



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Hofrätin Dr. Judith Leodolter und die weiteren Mitglieder Oberrätin Mag. Andrea Müller-Dobler, Ing. Helmut Jörg und Dr. Robert Zsifkovits im Beisein der Schriftführerin Christina Seper über die Berufung der F-AG, W, vertreten durch Dr. Herbert Schuster für die Steuer- und Wirtschaftsberatung GmbH, Steuerberater, 1090 Wien, Ferstelgasse 6/7, vom 18. Juni 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 10. Juni 2003, mit welchem gemäß § 92 Abs. 1 lit. b BAO und § 190 Abs. 1 BAO i.V.m. § 188 BAO festgestellt wurde, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1994 und 1995 zu unterbleiben hat, nach der am 21. Juni 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Bw. (= Geschäftsherr) ist eine im Firmenbuch beim Handelsgericht Wien unter FN xxx eingetragene Aktiengesellschaft, mit Sitz in Wien. Sie wurde ausschließlich mit dem Zweck errichtet, um mit dem Anlegerpublikum eine Immobilien-Veranlagungsgemeinschaft zu bilden.

Der Emittent (Geschäftsherr) führt die Firma F-AG. Sitz der Gesellschaft ist Wien. Der Gegenstand des Emittenten ist in den Satzungen ausführlich definiert und im atypisch stillen Gesellschaftsvertrag in den wesentlichen Inhalten wiedergegeben.

Die AG wurde am 20. Jänner 1994 auf unbestimmte Zeit errichtet. Das Geschäftsjahr entspricht dem Kalenderjahr. Das erste Rumpfwirtschaftsjahr endet am 31. Dezember 1994, die folgenden Geschäftsjahre enden jeweils am 31. Dezember eines jeden Jahres.

Das Grundkapital der Bw. beträgt 1.000.000 S und ist voll einbezahlt. Das Grundkapital ist gestückelt in Aktien zu je 1.000 S. Sämtliche Aktien lauten auf Inhaber.

Bei der Gründung wurde das Aktienkapital wie folgt übernommen:

- 90% K-GmbH, Wien
- 10% B-AG, B

Verpflichtungserklärung der K-GmbH vom 20. Jänner 1994: Die Bw. wurde mit einem Grundkapital von 1.000.000 S gegründet, um mit dem Anlegerpublikum eine Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien zu bilden. Die Bw. nimmt (als Geschäftsherr) Anleger als atypisch stille Gesellschafter in ihr Unternehmen auf. Solcherart entsteht eine Publikumsgesellschaft, deren Kapital künftig nahezu ausschließlich aus den atypisch stillen Einlagen und Gesellschafterdarlehen der Anleger zusammensetzen wird.

Die Bw. wurde im Jahr 1994 gemäß § 24 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 UmgrStG als atypisch stille Gesellschaft gegründet, und zeigte die Gründung einer Mitunternehmerschaft mit Einbringungsstichtag 31. März 1994 an. Die Tätigkeit des Unternehmens besteht in Immobilienkauf, Immobilienbewirtschaftung und Immobilienverkauf.

Mit Schreiben vom 30. September 1996 seitens des steuerlichen Vertreters wurde dem Finanzamt eine Meldung gemäß § 13 Abs. 1 UmgrStG über die Einbringung von Mitunternehmeranteilen und damit Beendigung der bisherigen Mitunternehmerschaft übermittelt.

Es wurde mitgeteilt, dass die in einer beiliegenden Aufstellung angeführten atypisch stillen Beteiligungen an der Bw. in diese Gesellschaft, steuerlich erfasst bei Finanzamt für Körperschaften unter der Steuernummer xxxx, gemäß Art. III UmgrStG rückwirkend zum Stichtag 31. Dezember 1995 eingebracht wurden. Als Gegenleistung erhielten die Einbringenden Altaktien der bisherigen Alleinaktionärin der Bw. Die beim Finanzamt geführte Mitunternehmerschaft wurde somit mit Wirkung zum 1. Jänner 1996 beendet. Die Einbringung wurde mit allen erforderlichen Beilagen bei dem für die F-AG zuständigen Finanzamt für Körperschaften Wien mit gleicher Post gemeldet.

Durch die Einbringung gem. Art. III UmgrStG aller Mitunternehmeranteile der atypisch stillen Gesellschaft in den Geschäftsherrn gegen Gewährung von Aktien, geht das Vermögen der Mitunternehmerschaft, aufgrund Vereinigung aller Anteile in einer Hand, auf die F-AG über.

Die ehemals atypisch stillen Gesellschafter werden somit Aktionäre der F-AG und gleichzeitig werde die Mitunternehmerschaft beendet.

Für die Jahre 1994 und 1995 fand bei der Bw. eine abgabenrechtliche Prüfung statt, bei der folgende Feststellungen getroffen wurden:

Tz 12: Mit Satzung vom 20. Jänner 1994 wurde die Bw. gegründet und am 18. März 1994 im Firmenbuch beim HG Wien unter FN xxx eingetragen.

In der Folge wurde die Emission von atypisch stillen Beteiligungen in Form eines Anlegermodells vorbereitet und beworben.

Die Gründung der Bw. & Mitgesellschafter erfolgte durch Zusammenschluss gemäß Art. IV UmgrStG rückwirkend auf den 31. März 1994.

Ab Anfang September 1994 erfolgten die ersten Beitritte durch Zeichnung und Annahme der Beteiligungsscheine.

Die Beteiligungen wurden in drei verschiedenen Varianten zur Zeichnung angeboten:

Beteiligung Typ A in Form von Anspar- und Barvariante (nur Gewinnbeteiligung)

Beteiligung Typ B in Form von Barvarianten (mit Verlustbeteiligung)

Für die steuerliche Betrachtung maßgeblich sei lediglich die Beteiligungsvariante Typ B mit Verlustzuweisung, da vom Typ A (Barbeteiligung) praktisch nicht Gebrauch gemacht wurde, die Gesellschafter vom Typ A (Ansparvariante) mangels ausreichender Nachfrage später in die R-AG überführt wurden.

Zu den atypisch still Beteiligten wurde festgestellt:

Der gesamte Zeichnungsbetrag der atypisch still Beteiligten zerlegt sich in 51% atypisch stille Beteiligung und 49% Gesellschafterdarlehen (mit Bankgarantien besichert).

Der Anleger ist laut Gesellschaftsvertrag bereits im Jahr des Beitritts mit 150% der Zeichnungssumme (= 294% des Beteiligungsnominales) am Anlaufverlust der Gesellschaft beteiligt.

An etwaigen Gewinnen nimmt der Beteiligte erst ab dem dritten vollen Kalenderjahr teil.

Für den Abschichtungsfall legt der Gesellschaftsvertrag fest, dass ein Abschichtungsguthaben bei einer frühestmöglichen Kündigung nach 7 Jahren jedenfalls der Höhe nach mit 140% der eingezahlten atypisch stillen Einlage nach oben hin begrenzt ist.

Die unecht stillen Beteiligungsverhältnisse (F-AG & Stille) sowie die daraus resultierenden Verlustzuweisungen des Jahres 1994 sind nach Ansicht der Betriebsprüfung aus folgenden Gründen nicht anzuerkennen.

- Die für die Verlustentstehung maßgeblichen Kosten, das sind vor allem Gründungskosten, Konzeptstellungs- und Beratungskosten, Prospekterstellung und Prospektkontrolle sind zwangsläufig bereits vor der Zeichnung der ersten Beteiligungsscheine (7.9.1994) erwachsen.
Eine Teilnahme der Gesellschafter an diesen Verlusten scheine daher nicht gerechtfertigt (VwGH vom 27.9.2000, 97/14/0047).
- Die einzige Geschäftstätigkeit der Bw. in der Anwerbungsphase 1994 und 1995 bestand in der Verwaltung von Beteiligungen, daher sei keine betriebliche Tätigkeit im Sinne des § 24 EStG entfaltet worden, an der eine sinnvolle Beteiligung möglich gewesen wäre.
Eine Teilnahme nur an den Gründungskosten könne nicht als Beteiligung an einem Handelsgewerbe angesehen werden.
- Das gesamte Beteiligungsmodell sei von Anfang lediglich auf die Lukrierung eines steuerlichen Vorteils (Verlustzuweisung und halber Steuersatz bei Abschichtung) gerichtet. Bei Außerachtlassung dieser Vorteile ließe sich kein wirtschaftlicher Vorteil für den Beteiligten erzielen (unverzinsliches Gesellschafterdarlehen und nach oben hin mit 140% limitiertes Abschichtungsguthaben nach frühestens 7 Jahren = im günstigsten Fall effektiv unter Eckzinssatz).
- Nach Ansicht der Betriebsprüfung sei weder die Unternehmerinitiative (Kontrolle der Geschäftsführung) noch das Unternehmerrisiko (Teilnahme an den Gewinnen und den stillen Reserven) aus der Vertragsgestaltung und der faktischen Geschäftsabwicklung ausreichend ableitbar.
Insbesondere die Unternehmerinitiative (Bevollmächtigung eines vom Hauptgesellschafter namhaft gemachten Gesellschafter–Aufsichtsrates durch automatische Mitzeichnung im Zuge der Zeichnung des Beteiligungsscheines) sei nicht feststellbar, eine entsprechende Dokumentation über die Abhaltung von Gesellschafterversammlungen, Beteiligung der einzelnen Gesellschafter und Ausübung des Stimmrechtes wurde nicht beigebracht.
Das Unternehmerrisiko beschränke sich auf eine allfällige Änderung der steuerlichen Rahmenbedingungen, da sich die der Kalkulation zugrunde liegenden Parameter im wesentlichen nicht aus Gewinnen (Teilnahme laut Vertrag § 7 erst ab dem 3. Jahr nach Zeichnung, dann 4% jährlich laut Gewinnverteilungsplan) bzw. Wertsteigerungen aus stillen Reserven (max. 140% der Einlage bei Abschichtung) zusammensetzen. Aufgrund der fixen und der Höhe nach limitierten Verlustzusage (150% der Zeichnungssumme = 249% des Beteiligungsnominales) sowie des mittels Bankgarantie gesicherten Darlehens sei bereits vorweg ein ausreichend hoher Geldrückfluss eingetreten, der die Größen "Gewinnzuweisung" und "Abschichtungsguthaben" zu vernachlässigbaren Variablen werden lasse.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung liege keine Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinne vor und es seien keine gemeinschaftlichen Einkünfte gemäß § 188 BAO festzustellen.

