



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Rebernig Unternehmensberatung und WTH-GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes Klagenfurt betreffend Nichtfeststellung von Einkünften für 1992 bis 1996 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Mit dem am 14. Feber 1994 beim Finanzamt eingelangten Schreiben gab der steuerliche Vertreter der Bw. bekannt, dass Unternehmensgegenstand der Dr. F und I GnbR der gewerbliche Wertpapierhandel sei. Zwischen den beiden Gesellschaftern sei mündlich vereinbart worden, dass Dr. F zu 95%, seine Gattin I indes zu 5 % am Gewinn und Verlust

sowie am Vermögen und an den stillen Reserven beteiligt sei. In einer weiteren Eingabe teilte die Bw. mit, dass der Wertpapierhandel ausschließlich fremdfinanziert worden sei.

In den Erklärungen der Einkünfte von Personengesellschaften (E 6) wies die Bw. bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb Verluste in Höhe von S 1.224.323,--, (1992), S 716.319,-- (1993) und S 61.088,-- (1994) aus. Für die Zeiträume 1995 und 1996 wurden Gewinne in Höhe von S 140.585,-- (1995) und S 543.350,-- (1996) erklärt.

Das Finanzamt veranlagte die Zeiträume 1992 bis 1995 zunächst erklärungskonform und erließ vorläufige Feststellungsbescheide gemäß § 200 Abs. 1 BAO.

Im Zuge einer bei der Bw. abgeführten abgabenbehördlichen Prüfung der Aufzeichnungen stellte der Prüfer in Tz. 13 des Bp-Berichtes fest, dass aus den vorgelegten Unterlagen Wertpapiertransaktionen im nachstehenden Umfang erkennbar seien:

Jahr	Anzahl d. Käufe	Anzahl der Verkäufe	Transaktionen
1991	1	0	1
1992	35	10	45
1993	31	16	47
1994	47	35	82
1995	30	38	68
1996	4	6	10
1997	0	1	1
Summen	148	106	254

In diese Berechnung sei auch der Erwerb von auslaufenden Optionsscheinen (41 Erwerbe) eingerechnet worden. Die Finanzierung der Wertpapiere sei mittels Bankkrediten erfolgt, wobei die An- und Verkäufe über die kreditgebenden Banken (V, BA, BK) abgewickelt worden seien.

Der Prüfer führte aus, dass der Handel mit Wertpapieren gemäß § 32 BAO nur dann als gewerbliche Tätigkeit anzusehen sei, wenn dieser den Rahmen einer bloßen Vermögensverwaltung überschreite. Dies sei dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Maß überschreite, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden sei. In Zweifelsfällen sei darauf abzustellen, ob die als gewerblich angenommene Tätigkeit dem Bild entspreche, das nach der allgemeinen

Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmache. Bei der Verwaltung von Wertpapierbesitz würden ständige Vermögensumschichtungen, somit der An- und Verkauf von Wertpapieren im Wege der Einschaltung von Banken, durchaus zur privaten Vermögensverwaltung zählen. So liege es bei Wertpapieren in der Natur der Sache, schlechte Papiere mit fallendem Kurswert abzustoßen, gute zu erwerben und damit Kursgewinne zu realisieren. Ebenso sei die Anzahl der durchgeführten An- und Verkäufe mitentscheidend für die Abgrenzung zwischen einer privaten Vermögensverwaltung und einer gewerblichen Tätigkeit. So spreche die geringe Anzahl der Transaktionen – in sieben Jahren seien in Summe lediglich 254 Käufe und Verkäufe durchgeführt worden – sowie das geringe Umsatzvolumen (Einkaufswert rd. S 9 Mio., Verkaufswert rd. S 7 Mio.) gegen eine gewerbliche Tätigkeit.

Weiters habe die Betriebsprüfung festgestellt, dass sich die Tätigkeit der Gesellschaft im Wesentlichen auf die Beobachtung von Kursentwicklungen, auf Fragen der Finanzierung sowie auf die an Banken erteilten Orders, bestimmte Papiere zu bestimmten Zeitpunkten zu veräußern bzw. zu erwerben, beschränkt habe. Die Gesellschaft habe keinerlei bankentypisches Verhalten an den Tag gelegt, wie etwa An- und Verkauf von Wertpapieren im Auftrag Dritter (Vermittlungsgeschäfte). Insbesondere seien keine für Wertpapierhändler typischen und für den Betriebserfolg entscheidenden Erträge aus Verkaufsprovisionen erzielt worden. Ebenso wenig sei eine diesbezügliche Werbetätigkeit entfaltet worden. Nicht feststellbar sei auch eine mit der ausgeübten Tätigkeit verbundene umfangreiche Arbeitsintensität. Aus den dargelegten Gründen sei die Tätigkeit als bloße Vermögensverwaltung einzustufen und habe daher eine einheitliche und gesonderte Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO zu unterbleiben.

