

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin ***Ri*** in der Beschwerdesache der I AG & atypisch stille Gesellschaft, vertreten durch xx Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung, Straße1, Ort1, über die Beschwerden der atypisch stillen Gesellschafterinnen

1. ***Bf2*** GmbH & Co KG, Straße3, Ort,
2. ***Bf3*** GmbH & Co KG, Straße3, Ort,
3. ***Bf4*** GmbH & Co KG, Straße3, Ort,
4. ***Bf5*** GmbH & Co KG, Straße3, Ort und
5. ***Bf1*** GmbH & Co KG, Straße3, Ort,

alle vertreten durch yy Wirtschaftstreuhand Gesellschaft mbH, Straße2, Ort,

gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch (nunmehr Finanzamt Österreich, § 323 b BAO) vom 11. Dezember 2012 betreffend Feststellung der Einkünfte gemäß § 188 BAO für das Jahr 2010 (der I AG & atypisch stille Gesellschaft) zu Recht erkannt:

- I. Den Beschwerden wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Höhe der gem. § 188 BAO festgesetzten Einkünfte sowie die auf die Beteiligten entfallenden Anteile sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

Gemäß § 101 Abs. 3 BAO sind schriftliche Ausfertigungen, die in einem Feststellungsverfahren an eine Personengesellschaft gerichtet sind (§ 191 Abs. 1 lit. a und c BAO), einer nach § 81 BAO vertretungsbefugten Person zuzustellen. Mit der Zustellung einer einzigen Ausfertigung an diese Person, gilt die Zustellung an alle Beteiligten als vollzogen.

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

Entscheidungsgründe

Einleitung

Vorauszuschicken ist, dass der unabhängige Finanzsenat mit 1. Jänner 2014 gemäß Art. 151 Abs. 1 Z 8 B-VG aufgelöst wurde. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei dieser Behörde anhängigen Verfahren ging auf das Bundesfinanzgericht über. Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind die am 31. Dezember 2013 beim unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen. Im folgenden Text wird bereits die der neuen Rechtslage entsprechende Terminologie verwendet.

Die Beschwerdeführerinnen (in der Folge Bf.) sind im Streitjahr 2010 fünf GmbH & Co KGs, welche an der operativ tätigen I AG & atypisch stille Gesellschaft und an weiteren Gesellschaften als atypisch stille Gesellschafterinnen beteiligt waren. Gesellschafter der Bf. waren als Komplementärin die AP GmbH und als Kommanditistin die XY Treuhand GmbH. Bei der XY Treuhand GmbH handelte es sich um eine Treuhandkommanditistin, die neben ihrem eigenen Kommanditanteil die Kommanditanteile für sämtliche Treugeber (eine Vielzahl natürlicher Personen) treuhändig verwaltete. Zur Bewerbung dieser Anteile wurden Kapitalmarktprospekte aufgelegt. In weiterer Folge gelangte durch Treuhandvereinbarungen Kapital in die Gesellschaft, welches zur Finanzierung in Form der atypischen Beteiligungen an die Zielgesellschaft weitergegeben werden konnte. Im Gegenzug erhielten die Treugeber im ersten Jahr eine Verlustzuweisung bis zu 190 % ihrer Einlage.

I. Verfahrensgang

Mit der am 19.08.2011 elektronisch eingelangten Erklärung 2010 zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der I AG & atypisch stille Gesellschaft wurde bzgl. den atypisch stillen Gesellschafterinnen eine Zurechnung folgender Einkünfte beantragt:

1. ***Bf2*** GmbH & Co KG:

Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -€ 1.123,00,

2. ***Bf3*** GmbH & Co KG:

Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -€ 4.402,47,

3. ***Bf4*** GmbH & Co KG:

Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -€ 6.097,75,

4. ***Bf5*** GmbH & Co KG:

Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -€ 7.942,46,

5. ***Bf1*** GmbH & Co KG:

Verlustzuweisungen in Höhe von -€ 2.470.000,00 und Sonderbetriebsausgaben in Höhe von -€ 255.101,72.

Im Zeitraum von Dezember 2009 bis November 2011 fand betreffend einheitlicher und gesonderter Gewinnfeststellung der Jahre 2008 und 2009 eine Außenprüfung (Bescheid über einen Prüfungsauftrag vom 28. Juni 2011 und Prüfbeginn 12. Juli 2011) bei der I AG & atypisch stille Gesellschaft statt.

Im Zuge der Außenprüfung erfolgte mit E-Mail vom 14. September 2011 eine Fragebeantwortung durch den steuerlichen Vertreter der Bf.. Darin erklärte er im Wesentlichen, dass eine Überprüfung der Vergleichsrechnung zwischen „Rendite vor Steuern“ und „Rendite nach Steuern“ durchgeführt und als Anhang beigelegt worden sei. In diesen Berechnungen zeige sich, dass die „Rendite nach Steuern“ bei weitem weniger als das Doppelte der „Rendite vor Steuern“ ausmache.

Am 7. Oktober 2011 erfolgte eine Einvernahme des Vorstandes der Zielgesellschaft (I AG) - unter anderem zur unterschiedlichen Regelung des § 2 des Zusammenschlussvertrages. Einerseits sei die Errechnung der Beteiligungsquote aus der Relation zwischen Einlagebetrag und Verkehrswert des Unternehmens geregelt, welche sowohl für den Gewinn und Verlust als auch für die Abschichtung zugrunde zu legen sei. Andererseits bestehe für Verluste im Jahr des Eingehens der Beteiligung sowie folgende Jahre eine davon abweichende Regelung, die es den Treugebern ermögliche, bis zu 190 % der Einlage zugewiesen zu bekommen. Nach Aussage des Vorstandes sei die Höhe bzw. Regelung der Verlustzuweisung von Seiten des Beteiligungsgebers nicht verhandelbar gewesen.

Nach detaillierten Ausführungen des bundesweiten Fachbereiches für Einkommen- und Körperschaftssteuer vom 31. August 2012 und nach Schlussbesprechung vom 12. Oktober 2012 wurden im Bericht über das Ergebnis der abgabenbehördlichen Prüfung in hier interessierender Hinsicht folgende steuerlichen Feststellungen getroffen:

„TZ 1. Sonderbetriebsausgaben

a) Sachverhalt:

...

b) Steuerliche Würdigung:

Bei den angeführten „Modellentwicklungsaufwendungen“ handelt es sich um von der AbisJ GmbH & Co KG an Dritte geleistete Ausgaben. Die AbisJ übt zwar selbst keine betriebliche Betätigung aus, sie ist jedoch an betriebsführenden Gesellschaften als atypisch stille Gesellschafterin beteiligt. Diese Beteiligung stellt eine Mitunternehmerbeteiligung dar, über die auch der AbisJ die (ertragsteuerliche) Stellung einer Mitunternehmerschaft vermittelt wird. Die einzelnen Aufwendungen für die Modellentwicklung sind daher im Betrieb der steuerlichen Mitunternehmerschaft AbisJ als Betriebsausgabe zur berücksichtigen und nicht anteilig bei den einzelnen „Zielgesellschaften“, an denen sich die AbisJ GmbH & Co KG als atypisch stille Gesellschafterin beteiligt.

c) Steuerliche Auswirkungen:

...

TZ 2. Verlustzuweisungen an atypisch stille Gesellschafter – Nichtausgleichsfähigkeit gem. § 2 Abs. 2a EStG 1988

a) Sachverhalt

...

b) Steuerliche Würdigung**Allgemeines**

...

Im gegenständlichen Fall liegt zweifellos eine modellhafte Gestaltung in der Form vor, dass dem einzelnen Anleger bei AbisJ aufgrund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten wird, in der Anfangsphase seiner Investition Verluste mit übrigen positiven Einkünften zu verrechnen und damit einen Steuerspareffekt zu erzielen. Durch die rückwirkende Beteiligung wird dem Anleger im Zeitpunkt des Eingehens seiner Beteiligung der Verlust von nahezu 200% seiner Einlage de facto garantiert (detaillierte Darstellung siehe dazu oben), was bei nahezu allen Anlegern zur Folge hat, dass die Einlage zur Gänze über die Einkommensteuergutschrift/-minderung finanziert wird.

Typischerweise werden derartige Anlegermodelle mittels eines Anlegerprospektes oder in vergleichbarer Weise (zB Anlegerberatungsbögen) am Markt angeboten. Ebenso typisch ist, dass die Modellinitiatoren den potenziellen Anlegern im Rahmen eines solchen Modells ein vorgefertigtes Bündel an Haupt-, Neben- und Zusatzleistungen zur Verfügung stellen, wodurch einerseits das Risiko für die Anleger minimiert und andererseits der Steuerspareffekt bereits bei Eingehen der Beteiligung fixiert und gesichert ist.

Auch im gegenständlichen Fall wurden von AbisJ Anlegerinformationen aufgelegt („Exklusive Beteiligungen für private Kapitalgeber“), im Rahmen derer das Anlagemodell für potenzielle Zeichner dargestellt wird. Es werden darin u.a. die Zielgesellschaften angeführt, an denen sich AbisJ beteiligt. Es findet sich in der Anlegerinformation kein konkreter Hinweis auf eine Steuerersparnis, unter Pkt. „Besonderheiten“ wird lediglich angeführt: „Der Anleger kann seine Einlage steuerlich geltend machen. Damit reduziert sich das steuerliche Ergebnis des Anlegers.

