



GZ. RV/0663-I/02

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat XYZam 22.4.2004 über die Berufung des Bw., vertreten durch Johann Hager, gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein vom 24.9.2002, vertreten durch OR Dr. Peter Staudacher, betreffend Nichtfeststellung von Einkünften aus Gewerbebetrieb für die Jahre 1993 und 1994 nach in Innsbruck durchgeföhrter mündlicher Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### 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 Gesellschaft bürgerlichen Rechts A., D. und L. teilte dem Finanzamt Kufstein mit Schreiben vom 4.1.1994 (Einlangen des Fragebogens) mit, am 1.12.1993 einen gewerblichen Wertpapierhandel aufgenommen zu haben. In den am 5.5.1995 bzw. 2.4.1996 eingereichten Erklärungen der Einkünfte von Personengesellschaften (Gemeinschaften) 1993 und 1994 wurden Verluste aus Gewerbebetrieb von 12.276.216,97 S bzw. 7.512.129,90 S ausgewiesen und zu gleichen Teilen auf die drei Gesellschafter aufgeteilt:

	1993	1994
<u>Einnahmen:</u>		
Erlöse Wertpapiere	1,831.000,00	12,125.875,94 S
Zinsenerträge		85.000,00 S
Dividendenerträge		140.457,28 S
<u>Ausgaben:</u>		
Wertpapiereinkauf	13,973.397,71 S	18,671.326,68 S
Inländ. Spesen	95.881,54 S	475.193,52 S
Ausländ. Spesen		10.141,94 S
Börsengebühr	3.710,05 S	
Depotführungsgebühr		39.266,00 S
Aufwandszinsen	34.227,67 S	667.534,98 S
<u>Verlust:</u>	<u>12.276.216,97 S</u>	<u>7.512.129,90 S</u>

(alle Angaben in S)

Mit Schreiben des Finanzamtes Kufstein vom 16.8.1995 wurde die Gesellschaft um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

"1.) Sie werden ersucht mitzuteilen, welche Gründe für einen gewerblichen Wertpapierhandel sprechen. Bitte die Wertpapierein- und -verkäufe, eingesetztes Fremdkapital, Stand am Jahresende, bezogen auf das Jahr 1993 und 1994 bekanntgeben.

2.) Mit welchen Banken standen Sie 1993 und 1994 in Geschäftsverbindung?"

Diese Fragen wurden mit Anbringen vom 14.9.1995 im wesentlichen wie folgt beantwortet.

	<u>1993</u>	<u>1994</u>
Summe der Wertpapiereinkäufe:	13,973.397,71 S	18,632.336,60 S
Summe der Wertpapierverkäufe:	1,831.000,00 S	12,055.550,94 S
Anzahl der Ankaufsakte:	22	37
Anzahl der Verkaufsakte:	4	67
Eingesetztes Fremdkapital:	12,276.216,97 S	19,820.747,97 S

(alle Angaben in S)

Die "A. und Mitgesellschafter" sei 1993 und 1994 mit der Volksbank K. und der N.N. Bank in Geschäftsbeziehung gestanden. Die gegenständliche Gesellschaft habe die Wertpapiere unter Zuhilfenahme der beiden Banken bei verschiedenen Börsen erworben.

Für die Qualifizierung der Tätigkeit der A. und Mitgesellschafter als gewerblicher Wertpapierhandel spreche zunächst der Umstand, dass alle Tatbestandsvoraussetzungen der Bestimmung des § 23 Z. 1 EStG 1988 erfüllt sind. Im Hinblick auf diese Legaldefinition und unter Berücksichtigung der diese Thematik betreffenden Literatur und Rechtsprechung müsse die gegenständliche Tätigkeit als gewerblicher Wertpapierhandel beurteilt werden. Eine andere Qualifizierung würde ein Abgehen von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bedeuten.

Anlässlich einer die Veranlagungsjahre 1993 und 1994 betreffenden Prüfung der Aufzeichnungen der Gesellschaft wurden unter Tz. 13 des darüber erstatteten Berichts vom 30.1.1997 zu den "Einkünften aus Gewerbebetrieb" folgende Feststellungen getroffen:

*"Die Geschäfte bzw. der Handel mit Wertpapieren gehören im allgemeinen, und zwar auch bei erheblichem Umfang, zur privaten Vermögensverwaltung. Nach der Verkehrsauuffassung entspricht diese Tätigkeit nicht jenem Bild, das mit der Entfaltung einer gewerblichen Tätigkeit untrennbar verbunden ist. Dies ist umso mehr dadurch dokumentiert, dass mit dem An- und Verkauf vorwiegend Kreditinstitute beauftragt worden sind. Dazu kommt, dass der Großteil der Wertpapiere gegen Ende des jeweiligen Wirtschaftsjahres angeschafft und zu Beginn des folgenden Wirtschaftsjahres veräußert wird, um dadurch in erster Linie Steuervorteile durch Verlustausgleiche zu erzielen."*

*Nachfolgend wird die Entwicklung der An- und Verkäufe von Wertpapieren für die Jahre 1993 und 1994 dargestellt:*

	Anzahl WEK	Summe WEK	Anzahl WVK	Summe WVK

<i>Dez. 1993</i>	22	14,107.217	2	1,831.000
<i>Jänner 1994</i>	1	55.000	1	595.306
<i>Febr.</i>	-		3	1,931.218
<i>März</i>	1	965.349	3	1,546.960
<i>April</i>	1	1,993.680	1	1,127.248
<i>Mai</i>	1	292.118	1	57.000
<i>Juni</i>	1	1,158.284	1	1,664.000
<i>Juli</i>	-		1	975.000
<i>August</i>	1	1,096.579	1	1,369.884
<i>Sept.</i>	1	532.423	2	1,680.549
<i>Okt</i>	1	447.026	-	0
<i>Nov.</i>	-		-	0
<i>Dez. 1994</i>	18	12,130.867	-	0
<i>Summe 1994</i>	26	18,671.326	14	10,947.165

(alle Angaben in S)

Die Wareneinkäufe laut Aufstellung sind einschließlich der Nebenkosten in Form von Spesen, anteiligen Zinsen und der Börsengebühren dargestellt. Diese Nebenkosten wurden somit anteilig den Wareneinkäufen zugeordnet.

