

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das **Bundesfinanzgericht** hat durch den Richter R in der Beschwerdesache der 1.) E-GmbH (als Rechtsnachfolgerin der E-AG), G, und 2.) der in der *Anlage* namentlich angeführten Mitunternehmer ("Anteilshalter"), die vormals gemeinsam gegenüber der Abgabenbehörde als Mitunternehmerschaft (atypisch stille Gesellschaft) "E-AG und Mitgesellschafter" mit Sitz in G\*, aufgetreten sind, sämtliche vertreten durch TPA Horwath Wirtschaftstreuhand u. Steuerberatungs GmbH, Praterstraße 62-64, 1020 Wien, sowie durch Intercura Treuhand- und Revisionsgesellschaft mbH, Bösendorferstraße 2, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 16.12.2011 betreffend **Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO** für das Jahr **1995** zu Recht erkannt:

Die Berufung (nunmehr: Beschwerde) wird als unbegründet *abgewiesen*.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) *nicht zulässig*.

## Entscheidungsgründe

(1) Die Beschwerdeführer (Bf.) bildeten im Streitjahr eine Mitunternehmerschaft in Form einer atypisch stillen Gesellschaft. Diese wurde mit Vertrag vom 31.10.1990 (vertraglich ergänzt im Jänner 1991) zwischen der E-GmbH als Geschäftsherrin einerseits und der X-Treuhand-GmbH (in der Folge X-GmbH) als „stiller Gesellschafterin“ andererseits gegründet. Die X-GmbH hielt den weitaus überwiegenden Teil der Beteiligung als Treuhänderin für die übrigen (in der beiliegenden Liste namentlich angeführten) Bf. (bzw. deren Rechtsvorgänger). Ein Teil der Bf. trat der Mitunternehmerschaft im Jahr 1991 als Treugeber bzw. atypisch stille Gesellschafter bei.

Der **Gründungsvertrag** enthält - auszugsweise wörtlich wiedergegeben - folgende Bestimmungen:

„§ 2 Beteiligung als atypisch stille Gesellschafterin:

*Die stille Gesellschafterin ist am Gewinn und Verlust des Unternehmens des Geschäftsherrn ab Beginn des Geschäftsjahres 1990 gemäß den Bestimmungen des § 9 beteiligt.*

*Die stille Gesellschafterin ist schuldrechtlich auch am Vermögen einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes des Geschäftsherrn beteiligt (atypisch stille Gesellschaft). Bei Ausscheiden aus dem Gesellschaftsverhältnis stehen ihr die Ansprüche nach § 15 zu. (...)*

### *§ 3 Treuhandschaft:*

*Die stille Gesellschafterin ist mit einer voll einbezahnten stillen Beteiligung von ÖS 10.000,-- am Unternehmen des Geschäftsherrn beteiligt. Es ist beabsichtigt und findet die Zustimmung des Geschäftsherrn, dass die stille Gesellschafterin neben ihrer stillen Gesellschaftseinlage iHv. ÖS 10.000,-- weitere Gesellschaftseinlagen ... leistet, wobei sie die über ÖS 10.000,-- hinausgehenden Einlagen auf Rechnung von Treugebern im Sinne der nachstehenden Bestimmungen hält. (...)*

*Die stille Gesellschafterin schließt mit dritten Personen – im folgenden kurz Treugeber genannt - , Treuhandverträge lt. Beilage ./2 ab. (...)*

### *§ 5 Entnahmerecht:*

*Der stillen Gesellschafterin steht zusätzlich zu ihrem Gewinnanspruch ein Entnahmerecht in der Höhe von 2% p. a. der jeweiligen Einlage zu.... (...)*

### *§ 8 Keine Nachschusspflicht:*

*Die stille Gesellschafterin trifft keine Nachschusspflicht. Sie ist nicht verpflichtet, empfangene Gewinnbeteiligungsbeträge oder Zinsen für ihre Einlagen wegen späterer Verluste ganz oder zum Teil zurückzuzahlen.*

### *§ 9 Beteiligung am Vermögen, Gewinn und Verlust:*

*Die Einlage der stillen Gesellschafterin stellt gemeinsam mit dem Stammkapital des Geschäftsherrn vorbehaltlich des § 2 Absatz drei jeweils am Ende eines jeden Geschäftsjahrs die Kapitalbasis für die Beteiligung am Verlust dar. Die Beteiligung der stillen Gesellschafterin an Verlusten ergibt sich aus dem Verhältnis ihrer Einlage zur genannten Kapitalbasis.*

*Die Einlage der stillen Gesellschafterin stellt gemeinsam mit dem Stammkapital des Geschäftsherrn die Kapitalbasis für die Beteiligung sowohl am Vermögen als auch am Gewinn der Gesellschaft dar, wobei sich die Beteiligung der stillen Gesellschafterin am Vermögen und am Gewinn aus dem Verhältnis ihrer Einlage zur genannten Kapitalbasis ergibt; (...)*

### *§ 12 Dauer der Gesellschaft, Kündigung:*

*Die stille Gesellschaft... ist auf unbestimmte Zeit begründet.*

*Es verzichten Geschäftsherr und stille Gesellschafterin darauf, das atypische Gesellschaftsverhältnis ... auf einen Stichtag aufzukündigen, der vor dem 31. Jänner des achten Folgejahres liegt; atypisch stille Gesellschafter sind also jeweils mindestens sieben volle Kalenderjahre beteiligt. Danach kann das Gesellschaftsverhältnis zum 31. Jänner eines jeden Jahres aufgekündigt werden. (...)*

**§ 15 Ansprüche der stillen Gesellschafterin bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses:**

*Scheidet die stille Gesellschafterin durch Kündigung oder aus sonstigen Gründen (zB Konkurs des Geschäftsherrn) ganz oder teilweise aus der stillen Gesellschaft aus, so hat sie Anspruch auf ein Abfindungsguthaben in der Höhe des Wertes ihres Anteiles am Vermögen des Geschäftsherrn (vgl. § 9), vermindert um einen allfälligen Saldo auf dem Verlustevidenzkonto und erhöht um ein allfälliges Guthaben auf dem Gewinnkonto. Der Wert des Unternehmens des Geschäftsherrn und der davon auf die stille Gesellschafterin entfallende Anteil ist nach den einschlägigen Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder... festzusetzen.*

(...)

*Das Auseinandersetzungsguthaben beträgt, unabhängig vom Stand des Verlustevidenzkontos und der getätigten Entnahmen, mindestens 90%, jedoch höchstens 145% der Einlage, wenn das Gesellschaftsverhältnis hinsichtlich Einlagen oder von Teilen der Einlage mindestens sieben volle Kalenderjahre gedauert hat; (...)"*

In einer vertraglichen Ergänzung vom 4.11.1991 wurde vereinbart, dass die Dotierung des Investitionsfreibetrages ab dem Geschäftsjahr 1991 ausschließlich dem Geschäftsherrn zuzuweisen ist.

Auf Basis dieses Gründungsvertrages schloss die X-GmbH in den Jahren 1990 und 1991 mit den weiteren Bf. entsprechende Treuhand- und Verwaltungsvereinbarungen ab. Insgesamt wurde auf diese Weise eine atypisch stille Einlage von ATS 156.960.000,-- geleistet (s. Tz 17.1 des Prüfungsberichtes vom 28.8.2002).

Das (für das Beteiligungsverhältnis gemäß § 9 des Gründungsvertrages maßgebliche) Stammkapital der E\*-GmbH belief sich auf ATS 6.600.000.

(2) In der Folge wurde am 21.12.1995 ein **Sacheinlagevertrag** abgeschlossen, mit welchem ein Großteil der atypisch stillen Treugeber ihre Gesellschaftsbeteiligungen (Mitunternehmeranteile) zum Stichtag 31.3.1995 auf die E\*-AG (als zwischenzeitiger Rechtsnachfolgerin der EGmbH ) übertrug. Die einbringenden Gesellschafter wurden mit Inhaberaktien abgefunden; für je Nominale ATS 50.000,-- atypisch stille Beteiligung erhielt jeder Einbringende Inhaberaktien an der E\*-AG im Nominale von ATS 100,-- (Punkt 5. des Einlagevertrages).

Im Sacheinlagevertrag heißt es unter Punkt 1. (letzter Satz): „*Diese Beteiligungen hatten am Einbringungsstichtag und am Tag der Vertragsunterfertigung einen positiven Verkehrswert, der durch das Gutachten der XY Wirtschaftstreuhandgesellschaft*

*Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mbH gemäß § 12 Absatz 1 UmgrStG nachgewiesen ist.“*

Auf Grund des Einlagevertrages vom 21.12.1995 brachten jene Anleger (atypisch stille Mitunternehmer), die sich im Jahr 1990 beteiligten, Mitunternehmeranteile iHv. ATS 72.250.000 bzw. jene Anleger, die sich im Jahr 1991 beteiligten, Mitunternehmeranteile iHv. ATS 58.800.000 in die E\*-AG ein (Gesamteinlage sohin ATS 131.050.000).

Im zwischen der X-GmbH und den jeweiligen stillen Gesellschaftern abgeschlossenen Vertrag über die „*Einbringung von atypisch stillen Beteiligungen gegen Gewährung von Stammaktien der E*“ (Punkt 3.) wurde jenen stillen Gesellschaftern, welche ihre Anteile zum 31.3.1995 in die E einbrachten, ein gesondertes Entnahmerecht im Ausmaß von 32% ihrer Einlage (einmalige Entnahme iHv. ATS 16.000 je ATS 50.000 übernommene und eingezahlte Einlage) eingeräumt.

(3) In ihrer beim Finanzamt eingereichten **Feststellungserklärung** erklärte die Mitunternehmerschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb iHv. insgesamt ATS 9.749.002. Davon wurde der Geschäftsherrin ein Anteil von ATS 1.620.575, sowie den atypisch Stillen ein Anteil von ATS 8.128.427 zugewiesen. Vom Anteil der stillen Gesellschafter einfiel auf die AT eine Sonderbetriebseinnahme iHv. ATS 8.516.700; den „Anlegern“ (Treugebern) wurde ein Verlust von ATS -388.273 zugewiesen.

(4) Im Rahmen einer in der Folge durchgeföhrten **Betriebsprüfung** trafen die Prüfer in ihrem Bericht vom 28.8.2002 ua. folgende Feststellungen:

„Tz 17 Einbringung zum 31.3.1995

Tz 17.1 Verkehrswert:

*Gemäß § 12 Abs. 1 UmgrStG ist Voraussetzung für die Einbringung, dass das Vermögen am Einbringungsstichtag... einen positiven Verkehrswert besitzt. Der Einbringende hat den positiven Verkehrswert im Zweifel durch ein Gutachten eines Sachverständigen nachzuweisen.*

*Auf Grund eines Gutachtens der XY WTH WP- und Steuerberatungs GmbH vom 29.9.1995 ergibt sich ein positiver Verkehrswert für die E AG zum 31.3.1995 im Betrag von ATS 10.171.061,90. Basis dieses Gutachtens ist ua wiederum ein Liegenschaftsbewertungsgutachten des DI A vom 20.7.1994.*

*Im Zuge der Betriebsprüfung wurde dieses Liegenschaftsgutachten nachvollzogen. Dabei wurde festgestellt, dass die in den Liegenschaften enthaltenen stillen Reserven statt bisher ATS 74.441.416,80 nur ATS 61.441.416,80 betragen. Durch die Minderung dieses (gemeinsam mit den stillen Reserven der Maschinen iHv ATS 4.880.000,--) als „Aufwertung AV“ ins Gutachten der XY eingegangenen Betrages ergibt sich ein Verkehrswert der E von ATS -2.828.938,10 zum Zeitpunkt der Einbringung.*

(...)

Schließlich brachten die Vertreter der TPA vor, dass – sollte das vom Substanzwert abgeleitete Gutachten nicht in dieser Form anerkannt werden – der positive Verkehrswert auch durch ein Ertragswertgutachten untermauert werden könne. Dieses – eine Seite umfassende – Gutachten, datiert mit 21.2.2001, bezieht sich auf ein AR-Protokoll vom 17.10.1995 bzw. (budgetierte) Bilanzgewinne für die Jahre 1994 bis 1997 vom 29.9.1995. Tatsächlich handelt es sich bei den in diesem Gutachten ausgewiesenen Gewinnen um „Bilanzgewinne“, welche keinesfalls Periodenreinheit aufweisen, da in ihnen Gewinnvorträge aus Vorjahren bzw. Einmaleffekte enthalten sind (zB Bilanzgewinn 1994 = 5.644‘; darin enthaltener Gewinnvortrag = 10.098‘; Reinverlust 1994 = -4.453‘). Als Basis für ein auf dem Ertragswert fußenden GA sind „unbereinigte Bilanzgewinne“ aber nicht zulässig. Die um die Gewinnvorträge bereinigten Jahresverluste betragen jedoch lt. GuV:

1994: -4.453.906,--  
1995: -531.404,--  
1996: -4.886.925,--  
1997: -8.298.198,--.

Infolge der negativen Ertragssituation der Gesellschaft (es wurde auch in den Vorjahren – 1992 und 1993 – nie ein operativer Gewinn erwirtschaftet) ist ein positiver Verkehrswert nach dem Ertragswertverfahren wohl nicht denkbar.

Bereits dem Lagebericht 1995 ist zum Geschäftsverlauf der Gesellschaft zu entnehmen, dass die Planzahlen nicht erreicht werden konnten, weil ab Ende des 3. Quartals ein deutlicher Rückgang im Auftragseingang festzustellen war. Dieses Faktum müsste demnach auch schon zum Zeitpunkt der AR-Sitzung vom 17.10.1995 bekannt gewesen sein.

Maßgeblich bleibt daher der im Zuge der Bp ermittelte – auf dem ursprünglichen Gutachten der XY basierende – Verkehrswert im Betrag von ATS -2.828.938,10. Damit ist aber die in § 12 Abs. 1 UmgrStG genannte Einbringungsvoraussetzung nicht erfüllt, sodass eine steuerneutrale Einbringung zum 31.3.1995 nicht zulässig ist und der gegenständliche Vorgang als Tausch iSd. § 6 Z 14 lit. b EStG zu qualifizieren ist.“

(5) Das Finanzamt folgte der Ansicht des Prüfers und erließ in der Folge für das Streitjahr jeweils als „Bescheide“ intendierte Erledigungen (welche jeweils mit Berufung angefochten wurden):

Der erste Bescheid vom 25.7.2002 wurde mit Berufungsvereinscheidung des Finanzamtes aufgehoben, da die Bescheiderlassung – so die Begründung - ohne vorherige Verfügung einer Wiederaufnahme erfolgte.

Die Berufungen gegen die weiteren „Bescheide“ vom 25.1.2005 bzw. vom 28.3.2007 wurden mit Berufungsentscheidungen des UFS (vom 6.11.2006 bzw. 18.6.2010) zurückgewiesen, da sie sich jeweils gegen „Nichtbescheide“ richteten.