Die atypisch stillen Gesellschaftsanteile wurden in weiterer Folge gemäß Art III UmgrStG zum Stichtag 31.12.1995 in die F-AG eingebracht. Da keine Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinne vorliege, sei kein Anwendungsfall des UmgrStG gegeben. In der Einbringung sei daher ein Tauschvorgang (echte stille Beteiligung gegen Aktien der F-AG) zu sehen, die stille Gesellschaft sei durch Vereinigung aller Anteile in einer Hand als erloschen zu betrachten.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung ist daher das Vorliegen von Mitunternehmerschaften im steuerlichen Sinne zu verneinen, sowie gemeinschaftliche Einkünfte i.S.d. § 188 BAO nicht festzustellen.

Mit Bescheid vom 6. Juni 2003 wurde gemäß § 92 Abs. 1 lit. b BAO und § 190 Abs. 1 BAO i.V.m. § 188 BAO festgestellt, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1994 bis 1995 zu unterbleiben habe. In der Begründung wurde auf die Feststellungen der abgabenbehördlichen Prüfung, die der Niederschrift bzw. dem Prüfungsbericht zu entnehmen sind, verwiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bw. innerhalb offener Frist mit Schreiben vom 18. Juni 2003 das Rechtsmittel der **Berufung** und beantragte die erklärungskonforme Veranlagung. Die Berufung wurde namens des Geschäftsherrn der F-AG sowie sämtlicher Mitgesellschafter erhoben und begründend ausgeführt:

Nach Ansicht der Betriebsprüfung, aufgrund deren Feststellungen der angefochtene Bescheid erlassen wurde, sei das unechte stille Beteiligungsverhältnis der F-AG & Stille sowie die daraus resultierenden Verlustzuweisungen an die Stillen Gesellschafter des Jahres 1994 nicht anzuerkennen, eine Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinn zu verneinen. Das führe dazu, dass gemeinschaftliche Einkünfte im Sinne des § 188 BAO nicht festzustellen seien.

Der Übersicht halber werden von der Bw. nachstehend die einzelnen Argumente der Betriebsprüfung und eine diesbezügliche Stellungnahme wiedergegeben.

1. **Laut Betriebsprüfung:** Die für die Verlustentstehung maßgeblichen Kosten sind im Wesentlichen Gründungs- und Konzepterstellungskosten. Eine Teilnahme der Gesellschaft an diesen Verlusten sei daher nicht gerechtfertigt.

Stellungnahme dazu: Da es sich um Betriebskosten handelt, sind diese auch auf die Gesellschafter aufzuteilen. Die Gesellschafter haben nicht vereinbart, dass nur bestimmte Kosten von allen Gesellschaftern zu tragen seien, alle anderen Kosten nur vom Geschäftsherrn, wie es die Betriebsprüfung unterstellen möchte. Auch Vorlaufkosten einer zu gründenden Kapitalgesellschaft, die sich eben auf Konzepterstellung etc. beziehen,

seien für die Kapitalgesellschaft Betriebsaufwand. Dieses Argument der Betriebsprüfung scheint auch seitens der Betriebsprüfung von untergeordneter Bedeutung und bedürfe daher auch keiner weiteren Gegendarstellungen.

2. **Laut Betriebsprüfung** war die einzige Geschäftstätigkeit in der Aufbauphase der Gesellschaft die Verwaltung von Beteiligungen, die keine betriebliche Tätigkeit im Sinne des § 24 EStG darstelle. Eine Teilnahme nur an den Gründungskosten könne nicht als Beteiligung an einem Handelsgewerbe angesehen werden.

Stellungnahme dazu: Es handle sich bei den angesprochenen Kosten nicht um die Gründungskosten, die würden hier lediglich einen verschwindenden Prozentsatz ausmachen, sondern die gesamte konzeptive Tätigkeit inklusive Beratung, Festlegung von Strukturen, rechtliche Prüfungen, etc. Es sei unzulässig, die Vorbereitungsphase einer betrieblichen Tätigkeit von der späteren Tätigkeit abzuspalten und zu sagen, die Vorbereitungsphase sei keine betriebliche Tätigkeit, erst nach einer gewissen Anlaufphase setze die betriebliche Tätigkeit ein. Dies widerspreche jeglicher betrieblicher Erfahrung und stelle eine willkürliche Diskriminierung eines einzelnen Betriebes gegenüber allen anderen Betrieben dar, die in anderen Rechtsformen organisiert sind.

3. **Laut Betriebsprüfung:** Das gesamte Beteiligungsmodell sei lediglich auf die Lukrierung steuerlicher Vorteile gerichtet. Bei außer Acht Lassung dieser Vorteile ließe sich kein wirtschaftlicher Vorteil für den Beteiligten erzielen.

Stellungnahme dazu: Diese Folgerung ist mathematisch unrichtig. Selbst unter der Annahme der Halbsatzbesteuerung der Abschichtung eines negativen Kapitalkontos ergibt sich noch immer für den atypischen Stillen Gesellschafter ein Verlust. Selbst unter der Annahme einer Grenzsatzbesteuerung der Einkünfte des Stillen Gesellschafters und einer Verlustzuweisung von 300% auf das Risikokapital bleiben nur 75% der Einlage als Steuervorteil, sodass tatsächlich ein Mindestverlust von 25% der Einlage eintritt. Nach Ansicht der Bw. handle es sich bei solchen Beteiligungen um Risikokapital, das die Chance einer über dem Markt liegenden Rendite in Aussicht stellt, aber mit dem Risiko eines absoluten Verlustes verbunden ist. Genau diese Situation treffe auf die Anleger der F-AG zu.

4. **Laut Betriebsprüfung** sei weder die Unternehmerinitiative noch das Unternehmerrisiko gegeben. Die Notwendigkeit der Unternehmerinitiative hat bereits der Verwaltungsgerichtshof als Voraussetzung für eine Mitunternehmerschaft ausgeschlossen. Hinsichtlich des Unternehmerrisikos sind die Ausführungen der Betriebsprüfung unverständlich. Das maximale Unternehmerrisiko bestehe darin, die geleisteten Einlagen zu verlieren. Die atypischen Stillen Gesellschafter der Bw. haben letztlich durch die Änderung der Steuergesetzgebung spätestens zum Abschichtungszeitpunkt ihre gesamte

Einlage verloren, so nicht aus den in den Folgejahren entfalteten Geschäftsbeteiligungen Abschichtungsgewinne erzielt werden. Es erscheint etwas voreilig, im Startjahr einer Mitunternehmerschaft den Stillen Gesellschaftern das Unternehmerrisiko abzusprechen, ohne zu wissen, wohin sich die Gesellschaft in Zukunft entwickeln werde. Rein aus der Vertragslage ist das Unternehmerrisiko durch Verlust der Einlage gegeben.

Für den Fall der Vorlage an den unabhängigen Finanzsenat beantragt die Bw. eine mündliche Verhandlung und die Zuständigkeit des Senats.

Diese Berufung wurde der Betriebsprüfung zur Stellungnahme übermittelt, die im Schreiben vom 22. September 2003 ihre Argumente im Wesentlichen wiederholte. Ergänzend wurde ausgeführt:

ad 1) Für die steuerliche Anerkennung einer unecht stillen Gesellschaft als Mitunternehmerschaft in formeller Hinsicht sei der Zeitpunkt von Bedeutung, in dem der Abgabenbehörde eindeutig und erkennbar das Gesellschaftsverhältnis zum Ausdruck gebracht wurde.

Davon ausgenommen sind nach Lehre und Rechtsprechung so genannte „Publikumsgesellschaften“, bei denen in der Regel der Beginn der Anwerbungsphase als maßgeblicher Zeitpunkt heranzuziehen ist, sowie Gründungen durch Zusammenschluss gemäß Art. IV UmgrStG, bei denen i.d.R. durch die herrschende Rückwirkungsfiktion ein bis zu 9 Monate vor dem tatsächlichen Beitrittsdatum liegender Stichtag zum Tragen kommt.

Im vorliegenden Fall wurde, wie in Tz 12 des Betriebsprüfungsberichtes ausgeführt, ein Zusammenschluss gemäß Art. IV UmgrStG rückwirkend auf den 31. März 1994 vereinbart.

Eine der Grundvoraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art IV UmgrStG ist jedoch das Vorliegen von „Personengesellschaften“, die sich gemäß § 23 Abs. 3 UmgrStG definieren als „Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) anzusehen sind“.

Genau dies wird jedoch von der Betriebsprüfung in Abrede gestellt wird.

ad 2) Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter am Handelsgewerbe des Geschäftsherrn nur insoweit möglich, als dieser auch tatsächlich einer betrieblichen Tätigkeit im Sinne des § 24 EStG nachkomme.

Bei der Betriebsprüfung war festzustellen, dass die Geschäftsherrin F-AG in den Jahren 1994 und 1995 keine unternehmerische Betätigung entfaltete, die über eine bloße Vermögensverwaltung (Einlagen und Darlehen) hinausging. Nach Ansicht der Betriebsprüfung könne im bloßen Kapitalbeschaffungsversuch zur Gründung einer Gesellschaft noch keine konkrete Vorbereitungshandlung für eine betriebliche Tätigkeit erblickt werden. Dieser

Versuch musste jedoch als gescheitert erkannt werden, da die geplante Platzierung von etwa 400.000.000 S bei weitem nicht erreicht werden konnte.