Daraus ergeben sich folgende Bestände an Wertpapieren:

a.) Vorräte per 31.12.1993:

Anzahl Wertpapiere 19, Einstandspreis incl. anteilige Nebenkosten 12,302.968 S.

b.) Vorräte per 31.12.1994:

Anzahl Wertpapiere aus Wareneinkauf 1993 8 Pakete, Einstandspreis 3,124.734 S, Anzahl Wertpapiere aus Wareneinkauf 1994 24 Pakete, Einstandspreis 16,664.578 S, Summe Vorräte per 31.12.1994, 19,789.312 S.

Aus dieser Darstellung ist ersichtlich, dass die Verwertung der Vermögenssubstanz im Verhältnis zur Steuerersparnis in wesentlichem Umfang in den Hintergrund getreten ist. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass im Wirtschaftsjahr 1994 sämtliche Wareneinkäufe ab April nicht mehr im Wirtschaftsjahr 1994 veräußert worden sind. Dazu kommt, dass im Dezember 1994 Einkäufe in Höhe von 12.130.867 S incl. Nebenkosten, das sind 18 Pakete,

getätigt worden sind. In diesem Monat wurden somit rd. 70 % des gesamten Wareneinkaufes des Wirtschaftsjahres getätigt.

Die Abwicklung der börsennotierten Wertpapiergeschäfte erfolgte über folgende Fremdmittelkonten:

VB K. Nr. 0026034

N.N. Bank 451084800

Im Gesamtbild tritt somit, wie oben dargestellt, die Verwertung der vorhandenen Vermögenssubstanz in den Hintergrund.

Die ausgeübte Tätigkeit als solche ist somit nicht als gewerblich einzustufen, sondern dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen. Die als negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärten Verluste werden somit nicht anerkannt. Da keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen, findet eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte nicht statt."

Der am 3.3.1997 ausgefertigte Bescheid des Finanzamtes Kufstein brachte in seinem Spruch zum Ausdruck, dass hinsichtlich der Jahre 1993 und 1994 "die Einkünfte nicht gemäß § 188 BAO festgestellt" werden. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der (erklärte) Wertpapierhandel zur privaten Vermögensverwaltung gehöre (wobei auf den BP-Bericht vom 30.1.1997 verwiesen werde) und für die verbleibenden Spekulationseinkünfte eine Feststellung gemäß § 188 BAO nicht vorgesehen sei.

Die gegen diesen Bescheid am 1.4.1997 eingebrachte Berufung wandte sich gegen die Nichtfeststellung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Beantragt wurde, den angefochtenen Bescheid des Finanzamtes Kufstein aufzuheben und die für 1993 und 1994 erklärten Verluste aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 12.276.217 S bzw. 7.512.130 S antragsgemäß gemäß § 188 BAO einheitlich und gesondert festzustellen.

Die Berufung wurde wie folgt begründet:

Im gegenständlichen Fall seien alle vier (gesetzlichen) Tatbestandselemente für das Vorliegen gewerblicher Einkünfte erfüllt. Entscheidungserheblich sei daher, ob der erklärte Wertpapierhandel über die bloße Vermögensverwaltung hinausginge. Die Begründung des angefochtenen Bescheides widerspreche in dieser Hinsicht dem Erk. des VwGH vom 26.6.1953 (VwSlg 1953/792) sowie einer Anfragenbeantwortung des BMF vom 19.2.1991 (ecolex 1991, 279). Die deutsche Rechtsprechung decke sich mit der herrschenden Lehre in Österreich. Beim Handel mit anderen Sachen würde der "Gewerbebegriff" sehr weit ausgelegt.

In den Jahren 1993 und 1994 seien (zusammen) immerhin 54 An- und 29 Verkaufsakte getätigt worden. Insgesamt seien in beiden Jahren Wertpapierumsätze in der Höhe von 14.097.333,22 S erzielt worden. Der Wertpapiereinkauf habe zusammen sogar 32.644.724,39 S betragen. Zum 31.12.1994 seien Fremdmittel in der Höhe von 19.820.747,97 S eingesetzt worden. Der Großteil der Wertpapiere sei kurzfristig in der Absicht der Erzielung von Kursdifferenzen umgesetzt worden. Die Fruchtnießung (Dividendenrträge), welche für die

private Vermögensverwaltung typisch sei, wäre ganz im Hintergrund gestanden. So seien im Berufungszeitraum nur insgesamt 140.457,28 S Dividendenerträge erzielt worden.

Auch die Feststellung der BP, dass der Großteil der Wertpapiere gegen Ende des jeweiligen Wirtschaftsjahres angeschafft und zu Beginn des folgenden Wirtschaftsjahres veräußert worden sei, könne an der gewerblichen Beurteilung des gegenständlichen Wertpapierhandels nichts ändern. Es sei nämlich festzuhalten, dass auf Grund langfristiger Beobachtungen die Wertpapierkurse im Dezember am meisten anstiegen und auch im Jänner die Kursentwicklung noch erfreulich sei. Erst im Februar stagnierten in der Regel die Börsenkurse. Der vorliegende Wertpapierhandel sprengt darüber hinaus rein technisch die Möglichkeit einer exakten Ermittlung der Einkünfte aus Spekulationsgeschäften (Zuordnung der Aufwandszinsen), was als weiteres Indiz dafür zu werten sei, dass der gegenständliche Handel als gewerblich einzustufen sei.