Der Vorteil: Die Beteiligung schmälert nicht in vollem Umfang das Portemonnaie des Anlegers“. Aus den niederschriftlichen Aussagen des Vorstandes der I AG ist klar erkennbar, dass es zentrale Strategie sämtlicher Beteiligungsmodelle AbisJ ist, sich an solchen Zielkapitalgesellschaften zu beteiligen, die im Jahr der Beteiligung Verlustzuweisungen in Höhe von nahezu 200 % der atypisch stillen Einlage an AbisJ garantieren können, ja, dass das Eingehen einer Beteiligung durch AbisJ an einer Zielgesellschaft von einer vorrangigen Verlustzuweisung in der von den Modellinitiatoren geforderten Höhe abhängig gemacht wird.

Denn erst dadurch kann das Anlagekonzept von AbisJ umgesetzt werden, durch Verlustzuweisungen an die Treugeber in Höhe von nahezu 200% deren „Treuhandkommanditeinlage“ zur Gänze über die Einkommensteuergutschriften zu finanzieren und den tatsächlichen Mitteleinsatz der „Treuhandanleger“ im Jahr ihrer Beteiligung fast auf NULL zu minimieren.

Eine wirtschaftliche Begründung der überproportionalen Verlustzuweisungen an AbisJ als atypisch stille Gesellschafterin im jeweils ersten Jahr der Beteiligung (etwa Abgeltung von Verlusten der Vorjahre durch neu eintretende Gesellschafter, udgl.), konnte seitens des Vertreters der AbisJ gegenüber der Betriebsprüfung nicht plausibel dargestellt werden. Es ist objektiv - bei Außerachtlassung des steuerlichen Vorteils - nicht nachvollziehbar, dass jemand, der sich mit einer Kapitaleinlage an einem Unternehmen beteiligt, zusätzlich freiwillig Verluste übernimmt, die in weiterer Folge sein Kapitalkonto und damit zwangsläufig verbunden auch das bei seinem späteren Ausscheiden zu berechnende und auszuzahlende Abfindungsguthaben in dieser Höhe mindern. Eine anderweitige vermögensmäßige Berücksichtigung dieser zusätzlichen (überproportionalen) Verlustübernahme durch die atypisch stille Gesellschafterin ist bei Errechnung von deren Substanzbeteiligungsquote (Basis dafür bildet ein Verkehrswertgutachten über das Unternehmen des Geschäftsherrn) nicht erfolgt.

...

Es wurde im konkreten Fall eine Bewerbung der Beteiligungen mit Steuervorteilen nicht festgestellt. Die Vertragsgestaltungen und tatsächlichen Vorgehensweisen bei der Konzeption und Abwicklung der Modelle lassen jedoch einzig den Schluss zu, dass zentraler Inhalt der AbisJ-Beteiligungsmodelle das Erzielen einkommensteuerlicher Vorteile durch Verlustzuweisungen ist.

Bei einer Verlustzuweisung von nahezu 200 % der Einlage im Jahr des Eingehens der Beteiligung wird die gesamte Investition des Anlegers über seine Einkommensteuerminderung finanziert.

Dass auch der subjektive Wille der Modellinitiatoren auf das Erzeugen von Verlusten in der ausgewiesenen Höhe gerichtet war, ist aus der gesamten Vorgehensweise bei der Abwicklung der Verlustmodelle abzuleiten. Wenn es Bedingung für das Eingehen einer atypisch stillen Beteiligung (für die Investition von Anlegerkapital in Unternehmensbeteiligungen) ist, dafür im Jahr der Beteiligung 190 % der Kapitaleinlage, abweichend von der Substanzbeteiligungsquote an Verlust zu erhalten, ist davon auszugehen, dass bei der Auswahl der Zielgesellschaften, sprich bei der Investition des Anlegerkapitals, nicht primär unternehmerische Überlegungen im Vordergrund standen, sondern diese Auswahl primär von der Möglichkeit des Erzielens steuerlicher Vorteile durch Verlustzuweisungen und daraus resultierenden Einkommensteuerminderungen der Anleger geprägt wurde. Diese Vorgehensweise ist jedenfalls einer Bewerbung einer Beteiligung mit steuerlichen Vorteilen als gleichwertig anzusehen, es ist der subjektive Wille auf Erzielung von Steuervorteilen durch Verlustzuweisungen durch diese beschriebene Vorgehensweise geradezu zwingend zu unterstellen.

Die an AbisJ zugewiesenen Verluste aus der atypisch stillen Beteiligung an I AG sind daher gem. § 2 Abs. 2a EStG 1988 nicht ausgleichs- und vortragsfähig.

...“

Mit Bescheid über die Feststellung von Einkünften gem. § 188 BAO für das Jahr 2010 vom 11. Dezember 2012 wurde den atypisch stillen Gesellschafterinnen Einkünfte wie folgt zugerechnet:

1. ***Bf2*** GmbH & Co KG: € 0,00,
2. ***Bf3*** GmbH & Co KG: € 0,00,
3. ***Bf4*** GmbH & Co KG: € 0,00,
4. ***Bf5*** GmbH & Co KG: € 0,00,
5. ***Bf1*** GmbH & Co KG: ein Betrag von -€ 2.470.000,00 als Verlustzuweisung - wobei angeführt wurde, dass diese als nicht ausgleichsfähige Verluste (eigener Betrieb) im Betrag von € 2.470.000,00 bei der Veranlagung der Bf. zu berücksichtigen sind - zugerechnet. Der Abzug von Sonderbetriebsausgaben wurde nicht anerkannt.

Begründend wurde ausgeführt, dass hinsichtlich der Abweichung von der Steuererklärung auf die Begründung des Vorjahresbescheides verwiesen werde.

Mit **Schreiben vom 27. Dezember 2012** (ergänzenden Begründung vom 31. Jänner 2013) erhoben die Bf. durch ihre steuerliche Vertretung Beschwerde gegen den Bescheid betreffend Feststellung von Einkünften für das Jahr 2010. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht:

Zu Punkt 1: Modellentwicklungsaufwendungen – Sonderbetriebsausgaben:

Die Bf. verfügen über keinen eigenen operativen Betrieb, sondern erzielen die Einkünfte aus Gewerbebetrieb lediglich durch die Beteiligungen an den atypisch stillen Gesellschaften, die operativ tätig seien gemäß der sogenannten Abfärbetheorie. Der tatsächliche Zweck aller Kommanditgesellschaften sei die Verwaltung von Beteiligungen. Gemäß Stoll, BAO-Kommentar, Band 2, Seite 2001 (basierend auf dem VwGH-Erkenntnis vom 24.1.1973, 424/71) sei in der Gewinnfeststellung in Bezug auf den einzelnen Gesellschafter (aus der Einheitlichkeit heraus mit Wirkung für und gegen die Gemeinschaft und die Beteiligten) abzusprechen, wie etwa über Ausgaben des einzelnen Gesellschafters im **Interesse des eigenen Gesellschaftsanteiles** (vgl. Stoll, BAO-Kommentar, Band 2, Seite 2001). Wenn somit nur aufgrund des Abfärbens der atypisch stillen Beteiligungen Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorlägen, könnten die Modellaufwendungen daher nur im Zusammenhang mit diesen Beteiligungen stehen. Würden nun aber die Aufwendungen mit der Stellung als atypisch stiller Gesellschafter zusammenhängen, dann seien die Aufwendungen im Interesse des eigenen Gesellschaftsanteiles auf Ebene des Feststellungsverfahrens der atypisch stillen Gesellschaft zu berücksichtigen.

Sohin seien die „Modellentwicklungsaufwendungen“ im Interesse des eigenen Gesellschaftsanteiles auf Ebene des Feststellungsverfahrens der atypisch stillen Gesellschaften zu berücksichtigen und entsprechend dem Verhältnis der Einlagen aufzuteilen und der jeweiligen Beteiligung zuzuordnen.

Zu Punkt 2: Verlustzuweisungen an die atypisch stille Gesellschafterinnen - Nichtausgleichsfähigkeit gem. § 2 Abs. 2a EStG 1988

Gegen eine Subsumierung des gegenständlichen Sachverhaltes unter § 2 Abs. 2a EStG 1988 spreche:

Die I AG sei unstrittigerweise - wie das Finanzamt selbst festgestellt habe - im Bereich der Forschung tätig und erziele seit Jahren Jahresverluste. Würden die gewünschten Forschungsergebnisse gar nicht oder nicht im erforderlichen Zeitraum realisiert, bestehe die Gefahr, dass die I AG die atypisch stille Einlage nie mehr zurückzahlen könne. Umgekehrt könnten im Falle des Erreichens der Forschungsziele mit der atypisch stillen Beteiligung

Renditen erzielt werden, die ein Vielfaches der Einlage betragen würden. Schon allein aus diesem Grund der Risikobeurteilung der Beteiligung könne jedenfalls nicht von einem im Vordergrund stehenden steuerlichen Vorteil ausgegangen werden.

