



Außenstelle Wien  
Senat 9

---

UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

GZ. RV-1754-W/03

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand GmbH, WP und StB GmbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk betreffend Feststellung von Einkünften für das Kalenderjahr 2001, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die getroffenen Feststellungen sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe sowie der beiliegenden Liste zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **Hinweis**

Diese Berufungsentscheidung wirkt gegenüber allen Beteiligten, denen gemeinschaftliche Einkünfte zufließen (§§ 191 Abs. 3 lit. b BAO). Mit der Zustellung dieser Bescheidausfertigung an eine nach § 81 BAO vertretungsbefugte Person gilt die Zustellung an alle am Gegenstand der Feststellung Beteiligten als vollzogen (§ 101 Abs. 3 BAO).

### **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**

Die Bw, eine atypisch stille Gesellschaft, erklärte für das Jahr 2001 negative Einkünfte von Personengesellschaften iHv € 5.119.406,17. Mitunternehmer der Bw waren die A-AG und die T-GmbH. Vom Finanzamt wurden die Einkünfte der Bw

gemäß § 188 BAO einheitlich und gesondert festgestellt. Die Einkünfte wurden mit € - 5.066.097,83 auf die T-GmbH und mit € - 53.308,36 auf die A-AG verteilt.

Gegen diesen Feststellungsbescheid wurde von der Bw Berufung erhoben. Diese wurde damit begründet, dass die T-GmbH nur als Treuhänder für die atypisch stillen Gesellschafter agiert habe. Der Zusammenschluss (iS des Umgründungssteuergesetzes) der A-AG mit der T-GmbH sei beim Finanzamt angezeigt worden und auch sei auf das bestehende Treuhandverhältnis hingewiesen worden. Die T-GmbH habe selbst nur eine Einlage iHv € 100,-- geleistet. Es sei in der Steuererklärung nur die T-GmbH als atypisch Stiller eingetragen worden, da zum Zeitpunkt der Abgabe der Steuererklärung noch keine Liste der atypisch stillen Gesellschafter verfügbar gewesen sei.

Die Liste der atypisch stillen Gesellschafter wurde dem Finanzamt mit dem Berufungsschreiben übermittelt.

Vom Finanzamt wurde ein Ersuchen um Ergänzung gestellt. Es seien zur Beurteilung der Frage, ob Verluste aus Verlustbeteiligungen iS des § 2 Abs 2a EStG vorliegen, die Unterlagen über die Bewerbung des Beteiligungsmodells und die allgemeinen Bedingungen der Beteiligung zu übermitteln.

Von der Bw wurden daraufhin in Ergänzung zur Berufung das Emissionsprospekt, der unterfertigte Gesellschaftsvertrag und der Treuhand- und Verwaltungsvertrag sowie der Gesellschaftsvertrag und der Treuhand- und Verwaltungsvertrag aus dem Prospekt übermittelt.

Nach Aufforderung durch das Finanzamt wurden von der Bw die Planrechnung und die Renditevergleiche übermittelt.

Die Bw wurde um die Beantwortung weiterer Fragen gebeten: Wieso der Verlust für 2001 beim Renditevergleich erst 2002 eingeordnet worden sei, wo 2001 ein Rumpfwirtschaftsjahr

gewesen sei. Es erscheine im Hinblick auf das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip äußerst fragwürdig, dass im ersten Rumpfwirtschaftsjahr ein Verlust von mehr als 200% der Einlagensumme gegeben sei, im dritten Wirtschaftsjahr ein Gewinn von rd 3 Mio € und im vierten Wirtschaftsjahr ein Gewinn von rd 12 Mio € geplant sei.

In Beantwortung dieser Fragen wurde von der Bw ausgeführt, dass der Zeitpunkt des erstmaligen Zu- und Abfließens von Einkommensteuer in den Planungsrechnungen ein Jahr nach dem Ankauf der Beteiligung angesetzt worden sei, wie dies auch in den EStRL 2000 im entsprechenden Beispiel vorgenommen würde. Dies sei auch notwendig, um dem Begriff Rendite gerecht zu werden, weil Zahlungen nach ihrem tatsächlichen bzw wahrscheinlichen Zeitpunkt zu berücksichtigen seien. Dieser Zeitpunkt sei bei Steuerzahlungen aller Erfahrung nach ungefähr ein Jahr nach dem Bilanzierungszeitpunkt. Weiters sei in jeder fundierten Planungsrechnung mit Anlaufverlusten zu rechnen, deren Auswirkungen sich auf die ersten Jahre des Planungshorizontes erstreckten. Nach der Etablierung des Unternehmens nach zwei bis drei Jahren seien gravierende Ertragssteigerungen durchaus möglich. Im Fall der Bw habe sich eine Ertragssteigerung ergeben, die auch bei der Bewertung der A-AG im Zuge des Zusammenschlusses als realistisch erachtet worden sei. Deswegen sei auch steuerlich und betriebswirtschaftlich eine Maßnahme zur Vermeidung der Verschiebung der stillen Reserven im atypisch stillen Gesellschaftsvertrag gesetzt worden. Ergänzend wurde von der Bw eine weitere Variante der Prognoserechnung, welche als "worst-case" betrachtet werden könne, übermittelt. Diese stütze die Argumentation der Bw bezüglich der Nicht-Anwendbarkeit des § 2 (2a) auf die Beteiligung an der A-AG. Selbst bei dem Szenario der Berücksichtigung der tatsächlichen Verluste des Jahres 2001 und unter Außerachtlassung aller möglicher Gewinne der folgenden Jahre würde die Rendite nach Steuer nicht das Doppelte der Rendite unter Anwendung des § 2 (2a) betragen und würde beinahe gleichauf mit der Rendite vor Steuer liegen. Es würde der Berechnungsmethode des Erlasses gefolgt werden und zwar hinsichtlich des Grenzsteuersatzes, der zeitlichen Verteilung der steuerlichen Effekte, des Prognosezeitraumes, der Finanzierung aus Eigenmitteln und durch die Annahme des höchstmöglichen Abschichtungsbetrages.

Die Grundlage für die Investitionsentscheidung der Anleger hätten die ursprünglichen Planungsdaten gebildet. Dies könne auch durch diverse Zeugenaussagen bestätigt werden. Die daraus ableitbaren Ergebnisse seien von der Anwendbarkeit des § 2 (2a) weit entfernt.

