



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Maria Grohe und die weiteren Mitglieder Dr. Alexander Hajicek, Dr. Karl Stetter und Michael Schediwy-Klusek über die Berufung der Bw., nunmehr der XCF-GmbH, vertreten durch ABX_WTH-GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes X.Y. betreffend Umsatzsteuer für das Jahr 1994, Körperschaftsteuer für die Jahre 1993 und 1994 sowie Gewerbesteuer für das Jahr 1993 entschieden:

Die Berufung betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1993 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1993 bleibt unverändert.

Die Berufung betreffend Gewerbesteuer für das Jahr 1993 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid betreffend Gewerbesteuer für das Jahr 1993 bleibt unverändert.

Die Berufung betreffend Umsatzsteuer für das Jahr 1994 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid betreffend Umsatzsteuer für das Jahr 1994 bleibt unverändert.

Der Berufung betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1994 wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1994 wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den als Beilage ange- schlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Bei der Berufungswerberin (einer GmbH) bzw deren Rechtsvorgängerin (idF nur kurz Bw) fand eine abgabenbehördliche Prüfung statt. In ihrem über diese Prüfung erstatteten Bericht bzw in der Niederschrift über die Schlussbesprechung (idF nur kurz Bericht bzw Betriebsprüfungsbericht) trafen die Prüfer die unten näher dargestellten Feststellungen. Die Darstellung folgt im Bescheid den einzelnen Feststellungen.

Folgende Personen übten bei der Bw Organfunktionen aus:

Geschäftsführer	Beginn	Ende der Tätigkeit
D**** Sch***	24.9.1991	- 28.1.1992: Eintragung im FB
Mag. Ay*** W*****	24.9.1991	- 28.1.1992: Eintragung im FB
Gx*** U***	28.1.1992	- 23.6.1992: Eintragung im FB (Beschluss vom 2.4.1992)
Mag. Dr. W*** N***	23.6.1992: Eintragung im FB (Beschluss vom 2.4.1992)	- 27.11.1992: Eintragung im FB (Beschluss vom 14.10.1992)
Fx*** L***	27.11.1992: Eintragung im FB (Beschluss vom 14.10.1992)	- 16.4.1993
Dkfm. Dr. W***** Ä***	16.4.1993	- 28.12.1994
T*** Ax***	14.2.1994	- 28.12.1994

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 1.8.1994, eingetragen im Firmenbuch am 28.12.1994 erfolgte die Umwandlung der Bw in eine Aktiengesellschaft. Dkfm. Dr. W***** Ä*** und T*** Ax*** waren sodann Vorstände dieser Aktiengesellschaft.

Fx*** L*** war bereits seit Gründung Konsulent der Bw. In der Zeit vom 14.10.1992 (Eintragung im Firmenbuch am 27.11.1992) bis zum 16.4.1993 war er – wie dargestellt – deren Geschäftsführer, danach war er weiterhin als Konsulent für die Bw tätig. Einen schriftlichen Konsulentenvertrag gab es jedoch nach Angaben der Bw nicht (Seite 133 des Arbeitsbogens).

Im Jahr 1994 stellte die Bw von einem abweichenden Wirtschaftsjahr zum 30.6. auf das Kalenderjahr um. Der Veranlagungszeitraum für das Jahr 1994 reicht daher vom 1.7.1993 bis zum 31.12.1994.

Über die Berufung wurde erwogen:

A) Mantelkauf:

Die Bankhaus_Q_AG war Inhaberin einer Beteiligung an der (später in W AG umbenannten) A&B AG. Da aus diesen Aktien der A&B AG ein erheblicher Verlust zu erwarten war, wurde – um diesen Verlust nicht in der Bankhaus_Q_AG zu realisieren – als Auffanggesellschaft die Bw gegründet (vgl Aktenvermerk von Herrn N**** vom 19.2.1992: Verteiler DI H**** T**** [zu diesem Zeitpunkt Generaldirektor des R-Konzerns] betreffend „Im Haus erstellte Bilanzen des R-Konzerns“ [Seite 226 Aktenordner „AR-Protokolle R“]).

Die Aktien der A&B AG wurden zu diesem Zweck zunächst an die Bw übertragen und einige Monate später von dieser an eine andere Konzerngesellschaft weiterverkauft. Ankauf und Verkauf durch die Bw erfolgten dabei zu Börsekursen.

Im Einzelnen ereignete sich dabei Folgendes:

Mit Gesellschaftsvertrag vom **24.9.1991** wurde die Bw unter der Firma „B Beteiligungsgeellschaft mbH“ **gegründet**. Das Stammkapital betrug S 500.000,-. Die Q-Holding AG übernahmen eine Stammeinlage von S 495.000,-, die R_II_AG eine Stammeinlage von S 5.000,-. Als kollektiv zeichnungsberechtigte Geschäftsführer wurden D**** Sch*** und Mag. Ay*** W**** bestellt.

Gegenstand und Zweck des Unternehmens war laut Gesellschaftsvertrag: „Die Beteiligung an Gesellschaften und Unternehmungen sowie die Verwaltung dieser Beteiligungen, ausgenommen Bankgeschäfte. Die Gesellschaft ist jedoch auch berechtigt, solche Geschäfte durchzuführen, welche geeignet sind, den vorstehend umschriebenen Gesellschaftszweck zu ermöglichen oder zu fördern.“

Die Eintragung im Handelsregister erfolgte am 16.10.1991.

Das erste Geschäftsjahr war ein Rumpfwirtschaftsjahr und erstreckte sich von der Gründung bis zum 30.6.1992 (abweichendes Wirtschaftsjahr).

Am **25.9.1991** erwarb die Bw von der Bankhaus_Q_AG 50.000 Stück A&B Aktien um S 112.710.937,50.

Um diesen Aktienkauf zu finanzieren räumten die Q-Holding AG der Bw einen Kredit von S 53.100.000,- sowie Bankhaus_Q_AG der Bw einen Kredit von S 59.400.000,- ein.

Am **6.12.1991** verkaufte die Bw diese 50.000 Stück A&B Aktien um nunmehr S 25.700.000,- an die R_II_AG. Aus dieser Transaktion entstand für die Bw damit ein Verlust von S 86.960.937,50.

Ankauf und Verkauf der Aktien erfolgten zu Börsekursen.

Am **19.12.1991** deckte die Q-Holding AG den bei der Bankhaus_Q_AG aufgenommenen Kredit der Bw ab, indem sie einen Betrag von S 60.802.776,69 auf das bei der Bankhaus_Q_AG bestehende Konto der Bw überwies und diesen Kredit übernahm. Im Ergebnis hatte die Q-Holding AG damit per 19.12.1991 eine Forderung von S 88.152.776,69 gegen die Bw.

Mit Abtretungsvertrag (Notariatsakt) vom **20.12.1991** verkauften die Q-Holding AG ihre Stammeinlage von S 495.000,- und die R_II_AG ihre Stammeinlage von S 5.000,- jeweils gegen ein Abtretungsentgelt von je S 1,-- (insgesamt S 2,--) an Gx*** U***, einen fremden Dritten (vgl zB Seite 4 des Protokolls der 8. Aufsichtsratssitzung der R und R_II_AG vom 5.12.1991).

Mit **28.1.1992** (Eintragung im Firmenbuch) wurden die beiden bisherigen Geschäftsführer, D**** Sch*** und Mag. Ay*** W*****, abberufen und wurde der neue Alleingesellschafter Gx*** U*** zum Geschäftsführer bestellt.

Mit Gesellschafterbeschluss vom **2.4.1992** (Eintragung im Firmenbuch am 23.6.1992) wurde die Bestellung Gx*** U***s zum Geschäftsführer widerrufen und an seiner Stelle Mag. Dr. W*** N*** zum Geschäftsführer bestellt.

Mit dem Schreiben vom **28.4.1992** trat die Q-Holding AG ihre oben genannte Forderung gegen die Bw von S 88.152.786,96 zum Kaufpreis von S 100,- an Mag. Dr. W*** N*** ab.

Mit Schreiben vom **30.6.1992** unterbreitete der Geschäftsführer der Bw Mag. Dr. W*** N*** dem Alleingesellschafter Gx*** U*** das Anbot, ihm seine Forderung gegen die Bw von S 88.152.786,96 um ein Abtretungsentgelt von S 100,- abzutreten, wobei dieses Anbot bis zum 31.12.2020 gilt.

Ebenfalls mit Schreiben vom **30.6.1992** gewährte Gx*** U*** der Bw zur Abdeckung des Jahresfehlbetrages aus dem Rumpfwirtschaftsjahr 1991/92 einen verzinslichen Gesellschafterzuschuss von S 88.150.000,-, jedoch mit dem Vorbehalt, die bestehende Schuld erst auf Aufforderung durch die Bw zu begleichen.

Voraussetzung für die Bereitschaft von Gx*** U*** zum Erwerb bzw zur Übernahme der Geschäftsanteile der Bw war die ihm gemachte Zusage, er werde letztlich die Verbindlichkeiten der Bw von rund S 88 Mio selbst nicht tragen müssen (vgl die Ausführungen auf Seite 9 der Gegenäußerung vom 30.10.2002, wonach die Zusage des Abtretungsangebotes durch Mag. Dr. W*** N*** Voraussetzung für den Anteilserwerb durch Gx*** U*** war; sowie die Zeugenaussage des Gx*** U*** vom 3.7.2003: „Es war mir bewusst, dass die Gesellschaft überschuldet war. Das Geschäft sollte für mich kein Risiko bergen. Ich habe keine Haftungen für die bestehenden Verbindlichkeiten übernommen.“).

Am **14.10.1992** (Eintragung im Firmenbuch am 27.11.1992) wurde Mag. Dr. W*** N*** als Geschäftsführer abberufen und Fx*** L*** zum Geschäftsführer der Bw bestellt.

Dabei wurde weiters

.) eine Änderung des Firmenwortlautes der Bw auf B.-C. Beteiligungs- und Vermögensberatungsgesellschaft mbH sowie

.) eine Änderung des Gegenstandes und Zwecks des Unternehmens wie folgt beschlossen:

„Die Beteiligung an Gesellschaften und Unternehmungen sowie die Verwaltung dieser Beteiligungen, ausgenommen Bankgeschäfte; die Ausübung der Gewerbe des Vermögensberaters, des Beraters in Versicherungsangelegenheiten, des Versicherungsmaklers und des Personalkreditvermittlers [neu]. Die Gesellschaft ist jedoch auch berechtigt, solche Geschäfte durchzuführen, welche geeignet sind, den vorstehend umschriebenen Gesellschaftszweck zu ermöglichen oder zu fördern.“

Anlässlich der Änderung des Unternehmensgegenstandes im Oktober 1992 bestand seitens der Bw die Absicht, zukünftig andere als bloß (gemäß § 6 Z 8 UStG 1972) unecht befreite Umsätze zu tätigen (vgl Vorhaltsbeantwortung der T-WTH GmbH – steuerlicher Vertreter der Bw [unterschrieben von Mag. Dr. W*** N***] – vom 30.7.1994 [Seiten 8f/1992 des Körperschaftsteueraktes], wonach dies dem Unternehmensgegenstand [zB Vermögensberatung] zu entnehmen sei).

Am **27.11.1992** erwarb die Bw von der L*** Beteiligungs GmbH 52.815 Stück Aktien der R. AG um S 60 Mio, wobei diese Aktien weiterhin von der L*** Beteiligungs GmbH verwahrt werden sollten. Es war vereinbart, dass diese Aktien jederzeit auf einseitiges Verlangen der Bw zum Kaufpreis zurückgegeben werden konnten, solange der Börsekurs unter dem Kaufpreis lag (vgl Seiten 260 f des Arbeitsbogens).

In einer Aktennotiz des Fx*** L*** vom **24.11.1992** mit dem Betreff: „LXY“ [Anm: offenbar L*** Beteiligungs GmbH], wird ausgeführt (vgl Seite 262 des Arbeitsbogens):

„Da die LXY kein Aktivgeschäft betreibt, ist es nicht möglich, die Zinsen zu zahlen. Aus diesem Grund wird das gesamte Aktienpaket der R. Aktien an die B.-C. [Anm: Bw] veräußert.

B.-C. hat laut Information ein entsprechendes Aktivgeschäft, sodass die Zinsen daraus bedient werden können.

Als Verkaufspreis wird ein Mittelwert zwischen Kurs- und innerem Wert (siehe blg. Substanzwertermittlung der R, geprüft von Prof. C**** und Dkfm. Tx*** anlässlich des Aktientausches) vereinbart.

Weiters wird festgestellt, dass die Aktien, so lange die Finanzierung von LXY bei der Raiffeisenbank nicht auf B.-C. übertragen werden kann, treuhändig bei der LXY erliegen. Es gilt als vereinbart, dass es Bestreben der B.-C. ist, Herrn Fx*** L*** raschest möglich aus seiner persönlichen Haftung zu entlassen.“

Die in dieser Aktennotiz als Beilage angesprochene Substanzwertermittlung datiert vom
24.9.1992.

Mit (sowohl auf Käufer- als auch auf Verkäuferseite von Fx*** L*** unterfertigter und von Gx*** U*** zustimmend zur Kenntnis genommener) Vereinbarung vom **5.1.1993** zwischen der Bw und Fx*** L*** (vgl Seiten 258 f des Arbeitsbogens) erwarb die Bw 48.497 Stück Aktien der R. AG. Als Preis wurde der Ultimo-Börsekurs vom 30.12.1992 von S 410,-- pro 1.000 Nominale, unter Verrechnung eines 25 %igen Risikoabschlages, somit S 307,50 festgesetzt. Fx*** L*** wurde eine nicht übertragbare Option zum Rückkauf dieser Aktien zu einem näher festgelegten Preis bis zum 31.12.2000 eingeräumt.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Bw von irgend einer Seite ein Optionsrecht zum Erwerb von R-Aktien oder von anderen Wertpapieren eingeräumt wurde.

Im Zeitpunkt des Erwerbes der Geschäftsanteile der Bw durch Gx*** U*** im Dezember 1991 sowie in der ersten Jahreshälfte 1992 bestanden keine über allgemeine, nicht näher konkretisierte Absichten hinausgehenden, konkret angebahnten Wertpapiergeschäfte in der Bw. Es existierten allenfalls diverse Wertpapierkonzepte.

Vorverträge (für Wertpapiergeschäfte) wurden weder vor der Übertragung der Geschäftsanteile an Gx*** U*** noch im Dezember 1991 oder in der ersten Jahreshälfte 1992 abgeschlossen.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass seitens der Geschäftsführung der Bw im Dezember 1991 oder in der ersten Hälfte des Jahres 1992 ein „Wertpapiertausch“ oder andere Wertpapiergeschäfte beabsichtigt waren.

Es lagen im Dezember 1991 keine bereits angearbeiteten Projekte (Wertpapiergeschäfte) vor, welche vom Erwerber der Geschäftsanteile übernommen werden konnten. Solche Projekte (Wertpapiergeschäfte) wurden auch in der ersten Jahreshälfte 1992 nicht begonnen.

Tatsächlicher Geschäftsgegenstand der Bw von ihrer Gründung bis zum Verkauf der A&B Aktien im Dezember 1991 war lediglich, als Auffanggesellschaft für die aus diesen Aktien zu erwartenden Verluste zu dienen. Die im Gesellschaftsvertrag als Unternehmensgegenstand angeführten Tätigkeiten (Verwaltung von Beteiligungen, Durchführung von Geschäften, die geeignet sind, den Gesellschaftszweck zu ermöglichen oder zu fördern) wurden tatsächlich, wie sich auch etwa aus dem Jahresabschluss der Bw zum 30.6.1992 ergibt, nicht ausgeübt.

Die von der Bw im November 1992 und im Jahr 1993 abgeschlossenen Wertpapiergeschäfte konkretisierten sich erst zu einem nicht mehr näher feststellbaren Zeitpunkt im Herbst 1992, vermutlich rund um den 24.9.1992 (Datum der Substanzwertermittlung) bzw den 14.10.1992

(Bestellung von Fx*** L*** zum Geschäftsführer der Bw – im Firmenbuch eingetragen am 27.11.1992).

Bei der Bw handelte es sich vom Abschluss der Transaktion mit den A&B Aktien bis über das Ende des ersten Wirtschaftsjahres zum 30.6.1992 hinaus **um eine leere Hülle**.

In dem von der T-WTH GmbH verfassten Jahresabschluss der Bw zum **30.6.1992** wird auf der Aktivseite (lediglich) folgendes Aktivvermögen ausgewiesen:

A. Umlaufvermögen

I. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände

1. Sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände

2701 Forderung Gx*** U***	S 88.150.000,00
3540 Zahllast Umsatzsteuer	S 5.730,00

In der Gewinn- und Verlustrechnung sind neben Aufwendungen für Steuern, Mietaufwand, Rechts- und Beratungskosten, Spesen des Geldverkehrs, Gebühren, Zinsen Bankdarlehen und -kredite und „anderen betriebl. Erträgen“ von S 0,36 unter

„3. Verluste aus dem Abgang von Finanzanlagen“ (lediglich) folgende Positionen ausgewiesen:

7160 Buchwert ausgesch. Anlagen	S 112.710.937,50
8380 Erlöse a. Wertpapierverkauf	S 25.750.000,00

Im (ebenfalls von der T-WTH GmbH verfassten) Jahresabschluss zum **30.6.1993** (dieser umfasst das Wirtschaftsjahr vom 1.7.1992 bis 30.6.1993) wird folgendes Aktivvermögen ausgewiesen:

A. Anlagevermögen

I. Sachanlagen

1. Bebaute Grundstücke und Bauten auf fremdem Grund

0170 Gebäude a. fremden Grundstück	S 2.970.000,00
------------------------------------	----------------

2. Werkzeuge, Betriebs- und Geschäftsausstattung

0400 Betriebs- u. Geschäftsausstattung	S 438.287,00
0500 Fuhrpark Pkw	S 437.500,00

II. Finanzanlagen

0800 Wertpapiere d Anlagevermögens	S 69.685.327,50
------------------------------------	-----------------

B. Umlaufvermögen

I. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände

1. Forderungen aus Lieferungen und Leistungen

2300 Kundenforderungen	S 276.000,00
------------------------	--------------

2. Sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände

2511 noch nicht abziehbare Vorsteuer	S 13.800,00
2600 Darlehensforderung R*** G.	S 125.000,00

2700 Sonstige Forderungen	S 337,68
2701 Forderung Gx*** U***	S 95.202.000,00
2702 Forderung OP. Beteilig.	S 500.000,00
3610 Verrechnung L*** Fx***	S 3.404.078,73
3643 S-F	S 2.400.000,00
3699 Wertberichtigung Forderungen	S 3.904.076,73-

In der Gewinn- und Verlustrechnung sind unter 8. Erträge aus dem Abgang von Finanzanlagen folgende Positionen ausgewiesen:

7170 Restbuchwert verk. Wertpapiere	S 5.227.500,00
8380 Erlöse a. Wertpapierverkauf	S 25.500.000,00

Weiters sind (neben Beträgen von S 120,00 und S 2,27) folgende Erträge ausgewiesen:

1. Umsatzerlöse

8000 Umsatzerlöse 20 %	S 1.581.106,42
8001 Umsatzerlöse 0 %	S 824.580,00
8410 Mieterträge 20 %	S 12.000,00

7. Zinsen- und Wertpapiererträge sowie ähnlichen Erträge

8500 Zinserträge	S 7.122.53,76
------------------	---------------

Im (teilweise schlecht kopierten) Protokoll der sechsten Aufsichtsratssitzung der R. AG (Seiten 3 f Aktenordner „AR-Protokolle R“) vom 19.9.1991 (anwesend Vorstand Dr. Jx*** Kx***, Fx*** L***, Mag. Ay*** W*****) wird nach Darlegung der wirtschaftlichen Situation der A&B OHG bzw der A&B AG ua festgehalten [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*]:

....

Weitere 50.000 Stück [Anm: gemeint offenbar: Weis & B. Aktien] sind zum Kurs 2.250 belehnt, somit S 112.000.000,-- ... ein Nominale von S 55.000.000,-- gegenübersteht. Über Befragen Dr. L**** ..lt Dr. Y**** fest, dass das Abwertungsrisiko S 50.000.000 beträgt. Zusätz... sind Probleme darin zu erblicken, dass die Werte der A&B AG schwer handelbar sind. Diese Aktien können jedoch, wenn auch schwer, bewältigt werden. Herr Dr. Y**** stellt fest, dass es notwendig ist, umgehend 50.000 Stück A&B Aktien um Kurs von 2.250 gegen Barzahlung zu verkaufen, da er andernfalls zwar nicht vor dem Konkurs, aber vor der Insolvenz steht. Dies deshalb, da großer Vertrauensschaden eintritt, wenn diesbezüglich keine klaren Aussagen getroffen werden können. Dies führt zu einer Geld-Linienkürzung und daher mit Sicherheit durch den damit notwendigen Kundenabbau zu einer Vernichtung des Wertes von Q.. Er ersucht daher den Eigentümer, dafür Sorge zu tragen, dass diese Wertpapiere abgenommen werden, um größeren Schaden zu verhindern. Herr Dr. Ü*** führt aus, dass auch seiner Meinung nach, aufgrund ausführlicher Überlegungen, dies als einzige aktuelle Möglichkeit erscheint. Nach ausführlicher Diskussion wird der einstimmige Beschluss gefasst, dass seitens R 50.000 Stück A&B AG Aktien zum Preis von 112.500.000,-- übernommen werden; dies jedoch unter zusätzlichen Auflagen und Maßnahmen, welche ehestmöglich durchgeführt werden müssen. Diese können von einem teilweisen bis gänzlichen Verkauf des Q.-Engagements einerseits, sowie andererseits einem gänzlichen Abbau des Wertpapierlombardgeschäftes im Bereich der anonymen Kunden, ohne persönliche Haftung oder sonstige Sicherheiten (neben den verpfändeten Wertpapieren) reichen.