Auf Grund des Vorbringens, welches von Seiten der Bf. in den gegen die oa. Erledigungen des Finanzamtes eingebrachten Rechtsmitteln erstattet wurde, erging seitens des Prüfers

eine mit 19.10.2004 datierte *Stellungnahme*, welche – nahezu wörtlich – der Begründung des beschwerdegegenständlichen Bescheides vom 16.12.2011 zugrunde gelegt wurde. Der Bescheid geht daher in seiner Begründung bereits auf Ausführungen ein, welche in den gegen die zunächst ergangenen „Nichtbescheide“ erhobenen Rechtsmitteln getätigt wurden und die in der Folge nochmals in die nunmehr meritorisch zu erledigende Berufung (Beschwerde) Eingang gefunden haben.

(6) Auf Grund eines **Ergänzungersuchens des Finanzamtes vom 19.6.2006** legten die Bf. ein weiteres, mit „September 2006“ datiertes Gutachten vor (Ertragswertberechnung). Dieses geht in seiner Berechnung wiederum von den im Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995 ausgewiesenen „Bilanzgewinnen“ aus. Das Gutachten kommt zu einem Wert der Mitunternehmerschaft (vor Entnahmen) iHv. ATS 64.979.000 bzw. nach Berücksichtigung der Entnahmen von ATS 50.227.000 zu einem Verkehrswert sämtlicher Anteile iHv. ATS 14.751.800. Der Verkehrswert der einzubringenden Mitunternehmeranteile wird – ausgehend vom vorangeführten Wert – mit rund ATS 4.821.850 errechnet (Gutachten S. 23f.).

Das Finanzamt ging in seinen weiteren Erledigungen, sohin auch im nunmehr angefochtenen Bescheid, mit keinem Wort auf dieses Gutachten ein. Das **BFG** legte jedoch den Bf. mit **Vorhalt vom 27.1.2015** umfassend dar, aus welchen Gründen diese Berechnung nicht plausibel bzw. nicht nachvollziehbar und daher auch nicht zum Nachweis eines positiven Verkehrswertes geeignet erscheint (s. dazu näher im Erwägungsteil).

(7) Mit dem beschwerdegegenständlichen **Feststellungsbescheid vom 16.12.2011** stellte das Finanzamt für die vormals aus den Bf. gebildete Mitunternehmerschaft Einkünfte iHv. ATS 114.795.239,50 (€ 8.342.495,40) fest. Davon wurde ein Anteil von ATS 47.018,20 (€ 3.416,95) der Geschäftsherrin sowie ein Betrag von ATS 114.748.221,30 (€ 8.339.078,45) den atypisch stillen Gesellschaftern zugewiesen. Der Bescheid wird ua. wie folgt begründet:

*„Der gegenständliche Bescheid stützt sich auf die Ergebnisse der Prüfung durch die Großbetriebsprüfung und auf den ausführlichen Schriftverkehr, der sich aus dem durch Stattgabe aus verfahrensrechtlichen Gründen abgeschlossenen Vorverfahren ergeben hat (Berufung vom 27.9.2002, Stellungnahmen der Großbetriebsprüfung). Auf Grundlage der nunmehr vorhandenen Beweismittel und Parteieninformationen sind nach Auffassung der Großbetriebsprüfung folgende Schlussfolgerungen zu ziehen und nachstehende Rechtsansichten zu vertreten:*

*Basis für die Liegenschaftsbewertung war - wie auch in der Berufung ausgeführt - das Gutachten des DI A vom 20.7.1994. Da dort jedoch von einem niedrigeren durchschnittlichen Gebäudealter ausgegangen wird (20 Jahre) als sich aus den in der Bewertungsstelle des FA Graz Stadt evidenten Altersangaben für die Gebäudeteile der Liegenschaft tatsächlich ergibt (31,27 Jahre), wurde es im Zuge der Bp entsprechend adaptiert. Wenn nun vom steuerlichen Vertreter der E in der Berufung vorgebracht wird, dass keine Begründung für die Bewertung erfolgt sei, ist dem entgegenzuhalten, dass*

*ihm sowohl diese Begründung für die Adaptierungen als auch die Altersermittlung lt. Bp bereits im Zuge der Prüfung zugänglich gemacht wurde. Diese Tatsache wird auch durch eine Aufstellung der TPA, die wir am 21.2.2001 erhalten haben, belegt, in welcher den Zahlen des ursprünglichen Gutachtens jene der Bp, sowie - als Replik darauf – die "tatsächlichen lt. Gutachter bzw lt. Fax" gegenübergestellt werden. Diesen „tatsächlichen“ Zahlen haben wir uns hinsichtlich der Freimachungskosten auch angeschlossen, im Punkt "Altersabminderung" differiert der von uns angesetzte mit dem vom Gutachter korrigierten Betrag lediglich um 1,5 Mio. ATS (so dass der Verkehrswert der atypisch stillen Beteiligung auch nach den erfolgten Korrekturen des Gutachtens immer noch negativ wäre). Infolge des adaptierten Gebäudealters lt. Bp ergeben sich jedenfalls nachstehende Änderungen zum GA des DI A:*

- Freimachungskosten 5.112' statt 3.150' ATS (Berechnung: Neubauwert der Gebäude= 109.000' ATS x Gebäudealter in Jahren/100 = 31,27% x 15%)*
- => Grundwert 8 Mio. ATS statt 10 Mio ATS;*
- Abminderung Gebäude nach Tabellen von Ross-Brachmann 23.601' statt 13.080'*
- => Gebäudewert 74 Mio. ATS statt 85 Mio. ATS;*
- Stille Reserven der Liegenschaft (BW 20.558.583,20) 61.441.416,80 statt 74.441.416,80*
- (...)*

*Im Zuge der Bp wurde ein Gutachten der XY WTH-Gesellschaft zur Ermittlung der Verkehrswerte der atypisch stillen Beteiligungen an der E AG vorgelegt. Zum Zeitpunkt der Gutachtenerstellung konnte nicht bekannt sein, dass nicht alle Gesellschafter einbringen würden, weshalb dort auch eine höhere Entnahmeverbindlichkeit zum Ansatz kam, als letztendlich - nach Feststehen der Anzahl der einbringenden Gesellschafter - tatsächlich bestand.*

*Obwohl die vorgelegte Wertermittlung zum Zeitpunkt der Betriebsprüfung bereits obsolet war, wurde uns dennoch lediglich diese - und ohne einen Hinweis darauf, dass sie bereits überholt sei - vorgelegt. So ist es auch erklärbar, dass bei der Berichtsabfassung aus einer Vielzahl von Unterlagen im Zusammenhang mit der Einbringung diese - letztendlich unrichtigen – Zahlen übernommen wurden.*

*Es ist also richtig, wenn die Berufungswerberin vorbringt, dass die Verbindlichkeiten der Mitunternehmerschaft gegenüber ihren Anlegern nicht wie von der Bp ermittelt 50.227.000,-- ATS betragen, sondern lediglich 41.936.000,-- ATS. Aus dieser geringeren Verbindlichkeit ergibt sich auch der in der Berufung dargestellte - positive - Verkehrswert von ATS 5.462.261,90 für die gesamte Mitunternehmerschaft.*

*Allerdings muss ein positiver Verkehrswert für jedes einzubringende Vermögen gegeben sein (stand-alone-Betrachtung), auch wenn mehrere solche Vermögenswerte im Rahmen eines einheitlichen Vertragswerkes eingebracht werden. Für die gegenständlichen Mitunternehmeranteile bedeutet das aber, dass bei Einbringen mehrere Anteile, jeder einzelne Mitunternehmeranteil für sich einen positiven Verkehrswert aufweisen muss.*

*Eine solche Aufteilung der Verkehrswerte, anteilig nach den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Prozentsätzen, erfolgte bereits im Gutachten der XY - natürlich noch unter Berücksichtigung der Entnahmen iHv ATS 50.227.200,--. Adaptiert man nun diese Aufteilung entsprechend - mit den tatsächlichen Entnahmen iHv ATS 41.936.000,-- -, ergeben sich nachstehende Werte: (...)*

(Anmerkung: Der konkrete Rechengang wird im Erwägungsteil unter Punkt II. dargestellt)

*Obwohl nach Korrektur der Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft positiv ist (ATS 5.462.261,90), ist der Anteil der atypisch stillen Gesellschafter am Verkehrswert der Mitunternehmerschaft mit -3.755.523,28 ATS immer noch negativ. Der davon auf die einbringenden atypisch stillen Gesellschafter entfallende Anteil... beträgt gar -10.058.123,64 ATS. Es ergibt sich also – entgegen den Ausführungen der Bw. - auch nach Ansatz des geringeren Entnahmebetrages kein positiver Verkehrswert für die einzelnen Mitunternehmeranteile.*

*(...)*

*ad Punkt 3.3 „Positiver Verkehrswert – Ertragswertverfahren“*

*Zur Äußerung des steuerlichen Vertreters, die vorgelegte Barwertberechnung wurde im Bp-Verfahren keinesfalls als Gutachten bezeichnet, wird ausgeführt:*

*Ob das Papier vom steuerlichen Vertreter der E tatsächlich als "Gutachten" oder lediglich als "Barwertberechnung" bezeichnet wurde, kann zum heutigen Zeitpunkt wohl nicht mehr geklärt werden, ist aber - wie bereits in der Berufung ausgeführt - in der Sache selbst auch nicht relevant. Tatsache ist jedoch, dass dieses Papier die Bezeichnung "E-Verkehrswert" trägt... Auch wenn die Bezeichnung "Gutachten" nicht verwendet worden sein sollte, ist uE allein dieses äußere Erscheinungsbild dazu geeignet, den Anschein zu erwecken, ein "Gutachten" in Händen zu halten.*

*Zur vorgelegten Planrechnung bzw den dazu gemachten Erläuterungen der Berufungswerberin ist anzumerken: Das AR-Protokoll vom 17.10.1995 wurde uns im Zuge der Bp vorgelegt. Darin werden Planbilanzen für 1996 und 1997 erwähnt, die dem Protokoll jedoch nicht angeschlossen sind und auch nicht vorgelegt wurden. Die Zahlen korrespondieren aber offensichtlich mit jenen in der Barwertberechnung dargestellten, da in dieser Berechnung wiederum auf das AR-Protokoll vom 17.10.1995 Bezug genommen wird. Als "Budgetzahlen" werden dort Bilanzgewinne für die Jahre 1994 bis 1997 ausgewiesen, auf deren Grundlage dann Jahresgewinne errechnet wurden (ohne Berücksichtigung von Ausschüttungen, wie in der Berufung ausgeführt wird). Diese so genannten "Planzahlen" konnten jedoch im Bp-Verfahren keineswegs plausibel erklärt werden, weshalb sie uE auch nicht als Nachweis für einen positiven Verkehrswert dienen konnten. So stammen diese Zahlen lt. Barwertermittlung vom 29.9.1995. Zu diesem Zeitpunkt waren aber sowohl das Ergebnis des Jahres 1994 als auch das Ergebnis der ersten drei Quartale des Jahres 1995 bekannt.*

*Dennoch findet ein Bilanzgewinn 1994 iBv 5.644.000,-- ATS Ansatz in dieser Wertermittlung, so als wäre dies eine Planzahl, nicht die bereits vorliegende "Echzahl", die als Basis für die Planrechnung dient. Dabei handelt es sich aber um den Bilanzgewinn per 31.12.1994, der zu diesem Zeitpunkt natürlich längst bekannt war. Dass in diesem - tatsächlich erzielten – Gewinn jedoch ein Gewinnvortrag aus Vorjahren von mehr als 10 Mio. ATS enthalten ist, findet weder eine Erwähnung noch einen Niederschlag in der Prognose.*

*Auch die Prognose des Jahres 1995 ist uE nicht plausibel. So wird dort ein Bilanzgewinn von 8.992.000,-- ATS ausgewiesen, tatsächlich wurde aber - 3 Monate später - lediglich ein solcher von 5,1 Mio. A TS erzielt. Noch krasser ist die Diskrepanz bezüglich des Jahresgewinnes 1995: In der Prognoserechnung wird dieser mit ATS 3.348.000,-- angegeben, tatsächlich - wiederum 3 Monate später - wurde 1995 jedoch ein Jahresfehlbetrag von ATS -10.219.233,40 erzielt. Auch das EGT in diesem Jahr betrug mehr als -10,2 Mio. ATS.*

*Uns ist bei diesen Ausführungen bewusst, dass das Geschäftsjahr 1995 zum Zeitpunkt der Prognoseerstellung noch nicht abgeschlossen war, dennoch sollten die Differenzen zwischen Prognose und Realität zum Zeitpunkt der Erstellung der Planrechnungen (Ende 3. Qu. 1995) bereits absehbar gewesen sein und daher auch in die Berechnung einfließen. Das ist uE aber nicht geschehen. Überdies ist auch dem Lagebericht 1995 - wie schon im Bp-Bericht ausgeführt – zu entnehmen, dass die Planzahlen nicht erreicht werden konnten, weil ab Ende des 3. Quartals ein deutlicher Rückgang im Auftragseingang festzustellen war.*

*Die Darstellung im Bp-Bericht erfolgte daher nicht - wie in der Berufung dargelegt -, um auf Basis realer Daten einen negativen Verkehrswert zu ermitteln, sondern lediglich deshalb, um auf die mangelnde Plausibilität der Barwertermittlung bzw der ihr zugrundeliegenden Planrechnung hinzuweisen.*

*Einerseits bestreitet der steuerliche Vertreter des Unternehmens in der Berufung das Vorliegen eines Ertragswertgutachtens, andererseits führt er jedoch an, dass "der Unternehmensbewertung nach dem Ertragswertverfahren immer zukünftig zu erwartende Erträge zugrunde liegen, die" - im konkreten Fall - "aus dem Blickwinkel des Jahres 1995 zu beurteilen sind".*

*Dem ist hinzuzufügen: Im Fachgutachten 74 (KFS/BW1) wird unter Punkt 6.3. ausgeführt, dass selbst dann, wenn die künftigen Erfolge aus den Ergebnissen der Unternehmensplanung abgeleitet werden können, die Erfolgsdaten der jüngeren Vergangenheit dem Gutachter als Mittel der Kontrolle zur Verlässlichkeit und Brauchbarkeit der Plandaten dienen. So betrugen die EGTs der Vorjahre der Planungsrechnung (1992-1995) -14,3 Mio., +1,5 Mio., +0,7 Mio. und -10,2 Mio. ATS. Die Planrechnung geht aber offenbar ausschließlich von positiven Zukunftszahlen aus, ohne diese negativen Vergangenheitsergebnisse zu berücksichtigen. Auch den deutschen "Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1) ist eindeutig*

zu entnehmen, dass "die Vergangenheitsanalyse den Ausgangspunkt für die Prognose künftiger Entwicklungen und für die Vornahme von Plausibilitätsüberlegungen bildet" und dazu iaR bereinigte GuV, Kapitalflussrechnungen, Bilanzen etc heranzuziehen sind. Anschließend ist „die Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse auf ihre Plausibilität hin zu beurteilen“.