Vom Finanzamt wurde daraufhin eine Berufungsvorentscheidung erlassen. Die Einkünfte von € - 5.186.881,17 für das Jahr 2001 wurden vorläufig als nicht ausgleichsfähige innerbetriebliche Verluste iS § 2 Abs 2a EStG qualifiziert.

Von der Bw wurde ein Vorlageantrag gestellt. Dieser wurde im Wesentlichen wie folgt begründet. Ende 2001 hätten sich über die T-GmbH als Treuhänder zahlreiche atypisch stille

Gesellschafter mit einer Gesamteinlage von € 2.535.100,-- an der A-AG beteiligt. Hauptgegenstand der A-AG sei die Entwicklung von Access Point Geräten, sowie die Produktion, der Vertrieb und der Handel dieser Geräte. Betriebswirtschaftliche Grundlage für diese Beteiligung sei eine Prognoserechnung des Unternehmens gewesen. Aus dieser habe sich infolge der zukünftig zu erwartenden Gewinne ein hoher Ertragswert des Unternehmens ergeben. Im Hinblick auf den Verkehrswert des Unternehmens sei einerseits aus betriebswirtschaftlicher Sicht dafür Vorsorge zu treffen gewesen, dass die atypisch stillen Gesellschafter für ihre Einlage einen verkehrswertäquivalenten Anteil am Unternehmen erhielten und andererseits sei aus umgründungssteuerlicher Sicht Vorsorge zu treffen gewesen, dass die stillen Reserven nicht verschoben würden.

In den Verträgen sei diesen Punkten dadurch Rechnung getragen worden, dass ein sogenannter Vorbehaltszusammenschluss vereinbart worden sei. Die stillen Reserven, die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorhanden gewesen seien, seien der A-AG vorbehalten worden. Im Vertrag sei ein Höchstbetrag von € 9.500.000,-- vereinbart worden, welcher im Falle des Ausscheidens eines atypisch stillen Gesellschafters vom Wert der Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens in Abzug zu bringen sei. Erst am verbleibenden Differenzbetrag sei der atypisch Stille anteilig beteiligt. Weiteres sei im atypisch stillen Gesellschaftsvertrag eine Höchstabschichtung iHv 170% und eine Mindestabschichtung iHv 90% vereinbart worden.

Die von den Vertragsparteien allgemein für realistisch erachtete Prognoserechnung sei jedoch bereits im Jahr 2001 verfehlt worden. (Dass ein geringerer Verlust erwartet worden sei, könne durch Zeugen und Korrespondenz nachgewiesen werden). Auch in weiterer Folge hätten die Umsätze der A-AG nicht der Prognoserechnung entsprochen, dies deswegen, weil sich einerseits das wirtschaftliche Umfeld verschlechtert habe und sich andererseits ein Großauftrag mit einem Kunden verzögert habe. Ende 2002 bzw Anfang 2003 habe ein Insolvenzverfahren gedroht, welches durch den Abschluss des Großauftrages und den gleichzeitigen Zufluss von liquiden Mitteln abgewendet habe werden können.

Dem Finanzamt seien zwei Renditeberechnungen geschickt worden aus denen klar ersichtlich sei, dass das Verlustausgleichsverbot des § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar sei.

Zweck des § 2 Abs 2a EStG sei es, Verluste aus Beteiligungen, bei denen in erster Linie eine Erzielung von steuerlichen Vorteilen im Vordergrund stünde, einem Verlustausgleichsverbot zu unterwerfen. Ob eine Beteiligung vorliege, bei der die Erzielung von steuerlichen Vorteilen im Vordergrund stehe, sei aus dem Blickwinkel des Zeitpunktes des Eingehens der Beteiligung zu beurteilen. Es sei nur zu diesem und auf diesen Zeitpunkt eine Renditeberechnung für die geplante Investition in eine Beteiligung überhaupt möglich.

Die Finanzverwaltung habe ex ante zu überprüfen, ob die Prognoserechnung realistisch gewesen sei oder nicht. Falls das Finanzamt auf Grundlage dieser ex ante Prüfung zur Überzeugung gelangt sei, die Prognoserechnung sei in gewissen Punkten zu adaptieren, so müssten diese Änderungen der Prognoserechnung auch durchgeführt werden und dann tatsächlich für die Renditeberechnung herangezogen werden. Dies sei im Ermittlungsverfahren nicht durchgeführt worden. Die Prognoserechnung sei vielmehr nur ex post gewürdigt worden. Es sei auch unterlassen worden, auf der Grundlage der Bewertungen der Prognoserechnung durch das Finanzamt zu errechnen, ob die Rendite nach Steuern mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betrage. Aus der Ausführung, dass weiterhin entsprechende Verluste anfallen würden ergäbe sich nämlich nicht zwingend, dass § 2 Abs 2a EStG anzuwenden sei.

Auch aus dem Umstand, dass die Veranlagung vom Finanzamt gem § 200 BAO vorläufig vorgenommen wurde, sei ersichtlich, dass eine ex ante Prüfung vorzunehmen sei. Andernfalls würde sich immer die Möglichkeit ergeben, einen Verlust aus einer Beteiligung vorläufig nicht zum Verlustausgleich zuzulassen. Wenn dann die Gewinne tatsächlich einträten, wäre das Finanzamt plötzlich überzeugt, dass § 2 Abs 2a EStG doch nicht anwendbar sei und würde den Verlustausgleich zulassen. Diese Vorgangsweise hätte das Ergebnis, dass trotz Nichtanwendbarkeit des § 2 Abs 2a EStG der Effekt des § 2 Abs 2a EStG - nämlich ein Verlustausgleich erst mit Gewinnen aus der Beteiligung – trotzdem zum Tragen kommen würde.

Wie das Finanzamt dazu gekommen sei, dass ohne Anwendung des § 2 Abs 2a EStG Renditen erreichbar wären, die nach Steuern mehr als das Doppelte der Renditen vor Steuern betragen, sei der Bw völlig unklar. Eine schlüssige Begründung welche anderen Annahmen in der Prognoserechnung richtig wären, fehle dem Bescheid gänzlich. Insofern sei der Bescheid eindeutig aus verfahrensrechtlichen Gründen rechtswidrig.