Auf Basis dieses Grundsatzbeschlusses wird als Sprachregelung festgelegt, dass R öffentlich erklärt, 25 % der A&B AG von der Q.-Bank zu übernehmen, und zwar zu einem Preis von deutlich unter dem Börsenkurs (2.700). ...“

In einem Schreiben der Bankhaus_Q_AG vom **9.1.1992** an Dir. W**** (vgl Seite 888 des Arbeitsbogens) wird ausgeführt [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*]:

“....

3. Besicherung:

Mit Telefax vom 1.10.1991 hat und die R. AG ein Steuerguthaben von S 50 Mio still abgetreten, die R_II_AG ein Steuerguthaben von S 20 Mio. Die beiden Abtretungen waren mit nur einer Unterschrift gezeichnet und damit nicht rechtswirksam.

Mit Telefax vom 4.10.1991 wurden uns Steuerguthaben von insgesamt rd S 65 Mio auch nachgewiesen. Nachdem die fehlende Unterschrift mehrmals urgierter wurde (zuletzt aufgrund der Aufsichtsratssitzung vom 12.12.1991) langte bei uns eine rechtswirksame Verpfändung von nunmehr S 34,4 Mio ein. Eine vereinbarungsgemäße Verpfändung war nicht zu erlangen.

Trotzdem – oder gerade deswegen – befürworten wie die Umschuldung des Betrages von S 61 Mio von der B Beteiligungs GmbH [*Anm: Bw*] an die Q-Holding AG. Der Grund für die Befürwortung liegt darin, dass die B Beteiligungs GmbH ein substanzloser Mantel [*Anm: Hervorhebung nicht im Original*] ist, was aufgrund der nunmehr unzureichenden Besicherung zu Problemen geführt hätte, während die Q-Holding AG aufgrund der hier vorhandenen Substanz eher in der Lage erscheint, die Rückführung des Kreditobligos zu gewährleisten.“

In einem von Herrn N**** mit Datum **19.2.1992** mit dem Verteiler DI H**** T**** zum Betreff: „Im Haus erstellte Bilanz des R-Konzerns“ erstellten Aktenvermerk (vgl Seite 226 Aktenordner „AR-Protokolle R“) wird ausgeführt [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*]:

“....

3. Q-Holding AG

...

Erfolgsrechnung:

In der Erfolgsrechnung sind ÖS 88,1 Mio uneinbringliche Forderungen anzumerken. Diese Forderungsabwertung stammt aus folgender Transaktion. Die Bankhaus_Q_AG hält eine Beteiligung an der A&B AG die mittlerweile in W AG umbenannt wurde. Die W-Aktien fielen von ÖS 2.100,-- auf ÖS 500,--. Um diesen Verlust nicht in der Bankhaus_Q_AG zu realisieren wurde eine Auffanggesellschaft [*Anm: Hervorhebung nicht im Original*], die B GmbH gegründet [*Anm: Bw*]. Die B GmbH konnte von der Bankhaus_Q_AG W-Aktien im Werte von rund ÖS 12 Mio [*Anm: richtig wohl ÖS 112 Mio*] erwerben bzw übernehmen. Dieser Aktienkauf wurde durch ein Darlehen der Bankhaus_Q_AG an die B und durch ein Darlehen der Q-Holding AG an die B finanziert. Das Darlehen der Bankhaus_Q_AG betrug ÖS 60 Mio, das Darlehen der Q-Holding AG betrug ÖS 52 Mio. Die B realisierte den Verlust durch den Verkauf der W-Aktien an die AG II zum damaligen Tageskurs von rund ÖS 500,--. Die B war natürlich unfähig aufgrund der gegebenen Verlustsituation die ihr gegebenen Darlehen zu bedienen. Die Q-Holding AG erklärte sich bereit das Darlehen der Bankhaus_Q_AG an die B zu

übernehmen und ließ der B die Gesamtforderung die sich nun aus eigenem Darlehen und übernommenem Darlehen zusammensetzte nach. ..."

In einem von Mag. Ay*** W***** und Fx*** L*** unterfertigtem Schreiben der R_II_AG vom **26.5.1992** an die Bw zH Mag. Dr. W*** N*** wird ausgeführt [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*] (vgl Seiten 902 f des Arbeitsbogens):

„Ihre Gesellschaft

Sehr geehrter Herr Doktor,

Sie haben an uns die Anfrage gerichtet, welche Motive hinter der Gründung Ihrer Gesellschaft durch die R-Firmengruppe im September 1991 sowie hinter der Veräußerung des Geschäftsannteiles, der dem gesamten Stammkapital entspricht, an einen Außenstehenden [*Anm: Hervorhebung nicht im Original*] im Dezember 1991 gestanden sind.

Wie Sie wissen, verfügte die R-Firmengruppe im September 1991 - zum Teil aus dem Eigenbestand, zum Teil aus Pfandverwertungen der Bankhaus_Q_AG - über mehr als 50% der Aktien an der damaligen A&B Börsenmakler AG. Es bestand der Plan, nach dem konkursbedingten Ausfall der Vorstandsmitglieder He**** A und Ka*** B. tunlichst sämtliche Aktien der A&B Börsenmakler AG durch die R-Firmengruppe zu erwerben und sodann im Rahmen der Finanzdienstleistungen auch das Börsenmaklergeschäft auszuüben. Dies erschien uns deshalb möglich, weil nach unseren Informationen die Herren A&B ihnen gehörende Aktien der A&B Börsenmakler AG bei verschiedenen Kreditinstituten zum Pfand bestellt hatten, sodass wir den Erwerb dieser Aktien im Zuge der konkursbedingt zu erwartenden Pfandverwertung ins Auge fassten. Weiters nahmen wir an, dass diejenigen Banken, die im Eigenbestand Minderheitsanteile an der A&B Börsenmakler AG hielten, bei einer sich abzeichnenden Konzentration der Aktien in der R-Gruppe bereit sein würden, auch diese Eigenbestände an uns zu verkaufen.

Zur Abwicklung dieser Transaktionen ist Ihre Gesellschaft gegründet worden. Sie trägt deshalb auch den Namen "B" für "Börsenmakler" Beteiligungs GmbH. Es war daran gedacht, Ihre Gesellschaft nach dem Erwerb aller Anteile auf die A&B Börsenmakler AG zu verschmelzen, welche Vorgangsweise bekanntermaßen zur Herstellung der Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen, die aus dem Anteilserwerb resultieren, unter Bedachtnahme auf die Norm des § 12 Abs 2 KStG weit verbreitet und üblich ist.

Die Verwirklichung des zuvor beschriebenen Planes zerschlug sich jedoch im vierten Quartal 1991. Entgegen unseren ursprünglichen Erwartungen schlug der konkursbedingte Imageverlust der A&B OHG trotz der Namensänderung in W Börsenmakler AG auch auf die in keiner Weise konkursverfangene A&B Börsenmakler AG durch. Dieser Umstand sowie sich hartnäckig haltende Gerüchte über erhebliche Prozessrisiken der nunmehrigen W Börsenmakler AG, die - wie Sie wissen - aus unserer Sicht keineswegs gerechtfertigt erscheinen, führten insbesondere dazu, dass sämtliche Großkunden im vierten Quartal 1991 ihre Geschäftsbeziehungen mit der W Börsenmakler AG abbrachen. Eine Folge der beschriebenen Umstände war sodann der dramatische Verfall des Börsenkurses. An eine Übernahme der Börsenmakleraktivitäten der W Börsenmakler AG in die R-Gruppe als 100%ige Tochtergesellschaft der Q-Holding AG war nicht mehr zu denken, wollte man sich nicht der Gefahr aussetzen, dass der vorerwähnte Imageverlust auf die gesamte R-Gruppe durchschlagen würde. Angesichts dieser geänderten Rahmenbedingungen ging das Interesse der R-Gruppe in weiterer Folge dahin, jegliche Missinterpretation nach außen hin zu vermeiden, dass die R-Gruppe die Absicht gehabt hätte, die Übernahme des Börsenmaklergeschäfts der W Börsenmakler AG nach außen zu verschleiern. Aus diesem Grunde wurden die bereits an die B Beteiligungs GmbH [*Anm: Bw*] verkauften Aktien der W Börsenmakler AG im Dezember 1991 an die R_II_AG veräußert; in weiterer Folge wurde der Mantel Ihrer Gesellschaft an Außenstehende verkauft, um bei Offenlegung der Konzernstruktur zum Jahresultimo nicht unnötigen Erklärungsbedarf

bezüglich dieser nutzlos gewordenen Gesellschaftshülse zu haben [Anm: Hervorhebung nicht im Original].

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben und verbleiben mit freundlichen Grüßen“

In einem von Mag. Dr. W*** N*** unterfertigtem Schreiben der T-WTH GmbH vom **18.1.1995** an Dkfm. Ju*** Tx*** wird ausgeführt [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*] (vgl Seiten 904 ff des Arbeitsbogens):

„Gesellschafterzuschuss
an die B.-C. GesmbH [*Anm: Bw*]

Sehr geehrter Herr Kollege!

Im Zusammenhang mit der bei einem Ihrer Mandanten derzeit stattfindenden abgabenbehördlichen Prüfung haben Sie an uns als steuerlicher Vertreter der B.-C. Beteiligungs- und Vermögensberatungsgesellschaft mbH. [*Anm: Bw*] mit dem Sitz in Wien das Ersuchen gerichtet, die Beweggründe und näheren Umstände hinsichtlich der Gewährung eines Gesellschafterzuschusses an die B.-C. GmbH durch deren Alleingesellschafter Gx*** U*** in Höhe von S 88,150.000,00 näher zu erläutern.

Der gegenständliche Gesellschafterzuschuss wurde mittels des in Kopie anliegenden Schreibens am 30. Juni 1992 gewährt, wobei die Gewährung dergestalt erfolgte, dass Herr Gx*** U*** lediglich die Zusage gemacht hat, den Betrag von S 88,150.000,00 nach Maßgabe der Liquiditätserfordernisse der B.-C. GmbH dieser auf deren erste Aufforderung hin zuzuführen. Aufgrund dieser Zusage war es möglich, im Jahresabschluss zum 30. Juni 1992 der B.-C. GmbH eine Forderung gegen den Alleingesellschafter Gx*** U*** im Betrag von S 88,150.000,00 auszuweisen, wobei passivseitig erfolgsneutral eine Kapitalrücklage in derselben Höhe dotiert worden ist; diese Kapitalrücklage wurde sodann im Jahresabschluss zum 30. Juni 1992 aufgelöst, um den in diesem Jahresabschluss ausgewiesenen Jahresfehlbetrag auszugleichen und sohin nur einen Bilanzverlust von S 295.179,77 ausweisen zu müssen: Einzig und allein in der Vermeidung des Ausweises eines Bilanzverlustes in Millionenhöhe in diesem Jahresabschluss ist das Motiv für die gegenständliche Zusage des Alleingeschäftlers Gx*** U*** zu erblicken, hätte ein das Stammkapital signifikant übersteigender Bilanzverlust doch die Verwirklichung des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes und damit die Verpflichtung zur Anmeldung des Konkurses bedeutet; auf die diesbezügliche Bestimmung des § 67 Abs 1 KO darf hingewiesen werden.

Bekanntermaßen verfügt Herr Gx*** U*** über kein nennenswertes Einkommen oder Vermögen und ist keinesfalls in der Lage, einen Betrag von S 88,150.000,00 aufzubringen: Um nunmehr eine außerplanmäßige Abschreibung der gegenständlichen, aus der Zusage eines Gesellschafterzuschusses resultierenden Forderung im Jahresabschluss zum 30. Juni 1992 zu vermeiden, die ja wiederum einen Jahresfehlbetrag in dieser Höhe generiert hätte und damit dem Zweck der gegenständlichen Zusage zuwidergegangen wäre bzw sie ad absurdum geführt hätte, hat unser Geschäftsführer, Herr Mag. Dr. W*** N***, dem Herrn Gx*** U*** am 30. Juni 1992 angeboten, ihm seine Forderung gegen die B.-C. GmbH im Betrag von S 88,152.786,96 um ein Abtretungsentgelt von S 100,00 abzutreten; diese Forderung hatte Herr Dr. N*** am 28. April 1992 gleichfalls um einen Betrag von S 100,00 von der Q-Holding AG erworben. Das entsprechende Schreiben Drs. N*** an Herrn U*** liegt gleichfalls in Kopie bei. Durch dieses Abtretungsangebot wurde folgende Situation hergestellt: Würde Herr Gx*** U*** von der B.-C. GmbH zur Zuführung des zugesagten Gesellschafter-Zuschusses aufgefordert werden, könnte er das Abtretungsangebot Drs. N*** annehmen; damit stünden einander eine Forderung und eine Verbindlichkeit des Herrn Gx*** U*** gegenüber der B.-C. GmbH in annähernd gleicher Höhe gegenüber, so dass Herr U*** durch eine Aufrechnungserklärung beide Posten zum "Verschwinden" bringen könnte und damit seine

Verpflichtung zur Hingabe eines Gesellschafterzuschusses nicht durch Zahlung, sondern durch Kompensation erfüllt hätte. Durch das Abtretungsanbot Dris. N*** wurde also Herr U*** in die Lage versetzt, seine Zusage auf Gewährung eines Gesellschafterzuschusses zu erfüllen, sodass eine außerplanmäßige Abschreibung der entsprechenden Forderung im Jahresabschluss der B.-C. GmbH zum 30. Juni 1992 vermieden werden konnte. Bemerkt wird in diesem Zusammenhang, dass Herr U*** das Abtretungsanbot Dris. N*** bis dato deshalb nicht angenommen (und die Aufrechnung erklärt) hat, weil seitens der B.-C. GmbH bis dato an ihn noch nicht die Aufforderung gerichtet worden ist, die Zusage auf Leistung des Gesellschafterzuschusses auch zu erfüllen.

Dies bedeutet also im Ergebnis, dass die Forderung Dris. N*** gegen die B.-C. GmbH durch die Zusage des Herrn Gx*** U*** auf Gewährung eines Gesellschafterzuschusses in annähernd gleicher Höhe nicht etwa "wertvoller" geworden ist als sie dies im Erwerbszeitpunkt war; es konnte und kann nämlich sowohl nach den tatsächlichen Gegebenheiten (Vermögenslosigkeit des Herrn Gx*** U***) als auch nach den rechtlichen Verhältnissen (Möglichkeit der Annahme des Abtretungsanbotes Dris. N*** und Abgabe einer Aufrechnungserklärung zur Erfüllung der Zusage auf Gewährung eines Gesellschafterzuschusses) nicht damit gerechnet werden, dass Herr Gx*** U*** die Zusage auf Gewährung eines Gesellschafterzuschusses durch Zufuhr liquider Mittel an die B.-C. GmbH erfüllt. Die Forderung Dris. N*** gegen die B.-C. GmbH ist und bleibt damit aber ebenso wertlos wie sie dies zum Zeitpunkt des Forderungserwerbes (28. April 1992) angesichts der damals unzweifelhaft gegebenen buchmäßigen und wirtschaftlichen Überschuldung der B.-C. GmbH in Millionenhöhe gewesen ist.

Für Rückfragen in dieser Angelegenheit steht Ihnen, sehr geehrter Herr Kollege, unser Herr Dr. N*** jederzeit gerne zur Verfügung.

In der Hoffnung, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben, verbleiben wir mit vorzüglicher kollegialer Hochachtung“

Anlässlich einer bei der Q-Holding AG durchgeführten abgabenbehördlichen Prüfung führte deren steuerlicher Vertreter (A. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei) betreffend die Teilwertabschreibung der Kreditforderung an die Bw aus [*Anm: gekürzt; Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*] (vgl Seiten 907 ff des Arbeitsbogens):

„2. Abschreibung der Forderung an der B Beteiligungs GmbH [Anm: Bw]

2.1. Darstellung des Sachverhaltes

Bevor wir auf die von Ihnen angeforderten Unterlagen eingehen, erlauben wir uns nochmals den Sachverhalt betreffend die Darlehensgewährungen des Bankhauses_Q sowie der Q-Holding AG an die B Beteiligungs GmbH einzugehen.

Am 25. September 1991 wurden 50.000 Stück Aktien der A&B AG um den Börsenkurs von ATS 2.250 - insgesamt somit um ATS 112.500.000 - vom Bankhaus Q. an die B Beteiligungs GmbH [*Anm: Bw*] verkauft.

Die Finanzierung erfolgte durch ein Darlehen der Q-Holding AG von ursprünglich ATS 53.100.000 sowie durch ein Darlehen des Bankhauses_Q iHv ATS 60.802.776,69 (Differenzbetrag zum Kaufpreis incl. Wertpapierspesen und Sollzinsen). Das Darlehen des Bankhauses_Q wurde im Wege des Kontos der B Beteiligungs GmbH dadurch eingeräumt, als die B Beteiligungs GmbH den Debetsaldo nicht ausgleichen musste. Die Teilfinanzierung dieses Wertpapierkaufes durch das Bankhaus Q. geht auch aus dem Aufsichtsratsprotokoll des Bankhauses_Q vom 2. Dezember 1991 sowie dem Aufsichtsratsprotokoll des Bankhauses_Q vom 16. Dezember 1991 (hier insb. durch Hinweis, dass Darlehensschuldner - ausschließlich - die B Beteiligungs GmbH ist) hervor. Die Gewährung des Darlehens seitens des Bankhauses_Q

sollte ursprünglich von einer Sicherstellung (durch Abtretung von Finanzamtsforderungen) seitens der R. AG sowie der R_II_AG begleitet werden (vgl das Fax des Bankhauses_Q an Herrn Dir. W****). Wie sich aber auch aus diesem Schreiben ergibt, war eine „vereinbarungsgemäße Verpfändung nicht zu erlangen“. Wie sich ebenfalls aus dem Schreiben sowie aus den Aufsichtsratsprotokollen des Bankhauses_Q vom 2. Dezember 1991 sowie vom 16. Dezember 1991 ableiten lässt, kam es jedenfalls vor dem 16. Dezember 1991 zu überhaupt keiner Verpfändung (noch im Aufsichtsratsprotokoll vom 16. Dezember 1991 wird die Bestellung der Sicherheit urgiert). Aus den Unterlagen ergibt sich somit eindeutig, dass ausschließlich die B Beteiligungs GmbH Schuldnerin des Bankhauses_Q über den Betrag von ATS 60.802.776,69 war.

Die Forderung des Bankhauses_Q an die B Beteiligungs GmbH wurde am 19. Dezember 1991 an die Q-Holding AG abgetreten. Die Vereinbarung über die Forderungsabtretung wurde durch die tatsächliche Überweisung seitens der Q-Holding AG über den Betrag von ATS 60.802.776,69 erfüllt. Durch die Abbuchung des Betrages von ATS 60.802.776,69 vom Konto der Q-Holding AG beim Bankhaus Q. entstand gleichzeitig eine Verbindlichkeit der Q-Holding AG gegenüber dem Bankhaus Q..

Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass ursprünglich geplant war, über die B Beteiligungs GmbH sämtliche Anteile an der A&B Börsenmakler AG zu erwerben. Der konkursbedingte Imageverlust der A&B OHG schlug letztlich auch auf die A&B Börsenmakler AG durch, was schließlich auch dazu führte, dass sämtliche Großkunden im vierten Quartal 1991 ihre Geschäftsbeziehungen zur W Börsenmakler AG (umbenannt von der A&B Börsenmakler AG) abbrachen. Dies führte auch zu einem dramatischen Kursverlust bei den Anteilen dieser Gesellschaft. Damit zerschlug sich auch der Plan, die gesamte W Börsenmakler AG zu erwerben, da man ansonst Gefahr gelaufen wäre, dass der vorerwähnte Imageverlust auf die gesamte R-Gruppe durchgreifen würde. Um sich nicht dem Gerücht auszusetzen, die R-Gruppe wollte die Übernahme der W Börsenmakler AG verschleiern, erwarb die R_II_AG alle bisher bereits erworbenen Anteile zu einem Kurs von ATS 515,00 somit um insgesamt ATS 25.750.000 (50.000*515). Zur eingehenderen Darstellung des gesamten Vorganges vgl. das Schreiben der R_II_AG an die B Beteiligungs GmbH vom 26. Mai 1992 sowie die Geschäftsberichte der W Börsenmakler AG. Der Erwerb ist auch schriftlich aus der Wertpapierverkaufsabrechnung vom 6. Dezember 1991 ersichtlich. Diese aus dem Verkauf resultierende Kaufpreisforderung der B Beteiligungs GmbH an die R_II_AG iHv. ATS 25.750.000 wurde an die Q-Holding AG abgetreten sowie das Aufsichtsratsprotokoll der R_II_AG vom 5. Dezember 1991. Der Betrag wurde gegen einen Teil der gesamt aushaltenden Forderung der RH Holding aufgerechnet. Damit stellt sich die Forderung der Q-Holding AG gegenüber der B Beteiligungs GmbH nunmehr wie folgt dar:

Darlehen vom 25. September 1991	53.100.000,00
Übernommene Forderung des Bankhauses_Q vom 19. Dezember 1991	60.802.776,69
Von der B Beteiligungs GmbH abgetretene Forderung gegenüber der R_II_AG	<u>-25.750.000,00</u>
Noch aushaltend (Forderung Q-Holding AG gegenüber B Beteiligungs GmbH)	88.152.776,69

Da es sich ab diesem Zeitpunkt - nach dem Verkauf der Anteile an der W Börsenmakler AG an die R_II_AG - bei der B Beteiligungs GmbH um einen leeren Mantel [Anm: Hervorhebung nicht im Original] handelte und die Forderung als uneinbringlich anzusehen war, wurde die Forderung iHv. ATS 88.152.676,69 (88.152.776,69 abzüglich ATS 100) abgewertet und letztlich am 28. April 1992 um ATS 100 an Herrn Dr. N*** verkauft.

Ebenso wurde die – leere [Anm: Hervorhebung nicht im Original] - B Beteiligungs GmbH an einen Dritten (Herrn U***) mit Abtretungsvertrag vom 20. Dezember 1991 um insgesamt ATS 2,00 verkauft (vgl den Notariatsakt vom 20. Dezember 1991). Damit war ein Ausweis im

Konzernabschluss zum 31. Dezember 1991 nicht mehr notwendig, was auch konzernmäßig gewünscht war.

2.2. Offenzulegende Unterlagen

a) Darlehensurkunde über das Darlehen iHv. ATS 53.100.000 von der RH Holding an die B Beteiligungs GmbH

Eine schriftliche Ausfertigung der Darlehensvereinbarung zwischen der B Beteiligungs GmbH und der RH Holding wurde nicht vorgenommen. Die Darlehensvereinbarung wurde aufgrund der konzernalen Verbindung mündlich abgeschlossen. Die Vereinbarung hat aber durch die Überweisung auch nach außen hin ihren Niederschlag gefunden, sodass am Vorliegen der Darlehensvereinbarung kein Zweifel vorliegen kann. Eine schriftlich niedergelegte Vereinbarung ist für das zivilrechtliche Zustandekommen des Darlehensvertrages nicht erforderlich und bei konzernal verbundenen Unternehmen auch gar nicht üblich (vgl generell schon die rechtlich zulässige Vermeidung der Darlehensgebühr, wenn von einem schriftlichen Vertrag abgesehen wird (mit Ausnahme des Mutter-Tochter-Verhältnisses), da damit ein wesentlicher Kostenfaktor vermieden werden kann).

Das Unterbleiben eines schriftlichen Vertrages kann alleine dem Steuerpflichtigen auch nicht zur Last gelegt werden, da die Behörde stets den Sachverhalt im Interesse der Berücksichtigung der materiellen Wahrheit zu ermitteln hat (vgl § 115 BAO). Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, wenn im Verfahren die Einsicht gewonnen werden kann, dass das Vorliegen einer Tatsache einen hohen Grad des Zutreffens ihrer Ereignung hat (vgl *Stoll*, BAO-Kommentar, § 115 2 b). Dabei hat die Behörde auch alle Umstände zu beachten, die für das Vorliegen einer bestimmten Tatsache sprechen. Eine Tatsache ist nämlich stets dann als gegeben anzunehmen, wenn ein derart hohes Maß an Überzeugung vom Zutreffen eines Ereignisses erfüllt ist, dass für vernünftige, die Lebensverhältnisse überschauende Menschen kein Zweifel bestehen kann, die fragliche Tatsache habe sich ereignet und für alle anderen Möglichkeiten ein geringeres Maß an Überzeugung besteht (vgl *Stoll*, aaO). Die sachverhaltsbezogenen Folgerungen müssen schlüssig im Sinne der Denkgesetze sein.“

In einer „Aktennotiz vom **17.12.2001** führte Dr. G**** E****, Aufsichtsratsvorsitzender der R_I und der R_II_AG und Syndikus der R-Gruppe aus (vgl Seite 353 des Arbeitsbogens):

„Die B Beteiligungs GmbH [Anm: Bw] wurde über Auftrag der R. AG zum Zwecke des Ankaufes von A&B Aktien von meiner Kanzlei gegründet [Anm: Hervorhebung nicht im Original].

Als in dieser Gesellschaft durch den Kursverfall der A&B Aktien Verluste entstanden, wollte man diese durch anders gewinnbringende Wertpapiertransaktionen ausgleichen.

Auf Empfehlung des Wirtschaftsprüfers beschloss der Vorstand der R. AG im Dezember 1991 die Anteile an der B Beteiligungs GmbH aus dem R-Konzern auszugliedern und an einen fremden Dritten zu übertragen.

Ein Interessent wurde in der Person von Herrn Gx*** U*** gefunden. Dieser war jedoch angesichts der schlechten wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nicht bereit einen Kaufpreis zu bezahlen sondern nur mit einer unentgeltlichen Übernahme einverstanden.

Aus optischen Gründen wurde auf meine Empfehlung hin kein Schenkungsvertrag ausgefertigt, da dies meines Erachtens für eine börsennotierte Gesellschaft nicht tunlich ist. Deshalb wurde schließlich ein Abtretungsvertrag errichtet, der jedoch vom wirtschaftlichen Gehalt einer Schenkung gleichkam.

Auch nach Übertragung der Geschäftsanteile an Herrn U*** habe ich den für die R so wichtigen und bereits bei Anfall des Verlustes angedachten Wertpapiertausch bei dem der B eine wesentliche Rolle zugekommen ist, anwaltlich mitbetreut.“

In einer nicht unterfertigten „Aktennotiz“ vom **18.12.2001** führte Az*** Re*** aus (vgl Seiten 129 f des Arbeitsbogens):

„Gedächtnisprotokoll/Gewinnscheintausch

Ich war ab 1989 für die R. AG bei allen Tochtergesellschaften, die im Bereich Wertpapier tätig waren, ua auch für die B Beteiligungs GmbH [*Anm: Bw*], mit Wertpapiertransaktionen befasst. Ich wurde vor allem von Herrn VSTD Mag. Ay*** W***** für wertpapiertechnische, aber auch allgemeine Fragen konsultiert. Ab 1.1.1992 war ich auch für den neuen Vorstand DI H**** T**** als Assistent tätig.

Haupttätigkeitsbereich waren Maßnahmen zur Stabilisierung der Kurse, Gewinnmaximierung aus Wertpapiergeschäften und in weiterer Folge Verlustminimierung durch Wertpapierge- schäfte.

Die ersten signifikanten Verluste aus Wertpapiergeschäften entstanden aus den Kursverlusten bzw dem Zusammenbruch der Aktien der A&B AG.

Mit Beginn dieses Verlustes habe ich im Dezember 1991 den so genannten ‚Wertpapiertausch‘ erfunden, welcher dann 1992 tatsächlich durchgeführt wurde.

Im Rahmen des Wertpapiertausches war ich ab Dezember 1991 bis März 1993 für folgende Gesellschaften tätig,

R. AG

R_II_AG

Q-Holding AG

R Beteiligungs GmbH

S.-F. AG

S.-K. Unternehmensberatungs GmbH

B Beteiligungs GmbH

LXZ Finanzierungsplan GmbH

Diese äußerst komplexe Transaktion brachte ua auch für die B Beteiligungs GmbH Gewinne. Meine Tätigkeit beim Wertpapiertausch begann wie oa mit der Idee anlässlich der bei der B Beteiligungs GmbH entstandenen Verluste im Dezember 1991, der vollständigen Entwicklung des Tausches und endete mit dem Abschluss des Wertpapiertausches. Es wurden zahlreiche Varianten des Tausches entworfen und geprüft.

Meiner Erinnerung nach wurde die B Beteiligungs GmbH auch deshalb im Dezember 1991 verschenkt, da bereits zu diesem Zeitpunkt geplant war, R. Aktien zu erwerben und dies als Tochtergesellschaft der R. AG nach § 66 AG nicht möglich gewesen wäre, da diese das aktienrechtlich mögliche Ausmaß an eigenen Aktien bereits besessen hat bzw mit dem bereits im Dezember 1991 geplanten Ankauf überschritten hätte.

Ich habe, in Abstimmung mit den Organen der B Beteiligungs GmbH, sämtliche Tätigkeiten der B Beteiligungs GmbH abgewickelt.

Nach meiner Erinnerung und Kenntnis der B Beteiligungs GmbH war die äußerst aufwendige Mitentwicklung des Wertpapiertausches und die Beschaffung von diesbezüglich einsetzbaren Wertpapieren, unter Maßgabe der finanziell misslichen Situation der Gesellschaft, deren Haupttätigkeit während 1992.

Dazu lag bereits Anfang 1992 die Zusage von Herrn Fx*** L*** und der L*** Beteiligungs GmbH vor, Wertpapiere zu verkaufen. Dies war, trotz zahlreicher anderer Versuche, die einzige Möglichkeit, der Gesellschaft die entsprechenden Wertpapiere zu beschaffen, da praktisch keine freien liquiden Mittel zur Verfügung standen.

Da ich praktisch die gesamte Aktion für die B Beteiligungs GmbH durchgeführt habe, wurden sämtliche diesbezügliche Unterlagen von mir verwaltet.

Nach Beendigung der Aufbewahrungsfrist, wurden die Unterlagen Anfang 2000 anlässlich einer privaten Übersiedlung entsorgt.“

DI H**** T****, im Jahr 1992 Generaldirektor der R-Gruppe, führte in einer nicht datierten schriftlichen Stellungnahme aus (vgl Seite 94/1994 des Körperschaftsteueraktes):

„Betreff: Wertpapiertausch

Meine Tätigkeit als Vorstandsvorsitzender bei der R. AG begann mit 1.1.1992.

Bereits bei meinem Eintritt bestand das Bestreben und die Notwendigkeit, die verschiedenen Querverrechnungen der einzelnen Tochter- und Partnergesellschaften aufzulösen. Kurz nach Aufnahme meiner Vorstandstätigkeit informierte mich mein Assistent, Herr Az*** Re***, der bereits 1991 für die R Gruppe tätig war, über einen, laut seinen Angaben schon Ende 1991 im Konzept entwickelten Wertpapiertausch, der diese Zielsetzung erfüllen sollte.

Nach umfangreicher weiterer Bearbeitung wurde das Konzept schließlich im 3. Quartal 1992 mit dem Aufsichtsrat diskutiert und in weiterer Folge im 4. Quartal 1992 beschlossen. Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung konnte letztendlich im 1. Quartal 1993 eingeholt werden. In weiterer Folge wurde der Tausch auch durchgeführt. Es handelte sich dabei um eine sehr komplexe Transaktion, in welche zahlreiche Firmen und Banken eingebunden waren.

Da ich aus dem Vorstand der R. AG im 1. Quartal 1993 ausgeschieden bin, kann ich keine Information über den weiteren Verlauf des Tausches geben.“

Fx*** L***, im Jahr 1991 sowie bis 30.6.1992 Vorstandsmitglied und danach im Aufsichtsrat der R_I und der R_II_AG, erstattete mit Datum **5.11.2001** eine als Aktennotiz bezeichnete schriftliche Stellungnahme, in welcher er unter dem Betreff „Gedächtnisprotokoll“ ausführt (vgl Seite 871 des Arbeitsbogens).

„Ich habe mich bei sämtlichen Gesellschaften der R Gruppe bemüht, wirtschaftliche Missstände auszugleichen. Dies hat auch die B [Anm: Bw] und die X_AG betroffen.

Als Ende 1991 klar war, dass das ursprüngliche Konzept nicht aufging und mit 1.1. ein neuer Generaldirektor in der R Gruppe bestellt wurde, hat der Vorstand die für die R Gruppe wertlos gewordene GmbH veräußert. Man war damals interessiert, unnötigen Ballast abzuwerfen, die R Gruppe schlank zu machen und sich auf das Immobiliengeschäft zu konzentrieren.

Herr Dr. Ü*** ist aus dem Vorstand mit Ende 1991 ausgeschieden. Auch mein Ausscheiden war vorprogrammiert und ist mit 30.6.1992 tatsächlich auch erfolgt.

Ungeachtet dessen habe ich versucht, den bei B Ende 1991 entstandenen Verlust auszugleichen. Dies sollte insbesondere durch Wertpapiertransaktionen mit R Wertpapieren von statthen gehen, da wir dort eine große Diskrepanz zwischen Kurs und tatsächlichem Wert errechnet hatten. Dies wurde auch von Researchabteilungen der Banken erkannt, die ebenfalls den R.papieren hohes Wertsteigerungspotenzial attestierten. Die B sollte damals Aktien besorgen. Es wurde der Plan eines Wertpapiertausches entwickelt.

Diese sehr komplizierte Transaktion wurde ca Anfang Dezember 1991 entworfen und entwickelt (beginnend Ende 1991, erstes Quartal 1992) vom Vorstand aufgegriffen (zweites Quartal 1992) vom Aufsichtsrat diskutiert und beschlossen (drittes und viertes Quartal 1992) und letztendlich von der Hauptversammlung (erstes Quartal 1993) beschlossen und in der weiteren Folge umgesetzt.

Das Gelingen dieser Aktion war bis zu deren Abschluss ungewiss, doch hat die B aus dieser Transaktion hohe Gewinne erzielen können.

Neben diesen Geschäften wurden auch andere Wertpapiergeschäfte überlegt und versucht, konnten jedoch nicht realisiert werden.

Informationen dazu könnten auch Herr Az*** Re*** und Herr Dr. G**** E**** abgeben.“

Gx*** U*** erstattete eine mit **25.10.2001** datierte schriftliche Stellungnahme („Aktennotiz“), in welcher er ausführte [*Anm: Namen an die Darstellung dieses Bescheides angepasst*] (vgl Seite 128 des Arbeitsbogens):

„Betrifft: Übernahme B Beteiligungs GmbH (...) [Anm: Bw]

Über Anfrage von Dr. W***** Ä*** als Geschäftsführer der ... [Anm: Bw] teile ich mit.

Ich habe die Gesellschaft im Dezember 1991 unentgeltlich übernommen. In der Gesellschaft befanden sich nach Abwicklung des Wertpapiergeschäftes mit A&B Aktien auch bereits weitere angebahnte Geschäfte. Es war beabsichtigt und ausgearbeitet durch Wertpapierhandel die in diesem Bereich entstandenen Verluste auszugleichen. Insbesondere in Bezug auf diesen Wertpapierhandel wurden R.wertpapiere gezogen. Diese vorhandenen Geschäftsanbahnungen führten in weiterer Folge auch tatsächlich zu Abschlüssen. So wurden Aktien der R. AG um über ATS 70,0 Mio. Kaufpreis erworben.

Meiner Erinnerung nach bestand sogar eine mündliche Option zum Erwerb von R.Aktien zum Börsenkurs, welcher laut meinen Informationen deutlich unter dem inneren Wert gelegen ist.

Optionsgeber dieser R.Aktien waren die L*** Beteiligungs GmbH sowie Herr Fx*** L*** persönlich.

Aufgrund der damaligen turbulenten Entwicklungen sind jedoch die tatsächlichen Wertpapierkäufe erst nachdem die komplizierten Bedingungen ausverhandelt waren einige Monate später tatsächlich durchgeführt worden.

Darüber hinaus wurde ein großangelegter Wertpapiertausch bearbeitet, bei welchem die B [Anm: Bw] in der Person des Konsulenten Fx*** L*** tatkräftig mitgearbeitet hat.

Auch nach Übernahme der Gesellschaft standen mir Herr Fx*** L*** und Herr Mag. W***** beratend für die Übernahme der angebahnten Geschäfte zur Verfügung.

Dies wurde mir bei Übernahme der Gesellschaft zugesichert.“

Im Zuge einer weiteren, die Folgejahre betreffenden abgabenbehördlichen Prüfung wurden sowohl Mag. Dr. W*** N*** als auch Gx*** U*** als Zeugen einvernommen. Im Zuge dieser Einvernahmen gaben sie an:

In der Niederschrift über die Vernehmung des Mag. Dr. W*** N*** vom **4.7.2003** wird ausgeführt (vgl Seiten 4924 des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung).

„In welchem Umfang haben Sie die Tätigkeit als Geschäftsführer übernommen?

Herr U*** ist glaublich im Jahr 1992 auf mich zugekommen und hat mich um steuerliche Vertretung der B [Anm: Bw] ersucht. Ich habe einen Sonderauftrag erhalten hinsichtlich der in der Gesellschaft bis dahin aufgelaufenen Verluste zur Dokumentation als Beweissicherung zu erstellen.

Ich war zu dem Zeitpunkt, wo der Verlust im Zusammenhang mit dem Ankauf von A&B Aktien entstanden ist, noch gar nicht steuerlicher Vertreter. Es ging um eine Dokumentation im Nachhinein.

Im Zuge der Übernahme der steuerlichen Vertretung hat mich Herr U*** um zwei Gefälligkeiten gebeten. Diese zwei Gefälligkeiten waren einerseits der Erwerb der Forderung als Privatmann, andererseits die Übernahme der Geschäftsführung für einen kurzen Zeitraum.

Zur Frage, worum ich die Gefälligkeiten machen solle

Herr U*** war Bundeslehrer und es wurden Unvereinbarkeiten befürchtet. Zum anderen hat die Gesellschaft damals gerade keine Geschäfte abgewickelt.

So bin ich zur Geschäftsführung gekommen. Ich habe sonst keine Handlungen gesetzt (keine Geschäfte, die Haftungsbegründend gewesen wären.

Das Geschäft hat sich auf Vorbereitungshandlungen für künftige Wertpapiergeschäfte beschränkt [Anm: Hervorhebungen nicht im Original].

Zur Forderungsabtretung Höhe 88 Mio:

Ich habe mich dafür interessiert, warum ich das übernehmen sollte insbesondere wegen § 156 StGB:

Herr U*** wollte, wie er mir geschildert hat, im Wertpapiergeschäft tätig werden [Anm: Hervorhebung nicht im Original]. Er selbst ist im kaufmännischen Bereich als Lehrer tätig. Mir wurde geschildert, dass diese Forderung in Höhe von 88 Mio aus dem Bereich der Q-Holding heraus gelöst wurden [*sic!*] sollte (glaublich war dies jener Betrag, der von der Mutter- oder Großmuttergesellschaft zur Verfügung gestellt wurde um die A&B Aktien zu erwerben. Man hat mir geschildert von den Q.-Managern, dass es in den Entscheidungsgremien ein schlechtes Bild gemacht hätte, wenn Herr U*** auch diese Forderung übernommen hätte. Aber die wirtschaftliche Verfügungsmacht über diese Forderung ist nicht bei mir gelegen sondern sie ist bei ihm (Herrn U***) verblieben. Die Forderung war unzweifelhaft zu diesem Zeitpunkt nichts wert. Daher hatte ich keine Bedenken, diese Forderung am 28.4.1992 um 100,-- ATS zu erwerben. (Schreiben vom 28.4.1992 wird überreicht). Das Dokument wurde nicht von mir erstellt.

Zur Verlustverdoppelung durch diesen Akt gebe ich an, das mir das damals nicht bewusst gewesen war.

Um die wirtschaftliche Verfügungsmacht zu sichern hat mich Herr U*** gebeten, ein Anbot zur Abtretung der Forderung an ihn abzugeben (vorgelegt wird ein Schreiben vom 30.6.1992). Ich war zivilrechtlicher Eigentümer der Forderung aber die Überlegung war die, dass wenn Wertpapiergeschäfte Gewinn abgeworfen hätten dies steuerneutral erfolgt wäre und Herrn U*** nach Anbotsannahme über die Bedienung der Forderung zufließen werden. Ich sehe darin nicht Böses (wie ein Gesellschafterzuschuss – dessen Rückzahlung wäre ebenso steuerneutral erfolgt).

Zur zeitlichen Differenz zwischen Übernahme der Forderung und Abtretungsanbot gebe ich an, dass dies keine besonderen Hintergründe hatte. Es ist wahrscheinlich aus technischen Gründen das Abtretungsanbot erst später schriftlich ausformuliert worden. Aber es war von Anfang an klar, dass die Forderung zur Abtretung anboten wird [Anm: Hervorhebung nicht im Original].

