



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden und die weiteren Mitglieder im Beisein der Schriftführerin über die Berufung der ehem. Mitunternehmerschaft Bw.2 sowie der ehem. Mitunternehmerschaft Bw.1, (beider Rechtsnachfolgerin: RNF), vertreten durch StbGmbH, vom 10. Jänner 2005 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf, vertreten durch GrBP,

1.) vom 3. Dezember 2004 betreffend Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO für das Jahr 1996 (St.Nr.: YYY/YYYY) sowie

2.) vom 14. Dezember 2004 betreffend Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO für das Jahr 1996 (St.Nr.: XXX/XXXX)

nach der am 14. Dezember 2012 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Die berufungswerbenden Gesellschaften (Xu.Mitges. **[Bw. 1]** und Yu.Mitges. **[Bw. 2]**) waren atypisch stille Gesellschaften. Ursprünglicher Betriebszweck der im Jahr 1989 im Konzern gegründeten X war die Sanierung des denkmalgeschützten Objekts, auch unter Einbeziehung weiterer Gesellschaften und atypisch stiller Gesellschafter.

An der [Bw. 1] waren die X als Geschäftsherr und als atypisch stille Gesellschafter neben 21 natürlichen Personen die Y beteiligt.

An der [Bw. 2] waren die Y als Geschäftsherr und als atypisch stille Gesellschafter 23 natürliche Personen, die D. GmbH und die (1996 insolvent gewordene) Muttergesellschaft der X und der Y, nämlich die B. GmbH, beteiligt.

In den für das Streitjahr von den berufungswerbenden Gesellschaften abgegebenen Erklärungen der Einkünfte von Personengesellschaften wurden negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von S - 7.933.323,00 [Bw. 1] bzw. S - 11.814.431,00 [Bw. 2] ausgewiesen.

Diese Verluste wurden mit Bescheiden vom 16. Dezember 1997 bzw. 1. Dezember 1997 erklärungsgemäß gemäß § 188 BAO einheitlich und gesondert festgestellt.

Zur Vermeidung der durch den K-Konkurs und in weiterer Folge den Konkurs der B. GmbH drohenden Folgeinsolvenzen der X und der Y war mit den beteiligten Kreditinstituten eine Sanierungsvereinbarung in Form von Forderungsverzichten seitens der Banken getroffen worden, welche die Übertragung der Geschäftsanteile der beiden Gesellschaften mbH an die Mehrheit deren privater atypisch stiller Gesellschafter als Bedingung vorsah (vgl. Punktation zur außergerichtlichen Sanierung der X und der Y vom 28. Mai 1996, Pkt. D.3; AB 000687).

In der Folge wurden zwecks Vereinfachung der Unternehmensstruktur Umgründungsmaßnahmen durchgeführt. Laut Umgründungsplan vom 24. September 1996 (AB 000127ff; 000641ff) wurden folgende Umgründungsschritte festgelegt:

"1. Die Y ist als atypisch stiller Gesellschafter an der X beteiligt.

Der durch den abgeschlossenen stillen Gesellschaftsvertrag näher definierte Mitunternehmeranteil wird nunmehr von der Y als Sacheinlage im Sinne des Art. III UmgrStG zum Stichtag 30. Juni 1996 unter Zugrundelegung einer Einbringungsbilanz in die X gegen Kapitalerhöhung eingebracht.

2. Zwischen der X und den in der Beilage./1 genannten 'privaten' Personen (Anm.: d.s. die oben genannten 21 natürlichen Personen) bestehen ebenfalls jeweils durch stille Gesellschaftsverträge begründete atypische stille Gesellschaften.

Die durch die stillen Gesellschaftsverträge jeweils näher definierten Mitunternehmeranteile werden von den 'privaten' stillen Gesellschaftern jeweils als Sacheinlage im Sinne des Art. III UmgrStG zum Stichtag 30. Juni 1996 unter Zugrundelegung einer Einbringungsbilanz in die X eingebracht.

3. Zwischen der Y und den in der Beilage./2 genannten Personen (Anm.: d.s. die oben genannten 23 natürlichen Personen und die D. GmbH) bestehen jeweils durch stille

Gesellschaftsverträge begründete atypische stille Gesellschaften.

Die durch die stillen Gesellschaftsverträge jeweils näher definierten Mitunternehmeranteile werden von den stillen Gesellschaftern jeweils als Sacheinlage im Sinne des Art. III UmgrStG zum Stichtag 30. Juni 1996 unter Zugrundelegung einer Einbringungsbilanz in die Y eingebracht.

4. Nach Einbringung der Mitunternehmeranteile und somit nach Beendigung der atypischen stillen Gesellschaften wird die Y als übertragende Gesellschaft mit der X als der aufnehmenden Gesellschaft zum Stichtag 30. Juni 1996 unter Ausschluss der Abwicklung der übertragenden Gesellschaft im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme nach Maßgabe der Bestimmungen des UmgrStG verschmolzen."

Über den Betrieb der M VerwaltungsGmbH, Rechtsnachfolgerin der berufungswerbenden Gesellschaften, wurde für den Zeitraum 1995 bis 1997 eine Buch- und Betriebsprüfung durchgeführt. Im Zuge dessen wurden auch die berufungswerbenden Gesellschaften für den Zeitraum 1995 bis 1996 überprüft.

Im Rahmen der Betriebsprüfung wurden zwei Bewertungsgutachten über den Verkehrswert der Liegenschaft Objekt (Adresse) eingeholt (von A. GmbH im Auftrag der steuerlichen Vertretung; von Dipl.Ing. H. seitens der Finanzverwaltung).

Als Ergebnis der Betriebsprüfung wurde den gegenständlichen Einbringungen der Mitunternehmeranteile in die Gesellschaften m.b.H. die Begünstigung des Art. III UmgrStG versagt (im Wesentlichen mangels positivem Verkehrswert der übertragenen Mitunternehmeranteile und wegen fehlender Identität der Beteiligung jedes einzelnen Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft und der Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft). Die Einbringung der Mitunternehmeranteile wurde als Tausch iSd § 6 Z 14 lit. b EStG 1988 gewertet, wodurch bei den einbringenden Gesellschaftern Veräußerungsgewinne gemäß § 24 Abs. 2 EStG 1988 in Höhe ihrer negativen Kapitalkonten zum 30. Juni 1996 zu erfassen waren (BP-Berichte vom 14. und vom 2. Dezember 2004).

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Prüferin und erließ am 14. Dezember 2004 bzw. am 3. Dezember 2004 (in wiederaufgenommenen Verfahren) entsprechende Feststellungsbescheide, worin Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von S 51.005.782,00 ([Bw. 1], AS 80ff/96) bzw. in Höhe von S 19.232.083,00 ([Bw. 2], AS 47ff/96) festgestellt wurden; in diesen Einkünften sind in Summe Veräußerungserlöse (nach Freibetrag gemäß § 24 EStG 1988) in Höhe von S 58.939.105,00 ([Bw. 1]) bzw. in Höhe von S 26.132.229,00 ([Bw. 2]) enthalten.

Mit Berufung vom 10. Jänner 2005 wurden die laut Betriebsprüfung fehlenden Anwendungsvoraussetzungen der Einbringungen der atypisch stillen Beteiligungen in die X bzw. in die Y zum 30. Juni 1996 (Identität der Beteiligungen, positiver Verkehrswert des Einbringungsvermögens, Sanierungsgewinn - rückwirkende Maßnahmen) wie folgt bekämpft:

"1. Identität der Beteiligungen

Im § 4 der Einbringungsverträge wird im Absatz 2 festgehalten, dass im Hinblick auf die Beteiligung der stillen Gesellschafter an der Gesellschaft als GmbH-Gesellschafter die 'Ausgabe einer Gegenleistung' entfällt.

Von der Betriebsprüfung wurde die Anwendung von § 19 Abs. 2 Z 5 UmgrStG unterstellt, der bei Vorliegen gleicher unmittelbarer bzw. mittelbarer Eigentums- oder Beteiligungsverhältnisse am eingebrachten Vermögen und an der übernehmenden Körperschaft ein Unterbleiben der Gewährung von neuen Anteilen an der Körperschaft vorsieht.

Durch die vorliegende Formulierung in den Einbringungsverträgen wird jedoch § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG angesprochen. Nach § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG kann der Einbringende als Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen von den Gesellschaftern der übernehmenden Körperschaft mit bestehenden Anteilen an dieser abgefunden werden. Eine Abfindung mit neuen Anteilen kann insoweit unterbleiben. § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG ist auch dann anwendbar, wenn der Einbringende bereits Anteilsinhaber der übernehmenden Körperschaft ist.

Die Identität der Beteiligung jedes einzelnen Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft und der Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft ist bei Inanspruchnahme des § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG nicht erforderlich.

Bis auf 2 Gesellschafter bei der Y bzw. bis auf 1 Gesellschafter bei der X war die Identität der Beteiligung jedoch gegeben.

Bei der Y waren die Gesellschafter Dr. G. und die D. GmbH nicht im gleichen Ausmaß an der GmbH wie als Mitunternehmer beteiligt.

Dr. G. statt 3,02% nur zu 1,63% an der GmbH

die D. GmbH statt 12,06% nur zu 6,92% (richtig: 6,52%) an der GmbH

Bei der X. hatte Dr. G. statt 4,11 % lediglich 2,10% der Geschäftsanteile an der GmbH übernommen.

Die oben angeführten Verschiebungen resultierten daraus, dass aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaften von den stillen Gesellschaftern einmalige Nachschussbeträge geleistet wurden. Dr. G. und die D. GmbH hatten jedoch geringere Nachschüsse geleistet, und daher erfolgte eine Änderung des Beteiligungsausmaßes.

Aufgrund der dargestellten Einbringung gegen Gewährung bestehender Anteile nach § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG ergibt sich dadurch keine Verletzung einer Anwendungsvoraussetzung des Umgründungssteuerrechts.

2. positiver Verkehrswert des Einbringungsvermögens

Gemäß § 12 Abs. 1 UmgrStG ist eine der Voraussetzungen für die Durchführung der oben angeführten Einbringungen das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes.

Zum Zeitpunkt der Umgründungen (zum 30. Juni 1996) wurde kein Gutachten über den Verkehrswert erstellt, sondern aufbauend auf den Auskünften und Annahmen der damaligen Geschäftsführung über den Verkehrswert der zum Betriebsvermögen gehörenden Immobilie wurde davon ausgegangen, dass ein positiver Verkehrswert gegeben war, der sich auch rechnerisch entsprechend positiv dargestellt hat.

Im Zuge der Betriebsprüfung wurde die Gesellschaft aufgefordert, den positiven Verkehrswert zum Umgründungsstichtag mittels Gutachten nachzuweisen. Es wurde ein Bewertungsgutachten über den Verkehrswert der Liegenschaft in Auftrag gegeben. Die Bewertung wurde von der R. (vormals: A. GmbH) durchgeführt. Es wurde ein Verkehrswert der Liegenschaft zum 30.06.1996 in Höhe von ATS 84.700.000,00 (=EUR 6.155.389,05) festgestellt. Bei Berücksichtigung dieses Verkehrswertes ergab sich daher insgesamt ein positiver Verkehrswert der Mitunternehmeranteile und es wurde somit die Einschätzung der damaligen Geschäftsführer bestätigt.

Die Betriebsprüfung hat ein Gegengutachten über den Verkehrswert der Liegenschaft Adr. in Auftrag gegeben. Das Gutachten wurde von Herrn Dipl.Ing. H. erstellt. Bei Berücksichtigung des ermittelten Wertes in Höhe von ATS 67.454.000,00 (=EUR 4.902.073,00) dieses Gegengutachtens würde sich ein negativer Verkehrswert ergeben. Wie bereits im Rahmen der Betriebsprüfung dargelegt, weist das Gutachten von Herrn Dipl.Ing. H. einige u.E. wesentliche Mängel auf.

Im Rahmen des gegenständlichen Berufungsverfahrens wird anhand eines neuerlichen Gutachtens dargelegt, warum zum Zeitpunkt der Einbringung sehr wohl ein positiver Verkehrswert gegeben war und der im Gegengutachten der Finanzverwaltung ermittelte Wert nicht zutreffend ist. (Im Rahmen des Berufungsverfahrens wurde ein Bewertungsgutachten der Z. Gruppe mit einem Verkehrswert von rund S 85.200.000,00 (= € 6.191.725,00) nachgereicht.)

3. Sanierungsgewinn - rückwirkende Maßnahmen gemäß § 16 Abs. 5 UmgrStG

In einer am 28. Mai 1996 verfassten Punktation zur außergerichtlichen Sanierung der X und der Y wurden Schuldnachlässe und deren Bedingungen in Zusammenhang mit offenen Kreditverbindlichkeiten gegenüber der Bank Austria Aktiengesellschaft, der Österreichischen

Volksbanken Aktiengesellschaft (ÖVAG) und der Raiffeisen Zentralbank Österreich (RZB) festgelegt.

Bei der Bank Austria AG bestanden Kreditverbindlichkeiten in Höhe von ATS 753.327,28. In der am 28. Mai 1996 verfassten Punktation wurde festgelegt, dass die Bank Austria AG gegen die Begleichung eines einmaligen Betrages in Höhe von ATS 100.000,00 auf alle darüber hinausgehenden Forderungen gegenüber den Gesellschaften verzichtet. Die Überweisung des Betrages in Höhe von ATS 100.000,00 erfolgte am 05.08.1996 (somit vor Unterzeichnung der Einbringungsverträge).

Die ÖVAG (Österreichische Volksbanken Aktiengesellschaft) wies eine Forderung gegenüber den Gesellschaften (X und der Y) in Höhe von rund ATS 28 Mio aus. In der Punktation verpflichtete sich die ÖVAG gegenüber den Gesellschaften gegen eine Abschlagszahlung in Höhe von ATS 5 Mio keine weiteren Ansprüche gegen die Gesellschaften geltend zu machen. Für die Abschlagszahlung wurde als Fälligkeitstag der 30. Juni 1997 vereinbart. Aufgrund des in der Punktation vom 28. Mai 1996 vereinbarten Schuldnachlasses, wurde der Rückzahlungsbetrag der Verpflichtung bereits zum 30. Juni 1996 entsprechend verringert.

Per 31.3.1996 bestand gegenüber der Raiffeisen Zentralbank AG (RZB) eine Kreditverbindlichkeit in Höhe von insgesamt ATS 95.135.450,92. Es wurde folgender Kreditnachlass vereinbart:

Gegen eine einmalige Abschlagszahlung in Höhe von ATS 1.500.000,00 werden all jene Beträge, die über ATS 80 Mio. hinausgehen, von der RZB erlassen, sodass die restliche Kreditforderung ATS 80 Mio. betrug. Die RZB hatte daher einen Verzicht in Höhe von ATS 13.635.450,92 zu leisten.