Auch materiell sei aufgrund der vorgelegten Renditeberechnungen eindeutig die Nichtanwendbarkeit des § 2 Abs 2a EStG gegeben. Die Annahmen der Prognoserechnungen seien realistisch gewesen. Alle Vertragsparteien seien davon ausgegangen, dass diese Gewinne auch tatsächlich in Zukunft eintreten würden. Es wäre auch die Vereinbarung eines Vorbehaltszusammenschlusses überflüssig gewesen, wenn nicht die Vertragsparteien eindeutig von hohen zukünftigen Gewinnen ausgegangen wären. So sei auch aufgrund der erwarteten Ertragskraft ein Firmenwert im Maximalbetrag von immerhin €9.500.000,-- vereinbart worden.

Selbst unter Berücksichtigung dass ex post die Gewinne erst später eintreten würden, würde – wenn man sich die Mühe machen würde, eine dementsprechende Renditeberechnung durchzuführen - sich ergeben dass § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar sei.

Weiters bringt die Bw vor, dass die Wortgruppe "wenn das Erzielen von steuerlichen Vorteilen im Vordergrund steht" und die Begriffe "Rendite vor Steuern" und "Rendite nach Steuern" derart unbestimmt seien, dass eine richtige Auslegung des § 2 Abs 2a EStG nahezu unmöglich sei. Somit stelle sich die Frage, ob § 2 Abs 2a EStG überhaupt verfassungskonform sei.

Weiters sei auch die Beteiligung der A-AG an gegenständlicher Mitunternehmerschaft im bekämpften Bescheid dem Verlustausgleichsverbot unterworfen worden. Zwar beteilige sich aus ertragsteuerlichem Blickwinkel die A-AG eindeutig an der Mitunternehmerschaft Bw. Dass bei dieser Beteiligung nunmehr die Erzielung von steuerlichen Vorteilen im Vordergrund gestanden sei, könne wohl nicht ernsthaft behauptet werden. Die A-AG sei abgesehen davon wohl auch eindeutig nicht Adressat des allgemeinen Angebots gewesen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass dem Finanzamt eine Renditeberechnung auf der Grundlage einer Prognoserechnung übermittelt worden sei, die beide Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Beteiligung für realistisch erachtet hätten. Die auf dieser Prognoserechnung basierende Renditeberechnung zeige eindeutig, dass § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar sei. Dies ergäbe sich selbst dann, wenn man in diese ursprüngliche Prognoserechnung unzulässigerweise die bisherigen tatsächlichen Ergebnisse einsetze. Selbst wenn man davon ausginge, dass alle Ergebnisse 2001 bis zum geplanten Ausscheiden mit Null anzusetzen seien, sei immer noch davon auszugehen, dass § 2 Abs 2a EStG nicht anwendbar sei. Überdies sei im Jahr 2003 tatsächlich bereits die Trendumkehr erreicht worden.

Bei der gegenständlichen Beteiligung handle es sich überdies um eine High Risk Beteiligung, bei der aufgrund der großen betriebswirtschaftlichen Chance und aufgrund des hohen betriebswirtschaftlichen Risikos auch aus diesem Grund nicht vom "im Vordergrund Stehen von steuerlichen Vorteilen" ausgegangen werden kann.

Aus all diesen Gründen werde die Aufhebung des gegenständlichen Bescheides und die antragsgemäße Veranlagung beantragt.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Auszugehen ist von nachstehendem, unstrittigem Sachverhalt:

Die Bw ist eine atypisch stille Personengesellschaft. Diese entstand durch die Beteiligung der T-GmbH an der A-AG mit einer Gesamteinlage von € 2.535.100,00. Die T-GmbH fungierte als Treuhänderin für zahlreiche atypisch stille Gesellschafter. Der Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft (Blatt 39/2001) wurde am 5. Dezember 2001 abgeschlossen. Die Errichtung der stillen Gesellschaft erfolgte ertragssteuerlich rückwirkend zum 30. 4. 2001 (Zusammenschluss gem Art IV UmgrStG). Der Zusammenschluss wurde

dem Finanzamt angezeigt und es wurde eine Zusammenschlussbilanz zum 30. 4. 2001 errichtet (Blatt 46/2001).

Betriebsgegenstand der A-AG ist im Wesentlichen

- die Entwicklung, die Erzeugung, die Produktion, der Vertrieb, der Verkauf und der Handel mit Computern, insbesondere mit Access Point Geräten, sowie die Lizenzierung von Soft- und Hardware und der Betrieb von Computern für wirtschaftliche und geschäftliche Zwecke;
- die Einbringung von Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik im geschäftlichen, die Erarbeitung von informationstechnologischen Lösungen und Erstellung von informationstechnischen Systemen sowie aller Art von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Computern und Access Point Geräten und
- der Handel mit Waren aller Art.

Der Gesellschaftsvertrag – abgeschlossen zwischen der A-AG und der T-GmbH – regelt für die stille Gesellschafterin (T-GmbH) ua:

Die stille Gesellschafterin beteiligt sich mit jener Einlage, die sie dem Geschäftsherrn bis zum 30.1.2002 leistet, beginnend mit dem Ablauf des 30.4.2001 ... am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen des Geschäftsherrn einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes ....

Die stille Gesellschafterin ist vermögensmäßig an den stillen Reserven im Unternehmen des Geschäftsherrn einschließlich eines Firmenwertes nur soweit beteiligt, soweit diese nach dem Zusammenschlussstichtag entstanden sind.

Der Geschäftsführer beabsichtigt, im Geschäftsjahr 2002 unter Mitwirkung der ...Bank GmbH Gewinnwertpapiere, die einen nachrangigen Anspruch auf gewinnabhängige Verzinsung bis zu 10% des Jahresgewinns des Geschäftsherrn und auf Rückzahlung des Gewinnwertpapiernominales im Fall der Beendigung des Gewinnwertpapierverhältnisses verkörpern, bis zu einem Gesamtnominal von € 2.000.000,-- zu begeben. Die stille Gesellschafterin stimmt dieser Wertpapieremission zu den festgehaltenen Bedingungen und im erwähnten Ausmaß zu. Zugleich kommen Geschäftsherr und atypisch stille Gesellschafterin überein, dass sich der im Rahmen der stillen Gesellschaft zwischen ihnen aufzuteilende Gewinn um die an die Gewinnwertpapierzeichner zu leistenden Zahlungen vermindert.

Die stille Gesellschafterin ist mit einer voll eingezahlten stillen Beteiligung von € 100,-- (Euro einhundert) am Unternehmen des Geschäftsherrn beteiligt.