Zentrales Element der Verhandlungen im Zuge des Abschlusses der atypisch stillen Beteiligungen sei die Wertbestimmung der I AG und damit das Beteiligungsverhältnis der Investoren gewesen. Es entspreche nicht den Tatsachen, dass beim Abschluss der atypisch stillen Beteiligungen nur darauf abgestellt worden sei, möglichst hohe Verluste zu lukrieren. Im Vordergrund stehendes Motiv der Beteiligung an der I AG sei die Möglichkeit gewesen, den Kapitaleinsatz tatsächlich zu vervielfachen. Gegen das Argument, dass der steuerliche Vorteil im Vordergrund stehe, spreche, dass es entgegen der Erwartungshaltung zu einem Totalverlust der Einlage z.B. infolge eines Konkurses kommen könne. Dies führe auf Ebene des Treugebers auch unter Berücksichtigung von Steuern zu einem realen Verlust. Sollte sich hingegen die Beteiligung umgekehrt sehr gut entwickeln, seien die anfangs zugewiesenen Verluste im Zuge der Abschichtung bzw. des Verkaufes wieder nachzuversteuern und auch die Differenz zwischen der Einlage und dem tatsächlichen Verkaufspreis oder Abschichtungswert steuerpflichtig. Auch bei einer Abschichtung lediglich im Betrag der Einlage seien sämtliche Verlustzuweisungen im Zuge der Abschichtung bzw. des Verkaufes wieder nachzuversteuern.

Zudem sei zu beachten, dass nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich vom Erzielen steuerlicher Vorteile gesprochen werde. Selbst wenn dem Gesetzeswortlaut folgend das Erzielen steuerlicher Vorteile dann zu vermuten sei,

- wenn der Erwerb derartiger Beteiligungen allgemein angeboten werde und
- auf 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 würden,

sei für den gegenständlichen Fall für die Sichtweise des Finanzamtes nichts zu gewinnen.

Denn im gegenständlichen Fall sei aus dem Renditevergleich ersichtlich, dass die Rendite nach Steuern auf keinen Fall mehr als das Doppelte der Rendite vor Steuern betrage und somit auch aus diesem Grund § 2 Abs. 2a EStG 1988 jedenfalls nicht anwendbar sei.

Unter Hinweis auf die detaillierten Ausführungen des bundesweiten Fachbereiches für Einkommen- und Körperschaftssteuer in der Stellungnahme vom 31. August 2012 und der Feststellung, die in dieser Stellungnahme vertretene Rechtsmeinung vollinhaltlich zu teilen, legte das Finanzamt am 5. März 2012 die Beschwerde - ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung (§ 276 BAO idF BGBl I 2009/20) - dem BFG (vormals UFS) vor.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Strittig ist, ob eine anteilige Berücksichtigung der „Modellentwicklungskosten“, welche durch die Entwicklung des Anlagemodells verursacht und von den stillen Gesellschafterinnen getragen wurden, als Sonderbetriebsausgaben in der Zielgesellschaft möglich ist und ob der den atypisch stillen Gesellschafterinnen zugewiesene Verlust in Höhe von 190 % ihrer Einlage ausgleichsfähig ist bzw. ob die Verlustverwertungsbeschränkung nach § 2 Abs. 2a EStG greift.

1. Sachverhalt

1.1 Gesellschaftsstruktur und -beziehungen – Verträge - Verlustzuweisung

Zu den Bf.:

- *****Bf2*** GmbH & Co KG:** Die stille Gesellschafterin wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 3. Juli 2008 gegründet. Sie ist unter der Steuernummer 444 und im Firmenbuch unter 44 erfasst. Am 29. Dezember 2008 schloss die Bf. mit der I AG einen Zusammenschlussvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab. Mit Ablauf des Stichtages 31. März 2008 erfolgte rückwirkend ein Verkehrswertzusammenschluss mit Buchwertfortführung gem. Art IV UmgrStG.
- *****Bf3*** GmbH & Co KG:** Die Bf. wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 24. Oktober 2008 gegründet. Sie ist unter der Steuernummer 555 und im Firmenbuch unter 55 erfasst. Am 23. Juni 2009 schloss die Bf. mit der I AG einen Zusammenschlussvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab. Mit Ablauf des Stichtages 30. September 2008 erfolgte rückwirkend ein Verkehrswertzusammenschluss mit Buchwertfortführung gem. Art IV UmgrStG.
- *****Bf4*** GmbH & Co KG:** Die Bf. wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 15. April 2009 gegründet. Sie ist unter der Steuernummer 666 und im Firmenbuch unter 66 erfasst. Am 22. Dezember 2009 schloss die Bf. mit der I AG einen Zusammenschlussvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab. Mit Ablauf des Stichtages 31. März 2009 erfolgte rückwirkend ein Verkehrswertzusammenschluss mit Buchwertfortführung gem. Art IV UmgrStG.
- *****Bf5*** GmbH & Co KG:** Die Bf. wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 4. November 2009 gegründet. Sie ist unter der Steuernummer 777 - und im Firmenbuch unter 77 erfasst. Am 25. Juni 2010 schloss die Bf. mit der I AG einen Zusammenschlussvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab. Mit Ablauf des Stichtages 30. September 2009 erfolgte rückwirkend ein Verkehrswertzusammenschluss mit Buchwertfortführung gem. Art IV UmgrStG.
- *****Bf1*** GmbH & Co KG:** Die Bf. wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 18. Mai 2010 gegründet. Sie ist unter der Steuernummer 888 und im Firmenbuch unter 88 erfasst. Am 23. Dezember 2010 schloss die Bf. mit der I AG einen Zusammenschlussvertrag über die

Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab. Mit Ablauf des Stichtages 31. März 2010 erfolgte rückwirkend ein Verkehrswertzusammenschluss mit Buchwertfortführung gem. Art IV UmgrStG.

Es handelt sich um Gesellschaften mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaften (GmbH & Co KG) – eine Sonderform der Kommanditgesellschaft (KG) und daher um Personengesellschaften. Gegenstand der Unternehmen ist der Erwerb, die Veräußerung und die Verwaltung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen, gleichgültig in welcher Gesellschaftsform.

Komplementärin und unbeschränkt haftende Gesellschafterin ist die AP GmbH. Sie ist Firmenbuch unter 33 erfasst.

Kommanditistin ist die XY und Treuhand GmbH, eingetragen im Firmenbuch unter 22. Hierbei handelt es sich um eine Treuhandkommanditistin, die neben ihrem eigenen Kommanditanteil die Kommanditanteile für sämtliche Treugeber (Vielzahl natürlicher Personen) treuhändig verwaltete.

Sämtliche Anteile der AP GmbH und der XY und Treuhand GmbH hält die XYZ GmbH. Sie ist im Firmenbuch unter 99 erfasst.

Die I AG ist eine kleine Aktiengesellschaft im Sinne des § 221 UGB und hat ihren Sitz in Ort4, BL. Sie ist unter der Steuernummer 111 und im Firmenbuch unter 11 erfasst. Gegenstand des Unternehmens ist unter anderem die Entwicklung, Produktion und der Vertrieb von berührungslosen, elektronischen Identifikationssystemen und der Handel mit Waren aller Art. Sie ist operativ im Entwicklungs- und Forschungsbereich tätig. Als Vorstand war in den Streitjahren Person bestellt. Dieser vertrat die Gesellschaft seit 1. Jänner 2006 selbständig. Die Bilanz zum 31. Dezember 2009 wies als Bilanzverlust einen Betrag von € - 24.554.355,87 (davon Verlustvortrag € - 19.369.631,58) aus. Unbestritten ist, dass die Zielgesellschaft zum Zeitpunkt des Zusammenschlussvertrages einen dringenden Kapitalbedarf hatte.

Zusammenschlüsse in 2010 - Zusammenschlussvertrag – „Errichtung stille Gesellschaft“ – *Bf1*** GmbH & Co KG**

Die mit Zusammenschlussvertrag vom 23. Dezember 2010 rückwirkend (Stichtag 31.03.2010) errichtete I AG & atypisch stille Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit errichtet und frühestens kündbar mit 31. Juni 2016 unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist. Bezüglich der Kündigung ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Gesellschaftsvertrag vom 13. Mai 2010 unter § 12 und auch im Kapitalmarktprospekt unter Punkt 2.27 eine früheste Kündigung erst mit 31. Dezember 2021 unter Einhaltung einer sechsmonatigen Frist vorgesehen ist.

Laut § 1 des Vertrages stellt die Bf. als atypisch stille Gesellschafterin und Beteiligungsgeberin eine Einlage, welche dem wirtschaftlichen Eigenkapital des Beteiligungsnehmers (I AG)

zugerechnet wird, von zumindest € 1.000.000,00 bis zu € 1.500.000,00 zur Verfügung. Geleistet wurde tatsächlich eine Einlage von gesamt € 1.300.000,00. Eine Nachschussverpflichtung besteht nicht, insbesondere auch nicht im Falle einer Insolvenz.

