in der Gesellschafterversammlung Mehrheiten benötige, um bestimmte Entscheidungen durchzusetzen. Es sei auch nicht unmöglich für die Treugeber, sich auszutauschen, denn aus ihrer Treupflicht sei die Treuhänderin auch verpflichtet, Anträge auf Abhaltung einer Treugeberversammlung allen Treugebern zuzuleiten. Diesbezügliche Zweifel könnten jederzeit durch ein zivilrechtliches Gutachten ausgeräumt werden. Der Treugeber könne auch seinerseits das Treuhandverhältnis aufkündigen und mit Zustimmung des Komplementärs – dem hierbei kein Ermessensspielraum zukomme – seinen Anteil selbst verwalten. Auch

bestehe das unabdingbare Recht der außerordentlichen Kündigung der Treuhand. Die Beendigungsmöglichkeit bei Nichterreichen eines Mindestkapitals stelle eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Maßnahme dar.

Die Langfristigkeit der Verträge sei erforderlich, um die Investitionen zu sichern, denn ein vorzeitiger Abschichtungsanspruch hätte auch eine Auflösung der stillen Gesellschaften zur Folge und würde die finanzierten Unternehmungen massiv beeinträchtigen sowie die gesamte Investition gefährden. Auch spreche die Langfristigkeit an sich eher für als gegen eine unternehmerische Beteiligung.

Die von der belangten Behörde angeführte Verlustzuweisung von 185 % stimme nicht; da die Einlage auch andere Kosten der KG betreffe, sei auf den Anteil bezogen eine Verlustzuweisung von 168,99 % erfolgt. Die vorrangige Verlustzuweisung sei ein Maximalbetrag, ohne dessen Deckelung viel höhere Verluste zuzuweisen gewesen wären. Im Insolvenzfall komme es zudem zu einer Nachversteuerung des negativen Kapitalkontos. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass alle Kommanditisten dem 50%igen Grenzsteuersatz unterliegen, weil dies nicht zutreffe. Aus der Rechtsprechung lasse sich auch nicht ableiten, dass die Mitunternehmerstellung durch vom Beteiligungsverhältnis abweichende Verlustzuweisungen verlorengelasse (UFS 1.3.2013, RV/0284/K-12 als Folge des von der belangten Behörde zitierten VwGH 28.6.2012, 2009/15/0106; letztlich sei dort die Mitunternehmerstellung von Treugebern bejaht worden, ohne dass die Höhe der Verlustzuweisung von 150 % überhaupt releviert worden sei). Es gebe auch weitere Entscheidungen, welche die Unternehmerrisikopraxis nicht wegen überproportionaler Verlustzuweisungen verneint hätten (VwGH 27.2.2008, 2005/13/0050 zu 294 und 392 %; UFS RV/1754/W-03 zu 200 %).

Der mögliche Insolvenzfall von Unternehmen, an denen die Stillen Beteiligungen bestehen, führe zur Nachversteuerung und damit in Summe wieder zu einem Totalverlust des vom Kommanditisten eingesetzten Kapitals. Ebenso erhöhe ein Veräußerungsgewinn die Steuerbelastung des Kommanditisten.

VwGH 28.6.2012, 2009/15/0106, sage nicht aus, ein feststehender Verlust aus dem Rückwirkungszeitraum lasse es am Unternehmerrisiko mangeln, es sei daraus lediglich nichts für das Vorliegen von Unternehmerrisiko zu gewinnen (und damit genauso wenig dagegen).

Die belangte Behörde habe den Treugebern mangels Risikos keine Verluste zugewiesen, dafür aber der Treuhänderin, die auf das Treuhandgut bezogen überhaupt kein Risiko trage. Für diese Zurechnung gebe es keinen Grund.

Zu § 13 des Treuhandvertrages hält die Bf fest, dass grundsätzlich der Verkehrswert maßgeblich für ein Abschichtungsguthaben sei und nur in dem Fall, dass das Gesellschaftsverhältnis vor dem 31.12.2020 ende, ein Abschlag von 15 % vorzunehmen sei. Dass im Jahr der Abschichtung die Auszahlung auf 30 % des Cashflows beschränkt sei, bedeute

lediglich, dass darüber hinaus die Auszahlung erst später erfolge. Diese Bestimmungen seien angesichts der Rechtsprechung unbedenklich, denn weder die Vereinbarung einer Mindest- und Höchstabschichtung (90-150% der Einlage; VwGH 23.2.1994, 93/15/0163), noch der gänzliche Ausschluss eines Anspruches auf den Firmenwert und die stillen Reserven im Fall der Aufkündigung durch den Anleger (VwGH 29.4.1981, 3122/79) stehe der Mitunternehmerstellung entgegen.

Für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft genüge, dass entweder Mitunternehmerinitiative oder Mitunternehmerrisiko gegeben seien (*Kauba in Doralt*, EStG¹⁰, § 23 Rz 214; UFS 24.7.2008, RV/2269-W/09; VwGH 23.2.1994, 93/15/0163).

Der besondere Regelungsfall des § 2 Abs 2a EStG liege nicht vor, weil die Nachsteuerrendite nicht mehr als das Doppelte der Vorsteuerrendite betrage (vgl die Modellrechnungen in Beilage 2 zur Beschwerde). Es verbleibe der allgemeine Tatbestand des „Im-Vordergrund-Stehens“ steuerlicher Vorteile. Dieses Kriterium müsse für jeden Anleger individuell geprüft werden. Ein steuerlicher Vorteil könne nur dann im Vordergrund stehen, wenn er gegenüber anderen Motiven zum Eingehen der Beteiligung überwiege. Für Art und Ausmaß der Bewerbung gehen weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien Hinweise hervor. Aber auch hierfür müsse das Veröffentlichungsmaterial den Schwerpunkt auf die Darlegung des Steuervorteils haben (*Jakom/Laudacher*, EStG § 2 Rz 148). Die steuerlichen Vorteile müssten einen entscheidenden Kalkulationsfaktor bei Erstellung des Angebots darstellen (UFS 30.5.2007, RV/0510-G/05). Da es sich bei den Unternehmen, an denen stille Beteiligungen bestehen, um solche mit hohem Ertragspotential aber auch hohem Risiko des Totalausfalls handle, erscheine es absurd, bei einer Investition einen Steuervorteil im Vordergrund zu sehen, zumal der anfängliche Steuervorteil bei Insolvenz oder Abschichtung nachzuversteuern sei.

Mit dem Bewerben steuerlicher Vorteile beziehe sich die belangte Behörde auf die Anlegerinformation, die zehn Seiten umfasse. Der von der belangten Behörde zitierte Teil enthalte nur den folgenden Absatz: *„Der Anleger beteiligt sich über die Trehuandgesellschaft als atypischer stiller Gesellschafter und ist damit steuerlicher Mitunternehmer an den Portfoliounternehmen. Er kann seine Einlage steuerlich geltend machen. Damit reduziert sich das steuerliche Ergebnis. Der Vorteil: Die Beteiligung schmälert nicht in vollem Umfang das Portemonnaie des Anlegers. Wichtig: Das Verlustrisiko bleibt im Falle einer oder mehrerer Beteiligungsunternehmen erhalten.“* Aus diesem mitten im Prospekt enthaltenen Absatz könne nicht geschlossen werden, das Bewerben steuerlicher Vorteile stehe im Vordergrund.

Für die vorrangige Verlustzuweisung gebe es hinreichende außersteuerliche Gründe: Die höhere Verlustzuteilung zu Beginn diene dem Risikoausgleich, damit dann, wenn Gewinne anfielen nicht gleich in voller Höhe diese Gewinne entnehmbar seien und damit die Liquidität der Unternehmen nicht gefährdet werde.

Die gewählte Technik des Verkehrswertzusammenschlusses und alineaer Verlustzuweisung sei ebenso in der Verwaltungspraxis, Rechtsprechung und Literatur anerkannt wie der Buchwertzusammenschluss mit Vorbehaltsmethode, was nahezu zum selben wirtschaftlichen Ergebnis führe. Ist aber die Verteilung nur eine Folge der Zusammenschlusstechnik, müssten die steuerlichen Folgen auch gleich sein.

Beschränkungen in der Verlustverwertung seien im Übrigen im Feststellungsverfahren der atypisch Stillen zu behandeln, weil auf dieser Ebene die vorrangige Verlustzuweisung stattgefunden habe und nicht auf Ebene der KG.

Letztlich sei durch die Vielzahl unbestimmter Gesetzesbegriffe zweifelhaft, ob § 2 Abs 2a EStG das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG erfülle.

Zu Art 23 UmgrStG führt die Bf aus, im KG-Vertrag sei vorgesehen, dass eine Beteiligung treuhändig über die Treuhandkommanditistin durch Einlageleistung möglich sei. Der belangten Behörde seien der Gesellschaftsvertrag der KG, die Höhe der Gesamteinlage der Treugeberkommanditisten, eine Liste aller Treugeber samt deren Einlage, die Umgründungspläne, die atypisch stillen Gesellschaftsverträge und die Zusammenschlussbilanzen vorgelegt worden. Mehr Unterlagen gebe es nicht. Der Gesellschaftsvertrag der KG enthalte alle notwendigen steuerlichen Bestandteile eines Zusammenschlussvertrages, einer expliziten Bezeichnung als solcher bedürfe es nicht; dass es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang handle, sei klar erkennbar (vgl UmgrStR 2002 Rz 1302).

Die Bilanzen weisen deshalb zum 30.9.2009 einen Wert von „Null“ auf, weil das Wirtschaftsgut erst eine logische Sekunde nach dem Zusammenschlussstichtag übergehe. Selbst, wenn die Bilanz falsch sei, führe das lediglich zum Bedarf, diese zu berichtigen, wozu sich die belangte Behörde aber nicht geäußert habe. Auch eine Aufforderung, fehlende Unterlagen nachzubringen (vgl UmgrStR 2002 Rz 791, 1339a) sei nicht ergangen. Die Dokumentationsvorschriften seien kein Selbstzweck, sondern dienten dazu, nachvollziehen zu können, welche steuerlichen Ergebnisse den jeweiligen Vertragsparteien bis zum Zusammenschlussstichtag zuzurechnen seien und wie die Verhältnisse danach seien. Das gehe aus den übermittelten Unterlagen alles eindeutig hervor.

Weiters finden sich Ausführungen dazu, dass keine auf § 295 BAO gestützten Bescheide ergehen hätten dürfen, weil die erstmalig erlassenen Grundlagenbescheide, auf die das Finanzamt die Änderungen stützt, zu keinen Änderungen geführt hätten. Darüber hinaus sei die Möglichkeit, den abgeleiteten Bescheid zu ändern, auf die Anpassung an die Grundlagenbescheide beschränkt (*Ellinger/Iro/Kramer/Sutter/Urtz*, BAO, § 295 Rz 13).

Es werde auch angemerkt, dass die alleinige Zurechnung zum Treuhänder, wie von der belangten Behörde vorgenommen, unzutreffend sei.

Formal strittig ist, ob automationsunterstützt aus technischer Notwendigkeit „intern“ erstellte „Bescheide“, die der steuerliche Vertreter der Bf in FinanzOnline aufgefunden hat, die Qualität von Bescheiden haben.

Sämtliche Berufungen wurden ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung (§ 276 BAO idF BGBl I 2009/20) dem UFS vorgelegt und gelten nunmehr vor dem BFG gemäß § 323 Abs 38 BAO als Beschwerden weiter.

Vor dem BFG wurde weiters die Frage releviert, inwieweit den Vorschriften des § 13 Abs 2 iVm § 24 Abs 1 Z 1 UmgrStG mit den Umgründungsschritten des Jahres 2009 entsprochen worden ist.

Diesbezüglich führt die belangte Behörde aus, der jeweils Übertragende müsse sowohl am Zusammenschlussstichtag als auch zum Zeitpunkt des Abschlusses des Zusammenschlussvertrages (zumindest wirtschaftlicher) Eigentümer des zu übertragenden Vermögens sein, wobei nicht zwischen begünstigtem und nicht begünstigtem Vermögen unterschieden werde (Verweis auf *Hübner-Schwarzinger/Six in Kofler* (Hg), UmgrStG¹¹ (2022), § 23 Rz 53 mit Verweis auf den Grundsatz der Stabilität der Vermögenszurechnung; UmgrStR 2002 Rz 1344; *Hofer/Kapferer in Bertl et.al.*, Steuerlehre: Handbuch III³ 248 f; *Hirschler/Sulz/Knesl in Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹⁷, § 23 Rz 22; *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹³ (2021) Rz 600; UFS 27.1.2012, RV/3543-W/08; 7.2.2012, RV/2580-W/08). Bei Einbringungen, Zusammenschlüssen, Realteilungen und Steuerspaltungen müsse die übertragende Gesellschaft zum Umgründungstichtag bereits existiert haben (*Hügel in Hügel/Mühlener/Hirschler* (Hg), Umgründungssteuergesetz (1999) § 39 Rz 46).