Die stille Gesellschafterin ist berechtigt, neben ihrer stillen Gesellschaftseinlage in Höhe von € 100,-- (Euro einhundert) bis zum 30.1.2002 weitere Gesellschaftseinlagen bis zu einem Höchstbetrag von € 2.200.000,-- (Euro zwei Millionen zweihunderttausend) zu übernehmen. Mit Zustimmung des Geschäftsherrn kann die stille Gesellschafterin die stille Gesellschaftseinlage auch über diesen Betrag hinaus erhöhen.

Die stille Gesellschafterin trifft keine Nachschusspflicht. Sie ist nicht verpflichtet, empfangene Gewinnbeteiligungen wegen späterer Verluste ganz oder zum Teil zurückzuzahlen; solange das Verlust- und Gewinnkonto negativ ist, werden allerdings auf die stille Gesellschafterin entfallende Gewinnanteile nicht an diese ausgezahlt, sondern zur Abdeckung des Kontos verwendet.

Die steuerliche Zuweisung positiver Ergebnisse an die stille Gesellschafterin berechtigt diese jedenfalls zur Entnahme der Hälfte des jeweiligen Betrages....

Die Nominaleinlage der stillen Gesellschafterin stellt gemeinsam mit dem Eigenkapital des Geschäftsherrn laut der ... Zusammenschlussbilanz zum 30.4.2001 die Kapitalbasis für die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen der Gesellschaft dar. Die Kapitalbasis verändert sich auf Seite der stillen Gesellschafterin im Rahmen der... festgelegten Bedingungen.

Das konkrete Ausmaß der Beteiligung der stillen Gesellschafterin am Gewinn, Verlust und Vermögen des Geschäftsherrn ergibt sich, ..., aus dem Verhältnis der Nominaleinlage zur genannten Kapitalbasis. Gewinn- und Verlustzuweisungen an die stille Gesellschafterin sind betraglich nicht beschränkt.

Ein positiver Saldo auf dem Verlust- und Gewinnkonto ist der stillen Gesellschafterin binnen sechs Wochen nach Abrechnung auszusahlen. Die stille Gesellschaft beginnt hinsichtlich jenes Einlagebetrages, der dem Geschäftsherrn bis zum 30.1.2002 geleistet wird (ertragsteuerlich) rückwirkend mit dem Ablauf des 30.4.2001 (vgl. Art IV Umgründungssteuergesetz).

Die stille Gesellschaft ist auf unbestimmte Zeit begründet. Der Geschäftsherr und die stille Gesellschafterin verzichten allerdings darauf, das atypisch stille Gesellschaftsverhältnis auf einen Stichtag vor dem 31. Dezember 2011 aufzukündigen.

Scheidet die stille Gesellschafterin durch Kündigung oder aus sonstigen Gründen, so etwa als Folge der Eröffnung des Konkurses über das Unternehmen des Geschäftsherrn, ganz oder teilweise aus der stillen Gesellschaft aus, so hat sie, ..., Anspruch auf ein Abfindungsguthaben, dessen Ermittlung der Wert ihres Anteiles am Unternehmen des Geschäftsherrn zugrunde zu legen ist. Der zu ermittelnde Unternehmenswert ist auf den



Geschäftsherrn und die atypisch stillen Gesellschafter wie folgt aufzuteilen: Der Unternehmenswert ist um den Firmenwert und die stillen Reserven zum Zusammenschlussstichtag insoweit diese Werte zum Zeitpunkt des Endes der atypisch stillen Gesellschaft noch vorhanden sind, höchstens jedoch um einen Betrag von €9.500.000,-- sowie um die aus der Erhöhung des Grundkapitals des Geschäftsherrn zugeflossenen Mittel, die nicht in der Zusammenschlussbilanz berücksichtigt worden sind, in Höhe von €2.748.182,15 zu verringern. Der hieraus resultierende Betrag ist im Verhältnis ... aufzuteilen, wobei sich der Betrag der auf die stille Gesellschafterin entfällt, noch um allfällige Entnahmen der stillen Gesellschafterin, die nicht durch einen dieser zustehenden Jahresüberschussanteil gedeckt sind, vermindert. Sollte der Unternehmenswert niedriger sein als die Summe noch vorhandener stiller Reserven, eines noch vorhandenen Firmenwertes und des Forderungsbetrages, ist die stille Gesellschafterin zu keinem Nachschuss verpflichtet.

Das Angebot eine atypisch stille Beteiligung einzugehen war nicht öffentlich. Es richtete sich ausschließlich an bestimmte Personen, nämlich an namentlich angeführte echte stille Gesellschafter der KW GmbH, deren Gesellschaftsverhältnis vor dem 15.11.2001 begründet wurde. Zeichnungen wurden daher nur von diesen genannten echten stillen Gesellschaftern der KW GmbH entgegengenommen (vgl Emissionsprospekt).

Im Emissionsprospekt wurde auf das Verlustausgleichsverbot des § 2 Abs 2a EStG ua mit folgenden Ausführungen hingewiesen:

"Das Abschichtungsguthaben ist laut gegenständlichen atypisch stillen Vertrag betraglich limitiert, weshalb entsprechend den obigen Ausführungen die atypisch stille Beteiligung an der A-AG von der Regelung des § 2 Abs 2a EStG betroffen ist. Auf Basis der von der Gesellschaft vorgelegten Planrechnung wurde ein Renditevergleich angestellt. Das Ergebnis dieses Vergleichs ergibt, dass die Verlustausgleichsregelung bei gegenständlicher Beteiligung nicht zur Anwendung kommt.

Die dem Anleger anteilig zugewiesenen Ergebnisse der A-AG (Verluste und Gewinne sowie allfällige Sonderbetriebseinnahmen oder Sonderbetriebsausgaben) sind im Veranlagungswege zur Einkommensteuer zu erklären. Im Rahmen der Veranlagung erfolgt zunächst ein Ausgleich mit anderen Gewinnen und Verlusten aus gewerblichen Einkünften und im zweiten Schritt der Ausgleich mit Gewinnen und Verlusten aus anderen Einkunftsarten.