Die Untergrenze der Einlage in Höhe von € 1.000.000,00 wurde von der Zielgesellschaft als Bedingung für den Abschluss dieses Vertrages gestellt. Die Obergrenze wurde von der atypisch stillen Gesellschaft festgelegt. Eine Fixierung eines bestimmten Betrages im Vertrag erfolgte nicht.

Gem. § 2 des Vertrages ist die atypisch stille Gesellschafterin am gesamten Unternehmenswert einschließlich Firmenwert und stiller Reserven zum Stichtag des Ausscheidens entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis beteiligt. Die Beteiligungsquote beträgt 2,09 % und ist der Gewinn- und Verlustverteilung als auch der Abschichtung zugrunde zu legen. Sie ergibt sich ausgehend vom einvernehmlich zugrunde gelegten Verkehrswert des Beteiligungsnehmers in Höhe von € 70.143.518,50 zum Stichtag des Zusammenschlusses, bezogen auf eine Einlage von € 1.500.000,00. Sie ist sowohl der Gewinn- und Verlustzuweisung als auch der Abschichtung zugrunde zu legen. Abweichend von der Beteiligungsquote erfolgt die Verlustzuweisung vorrangig an die stille Gesellschafterin. Sie ist mit 190 % der geleisteten Einlage von der stillen Gesellschafterin begrenzt. Als „Gewinn und Verlust“ gilt der Jahresüberschuss/-fehlbetrag gemäß § 231 Abs. 2 Z 22 UGB zuzüglich der Steuern vom Einkommen und Ertrag gemäß § 231 Abs. 2 Z 22 UGB (Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit).

Bezogen auf die tatsächlich geleistete Einlage von gesamt € 1.300.000,00 ausgehend vom einvernehmlich zugrunde gelegten Verkehrswert der I AG in Höhe von € 70.143.518,50 zum Stichtag des Zusammenschlusses – beträgt die Beteiligungsquote jedoch 1,8196 %.

Nach § 5 des Vertrages ist die atypisch stille Gesellschafterin nicht an der Geschäftsführung beteiligt. Es stehen ihr jedoch nach § 6 des Vertrages Kontrollrechte gem. § 118 UGB und § 183 UGB unter Ausschluss des Abs. 2 zu.

Gem. § 9 ist die Bf. ab dem 31. Dezember 2013 berechtigt, die stille Beteiligung zur Gänze oder in Teilen zu veräußern und an Dritte zu übertragen.

Im Falle des Ausscheidens ist der Unternehmenswert nach § 11 des Vertrages unter Anwendung der Ertragswertmethode nach dem DCF-Verfahren oder nach einer, von den Vertragsparteien einvernehmlich festgesetzten Bewertungsmethode zu ermitteln.

Gesellschaften mit gleicher Beteiligungs- sowie Gesellschafterstruktur, welche im Prüfzeitraum (2008 bis 2009) an der operativ tätigen I AG als atypisch stille Gesellschafter beteiligt waren:

2008:

Bf2 GmbH & Co KG

Bf3 GmbH & Co KG

2009:

Bf2 GmbH & Co KG

Bf3 GmbH & Co KG

Bf4 GmbH & Co KG

Bf5 GmbH & Co KG

Zu den Ausführungen zu den rückwirkend errichteten Zusammenschlussverträgen wird auf die Ausführungen in der Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100433/2013 (***Bf2*** GmbH & Co KG und ***Bf3*** GmbH & Co KG) und in der Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100437/2013 (***Bf4*** GmbH & Co KG und ***Bf5*** GmbH & Co KG) verwiesen.

Eine Fremdkapitalaufnahme, um in die atypisch stille Beteiligungen an der Zielgesellschaft zu investieren, erfolgte nicht.

1.2. Sonderbetriebsausgaben

In der elektronisch eingelangten Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der I AG & atypisch stille Gesellschaft für das Jahr 2010 wurden von den einzelnen atypisch stillen Gesellschafterinnen Sonderbetriebsausgaben in Abzug gebracht:

1. ***Bf2*** GmbH & Co KG: -€ 1.123,00
2. ***Bf3*** GmbH & Co KG: -€ 4.402,47
3. ***Bf4*** GmbH & Co KG: -€ 6.097,75
4. ***Bf5*** GmbH & Co KG: -€ 7.942,46
5. ***Bf1*** GmbH & Co KG: -€ 255.101,72

Hierbei handelte es sich um anteilige Kosten aus der „Modellentwicklung“, welche bei der atypisch stillen Gesellschafterin angefallen sind. Hierzu zählen Initialisierungsaufwand, Verkehrssteuern, laufender Verwaltungsaufwand und Gebühren.

Errechnet wurden die Sonderbetriebsausgaben aus dem steuerlichen Ergebnis bzw. den Aufwendungen, welche in der Gewinn- und Verlustrechnung der Bf. ersichtlich waren.

*****Bf1*** GmbH & Co KG:**

Aufstellung der Aufwendungen laut Gewinn und Verlustrechnung der ***Bf1*** GmbH & Co KG für das Jahr 2010:

	€
Initialisierungsaufwand	953.230,00
Verkehrssteuern	65.750,00
Lfd. Verwaltungsaufwand	40.555,20
Sonstiges	118,08
BMGL Sonderausgaben	1.059.653,28

Von dieser Bemessungsgrundlage erfolgte in weiterer Folge eine anteilige Geltendmachung im Verhältnis der Beteiligung.

Berechnung des Verhältnisses der Beteiligung:

Finanzanlagen	€ 5.400.000,00
davon an der I AG	€ 1.300.000,00
Verhältnis in %	24,07 %

Zusammensetzung des Initialisierungsaufwandes:

		Leistung	€	Zahlung erfolgt an:
1	6 %	Für die Vermittlung des Kapitalanteils gem. 2.14 Kapitalmarktprospekt	394.440,00	Komplementärin
2	3 %	Strukturierungsfee	197.220,00	Komplementärin
3	5 %	Einmalige Vergütung	328.700,00	Treuhandkommanditistin
4	0,5 %	Übertragung von Veranlagungen	32.870,00	Treuhandkommanditistin
	14,50 %	Initialisierungsaufwand gesamt	953.230,00	

Der verbuchte Initialisierungsaufwand beträgt **14,5 %** des von den Gesellschaftern bzw. von den Treugeberkommanditisten zur Verfügung gestellten Kapitals in Höhe von € 6.574.000,00.

Erläuterungen zur Berechnung des Initialisierungsaufwandes:

1. Die Komplementärin erhält für die Vermittlung des zu platzierenden Kommanditkapitals eine einmalige Vergütung in Höhe von 6 % des platzierten Kommanditkapitals zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer. Die Vergütung ist bei Eintragung ins Firmenbuch fällig (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14).

2. Weiters erhält sie für sämtliche Leistungen in Zusammenhang mit der Konzeption, Entwicklung und Strukturierung des Beteiligungsangebots, für die Erstellung des Kapitalmarktprospektes und für Marketing- und Öffentlichkeitsarbeit sowie zur Abgeltung der mit der Gründung der Gesellschaft verbundenen Kosten eine einmalige Vergütung in Höhe von 3 % des platzierten Kommanditkapitals zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer (= Strukturierungsfee) (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14).
3. Die Treuhandkommanditistin erhält für die Übernahme der Kommanditeinlage eine einmalige Vergütung in Höhe von 5 % des gezeichneten Kapitals zuzüglich Umsatzsteuer (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14).
4. Vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14.

Der laufende Verwaltungsaufwand setzt sich 2010 wie folgt zusammen:

			€	Zahlung erfolgt an
1		Gesellschaftsteuer (1 % von € 6.575.000,00)	65.750,00	Finanzamt für die Treugeber
2	0,16 %	Verwaltung der Einlagen pro Quartal	31.555,20	Treuhandkommanditistin
3		GF-Vergütung pro Quartal € 3.000,00	9.000,00	Komplementärin
		Sonstiges (Gebühren, Spesen, etc.)	118,08	
		Verwaltungsaufwand gesamt	106.423,28	

Erläuterungen zum Verwaltungsaufwand:

1. Der Erwerb von Anteilen an einer inländischen Gesellschaft unterliegt der Gesellschaftsteuer in Höhe von 1 %. Die Gesellschaftsteuer wird dem **Treugeber verrechnet** und von der Gesellschaft (Komplementärin) als Steuerschuldner an das Finanzamt abgeführt (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.11).
2. Die Treuhandkommanditistin erhält für die Verwaltung der Einlagen ein Honorar in Höhe von 0,16 % des bestehenden Gesellschaftskapitals zum Ende jeden Quartals (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14).
3. Die geschäftsführende Komplementärin erhält für die Geschäftsführung und Haftung eine Vergütung von € 1.000,00 pro Monat zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer (vgl. Kapitalmarktprospekt Punkt 2.14).