Die Gesellschaft konnte mit diesem Verlust zum 30.6.1992 gar nicht bilanzieren. Ich habe Herrn U*** empfohlen, der Gesellschaft einen Gesellschafterzuschuss zuzusagen, um die Gesellschaft bilanzfähig zu machen.

Ich habe ihm auch erklärt, dass die Zusage zum Gesellschafterzuschuss insofern werthaltig ist, als eine Aufrechnungsmöglichkeit mit der Verbindlichkeit besteht.

Hat Herr U*** diese Vorgänge verstanden?

Ich glaube eher nicht, aber Herr U*** hat dies auf meine Empfehlung gemacht. [Anm: Hervorhebung nicht im Original]

Zur Übernahme der Gesellschaft:

Herr L*** wurde nach mir Geschäftsführer und soweit ich weiß war dieser auch zuvor Konsulent der Gesellschaft.

Einwand:

Rein steuerlich hätte man doch sofort Konfusio erklären müssen:

Nein, so sehe ich dies nicht. Es war zuerst eine Forderung da. Es gab ein Abtretungsangebot und war klar, dass Herr U*** wirtschaftliche Vorteile (Zahlungen) lukrieren sollte.

Ich sehe darin einen durchaus üblichen Vorgang, dass ich als zivilrechtlicher Eigentümer war und Herr U*** der Berechtigte aus einem Abtretungsangebot durch dessen Annahme er sich jederzeit in die Lage versetzen konnte, zivilrechtlicher Eigentümer zu werden, sodass ihm vor Anbotsannahme die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Forderung zukam. Rein zivilrechtlich sehe ich, dass das Geschäft mit Herrn U*** keine Treuhandschaft darstellt. Für mich war das eine Gefälligkeit, die ich unentgeltlich in Ergänzung zur steuerlichen Vertretung der Gesellschaft übernommen hatte.

In der Zeit, wo ich Geschäftsführer war, hat es keine konkreten Geschäfte gegeben. Herr L*** war vielleicht Konsulent – Herr U*** hat davon erzählt, dass komplexe Geschäfte in Vorbereitung seien aber noch nichts kontrahiert wurde. L*** hat da vielleicht mitgewirkt [Anm: Hervorhebung nicht im Original].

Ich kannte L*** auch aus einem anderen Zusammenhang (Gesellschafter des Schwagers von L*** wo er ein- bis zweimal bei Besprechungen als Konsulent dabei war).

Während meiner Zeit als Geschäftsführer gab es keine anderen Geschäfte [Anm: Hervorhebung nicht im Original]. Ich habe dies als risikoloses Engagement als Geschäftsführer betrachtet.

Ich habe dafür kein Entgelt bekommen.

Zur Anfrage an das BMF:

Von meiner Seite her wurde vorgeschlagen, dass zumindest zwei Argumente für die Vermeidung des Mantelkauftatbestandes zu beobachten wären.

1.) die Kontinuität der Gesellschaft hinsichtlich der Wertpapiergeschäfte, die in der Gesellschaft vorhanden gewesen sind

2.) Änderung der Gesellschafterstruktur auf unentgeltlicher Grundlage weil die Anteile zu einem symbolischen Preis von ATS 1,-- erworben wurden.

Nach dem Dokumentationsauftrag wurde die Gesellschaft ein ganz normaler Klient. Üblicherweise haben meine Mitarbeiter die Buchhaltung gemacht, ich kann aber nicht angeben, mit wem von Seiten der Gesellschaft immer gesprochen wurde. Ich habe mir angesichts der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft immer Aconti geben lassen. Die Gesellschaft war nicht insolvenzbedroht, denn Forderung und Verbindlichkeit haben sich im Gleichgewicht gehalten.

Die Anfrage wurde erst 6 Monate später an das Ministerium gerichtet:

U*** hat mir erzählt, dass Wertpapiergeschäfte in Vorbereitung waren [Anm: Hervorhebungen nicht im Original]. Daher glaube ich nicht, dass die Anfrage zu spät war.

Herr U*** als Person hat keine Geschäfte abgewickelt?

Das kann ich nicht sagen, vielleicht hat er sich eines Konsulenten bedient. Ob Herr L*** als Konsulent der Gesellschaft eine finanzielle Abgeltung erhalten hat kann ich nicht sagen. Ich müsste in meinen Unterlagen nachsehen.

Betreffend Verzinsung:

Der Vorschlag zur Verzinsung ist von mir gekommen weil dies sowohl aus handelsrechtlichen als auch aus steuerrechtlichen Gründen für den Gesellschafterzuschuss U*** notwendig gewesen ist.

Um das Gleichgewicht in der Bilanz aufrecht zu erhalten, hat man auch die Verbindlichkeit der B.-C. [Anm: Bw] verzinst.

Einwand:

Die Frage nach der Werthaltigkeit der Forderung stellt sich – denn für die Forderung wurden lediglich ATS 100,-- bezahlt:

Die Werthaltigkeit der Forderung war durch die Aufrechnungsmöglichkeit nach Anbotsannahme gewährleistet.

Ein Steuervorteil aus diesen Vorgängen ist der B.-C. nach meiner Meinung nicht entstanden.
(Zinsertrag – Zinsaufwand gleichen sich aus)

Auch bei mir ist es nicht zu einer steuerlichen Auswirkung gekommen mangels Zufluss.

Einwand:

Buchung als Gutschrift auf dem Konto – zuflussbegründend?

Das sehe ich nicht so (nur bei Bankgeschäften kann ich mir das vorstellen).
Motiv war die Herstellung des Gleichgewichtes der Bilanz.

Einwand:

Ich habe auf der einen Seite eine Forderung an den Gesellschafter Gx*** U*** auf Leistung des Gesellschafterzuschusses der zu verzinsen ist und auf der anderen Seite habe ich eine Verbindlichkeit gegenüber Herrn Dr. N*** welche de facto nichts wert ist.

Dr. N***: Ja.

Die Verzinsung wurde fortgesetzt aber mir ist nie etwas zugeflossen (Kontoauszüge werden vorgelegt).

Die Verzinsung ging weiter auch nach meiner Zeit als Forderungsinhaber.

Schreiben vom 26.5.2003 wird vorgelegt [*Anm: In diesem Schreiben bestätigt die Bw, dass weder im Zeitraum, in welchem Mag. Dr. W*** N*** eine Forderung gegen die Bw hatte, noch nach deren Übertragung im Jahr 1995 an jemanden Dritten, Zahlungen (weder Kapital, noch Zinsen) an Mag. Dr. W*** N*** geflossen seien*]

Zu dem weiteren Vorgang nach meiner Zeit als Forderungsinhaber gebe ich an:

Dr. M**** hat mich angerufen und mich auf meine Forderung angesprochen und er wollte diese erwerben. Ich habe gesagt, ich werde mich erkundigen. Ich habe U*** angerufen und auch ihm gesagt, dass ich nicht mehr Forderungsinhaber sein wollte (Hinweis auch auf Schwierigkeiten in der steuerlichen Vertretung – Probleme beim Testat Jahresabschluss 1994 – schwierige Dokumentation der Geschäftsvorfälle).

Dr. Ä*** kenne ich glaublich aus der Firma W-O GmbH.

Ich kann nicht sagen, ob Dr. Ä*** mit Herrn L*** zusammenarbeitet.

Zur Forderungsabtretung:

U*** sagte er wisse davon, dass Dr. M**** die Forderung erwerben will. Herr U*** sagte er habe nichts dagegen, die Forderung könne an Herrn Dr. M**** natürlich um ATS 100,-- abgetreten werden. Für mich war klar, dass ich nicht mehr aus der Forderungsabtretung erlösen konnte, weil damit ein strafrechtlicher Tatbestand (Untreue) gesetzt worden wäre. Ich weiß nicht warum Dr. M**** diese Forderung erwerben wollte. Es ist denkbar, dass Hr. Dr. M**** als beruflicher Parteienvertreter nicht auf eigene Rechnung gehandelt hat.
Ich habe U*** gebeten, das er mir schriftlich bestätigt, dass kein Einwand betreffend der Abtretung der Forderung an Dr. M**** besteht (vorgelegt wird Schreiben undatiert, glaublich 4 oder 5 1995).

[*Anm :Dieses eben genannte Schreiben von Gx*** U*** an Mag. Dr. W*** N*** lautet (vglSeite 4992 des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung):*

„Forderung gegen die B.-C. AG [Anm: Bw]

Sehr geehrter Herr Doktor!

Sie haben mir mit Schreiben vom 30. Juni 1992 die Abtretung Ihrer Forderung gegen die nunmehrige B.-C. AG im Nominalbetrag von S 88.152.786,96 um ein Abtretungsentgelt von S 100,00 angeboten.

Unter der Voraussetzung, dass Sie daraus kein höheres Abtretungsentgelt als das mit mir vereinbarte erzielen (als S 100 für das Kapital der Forderung einschließlich der angefallenen, jedoch nicht ausbezahlten Zinsen) bin ich angesichts der nach wie vor bestehenden Überschuldung der Gesellschaft damit einverstanden, dass Sie diese Forderung nunmehr an einen Dritten abtreten, der nach Ihren Angaben an Sie mit einem entsprechenden Anbot herangetreten ist, und verzichte sohin unter dieser Voraussetzung auf die Annahme Ihres Abtretungsanbotes vom 30. Juni 1992. "]

Einige Tage später hat Dr. M**** einen Boten mit ATS 100,-- geschickt und damit hat er die Forderung erworben. Dazwischen ist etwas gleich zu schilderndes passiert:

Auf den Einwand, dass jetzt plötzlich eine offene Position für Herrn U*** besteht habe ich insoweit nicht reagiert, weil für mich wichtig war, die Forderung loszuwerden.

Ich kann mich nicht erinnern, ob ich Herrn U*** über diese Konsequenz informiert habe. Das weiß ich jetzt nicht mehr. Ob es im Jahr 1995 beim Jahresabschluss ein derartiges Anbot oder eine sonstige Schließung der Position (mit Herrn Dr. M****) gegeben hat kann ich mich nicht mehr erinnern, ist aber aus den Unterlagen leicht herauszufinden.

M*** bietet einen Boten an um die Forderungsabtretung rechtswirksam werden zu lassen. Darüber gibt es keine Urkunde. Ich kann mich nicht erinnern, vielleicht habe ich eine Urkunde angelegt.

Herr U*** hat mich noch einmal angerufen und mich um eine Modifikation gebeten.

Er möchte einen Teilbetrag in Höhe von ATS 50.000,-- übernehmen. Diesbezüglich hat Herr U*** ein Schreiben erstellt (Schreiben vom 8.5.1995 wird vorgelegt).

[Anm: Dieses Schreiben von Gx*** U*** an Mag. Dr. W*** N*** vom 8.5.1995 lautet (vgl Seite 2471 des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung):

„Betrifft: Forderungsabtretung

*Sehr geehrter Herr Doktor N***!*

Ich nehme Ihr Angebot zum Erwerb Ihrer Forderung gegenüber der B.-C. Beteiligungs- und Vermögensberatungs-Aktiengesellschaft [Anm: Bw] im Teilbetrag von S 50.000,-- an und teile Ihnen mit, dass ich das Anbot über den Erwerb der restlichen Forderung hiermit nichtannehme.“]

ATS 50.000 bedeuten, dass dies das Nominale betreffend eines Teiles meiner Forderung an die B.-C. darstellt.

Die Forderung, die an Dr. M**** abgetreten worden ist wurde um ATS 50.000,- in der Form reduziert, dass auf dem Darlehenskonto in der B.-C. im Soll ATS 50.000,- gebucht wurden.

Einwand:

Kontierung auf dem Schreiben gibt Hinweis darauf, doch ein Zahlungsfluss stattgefunden hat.

Dr. N***:

Es hat kein Zahlungsfluss an mich stattgefunden.

Glaublich hat U*** die ATS 50.000,- bekommen.

Einwand:

Eine Forderung die ATS 100,- wert war ist plötzlich ATS 50.000,- wert?

Es könnte sein, dass diese Forderung 1995 nicht mehr nur ATS 100,- wert war; ich war durch den vorigen Abtretungspreis von ATS 100,- gebunden.

Einwand:

Schreiben vom 21.11.2002 von Dr. M****:

[Anm: Dieses Schreiben vom Dr. M**** an Mag. Dr. W*** N*** vom 21.11.2002 lautet (vgl Seite 2589 des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung):

Betrifft: Forderungserwerb

*Sehr geehrter Herr Dr. N***!*

Über Ihre Veranlassung teile ich Ihnen mit, dass ich im ersten Halbjahr 1995 eine Forderung gegen die XYZ. GmbH (ehemals B.-C.) [Anm: Bw], welche per 1.7.1992 mit ATS 88'152'786.96 aushaftete, erwarb. Dies Aushaftung betrug inkl. vereinbarter Zinsen zum 31.12.1994 ATS 106'934'267.14.

Da bis zu diesem Zeitpunkt zu dem ich die Forderung erworben habe, von der XYZ. GmbH weder Kapital noch Zinsen ausbezahlt wurden, sind sämtliche bisher angefallenen Zinsansprüche von mir übernommen worden.

Da die XYZ. GmbH durch die bestehende Forderung überschuldet war, betrug der Kaufpreis lediglich ATS 100,-.]

Inhaltlich stellt dieses Schreiben eine Unschärfe des Dr. M**** dar.

Die Geschichte mit den ATS 50.000,- war mir bei meiner Vorhaltsbeantwortung an das Referat nicht erinnerlich. Ich habe das erst jetzt nachvollzogen.

So wie die Buchungen auf dem Darlehenskonto gemacht wurden, hat Herr U*** ATS 50.000,- aus den Zinsen erhalten.

Das Schreiben mit den ATS 50.000,- hat Herr U*** geschrieben. Die missverständliche Formulierung geht darauf zurück, dass Herr U*** kein Profi ist.

Von der Quittung über die Übernahme der Forderung habe ich keine Kopie (mehr). Ich könnte aber Dr. M*** fragen, ob er sie noch hat.

Zwischen Herrn U*** und mir bestanden keine Treuhandverhältnisse. Ob zwischen U*** und Dritten bzw mir und Dritten Treuhandverhältnisse gegeben waren im Zusammenhang mit der Forderung und der Gesellschaft kann ich unter Berufung auf meine Verschwiegenheitspflicht gem § 91 WTBG nichts sagen.

Nach Schwierigkeiten mit Erteilung Testates im Jahr 1995 im Zusammenhang mit der Darstellung von bestimmten Sachverhalten habe ich einvernehmlich die steuerliche Vertretung zurückgelegt.“

In der Niederschrift über die Vernehmung des Gx*** U*** vom **3.7.2003** wird ausgeführt (vgl Seiten 4940 ff des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung):

„Wie ist der Anteilserwerb zustande gekommen?

Mag. Ay*** W***** hat mich angerufen und mir die Firma B bzw B.-C. [Anm: Bw] angeboten, das wäre eine Beteiligung, die günstig zu haben wäre mit hohen Verlustvorträgen. Interessant für mich war, dass Wertpapiergeschäfte damit verbunden waren [Anm: Hervorhebungen nicht im Original].

In welchem Zeitraum?

1. Hälfte der 90er Jahre

Wurden Bilanzen vorgelegt?

Bilanzen wurden eingesehen. Es war mir bewusst, dass die Gesellschaft überschuldet war. Das Geschäft sollte für mich kein Risiko bergen. Ich habe keine Haftungen für die bestehenden Verbindlichkeiten übernommen. [Anm: Hervorhebungen nicht im Original]

Wer war der zuständige Anwalt?

Dr. E****.

Bezüglich Haftungen gebe ich an, dass die Ereignisse über 10 Jahre zurückliegen und ich nur noch mehr eine ungefähre Datierung mit Anfang der 90er Jahre vornehmen kann.
Es ist mir um die Geschäfte gegangen. Ich kann die Geschäfte nicht weiter detaillieren. Wenn sie aber schriftlich die Fragen stellen, werde ich in meinen Unterlagen nachschauen und versuchen sie zu beantworten.

Auf die Frage, wer Geschäftsführer war, kann ich keine Angaben machen und verweise auf den Gesellschaftsvertrag.

Auf die Frage, ob sich Geschäfte in den Köpfen bestimmter Leute abgespielt haben – Dr. N***, Herr L*** und Dr. E****. Sonst sind keine Details mehr bekannt. [Anm: Hervorhebungen nicht im Original]

Konsulenten?

Verweis auf die Bilanz.

Ich habe noch Kontakt zu Dr. N***, Herrn L*** und Dr. E****.

Frage nach Kapital: Im Gespräch standen ÖS 72 Millionen – Es gab offensichtlich dazu Gegenstücke und ich verweise wieder auf die Bilanz.

Unter Gegenstücke versteh ich Aktien, Wertpapiere und Gegenforderungen.

Meine Eigentümerposition bzw den Kontakt zur Firma habe ich mittels Telefon und FAX von zu Hause abgewickelt. Dr. N*** hat ja auch ein Telefon und FAX [Anm: Hervorhebungen nicht im Original].

Zum Gesellschafterzuschuss gebe ich an, dass ich mich jetzt nicht mehr an Details erinnere. Aber auf schriftliche Anfrage werde ich versuchen, in meinen Unterlagen nachzusehen.

Um welche Art der Wertpapieren es sich hierbei handelte, weiß ich jetzt nicht mehr, dies müsste aber aus den Unterlagen ersichtlich sein.

Aus welchem Grund wurde im Jahr 1996 die Gesellschaft veräußert?

Die Sache hat sich nicht so entwickelt, wie ich es erwartet hatte bzw habe ich 1991 mit einem neuen Beruf begonnen, der mich immer mehr in Anspruch genommen hat und Dr. E**** hat Interesse gezeigt, die Gesellschaft zu erwerben.

Die Sache hat vor sich hingedümpelt und es ist kein Geld für mich dabei herausgekommen. Das war einer der Gründe, warum ich gesagt habe: „aus und weg“.

(Ich bin Lehrer und habe zeitweilig an 2 Schulen unterrichtet)

Im Staatsdienst werde ich zwar nicht extrem gefordert, verdiene aber damit auch mein Geld.

In Salzburg habe ich eine GmbH als Eigentümer und nicht als Treuhänder.

Ich bin im Bereich des Immobiliengeschäftes tätig.

Vorgelegt wurden von der BP 3 Schriftstücke hinsichtlich des weiteren Weges des Gesellschafterzuschusses:

Es ist uns damals opportun vorgekommen daher haben wir es gemacht. Über den weiteren Weg kann ich jetzt nichts sagen.

Mit uns meine ich Dr. N*** und mich.

Die Konstruktion ist eher von Dr. N*** ausgegangen.

Wir haben des öfters solche Fragen erörtert.

Auf den Einwand, dass diese Konstruktion etwas ungewöhnlich sei, kann ich nach so vielen Jahren nichts mehr sagen.

Zum Verkauf an Dr. E**** gebe ich an, dass Dr. E**** voll informiert über die Situation in der Gesellschaft war.

Blankunterschriften wurden von mir nie geleistet.

Ich habe keine Ausschüttung und auch kein Geld aus der Gesellschaft erhalten.

Auf die Frage, ob ich noch Unterlagen habe kann ich jetzt keine präzise Auskunft geben, aber wenn Fragen schriftlich formuliert werden, dann gehe ich die Unterlagen suchen, jetzt weiß ich nicht, ob noch welche da sind.

Es gibt keine geschäftlichen Verbindungen zu Herrn L***.

Wenn ich all diese Dinge heute in die Hand bekomme, bin ich skeptisch und drehe alles 5 mal um.

Betreffend Forderungsabtretung zwischen mir und Dr. N*** (Schreiben vom 8.5.1995) gebe ich an, dass das so war. Wenn ÖS 50.000,- zwischen mir und Dr. N*** geflossen sind, dann habe ich das auch versteuert. Auf Zwischenfrage worin der wirtschaftliche Sinn in dem Erwerb eines Teilbetrages der Forderung des Dr. N*** gegenüber der B.-C. liege, gebe ich an, dass es für mich eine Möglichkeit war endlich auch ein Geld aus der Firma zu bekommen. Das heisst die ÖS 50.000,-.

Zwischenbemerkung: Der Wert der Forderung war ÖS 100,-.

Die Forderung war wahrscheinlich zu diesem Zeitpunkt anders bewertet – es hat sicherlich einen Grund dafür gegeben, warum in dem Schreiben vom 8.5.1995 ÖS 50.000,- angesetzt wurden.

Zum Verkauf der Firma gebe ich an, dass ich nicht mehr genau weiß wie das Geschäft angebahnt wurde.

Ich war zwar Eigentümer aber in dem Zeitpunkt, in dem die GmbH zur AG umfirmiert wurde war ich nicht mehr sonderlich interessiert, es waren auch andere Geschäftsführer.

Die Abtretung der Anteile erfolgte an Dr. E****.

Az*** Re*** kenne ich nicht.