Für das Wirksamwerden des Kreditnachlasses der RZB galten folgende aufschiebende Bedingungen:

1. Einmalige Abschlagszahlung in Höhe von ATS 1,5 Mio. (erfolgte am 6. August 1996)
2. Einräumung vereinbarter Sicherheiten (Erstrangige eingetragene Hypothek, Globalzession). Die erstrangige eingetragene Hypothek im Höchstbetrag von ATS 115 Mio. wurde aufgrund der Pfandurkunde vom 4. Mai 1993 im Jahr 1995 im Grundbuch eingetragen. Diese bestand daher bereits zum 30.06.1996 sowie zum 24.09.1996. Die Globalzession auf sämtliche Einnahmen des Kreditnehmers wurde am 03.09.1996 (Infra 21 Immobilien GmbH) bzw. am 09.09.1996 (RZB) unterzeichnet.
3. Rechtswirksame Übertragung der Geschäftsanteile an der Gesellschaft zugunsten der stillen Gesellschafter derselben. (Erfolgte mit Vertragsabschluss am 24. September 1996).

Die M Verwaltungs GmbH hat somit die von der RZB geforderten Bedingungen 1 und 2 noch vor Vertragsabschluss am 24. September 1996 erfüllt. Die Erfüllung der dritten Bedingung –

die Übertragung der Geschäftsanteile an der Gesellschaft zugunsten der stillen Gesellschafter – erfolgte mit Vertragsabschluss am 24. September 1996.

Laut Betriebsprüfung kann der positive Verkehrswert nur durch rückwirkende Sanierungsmaßnahmen im Sinne des § 16 Abs. 5 UmgrStG hergestellt werden. Ein Gläubigerverzicht, der nach dem Einbringungsstichtag Wirksamkeit erlangt, ist laut Betriebsprüfung keine Maßnahme nach § 16 Abs. 5 UmgrStG.

Diese Ansicht ist verfehlt, da die Richtlinien zum Umgründungssteuergesetz dazu ausführen, dass der positive Verkehrswert bis zum Abschluss des Einbringungsvertrages hergestellt werden kann.

Laut RZ 677 der UmgrStR kann die Herstellung eines positiven Verkehrswertes durch rückwirkende Maßnahmen unterbleiben, sofern nachgewiesen wird, dass aufgrund Erzielung von Gewinnen bzw. bei nachhaltiger Besserung der Ertragslage im Rückwirkungszeitraum sich ein positiver Verkehrswert ergeben hätte.

Die Einbringungsverträge wurden jeweils am 24. September 1996 unterzeichnet.

Das bedeutet, dass im Rückwirkungszeitraum die in der Punktation festgelegten Bedingungen für die Schuldnachlässe (wie oben angeführt) erfüllt waren und auch nachgewiesen werden konnten.

Der positive Verkehrswert zum 30.6.1996 ergab sich daher wie folgt:

Eigenkapital zum 30.6.	ATS	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	ATS	41.294.903,80
zuzügl. stille Reserven*	ATS	7.771.683,44
positiver Verkehrswert	ATS	405.737,29

*Verkehrswert der Liegenschaft laut Gutachten von der R. ATS 84.700.000,00 abzüglich des Buchwertes in Höhe von ATS 76.928.316,56 ergibt stille Reserven von ATS 7.771.683,44."

Es wurde die ersatzlose Aufhebung der vorliegenden Bescheide beantragt.

Das angekündigte Bewertungsgutachten (der Z. Gruppe) wurde mit Ergänzungsschreiben zur Berufung vom 20. April 2005 übersandt. In diesem Schreiben wird nach Bezugnahme auf die beiden bisherigen Gutachten (von der A. GmbH (R.) und von Dipl.Ing. H.) sowie nach Wiedergabe der wesentlichsten Eckdaten des Gutachtens ausgeführt:

"Aufgrund des im vorliegenden Gutachten angeführten Verkehrswertes der Liegenschaft - der noch über jenem Gutachten liegt, welches in der Betriebsprüfung vorgelegt wurde - ergibt sich somit ein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens am Einbringungsstichtag und es wird dadurch die Voraussetzung für die Anwendung des Umgründungssteuergesetzes gem. § 12 Abs. 1 erfüllt. Da das nun vorgelegte Gutachten den Wert des bereits ursprünglich vorgelegten Gutachtens erhärtet, kommt den durch die beiden Gutachter ermittelten Werten

erhöhte Beweiskraft zu. Ebenfalls haben sich die bereits im Zuge des Betriebsprüfungsverfahrens von Stb. schriftlich angeführten Mängel des Gutachtens des Amtssachverständigen H.. noch deutlicher manifestiert und wurden auch von KR Z.. bestätigt. Der Wert von DI H.. ist aufgrund der Mängel des Gutachtens jedenfalls nicht für die Ermittlung eines positiven Verkehrswertes geeignet und daher nicht heranzuziehen.

Der positive Verkehrswert des Einbringungsvermögens zum 30.6.1996 ergibt sich daher wie folgt:

Eigenkapital zum 30.6.	ATS	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	ATS	41.294.903,80
zuzügl. stille Reserven ¹	ATS	8.271.683,44
positiver Verkehrswert	ATS	905.737,29

¹Verkehrswert der Liegenschaft laut Gutachten von Z. Gruppe ATS 85.200.000,00 abzüglich des Buchwertes in Höhe von ATS 76.928.316,56 ergibt stille Reserven von ATS 8.271.683,44."

In der Stellungnahme der Betriebsprüfung zur Berufung wurde beantragt, die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Mit Kaufvertrag vom XX. XX. 2011 wurde laut Mitteilung der steuerlichen Vertretung die Liegenschaft Adr. um € 7,15 Mio. (d.s. zwecks Vergleichbarkeit S 98,386 Mio.) veräußert und sämtliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft beglichen.

In der am 14. Dezember 2012 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung verwiesen die steuerliche Vertretung sowie die Amtsvertreter zum Berufungspunkt "Identität der Beteiligungen - Anteilsverschiebung" auf die Ausführungen im Berufungsbegehren sowie diejenigen des Betriebsprüfungsberichtes und weiters auf die Stellungnahme zur Berufung. Nach der Amtsvertretung komme § 19 Abs. 2 Z 2 Umgründungssteuergesetz mangels faktischer Abtretung nicht zur Anwendung und wurde hiezu auf Rz 1044 Umgründungssteuerrichtlinien hingewiesen.

Betreffend den Berufungspunkt "Sanierungsgewinn - rückwirkende Maßnahmen" bzw. „Schuldennachlass“ verwies die steuerliche Vertreterin auf ihre Ausführungen in der Berufungsschrift und ergänzte ausdrücklich, dass es sich ihrer Ansicht nach bei dem Schuldennachlass durch die Österreichische Volksbanken AG (zum 30. Juni 1997) um eine Stundung und keinesfalls um eine aufschiebende Bedingung gehandelt habe. Die Amtsvertreter sprachen sich gegen diese Sichtweise aus und verwiesen diesbezüglich auf den Wortlaut der Puntation.

Zum Berufungspunkt "positiver Verkehrswert des Einbringungsvermögens - Bewertungsgutachten" wies die steuerliche Vertreterin mit der Anmerkung, fachlich mit der Erstellung von Gutachten nicht betraut und daher auch in diesem Bereich nicht genügend

informiert zu sein, darauf hin, dass im Gutachten Dipl.Ing. H.. ein Wert der Baufläche von ca. 34,5 Mio. ATS angesetzt worden sei, also ein Wert, der sogar über den in den beiden anderen Gutachten ermittelten Beträgen liege. Dipl.Ing. H.. habe überdies diesen Grundwert auf Basis von Vergleichsgrundstücken ermittelt. Schon daraus ergebe sich, dass - wenn man die übrigen anfechtbaren Feststellungen des Gutachtens H.. nicht berücksichtige - jedenfalls ein positiver Verkehrswert gegeben sei.

KomzIR. Z... führte zur Divergenz zwischen den einzelnen Gutachten, insbesondere zum Gutachten Dipl.Ing. H.. zu seinem eigenen Gutachten Folgendes aus:

"Ein Hauptunterschied liegt darin, dass H.. bei Ermittlung des Bauzeitwertes rein akademische Werte angesetzt hat, nämlich bloß fiktive Neuherstellungswerte. In meinem Gutachten bin ich dagegen von den tatsächlichen Investitionskosten ausgegangen. Auch die ermittelte Wertminderung im Gutachten H.. von 38,42 % beruht rein schematisch auf Ross/Brachmann/Holzner und berücksichtigt nicht, dass im konkreten Fall die Liegenschaft bereits saniert worden ist, weshalb ein derartiger Abschlag der Wertminderungen keinen Platz hat.

Wenn ich weiters befragt werde, wieso die Gutachten insoweit differieren, als im Gutachten H.. ein Verhältnis Sach- zu Ertragswert 1:3, im Gutachten A.. 1:1 unter Einbeziehung des Vergleichswertes sowie in meinem Gutachten ein Sach- und Ertragswert im Verhältnis 2:1 herangezogen wird, so will ich dazu ausführen, dass in meinem Gutachten aus dem Ertragswert nicht der Wert des Grund und Bodens in Form einer ewigen Rente kapitalisiert worden ist. Dieser fließt dann aber in die Sachwertkomponente ein, weshalb meiner Ansicht nach ein höherer Sachwertanteil gerechtfertigt erscheint.

Hinweisen möchte ich darauf, dass in sämtlichen Gutachten nicht die Fantasie für die Parifizierung und den Abverkauf von Wohnungen in Wohnungseigentum Eingang gefunden hat, wobei ich hierzu ausführen möchte, dass zum damaligen Zeitpunkt schon damals ein Wert von ca. 2.200,-- bis 2.300,-- Euro pro Quadratmeter an Kaufpreis erzielbar gewesen wäre."

Die steuerliche Vertreterin wies darauf hin, dass die Banken ein Kreditengagement von rund 85 Mio. ATS gehabt haben, was darauf schließen lasse, dass sie überzeugt waren, dass die Liegenschaft tatsächlich einen derartigen Wert repräsentiert habe.

KomzIR. Z.. führte aus, er könne sich weiters vorstellen, dass im Gutachten H.. bei Ermittlung des Zuschlages für Marktanpassung von 2 % ein Irrtum passiert sei, da wohl in keinem Gutachten ein derartig geringer Zuschlag auch nur erwähnt werde. Realistisch wäre vielmehr ein Zuschlag von 20 %, was schon eher in die Nähe der beiden anderen Gutachten führen würde.

Die Amtsvertretung (der für das Finanzamt einschreitende Vertreter der Großbetriebsprüfung – Fachbereich) hielt fest, der tatsächliche Verkaufspreis spreche ihrer Ansicht nach nicht für, sondern gegen den Standpunkt der Berufungswerberin. Zu berücksichtigen sei nämlich der große Zeitabstand zwischen Bewertungsstichtag und tatsächlichem Verkauf, wobei sich in diesem Zeitraum im Verhältnis zum erforderlichen positiven Verkehrswert eine Differenz von ungefähr 15 % ergeben habe.

Eine Indizwirkung komme hingegen dem von Stb.. (vom 28.6.1996, vgl. AB 001034ff.) erstellten Bewertungsgutachten zum Stichtag 31.12.1995 zu, wobei dieser Stichtag nur rund ein halbes Jahr vor dem Umgründungsstichtag liege. In diesem Gutachten wird ein negativer Wert des Unternehmens in Höhe von rund 5,6 Mio. ATS ermittelt.

Die Prüferin der Großbetriebsprüfung erklärte, zu berücksichtigen sei, dass im gegenständlichen Fall eine Bewertung von Mitunternehmeranteilen, und zwar atypisch stillen Gesellschafteranteilen zu erfolgen habe. Hierbei sei in Rechnung zu stellen, dass es auf Grund der negativen Kapitalkonten wohl noch mehr als 15 Jahre dauern werde, bis diese Kapitalkonti durch Gewinne wieder aufgefüllt werden und somit Ausschüttungen an die Mitunternehmer möglich seien. Auch dies spreche dafür, dass der Verkehrswert des Unternehmens zum in Rede stehenden Stichtag negativ gewesen sei, dies weil die Ausschüttungen bewertungsrelevant für die Ermittlung des positiven Verkehrswertes seien.

Die Prüferin verwies auf die Ausführungen des Immobilienspezialisten der Großbetriebsprüfung; von dessen zum Akt genommener Stellungnahme wurden die zwei nachfolgend wiedergegebenen Absätze (welche sich auf die am XX. XX. 2011 erfolgte Veräußerung der den Gegenstand der Bewertungsgutachten bildenden Liegenschaft um - wie erwähnt - € 7,15 Mio. beziehen) verlesen:

"Zinshausmarktentwicklung in Wien seit 2000

Wie aus Studien und Marktberichten hervorgeht, wurde der Wiener Althausbestandteil noch Anfang der 2000er Jahre größtenteils von privaten inländischen Eigentümern gehalten. Unter dem Vorzeichen der Altersstruktur unter den Mietern und vor dem Hintergrund der dem österreichischen Mietrecht immanenten Besonderheiten war absehbar, dass sich institutionelle Anleger vermehrt für die Renditen von Wiener Mietzinshäusern interessieren würden. Bald sollte es denn auch zu einer stark steigenden Nachfrage inländischer institutioneller und potenter privater Investoren kommen.

In 2007 setzte die verstärkte Nachfrage ein. Die Nachfrage finanzstarker Investoren trieb die Preise in vergleichsweise schwindelerregende Höhen. In Anbetracht der auf dem Markt erzielbaren Rekordpreise veräußerten strategische Investoren einzelne Objekte ihrer Portfolios. Nach und nach setzte eine Belegung des Zinshausmarktes ein. Bei sehr guten Liegenschaften kam es zu exorbitanten Preissteigerungen, bei guten Liegenschaften waren es

immerhin noch rd. 70%. An diese Entwicklung anschließend war es dann vor allem die Wirtschaftskrise 2008, die den Wiener Zinshausmarkt nochmals zusätzlich belebte, zumal die Anleger in Immobilien 'flüchteten'. ..."

Der steuerliche Vertreter ergänzte, weiters sei zu berücksichtigen, dass bei Ermittlung eines positiven Verkehrswertes wohl auch die Zukunftsaussichten einfließen müssten. Im konkreten Fall sei es so gewesen, dass jedenfalls die Punkttation bereits existent und es somit absehbar gewesen sei, dass ein Forderungsverzicht erfolgen werde. Es spiele auch wohl keine Rolle, dass erst ab dem 16. Jahr Ausschüttungen möglich sein werden, weil selbst in diesem Fall ja nur ein Verkehrswert von größer Null erforderlich sei, der im konkreten Fall gegeben sei.

Die steuerliche Vertreterin stellte fest:

"Wir befinden uns in der glücklichen Lage nunmehr zu wissen, dass der Fall 'gut ausgegangen ist'. Die Entschuldung ist gelungen, der Forderungsverzicht ist erfolgt, was jedenfalls ein Indiz dafür ist, dass zumindest zum Zeitpunkt der Unterfertigung des Einbringungsvertrages ein Verkehrswert von größer Null gegeben war."