*ad Punkt 3.4. „positiver Verkehrswert – Einschätzung durch die Vertragsparteien“*

*Der positive Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft wird – nach Würdigung der Ausführungen in der Berufung – nicht bestritten, dennoch ergibt sich – wie bereits dargestellt – für die einzelnen Anteile der atypisch stillen Gesellschafter ein negativer Verkehrswert...“*

*Ad Punkt 3.5 „Positiver Verkehrswert – Berechnung des Firmenwertes durch die Bp“ und Punkt 4. „Höhe des Veräußerungsgewinnes“*

*Im Einstellen eines Firmenwertes zum 31.3.1995 ist uE kein Widerspruch mit der Argumentation, dass es keinen positiven Verkehrswert gäbe, zu erblicken. Sind nämlich die ohne Auffüllungsverpflichtung ausscheidenden Mitunternehmer real überschuldet - was im gegenständlichen Fall bereits durch die negativen Verkehrswerte ihrer Anteile gegeben ist - erzielen sie einen Veräußerungsgewinn in Höhe ihrer negativen Kapitalkonten. Die Verrechnungskonten der atypisch stillen Gesellschafter, welche ihren Anteil veräußert haben, weisen per 31.12.1995 einen Stand von ATS -124.226.533,29 aus, der Einbringungswert (lt. steuerl. Kapitalkonto) dieser Gesellschafter beträgt ATS -112.574.670,97 (Bp-Bericht Tz 17.2).*

*Der Wert der E-Aktien wurde im Bp-Bericht mit 483.741,87 ATS angegeben. Da dieser Wert auf dem von der XY ermittelten Verkehrswert der E MU basiert, war er bereits zum Zeitpunkt der Einbringung, spätestens jedoch nach Korrektur des E-Verkehrswertes durch die Bp unrichtig.*

*Geht man nun von einem Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft iBv ATS 5.462.261,90 aus (s. Stellungnahme zu Punkt 3.1. der Berufung), resultiert aus diesem ein Verkehrswert der Aktien, welche die einbringenden Mitunternehmer für ihre atypisch stillen Beteiligungen erhalten iBv 216.918,01 ATS.*

*Berechnung:*

VW gesamte MU	5.462.261,90
Anzahl der Anteile der E AG	66.000
VW eines E-Anteiles	82,76
Anzahl der Anteile der einbringenden atyp. stillen Gesellschafter	2.621
VW eines E-Anteiles	82,76
VW der E-Aktien, welche die atyp. stillen Gesellschafter erhalten	216.918,01

*Rechnet man nun den Wert der E-Aktien dem Einbringungswert (s. oben) hinzu, ergibt sich daraus ein Veräußerungsgewinn von ATS 112.791.588,98:*

*Einbringungswert: 112.574.670,97*

*Wert der Aktien: 216.918,01*

*Veräußerungsgewinn: 112.791.588,98*

*Dieser Veräußerungsgewinn ist nun - abzüglich des auf die einbringenden Mitunternehmer entfallenden negativen Verkehrswertes - iBv ATS 102.733.465,24 in der Bilanz der E AG aus Vereinfachungsgründen unter der Position "Firmenwert" bzw "stille Reserven aus missglückter Einbringung" einzustellen. Aus "Vereinfachungsgründen" deshalb, da die Darstellung in einer Position - "Firmenwert" bzw "stille Reserven aus missglückter Einbringung" - erfolgt, die stillen Reserven jedoch grundsätzlich auf die einzelnen Aktiva aufzuteilen wären.*

*Veräußerungsgewinn: 112.791.588,98*

*neg. VW einbr. Mitunternehmer: -10.058.123,64*

*st. Res. missglückte Einbr.: 102.733.465,34*

*Der Aktivposten ist uE – entgegen den Ausführungen in Tz 17.3 des Bp-Berichtes – zur Gänze auf eine Laufzeit von 15 Jahren abzuschreiben...“*

(8) In der dagegen eingebrachten **Berufung vom 17.1.2012** wird „vollinhaltlich auf die in der Berufung vom 26.4.2007 dargelegten Berufungsgründe sowie auf die Ergänzung der Berufung vom 20.1.2009“ verwiesen. Diese Eingaben hätten sich zwar gegen Nichtbescheide gerichtet, die darin angeführten Gründe würden jedoch – da sich der Sachverhalt nicht geändert habe – nach wie vor gelten.

Im Wesentlichen bringen die Bf. in den genannten Eingaben Folgendes vor:

-- Auf Grund § 15 des Gesellschaftsvertrages betrage das Auseinandersetzungsguthaben der stillen Gesellschafter bei einer mindestens siebenjährigen Dauer des Geschäftsverhältnisses mindestens 90% bzw. höchstens 145% der Einlage.

Unter Hinweis auf den UFS vom 24.3.2010, RV/0595-G/07, ergebe sich unter den Prämissen, dass das Unternehmen selbst einen positiven Verkehrswert besitze und der stille Gesellschafter einen Mindestabschichtungsanspruch besitze, jedenfalls ein positiver Verkehrswert der Mitunternehmeranteile (s. zB Berufungseingabe vom 17.1.2012). Die Behörde gehe selbst von einem positiven Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft iHv. ATS 5.462.261,90 aus. Auf Grund des Anspruches auf das oa. Mindestabschichtungsguthaben müsse dies logischerweise auch für den Mitunternehmeranteil gelten (Berufung vom 26.4.2007, S. 4).

-- Die Abgabe von Aktien als Gegenleistung sei Beleg für den positiven Verkehrswert der Mitunternehmeranteile. Das Finanzamt rechne mit einem Wert der Aktien von ATS 216.518. Wenn nun diese für die Mitunternehmeranteile – von fremden Dritten (den bisherigen Aktionären) - gewährten Aktien einen positiven Verkehrswert besitzen, müsse konsequenterweise auch der dafür hingeggebene Mitunternehmeranteil einen positiven

Wert besitzen. Ein fremder Dritter würde für die Einbringung nicht Aktien hergeben, wenn die Gegenleistung nicht dem Wert der Aktien entspreche (Berufung vom 26.4.2007, S. 2f.).

-- Auf Grund eines Ersuchens des Finanzamtes sei im Jahr 2006 ein Gutachten (Ertragswertberechnung) über den Verkehrswert der atypisch stillen Beteiligungen erstellt worden. Dieses weise eindeutig einen positiven Verkehrswert nach. Die Berechnung basiere auf einer einem Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995 entnommenen „Planrechnung“ (bzw. den darin ausgewiesenen Bilanzgewinnen). Wenn die Betriebsprüfung die Auffassung vertrete, dass – aus dem Blickwinkel des Jahres 1995 – diese Zahlen nicht realistisch gewesen seien, hätte sie dies entsprechend darzulegen. Es könnte nicht lediglich damit argumentiert werden, dass sich die Zahlen leider anders als geplant entwickelt hätten und deshalb kein positiver Ertragswert vorliege (Berufung vom 26.4.2007, S. 4ff.).

-- Als Worst-Case-Szenario sei es auch zulässig, den Substanzwert anzusetzen. Die Untergrenze des Unternehmenswertes bilde nämlich der Liquidationswert. Zur Dokumentation, dass sogar aus der Untergrenze des Unternehmenswertes der positive Verkehrswert der Mitunternehmeranteile ableitbar ist, sei (zunächst) von diesem vorsichtigen Wert ausgegangen worden (Antwortschreiben der Bf. vom 29.9.2006, S. 1f.).

### **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

Strittig ist, ob die per 31.3.1995 übertragenen (atypisch stillen) Mitunternehmeranteile zum maßgeblichen Stichtag einen positiven Verkehrswert aufwiesen oder nicht. Das Finanzamt verneint dies im angefochtenen Bescheid mit der Konsequenz, dass die seitens der Bf. als steuerneutral intendierte Einbringung als steuerpflichtige Übertragung zu qualifizieren und bei den übertragenden stillen Gesellschaftern ein Veräußerungsgewinn anzusetzen ist.

Nach § 12 Abs. 1 UmgrStG (in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung) ist Voraussetzung für eine steuerneutrale Einbringung iSd. Art. III UmgrStG, dass das übertragene Vermögen am Einbringungsstichtag, jedenfalls aber am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrages, einen positiven Verkehrswert besitzt. Der Einbringende hat den positiven Verkehrswert im Zweifel durch ein Gutachten eines Sachverständigen nachzuweisen.

Begründete Zweifel bestehen vor allem im Falle einer buchmäßigen Überschuldung. Nachzuweisen ist ein positiver Verkehrswert; ein Verkehrswert in Höhe von Null ist nicht ausreichend (zB *Helbich/Wiesner/Bruckner*, HB der Umgründungen, Band B, § 12 Rz 182ff.).

Dass die übertragenen Mitunternehmeranteile buchmäßig negativ waren, ist im Beschwerdefall unstrittig. Das Verrechnungskonto jener atypisch Stiller, die ihren Anteil eingebracht haben, wies per 31.3.1995 einen Stand von ATS -124.226.533,29, das „steuerliche Kapitalkonto“ ein Minus von ATS -112.574.671 auf (resultierend aus

Verlustzuweisungen und Entnahmen; s. Prüfungsbericht vom 28.8.2002, Tz 17.2). Laut dem von den Bf. beigebrachten „Substanzwertgutachten“ vom 29.9.1995 standen den atypisch stillen Einlagen von ATS 156.960.000 zum Einbringungsstichtag negative Verrechnungskonten iHv. ATS -285.264.629 sowie Entnahmen der atypisch stillen Gesellschafter von ATS -50.227.200 gegenüber (Gutachten S. 7).

Zur Ermittlung des Verkehrswertes kommen grundsätzlich nur Ertragswertverfahren oder DCF-Verfahren in Frage. Das Substanzwertverfahren ist zum Nachweis eines positiven Verkehrswertes grundsätzlich nicht geeignet. Der Substanzwert auf Grundlage von Liquidationswerten markiert die Untergrenze für den Entscheidungswert. Ist der Liquidationswert des einzubringenden Vermögens positiv, liegt ein positiver Verkehrswert iSd. § 12 Abs. 1 UmgrStG vor (*Helbich/Wiesner/Bruckner*, aaO, § 12 Rz 171ff.).

Von Seiten der Bf. wurde zunächst (im Zuge der Betriebsprüfung) ein Gutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995 vorgelegt, welches einen Substanzwert der gesamten Mitunternehmerschaft iHv. ATS 10.171.061,90 errechnet. Der Wert der auf alle atypisch stillen Gesellschafter entfallenden Anteile wird darin mit ATS 428.698 ermittelt (Gutachten S. 7 und 8). Eine Berechnung des Wertes der nur auf die Einbringenden entfallenden Mitunternehmeranteile (es brachten nicht alle stillen Gesellschafter zum 31.3.1995 ein, die „Sonderentnahme“ ist aber nur diesen zuzurechnen) enthält dieses Gutachten nicht.

Der von Seiten der Bf. ermittelte Wert beruhte ganz maßgeblich auf der Bewertung einer im Eigentum der Geschäftsherrin stehenden Liegenschaft. Diese Wertermittlung wurde von der Betriebsprüfung aus näher dargestellten – und von den Bf. unwidersprochen gelassenen – Gründen (s. insbesondere S. 2 des angefochtenen Bescheides) nach unten korrigiert, sodass sich letztlich für die gesamte Mitunternehmerschaft ein Verkehrswert von ATS 5.462.262 ergab (S. 3f. des bekämpften Bescheides). Davon ausgehend errechnete das Finanzamt einen (negativen) Wert der eingebrochenen Anteile von ATS -10.058.123,64 (s. dazu näher unter Punkt II.).

Die Bf. hielten dem zunächst lediglich aus einem Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995 entnommene – jeweils positive – „Planzahlen“ (Bilanzgewinne) der Jahre 1994 bis 1997 entgegen. Da diese Zahlen jedoch aus den Ergebnissen der Vergangenheit nicht ableitbar waren und zudem gravierend von den in diesen Jahren letzten Endes tatsächlich erzielten Ergebnissen abwichen, legte das Finanzamt von Anbeginn an unmissverständlich dar, dass diese „Planzahlen“ weder nachvollziehbar noch plausibel seien.

Erst über Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 19.6.2006 (im Rahmen eines Berufungsverfahrens, das gegen einen der dem beschwerdegegenständlichen Bescheid vorangegangenen Nichtbescheide angestrengt wurde) legten die Bf. eine „Ertragswertberechnung“ (in Form eines Gutachtens der XY-GmbH von „September 2006“) vor. Dieses ging aber wiederum genau von jenen (positiven) „Planzahlen“ aus, denen das Finanzamt schon im Zuge der Betriebsprüfung ihre Plausibilität abgesprochen hatte.

Letztlich stützen die Bf. ihren Standpunkt unter Hinweis auf eine UFS-Entscheidung darauf, dass den stillen Gesellschaftern auf Grund der gegebenen Vertragslage nach Ablauf von sieben Kalenderjahren ein Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben von mindestens 90% der Einlage zustehen sollte (§ 15 des Gründungsvertrages). Dieser aufschiebend bedingte Mindestabschichtungsanspruch führe – einen positiven Verkehrswert des gesamten Unternehmens vorausgesetzt – dazu, dass der Verkehrswert der gegenständlichen Mitunternehmeranteile zum maßgeblichen Stichtag jedenfalls positiv sei.

Nach Auffassung des BFG ist den Bf. jedoch aus nachfolgenden Gründen der erforderliche Nachweis des Vorliegens eines positiven Verkehrswertes der zum 31.3.1995 eingebrachten Mitunternehmeranteile nicht gelungen:

#### I. Ertragswertberechnung:

I.1. Der Verkehrswert ist nach einhelliger Auffassung durch eine Unternehmensbewertung nach Maßgabe der dafür bestehenden betriebswirtschaftlichen Grundsätze zu bestimmen. Der Wert ist grundsätzlich durch Diskontierung der zukünftigen, aus dem Unternehmen zu erwartenden Erträge zu ermitteln. Dieser Anforderung werden die Ertragswertverfahren und die DCF-Verfahren gerecht (s. nochmals *Helbich/Wiesner/Bruckner*, aaO, § 12 Rz 170ff.).

Auch der Gründungsvertrag der gegenständlichen Mitunternehmerschaft sieht in § 15 explizit vor, dass der Unternehmenswert (bzw. der Wert der Anteile der Mitunternehmer) nach den einschlägigen Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder festzusetzen ist.