Die Anteile der vermeintlich atypisch stillen Gesellschafter wurden mit Stichtag 31. Dezember 1995 durch Einbringung gem. Art III UmgrStG gegen Hingabe eigener Aktien in die F-AG aufgenommen, wodurch die Gesellschaft infolge Vereinigung aller Anteile in der Hand des Geschäftsherren de facto erloschen sei.

Eine betriebliche Tätigkeit an der eine sinnvolle Beteiligung als Mitunternehmer möglich gewesen wäre, wurde daher nie entfaltet.

ad 3) Dem vorliegenden Prospekt gemäß § 7 Kapitalmarktgesetz sowie dem darin enthaltenen Mustergesellschaftsvertrag war zu entnehmen, dass sich der gesamte Zeichnungsbetrag des vermeintlich atypisch still Beteiligten je 100.000 S Zeichnungssumme aufteilte in 49.000 S (49%) unverzinsliches Gesellschafterdarlehen, welches durch Sicherstellung (Bankgarantie) garantiert wird, und 51.000 S (51%) Gesellschaftereinlage. Dazu komme noch ein Ausgabezuschlag von durchschnittlich 5.000 S, der beim Gesellschafter eine Sonderbetriebsausgabe darstellt und zu einer weiteren Steuererstattung führt.

Der Anleger ist im Beitrittsjahr mit 150% der Zeichnungssumme am Verlust beteiligt, das sind 150% von 100.000 S also 150.000 S Verlustzuweisung. Bei einer tatsächlichen Kapitaleinlage von, wie bereits oben dargestellt, 51.000 S entspreche diese Verlustzuweisung ca. 294% der Einlage.

Das maximale Abschichtungsguthaben nach frühestens 7 Jahren ist mit 140% der Einlage nach oben begrenzt, beträgt also ca. 70.000 S.

Aus dem vorliegenden Emissionsprospekt gemäß § 7 Kapitalmarktgesetz war folgende Renditeberechnung unter Zugrundelegung des Grenzsteuersatzes von 50% zu entnehmen (siehe S 7 des Prospektes), wobei von einer frühestmöglichen Kündigung nach 7 Jahren ausgegangen wird:

1. Ausgabepreis	- 105.000 S
2. Steuerersparnis	+ 77.500 S
3. Gewinnzuweisungen	+ 10.200 S
4. Gewinnsteuern	- 5.100 S
5. Darlehenstilgungen	+ 49.000 S
6. Abschichtungsguthaben	+ 70.000 S
7. Steuer auf den Veräußerungsgewinn	- 50.000 S
Summe der Zuflüsse	+ 206.700 S
Summe der Abflüsse	- 160.000 S
Differenz	+ 45.900 S

Unter Zugrundelegung eines Worstcase-Szenarios ergäbe sich aus der oben angeführten Renditeberechnung folgendes Bild:

1. Ausgabepreis	- 105.000 S
2. Steuerersparnis	+ 77.500 S
3. Gewinnzuweisungen	0 S
4. Gewinnsteuern	0 S
5. Darlehenstilgungen	+ 49.000 S
6. Abschichtungsguthaben	0 S
7. <u>Steuer auf den Veräußerungsgewinn</u>	<u>- 29.800 S</u>
Summe der Zuflüsse	+ 126.500 S
Summe der Abflüsse	- 134.800 S
Differenz	- 8.300 S
* Veräußerungsgewinn:	
Buchwert Kapitaleinlage	-51.000 S
Verlustverrechnungskonto	150.000 S
Barabfindungsbetrag	0 S
Veräußerungsgewinn	+99.000 S
Steuer auf Veräußerungsgewinn	29.800 S

Es war daher festzustellen, dass selbst der ziemlich unwahrscheinliche Fall des Totalverlustes der gesamten Gesellschaftereinlage nicht zu einem nennenswerten Kapitalverlust auf Gesellschafterebene führen würde, vorausgesetzt, es tritt keine Änderung in der Steuergesetzgebung während der gesamten Laufzeit ein. Insbesondere bei kalkulatorischer Berücksichtigung des Zinsvorteils der sich aus der ursprünglichen Steuerersparnis gegenüber der zu erwartenden Steuer auf den Veräußerungsgewinn ergibt, kann aus der Sicht des Investors selbst der Totalverlust der Einlage in Kauf genommen werden.

Tatsächlich wäre jedoch selbst im Konkursfall noch mit einer, wenn auch geringen, Quote zu rechnen (siehe § 10 des Emissionsprospektes), die jedenfalls eine positive Bilanzierung der oben angeführten Renditerechnung ermöglicht.

Das einzige tatsächliche Risiko für den Anleger liege darin, die Steuervorteile nicht in der in Aussicht gestellten Art und Weise lukrieren zu können.

Dazu dieselbe Rechnung unter außer Achtlassen der steuerlichen Aspekte, wobei es sich praktisch um Maximalwerte handelt, da die Gewinnprognosen nach Aussage des Prospektkontrollors bereits als zu optimistisch anzusehen sind, sowie das Abschichtungsguthaben mit 140% nach oben begrenzt:

1. Ausgabepreis	-105.000 S
2. Gewinnzuweisungen	+ 10.200 S
3. Darlehenstilgungen	+ 49.000 S
4. Abschichtungsguthaben	+ 70.000 S
Summe der Zuflüsse	129.200 S
Summe der Abflüsse	- 105.000 S
Differenz	24.000 S
ca. Rendite in % pro Jahr	3,2 %

zum Vergleich:	
3 - Monatszinssatz Jahresschnitt 1994	5,0 %
10 jährige Bundesanleihe Jahresschnitt 1994	6,3 %
(Quelle: Statistik der WK, www.wko.at)	

Nach Ansicht der Betriebsprüfung handelt es sich bei der vorliegenden Form von Beteiligungen daher nicht um Risikokapital, sondern um den bloßen Einkauf eines Steuervorteils, da für den Anleger alle weiteren Kennzahlen, die im Regelfall das Wesen einer Unternehmensbeteiligung ausmachen, wie etwa Ertragsaussichten oder innerer Wert der Beteiligung bestenfalls willkommenes Zubrot, aber jedenfalls nicht entscheidungsrelevante Größen darstellen.

ad 4.) Das Wesen einer Mitunternehmerschaft in Abgrenzung zu einer Beteiligungsform, bei der die Beteiligten nicht als Mitunternehmer anzusehen sind (wie etwa echte stille Gesellschafter) ist nach Lehre und Rechtsprechung das Eingehen von Unternehmerwagnis.

Unternehmerwagnis ist das Entfallen von Unternehmerinitiative und die Übernahme von Unternehmerrisiko. Ist der Gesellschafter von der Übernahme jeder Initiative vertraglich oder faktisch ausgeschlossen, ist das laut Rechtsprechung alleine noch nicht schädlich, wenn der Gesellschafter dennoch Unternehmerrisiko trägt, da er am Unternehmerwagnis entsprechend teilnimmt (VwGH vom 23.2.1994, 93/15/0163).

Nach Ansicht des Betriebsprüfers nimmt der Beteiligte im vorliegenden Fall aber nicht entsprechend am Unternehmerwagnis teil, weil sich durch bereits vorweg eingetretene ausreichend hohe Kapitalrückflüsse für den atypisch stillen Gesellschafter das Risiko des faktischen Kapitalverlustes praktisch ausschließen lässt.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung stellt die Gefahr einer Änderung in der Steuergesetzgebung für sich alleine kein ausreichendes Unternehmerwagnis dar.

Aus den oben angeführten Gründen wird daher angeregt, die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Auf diese Stellungnahme der Betriebsprüfung erstattete die Bw. mit Schreiben vom 24. Oktober 2003 folgende Gegenäußerung:

1. Betriebliche Tätigkeit:

Die Betriebsprüfung stelle außer Streit, dass ab dem Jahr 1996 sehr wohl betriebliche Tätigkeiten entwickelt wurden. Warum die Vorbereitungsphase dafür, auch wenn sie über ein Jahr gedauert hat und im Wesentlichen in der Geldbeschaffung bestand, die ja für eine betriebliche Tätigkeit erforderlich ist, ist unverständlich. Ob das Geld in geplantem Umfang aufgetrieben werden konnte oder nicht, ändere nichts an der Absicht einer betrieblichen Tätigkeit.

2. Unternehmerrisiko:

Die Betriebsprüfung versucht in verschiedenen Zahlenspielen nachzuweisen, dass die steuerlichen Vorteile aus diesem Anlegermodell selbst bei Verlust der gesamten Einlage keinen wesentlichen Verlust ergeben. Dies allerdings nur unter der Annahme des seinerzeitigen halben Steuersatzes bei der Versteuerung negativer Kapitalkonten. Die Treuhandbeispiele sind schwer nachzuvollziehen, da ein Abschichtungsguthaben von 70.000 S nirgends vorgesehen war und ist, sodass dem Anleger sehr wohl der Verlust des eingelegten Risikokapitals treffe. Bei der Überlegung, ob ein solches Anlegermodell gezeichnet werden soll, geht der Anleger nicht davon aus, dass der Anleger möglichst wenig Geld verliert, sondern dass er eine höhere Verzinsung erreicht, als er sie bei konservativer bankmäßiger Veranlagung bekommen könnte. Die Anlegermodelle stammen aus Jahren der Hochzinsphase, wo auch Habenzinsen im Bereich von 5-7% bei konservativer Veranlagung zu erzielen waren.

Die Anleger wurden auch im Prospekt ausdrücklich auf das Risiko einer Änderung in der Steuergesetzgebung hingewiesen. Zum damaligen Zeitpunkt war die Absicht, die begünstigte Besteuerung der Auflösung von negativen Kapitalkonten aufzuheben, bereits in Diskussion in einschlägigen Fachzeitschriften.