Der sich bei einer allfälligen Abschichtung der Beteiligung ergebende Veräußerungsgewinn ist nach derzeitiger Rechtslage bei einer mindestens siebenjährigen Beteiligungsdauer gemäß § 37 Abs 2 EStG 1988 zu versteuern. Das bedeutet, dass der Veräußerungsgewinn, beginnend mit dem Jahr der Veräußerung, gleichmäßig über Antrag auf drei Jahre verteilt

den Einkünften dieser Jahre hinzuzurechnen ist. Der Veräußerungsgewinn ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös und der Höhe des steuerlichen Kapitalkontos zum Abschichtungsstichtag, das sich aus Einlagen und Entnahmen sowie Gewinn- und Verlustzuweisungen errechnet."

Unter der Überschrift "Prospekthaftung" findet sich nachstehende Erläuterung:

Alle für die Beurteilung der Veranlagung erheblichen Angaben dieses Prospektes sind sorgfältig und gewissenhaft erstellt. Die zugrundeliegenden wirtschaftlichen Daten und steuerlichen Aspekte sind auf Erfahrung beruhende Größen; diese sowie von Anlegern angestrebte Steuervorteile bilden weder die Geschäftsgrundlage, noch kann für deren Eintritt Gewähr geleistet werden. Maßgeblich für die Rechtsbeziehungen sind ausschließlich die abgeschlossenen Verträge; Ansprüche aus mündlichen Zusagen können nicht anerkannt werden.

Nachstehende Renditerechnungen (A – C) wurden vorgelegt:

## A) Ursprüngliche Renditerechnung

Renditeberechnung für § 2 (2a) in tEuro															
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Einlage	-2.200														
Agio	-66														
Einkommensteuer		2.025	367	-1.474	-5.853	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	0	0	0	-18.854
Entnahmen			0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	0	0	0	37.775
Abschichtung											3.740				
Strl. Abschichtung												-257	-257	-257	
	-2.266	2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.803	-257	-257	0	
strl. Ergebnis aus Betrieb		-3.983	-735	2.949	11.706	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	0	0	0	37.775
strl. Ergebnis kumuliert		-3.983	-4.718	-1.770	9.936	14.576	19.216	23.855	28.495	33.135	37.775	37.775	37.775	37.775	37.775
Abschichtung im Jahr	2011	170%													
Zinssatz nach KEST		3,50%													

strl.- Kapitalkonto		
Einlage	2.200	
Entnahmen	-37.775	
strl. Ergebnisse	37.775	
Kapitalkonto	2.200	
Abschichtung	3.740	
Veräußerungsgewinn		1.540
Steuer	770	
davon 1/3	257	

### Vergleichsrechnungen Renditen:

1) modifizierter interner Zinssatz nach Steuern											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einlage	-2.200										
Agio	-66										
Steuerzahlungen	0	2.025	367	-1.474	-5.853	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer 1/3											-257
Steuer 2/3											-248
Steuer 3/3											-240
	-2.266	2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316

Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		2.760	484	-1.876	5.019	2.755	2.662	2.572	2.485	2.401	5.316
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24.578
<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz nach Steuern</b>									<b>26,92%</b>		

<b>2) modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Entnahmen	-2.200										
Agio	-66										
Steuerzuschritt	0	0	0	0	-5.001	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer 1/3											-257
Steuer 2/3											-248
Steuer 3/3											-240
	-2.266	0	0	0	4.935	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		0	0	0	4.935	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	6.066	2.755	2.662	2.572	2.485	2.401	5.316
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24.258
<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>											<b>26,75%</b>

<b>3) Betrachtung gänzlich ohne Einkommensteuer ("vor Steuern")</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einlage	-2.200										
Agio	-66										
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer Abschichtung											
	-2.266	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	8.380
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	8.380
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	12.214	5.511	5.324	5.144	4.970	4.802	8.380
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	46.345
<b>Rendite vor Einkommensteuer</b>						<b>35,23%</b>					

### **B) Neu berechnete Renditerechnung – unter Zugrundelegung der tatsächlich erwirtschafteten Ergebnisse der Jahre 2001 und 2002**

Renditeberechnung für § 2 (2a) in tEuro																	
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	66.000,00	2,91%
Einlage	-2.535															2.200.000,00	97,09%
Agio	-76																
Einkommensteuer		2.571	1.547	-1.474	-5.853	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	0	0	0	-14.770		
Entnahmen			0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	0	0	0	29.617		
Abschichtung											4.310						
Steuer Abschichtung											-296	-296	-296				
	-2.611	2.571	1.547	-1.474	642	1.927	1.927	1.927	1.927	1.927	5.941	-296	-296	0			
strl. Ergebnis aus Betrieb	-5.066	-3.093	2.949	11.706	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	0	0	0		29.617	2.266.000,00	
steuerl. Ergebnis kumuliert	-5.066	-8.160	-5.211	6.495	10.348	14.202	18.056	21.909	25.763	29.617	29.617	29.617	29.617	29.617			
Abschichtung im Jahr	2011	170%															
Zinssatz nach KEST		3,50%															

steuerliches Kapitalkonto		
Einlage	2.535	
Entnahmen	-29.617	
strl. Ergebnisse	29.617	
Kapitalkonto	2.535	
Abschichtung	4.310	
Veräußerungsgewinn		1.775
Steuer	887	
davon 1/3	296	

### Vergleichsrechnungen Renditen:

1) modifizierter interner Zinssatz nach Steuern													
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Einlage	-2.535												
Agio	-76												
Steuerzahlungen	0	2.571	1.547	-1.474	-5.853	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927		
Entnahmen	0	0	0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854		
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4.310		
Steuer 1/3											-296		
Steuer 2/3											-286		
Steuer 3/3											-276		
	-2.611	2.571	1.547	-1.474	642	1.927	1.927	1.927	1.927	1.927	5.379		
Kapitaleinsatz	-2.611												
Rückflüsse		2.571	1.547	-1.474	642	1.927	1.927	1.927	1.927	1.927	5.379		
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011			3.504	2.037	-1.876	789	2.288	2.211	2.136	2.064	1.994	5.379	
	-2.611	0	0	0	0	0	0	0	0	0	20.527		

<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz nach Steuern</b>	<b>22,90%</b>
---	---------------

<b>2) modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Entnahmen	-2.535										
Agio	-76										
Steuerzuschrift	0	0	0	0	-3.285	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927	-1.927
Entnahmen	0	0	0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4.310
Steuer 1/3											-296
Steuer 2/3											-286
Steuer 3/3											-276
	-2.611	0	0	0	3.209	1.927	1.927	1.927	1.927	1.927	5.379
Kapitaleinsatz	-2.611										
Rückflüsse		0	0	0	3.209	1.927	1.927	1.927	1.927	1.927	5.379
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	3.945	2.288	2.211	2.136	2.064	1.994	5.379
	-2.611	0	0	0	0	0	0	0	0	0	20.018
<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>										<b>22,59%</b>	