Nur dann, wenn wirtschaftliches Eigentum durch eine ertragsteuerlich zulässige rückwirkende Vermögensübertragung erfolge und damit eine zeitliche Doppelzurechnung desselben Vermögens ausgeschlossen sei, könne die Vermögensübertragung bereits vor der faktischen Existenz des Übertragenden stattfinden. Dies sei nicht gegeben, weil die KG erst mit Gesellschaftsvertrag vom 4.11.2009 gegründet worden sei (Firmenbucheintragung 10.11.2009), am Zusammenschlussstichtag 30.9.2009 noch nicht existent war und ihr Vermögen zu diesem Stichtag noch nicht zugerechnet werden konnte.

Weiters sei § 13 Abs 2 UmgrStG so zu verstehen, dass auch bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften eine Änderung der Gesellschafterstruktur zwischen Zusammenschlussstichtag und Vertragsabschlusstag für die Anwendung des Art IV UmgrStG schädlich sei. Gemäß des Grundsatzes der Stabilität der Vermögenszurechnung dürfe nämlich als Ausfluss der Bilanzbündeltheorie in diesem Zeitraum bei keinem Beteiligten eine Änderung der Vermögenszurechnung eintreten (*Hirschler/Sulz/Knesl in Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹⁷, § 24 Rz 36). Im Rückwirkungszeitraum seien 167

Treugeberkommanditisten beigetreten, wodurch ein Zusammenschluss scheitere. Nur dann, wenn die KG selbst durch Umgründung steuerlich rückwirkend zum 30.9.2009 hätte errichtet werden können, wäre ihr zu diesem Stichtag Vermögen zurechenbar. Mangels am Zusammenschlussstichtag existierender Mitunternehmerschaft auf Ebene der KG scheitere auch deren Erweiterung auf den besagten Stichtag.

Demgegenüber führt die Bf aus, den GmbHs, an denen sie sich beteiligt habe, sei das Vermögen (der jeweilige Betrieb) am Zusammenschlussstichtag zweifelsfrei zuzurechnen gewesen. Die Einschränkung der Übertragbarkeit beziehe sich auf begünstigtes Vermögen, also den Fall, dass man sich an einer Mitunternehmerschaft beteilige: Bezogen auf diese Mitunternehmerschaft dürfe sich das Vermögen und die Gesellschafterstruktur im Rückwirkungszeitraum nicht geändert haben (UmgrStR 2002 Rz 1344; *Kofler*, UmgrStG¹¹, § 23 Rz 56 unter Hinweis auf *Hofer/Kapferer* in HBStL III³ 254 f).

Die Gründung im Rückwirkungszeitraum sei jedenfalls unschädlich (*Kofler*, UmgrStG¹¹, § 23 Rz 56).

Bargeld müsse am Zusammenschlussstichtag noch nicht dem leistenden Treugeber zurechenbar sein (UmgrStR 2002 Rz 1344; *Kofler*, UmgrStG¹¹, § 23 Rz 53). Nicht begünstigtes Vermögen müsse nur im Rückwirkungszeitraum tatsächlich übertragen werden (UmgrStR 2002 Rz 1373). Darüber hinaus wäre unzweifelhaft eine Beteiligung jedes einzelnen Treugebers als stiller Gesellschafter an den Zielgesellschaften unter Anwendung des Art IV UmgrStG rückwirkend möglich gewesen; daran könne sich durch die Zwischenschaltung der KG nichts ändern.

Die belangte Behörde verkenne den Sachverhalt, denn in der „ersten Umgründung“ sei lediglich von den GmbHs begünstigtes Vermögen in die Stillen Gesellschaften übertragen worden. Die Übertragende in den ersten Zusammenschlüssen sei eindeutig nicht die KG gewesen, deren Vermögen somit auf dieser Ebene nicht zu prüfen gewesen sei.

Die „ersten Umgründungen“ bzw die davon betroffenen Jahre betreffend gebe es rechtskräftige Feststellungsbescheide gemäß § 188 BAO, an die im gegenständlichen abgeleiteten Verfahren Bindungswirkung bestehe.

Vor Ergehen der Entscheidung wurden die Parteien aufgefordert, die Aktualität der Daten der Kommanditisten und die Richtigkeit der Tangentenzuweisungen zu überprüfen; dies auch deshalb, weil sich mit Erkenntnissen des BFG vom 29.9.2023, RV/1100437, RV/1100440/2013 (vormals vom 17.7.2023, RV/1100438/2013 aber wegen Adressfehlers nicht wirksam geworden) betreffend eine der atypisch stillen Beteiligungen Werte geändert haben.

Im Zuge dessen wird von der Bf vorgebracht, die belangte Behörde habe Ausgaben, die bei der *S4* AG & atypisch Stille sowie bei der *S3* AG & atypisch Stille nicht als Sonderbetriebsausgaben anerkannt worden seien, nicht als Betriebsausgaben der Bf berücksichtigt. Dem gegenüber führt die belangte Behörde aus, diese Ausgaben seien bisher nicht Verfahrensgegenstand der Bf gewesen, und es sei nicht bekannt, wie sich dieser zusätzliche Aufwand (vormals Sonderbetriebsausgaben auf Ebene der atypisch stillen Gesellschaften) zusammensetze. Darauf wendet die Bf ein, die Betriebsausgabeneigenschaft auf Ebene der Bf sei im Erkenntnis des BFG vom 17.7.2023, RV/1100438/2013, zur *S4* AG eindeutig festgehalten. Weitere Berechnungsdifferenzen zwischen den Ansätzen von Bf und belangter Behörde ließen sich aus der Mehr-Weniger-Rechnung aufklären.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

1.1. Allgemeines

Die Bf ist eine Kommanditgesellschaft, die sich an vier Kapitalgesellschaften mit Risikokapital als atypisch stille Gesellschafterin beteiligt hat. Gesellschafter der Bf sind die *Kpl* GmbH als Komplementärin und eine Vielzahl von Personen (167) als Kommanditisten, wobei im Firmenbuch nur die *TH-Kdt* GmbH als Kommanditistin aufscheint („Treuhandkommanditistin“), die neben ihrem eigenen Kommanditanteil für sämtliche Kommanditisten („Treugeber“) die Anteile treuhändig verwaltet. Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit errichtet, aber frühestens nach zehn Jahren kündbar.

Die atypisch stillen Gesellschaftsverträge sind allesamt derart ausgestaltet, dass die Bf als stille Gesellschafterin am Gewinn und Verlust sowie im Abschichtungsfall am gesamten Unternehmenswert einschließlich Firmenwert und stiller Reserven beteiligt ist, wobei der Unternehmenswert in allen Fällen des Ausscheidens als Ertragswert nach dem DCF-Verfahren ermittelt wird. Die Verlustzuweisung erfolgt vorrangig an die Stille, ist aber mit 185 % der Einlage der Stillen begrenzt. Bei Ausscheiden ist die Stille nicht verpflichtet, ein negatives Kapitalkonto aufzufüllen. Kontrollrechte stehen der Stillen (also der Bf) wie einem Kommanditisten zu. Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit errichtet, aber frühestens nach sechs bis acht Jahren (Details sogleich) kündbar.

Mit folgenden Unternehmen wurden von der Bf atypisch stille Gesellschaften eingegangen:

- *S1* AG, Vertrag vom 25.6.2010, kündbar ab 31.12.2017 (7,5 Jahre), Entwicklung Metabolomik-basierter Produkte;

- *S2* GmbH, Vertrag vom 22.6.2010, kündbar ab 30.6.2018 (8 Jahre), Entwicklung zur Abrechnung von Mobility-Services;
- *S3* AG Vertrag 29.6.2010, kündbar ab 1.7.2017 (7 Jahre), biopharmazeutisches Unternehmen, das eine neue Klasse von Antibiotika entwickelt;
- *S4* AG, Vertrag vom 25.6.2010, kündbar ab 30.6.2016 (6 Jahre), Entwicklung drahtloser Sensornetzwerke. Bei der Gesellschaft hat eine Außenprüfung stattgefunden. Im Zuge dessen wurden Feststellungsbescheide über die atypisch stille Beteiligung der Bf an der *S4* AG abgeändert. Die für das Jahr 2009 mit Bescheid vom 9.12.2010 festgesetzte Tangente von -1.530.464,40 Euro wurde mit Bescheid vom 29.11.2012 auf -1.387.500 Euro geändert. Für das Jahr 2010 wurde von einer erklärten Tangente im Ausmaß von -7.942,46 Euro im Bescheid vom 11.12.2012 abgewichen und diese mit 0 Euro festgesetzt. Entsprechend wurden die Feststellungsbescheide der Bf für das Jahr 2009 vom 24.8.2010 und für das Jahr 2010 vom 24.4.2012 mit den hier angefochtenen Bescheiden gemäß § 295 BAO angepasst.

Das Verhältnis zwischen der Bf und ihren Kommanditisten ist durch den Gesellschaftsvertrag der KG und den Treuhandvertrag geregelt, die aufeinander verweisen und damit eine Einheit bilden. Der Beitritt zur KG erfolgt mit Abgabe eines Zeichnungsscheines des Treugebers und nach Abschluss des Treuhandvertrages mit der Treuhandkommanditistin sowie Leistung der Einlage. Der Beitritt der Kommanditisten erfolgt im Wege des Zusammenschlusses (Art IV UmgrStG). Die Kommanditisten nehmen am Gewinn und Verlust der Gesellschaft uneingeschränkt teil, der Komplementär ist bloßer Arbeitsgesellschafter, erhält eine Geschäftsführungsvergütung, hat aber keinen Anspruch auf Vermögen und Ergebnis. Bei Ausscheiden eines Kommanditisten steht ihm die Abfindung des Verkehrswertes seines Anteils (ermittelt nach den Grundsätzen der Unternehmensbewertung) zu; ein negatives Kapitalkonto haben sie nicht aufzufüllen. Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit geschlossen, doch besteht seitens der Komplementärin das Recht, bei Nichtaufbringen von 500.000 Euro Mindestkapital bis 30.6.2010 die Gesellschaft zu beenden. Bis zum 31.12.2020 besteht ein Kündungsverzicht, bei Austritt vor diesem Datum ist ein Abschlag von 15 % von der Abfindung hinzunehmen. Die Rechte der Kommanditisten übt die Treuhandkommanditistin in deren Interesse aus, insbesondere die Kontrollrechte sowie das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung. Über Art und Ausmaß der Ausübung der Kontrollrechte, die die Treuhandkommanditistin im Interesse der Treugeber ausübt, entscheidet sie grundsätzlich selbst und hat darüber den Treugebern zu berichten. Der einzelne Treugeber kann die Treuhänderin aber auf seinen Anteil bezogen zu einem von ihrer eigenen Intention abweichenden Stimmverhalten anweisen (gespaltenes Stimmrecht). 25 % der Treugeber können jedoch die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung verlangen. Ebenso kann ein Viertel der Treugeber eine Treugeberversammlung verlangen, die von der Treuhandkommanditistin sodann einzuberufen ist. Mit Mehrheit von über 51% kann die Treugeberversammlung von der Treuhandkommanditistin ein bestimmtes Verhalten

verlangen, mit einfacher Mehrheit wird die Treuhandkommanditistin dazu verhalten, Maßnahmen der außerordentlichen Geschäftsführung abzulehnen.

1.2. Umgründungsschritte

Die Bf wurde mit Vertrag zwischen der *Kpl* GmbH als einziger Komplementärin und der *TH-Kdt* GmbH als einziger Kommanditistin vom 4.11.2009 gegründet und am 10.11.2009 ins Firmenbuch eingetragen.

Im ersten Halbjahr 2010 haben zahlreiche Personen Zeichnungsscheine unterschrieben, um der KG als weitere Kommanditisten beizutreten. Das Beitrittsprozedere gestaltete sich derart, dass der Zeichnungsschein und der Treuhandvertrag mit der *TH-Kdt* GmbH zu unterschreiben waren und nach Annahme durch die Treuhänderin die Einlage an sie zu leisten war (§ 4 Z 2 des Gesellschaftsvertrages; § 4 Z 1 des Treuhandvertrages).

Der tatsächliche (zivilrechtliche) Beitritt erfolgt zu dem Zeitpunkt, in dem die Treuhänderin den Treuhandvertrag annimmt, denn gemäß § 3 Z 2 des Treuhandvertrages wird mit dessen Wirksamwerden der Treugeber an der KG nach Maßgabe des Treuhand- und des Gesellschaftsvertrages beteiligt. Steuerrechtlich soll der Tag des Beitrittes dadurch bestimmt werden, dass die Treuhänderin für alle Treugeber (ermächtigt durch § 4 Z 4 des Gesellschaftsvertrages) einen Umgründungsplan erstellt und einen Zusammenschlussstichtag festlegt. Aufgrund der Umgründungspläne ist steuerlich der 30.9.2009 als Zusammenschlussstichtag maßgeblich.