Abschließend wies der weitere Vertreter der Großbetriebsprüfung – Fachbereich darauf hin, dass nach Ansicht der Betriebsprüfung der Schuldennachlass nicht unter § 16 Abs. 5 UmgrStG zu subsumieren sei; zum Zeitpunkt der Umgründung sei nämlich die Personengesellschaft untergegangen, die Sanierung habe sodann die Nachfolgesellschaft betroffen. Eine Rückbeziehung des Schuldverzichts auf den Umgründungstichtag sei somit nach Ansicht der Betriebsprüfung nicht möglich.

Die steuerliche Vertreterin brachte vor, wie auch die Amtspartei ausgeführt habe, sei Gegenstand der Bewertung ein Mitunternehmeranteil. Hierbei seien – und auch darauf sei bereits hingewiesen worden – auch stille Reserven in den Verbindlichkeiten, in concreto also die Punkttation, einzubeziehen.

Hieraus ergebe sich wiederum ein positiver Verkehrswert.

Die steuerliche Vertreterin ersuchte abschließend, der Berufung Folge zu geben.

Über die Berufung wurde erwogen:

Mit Gesellschaftsvertrag vom 17. Oktober 1989 wurde die X (X.) gegründet (vgl. AB 000439, 001600). Gesellschafter war die B. GmbH (B.). Hauptsächlichster Geschäftszweck war die aufwendige Sanierung, einschließlich der Errichtung eines neuen Traktes, des denkmalgeschützten Gebäudes "Objekt" (Adresse) mit dem Ziel, Wohnungen, Geschäftslokale und Büroflächen zu schaffen und diese zunächst zu vermieten. Daneben wurden Mobilien im

Konzernbereich (K.) verleast (Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 11.10.2004, I.B.1.).

Zum Stichtag 30. November 1992 wurde eine atypische stille Gesellschaft mit der X. als Geschäftsherrn unter Anwendung des Art IV UmgrStG (Zusammenschluss) errichtet (X.u.Mitges.) (Niederschrift über die Schlussbesprechung, I.B.1.; vgl. AS 71/DB; AB 000184, 000629f).

Der Betriebsgegenstand der Bw. war der Handel mit und Vermietung von Waren aller Art (Tz. 1 des Bp-Berichtes vom 14. Dezember 2004, ABNr GBp 112021/00a).

Die X fungierte als Geschäftsherr (vgl. AS 2/1996; AB 000629f), atypisch stille Gesellschafter waren die unter Tz. 14 aufgelisteten Personen (Tz. 9) (das sind 21 natürliche Personen und die Y; Anm.: Die ursprünglich an der X.u.Mitges.. beteiligte B.. brachte ihre stille Beteiligung mit Wirkung zum Stichtag 31.12.1992 in des Vermögen der Y. ein, womit diese als atypisch stille Gesellschafterin an der X. beteiligt war. Vgl. AS 74f/DB; Ergebnisverteilung, AS 3/1996).

Die Gewinnermittlung erfolgte gemäß § 5 EStG 1988 (Tz. 10).

Laut Anbot vom 10. Dezember 1992 zum Vertrag über die Errichtung dieser atypisch stillen Gesellschaft war der ausschließliche Gegenstand des Unternehmens die Ausübung der gewerblichen Vermietung in folgender Form: 1.) die Verfolgung von Immobilienprojekten, insbesondere der Erwerb und die Anmietung von bebauten und unbebauten Grundstücken, der Umbau bebauter und die Bebauung unbebauter Grundstücke, die Verwertung solcher Immobilien durch Vermietung und Verpachtung; 2.) die Ausübung des Mobilienleasinggeschäftes; 3.) die Ausübung des Immobilienleasinggeschäftes.

§ 2 Punkt 5 dieses Vertrages lautet: Übernimmt der atypisch stille Gesellschafter Verluste, die über seine Einlage hinausgehen, so ist er für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Geschäftsherrn verpflichtet, die Differenz zwischen übernommenen Verlusten, zugewiesenen Geschäftsanteilen und übernommener Einlage nachzuschließen.

Die gesamte Einlage, mit der sich die atypisch stillen Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligten, betrug – nicht wie in § 2 Punkt 6 dieses Vertrages genannt S 38.000.000,00, sondern – S 35.000.000,00 (AS 71ff/DB); S 20.400.000,00 davon entfielen auf die Beteiligung der Y.

Nach § 6 dieses Vertrages trifft den stillen Gesellschafter keine Nachschusspflicht.

In § 7 dieses Vertrages ist die Beteiligung am Vermögen, Gewinn und Verlust geregelt (Teilnahme des atypisch stillen Gesellschafters an dem Verlust der Gesellschaft bis zur maximalen Höhe des Dreifachen seiner Einlage);

in §§ 7 (Punkt 4) und 8 dieses Vertrages werden u.a. ein einmaliger und ein jährlicher Vorweggewinn des Geschäftsherrn festgelegt.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 18. Mai 1993 wurde die Y (Y.) gegründet (vgl. AB 000256). Auch hier war alleinige Gesellschafterin die B... Geschäftszweck waren der Erwerb und die Vermietung von Liegenschaften, Mobilienleasing und die Erbringung von Dienstleistungen (Niederschrift über die Schlussbesprechung, I.B.2.).

Mit Wirkung zum Stichtag 30. April 1993 wurde zwischen der Y. als Geschäftsherrn und den Annehmenden des Angebotes (23 natürlichen Personen, der D. GmbH und der B. GmbH; vgl. Verzeichnis der Zeichnungen Stille Gesellschafter, AS 54f/DB) ein Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft (Zusammenschluss gemäß Art IV UmgrStG) abgeschlossen (Yu.Mitges.) (vgl. AS 49ff/DB; AB 000187).

Laut Anbot vom 28. Dezember 1993 zum Vertrag über die Errichtung dieser atypisch stillen Gesellschaft war Gegenstand des Unternehmens: 1.) Erbringung von Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik sowie die Ausübung des Gewerbes des Betriebsberaters; 2.) der Handel mit und die Vermietung von Waren aller Art auch in der Form von Leasinggeschäften sowie die Handelsagentur; 3.) die Verfolgung von Immobilienprojekten, die Verwertung von Immobilien durch gewerbliche Vermietung und Verpachtung, die Immobilienverwaltung, die Ausübung des Immobilienleasinggeschäftes; 4.) die Vermittlung von Dienstleistungen; 5.) Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung; 6.) die Ausübung des Bewachungsgewerbes; 7.) die Beherbergung von Gästen und die Garagierung von Fahrzeugen.

Nachschusspflicht, Beteiligung am Vermögen, Gewinn und Verlust waren fast gleich wie im Anbot zum Vertrag über die Errichtung der [Bw. 1] geregelt (abweichend: Teilnahme am Verlust der Gesellschaft bis zur maximalen Höhe des 2,7-fachen der Einlage);

Die atypisch stillen Gesellschafter beteiligten sich mit einer Einlage im Nominale von S 23.000.000,00 an der Gesellschaft.

Am XX. XX. 1996 wurde über die B.. das Insolvenzverfahren eröffnet.

Mit dem Ziel, die Folgewirkungen der Insolvenz der B.. sowohl von der X. als auch von der Y. abzuwenden (beide 100% Tochtergesellschaften der B..), setzten Sanierungsbemühungen ein.

Im Mai 1996 wurde nach Verhandlungen mit den kreditgebenden Banken eine Sanierungsvereinbarung ("Punktation") ausverhandelt und wurde diese am 28. Mai 1996 von der Raiffeisen Zentralbank unterfertigt (AB 000682ff).

Die Vereinbarung beinhaltet Folgendes:

"Zur Vermeidung einer gerichtlichen Insolvenz der X. und der Y. werden unwiderrufliche Zusagen, die nur durch die Bestimmungen der Punktation bedingt sind, gegeben. Die Bank Austria AG verzichtet gegen eine Abschlagszahlung von S 100.000,00 auf alle darüber

hinausgehenden Forderungen (iHv S 753.327,28; AB 001020).

Die Österreichische Volksbanken AG verzichtet gegen eine Abschlagszahlung von S 5.000.000,00, die bis zum 30.6.1997 zu leisten ist, auf die Geltendmachung ihrer Forderung in Höhe von rund S 28.000.000,00 (und zwar S 28.051.928,00; AB 001020)

Die RZB hat mit Stichtag 29.3.1996 eine Forderung von S 95.135.450,92.

Gegen eine Abschlagszahlung von S 1.500.000,00 werden die über S 80.000.000,00 hinausgehenden Beträge erlassen, sodass ab Übertragung der Geschäftsanteile an den Gesellschaften (Y. und X.) auf die privaten stillen Gesellschafter die Kreditforderung im Sinne dieser Punktation S 80.000.000,00 beträgt."

Die Kreditlaufzeit wird auf 15 Jahre prolongiert, bis zum 31.12.2010, und als Sicherheit wird eine Globalzession vereinbart (vgl. AB 000705ff).

Unter lit. C., Bedingung, wird festgelegt, dass die o.a. "Zusagen Rechtswirksamkeit erlangen, wenn und sobald die Geschäftsanteile an der X. und an der Y. der Mehrheit der an diesen Gesellschaften beteiligten privaten stillen Gesellschafter um ein symbolisches Gesamtentgelt von S 1,00 übertragen worden sind."

Unter lit. D., Durchführung, wird folgendes bestimmt:

- "1. Die Punktation gilt als abgeschlossen, sobald ... in allen Punkten gleichlautende, ordnungsgemäß unterfertigte Punktationen vorliegen.
2. ... Einholung der allenfalls erforderlichen insolvenzrechtlichen Genehmigungen.
3. ... Die Übernahme der Geschäftsanteile durch die privaten stillen Gesellschafter im Anschluss an die im Mai 1996 abgehaltene Versammlung.
4. Die Abschlagszahlungen gemäß Punkt A.1. (an die Bank Austria AG) und gemäß Punkt A.3.1. (an die RZB) sind innerhalb von 14 Tagen nach Übertragung der Geschäftsanteile an die stillen Gesellschafter zu leisten."

Mit 1. August 1996 wurde die Übertragung der Geschäftsanteile im Firmenbuch bei der X. und der Y. eingetragen (vgl. Auszüge aus dem Firmenbuch, AB 000730ff und 000733ff).

Bei der X. nahmen alle atypisch stillen Gesellschafter mit Ausnahme der Y. an der Abtretung teil. Dr. G. übernahm statt 4,11% lediglich 2,10% der Geschäftsanteile.

Bei der Y. wurden ebenfalls alle atypisch stillen Gesellschafter mit Ausnahme der B.. Gesellschafter der Y.. Dr. G. und die D. GmbH übernahmen statt 3,02% bzw. 12,06% 1,63% bzw. 6,52%. Damit betrugen die Verschiebungen der Anteile bei der X. 2,01% und bei der Y. 6,92%.

Die im Zuge der Nachträge zu den Vereinbarungen über die atypisch stillen Gesellschaften vereinbarten Nachschüsse orientierten sich an diesem anlässlich der Übernahme der Geschäftsanteile erstmalig aufgetretenen Aufteilungsausmaßen (Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.3.1.).

Am 12. August 1996 erfolgte mit Beschluss des Gläubigerausschusses die konkursbehördliche Genehmigung der Übertragung der Geschäftsanteile (AB 000805ff; 000825):

Unter I) lit. d) "die Genehmigung der Übertragung der Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin (der B..) an der X. und der Y. sowie betreffend die Genehmigung der Aufhebung der stillen Beteiligung der Gemeinschuldnerin an die Y.."

Unter II) des Beschlusses: "Die Übertragung der Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin an der X. und der Y. mit einer Stammeinlage von S 500.000,00 um den Betrag von S 1,00 an die atypischen Gesellschafter dieser Unternehmen sowie die Aufhebung der stillen Beteiligung der Gemeinschuldnerin an der Y. zum 31.12.1995 wird gemäß § 117 KO genehmigt."

Am 9. September 1996 wurde zwischen der X. und der RZB das Globalzessionsübereinkommen abgeschlossen, um in Verbindung mit der Punktation der RZB die vereinbarten Sicherheiten einzuräumen. Dieses Übereinkommen stellt einen Teil der Bedingungen dar, die erfüllt werden mussten, um den Kreditnachlass rechtswirksam werden zu lassen (AB 000705ff):

"Punkt 3.

Zur Sicherstellung sämtlicher gegenwärtiger und zukünftiger Forderungen des Kreditgebers gegen den Kreditnehmer ... zediert, im Sinne der §§ 1392ff ABGB hiemit die Firma X. unwiderruflich und rechtsverbindlich ihre sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen gegenüber Dritten, aus welchem Rechtsgrund auch immer, insbesondere aus der im Zusammenhang mit der gänzlichen oder teilweisen Verwertung (Vermietung, Veräußerung etc.) der Liegenschaft EZ..., Grundbuch... ... (d.i. das Objekt, vgl. GB-Auszug AB 000088) an den Kreditgeber.

Im Hinblick auf die im Rahmen dieser Globalzession vorgenommene Abtretung der Hauptmietzinse erklärt die X. gemäß § 42 Abs. 2 MRG, dass die gegenständliche Abtretung der Hauptmietzinse zur Sicherung eines ihr zur ordnungsgemäßen Erhaltung sowie notwendigen und nützlichen Veränderung von Mietgegenständen ... von der RZB mit Urkunde vom 23.12.1992 gewährten Kredites dient.

Zur Sicherstellung dieses Kredites ist unter anderem im Lastenblatt der Liegenschaft EZ..., ... ein Pfandrecht für den Höchstbetrag von S 115.000.000,00 zugunsten der Raiffeisen Zentralbank Österreich AG einverleibt."

Mit Aufhebungsvertrag vom 30. September 1996, abgeschlossen zwischen dem Masseverwalter der B., Dr. ..., und der Y., wurde Folgendes bestimmt (AB 000221f):

Die B. ist als atypisch stiller Gesellschafter mit einer Einlage in Höhe von S 3,1 Millionen an der Y. beteiligt. Die stille Gesellschaft kann aufgrund des Konkursverfahrens der B. vorzeitig beendet werden.

Die rückwirkende Beendigung zum 1.1.1996 der stillen Gesellschaft wird vereinbart und die

Einlage der B.. gilt als verloren.

Die Y. verzichtet ihrerseits auf die Geltendmachung der Nachschusspflicht der B... Weiters wird darin vereinbart, dass kein Abschichtungsentgelt und auch keine Rückzahlung der Vermögenseinlage zu leisten ist (Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.3.2.).