<b>3) Betrachtung gänzlich ohne Einkommensteuer ("vor Steuern")</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einlage	-2.535										
Agio	-76										
Entnahmen	0	0	0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4.310
Steuer Abschichtung											
	-2.611	0	0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	8.163
Kapitaleinsatz	-2.611										
Rückflüsse		0	0	0	6.495	3.854	3.854	3.854	3.854	3.854	8.163
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	7.984	4.577	4.422	4.273	4.128	3.989	8.163
	-2.611	0	0	0	0	0	0	0	0	0	37.535
<b>Rendite vor Einkommensteuer</b>						<b>30,55%</b>					

**C) Renditerechnung unter Berücksichtigung des tatsächlichen Verlustes 2001, ohne weitere Tangente und unter Annahme einer Abschichtung mit 170 %**

Renditeberechnung für § 2 (2a) in tEuro															
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Einlage	-2.200														
Agio	-66														
Einkommensteuer		2.025	367	-1.474	-5.853	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	0	0	0	-18.854
Entnahmen			0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	0	0	0	37.775
Abschichtung											3.740				
Steuer Abschichtung											-257	-257	-257		
	-2.266	2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.803	-257	-257	0	
strl. Ergebnis aus Betrieb	-3.983	-735	2.949	11.706	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	0	0	0		37.775
steuerl. Ergebnis kumuliert	-3.983	-4.718	-1.770	9.936	14.576	19.216	23.855	28.495	33.135	37.775	37.775	37.775	37.775	37.775	
Abschichtung im Jahr	2011	170%													
Zinssatz nach KEST		3,50%													

steuerliches Kapitalkonto		
Einlage	2.200	
Entnahmen	-37.775	
strl. Ergebnisse	37.775	
Kapitalkonto	2.200	
Abschichtung	3.740	
Veräußerungsgewinn		1.540
Steuer	770	
davon 1/3	257	

### Vergleichsrechnungen Renditen:

1) modifizierter interner Zinssatz nach Steuern											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einlage	-2.200										
Agio	-66										
Steuerzahlungen	0	2.025	367	-1.474	-5.853	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer 1/3											-257
Steuer 2/3											-248
Steuer 3/3											-240
	-2.266	2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		2.025	367	-1.474	4.083	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		2.760	484	-1.876	5.019	2.755	2.662	2.572	2.485	2.401	5.316
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24.578

<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz nach Steuern</b>	<b>26,92%</b>
---	---------------

<b>2) modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Entnahmen	-2.200										
Agio	-66										
Steuerzuschritt	0	0	0	0	-5.001	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320	-2.320
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer 1/3											-257
Steuer 2/3											-248
Steuer 3/3											-240
	-2.266	0	0	0	4.935	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		0	0	0	4.935	2.320	2.320	2.320	2.320	2.320	5.316
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	6.066	2.755	2.662	2.572	2.485	2.401	5.316
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24.258
<b>Rendite modifizierter interner Zinssatz unter Anwendung § 2 (2a)</b>											<b>26,75%</b>

<b>3) Betrachtung gänzlich ohne Einkommensteuer ("vor Steuern")</b>											
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Einlage	-2.200										
Agio	-66										
Entnahmen	0	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640
Abschichtung	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3.740
Steuer Abschichtung											
	-2.266	0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	8.380
Kapitaleinsatz	-2.266										
Rückflüsse		0	0	0	9.936	4.640	4.640	4.640	4.640	4.640	8.380
Rückflüsse zum Zeitpunkt 2011		0	0	0	12.214	5.511	5.324	5.144	4.970	4.802	8.380
	-2.266	0	0	0	0	0	0	0	0	0	46.345
<b>Rendite vor Einkommensteuer</b>						<b>35,23%</b>					



## Rechtliche Würdigung:

Gemäß § 2 Abs 2a EStG weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs 6 und 7 EStG vortragsfähig sind negative Einkünfte

- aus einer Beteiligung an Gesellschaften oder Gemeinschaften, wenn das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund steht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erwerb oder das Eingehen derartiger Beteiligungen allgemein angeboten wird und auf der Grundlage des angebotenen Gesamtkonzeptes aus derartigen Beteiligungen ohne Anwendung dieser Bestimmung Renditen erreichbar wären, die nach Steuern mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betragen,
- aus Betrieben, deren Unternehmensschwerpunkt(e) im Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter oder in der gewerblichen Vermietung von Wirtschaftsgütern gelegen ist.

Solche negativen Einkünfte sind mit positiven Einkünften aus dieser Betätigung oder diesem Betrieb frühestmöglich zu verrechnen.

§ 2 Abs 2a EStG ist auf Beteiligungen an Personengesellschaften aller Art anzuwenden. Dazu zählen auch die hier vorliegenden Beteiligungen als unechte stille Gesellschafter.

Grundvoraussetzung für das Verlustausgleichsverbot ist dass bei der Beteiligung steuerliche Vorteile im Vordergrund gestanden sind, wovon jedenfalls dann auszugehen ist, wenn das Eingehen der Beteiligung mit Steuervorteilen aus einem zu erwartenden Beteiligungsverlust beworben wird.

Im vorliegenden Fall wurde ein allgemeiner Hinweis auf die Möglichkeit von Beteiligungsverlusten gegeben (siehe oben). Darin kann keine Bewerbung von Steuervorteilen gesehen werden.

Wird die Beteiligung nicht mit steuerlichen Vorteilen beworben, so steht der steuerliche Vorteil dann nicht im Vordergrund, wenn es sich um eine Beteiligung mit einem hohen außersteuerlichen Risiko handelt. Dieses hohe außersteuerliche Risiko überlagert den steuerlichen Vorteil. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn die Beteiligung sämtliche der folgenden Merkmale aufweist:

1. Das Beteiligungsunternehmen ist nach seinem Unternehmensschwerpunkt in einer besonders risikoreichen Branche tätig.
2. Die Zuweisung von Verlusten und Gewinnen orientiert sich ausschließlich am Ausmaß der Beteiligung und ist betraglich nicht limitiert.
3. Der für den Fall des Ausscheidens des Gesellschafters vorgesehene Abschichtungserlös ist betraglich weder nach oben noch nach unten begrenzt und bestimmt sich ausschließlich nach dem Anteil am Unternehmenswert.