Die Bf. legten im Rahmen der abgabenbehördlichen Prüfung zunächst nur ein Substanzwertgutachten vor (s. dazu den nachfolgenden Punkt II.). Subsidiär stützten sie sich auf (budgetierte) Bilanzgewinne (bzw. auf eine auf diesen beruhende „Barwert“-Ermittlung), welche einem Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995 entnommen wurden. Bei dieser Wertermittlung laut Aufsichtsratsprotokoll handelte es sich selbst nach Angaben der Bf. nicht um ein Gutachten. Die Betriebsprüfung wies bereits in ihrem Bericht darauf hin, dass die dieser Wertermittlung zugrunde liegenden Bilanzgewinne weder nachvollziehbar noch plausibel seien, da

- keine Periodenreinheit gegeben sei (insbes. auf Grund von darin enthaltenen Gewinnvorträgen),
- in den betreffenden Jahren tatsächlich beträchtliche Verluste erzielt worden seien und
- die Gesellschaft auch in den Vorjahren nie Gewinne erwirtschaftet habe.

Zudem sei dem Lagebericht 1995 zu entnehmen, dass ab dem Ende des dritten Quartals ein deutlicher Auftragsrückgang zu verzeichnen gewesen sei. Die Bf. brachten zwar vor, den positiven Verkehrswert auch durch ein Ertragswertgutachten untermauern zu können, ein solches wurde jedoch – trotz der von Beginn an bestehenden und begründeten Zweifel der Betriebsprüfung und der daraus resultierenden Nichtanerkennung einer steuerneutralen Einbringung – zunächst nicht beigebracht.

Erst im Rahmen eines (der mehreren gegen die vorangegangenen Nichtbescheide angestrengten) Rechtsmittelverfahrens legten die Bf. über explizite Aufforderung des Finanzamtes ein von der XY-GmbH erstelltes „*Gutachten über den Verkehrswert der atypisch stillen Beteiligungen an der E\*-AG*“, datiert mit „September 2006“, vor. Dieses geht nun wiederum genau von jenen „Bilanzgewinnen“ (bzw. den daraus abgeleiteten Jahresgewinnen) aus, deren Nachvollziehbarkeit und Plausibilität das Finanzamt von Beginn an in Zweifel gezogen hatte. Dieses Gutachten gelangt zu einem Wert des gesamten Unternehmens (vor Entnahmen) von ATS 64.979.000 (s. *Beilage A*; S. 22 des Gutachtens). Nach Abzug der den Stillen zuzurechnenden Entnahmen iHv. ATS 50.227.200 errechnet das Gutachten einen Wert der Mitunternehmerschaft *nach Entnahmen* von ATS 14.751.800 (S. 23 des Gutachtens). Nach Aufteilung auf die Mitunternehmer ergibt sich für die Geschäftsherrin ein Wertanteil von ATS 9.929.950, der Wert der Mitunternehmeranteile wird mit ATS 4.821.850 ermittelt (S. 24 des Gutachtens; *Beilage A*).

I.2. Das BFG legte den Bf. mit Schreiben vom 27.1.2015 umfassend dar, aus welchen Gründen dieses „Ertragswertgutachten“ weder schlüssig noch plausibel und daher zum Nachweis eines positiven Verkehrswertes nicht geeignet ist. Das BFG begründete dies wie folgt:

„Die Mitunternehmerschaft erklärte in den Jahren 1992 bis 1994 folgende steuerliche Ergebnisse (jeweils in ATS): 1992: 18.124.561,--; 1993: 916.980,--; 1994: -10.716.404,--.

Die um Gewinnvorträge bereinigten Ergebnisse der GuV führten 1994 bis 1998 zu folgenden Jahresverlusten:

1994: -4.453.906,--; 1995: -531.404,--; 1996: -4.886.925,--; 1997: -8.298.198,--.

Im Gutachten werden - ausgehend von in „Planbilanzen“ ausgewiesenen (prognostizierten) Bilanzgewinnen von TATS 8.992 (1995), TATS 19.692 (1996) und TATS 32.592 (1997) - Jahresgewinne von TATS 2.209, TATS 7.063 und TATS 8.514 „errechnet“.

Das Gutachten beschränkt sich jedoch dabei auf die bloße Angabe der seiner Wertermittlung zugrunde liegenden Bilanzgewinne, ohne dass der **Wertfindungsprozess** (hinsichtlich dieser Bilanzgewinne) auch nur ansatzweise nachvollziehbar dargestellt bzw. erläutert wird. Es fehlt jegliche nachvollziehbare **rechnerisch Darstellung**, wie diese Bilanzgewinne ermittelt wurden. Wenngleich in der Berufung mitunter von vorgelegten „Planrechnungen“ die Rede ist (zB auf S. 5 der Berufungseingabe vom 26.4.2007), gibt es derartige Plan- oder Prognoserechnungen augenscheinlich nicht, baut doch das Gutachten selbst lediglich auf Planbilanzen auf. Entsprechend enthält das Gutachten unter Punkt 4.2 auch den expliziten Hinweis, dass ihm keine Plan-Gewinn- und-Verlustrechnungen zugrunde liegen. Es fehlen somit offenbar nachvollziehbare Kalkulationen bzw. Berechnungen, aus denen sich die oa. Bilanzgewinne ableiten ließen.

Das wiegt umso schwerer, als sich einerseits die Ergebnisse in den Vorjahren kontinuierlich verschlechtert haben, sowie andererseits auch die in den betreffenden

Jahren letztlich tatsächlich erzielten Ergebnisse gravierend von den im Gutachten als Grundlage für die Wertermittlung herangezogenen Jahresergebnissen abweichen.

Aber selbst die im Gutachten angeführten Ergebnisse (Punkt 2.2.3) lassen die für die Wertermittlung herangezogenen Gewinne nicht plausibel erscheinen: Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit war in den Jahren 1992 bis 1994 stets negativ, das ausgewiesene Jahresergebnis sank von TATS 20.469 (1992) auf TATS -6.374 (1994). In der Berufung wird zudem dargetan, dass im Jahr 1995 bereits ein Auftragsrückgang zu verzeichnen gewesen sei. Aus welchen Gründen das Unternehmen daher ausgerechnet im/ab dem Jahr 1995 in die Gewinnzone rutschen hätte sollen, bleibt im Dunkeln.

Wenn es in der Berufung heißt, die geplanten Gewinne hätten auch „logischerweise retrograd aus dem Stand des Prognostizierten Eigenkapitals errechnet werden können“ (S. 5), „beißt sich nicht nur die Katze in den Schwanz“, sondern steht dem auch die Darstellung der Kapitalstruktur auf S. 9 im Gutachten diametral entgegen. Daraus geht hervor, dass der Fremdkapitalanteil in den Jahren 1993 bis 1995 von TATS 317.572 auf TATS 399.811 anstieg und das wirtschaftliche Eigenkapital stets negativ war (Anstieg auf letztlich TATS -18.924). Angesichts dieser Entwicklung ist es völlig unschlüssig, aus welchen Gründen und auf Grund welcher – konkreter – Maßnahmen sich gerade in den Jahren ab 1995 eine gegenläufige Entwicklung in Richtung Gewinnzone ergeben hätte können.

(...) Es fehlt jedoch nicht nur die Darstellung der rechnerischen Ableitung der maßgeblichen Bilanzgewinne. Es werden auch **inhaltlich keine konkreten Umstände oder Maßnahmen** genannt, die das Erreichen der prognostizierten Planzahlen plausibel erscheinen ließen. Die E erfuhr zwar in den Jahren 1990 bzw. 1991 eine erhebliche Kapitalstärkung (durch die Errichtung der gegenständlichen Mitunternehmerschaft in Form einer atypisch stillen Gesellschaft). Dennoch wurden in den Folgejahren Verluste erwirtschaftet. Ob bzw. welche weitergehenden Maßnahmen in den Folgejahren etwa zur weiteren Stärkung der Unternehmenssubstanz, der Rationalisierung oder Produktivitätssteigerung etc. getroffen wurden, wird im Gutachten mit keinem Wort dargelegt. Auf S. 7 heißt es lediglich ganz allgemein, das Jahr 1994 sei durch die Fortsetzung der Restrukturierung und Rationalisierung gekennzeichnet gewesen. Welche konkreten Maßnahmen diese Restrukturierung und Rationalisierung umfasst haben sollen, erschließt sich nicht. Es wäre zudem interessant, worauf die gravierende Abweichung der „Planzahlen“ von den letzten Endes tatsächlich erzielten Ergebnissen zurückzuführen ist.

Eine Unternehmensplanung erfordert eine **angemessene Dokumentation** und muss auf fundierten Grundlagen beruhen. Wenn lediglich auf Planbilanzgewinne in einem AR-Protokoll verwiesen wird (S. 5 der Berufung), so stellt dieser Verweis keine hinreichende bzw. nachvollziehbare Planungsgrundlage dar.

Es ist daher auf Grund der dargestellten Umstände nicht möglich, die zur Ermittlung des Ertragswertes als maßgebliche Größe herangezogenen, in den Planbilanzen enthaltenen Bilanzgewinne rechnerisch nachzuvollziehen. Angesichts der Vorjahresergebnisse bzw.

*der in den prognostizierten „Planjahren“ tatsächlich erzielten Ergebnisse erscheinen diese Bilanzgewinne auch nicht plausibel. Ein wesentlicher Punkt der Plausibilitätsbeurteilung ist eine angemessene Vergangenheitsanalyse. Dass eine solche überhaupt erfolgt wäre bzw. allenfalls in die Planbilanzen Eingang gefunden hätte, erschließt sich aus dem Gutachten nicht.*

*Ist es schon nicht nachvollziehbar, dass und aus welchen Gründen das Unternehmen im Jahr 1995 in die Gewinnzone gelangen sollte, ist auch der weitere, im Gutachten auf S. 17 vorausgesagte „Gewinnsprung“ von TATS 2.209 (1995) auf TATS 7.063 (1996) – ebenso wie der abermalige Anstieg auf TATS 8.514 im Folgejahr - völlig unerklärlich. Es fehlt auch hier jede nachvollziehbare und plausible inhaltliche Darlegung sowie rechnerische Herleitung dieser Zahlen. (...)*

*Selbst wenn man vom für die Beschwerdeführer äußerst günstigen Fall ausgeht, dass der aus der Planbilanz abgeleitete (zukünftige) Jahresgewinn (Anmerkung: betr. 1995) von TATS 2.209 schlüssig und plausibel sein sollte, so bleiben doch die Gründe für die abermalige (erwartete) Gewinnsteigerung im Jahr 1996 (der vorausgesagte Jahreserfolg 1996 beträgt immerhin mehr als das Dreifache des Vorjahreserfolgs!) nicht erschließbar. Geht man – wiederum zugunsten der Bf. – davon aus, dass der Jahreserfolg in den Folgejahren in etwa gleich geblieben ist (lt. Berufung war 1995 bereits ein deutlicher Auftragsrückgang spürbar), errechnet sich auf Basis der im Gutachten unter Punkt 4.3 angeführten Prämissen sowie dem Wertermittlungsschema lt. Punkt 4.5 folgend zum 31.3.1995 ein Unternehmenswert vor rückbezogenen Entnahmen (!) von rund ATS 18.238.000 (Berechnung siehe Beilage 1).*

*Bringt man davon die rückbezogenen Entnahmen iHv. ATS 50.227.200 (Berechnung lt. Punkt 5.1 des Gutachtens) in Abzug, ergibt sich ein (deutlich) negativer Gesamtunternehmenswert.*

*Das vorgelegte Ertragswertgutachten ist aus den dargestellten Gründen nicht zum Nachweis eines positiven Verkehrswertes geeignet. Eine einfache Vergleichsrechnung, welche auf für den Standpunkt der Bf. äußerst günstigen Prämissen aufbaut (indem diese vom nicht nachvollziehbar ermittelten bzw. nicht plausibel dargestellten Jahreserfolg 1995 lt. Gutachten ausgeht) ergibt nach ha. Ansicht überdies, dass ein positiver Verkehrswert des Gesamtunternehmens und somit auch der in Frage stehenden Mitunternehmeranteile zum maßgeblichen Stichtag nicht vorgelegen ist.“*

*(Die oa. Ermittlung des BFG ist dem vorliegenden Erkenntnis in *Beilage B* beigeschlossen.)*

I.3. In ihrer dazu erstatteten Stellungnahme vom 24.2.2015 führen die Bf. im Wesentlichen aus:

-- „Das Gutachten konnte ausschließlich auf Grundlage der Planzahlen der Aufsichtsratssitzung vom 17.10.1995 erstellt werden. (...) Weitere Unterlagen und Informationen standen nicht zur Verfügung“ (Stellungnahme S. 2 und 3).

-- Es sei irrelevant, „*ob auch auf Grund des Ertragswertverfahrens ein positiver Verkehrswert existiert hat, da unstrittigerweise auf Grund des Substanzwertes ein positiver Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft vorgelegen ist.*“

-- Eine Prognoserechnung sei nicht deshalb falsch, weil die prognostizierten Ergebnisse nicht eintreten. Entscheidend sei, dass die Annahmen für die Planung plausibel seien. Wenn die Betriebsprüfung der Auffassung sei, dass die Planzahlen nicht realistisch gewesen seien, habe sie dies entsprechend darzulegen.

-- Seitens der Behörde wären weitere Ermittlungsschritte erforderlich gewesen. „*Man hätte sich wohl mit der Konjunktur, der Branche, dem Geschäft des Unternehmens etc. auseinandersetzen müssen.*“ (S. 3 der Stellungnahme)

-- Ausmaß und Nachhaltigkeit des Ende des dritten Quartals eintretenden Auftragsrückganges seien zu Beginn des Rückganges noch nicht abschätzbar gewesen. Daher sei statt des prognostizierten Jahresgewinnes von ATS 3.348.000 ein Jahresfehlbetrag von ATS 10.219.233 eingetreten (S. 6 der Stellungnahme).

-- Zum Zwecke der Erläuterung und Darstellung der Planungsannahmen werde die Einvernahme diverser – namentlich genannter - Zeugen (frühere Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder sowie Geschäftsführer der E) beantragt. Diese sollten darüber Auskunft geben, auf Grund welcher Annahmen der *turn around* von den Verlustjahren bis 1994 zu den ab 1995 geplanten Gewinnen gelingen sollte.

I.4. Das von den Bf. vorgelegte Ertragswertgutachten (von „September 2006“) ist aus folgenden Gründen nicht geeignet, einen positiven Verkehrswert der gegenständlichen Mitunternehmeranteile zu belegen (im Wesentlichen kann auf die Ausführungen des BFG in dessen Vorhalt vom 27.1.2015 verwiesen werden):

I.4.1. Das Finanzamt zog die Richtigkeit bzw. Plausibilität der von den Bf. im Rahmen der Prüfung ins Treffen geführten, einem Aufsichtsratsprotokoll entnommenen prognostizierten Ergebnisse („Bilanzgewinne“) aus näher dargestellten Gründen von Anbeginn an in Zweifel. Dessen ungeachtet geht das nunmehr vorliegende Ertragswertgutachten aber wiederum völlig unreflektiert genau von denselben „Bilanzgewinnen“ aus, ohne in irgendeiner Weise darzulegen, wie diese Werte ermittelt oder hergeleitet wurden.