Einwand: Dieser war offiziell der Erwerber Ihrer Aktien.

Antwort: Kann sein, ich wollte das Ganze auf jeden Fall los werden.

Zu den Geschäften: Ist L*** an sie herangetreten?

Dr. N*** und Herr L***, er war ja auch Konsulent.

Zu den Abwicklungen 1993 kann ich mich nicht mehr erinnern, kann aber nachschauen.

Berichterstattung der Geschäftsführung: Eher locker, was zu besprechen war haben wir gemeinsam besprochen. Ich habe mit den Beteiligten, die da waren gesprochen, Namen weiß ich nicht.

War Herr L*** Geschäftsführer?

Kann sein. Ich weiß aber nicht mehr von wem die Initiative dazu ergangen ist.

Vorgelegt wird ein Schreiben aus dem Jahr 2001 (Aktennotiz):

Ich kenne Dr. Ä***, er ist an mich herangetreten als Geschäftsführer.

Ich habe dies abgefasst.

Ich habe in den Unterlagen nachgeschaut, einen Teil hat Dr. Ä*** gehabt, einen Teil habe ich gehabt. [Anm: Hervorhebungen nicht im Original]

Dr. N*** ist nicht mein Steuerberater. Nur wie ich Geschäftsführer und Eigentümer der Gesellschaft war.

Zu den ÖS 100,- betreffend Forderung Dr. N*** kann ich im Detail keine Angaben machen. Aber Dr. N*** war mein Steuerberater und ist auch Geschäftsführer der B.-C. [Anm: Bw] gewesen.

Ich wollte es loswerden und habe ab dem Zeitpunkt des Anteilsverkaufes nichts mehr damit zu tun gehabt. Auf Vorhalt, warum diese Forderung des Dr. N***, die mittlerweile fällig ge-

stellte war, wieder zurück erworben werden sollte (an Herrn U***) besteht keine Erinnerung mehr.

Ebenso kann ich die Frage, ob Dr. N*** diese Forderung treuhändig gehalten hat, nicht mehr beantworten.

Über sonstige bestehende Treuhandschaften habe ich auch keine Erinnerung. Der Verkauf an Dr. N*** hat sich so ergeben.

Kennen Sie Dr. P**** M****?

Kenne ich nicht. Ich war nicht in der Schweiz."

In ihrem Bericht bzw in der Niederschrift über die Schlussbesprechung (Punkt 7.) führten die Prüfer dazu zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Mantelkauftatbestand gemäß § 8 Abs 4 Z 2 KStG 1988

Erwerb und Veräußerung der A&B Aktien seien zu Börsekursen erfolgt. Die angeführte Transaktion stehe daher außer Streit.

Das erste Wirtschaftsjahr (Rumpfwirtschaftsjahr) der Bw umfasse den Zeitraum von der Gründung am **24.9.1991** bis zum Bilanzstichtag am **30.6.1992**. Aus den vorgelegten Buchhaltungsunterlagen für diesen Zeitraum und dem Jahresabschluss zum **30.6.1992** hätten sich keine Hinweise ergeben, dass außer der angeführten Transaktion mit A&B Aktien noch weitere Geschäftstätigkeiten entfaltet worden wären. Die erste aus den vorgelegten Unterlagen ersichtliche Tätigkeit der Bw nach dem Gesellschafterwechsel habe erst wieder am **27.11.1992** festgestellt werden können (Ankauf von 52.815 Stück Aktien der R. AG).

Bereits anlässlich des Beginns der abgabenbehördlichen Prüfung mit der Unterrichtung des Prüfungsauftrages am 16.8.2000 sei angesprochen worden, dass die Verluste des Wirtschaftsjahrs 1991/1992 einer Überprüfung im Hinblick auf eine Erfüllung des Mantelkauftatbestandes iSd § 8 Abs 4 Z 2 KStG unterzogen werden würden.

Gemäß § 8 Abs 4 Z 2 KStG stehe der Verlustabzug ab jenem Zeitpunkt nicht mehr zu, ab dem die Identität des Steuerpflichtigen infolge einer wesentlichen Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur im Zusammenhang mit einer wesentlichen Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage nach dem Gesamtbild der Verhältnisse wirtschaftlich nicht mehr gegeben sei (Mantelkauf).

Änderung der organisatorischen Struktur:

Von einer wesentlichen Änderung der organisatorischen Struktur werde auszugehen sein, wenn die Organe in einem erheblichen Umfang ausgetauscht würden. Gehe die wesentliche Änderung in mehreren Etappen vor sich, führe sie - im Verband mit den sonstigen Strukturaänderungen - dann zur Annahme eines Mantelkaufs, wenn die Änderungen in einem inneren Zusammenhang stünden (*Bauer/Quantschnigg*, KStG 1988, § 8 Tz 68).

Bei der Bw seien die beiden Geschäftsführer unmittelbar nach dem Gesellschafterwechsel ausgetauscht worden; die Abtretung der Anteile an Gx*** U*** erfolgte am **20.12.1991**, die Eintragung der Abberufung der bisherigen Geschäftsführer in das Firmenbuch am **29.1.1992**.

Von Seiten der Bw sei eingewendet worden, dass

- a) einerseits die Geschäftsführer nicht sofort mit dem Gesellschafterwechsel ausgewechselt worden seien sowie
- b) andererseits Mag. Ay*** W***** auch nach dem Ausscheiden aus der Geschäftsführung dem neuen (Gesellschafter) Geschäftsführer Gx*** U*** beratend zur Seite gestanden sei; zudem sei Fx*** L*** stets als Konsulent für die Bw tätig gewesen.

Beide Geschäftsführer seien innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes (ein Monat) ausgewechselt worden. Obwohl Fx*** L*** in sämtlichen Geschäftsbereichen der Bw eine sehr weSENTLICHE und leitende Funktion einnehme, sei er in diesem Zeitraum nicht formalrechtlich Geschäftsführer gewesen.

Nachdem für das Geschäftsjahr 1991/92 in der Buchhaltung weder Aufwendungen für Geschäftsführer noch für Konsulanten verbucht seien stelle sich bei wirtschaftlicher Betrachtung des Sachverhaltes zusätzlich die Frage ob tatsächlich jemand bereit sei, unentgeltlich derartige Funktionen auszuüben.

Änderung der wirtschaftlichen Struktur:

Eine Änderung der wirtschaftlichen Struktur liege vor, wenn die aus Vermögen und Tätigkeit gebildete wirtschaftliche Einheit (bezogen auf sämtliche bisherigen Tätigkeitsbereiche der Körperschaft) verloren gehe (*Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, Anm 51 zu § 8). Sie setze einen Wechsel oder Erweiterung des Unternehmensgegenstandes voraus.

Ändere sich der Unternehmensgegenstand vollkommen, so sei dies schon für sich eine weSENTLICHE Änderung der wirtschaftlichen Struktur (*Bauer/Quantschnigg*, KStG 1988, § 8 Tz 68.4.3).

Nachdem die Bw bis zum Ende des Wirtschaftsjahres offensichtlich nur den Erwerb und den Verkauf der A&B Aktien getätigt hatte, habe der bisherige Betrieb infolge der Veräußerung sämtlicher Vermögensteile nicht mehr als lebender Organismus existiert. In den Folgeperioden habe daher nur mehr eine neue wirtschaftliche Struktur geschaffen werden können.

Dies werde durch das oben wiedergegebene Schreiben der R_II_AG vom **26.5.1992** an die Bw untermauert. Darin werde insbesondere die Frage beantwortet, „welche Motive hinter der Gründung der ... (Bw) ... im September 1991 sowie hinter der Veräußerung des gesamten Stammkapitals an einen Außenstehenden im Dezember 1991 gestanden“ seien und ausgeführt: „Nachdem es aber zu einem dramatischen Kursverfall des Börsenkurses der ...

Aktien gekommen ist, wollte man **jegliche Missinterpretation nach außen hin vermeiden, dass die R-Gruppe die Absicht gehabt hätte, die Übernahme des Börsenmaklergeschäftes der W Börsenmakler AG nach außen hin zu verschleiern.**"

Nach Verkauf der A&B Aktien im Dezember 1991 sei „der Mantel der Bw an Außenstehende verkauft“ worden, „um bei Offenlegung der Konzernstruktur zum Jahresultimo nicht unnötigen Erklärungsbedarf bezüglich dieser nutzlos gewordenen Gesellschaftshülse zu haben“.

Auf der Aktivseite der Bilanz zum 30.6.1992 seien lediglich die Forderung an Umsatzsteuer von S 5.730,-- und die Forderung an den Gesellschafter Gx*** U*** aus einem zugesagten Gesellschafterzuschuss von S 88.150.000,- als Aktivpositionen ausgewiesen gewesen.

Betreffend diese Forderung habe der Wirtschaftsprüfer der Bw im oben wiedergegebenen Schreiben vom **18.1.1995** testiert, dass diese „einzig und allein in der Vermeidung des Ausweises eines Bilanzverlustes in Millionenhöhe in diesen Jahresabschluss aufgenommen wurde“. Wäre diese Position nicht in die Bilanz aufgenommen worden, so „hätte ein das Stammkapital signifikant übersteigender Bilanzverlust die Verwirklichung des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes und damit die Verpflichtung zur Anmeldung des Konkurses bedeutet. [...]“

Weiters sei seitens der Q-Holding AG als Begründung für die (steuerlich anerkannte) Teilwertabschreibung der Forderung gegen die Bw in Höhe von S 88.152.786,69 ausgeführt worden [*Anm: Schreiben der A. Treuhand GmbH, siehe oben*], dass es sich ... bei der Bw um einen leeren Mantel gehandelt habe, welcher mit Abtretungsvertrag vom 20.12.1991 um insgesamt ATS 2,-- an einen Dritten (Gx*** U***) verkauft worden sei. Damit sei ein Ausweis im Konzernabschluss zum 31.12.1991 (in der Q-Holding AG) nicht mehr notwendig gewesen, was auch konzernmäßig gewünscht gewesen sei.

Die Bw halte dem (im wesentlichen gestützt auf die Aktennotizen ua des Gx*** U***, des Fx*** L***, des Az*** Re*** und ein Schreiben des Aufsichtsratsvorsitzenden der R. AG Rechtsanwalt Dr. G**** E****) entgegen, nach der Abwicklung des Wertpapiergeschäfts mit A&B Aktien hätten sich bereits weitere angebahnte Geschäfte (insbesondere ein Plan betreffend einen Wertpapiertausch mit R-Wertpapieren) in der Bw befunden, die in weiterer Folge tatsächlich zu Abschlüssen geführt hätten.

Die Bw sei wiederholt aufgefordert worden, Unterlagen beizubringen, aus welchen ersichtlich sei, dass derartige Wertpapiertransaktionen bereits vor dem Zeitpunkt der Übernahme der Anteile durch Gx*** U*** existent waren. Dem sei nicht entsprochen worden. Im Geschäftsleben sei es grundsätzlich nicht üblich, derartig umfangreiche Wertpapiertransaktionen nur mündlich zu vereinbaren. Alleine die Beweisvorsorge verpflichtet den Steuerpflichtigen, derartige Grundaufzeichnungen aufzubewahren, insbesondere weil auch zum damaligen Zeitpunkt

durch den steuerlichen Vertreter der Bw Überlegungen betreffend Mantelkauf angestellt worden seien (siehe eine Anfragebeantwortung an die Bw durch das BMF vom 22.10.1992). Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum es keine Unterlagen über diese behaupteten Wertpapiertransaktionen gebe, obwohl diese andererseits sehr umfangreich gewesen seien. Wer wisse, dass Unterlagen zu Beweiszwecken bedeutsam sind, „riskiere“ bei deren Vernichtung, dass diese Vorgangsweise – vor allem, soweit ihn eine erhöhte Mitwirkungspflicht treffe – in freier Beweiswürdigung entsprechend berücksichtigt werde (VwGH 24.11.1998, 97/14/0152). In wirtschaftlicher Betrachtung sei es schwer nachzuvollziehen, warum einem fremden Dritten (Gx*** U***) in so vielen Belangen beratende Hilfe zur Verfügung gestellt worden sei, ohne dass dieser oder die Bw dafür finanzielle Abgeltungen leisten mussten. Es entspreche nicht den alltäglichen wirtschaftlichen Gegebenheiten, dass - wie in den Ausführungen von Az*** Re*** vom 18.12.2001 ausgeführt werde - eine Gesellschaft mit einem fertigen wirtschaftlichen Konzept einfach verschenkt werde, nur weil es ihr als Tochtergesellschaft der R. AG nach § 66 AktG nicht möglich gewesen sei, weitere eigene Aktien zu erwerben. Aktennotizen aus dem Jahr 2001, die Sachverhalte dokumentieren sollen, die angeblich im Jahr 1991 stattgefunden haben, könne nicht gefolgt werden, wenn auf der anderen Seite Sachverhaltsdarstellungen vorlägen, die zeitnäher erstellt worden seien und die gegenteiliges behaupteten. Auf Basis der vorhandenen Unterlagen müsse daher festgestellt werden, dass die überschuldete Bw zur Zeit des Gesellschafterwechsels weder Aktivvermögen, noch eine betriebliche Struktur besessen habe.

Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage:

Darunter seien Veräußerung und Tausch von Anteilen zu verstehen. Eine wesentliche Strukturänderung liege vor, wenn 75 % der Anteile am Grund- oder Stammkapital von anderen Personen repräsentiert würden als vor der Strukturänderung. Die Änderung der Gesellschafterstruktur müsse auf entgeltlicher Grundlage vor sich gehen, nicht jedoch auf Grund von Erbschaft oder Schenkung (*Bauer/Quantschnigg, KStG 1988, Tz 68.4.4*).

Mit Notariatsakt vom **20.12.1991** sei ein Abtretungsvertrag errichtet worden, in welchem die Q-Holding AG ihre zur Hälfte bar einbezahlte Stammeinlage von S 495.000,- und die R_II_AG ihre zur Hälfte bar einbezahlte Stammeinlage von S 5.000,- zur Gänze an Gx*** U*** abgetreten hätten. Für die abgetretenen Geschäftsanteile sei ein Abtretungsentgelt in Höhe von je S 1,- (insgesamt S 2,-) vereinbart worden.

Die Bw wende ein, bei einem Abtretungsentgelt in Höhe von S 2,- für sämtliche Gesellschaftsanteile könne nicht von einer Übertragung auf einer entgeltlichen Grundlage gesprochen werden. Auch in der Aktennotiz von Gx*** U*** werde festgehalten, dass er die Bw im Dezember 1991 unentgeltlich übernommen habe. Die Bw habe auch eine Anfragebeantwortung des

BMF vom **22.10.1992**, GZ. nnn/mm/tttt/V (vgl Seite 876 des Arbeitsbogens), vorgelegt, welche vom damaligen Steuerberater im Zusammenhang mit dem nun zur Diskussion stehenden Sachverhalt veranlasst worden sei. Die ursprüngliche Anfrage vom **21.7.1992** sei jedoch trotz Aufforderung nicht vorgelegt worden. In dieser Einzelerledigung des BMF wird ausgeführt:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihre Anfrage vom **21. Juli 1992** [Anm: *Hervorhebung nicht im Original*], ..., teilt das Bundesministerium für Finanzen mit, dass es zu Sachverhaltsvarianten auch in abstrahierter Form nicht Stellung nehmen kann, da die Beurteilung eines Sachverhaltes der für den Abgabepflichtigen zuständigen Abgabenbehörde zukommt. Soweit die Rechtsfrage des Mantelkauftatbestandes berührt ist, muss zunächst nach dem Gesetzeswortlaut davon ausgegangen werden, dass eine erhebliche Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage den Kauf eines erheblichen Teiles des Gesellschaftsrechtes erfordert. Dem Kauf ist der Tausch gleichzuhalten: Die Änderung kann aber auch indirekt bewirkt werden, wenn Personen im Wege einer ordentlichen Kapitalerhöhung unter Verzicht der Altgesellschafter auf ihr Bezugsrecht neue Gesellschaftsrechte erwerben und in der Folge entsprechend hoch beteiligt sind. Geht man von der notorischen Tatsache aus, dass Kaufleute einander nichts zu schenken pflegen und geht man weiters von der Tatsache aus, dass der steuerliche Verlustvortrag einen handelsrechtlichen Wertfaktor darstellt, wird die Finanzverwaltung einer unentgeltlichen Anteilsübertragung zwischen Fremden misstrauisch gegenüberstehen. Findet sich ein wirtschaftlicher Ausgleichsposten für die unentgeltliche Anteilsübertragung, kann der Abgabenbehörde nicht widersprochen werden, wenn sie darin ebenfalls eine entgeltliche Änderung der Gesellschafterstruktur erblickt.

Sinn der Körperschaftsteuergesetzlichen Regelung war es, das geschäftliche Verlustverwertern außerhalb wirtschaftlich begründeter Fälle in diesem Bereich zu verhindern. Sollte die ‚Übernahme‘ einer überschuldeten Kapitalgesellschaft mit der Weiterführung des zu sanierenden Betriebes oder einer vollkommenen Umgestaltung des Betriebes unter Fortbeschäftigung eines wesentlichen Teiles der bestehenden Belegschaft verbunden sein, liegt ein Mantelkauf nicht vor. Sollte die überschuldete Gesellschaft zur Zeit des Gesellschafterwechsels keine betriebliche Struktur mehr besitzen, weist dies schon auf den Manteltatbestand hin, da künftige Gewinne nur aus einer neuen betrieblichen Struktur stammen können.“

Das Stammkapital der Bw sei nur zur Hälfte bar einbezahlt gewesen, dh die Bw habe gegenüber den ursprünglichen Gesellschaftern Q-Holding AG und R_II_AG eine Forderung von S 250.000,- gehabt, die mit dem Gesellschafterwechsel an Gx*** U*** auf diesen übergegangen sei. Punkt 5 des Abtretungsvertrages vom **20.12.1991** laute:

„Der Übernehmer ist verpflichtet, die Übergeber hinsichtlich der mit den abgetretenen Geschäftsanteilen verbundenen gesellschaftlichen Pflichten, sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch Dritten gegenüber, vollkommen klaglos zu halten.“

Wenn nun diese Forderung in Höhe des nicht einbezahlten Stammkapitals auf den neuen Gesellschafter übergehe, so würden die alten Gesellschafter insoweit begünstigt, als sie der Bw nicht mehr S 250.000,- schuldeten. **Das Abtretungsentgelt für den neuen Gesellschafter erhöhe sich daher in jedem Fall um das noch nicht einbezahlte Stammkapital der ursprünglichen Gesellschafter, somit um S 250.000,-.** Im Rahmen der Beweiswürdigung sei zudem noch einmal auf das Schreiben der R_II_AG an die Bw vom

26.5.1992 hinzuweisen, wo insbesondere die Fragen der

- Motive für die Gründung der gegenständlichen Gesellschaft durch die R-Firmengruppe und
- Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile an einen Außenstehenden im Dezember 1991 beantwortet würden. Am Ende des Schreibens werde festgehalten, dass der Mantel der Bw an Außenstehende verkauft worden sei, um bei Offenlegung der Konzernstruktur zum Jahres-ultimo keinen unnötigen Erklärungsbedarf bezüglich der nunmehr nutzlos gewordenen Gesellschaftshülse zu haben, was durchaus als ein möglicher wirtschaftlicher Ausgleichsposten (von mehreren) für die unentgeltliche Anteilsübertragung interpretiert werden könne.

Auch Fx*** L*** als ehemaliger Eigentümervertreter der Bw spreche in seinem Gedächtnisprotokoll von einer Veräußerung, wenn er feststelle, dass, „nachdem ein neuer Generaldirektor in der R-Gruppe bestellt wurde, die nunmehr für die R-Gruppe wertlos gewordene GmbH veräußert wurde.“ Weiters sei festzustellen, dass ein Abtretungsvertrag auf entgeltlicher Grundlage abgeschlossen worden sei, und kein Schenkungsvertrag, obwohl diese civilrechtliche Gestaltungsmöglichkeit ebenfalls möglich gewesen wäre. Im Hinblick auf die §§ 21 und 22 BAO sei bei der Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gerade diese wirtschaftliche Betrachtungsweise bringe es aber mit sich und zwinge förmlich zur Annahme, dass es **weitere wirtschaftliche Ausgleichsposten für diese Anteilsübertragung gegeben haben müsse**, die jedoch **nicht offen gelegt** worden sei. Auch die angeführte Einzelerledigung des BMF vom 22.10.1992 gehe „von der notorischen Tatsache aus, dass Kaufleute einander nichts zu schenken pflegen“, insbesondere weil der steuerliche Verlustvortrag einen handelsrechtlichen Wertfaktor darstelle. Im konkreten Fall repräsentiere der zum Zeitpunkt der Übertragung der Geschäftsanteile vorhandene Verlustvortrag bei einem Körperschaftsteuersatz von 30% einen latenten Wert in Höhe von rund S 26.493.000,- (30% von S 88.310.000,- = Verlust aus dem Aktienverkauf und den Finanzierungsaufwendungen). Bei wirtschaftlicher Betrachtung iSd Bestimmungen der §§ 21 und 22 BAO müsse festgestellt werden, dass eine derartige unentgeltliche Übertragung von solchen Wertfaktoren einem behaupteten fremden Dritten gegenüber unwahrscheinlich ist und unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht nachvollzogen werden könne. Leistung und Gegenleistung differierten bei diesem Sachverhalt in einem so großen Umfang, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt ein anderer sein müsse, der aber der Abgabenbehörde gegenüber verschwiegen werde. Wenn man noch weiter der Aktennotiz des Gx*** U*** Glauben schenke, dass sich in der Gesellschaft „bereits weitere angebahnte Geschäfte befanden“ so sei es umso unwahrscheinlicher, dass eine Änderung der Gesellschafterstruktur auf unentgeltlicher Grundlage stattgefunden habe.