Das Finanzamt schloss sich den Ausführungen des Prüfers an und erließ hinsichtlich der Veranlagungszeiträume 1992 bis 1995 endgültige Bescheide (§ 200 Abs. 2 BAO), mit welchen festgestellt wurde, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte nach § 188 BAO für diese Zeiträume nicht erfolgt. Weiters stellte das Finanzamt mit Bescheid vom 15. September 1998 fest, dass hinsichtlich des Veranlagungszeitraumes 1996 eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte (§ 188 BAO) unterbleibt.

In der gegen diese Bescheide erhobenen Berufung brachte der steuerliche Vertreter der Bw. vor, dass der ausgeübte Wertpapierhandel sämtliche Kriterien einer gewerblichen Tätigkeit erfüllen würde. Die Grenze zur reinen Vermögensverwaltung sei überschritten worden, zumal ausschließlich mit Fremdkapital gearbeitet worden sei. Der Einsatz von Fremdkapital unter Inkaufnahme der damit verbundenen Risiken zur Ausnutzung des Hebeleffektes bei

Kaufgeschäften oder zur Durchführung eines Spannungsgeschäftes bei Geld- und Wertpapiergeschäften untermauere die Gewerblichkeit des Wertpapierhandels. Der Hauptgesellschafter Dr. F habe seinerzeit vom Verband österreichischer Banken und Bankiers eine bankwissenschaftliche Auszeichnung erhalten. Damit sei evident, dass auch eine berufliche Nahebeziehung Dris. F zum Wertpapiersektor hin bestehe. Insbesondere werde auf die von Dr. F im Rahmen seines Studiums der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Graz angestellten Studien im Bereiche der Wertpapieranalyse hingewiesen. Das Vorhandensein einer beruflichen Nahebeziehung des Hauptgesellschafter könne von Bankfachleuten, die ebenfalls gewerbliche Wertpapierhandelsbetriebe führen würden, jederzeit bestätigt werden.

Der Einsatz von Fremdkapital sowie die damit verbunden Risiken seien typische Indizien für eine gewerbliche Tätigkeit. So sei der Umfang einer auf Fruchtziehung ausgerichteten privaten Tätigkeit weit überschritten worden. Im gegenständlichen Fall seien sämtliche An- und Verkäufe von Wertpapieren, Optionen udgl. auf die Realisierung von Kursdifferenzen ausgerichtet gewesen. Ebenso habe eine Kooperation mit anderen Wertpapierhandelsbetrieben stattgefunden. Im Zuge der Tätigkeit seien laufend wechselnde Veranlagungsvolumina zur Ausnutzung bestimmter Marktlagen zum Einsatz gelangt. Zudem sei eine Geschäftsorganisation sowie eine Struktur zur effektiven Abwicklung von Geschäften vorhanden gewesen und habe es entsprechende Informationswege sowie Kontakte zu verschiedenen Wertpapierfachleuten gegeben. Ersteres werde durch den Umstand dokumentiert, dass zur raschen Realisierung von Kursdifferenzen mit den Banken vereinbart worden sei, die Auftragsabwicklung per Telefax bzw. Telefon vorzunehmen. Jene Bankinstitute, über welche die Transaktionen abgewickelt worden seien, seien somit nicht als Anlageberater, sondern vielmehr als Geschäftspartner und Schlüssel zum Markt in Erscheinung getreten. Darüber hinaus sei auch in der Gründung einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht ein Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit zu erblicken.

In der Berufung wurde weiters vorgebracht, dass die Wertpapiere bzw. Optionen stets kurzfristig wie eine Ware angeboten worden seien. Dabei sei die Bw. sowohl als Anbieterin als auch als Käuferin weltweit an den verschiedensten Börsen unter Zwischenschaltung anderer (juristischer) Personen, vornehmlich Kärntner Banken, aufgetreten. Die Banken hätten den Auftrag erhalten, zu bestimmten Preisen an bestimmten Börsen im Namen und für Rechnung der Bw. Wertpapiere, Optionen und Optionsscheine zu kaufen und zu verkaufen bzw. zum Kauf oder Verkauf anzubieten. Die Höhe des Kauf- bzw. Verkaufspreises sei jedoch von der Bw. festgesetzt worden.

Wenn die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dahingehend verlaufe, dass Gewerblichkeit ua. dann nicht vorliege, wenn der Wertpapierhändler nicht gleichsam einer Bank seine Dienste auch an Dritte anbiete, so sei daraus die Schlussfolgerung zu ziehen, dass nur Vermittler gewerbliche Händler sein können. Die Anwendung dieser Sichtweise ließe allerdings auch keinen gewerblichen Grundstückshandel zu. Hinsichtlich des gewerblichen Wertpapierhandels sei der Markt eben dergestalt, dass man in der Regel nicht ohne Zwischenschaltung einer Bank agieren könne. Wenn sich ein Händler nun eines Vermittlers bediene, so werde er dadurch nicht zu einem privaten Vermögensverwalter bzw. Nichthändler.