Berechnung der anteilig im Jahr 2010 in Abzug gebrachten Sonderbetriebsausgaben –

Bf1 GmbH & Co KG:

	2010
Initialisierungsaufwand gesamt	€ 953.230,00
Verwaltungsaufwand gesamt	€ 106.423,28
BMGL Sonderbetriebsausgabe	€ 1.059.653,28
24,07 %	
SBA anteilig (Beteiligung I AG)	€ 255.101,72

In den Erklärungen zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungen der I AG & atypisch stille Gesellschaft 2010 wurden von den anderen atypisch stillen Gesellschafterinnen folgende Sonderbetriebsausgaben in Abzug gebracht:

- ***Bf2*** GmbH & Co KG:
Verhältnis der Beteiligung:
36,53 % von € -3.074,19 (lt. GuV: Verwaltungsaufwand gesamt):
Anteilige Geltendmachung: **€ -1.123,00**
Hinsichtlich der Berechnung des Verhältnisses der Beteiligung wird auf die Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100433/2013 verwiesen.
- ***Bf3*** GmbH & Co KG:
Verhältnis der Beteiligung: 27,03 %
27,03 % von € -16.287,35 (lt. GuV: Verwaltungsaufwand gesamt):
Anteilige Geltendmachung: **€ -4.402,47**
Hinsichtlich der Berechnung des Verhältnisses der Beteiligung wird auf die Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100433/2013 verwiesen.
- ***Bf4*** GmbH & Co KG:
Verhältnis der Beteiligung: 26,69 %
26,69 % von € -22.846,47 (lt. GuV: Verwaltungsaufwand gesamt):
Anteilige Geltendmachung: **€ -6.097,75**
Hinsichtlich der Berechnung des Verhältnisses der Beteiligung wird auf die Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100437/2013 verwiesen.
- ***Bf5*** GmbH & Co KG:
Verhältnis der Beteiligung: 37,69 %
37,69 % von € - 21.073,12 (lt. GuV: Verwaltungsaufwand gesamt):
Anteilige Geltendmachung: **€ -7.942,46**

Hinsichtlich der Berechnung des Verhältnisses der Beteiligung wird auf die Entscheidung des BFG vom 29.9.2023, RV/1100437/2013 verwiesen.

Die Verwaltungsaufwendungen setzen sich aus Aufwendungen im Zusammenhang mit der Geschäftsführervergütung, dem Honorar für die Verwaltung der Einlagen und sonstige Aufwendungen zusammen.

Wie oben dargestellt, handelt es sich somit bei den geltend gemachten Sonderbetriebsausgaben um Aufwendungen, welche die Bf. an ihre Gesellschafter bzw. im Fall der Gesellschaftsteuer für die Treugeber an das Finanzamt leistete. Ein Zusammenhang mit etwaigen Leistungsbeziehungen zwischen den Bf. und der I AG & atypisch stille Gesellschaft ist nicht erkennbar.

1.3. Verlustzuweisungen an atypisch stille Gesellschafter

Kapitalmarktprospekt

Für alle fünf Bf. wurden Kapitalmarktprospekte von der Komplementärin aufgelegt. Hierin werden die gesetzlichen Angaben zum Beteiligungsangebot an die Bf. angeführt und die Beteiligungen beworben.

Der Kapitalmarktprospekt der ***Bf2*** GmbH & Co KG wurde am 23. Juli 2008, jener der ***Bf3*** GmbH am 23. Jänner 2009, der der ***Bf4*** GmbH & Co KG am 24. April 2009, jener der ***Bf5*** GmbH & Co KG am 10. Dezember 2009 und jener der ***Bf1*** GmbH & Co KG am 28. Juni 2010 aufgelegt.

Wesentlicher Inhalt der Kapitalmarktprospekte:

Zuerst wird in einer einseitigen Zusammenfassung den privaten Anlegern (Treugebern) das Beteiligungsangebot präsentiert, sich über einen Treuhänder als Gesellschafter an der betreffenden Bf. zu beteiligen. Unter anderem werden die außerordentlichen Renditechancen, welche durch eine Beteiligung am sogenannten „Venture Capital“ – Risikokapital entstehen können und die damit verbundenen Risiken ausgeführt. Ausführungen zu steuerlichen Auswirkungen werden hierbei nicht gemacht. Im Kapitalmarktprospekt der ***Bf1*** GmbH & Co KG wird zudem darauf hingewiesen, dass rechtliche, steuerliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen während der Laufzeit dieser langfristigen Beteiligung sich ändern können. Mit der Folge, dass weitere rechtliche wirtschaftliche Risiken, die zum Zeitpunkt der Prospekterstellung noch nicht erkennbar sind, auftreten können oder realisiert werden.

Nach einem dreiseitigen Inhaltsverzeichnis folgen fünfzehn Seiten mit Angaben zur Veranlagung, den Emittenten, der Depotbank und sonstige Angaben zur Veranlagung.

Auf Seite 10 unter Punkt 2.4 der Kapitalmarktprospekte ***Bf5*** GmbH & Co KG und ***Bf1*** GmbH & Co KG wird darauf hingewiesen, dass wenn das Gesellschaftskapital bis 30. Juni 2010 nicht zumindest € 500.000,00 beträgt, der geschäftsführende Gesellschafter berechtigt ist, mit Wirkung für alle Gesellschafter und ohne das Erfordernis der Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Gesellschaft gemäß § 16 Gesellschaftsvertrag zu beenden und zu liquidieren. In den Kapitalmarktprospekten der übrigen Bf. ist diese Passage nicht enthalten.

Auf Seite 11 und 12 unter Punkt 2.11 wird auf die Themen „Qualifizierung der Tätigkeit als Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Mitunternehmerschaft, Problematik des § 2 Abs. 2a EStG 1988, Liebhaberei, Nachversteuerung eines negativen Kapitalkontos bei Ausscheiden“ ausführlich eingegangen.

Auf Seite 15 unter Punkt 2.22 wird darauf hingewiesen, dass die Komplementärin auf Beteiligungen an ausgewählten innovativen, expansions- und wachstumsorientierten Unternehmen spezialisiert ist. Einerseits besteht die Möglichkeit, hohe Renditen zu erwirtschaften und andererseits stehen diesen auch hohe Risiken gegenüber. Insbesondere in den ersten Jahren könnten hohe Anlaufverluste entstehen, die bis zu einem Totalverlust der Kommanditeinlage der Treugeber führen könnten. Es wird auch darauf hingewiesen, dass eine betragsmäßige genaue Angabe der Wertentwicklung der Beteiligung zum Zeitpunkt der Prospekterstellung nicht möglich ist.

Auf Seite 22 unter Punkt 5.2 wird hinsichtlich der „steuerlichen Risiko Qualifizierung“ wörtlich im ersten Absatz ausgeführt: *"Vom Treugeber allfällig angestrebte steuerliche Vorteile bilden nicht die Geschäftsgrundlage dieser Beteiligung. Änderungen im Steuerrecht, welche die Einkommenssituation des Treugebers oder die Ertragslage des Unternehmens betreffen, können positive wie negative Auswirkungen auf die Entwicklung der Gesellschaft haben. Es wird ausdrücklich hingewiesen, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkte kritische Haltung zeigt. Eine von den zivilrechtlichen Vereinbarungen abweichende steuerrechtliche Beurteilung ist möglich. Jedem Treugeber wird daher empfohlen, vor Zeichnung dieser Veranlagung einen Wirtschaftstreuhänder oder Steuerberater seines Vertrauens zu konsultieren, um steuerliche Fragen, insbesondere auch im Hinblick auf seine individuelle Steuersituation, zu klären. ..."*

Werbung für einen steuerlichen Vorteil ist keinem der Prospekte zu entnehmen.

Den Kapitalmarktprospekten waren als Beilage der jeweilige Gesellschaftsvertrag der betroffenen atypisch stillen Gesellschafterin, der Treuhandvertrag und ein Muster des Zeichnungsscheins angeschlossen.

Die Beteiligung der Anleger war nur bis zum Zeichnungsschluss möglich.

In den Erklärungen zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der I AG & atypisch stille Gesellschaft 2010 wurden den atypisch stillen Gesellschafterinnen folgende Verluste zugewiesen:

- ***Bf2*** GmbH & Co KG: € 0,00
- ***Bf3*** GmbH & Co KG: € 0,00
- ***Bf4*** GmbH & Co KG: € 0,00
- ***Bf5*** GmbH & Co KG: € 0,00
- ***Bf1*** GmbH & Co KG: -€ 2.470.000,00

Einvernahme des Vorstandes der Zielgesellschaft:

Abschließend wird noch angemerkt, dass der Vorstand der Zielgesellschaft im Rahmen der Außenprüfung über folgende Punkte befragt wurde:

- Die Einlagenhöhe (min. € 1.000.000,00 bis max. € 1.500.000,00).
- Das Motiv der Zielgesellschaft bzgl. der in § 2 des Zusammenschlussvertrages getroffenen abweichenden Regelung der Verlustzuweisung (im ersten Jahr der Beteiligung und den folgenden Jahren bis zu 190% der Kapitaleinlage, abweichend von der Substanzbeteiligungsquote).
- Welche Vertragspartei diese Verlustzuweisungsregelung, abweichend von der Substanzbeteiligungsquote gefordert hat. Hierzu gab er an, dass dies eine Bedingung der Kapitalgeber war.