Der Hinweis, dass das Risiko bei nur geringen Kapitalverlusten kein Unternehmerrisiko sein soll, ist unverständlich.

Es sei absurd, annehmen zu wollen, dass eine mehr als 20%iger Kapitalverlust vorhanden sein müsste, um von Unternehmerrisiko sprechen zu können.

In der am 21. Juni 2005 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde vom steuerlichen Vertreter der Bw. ergänzend ausgeführt, dass es eine Vielzahl von Publikumsgesellschaften gebe, die zum Teil auch missbräuchlich verwendet worden seien. Um diesem Missbrauch zu begegnen, habe der Gesetzgeber letztlich mit einer gesetzlichen Änderung reagiert, sodass nunmehr die Anerkennung als Mitunternehmerschaft ausgeschlossen sei, wenn nur noch die steuerlichen Beweggründe bei einem derartigen Veranlagungsmodell im Vordergrund stehen.

Nach Ansicht des steuerlichen Vertreters sei es jedoch nicht zulässig, die jetzige gesetzliche Lage auf das gegenständliche Modell anzuwenden, da dieses bereits vor der entsprechenden Änderung gegründet worden sei.

Weiters wurde darauf hingewiesen, dass das Unternehmen insbesondere ab dem Jahr 1996 sehr wohl eine intensive, betriebliche Tätigkeit entfaltet habe und dass das Unternehmerrisiko jedenfalls gegeben sei. Ab dem Jahr 1996 bis laufend seien große Immobilienprojekte verwirklicht worden, im Konkreten 2-3 Bauprojekte.

Die Voraussetzung des Vorliegens der Unternehmerinitiative sei nach der Rechtsprechung des VwGH für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft nicht unbedingt erforderlich.

Die stillen Gesellschafter haben nach Wissen des steuerlichen Vertreters nicht an den Gesellschafterversammlungen teilgenommen; eine Teilnahme sei jedenfalls durch die Treuhänder erfolgt. Allerdings seien die meisten stillen Gesellschafter bei der Hauptversammlung anwesend gewesen.

Vorgelegt wurde der Prüfbericht des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 1995. Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 1995 ist ein Gesamtüberschuss von rund 650.000 S ausgewiesen.

Der steuerliche Vertreter ersuchte abschließend, der Berufung Folge zu geben.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im gegenständlichen Verfahren ist das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft einer atypisch stillen Gesellschaft zu prüfen.

Der Sachverhalt ist den Unterlagen der Bw. (Emissionsprospekt gemäß § 7 Kapitalmarktgesetz, Gesellschaftsvertrag für atypisch stille Gesellschafter, Darlehensvertrag, Investitionsrichtlinien, Bestimmungen über die Durchführung von Anlegerversammlungen, Notariatsakt mit der Verpflichtungserklärung der K-GmbH) entnommen und nicht strittig.

Wesentliche Bestimmungen der Bw. laut Emissionsprospekt gemäß § 7

Kapitalmarktgesetz:

Gemäß den vertraglichen Bestimmungen werden drei Beteiligungsvarianten mit unterschiedlichen Ausprägungen unterschieden:

Atypisch stille Gesellschaft – Barvariante (kurz "Barvariante Typ A" genannt)

Atypisch stille Gesellschaft – Ansparvariante (kurz "Ansparvariante" genannt)

Atypisch stille Gesellschaft – Baranlage mit Verlustbeteiligung (kurz "Barvariante Typ B" genannt)

2.1.5. Beteiligung am Gewinn und Verlust

Die jeweiligen steuerlichen Ergebnisse werden den atypisch stillen Gesellschaftern zugewiesen. Die Gewinn- und Verlustanteile gelten mit dem Bilanzstichtag als an den stillen Gesellschafter zugeflossen, gleichgültig ob im Falle einer Gewinnzuweisung diese ausbezahlt werden oder im Unternehmen des Geschäftsherrn verblieben.

2.1.6. Gewinnausschüttung und Darlehenstilgung

Eine Gewinnausschüttung ist nur bei stillen Gesellschaftern mit Barvariante Typ B hinsichtlich ihres Vorweggewinnes vorgesehen. Alle sonstigen Gewinne bleiben im Unternehmen des Geschäftsherrn zur weiteren Vermögensbildung veranlagt (thesauriert) und werden erst mit dem Abschichtungsguthaben ausbezahlt.

2.4.3. Zweck der Veranlagung

Die F-AG ist eine österreichische Immobilienbesitzgesellschaft, die Immobilien erwirbt, diese gegebenenfalls entwickelt und gewerblich verwertet.

Der Geschäftsherr verwendet die über gegenständliche Emission aufgebrauchten Mittel (stille Gesellschaftereinlagen und Gesellschafterdarlehen) zur Finanzierung seiner Geschäftstätigkeit und beteiligt die Anleger (als atypisch stille Gesellschafter) an seinem Unternehmen.

Die anzuschaffenden Immobilien werden vorwiegend durch die Ausgabe von Vermögensrechten an das Anlegerpublikum finanziert.

5.3. Steuerliche Informationen

... Die zugewiesenen Verluste sind mit anderen positiven Einkünften desselben Jahres verrechenbar, wodurch es zu einer Reduktion der Steuerbemessungsgrundlage und daraus folgend zu einer geringeren Steuerbelastung kommt.

Die prognostizierten, zuzuweisenden Jahresgewinne unterliegen als "Einkünfte aus Gewerbebetrieb" dem regulären Einkommensteuersatz. Für Lohnsteuerpflichtige gibt es für zusätzliche Einkünfte, wie sie aus der atypisch stillen Gesellschaft entstehen, eine jährliche Steuerfreigrenze für Zusatzeinkünfte von 10.000 S. Das bedeutet, dass Gewinnzuweisungen, die den genannten Betrag nicht übersteigen, steuerfrei bleiben....

Nachdem hauptsächlich Anleger nach dem Modell "Baranlage mit Verlustbeteiligung" akquiriert wurden, werden im Folgenden lediglich die vertraglichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages für atypisch stille Gesellschafter (Baranlage mit Verlustzuweisung) angeführt.

Gesellschaftsvertrag für atypisch stille Gesellschafter (Baranlage mit Verlustzuweisung)

§ 7: Gewinnanspruch

1) Teilnahme:

Der stille Gesellschafter ist ab dem dritten vollen Kalenderjahr seiner Beteiligung (wobei das Jahr des Eintretens in die Gesellschaft nicht mitgerechnet wird) bis zum Austritt aus der Gesellschaft zur Teilnahme an der Gewinnverteilung berechtigt. Für die Gewinnverteilung ist der handelsrechtlich festgestellte Jahresüberschuss/Fehlbetrag maßgeblich ausgenommen sind die in § 2 Abs. 4 genannten Fälle.

2) Verteilungsreihenfolge:

Zunächst erhalten die mit gegenständlichem Vertrag beigetretenen Gesellschaftern ab dem dritten vollen Kalenderjahr ihrer Beteiligung (gemäß Abs. 1) einen Vorweggewinn in Höhe von 4% der einbezahlten stillen Einlage zugewiesen und in den ersten drei Monaten des Folgejahres ausgeschüttet.

Danach erhält der Geschäftsherr, falls er in den Vorperioden Verluste des Unternehmens (gemäß § 2 Abs. 4) übernommen hat, bis zum Ausgleich dieser Verluste, einen Gewinnanteil vorweg.

In der Folge wird allen übrigen Gesellschaftern und dem Geschäftsherrn der Gewinn zugewiesen. Der jeweilige Anteil richtet sich nach dem Verhältnis des Bewertungskapitals (gemäß § 2 Abs. 5) des einzelnen Gesellschafters zum gesamten Bewertungskapital in der Gesellschaft.

Sobald die unter (b) und (c) genannten Gesellschafter einen Gewinn in Höhe von 10% ihres Bewertungskapitals erhalten haben, nehmen alle Gesellschafter, auch die unter (a) genannten, an einer weiteren Gewinnverteilung teil.

3) Gewinnausschüttung:

Der den Gesellschaftern ggf. gemäß § 7 Abs. 2 (d) zugewiesenen Gewinn bleibt im Unternehmen des Geschäftsherrn zur weiteren Vermögensbildung veranlagt (thesauriert) und wird erst gemeinsam mit dem ihm Abschichtungsguthaben ausbezahlt. Der Geschäftsherr ist berechtigt, die ihm zugewiesenen Gewinne, sofern es sich bei diesen Gewinnen nicht um den Ausgleich von zuvor übernommenen Verlusten ohne Liquiditätsabfluss handelt, zu entnehmen.

§ 12: Geschäftsführung und Kontrolle

1. Zur Geschäftsführung, zur Vertretung sowie zur Durchführung der Gewinnermittlung ist nur der Geschäftsherr befugt.

2. Der stille Gesellschafter ist nicht an der Geschäftsführung beteiligt; er wirkt insbesondere auch nicht an der Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlussfassung zu sonstigen wesentlichen Fragen mit. Der stille Gesellschafter besitzt auch kein Widerspruchsrecht.

5. Die F-AG ist mit einem Aufsichtsrat, bestehend aus vier Personen, ausgestattet. Einer dieser Aufsichtsräte soll ausschließlich die Interessen der stillen Gesellschafter vertreten und ist diesen verantwortlich. In der jährlich stattfindenden Anlegerversammlung (gemäß § 6 Abs. 6) wird dieser Aufsichtsrat von den stillen Gesellschafter gewählt. In einem Notariatsakt hat sich der Mehrheitsaktionär, die Firma K-GmbH verpflichtet, den von den Anlegern gewählten Aufsichtsrat jährlich auch in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft zu wählen.

Gemäß § 188 Abs. 1 BAO werden unter anderem Einkünfte aus Gewerbebetrieb einheitlich und gesondert festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt sind. Wie dabei aus Abs. 2 dieser Gesetzesstelle folgt, setzt die Erlassung eines Feststellungsbescheides im Sinne dieser Gesetzesstelle voraus, dass "gemeinschaftliche Einkünfte" vorliegen.