Die Berufung wurde vom Finanzamt mit Berufungsvorentscheidung vom 3.2.1998 als unbegründet abgewiesen. Danach habe der VwGH in seiner jüngsten Rechtsprechung zum sogenannten "gewerblichen Wertpapierhandel" folgendes festgehalten:

*"Eine Tätigkeit, die selbständig, nachhaltig, mit Gewinnabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unternommen wird, ist erst dann gewerblich, wenn sie den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet. Dies ist dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Ausmaß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wie sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht."*

*Bei der Verwaltung von Wertpapierbesitz gehören Umschichtungen von Wertpapieren, somit Kauf und Verkauf durch Einschaltung von Banken, grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung. Bei Wertpapieren liegt es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren. Bei der Einschaltung von Banken (als Kommissionäre für den An- und Verkauf von Wertpapieren) ist die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt möglich. Sie deutet daher für sich allein ebensowenig auf das Vorliegen eines Gewerbebetriebes wie eine Fremdfinanzierung von Wertpapieranschaffungen (wenngleich es sich dabei um ein Indiz für Gewerblichkeit handeln mag). Im Bereich der Wertpapiergeschäfte spricht ein Umfang von jährlich (jeweils) unter 30 An- und Verkäufen nicht für einen Gewerbebetrieb. Auf den Umstand, dass die An- und Verkäufe um den Jahreswechsel konzentriert sind, kommt es in einem solchen Fall nicht mehr an (Erk. v. 29.7.1997, 96/14/0115)."*

*Die Entscheidungsgründe des angeführten VwGH-Erkenntnisses seien auch im vorliegenden Fall zutreffend, da die Tätigkeit gleichartig ausgeübt worden sei.*

Mit Schreiben vom 26.2.1998 wurde der Antrag gestellt, die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorzulegen.

Die Bw. brachten im Schreiben vom 18.5.1998 ergänzend vor, dass der vorliegende Fall aus folgenden Gründen in keiner Weise mit der vom VwGH mit Erkenntnis vom 29.7.1997, 96/14/0115, entschiedenen Causa vergleichbar sei:

Für die Beurteilung der Gewerblichkeit des gegenständlichen Wertpapierhandels sei zunächst schon der Umstand von Bedeutung, dass es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handle. Es könne nicht von der Hand gewiesen werden, dass es zum Zwecke einer reinen Vermögensverwaltung unüblich sei, sich mit anderen Personen in einer Gesellschaft zusammenzuschließen und gemeinsam Wertpapiere anzuschaffen.

Im zu beurteilenden Fall sei der Handelstätigkeit überdies eine ganz andere Intention als die Vermögensveranlagung zugrunde gelegen:

Seit Beginn der Neunziger Jahre habe sich der Gesellschafter L. intensiv mit dem Wertpapiergeschäft beschäftigt. Dieser Umstand sei einem bestimmten Personenkreis nicht verborgen geblieben. In der Folge sei es zur Gründung von drei Gesellschaften bürgerlichen Rechts gekommen, bei denen L. jeweils als Mitgesellschafter beteiligt sei. Darüber hinaus betreibe L. noch im Rahmen einer GmbH einen Handel mit Wertpapieren in einem großen Umfang. Die Gründung von "Mitgesellschaften" hätte insbesondere eine Risikostreuung bewirkt. L. profitiere aber auch von den Informationen der beteiligten Mitgesellschafter. L. bringe nicht nur sein hervorragendes Fachwissen auf dem Gebiet des Wertpapiergeschäfts in die Gesellschaften ein, sondern könne vor allem seine technischen Einrichtungen zur Verfügung stellen. Durch die Informationssysteme Reuters und Bloomberg habe L. stets Zugriff auf die aktuelle Entwicklung aller wichtigen Börsen und anderer Wirtschaftsdaten gehabt. Außerdem sei es ihm möglich gewesen, zu jeder Tages- und Nachtzeit Aufträge für Wertpapiergeschäfte zu geben (N.N. Bank - London overnight desk).

Für die Wertpapiergeschäfte sei L. bis 1993 ein Büro in der Fa. H. AG in K. zur Verfügung gestanden. Nachdem sich L. vom Tagesgeschäft der H. AG zurückgezogen habe, sei der Wertpapierhandel vorübergehend in seinem Haus in K. ausgeübt worden. Ab 1995 verfüge L. für die Geschäfte der diversen Wertpapierhandelsgesellschaften, an denen er beteiligt sei, über ein eigenes Büro in K.

L. sei phasenweise hauptberuflich mit dem Wertpapiergeschäft befasst gewesen und habe täglich mehrere Stunden für die Beobachtung der Börsenentwicklung, Erteilung der Kaufaufträge, Setzung der Limits usgl. aufgewendet. Eine Wochenarbeitszeit von 4 bis 6 Stunden sei auf alle Fälle überschritten worden (vgl. Neuber, ÖStZ 1998, 100).

Was nun die vorliegende Mitunternehmerschaft betreffe, sei festzuhalten, dass es seit der Gründung dieser Gesellschaft im Dezember 1993 mindestens eine wöchentliche Zusammenkunft der Gesellschafter gegeben habe, in der besprochen worden sei, ob, welche und in welchem Ausmaß Wertpapiertransaktionen durchgeführt werden sollten, wobei L. großteils die Ausführung der Geschäfte übertragen worden sei.

L. habe daher auch im Rahmen der vorliegenden Mitunternehmerschaft technische Einrichtungen benutzt, wie sie in einer Großbank auf dem Sektor des Wertpapier- und Devisenhandels genutzt würden. Sämtliche Wertpapiergeschäfte der gegenständlichen Gesellschaft seien daher ausschließlich auf Grund eigener gewerbsmäßiger Überlegungen der Gesellschafter erfolgt und nicht etwa über Vorschlag von bankmäßigen Anlageberatern. Eine Vermögensverwaltung scheide begrifflich allein deshalb aus, weil zu Beginn der Gesellschaft kein zu verwaltendes Vermögen vorhanden gewesen sei.

Nachdem die Wertpapiertätigkeit in den ersten Jahren ständig an Volumen zugenommen habe, seien die Geschäfte in die WP GmbH&CoKG überführt worden, um insbesondere auch

Dritten gegenüber die Gewerbsmäßigkeit besser darstellen zu können. Um der Abgabenbehörde eine Vorstellung vom Umfang der Wertpapiergeschäfte zu geben, welche von Herrn L. abgewickelt wurden, werde eine Aufstellung der Anzahl der im Rahmen der B.I. GmbH abgewickelten Transaktionen und der Umsätze vorgelegt. Im Hinblick auf diese Zahlen könnte nicht ernsthaft behauptet werden, dass sich L. hinsichtlich seiner Wertpapieraktivitäten im Bereich der privaten Vermögensverwaltung befindet.