Die KG ist folgende atypisch stille Beteiligungen eingegangen: mit der *S1* AG (gegründet 2003, Zusammenschlussvertrag vom 25.6.2010, Umgründungsplan vom 20.5.2010), mit der *S4* AG (gegründet 1999, Zusammenschlussvertrag vom 25.6.2010, Umgründungsplan vom 18.5.2010), mit der *S2* GmbH (gegründet 2007, Zusammenschlussvertrag vom 22.6.2010, Umgründungsplan vom 26.3.2010), mit der *S3* AG (gegründet 2005, Zusammenschlussvertrag vom 29.6.2010, Umgründungsplan vom 31.5.2010). Die Zusammenschlüsse erfolgten laut Umgründungsplan jeweils zum 30.9.2009, die Einlage war jeweils bis zum 30.6.2010 (einlangend bei den Geschäftsherren) zu leisten. Die Umgründungspläne sind von den jeweiligen Geschäftsherren, der *Kpl* GmbH und der *TH-Kdt* GmbH unterschrieben.

Gemeinsam mit dem jeweiligen Zusammenschlussvertrag wurde mit jeder der vier Gesellschaften ein Umgründungsplan errichtet, und zwar jeweils von der Geschäftsherrin, der Komplementärin und der Treuhandkommanditistin. Diese drei Gesellschaften haben den Umgründungsplan auch jeweils unterschrieben. Gleichlautend werden in all diesen Umgründungsplänen die Zusammenschlüsse zwischen der jeweiligen Geschäftsherrin und der ***Bf1*** zu atypisch stillen Gesellschaften als „erste Umgründung“ bezeichnet, die rückwirkend zum 30.9.2009 stattfindet.

Als „zweite Umgründung“ wird jeweils der „Zusammenschluss gemäß Artikel IV UmgrStG von *TH-Kdt* GmbH zur ***Bf1***“ bezeichnet, der auch auf den 30.9.2009 rückwirkend stattfinden soll. Nach der Erklärung, dass erst der erste Zusammenschluss der Bf Betrieblichkeit und damit das Zusammenschlusserfordernis vermittelt findet sich noch der Satz: *„Die *TH-Kdt* GmbH ist neben einer eigenen Einlage auch als Treuhänder für Treugeber tätig. Ein entsprechender Treuhandvertrag wurde abgeschlossen.“*

Unter „Rechtsfolge“ wird in den Umgründungsplänen darauf verwiesen, dass die beiden Zusammenschlüsse denselben Mitunternehmeranteil zum selben Stichtag betreffen und deshalb ein Umgründungsplan nach § 39 UmgrStG aufgestellt wird. *„Auf diesen Umgründungsplan wird sowohl im ergänzten Gesellschaftsvertrag der ***Bf1*** als auch im atypisch stillen Gesellschaftsvertrag der [Geschäftsherrin] Bezug genommen.“*

Für die rechtliche Würdigung insbesondere des zweiten Umgründungsschrittes sind folgende Passagen für den entscheidungsrelevanten Sachverhalt wesentlich:

- Der Zeichnungsschein sieht vor, dass *„der Gesellschaftsvertrag der Bf und der Treuhandvertrag Bestandteil dieser Beteiligung“* sind. Außerdem bestätigt der Zeichner, dass seine Beteiligung ausschließlich aufgrund des Kapitalmarktprospektes erfolgt.
- Im Kapitalmarktprospekt findet sich zur Umgründung unter Punkt 2.5 „Art der Veranlagung“ nach Bezeichnung der Rechtsform (geschlossene Veranlagungsform als KG) der Passus: *„Die Begründung der Beteiligung der Treuhänderin an der Gesellschaft auf Rechnung der Treugeber erfolgt zum Zusammenschlussstichtag auf der Grundlage der Zusammenschlussbilanz zu diesem Stichtag.“*
- Der Gesellschaftsvertrag der KG enthält zur Umgründung unter § 4 „Erbringung der Kapitaleinlagen“ in Z 4 die folgende Bestimmung: *„Die von der Treuhandkommanditistin für Treugeber vorzunehmenden Kapitalerhöhungen an der Gesellschaft müssen nicht für jeden Treugeber einzeln vorgenommen werden, sondern können zusammengefasst zu entsprechenden Zeitpunkten und auch zu unterschiedlichen Stichtagen durchgeführt werden. Diese Beteiligungen der Treugeber werden nach Möglichkeit steuerrechtlich im Wege eines Zusammenschlusses gemäß Art IV Umgründungssteuergesetzes durchgeführt. Die Treuhandkommanditistin ist berechtigt, den jeweiligen Zusammenschlussstichtag unter Beachtung der Bestimmungen des Umgründungssteuergesetzes und eines zu erstellenden Umgründungsplans mit Wirkung für die Treugeber festzulegen, auch zu einem Stichtag vor der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch, sofern die Beteiligungen mit steuerlicher Rückwirkung auf einen Stichtag vor dem Tag der Firmenbucheintragung der Gesellschaft erworben werden bzw. wurden. Die Begründung der Beteiligung der Treuhandkommanditistin an der Gesellschaft auf Rechnung der Treugeber und/oder deren Erhöhung erfolgt auf den entsprechenden Zusammenschlussstichtag auf der Grundlage der Zusammenschlussbilanz zum entsprechenden Stichtag und des zu erstellenden*

Umgründungsplans unter Inanspruchnahme der steuerrechtlichen Begünstigungen des Umgründungssteuergesetzes.“

- Der Treuhandvertrag enthält keine Bestimmungen zu Umgründungen. Die in früheren Treuhandverträgen (zB RV/7101922/2013, *Kpl*, § 5 Z 3) enthaltene ausdrückliche Ermächtigung der Treuhänderin, hinsichtlich der Gesellschaft oder des Vermögens der Gesellschaft Umgründungsmaßnahmen jeglicher Art durchzuführen, fehlt in diesem Treuhandvertrag.

Mit Meldung vom 30.6.2010 wurden die Zusammenschlüsse durch die KG dem Finanzamt gemeldet (dort eingelangt am 30.6.2010) und folgende Unterlagen übermittelt:

- eine Liste der Treugeber (Name, StNr, SV-Nr bzw FB-Nr, Höhe der Einlage);
- der Gesellschaftsvertrag der Bf;
- Ergänzungen zum Gesellschaftsvertrag (ausdrückliche Bezugnahme auf die Umgründungspläne);
- eine Zusammenschlussbilanz der „***Bf1*** & atypisch Stille“ mit Werten von Null;
- Umgründungspläne aus den Zusammenschlüssen zu atypisch stillen Gesellschaften;
- Zusammenschlussverträge betreffend die atypisch stillen Gesellschaften;
- Zusammenschlussbilanzen betreffend die atypisch stillen Gesellschaften.

1.3. **Verfahrensrechtlich relevante Komponenten**

Am 19.12.2012 fertigte die Behörde elektronisch interne Dokumente an, die technisch nötig waren, um am 20.12.2012 neue Sachbescheide erlassen zu können. Sie enthielten grundsätzlich die Merkmale eines Bescheides, waren aber nur an die Behörde selbst adressiert und wurden nicht schriftlich ausgefertigt, sondern lediglich vom steuerlichen Vertreter der Bf in FinanzOnline im Steuerakt gefunden. Der Wille der Behörde war auf die Verarbeitung der für die am 20.12.2012 erlassenen Bescheide erforderlichen Daten gerichtet, nicht aber darauf, Bescheide zu erlassen.

Die angefochtenen Bescheide für 2009 und 2010 vom 20.12.2012 ergingen nach ursprünglich antragsgemäßen Veranlagungen für die Jahre 2009 (Bescheid vom 28.2.2011) und 2010 (Bescheid vom 24.4.2012) gestützt auf § 295 BAO, weil sich Tangenten für die stillen Beteiligungen geändert haben. Namentlich wurde die bescheidmäßige Feststellung zur *S2* GmbH (2009) bzw zur *S1* AG (2010) zur Begründung der Änderung herangezogen.

Am 20.6.2013 erließ die belangte Behörde einen Feststellungsbescheid über das Jahr 2011, in dem sie die Einkünfte festsetzte, zur Gänze der Treuhandkommanditistin zurechnete und im Übrigen aussprach, dass die weiteren Kommanditisten keine Mitunternehmer seien und daher nicht an der Einkünftefeststellung teilnehmen. Begründend verwies sie auf den Feststellungsbescheid 2009. Der Bescheid vom 20.6.2013 erging in Papierform und wurde der

Bf am 25.6.2013 zugestellt. Am 27.6.2013 erließ die belangte Behörde ein als Feststellungsbescheid über das Jahr 2011 tituliertes Dokument, in dem sie die Einkünfte festsetzte, zur Gänze der Treuhandkommanditistin zurechnete und allen übrigen Gesellschaftern eine Tangente von Null zuwies. Dieser „Bescheid“ enthielt keine Begründung und wurde über FinanzOnline in die Databox der Bf zugestellt. Er ist wie die elektronischen internen Dokumente vom 19.12.2012 an die Behörde selbst adressiert. Damit fehlt auch hier der Wille, einen Bescheid zu erlassen, und der elektronische Vorgang dient nur dazu, die bescheidmäßigen Festsetzungen vom 20.6.2013 bei den einzelnen Gesellschaftern elektronisch verarbeiten zu können (zB in den abgeleiteten Bescheiden der Gesellschafter).

In sämtlichen Beteiligungsmodellen wurde bei der Bf entstandener Aufwand für die „Modellentwicklung“ anteilig den stillen Gesellschaften als Sonderbetriebsausgaben überwält. Während dies bei zwei stillen Gesellschaften unbeanstandet blieb und im jeweiligen Feststellungsbescheid antragsgemäß abgesprochen wurde, unterblieb die Anerkennung bei der *S3* AG und Mitgesellschafter sowie bei der *S4* AG & atypisch Stille. Bei letzterer war dies Ausfluss einer Außenprüfung, die diesbezüglich festhielt: *„Die einzelnen Aufwendungen für die Modellentwicklung sind daher im Betrieb der steuerlichen Mitunternehmerschaft ***Bf1*** als Betriebsausgabe zu berücksichtigen und nicht anteilig bei den einzelnen Zielgesellschaften, an denen sich ***Bf1*** als atypisch stille Gesellschafterin beteiligt.“* Nur in dem Ausmaß, in dem derartiger Aufwand nicht bereits bei den atypisch Stillen im Grundlagenbescheid erfasst war, begehrt nun die Bf, diesen als Betriebsausgabe der Bf anzuerkennen.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus den Gesellschaftsverträgen der atypisch stillen Gesellschaften und der Bf sowie aus den Treuhandverträgen zwischen den Treugeber-Kommanditisten und der Treuhänderin, weiters aus den vorgelegten bzw in FinanzOnline eingesehenen Bescheiden.

Dass es sich um Risikokapital handelt, also in Gesellschaften mit hohem außersteuerlichem Risiko investiert wird, ergibt sich aus dem Geschäftszweck der Geschäftsherrn der stillen Gesellschaften, deren Schwerpunkt in der Forschung, Entwicklung, Wachstums- und Hochtechnologie liegt.

Dass die „zweite Umgründung“ sich auf den Beitritt der Treugeber zur bestehenden KG bezieht, ergibt sich aus den vorgelegten Verträgen:

- Der Zeichnungsschein bezieht sich auf den Kapitalmarktprospekt und macht Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag zur Vertragsgrundlage.
- Laut Kapitalmarktprospekt erfolgt der Beitritt der Treugeber im Wege des Zusammenschlusses.
- Gemäß § 4 Z 4 des Gesellschaftsvertrages soll der Beitritt der Treugeber im Wege des Zusammenschlusses erfolgen, und die Treuhänderin wird ermächtigt, in Abhängigkeit

der zu schließenden atypisch stillen Beteiligungen den Zusammenschlussstichtag für alle Treugeber festzusetzen.

- Sämtliche Umgründungspläne führen an, dass die Treuhänderin Einlagen für Treugeber tätigt.
- Der Meldung an das Finanzamt ist die Liste der Treugeber beigegeben.

Dass in den Umgründungsplänen iZm der zweiten Umgründung die Rede ist vom Zusammenschluss der *TH-Kdt* GmbH zur ***Bf1***, kann vor dem Hintergrund der erwähnten Urkunden nur so verstanden werden, dass im zweiten Zusammenschluss die Treugeber beitreten. Die Treuhänderin selbst ist schon Gründungsgesellschafterin, ihr Zusammenschluss zur Bf wäre daher gar nicht möglich. Da auch die Erweiterung einer bestehenden Personengesellschaft den Zusammenschluss zu einer neuen Mitunternehmerschaft bedeutet (siehe dazu unten), ist die Bezeichnung als Zusammenschluss der Treuhänderin zutreffend, denn sie verkörpert im Rahmen der zweiten Umgründung die Anteile der von ihr vertretenen Treugeber.