4. Es gibt keine Vereinbarungen, die auf eine von vornherein beabsichtigte zeitliche Begrenzung der Beteiligung schließen lassen.

Die Bw hat im Emissionsprospekt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein nach diesen vier Kriterien zu beurteilendes hohes außersteuerliches Risiko der Beteiligung nicht vorliege, weil das Abschichtungsguthaben laut gegenständlichem atypisch stillen Vertrag betraglich limitiert sei. Dieser Ansicht schließt sich auch der UFS an. Auf Grund der Limitierung des Abschichtungsguthabens ist nicht von einem hohen außersteuerlichen Risiko auszugehen. Sollte der Absatz im Vorlageantrag: *"Bei der gegenständlichen Beteiligung handelt es sich überdies um eine High-Risk Beteiligung, bei der aufgrund der großen betriebswirtschaftlichen Chance und aufgrund des hohen betriebswirtschaftlichen Risikos auch aus diesem Grund nicht vom 'im Vordergrund Stehen von steuerlichen Vorteilen' ausgegangen werden kann."* eine diesbezüglich andere Beurteilung durch die Bw bedeuten, kann dieser nicht näher getreten werden. Das hohe außersteuerliche Risiko wird anhand der oben angeführten Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen, beurteilt. Da wie ausgeführt eine betragliche Limitierung des Abschichtungsguthabens vertraglich vereinbart wurde und damit ein hohes außersteuerliches Risiko nicht vorliegt, ist davon auszugehen, dass die vorliegende Beteiligung von der Regelung des § 2 Abs 2a EStG betroffen ist.

Damit ist eine Überprüfung der "Insbesondere-Voraussetzungen" (allgemeines Angebot des Erwerbs oder des Eingehens derartiger Beteiligungen und aus derartigen Beteiligungen ohne Anwendung dieser Bestimmung erreichbare Renditen, die nach Steuern mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betragen) des § 2 Abs 2a EStG anzustellen.

Der vorgesehene Renditevergleich ist auf der Grundlage des angebotenen Gesamtkonzeptes der Beteiligung anzustellen. Die konkreten Verhältnisse der einzelnen Gesellschafter sind daher nicht von Bedeutung. Beim Renditevergleich ist auf die "erreichbaren" Renditen abzustellen. Das sind jene Renditen, die abstrakt bei Eintritt bestmöglicher Steuereffekte und unter optimaler Ausnutzung der steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten erzielt werden können (dh Grenzsteuersatzes von 50 Prozent, Annahme der bestmöglichen Nutzung von Steuervorteilen bei Besteuerung des Abschichtungsgewinnes (das ist idR die "Dreijahresverteilung" nach § 37 Abs 2 EStG 1988), die Annahme der Beteiligungsfinanzierung aus Eigenmitteln, die Annahme des Abschichtungserlöses im Falle einer "Erlösbandbreite" im Ausmaß des höchstmöglichen Abschichtungsbetrages (ist keine Erlösbandbreite vereinbart, ist auf den wahrscheinlichen Abschichtungserlös im Sinne einer Wertentwicklungsprognose abzustellen)). Der Renditevergleich ist für den voraussichtlichen Zeitraum des Bestehens der Beteiligung anzustellen. Kann eine Kündigung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nicht abgesehen

werden oder ist die Beteiligung nach ihrer Gesamtkonzeption als dauerhafte Kapitalveranlagung einzustufen, wird auf den voraussichtlichen Zeitraum der "Nutzbarkeit" der Beteiligung abgestellt.

Die mathematische Berechnung der Rendite ist auf der Grundlage der Zahlungsströme vorzunehmen. Als Zinssatz ist ein modifizierter Zinssatz (marktüblicher Anlegerzinssatz) unter Abzug der bei derartigen Zinsen anfallenden Kapitalertragsteuer heranzuziehen. In den Renditevergleich ist nur die Einkommensteuer einzubeziehen, nicht hingegen andere Steuern wie die Umsatzsteuer oder die Grunderwerbsteuer.

Der Renditevergleich ist zwischen der "Rendite vor Steuern" und der "Rendite nach Steuern" anzustellen. Beträgt die "Rendite nach Steuern" mehr als das Doppelte der "Rendite vor Steuern" fällt die Beteiligung - bei Vorliegen eines allgemeinen Angebotes - in den Anwendungsbereich des § 2 Abs 2a EStG 1988. Die "Rendite vor Steuern" ist die unter gedachter Anwendung des § 2 Abs 2a EStG 1988 errechnete Rendite. Diese Rendite ergibt sich daher aus der Differenz zwischen hingegebenem Kapital (einschließlich als steuerliches Kapital zu wertendes Gesellschafterdarlehen) ohne steuerlichen Effekt des Verlustausgleichs einerseits und den steuerpflichtigen Gewinnanteilen (Überschussanteilen) und einem steuerpflichtigen Abschichtungserlös andererseits. Die (gedachte) Einkommensteuer ist von den Gewinnanteilen (Überschussanteilen) und dem Abschichtungsgewinn abzuziehen. Die "Rendite nach Steuern" ist die ohne Anwendung des § 2 Abs 2a EStG 1988 errechnete Rendite. Es ist daher von einem gedachten Verlustausgleich auszugehen. Zur "Rendite vor Steuern" tritt die Rendite aus gedachten Kapitalerträgen einer Kapitalveranlagung der aus dem Verlustausgleich resultierenden Einkommensteuergutschrift. Es ist dabei von einer Gutschrift im Ausmaß von 50 Prozent der zugewiesenen Verluste auszugehen.

Für den vorliegenden Fall bedeutet das:

Das Angebot die stille Beteiligung einzugehen war nicht öffentlich, sondern richtete sich an bestimmte namentlich angeführte Gesellschafter einer GmbH. Ein allgemeines Angebot iSd § 2 Abs 2a EStG liegt aber jedenfalls vor. Dieses ist schon dann gegeben, wenn es für derartige Beteiligungen typischerweise einen allgemeinen Anlegermarkt gibt, wobei es auf das Ausmaß des angesprochenen Personenkreises nicht ankommt. Ein öffentliches Angebot im Sinne einer allgemeinen Bewerbung ist nicht erforderlich.

Die Bw hat drei Prognoserechnungen (oben A – C) erstellt.