Aber auch bei der Bw. allein seien im Jahre 1994 37 Wertpapiereinkäufe um insgesamt 18.671.326,68 S getätigt und ein Umsatz in der Höhe von 12.125.875,94 S im Rahmen von 67 Wertpapierverkäufen erzielt worden. Auch seien nicht nur in- und ausländische Aktien an- und verkauft worden. Es sei auch ein umfangreicher Handel mit verschiedenen Optionen betrieben worden.

Im Hinblick auf die oben gemachten Ausführungen träten auch besondere Umstände hinzu, welche zwingend zur Annahme der Gewerblichkeit der zu beurteilenden Tätigkeit führen, sodass auch das Erkenntnis des VwGH vom 25.2.1998, 98/14/0005, zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen könne, wobei nochmals das Vorhandensein eines eigenen Büros und die professionelle Infrastruktur ins Treffen geführt werde. Auch sei in Bankkreisen und bei Geschäftsfreunden bekannt gewesen, dass L. und die A. und Mitgesellschafter Börsengeschäfte tätigen, auch wenn es schlussendlich auf Grund der zunehmenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich der steuerlichen Behandlung des Wertpapierhandels nicht mehr dazu gekommen sei, dass auch Geschäfte für Dritte abgeschlossen werden.

Die Argumentation, dass bei der Einschaltung von Banken als Kommissionäre für den An- und Verkauf von Wertpapieren die für die Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Kaufpreises und auf die einzelnen Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt möglich sei, sei verfehlt. Beim An- und Verkauf von Wertpapieren über die Börse könne grundsätzlich nur durch die Setzung von Limits Einfluss auf den Preis genommen werden, was in der Regel auch durch die Bw. geschehen sei. Es könne daher aus diesem Argument der Behörde nichts gewonnen werden. Vielmehr sei von Bedeutung, dass der An- und Verkauf von Wertpapieren auf Grund eigenständiger Überlegungen und Entscheidungen der Gesellschafter der Bw. erfolgte und nur aus börsenrechtlichen Gründen Banken für die technische Abwicklung der einzelnen Geschäfte eingeschaltet werden mußten.

Es sei somit festzuhalten, dass der vorliegende Fall keinesfalls mit den bisher vom VwGH entschiedenen Fällen verglichen werden könne (vgl. ÖStZ 1998, 170 ff.). Zu berücksichtigen sei auch die bisherige Rechtsprechung zum Grundstückshandel.

Mit Schreiben vom 1.7.1998 wurde der Beweisantrag gestellt, die Geschäftsräumlichkeiten der Bw. in K. einschließlich der gesamten Büroinfrastruktur (EDV-Hard- und Software) zu besichtigen. Der (beantragte) Augenscheinbeweis würde insbesondere der Feststellung der Tatsache dienen, dass die Wertpapierhandelstätigkeit der Bw. sich auch nach ihrer Art deutlich von einer bloßen Vermögensverwaltung unterscheide. Eine Besichtigung des Gebäudes von außen erscheine nicht ausreichend.

Mit Berufungsentscheidung vom 13.7.1998 wies die Finanzlandesdirektion für Tirol (als damals zuständige Berufungsbehörde) die Berufung als unbegründet ab.

Die angeführte Rechtsmittelentscheidung wurde in der Folge vom Verwaltungsgerichtshof mit Entscheidung vom 2.7.2002, 98/14/0223, wegen Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde aufgehoben. Da diese Entscheidung sowohl der Bw. als auch der Amtspartei bekannt ist, wird zur Vermeidung umfangreicher Wiederholungen auf die Wiedergabe verzichtet.

Mit Bescheid vom 10.9.2002 wies die Finanzlandesdirektion für Tirol die Berufung als unzulässig zurück , wobei hinsichtlich der Entscheidungsgründe ebenfalls auf die angeführte Entscheidung verwiesen wird.

Der am 24.9.2002 ausgefertigte Bescheid des Finanzamtes Kufstein brachte in seinem Spruch wiederum zum Ausdruck, dass hinsichtlich der Jahre 1993 und 1994 "die Einkünfte nicht gemäß § 188 BAO festgestellt" werden. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der (erklärte) Wertpapierhandel zur privaten Vermögensverwaltung gehöre (wobei auf den BP-Bericht vom 30.1.1997 verwiesen wurde) und für die verbleibenden Spekulationseinkünfte eine Feststellung gemäß § 188 BAO nicht vorgesehen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die nunmehrige Berufung, in der die Bw. die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die erklärungsgemäße einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte (Verluste) gem. § 188 BAO beantragt.

Hinsichtlich der Begründung verweist die Bw. auf die in der gegenständlichen Angelegenheit bisher eingebrachten Schriftsätze und bringt ergänzend vor :

Die Abgabenbehörden seien bisher kaum auf die Besonderheiten des gegenständlichen Falles eingegangen, welche den vorliegenden Wertpapierhandel von ähnlichen Tätigkeiten unterscheiden, welche vom VwGH als vermögensverwaltend beurteilt wurden (VwGH 29. 7. 1997, 96/14/0115 und VwGH 25. 2. 1998, 98/14/0005). Es sei kein schlagkräftiges Argument dafür vorgebracht worden, dass der Zusammenschluss mehrerer Personen zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Verwaltung von Wertpapieren nicht ungewöhnlich ist. Zwar gebe es auch vermögensverwaltende Gesellschaften, jedoch spreche im gegenständlichen Fall die Gründung einer GesnbR für das Vorliegen eines gewerblichen Wertpapierhandels. Hätten die Bw. nur eine Verwaltung von eigenem Vermögen im Auge gehabt, wäre der gesellschaftliche Zusammenschluss völlig unnötig gewesen. Tatsächlich habe der Gesellschafter L. sein Know How im Wertpapierbereich eingebracht, während die finanzielle Potenz der beiden anderen Gesellschafter für die Kreditwürdigkeit der gegenständlichen Gesellschaft förderlich und für Herrn L. damit auch eine erhebliche Risikostreuung verbunden gewesen sei. Durch die ausgezeichneten Kontakte aller drei Bw zum Banken- und Wirtschaftsbereich und die Verknüpfung der im Rahmen dieser

---

Verbindungen gewonnenen Informationen seien die Erfolgsaussichten der Wertpapiergeschäfte wesentlich verbessert worden.