Da die Treuhänderin selbst nicht mehr beitreten kann, ergibt sich somit klar, dass der sie betreffende zweite Zusammenschluss die Treugeber bezeichnet. Sie werden im Umgründungsplan erwähnt, und die Liste der Treugeber wird mit den Umgründungsplänen dem Finanzamt gegenüber offengelegt. Dass die in früheren Treuhandverträgen enthaltene allgemeine Ermächtigung der Treugeberin, Umgründungsschritte vorzunehmen, im gegenständlichen Treuhandvertrag fehlt, ist angesichts der eindeutigen konkreten Bestimmungen in den übrigen Urkunden für die Umgründungen im Zuge der Gesellschafterbeitritte nicht relevant.

Nach diesen Ausführungen ist auch klar, dass diesem zweiten Umgründungsschritt die Zusammenschlussbilanz der „***Bf1*** & atypisch Stille“ mit Werten von Null zuzurechnen ist und das Vermögen der übertragenden Gesellschaft abbildet.

Zu den „Bescheiden“ vom 19.12.2012 und 27.6.2013

Dass es sich bei den Vorgängen vom 19.12.2012 und 27.6.2013 nicht um Bescheide gehandelt hat, ergibt sich aus dem eindeutigen Willen der belangten Behörde, der schon darin zum Ausdruck kommt, dass die technische Verarbeitung nur an das Finanzamt selbst adressiert ist und weiters aus dem diesbezüglichen Parteienkonsens (die Bf trägt schließlich vor, die Ansicht der belangten Behörde zu teilen, aber aus prozessualer Vorsicht auch gegen die „Bescheide“ vom 19.12.2012 Beschwerde zu erheben – dies ist auf den gleichgelagerten Fall vom 27.6.2013 übertragbar).

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

3.1.1. Zum Vorliegen gewerblicher Einkünfte

Gemäß § 23 Z 2 EStG sind Gewinnanteile von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

In ständiger Rechtsprechung (vgl zuletzt VwGH 19.10.2016, Ra 2015/15/0046 mwN) hat der Verwaltungsgerichtshof zum Begriff des Mitunternehmers festgehalten: Er ist ein besonderer steuerrechtlicher Begriff, der im Gesetz nicht definiert ist und über dessen Vorliegen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden ist. Die Entscheidung, ob eine Mitunternehmerschaft vorliegt, ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu treffen. Die Mitunternehmerschaft erfordert das Entwickeln einer Unternehmerinitiative sowie die Übernahme eines Unternehmerrisikos. Indizien mit unterschiedlichem Gewicht für die Annahme einer Mitunternehmerschaft sind insbesondere die Beteiligung am Anlagevermögen, an den stillen Reserven, am Firmenwert und am buchmäßig ausgewiesenen Erfolg (*Hofstätter/Reichel*, EStG 1988 Band III Kommentar, Tz 23 zu § 23).

Kommanditisten sind im Hinblick auf die Anführung dieser Art von Gesellschaftern im § 23 Z 2 EStG grundsätzlich Mitunternehmer. Eine dem Regelstatut des HGB bzw UGB entsprechende Stellung als Kommanditist bewirkt dessen Mitunternehmerstellung im Sinne des EStG (vgl VwGH 22.2.2012, 2011/16/0138; 18.4.2007, 2006/13/0085 mwN).

Eine stille Gesellschaft wird dann als Mitunternehmerschaft behandelt (so genannte unechte oder atypische stille Gesellschaft), wenn der stille Gesellschafter vertraglich so gestellt ist, als hätte er die Stellung, welche im HGB bzw. UGB für den Kommanditisten vorgesehen ist. Für die Besteuerung soll es keinen Unterschied machen, ob Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft vorhanden ist oder ob es um die Bewirtschaftung des Vermögens eines Beteiligten geht, welches im Innenverhältnis wie derartiges Gesellschaftsvermögen behandelt

wird (vgl. VwGH 24.2.2000, 96/15/0062). Die Vereinbarung der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert des Geschäftsherrn gehören zu den Voraussetzungen der atypisch stillen Gesellschaft (VwGH 27.2.2008, 2005/13/0050; 22.12.2002, 2004/15/0126; 14.10.2010, 2008/15/0324; vgl. zu alldem VwGH 19.10.2016, Ra 2015/15/0046).

Dass eine (atypisch) stille Gesellschaft, welche anders als eine KG nicht nach außen auftritt (bloße Innengesellschaft), dennoch als Mitunternehmerschaft zu qualifizieren ist, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 1.9.2015, 2012/15/0234 mwN). Für eine steuerrechtliche Anerkennung als Mitunternehmerschaft genügt (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen), dass das Gesellschaftsverhältnis der Abgabenbehörde gegenüber in Erscheinung tritt (vgl. VwGH 3. 10.1990, 90/13/0069; *Fellner in Hofstätter/Reichel*, 55. Lfg, § 23 EStG 1988 Tz 367).

Damit die gewerbliche Tätigkeit einer Personengesellschaft ihren Gesellschaftern eine Mitunternehmerstellung vermittelt, ist somit einerseits Unternehmerinitiative und andererseits Unternehmerrisiko erforderlich. Die Initiative kann sich dabei auf das Regelstatut der KG nach den Bestimmungen des UGB beschränken (Stimm-, Widerspruchs- und Kontrollrechte, vgl. *Jakom/Peyerl*, EStG 2023, § 23 Rz 128 mwN). Für das Risiko ist die Teilhabe an Gewinn, Verlust und stillen Reserven essentiell (siehe die obige Rsp).

An der Mitunternehmerstellung der Bf im Rahmen der atypisch stillen Beteiligungen besteht im Verfahren von keiner Seite Zweifel. Die Mitunternehmereigenschaft der Kommanditisten in der Bf ist nach Ansicht der belangten Behörde jedoch durch die Treuhandvereinbarung und die steuerlichen Vorteile der vorrangigen Verlustzuweisung zu stark eingeschränkt.

Für das erkennende Gericht ist jedoch nicht ersichtlich, welche Schlechterstellung den einzelnen Kommanditisten dadurch trifft, dass er seine den Kommanditanteil betreffenden Interessen nicht in der Gesellschafterversammlung sondern in der Treugeberversammlung geltend machen muss. Angesichts der Anzahl von 167 Treuhand-Kommanditisten, dem Treuhänder, der auch Kommanditist ist und einem Komplementär ist das Stimmgewicht jedes einzelnen Treugeberkommanditisten in der Treugeberversammlung nahezu ident mit jenem Gewicht, das dem Einzelnen in der Gesellschafterversammlung zukäme.

Essentiell ist nach der Rechtsprechung für die Unternehmerinitiative, dass der Gesellschafter auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen *kann* (vgl. etwa VwGH 28.6.2012, 2009/15/0106; 13.12.1995, 93/13/0253), wozu auch das einem Gesellschafter zustehende Stimmrecht genügt (VwGH 2.4.1982, 82/13/0079,0080). Diese potentielle Möglichkeit ist mit der Konstruktion der Treugeberversammlung genauso sichergestellt, wie mit der unmittelbaren Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung. Dass der faktische Einfluss des einzelnen Treugeberkommanditisten gering ist, ergibt sich aus der schier unerschöpflichen Zahl an Gesellschaftern. Diesem Aspekt misst jedoch keine Verfahrenspartei Bedeutung zu; zurecht, denn auch nach der Rechtsprechung kommt es nicht auf den

tatsächlichen Einfluss an, sondern auf die Möglichkeit, die dem einzelnen Gesellschafter im Rahmen des Regelstatuts der KG im Ausmaß seines Anteils zukommt (vgl. Jakom/Peyerl, EStG 2023, § 23 Rz 128).

In diesem Zusammenhang – wie auch ganz allgemein in Hinblick auf die Doppelstöckigkeit der Beteiligung – ist auch die Rechtsprechung zur Unterbeteiligung (Jakom/Peyerl, EStG 2022, § 23 Rz 154 f) interessant: Diese führt zu Einkünften als Mitunternehmer, und zwar unabhängig davon, ob die Unterbeteiligung gegenüber der Gesellschaft offengelegt ist (VwGH 15.1.1991, 87/14/0053). In diesem Erkenntnis ging es um die Konstellation, dass eine Angestellte der GesBR einen Anteil an der Gesellschaft geerbt hätte. Da sie aber weiterhin Angestellte bleiben wollte, wurde der gesamte Gesellschaftsanteil dem weiteren Erben zugeschlagen und zwischen beiden eine Unterbeteiligung vereinbart. Dem zivilrechtlich bestehenden Dienstverhältnis maß der VwGH keine Bedeutung bei, weil die Beteiligung an den stillen Reserven (somit am Betriebsvermögen) und am Gewinn und Verlust die Merkmale einer Mitunternehmerschaft begründe. Selbst dann also, wenn ein Gesellschafter gar kein Interesse daran hat, in irgendeiner Form unternehmerisch tätig zu sein, löst die bloße Möglichkeit, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, verbunden mit der Beteiligung an den stillen Reserven eine Mitunternehmerstellung aus. Umso mehr muss das gelten, wenn initiativ vom Gesellschafter die Beteiligung an einer Risikokapital-Unternehmung angestrebt wird.

Was die Bedenken der belangten Behörde hinsichtlich der Möglichkeit der Treugeber betrifft, überhaupt eine Treugeberversammlung einzuberufen und mit anderen Treugebern in Kontakt zu treten, so wird die Argumentation der Bf für stichhaltig erachtet. Schon aus der Funktion des Treuhänders heraus, die Interessen des Treugebers zu vertreten, hat er bereits das Begehren eines einzelnen Treugebers, eine Versammlung abzuhalten, an alle weiterzuleiten, womit die notwendige Kommunikation sichergestellt werden kann. Zudem kann jeder Treugeber die Treuhänderin zu einem bestimmten Stimmverhalten anweisen (gespaltenes Stimmrecht), womit seine Interessen unabhängig vom allgemeinen Verhalten der Treuhänderin gewahrt werden.

Dass der Treugeber einen Wechsel des Treuhänders in Kauf zu nehmen hat, ändert nichts an seiner Rechtsstellung in der Gesellschaft und schränkt aufgrund der bloßen Mittelsmannfunktion des Treuhänders auch weder Unternehmerinitiative noch –risiko der Treugeberkommanditisten ein.

Dass ein Steuervorteil aus der Möglichkeit erwächst, Verluste zu verwerten, ist grundsätzlich Ausfluss des objektiven Nettoprinzips. Die daraus entstehende Steuerersparnis kann daher nicht dazu führen, dem Steuerpflichtigen das Unternehmerrisiko abzusprechen, zumal die Nachversteuerung des negativen Kapitalkontos bei Ausscheiden des Gesellschafters in dieser Betrachtung völlig ausgeblendet wird.

Die Beschränkungen beim nach dem Verkehrswert ermittelten Abschichtungserlös (15 % Abschlag bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses vor Ende 2020; Verschiebung von Abschichtungszahlungen, die 30 % des Cashflows des Abschichtungsjahres übersteigen) können keine relevante Einschränkung des Unternehmerrisikos bewirken, wie die Bf zutreffend unter Verweis auf die Rechtsprechung (VwGH 23.2.1994, 93/15/0163; 29.4.1981, 3122/79) ausführt. Zum einen ist der Abschlag mit dem gesellschaftsvertraglich vereinbarten Kündigungsverzicht bis Ende 2020 zu sehen, zum anderen vermag eine Verlängerung des Zeitraumes zur gänzlichen Auszahlung des Abschichtungsguthabens, die alleine den Zweck hat, die Solvenz der auszahlenden Gesellschaft zu sichern, das Unternehmerrisiko nicht zu beeinflussen.

In der Möglichkeit der Komplementärin, bei Nichterreichen eines Mindestkapitals die Gesellschaft wieder aufzulösen, wird keine Einschränkung der Unternehmerinitiative der Beteiligten gesehen, weil es sich um eine Vorbedingung für die eingegangene Unternehmung handelt, die festlegt, dass nur unter entsprechenden betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen der geplante Betrieb überhaupt sinnvoll gestaltbar ist.

Für die gewählte Form der überproportionalen vorrangigen Verlustzuweisung hat die Bf außersteuerliche Gründe ins Treffen geführt: Die höhere Verlustzuteilung zu Beginn diene dem Risikoausgleich, damit dann, wenn Gewinne anfielen nicht gleich in voller Höhe diese Gewinne entnehmbar seien und damit die Liquidität der Unternehmen nicht gefährdet werde. Diese Gründe werden für hinreichend stichhaltig erachtet, zumal schon aus der schieren Zahl der Beteiligten und der Höhe des eingesetzten Kapitals ein gesteigertes wirtschaftliches Interesse daran besteht, die Liquidität der Unternehmen zu sichern.

Zusammengefasst ist der einzelne Treugeberkommanditist durch die in seinem Interesse vom Treuhänder in der Gesellschafterversammlung wahrgenommenen Stimm-, Widerspruchs- und Kontrollrechte und durch die zusätzliche Möglichkeit, seine Interessen über die Treugeberversammlung in der Gesellschaft genauso mit Mehrheitsbeschluss durchzusetzen, wie das unmittelbar in der Gesellschafterversammlung erfolgen könnte, einem Kommanditisten nach dem Regelstatut der KG gleichgestellt.