Einbringung des Mitunternehmeranteils der Y. in die X. per 30. Juni 1996:

Mit Notariatsakt vom 24. September 1996 fassten die Gesellschafter der X. folgende Beschlüsse (AB 000121ff):

Das Stammkapital wird von S 500.000,00 auf S 501.000,00 erhöht. Auf die neue Stammeinlage werden Sacheinlagen gemäß dem am selben Tag zwischen Y. und der X. abgeschlossenen Einbringungsvertrag, dem die Einbringungsbilanz zum 30.6.1996 als integrierender Bestandteil angeschlossen ist, geleistet. Zur Übernahme des neuen Geschäftsanteiles wird ausschließlich die Y. zugelassen (AB 000124).

Im selben Vertragswerk ist ein "Nachtrag zum Vertrag über eine stille Gesellschaft" (lit. A.) enthalten, der im § 2 (Nachschuss) normiert, dass der stille Gesellschafter (die Y.) eine einmalige Nachschusszahlung in Höhe von S 1.000,00 leistet; gleichzeitig wird im § 3 festgelegt, dass der § 2 Abs. 5 ersatzlos gestrichen wird und somit auch bei Einleitung eines Insolvenzverfahrens über den Geschäftsherrn keine Nachschusspflicht des stillen Gesellschafters mehr gegeben ist (AB 000125).

In lit. B. dieses Vertragswerkes wird (nach Maßgabe des Umgründungsplanes) die "Einbringung" des durch den stillen Gesellschaftsvertrag näher definierten Mitunternehmeranteils der Y. als Sacheinlage im Sinne des Art. III UmgrStG zum Stichtag 30. Juni 1996 unter Zugrundelegung einer Einbringungsbilanz in die X. vereinbart. Als Gegenleistung für die Einbringung des Mitunternehmeranteils erhält die Y. einen Geschäftsanteil, der einer zur Gänze einbezahlten Stammeinlage von S 1.000,00 an der Gesellschaft (der X.) entspricht (AB 000126).

Mit diesem Schritt war die Y. an der X. mit 0,19% vom erhöhten Stammkapital (S 501.000,00) beteiligt (Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.3.3.).

Einbringung der übrigen Mitunternehmeranteile aus der X. und Mitgesellschafter in die X. per 30. Juni 1996 (AB 000647 ff):

Mit Nachtragsvereinbarung und Einbringungsvertrag vom 24. September 1996 wurden

- einerseits unter lit. A. Nachtrag zum Vertrag über eine stille Gesellschaft einmalige Nachschussbeträge von insgesamt S 2.316.600,00 (verbunden mit der Streichung des § 2 Abs. 5, sodass keine weitere Nachschusspflicht besteht),
- andererseits unter lit. B. Einbringung, die Einbringung der Mitunternehmeranteile ohne Ausgabe einer Gegenleistung vereinbart. Dies wird in § 4 - Einbringungswert - Gegenleistung

so formuliert:

"(1) Die den Gegenstand der Einbringung bildenden Mitunternehmeranteile haben jeweils einen positiven Verkehrswert.

(2) Mit Hinblick darauf, dass die stillen Gesellschafter als Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sind und die Vermögenseinlagen der eingebrachten Mitunternehmeranteile im gleichen Verhältnis wie die Beteiligungen an der Gesellschaft stehen und somit die vom UmgrStG geforderte Äquivalenz gegeben ist, entfällt die Ausgabe einer Gegenleistung, sodass die stillen Gesellschafter künftig nur noch an der Gesellschaft beteiligt werden." (AB 000651; Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.3.4.)

Einbringung der verbliebenen Mitunternehmeranteile aus der Y. und Mitgesellschafter in die Y. per 30. Juni 1996:

Gemäß Einbringungsvertrag vom 24. September 1996, abgeschlossen zwischen den atypisch stillen Gesellschaftern und der Y. als Geschäftsherr, unter § 4 - Einbringungswert - Gegenleistung, wird ausgeführt, dass

"(1) Die den Gegenstand der Einbringung bildenden Mitunternehmeranteile jeweils einen positiven Verkehrswert haben.

(2) Mit Hinblick darauf, dass die stillen Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sind und die Vermögenseinlagen der eingebrachten Mitunternehmeranteile im gleichen Verhältnis wie die Beteiligungen an der Gesellschaft stehen und somit die vom UmgrStG geforderte Äquivalenz gegeben ist, entfällt die Ausgabe einer Gegenleistung"

Die ehemals stillen Gesellschafter Dr. G. und die D. GmbH haben zu jeweils 3,02% und 12,06% Mitunternehmeranteile (von der nach Beendigung der stillen Gesellschaft mit der B.. gesamten Einlage in Höhe von S 19.900.000,00) gehalten, ihre Anteile an den Geschäftsanteilen der Y. betragen jedoch 1,63% und 6,52%.

Gleichzeitig mit dem Einbringungsvertrag wurde uno actu unter lit. A. desselben Vertragswerkes ein Nachtrag zum Vertrag über eine atypisch stille Gesellschaft abgefasst. Unter dessen § 2, Nachschuss, Abs. 1, wird festgelegt, dass "aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft die stillen Gesellschafter einen ... einmaligen Nachschuss" in Höhe von gesamt S 2.980.800,00 leisten.

Mit diesem Nachschuss wird der ursprüngliche Vertrag abgeändert (§ 3 Vertragsänderung) und somit sind die stillen Gesellschafter auch im Falle der Insolvenzeröffnung über den Geschäftsherrn von der Nachschussverpflichtung befreit (Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.3.5.).

Mit Notariatsakt vom 24. September 1996 beschlossen die Gesellschafter der Y. die Verschmelzung mit der X. (AB 000299).

Mit Notariatsakt vom selben Tag beschlossen die Gesellschafter der X. und der Geschäftsführer der Y. (AB 000223) unter gleichzeitiger Umfirmierung der X. auf Objekt Verwaltungs GmbH (Schreiben an das Finanzamt vom 8.10.1996, AB 555):

- den zwischen der Y. als übertragender Gesellschaft und der X. als aufnehmender Gesellschaft abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag (AB 000251);
- die Stammkapitalerhöhung der X. um S 499.000,00 auf S 1.000.000,00;
- die Übernahme der neuen Stammeinlage aus der Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechtes der Gesellschafter ausschließlich durch die Gesellschafter der Y. im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital der übertragenden Gesellschaft (Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.4.).

Zum Stichtag 31.12.1996 wurde mit der Annahme des Angebotes der X. (nunmehr Objekt Verwaltungs GmbH) als Geschäftsherr eine atypisch stille Gesellschaft errichtet.

Die stillen Gesellschafter waren mit einer voll einbezahlten stillen Beteiligung von S 20.000,00 am Unternehmen des Geschäftsherrn beteiligt und haben sich verpflichtet, dem Geschäftsherrn pro S 20.000,00 übernommener Geschäftseinlage ein Gesellschafterdarlehen von S 30.000,00 zu gewähren (AB 000660; Niederschrift über die Schlussbesprechung, III.A.5.).

Strittig ist, ob bei den Einbringungsvorgängen

(Einbringung des Mitunternehmeranteiles der Y. in die X.;

Einbringung der übrigen Mitunternehmeranteile aus der X. und Mitgesellschafter in die X.;

Einbringung der verbliebenen Mitunternehmeranteile aus der Y. und Mitgesellschafter in die Y.)

ein positiver Verkehrswert des eingebrachten Vermögens am Einbringungsstichtag, jedenfalls aber am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrages (§ 12 Abs. 1 UmgrStG) vorliegt und ob die Identität der Beteiligungen jedes einzelnen Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft und der Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft im gegenständlichen Fall als Anwendungsvoraussetzung des Art. III UmgrStG erforderlich ist.

Am 13. November 2001 wurde das "Bewertungsgutachten für die Liegenschaft Adr.. / Objekt, 30.6.1996 und 31.12.1996", verfasst von der Fa. A. GmbH (Gutachten 1), vorgelegt. Der in Höhe von S 84.700.000,00 bezifferte Wert wurde in der Zusammenschlussbilanz zum 30.6.1996 der X. eingesetzt, sodass sich – unter Einbeziehung der Schuldnachlässe – ein positives Eigenkapital der Mitunternehmeranteile in Höhe von S 405.737,29 ergab (vgl. die Berechnung in der Berufung, Seite 8 dieser Berufungsentscheidung).

Das am 14. Mai 2003 eingelangte seitens der BP veranlasste Gutachten des Amtssachverständigen Dipl.Ing. H.. (Gutachten 2) bezifferte den Verkehrswert der Liegenschaft zum 30. Juni 1996 in Höhe von S 67.454.000,00, wodurch sich kein positives Eigenkapital ergab (negativer Verkehrswerts des übertragenen Vermögens: S 16.840.262,71).

Das von der Fa. Z. Gruppe erstellte Gutachten (Gutachten 3) bezifferte den Verkehrswert der Liegenschaft zu den Stichtagen 30.6.1996 und 31.12.1996 in Höhe von S 85.200.000,00, wodurch sich (wie beim Gutachten 1) ein positives Eigenkapital ergab (S 905.737,29; vgl. die Berechnung im Ergänzungsschreiben zur Berufung, Seite 9 dieser Berufungsentscheidung).

Positiver Verkehrswert des Einbringungsvermögens:

Das Gutachten der A. GmbH vom 7. November 2001 enthält folgende Aussagen:

Das Obj. wurde 1803 erbaut, 1808 aufgestockt und von 1822 bis 1832 erweitert.

Die Liegenschaft hat eine Gesamtfläche von 1.967 m². Das denkmalgeschützte Gebäude wurde in den Jahres 1992 bis 1996 aufwendig saniert (inkl. Einbau eines neuen Stiegenhauses und der Liftanlagen etc.), der Dachboden ausgebaut und an der Stiege Y.gasse wurde hofseitig ein Neubau errichtet. Es wird als Wohn-, Büro- und Geschäftshaus genutzt.

Sachwertmethode:

Bodenwert: S 10.550,00/m² x 1.967 m² = S 20.751.850,00, gerundet S 20.750.000,00.

Der abgestimmte m²-Preis von S 10.550,00 wird aus drei Vergleichsobjekten (von August 2001; deren Grundstücksflächen: 493 m², 660 m² bzw. 942 m²) mittels Anpassungen nach wirtschaftlichen und technischen Aspekten ermittelt.

Der Sachwert Gebäude wird für die Gebäudeteile getrennt ermittelt (Nettofläche x m²-Preis = Neuwert {CRN} – physischer Abnutzung bzw. funktioneller Abnutzung = Cost of reproduction new less depreciation {CRNLD}):

Stiege-XX Straße: 1.500 m² x S 22.500 = CRN rund S 33.800.000

– 20% phys. Abnutzung = CRNLD S 27.040.000,00

Hoftrakt: 530 m² x S 19.100 = CRN rund S 10.100.000

– 20% phys. Abnutzung = CRNLD S 8.080.000,00

Stiege-YY: 1.300 m² x S 24.800 = CRN rund S 32.200.000

– 5% funkt. Abnutzung = CRNLD S 30.590.000,00

Garage: ca. 400 m² x S 7.500 = CRN S 3.000.000

– 5% funkt. Abnutzung = CRNLD S 2.850.000,00

Zwischensumme Sachwert Gebäude: S 68.560.000,00; zuzüglich Außenanlagen und Aufschließung (Hofffläche und div. Einbauten) iHv S 290.000,00 und Bodenwert ergibt einen gesamten Sachwert in Höhe von S 89.600.000,00.

Vergleichswertmethode:

Der aus drei Objekten (ebenfalls mit nicht annähernd gleicher Grundstücksgröße) wird ein angepasster Preis errechnet; zuzüglich Bodenwert (nach Sachwertmethode) wird ein Gesamtwert von S 82.980.000,00 errechnet.

Ertragswertmethode:

	vermietbare Fläche (2.816 m ²)	Mietertrag /Monat	
Wohnung	1.176 m ²	S 118,00	S 138.768
Büro	1.252 m ²	S 142,00	S 177.784
Geschäft/Lager	388 m ²	S 157,00	S 60.916
Stellplätze	26 Stk.	S 1.597,00	S 41.522
Nettoertrag/Mon.			S 418.990
Jahresertrag			S 5.027.880,00

Der Bruttojahresertrag vermindert um 15% für Leerstellungs- und Inkassoverlust, 6% Verwaltungskosten sowie angenommenen Renovierungskosten von 12% (gerundet S 600.000,00) ergibt einen Nettojahresertrag von S 3.417.276,00. In dem Gutachten wird sodann ein Kapitalisierungszins von 4% herangezogen und auf Basis einer ewigen Rente ein Ertragswert von (gerundet) S 85.430.000,00 errechnet.

Der Verkehrswert wird in diesem Gutachten (unter Hervorhebung der Vergleichswertmethode und der Ertragswertmethode) mit S 84.700.000,00 festgesetzt und wird auf Gebäude (S 63.680.000,00), Außenanlagen (S 270.000,00) und Grundstück (S 20.750.000,00) aufgeteilt.

Das Gutachten des Dipl.Ing. H. vom 7. Mai 2003 enthält folgende Aussagen:

Das Gebäude wurde laut Bauakt in den Jahren 1809 bis 1813 erstmals erbaut, hofseitige Erweiterungen erfolgten 1822 und 1832. Die letzte große Gesamtanierung und ein Neubautrakt in der Y.gasse erfolgten in der ersten Hälfte der Neunzigerjahre.

Im Baubescheid angeführte Einbauten: sechs Büroeinheiten, vier Geschäftslokale und 20 Wohnungen sowie 26 Autostellplätze in der Garage.

Im Bereich der Innenhoffassade sind an mehreren Stellen Feuchtigkeitsschäden sichtbar. Auch in der Garage bestehen im Deckenbereich einzelne undichte Stellen.

Wert der Baufläche:

Aus der Vergleichspreisaufstellung (26 Grundstücke in Mariahilf betreffend die Jahre von 1987 bis 1998; Preis für unbebaute Grundstücke zwischen S 15.000,00 und S 25.000,00) wird für die gegenständliche Liegenschaft ein Vergleichswert von S 19.500,00/m² abgeleitet; x Baufläche 1.967 m² – 10% Abminderung für Verbauung = S 34.520.850,00 Wert der Baufläche.

Bauzeitwert:

Nach den Angaben der Hausverwaltung und der Finanz ist mit einer Nutzfläche von 2.796,68 m² zu rechnen.