Auch das zuweilen hauptberufliche Engagement des Gesellschafters L. im Wertpapiergeschäft entspreche nicht dem Bild einer bloßen Vermögensverwaltung. Gegen die Annahme einer Vermögensverwaltung spreche auch die technische Ausstattung. Die mit der raschen Umschichtung der Wertpapiere verbundenen Kosten stellten ein Argument für die Gewerblichkeit der beurteilungsgegenständlichen Tätigkeit dar, weil sie von einem Vermögensverwalter, welcher nicht die Erzielung rascher Kursgewinne im Auge hat, wohl nicht in Kauf genommen würden. Im Hinblick auf die äußereren Umstände sei bei der Tätigkeit der gegenständlichen GesnBR somit nicht von einer bloßen Vermögensverwaltung auszugehen. Der berufungsgegenständliche Wertpapierhandel unterscheide sich deutlich von den vom VwGH als Vermögensverwaltung eingestuften Tätigkeiten.

Schließlich sei zu prüfen, ob durch die Unterstellung des vorliegenden Wertpapierhandels unter die private Vermögensverwaltung der An- und Verkauf von Wertpapieren in unzulässiger Weise erschwert und damit auch der Zugang zum Kapitalmarkt und zur Börse erheblich behindert wird. Privatpersonen und Personengesellschaften, welche Wertpapiergeschäfte betreiben, hätten im Hinblick auf die von der Abgabenbehörde im Bezug auf die Gewerblichkeit vertretene Rechtsauffassung nur die Möglichkeit, innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist überhaupt keine Wertpapiergeschäfte zu tätigen oder in Kauf zu nehmen, dass die Gewinne aus den Wertpapiergeschäften voll versteuert werden und Verluste steuerlich unbeachtlich bleiben. Dadurch werde die Ausübung des Wertpapierhandels wesentlich beeinträchtigt, was gegen die europarechtlich garantierten Freiheiten der Erwerbstätigkeit und des Kapitalverkehrs verstöße.

Weiters sei die überaus lange Verfahrensdauer zu beanstanden. Über einen bereits in den Jahren 1993 und 1994 entstandenen Steueranspruch sei erst mit Bescheid vom 24. 9. 2002 rechtswirksam abgesprochen worden. Die überlange Verfahrensdauer und die dadurch bedingte Rechtsunsicherheit mache eine vernünftige wirtschaftliche Disposition unmöglich. Im vorliegenden Fall habe der gegenständliche Wertpapierhandel eingestellt werden müssen, weil es zu keiner zeitnahen Entscheidung über die steuerliche Behandlung gekommen sei.

Außerdem erscheine die rechtliche Beurteilung eines bereits in den Jahren 1993 und 1994 verwirklichten Sachverhaltes im Jahre 2002 äußerst problematisch, da ergänzende Beweisaufnahmen kaum mehr möglich seien. Im Hinblick darauf, dass sich die der Entscheidung zugrundeliegende Betriebsprüfung im wesentlichen nur mit der Anzahl der Wertpapiergeschäfte befasst habe, gewinne dieser Umstand besondere Relevanz. Somit sei davon auszugehen, dass sich die lange Verfahrensdauer auch auf den Verfahrensausgang wesentlich auswirken könne (Rs. C-185/95 P).

Weiters sei festzuhalten, dass dem Abgabepflichtigen nach der Entstehung des Steueranspruches am Ende eines jeden Kalenderjahres grundsätzlich eine Frist von nur drei Monaten zur Abgabe der Einkommensteuererklärung gesetzt sei, wobei die Frist im Falle der Vertretung durch einen Steuerberater auf höchstens 15 Monate ausgedehnt werden könne. Der Abgabepflichtige habe ein natürliches und auch beispielsweise im Artikel 6 Abs. 1 EMRK verankertes Recht, dass die Abgabenbehörde innerhalb angemessener Frist Entscheidungen trifft. Bei Verwaltungsbehörden sei gemäß § 73 AVG allgemein die Verpflichtung normiert, dass ein Anliegen bescheidmäßig innerhalb von sechs Monaten zu erledigen ist. Die Erklärung über die Feststellung der Einkünfte für den gegenständlichen Wertpapierhandel und die Einkommensteuererklärungen der Bw. seien für die Jahre 1993 und 1994 fristgerecht eingebracht worden. Die Bw. hätten daher das Recht, dass hinsichtlich ihrer Erklärungen innerhalb angemessener Frist eine bescheidmäßige Erledigung erfolgt. Mit dem

angefochtenen Bescheid greife die Steuerbehörde nach acht bzw. neun Jahren nach dem Ende des jeweiligen Kalenderjahres in diese Steuererklärungen dahingehend ein, dass sie einen Teil bzw. das Ergebnis der erklärten Einkünfte bzw. Verluste aus dem Wertpapierhandel mit der Begründung nicht berücksichtigt, dass keine Gewerbsmäßigkeit des Wertpapierhandels gegeben sei. Diese Vorgangsweise sei gesetz- und verfassungswidrig und verstöße auch gegen die Bestimmungen der EMRK. Ein Staat, der nicht in der Lage ist, innerhalb angemessener Fristen (in einem Steuerverfahren im toleritesten Fall innerhalb von fünf Jahren) eine rechtskräftige Entscheidung herbeizuführen, habe das Recht verwirkt, in die Steuererklärungen einzutragen, es sei denn, dass Umstände gegeben seien, die eine frühere Entscheidung nicht möglich gemacht hätten. Derartige Hinderungsgründe seien im gegenständlichen Fall jedoch nicht gegeben. Verzögerungen wie im gegenständlichen Fall, die ausschließlich auf Versäumnisse staatlicher Organe zurückzuführen seien, habe ausschließlich der Staat zu verantworten. Er habe damit sein Recht auf bescheidmäßige Feststellungen, welche von den Erklärungen der Normunterworfenen abweichen, verwirkt. Dies müsse insbesondere bei Behördenverfahren gelten, welche die Auslegung oder Beurteilung von steuerrechtlich relevanten Sachverhalten zum Inhalt haben, die wie im gegenständlichen Fall kontroversiell beurteilt werden können. Die Abgabenbehörde sei daher verpflichtet, bei den Bw. mit den Einkommensteuererklärungen konforme Bescheide zu erlassen. Jede andere Vorgangsweise sei gesetz- und verfassungswidrig (VfGH B4/01 u.v.a.m.).