1. Beweiswürdigung

Für diese Sachverhaltsfeststellungen stützt sich das BFG auf die seitens der Abgabenbehörde im Beschwerdefall vorgelegten Akten, insbesondere auf die Zusammenschlussverträge, die Gesellschaftsverträge, die Kapitalmarktprospekte samt Beilagen, die im Rahmen der Betriebsprüfung angefertigte Niederschrift über die Einvernahme des Vorstandes der Zielgesellschaft, seitens des BFG vorgenommene Firmenbuchabfragen, auf Recherchen im Abgabensinformationssystem und auf Internetabfragen.

2. Rechtliche Beurteilung

Vorab wird erklärend hinsichtlich der Beschwerdelegitimation der atypisch stillen Gesellschafterinnen angemerkt, dass nach § 246 Abs. 1 BAO jeder zur Einbringung einer Beschwerde befugt ist, an den der den Gegenstand der Anfechtung bildende Bescheid ergangen ist. Beschwerdebefugt ist nur der, für den der Bescheid inhaltlich bestimmt ist und dem er auch wirksam bekannt gegeben wurde (zB VwGH 7.3.1991, 90/16/0043; VwGH

11.2.1992, 91/15/0121). Über den Personenkreis des § 246 Abs. 1 BAO hinaus erweitert § 246 Abs. 2 BAO die Rechtsmittellegitimation für Feststellungsbescheide auf jeden, gegen den solche Bescheide wirken (nach § 191 Abs. 3 BAO). Solche Bescheide wirken gegen alle, denen im Spruch des Bescheides Einkünfte zugerechnet bzw. nicht zugerechnet werden.

Die Bf. waren an der I AG als atypisch stille Gesellschafterinnen beteiligt und es wurden im Feststellungsbescheiden Einkünfte/Verluste zugerechnet bzw. nicht zugerechnet.

Hierbei handelte es sich um Mitunternehmerbeteiligungen. Die Bf. hatten daher ertragsteuerlich die Stellung einer Mitunternehmerschaft.

2.1. Zu Spruchpunkt I. – Teilweise Stattgabe:

Stille Gesellschaft:

Die stille Gesellschaft ist eine Beteiligung des stillen Gesellschafters an dem Handelsgewerbe (Unternehmen), das ein anderer betreibt, durch Leistung einer Vermögenseinlage, die in das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes übergeht. Sie ist eine reine Innengesellschaft, die keine Firma hat, nicht in das Firmenbuch eingetragen wird und durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages entsteht.

Im vorliegenden Fall besteht eine stille Beteiligung am Handelsgewerbe einer Kapitalgesellschaft, welche im Bereich der Forschung tätig ist und zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses bereits seit Jahren Jahresverluste erzielte. Grundlegendes Interesse der Zielgesellschaft galt der Kapitalbeschaffung.

Atypisch stille Gesellschaft - Mitunternehmerschaft – Vorliegen gewerblicher Einkünfte

Gemäß § 23 Z. 2 EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind, sowie Vergütungen, die die Gesellschafter von der Gesellschaft für ihre Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft, für die Darlehenshingabe oder die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen haben.

Das Gesetz kennt definiert Begriff Mitunternehmerschaft nicht. Dieser Begriff ist kein unternehmensrechtlicher, sondern ein besonderer steuerrechtlicher Begriff (vgl. Hofstätter/Reichel, EStG 1988 Band III Kommentar, Tz 23 zu § 23; VwGH 19.10.2016, Ra 2015/15/0046). Für die Zuordnung ist das Gesamtbild der Verhältnisse entscheidend. Hierbei ist für die beteiligten Personen Voraussetzung, dass mit ihrer Position Unternehmerwagnis verbunden ist, wobei hierfür zwei Kriterien entscheidend sind – Unternehmensinitiative und Unternehmerwagnis. Für das Vorliegen der Unternehmensinitiative genügt die Wahrnehmung von Stimmrechten sowie von Widerspruchs- oder Kontrollrechten. Das Unternehmerrisiko besteht in der Teilnahme am Wagnis des Unternehmens und kommt ua. in der Beteiligung am

Gewinn und Verlust und den stillen Reserven einschließlich des Firmenwertes zum Ausdruck (vgl. VwGH 27.2.08, 2005/13/0050; VwGH 21.4.05, 2000/15/0058).

Die steuerliche Abgrenzung zwischen stiller und atypisch stiller Gesellschaft orientiert sich an der Vermögensbeteiligung des Stillen bei Beendigung der stillen Gesellschaft. Erhält der Stille bei Beendigung der Gesellschaft einen Anteil an den stillen Reserven und am Firmenwert, gilt er als Mitunternehmer, der betriebliche Einkünfte und nicht solche aus Kapitalvermögen im Sinne des § 27 EStG erzielt. Ob eine atypisch stille Gesellschaft vorliegt, ist im Einzelfall nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, insbesondere nach den vertraglichen Vereinbarungen für den Fall der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses, zu beurteilen (VwGH 22.10.86, 86/13/0092). Das Auftreten der atypisch stillen Gesellschaft nach außen ist nicht erforderlich, es genügt, wenn sie gegenüber der Abgabenbehörde offengelegt wird (vgl. VwGH 29.4.1981, 3122/79).

Eine Beteiligung entsprechend der vereinbarten Beteiligungsquote an den stillen Reserven und am Firmenwert für den Fall der Unternehmensveräußerung bzw.-auflösung der Gesellschaft wurde im Beschwerdefall vereinbart (vgl. § 13 Gesellschaftsvertrag und § 11 Zusammenschlussvertrag). Gegenständlich ist unstrittig, dass steuerrechtlich eine Mitunternehmerschaft besteht.

Die Bf. sind GmbH & Co KGs, welche ertragsteuerlich als Personengesellschaften zu werten und vermögensverwaltend tätig sind. Sie begründen in der Regel keinen Gewerbebetrieb. Da jedoch ihre Tätigkeit darin besteht, sich durch atypisch stille Einlagen (€ 750.000,00) am Handelsbetrieb der Kapitalgesellschaft, welche operativ tätig ist und Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, zu beteiligen, liegen auch auf dieser Ebene und davon abgeleitet bei den einzelnen mitunternehmerischen Gesellschafterinnen Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor.

Ist an einer Mitunternehmerschaft (I AG & atypische stille Gesellschaft) eine weitere Mitunternehmerschaft (atypisch stille Gesellschafterinnen) beteiligt, sind deren Gesellschafter (natürliche und juristische Personen) Mitunternehmer der ersten Mitunternehmerschaft (doppelstöckige Mitunternehmerschaft). Als Vergütungsempfänger können nur die hinter der zweiten Mitunternehmerschaft stehenden Personen angesehen werden (Durchgriff durch eine gesellschaftsrechtlich beteiligte Mitunternehmerschaft auf deren Gesellschafter, VwGH 17.6.92, 87/13/0157). Der Treugeber ist mit seiner Beteiligung steuerlicher Mitunternehmer und erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 Abs. 2 EStG 1988.

Auch die Kapitalgesellschaft - I AG war Mitunternehmerin der stillen Mitunternehmerschaft. Kapitalgesellschaften, welche unter § 7 Abs. 3 KStG 1988 fallen und somit gemäß § 5 Abs. 1 EStG 1988 ihren steuerlichen Gewinn ermitteln, erzielen kraft Gewerbebetriebsfiktion Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 23 Z 1 EStG 1988 (VwGH 25.6.1997, 95/15/0192).

Der Gewinn und Verlust der Mitunternehmerschaft wird somit gem. § 188 BAO einheitlich und gesondert festgestellt. In diesem Feststellungsbescheid wird der steuerliche Gewinn bzw. Verlust auf die AG und die stillen Mitunternehmerinnen aufgeteilt. Die Mitunternehmerschaft ist hierbei Subjekt der Einkunftserzielung.

Die dargestellte steuerliche Betrachtungsweise ändert nichts an der Tatsache, dass die AG als Inhaber des Handelsgewerbes unverändert im Geschäftsleben auftritt und weiterhin eigenständig bilanziert.

Im ersten Schritt ist daher in der Erklärung über die Feststellung der Einkünfte der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft als Ermittlungsgrundlage zu verwenden und es ist eine Anpassung durch außerbilanzmäßige Zu- und Abrechnungen vorzunehmen.

Sonderbetriebsausgaben

In einem zweiten Schritt wird sodann der Gewinn oder der Verlust der einzelnen Mitunternehmerinnen ermittelt:

Strittig ist, ob ein anteiliger Abzug der Sonderbetriebsaufwendungen – „Modellentwicklungskosten“ als Sonderbetriebsausgaben im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der I AG & atypisch stille Gesellschaft, möglich ist.