Neuherstellungswert (unterschiedliche Baustufen und erhöhten Aufwand für Denkmalschutz berücksichtigend) S 24.000,00 x 2.797 m² – Abschlag für wirtschaftliche Wertminderung und Alterswertminderung 38,42% (nach Zustand 30 Jahre, Restnutzungsdauer inkl. Renovierung 60 Jahre, Alterswertminderung nach Ross 33%; erweiterte Wertminderung bei 33% Lebensdauer und Zustandsstufe 2,5: 38,42%) = Bauzeitwert S 41.337.422,00

Garage: 312 m² x S 6.500,00 = Bauzeitwert S 2.028.000,00

Sachwert Gebäude: S 43.365.422,00

Summe der Sachwerte (Grund und Boden und Gebäude): S 77.886.272,00

Ertragswertverfahren:

Nachhaltig erzielbare Erlöse		
S 110,00/m ² /Monat	Nutzfläche 2.797 m ²	S 307.670,00
S 1.300,00/Monat	26 Garagenboxen	S 33.800,00
Summe Mieteinnahmen im Monat		S 341.470,00
Jahresrohertrag		S 4.097.640,00
– Mietausfallswagnis (8% vom Jahresrohertrag)		– S 327.811,00
– Instandsetzungskosten (0,2% des Herstellungswertes)		– S 138.312,00
– Instandhaltungskosten (0,3% des Bauzeitwertes)		– S 130.096,00
– Verzinsung des Bodenwertes (5,5% des Wertes der Baufläche)		– S 1.898.647,00
= Liegenschaftsreinertrag		S 1.602.774,00
Reinertrag der baulichen Anlagen x Vervielfältiger (RND 60 Jahre, p=5,5%) V=17,45		S 27.968.406,00
– Wertminderung wg. Baumängel (0,4% von Herstellungskosten)		– S 276.624,00
Gebäudeertragswert		S 27.691.782,00
+ Bodenwert		S 34.520.850,00
Ertragswert		S 62.212.632,00

Gewichtung von Sachwert zu Ertragswert erfolgt im Verhältnis 1:3 (da Ertragsliegenschaft), das ergibt einen Rechenwert von S 66.131.042,00. Für die Marktanpassung (renoviertes Gebäude, vorhandene Parkplätze, zentrale Lage) wird ein Zuschlag und für den Denkmalschutz ein Abschlag angesetzt; in Summe wird ein Zuschlag von 2% berücksichtigt. Der Verkehrswert der Liegenschaft beträgt nach diesem Gutachten gerundet S 67.454.000,00.

Das Gutachten der Z. Gruppe von Jänner 2005 enthält folgende Aussagen:

Denkmalgeschütztes Gebäude; Baujahr 1803, Aufstockung 1808: Generalsanierung und teilweiser Neubau 1993; 4 Geschäftslokale im Erdgeschoss, 9 Büros und 17 Wohnungen in den Ober- und ausgebauten Dachgeschossen, 26 Stellplätze in einer Garage.

Eckliegenschaft besteht aus 3 Trakten: X.Straße (Stiege 1), Hoftrakt (Stiege 2), Y.gasse

(Stiege 3) und einer ebenerdigen Garage (Zufahrt Y.gasse). Der Trakt Y.gasse wurde bei der Generalsanierung bis auf die Straßenfassade abgetragen und zur Gänze neu errichtet.

Das gutachtensgegenständliche Objekt befindet sich ... in einem guten Bau- und Erhaltungszustand. Dem Baualter entsprechende Abnutzungserscheinungen ... sind feststellbar.

Die Nutzfläche der Liegenschaft beträgt 2.816,68 m² (Mietzinsliste 01/1997). Drei Büros, zwei Wohnungen und sieben Stellplätze sind zum Bewertungsstichtag leerstehend.

Grundwert:

Grundfläche 1.967 m² x Preis /m² Freigrundfläche in Höhe von S 13.500,00 – 10% Abschlag für Bebauung = S 23.899.050,00 Grundwert.

Bauzeitwert:

Errichtungskosten vergleichbarer Gebäude zwischen S 24.000,00 und S 29.000,00/m²

Nutzfläche

Restnutzungsdauer von 60 Jahren, Abschlag für Baualter in Höhe von 20%

Trakt	Baukosten/m ²	Nutzfläche	Baukosten	Abschlag	Bauzeitwert
Stiege 1	S 28.500,00	1.402,35 m ²	S 39.966.975,00	20%	S 31.973.580,00
Stiege 2	S 24.500,00	295,94 m ²	S 7.250.530,00	20%	S 5.800.424,00
Stiege 3	S 25.500,00	1.118,39 m ²	S 28.518.945,00	20%	S 22.815.156,00
Garage	S 130.000,00	Anzahl: 26	S 3.380.000,00	20%	S 2.704.000,00
Außenanlagen	S 1.500.000,00	pauschal		20%	S 1.200.000,00
Bauzeitwert gesamt					S 64.493.160,00
Grundwert					S 23.899.050,00
Sachwert gesamt					S 88.392.210,00

Ertragswert:

Der Kapitalisierungszinssatz wird (ausgehend von der Sekundärmarkttrendite 10-Jahres-Bundesanleihe Dezember 1996) grundsätzlich mit 5% berechnet.

Es wird für jede Bestandseinheit aus den vertraglich vereinbarten Mieten des Jahres 1996 die Jahresmiete errechnet und hierbei in nachhaltig erzielbare Mieten bzw. Mietenanteile und solche Mietenanteile, die höher als die Vergleichswerte (jeweils pro m²: S 180,00 für Geschäftslokal; S 140,00 bzw. S 150,00 für Büros; S 100,00 bis S 120,00 für Wohnungen; S 1.500,00 pro Garagenstellplatz) sind, unterschieden. Die nachhaltig erzielbaren Mieterträge (jährlich S 3.274.417,32) werden für die gesamte Restlaufzeit von 60 Jahren bei dem Zinssatz von 5% angesetzt (Vervielfältiger: 18,93). Die über diese nachhaltig erzielbaren Mieten hinausbezahlte Differenz wurde je nach Mietvertrag über einen Zeitraum von 1 Jahr, 2, 3, 5 oder 7 Jahren als Mehrertrag berücksichtigt. Bei Kapitalisierung dieser Mehrerträge (in Summe S 360.933,36) wird wegen des erhöhten Risikos der Nicht-Nachhaltigkeit ein erhöhter Kapitalisierungszinssatz (zwischen 5,5% und 6,5%) angesetzt.

Weiters werden bei zwei Mietobjekten zusätzliche Zahlungen aus freien Vereinbarungen

(jährlich S 27.228,00) für 7 Jahre sowie für die leerstehenden Büros, Wohnungen und Stellplätze fiktive Erträge (jährlich S 1.105.995,00 und S 126.000,00) für die gesamte Restlaufzeit hinzugerechnet (jeweils mit dem Kapitalisierungszinssatz von 5%).

Von den jährlich nachhaltigen Mieterträgen (S 3.274.417,32) und den fiktiven Erträgen (S 1.105.995,00 und S 126.000,00) werden Abschläge von 6% für nicht auf die Miete umlegbare Bewirtschaftungs- und Instandhaltungskosten sowie Abschläge von 3% für Leerstellungsrisiko abgezogen.

Zusammenstellung der Ertragswerte:

Ertragswert Mieterträge (nachhaltig erzielbare und Mehrerträge)	S 57.310.743,00
Ertragswert frei vereinbarte Zahlungen	S 157,650,00
Ertragswert fiktiv Wohnungen/Büros	S 19.052.212,00
Ertragswert fiktiv Garagenstellplätze	S 2.170.514,00
Ertragswert gesamt	S 78.691.119,00

Unter Gewichtung des Sach- und des Ertragswertes im Verhältnis 2:1 ermittelt dieses Gutachten den Verkehrswert der Liegenschaft mit gerundet S 85.200.000,00.

Desweiteren sind im Zusammenhang mit der Ertragswertermittlung der Liegenschaft Objekt folgende zwei weitere Bewertungsgutachten zu berücksichtigen:

Mit Bewertungsgutachten vom 28. Juni 1996 wurde zum Wert der Geschäftsanteile an der X. und der Y. zum 31. Dezember 1995 Stellung genommen (Gutachten Stb., AB 001034ff). Zielsetzung des Gutachtens war die Ermittlung des Wertes der Geschäftsanteile als Grundlage bzw. Orientierungshilfe für die geplante Abtretung dieser durch die B.. GmbH an die privaten stillen Gesellschafter (im Ergebnis um den symbolischen Wert von S 1,00).

In diesem Gutachten wird u.a. festgehalten, dass sich das Vermögen der X. dem Sanierungskonzept folgend ausschließlich aus dem Objekt Objekt zusammensetzt (AB 001041); der Wert der Geschäftsanteile der Y. könne angesichts der Verschmelzung mit der X. nur in einer Rückprojektion des Wertes der X. gesehen werden und erscheine vom Wert des Objekts determiniert (AB 001053).

Der Ertragswert des Objektes Objekt wurde in diesem Gutachten (ausgehend von zukünftigen Mieterträgen in Höhe von S 4,5 Mio. minus Verwaltungs- und sonstigen Kosten von S 617.000,00) auf Basis einer ewigen Rente mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5% mit S 77.660.000,00 errechnet (AB 001051, 001057). Der Kapitalisierungszinssatz zur Abzinsung der zukünftigen Erträge auf den Bewertungsstichtag wurde ausgehend von einem Durchschnittszinssatz langfristiger Anleihen von rund 7% vermindert um einen Inflationsabschlag von 2% bestimmt.

Diesem Ertragswert des Objektes wurden die entsprechenden Guthaben und Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten, die sonstigen Forderungen und Vermögensgegenstände, Rückstellungen und Verbindlichkeiten aus einer prospektiven Bilanz der Infra 21 nach Sanierung zum 31.12.1995 gegenübergestellt.

Daraus wurde ein negativer Verkehrswert der Geschäftsanteile in Höhe von S 5.676.000,00 ermittelt. Der Anteil der stillen Einlagen an diesem Verkehrswert wurde mit S 5.596.000,00 ausgewiesen.

Schließlich ist das Bewertungsgutachten durch die P. GmbH (deren geschäftsführender Gesellschafter Mag. St. war ein Gesellschafter der X.) anzuführen, in welchem im Zusammenhang mit einer (weiteren) a.o. Abschreibung der maßgeblichen Liegenschaft deren Verkehrswert nach dem Ertragswertverfahren zum 31. Dezember 1998 ermittelt wurde (siehe hierzu im Folgenden: Gutachten St.. vom 26. Mai 1999).

Zum Punkt "Ertrag" wurde festgehalten: "... Mit Ausnahme der Bestandsobjekte G2 und G5 ('Altmietler') sind die Flächen sehr gut vermietet. Die Mieteinnahmen scheinen gesichert, eine Ertragssteigerung ist allerdings bei der derzeitigen Marktsituation nicht zu erwarten."

Ausgehend von einem Jahresertrag von rund S 3,84 Mio. wird mit einem Kapitalisierungszinssatz von $5 \frac{7}{8} \%$ der Verkehrswert der Liegenschaft - ebenfalls auf Basis einer ewigen Rente - mit S 65,36 Mio. ermittelt (AB 1092).

Zur Berechnung des Ertragswertes und der Höhe des Kapitalisierungszinssatzes (laut Gutachten 1: 4%; laut Gutachten 2: 5,5%; laut Gutachten MRG: grundsätzlich 5% bzw. für Mehrerträge 5,5% - 6,5%; laut Gutachten Stb.: 5%; laut Gutachten "St..": $5 \frac{7}{8} \%$) sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

In der Niederschrift über die Schlussbesprechung (III.B.1.a) wird zu dieser Thematik festgehalten:

"Das zu beurteilende Objekt ist ein gemischt genutztes Gebäude mit Wohn-, Büro- und Geschäftseinheiten in zwar guter, zentraler Lage inmitten des ...Bezirktes jedoch nicht mit jener Attraktivität des Standortes ausgezeichnet wie z.B. die Innere Stadt, die einen potentiellen Investor aufgrund der Lage eine langfristig sichere Vermietbarkeit, d.h. geringeres Risiko, daher geringerer Zinssatz, erwarten lässt.

Die Empfehlungen des Hauptverbandes der (allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten) Sachverständigen (Österreichs) hinsichtlich des Kapitalisierungszinssatzes für Liegenschaften in guter Lage lauten

Wohnliegenschaft 3,0-5,0%

Büroliegenschaft 4,5-6,5%

Geschäftsliegenschaft 5,0-7,0%

(aus "Der Sachverständige" 3/95, 4/95, 2/97, 2/99, 2/00)

Für gemischtgenutzte Grundstücke mit einem gewerblichen Anteil am Rohertrag ("Bruttomietsertrag") über 50% beträgt der Liegenschaftszinssatz 5,5%, in "übrigen Gemeinden" (im Gegensatz zu ländlichen Gemeinden) (Kleiber/Simon, Schätzung und Ermittlung von Grundstücken, 7. Auflage (1996), S 211).

Nach Ross/Brachmann/Holzner, Ermittlung des Bauwertes von Gebäuden und des Verkehrswertes von Grundstücken, 28. Auflage (1997), S 317, ist der Kapitalisierungszinssatz für Reinertragsverfahren bei Wohn- und Geschäftshäusern 5,0 - 5,5%, bei Büro- und Geschäftshäusern 5,5-6,0%.

Die Aufteilung des Rohertrages/Monat betreffend der Nutzung des Liegenschaft beträgt S 138.768,00 betreffend Wohnungen, S 177.784,00 betreffend Büros, S 60.916,00 betreffend Geschäfte/Lager, d.h. der gewerbliche Rohertrag beträgt S 238.700,00 (63,24% vom Gesamtrohertrag in Höhe von S 377.468,00 (ohne Garagen)).

(Zahlen aus der Ertragswertberechnung des Gutachtens 1)"

In Bezug auf die Höhe des Kapitalisierungszinssatzes ist auch auf die zum Stichtag 31.12.1998 vorgenommene Bewertung der gegenständlichen Liegenschaft durch das Gutachten St.. vom 26. Mai 1999 Jahr hinzuweisen, in dem u.a. ausgeführt wird:

"Lage der Liegenschaft:

Die Lage der im ...Wr.Gemeindebezirk situierten Liegenschaft ist als gut zu bezeichnen. Positiv ist die Nähe zur Innenstadt sowie die Verkehrsanbindung für den öffentlichen und privaten Verkehr zu bewerten. Demgegenüber steht, dass weder die X.Straße noch die Y.gasse eine 'Einkaufsstraße' ist, weshalb *die im Erdgeschoss gelegenen Flächen schwer zu vermieten sein werden.*

Objekt:

... Insbesondere die im Erdgeschoss gelegenen *Geschäftslokale (367, 81 m²)* sowie die *als Büro adaptierten Räumlichkeiten (1.252,64 m²)* sind schwer vermietbar. Erstgenannte wegen der *fehlenden Qualität der Lage als Einkaufsstraße*, letztgenannte, weil Büroflächen in einem Altbau wegen der *antiquierten Raumaufteilung und fehlender technischer Infrastruktur gegenüber Neubauobjekten* zweitrangig sind. ...

Verkehrswert:

"Gemischt genutzte Gebäude in guter Lage und gesichertem Ertrag werden derzeit von institutionellen Investoren mit einer Kaufpreisrendite zwischen $5\frac{3}{4}$ und 6% erworben. Für die Ermittlung des Verkehrswertes wird eine Kaufpreisrendite von $5\frac{7}{8}$ % angenommen."