Die Vertreter der Bw. wiederholten anlässlich der auf Antrag der Bw. am 22.4.2004 durchgeführten Berufungsverhandlung das Vorbringen in der Berufungsschrift vom 24.10.2002 und brachten ergänzend vor:

Der EUGH habe in seinem Urteil Rs C-185/95 P (S 4 der Berufung) ausgeführt, dass sich eine überlange Verfahrensdauer nicht zum Nachteil des Rechtssuchenden auswirken darf.

Nach der GesnbR sei es zur Gründung der WP GmbH&CoKG gekommen, wobei man davon ausgegangen sei, dass sich neben den drei Bw. auch andere Personen am Wertpapierhandel beteiligen werden ("Quasipublikumsgesellschaft"). Im Hinblick auf die in der Folge eingetretene massive Rechtsunsicherheit sei man von diesem Vorhaben jedoch wieder abgerückt und habe die Wertpapierhandelstätigkeit eingestellt.

Um im sensiblen Bereich des Wertpapierhandels das Vertrauen der Kunden gewinnen zu können, seien ausreichende Vorbereitungshandlungen notwendig. Hierzu sei es erforderlich, dass das eigene Know How nachgewiesen wird. Dies sei nur möglich, wenn - wie im gegenständlichen Fall - zuerst erfolgreich eigene Wertpapiergeschäfte abgewickelt werden.

Dass für die Zukunft die Betreuung Dritter geplant war, sei aus der Umgrenzung in die WP GmbH&CoKG ersichtlich. Diese Umgrenzung habe auch der Haftungsbegrenzung gedient.

Nach der Setzung der notwendigen rechtlichen Schritte für die optimale Betreuung Dritter sei es zur steuerrechtlichen Unsicherheit gekommen. Im Hinblick auf die völlig offene Rechtslage sei man in der Folge aus Gründen der Seriosität nicht mehr an Dritte herangetreten.

Der Umstand, dass nur Eigengeschäfte abgewickelt wurden, stelle kein Indiz für eine bloße Vermögensverwaltung dar, da die überwiegende Anzahl der Gewerbetriebes ebenfalls ausschließlich Eigengeschäfte tätige.

Da Wertpapiergeschäfte heute per EDV über die großen Börsen abgewickelt werden, komme es auch nicht darauf an, von wo aus (Bauernhof, eigenes Geschäftslokal) die Geschäfte getätigt werden. Eine andere Ansicht würde die modernen Entwicklungen negieren.

Hervorzuheben sei auch, dass es betreffend das Jahr 1996 einen F-Bescheid des Finanzamtes Kufstein gebe, in dem entsprechend der eingereichten F-Erklärung Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von minus 8.760.- S festgestellt wurden (Verteilung von je einem Drittel auf die drei Gesellschafter). Dieser Bescheid sei nach wie vor aufrecht. Dieser Bescheid sei nach Auffassung der Bw. nicht versehentlich erlassen worden. Offenbar habe das Finanzamt die Dinge damals anders gesehen als heute. Der Umstand, dass das Finanzamt nichts unternommen hat, um diesen Bescheid aufzuheben (z.B. Wiederaufnahme des Verfahrens) spreche eindeutig dafür, dass das Finanzamt den Sachverhalt vor der Bescheiderlassung geprüft hat. Offenbar habe es innerhalb der Finanzverwaltung zur Frage der Abgrenzung gewerblicher Wertpapierhandel und Vermögensverwaltung keine einheitliche Rechtsauffassung gegeben.

Der Vertreter des Finanzamtes beantragte die Abweisung der Berufung und begründete seinen Antrag wie folgt :

Es werde auf die ständige Rechtssprechung des VwGH verwiesen, die auch auf den gegenständlichen Berufungsfall voll übertragbar sei.

Die vom VwGH in ständiger Rechtsprechung für die Einstufung als gewerblicher Wertpapierhandel geforderten Voraussetzungen (insbes. Handel auch für dritte Personen, entsprechende Anzahl an Transaktionen) seien im gegenständlichen Fall klar nicht gegeben, weshalb von einem gewerblichen Wertpapierhandel nicht die Rede sein könne.

Auch die Wahl der Rechtsform einer Mitunternehmerschaft (GesnbR) ändere daran nichts.

Hinsichtlich des von den Bw. als Indiz für die Gewerblichkeit ins Treffen geführten Büros führte der Vertreter des Finanzamtes aus, dass sich dieses im privaten Bauernhaus des L befunden habe, wo dieser der Schafzucht nachgegangen sei. Eine äussere Geschäftsbezeichnung (Hinweis auf Wertpapierhandel) habe es nicht gegeben.

Die erkläzungsgemäße Erlassung des F-Bescheides für das Jahr 1996 Bescheid v. 9.7.1998 sei wahrscheinlich versehentlich erfolgt. Es handle sich um einen sog. Soforteingabefall. Derartige Fälle seien nach der damaligen Organisation der Finanzämter grundsätzlich ohne Überprüfung veranlagt worden.

#### ***Der Senat hat erwogen:***

Wie der VwGH in seinen von den Bw. zitierten Erkenntnissen vom 29.7.1997, 96/14/0115, und vom 25.2.1998, 98/14/0005, ausgeführt hat, kann der An- und Verkauf von Wertpapieren unter Einschaltung von Banken nur unter besonderen Umständen, insbesondere wenn Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden und Dritten gegenüber - etwa im Weg der Unterhaltung eines einschlägigen Büros - Händlerdienste angeboten werden, einen Gewerbebetrieb darstellen.