Gesamtbild der Verhältnisse:

Das Gesamtbild der Verhältnisse müsse den Verlust der wirtschaftlichen Identität der Körperschaft anzeigen. Jedes Tatbestandsmerkmal dürfe daher nicht isoliert gelesen werden, sondern immer nur in Verbindung mit dem Begriff „Gesamtbild der Verhältnisse“ (*Bauer/Quantschnigg, KStG 1988, Tz 68.4.1.*)

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse sei im konkreten Sachverhalt ein Manteltatbestand gegeben. Die Änderungen der organisatorischen Struktur und der Gesellschafterstruktur hätten sich innerhalb eines sehr kurzen Zeitraumes, nämlich innerhalb eines Monats ergeben. Die Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit sei rund 11 Monate nach der Anteilsübernahme durch Gx*** U*** vollzogen worden (Ankauf von 52.815 Stück Aktien der R. AG am **27.11.1992**). Sämtliche in § 8 Abs 4 Z 2 KStG 1998 angeführten Strukturänderungen seien kumulativ angefallen und stünden untereinander in einem logischen Zusammenhang. Daher dürfe aufgrund der Bestimmung des § 8 Abs 4 Z 2 KStG der im Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 1992 ausgewiesene Verlust von S 88.442.118,- in den Folgejahren nicht als Sonderausgabe einkommensmindernd berücksichtigt werden.

In der Berufung wird zusammengefasst ausgeführt, die Bw sei mit dem Ziel gegründet worden, Beteiligungen an Gesellschaften und Unternehmungen einzugehen sowie die Verwaltung dieser Beteiligungen, ausgenommen Bankgeschäfte, durchzuführen. Bei der Übertragung der GmbH-Anteile am **20.12.1991** sei es zu keiner Änderung der wirtschaftlichen Struktur gekommen. Die Bw habe nicht nur den Unternehmensgegenstand fortgeführt, sondern auch bereits angearbeitete Projekte übernommen.

Zahlreiche Unterlagen aus den Jahren 1991 und 1992, die die Fortführung der wirtschaftlichen Struktur bestätigen hätten können, hätten im Zuge einer Übersiedlung Anfang des Jahres 2000, also nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist, entsorgt werden müssen. Die Bw habe Anfang des Jahres 2000 nicht mehr davon ausgehen können, dass acht bzw neun Jahre alte Unterlagen in einer steuerlichen Betriebsprüfung noch benötigt werden würden, zumal der übliche Zeitraum einer solchen Prüfung die letzten drei vergangenen Jahre (1996-1998) betreffe. Zu diesem Zeitpunkt sei die gesetzliche Aufbewahrungsfrist bereits – für Unterlagen aus dem Jahr 1991 sogar über ein Jahr hinaus – abgelaufen gewesen. Es sei also nicht richtig, dass die Bw nach acht Jahren wissen hätte müssen, dass die Unterlagen zu Beweiszwecken noch bedeutsam sein könnten. Nicht nachvollzogen werden könne, aus welchem Grund die Bw in diesem Punkt eine erhöhte Mitwirkungspflicht treffen sollte. Darüber hinaus habe die Bw – nachdem die Unterlagen, die ihren Standpunkt untermauern hätten können, auf Grund der Übersiedlung nicht mehr vorhanden gewesen seien – versucht, schriftliche Aussagen von den damals handelnden Personen zu bekommen, was ihr letztlich auch gelungen sei. Diese

Aussagen lägen nunmehr auch vor. Die Bw sei also ihrer Mitwirkungspflicht sowie Beweisvorsorge mehr als nur ausreichend nachgekommen, in dem sie sämtliche Personen kontaktiert habe, die zum damaligen Zeitpunkt in den diversen Wertpapierkonzepten mitgewirkt hätten und diese ersucht habe, eine schriftliche Stellungnahme zu der damaligen Geschäftstätigkeit der Bw abzugeben. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hätte die Betriebsprüfung daher diese Beweismittel berücksichtigen und ausschließlich zu den in den Aussagen enthaltenden Beweisergebnissen gelangen müssen.

Der Bw sei es gelungen, vom damaligen Gesellschafter Gx*** U***, vom ersten Geschäftsführer der Bw, Mag. Ay*** W*****, vom damaligen Vorstandsassistenten der R. AG, Az*** Re***, vom Konsulenten der Gesellschaft, Fx*** L*** sowie vom Aufsichtsratsvorsitzenden sowie Rechtsanwalt der Bw, Dr. G**** E****, Stellungnahmen zu den damaligen Transaktionen und wirtschaftlichen Tätigkeitsfeldern der Bw zu erlangen. Es lägen damit zahlreiche unabhängige Zeugenaussagen vor, die von der Finanzbehörde zu würdigende Beweismittel darstellten. Zeugenaussage komme im abgabenrechtlichen Verfahren ebenso starke Beweiskraft zu wie dem Urkundenbeweis, welcher jedoch auf Grund der abgelaufenen Aufbewahrungsfrist nicht mehr zu erbringen gewesen sei. Aus den Stellungnahmen ergäbe sich zusammengefasst:

Im Kalenderjahr 1991 sei der Bw durch den Zusammenbruch der A&B Aktien ein hoher Verlust entstanden. Im selben Zeitpunkt sei versucht worden, hohe Gewinne durch den sogenannten Wertpapiertausch, welcher 1992 tatsächlich durchgeführt worden sei, zu erzielen. Um die im Dezember 1991 angedachten Überlegungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von R. Aktien durch die Bw erst zu ermöglichen, hätten die Anteile an der Bw aus dem Einflussbereich der R. AG entzogen werden müssen. Die Bw sei nämlich zu diesem Zeitpunkt noch eine 100 %ige Tochtergesellschaft der R. AG gewesen. Dadurch sei ein Aktienerwerb durch die Bw auf Grund der Beschränkungen des § 66 AktG nicht zulässig gewesen, weil die R. AG das aktienrechtlich mögliche Ausmaß an eigenen Aktien bereits besessen habe bzw. durch den geplanten Ankauf überschritten hätte. In Gx*** U*** hätten die gesetzlichen Vertreter der R. AG einen Abnehmer der Anteile gefunden, der bereit gewesen sei, eine allfällige Einzahlungsverpflichtung im Ausmaß der ausstehenden Einlage von S 250.000 zu übernehmen. Im Zuge der Übergabe der Anteile der Bw an Gx*** U*** habe diesem zugesichert werden müssen, dass die bis zur Übergabe handelnden Personen, insbesondere der Geschäftsführer Mag. Ay*** W***** sowie der gesetzliche Vertreter des bisherigen Gesellschafters, Fx*** L*** weiterhin beratend für die bereits angebahnten Geschäfte zur Verfügung stünden. Beide Herren seien der Bw auch tatsächlich nach dem **20.12.1991** ständig zur Verfügung gestanden. Entgegen der Ausführungen der Betriebsprüfung sei diese Tätigkeit auch nicht unentgeltlich erfolgt. Es sei Fx*** L*** nämlich gerade durch diese Tätigkeit mög-

lich gewesen, eine für ihn erforderliche (zu fremdüblichen Bedingungen abgeschlossene) Zwischenfinanzierung von der Bw in Anspruch zu nehmen. Außerdem habe Fx*** L*** durch seine Beratungstätigkeit in der Folge ein Anstellungsverhältnis zur Bw erreicht. In der Bw hätten sich nach Abwicklung des Wertpapiergeschäftes mit A&B Aktien auch bereits weitere angebahnte Geschäfte befunden. Es sei beabsichtigt gewesen, durch diese Geschäfte (vorwiegend Wertpapierhandel) die Verluste aus der Abtretung der A&B Aktien auszugleichen. Dafür seien insbesondere R. Aktien herangezogen worden, für deren Erwerb eine Option, welche vor dem 20.12.1991 eingeräumt worden sei, vorgelegen sei. Die vor dem 20.12.1991 vorbereiteten Geschäfte hätten in weiterer Folge auch tatsächlich zu Abschlüssen geführt, woraus unmittelbar ein Gewinn (dh nach Abzug der Kosten) von weit über S 20 Mio erzielt habe werden können. Auf Grund der damaligen turbulenten Entwicklungen seien jedoch die tatsächlichen Wertpapierkäufe erst nach Ausverhandlung der komplizierten Bedingungen durchgeführt worden. So zB seien im Jahr 1992 Aktien der R. AG – die Zusage zum Erwerb sei bereits zum Zeitpunkt der Übernahme der Bw-Anteile vorgelegen – nach sorgfältiger Überprüfung der Erfolgsaussichten (das Gelingen dieser Transaktion sei bis zu deren Abschluss ungewiss gewesen) um über S 70 Mio erworben worden. Der Erwerb sei von Fx*** L*** und von der L*** Beteiligungs GmbH auf Ziel erfolgt. Dies sei, trotz zahlreicher anderer Versuche, die einzige Möglichkeit gewesen, der Bw die entsprechenden Wertpapiere zu beschaffen, da in dieser Höhe keine freien liquiden Mittel zur Verfügung gestanden seien. Neben der genannten Transaktion seien auch andere Wertpapiergeschäfte überlegt worden, diese hätten jedoch aus unterschiedlichen Gründen nicht realisiert werden können. Im Zeitpunkt der Übertragung sei damit ein lebender nicht entschuldeter Betrieb mit Forderungen und Verbindlichkeiten vorgelegen, wobei auf Grund von Realisationskriterien sowohl handels- als steuerrechtlich nicht sämtliche Aktiva und Passiva, wie zB übernommene Konzepte und angebahnte Geschäfte zu diesem Zeitpunkt hätten bilanziert werden dürfen. Bei den damals in der Bw vorliegenden Plänen habe es sich nämlich um immaterielle Wirtschaftsgüter gehandelt, die einem handels- und steuerrechtlichen Bilanzierungsverbot unterlagen. Auch solche immateriellen Wirtschaftsgüter stellten Aktivvermögen dar, das nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Es sei somit nicht richtig, dass die Bw zum Zeitpunkt des Gesellschafterwechsels weder ein Aktivvermögen noch eine betriebliche Struktur besessen habe. Durch die Übernahme der Passiva könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein fertiges wirtschaftliches Konzept einfach verschenkt worden sei. Die betriebliche Funktion als solche sei unverändert fortgeführt worden. Es liege in der Natur des Geschäftsbetriebes der Bw (insbesondere auf Grund der Projektgeschäfte), dass es erst nach detaillierter Überprüfung der Anbahnungsphase und Abschluss der Vorbereitungsphase zur Realisierung des Projektes kommen könne. Im vorliegenden Fall sei es daher nicht einmal zu einem Ruhen des Betriebes

gekommen. Gemäß KStR 2000 Rz 1183 begründe aber selbst die Reaktivierung eines ruhenden Betriebes, der in betriebsbereitem Zustand sei, keine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Struktur.

Weshalb gerade im vorliegenden Fall die Behörde den – noch dazu von mehreren unabhängigen Personen geäußerten – Zeugenaussagen eine geringere Beweiskraft beimesse, bedürfe einer eingehenden Begründung und Darlegung seitens der Behörde. Diese fehle freilich vollständig. Sämtliche Stellungnahmen hätten bestätigt, dass im Dezember 1991 ein lebender Betrieb von Gx*** U*** – und dies sei sogar Voraussetzung für Gx*** U*** gewesen – übernommen worden sei, sodass eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht vorgelegen sei. Zudem habe Gx*** U*** einen schuldenbelasteten Betrieb übernehmen müssen. Wenn es sich – wie in der Niederschrift ausgeführt – um einen „Verlustkauf“ handelte, dann entspreche es nicht der Lebenserfahrung, dass der Käufer aufrechte Verbindlichkeiten in Höhe des Verlustes selbst übernehme. Daher gehe der Vorwurf, dass ein Verlustmantel vorgelegen sei, ins Leere. Schon aus dem Umstand, dass der Verkauf zwischen fremden Dritten stattgefunden habe, mache es nicht notwendig, die Überlegungen des Käufers (günstige Verwertungsmöglichkeiten der übernommenen Konzepte) für den Verkäufer nachzuvollziehen. Betreffend der Aussage (Brief des Vorstandes der R. AG) „der Mantel der Bw wurde nach dem Verkauf der A&B Aktien an Außenstehende verkauft, um bei Offenlegung der Konzernstruktur zum Jahresultimo nicht unnötigen Erklärungsbedarf bezüglich dieser nutzlos gewordenen Gesellschaftshülse zu haben“ sei vom damaligen Vorstand mitgeteilt worden, dass der Konzern die bereits angearbeiteten Konzepte aus strategischen Überlegungen nicht mehr selbst durchführen habe wollen, zumal man sich zu diesem Zeitpunkt auf das Kerngeschäft zurückziehen habe wollen und daher die Bw aus der Sicht des Konzerns keinen Wert mehr dargestellt habe, wobei es sich hierbei nicht um eine Analyse der inneren Struktur der Potentiale des in der Bw vorhandenen Betriebes gehandelt habe, sondern um eine Beurteilung aus Konzernsicht. Der Ausdruck „Mantel“ in einer Korrespondenz von steuerlich nicht Kundigen sei somit nicht im Sinne des Steuerrechtes zu verstehen. Die Geschäftstätigkeit 1991 und 1992 habe sich zusammengefasst wie folgt dargestellt:

Aufbauend auf den umfangreichen Konzepten (ua im Zusammenhang mit der Option der R. Aktien – welche auch später ausgeübt worden sei – und dem bevorstehenden Aktientausch, die zum Zeitpunkt der Übertragung der Anteile vorgelegen seien, habe Gx*** U*** diese als neuer Geschäftsführer mit Unterstützung der früheren Konsulenten (Mag. Ay*** W***** als früherer Geschäftsführer und Fx*** L*** als bisheriger Konsulent), fortgesetzt. Bedingt durch die damaligen turbulenten Ereignisse hätten die geplanten Beteiligungserwerbe allerdings zuvor genau vorbereitet werden müssen, um einen weiteren Fehlkauf zu verhindern. Erst nach genauer Überprüfung der Erfolgsaussichten seien manche der geplanten

Wertpapiertransaktionen einige Monate später durchgeführt, andere allerdings nach weiteren Überlegungen aufgegeben worden.

Unter Berücksichtigung der vorgebrachten Beweismittel stehe der Bw der im ersten Wirtschaftsjahr erlittene Verlust zur Gänze zu. Allein, dass es im vorliegenden Fall zu keiner Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse gekommen sei, schließe den Mantelkauftatbestand aus. Daher werde beantragt, den Verlust des Wirtschaftsjahres 1991/1992 steuerlich anzuerkennen und bei der Veranlagung der folgenden Kalenderjahre (1993, 1994, 1995 und 1998) weiterhin als Verlustvortrag zu berücksichtigen.

In ihrer Stellungnahme zur Berufung führten die Prüfer aus, die Beweisaussagen der genannten Personen seien sehr wohl gewürdigt und auch entsprechend im Detail in der Niederschrift dokumentiert worden, letztlich sei man aber im Rahmen der Beweiswürdigung zu dem Schluss gekommen, dass die schriftlich und zeitnah hergestellten Beweismittel eine objektivere Aussagekraft hätten als die im nachhinein vorgelegten, mündlichen Beweisaussagen verschiedener Personen. Dies vor allem deshalb, weil im Rahmen von durchgeföhrten Betriebsprüfungen sowohl bei der R_II_AG als auch bei der ursprünglichen Muttergesellschaft der Bw, der Q-Holding AG, umfangreichere Recherchen stattgefunden hätten, um ua auch den inneren Wert der Bw zu ermitteln. Zweck dieser Recherchen sei es gewesen, die Werthaltigkeit der Forderungen zu ermitteln, welche einerseits die Q-Holding AG gegen die Bw aus der Finanzierung des Ankaufes der A&B Aktien, andererseits die R_II_AG gegen die Q-Holding AG gehabt habe. Damit nämlich die Q-Holding AG ihrer Tochter, der Bw, einen Kredit zur Finanzierung des Aktienkaufes einräumen habe können, habe sie sich selbst bei der R_II_AG refinanzieren müssen. Zur Unterlegung und Bekräftigung, dass die Forderungen gegen die Bw wertlos seien, sei das Schreiben der R_II_AG vom 26.5.1992 vorgelegt worden, in welchem die Vorstände Fx*** L*** und Mag. Ay*** W***** bestätigten, dass es sich bei der Bw um eine „nutzlos gewordene Gesellschaftshülse“ gehandelt habe, und daher wertüberichtigen wäre. Wie bereits in der Niederschrift über die Schlussbesprechung ausgeführt, werde in der erläuternden Stellungnahme der A. Treuhand GmbH als Begründung für die Teilwertabschreibung der Forderung ausgeführt, dass es sich bei der Bw „ab diesem Zeitpunkt – nach dem Verkauf der Anteile an der W Börsenmakler AG an die R_II_AG – um einen leeren Mantel handlete und die Forderung als uneinbringlich anzusehen war. Ebenso wurde die – leere – Bw an einen Dritten (Gx*** U***) mit Abtretungsvertrag vom 20.12.1991 um insgesamt S 2,00 verkauft“. Wenn daher in der Berufung behauptet werde, dass „der Ausdruck Mantel in einer Korrespondenz von steuerlich nicht Kundigen nicht im Sinn des Steuerrechts zu verstehen ist“, so könne diese Ansicht möglicherweise auf die Vorstände der R_II_AG, Mag. Ay*** W***** und Fx*** L***, sicherlich aber nicht auf die A. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei zutreffen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung

des Gesamtkonzeptes sei durch die Konstruktion, dass Mag. Dr. N*** dem Gx*** U*** anbiete, seine Forderung gegen die Bw in Höhe von S 88 Mio um S 100 abzutreten, wenn Gx*** U*** von der Bw aufgefordert werde, seinen zugesagten Gesellschafterzuschuss von S 88 Mio zu leisten, die Bw insgesamt schuldenfrei, weil Forderungen und Verbindlichkeiten sich untereinander aufheben. Um so schwieriger sei daher die Annahme, dass zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile der Bw durch Gx*** U*** ein fertiges wirtschaftliches Konzept vorhanden gewesen sei. In der Berufung werde ausgeführt, dass „sich nach Abwicklung des Wertpapiergeschäfes mit A&B Aktien auch bereits weitere angebahnte Geschäfte in der Bw befanden. Dafür wurden insbesondere R. Aktien herangezogen, für deren Erwerb eine Option, welche bereits vor dem 20.12.1991 eingeräumt wurde, vorlag. Die vor dem 20.12.1991 vorbereiteten Geschäfte führten in weiterer Folge auch tatsächlich zu Abschlüssen, woraus unmittelbar ein Gewinn (dh nach Abzug von Kosten) von weit über ATS 20 Mio erzielt werden konnte.“ Die Betriebsprüfung habe aber weder in der Buchhaltung der Bw noch in den Unterlagen Hinweise auf derartige vorhandene Optionen finden können. Es entspreche den Usancen des Geschäftsverkehrs, dass Optionen nicht unentgeltlich eingeräumt würden, sondern nur gegen eine entsprechende Optionsgebühr. Die Optionsgebühr sei als wirtschaftlicher Gegenwert für die Berechtigung zu sehen, trotz steigenden Wertes eines Wertpapiers dieses zu den vorher festgesetzten (günstigeren) Kaufbedingungen zu erwerben. Eine derartige Optionsgebühr sei aber weder im Zeitpunkt des Erwerbes noch im Zeitpunkt der Ausübung der Option in der Buchhaltung erfasst worden. Auch fänden sich im nachfolgenden Vertrag vom 5.1.1993 mit Fx*** L***, in welchem ua der Erwerb der später veräußerten R Aktien vereinbart worden sei, keine Hinweise auf die Ausübung einer behaupteten Option. Auch die Vereinbarung vom 24.11.1992, in welcher Fx*** L*** der Bw im Namen der L*** Beteiligungs GmbH R. AG Aktien im Wert von S 60 Mio veräußert habe, beinhalte keinen Hinweis, dass es sich hierbei um die Ausübung einer Option handle. Umfangreiche Erhebungen im Rahmen der Betriebsprüfung beim R-Konzern hätten ergeben, dass der sogenannte „Wertpapiertausch“ erst mit dem Eintritt des Vorstandes DI H**** T**** Anfang 1992 angedacht und in weiterer Folge im letzten Quartal des Jahres 1992 durchgeführt worden sei. Diese Tatsache lasse sich insbesondere auch aus den Aufsichtsratsprotokollen des R-Konzernes nachvollziehen, die der Betriebsprüfung vollständig vorlägen.