(Dieses Gutachten errechnete - wie bereits angeführt - den Verkehrswert der Liegenschaft auf Basis einer ewigen Rente mit S 65,36 Mio.) (AB 1092).

Die angeführten Umstände untermauern die Zugrundelegung eines höheren als 4%-igen, mindestens 5%-igen Kapitalisierungszinssatzes.

Hinsichtlich der Berechnung des Ertragswertes auf Basis einer ewigen Rente (wie bspw. im Gutachten A..) anstatt unter Heranziehung des vom Kapitalisierungszinssatz und der Restnutzungsdauer abhängigen Vervielfältigers zur Ermittlung des Gebäudeertragswertes (wie in den Gutachten H.. und Z....) sind folgende Ausführungen in der Niederschrift über die Schlussbesprechung hervorzuheben:

"Die Berechnung auf Basis einer ewigen Rente (Gutachten 1) lässt außer Acht, dass Gebäude nur eine zeitlich begrenzte Nutzungsdauer haben. Dieser 'Berechnungsmangel' wirkt sich gerade bei niedrigeren Zinssätzen, wie hier 4%, stärker aus als wenn ein höherer Zinssatz gewählt worden wäre. Auch geht die Ermittlung des Ertragswertes der Liegenschaft als Jahresbetrag einer ewigen Rente von der Annahme eines unbegrenzt fließenden Ertrages aus. ... Gerade die Annahme eines unbegrenzt fließenden Ertrages kann für dieses Objekt auch aufgrund der Lage nicht zutreffend sein (Hohe Fluktuation der gewerblichen Mieter auch im Umfeld der bewerteten Liegenschaft)."

Nach den Ermittlungen der Betriebsprüfung wurde im Rahmen des Insolvenzverfahrens der B.. GmbH, der ehemaligen Muttergesellschaft der X. und der Y., ein Bewertungsgutachten zum Wert der Geschäftsanteile an der X. und Y. erstellt (Gutachten Stb.. vom 28.6.1996, vgl. AB 001034 ff). Anlass dieser Bewertung war die geplante Abtretung der Geschäftsanteile. Obzwar diesem Gutachten der Bewertungsstichtag 31.12.1995 zugrunde gelegt wurde und primär die Anteilsbewertung zum Ziel hatte, gibt es doch Aufschluss über die damaligen Bewertungsverhältnisse, zumal einerseits für die Wertermittlung der Anteile an der Infra 21 davon ausgegangen wurde, dass sich das Vermögen der Infra 21 ausschließlich aus dem Liegenschaftsobjekt Objekt zusammensetzen wird und sich andererseits die Verhältnisse zwischen dem 31.12.1995 und dem 30.6.1996 nicht geändert haben. Ausgegangen wird in diesem Gutachten von den zukünftigen Mieterlösen (S 4,5 Mio) minus den damit verbundenen Kosten als nachhaltig erzielbaren Zukunftserfolg, die auf Basis einer ewigen Rente mit einem Kapitalisierungszinssatz von 5% diskontiert werden. Der so ermittelte Ertragswert der Liegenschaft beträgt rd. S 77.660.000,00. Die Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Kassenbestände, Rückstellungen sowie die bereits um die Schuld nachlässe verminderten Verbindlichkeiten finden in dieser Verkehrswertermittlung ihren Niederschlag.

Nach diesem Gutachten beträgt der Anteil der stillen Einlagen unter Einarbeitung der Sanierungsmaßnahmen am Verkehrswert – S 5.596.000,00 (AB 001057). Wenn der, in einem Gutachten, das am 28. Juni 1996 erstellt wurde, ermittelte Wert zum Stichtag 31. Dezember 1995 negativ ist und in demselben Gutachten ausgeführt wird, dass die *"zu treffenden Forderungsverzichte notwendig wurden, da insbesondere die Werthaltigkeit der von der X. gehaltenen Liegenschaft nicht mehr in dem Ausmaß gegeben war, womit auf Basis einer insolvenzrechtlichen Betrachtung die X. rechtlich überschuldet gewesen wäre."* (vgl Gutachten Stb., S 13; AB 001049), dann liegen diese Verhältnisse umso mehr am 30. Juni 1996 vor, zumal die Verbindlichkeiten zu diesem Zeitpunkt durch inzwischen angefallene Zinsen eher mehr denn geringer geworden sind und im Zeitraum vom 31.12.1995 bis 30.6.1996 kein Ereignis eingetreten ist, das einem entsprechende Wertsteigerung des Immobilienobjektes Objekt rechtfertigen würde. Ein solches Ereignis war nicht vorhanden, auch die von den Bw. vorgelegten Gutachten Z.... und A.. sowie das von der Abgabenbehörde in Auftrag gegebene Schätzungsgutachten enthalten hiezu keine Angaben.

Berücksichtigt man ausgehend von den vorliegenden Gutachten diese damit im Zusammenhang stehenden Umstände ergeben sich folgende Anpassungen (Variante 1):

Zum Sachwert:

Grundwert:

Der Bodenwert ist im Gutachten A. GmbH unter Heranziehung von drei tatsächlich verkauften Grundstücken ermittelt worden und nachvollziehbar begründet und in Höhe von S 20.751.850 errechnet (vgl. hiezu Stellungnahme im Z....-Gutachten, S 39).

Gebäudewert:

Besteht ein Gebäudekomplex aus drei Trakten und wurde ein Trakt 1803 erbaut und 1808 aufgestockt, der zweite 1822 - 1832 erbaut und der dritte abgesehen von der erhalten gebliebenen alten Straßenfassade neu errichtet, sind die beiden historischen Trakte und der dritte Trakt (dritte Stiege) gesondert zu bewerten. Diesen vorhandenen unterschiedlichen Bausubstanzen wurde im Gutachten A. GmbH insofern Rechnung getragen, als betreffend die Stiege 3 X.gasse die Abwertung wie folgt vorgenommen wurde:

Physische Abnutzung 0,0%, Funktionelle Abnutzung 5,0%, wodurch sich für den Trakt Stiege X.gasse ein CRNLD (= cost of reproduction new less depreciation; Bauzeitwert) von S 30.590.000,00 errechnet.

Betreffend die beiden historischen Trakte ist auszuführen:

Das Gutachten der Z. Gruppe setzte den Abschlag für "Alter, verlorenen Bauaufwand, Reparaturrückstau sowie derzeitigen Bau- und Erhaltungszustand" für alle Gebäudeteile mit

20% an. Eine Begründung erfolgte nicht. Auch das Gutachten A. GmbH berücksichtigte eine "Abwertung Phys. Abnutzung 20,0%". Abgesehen von der allgemein gehaltenen Erläuterung: "Physische Abwertung bezieht sich auf den Zustand des Objektes und ist eine Form von Wertminderung die sich durch normale Nutzung der Bausubstanz und durch Einfluss der Naturelemente ergibt." erfolgte auch in diesem Gutachten keine Begründung.

Im Gegensatz dazu enthält das Gutachten H.. eine Begründung:

Der Gutachter ermittelt die Alterswertminderung (nach Ross) im Hinblick auf eine 60-jährige Restnutzungsdauer mit 33% und unter Bedachtnahme auf eine Zustandsstufe 2,5 eine erweiterte Wertminderung von 38,42%.

Bei Beibehaltung der (im Vergleich zu den anderen beiden Gutachten höher angesetzten) Baukosten laut Z....-Gutachten und Ansatz eines Abschlages von 38,42% anstelle von 20% errechnen sich betreffend die Stiegen 1 und 2 folgende Bauzeitwerte:

Stiege 1 (X.Straße):

S 39.966.975,00 – Abschlag 38,42% = S 24.611.664,00

Stiege 2 (Hoftrakt):

S 7.250.530,00 – Abschlag 38,42% = S 4.464.876,00

Die Außenanlagen waren im A. GmbH-Gutachten mit S 290.000,00 bewertet worden, im Z....-Gutachten wurde dieser Wert ohne nachvollziehbare Begründung mit der Bemerkung "pauschal" auf S 1.200.000,00 erhöht.

Einschließlich Berücksichtigung des Bauzeitwertes Garagenstellplätze (laut Z....-Gutachten) und Außenanlagen (laut A..-Gutachten) errechnet sich folgender Bauzeitwert und Sachwert (vgl. Z....-Gutachten, S 49):

Bauzeitwert:

Bauzeitwert Trakt X.Straße	24.611.664,00 S
Bauzeitwert Hoftrakt	4.464.876,00 S
Bauzeitwert Trakt Y.gasse	30.590.000,00 S
Garagenstellplätze	2.704.000,00 S
Außenanlagen	290.000,00 S
Bauzeitwert gesamt	62.660.540,00 S

Sachwert:

Grundwert	20.751.850,00 S
Bauzeitwert gesamt	62.660.540,00 S
Sachwert gesamt	83.412.390,00 S

Zum Ertragswert:

(ausgehend von den detaillierten Berechnungen im Z....-Gutachten)

Nachhaltige Jahresmiete S 3.274.417,32 (Z....-Gutachten. S 52):

Die nachhaltige Jahresmiete beinhaltet die Mieten der tatsächlich vermietet gewesenen Räumlichkeiten im Ausmaß von insgesamt 2.098,71 m²; die leerstehenden Räumlichkeiten im Ausmaß von insgesamt 717,97 m² wurden unter der Position 'Ertragswert fiktiv' berücksichtigt. Die Summe dieser Flächen (2.098,71 + 717,97 =) von 2.816,68 m² entspricht der bereits im Gutachten der A. GmbH ausgewiesenen Fläche.

Nachhaltige Mieterträge gesamte Restnutzungsdauer = Ertragswert S 56.406.100,00:

- Von der jährlichen Mietsumme S 3.274.417,32 wird laut Z....-Gutachten ein Abschlag 1 nicht auf die Miete umlegbare Bewirtschaftungs- und Instandhaltungskosten iHv 6% (S 196.465,04) abgezogen:

Waren im 1. Gutachten A.. Verwaltungskosten von 6% (S 256.422,00) und angenommene Renovierungskosten von 12% (jährl. S 600.000,00), insgesamt somit S 856.422,00 und im 2. Gutachten H.. immerhin Instandsetzungskosten 0,2% des Herstellungswertes (S 138.312,00) und Instandhaltungskosten 0,3% des Bauzeitwertes (S 130.096,00), insgesamt S 268.408,00, in Ansatz gelangt, wurde die Verminderung auf Bewirtschaftungs- und Instandhaltungskosten 6% (S 196.465,04) ohne jede Begründung vorgenommen.

Bei den Ansätzen von H.. handelte es sich um Mindestansätze und sind zudem Verwaltungskosten in Höhe von (nur) 3% zu berücksichtigen (im Gutachten A.. wurden vergleichsweise 6% abgezogen).

Anstelle des Abschlages 1 von S 196.465,04 ist ein solcher von (S 138.312,00 + S 130.096,00 + S 98.232,52 =) S 366.640,52 zu berücksichtigen.

(Anm.:

0,2% der Herstellungskosten bzw. Baukosten laut Z....-Gutachten wären: S 39.966.975,00 + S 7.250.530,00 + S 28.518.945,00 + S 3.380.000,00 + Außenanlagen laut Gutachten A.. laut obigem Ansatz S 320.000,00 (= S 79.436.450,00 x 0,2% =) S 158.872,90.

0,3% des Bauzeitwertes laut Z....-Gutachten wären (bei Berücksichtigung der obgenannten Abschläge) S 24.611.664,00 + S 4.464.876,00 + S 30.590.000,00 (Stiege 3 laut Gutachten A., vgl. oben) + 2.704.000,00 + S 290.000,00 (Außenanlagen laut Gutachten A., vgl. oben) (= S 62.660.540,00 x 0,3% =) S 187.981,62.

Somit wirkt sich der Ansatz der entsprechenden Werte laut Gutachten H.. zugunsten der Berufungswerber aus.)

- Von jährlicher Mietsumme S 3.274.417,32 wird laut Z....-Gutachten ein Abschlag 2 Leerstellungsrisiko iHv 3% S 98.232,52) abgezogen:

Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse, die im 1. Gutachten angesprochen sind, und durch die Leerstellungen von 717,97 m² (vgl. Z....-Gutachten, S 53) der gesamten Fläche von 2.816,68 m², das sind mehr als 20%, bestätigt werden, ist anstelle des Abschlages 2 von 3% ein solcher von 10% zu berücksichtigen (S 327.441,73).

Auf Grund dieser Änderungen berechnet sich der Jahresreinertrag anstelle von S 2.979.720,00 in folgender Höhe: S 3.274.417,32 – S 366.640,52 – S 327.441,73 = S 2.580.335,07.

Der Ertragswert der nachhaltigen Mieterträge errechnet sich bei Anwendung des Vervielfältigers 18,93 (anstelle von S 56.406.100,00) in Höhe von S 48.845.743,00.

Einschließlich der Mehrerträge aufgrund der vertraglichen Situation (lt. Z....-Gutachten, S 52) errechnet sich dieser Ertragswert (anstelle von S 57.310.743,00) in Höhe von S 49.750.386,00.

Ertragswert fiktiv Wohnungen/Büros (Z....-Gutachten, S 53):

Anstelle des Abschlages 1 von S 66.359,74 (6%) ist ein solcher von S 110.599,56 (10%) und anstelle des Abschlages 2 von S 33.179,87 (3%) ein solcher in Höhe von S 110.599,56 (10%) zu berücksichtigen. Diese Anpassung entspricht den bei den nachhaltigen Mieterträgen der Höhe nach geänderten Abschlägen.

Auf Grund der jährlichen Mietsumme S 1.105.995,60 errechnet sich ein Jahresreinertrag von S 884.796,48.

Auf Basis eines Vervielfältigers von 18,93 ergibt sich ein Ertragswert (fiktiv) Wohnungen/Büros von S 16.749.198,00.

Ertragswert fiktiv Garagenstellplätze (Z....-Gutachten, S 53):

Unter Bedachtnahme auf die Anzahl der Wohnungen und Büros einerseits und der Stellplätze andererseits ist das im Gutachten angenommene Leerstellungsrisiko mit 3% gerechtfertigt.

Zusammenstellung der Ertragswerte (S 54):

Ertragswert	nachhaltige Mieterträge u. Mehrerträge	49.750.386,00 S
Ertragswert	Zahlungen fr. Vereinb.	157.650,00 S
Ertragswert fiktiv	Wohnungen/Büros	16.749.198,00 S
Ertragswert fiktiv	Stellplätze	2.170.514,00 S
Ertragswert gesamt		68.827.748,00 S

Verkehrswert:

Im Z....-Gutachten werden Sachwert und Ertragswert im Verhältnis 2 : 1 gewichtet. Dies mit der Begründung, dass es "sich um ein Gebäude das unter Denkmalschutz steht (handelt) und daher entsprechend hochwertig saniert wurde. Dem Sachwert ist daher ein höheres Gewicht zuzuordnen."