Ein weiteres für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit sprechendes Argument stelle die uneingeschränkte Solidarhaftung der beiden Gesellschafter dar, zumal die Übernahme einer derartigen Haftung im Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung nicht üblich sei. Vielmehr würde eine derartige Gesellschaftsform in erster Linie für eine gewerbliche Betätigung gewählt werden, um so die Bonität und die Fremdkapitalaufnahmemöglichkeit zu erhöhen. So habe auch die Minderheitsgesellschafterin I mit ihrem gesamten Privatvermögen für die Rückzahlung der in Anspruch genommenen Kredite gehaftet. Dieser Haftung sei weitaus mehr Gewicht beizumessen, als die sich durch Verlustzuweisungen ergebenden geringen steuerlichen Vorteile. Der erklärte Unternehmenszweck sei nicht das Lukrieren steuerlicher Vorteile, sondern die gewerbliche Gewinnerzielung unter Ausnutzung von Fremdkapital sowie Haftungsrisiken gewesen.

Wenn die Abgabenbehörde den Umstand, dass die betriebliche Tätigkeit nach einer bestimmten Zeit eingestellt worden sei, dahingehend auslege, dass eine Einkunftsquelle nicht existiere, so sei dies unzulässig. Die Beendigung des gewerblichen Wertpapierhandels vor Erzielung eines Gesamtgewinnes könne jedenfalls keine Begründung im Hinblick auf eine Liebhaberei aus dem Titel zeitlich begrenzter Aktivitäten sein. Liebhaberei liege im gegenständlichen Fall schon aus dem Grunde nicht vor, da eine objektive Ertragsfähigkeit von Aktiengeschäften nachgewiesen werden könne. Prinzipiell bestehe mit einer derartigen gewerblichen Tätigkeit nach wie vor langfristig die Möglichkeit der Erzielung hoher Erträge. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des gewerblichen Wertpapierhandels nicht nur auf der Umsatz-, sondern auch auf der Kostenebene versucht worden sei, einen höchstmöglichen Ertrag zu erzielen. So sei die Fremdkapitalaufnahme auch in ausländischen Währungen, wie Franken und Yen, erfolgt. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Wertpapierhandels mit risikoreichen Wertpapieren agiert worden sei und nicht etwa mit weniger risikobehafteten Anleihen. Da eine gewerbliche

Wertpapierhandelstätigkeit gegeben sei, seien jedenfalls die Anfangsverluste der ersten Jahre im Sinne der Bestimmungen der Liebhabereiverordnung anzuerkennen.

Unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.9.1996, Zln. 94/15/0064,0065, argumentierte der steuerliche Vertreter der Bw., dass das alleinige Auftreten von Verlusten für sich alleine nicht ausreiche, um das Fehlen eines Gewinnstrebens und damit das Fehlen einer Einkunftsquelle annehmen zu können. Darüber hinaus liege eine so genannte Beteiligungsliebhaberei, wie sie etwa dem VwGH-Erkenntnis vom 21.3.1996, Zl. 94/15/0025, zu Grund liege, nicht vor, zumal die Gesellschafter ein Unternehmerrisiko getragen hätten und auch an den stillen Reserven bzw. Firmenwert beteiligt gewesen seien. Eine Liebhaberei könne auch deshalb nicht angenommen werden, da auf Grund der konkreten Art der Wirtschaftsführung eine objektive Ertragsfähigkeit vorgelegen sei. Ebenso dürfe die Einstellung einer Tätigkeit innerhalb eines abgeschlossenen Beobachtungszeitraumes laut Aussagen des Bundesministeriums für Finanzen zu keiner automatischen Aberkennung von Anlaufverlusten führen. Was die Beurteilung abgeschlossener Zeiträume anlange, so sei erwähnt, dass bei Auftreten erwarteter Umstände und Unabwendbarkeiten, die ein Ausbleiben des Gesamterfolges herbeiführen, die entstandenen Verluste für sich allein der Qualifizierung einer Betätigung als Einkunftsquelle nicht entgegenstünden.

Da ein gänzlicher oder teilweiser Ausschluss von stillen Reserven nicht gegeben sei, erscheine auch die Mitunternehmerstellung als gesichert. Im Hinblick auf die Beurteilung der Gewerblichkeit sei es geboten, neben der Anzahl der Transaktionen und der Zahl der Nichtdurchführung von Kauf- und Verkaufsaufträgen, auch das mit dieser Tätigkeit verbundene Risiko ins Kalkül zu ziehen. So sei das Schwanken von Wertpapierbeständen und – damit zusammenhängend – das Schwanken von Fremdkapitalständen sowie die laufende Veränderung der Fremdkapitalstruktur (Wechsel der Währungen) ein typisches Erscheinungsbild gewerblichen Handelns.