Da die Tätigkeit der Bf darin besteht, sich durch atypisch stille Einlagen am Unternehmen von Personen zu beteiligen, die Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen, liegen auch auf Ebene der Bf und davon abgeleitet bei den einzelnen mitunternehmerischen Gesellschaftern Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor, die nach § 188 BAO festzustellen sind.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhang, dass die von der belangten Behörde gewählte Lösung, den gesamten Verlust der Bf der Treuhandkommanditistin zuzurechnen, nicht in den von ihr getroffenen Feststellungen gedeckt sein kann. Zwar hat sie den Treugeberkommanditisten die Unternehmereigenschaft – zu Unrecht – abgesprochen, doch ist nicht ersichtlich, dass den Treugebern die Einkunftsquelle, die sich aus ihren Anteilen ergibt,

nicht zuzurechnen wäre. Da die Treuhanderschaft nicht angezweifelt wurde, ist das Wirtschaftsgut Kommanditanteil dem jeweiligen treugebenden Gesellschafter zuzurechnen (§ 24 Abs 1 lit b BAO), der auch über diesen verfügen und ihn als Einkunftsquelle nutzen kann. Die fehlende Unternehmereigenschaft hätte lediglich bewirkt, dass keine betrieblichen Einkünfte vorliegen und daher auf die Treugeberkommanditisten bezogen ein Feststellungsverfahren nach § 188 BAO nicht durchzuführen gewesen wäre. Die Mitunternehmerstellung der Komplementärin und der Treuhandkommanditistin bejahend, hätte (nur) auf deren Anteil bezogen ein Feststellungsverfahren durchgeführt werden können. Die den einzelnen Treugeberkommanditisten zugewiesenen Ergebnistangenten hätten jedoch ohne Feststellungsverfahren im jeweiligen Veranlagungsverfahren allenfalls als außerbetriebliche Einkünfte erfasst gehört.

3.1.2. Zu § 2 Abs 2a EStG

Die belangte Behörde hat Bescheide nach § 190 BAO erlassen, in denen ausgesprochen worden ist, dass Feststellungen gemäß § 188 BAO unterbleiben. Auf solche Bescheide sind die Vorschriften der §§ 185 ff BAO sinngemäß anzuwenden (§ 190 Abs 1 BAO).

Gemäß § 188 Abs 1 BAO werden die Einkünfte aus den betrieblichen Einkünften und VuV festgestellt, wenn an den Einkünften derselben Einkunftsart mehrere Personen beteiligt sind. Gegenstand der Feststellung ist auch die Verteilung des festgestellten Betrages auf die Teilhaber (§ 188 Abs 3 BAO).

§ 2 EStG regelt die Begriffe des Einkommens, der Einkünfte und beschreibt die Einkunftsarten. Gemäß § 2 Abs 2 EStG ist Einkommen der Gesamtbetrag der Einkünfte nach Ausgleich mit Verlusten, die sich aus einzelnen Einkunftsarten ergeben und nach Abzug der Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und des Freibetrages nach § 105 EStG.

Nach § 2 Abs 2a EStG sind negative Einkünfte u.a. aus sogenannten „Verlustbeteiligungsmodellen“ (TS 1 leg.cit.) weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs 6 EStG vortragsfähig, sondern mit positiven Einkünften aus derselben Quelle frühestmöglich zu verrechnen. Während Feststellungsbescheide nur der Ermittlung von gemeinschaftlichen Einkünften und ihrer Verteilung auf die einzelnen daran beteiligten Steuersubjekte dienen, ist die Bestimmung des § 2 Abs 2a EStG auf der Ebene der Einkommensermittlung der einzelnen Steuerpflichtigen angesiedelt und somit dem Feststellungsverfahren nachgelagert.

Die hier angefochtenen Bescheide sind solche nach § 190 iVm § 188 BAO. Sache des Beschwerdeverfahrens ist daher die Einkünfteermittlung aus einer gemeinschaftlichen Einkunftsquelle. Inwieweit die so festgestellten Einkünfte in den davon abgeleiteten Einkommensteuerbescheiden bei der jeweiligen Einkommensermittlung im Rahmen des „Ausgleich[s] mit Verlusten, die sich aus einzelnen Einkunftsarten ergeben“ zu berücksichtigen

sind, oder gemäß § 2 Abs 2a EStG nicht ausgeglichen werden können, ist grundsätzlich Sache der konkreten Veranlagungsverfahren zur Einkommensteuer.

Dem gegenüber hat der VwGH zum Umfang der im Feststellungsverfahren zu treffenden Feststellungen jedoch folgendermaßen judiziert (vgl zuletzt VwGH 25.6.2020, Ra 2019/15/0016):

Es ist aus dem Normengefüge und der Systematik der Bundesabgabenordnung hinsichtlich der einheitlichen und gesonderten Feststellung von Einkünften auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen, dass alle Feststellungen, die die gemeinschaftlich erzielten Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit und Vermietung und Verpachtung betreffen, im Feststellungsverfahren mit Bindungswirkung für die Abgabenbescheide der Teilhaber getroffen werden sollen, weil abgabenrechtlich relevante Feststellungen zweckmäßigerweise in jenem Verfahren zu treffen sind, in dem der maßgebende Sachverhalt mit dem geringsten Verwaltungsaufwand ermittelt werden kann (Hinweis VwGH 17.10.1991, 88/13/0240; 22.9.1992, 89/14/0112; 19.5.1993, 91/13/0113, 89/13/0151; 5. 10.1993, 93/14/0039; 28.2.1995, 95/14/0021).

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Recht erkannt, dass insbesondere auch über die Fragen, ob in Einkunftsteilen ein Veräußerungsgewinn(-verlust) enthalten ist, ob Einkunftsteile den begünstigten Steuersätzen unterliegen oder ob Vergütungen nach § 23 Z 2 EStG vorliegen, im Spruch von Feststellungsbescheiden abzusprechen ist (vgl. VwGH 15.12.1994, 92/15/0030, 28.11.2001, 97/13/0204, und 18.10.2005, 2004/14/0154, sowie *Stoll*, BAO-Kommentar, 1977). Weiters vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass in Feststellungsbescheiden fakultativ auch über die Nichtvortragsfähigkeit von Verlusten abgesprochen werden darf (vgl. nochmals VwGH 15.12.1994, 92/15/0030).

Im Erkenntnis vom 21.2.2018, Ro 2016/13/0027, das zu einem Feststellungsverfahren ergangen ist, hat der VwGH allgemeine Aussagen zu § 2 Abs 2a EStG getätigt und damit implizit bestätigt, dass über die Anwendbarkeit des § 2 Abs 2a EStG auch im Feststellungsverfahren abgesprochen werden kann.

Zur Wirkweise des § 2 Abs 2a EStG gibt es einerseits jene Ansicht, dass er eine typisierende Betrachtung verlange (hM, vgl zB *Jakom/Laudacher*, EStG, 2022, § 2 Rz 153), andererseits die, dass ein Im-Vordergrund-Stehen von steuerlichen Vorteilen individuell auf Ebene jedes einzelnen Gesellschafters zu prüfen sei (*Stengei*, FJ 2000, 1; UFS 15.4.2004, RV/1754-W/03). Die Argumente für eine typisierende Betrachtung sind jedenfalls schon im Hinblick auf die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage überzeugender, wo wörtlich zu lesen ist: „Die Regelung ist in der Weise angelegt, daß nicht auf die konkreten Verhältnisse des Anlegers abzustellen ist“ (vgl ErlRV 1766 BlgNR XX. GP). Durch diese typisierende Betrachtung, die am Regelfall des Anlegers anknüpft, stellt § 2 Abs 2a EStG eine Norm dar, welche die gemeinschaftlich erzielten Einkünfte betrifft. Im Sinne des eben Ausgeführten kann daher über

die Anwendbarkeit des § 2 Abs 2a EStG bereits im Feststellungsverfahren abgesprochen werden. Da die belangte Behörde dies getan hat, ist Sache des streitgegenständlichen Feststellungsverfahrens auch die Frage, ob § 2 Abs 2a EStG anwendbar ist. Die gegenteilige Ansicht der Bf wird nicht geteilt.

Zur Frage, welches der beiden Feststellungsverfahren im Rahmen der doppelstöckigen Personengesellschaft das geeignete ist, über § 2 Abs 2a EStG abzusprechen, sind die Ausführungen der steuerlichen Vertretung der Bf widersprüchlich. In der gegenständlichen Beschwerde führt sie aus, derartige Feststellungen seien auf Ebene der stillen Gesellschaften zu treffen, weil dort die überproportionale Verlustzuweisung erfolgt. Im Beschwerdeverfahren einer der stillen Gesellschaft argumentiert die selbe steuerliche Vertretung, auf Ebene der stillen Gesellschaft fehlte es an beteiligten natürlichen Personen und einem allgemeinen Anbot, weshalb nur auf Ebene der Kommanditgesellschaften überhaupt eine Anwendbarkeit des § 2 Abs 2a EStG infrage käme (vgl die Beschwerde in der Sache *S4* & Still, RV/1100432/2013 - RV/1100440/2013).

Tatsächlich kann aber dahingestellt bleiben, ob jene Ebene, auf der die überproportionale Verlustzuweisung stattfindet (atypisch Stille), oder jene Ebene, auf der die Einkünfte auf die Kommanditisten verteilt werden, die richtige wäre. Das gesamte Beteiligungsmodell besteht aus dem Zusammenspiel zwischen den atypisch stillen Beteiligungen und den per Zeichnungsschein und Treuhandvertrag in die KG aufgenommenen Treugeberkommanditisten, wobei auch die Umgründungsschritte penibel aufeinander abgestimmt sind. Der Beitritt der Kommanditisten zur KG und die mit ihren Einlagen finanzierten stillen Beteiligungen bilden somit eine wirtschaftliche Einheit. Es wäre daher zulässig, bereits auf Ebene der atypisch stillen Beteiligungen über die grundsätzliche Eigenschaft von Verlusten aus der jeweiligen Beteiligung nach § 2 Abs 2a EStG abzusprechen, was im folgenden Feststellungsverfahren auf die jeweilige stille Beteiligung bezogen bindend wäre. Es ist aber genauso legitim, diese Feststellung auf Ebene der KG über die Gesamtheit ihrer Einkünfte für alle Beteiligten auszusprechen, wie es im Verfahren der Bf erfolgt ist.

Allerdings trifft der Tatbestand des § 2 Abs 2a EStG auf den verwirklichten Sachverhalt nicht zu:

Wie das BFG in seinem Erkenntnis vom 24.3.2021, RV/7101627/2020, ausgesprochen hat, soll durch § 2 Abs 2a EStG sichergestellt werden, dass sich private Investitionsentscheidungen an wirtschaftlichen und nicht an steuerlichen Kriterien ausrichten, um der Gefahr von Fehlallokationen vorzubeugen. Die Bestimmung knüpft an einen bestimmten Investitionstypus an, dessen Investitionsentscheidung nicht primär anhand wirtschaftlicher Erwägungen getroffen wird, sondern im Kern überwiegend steuerlich motiviert ist. Ausdruck dieses Gedankens ist das in § 2 Abs 2a EStG (einzig) normierte Regelbeispiel, wonach das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund steht, wenn der Erwerb oder das Eingehen einer Beteiligung allgemein angeboten wird und auf der Grundlage des angebotenen

Gesamtkonzeptes aus derartigen Beteiligungen ohne Anwendung dieser Bestimmung Renditen erreichbar wären, die nach Steuern mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betragen. Andere (gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte) Beispiele würden zur Rechtfertigung der Verlustausgleichsbeschränkung gleichwertige objektive Umstände wie jene des Regelbeispiels erfordern.

Zwar liegt ein allgemeines Angebot vor, doch ist die Renditeverdoppelung im Nachsteuervergleich nicht gegeben. Dies erschließt sich jedoch nicht aus den der Berufung beigelegten Berechnungsblättern.

Grundsätzlich ist dazu festzuhalten, dass die belangte Behörde den Berechnungen der Bf nicht substantiiert entgegengetreten ist. Die lapidare Bemerkung, sie seien falsch, ohne die Fehler näher aufzuzeigen und vor allem richtigzustellen, reicht jedoch nicht für die Annahme einer Renditeverdoppelung. Das Bundesfinanzgericht kann in den vorgelegten Kalkulationen, die an das Beispiel aus *Reinold/Inzinger/Wiesner* in *Wiesner/Grabner/Knechtel/Wanke*, EStG § 2, Anm 20, angelehnt sind, keinen systematischen Fehler erkennen. Gegen die angesetzten Grundannahmen (Höhe des Abschichtungserlöses modellhaft in zwei Varianten 160 % bzw 220 % jeweils nach sieben Jahren, Zinssatz von 3,5 %) sind keine Einwendungen seitens der belangten Behörde ersichtlich.