Grundlage der Ermittlung der künftigen finanziellen Überschüsse bildet eine integrierte Planungsrechnung (Planbilanzen, Plan-Gewinn-und-Verlustrechnungen sowie Finanzpläne; s. dazu zB Fachgutachten KFS BW1 Punkt 3.3.). Im Entscheidungsfall liegen lediglich Planbilanzen vor. Ansonsten wird auf – nicht näher nachvollziehbare bzw. ableitbare - Zahlen verwiesen, die sich aus einem Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995 ergeben. Wenn das Fehlen maßgeblicher Unterlagen mit dem Zeitablauf zu begründen versucht wird, ist darauf zu verweisen, dass es Sache der Bf. gewesen wäre, eine entsprechende Beweisvorsorge zu treffen (§ 12 Abs. 1 UmgrStG). Spätestens in den Jahren 2000 bis 2002, als die Betriebsprüfung Zweifel an den „Bilanzgewinnen“ laut Aufsichtsratsprotokoll äußerte, wäre es an den Bf. gelegen gewesen, die entsprechenden

Unterlagen zu sichern und beizubringen. Dies wäre den Bf. als Mitunternehmern zweifelsohne auch ohne weiteres zumutbar gewesen.

Abgesehen von der mangelnden Belegbarkeit der Bilanzgewinne bzw. Jahresgewinne, welche der Ertragswertberechnung der Bf. zugrunde liegen, wird der Wertfindungsprozess zudem nicht einmal ansatzweise dargelegt.

Es ist daher nicht annähernd nachvollziehbar, wie diese Ausgangsdaten für die Ertragswertberechnung ermittelt wurden bzw. auf welche konkreten Maßnahmen und Umstände diese gestützt werden.

I.4.2. Bei der Wertermittlung ist eine Vergangenheitsanalyse unabdingbar (Punkt 4.3.3. des Fachgutachtens KFS BW1). Die Vergangenheitsanalyse bildet den Ausgangspunkt für die Prognose künftiger Entwicklungen und für die Vornahme von Plausibilitätsüberlegungen (*Trentini/Farmer/Purtscher*, Unternehmensbewertung<sup>2</sup>, 2.3 unter Verweis auf IDW S 1 2008, Punkt 5.2.). Dass eine solche angestellt wurde, ist dem Gutachten der Bf. nicht zu entnehmen. Während die Ergebnisse in den Vorjahren (1992 bis 1994) jeweils negativ waren, werden im Gutachten der Bf. von September 2006 für die Folgejahre jeweils Gewinne prognostiziert. Es fehlt an konkreten Anhaltspunkten, worauf sich diese in diametralem Gegensatz zu den Vorjahresergebnissen stehende Prognose stützt.

I.4.3. Die in den Jahren 1995 bis 1997 tatsächlich erzielten Ergebnisse wichen eklatant von den prognostizierten Ergebnissen ab. Dies war den Gutachtern im Zeitpunkt der Gutachtenserstellung bereits bekannt. Umso wichtiger wäre es gewesen, jene Umstände darzustellen, auf Grund derer aus dem Blickwinkel des Jahres 1995 von einer derart optimistischen Zukunftseinschätzung ausgegangen wurde.

Es trifft zwar zu, dass eine Wertermittlung nicht alleine aus dem Grunde falsch sein muss, weil die „geplanten“ Ergebnisse von den letztlich tatsächlich erzielten Ergebnissen abweichen. Im vorliegenden Fall liegt jedoch eine beträchtliche Abweichung vor. Zudem wäre es für Zwecke der Plausibilität der Prognose erforderlich gewesen, jene Umstände darzulegen, die für die Abweichung verantwortlich zeichnen.

Das Gutachten beschränkt sich in Punkt 2.2.1 auf die allgemein gehaltene Angabe, das Geschäftsjahr 1994 sei durch die Fortsetzung der Restrukturierung und Rationalisierung gekennzeichnet gewesen. Welche konkreten Maßnahmen gesetzt wurden, ergibt sich weder aus dem Gutachten, noch aus der Stellungnahme der Bf. vom 24.2.2015 (aber auch nicht aus dem sonstigen Vorbringen der Bf.). Eine Gutachtenserstellung setzt eine fundierte Befundaufnahme voraus, in deren Zuge wohl auch die Feststellung und Darlegung allfälliger Restrukturierungs- und Rationalisierungsmaßnahmen zu erfolgen hätte.

Da die vorhergesagten Ergebnisse von den letztlich tatsächlich erzielten Ergebnissen gravierend abweichen, dafür seitens der Bf. aber keine hinreichend konkrete Begründung geliefert werden konnte, erscheinen die „Bilanzgewinne“ laut Ertragswertgutachten von September 2006 nicht plausibel.

Wenn die Bf. vermeinen, es wären seitens der Behörde weitere Ermittlungen anzustellen gewesen, so ist nochmals darauf zu verweisen, dass es ihre Sache gewesen wäre, für eine nachvollziehbare und plausible Wertermittlung zu sorgen. Die diesbezügliche Beweislast liegt allein auf Seiten der Bf. Soweit allfällige wertbeeinflussende Faktoren wie zB Konjunktur, Branche etc. in das Gutachten der Bf. Eingang gefunden haben sollten, hätte dies im Gutachten entsprechend dargetan und begründet werden müssen. Das Finanzamt hat seinerseits - ebenso wie in weiterer Folge das BFG - klar dargelegt, aus welchen sachlich dargestellten Gründen es die bereits mehrfach erwähnten „Bilanzgewinne“ weder als realistisch noch als plausibel erachtet. Weitere Ermittlungen waren daher seitens der Behörde nicht erforderlich.

I.4.4. Wenn vorgebracht wird, Ausmaß und Nachhaltigkeit des Ende des dritten Quartals eintretenden Auftragsrückgangs seien zu Beginn des Rückgangs noch nicht abschätzbar gewesen, so macht auch dies die prognostizierten Jahresgewinne weder nachvollziehbar noch plausibel: Das Unternehmen erzielte in den Jahren 1992 bis 1994 jeweils Verluste. Im dritten Quartal 1995 war – so die Bf. – ein Auftragsrückgang spürbar. Selbst wenn dessen Ausmaß noch nicht absehbar gewesen sein sollte, war dem Grunde nach jedenfalls ein Auftragsrückgang gegeben. Wurden aber in den Jahren (zumindest ab) 1992 bis 1994 bereits Verluste erzielt und kommt es dann auch noch zu einem Auftragsrückgang, so ist es nicht erklärbar, weshalb das Unternehmen ausgerechnet ab dem Jahre 1995 Gewinne schreiben hätte sollen (bzw. können).

I.4.5. Das Unternehmen erzielte in den Jahren 1992 bis 1994 jeweils Verluste (s. oben; insbes. Vorhalt des BFG vom 27.1.2015, S. 1 unten, sowie Gutachten der XY-GmbH von September 2006, S. 10). Es ist daher in höchstem Maße fraglich bzw. konnte von den Bf. nicht hinreichend plausibel dargelegt werden, auf Grund welcher konkreten Umstände das Unternehmen ausgerechnet im Jahr 1995 – trotz bereits eintretender Auftragsrückgänge – plötzlich in die Gewinnzone gelangen sollte. Das von den Bf. vorgelegte Gutachten der XY von September 2006 geht überdies in weiterer Folge von einer nochmaligen eklatanten Gewinnsteigerung aus, ohne dass mit einem Wort dargelegt wird, worauf diese - abermalige – Gewinnsteigerung zurückzuführen sein soll. So beträgt der prognostizierte „Bilanzgewinn“ laut Gutachten für das Jahr 1995 TATS 8.992; für das Folgejahr wird ein solcher von TATS 19.692 ausgewiesen und im Jahr 1997 gar ein solcher iHv. TATS 32.592. War schon der Übergang von den Verlustjahren 1992 bis 1994 in die Gewinnzone 1995 nicht nachvollziehbar, bleibt auch völlig offen, worauf diese weitere (vorhergesagte bzw. „geplante“) Gewinnsteigerung beruhen sollte.

Das BFG hat eine für die Bf. äußerst günstige Vergleichsrechnung angestellt (und diese seinem Vorhalt vom 27.1.2015 beigelegt), in welcher vom Gewinneintritt im Jahr 1995 laut Ertragswertgutachten der XY ausgegangen wird, obgleich dieser „Gewinnsprung“ – siehe oben – weder nachvollziehbar noch plausibel ist. Da die Bf. (bzw. deren Gutachten) auch den weiteren Gewinnanstieg der Jahre 1996 und 1997 nicht plausibel machen konnten bzw. diesen mit keinem Wort begründen, geht das BFG in seiner Ertragswertberechnung im Weiteren davon aus, dass der Jahreserfolg in den Folgejahren

– trotz Auftragsrückgang und entgegen den tatsächlich eingetretenen Jahresergebnissen - der Höhe nach gleich geblieben ist. Alle übrigen Prämissen der Berechnung der Bf. wurden unverändert gelassen. Bei dieser Vorgangsweise ergibt sich unter Beibehaltung des Berechnungsschemas der XY für die gesamte Mitunternehmerschaft ein Verkehrswert vor Entnahmen iHv. rund ATS 18,2 Mio. Bringt man davon die – allein den atypisch Stillen zuzurechnenden - Entnahmen iHv. ATS 50 Mio. in Abzug, verbleibt ein negativer Verkehrswert iHv. rund ATS 32 Mio.

Dieser Berechnung des BFG hielten die Bf. substantiell nichts entgegen.

#### *I.5. Zu den Anträgen auf Zeugeneinvernahme:*

In ihrer Vorhaltsbeantwortung vom 24.2.2015 (S. 7) beantragen die Bf. die Einvernahme von insgesamt sechs namentlich angeführten Zeugen (Vorstände/Geschäftsführer bzw. Aufsichtsräte der E). Diese sollten – so das von den Bf. umschriebene Beweisthema - die „*Planungsannahmen für die im Jahr 1995 durchgeföhrte Planung für die Jahre 1995 bis 1997 der E*“ erläutern und darstellen.

§ 12 Abs. 1 letzter Satz UmgrStG sieht explizit vor, dass der Einbringende den positiven Verkehrswert im Zweifel durch ein Gutachten eines Sachverständigen nachzuweisen hat. Dass im Beschwerdefall ein derartiger Zweifelsfall vorliegt, wurde bereits oben dargetan.

Aus dem Gesetz ergibt sich sohin, dass ein Nachweis des positiven Verkehrswertes durch andere Beweismittel, wie zB durch Zeugeneinnahmen, nicht vorgesehen – und sohin nicht zulässig - ist.

Die Beweislast liegt zudem auf Seiten der Einbringenden. Es ist daher nicht zulässig, die Beweisführung auf die Behörde (bzw. das BFG) zu überwälzen. Es wäre daher Aufgabe des Gutachters gewesen, allfällige „Zeugen“ oder Auskunftspersonen im Zuge der zwingend vorzunehmenden Befundaufnahme zu befragen und allenfalls für die Wertermittlung relevante Angaben der genannten Personen in das Gutachten aufzunehmen bzw. deren Angaben fachmännisch zu beurteilen. Eine derartige Tatsachenerhebung ist aber augenscheinlich nicht erfolgt. Es ist jedenfalls nicht Sache der Behörde, Versäumnisse des Sachverständigen, die ihm bei seiner Erhebung der für die Wertermittlung wesentlichen Tatsachen unterlaufen sind, nachzuholen.

Dem Gutachten ist nicht zu entnehmen, wie die als Ausgangsdaten herangezogenen „Bilanzgewinne“ errechnet wurden. Es gibt keine zugrunde liegenden Planungsrechnungen. Zudem wird auch nicht ansatzweise versucht zu erklären, auf Grund welcher konkreter Maßnahmen die „geplanten“ Gewinne aus damaliger Sicht realistisch und plausibel erscheinen hätten sollen. Es wäre Aufgabe des Gutachters gewesen, genau diese Umstände – in Ermangelung entsprechender Unterlagen bzw. Planungsrechnungen eben etwa auch durch Befragung der damals involvierten Personen – zu erheben. Die bloße Übernahme von in einem Aufsichtsratsprotokoll genannten Zahlen, die zudem weder mit den vergangenen noch mit den in der Folge tatsächlich erwirtschafteten Ergebnissen übereinstimmen, genügt einer seriösen Befundaufnahme aber in keiner Weise.

Wenn die Bf. das Beweisthema mit „*Erläuterung und Darstellung der Planungsannahmen*“ umschreiben, so ist nochmals darauf hinzuweisen, dass überhaupt jegliche Darstellung bzw. Begründung fehlt, wie das Gutachten (bzw. das Aufsichtsratsprotokoll vom 17.10.1995) zu seinen Ausgangsdaten (“Bilanzgewinnen”) kommt bzw. wie diese rechnerisch ermittelt und/oder woraus diese abgeleitet wurden. Es wäre geboten gewesen, eine derartige „Erläuterung und Darstellung“ im Gutachten vorzunehmen. Eine „*Erläuterung und Darstellung von Annahmen*“ (!) ist – siehe nachfolgend – einem Zeugenbeweis nicht zugänglich. Wie im Übrigen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie Geschäftsführer der E zwanzig Jahre zurückliegende „Planungsannahmen“ ohne die zugrunde liegenden Planungsrechnungen, die sie zudem nicht selbst angestellt haben, mündlich erläutern sollen, bleibt unklar.

Zeugen sollen über wahrgenommene Tatsachen aussagen (*Ritz*, BAO 5. Auflage, § 169 Tz 1). Laut den Bf. sollen die Zeugen darüber Auskunft geben, auf Grund welcher „Annahmen“ der *turn around* im Jahr 1995 gelingen sollte. (Persönliche) Annahmen sind aber einem Zeugenbeweis nicht zugänglich. Die Wiedergabe einer Annahme oder Einschätzung ist keine Bekundung einer wahrgenommenen Tatsache. Dass aber konkrete Maßnahmen zur Erreichung des *turn around* gesetzt wurden, wurde im gesamten Verfahren bislang nicht einmal behauptet.

Nach der Judikatur ist die Behörde zur Aufnahme eines bloßen Erkundungsbeweises nicht verpflichtet (s. nochmals zB *Ritz*, aaO, § 183 Tz 5). Ein solcher liegt vor, wenn das Beweismittel (oder der Beweisantrag) nicht den Nachweis der Wahrheit **konkreter** (!) Tatsachenbehauptungen erbringen, sondern der beweisführenden Partei überhaupt erst die Möglichkeit bieten soll, die Tatsache kennenzulernen und bestimmte Tatsachenbehauptungen aufzustellen.