Mit Eingabe vom 4. November 1998 brachte die Bw. ergänzend vor, dass bereits im eingereichten Betriebseröffnungsbogen die wesentlichen Punkte des mündlich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages zusammengefasst worden seien. Damit seien die Vertragsbestimmungen auch in schriftlicher Form dokumentiert worden. Der vom Finanzamt vertretenen Argumentationslinie, die Inanspruchnahme von Banken im Hinblick auf die Suche nach potentiellen Aktienkäufern bzw. -verkäufern sei als ein gegen die Gewerblichkeit sprechendes Indiz zu qualifizieren, könne nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass im gegenständlichen Fall ausschließlich Geschäfte auf eigene Rechnung und nicht – wie bei

Banken üblich – vorwiegend für Dritte getätigt worden seien, erweise sich bei der steuerrechtlichen Beurteilung als unschädlich. So würden auch Banken ihren Wertpapierhandel im Nostro-Bereich auf eigene Rechnung und nicht für Dritte betreiben.

Auch seien die Wertpapiere über die Vermittlerbanken im Wege der Börse einer breiten Öffentlichkeit angeboten worden. Gewerbsmäßiger Wertpapierhandel an der Börse könne demnach auch über Kommissionäre betrieben werden, ohne dass der Kommittent nach außen in Erscheinung trete, respektive an der Börse genannt werde. So habe der deutsche Bundesfinanzhof in seinem Urteil vom 31. Juli 1990 ausgeführt, dass ein Investor, der durch eine Bank An- und Verkaufsaufträge durchführe, am Güteraustausch und folglich auch am allgemeinen Verkehr teilnehmen würde. Der BFH habe in besagtem Erkenntnis auch erkannt, dass ein Steuerpflichtiger, der eine Bank beauftrage, festverzinsliche Wertpapiere mit kurzer Laufzeit zu erwerben und gewinnbringend wieder zu veräußern und dabei innerhalb eines Monats etwa elf Transaktionen durchführe, eine gewerbliche Tätigkeit ausübe. So würden bereits zehn An- und Verkaufsgeschäfte mit festverzinslichen Wertpapieren eine Mehrzahl von Handlungen bilden, welche von einer – wenn auch zeitlich begrenzten – Wiederholungsabsicht getragen seien.

Bei der rechtlichen Beurteilung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes habe das Finanzamt es unterlassen, eine nach Risikoklassen bzw. Ertragschancen differenzierte, gewichtete Betrachtung der Wertpapierkäufe bzw. -verkäufe vorzunehmen. Zudem sei die berufliche Nahebeziehung des Hauptgesellschafters Dr. F, welcher bereits als Berufsanwärter Klienten seines damaligen Arbeitgebers Dr. W (Wirtschaftstreuhandkanzlei) hinsichtlich Aktienkäufe und -verkäufe beraten habe, außer Acht gelassen worden. So habe Dr. W allein auf Grund dieser von Dr. F erbrachten Dienstleistung dem Klienten eine Honorarnote von rd. S 20.000,-- gesondert in Rechnung stellen können.

Bei der Ermittlung der Gesamtzahl der Transaktionen seien auch jene Order in die Betrachtung miteinzubeziehen, die zu keinen unmittelbaren Käufen bzw. Verkäufen geführt hätten. Das Finanzamt habe somit nicht nur die Nichtausführung von Orders in keiner Weise berücksichtigt, sondern überdies auch unterlassen, die Notwendigkeit der laufenden Präsenz an der Börse entsprechend zu würdigen. Indessen sei unterstellt worden, dass ausschließlich an jenen Tagen, an welchen laut Abrechnung gekauft oder verkauft wurde, eine Tätigkeit entfaltet worden sei. Unberechtigt sei auch die Argumentation der Abgabenbehörde dahingehend, dass sich im Betriebseröffnungsjahr nur eine geringe Geschäftstätigkeit ergeben habe, zumal diese Feststellung auf den Zeitpunkt der Betriebseröffnung nicht Bedacht nehme.

Das Bundesministerium für Finanzen habe im Wege eines Erlasses (Anm.: Offensichtlich wird auf die unter der Geschäftszahl H 1860/13/1-IV/6/91 veröffentlichte Rechtsmeinung des BMF vom 12. April 1991, abgedruckt in ARD 4272/18/91, Bezug genommen) festgestellt, dass der planmäßige fremdfinanzierte Wertpapierhandel als Gewerbebetrieb einzustufen sei. Darüber hinaus habe der VwGH in seinem bereits am 26. Juni 1953 ergangenen Erkenntnis, Zl. 1862/52, entschieden, dass die wiederholte, auf die Schaffung einer dauernden Erwerbsquelle durch Ausnutzung von Kursschwankungen gerichtete An- und Verkaufstätigkeit von Wertpapieren, nämlich insbesondere dann, wenn sie nicht auf die nutzbringende Verwertung eigenen Vermögens beschränkt sei, sondern in erheblichem Umfang mit Hilfe von Bankkrediten durchgeführt werde, einen Gewerbebetrieb darstelle.