Nicht erklärlich ist aber, weshalb die Bf bei einer modellhaften Berechnung von 175 % Verlustzuweisung ausgeht, wo typisierend der äußerste Fall der 185%igen Zurechnung passend wäre. Auch erscheint eine siebenjährige Laufzeit vorderhand unrealistisch, weil ein zehnjähriger Kündigungsverzicht vereinbart worden ist und bei vorzeitigem Ausscheiden 15 % Abschlag in Kauf zu nehmen wären. Auch hier wäre modellhaft der Regelfall anzunehmen, der jedenfalls von einer zehnjährigen Dauer ausgehen muss.

Zwar hat das BFG in einem vergleichbaren Fall (Erk vom 8.3.2023, RV/7101922/2013) den Ansatz einer siebenjährigen Laufzeit gestützt, doch war einerseits in jenem Fall bei vorzeitigem Austritt eines Treugeberkommanditisten kein Abschlag vorzunehmen, und andererseits erscheint auch bei Beendigung einer stillen Gesellschaft nach der vorgesehenen Mindestdauer von 6-8 Jahren eine Weiterveranlagung des Abschichtungserlöses innerhalb der Bf realistischer als eine vorzeitige Abschichtung der Treugeberkommanditisten.

Ginge man also statt von einer siebenjährigen – wie auch von der belangten Behörde gefordert – von einer zehnjährigen Laufzeit für die Berechnung aus, müsste auch der Abschichtungserlös entsprechend der getroffenen Renditeerwartung adaptiert werden. Beträgt dieser nach sieben Jahren angenommene 160 %, entspricht das einer jährlichen Wertsteigerung von 6,9 %. Auf eine zehnjährige Laufzeit gerechnet entspräche diese Entwicklung einem Abschichtungserlös von 195 %.

Die Bf hat die Steuerersparnis erst nach einem Jahr anfallen lassen und damit nur hoch 6 statt hoch 7 aufgezinnt. Da aber die Investoren die Intention hatten, im ersten Quartal 2010 rückwirkend zum 30.9.2009 beizutreten und ihre Steuergutschrift bereits kurz darauf in der Steuererklärung 2009 geltend zu machen, ist es wiederum realistischer, auch die Steuergutschrift schon ab der Einlage aufzuzinsen (Steuerersparnis $\times 1,035^{\text{Laufzeit}}$), also hoch 7 bzw nunmehr hoch 10.

Selbst unter Durchführung all dieser Anpassungen liegt der Vergleichsfaktor der Renditen vor und nach Steuern unter 2 und damit außerhalb des Anwendungsbereiches des § 2 Abs 2a EStG:

Vergleichsrechnung BFG

Einlage	1	100.000
Zinssatz		3,50%
Laufzeit		10
Steuersatz		50%
Abschichtungserlös	2	195.000
Steuer auf Gewinn nominell		47.500
- Jahr 1 (§ 37 Abs 2 EStG)		15.833
- Jahr 2 abgezinst		15.298
- Jahr 3 abgezinst		14.781
Steuer darauf abgezinst	3	45.912
Rendite gesamt (= 2 - 1 - 3)		49.088
Verlustzuweisung		185%
Steuervorteil		92.500
Gewinn inkl. neg. KapKto (für Steuerberechnung)		280.000
Steuer darauf nominell		140.000
- Jahr 1 (§ 37 Abs 2 EStG)		46.667
- Jahr 2 abgezinst		45.089
- Jahr 3 abgezinst		43.564
Steuer darauf abgezinst	4	135.319
Steuervorteil aufgezinnt	5	130.480
Rendite bei Abschichtung (= 2 + 5 - 1 - 4)		90.161
Faktor		1,84

Schon die typisierende Berechnung mit 50 % Steuervorteil und den gegenüber der Modellrechnung der Bf zu ihren Ungunsten veränderten Parameter (höhere Verlustzuweisung, höhere Aufzinsung) zeigt bereits in der Variante mit niedrigerer Rendite, dass nach Steuern keine Renditeverdoppelung eintritt und damit § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar ist (sieht man

von dem modellhaften und in der Praxis nicht eingetretenen Fall der Abschichtung nach bereits sieben Jahren mit Abschlag ab). Daher war auf die von der belangten Behörde am 12.4.2018 vorgelegte Auswertung der Progressionsstufen der Treugeber nicht mehr weiter einzugehen, weil in den streitgegenständlichen Jahren der Höchststeuersatz die bereits typisierend angewendeten 50 % nicht überschreiten konnte. Folglich kann auch auf Eben der einzelnen Gesellschafter das Im-Vordergrund-Stehen steuerlicher Vorteile im Sinne einer Renditeverdoppelung ausgeschlossen werden.

Dass im vorliegenden Fall ein Modell vorläge, das dem Regelbeispiel des § 2 Abs 2a EStG (Renditeverdoppelung) vergleichbare objektive Umstände aufweist (vgl BFG 24.3.2021, RV/7101627/2020), ist nicht ersichtlich. Die von der belangten Behörde herangezogenen Kriterien (Bewerbung des Steuervorteils und vermeintlich fehlendes hohes außersteuerliches Risiko) erscheinen dafür nicht ausreichend.

Zur Bewerbung: Der Kapitalmarktprospekt besteht aus einer einseitigen Zusammenfassung, die auf die steuerlichen Wirkungen mit keinem Satz eingeht, und nach dem Inhaltsverzeichnis aus fünfzehn Seiten mit inhaltlichen Ausführungen. Gut eineinhalb Seiten widmen sich den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen (Qualifizierung der Tätigkeit als Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Mitunternehmerschaft, Problematik des § 2 Abs 2a EStG, Liebhaberei, Nachversteuerung eines negativen Kapitalkontos bei Ausscheiden). Eine Werbung für einen steuerlichen Vorteil ist dem gesamten Prospekt nicht zu entnehmen. Im Gegenteil findet sich bei der steuerlichen Risikoqualifizierung (Seite 22 oben) der Satz: „*Vom Treugeber allfällig angestrebte steuerliche Vorteile bilden nicht die Geschäftsgrundlage dieser Beteiligung.*“ – wiederum versehen mit dem Hinweis, die Finanzverwaltung vertrete derartigen Beteiligungen gegenüber eine kritische Haltung. Dass in der Anlegerinformationen die steuerliche Verwertbarkeit von Verlusten als Vorteil bezeichnet wird, lässt ebensowenig gewinnen, weil das bloße einmalige Bezeichnen eines Vorteils ohne nähere Wertangaben noch kein besonderes Bewerben darstellt.

Die Ansicht der belangten Behörde, aus der Tatsache, dass rund drei Viertel der Kommanditisten dem 50%igen Grenzsteuersatz unterliegen und nur rund 1% dem 0%igen (vgl die am 12.4.2018 übermittelte Auswertung des Finanzamtes), könne auf das Im-Vordergrund-Stehen steuerlicher Vorteile geschlossen werden, ergibt sich für das erkennende Gericht nicht. Bei Investitionen in Hochrisiko-Beteiligungen ist naheliegend, dass der weitaus überwiegende Teil der Beteiligten eine entsprechende Finanzkraft besitzt, um auch einen allfälligen Totalverlust verkraften zu können. Das hohe Ausmaß an Kommanditisten mit hohem Einkommen ist weniger Folge als vielmehr Voraussetzung, derartige direkte Unternehmensbeteiligungen einzugehen. Aus einem hohen Einkommen kann nicht

automatisch abgeleitet werden, ein Investment diene jedenfalls in erster Linie der Steuerersparnis.

Der VwGH vertritt, dass ein Bewerben steuerlicher Vorteile bei entsprechender Intensität und nach Abwägung mit anderen in Aussicht gestellten Vorteilen der Beteiligung zum Verlustausgleichsverbot führen kann (VwGH 21.2.2018, Ro 2016/13/0027). Da aber gar nicht mit Steuervorteilen geworben wird, erübrigte sich eine Auseinandersetzung mit weiteren Kriterien.

Dennoch sei auch auf die Merkmale eines hohen außersteuerlichen Risikos eingegangen, das § 2 Abs 2a EStG unanwendbar machen würde (vgl. *Wiesner in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG*¹⁴, § 2 Tz 16; *Doralt/Toifl in Doralt, EStG*¹⁴, § 2 Tz 176/9): Eine risikoreiche Branche (Wachstums-/Hochtechnologie, F&E – wobei „risikoreich“ keinesfalls auf diese Branchen beschränkt sein kann, vgl. BFG 20.5.2016, RV/7102395/2013) liegt vor, der Abschichtungserlös orientiert sich ausschließlich am Verkehrswert, und auf eine von vornherein beabsichtigte zeitliche Begrenzung kann nicht geschlossen werden. Dass die Verlustzuweisung vorrangig den Kommanditisten zukommt und insgesamt beschränkt ist, vermag angesichts der übrigen Kriterien nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen, zumal dafür außersteuerliche Gründe vorliegen. Weshalb die vier Merkmale jedenfalls kumulativ vorzuliegen hätten, wie offenbar aus EStR 2000 Rz 166 von den Autoren übernommen, ist nicht nachvollziehbar. Letztlich führte eine unbeschränkte Verlustzuweisung zu deutlich höheren Steuervorteilen, zumal keine Verpflichtung besteht, ein negatives Kapitalkonto aufzufüllen; auf dieses Kriterium wird von den EStR jedoch nicht weiter eingegangen, womit die Betrachtung eine unvollständige und unzureichende ist – wird doch ein nicht aufzufüllendes Kapitalkonto bei Ausscheiden in einen massiven steuerlichen Nachteil verkehrt.

Zuletzt sei angemerkt, dass sich aus § 2 Abs 2a EStG ein hinreichendes Substrat zur Vollziehung gewinnen lässt, wie auch die Rechtsprechung des VwGH und des BFG zeigt. Das erkennende Gericht hegt daher keine Bedenken, die Vorschrift stünde im Widerspruch zum Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG.

3.1.3. Zum Zusammenschluss

3.1.3.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

Materielle Voraussetzungen für einen Zusammenschluss nach Art IV UmgrStG sind gemäß § 23 Abs 1 UmgrStG, dass

- begünstigtes Vermögen (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, vgl. § 23 Abs 2 UmgrStG)
- ausschließlich gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen
- tatsächlich übertragen wird

- aufgrund eines schriftlicher Zusammenschlussvertrag.

Dieser Zusammenschlussvertrag hat mindestens zu enthalten (vgl Jakom/*Schwarzinger-Hübner/Stix*, UmgrStG, 2022, § 23 Rz 48):

- die Parteien des Vertrages,
- die übernehmende Personengesellschaft,
- die Beschreibung des zu übertragenden Vermögens,
- den Zusammenschlussstichtag,
- die Methodik des Zusammenschlusses,
- die Vorsorgemethode gegen Verschiebungen stiller Reserven,
- die Form der Gegenleistung.

Nicht erforderlich ist die ausdrückliche Bezeichnung als Zusammenschlussvertrag. Es muss aber klar erkennbar sein, dass es sich um einen gesellschaftlichen Vorgang handelt; insbesondere müssen Beteiligungsverhältnisse, zu übertragendes Vermögen und Gegenleistung beschrieben sein (UmgrStR 2002 Rz 1302).

Hinsichtlich des begünstigten Vermögens reicht es aus, wenn eine der am Zusammenschluss beteiligten Personen begünstigtes Vermögen (§ 23 Abs 2 UmgrStG) überträgt (hM, vgl zB *Hübner-Schwarzinger/Six in Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹², § 23 Rz 24 mit Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers, 266 BlgNR XVIII. GP). Dies ist aus der allgemein gehaltenen Formulierung, dass Vermögen iSd § 23 Abs 2 UmgrStG übertragen werden muss, auch klar ersichtlich. Nicht jede am Zusammenschluss beteiligte Person muss begünstigtes Vermögen übertragen.

Der Gesetzeswortlaut fordert die tatsächliche Übertragung des begünstigten Vermögens. Sowohl die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (266 BlgNR XVIII. GP) als auch die Verwaltungspraxis (vgl UmgrStR 2002 Rz 1298) gehen von einem weiten Anwendungsbereich des Art IV UmgrStG aus. So soll nicht nur der Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Personengesellschaft, von denen zumindest eine begünstigtes Vermögen überträgt, oder der Beitritt einer betrieblich tätigen Person zu einer Personengesellschaft erfasst sein, sondern auch die Erweiterung einer betrieblich tätigen Personengesellschaft um Personen, die selbst kein begünstigtes Vermögen übertragen, sondern nur eine Bar- oder Sacheinlage leisten (kritisch dazu *Hübner-Schwarzinger/Six in Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹², § 23 Rz 25).