Der gegenständliche Beweisantrag geht in Richtung eines Erkundungsbeweises: Die Bf. nannten im gesamten bisherigen Verfahren nicht eine einzige konkrete Tatsache (zB eine Restrukturierungs-, Rationalisierungs- oder sonstige Maßnahme), welcher zufolge das gegenständliche Unternehmen von der Verlust- in die Gewinnzone rutschen hätte sollen. Vorgebracht wird vielmehr, dass 1995 bereits ein deutlicher Auftragsrückgang zu verzeichnen gewesen sei. Im Gutachten heißt es lediglich ganz allgemein und unbestimmt, die Restrukturierung und Rationalisierung werde fortgesetzt (S. 7 des Gutachtens der XY). Der Gutachter hat aber offenbar nicht erhoben, ob tatsächlich derartige Maßnahmen bzw. gegebenenfalls welche konkreten Maßnahmen gesetzt wurden. Die Bf. haben trotz eines entsprechenden Hinweises des BFG im Vorhalt vom 27.1.2015 weder das Gutachten entsprechend ergänzt noch im weiteren Verfahren eine einzige konkrete Restrukturierungs- oder Rationalisierungsmaßnahme genannt. Es ist aber nicht Aufgabe der Behörde, Zeugen einzuvernehmen, um herauszufinden, ob überhaupt derartige Maßnahmen gesetzt wurden, welche in weiterer Folge unter Umständen dazu geeignet gewesen sein könnten, die Ergebnisse der Mitunternehmerschaft zu verbessern. Den Bf., welche sich als Mitunternehmer betrachten,

ist offenbar selbst nicht bekannt, ob überhaupt bzw. welche Maßnahmen gesetzt worden wären, anderenfalls sie wohl ein entsprechend konkretes Vorbringen erstattet hätten.

Weder das „Ertragswertgutachten“ von September 2006 noch das sonstige Vorbringen der Bf. enthalten sohin hinreichend konkrete Tatsachenbehauptungen, welche durch die beantragten Beweismittel nachgewiesen werden könnten.

Der Beweisantrag der Bf. war daher als unerheblich bzw. unzulässig abzulehnen.

## II. Substanzwertberechnung:

II.1. Wie schon eingangs dargelegt, ist das Substanzwertverfahren zum Nachweis eines positiven Verkehrswertes von Mitunternehmeranteilen an sich nicht geeignet.

Dennoch stützten die Bf. ihre Ansicht, es liege zum Einbringungsstichtag ein positiver Verkehrswert der eingebrachten Mitunternehmeranteile vor, im Prüfungsverfahren primär auf ein Substanzwertgutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995. Dieses weist einen Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft von ATS 10.171.062 auf. Dieser Wert resultiert maßgeblich aus den stillen Reserven einer Betriebsliegenschaft (iHv. ATS 74.441.416), welche ihrerseits wiederum in einem Liegenschaftsgutachten des DI A vom 20.7.1994 ermittelt wurden.

Ausgehend vom oa. Gesamtwert der Mitunternehmerschaft ermittelt die XY die Werte aller (also auch der 1995 nicht eingebrachten und sohin hier nicht relevanten) Mitunternehmeranteile auf Grund der Beteiligungsverhältnisse bzw. der direkt zurechenbaren Positionen (IFB, Entnahmen der stillen Gesellschafter) mit ATS 428.698,58, und zwar wie folgt (jeweils in ATS):

Gesamtwert des Betriebes	10.171.061,90
+ Entnahme atypisch stiller Gesellschafter	50.227.200
- IFB	- 7.612.337
	52.785.924,90

Anteile Verkehrswert nach Entnahme:

	Aufteilungsbasis in %	Aufteilung nach %-Schlüssel	Aufteilung direkt zurechenbar	Gesamtanteile
E AG	4,04%	2.130.026,32	7.612.337	9.742.363,32
Atypisch stille	95,96%	50.655.898,58	- 50.227.200	428.698,58
		52.785.924,90		10.171.061,90

II.2. Unabhängig von der nachfolgend beschriebenen Korrektur der stillen Reserven durch das Finanzamt weist dieses „Substanzwertgutachten“ die Entnahmen der einbringenden Stillen in falscher Höhe aus. Diese sind richtigerweise mit ATS 41.936.000 anzusetzen (s. dazu zB S. 4 des angefochtenen Bescheides). Denn gemäß Punkt 3. des Vertragswerkes „*Einbringung von atypisch stillen Beteiligungen gegen Gewährung von Stammaktien der*

*E*“ stand (ausschließlich) jenen Gesellschaftern, welche ihre Anteile der E übertrugen, ein einmaliges (Sonder-)Entnahmerecht im Ausmaß von 32% ihrer Einlage (obgleich diese schon längst aufgezehrt war) zu. Das Gutachten geht jedoch in seiner Berechnung davon aus, dass sämtliche Gesellschafter ihre Anteile einbringen würden. Tatsächlich haben aber nur atypisch stille Gesellschafter mit einer Nominaleinlage von ATS 131.050.000 ihre Anteile übertragen. Die Entnahmen sind daher entsprechend zu korrigieren (s. dazu auch zB Vorhaltsbeantwortung der Bf. vom 18.6.2014, S. 2).

Darüber hinaus unterlässt das Gutachten eine ausschließliche Zurechnung dieser Entnahmen bei den per 31.3.1995 eingebrachten Anteilen und ermittelt so lediglich einen Wert *aller* (also auch der nicht eingebrachten) Anteile. Maßgeblich ist aber der Wert der per 31.3.1995 übertragenen Mitunternehmeranteile.

Die Prüfer verminderten die stillen Reserven der Liegenschaft in ihrem Bericht vom 28.8.2002 (Tz 17.1) um ATS 13 Mio. von ATS 74.441.416,80 auf nunmehr ATS 61.441.416,80. Die genaue Begründung für diese Korrektur ergibt sich aus S. 2 des angefochtenen Bescheides.

In der Beschwerde (S. 13f.) wurde zunächst geltend gemacht, die Abgabenbehörde habe nicht nachvollziehbar dargelegt bzw. begründet, wie sie die Höhe der stillen Reserven (mit ATS 61.441.417) ermittelt hat.

Dem angefochtenen Bescheid ist jedoch (ebenso wie bereits dem „Nichtbescheid“ vom 25.1.2005) zu entnehmen, dass

- a) die Berechnung der Betriebsprüfung den Bf. bereits im Zuge der Prüfung zugänglich gemacht worden ist bzw.
- b) der Unterschied gegenüber der Berechnung der Bf. darin begründet liegt, dass DI A in seinem Gutachten von einem niedrigeren durchschnittlichen Gebäudealter (20 Jahre anstatt 31,27 Jahre) ausgegangen ist. Auf S. 2 (unten) des Bescheides ist ersichtlich, wie das Finanzamt auf die Differenz (von ATS 13 Mio.) zum von den Bf. ermittelten Wert der stillen Reserven gelangt (Verminderung des Grundwertes von ATS 10 Mio. auf 8 Mio. sowie des Gebäudewertes von ATS 85 Mio. auf 74 Mio.; in Summe daher ATS 13 Mio. Differenz).

Über Vorhalt des BFG vom 15.5.2014 teilten die Bf. zwischenzeitig mit Eingabe vom 18.6.2014 mit, dass dieser behauptete Begründungsmangel tatsächlich nicht vorliege. Den seitens der Betriebsprüfung vorgenommenen Korrekturen der stillen Reserven wird von den Bf. inhaltlich nichts entgegen gehalten.

Infolge der Verminderung der stillen Reserven der betrieblichen Liegenschaft um ATS 13 Mio. gelangten die Prüfer in ihrem Bericht zunächst zu einem Verkehrswert der gesamten Mitunternehmerschaft von ATS -2.828.938,10.

Im angefochtenen Bescheid korrigierte das Finanzamt diese Wertermittlung und errechnete für die gesamte Mitunternehmerschaft einen Verkehrswert von ATS 5.462.261,90. Diese Korrektur (im Vergleich zur Wertermittlung im Prüfungsbericht) ist darauf zurückzuführen, dass nicht alle stillen Gesellschafter ihre Anteile einbrachten

und daher die Verbindlichkeiten der Mitunternehmerschaft (Sonderentnahmerecht der einbringenden stillen Gesellschafter) gegenüber den Anlegern nicht ATS 50.227.000 betragen, sondern - wie bereits oben erwähnt - ATS 41.936.000. Dennoch ergab sich laut (dem Rechenschema im Substanzwertgutachten der Bf. folgender) Berechnung des Finanzamtes für die gegenständlichen Mitunternehmeranteile ein negativer Verkehrswert:

Gesamtwert des Betriebes	5.462.261,90
+ Entnahme atypisch stiller Gesellschafter	41.936.000
- IFB	- 7.612.337
	39.785.924,90

#### Aufteilung:

	Aufteilung in %	Ant. VW	direkt zurechenbar	Gesamtanteile
E AG	4,04%	1.605.448,18	7.612.337	9.217.785,18
Atypisch stille	95,96%	38.180.476,72	- 41.936.000	- 3.755.523,28
		39.785.924,90		5.462.261,90

Da nicht alle Stillen ihre Anteile zum 31.3.1995 auf die Geschäftsherrin übertragen und das vereinbarte Sonderentnahmerecht nur den einbringenden stillen Gesellschaftern eingeräumt wurde, ermittelte das Finanzamt den Wert der per 31.3.1995 übertragenen Anteile wie folgt:

	Aufteilung %	Ant. VW	direkt zurechenbar	Anteil	Verkehrswert
Einbringende atyp. St.	80,12	31.877.876,36	-41.936.000	-	-10.058.123,64
Nicht einbr. Atyp. Stille	15,84	6.302.600,36	0		6.302.600,36
	95,96	38.180.476,72	-41.936.000		-3.755.523,28

Die Bf. halten dieser Berechnung nichts Konkretes entgegen; sie verweisen lediglich auf ihren aufschiebend befristeten Anspruch auf ein Mindestabschichtungsguthaben (siehe dazu den nachfolgenden Punkt III.).

II.3. Letztlich kann es aber dahingestellt bleiben, ob der Wert der gesamten Mitunternehmerschaft ATS 5.462.262 (laut Finanzamt) oder ATS 10.171.061,90 (laut Gutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995) beträgt. Denn auch bei Ansatz des von der XY errechneten Wertes ergibt sich für die Mitunternehmeranteile der einbringenden stillen Gesellschafter ein negativer Wert:

Gesamtwert des Betriebes	10.171.062
+ Entnahme atypisch stiller Gesellschafter	41.936.000
- IFB	- 7.612.337
	44.494.725

## Aufteilung:

	Aufteilung in %	Ant. VW	direkt zurechenbar	Gesamtanteile
E AG	4,04%	1.797.586,89	7.612.337	9.409.923,89
Atypisch stille	95,96%	42.697.138,11	- 41.936.000	761.138,11
		44.494.725		10.171.062

	Aufteilung %	Ant. VW	direkt zurechenbar	Anteil Verkehrswert
Einbringende atyp. St.	80,12	35.649.173,67	-41.936.000	-6.286.826,33
Nicht einbr. Atyp. Stille	15.84	7.047.964,44	0	7.047.964,44
	95,96	42.697.138,11	-41.936.000	761.138,11

II.4. Die Bf. verweisen – dem Grunde nach zutreffend - darauf, der Liquidationswert bilde die Untergrenze des Unternehmenswertes. Daher seien sie von diesem „*vorsichtigen Unternehmenswert in Form des Substanzwertes ausgegangen*“ (Eingabe der Bf. vom 29.9.2006). Dabei übersehen die Bf. jedoch, dass im Gutachten lediglich ein Substanzwert, nicht aber der Liquidationswert errechnet wurde. Der Liquidationswert ergibt sich als Barwert der finanziellen Überschüsse aus der Veräußerung der Vermögenswerte und der Bedeckung der Schulden unter Berücksichtigung der Liquidationskosten und der mit der Liquidation verbundenen Steuerwirkungen (s. Vorhalt des BFG vom 27.4.2015). Das bedeutet, dass vom Substanzwert – wird er nun mit ATS 5.462.262 oder mit ATS 10.171.062 angenommen – jedenfalls noch weitere Positionen in Abzug zu bringen wären, um tatsächlich den Liquidationswert zu ermitteln. Wenn aber schon die (beiden) genannten Substanzwerte der gesamten Mitunternehmerschaft nicht zu einem positiven Verkehrswert der übertragenen Mitunternehmeranteile führen, ist das klarerweise auch bei Zugrundelegung des (unter dem Substanzwert liegenden) Liquidationswertes nicht denkbar. Einen konkreten Liquidationswert haben die Bf. jedenfalls nicht errechnet.

Das von den Bf. vorgelegte Gutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995 ist sohin nicht geeignet, einen positiven Verkehrswert der übertragenen Mitunternehmeranteile zu belegen.

II.5. Das Schreiben der Bf. vom 29.9.2006 (Antwort auf das Ergänzungersuchen des Finanzamtes vom 19.6.2006), auf welches in der Berufung verwiesen wird, enthält einige weitere Einwendungen:

-- Das Finanzamt verwies in seinem Ergänzungersuchen darauf, dass die Betriebsliegenschaft der E von dieser im Jahr 1999 um ATS 43.340.000 veräußert wurde. Dieser Kaufpreis entspreche – so die Abgabenbehörde – einem Gutachten des Sachverständigen F vom 15.3.2000, welchem zufolge der Wert der Liegenschaft rund ATS 44 Mio. betragen habe. Die Bf. führen in ihrer Antwort vom 29.9.2006 einige

unterschiedliche Bewertungsansätze der Gutachter DI A\* und F an. Die rechnerischen Auswirkungen der ihrer Ansicht nach unzutreffenden Ansätze des F werden aber nicht dargestellt.

Es erübrigt sich jedoch ohnehin, darauf näher einzugehen, da sich auf Grund obiger Ausführungen selbst bei Heranziehung des von den Bf. beigebrachten Gutachtens (welchem das Liegenschaftsbewertungsgutachten des DI A zugrunde liegt) kein positiver Wert der übertragenen Mitunternehmeranteile ergibt. Das Finanzamt stützt den angefochtenen Feststellungsbescheid zudem nicht auf das Gutachten des F. Daher ist es auch hinfällig, die von den Bf. im Weiteren aufgeworfene Frage der Fremdüblichkeit dieses Kaufpreises näher zu erörtern.

-- Die Bf. vertreten im oa. Schreiben des Weiteren erstmals die Ansicht, der Verkehrswert der Liegenschaft wäre auf Grundlage eines Ertragswertverfahrens zu ermitteln. In der Folge stellen die Bf. eine „*Ertragswertberechnung*“ an und ermitteln einen Verkehrswert der Liegenschaft von ATS 110.799.094.