In Sonderbilanzen werden Sonderbetriebsvermögen, Sonderbetriebseinnahmen und Sonderbetriebsausgaben der einzelnen Mitunternehmer erfasst. Sonderbetriebsausgaben entstehen einem Gesellschafter

- aus der Beteiligung (z.B. Rechtsanwaltskosten bei Streitigkeiten mit den Mitgesellschaftern, sofern diese betrieblich veranlasst sind);
- aus einem Sonderbetriebsvermögen (z.B. Abschreibungen, sonstige Aufwendungen, Zinsen für einen Kredit zur Beteiligungsfinanzierung) oder
- aus seinen Aufwendungen im Zusammenhang mit Sonderbetriebseinnahmen (z.B. Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung). Werden die Sozialversicherungsbeiträge von der Gesellschaft übernommen, so erhält der betroffene Gesellschafter einerseits eine Vergütung nach § 23 Z 2 EStG 1988, andererseits liegen in Höhe der Beiträge Sonderbetriebsausgaben vor (Kirchmayr/Bodis/Hammerl in Doralt/Ruppe I¹² Rz 563)

Unter dem Punkt 1.2 „Sonderbetriebsausgaben“ wurden die anteiligen Kosten aus der „Modellentwicklung“ genauer erläutert und festgestellt. Im Wesentlichen handelte es sich hierbei um Aufwendungen, welche die Bf. an ihre Gesellschafter bzw. im Fall der Gesellschaftsteuer für die Treugeber an das Finanzamt leisteten. Ein direkter Zusammenhang aus etwaigen Leistungsbeziehungen zwischen den Bf. und der I AG & atypisch stille Gesellschaft ist hierbei nicht erkennbar.

Hierzu ist auszuführen, dass es sich nach der Legaldefinition des § 4 Abs. 4 EStG 1988 bei Betriebsausgaben um „*Aufwendungen oder Ausgaben, die durch den Betrieb **veranlasst** sind*“ handelt. Erfordernis für Betriebsausgaben ist der wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Betrieb. Liegen mehrere Betriebe vor, ist zu prüfen, durch welchen Betrieb die Ausgaben veranlasst sind (VwGH 29.5.2001, 2001/14/0090).

Zur Abgrenzung abzugsfähiger Betriebsausgaben von nicht abzugsfähigen Aufwendungen nach § 20 Abs. 1 und 2 EStG 1988 stellt der VwGH in jüngster Zeit verstärkt auf den Veranlassungszusammenhang ab. Aufwendungen sind dann betrieblich veranlasst, wenn die Leistung, für die die Ausgaben erwachsen, aus betrieblichen Gründen (im Interesse des konkreten Betriebs) erbracht wurde (Jakom/Lenneis EStG, 2018, § 4 Rz 272).

Wie der steuerliche Vertreter bereits richtigerweise einwandte, sind Sonderbetriebsausgaben Ausgaben des Gesellschafters im Interesse des eigenen Anteils (vgl. VwGH 24.01.1973, 424/71). Das Argument, dass die Bf. über keine eigenen operativen Betriebe verfügten und sie gemäß Abfärbetheorie durch die Beteiligung an der atypisch stillen Gesellschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielten und daher die Modellaufwendungen nur in Zusammenhang mit diesen Beteiligungen stehen können, vermag das Bundesgericht nicht zu überzeugen, zumal gerade diese Theorie dazu führt, dass den vermögensverwaltend tätigen Bf. die steuerrechtliche Stellung einer Mitunternehmerschaft vermittelt wird.

Daher schließt sich das Bundesfinanzgericht den zu diesem Punkt getroffenen Feststellungen der Außenprüfung an. Die einzelnen Aufwendungen für die Modellentwicklung (Sonderbetriebsausgaben) können nicht anteilig in den einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungen der einzelnen „Zielgesellschaften“ – in dem Fall bei der I AG & atypisch stille Gesellschaft - berücksichtigt werden. Sie sind vielmehr im Betrieb der steuerlichen Mitunternehmerschaft als Betriebsausgabe bzw. bei den Treugebern zu berücksichtigen.

Verlustzuweisung – § 2 Abs. 2a EStG 1988

Zur strittigen Frage, ob der den atypisch stillen Gesellschafterinnen zugewiesene Verlust in Höhe von 190 % ihrer Einlage ausgleichsfähig ist bzw. ob eine Verlustverwertungsbeschränkung nach § 2 Abs. 2a EStG 1988 vorliegt, ergibt sich folgendes:

§ 2 Abs. 2a EStG 1988 enthält ein allgemeines Ausgleichs- und Vortragsverbot für Verluste, die aus bestimmten Beteiligungen oder Betrieben entstanden sind. Gem. § 2 Abs. 2a EStG 1988 sind weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs. 6 vortragsfähig negative Einkünfte

- aus einer Beteiligung an Gesellschaften oder Gemeinschaften, wenn **das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund** steht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erwerb oder das Eingehen derartiger Beteiligungen **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,

- aus Betrieben, deren Unternehmensschwerpunkt(e) im Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter oder in der gewerblichen Vermietung von Wirtschaftsgütern gelegen ist.

Hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Einwandes der steuerlichen Vertretung, Normadressat des § 2 Abs. 2a EStG 1988 sei die sich beteiligende natürliche Person, daher könne über diese Frage nur auf Ebene des Feststellungsverfahrens der KG entschieden werden und nicht auf Ebene des Feststellungsverfahrens der atypisch stillen Gesellschaft, wird auf die Ausführungen in der Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes vom 8.3.2023, RV/7101922/2013, verwiesen. In einer gleichgelagerten Streitfrage zu § 2 Abs. 2a EStG 1988 (doppelstöckige Personengesellschaft) - mit denselben agierenden Personen wurde dazu wörtlich Folgendes ausgeführt:

„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 1988 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.“

§ 2 Abs. 2a EStG 1988 enthält ein allgemeines Ausgleichs- und Vortragsverbot für Verluste, die aus bestimmten Beteiligungen oder Betrieben entstanden sind.

Nach Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 24. März 2021, RV/7101627/2020, ist die Wortfolge „wenn das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund steht“ bloß Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens. Darin wird zur Frage der Anwendbarkeit der Verlustausgleichs- und Verlustvortragsbeschränkung ausgeführt, dass durch § 2 Abs. 2a EStG 1988 sichergestellt werden soll, 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 1988 (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 („**Renditevergleich**“). **Andere** (gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte) Beispiele würden zur Rechtfertigung der Verlustausgleichsbeschränkung **gleichwertige objektive Umstände** wie jene des Regelbeispiels erfordern.

In der gegenständlichen Streitfrage ist nun zu klären, ob der Tatbestand des § 2 Abs. 2a EStG 1988 auf den verwirklichten Sachverhalt anwendbar ist. Es ergibt sich Folgendes:

- I. **Der Erwerb oder das Eingehen einer entsprechenden Beteiligung wird „allgemein angeboten“ und die Erreichbarkeit einer im Gesetz festgelegten Mindestrendite („Renditevergleich“):**

Diese Kriterien wurden nicht erfüllt.

Ein allgemeines Angebot liegt dann vor, wenn es für derartige Beteiligungen einen allgemeinen Markt gibt. Wieviele Personen mit dem Angebot angesprochen werden sollen oder an einem Verlustzuweisungsmodell tatsächlich beteiligt sind, ist nicht von Bedeutung. Ein öffentliches Angebot im Sinne der allgemeinen Bewerbung durch Prospekte, in Medien oder durch Aushang in Form von Werbeplakaten oder in einem Kreditinstitut ist nicht erforderlich. Daher kann das Vorliegen eines allgemeinen Angebotes jedenfalls bejaht werden.

Jedoch konnte eine Renditeverdoppelung nach Steuern nicht erreicht werden. Der Fragenbeantwortung anlässlich der Betriebsprüfung vom 14. September 2011 wurden zwei Berechnungsblätter (Renditevergleich gem. § 2 Abs. 2a EStG 1988) samt Erläuterungen beigelegt.

Das Finanzamt ist den Berechnungen der Bf. weder im Prüfbericht noch in den wiederaufgenommenen Bescheiden entgegengetreten.

Da es sich im vorliegenden Fall um die gleichen Berechnungen handelt (gleiche Zahlen, gleiche Parameter) werden die im Erkenntnis des BFG vom 8.3.2023, RV/7101922/2013, getroffenen Ausführungen zur Renditeberechnung und die seitens des BFG erstellte Vergleichsrechnung mit zu Ungunsten der Bf. adaptierten Werten von der erkennenden RichterIn als integrierender Bestandteil für den vorliegenden Beschwerdefall übernommen. Hinsichtlich der Vergleichsrechnung ist noch darauf hinzuweisen, dass sich im gegenständlichen Streitfall die Berechnung zeitmäßig verschiebt, da die Investoren Ende 2010 rückwirkend zum 31. März 2010 beigetreten sind. Die Steuergutschrift wurde somit nicht in 2007 sondern in 2010

(betroffene Bf.: ***Bf1*** GmbH & Co KG) geltend gemacht. Wörtlich wurde in der zitierten Entscheidung ausgeführt:

„Das Bundesfinanzamt kann in den vorgelegten Berechnungen, die an das Beispiel aus Reinold/Inzinger/Wiesner in Wiesner/Grabner/Knecht/Wanke, EStG 1988 § 2, Anm 20, angelehnt sind, keinen Fehler erkennen. Außerdem erscheint auch der Ansatz eines siebenjährigen Zeitraumes plausibel, weil die atypisch stillen Gesellschaftsverträge - in denen die überproportionalen Verlustzuweisungen enthalten sind und auf die es daher ankommt - mit einem rund siebenjährigen Kündigungsverzicht belegt sind. Die errechneten Renditen betragen demnach bei 160 % Abschichtungserlös 3,93 % vor und 6,36 % nach Steuern und bei 220 % Abschichtungserlös 7,14 % vor und 9,19 % nach Steuern. Gegen die angesetzten Grundannahmen (Höhe des Abschichtungserlöses, Zinssatz) sind keine Einwendungen seitens der belangten Behörde ersichtlich.