Dieser Meinung stehen die Judikatur des unabhängigen Finanzsenates und des Verwaltungsgerichtshofes gegenüber, gemäß welcher dem Ertragswert das höhere Gewicht beigemessen wird, zumal es sich im gegenständlichen Fall um ein Renditeobjekt handelt, bei dem der damit zu erzielende Ertrag im Vordergrund steht.

Bei (gleichteiliger) 1 : 1-Gewichtung ergibt sich der Verkehrswert der Liegenschaft wie folgt:

Sachwert	83.412.390,00 S
Ertragswert	68.827.748,00 S
Summe	152.240.138,00 S
	: 2
Verkehrswert	76.120.069,00 S

Die Kritik an dem im Gutachten 2 angesetzten Prozentsatz für Wertminderung von 38,42% als rein schematisch auf Ross/Brachmann/Holzer beruhendem Wert, lässt trotz der in den Gutachten unterschiedlich hoch angesetzten Neuherstellungswerte (Gutachten 2 H.: S 24.000,00; Z....-Gutachten: Stiege 1 S 28.500,00, Stiege 2 S 24.500,00, Stiege 3 S 25.500,00) offen, weshalb im Z....-Gutachten ein Abschlag für Baualter von einheitlich 20% abgezogen wurde. Zu bedenken ist nämlich auch nach erfolgter Generalsanierung des Gebäudes, dass die Stiegen 1 (X.Straße) und 2 (Hoftrakt) zu Beginn des 19. Jahrhunderts erbaut wurden, die Stiege 3 (Y.gasse) - bis auf die Straßenfassade - und die Garagenstellplätze zur Gänze um das Jahr 1993 neu errichtet wurden; diesem Umstand wurde in den vorgenommenen Anpassungen der Verkehrswertermittlung Rechnung getragen.

Wenn anstelle der adaptierten Bauzeitwertermittlung die entsprechenden Werte laut Z....-Gutachten eingesetzt werden, ergibt sich folgende Berechnungsvariante (Variante 2):

Sachwert:

Grundwert lt. Variante 1	20.751.850,00 S
Bauzeitwert gesamt lt. MRG-Gutachten	64.493.160,00 S
Sachwert gesamt	85.245.010,00 S

Ertragswert laut Variante 1:

Ertragswert gesamt	68.827.748,00 S
--------------------	-----------------

Verkehrswert bei gleichteiliger Gewichtung:

Sachwert	85.245.010,00 S
Ertragswert	68.827.748,00 S
	: 2
Verkehrswert	77.036.379,00 S

In der Niederschrift über die Schlussbesprechung (III.B.1.a) werden die Verkehrswerte laut Gutachten 1 und 2 gegenüber gestellt:

Zu Gutachten 1

	30.06.1996 Buchwert	Verkehrswert lt. Gutachten 1	Stille Reserven lt. Gutachten 1
Bebaute Grundstücke (Auszug aus dem Zwischenabschluss zum 30.6.1996 der X.)	S 76.928.316,56	S 84.700.000,00	S 7.771.683,44

Zu Gutachten 2

	30.06.1996 Buchwert	Verkehrswert lt. Gutachten 2	Differenz lt. Gutachten 2
Bebaute Grundstücke (Auszug aus dem Zwischenabschluss zum 30.6.1996 der X.)	S 76.928.316,56	S 67.454.000,00	- S 9.474.316,56

Setzt man den nach obiger Würdigung der Gutachten ermittelten Verkehrswert ein, ergibt sich Folgendes:

	30.06.1996 Buchwert	Verkehrswert lt. Variante 1	Differenz
Bebaute Grundstücke (Auszug aus dem Zwischenabschluss zum 30.6.1996 der X.)	S 76.928.316,56	S 76.120.069,00	- S 808.247,56

Im Falle der Berechnungsvariante 2 stellt sich diese Berechnung wie folgt dar:

	30.06.1996 Buchwert	Verkehrswert lt. Variante 2	Differenz
Bebaute Grundstücke (Auszug aus dem Zwischenabschluss zum 30.6.1996 der X.)	S 76.928.316,56	S 77.036.379,00	S 108.062,44

Nach der in der Berufung und in der Ergänzung zur Berufung dargestellten Verkehrswertermittlung für die zum 30.6.1996 eingebrachten Mitunternehmeranteile ergibt sich nach der adaptierten Wertermittlung folgende Berechnung:

Eigenkapital zum 30.6.1996	S	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	S	41.294.903,80
Differenz	S	- 808.247,56
Negativer Verkehrswert	S	- 8.174.193,71

Die Rechenoperation unter Heranziehung der Berechnungsvariante 2 zeigt Folgendes:

Eigenkapital zum 30.6.1996	S	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	S	41.294.903,80
Differenz	S	108.062,44
Negativer Verkehrswert	S	- 7.257.883,71

Im Übrigen wird angemerkt: Legt man angesichts des Vorliegens eines Vermietungsobjektes und der vorherrschenden Meinung der Judikatur das Gewicht auf den Ertragswert und errechnete man nach dem Z....-Gutachten (anstelle der Gewichtung Sachwert zu Ertragswert 2 : 1) den Mittelwert aus Sach- und Ertragswert ($\{S\ 88.392.210,00 + S\ 78.691.119,00\} : 2 = S\ 83.541.664,50$) so ergäben sich zwar stille Reserven iHv S 6.613.347,94; jedoch reichten diese nicht aus, um einen positiven Verkehrswert zu erreichen:

Eigenkapital zum 30.6.1996	S	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	S	41.294.903,80
Differenz	S	6.613.347,94
Negativer Verkehrswert	S	- 752.598,21

Somit ist ein positiver Verkehrswert des Einbringungsvermögens als nicht gegeben gewesen zu erachten.

Der Verkauf der Liegenschaft mit Kaufvertrag vom XX. XX. 2011 um (umgerechnet) S 98,386 Mio. vermag nach Ansicht des Senates die Verkehrswerte laut den von Seiten der Bw. vorgelegten Gutachten nicht zu stützen:

Im Vergleich dieser ermittelten Verkehrswerte des Objektes X-Schlössl mit dem tatsächlichen Verkaufspreis des Jahres 2011 (€ 7,15 Mio.) ergibt sich folgendes Bild (Beträge in S):

Verkehrswert lt.		Verkaufspreis	Steigerung in %
Gutachten 1	84.700.000,00	98.386.145,00	16,16
Z....-Gutachten	85.200.000,00	98.386.145,00	15,48

Betrachtet man bspw. den Baupreisindex für den Zeitraum zwischen Bewertungs- bzw. Einbringungsstichtag und tatsächlichem Verkauf, so sind folgende Werte ersichtlich (Quelle: Statistik Austria):

Baupreisindex für den Hoch- und Tiefbau gesamt, Basisjahr 1996 (100,0) betrug im 2. Quartal 2011: 137,2.

Der Baupreisindex für den Hochbau gesamt, Basisjahr 1996 (100,0) betrug im 2. Quartal 2011: 140,5.

Der Baupreisindex für den Hochbau, Wohnhaus- und Siedlungsbau insgesamt, Basisjahr 1996 (100,0) betrug im 2. Quartal 2011: 138,6.

Der Baupreisindex für den Hochbau, sonstiger Hochbau insgesamt, Basisjahr 1996 (100,0) betrug im 2. Quartal 2011: 142,8.

Im Zusammenhang mit der Preisentwicklung auf dem Sektor Zinshausmarkt ist schließlich auf die in der Berufungsverhandlung verlesenen Absätze der Stellungnahme der Großbetriebsprüfung zu verweisen. Geht man von der dort angesprochenen

Nachfragesteigerung ab 2007 bzw. 2008 aus, spricht dies zusätzlich gegen höhere Verkehrswerte des Objekts Objekt bereits im Jahr 1996, die für einen positiven Verkehrswert der eingebrachten Mitunternehmeranteile nötig gewesen wären.

Sanierungsgewinn – rückwirkende Maßnahmen gemäß § 16 Abs. 5 UmgrStG:

Doch selbst wenn man den Berechnungen positiver Verkehrswerte in der Berufung und Berufungsergänzung folgte, ist Folgendes zu beachten:

Der positive Verkehrswert für die eingebrachten Mitunternehmeranteile wird in der Berufungsergänzung vom 20. April 2005 unter Heranziehung des im Gutachten Z.... ermittelten Wertes in Höhe von S 85.200.000,00 wie bereits dargestellt folgendermaßen ermittelt:

Eigenkapital zum 30.6.1996	S	- 48.660.849,95
zuzügl. Schuldnachlässe	S	41.294.903,80
zuzügl. stille Reserven	S	- 8.271.683,44
positiver Verkehrswert	S	905.737,29

Die stillen Reserven nach dieser Berechnung ergeben sich aus der Differenz zwischen dem Verkehrswert der Liegenschaft und dem Buchwert in Höhe von S 76.928.316,56. Aus dieser Aufstellung ist zu erkennen, dass der positive Wert nur unter Einbeziehung der Schuldnachlässe darzustellen ist. (Der so festgestellte Verkehrswert beträgt bei Beachtung des Gutachtens A.. S 405.737,29; nach dem Gutachten H.. ergeben sich keine stillen Reserven.)

Nach dem Gesetz wird verlangt, dass "das Vermögen am Einbringungsstichtag, jedenfalls aber am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrages, einen positiven Verkehrswert besitzt" (§ 12 Abs. 1 UmgrStG).

In der Berufung wird - wie schon während des Prüfungsverfahrens - vorgebracht, die in der Form einer Punktion vom 28. Mai 1996 (gegen Abschlagszahlungen) gewährten Schuldnachlässe der Banken Bank Austria, RZB und ÖVAG waren an einzeln angeführte Bedingungen geknüpft, welche bereits vor Abschluss der Einbringungsverträge (vom 24. September 1996), somit im Rückwirkungszeitraum, eintraten.

In der Niederschrift über die Schlussbesprechung hat die BP festgehalten:

Der positive Verkehrswert kann grundsätzlich durch Sanierungsmaßnahmen nach § 16 Abs. 5 UmgrStG, die eine Rückbeziehung auf den Stichtag zulassen, hergestellt werden.

Im gegenständlichen Fall wurden zwar die Bedingungen für den Schuldnachlass großteils im Zeitraum zwischen dem Einbringungsstichtag 30.6.1996 und dem Abschlusstag der Einbringungsverträge, dem 24.9.1996, erfüllt, jedoch stellen die Schuldnachlässe keine Maßnahme iSd § 16 Abs. 5 UmgrStG dar.

(siehe auch BMF 24.7.1996, RdW 1996, S 454; zur Herstellung des positiven Verkehrswertes

durch rückwirkende Sanierungsmaßnahmen iSd § 16 Abs. 5 UmgrStG wird ausgeführt: "... Ein ausgleichsbedingter Gläubigerverzicht, der nach dem Einbringungsstichtag wirksam wird, ist keine Maßnahme iSd § 16 Abs. 5, sondern ein Betriebsvorfall, der aufgrund der Rückwirkensfiktion des § 18 Abs. 2 UmgrStG der übernehmenden Körperschaft zuzurechnen ist und daher nicht auf den Einbringungsstichtag rückbezogen werden kann. ...")

Laut Berufung ist diese Ansicht verfehlt, da die Richtlinien zum Umgründungssteuergesetz dazu ausführen, dass der positive Verkehrswert bis zum Abschluss des Einbringungsvertrages hergestellt werden kann.

Laut RZ 677 der UmgrStR kann die Herstellung eines positiven Verkehrswertes durch rückwirkende Maßnahmen unterbleiben, sofern nachgewiesen wird, dass aufgrund Erzielung von Gewinnen bzw. bei nachhaltiger Besserung der Ertragslage im Rückwirkungszeitraum sich ein positiver Verkehrswert ergeben hätte.

Der positive Verkehrswert kann nach BMF vom 26.3.1998, RdW 1998, 313, durch eine Besserung der nachhaltigen Ertragslage im Rückwirkungszeitraum hergestellt werden. Der Wert der Mitunternehmeranteile wird durch den Wert der übernehmenden Körperschaft bestimmt, diese wiederum verfügt über das - als einzig werthaltiges Anlagevermögen - Liegenschaftsobjekt Objekt, das die Ertragslage der Gesellschaft bestimmt. Der nachhaltig erzielbare Ertrag ist somit eng umrissen mit den erzielbaren Mieterträgen aus dieser Liegenschaft. In den Gutachten werden die Mieterträge pro Jahr mit rd. S 5 Mio.(A..), rd. S 4,1 Mio. (H..), rd. S 4,9 Mio. (Z....), rd. S 4,5 Mio. (Stb..) sowie rd. S 3,84 (St..) angegeben. Mit diesen erzielbaren Erträgen werden Ertragswerte in einer Bandbreite von S 85,4 Mio. (A..) bis S 62,2 Mio. (H..) ermittelt. (Der Wert der Liegenschaft - der Ertragswert - beträgt nach dem Gutachten Stb. S 77.660.000,00 bei zukünftigen Mieterträgen von S 4.500.000,00 pa). Wenn einerseits der positive Verkehrswert im Zeitraum zwischen dem Stichtag 30.6.1996 und dem Vertragsabschlusssdatum 24.9.1996 durch eine Besserung der nachhaltigen Ertragslage hergestellt werden kann, andererseits die Ertragslage des Liegenschaftsobjektes Objekt weder im Rückwirkungszeitraum noch danach weiter gesteigert werden konnte, dann können bei einer Unternehmensbewertung in der Form einer Liegenschaftsbewertung die Schuldnachlässe mangels "Verbesserung der nachhaltigen Ertragslage" (in diesem Fall die Vermietung des Objektes Objekt) nicht zur Darstellung des positiven Verkehrswertes herangezogen werden. Vgl. hierzu das Gutachten St.. aus dem Jahr 1999, in dem zu den Mieteinnahmen ausgeführt wird, diese "scheinen gesichert, eine Ertragssteigerung ist allerdings bei der derzeitigen Marktsituation nicht zu erwarten."