Diese Sichtweise erscheint richtig, denn § 23 Abs 3 UmgrStG definiert Personengesellschaften als Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) anzusehen sind, womit der Begriff der Personengesellschaft mit dem der Mitunternehmerschaft gleichgesetzt wird (266 BlgNR XVIII. GP, 32). Auch, wenn auf die Personengesellschaft beim bloßen Beitritt eines Gesellschafters gegen Bareinlage zivilrechtlich das in der aufnehmenden Personengesellschaft vorhandene begünstigte Vermögen nicht übertragen wird, so verändert

sich steuerrechtlich doch die Mitunternehmerschaft, und die bestehende überträgt begünstigtes Vermögen auf die erweiterte Mitunternehmerschaft. Dies ist der entscheidende Aspekt, denn das Erfordernis der tatsächlichen Übertragung ist nicht zivil- sondern ertragsteuerlich zu würdigen (*Hirschler/Sulz/Knesl* in *Wiesner/Hirschler/Mayr* (Hg), Handbuch der Umgründungen¹⁷, § 23 UmgrStG Rz 23; *Walter*, Umgründungssteuerrecht¹¹, 578; *Wundsam/Zöchling/Huber/Kuhn*, UmgrStG⁵ § 23 Rz 19).

Gemäß § 24 Abs 1 Z 1 UmgrStG sind hinsichtlich des Zusammenschlussstichtages, der Behandlung des Übertragenden und der zum Zwecke der Darstellung des Vermögens erstellten Zusammenschlussbilanz die §§ 13 bis 15 UmgrStG anzuwenden.

Nach § 13 Abs 1 UmgrStG kann die Umgründung auf einen Stichtag vor Unterzeichnung des Umgründungsvertrages rückbezogen werden, die Meldung der Umgründung muss jedoch innerhalb von neun Monaten nach dem Stichtag erfolgen. Inhalt der Meldung (§ 13 Abs 1 3. Satz UmgrStG) ist mindestens, dass die wesentlichen Daten des Einbringungsvorganges (Einbringender, übernehmende Körperschaft, Einbringungsvermögen und Stichtag) enthalten sind (*Furherr* in *Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹² § 13 Rz 33; *Hügel* in *Hügel/Mühlehner/Hirschler*, UmgrStG § 13 Rz 49; *Rabel/Eichinger* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹⁶ § 13 Rz 25; *Huber* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Kuhn*, UmgrStG⁵ § 13 Rz 16; *Rabel*, ÖStZ 2008, 116 [117]; *Sulz/Oberkleiner* in FS Tanzer, 209 [216 f]; aA *Mayr/Petrag/Titz*, RdW 2014, 103 [107] und dem folgend UmgrStR 2002 Rz 785, wonach der Umgründungsvertrag, der Jahres- oder Zwischenabschluss und die steuerliche Einbringungsbilanz erforderlich wären). Eine fehlerhafte Einbringungsbilanz führt nicht zum Versagen der Umgründung, vielmehr ist eine Bilanzberichtigung durchzuführen (VwGH 29.1.2015, 2011/15/0169).

§ 24 Abs 1 UmgrStG gilt für den „Übertragenden“, womit nur jener Zusammenschlusspartner gemeint ist, der Vermögen iSd § 23 Abs 2 UmgrStG überträgt (vgl. *Hirschler/Sulz/Knesl* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹⁷ § 24 Rz 3; *Hübner-Schwarzinger/Six* in *Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹², § 24 Rz 4). Für die anderen Zusammenschlusspartner, die kein begünstigtes Vermögen übertragen, kommt es zu einer separaten Würdigung (*Hübner-Schwarzinger/Six* in *Kofler* (Hrsg), UmgrStG¹², § 24 Rz 4).

§ 13 Abs 2 UmgrStG sieht vor, dass Einbringungsstichtag nur ein Tag sein kann, zu dem das einzubringende Vermögen dem Einbringenden zuzurechnen war. Im Falle der Einbringung durch eine Mitunternehmerschaft gelten für die Frage der Zurechnung auch die Mitunternehmer als Einbringende.

Auf das begünstigte Vermögen bezogen bedeutet das einerseits, dass es sowohl bei Abschluss des Zusammenschlussvertrages als auch am Zusammenschlussstichtag dem Übertragenden zurechenbar sein muss, wobei eine übertragende Mitunternehmerschaft in diesem Zeitraum unverändert bestehen muss. Daraus ergibt sich andererseits, dass eine Veränderung der

Gesellschafterstruktur im Rückwirkungszeitraum – zB durch Gesellschafterwechsel (UmgrStR 2002 Rz 1344 f) – für das Wirksamwerden eines Zusammenschlusses nach Art IV UmgrStG grundsätzlich schädlich ist.

Neben der gesetzlichen Ausnahme des § 13 Abs 2 letzter Satz UmgrStG besteht noch eine systematische Ausnahme, die dem UmgrStG wesensimmanent ist. Fehlt zum Zusammenschlussstichtag die zivilrechtliche Vermögenszurechnung, kann die tatsächliche Zurechnung steuerlich dennoch vorliegen, wenn sie Folge der Rückwirkungsfiktion aus einer anderen Umgründung ist (vgl *Wundsam/Zöchling/Huber/Kuhn*, UmgrStG⁵ § 24 Rz 39). So kann etwa in eine zivilrechtlich zum Einbringungsstichtag noch nicht existente GmbH Vermögen eingebracht werden, weil § 14 Abs 2 UmgrStG nicht auf die Existenz der aufnehmenden Gesellschaft abstellt (arg. „als ob“, vgl VwGH 18.10.2012, 2012/15/0114).

Überschießend erschiene es angesichts des Gesetzeswortlautes, der sich nur auf den begünstigtes Vermögen Übertragenden bezieht, die Zurechnungsvoraussetzungen auch bei jenen Zusammenschlusspartnern vorauszusetzen, die nicht begünstigtes Vermögen übertragen (so grundsätzlich aber UmgrStR 2002 Rz 1344). Allerdings schränkt die Verwaltungspraxis diesen Standpunkt ohnedies insoweit ein, als Bargeld von diesem Zurechnungserfordernis auszunehmen sei (UmgrStR aaO). Jedenfalls erforderlich ist jedoch, dass auch das nicht begünstigte Vermögen tatsächlich innerhalb der Neunmonatsfrist übertragen wird (UmgrStR 2002 Rz 1373). Dieses Erfordernis ergibt sich schon aus dem Wesen des Zusammenschlusses, insoweit wird der Verwaltungsmeinung gefolgt.

So, wie bei der Vermögenszurechnung ist auch auf die Mitunternehmerschaft bezogen die Rückwirkung durch Umgründungsvorgänge bedeutsam. Tritt ein Gesellschafter im Rückwirkungszeitraum der Mitunternehmerschaft bei, ist dies angesichts des § 13 Abs 2 UmgrStG der Anwendbarkeit des Art IV UmgrStG abträglich. Allerdings besteht die Möglichkeit, diesen Beitritt selbst als Zusammenschluss zu werten und auf den selben Umgründungsstichtag rückzubeziehen. Voraussetzung dafür ist aber die Erstellung eines Umgründungsplanes nach § 39 UmgrStG (*Hirschler/Sulz/Knesl* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹⁷ § 24 Rz 42). Damit gilt der Beitritt als auf den Zusammenschlussstichtag rückbezogen, eine Änderung der Mitunternehmerschaft zwischen Zusammenschlussstichtag und Vertragsabschluss tritt steuerlich nicht ein.

Unter einem Umgründungsplan versteht man die Abbildung mehrerer Umgründungsschritte, die dasselbe Vermögen zu einem einheitlichen Stichtag betreffen. Der Umgründungsplan ist von allen an der Umgründung Beteiligten spätestens am Tag der Beschlussfassung über die erste Umgründung festzulegen, und in allen Umgründungsverträgen muss auf diesen Plan Bezug genommen werden (§ 39 UmgrStG).

Zur Darstellung des Vermögens in den einzelnen Umgründungsbilanzen der auf denselben Stichtag bezogenen Umgründungen ist zu beachten, dass in einer Bilanz nur das Niederschlag

finden kann, was am Bilanzstichtag im (wirtschaftlichen) Eigentum des Bilanzerstellers steht. Daher kann Vermögen, das aufgrund der anderen Umgründungen zum selben Stichtag rückwirkend erworben wird, in der jeweils eigenen Umgründungsbilanz nicht ausgewiesen werden (*Hübner-Schwarzinger/Kofler in Kofler (Hrsg), UmgrStG¹² § 39 Tz 10*).

Zum Vorgehen bei einem Mehrfachzusammenschluss führen die UmgrStR 2002 Rz 1499 wörtlich aus: *„Beteiligen sich mehrere Personen als atypische stille Gesellschafter an einem Unternehmen im Sinne des UGB, wird zur Vermeidung mehrfacher Zusammenschlüsse ein und derselbe Stichtag vereinbart und eine gemeinsame Meldung vorgesehen werden müssen. Es ist zulässig, für künftige Mitunternehmer einen Treuhänder auftreten zu lassen, selbst wenn die Treugeber im Zeitpunkt der Fassung des Umgründungsplanes noch nicht namentlich bekannt sind. Innerhalb der neunmonatigen Rückwirkungsfrist müssen die künftigen Mitunternehmer ihre Beitrittserklärungen abgeben und muss die entsprechende Meldung beim zuständigen FA erfolgt sein (siehe Rz 1879 ff).*

Beispiel:

Rückwirkend auf den 31.12.01 soll unter Anwendung der neunmonatigen Rückwirkungsfrist im Sinne des Art. IV UmgrStG zuerst eine KG gegründet werden, der in einem zweiten Schritt zum selben Stichtag atypisch stille Gesellschafter beitreten. Umgründungssteuerrechtlich wird mit diesem Beitritt zur KG eine Mitunternehmerschaft gegründet.

Für die allenfalls noch nicht namentlich bekannten atypisch stillen Gesellschafter kann ein Treuhänder die an den Umgründungen beteiligten atypisch stillen Gesellschafter bei der Fassung des Umgründungsplanes vertreten. Bis zum 30.09.02 haben die atypisch Stillen ihre Beitrittserklärung abgegeben und die Einlage zu leisten und muss die Meldung beim zuständigen FA erfolgt sein.“

Dieser Ansicht schließt sich das Gericht an.

3.1.3.2. Rechtsfolgen für den Sachverhalt

Die beiden Zusammenschlüsse, nämlich die „erste Umgründung“, also jeweils der Zusammenschluss der operativ tätigen Körperschaften mit der Bf zu atypisch stillen Gesellschaften, und die „zweite Umgründung“, also der Beitritt der Treugeberkommanditisten zur bestehenden KG, sind sachlich miteinander verwoben, weshalb Umgründungspläne erstellt wurden. Diese Umgründungspläne erfüllen die gesetzlichen Voraussetzungen, denn sie beschreiben das Vermögen und die Umgründungsschritte, es wird in den Verträgen (Gesellschaftsvertrag der Bf und jeweiliger Zusammenschlussvertrag der atypisch Stillen) darauf Bezug genommen, und sie sind von allen Beteiligten (von den Treugebern durch die dazu ermächtigte Treuhänderin) unterschrieben.

Nach der Verwaltungspraxis (vgl UmgrStR 2002 Rz 1499) ist weder das Bestehen einer Treuhanderschaft noch das vorläufige Fehlen der Namen der beteiligten Gesellschafter schädlich. Tatsächlich liegen mit der fristgerechten Meldung der Zusammenschlüsse sämtliche Unterlagen der Behörde vor, um die Zusammenschlüsse prüfen zu können. Auch die Zusammenschlussbilanz der Bf ist richtig, denn Vermögen, das erst im Rahmen der Umgründung von der Bf erworben wird, kann in ihrer Stichtagsbilanz noch nicht erfasst sein. Da sowohl die Übertragung der Betriebe im Rahmen der stillen Gesellschaften als auch der Beitritt der Treugeberkommanditisten zur KG zum Stichtag durch Zusammenschluss erfolgte, war das von der KG darzustellende Vermögen null.

Betrachtet man die vier als „erste Umgründungen“ erfolgten Zusammenschlüsse, so ist zunächst das Erfordernis der Übertragung begünstigten Vermögens gegeben. Dieses ist der Übertragenden auch zurechenbar, denn wie die Bf zutreffend ausführt, ist die Zurechnung des begünstigten Vermögens zur jeweiligen Geschäftsherrin unstrittig. Jede der vier Gesellschaften war sowohl am Zusammenschlussstichtag als auch am Tag der Vertragsunterzeichnung Eigentümerin des Betriebes, der im Rahmen des Zusammenschlusses zur atypisch stillen Gesellschaft übertragen wurde. Auch die weiteren Anwendungs- und Formalvoraussetzungen liegen zweifelsfrei vor.

Betrachtet man auf die ersten Umgründungen bezogen das Vermögen der Bf, so ist zunächst festzustellen, dass ihre Gründung nach dem Zusammenschlussstichtag unschädlich ist, denn der Umgründungsstichtag kann auf einen früheren Zeitpunkt gelegt werden und bewirkt ab diesem Tag die steuerliche Zurechnung. Weiters geht von der Bf nur eine Geldleistung aus; Bargeld ist vom Zurechnungserfordernis am Zusammenschlussstichtag ausgeschlossen. Was die erforderliche Gesellschafteridentität betrifft, so ist der Beitritt der Treugeberkommanditisten im Rückwirkungszeitraum dann unschädlich, wenn sie selbst im Rahmen einer Umgründung steuerlich bereits am Zusammenschlussstichtag als beigetreten gelten. Damit hängt die Wirksamkeit der ersten Umgründung auch davon ab, dass hinsichtlich der zweiten Umgründung alle Voraussetzungen erfüllt sind.