Ein weiteres Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit stelle die kurzfristige Behaltdauer der Wertpapiere dar. Händlertypisch sei somit der Umstand, dass Wertpapiere in der Regel vor Ablauf eines Jahres ab Anschaffung veräußert worden seien. Neben der Tatsache des Nichtvorhandenseins einer Bankkonzession bzw. einer Maklerberechtigung seien auch ökonomische Aspekte letztendlich dafür ausschlaggebend gewesen, dass sie (Bw.) nicht selbst an der Börse agiert habe. Festzuhalten sei, dass die ausgeübte Tätigkeit deutlich jenes Maß überschritten habe, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden sei. Abgesehen davon, sei es unzulässig von der Verwaltung eigenen Vermögens zu sprechen, wenn Wertpapiereinkäufe mit Fremdkapital und nicht mit eigenem Vermögen getätigt werden.

In der Replik vom 2. Juni 1999 führte das Finanzamt aus, die Nichtfeststellung der Einkünfte sei wegen der fehlenden unternehmerischen Betätigung vorgenommen worden. Die seitens der Bw. vorgebrachten Einwendungen in Bezug auf eine Liebhaberei würden damit ins Leere gehen. Der hinsichtlich der fachlichen Qualifikation Dris. F am Wertpapiersektor geführten Argumentation sei entgegenzuhalten, dass sich dessen vom Bankenverband mit dem Walther-Kastner-Preis ausgezeichnete Dissertation mit dem Thema "Einfluss der Besteuerung auf Investitionskosten und Investitionsfinanzierung" auseinander setze und offensichtlich nicht mit dem Aktienhandel im Speziellen. Weiters werde in dem vom ehemaligen Arbeitgeber Dr. W ausgestellten Dienstzeugnis die Anlageberatung als eine von vielen Tätigkeiten des Dr. F angeführt.

Im Übrigen sei der vorliegende Sachverhalt kongruent mit dem, der dem verwaltungsgerichtlichen Erkenntnis vom 29. Juli 1997, Zl. 96/14/0115, zu Grunde liege. In diesem Erkenntnis habe der Gerichtshof eine Anzahl von jährlich ca. 30 Wertpapiertransaktionen als nicht ausreichend für die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit

angesehen. Unzulässig sei, aus besagtem Erkenntnis den Umkehrschluss zu ziehen und eine geringfügig darüber hinaus gehende Anzahl von Transaktionen aus diesem Grunde bereits als gewerbliche Tätigkeit einzustufen.

Mit Eingabe vom 2. September 1999 replizierte die Bw., dass auch Wertpapiere Wirtschaftsgüter seien, die investiert und finanziert werden können, womit sich eine Beschäftigung mit Investitionskosten und Investitionsfinanzierungen auch auf den Aktienhandel im Speziellen übertragen lasse. Der Umstand, dass die Beratung in Wertpapierangelegenheiten von Klienten der Kanzlei Dris. W eine der vielen Tätigkeiten des Dr. F gewesen sei, vermöge letztendlich dessen fachliche Qualifikation auf diesem Sektor nicht zu schmälern. Seitens der Betriebsprüfung sei auch zugegeben worden, dass im gegenständlichen Fall keineswegs nur Zukäufe am Jahresende, sondern während des gesamten Jahres erfolgt seien. Die Anzahl der Transaktionen in Verbindung mit dem bankspezifischen Know-how des Hauptgesellschafters Dr. F führe jedenfalls zur Gewerblichkeit. Wenn seitens der Betriebsprüfung angenommen werde, dass nur die tatsächlichen An- und Verkäufe und nicht die erfolglosen Kauf- und Verkaufsversuche und die ständige aktive Präsenz an den Börsen für den Umfang und das Risiko der Tätigkeit ausschlaggebend seien, so könne dem nicht zugestimmt werden.

Mit Eingabe vom 4. Oktober 1999 wiederholte die Bw. im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend wurde nochmals klargestellt, dass sich ihr Tätigkeitsfeld ausschließlich auf den Nostro-Bereich erstreckt habe. Unstrittig sei, dass auch die von Banken erzielten Verluste aus Nostro-Geschäften als steuerwirksamer Aufwand zu werten seien. Einkünfte aus Gewerbebetrieb seien nämlich nicht nur aus dem Titel einer gewerblichen Vermittlung, oder einer Kombination zwischen gewerblicher Vermittlung von Wertpapiergeschäften einerseits und Eigenhandel mit Wertpapieren andererseits, denkbar, sondern auch aus dem Titel alleiniger gewerblicher Handelsgeschäfte ohne den Geschäftsbereich der gewerblichen Vermittlung. So müssten etwa gewerbliche Grundstückshändler bzw. Textilhändler niemals zusätzlich ihre Dienste auch Dritten als Vermittler anbieten, um deren Einkünfte zu gewerblichen Einkünften zu machen. Ebenso sei es für eine Wertpapierhandelsgesellschaft nach bürgerlichem Recht nicht erforderlich, dass neben dem Nostro-Handel zusätzlich Dienste als Wertpapiervermittler angeboten werden, um die erzielten Einkünfte als gewerbliche Einkünfte subsumieren zu können.

Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Im Zuge des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens gab der steuerliche Vertreter der Bw. in der Vorhaltsbeantwortung vom 3. Oktober 2003 an, dass die Bw. lediglich bis zum Jahre 1996 tätig gewesen sei. Zur bankwissenschaftlichen Qualifikation Dris. F wurde ergänzend ausgeführt, dass dieser im Rahmen seines Studiums der Betriebswirtschaftslehre auch bankenwissenschaftliche Seminare bei den Univ.-Prof. Dr. Uh und Dr. Sw absolviert habe. Dies könne auch durch Dr. Ko, einen ehemaligen nunmehr im Bankenbereich tätigen Kommilitonen Dris. F, bestätigt werden.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2003 wiederholte die Bw. im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und führte ergänzend aus, dass bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes insbesondere auf den Umstand Bedacht zu nehmen sei, dass sie mit äußerst riskanten Wertpapieren gehandelt habe, für deren Handling ein professionelles Können Voraussetzung sei. Dass trotz der vorhandenen Professionalität aus der Tätigkeit Verluste entstanden seien, sei einerseits auf die allgemeine schlechte Börsenlage in diesen Zeiträumen, andererseits auf aufgetretene Insolvenzen von Immobiliengesellschaften (Re) und Banken (Rö), deren Aktien in der Folge wertlos geworden seien, zurückzuführen. Dass man mit dem Handel von Wertpapieren objektiv auf lange Sicht durchaus sehr gute Gewinne erzielen könne, zeige der TGGF, der seit 1954 bis Ende August 2003 eine jährliche Performance von durchschnittlich 11,50% pa. erzielt habe. In der Anlage übermittelte die Bw. ein Konvolut von Unterlagen, welche ihr Berufungsvorbringen untermauern sollten. Insbesondere wurde eine Aufstellung aller Tansaktionen in den Jahren 1991 bis 1997 vorgelegt, welche – unter Einschluss der ausgelaufenen Optionsscheine sowie der nicht verkauften Papiere – eine Gesamtzahl von 297 ausweist.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 23 Z 1 EStG 1988 gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb die Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine derartige Tätigkeit erst dann als gewerblich einzustufen, wenn sie den Rahmen einer Vermögensverwaltung überschreitet (VwGH 22.3.1991, 90/13/0256). Dies ist dann der Fall, wenn durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist (vgl. Göth, ecolex 1992, 440). In Zweifelsfällen

ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht.

Fest steht, dass die Bw. sich für den An- und Verkauf von Wertpapieren der Banken als Kommissionäre bediente. Bei dieser Art der Kaufabwicklung konnte die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt entfaltet werden. Ein derartiger Umstand deutet daher für sich nicht auf einen Gewerbebetrieb. Bei einer derartigen Konstellation müssten andere gewichtige Umstände vorliegen, die für die Gewerblichkeit sprechen, um die Tätigkeit als gewerblich qualifizieren zu können (VwGH 29.7.1997, 96/14/0115).

Zu diesen Kriterien zählt die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes den Umstand, dass Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden (vgl. Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, § 23 Tz 16 EStG 1988). Die Bw. ist aber nicht für Rechnung Dritter aufgetreten und hat auch nicht Dritten gegenüber Händlerdienste angeboten. Die von der Bw. diesbezüglich ins Treffen geführte Argumentation, dass ausschließlich Nostro-Geschäfte durchgeführt worden seien, erweist sich in Ansehung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur als nicht geeignet, um eine Gewerblichkeit zu begründen (VwGH, aaO).

Ein weiteres Abgrenzungskriterium zwischen gewerblicher Tätigkeit und Vermögensverwaltung stellt die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe dar (vgl. Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch, § 23 Tz 14.1 und 14.3). Im gegenständlichen Fall wurden in den berufsverfangenen Zeiträumen jährlich durchschnittlich 50 Transaktionen durchgeführt. Unter Einschluss der verfallenen bzw. ausgelaufenen Optionsscheine erhöht sich dieser Wert auf 58. Diese Anzahl reicht – gemessen am Maßstab der Verkehrsauffassung – nicht aus, um eine gewerbliche Tätigkeit zu implizieren.

Ebenso wenig spricht die Höhe der Zu- und Verkäufe für eine gewerbliche Betätigung. Aus den vorliegenden Verwaltungsakten ist zu entnehmen, dass in den Streitzeiträumen 1993 bis 1996 nachstehend angeführte Erlöse aus Wertpapierverkäufen erzielt werden konnten: S 1,358.722,81 (1993), S 3,219.326,66 (1994), S 1,921.668,99 (1995), S 541.246,36 (1996). Dem gegenüber erfolgten Zukäufe in Höhe von S 1,928.502,56 (1993), S 3,028.484,28 (1994), S 1,618.982,78 (1995) und S 52.037,20 (1996).