In einer Äußerung zur Stellungnahme der Prüfer erklärte die A. Treuhand GmbH (vgl Seiten 91 ff/1998 des Körperschaftsteueraktes), ihre Ausführungen würden seitens der Betriebsprüfung nunmehr dahingehend ausgelegt, dass allein dadurch bewiesen werden könne, dass die Voraussetzungen des Mantelkauftatbestandes zu diesem Zeitpunkt vorgelegen seien. Dazu wolle sie wie folgt Stellung nehmen:

Aus dem Zusammenhang mit ihrer Beantwortung des Ergänzungsauftrages, datiert mit

11.5.2000 ergebe sich eindeutig, dass sie damit zum Ausdruck habe bringen wollen, dass sich in der Bw keine Vermögensgegenstände befanden, die der aushaftenden Forderung der Q-Holding AG von S 88,152.776,69 als Haftungsfonds dienen konnten. Mangels vorhandenem Vermögen sei daher die Forderung der Q-Holding AG teilwertzuberichtigen gewesen, da sie zum damaligen Zeitpunkt als uneinbringlich anzusehen gewesen sei. Ob in der Bw weitere wirtschaftliche Konzepte zur Weiterführung des Betriebes vorhanden gewesen seien, sei im gegebenen Zusammenhang nicht ausschlaggebend gewesen, zumal unsichere Erwartungen keine Auswirkungen auf die Teilwertabschreibung der Q-Holding AG gehabt hätten. Maßgeblich für eine Teilwertabschreibung sei nämlich jeweils die Beurteilung der Einbringlichkeit einer Forderung zum betreffenden Bilanzstichtag. Sie wolle nochmals betonen, dass die Beantwortung des Ergänzungsauftrages lediglich die steuerlichen Auswirkungen bei der Q-Holding AG betroffen habe und keine steuerliche Analyse vorgenommen worden sei, noch vorzunehmen gewesen sei, ob bei einer bestimmten Gesellschaft die Voraussetzungen des Mantelkauftatbestandes erfüllt gewesen seien. Die zu einer solchen Beurteilung erforderlichen Unterlagen seien ihr zu dem überhaupt nicht zur Verfügung gestanden. Aus ihrem Schreiben könne daher jedenfalls nicht abgeleitet werden, ob die Voraussetzungen eines Mantelkauftatbestandes erfüllt gewesen seien.

In ihrer Gegenäußerung führte die Bw aus, die Stellungnahme zeige eindeutig, dass die Betriebsprüfung nicht auf vorliegende Fakten eingehen. Andernfalls wäre diese zu einem anderen Schluss gekommen. So zB baue die Betriebsprüfung ihre Argumentation auf ein falsch interpretiertes Korrespondenzschreiben eines Geschäftspartners (R_II_AG) sowie auf einem Schreiben einer Steuerberatungskanzlei auf, ohne die vorliegenden Stellungnahmen der beteiligten Personen zu berücksichtigen. Die in der Stellungnahme festgehaltene freie Beweiswürdigung sei damit denkunmöglich begründet worden und damit gesetzwidrig. Es sei nicht nachvollziehbar, warum ein Korrespondenzschreiben eines Geschäftspartners sowie ein Schreiben einer Steuerberatungskanzlei im Zuge einer Betriebsprüfung dieses Geschäftspartners im Jahr 2000 (also rund neun Jahre später), eine authentischere Aussagekraft haben solle als übereinstimmende Beweisaussagen sämtlicher zum damaligen Zeitpunkt unmittelbar mit der Sache betrauten Personen. Das Korrespondenzschreiben der R_II_AG vom **26.5.1992** der beiden Vorstände Fx*** L*** und Mag. Ay*** W***** sei bei richtiger Interpretation kein Widerspruch zu den Beweisaussagen. Der in diesem Schreiben verwendete Begriff „leerer Mantel“ sei von den beteiligten Personen im buchhalterischen und nicht im steuerlichen Sinn verwendet worden. Im Zeitpunkt der Übertragung der Anteile habe es zahlreiche angefangene Projekte und angebahnte Geschäfte gegeben, welche bilanziell zum Zeitpunkt der Übertragung allerdings noch nicht erfasst hätten werden dürfen, welche später jedoch äußerst gewinnbringend realisiert hätten werden können. Exakt von diesen (aus der

Sicht der R-Gruppe) „Nebengeschäften“ habe sich die R-Gruppe „entledigen“ wollen. Die R-Gruppe habe zum gleichen Zeitpunkt zahlreiche weitere Gesellschaften, welche in im Verhältnis zum Stammgeschäft verwandten Bereichen tätig gewesen seien, abgetreten, um die Konzentration auf ihr Grundgeschäft legen zu können. Zum Zeitpunkt der Übertragung seien somit zwar keine Substanzwerte, allerdings zahlreiche noch nicht realisierte Projekte übergeben worden. Bezuglich des Schreibens der A. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei werde auf die aktuelle Stellungnahme dieser Kanzlei verwiesen.

Bezuglich des Abtretungsangebotes des Mag. Dr. N*** an Gx*** U*** halte sie fest, dass dieses Abtretungsanbot im Gegenteil ein weiteres Argument darstelle, dass zum Zeitpunkt des Erwerbes der Anteile der Bw durch Gx*** U*** ein fertiges wirtschaftliches Konzept vorhanden gewesen sei. Die Zusage zu diesem Abtretungsanbot sei überhaupt Voraussetzung dafür gewesen, dass Gx*** U*** die Anteile übernommen habe andernfalls er die Bw mit den vorhandenen Konzepten nicht übernommen haben würde. Wie aus den Unterlagen ersichtlich sei, sei der Betrieb, der sich zum Zeitpunkt der Übertragung der Anteile noch in der Planungs- und Vorbereitungsphase befunden habe, von Gx*** U*** funktional weitergeführt worden. Eine handelsrechtliche Bilanzierung der vorgelegten „schwebenden“ Geschäfte habe allerdings schon auf Grund handelsrechtlicher Vorschriften nicht vorgenommen werden dürfen.

Betreffend der Option auf R. Aktien halte sie fest, dass die Unterlagen im Zusammenhang mit der Option nach Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Behaltestfrist im Rahmen des Umzuges im Jahr 2000 verloren gegangen seien. Es lägen aber sonstige Beweismittel vor, die im Rahmen der amtswegigen Ermittlung zwingend zu berücksichtigen seien. Bezuglich der Behauptung „es entspreche nicht den Usancen des Geschäftsverkehrs, dass Optionen nicht unentgeltlich eingeräumt werden, sondern nur gegen eine entsprechende Optionsgebühr“ könne sie vorerst keine Stellung nehmen, da die Stellungnahme der Betriebsprüfung keine Begründung hiefür enthalte. Um die zugrunde liegenden Überlegungen in Erfahrung zu bringen, müsste sie auch zu diesem Punkt Akteneinsicht nehmen. Aus den bekannten Gründen habe ihr diese vorerst noch nicht gewährt werden können. Damit es nicht zu einer Verzögerung komme, habe sie beschlossen, die Gegenäußerung vorerst ohne weitere Stellungnahme zu diesem Punkt zu übermitteln. Es sei weiters nicht richtig, dass der sogenannte „Wertpapiertausch“ erst mit dem Eintritt des Vorstandes DI H**** T**** Anfang 1992 angedacht und in weiterer Folge im letzten Quartal des Jahres 1992 durchgeführt worden sei. Die Überlegungen zu diesem Wertpapiertausch seien bereits im Herbst 1991 getroffen worden. Darüber hinaus sei es nicht richtig, dass die Überlegungen auf die Initiative des Vorstandes DI H**** T**** zurückzuführen seien. Die äußerst komplexe Transaktion sei von Az*** Re*** – wie er dies in seiner Aktennotiz bekannt gebe – bereits im Herbst 1991 konzipiert und den beiden Vorständen Mag. Ay*** W***** und Fx*** L*** noch im Jahr

1991 präsentiert bzw als Konzept vorgelegt worden. Darum sei zu diesem Zeitpunkt die Tauschidee mit dem dazugehörenden Konzept auch bereits der damaligen Geschäftsführung der Bw bekannt gewesen. Auf Grund des bevorstehenden Eintritts von DI H**** T**** sei der Wertpapiertausch auf Vorstands- bzw Aufsichtsratsebene erst nach seinem Eintritt beschlossen worden. Bei diesem Wertpapiertausch habe es sich um eine äußerst komplexe Transaktion gehandelt, bei der viele Gesellschaftsorgane, Gremien, Banken, Vertrieb etc eingebunden gewesen seien. Diese habe schon dadurch nicht innerhalb weniger Wochen durchgeführt werden können. Die gesamte Transaktion inklusive Nachlaufzeit habe sich über mehrere Jahre erstreckt. Im Zug der Aufarbeitung der damaligen Ereignisse sei auch eine Aktennotiz von DI H**** T**** – welche der Gegenäußerung beiliege – eingeholt worden. Auf Grund des eindeutigen Sachverhaltes seien daher die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mantelkaufes eindeutig nicht gegeben. Die Betriebsprüfung gründe ihre Entscheidung lediglich auf ein Schreiben des Vorstandes der R_II_AG, welches falsch interpretiert worden sei und zum anderen auf ein Schreiben einer Steuerberatungskanzlei im Zuge einer rund neun Jahre später durchgeföhrten Betriebsprüfung bei der R_II_AG.

Der zu Beginn dieses Abschnittes festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die angeführten Beweismittel sowie auf folgende **Beweiswürdigung:**

Gemäß § 167 BAO Abs 1 bedürfen Tatsachen, die bei der Abgabenbehörde offenkundig sind, und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, keines Beweises. Im übrigen hat die Abgabenbehörde gemäß Abs 2 unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es dabei, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (zB VwGH 26.1.1995, 89/16/0186; 25.4.1996, 95/16/0244).

Die Feststellungen über die als Organe der Bw tätigen Personen sind unstrittig und entsprechen den Eintragungen im Firmenbuch.

Die Feststellungen über die abgeschlossenen schriftlichen Verträge (Übertragung der Geschäftsanteile der Bw an Gx*** U*** [Seiten 897 ff des Arbeitsbogens], Erwerb der R-Aktien am 27.11.1992 [Schlussnote Seite 260 des Arbeitsbogens], Vereinbarung mit Fx*** L*** vom 5.1.1993 [Seiten 258 f des Arbeitsbogens], Abtretung der Forderung gegen die Bw an Mag. Dr. W*** N*** am 28.4.1992 [Seite 913 des Arbeitsbogens], Anbot des Mag. Dr. W*** N***

an Gx*** U*** vom 30.6.1992 [Seite 914 des Arbeitsbogens], Gesellschafterzuschuss des Gx*** U*** an die Bw vom 30.6.1992 [Seite 915 des Arbeitsbogens] etc) ergeben sich aus den in den Akten erliegenden Kopien dieser Urkunden und sind im übrigen unstrittig.

Die Feststellung, dass die Bw als Auffanggesellschaft für die Verluste aus A&B Aktien gegründet wurde gründet sich einerseits auf das Protokoll der sechsten Aufsichtsratssitzung der R. AG vom 19.9.1991, in dem es heißt, es bestehe ein Abwertungsrisiko im Zusammenhang mit A&B Aktien sowie, dass „seitens R 50.000 A&B Aktien zum Preis von S 112,5 Mio übernommen werden“. Weiters auf den Aktenvermerk des Herrn N**** vom 19.2.1992 an den neuen Generaldirektor DI H**** T****, in welchem ausdrücklich davon die Rede ist, dass die Bw als Auffanggesellschaft gegründet wurde, um den zu erwartenden Verlust nicht in der Bankhaus_Q AG realisieren zu müssen. Schließlich auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen der sechsten Aufsichtsratssitzung der R. AG am 19.9.1991 und der Gründung der Bw am 24.9.1991, somit nur fünf Tage später. Hinzu kommt, dass auch Dr. G**** E**** in seiner Stellungnahme angibt, dass die Bw zum Zwecke des Ankaufs von A&B Aktien gegründet wurde.

Die Feststellung, dass die Bw bis zur Übertragung der Geschäftsanteile Ende Dezember 1991 an Gx*** U*** sowie auch bis zum 30.6.1992 keine weiteren Geschäfte als die Transaktion mit A&B Aktien abgewickelt hat, ist unstrittig und ergibt sich im übrigen aus dem Jahresabschluss der Bw zum 30.6.1992 und der Zeugenaussage des Mag. Dr. W*** N***.

Die Feststellung, dass anlässlich der Änderung des Unternehmensgegenstandes der Bw im Oktober 1992 seitens der Bw die Absicht bestand, zukünftig andere als bloß (gemäß § 6 Z 8 UStG 1972) unecht befreite Umsätze zu tätigen, gründet sich auf die Vorhaltsbeantwortung der T-WTH GmbH (steuerlicher Vertreters der Bw [unterschrieben von Mag. Dr. W*** N***]) vom 30.7.1994 (Seiten 8 f/1992 des Körperschaftsteueraktes), wonach dies dem Unternehmensgegenstand (zB Vermögensberatung) zu entnehmen sei sowie auf die erfolgte Erweiterung des Unternehmensgegenstandes im Gesellschaftsvertrag.

Die Feststellung, dass Gx*** U*** zum Erwerb bzw zur Übernahme der Geschäftsanteile der Bw nur unter der Voraussetzung der ihm gemachten Zusage bereit war, er werde letztlich die Verbindlichkeiten der Bw von rund S 88 Mio selbst nicht tragen müssen, gründet sich einerseits auf die Ausführungen auf Seite 9 der Gegenäußerung der Bw vom 30.10.2002, wonach die Zusage des Abtretungsangebotes durch Mag. Dr. W*** N*** Voraussetzung für den Anteilserwerb durch Gx*** U*** war sowie andererseits auf die Zeugenaussage des Gx*** U*** selbst vom 3.7.2003: „Es war mir bewusst, dass die Gesellschaft überschuldet war. Das Geschäft sollte für mich kein Risiko bergen. Ich habe keine Haftungen für die bestehenden Verbindlichkeiten übernommen.“

Die Feststellungen, wonach nicht festgestellt werden konnte, dass der Bw von irgend einer Seite ein Optionsrecht zum Erwerb von R-Aktien oder von anderen Wertpapieren eingeräumt wurde, sowie, dass im Zeitpunkt des Erwerbes der Geschäftsanteile der Bw durch Gx*** U*** im Dezember 1991 sowie in der ersten Jahreshälfte 1992 keine über allgemeine, nicht näher konkretisierte Absichten hinausgehende, konkret angebahnte Wertpapiergeschäfte in der Bw bestanden und allenfalls lediglich diverse Wertpapierkonzepte existierten sowie darüber hinaus, dass weder Vorverträge (für Wertpapiergeschäfte) vor der Übertragung der Geschäftsanteile noch im Dezember 1991 oder in der ersten Jahreshälfte 1992 abgeschlossen wurden und im Dezember 1991 keine bereits angearbeiteten Projekte (Wertpapiergeschäfte) vorlagen, welche vom Erwerber der Geschäftsanteile übernommen werden konnten und dass solche Projekte (Wertpapiergeschäfte) auch in der ersten Jahreshälfte 1992 nicht begonnen wurden und weiters, dass die von der Bw im November 1992 und im Jahr 1993 abgeschlossenen Wertpapiergeschäfte sich erst zu einem nicht mehr näher feststellbaren Zeitpunkt im Herbst 1992, vermutlich rund um den 24.9.1992 (Datum der Substanzwertermittlung) bzw den 14.10.1992 (Bestellung von Fx*** L*** zum Geschäftsführer der Bw – Eintragung im Firmenbuch am 27.11.1992) konkretisierten und dass es sich somit bei der Bw vom Abschluss der Transaktion mit den A&B Aktien bis über das Ende des ersten Wirtschaftsjahres zum 30.6.1992 hinaus um eine leere Hülle handelte gründen sich auf folgende Überlegungen:

Die Betriebsprüfung hat in ihrer Stellungnahme zur Berufung ausgeführt, der so genannte „Wertpapiertausch“ sei erst mit Eintritt des Vorstandes DI H**** T**** Anfang 1992 angedacht und in weiterer Folge im letzten Quartal 1992 durchgeführt worden. Dies lasse sich auch aus den Aufsichtsratsprotokollen des R-Konzerns nachvollziehen, welche der Betriebsprüfung vollständig vorlägen. (Ähnlich das Gedächtnisprotokoll von Fx*** L***)
DI H**** T**** hat ebenso wie Az*** Re***, Gx*** U*** und Fx*** L*** angegeben, der „Aktientausch“ sei bereits Ende 1991 bzw Anfang 1992 beabsichtigt bzw geplant worden.

Eine Absicht ist ein innerer Vorgang (Willensentschluss), der erst dann zu einer steuerlich erheblichen Tatsache wird, wenn er durch seine Manifestation in die Außenwelt tritt.
Eine solche Manifestation der behaupteten, bereits im zeitlichen Zusammenhang mit der Übertragung der Geschäftsanteile der Bw im Dezember 1991 angeblich beabsichtigten Wertpapiergeschäfte lag jedoch gerade nicht vor. Vielmehr wurde die Bw von verschiedenen (zT den Vorgängen in der Bw nahe stehenden) Personen als „leer“ oder als „Mantel“ bezeichnet. Auch wenn (wie im Verfahren vorgebracht wurde) damit keine Qualifizierung im körperschaftsteuerrechtlichen Sinn vorgenommen werden sollte, lassen diese Bezeichnungen doch einen Rückschluss auf die von den Beteiligten im maßgeblichen Zeitraum verfolgten Absichten zu. In den vorgelegten Dokumenten finden die behaupteten in Planung befindlichen (angedachten)

Wertpapiergeschäfte keine Erwähnung. Schriftliche Unterlagen zu den angeblich bereits Ende 1991 geplanten Wertpapiergeschäften konnten nicht vorgelegt werden. Gx*** U*** konnte im einzelnen keine genauen Angaben zu diesen Geschäften machen.

Schriftliche Belege dafür, dass – wie behauptet – tatsächlich Wertpapiergeschäfte angebahnt waren, konnten seitens der Bw nicht vorgelegt werden.

Die vorliegenden, überwiegend im zeitlichen Nahebezug zum streitgegenständlichen Zeitraum erstellten schriftlichen Dokumente erwähnen eine Beteiligung der Bw an einem/dem „Wertpapiertausch“ oder andere angefangene Projekte und angebahnte Geschäfte der Bw allesamt nicht, sondern sprechen iZm der Bw von einem leeren bzw substanzlosen Mantel bzw einer Gesellschaftshülse (von Mag. Ay*** W***** und Fx*** L*** unterfertigtes Schreiben der R_II_AG vom 26.5.1992 an die Bw zH Mag. Dr. W*** N*** [*Seite 903 des Arbeitsbogens*], Schreiben der A. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei [*Seite 909 des Arbeitsbogens*], Schreiben der Bankhaus_Q_AG vom 9.1.1992 an Dir. W**** [*Seite 888 des Arbeitsbogens*]). Gerade im Schreiben der R_II_AG vom 26.5.1992 an die Bw finden sich keinerlei Hinweise auf angebahnte Geschäfte oder ähnliches, sondern ist von einem „Mantel“ die Rede, obwohl dieses Schreiben von Mag. Ay*** W***** und Fx*** L*** unterfertigt wurde (also jenen Personen, die laut Berufung dem Geschäftsführer Gx*** U*** laufend beratend zur Seite gestanden sein sollen) und obwohl diese angebahnten (laut Vorbringen umfangreichen) Geschäfte zu diesem Zeitpunkt bereits zumindest rund fünf bis sechs Monate in Planung gewesen sein sollen. Den schriftlichen Dokumenten ist insgesamt nicht der geringste Hinweis auf derartige angefangene Projekte und angebahnte Geschäfte zu entnehmen.

In den schriftlichen Vereinbarungen über die Wertpapiererwerbe im Herbst 1992 bzw später finden sich auch keine Hinweise auf eine allenfalls bestandene Option oder bereits länger zurückliegende Vereinbarungen iZm diesen Wertpapiererwerben.

Der Geschäftsführer Mag. Dr. W*** N*** hat anlässlich seiner Vernehmung als Zeuge am 4.7.2003 ua ausgesagt, das Geschäft der Bw habe sich auf Vorbereitungshandlungen für künftige Wertpapiergeschäfte beschränkt, die Bw habe damals gerade keine Geschäfte abgewickelt, während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer habe es keine konkreten Geschäfte gegeben, Gx*** U*** habe ihm davon erzählt, dass komplexe Geschäfte in Vorbereitung seien aber noch nicht kontrahiert wurde, Gx*** U*** habe ihm „erzählt“, dass Wertpapiergeschäfte in Vorbereitung waren.