Der Umstand, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und keine Tätigkeit einer Einzelperson handelt, stellt zwar in sachverhaltsmäßiger Hinsicht einen Unterschied zu den zitierten Beschwerdefällen dar, doch ergibt sich daraus in steuerrechtlicher Hinsicht noch keine abweichende Beurteilung des Sachverhaltes, weil selbst Personengesellschaften des Handelsrechts nicht in jedem Fall als Mitunternehmerschaft im Sinne des § 23 Z. 2 EStG 1988, sondern auch bloß "vermögensverwaltend" tätig werden

können. Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt es sich darüber hinaus um kein eigenständiges Steuersubjekt. Die im Rahmen einer solchen Tätigkeit erzielten Einkünfte sind einkommensteuerrechtlich unmittelbar den betreffenden Gesellschaftern zuzurechnen. Entscheidend ist sonach nicht die Rechtsform, sondern der Inhalt der entfalteten Tätigkeit (vgl. VwGH 26.5.1998, 98/14/0044).

Die Abwicklung der (Wertpapier-)Geschäfte erfolgte auch im vorliegenden Fall über Banken. Nach den Ausführungen des Schreibens vom 18.5.1998 sei jedoch geplant gewesen, Veranlagungen für Dritte (finanzkräftige Klienten aus dem Wirtschaftsleben) durchzuführen. Die Veranlagungen sollten aber nicht durch die Bw., sondern eine neu gegründete Personengesellschaft, nämlich die WP GmbH&CoKG erfolgen. Diese Gesellschaft wurde aber erst Mitte Februar 1996 in das Firmenbuch eingetragen (FN xxxx). Selbst wenn eine Handelstätigkeit für Dritte daher entfaltet worden wäre (nach dem Vorbringen der Bw. war die neu gegründete KG gezwungen, ihre Pläne auf Eis zu legen und den Wertpapierhandel weitgehend zu sistieren), hätte diese der vorliegenden Gesellschaft ebensowenig zugerechnet werden können wie - im übrigen - eine Vermögensveranlagung der B.I. GmbH, also einer Kapitalgesellschaft.

Die Bw. behaupten folglich auch gar nicht, dass sie in der Fa. H. AG, für die der Gesellschafter L. im Vorstand tätig gewesen ist, bzw. ab 1993 in K., X. 11, auf eine Art und Weise tätig geworden wären, dass die Übernahme von Händlerdiensten auf dem Wertpapiersektor nach außen erkennbar geworden wäre. Soweit im Schreiben vom 18.5.1998 (Seite 4) zum Ausdruck gebracht wird, dass ab 1995 - unter anderem für die Geschäfte der Bw. - ein "eigenes Stadtbüro" unterhalten worden sei, ist auf den Umstand zu verweisen, dass sich die Wohnung Top 21 des Objektes G im Streitzeitraum im Eigentum einer Kommanditgesellschaft (L.U. GmbH&CoKG ) befand und eine Tätigkeit der Bw. an diesem Standort - unbestritten (Tel. v. 24.6.1998 mit dem steuerlichen Vertreter)- in keiner Weise nach außen hin, d.h. für Dritte, ersichtlich geworden ist.

Die von den Bw. mit Schreiben vom 1.7.1998 beantragte Beweisaufnahme (Besichtigung der Büroräumlichkeiten in K. samt EDV-Infrastruktur) erscheint dem Senat aus nachstehenden Gründen entbehrlich:

Abgesehen davon, dass die genannten Räumlichkeiten in K. für die strittige Tätigkeit - wie ausgeführt - erst ab 1995 verwendet wurden, erweist sich deren Besichtigung auch noch aus anderen Gründen nicht als entscheidungserheblich. In Zweifelsfällen ist zu fragen, ob die Tätigkeit, die in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht (VwGH 29.7.1997, 96/14/0115).

Entscheidend ist somit das Auftreten des Abgabepflichtigen nach außen hin. Die Bw. sind aber nicht für Rechnung Dritter aufgetreten; sie haben auch nicht - etwa im Wege der Unterhaltung eines Dritten erkennbaren einschlägigen Büros - Dritten gegenüber Händlerdienste angeboten.

Es mag zutreffend sein, dass L. mit den ihm von Banken bereit gestellten Informationssystemen (auch in K.) über beste technische Einrichtungen verfügen konnte. Für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes ist dieser Umstand aber ebenso unmaßgeblich wie eine Antwort auf die Frage, ob der An- und Verkauf von Wertpapieren eigenständig oder erst nach Beratung bzw. Vorschlag von bankangestellten Anlageberatern erfolgte. Wenngleich L. mit dem "London overnight desk" die Möglichkeit geboten wurde, an den Entwicklungen der Devisenmärkte 24 Stunden täglich teilzunehmen und zu reagieren, mußte er zu diesem Zweck dennoch den "Devisenhandel" der N.N. Bank (in London) in Anspruch nehmen, weil ihm ein unmittelbarer Zugang zu diesen Märkten verschlossen war. Die Bw. sind zwar der Ansicht, dass die Behauptung der Abgabenbehörde ins Leere gehe, wonach bei einer Einschaltung von Banken (als Kommissionäre) die für eine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Kaufpreises und auf die einzelnen Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt möglich sei. Bei einem An- und Verkauf von Wertpapieren über die Börse könnte eine Einflussnahme auf den Preis der Papiere grundsätzlich nur über die Setzung von Limits erfolgen. Damit kann - nach Ansicht des Senates - zwar der Rahmen abgesteckt werden, in dem die An- und Verkäufe auftragsgemäß erfolgen sollen. Bei der Entscheidung, ob bestimmte Geschäfte in Auftrag gegeben werden, sind für den Kunden der Bank - im Unterschied zu Eigengeschäften des Institutes selbst - aber doch gerade jene Kosten von einer nicht zu unterschätzenden Bedeutung, die für die Inanspruchnahme der Dienste des Kommissionärs in Rechnung gestellt werden und die dessen Aufwendungen für den Zugang zu den Märkten sowie die Abwicklung der Geschäfte abgelten sollen.

Auch das anlässlich der Berufungsverhandlung von den Bw. zur Untermauerung ihres Standpunktes vorgetragene Argument, dass Handelsgewerbetreibende in der Regel ausschließlich Eigengeschäfte tätigen, geht nach Auffassung des Senates ins Leere, da die Tätigkeit des Wertpapierhandels – den Besonderheiten dieser Sparte Rechnung tragend - nur dann unter den Gewerbetriebsbegriff des § 23 Z. 1 EStG 1988 subsumiert werden kann, wenn die vorhin dargestellten besonderen Kriterien (insbes. auch Transaktionen für fremde Rechnung) erfüllt sind.