Die erste (A) geht von den Ertragserwartungen im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages aus, in der zweiten (B) werden die tatsächlichen Verluste der Jahre 2000 und 2001 berücksichtigt und die dritte (C) wurde unter der fiktiven Annahme, dass

keine weiteren Gewinne mehr erzielbar sein werden erstellt. Diese Prognosen sind die Grundlagen für die Renditerechnungen, denen ein Zinssatz nach KEST von 3,5 %, sowie ein Abschichtungserlös von 170 % zu Grunde liegt. Die Höhe des Abschichtungserlöses ist die vertraglich maximal erreichbare.

Die vorliegende Beteiligung ist vertraglich auf unbestimmte Zeit, mit einem beiderseitigen Kündigungsverzicht bis zum 31. 12. 2011, abgeschlossen. Eine Renditerechnung kann daher auf den Zeitraum bis zum 31. 12. 2011 abgestellt werden. Mit einer vorzeitigen Kündigung muss nicht gerechnet werden. Die von der Bw ermittelten Renditen sind auch durchwegs für diesen Zeitraum errechnet.

Das Einbeziehen von Einkommensteuerzahlungen in die Renditerechnungen jeweils in den Jahren nach der zugrundeliegenden Bilanzierung, wie dies von der Bw vorgenommen wurde, entspricht üblichen Renditerechnungen auf der Grundlage der Zahlungsströme. Es kann für die Renditerechnungen davon ausgegangen werden, dass die Einkommensteuerzahlungen üblicherweise jeweils im Jahr nach der Bilanzierung erfolgen werden.

Auch der von der Bw gewählte "Nach-KESt-Zinssatz" von 3,5 % wird als angemessener marktüblicher Anlegerzinssatz betrachtet.

Entgegen der Ansicht der Bw wird aber die Meinung vertreten, dass das Einbeziehen der bereits tatsächlich erwirtschafteten Ergebnisse in die Prognoserechnungen nicht unzulässig sondern vielmehr geboten ist. Sinn und Zweck von Prognoserechnungen ist die zahlenmäßige Darstellung von in Zukunft realistisch erwarteten Ergebnissen. Prognoserechnungen ist zwar ein gewisser Unsicherheitsfaktor immanent, sie sollen aber die zukünftigen Entwicklungen möglichst abbilden. Die auf Basis der Prognoserechnung errechneten Renditen dienen dem hier vorliegenden Zweck der Beurteilung von Besteuerungsgrundlagen. Liegen zum Zeitpunkt dieser Beurteilung schon entsprechende tatsächliche Zahlen vor, so sind sie der Beurteilung zu Grunde zu legen und die Prognoserechnungen zu adaptieren, die insoweit dann nicht mehr Prognosen beinhalten.

Der Bw ist allerdings insofern zuzustimmen, als das nicht bedeuten kann, den gesamten Prognosezeitraum etwa durch "vorläufige" Steuerbescheide de facto "abzuwarten", um dann anhand der verwirklichten Sachverhalte endgültig zu entscheiden. Dass Prognoserechnungen praktisch nie exakt die später eintretenden Ergebnisse ausweisen, kann für die Begründung der Vorläufigkeit von Bescheiden nie der alleinige Grund sein. Das Erlassen vorläufiger Bescheide ist nur dann möglich, wenn wesentliche Zweifel bestehen, ob eine ernst gemeinte Prognose erfüllt werden kann. Allein der Umstand, dass die prognostizierten Ergebnisse der Jahre 2000 und 2001 nicht den eingetretenen Ergebnissen entsprechen, ruft noch keine wesentlichen Zweifel an der Erfüllbarkeit der vorliegenden

Prognosen insgesamt hervor. Wie die Bw glaubhaft und überprüfbar dargelegt hat, sind die eingetretenen Abweichungen auf zB die zeitliche Verzögerung eines Großauftrages zurückzuführen.

Die Prognoserechnung bildet auch lediglich die Grundlage für einen Renditevergleich, der für die Beurteilung der Ausgleichsfähigkeit der Verluste nach § 2 Abs 2a EStG anzustellen ist. Entscheidend ist demnach, ob diese Renditen ohne Anwendung des § 2 Abs 2a EStG mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betragen oder nicht.

Wenn sich aus den Renditerechnungen rein rechnerisch ergibt, dass das Doppelte überschritten wird - oder nicht, so sind die aus derartigen Beteiligungen erzielten Verluste nicht ausgleichsfähig – oder ausgleichsfähig. Für weitere Überlegungen oder Berechnungen lässt die gesetzliche Bestimmung des § 2 Abs 2a EStG keinen Raum.

Die vorgelegten Renditerechnungen ergeben in jeder der drei Variante Renditen, die den § 2 Abs 2a EStG nicht erfüllen. Die Verluste wären demnach ausgleichs- und vortragsfähig (Dies gilt auch für die Variante der von der Bw gerügten teilweisen ex-post Betrachtung unter Einbeziehung der tatsächlichen Ergebnisse der Jahre 2000 und 2001). Nicht einmal die "worst-case" Prognose (Variante C), die von der Annahme ausgeht, dass keine weiteren Gewinne erzielbar sein werden, führt zu einer das Doppelte übersteigenden "Nach-Steuer-Rendite", wobei eine derartig schlechte Zukunftsprognose gar nicht als realistisch angesehen wird.

Es kann insgesamt nicht gesehen werden, dass die zu erwartenden Ergebnisse von allen vorliegenden Prognosen so weit abweichen werden, dass das Ergebnis des Renditevergleichs zu einer Anwendung des Verlustausgleichsverbots führen kann. Auch liegen keine wesentlichen Zweifel an der Erfüllbarkeit wenigstens der "worst-case" Prognose vor, sodass auch kein Grund für eine vorläufige Bescheiderlassung gem § 200 BAO gesehen werden kann.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Die im Kalenderjahr 2001 erzielten Einkünfte werden gemäß § 188 BAO festgestellt:**

Einkünfte aus Gewerbebetrieb € 5.186.881,17

<b>Nr</b>	<b>Name/Adresse/FA/Steuernummer</b>	<b>Anteil</b>
1	T-GmbH, StNr: 1 FA 1	- 199,84
2	A-AG StNr 2 FA 1	- 53.308,38
3	atypisch stille Gesellschafter laut beiliegender Liste	- 5.133.372,95

Wien, 15. April 2004