Diesem Vorbringen bzw. dieser Berechnung ist wie folgt entgegen zu halten:

Mit Hilfe des Ertragswertverfahrens werden bebaute Liegenschaften bewertet, deren Nutzungsbestimmung es primär ist, aus den Erträgen durch Vermietung und Verpachtung über die Bewirtschaftungskosten hinaus eine angemessene Verzinsung des Kapitals zu erzielen, welches durch den Verkehrswert der Liegenschaft repräsentiert wird. Das Sachwertverfahren wird hingegen ua. bei Ermittlung des Wertes von Liegenschaften herangezogen, für die keine geeigneten Vergleichsmieten oder vergleichbaren Pachtentgelte vorhanden sind und das Ertragswertverfahren daher nicht sinnvoll angewendet werden kann, wie etwa für spezielle Zwecke errichtete Gewerbeobjekte (s. zB *Kranewitter*, Liegenschaftsbewertung 6. Auflage, S. 63 bzw. 87). Die in Rede stehende Betriebsliegenschaft diente nun zweifelsohne nicht der Vermietung und Verpachtung. Die darauf befindlichen Gebäude dienten der Lackdrahtproduktion bzw. waren zum Teil auf Grund von Schäden für Gewerbezwecke unbrauchbar (s. Gutachten F, S. 4). Auf Grund der speziellen Beschaffenheit der Gebäude war eine Vermietung (Verpachtung) derselben nahezu unmöglich, da nur ein Lackdrahtproduzent als potenzieller Mieter/Pächter in Frage gekommen wäre. Es gibt auch keine vergleichbaren Mieten oder Pachtentgelte, welche eine sinnvolle Anwendung des Ertragswertverfahrens ermöglichen würden. Daher ist ein annähernd verlässlicher Verkehrswert der gegenständlichen Objekte im Wege der Ertragswertermittlung nicht zu errechnen.

Bei der von den Bf. angestellten Berechnung handelt es sich überdies nicht um ein Gutachten. Insbesondere mangelt es an einer fundierten Befundaufnahme. Es fehlt jegliche auch nur ansatzweise Beschreibung der Objekte (Flächenangaben, Angaben zur Bausubstanz etc.); woraus die angenommenen Mieten abgeleitet wurden, bleibt völlig unklar. Die Berechnung der Bf. geht von einer 100-jährigen Nutzungsdauer aus, da Restnutzungsdauern – so die Bf. – keine Rolle spielten. Tatsächlich richtet sich der

anzuwendende Vervielfältiger jedoch sehr wohl nach der jeweiligen **Restnutzungsdauer** (*Kranewitter*, aaO, S. 93).

Schließlich lässt die Berechnung der Bf. den Umstand, dass die betreffende Liegenschaft im Jahr 1999 um den Preis von ATS 43,3 Mio. veräußert wurde, völlig außer Betracht (Wert lt. nunmehriger Berechnung der Bf.: ATS 110.799). Die Bf. werfen lediglich ganz allgemein die Frage nach der Fremdüblichkeit des Kaufpreises auf, sehen sich selbst jedoch trotz ihrer Mitunternehmerstellung außerstande, diesbezüglich eine nähere Überprüfung bzw. Beurteilung vorzunehmen. Um die angestellte Ertragswertberechnung plausibel erscheinen zu lassen, wäre es aber jedenfalls den Bf. (bzw. einem allfälligen Gutachter) oblegen, die zum Zeitpunkt der Wertermittlung bereits bekannte (eklatante) Abweichung zwischen tatsächlich erzieltem Preis und dem von ihnen ermittelten Ertrags- bzw. Verkehrswert zu begründen.

Der Hinweis der Bf. auf ihre in der Eingabe vom 29.9.2006 angestellte Ertragswertermittlung ist sohin ebenso wenig geeignet, das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes der gegenständlichen Anteile zu begründen.

### *III. Aufschiebend bedingter Anspruch auf ein Mindestabschichtungsguthaben:*

Im Kern ihrer Beschwerde argumentieren die Bf. unter Hinweis auf die UFS-Entscheidung RV/0595-G/07 vom 24.3.2010 damit, dass den stillen Gesellschaftern ein aufschiebend befristeter Anspruch auf ein vertraglich zugesichertes Mindestabschichtungsguthaben zugestanden sei. Dieses hätte nach § 15 des Gründungsvertrages – unabhängig vom Stand des Verlustkontos sowie der getätigten Entnahmen – nach Ablauf einer 7-jährigen Beteiligungsduer mindestens 90% bzw. höchstens 145% der Einlage betragen. Dieser aufschiebend befristete Anspruch wäre im Falle des Verkaufs zusätzlich zu berücksichtigen. Solange daher ein potenzieller Investor realistischerweise davon ausgehen hätte können (und dies stehe nach Ansicht der Bf. „*auf Grund der Prognoserechnungen*“ außer Zweifel), dass der Geschäftsherr auch nach Ablauf von sieben Jahren nach Beginn des atypisch stillen Gesellschaftsverhältnisses bzw. zwei Jahren nach Einbringung noch einen positiven Verkehrswert besitzen würde, sei auf Grund dieses Anspruchs auf das Mindestabschichtungsguthaben jedenfalls ein positiver Wert (der Mitunternehmeranteile) gegeben (s. Berufungseingabe vom 17.1.2012 bzw. S. 3f. der Berufungsschrift vom 26.4.2007).

Dem ist Folgendes entgegen zu halten:

Beim Verkehrswert handelt es sich nach einhelliger Auffassung um den nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Methoden der Unternehmensbewertung ermittelten Wert des Vermögens. Zur Ermittlung von Entscheidungswerten kommen grundsätzlich nur Gesamtbewertungsverfahren in Frage (zB *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG, 4. Auflage, § 12 Rz 190; *Rabel* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, aaO, § 12 Rz 170f.). Das gilt auch für die Bewertung von Mitunternehmeranteilen, welche als Bruchteil des Gesellschafts-Betriebsvermögens zu behandeln sind.

Der Unternehmenswert ist sohin primär aus der künftigen Ertragskraft (durch Diskontierung der erwarteten, zukünftigen Unternehmenserträge nach dem Ertragswert- oder DCF-Verfahren) zu ermitteln; die künftigen Erträge sind in Form einer Prognoserechnung zu schätzen (Planungsrechnung). Vergleichsverfahren, Substanzwert- oder Mischverfahren sind grundsätzlich nicht geeignet (s. nochmals *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG, 4. Auflage, § 12 Rz 190).

Im vorliegenden Fall liegt eine steuerliche Mitunternehmerschaft vor, d.h. die stillen Gesellschafter sind nicht nur an Gewinn und Verlust der Geschäftsherrin, sondern auch am Vermögen, den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt. Die Mitunternehmerstellung erfordert die Teilhabe am Unternehmerwagnis, welches sich in der Unternehmerinitiative und dem Unternehmerrisiko ausdrückt. Im Entscheidungsfall kam den stillen Gesellschafter kein Mitspracherecht und sohin keine Unternehmerinitiative zu. Ihre Mitunternehmerstellung gründete sich allein auf die – vertraglich uneingeschränkte – Vermögensbeteiligung.

Für Zwecke der steuerlichen Wertermittlung ist auf oa. Grundsätze jedenfalls Bedacht zu nehmen. Auch der Wert von (atypisch stillen) Anteilen ist mittels anerkannter betriebswirtschaftlicher Methoden der Unternehmensbewertung zu ermitteln. Jede andere Sichtweise würde die steuerliche Mitunternehmerqualifikation der stillen Gesellschafter in Frage stellen. Dem Gründungsvertrag (§ 9) ist nicht zu entnehmen, dass sich die Vermögensbeteiligung der Stillen nur auf einen positiven Vermögensstand beschränken würde. Eine solche Beschränkung ergibt sich nach Auffassung des BFG auch nicht (zumindest nicht eindeutig) aus § 8 des Vertrages (keine „Nachschuss“- bzw. Rückzahlungspflicht bezüglich *empfangener Gewinnbeträge* wegen späterer Verluste).

Im Übrigen ist selbst im Vertrag festgehalten, dass der Unternehmenswert und der davon auf die Stillen entfallende Anteil nach den einschlägigen Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder festzusetzen ist (§ 15 erster Absatz). Diese sehen stets eine Ableitung des Unternehmenswertes aus den künftigen finanziellen Überschüssen vor.

Wie oben ausführlich dargelegt wurde, ist es den Bf. aber weder mit ihrer vorgelegten Substanzwertermittlung (Gutachten der XY vom 29.9.1995) noch mit der nachgereichten Ertragswertberechnung (Gutachten der XY von September 2006) gelungen, schlüssig und plausibel das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes der im Jahr 1995 übertragenen Mitunternehmeranteile nachzuweisen.

Aber selbst wenn man der von den Bf. vertretenen, auf die genannte UFS-Entscheidung gestützten, der zivilrechtlichen Betrachtungsweise folgenden Rechtsauffassung folgt, ist damit den Bf. der Nachweis nicht gelungen, dass den übertragenen Mitunternehmeranteilen ein Verkehrswert *größer als Null* zuzurechnen ist:

Nach Ansicht der Bf. bestimmt sich der Verkehrswert neben der Gewinnerwartung auch nach dem Abfindungsanspruch der Stillen im Falle der Beendigung ihrer Beteiligung. Da die Stillen – so die Meinung der Bf. unter Hinweis auf den UFS – auf Grund der Vertragslage zu keinen weiteren Zahlungen bzw. Haftungen herangezogen werden

könnten, lägen auch keine Verbindlichkeiten der stillen Gesellschafter vor, welche bei Ermittlung des Verkehrswertes ihrer Anteile in Abzug zu bringen wären und so zu einem negativen Verkehrswert führen könnten.

Dabei lassen die Bf. folgende Umstände außer Betracht:

-- Die gegenständliche „Einbringung“ erfolgte zum Stichtag 31.3.1995. Die stillen Beteiligungen wurden in den Jahren 1990 bzw. 1991 begründet. Zum Einbringungsstichtag waren sohin (erst) vier bzw. drei volle Kalenderjahre zwischen Gründung der stillen Gesellschaft und Einbringung verstrichen. Es kam sohin jedenfalls die Vertragsbestimmung des § 15 **erster Absatz** zum Tragen (und nicht etwa § 15 dritter Absatz!), welcher zufolge die Stillen bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses „*Anspruch auf ein Abfindungsguthaben in der Höhe des Wertes ihres Anteiles am Vermögen des Geschäftsherrn (vgl. § 9), vermindert um einen allfälligen Saldo auf dem Verlustevidenzkonto und erhöht um ein allfälliges Guthaben auf dem Gewinnkonto*“ haben. Diese Regelung sieht expressis verbis eine Verminderung des den Stillen zustehenden Vermögensanteiles – sei dieser nun positiv oder negativ – um einen allfälligen Saldo des Verlustevidenzkontos vor. Daher sind die auf die einbringenden stillen Gesellschafter entfallenden Verrechnungskonten (auf welchen gemäß § 4 des Gründungsvertrages nicht nur Gewinn- und Verlustanteile, sondern auch Entnahmen zu buchen waren) bei Ermittlung der Verkehrswerte ihrer Mitunternehmeranteile zum Stichtag 31.3.1995 jedenfalls zu berücksichtigen. Wie bereits ausführlich dargestellt wurde, mangelt es im Beschwerdefall an einer geeigneten Verkehrswertermittlung. Selbst wenn man dessen ungeachtet den (an sich ungeeigneten) Wert der gesamten Mitunternehmerschaft laut Substanzwertgutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995 iHv. ATS 10,2 Mio heranziehen und dem daraus resultierenden (negativen) Wert der übertragenen Anteile (s. oben Punkt II.) auch noch die negativen Verrechnungskonten iHv. (zumindest) ATS 112,6 Mio. (s. Tz 17.2 des Prüfungsberichtes) gegenüberstellen würde, bleibt für einen positiven Verkehrswert kein Raum. Im für die Bf. günstigsten Fall (bei fehlenden Nachzahlungs- bzw. Zahlungspflichten der Stillen) ergibt sich diesfalls ein Verkehrswert von ATS 0.

-- Die Bf. machen ganz allgemein geltend, die stillen Gesellschafter hätten im Streitjahr einen aufschiebend befristeten Anspruch auf ein Mindestabschichtungsguthaben gehabt. Dieser sei „*zusätzlich*“ (gemeint offenbar: *zusätzlich* zum Anspruch auf künftige Gewinne, die jedoch tatsächlich nie eingetreten sind und deren Plausibilität mit den oa. Gutachten nicht belegt werden konnte) zu berücksichtigen (S. 3 letzter Absatz der Berufung vom 26.4.2007). Unter der Prämisse, dass das Unternehmen selbst einen positiven Verkehrswert besitze, hätten auch die Mitunternehmeranteile einen positiven Verkehrswert. Die Bf. unterlassen aber eine konkrete Berechnung des von ihnen ins Treffen geführten aufschiebend befristeten Mindestabschichtungsanspruches. Maßgeblich ist für die Berechnung des künftigen Anspruches nicht, dass das Unternehmen allenfalls am 31.3.1995 einen positiven Wert aufweist (bzw. aufgewiesen hat). Eine (positive) Abfindung iSd. § 15 dritter Absatz des Gesellschaftsvertrages erschien aus dem

Blickwinkel des Jahres 1995 nur dann wahrscheinlich bzw. realistisch, wenn das Unternehmen auch noch nach Ablauf von sieben vollen Kalenderjahren ab Gründung der Mitunternehmerschaft (also zum 1.1.1998 hinsichtlich der 1990 beigetretenen Gesellschafter bzw. zum 1.1.1999 hinsichtlich der 1991 beigetretenen Gesellschafter) einen – nach den vertraglich festgesetzten Grundsätzen ermittelten - positiven Verkehrswert aufgewiesen hätte. Auch zum Nachweis dieses Umstandes hätte es jedoch eines schlüssigen Ertragswertgutachtens bedurft. Auf Grund der wirtschaftlichen Entwicklung der E erschien es im Jahr 1995 wenig wahrscheinlich, dass das Unternehmen 1998 bzw. 1999 noch einen positiven Wert aufweisen würde: Das Unternehmen hat (zumindest) in den Jahren 1992 bis 1995 (wie auch in den Folgejahren) jeweils Verluste erzielt. In den Jahren 1990 bzw. 1991 beteiligten sich stille Gesellschafter mit einer Gesamteinlage von rund ATS 156 Mio. an der Geschäftsherrin. Ungeachtet dieser beträchtlichen „Finanzspritze“ wies das Unternehmen rund viereinhalb Jahre später nur noch einen (Substanz-)Wert von ATS 10,2 Mio. bzw. ATS 5,5 Mio. auf. Bei dieser wirtschaftlichen Entwicklung (bei linearer Rechnung gingen pro Jahr mehr als ATS 35 Mio. „Unternehmenssubstanz“ verloren) war es im Jahr 1995 keineswegs garantiert, dass das Unternehmen auch noch im Zeitpunkt des Eintritts des Anspruches auf ein Mindestabschichtungsguthaben (also drei bzw. vier Jahre später) einen positiven Verkehrswert aufweisen würde (s. Vorhalt des BFG mittels E-Mail an die TPA vom 28.4.2015). Einen entsprechenden Nachweis haben die Bf. jedenfalls nicht erbracht. Die Bf. vermeinen zwar, „*auf Grund der Prognoserechnungen*“ sei aus Sicht eines potenziellen Investors außer Zweifel gestanden, dass der Geschäftsherr auch nach Ablauf von sieben Jahren ab Begründung der stillen Gesellschaft noch einen positiven Verkehrswert besitzen würde. Gerade diese (plausiblen und schlüssigen) Prognoserechnungen bleiben die Bf. aber schuldig.