Der Schuldnachlass bzw. "Sanierungsgewinn" in Höhe von S 41.294.903,80 setzt sich aus folgenden Teilbeträgen zusammen (vgl. AB 000068):

Nachlass RZB	S	13.500.000,00
Marktzinsanpassung RZB	S	2.452.028,09
a) a.o. Ertrag betreffend RZB	S	15.952.028,09
Nachlass BA	S	43.863,54
Nachlass BA	S	609.463,74
b) a.o. Ertrag betreffend BA	S	653.327,28
c) ÖVAG-Sanierungsgewinn	S	23.051.928,00
Forderungsabschreibung betreffend		
d) K., B., I.	S	1.637.620,43

Die obenstehend unter lit. a), b) und c) angeführten Teilbeträge waren Gegenstand der Vereinbarung mit den Banken (Punktation), die festlegte, dass ua erst mit der Erfüllung der Abschlagszahlungen der Forderungsnachlass wirksam werden sollte. Die Abschlagszahlung gegenüber der ÖVAG in Höhe von S 5.000.000,00 wurde erst mit 30.6.1997 geleistet. Bis zu diesem Zeitpunkt hat die ÖVAG gemäß der Punktation die Forderung nicht betrieben. Dies belegt auch ein Schriftstück vom 7.1.1997 der ÖVAG Rechtsabteilung an Dr. E., in dem ausgeführt wird, dass "das verbleibende Konto (Konto Nr. 4...), aushaftend mit rund S 28,0 Mio., entsprechend der Punktation zinslos gestellt ist" und "beiderseits, nach einer einmaligen Abschlagszahlung der Objekt Verwaltungs GmbH an die ÖVAG in Höhe von S 5,0 Mio., die bis spätestens 30.6.1997 zu leisten ist, keine weiteren Ansprüche in dieser Causa mehr geltend gemacht werden." (AB 000737) Dies bedeutet, dass im Zeitraum vom 30.6.1996 bis zum 24.9.1996 (Vertragsunterzeichnung) ein Sanierungsgewinn in Höhe von S 5.000.000,00 nicht wirksam geworden ist, dieser auch nicht zum 31.12.1996 wirksam wurde, sondern erst mit 30.6.1997.

Der unter lit. d) ausgewiesene Betrag in Höhe von S 1.637.620,43 betrifft Verbindlichkeiten gegenüber (vormaligen) Konzerngesellschaften, welche aufgrund eines wechselseitigen Forderungsverzichtes innerhalb des Konzerns nicht erfüllt wurden (Briefe der Dris U. bzw. E. vom 18.12.1996 sowie vom 19.12.1996; AB 000065f). Wirksam konnte dieser Verzicht erst mit der entsprechenden Erklärung von Dr. E. vom 19.12.1996 werden (AB 000066).

Wenn daher nach der Argumentation der Bw. der Gläubigerverzicht der Banken als geeignet angesehen wird, einen positiven Verkehrswert bis zum Abschluss der Einbringungsverträge am 24.9.1996 herzustellen, dann ist dem entgegenzuhalten, dass ein Teilbetrag in Höhe von S 6.637.620,43 erst zu späteren Zeitpunkten wirksam werden konnte. Die in den, von der Bw. angestellten Berechnungen zum Nachweis des positiven Verkehrswertes der stillen Einlagen in Höhe von S 405.737,29 (Verkehrswert der Liegenschaft nach Gutachten A..) bzw. S 905.737,29 (Verkehrswert der Liegenschaft nach Gutachten Z....) sind somit um die nicht wirksamen Nachlässe in Höhe von S 6.637.620,43 zu vermindern. Daraus ergibt sich, dass, selbst wenn man sich der Meinung anschließt, dass die Schuldnachlässe zur Darstellung des

positiven Verkehrswertes heranzuziehen sind, es durch die später wirksamen gewordenen Teilbeträge des Nachlasses zu keinem positiven Verkehrswert zum 30.6.1996 bzw. 24.9.1996 kommt.

Identität der Beteiligungen:

§ 19 UmgrStG (idF BGBl. Nr.201/1996) bestimmt:

Abs. 1:

Die Einbringung muss ausschließlich gegen Gewährung von neuen Anteilen an der übernehmenden Körperschaft erfolgen.

Abs. 2:

Die Gewährung von neuen Anteilen kann unterbleiben,

1. soweit die übernehmende Körperschaft den Einbringenden mit eigenen Anteilen abfindet,
2. soweit die Anteilsinhaber der übernehmenden Körperschaft den Einbringenden mit bestehenden Anteilen an dieser abfinden,
3. soweit die übernehmende Körperschaft zum Zweck der Rundung auf volle Beteiligungsprozentsätze bare Zuzählungen leistet, sofern diese 10% des Gesamtnennbetrages der neuen Anteile nicht übersteigen,
4. soweit die übernehmende Körperschaft Anteile an der einbringenden Mitunternehmerschaft aufgibt,
5. wenn die unmittelbaren oder mittelbaren Eigentums- oder Beteiligungsverhältnisse am eingebrachten Vermögen der prozentuellen Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft unmittelbar oder mittelbar entsprechen.

Die Niederschrift über die Schlussbesprechung (III.B.1.b) enthält hierzu folgende Feststellungen:

"Im § 4 der Einbringungsverträge wird im Abs. 2 normiert, dass im Hinblick auf die Beteiligung der stillen Gesellschafter an der Gesellschaft die Ausgabe einer Gegenleistung entfällt. Diese Bestimmung findet sich sowohl hinsichtlich der Einbringung der "übrigen"

Mitunternehmeranteile in die X. als auch hinsichtlich der Einbringung der

Mitunternehmeranteile in die Y.. (Die Einbringung des Mitunternehmeranteiles der Y.. an der X.u.Mitges.. erfolgte gegen Gewährung eines Kapitalanteiles von S 1.000,00 der X..)

Damit wird die Anwendung von § 19 Abs. 2 Z 5 UmgrStG unterstellt, der bei Vorliegen gleicher unmittelbarer bzw. mittelbarer Eigentums- oder Beteiligungsverhältnisse am eingebrachten Vermögen und an der übernehmenden Körperschaft ein Unterbleiben der Gewährung von neuen Anteilen an der Körperschaft vorsieht. Wenn aber die Beteiligungsverhältnisse am einzubringenden Vermögen nicht exakt mit den unmittelbaren bzw. mittelbaren Beteiligungsverhältnissen an der übernehmenden Körperschaft

übereinstimmen, ist eine Einbringung ohne Anteilsgewährung im Rahmen des UmgrStG nicht möglich. Es fehlt somit an einer Anwendungsvoraussetzung. (So u.a. auch

Schwarzinger/Wiesner, Der Mitunternehmeranteil in Art. III UmgrStG, SWK 1995, A 298)

Wie bereits ausgeführt, übernahm bei der X. Dr. G. statt 4,11% - wie es seinem Anteil an der Mitunternehmerschaft entsprach - lediglich 2,10% der Geschäftsanteile an der X..

Bei der Y. übernahmen Dr. G. und die D. GmbH statt 3,02% bzw. 12,06% 1,63% bzw.

6,52%. Dies ergibt eine "Verschiebung" der Anteile bei der X. um 2,01 Prozentpunkte und bei der Y. eine "Verschiebung" um 6,92%. (Zudem haben weder die Y., die atypisch stiller

Gesellschafter im Rahmen der X.u.Mitges.. war, noch die B., die als atypisch stiller

Gesellschafter an der Y. u. Mitges. beteiligt war, an der Übernahme der Geschäftsanteile der X. bzw. Y. teilgenommen.)

Die gesetzlich geforderte Identität der Beteiligung jedes einzelnen Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft und der Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft ist nicht gegeben."

Die Berufung stützt sich hingegen nicht auf § 19 Abs. 2 Z 5 UmgrStG und räumt damit ein, dass eine Identität der Beteiligungen im Sinne dieser Bestimmung nicht gegeben ist. In der Berufung wird vielmehr die Ansicht vertreten, dass durch die vorliegende Formulierung in den Einbringungsverträgen § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG angesprochen wird. Nach § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG kann der Einbringende als Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen von den Gesellschaftern der übernehmenden Körperschaft mit bestehenden Anteilen an dieser abgefunden werden. Eine Abfindung mit neuen Anteilen kann insoweit unterbleiben. § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG ist auch dann anwendbar, wenn der Einbringende bereits Anteilsinhaber der übernehmenden Körperschaft ist.

Die Identität der Beteiligung jedes einzelnen Mitunternehmers an der Mitunternehmerschaft und der Beteiligung an der übernehmenden Körperschaft ist bei Inanspruchnahme des § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG nicht erforderlich.

Bis auf 2 Gesellschafter bei der Y bzw. bis auf 1 Gesellschafter bei der X war nach den Ausführungen in der Berufungsschrift die Identität der Beteiligung jedoch gegeben.

Die oben angeführten Verschiebungen resultierten daraus, dass aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaften von den stillen Gesellschaftern einmalige Nachschussbeträge geleistet wurden. Dr. G. und die D. GmbH hatten jedoch geringere Nachschüsse geleistet, und daher erfolgte eine Änderung des Beteiligungsausmaßes.

Aufgrund der dargestellten Einbringung gegen Gewährung bestehender Anteile nach § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG ergebe sich - so die Berufung - keine Verletzung einer Anwendungsvoraussetzung des Umgründungssteuerrechts.

Der § 4 der Einbringungsverträge (vom 24. September 1996) lautet: "(1) Die den Gegenstand der Einbringung bildenden Mitunternehmeranteile haben jeweils einen positiven Verkehrswert. (2) Mit Hinblick darauf, dass die stillen Gesellschafter als Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sind und die Vermögenseinlagen der eingebrachten Mitunternehmeranteile im gleichen Verhältnis wie die Beteiligungen an der Gesellschaft stehen und somit die vom UmgrStG geforderte Äquivalenz gegeben ist, entfällt die Ausgabe einer Gegenleistung, sodass die stillen Gesellschafter künftig nur noch an der Gesellschaft beteiligt werden." (AB 000651)

Zunächst ist festzustellen:

Mit diesen Formulierungen ("... im gleichen Verhältnis wie die Beteiligungen ..."; "... Äquivalenz gegeben ..."; "... entfällt die Ausgabe einer Gegenleistung ...") wird augenscheinlich § 19 Abs. 2 Z 5 UmgrStG in der für das Jahr 1996 geltenden Fassung angesprochen.

Im Protokoll über die konstituierende Sitzung des Beirates der X und der Y vom 14.6.1996 (AB 000354ff) wurde betreffend die Teilnahme der stillen Gesellschafter an der Sanierung festgehalten: "Es wird berichtet, dass sich bereits alle privaten stillen Gesellschafter mit Ausnahme von Dr. G. beteiligt haben. Dr. G. hat seinen Wohnsitz in Luxemburg und kann daher die steuerlichen Vorteile nicht nutzen. Um zu verhindern, dass bei einer Auflösung der stillen Gesellschaft die Steuer für Dr. G. sofort anfällt, schlägt E. vor, Dr. G. solle vorbehaltlich seiner Zustimmung, die Hälfte seines Nachschusses einbringen und soll entsprechend diesem Verhältnis einen Geschäftsanteil an der GmbH übernehmen. Die D. GmbH, welche als Kapitalgesellschaft steuerlich anders zu beurteilen ist als die privaten stillen Gesellschafter, hat Interesse gezeigt, sich doch an der Transaktion zu beteiligen. Dies jedoch ebenfalls nur durch Leistung der Hälfte ihres Nachschusses sowie Beteiligung in diesem Verhältnis. E. wird ermächtigt, diese Sonderkonditionen für die beiden stillen Gesellschafter zu vereinbaren."

Eine dem § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG entsprechende Formulierung, dass der Einbringende als Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen (seinen Mitunternehmeranteil) von den Gesellschaftern der übernehmenden Körperschaft mit bestehenden Anteilen an dieser abgefunden worden wäre, wie in der Berufung vorgebracht, findet sich in den Einbringungsverträgen nicht.

Eine Identität der Beteiligungen, wie für die Anwendung des § 19 Abs. 2 Z 5 UmgrStG gefordert, wurde nach dem Wortlaut der Verträge vereinbart, wurde jedoch in Bezug auf die Anteile Dr. G. und D. GmbH aufgrund deren persönlicher Situation nicht eingehalten.

Die privaten stillen Gesellschafter (21 natürliche Personen bei der X.u.Mitges.; 23 natürliche Personen und die D. GmbH bei der Y. u. Mitges.) übernahmen die Geschäftsanteile der

jeweiligen Geschäftsherren (X. und Y.) entsprechend der Höhe der von ihnen geleisteten Nachschussbeträge; die Höhe der Nachschussbeträge wurden mit 16,2% der stillen Einlage der Gesellschafter bemessen, mit Ausnahme jener des Dr. G. und der D. GmbH, die jeweils nur die Hälfte (8,2%) leisteten. Die Übertragung der Geschäftsanteile wurde am 1. August 1996 im Firmenbuch eingetragen.

Bei der X.u.Mitges. hatten bspw. die Gesellschafter Dipl.Ing. Ba. und Dr. G. ursprünglich gleich hohe stille Einlagen von S 600.000,00 geleistet. Der Nachschuss des Gesellschafters Ba. betrug demgemäß S 97.200,00, jener des Dr. G. jedoch nur S 48.600,00. Die Stammeinlage des Dipl.Ing. Ba. an der X. betrug S 20.979,02, jene des Dr. G. S 10.482,51 (die Hälfte).

Während die stille Einlage eines jeden der beiden Gesellschafter iHv S 600.000,00 gemessen an der gesamten stillen Einlage von S 14.600.000,00 (ausgenommen den auf die Infra Data entfallenden Anteil) 4,11% beträgt, beläuft sich der Anteil des Dr. G. am Stammkapital auf (wie bereits wiederholt aufgezeigt) 2,10%, jener des Gesellschafters Ba. jedoch auf 4,20% (also nicht auf 4,11%). Diese Verzerrungen zwischen den Prozentsätzen der stillen Beteiligungen und der Anteile am Stammkapital betreffen sämtliche Gesellschafter.

Da bei der X. und Mitges. Dr. G. und bei der Y. und Mitges. Dr. G. sowie die D. GmbH im Verhältnis zu den ursprünglichen Einlagen im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern nur die Hälfte der der ursprünglichen Einlage entsprechenden Nachschüsse leisteten, kommt es – verglichen mit den Beteiligungen an den stillen Gesellschaften – zu einer Verschiebung der GmbH-Anteile aller Gesellschafter.

Die bei unterschiedlich hohen GmbH-Anteilen der Gesellschafter mit Verträgen vom 24. September 1996 vereinbarte Einbringung stiller Beteiligungen gleichen Ausmaßes (vgl. bspw. Dipl.Ing. Ba. und Dr. G.) hätte im Falle der Anwendung des - wie in der Berufung vorgebracht - § 19 Abs. 2 Z 2 UmgrStG entsprechende Abtretungen von Geschäftsanteilen zwischen den Gesellschaftern der Gesellschaften mbH bedingt. Jedoch enthalten weder die Verträge - wie bereits dargelegt - derartige Bestimmungen noch ist eine Verschiebung von Geschäftsanteilen der am 1. August 1996 laut Firmenbuch ausgewiesenen Stammeinlagen im Zeitpunkt der Einbringung erfolgt.

Die Anwendungsvoraussetzung für Art. III UmgrStG sind somit mangels Vorliegens eines positiven Verkehrswertes des Einbringungsvermögens, wegen späterer Wirksamkeit eines Teiles des Schuldnachlasses sowie mangels Identität der Beteiligungen bzw. nicht vereinbarter und erfolgter Abtretung von Geschäftsanteilen zwischen den Einbringungspartnern nicht erfüllt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Jänner 2013