---

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass mit der Tätigkeit, die die Bw. in den Berufsjahren (1993 und 1994) entfaltet haben, - gemessen an deren Art und Umfang - kein Bild erzeugt wurde, das jenem entspräche, welches mit einem Gewerbebetrieb nach der Verkehrsauffassung verbunden ist (vgl. VwGH 29.7.1997, 96/14/0115), wobei aufgrund der unterschiedlichen Marktgängigkeit der betroffenen Handelswaren auch kein schematischer Vergleich mit einem sogenannten Grundstückshandel gezogen werden kann. So erfolgte im Dezember des Jahres 1993 - neben einigen Optionsgeschäften (welche nach den vorgelegten Ablichtungen von Bankbelegen auch nur mit "A. " abgerechnet wurden) - 18 An- und 4 Verkäufe von Wertpapieren (Beilagen zum Schreiben v. 29.12.1997). Im Jahre 1994 wurden 37 An- und 27 Verkäufe von Wertpapieren getätigt (die restlichen Positionen des Erlöskontos betreffen die Abwicklung von zumeist auch der Größenordnung nach kleineren Geschäften mit Futures). Der Wert der Wertpapierdepots zum 31.12. der Berufsjahre belief sich auf 12,317.851 S (1993) bzw. 18,653.330 S (1994), jener der Verbindlichkeiten zu denselben Stichtagen 12,276.216 S bzw. 19,820.747 S. Der Umstand, dass Wertpapiere mit Fremd- und nicht mit Eigenmitteln angeschafft werden, stellt zwar - wie der VwGH ebenfalls schon in seinem vorzitierten Erk. v. 29.7.1997 ausgesprochen hat - ein Indiz für die Gewerblichkeit einer Tätigkeit dar. Für sich allein vermag aber auch dieses Kriterium keine Einstufung als Gewerbebetrieb zu bewirken (siehe auch VwGH 25.2.1998, 98/14/0005).

Zu erwähnen ist weiters, dass der VwGH in seinen Entscheidungen vom 19.3.2002, 2000/14/0018, und vom 24.3.2004, 2000/14/0141, hinsichtlich der Abgrenzung zwischen gewerblichem Wertpapierhandel und bloßer Vermögensverwaltung die vorhin dargestellte Rechtsauffassung ebenfalls vertritt.

Auch der BFH vertritt die Auffassung, dass ein Handel mit Wertpapieren nur dann als gewerblich anzusehen ist, wenn er nach dem Gesamtbild der Verhältnisse und der Verkehrsanschauung (insbes. durch Tätigwerden für fremde Rechnung) jenem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer Vermögensverwaltung fremd ist (z.B. Urteil vom 30.7.2003, X R 7/99).

Hinsichtlich des anlässlich der Berufungsverhandlung von den Bw. als Argument für ihren Standpunkt ins Treffen geführten Bescheides des Finanzamtes Kufstein vom 9.7.1998 (Bescheid betreffend die Feststellung von Einkünften aus Gewerbebetrieb 1996) ist anzumerken, dass Gegenstand dieses Berufungsverfahrens ausschließlich die Jahre 1993 und 1994 sind. Der angeführte Bescheid vermag nach Auffassung der Senates für den Ausgang des gegenständlichen Berufungsverfahrens keinerlei Präjudizwirkung zu entfalten,

wobei es dahingestellt bleiben kann, ob der Bescheiderlassung eine Überprüfung der Sach- und Rechtslage durch das Finanzamt vorausgegangen ist oder nicht.

Hinsichtlich des in der Berufung behaupteten Verstoßes gegen EU-Recht (Freiheit des Kapitalverkehrs und der Erwerbsbetätigung) ist zu bemerken, dass diese Freiheiten zu rigide Tätigkeitszugangs – bzw. Ausführungsregeln verhindern sollen. Keinesfalls ist es den EU-Mitgliedsländern durch diese Freiheiten jedoch verwehrt, nationale Regelungen betr. die steuerrechtliche Behandlung von Spekulationsgewinnen bzw. – Verlusten zu erlassen. Im übrigen übersehen die Bw., dass der streitgegenständliche Feststellungszeitraum (1993 und 1994) vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union (1.1.1995) liegt.

Auch der von den Bw. erhobene Einwand, dass die Erlassung einer abweisenden Berufungsentscheidung im Hinblick auf die lange Dauer des gegenständlichen Verfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht mehr zulässig sei, kann der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen, da im Bereich des Abgabenrechts die Geltendmachung von Abgabenansprüchen nur durch die Festsetzungsverjährung zeitlich begrenzt ist. Feststellungsbescheide (bzw. Nichtfeststellungsbescheide) können jedoch ohne Bedachtnahme auf Verjährungsfristen erlassen werden (Ritz, Bundesabgabenordnung, Kommentar<sup>2</sup>, RZ 8 zu § 207 BAO und die dort zitierte VwGH-Judikatur).

Weiters ist den Bw. entgegen zu halten, dass der Verwaltungsgerichtshof - selbst wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK greifen sollte- gegen die Verzögerung der Erledigung der Berufung mit einer Entscheidung über eine Bescheidbeschwerde auch im Falle ihres Erfolges keine Abhilfe schaffen könnte (vgl. VwGH 28.1.2002, 2001/17/0143). Darüber hinaus übersehen die Bw., dass Abgabenangelegenheiten - nach ständiger Rechtsprechung des VwGH insbesondere zu § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG - nicht zu den "civil rights" im Sinne des Art. 6 EMRK gehören.

Zu der von den Bw. ins Treffen geführten Entscheidung des VfGH vom 5.12.2001, B4/01, ist zu bemerken, dass Gegenstand des angeführten Verfahrens eine unter Art. 6 Abs. 1 EMRK fallende Strafsache war. Die in dieser Entscheidung getroffenen Aussagen können jedoch auf den Bereich des Abgabenverfahrens - und damit auf den gegenständlichen Fall - nicht übertragen werden.

Es war somit wie im Spruch zu entscheiden.

Innsbruck, 26. April 2004