Zum Vorwurf, das Finanzamt habe die ständige Präsenz der Bw. an der Börse bei ihrer rechtlichen Beurteilung nicht ins Kalkül gezogen, ist auszuführen, dass ein laufendes Beobachten der sich im Depot befindlichen Aktien und sonstigen Wertpapiere kein

ausschlaggebendes Kriterium für eine gewerbliche Betätigung darstellt. Auch nicht gewerblich tätige Wertpapierbesitzer bzw. Händler kommen bei sachgemäßer Depotführung – insbesondere bei Halten von risikoreicheren Einzeltiteln – nicht umhin, ihren Wertpapierbestand laufend zu kontrollieren, die Entwicklung des Marktes zu beobachten, die Marktchancen auszuloten und in Wahrung der sich bietenden Chancen entsprechende Dispositionen (Zukäufe, Verkäufe) zu treffen. Bei Wertpapieren liegt es eben in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren (vgl. Djanani/Kapferer, SWK 1991 AI 314).

Wenn die Bw. zur Thematik der beruflichen Nahebeziehung – eine solche stellt zweifelsohne ein gewichtiges Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit dar – vorbringt, dass die von Dr. F abgefasste mit dem Walther-Kastner-Bankenpreis ausgezeichnete Dissertation sich ua. auch mit dem Wertpapiergeschäft befasse, so reicht dies nicht aus, um schon eine berufliche Nahebeziehung zum Wertpapierhandel zu begründen. Fakt ist, dass Dr. F im Berufszeitraum hauptberuflich als Steuer- und Unternehmensberater tätig gewesen ist, und aus dieser Tätigkeit heraus keine banktypischen Geschäfte ausgeübt hat. Demzufolge erweist sich auch der Einwand der Bw., dass Dr. F bereits als Berufsanwärter Klienten seines damaligen Arbeitgebers in Wertpapierangelegenheiten beraten habe, als nicht ausreichend, die erforderliche berufliche Nahebeziehung herzustellen, zumal es weder dem Berufsfeld eines Steuerberaters noch dem eines Unternehmensberaters entspricht, Klienten in Sachen Wertpapierdispositionen eingehend zu informieren. Derartiges lässt sich weder aus den einschlägigen Bestimmungen der für die streitverfangenen Zeiträume geltenden Wirtschaftstreuhänder-Berufsordnung (WT-BO) noch aus den das Gewerbe des Unternehmens- bzw. Betriebsberaters regelnden Normen bzw. Reglementierungen entnehmen (vgl. diesbezüglich etwa die Verordnung des BM für Handel, Gewerbe und Industrie vom 22.5.1978, BGBl. Nr. 254/1978, über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Betriebsberater, oder die vom Fachverband für Unternehmensberatung und Informationstechnologie herausgegebene Beschreibung des Berufsbildes des Unternehmensberaters, 2003).

Dass bei einem Wirtschaftstreuhänder bzw. Unternehmensberater derartige Beratungsgespräche im Zuge der Leistungserbringung an Klienten fallweise anfallen können, mag durchaus zutreffen, ist jedoch eine solche Tätigkeit sowohl in Bezug auf ihre Intensität als auch hinsichtlich ihres Umfanges nicht mit der eines hauptberuflichen Wertpapiermaklers bzw. eines im Bankenbereich Tätigen vergleichbar. Wenn die Bw. auf das verwaltungsgerichtliche Erkenntnis vom 26. Juni 1953, Zl. 1862/52, Bezug nimmt, so

übersieht sie dabei, dass dieses einen Beschwerdeführer betrifft, der jährlich Hunderte An- und Verkäufe von Wertpapieren durchgeführt hat und überdies hauptberuflich als Wertpapiermakler tätig gewesen ist. Eine derartige Sachverhaltskonstellation trifft im gegenständlichen Fall nicht zu. Die von der Bw. ins Treffen geführte berufliche Nahebeziehung ihres Hauptgesellschafters erweist sich als zu lose, um bereits einen unmittelbaren Konnex zwischen dem Wertpapierhandel und der Tätigkeit als Steuer- und Unternehmensberater annehmen zu können.

Dessen ungeachtet wird die hochgradige Qualifikation des Hauptgesellschafters Dr. F in Wertpapierangelegenheiten keinesfalls in Zweifel gezogen bzw. in Abrede gestellt. Dass Dr. F umfangreiche und fundierte Kenntnisse auf diesem Sektor aufweist, ist einerseits aus dem Umstand, dass sich dieser bereits zu Studienzeiten in dieses Gebiet vertieft hat, andererseits aus der umfassenden Diversifikation der zugekauften risikoreichen Titel zu ersehen. Es erübrigt sich daher, auf die in diesem Zusammenhang von der Bw. vorgebrachten Beweismittelanbote einzugehen.