Entscheidend ist somit, dass eine zur Gemeinschaftlichkeit führende Verbundenheit bezüglich der Einkünfte besteht. Geboten ist dabei allein ein gemeinschaftsrechtliches, gesellschaftsrechtliches oder selbst nur ein faktisches gemeinschaftliches Band in Bezug auf die originäre Erzielung der Einkünfte der Beteiligten (Stoll, BAO-Kommentar, 1986 f).

Es wird dabei dieses Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit der Einkünfte u.a. bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb angenommen, wenn die Gemeinschaft in einer Mitunternehmerschaft besteht.

Gemäß § 23 Z 2 EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften), sowie Vergütungen, die die Gesellschafter von der Gesellschaft für ihre Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft, für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen haben.

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Mitunternehmerschaft nicht, doch werden die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) als Beispiel angeführt. Die OHG und KG gelten danach als typische Mitunternehmerschaften; daraus wird abgeleitet, dass

der Mitunternehmerbegriff durch Merkmale bestimmt wird, die für die Gesellschafter einer OHG und KG typisch sind.

Entscheidend ist das Gesamtbild der Verhältnisse, wobei zwei Kriterien im Vordergrund stehen:

- Übernahme eines Unternehmerrisikos und/oder
- Unternehmerinitiative (Doralt, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Band II, 9. Lieferung, § 23 Tz 214 ff).

1. Übernahme eines Unternehmerrisikos

Übernahme eines Unternehmerrisikos bedeutet die gesellschaftsrechtliche oder eine wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens, also die Übernahme eines Unternehmerwagnisses; dazu gehört die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft, die Haftung für Gesellschaftsschulden, die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert, zumindest im Fall der Auflösung der Gesellschaft.

Stoll nimmt dagegen auch dann eine Mitunternehmerschaft an, wenn nur eine Beteiligung an den stillen Reserven besteht, eine Unternehmerinitiative aber fehlt (Publikumsgesellschaften); nur damit lässt es sich auch begründen, dass der atypisch stille Gesellschafter Mitunternehmer ist, selbst wenn er keine dem Kommanditisten vergleichbare Rechte besitzt (VwGH vom 23.2.1994, 93/15/0163).

Stoll führt in dem Buch "Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften", S 56 ff aus:

"Das Unternehmerrisiko ist die Summe der mit dem Vermögenseinsatz verbundenen Chancen der Vermögensvermehrung, der Wertsteigerung, der Teilnahme an den Erträgen, aber auch das Mittragen der Gefahren, die mit der Kapitalanlage verbunden sind, also Gefahren der Vermögensverminderung oder Vermögenseinbußen. Dass diese Risiken bei Kommanditisten von vornherein eingeschränkt sind, weil diese nur mit dem Betrag ihrer Vermögenseinlage haften, ist bei dieser Betrachtung ohne Bedeutung, weil § 23 Z 2 EStG 1988 Kommanditisten ausdrücklich in den Kreis der potentiellen Mitunternehmer einbezieht. Die Gefahr der auf die Einlage beschränkte Vermögenseinbuße wird sohin zufolge gesetzgeberischer Entscheidung für die (Mit-) Unternehmerqualifikation nicht als schädlich angesehen.

Dabei kann allerdings das Risiko, die Vermögenseinlage zu verlieren, das Mitunternehmerbild nicht allein bestimmen, denn diese Gefahr trifft gleichermaßen auch denjenigen, der an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist und der so gleichfalls nicht mehr verlieren kann als der Kommanditist, nämlich das eingesetzte Kapital. Dennoch ist der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kein Mitunternehmer, der Kommanditist könnte es aber sein. Wenngleich der mit der Gefahr des Verlustes verbundene Vermögenseinsatz für die Annahmen des Unternehmerrisikos und für die Zurechnung zu Mitunternehmerschaft unabdingbar ist, so kann nach dem Gesagten dieser Maßstab nicht allein ausschlaggebend sein. Es muss vielmehr auch die Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven, am Zuwachs des Geschäftswertes des Unternehmens, dem Kapital zugeführt wurde, hinzutreten. Aber auch bei dieser Feststellung kann es noch nicht bleiben. Die Teilnahme an Gewinnen, und zwar sogar an den Wertzuwächsen, die üblicherweise außerhalb des laufenden Geschäftes realisiert werden, ist nämlich auch dem an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten nicht verschlossen, wenngleich

diese Gewinne bei ihm zumeist erst bei der Veräußerung seiner Anteile oder bei Liquidation des Unternehmens zur Wirkung gelangen. Das so deutliche Merkmal des Unternehmerrisikos scheint somit an Farbe und Substanz zu verlieren und als Unterscheidungs- und Bestimmungsmerkmal weniger bedeutsam zu werden oder sich gar als unbrauchbar zu erweisen, wenn man aus dieser Sicht (wenn auch einseitig und bewusst vordergründig) den Kommanditisten mit den Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften vergleicht."

Weiters führt Stoll aus, dass für potentielle "Mit-" Unternehmer zumindest aus steuerrechtlicher Sicht ein Anteil am Geschäftsvermögen begründet sein müsse. Dieser, wenn auch nur schuldrechtliche, Anspruch müsste dazu führen, dass der Anleger – dessen rechtliche Qualifikation in Frage steht – so gestellt ist, als würde ihm das Geschäftsvermögen anteilig gehören.

Würden nur Ansprüche gegen einen Rechtsträger begründet und ereignen sich die Vermögenserhöhungen im Zurechnungsbereich dieses Rechtsträgers und nicht unmittelbar im Vermögen des Mitgliedes, dann wäre der Anleger nicht Mitunternehmer, sondern Kapitalgläubiger.

Es liegt im Wesen der Rechtstellung des Kommanditisten, dass schon der "normale" Kommanditist hinsichtlich des Unternehmerrisikos wirtschaftlich hinter der Position des Einzelunternehmers zurückbleibt, weil er nur mit einer Einlage haftet. Im Hinblick auf die Anführung dieses Gesellschaftstyps in § 23 Z 2 EStG 1988 kann aber nicht ausgeschlossen sein, demjenigen, dem annäherungsweise die einem Kommanditisten, nach dem Regelstatut des HGB zukommenden Rechte eingeräumt sind, einkommensteuerrechtlich (noch) als "Unternehmer" zu behandeln. Hierbei ist ausschlaggebend, dass das Merkmal der "Unmittelbarkeit" erfüllt wird, wie es hier als entscheidend betrachtet wird, somit auch prinzipielle Verfügungsbefugnis über die Gewinnanteile, wie auch das Ausgesetztsein den Risiken des Unternehmens, mit dem man verbunden ist, in einer Weise, wie dies für einen Unternehmer im Sinne des § 23 Z 1 EStG 1988 typisch ist.

Erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw., die tatsächliche Gestaltung und Gebarung diese Voraussetzungen, verschaffen sie dem Anleger einen unmittelbaren Zutritt zu den Erfolgen des Unternehmens und bewirken sie ergebnishaft beim Anleger unmittelbare Vermögenseinbußen bei Verlustgebarungen der Gesellschaft, nimmt der Anleger unmittelbar Anteil an den stillen Reserven.

Im EStG, Einkommensteuergesetz, Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke, wird zu § 23 in Tz 101 ausgeführt, dass das Vorliegen der für eine Mitunternehmerschaft erforderlichen Voraussetzungen bei jeder Personengesellschaft zu prüfen ist, doch besteht bei den in § 23 Z 2 EStG 1988 beispielhaft aufgezählten Gesellschaften schon auf Grund ihrer handelsrechtlichen Ausgestaltung eine (widerlegbare) Vermutung dafür.

Bei Abschreibungsgesellschaften in Form von Publikumsgesellschaften sind Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters praktisch ausgeschlossen; ihre steuerliche Anerkennung als Mitunternehmerschaft scheitert nicht an den fehlenden Mitbestimmungsrechten (VwGH vom 23.2.1994, 93/15/0163), vielmehr ist die Mitunternehmerschaft deshalb in Zweifel zu ziehen, weil die Gesellschaft lediglich in der Absicht tätig ist, ihren Gesellschaftern durch Zuweisung von Verlusten die Einkommensteuer zu reduzieren (VwGH vom 24.10.1990, 90/13/0089).

2. Unternehmerinitiative

Unternehmerinitiative entfaltet, "wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen kann", wer also an unternehmerischen Entscheidungen teilnimmt, dazu genügt allerdings die Ausübung der Gesellschaftsrechte, wenn sie wenigstens dem Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrecht des Kommanditisten angenähert sind.

Wenn ein Beteiligter Entscheidungen herbeiführen, beeinflussen, daran mitwirken, Entscheidungen anderer Gesellschafter verhindern kann, ist von einer Unternehmerinitiative auszugehen.

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhand genannt) häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechte. Die Zwischenschaltung eines Treuhänders, die zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt schon zivilrechtlich dazu, dass die Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten, gelten (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-) Gesellschaften, S 66 ff).

In der jüngsten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH vom 22.12.2004, 2004/15/0126 bekräftigt der Gerichtshof die Ansicht, dass eine unechte stille Gesellschaft vorliegt, wenn der stille Gesellschafter gesellschaftsrechtlich so gestellt wird, als wäre er Kommanditist. Es muss also im Innenverhältnis insbesondere vereinbart sein, dass der stille Gesellschafter an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt ist (vgl.

Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuerhandbuch, § 23 Tz 26); diese Beteiligung muss jedenfalls für den Fall der Auflösung der Gesellschaft bestehen. In diesem Sinn hat der VwGH festgestellt, der Grund, warum eine atypisch stille Gesellschaft – ungeachtet der gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten – ertragsteuerrechtlich als Mitunternehmerschaft beurteilt wird, liege darin, dass der atypisch stille Gesellschafter voraussetzungsgemäß an den stillen Reserven und am Firmenwert des Geschäftsherrn teilnimmt, und es steuerlich keinen Unterschied machen soll, ob Gesellschaftsvermögen vorhanden ist oder das Geschäftsvermögen eines der Beteiligten im Innenverhältnis für die Beteiligung am Gewinn und Verlust und für die Auseinandersetzung wie ein Vermögen zur gesamten Hand zu behandeln ist.

Bei der Prüfung einer Mitunternehmerschaft wird lediglich von der Barvariante Typ B (Baranlage mit Verlustzuweisung) ausgegangen, da die anderen Varianten nicht angewendet wurden und sich im Ergebnis nicht auswirken.

1. Übernahme eines Unternehmerrisikos

a) Beteiligung am Gewinn und Verlust

Zur gesellschaftsvertraglich geregelten Gewinn/Verlustbeteiligung ist anzumerken, dass es sich um eine eingeschränkte Beteiligung am Gewinn handelt. Es ist keine typische Gewinnbeteiligung, da der stille Gesellschafter erst ab dem dritten vollen Kalenderjahr seiner Beteiligung (wobei das Jahr des Eintretens in die Gesellschaft nicht mitgerechnet wird) bis zum Austritt aus der Gesellschaft zur Teilnahme an der Gewinnbeteiligung berechtigt ist.

Der atypisch stille Gesellschafter ist am Gewinn nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen wie folgt beteiligt:

Der Anleger nimmt ab dem dritten vollen Kalenderjahr seiner Beteiligung an der Gewinnverteilung teil. Er erhält zunächst einen Vorweggewinn in Höhe von 4% der einbezahlten stillen Einlage zugewiesen.

Dann ist ein positives Ergebnis dem Geschäftsherrn zur Abdeckung der von ihm übernommenen Verluste zuzuweisen (§ 7 Z 2 lit b des Gesellschaftsvertrages). Der verbleibende Gewinn wird zwischen dem atypisch Stillen und Geschäftsherrn im Verhältnis der Gesellschaftereinlage und dem Stammkapital aufgeteilt (§ 7 Z 2 lit c des Gesellschaftsvertrages). Eine Gewinnausschüttung ist lediglich in Höhe des Vorweggewinnes vorgesehen. Alle sonstigen Gewinne werden thesauriert, und werden erst bei der Abschichtung schlagend, wobei der Geschäftsherr jedoch berechtigt ist, die ihm zugewiesenen Gewinne zu entnehmen (siehe Punkt 2.1.6. des Emissionsprospektes).

Eine Nachschusspflicht für die atypisch Stillen besteht nicht (siehe Punkt 2.28.2. des Emissionsprospektes).

Zur gesellschaftsvertraglich geregelten Gewinn/Verlustbeteiligung wird festgestellt, dass im ersten Wirtschaftsjahr ein Verlust erzielt wurde und dieser Verlust an die Anleger weiterverrechnet bzw. in dem im Gesellschaftsvertrag vorgesehenem Ausmaß zugewiesen wurden. Dem Emissionsprospekt und dem wirtschaftlichen Gehalt des Gesellschaftsvertrages folgend, sind Gewinne auch in den Folgejahren für die Anleger nicht geplant. Im Jahr 1995 wurde in der Bilanz zwar ein Jahresüberschuss in Höhe von 649.737,81 S ausgewiesen, der jedoch aus der Auflösung von Rückstellungen (Erträge aus Auflösung von sonstigen Rückstellungen 685.881 S) resultiert. Umsatzerlöse aus der eigentlichen Geschäftstätigkeit wurden nicht erzielt. In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass die Bilanz für das Jahr 1995 in einem Zeitpunkt (September 1996) erstellt wurde, in dem bereits festgestanden ist, dass die Bw. als *"Mitunternehmerschaft bzw. Publikumsgesellschaft"* nicht weiter existieren wird (Einbringung der Mitunternehmeranteile zum 31. Dezember 1995). Dem Lagebericht zur Bilanz ist zu entnehmen, dass *"für eine plangemäße Entwicklung der Gesellschaft notwendige Platzierungserfolg und damit Mittelzufluss nicht gewährleistet erschien, um Schaden für die Anleger abzuwenden, die Platzierung mit etwa Ende erstes*

Halbjahr 1995 vorläufig ausgesetzt wurde. Ab dieser Zeit war man bemüht, Partner in die Bw. einzubinden, welche neben Eigenengagement in Immobilien auch Möglichkeiten für eine Plazierung im Publikum einzubringen in der Lage waren. Die Verhandlungen mit zwei potenten Interessenten nahmen die Zeit bis etwa erstes Quartal 1996 in Anspruch, doch scheiterten diese Bemühungen ebenfalls an den mangelnden Plazierungsaussichten."

Im Jahr 1995 sind keine weiteren Anleger akquiriert worden, ebenso wurde den Anlegern kein Verlust zugewiesen.

Die Höhe der Verlustübernahme ist mit 150% der Zeichnungssumme nach oben begrenzt (§ 2 Z 4 des Gesellschaftsvertrages, Ergebnisteilnahme). Aus der vertraglichen Gestaltung kann man erkennen, dass mit weiteren Gewinnen, die über die Zuweisungspflicht zum Geschäftsherrn hinausgehen, nicht oder kaum gerechnet wird.

In diesem Zusammenhang ist auf das VwGH-Erkenntnis vom 29.5.1996, 94/13/0046 zu verweisen, in dem der VwGH in seinen rechtlichen Erwägungen ausführt, dass gemeinschaftliche Einkünfte nicht vorliegen, wenn die Vereinbarung lediglich eine Verlustzuweisung und eine Beteiligung am Firmenwert im Auflösungszeitpunkt umfasst:

"Gemäß § 188 Abs. 1 BAO werden unter anderem Einkünfte aus Gewerbebetrieb einheitlich und gesondert festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt sind. Wie dabei aus Abs. 2 dieser Gesetzesstelle folgt, setzt die Erlassung eines Feststellungsbescheides im Sinne dieser Gesetzesstelle voraus, dass "gemeinschaftliche Einkünfte" vorliegen. Entscheidend ist somit, dass eine zur Gemeinschaftlichkeit führende Verbundenheit bezüglich der Einkünfte besteht. Geboten ist dabei allein ein gemeinschaftsrechtliches, gesellschaftsrechtliches oder selbst nur ein faktisches gemeinschaftliches Band in Bezug auf die originäre Erzielung der Einkünfte der Beteiligten (Stoll, BAO-Kommentar, 1986 f).

Es wird dabei dieses Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit der Einkünfte bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus selbständiger Arbeit und aus Gewerbebetrieb vor allem dann angenommen, wenn die Gemeinschaft in einer Mitunternehmerschaft besteht. Tatbestandsmerkmal des § 188 (Abs. 1 lit. b) BAO ist jedoch das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft nicht.

Die beiden in Rede stehenden Vereinbarungen werden von den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens übereinstimmend so verstanden, dass außer je einer so genannten Verlustzuweisung lediglich eine Beteiligung am Firmenwert im Auflösungszeitpunkt des "Gesellschaftsverhältnisses" gegeben ist. Auch dies stellt sich in Wahrheit nicht als Beteiligung an den Einkünften des Unternehmens dar. Es werden damit Verluste zugewiesen, die bereits vor dem Abschluss der Vereinbarung ganz oder teilweise entstanden sind, es handelt sich dabei nicht um einen Anteil an dem während der Beteiligung erlittenen Verlust, sondern um einen fixen, in einem frei gewählten Verhältnis zur Einlage stehenden Betrag. Dies wird im Fall des Zweitbeschwerdeführers besonders deutlich, bei dem die "Verlustzuweisung" einen höheren Betrag als den tatsächlichen Verlust ausmachte. Von einem gemeinschaftlichen Band in Bezug auf die originäre Erzielung der Einkünfte kann somit keine Rede sein. ..."

Im gegenständlichen Verfahren bestand in den Jahren 1994 und 1995 die einzige Geschäftstätigkeit der Bw. in der Verwaltung von Beteiligungen, es ist für den unabhängigen

Finanzsenat kein "gemeinschaftliches Band in Bezug auf die originäre Erzielung der Einkünfte, nämlich der Erwerb und die Verwertung von Immobilien, ersichtlich".

Wenn die Bw. in der Berufung vorbringt, dass es sich bei diesen Kosten um Kosten für die konzeptive Tätigkeit inklusive Beratung, Festlegung von Strukturen und rechtlichen Prüfungen handelt, ist entgegenzuhalten, dass diese Kosten im Zusammenhang mit der Prospekterstellung und Anwerbung von Anlegern angefallen sind, jedoch nicht mit dem geplanten Unternehmensgegenstand bzw. Tätigkeit.

Im Emissionsprospekt wird ausdrücklich unter dem Punkt Ergebnisvorschau (2.1.8., Seite 6, letzter Absatz) darauf hingewiesen, dass die Renditeprognose sich als rein rechnerische Ermittlung einer jährlichen Effektivverzinsung (interne Zinsfußmethode) auf der Basis der angeführten Prämissen versteht. *"Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Abweichungen von diesen Prämissen zu anderen Renditen führen. Gewinne und Verluste sind aus heutiger Sicht prognostiziert, ihr tatsächlicher Verlauf stellt ein typisches Unternehmerrisiko dar."*

Es werden Verluste zugewiesen, die bereits vor dem Abschluss der Vereinbarung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Anleger ganz oder teilweise entstanden sind, es handelt sich dabei nicht um einen Anteil an dem während der Beteiligung erlittenen Verlust, sondern um einen fixen, in einem frei gewählten Verhältnis zur Einlage stehenden Betrag.