Veranschaulichend wird seitens des BFG noch eine **Vergleichsrechnung** mit zu Ungunsten der Bf. adaptierten Werten angestellt:

Ginge man statt von einer siebenjährigen - wie von der belangten Behörde gefordert - von einer zehnjährigen Laufzeit für die Berechnung aus (was der Mindestdauer der KG entspräche), 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 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 im ersten Quartal 2008 rückwirkend zum 30.9.2007 beigetreten sind und ihre Steuergutschrift bereits kurz darauf in der Steuererklärung 2007 geltend machen konnten, ist es legitim, auch die Steuergutschrift schon ab der Einlage aufzuzinsen (Steuerersparnis x 1,035 Laufzeit), also hoch 7 bzw 10.

Letztlich wurde der von der Bf angenommene rechnerische Wert einer bloß 175%igen Verlustzuweisung nicht näher verifiziert, weshalb von den vertraglich vereinbarten 190 % ausgegangen wird.

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	100.000,00	100.000,00
Zinssatz		3,50 %	3,50%
Laufzeit		7	10

Steuersatz		50 %	50 %
Abschichtungserlös	2	160.000,00	195.000,00
Steuer auf Gewinn nominell		30.000,00	47.500,00
- Jahr 1 (§ 37 Abs 2 EStG)		10.000,00	15.833,00
- Jahr 2 abgezinst		9.662,00	15.298,00
- Jahr 3 abgezinst		9.335,00	14.781,00
Steuer darauf abgezinst	3	28.997,00	45.912,00
Rendite vor Steuern (= 2 - 1 - 3)		31.003,00	49.088,00
Verlustzuweisung		190%	190%
Steuervorteil		95.000,00	95.000,00
Gewinn inkl. neg. Kapkto (für Steuerberechnung)		250.000,00	285.000,00
Steuer darauf nominell		125.000,00	142.500,00
- Jahr 1 (§ 37 Abs 2 EStG)		41.667,00	47.500,00
- Jahr 2 abgezinst		40.258,00	45.894,00
- Jahr 3 abgezinst		38.896,00	44.342,00
Steuervorteil darauf abgezinst	4	120.821,00	137.735,00
Steuervorteil aufgezinst	5	120.867,00	134.007,00
Rendite vor Steuern (= 2+5-1-4)		60.046,00	91.271,00
Faktor		1,94	1,86

Schon die typisierende Berechnung mit 50 % Steuervorteil zeigt, dass nach Steuern keine Renditeverdoppelung eintritt und damit § 2 Abs. 2a EStG 1988 nicht anwendbar ist. 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 Ebene der einzelnen Gesellschafter das Im-Vordergrund-Stehen steuerlicher Vorteile im Sinne einer Renditeverdoppelung ausgeschlossen werden.“

II. Gleichwertige objektive Umstände wie jene des Regelbeispiels (nicht im Gesetz normiert):

Dass im vorliegenden Fall ein Modell vorläge, das dem Regelbeispiel des § 2 Abs. 2a EStG 1988 (Renditeverdoppelung) vergleichbare objektive Umstände aufweist (vgl BFG 24.3.2021, RV/7101627/2020), ist nicht ersichtlich.

Nach Ansicht des Finanzamtes liegt eine modellhafte Gestaltung in der Form vor, dass dem einzelnen Anleger aufgrund eines vorgefertigten Konzeptes die Möglichkeit geboten worden sei, in der Anfangsphase seiner Investition Verluste mit anderen Einkünften zu verrechnen und damit einen Steuerspareffekt zu erzielen. Durch die rückwirkende Beteiligung werde dem Anleger im Zeitpunkt des Eingehens seiner Beteiligung der Verlust von 190 % (abweichend von der Substanzbeteiligungsquote) de facto garantiert, was bei nahezu allen Anlegern zur Folge habe, dass die Einlage zur Gänze über die Einkommensteuergutschrift finanziert werde. Es räumt zwar ein, dass konkret in der Anlegerinformation keine direkte Bewerbung erfolgte und unter Pkt. „Besonderheiten“ lediglich angeführt gewesen sei: „Der Anleger kann seine Einlage steuerlich geltend machen. Damit reduziert sich das steuerliche Ergebnis des Anlegers. Der Vorteil: Die Beteiligung schmälert nicht in vollem Umfang das Portemonnaie des Anlegers.“ Doch sei aus den niederschriftlichen Aussagen des Vorstandes der Zielgesellschaft klar erkennbar (Verlustzuweisung abweichend von der Substanzbeteiligungsquote war nicht verhandelbar), dass erst dadurch das Anlagekonzept umgesetzt worden sei, durch Verlustzuweisungen an Treugeber in Höhe von nahezu 200 % deren „Treuhandkommanditeinlagen“ zur Gänze über Einkommensteuergutschriften zu finanzieren. Aus diesem Grunde werde das fehlende außersteuerliche Risiko als erwiesen angesehen.

Diese Begründungen erscheinen dem Bundesfinanzgericht als nicht ausreichend, zumal die Renditenberechnung und auch die vom Bundesfinanzgericht durchgeführte Vergleichsrechnung zu keiner Verdoppelung vor Steuern führte. Es ist unzureichend zu behaupten, dass der subjektive Wille der Modellinitiatoren auf eine Beteiligung verlustreicher Gesellschaften gerichtet worden sei. Eine Außerachtlassung jeglichen wirtschaftlichen Risikos empfindet das Bundesfinanzgericht als nicht seriös und dem wirtschaftlichen Leben

unangepasst. Es liegt in der Natur dieses Modells, dass lediglich Unternehmen der Risikobranche in die Auswahl einbezogen wurden, zumal ein maximaler Ertrag unter der Inkaufnahme eines hohen Risikos – siehe Ausführungen in der Beschwerdeschrift und dem Kapitalprospekt (vgl. Sachverhalt) – angestrebt wurde. Dabei war sich der einzelne Treugeber durchwegs im Klaren war, dass die Möglichkeit besteht, auch das gesamte Kapital zu verlieren. Von einem vermeintlich fehlenden hohen außersteuerlichen Risiko kann daher nicht die Rede sein. Auch aus der Einvernahme des Vorstandes der Zielgesellschaft, lässt sich hierzu nichts gewinnen, da die an ihn gerichteten Fragen lediglich die Bestimmungen zur Verlustzuweisung und der Einlagenhöhe betrafen und dies nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes einen zu geringen Anhaltspunkt darstellt um das fehlende außersteuerliche Risiko als erwiesen zu betrachten. Eine Befragung zur Wertbestimmung (Bewertung) der Zielgesellschaft und damit Verbunden zur Ermittlung des Beteiligungsverhältnisses, erfolgte nicht. Dass vor einer Beteiligung an einem Unternehmen, welches im Bereich der Forschung (Risikokapital) tätig ist und zudem seit Jahren Verluste schrieb, eine Wertbestimmung durchgeführt wird und dieser Punkt auch zentrales Element von Verhandlungen gewesen sein muss, entspricht der gängigen Praxis. In dieser Hinsicht wird das Vorbringen der steuerlichen Vertretung der Bf. vom Bundesfinanzgericht nicht angezweifelt.

Der VwGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, 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). Im Beschwerdefall erfolgte keine Bewerbung mit Steuervorteilen, daher erübrigt sich eine weitere Prüfung.

Vor diesem rechtlichen und sachverhaltsmäßigen Hintergrund war der Beschwerde im Hinblick auf die Nichtanwendbarkeit des § 2 Abs. 2a EStG 1988 zu folgen; hinsichtlich der Frage, ob eine anteilige Berücksichtigung der Sonderbetriebsaufwendungen „Modellentwicklungskosten“ als Sonderbetriebsausgaben in der Zielgesellschaft möglich ist, waren sie als unbegründet abzuweisen. Der Beschwerde wird daher gesamthaft teilweise Folge zu geben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert. Die Höhe der gem. § 188 BAO festgesetzten Einkünfte sowie die auf die Beteiligten entfallenden Anteile sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

2.2. Zu Spruchpunkt II. (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. 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 doppelstöckigen Mitunternehmerschaft mit Treuhandkonstruktion sowie zur Verlustverwertungsbeschränkung des § 2 Abs. 2a EStG 1988, insbesondere zur Abgrenzung, ab wann objektiv vergleichbare Umstände vorliegen, fehlt bisher eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Feldkirch, am 29. September 2023