Beizupflichten ist der Bw., dass die erfolgte Fremdfinanzierung der angeschafften Wertpapiere sowie deren relativ kurze Behaltedauer gewichtige Indizien für eine Gewerblichkeit darstellen. Indessen kann der Umstand, dass eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht gegründet wurde, welche marktpäsent war, als kein zwingendes Indiz für eine Gewerblichkeit angesehen werden. Ebenso wenig stellt das Vorliegen einer unbeschränkten Haftung gegenüber Banken ein typisches Merkmal der Gewerblichkeit dar.

Entscheidungswesentlich bei der Beurteilung des gegenständlichen Falles ist das sich bietende Gesamtbild der Verhältnisse, und zwar unter Zugrundelegung des Maßstabes der Verkehrsauffassung. Dieses Kalkül ergibt, dass jenen Kriterien, die gegen die Annahme einer gewerblichen Tätigkeit sprechen (keine Ein- und Verkäufe für Dritte, durchschnittliche Transaktionsdichte von – unter Berücksichtigungen der verfallenen bzw. auslaufenden Optionen – ca. 58 pa., keine unmittelbare berufliche Nahebeziehung), mehr an Gewicht zukommt als jenen, die eine gewerbliche Tätigkeit (Fremdfinanzierung der Ankäufe, kurze Behaltedauer) indizieren.

Doch selbst die (fiktive Annahme) einer Gewerblichkeit würde im Ergebnis zu keiner Abänderung der angefochtenen Bescheide, respektive zu einer Anerkennung der Verluste führen. Dies aus folgenden Gründen:

Seit dem Abgabenänderungsgesetz 1989, BGBl. Nr. 660, sind gemäß § 2 Abs. 2 EStG 1988 "Verluste aus Betrieben, deren Unternehmensschwerpunkt im Verwalten unkörperlicher

Wirtschaftsgüter gelegen ist, ... weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs. 6 und 7 vortragsfähig. Solche Verluste sind mit Gewinnen (Gewinnanteilen) frühestmöglich zu verrechnen" (Satz 2 und 3; die Neufassung des zweiten Satzes durch das Strukturanpassungsgesetz 1996 fügte dem Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter noch die hier nicht einschlägige gewerbliche Vermietung von Wirtschaftsgütern hinzu). Die Bestimmung spricht von der Verwaltung unkörperlicher Wirtschaftsgüter als Unternehmensschwerpunkt, hat also die Verwaltung solchen Vermögens gerade in der Form eines Gewerbebetriebes im Auge. Das Verlustausgleichsverbot gilt auch für Unternehmensverluste für Mitunternehmerschaften, sodass Verlustanteile der Gesellschafter nicht ausgleichsfähig sind (vgl. Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch § 2 Tz 56). In der zu § 2 Abs. 2 EStG 1988 erlassenen Verordnung des Bundesministers für Finanzen, BGBl. Nr. 734/1996, wird festgelegt: "Als Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter ist sowohl die Verwaltung von Anlagevermögen als auch die Verwaltung von Umlaufvermögen zu verstehen. Darunter fällt insbesondere auch der gewerbliche Handel mit unkörperlichen Wirtschaftsgütern."

Die in dieser Verordnung dargelegte Rechtsansicht trifft nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.5.2002, 99/15/0119) auf **alle Zeiträume im Geltungsbereich des Abgabenänderungsgesetz 1989, BGBl. Nr. 660**, somit auch für Zeiträume **vor** Inkrafttreten der obzitierten Verordnung zu. Mit der genannten Verordnung sei lediglich **klargestellt** worden, dass auch Verluste aus der – schwerpunktmäßigen – Verwaltung von unkörperlichen Umlaufvermögen unter dieses Verlustausgleichsverbot des § 2 Abs. 2 idF BGBl. Nr. 660/1989 fallen (VwGH 22.5.2002, 99/15/0119; Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, § 2 Anm. 8a).

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 2.10.1998, Zl. B 553/98, die genannte Verordnung als gesetzeskonform beurteilt. Der VfGH führte in seinen Entscheidungsgründen dazu aus, dass, unter Bedachtnahme auf den verfassungsrechtlich unbedenklichen Zweck des Gesetzes, nämlich zu vermeiden, dass Vermögensverwaltung durch die Schaffung eines betrieblichen Rahmens zur Herbeiführung steuerlich verwertbarer Verluste verwendet werde, sich der Handel mit unkörperlichen Wirtschaftsgütern von einer gewerblich betriebenen Vermögensverwaltung, die immer auch Handel mitumfasse, nicht unterscheiden lasse.

Diese Ausführungen lassen erkennen, dass ein gewerblicher Wertpapierhandel seit dem Inkrafttreten des Abgabenänderungsgesetz 1989, BGBl. Nr. 660/1989, unter das Verlustabzugsverbot des § 2 Abs. 2 leg.cit. fällt. Daher wäre selbst dann, wenn die

Indizienlage eine gewerbliche Tätigkeit der Bw. erkennen ließe, dem Berufungsbegehren kein Erfolg beschieden.

Aus den genannten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt, 9. Oktober 2003