Die Verlustzuweisung ist mit 150% der eingezahlten stillen Einlage vertraglich limitiert. Der zugewiesene Verlust an die Anleger ist folglich abhängig von der Einlage und nicht von einem tatsächlich erwirtschafteten Verlust. Eine Beteiligung am tatsächlichem Verlust ist nicht vorgesehen.

Dabei wird davon ausgegangen, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für den Zeitraum der Berechnung am aktuellen Stand verbleiben. Folglich wird das Ertragsrisiko durch geänderte Steuergesetze beeinflusst und nicht durch Unternehmerrisiko aus der Geschäftstätigkeit.

Da die Anleger lediglich Ansprüche gegen einen Rechtsträger haben und sich die Vermögenserhöhungen im Zurechnungsbereich dieses Rechtsträgers ereignen und nicht unmittelbar im Vermögen des Mitgliedes, dann ist der Anleger nicht Mitunternehmer, sondern Kapitalgläubiger.

Zur Ergebnisvorschau (Punkt 2.1.8., Seite 5) ist weiters hinzuzufügen, dass diese auf der Planrechnung mit einem angenommenen Plazierungsvolumen von 400.000.000 S (300.000.000 S aus der Baranlage mit Verlustzuweisung) sowie einem erwarteten Nettomietsertrag von 8% (mit 3% Indexanpassung) und einer Immobilienwertsteigerung von

durchschnittlich 6% p.a. ausgehen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass während des Bestehens der behaupteten "Mitunternehmerschaft" keine Immobilien angeschafft bzw. verwertet wurden, und folglich dieser Berechnung jegliche Basis fehlt. Es wurde keine Geschäftstätigkeit unternommen, die dem Unternehmensgegenstand, der im Emissionsprospekt unter Punkt 3.1. angeführt wird, entspricht. Laut Prospekt ist die Emission zunächst bis 31.12.1995 geplant.

Aufgrund des vertraglichen Hinweises (Punkt 2.1.3., Seite 3, 3. Absatz), nämlich dass *"der Anleger darauf hingewiesen wird, dass eine allfällige vorzeitige Beendigung der Beteiligung insbesondere in den ersten Jahren der Vertragslaufzeit mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen, die bis zu einem teilweisen Verlust der eingezahlten Beträge gelten können, verbunden ist"*, ist zu vermuten, dass bei diesem Modell eine vorzeitige Beendigung seitens des Geschäftsherrn von vornherein geplant war, und den Anleger auf das einzige Risiko, welches er eingeht, hinweist, da diese Bestimmung sich sowohl auf eine Beendigung (Kündigung) seitens des atypisch Stillen aber auch seitens des Geschäftsherrn (Liquidation, Beendigung der Gesellschaft) beziehen kann.

Gewinnabsicht

Fraglich ist weiters wieweit der Gesellschaft überhaupt eine Gewinnabsicht unterstellt werden kann. Im ersten Jahr wurde ein sehr hoher Verlust erzielt, es wurden keine dem Geschäftszweck entsprechenden Tätigkeiten entfaltet bzw. insoweit ausgeübt, dass die Gesellschaft ihrer eigentlichen Tätigkeit nachgegangen ist, nämlich Immobilien zu erwerben, zu entwickeln bzw. zu verwerten. Der Geschäftsherr beabsichtigte Vermögensrechte im Gesamtausmaß von mindestens 400,000.000 S (300,000.000 S bei der Baranlage mit Verlustbeteiligung) zu emittieren, laut Bilanz zum 31.12.1994 wurden lediglich 3,758.750 S emittiert (= 3,7% der beabsichtigten Summe, von der die Renditeberechnungen aus geführt wurden).

Laut Emissionsprospekt fallen relativ hohe Vertriebs-, Verwaltungs- und Managementkosten (Punkt 2.14., Seite 10) an, so zum Beispiel nach Z b für die Prospektprüfung nach dem Kapitalmarktgesetz 0,55% der gezeichneten Gesellschaftseinlagen, mindestens aber 1,650.000 S (im Übrigen ist anzumerken, dass die 1,650.000 S 0,55% von 300,000.000 S sind) oder nach Z d Vertriebsprovision in Höhe von 8% bei Anspar- und 9% bei Barbeteiligte von den gezeichneten Gesellschaftseinlagen.

Im Jahr 1994 betrugen die Kapitaleinlagen der Gesellschafter in Summe 3,758.750 S (vergleichsweise ein sehr geringer Prozentsatz der Summe, die im Gegensatz zu jener laut Emissionsprospekt beabsichtigt war zu erzielen, und von der die Renditeberechnung aus geführt wurden), denen die Aufwendungen für die Prospektprüfung in Höhe von 1,650.000 S

und Provisionen in Höhe von 383.166 S gegenüberstehen. Weiters fielen für Werbung 670.589 S und für Rechts-, Prüfungs- und Beratungsaufwand in Höhe von 449.213 S an. Nachdem fast das gesamte verfügbare Kapital bereits für diese Aufwandsposten ausgegeben wurde, verblieb kaum ein Kapital für Investitionen des eigentlichen Geschäftszweckes, nämlich den Immobilienerwerb und der Geschäftsherr konnte so nicht der eigentlichen Geschäftstätigkeit nachgehen.

Erst ab dem Jahr 1996 wurde – wie in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wurde – mit der Verwirklichung der Bauprojekte begonnen.

In den Jahren 1994 und 1996 bestand jedoch die einzige Geschäftstätigkeit der Bw. bis zum Zusammenschlussstichtag in der Verwaltung von Beteiligungen.

Zu den "Provisionen an Dritte" ist anzumerken, dass die alleinige Beteiligungsverwaltung der Fa. K-GmbH (geändert in KMC-GmbH) obliegt. An dieser Gesellschaft fungieren als Geschäftsführer Mag.Dr. HJ und Ing. GK, die ebenfalls zum damaligen Zeitpunkt im Aufsichtsrat der Bw. (Mag.Dr. HJ als Stellvertreter des Vorsitzenden und Ing. GK als Vorsitzender) vertreten waren. Der Gründungsmehrheitsaktionär verpflichtet sich, bei Wahlen zum Aufsichtsrat der F-AG einen "Anleger-Aufsichtsrat" auf Vorschlag der stillen Gesellschafter zu wählen.

Damit herrscht eine Personenidentität, folglich besteht kein Interessensgegensatz zwischen den Anlegern und dem Geschäftsherrn.

Grundsätzlich wäre auch der Verlust zu hinterfragen, inwieweit die überschießenden Aufwendungen tatsächlich betriebswirtschaftlich sinnvoll und notwendig sind, oder ob es sich nicht um eine interne Kapitalumschichtung handelt zwecks einer künstlichen Generierung zusätzlicher ausgleichsfähiger Verluste. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Amtspartei keine diesbezüglichen Feststellungen getroffen hat.

Es ist weder den Ausführungen der Bw., noch den Feststellungen der Betriebsprüfung zu entnehmen, dass vom Geschäftsherrn eine Tätigkeit mit Gewinnabsicht ausgeübt wurde.

Dieses Beteiligungsmodell wirbt mit dem steuerlichen Aspekt, dass durch die zugewiesenen Verluste die Rendite höher ist als bei anderen Veranlagungen (siehe Erläuterungen zu den Tabellenzeilen der Renditeberechnung, Emissionsprospekt, Seite 7).

Ein Misserfolg des Unternehmens, an dem sich der "stille Gesellschafter" bzw. Anleger über einen Treuhänder beteiligt hat, ist u.a. eine Voraussetzung für die hohe Dividende. Denn durch die anfangs erzielten Verluste, die den atypisch stillen Gesellschafter bis zu einer vertraglich festgesetzten Höhe zugewiesen werden, erspart sich der atypisch stille Beteiligte

Steuern. Somit geht der atypisch stille Gesellschafter kein Risiko ein. Die hohe Dividende ergibt sich auf Grund der ihm zugerechneten Verluste.

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass letztlich während des Bestehens der Bw. ein Gesamtverlust erzielt wurde, da im Jahr 1994 ein relativ hoher Verlust, und im Jahr 1995 ein geringer Jahresüberschuss (resultierend aus der Auflösung einer Rückstellung) ausgewiesen wurde.

Wenn die Gewinnabsicht in Zweifel gezogen werden kann, liegen keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb und folglich auch keine Mitunternehmerschaft mit Gewinnanteilen vor.

Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der stille Gesellschafter kein finanzielles Risiko eingeht.

Ein Unternehmerrisiko, welches Voraussetzung für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft ist, ist somit nicht vorhanden.

b) Haftung für Gesellschaftsschulden

Die Haftung des stillen Gesellschafters ist mit der Einlage begrenzt (§ 2 Z 3 des Gesellschaftsvertrages). Eine weitere Haftung von Gesellschaftsschulden ist nicht vorgesehen.

c) Beteiligung an den stillen Reserven

§ 11 des Gesellschaftsvertrages: Ansprüche von atypisch stillen Gesellschaftern bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses

Bei ordentlicher Kündigung: Der Geschäftsherr ermittelt nach fristgerechter Kündigung unter Einhaltung der bedungenen Gesellschaftseinlage (gemäß § 4) das Abschichtungsguthaben für den ausscheidenden stillen Gesellschafter. Dieses beinhaltet einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, zu dessen Ermittlung eine Immobilienbewertung gemäß § 6 Abs. 4 vorgenommen wird, unter Berücksichtigung des Standes des Verrechnungskontos (§ 5 Abs. 2, insbesondere nicht ausgeschüttete Gewinne abzüglich Spesen).

Eine Verlustzuweisung im Jahr des Eintrittes in die Gesellschaft, die zu einem negativen Verrechnungskonto führen würde, findet keine Berücksichtigung.

Der Anteil am Gesellschaftsvermögen richtet sich nach dem Verhältnis des Bewertungskapitals (gemäß § 2 Abs. 5) des einzelnen Gesellschafters zum gesamten Bewertungskapital in der Gesellschaft.