Wie bereits beweiswürdigend festgestellt wurde, kann mit der „zweiten Umgründung“ laut Umgründungsplänen nur der Beitritt der Treugeber zur bestehenden KG gemeint sein. Angesichts der eindeutigen Formulierungen in den vorgelegten Dokumenten, insbesondere § 4 Z 4 des Gesellschaftsvertrages der Bf, ist auch auf Ebene dieser zweiten Umgründung schriftlich und klar erkennbar festgehalten, dass es sich um einen gesellschaftlichen Vorgang handelt (UmgrStR 2002 Rz 1302). Die am Zusammenschluss Beteiligten ergeben sich eindeutig aus den mit der Meldung vorgelegten Listen.

Damit sind die Formalvoraussetzungen im Rahmen der zweiten Umgründung gegeben. Auch die materiellen Voraussetzungen sind erfüllt, denn der Beitritt der Treugeber erfolgt zu einer KG mit vier Betrieben (die atypisch stillen Beteiligungen) aufgrund eines schriftlichen

Gesellschaftsvertrages (bestehend aus dem Zeichnungsschein, dem Treuhandvertrag und dem Gesellschaftsvertrag, die sowohl den Zusammenschluss beinhalten als auch auf die Umgründungspläne Bezug nehmen, zu deren Abschluss die Treuhänderin namens der Treugeber ermächtigt war). Auch eine Zusammenschlussbilanz liegt vor. Somit ist auf die beitretenden Treugeber die Rückwirkungsfiction anwendbar, und sie gelten steuerlich bereits am 30.9.2009 als der KG beigetreten.

Auf Ebene beider Umgründungen sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, ein Umgründungsplan ist vorhanden. Somit unterliegen alle von der Bf dem Finanzamt gemeldeten Umgründungen – jene der KG zu stillen Gesellschaften und jene der Treugeber zur KG – dem Art IV UmgrStG.

Die von der belangten Behörde vertretene Ansicht ist hingegen nicht einmal mit ihrem eigenen Vorgehen in Einklang zu bringen. Zwar befindet die belangte Behörde bereits im angefochtenen Bescheid die zweite Umgründung als misslungen. Dennoch greift sie in den Verfahren der Grundlagenbescheide diesen Mangel nicht auf, obwohl dieser auch auf die ersten Umgründungen ausstrahlen müsste. Nicht einmal im – bis zum 29.9.2023 offen gewesenen – Verfahren der *S4* AG & atypisch Stille (RV/1100432 -RV/1100440/2013) wurde auch nur ansatzweise ein Mangel in der ersten Umgründung releviert.

Dort wurde lediglich in der Amtsrevision gegen das Erkenntnis vom 17.7.2023, RV/1100440/2013 (das letztlich aufgrund eines Adressierungsmangels nicht wirksam werden konnte) behauptet, eine überproportionale Verlustzuweisung stelle eine unzulässige rückwirkende Ergebnisverteilung dar. Diese Aussage hat der VwGH im von der Revisionswerberin zitierten Erkenntnis vom 1.6.2017, Ro 2015/15/0017, jedoch nur hinsichtlich eines Ergebnisses getroffen, das in die Gewinnverteilung hätte einbezogen werden sollen, obwohl es vor dem Umgründungstichtag entstanden ist. Derartiges ist im vorliegenden Fall nicht vereinbart.

3.1.4. Zu den Abänderungen gemäß § 295 BAO

Soweit sich die Beschwerde dagegen richtet, dass die belangte Behörde die Feststellungsbescheide 2009 und 2010 gemäß § 295 Abs 1 BAO durch neue ersetzt hat, ist zunächst festzuhalten, dass sich die Tangenten aus der atypisch stillen Beteiligung mit der *S4* AG im Jahr 2009 von -1.530.464,40 Euro im Bescheid vom 9.12.2010 auf -1.387.500 Euro im Bescheid vom 29.11.2012 geändert hat und im Jahr 2010 von -7.942,46 Euro laut Beilage zur Steuererklärung der Bf auf 0 Euro im Bescheid vom 11.12.2012.

Ändert sich die Tangente wegen einer Abänderung (2009) oder erstmaligen Erlassung (2010) des Grundlagenbescheides, ist zwingend (und ohne Ermessen etwa wegen der geringen Höhe der Änderung davon Abstand zu nehmen) der abgeleitete Bescheid amtswegig durch einen neuen zu ersetzen. Da der abgeleitete Bescheid nicht bloß abgeändert wird, sondern gänzlich

außer Kraft tritt und durch einen neuen ersetzt wird, kann die Behörde auch Änderungen vornehmen, die über die bloße Anpassung an den Grundlagenbescheid hinausgehen (VwGH 31.3.2004, 2000/13/0017 mwN).

Allerdings würde die bloße erstmalige Existenz des Grundlagenbescheides – ohne dass dieser zu Änderungen im abgeleiteten Bescheid führte – die belangte Behörde nicht dazu berechtigen, den abgeleiteten Bescheid aus dem Titel des § 295 Abs 1 BAO durch einen neuen zu ersetzen. Die Norm hat nämlich ausschließlich die Funktion, abgeleitete Bescheide mit den Inhalten erstmalig erlassener Feststellungsbescheide oder deren Abänderung oder den Konsequenzen ihrer Aufhebung in Einklang zu bringen (VwGH 9.7.1997, 95/13/0044).

Es besteht weder eine Verpflichtung der Behörde, mit der Erlassung eines abgeleiteten Bescheides bis zur Erlassung bzw Änderung des Grundlagenbescheides zuzuwarten (vgl zB VwGH 28.5.1998, 96/15/0083), noch hat sie mit der Folgeänderung nach § 295 BAO bis zur Rechtskraft des Grundlagenbescheides zuzuwarten – ein solches Zuwarten liegt bloß in ihrem Ermessen (VwGH 20.10.2021, Ra 2020/15/0108; 18.3.1987, 87/13/0002).

Der neue Bescheid ist zwar in vollem Umfang anfechtbar, allerdings nicht mit Gründen, die gegen den vorangegangenen Grundlagenbescheid zu richten gewesen wären (VwGH 28.5.1998, 96/15/0083 mit Hinweis auf *Stoll*, BAO Kommentar, Band 3, 2862 und *Ritz*, BAO, § 295, Tz 8).

Da nach erstmaliger Erlassung der angefochtenen Bescheide ergangene Grundlagenbescheide Änderungen bedingt haben, hatte die belangte Behörde nach § 295 Abs 1 BAO vorzugehen. Die belangte Behörde hat zwar in der Begründung zum Ersatz der ursprünglichen Bescheide auf die Erlassung von Feststellungsbescheiden verwiesen, die zu keinen Änderungen in den abgeleiteten Bescheiden geführt hätten (betreffend *S2* GmbH 2009 bzw *S1* AG 2010), doch ändert das nichts an der Tatsache, dass aufgrund der Änderungen bei der *S4* AG ein Vorgehen nach § 295 BAO geboten und damit rechtmäßig war.

Im Rahmen des vorliegenden Erkenntnisses werden sämtliche Ergebniszurechnungen aus den aktuell bestehenden Grundlagenbescheiden berücksichtigt. Auf allfällige Einwendungen gegen deren Richtigkeit braucht in diesem Verfahren nicht eingegangen zu werden.

Zuletzt strittig war noch, ob teilweise als Sonderbetriebsausgaben ausgewiesene Beträge auf Ebene der atypisch Stillen oder auf Ebene der KG und hier in welchem Ausmaß geltend gemacht werden können. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass das BFG in seinen Erkenntnissen vom 29.9.2023, RV/1100437/2013 und RV/1100440/2013 zur *S4* AG sich der Ansicht der Außenprüfung (Zitat aus dem Bericht siehe oben im Sachverhalt) anschließt.

Damit ist ihr Schicksal aber entschieden. Da im Verfahren der atypisch Stillen klar war, dass es sich insgesamt um steuerlich beachtliche Ausgaben handelt und allein strittig war, ob sie bei

der stillen Gesellschaft als Sonderbetriebsausgaben der Gesellschafter zu erfassen sind, oder erst auf Ebene der Gesellschafter in deren Betrieb als Betriebsausgaben anzusetzen sind, bedarf die Höhe der anzuerkennenden Ausgaben auf Ebene der Gesellschafter keiner Erörterung mehr. Sie sind bei der Bf Betriebsausgaben und fließen in die allgemeine Gewinnermittlung ein.

Auch die weiteren – geringfügigen – Differenzen in der Berechnung von Betriebsausgaben der Bf konnten aus den vorgelegten Mehr-Weniger-Rechnungen aufgeklärt werden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. – „Bescheide“ vom 19.12.2012 und 27.6.2013 (Zurückweisung)

Erledigungen werden dadurch wirksam, dass sie demjenigen bekannt gegeben werden, für den sie ihrem Inhalt nach bestimmt sind. Die Bekanntgabe erfolgt bei schriftlichen Erledigungen durch Zustellung (§ 97 Abs 1 lit a BAO). Anstelle der schriftlichen Ausfertigung kann durch Verordnung des Bundesministers für Finanzen auch eine elektronische Zustellung erfolgen (§ 97 Abs 3 BAO).

Die auf Basis dieser Bestimmung ergangene FinanzOnline-Verordnung (FOnV) regelt allerdings nicht, welche Erledigungen mit FinanzOnline „zugestellt“ werden dürfen. Damit ist es bereits grundsätzlich fraglich, ob die elektronische Übermittlung des Inhaltes von Abgabenbescheiden als Bekanntgabe von Bescheiden zu werten ist (*Ritz/Koran*, BAO⁷, § 97 Rz 12).

Auch dann, wenn man diese Bedenken nicht teilt, und wenn man letztlich konzidiert, dass eine Erledigung, die im Spruch die Bf und ihre Treugeber anführt, ihrem Inhalt nach gerade für diese bestimmt gewesen wäre, so fehlt es letztlich an einer rechtsgültigen Zustellung.

Wesentlich ist für eine erfolgreiche elektronische Zustellung, dass die Daten „in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt“ sind, was „bei FinanzOnline der Zeitpunkt der Einbringung der Daten in die Databox“ ist (270 BlgNR XXIII. GP 13; vgl VwGH 31.7.2013, 2009/13/0105). Dass bei Akteneinsicht im Wege des Einstieges in FinanzOnline der „interne Bescheid“ vom steuerlichen Vertreter der Bf entdeckt worden ist, kann noch nicht als Zustellung angesehen werden; der elektronische Erledigungsentwurf zur Vorbereitung des tatsächlichen Bescheides am Folgetag ist ein „Nochnicht-Bescheid“ und kann daher jederzeit von der Behörde zurückgenommen, abgeändert oder durch eine andere Erledigung ersetzt werden (vgl VwGH 20.3.1989, 88/15/0131; 27.2.1995, 94/16/0010, 0011, 0012).

Außerdem war nie eine Zustellung an die Bf beabsichtigt, und ihre Kenntnis von dem internen Verwaltungsakt am 19.12.2012 führt auch nicht zu einer Heilung eines Zustellmangels durch Zukommen an den tatsächlichen Empfänger iSd § 7 ZustG. Keine Heilung nach § 7 ZustG ist

nämlich möglich, wenn die Zustellverfügung auf einen falschen Empfänger (hier: die belangte Behörde selbst) lautet (st Rspr seit VwGH 17.12.1980, 2942/79, Slg 10.327A, vgl *Ritz/Koran*, BAO⁷ ZustG § 7 Rz 4).

Entscheidend für die Bescheidqualität ist, dass und wie eine Erledigung ihrem Adressaten zugeht. Erfolgt dies nicht oder nicht gehörig, so knüpft sich daran keinerlei Bescheidwirkung (*Althuber/Tanzer/Unger*, BAO-Handbuch, § 92, 288). Somit konnte den Verarbeitungsvorgängen vom 19.12.2012 und 27.6.2013 kein Bescheidcharakter zugemessen werden.

3.3. Zu Spruchpunkt III. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche 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.

Zur Qualifikation betrieblicher Einkünfte im Zusammenhang mit einer Treuhandkonstruktion der vorliegenden Art und zur Frage der nötigen Intensität, mit der Mitunternehmer ihre Kontrollrechte wahrzunehmen imstande sein müssen, fehlt bisher eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Auch existiert zur Reichweite des § 13 Abs 2 UmgrStG bei Zusammenschlüssen und zu den inhaltlichen Ansprüchen an einen Zusammenschlussvertrag keine höchstgerichtliche Rechtsprechung.

Da es sich um Rechtsfragen handelt, die über das konkrete Verfahren hinaus von wesentlichem Interesse sind, war die Revision zuzulassen.

Wien, am 11. Oktober 2023