Folgt man der Ansicht der Bf., dass die Stillen zu keiner Nachschuss- und/oder Zahlungspflicht herangezogen werden konnten und daher in zivilrechtlicher Betrachtung ein negativer Verkehrswert ihrer Anteile de facto ausgeschlossen sei, ergibt sich für die Anteile der einbringenden Stillen im besten Falle ein Wert von ATS 0. Die Bf. verweisen zwar allgemein auf ihren aufschiebend befristeten Anspruch auf ein Mindestabschichtungsguthaben, bleiben aber eine rechnerische Ermittlung dieses Anspruches schuldig bzw. vermögen diesen der Höhe nach nicht zu beziffern. Aus welchen Gründen daher ein möglicher Investor im redlichen Geschäftsverkehr bereit gewesen sein sollte, für diese Anteile einen (positiven) Preis zu zahlen, ist - nicht zuletzt in Anbetracht der dargestellten wirtschaftlichen Entwicklung der E in den Vor- sowie in den Folgejahren - nicht erkennbar.

Selbst wenn man daher den Ausführungen der Bf. vollinhaltlich folgen würde, haben sie nicht hinreichend nachvollziehbar dargetan, dass den Mitunternehmeranteilen zum maßgeblichen Stichtag ein Verkehrswert *größer als Null* zukam. Die Bf. stellen weder eine Berechnung des aufschiebend bedingten Mindestabschichtungsguthabens an, noch vermögen sie den – ihrer Ansicht nach positiven – Betrag dieses Guthabens ziffernmäßig

zu nennen. Auch dazu hätte es eines nachvollziehbaren Ertragswertgutachtens bedurft. Der bloß allgemein gehaltene Hinweis auf ein aufschiebend befristetes Mindestabschichtungsguthaben vermag das Vorliegen des erforderlichen positiven Verkehrswertes weder zu beweisen noch plausibel zu machen.

Aus oa. Gründen bestehen berechtigte Zweifel daran, dass dem aufschiebend befristeten Anspruch im Streitjahr ein positiver Wert zugekommen sein soll. Mangels geeigneter Nachweisführung ist damit die Anwendungsvoraussetzung für eine Einbringung iSd. Art. III UmgrStG nicht erfüllt.

#### *IV. Gegenleistung in Form der Aktien:*

Nach Meinung der Bf. belege auch die Abgabe von Aktien als Gegenleistung für die Übertragung der Mitunternehmeranteile den positiven Verkehrswert der gegenständlichen Mitunternehmeranteile. Die Behörde habe den Wert der Aktien im Prüfungsbericht zunächst mit ATS 483.741,87 angegeben; entsprechend der Berufung aus dem Jahr 2002 werde dieser nunmehr mit ATS 216.918,01 ermittelt (S. 8 des angefochtenen Bescheides). Die Aktien seien von fremden Dritten (den bisherigen Aktionären) hingegeben worden; ein fremder Dritter würde aber nicht Aktien hergeben, wenn die Gegenleistung nicht dem Wert der Aktien entspreche (S. 2f. der Berufungsschrift vom 26.4.2007).

Dieses Vorbringen ist aus folgendem Grund unzutreffend:

Der Übertragung der Mitunternehmeranteile liegt eine zwischen der E AG und der X-GmbH abgeschlossene Vereinbarung zugrunde (die Bf. legten dem BFG eine Vereinbarung vom 24./25.2.1999 vor, welche die Einbringung der *nach* der hier gegenständlichen Übertragung verbliebenen stillen Mitunternehmeranteile im Jahr 1998 betrifft; die Bf. gaben jedoch an, für die Einbringung zum 31.3.1995 sei eine identische Vereinbarung abgeschlossen worden, diese sei aber nicht mehr auffindbar). Dieser Vereinbarung zufolge bot die E an, die atypisch stillen Beteiligungen gemäß Art. III UmgrStG zu übernehmen. Die Aktionäre boten an, den stillen Gesellschaftern als Gegenleistung aus ihrem Aktienbesitz Inhaber-Stammaktien der E zuzuteilen (Pkt. I. der Vereinbarung). Die E beauftragte die AT, dieses Angebot den Treugebern (den stillen Gesellschaftern) zu übermitteln (Pkt. II). Gemäß Punkt III. der Vereinbarung erhielt die AT für ihre Leistungen gemäß Pkt. II von der E eine Vergütung iHv. 6% vom Nominale der atypisch stillen Gesellschaftseinlagen, die dieses Angebot annahmen. Damit sollten sämtliche Aufwendungen der AT als abgegolten gelten.

Da im Jahr 1995 atypisch stille Gesellschafter, die mit Einlagen von ATS 131.050.000 an der E beteiligt waren, ihre Einlagen an die E übertrugen, belief sich die der AT auf Grund der oa. Vereinbarung bezahlte Vergütung auf ATS 7.863.000 (= 6% der übertragenen Einlagen von ATS 131.050.000).

Obwohl es im zwischen der X-GmbH und den einbringenden Treugebern abgeschlossenen Vertragswerk „*Einbringung von atypisch stillen Beteiligungen gegen Gewährung von Stammaktien der E*“ in Punkt 6. heißt, dass die AT den stillen Gesellschaftern für die Abwicklung des Sacheinlagevertrages kein Honorar verrechne,

wurde der oa., der AT für die Abwicklung der Einbringung vergütete Aufwand iHv. ATS 7.863.000 wirtschaftlich anteilig sehr wohl auch von den einbringenden stillen Gesellschaftern (gemäß ihrem Beteiligungsverhältnis) getragen. Dieser Aufwand (Vergütung an die AT) für die Einbringung der Mitunternehmeranteile fand nämlich Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung der E und war auf Grund des atypisch stillen Gesellschaftsvertrages von der Mitunternehmerschaft zu tragen. Der Aufwand wurde daher – unstrittig – anteilig auch den Mitunternehmern (stillen Gesellschaftern) zugewiesen (s. dazu die Ausführungen der Bf. in der Vorhaltsbeantwortung der steuerlichen Vertretung vom 24.2.2015 auf S. 10).

Im Streitjahr übertrugen stille Gesellschafter mit Einlagen im Nominale von ATS 131.050.000 ihre Anteile auf die E; in Ansehung des Gesamtkapitals von ATS 163.560.000 betrug deren Beteiligungsverhältnis sohin 80,12% (und nicht wie in der Eingabe der Bf. vom 24.2.2015 auf S. 10 fälschlich angeführt 83,50%). Die stillen Gesellschafter mussten sohin in wirtschaftlicher Betrachtung de facto einen Betrag von ATS 6.299.835,60 (= 80,12% der Gesamtvergütung) aufwenden, um ihre Anteile an die Geschäftsherrin zu übertragen, und erhielten als Gegenleistung dafür Aktien im Wert von ATS 216.918,01. Mit anderen Worten: Die einbringenden stillen Gesellschafter bezahlten für die Veräußerung ihrer stillen Beteiligungen (netto) rund ATS 6 Mio!

Dieser Umstand bekräftigt sohin – entgegen der Auffassung der Bf. – gerade das Vorliegen eines negativen Verkehrswertes, denn im Falle der Übertragung von Anteilen mit einem positiven Wert wären die einbringenden Bf. wohl nicht bereit gewesen, einen Aufwand von rund ATS 6,3 Mio. zu tätigen, um als Gegenleistung für die Hingabe ihrer Mitunternehmeranteile Aktien im Wert von lediglich ATS 216.918 (an einer verlustträchtigen Gesellschaft) zu erhalten.

*V. Abschreibung des „Firmenwertes“ bzw. der stillen Reserven (laufende Gewinnermittlung 1995):*

Das vorliegende Rechtsmittel richtet sich schließlich auch gegen die laufende Gewinnermittlung des Jahres 1995 (S. 9 bis 11 der Berufung vom 26.4.2007). Leugne man den positiven Verkehrswert, sei nur in Höhe der stillen Reserven eine Aktivierung vorzunehmen, hinsichtlich des darüber hinausgehenden Betrages aber eine Sofortabschreibung durchzuführen. Der von der Behörde angenommene Firmenwert iHv. ATS 102.733.465,34 sei daher sofort aufwandswirksam zu behandeln. Die Bf. verweisen hierzu auf ein bei *Quantschnigg/Schuch* (ESt-HB, § 24 Rz 95.8) angeführtes Judikaturzitat. Diesem zufolge sind bei den verbleibenden Gesellschaftern, die das negative Kapitalkonto übernehmen, die anteiligen stillen Reserven einschließlich Firmenwert zunächst zu aktivieren. Soweit das negative Kapitalkonto die stillen Reserven übersteigt und auch nicht aufgefüllt werden muss, liegen bei den verbleibenden Gesellschaftern sofort abzugsfähige Betriebsausgaben vor (VwGH vom 13.10.1981, 81/14/0028; sowie vom 19.5.1987, 86/14/0104).

Die Prüfer legen in ihrem Bericht (unter Tz 17.3) dar, dass die von ihnen angesetzte Position „Firmenwert“ de facto die stillen Reserven aus der missglückten Einbringung umfasst und diese „aus Vereinfachungsgründen“ auf eine „Laufzeit“ von 15 Jahren abgeschrieben wird. Im angefochtenen Bescheid (S. 9) ermittelt das Finanzamt die stillen Reserven – in leichter rechnerischer Abänderung zum Prüfungsbericht – mit ATS 102.733.465,34. Die steuerlichen Kapitalkonten der einbringenden Gesellschafter belaufen sich zum maßgeblichen Stichtag auf ATS -112.574.670,97. Die Bf. halten der Ermittlung dieser Beträge dem Grunde und der Höhe nach nichts entgegen. Das Finanzamt schlägt im angefochtenen Bescheid den Wert der Aktien iHv. ATS 216.918 dem Einbringungswert (= den negativen Kapitalkonten) hinzu und zieht vom so ermittelten Veräußerungsgewinn den negativen Verkehrswert der Mitunternehmeranteile – als sofort wirksamen Aufwand - ab. Damit wurde aber jener Differenzbetrag, um den die negativen Kapitalkonten (zuzüglich des Wertes der Aktien) von ATS 112.791.588,98 die stillen Reserven von ATS 102.733.465,34 übersteigen, im Sinne der von den Bf. ins Treffen geführten VwGH-Judikatur ohnehin als unmittelbar abzugsfähige Betriebsausgabe behandelt.

Aus welchen Gründen (bzw. auf welcher rechtlichen Grundlage) die als Firmenwert bezeichnete, tatsächlich die stillen Reserven umfassende Position einer sofortigen Abschreibung zugeführt werden sollte, bleibt im Dunkeln. Das Gesetz sieht in § 8 Abs. 3 EStG (in der für den Streitfall geltenden Fassung) explizit vor, dass die Anschaffungskosten eines Firmenwertes bei Gewerbebetrieben auf 15 Jahre abzusetzen sind.

Aus dem Prüfungsbericht (Tz 17.1) in Verbindung mit dem Substanzwertgutachten der XY-GmbH vom 29.9.1995 (unter Punkt VIII.) ergibt sich überdies, dass die stillen Reserven der Mitunternehmerschaft zum weitaus überwiegenden Teil aus einer Betriebsliegenschaft resultieren. Soweit diese den betrieblichen Gebäuden zugeordnet werden könnten, käme dafür ein AfA-Satz von (maximal) 4% (Abschreibungsdauer 25 Jahre) zum Tragen. Geht man davon aus, dass die vom Finanzamt angesetzte Position „Firmenwert“ überwiegend (wenn nicht gar ausschließlich) diese stillen Reserven umfasst, gereicht es den Bf. nicht zum Nachteil, wenn das Finanzamt diese über einen Zeitraum von (lediglich) 15 Jahren - anstatt von 25 Jahren - abschreibt.

Den von den Bf. behaupteten Widerspruch (Annahme eines negativen Verkehrswertes bei gleichzeitiger Aktivierung eines Firmenwertes sowie stiller Reserven; S. 9 der Berufung vom 26.4.2007), vermag das BFG nicht zu erkennen. Der Verkehrswert ist der im redlichen Geschäftsverkehr üblicherweise für ein Wirtschaftsgut erzielbare Preis. Stille Reserven sind die Unterschiedsbeträge zwischen den Veräußerungserlösen und den Buchwerten der veräußerten Güter, der Firmenwert ist der Differenzbetrag zwischen Gesamtkaufpreis eines Unternehmens und Teilwert der einzelnen übernommenen Wirtschaftsgüter. Selbst bei Vorliegen eines negativen Verkehrswertes ist daher bei betragsmäßig unter dem Verkehrswert liegenden Teil- bzw. Buchwerten freilich eine Aktivierung vorzunehmen.

## *VI. Zur Unzulässigkeit der Revision:*

Eine Revision ist nur bei Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd. Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Im vorliegenden Fall steht außer Streit bzw. ergibt sich aus dem diesbezüglich eindeutigen Gesetzeswortlaut (§ 12 Abs. 1 UmgrStG), dass Voraussetzung für eine Einbringung iSd. Art. III UmgrStG ein positiver Verkehrswert der übertragenen Vermögenswerte ist. Der Einbringende hat diesen im Zweifel durch ein Gutachten nachzuweisen.

Die Bf. konnten diesen unabdingbaren Nachweis nach – ausführlich dargelegter – Auffassung des BFG nicht erbringen. Die im Einzelfall vorgenommene Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichtes stellt jedoch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung dar (zB *Nedwed*, ÖJZ 2014, 1041). Die Revision war daher im Beschwerdefall nicht zuzulassen.

## *Beilagen:*

- *Anlage* (Liste der Mitunternehmer bzw. "Anteilshalter") lt. Bescheidspruch
- *Beilagen A und B* lt. Begründungstext

Graz, am 18. September 2015