Die Höhe des Abschichtungsguthabens ist mit 140% der eingezahlten atypisch stillen Einlage nach oben begrenzt.

§ 11 trifft eine Regelung über die Ansprüche von atypisch stillen Gesellschaftern bei Beendigung des Gesellschafterverhältnisses.

Das Abschichtungsguthaben beinhaltet laut vertraglicher Regelung einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, zu dessen Ermittlung eine Immobilienbewertung vorgenommen wird, unter Berücksichtigung des Standes des Kapitalkontos (gemäß § 6 Abs. 1, stille Einlage) und des Standes des Verrechnungskontos (gemäß § 6 Abs. 2, insbesondere nicht ausgeschüttete Gewinne abzüglich Spesen).

Auch der Abschichtungserlös ist betraglich nach oben (= 140% der eingezahlten stillen Einlage) begrenzt und bestimmt sich ausschließlich nach dem Anteil am Unternehmenswert.

Da in den streitgegenständlichen Jahren keine Geschäftstätigkeit im Sinne des ursprünglichen Unternehmensgegenstandes außer den Verwaltung von Beteiligungen vorlag, kommt diese Regelung nicht zur Anwendung, da keine Immobilien vorhanden sind, die bewertet werden könnten.

Auch für den Fall, dass kein Abschichtungsguthaben vorhanden ist, wurde keine Regelung getroffen hinsichtlich einer Nachschusspflicht für den Anleger.

d) Beteiligung am Firmenwert

Für die Beteiligung an den stillen Reserven bedeutet dies, dass solche nach diesem System kaum aufgebaut werden können. Da kein Betriebsvermögen in Form von Immobilien vorhanden sind, existiert naturgemäß kein Firmenwert.

In allen aufgezählten Punkten fließt der steuerliche Aspekt bei der Veranlagung des stillen Gesellschafters ein, so z.B. beim Ertragsbeispiel für die Barvariante Typ B (Punkt 2.1.8., Seite 6), bei der die Steuerersparnis in die Renditeberechnung einfließt.

Im bereits zitierten Erkenntnis vom 29.5.1996, 94/13/0046 schließt der VwGH eine Mitunternehmerschaft aus, wenn *"...außer einer Verlustzuweisung lediglich eine Beteiligung am Firmenwert im Auflösungszeitpunkt des Gesellschaftsverhältnisses gegeben ist. Auch dies stellt sich in Wahrheit nicht als Beteiligung an den Einkünften des Unternehmens dar: Es werden damit Verluste "zugewiesen", die bereits vor dem Abschluss der Vereinbarung ganz oder teilweise entstanden sind, es handelt sich dabei nicht um einen Anteil an dem während der Beteiligung erlittenen Verlust, sondern um einen fixen, in einem frei gewählten Verhältnis zur Einlage stehende Betrag. ... Von einem gemeinschaftlichen Band in Bezug auf die originäre Erzielung der Einkünfte kann somit keine Rede sein."*

Weiters ist eine gesellschaftsvertragliche Regelung vorgesehen, dass im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Geschäftsherrn, der stille Gesellschafter lediglich seine Einlage in Höhe des nominellen Kapitals seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen kann (§ 10 des Gesellschaftsvertrages, Baranlage mit Verlustzuweisung). Auch aus diesem Grund fehlt die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert.

2. Unternehmerinitiative

Der stille Gesellschafter ist von der Geschäftsführung (gemäß § 12 beim Gesellschaftsvertrag für atypisch stille Gesellschafter bei der Baranlage mit Verlustzuweisung) ausgeschlossen, sie wirken insbesondere nicht an der Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und

Beschlussfassung zu sonstigen wesentlichen Fragen mit, ebenso besitzt der stille Gesellschafter kein Widerspruchsrecht.

§ 6 Z 5 des Gesellschaftsvertrages ergibt für atypisch stille Gesellschafter, dass bei der Baranlage mit Verlustzuweisung (Stand 24.5.1994), ebenso § 7 Z 5 des Gesellschaftsvertrages für atypisch stille Gesellschafter bei der Bar- und Ansparvariante (Stand ebenfalls 24.5.1994), beinhaltet eine Regelung über die Ergebnismitteilung: *"Die jeweiligen steuerlichen Ergebnisse sind dem atypisch stillen Gesellschafter mitzuteilen. Dem stillen Gesellschafter stehen die Kontrollrechte gemäß § 338 HGB zu."*

Zu diesem Verweis auf § 338 HGB ist festzuhalten, dass diese gesetzliche Bestimmung seit dem BGBl 1990/475 aufgehoben und im Zeitpunkt der Prospekterstellung (Stand 24. Mai 1994) bereits obsolet war. Folglich stehen dem stillen Gesellschafter keine Kontrollrechte zu. Rechte zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung sind nicht ersichtlich.

Zu diesen Regelungen über die Einflussnahme am betrieblichen Geschehen durch die Gesellschafter ist ein Treuhänder dazwischen geschaltet, der die "Rechte der Gesellschafter" gegenüber dem Geschäftsherrn wahrnimmt.

Die Zwischenschaltung eines Treuhänders, der zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt zivilrechtlich dazu, dass Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten gelten (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-) Gesellschaften, SS 66ff).

Im Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft zwischen dem Geschäftsherrn der Bw. und dem stillen Gesellschafter wird festgehalten, dass der Geschäftsherr die K-GmbH mit der Durchführung sämtlicher die stillen Geschäftsanteile betreffenden Verwaltungsarbeiten beauftragt (§ 13, Beteiligungsverwaltung). Die K-GmbH ist mit dem Exklusivvertrieb und der Beteiligungsverwaltung vom Geschäftsherrn beauftragt (Emissionsprospekt, III. Kapitel, Punkt 3.2.).

Auch im vorliegenden Fall hatte die Treuhandgesellschaft den Sinn, dass Stimm- und Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber gebündelt werden, um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können.

Da zwischen dem Geschäftsherrn und den Geschäftsführern der K-GmbH Personenidentität besteht, kann nicht davon ausgegangen werden, dass kein Interessensgegensatz zwischen dem Geschäftsherrn und der Vertretung der Anleger besteht.

Zusammengefasst ist zu sagen, dass die einzige vertragliche Regelung über Kontrollrechte (betrifft § 338 HGB) der Anleger eine gesetzliche Bestimmung zitiert, die zum Zeitpunkt der

Erstellung des gegenständlichen Vertrages bereits obsolet war. Andererseits treten die Anleger durch die K-GmbH dem Geschäftsherrn gegenüber auf, wobei zwischen diesen "Personen" Personenidentität herrscht.

Da aus keiner Bestimmung des Vertrages ersichtlich ist, inwieweit der Anleger Entscheidungen herbeiführen, beeinflussen oder Entscheidungen anderer Gesellschafter verhindern kann, ist nicht von einer Unternehmerinitiative auszugehen. Im Gegenteil, aus den vertraglichen Bestimmungen ist zu sehen, dass aus den Gesellschaftereinlagen keine Gesellschafterrechte (Mitbestimmung oder Geschäftsführung) entfalten werden (Gesellschaftsvertrag, Präambel).

Nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenat kann keine Unternehmerinitiative, die von den Gesellschaftern entwickelt werden kann, erkannt werden.

Der Sinn dieser Konstruktion kann nur in einer Steuerersparnis erblickt werden, da das vorhandene und einbezahlte Kapital bereits durch die bei Eingehen der Beteiligungsverhältnisse bereits getätigten Aufwendungen fast zur Gänze aufgebraucht wurde. Da im Zeitpunkt der Beendigung der behaupteten Mitunternehmerschaft keine Immobilien vorhanden waren, konnten diese auch nicht bewertet werden, es konnten keine Einkünfte erzielt werden und folglich gab es keine Steigerung eines Firmenwertes, das Abschichtungsguthaben ist null. Selbst im Emissionsprospekt wird darauf hingewiesen, dass bei den Berechnungen der verschiedenen Modelle von einem "Verlustausgleich" ausgegangen wird, nämlich dass der atypisch stille Gesellschafter Einkünfte hat, die mit einem Grenzsteuersatz von 42% bzw. 50% veranlagt werden (Emissionsprospekt, Seite 7, Erläuterungen zu den Tabellenzeilen der Renditeberechnung, Zeile 2, 4).

Die steuerlichen Vorteile überlagern die außersteuerlichen Risiken, da die Zuweisung von Verlusten und Gewinnen sich ausschließlich am Ausmaß der Beteiligung orientiert und damit betraglich limitiert und kalkulierbar sind; der für den Fall des Ausscheidens des Anlegers vorgesehene Abschichtungserlös ist ebenfalls nach oben begrenzt und bestimmt sich nicht ausschließlich nach einem Anteil am Unternehmenswert.

In der Emissionsprospektwerbung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die steuerlichen Informationen nur für "unbeschränkt steuerpflichtige Personen, die zur Einkommensteuer veranlagt werden" gelten, für "Lohnsteuerpflichtige gibt es für zusätzliche Einkünfte eine jährliche Steuerfreigrenze". Auch das Anführen der sozialen Notlage (Ausfall der steuerlich relevanten Einkünfte) des stillen Gesellschafters als außerordentlicher Kündigungsgrund (§ 10 Z 2 des Gesellschaftsvertrages) spricht für einen steuerlichen Vorteil, da dieser in dem Moment ausfällt, wenn der Anleger keine Einkünfte bezieht und folglich seine Verluste nicht ausgleichen kann.

Nachdem nicht alle Merkmale gleich stark ausgeprägt sein müssen, ist bei der Beurteilung, ob eine Mitunternehmerschaft vorliegt, nach dem Gesamtbild der Verhältnisse auszugehen.

Der unabhängige Finanzsenat hat unter Einbeziehung der oben angeführten Gründen erkannt, dass keine Mitunternehmerschaft vorliegt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: Liste der Anleger

Wien, am 28. Juni 2006