Der Aufsichtsratsvorsitzende der R-Gruppe Rechtsanwalt Dr. G**** E**** spricht in seiner Aktennotiz vom 17.12.2001 von einem (anlässlich des Anfalls der Verluste bereits) angedachten Wertpapiertausch.

Gx*** U*** spricht in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 25.10.2001 zwar von weiteren angebahnten Geschäften, wobei insbesondere R.wertpapiere „in Betracht gezogen“ worden seien. Es habe eine mündliche Option zum Erwerb von R.Aktien seitens der L*** Beteiligungs GmbH bzw Fx*** L*** persönlich bestanden. Zudem sei ein groß angelegter Wertpapiertausch bearbeitet worden, bei welchem die Bw durch ihren Konsulenten Fx*** L*** mitgearbeitet habe. Anlässlich der Vernehmung am 3.7.2003 sagte Gx*** U*** aus, mit der Bw bzw dem Erwerb der Bw seien Wertpapiergeschäfte verbunden gewesen. Er konnte diese Geschäfte aber über Nachfrage nicht weiter detaillieren und verwies darauf, auf schriftliches Nachfragen in seinen Unterlagen nachzusehen. (Die) Geschäfte hätten sich in den Köpfen von Dr. N***, Fx*** L*** und Dr. G**** E**** abgespielt. Fx*** L*** sei auch Konsulent der Bw gewesen.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates ist den Angaben des Gx*** U*** kein erheblicher Beweiswert zu entnehmen. Er konnte keine Details nennen und verwies lediglich darauf, er könne in schriftlichen Unterlagen nachsehen. Laut Berufungsvorbringen bzw Angaben der Bw existieren aber über die behaupteten angebahnten Wertpapiergeschäfte gerade keine schriftlichen Unterlagen mehr, zudem blieb auch bereits die im Zuge der Betriebsprüfung erstattete schriftliche Stellungnahme des Gx*** U*** ohne Details.

Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass Gx*** U*** zum Thema „angebahnte Wertpapiergeschäfte“ keine nähere Sachkenntnis hatte bzw hat und wertet dessen Aussage daher als Gefälligkeitsaussage. Für die Frage des Bestehens von „angebahnten Wertpapiergeschäften“ im relevanten Zeitraum sind die Aussagen von Gx*** U*** daher ohne Beweiswert.

Der Generaldirektor der R-Gruppe, DI H**** T****, hat in seiner schriftlichen Stellungnahme ein Anfang 1991 bestehendes Bestreben, Querverbindungen der einzelnen Tochter- und Partnergesellschaften aufzulösen, bestätigt und ausgeführt, sein Vorstandsassistent Az*** Re*** habe ihn über einen laut dessen Angaben schon Ende 1991 entwickelten Wertpapiertausch informiert, der diese Zielsetzung erfüllen sollte.

Die Bw wird von ihm allerdings mit keinem Wort erwähnt. Es wird lediglich ausgeführt, dass der Wertpapiertausch bereits Ende 1991 bzw Anfang 1992 in Planung war. Bei der Bw handelte es sich im Zeitpunkt der Tätigkeit des DI H**** T**** auch nicht mehr um eine Tochtergesellschaft der R-Gruppe. Die geschäftlichen Querverbindungen der R-Gruppe zur Bw beschränkten sich während der Tätigkeit des DI H**** T**** für die R-Gruppe auf die aus der Wertpapiertransaktion mit A&B Aktien resultierende Forderung der Q-Holding AG gegen die Bw von rund S 88 Mio. Diese Forderung spielte allerdings beim Wertpapiertausch keine Rolle. Diese Stellungnahme bestätigt somit zwar Pläne der R-Gruppe, nicht jedoch

angebahnte Wertpapiergeschäfte der Bw. Denn die Auflösung von Querverrechnungen der einzelnen Tochter- und Partnergesellschaften konnte ebenso gut ohne die Bw erfolgen.

Az*** Re*** hat in seiner Aktennotiz vom 18.12.2001 erklärt, zahlreiche Varianten des Tausches seien entworfen und geprüft worden. Dies spricht jedoch gerade nicht dafür, dass über das Bestehen von unverbindlichen Absichten hinaus bereits im relevanten Zeitraum (Dezember 1991 bzw erste Jahreshälfte 1992) in der Bw „angebahnte Wertpapiergeschäfte“ bestanden hätten.

Fx*** L*** beschreibt in seinem „Gedächtnisprotokoll“ vom 5.11.2001, es sei geplant gewesen, die in der Bw entstandenen Verluste durch Transaktionen mit R.wertpapierenertpapieren auszugleichen, wobei die Bw Aktien besorgen sollte. Die sehr komplizierte Transaktion (Wertpapiertausch) sei circa Anfang Dezember 1991 entworfen und entwickelt (beginnend Ende 1991, erstes Quartal 1992), vom Vorstand aufgegriffen (zweites Quartal 1992), vom Aufsichtsrat diskutiert und beschlossen (drittes und vierter Quartal 1992) und letztendlich von der Hauptversammlung (erstes Quartal 1993) beschlossen und in der weiteren Folge umgesetzt worden. Das Gelingen dieser Aktion sei bis zu deren Abschluss ungewiss gewesen, doch habe die Bw aus dieser Transaktion hohe Gewinne erzielen können. Neben diesen Geschäften seien auch andere Wertpapiergeschäfte überlegt und versucht worden, hätten jedoch nicht realisiert werden können.

Diese Angaben bestätigen lediglich das Bestehen von Plänen seitens der R-Gruppe betreffend Wertpapiertransaktionen. Hingegen belegen sie gerade keine im relevanten Zeitraum vorhandenen „angebahnten Geschäfte“ in der Bw. Denn bei den von Fx*** L*** angeführten Organen (Vorstand, Aufsichtsrat) handelt es sich offensichtlich nicht um Organe der Bw sondern um Organe der R-Gruppe. Dass der Abschluss („das Gelingen“) der Geschäfte bis zuletzt ungewiss war, spricht zudem gerade gegen das Bestehen von „angebahnten Geschäften“ in der Bw im relevanten Zeitraum (Dezember 1991 bzw erste Jahreshälfte 1992).

Auch auf Seite 4 des Protokolls über die 6. Aufsichtsratsitzung der R_II_AG vom 24.9.1992 heißt es dazu: „Diese von GD T**** im Sommer entwickelte Idee des Aktientausches wurde von L*** sofort aufgegriffen und seitens der S.-F. entsprechende Konzepte entwickelt.“. Im Einklang damit steht, dass die von Dkfm. Tx*** erstellte Substanzwertermittlung vom 24.9.1992 datiert. Auch in der Stellungnahme von DI H**** T**** ist davon die Rede, dass erst im 3. Quartal 1992 eine diesbezügliche Diskussion im Aufsichtsrat erfolgte.

Juristische Personen (wie etwa die Bw als GmbH) handeln durch ihre Organe. Entscheidende Bedeutung für die Willensbildung der juristischen Person kommt damit den Absichten der Organe zu. Absichten von dritten Personen, die bei der juristischen Person keine Organstel-

lung bekleiden, sind für die Willensbildung der juristischen Person grundsätzlich ohne Bedeutung.

Anders als das Berufungsvorbringen bzw die von der Bw vorgelegten schriftlichen Aussagen (Aktenvermerke etc) der damals handelnden Personen (zB Fx*** L***, Az*** Re*** etc) nahe legen wollen, kommt es für die Frage einer allfälligen Planung von Wertpapiergeschäften nicht auf (allenfalls vorliegende) Absichten von Personen im Rahmen des R-Konzerns, etwa bei der R. AG oder bei der R. II AG an. Entscheidend ist im Streitfall, ob eine solche Absicht bei der Bw bestanden hat. Gerade derartiges war jedoch nicht feststellbar.

Außerhalb der Bw, nämlich in der R-Gruppe, angedachte Geschäfte, die die Beteiligten zT nur von Erzählungen kennen, die als in Vorbereitung befindlich bezeichnet werden, für die es keine schriftlichen Unterlagen gibt, die bis zuletzt (erstes Quartal 1993) ungewiss blieben etc sind jedoch nicht als angearbeiteten Projekte bzw angebahnte Geschäfte der Bw anzusehen.

Zu berücksichtigen ist weiters, dass die schriftlichen Erklärungen von Gx*** U*** und der übrigen Personen erst zu einem Zeitpunkt erstellt wurden, als bereits seit mehr als einem Jahr bekannt war, dass die Betriebsprüfung das Vorliegen des Mantelkauftatbestandes als Prüfungsschwerpunkt ausgewählt hatte (vgl die Niederschrift über die Schlussbesprechung, wonach bereits anlässlich des Beginns der abgabenbehördlichen Prüfung mit der Unterfertigung des Prüfungsauftrages am 16.8.2000 angesprochen worden sei, dass die Verluste des Wirtschaftsjahres 1991/1992 einer Überprüfung im Hinblick auf eine Erfüllung des Mantelkauftatbestandes iSd § 8 Abs 4 Z 2 KStG unterzogen werden würden), die Stellungnahmen stammen jedoch alle vom Ende des Jahres 2001).

Im zeitlichen Nahebereich zu den tatsächlichen Ereignissen erstellten Urkunden kommt jedoch ein höherer Beweiswert zu als zahlreiche Jahre später nachträglich, in Kenntnis der steuerlichen Folgen erstellten schriftlichen Stellungnahmen der beteiligten Personen. Dies gilt umso mehr für Personen, die im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Stellungnahme selbst im Naheverhältnis zur Bw stehen und damit von den steuerlichen Folgen selbst betroffen sind, wie etwa Az*** Re***, der im Dezember 2001 Gesellschafter der Bw war.

Der Unabhängige Finanzsenat gelangt daher in freier Beweiswürdigung zu den genannten Feststellungen, denen zufolge zusammengefasst im relevanten Zeitraum (Dezember 1991 bzw erste Jahreshälfte 1992) in der Bw keine angebahnten Geschäfte (angefangene Projekte) vorhanden waren und es sich bei der Bw daher um einen leeren Mantel (eine leere Hülle) handelte.

Rechtlich folgt daraus:

Gemäß § 8 Abs 4 Z 2 KStG ist bei der Ermittlung des Einkommens der Verlustabzug im Sinne des § 18 Abs 6 und 7 EStG als Sonderausgabe abzuziehen. Der Verlustabzug steht ab jenem Zeitpunkt nicht mehr zu, ab dem die Identität des Steuerpflichtigen infolge einer wesentlichen Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur im Zusammenhang mit einer wesentlichen Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage nach dem Gesamtbild der Verhältnisse wirtschaftlich nicht mehr gegeben ist (Mantelkauf). Dies gilt nicht, wenn diese Änderungen zum Zwecke der Sanierung des Steuerpflichtigen mit dem Ziel der Erhaltung eines wesentlichen Teiles betrieblicher Arbeitsplätze erfolgen. Verluste sind jedenfalls insoweit abzugsfähig, als infolge der Änderung der wirtschaftlichen Struktur bis zum Ende des Wirtschaftsjahrs der Änderung stille Reserven steuerwirksam aufgedeckt werden.

Als Mantelkauf wird der Erwerb der Anteile an einer nicht (mehr) wirtschaftlich tätigen und/oder vermögenslosen Gesellschaft bezeichnet. Mantel- oder Vorratsgesellschaften sind demnach Kapitalgesellschaften, die nicht (mehr) wirtschaftlich tätig und/oder vermögenslos sind, sodass bildlich gesprochen nur (noch) ein Gesellschaftsmantel vorliegt (vgl *Gaggl*, ecolex 2007, 36 mit Verweisen auf gesellschaftsrechtliche Literatur).

Ansatzpunkt für die gesetzliche Umschreibung des Mantelkaufes ist der Verlust der wirtschaftlichen Identität der Körperschaft. Das Gesamtbild der Verhältnisse muss den Verlust der wirtschaftlichen Identität der Körperschaft anzeigen. Die im Gesetzesstext angeführten Strukturänderungen sind jene Elemente, die bei der Beurteilung des Gesamtbildes heranzuziehen sind. Sie sind aber nicht als Definition des Verlustes der wirtschaftlichen Identität zu verstehen. Jedes Tatbestandsmerkmal darf daher nicht isoliert gelesen werden, sondern immer nur in Verbindung mit dem Begriff „Gesamtbild der Verhältnisse“. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale eher eng als weit auszulegen sind, oder anders gesprochen, Mantelkauf nur unter qualifizierten Umständen anzunehmen ist. So wird es nicht genügen, wenn nur ein Element der Strukturänderung verwirklicht wird, sei dies auch in einem sehr weit gehenden Umfang. Vielmehr werden sämtliche Strukturänderungen kumulativ vorliegen müssen. Ist daher ein Strukturänderungselement nicht erfüllt, wird die Anwendung des Mantelkaufs verhindert. Man wird „wesentlich“ auch keinesfalls schematisch als eine Änderung von mehr als 25 % gegenüber dem Ausgangswert interpretieren dürfen. Der Begriff „wesentlich“ spricht im Zusammenhang mit dem Begriff „Gesamtbild“ für einen beträchtlich höheren - sich in der Praxis auswirkenden - Änderungsgrad (vgl *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 278 f mwN).

1. Änderung der Gesellschafterstruktur (auf entgeltlicher Grundlage):

Mit dem Element der Änderung der Gesellschafterstruktur ist die Übertragung von Gesellschaftsanteilen angesprochen. Unter Übertragung ist zunächst die Veräußerung sowie der

Tausch von Anteilen zu verstehen, wobei es dabei primär auf die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Gesellschaftsanteilen ankommt (*Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 290).

Die Bestimmung des § 8 Abs 4 Z 2 KStG hat zwar nicht zur Tatbestandsvoraussetzung, dass der Kauf der Gesellschaftsanteile ausschließlich zum Zwecke des Erwerbs von Verlustabzügen erfolgt. Mit dieser Regelung sollte allerdings Bestrebungen entgegengetreten werden, Verluste zum Gegenstand von Erwerbsvorgängen zu machen. Die Regelung schaffe daher – so die ErläutRV zu § 8 KStG – „für Extremfälle, in denen eine vollkommene Strukturänderung einer Körperschaft mit einer Veränderung der Eigentümerstellung auf entgeltlicher Grundlage im Zusammenhang steht, eine Rechtsgrundlage zur Versagung des Verlustvortragsrechtes bei der zivilrechtlich ident bleibenden Körperschaft“.

Im Streitfall hat der zuvor nicht beteiligt gewesene Gx*** U*** mit Abtretungsvertrag vom 20.12.1991 zu einem symbolischen Betrag von S 2,-- sämtliche Geschäftsanteile der Bw erworben. Entsprechend ist im Streitfall nicht strittig, dass es zu einer wesentlichen Änderung der Gesellschafterstruktur gekommen ist. Strittig ist lediglich, ob diese Änderung auf entgeltlicher Grundlage erfolgte.

Denn die Änderung der Gesellschafterstruktur muss auf entgeltlicher Grundlage vor sich gehen. Dies bedeutet, dass bei einer Änderung der Gesellschafterstruktur auf Grund einer Erbschaft oder einer Schenkung, und zwar auch bei gleichzeitiger Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur, kein Mantelkauf vorliegen kann. Allerdings gilt auch ein Kauf der Anteile um einen symbolischen Betrag als entgeltliches Rechtsgeschäft, weil damit idR Verbindlichkeiten übernommen werden, die den Barverkaufspreis gesenkt haben. Gleches gilt, wenn sich für eine an sich unentgeltliche Anteilsübertragung ein wirtschaftlicher Ausgleichsposten finden lässt, wobei unter Fremden von der notorischen Tatsache auszugehen ist, dass Kaufleute einander nichts zu schenken pflegen (VwGH 9.7.2008, 2005/13/0045 mwN; *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 292 mwN).

Eine Rechtsnachfolge von Todes wegen lag im Streitfall nicht vor. Auch für eine Schenkung finden sich letztlich keine Hinweise (im Verwaltungsverfahren ergaben sich keine Anhaltpunkte dafür, dass eine Vertragspartei der anderen etwas hätte schenken wollen – die von einigen Beteiligten aufgestellte Behauptung, die Bw sei verschenkt worden, vermag daran nichts zu ändern).

Der Veräußerer eines überschuldeten Unternehmens wird dieses mit allen möglichen Problemen und Folgen „einfach so“ los. Dies ist eindeutig als geldwerter Vorteil anzusehen und impliziert eine entgeltliche Übertragung. Dies trifft auch im Streitfall zu. Die R.-Gruppe wurde „die Bw einfach so los“. Darin liegt ein wirtschaftlicher Ausgleichsposten und damit ein Vorteil

für die Veräußerer. In diesem Sinne ist etwa auch eine nominell „unentgeltliche“ Übertragung an sich wertloser Geschäftsanteile - oder, was auf dasselbe hinausläuft, zu einem symbolischen Betrag - im Regelfall als entgeltlicher Vorgang zu werten. Hinzu kommt weiters, dass die R_II_AG, wie sie im Schreiben vom 26.5.1992 ausführt, die Bw verkauft hat, um bei Offenlegung der Konzernstruktur zum Jahresultimo nicht unnötigen Erklärungsbedarf bezüglich dieser nutzlos gewordenen Gesellschaftshülse zu haben. Auch hierin liegt ein zusätzlicher wirtschaftlicher Ausgleichsposten. Weiters hat Gx*** U***, wie in der Berufung vorgebracht wird, eine allfällige Einzahlungsverpflichtung im Ausmaß der ausstehenden Einlage von S 250.000 übernommen. Hierin liegt ebenfalls ein wirtschaftlicher Ausgleichsposten.

Das Tatbestandsmerkmal der Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage ist damit erfüllt.

2. Änderung der organisatorischen Struktur:

Unter einer Änderung der organisatorischen Struktur einer Körperschaft ist eine Änderung - dh ein Austausch - im Bereich der willensbildenden, dh Leitungs- und Verwaltungsorgane einer Körperschaft (zB gesetzliche Vertreter wie Geschäftsführer oder Vorstand) zu verstehen. Von einer wesentlichen Änderung der organisatorischen Struktur wird auszugehen sein, wenn die Organe in einem erheblichen Umfang ausgetauscht werden. Ein Austausch von Gesellschaftsorganen in einem Umfang, der eine Änderung der Willensbildung - dh der Stimmenveränderung bei Entscheidungsprozessen - im Ausmaß von 75 % darstellt, wird jedenfalls als wesentliche Änderung zu werten sein. Sollte eine wesentliche Änderung nicht in „einem Zug“, sondern in mehreren Etappen vor sich gehen, würde sie - im Verband mit sonstigen Strukturaenderungen - dann zur Annahme eines Mantelkaufs führen, wenn die Änderungen in einem inneren Zusammenhang stehen (vgl *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 285 f).

Im Streitfall wurden innerhalb weniger Wochen (Erwerb der Anteile durch Gx*** U*** am 20.12.1991, Eintragung der Abberufung der bisherigen Geschäftsführer und Neubestellung des Gx*** U*** als Geschäftsführer im Firmenbuch am 28.1.1992) sämtliche Geschäftsführer der Bw abberufen und der Gesellschafter Gx*** U*** zum Geschäftsführer bestellt. Es ist unbestritten, dass Gx*** U*** als Geschäftsführer entscheidungsbefugt war und entsprechend die Geschäftsführung innehatte. Ob ihm dabei allfällige Berater oä (zB Fx*** L***, Mag. Ay*** W*****) zur Seite standen, ist insoweit unerheblich, da es entscheidend auf die tatsächliche handelsrechtliche Entscheidungsbefugnis ankommt.

Das Tatbestandsmerkmal der Änderung der organisatorischen Struktur ist damit erfüllt.

3. Änderung der wirtschaftlichen Struktur:

3.a. Grundsätzliches

Eine Änderung der wirtschaftlichen Struktur liegt vor, wenn die mit dem bisherigen Zweck der Körperschaft verbundene, aus Vermögen und Tätigkeit gebildete wirtschaftliche Einheit (bezogen auf sämtliche bisherigen Tätigkeiten - im Streitfall ist diese Einschränkung allerdings nicht von Bedeutung) der Körperschaft verloren geht (zB *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51; KStR 2000 Rz 1181).

Bei der Änderung des Unternehmensgegenstandes kommt es nicht auf Satzungsregelung, sondern auf den tatsächlichen Unternehmensgegenstand an (*Hügel* in *Hügel/Mühlenhauer/Hirschler*, UmgrStG, § 4 Tz 11; *Petritz/Ressler*, Der Handel mit Verlustgesellschaften, ÖStZ 2006/361, 192; *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Staringer* [Hrsg], KStG, § 8 Rz 254). Es kommt entscheidend darauf ankommt, ob eine Änderung im Unternehmensgegenstand tatsächlich eingetreten ist. Auf die bloße Absicht von Erwerbern von Gesellschaftsanteilen, einen Unternehmensgegenstand unverändert beizubehalten, kommt es hingegen nicht an (VwGH 26.7.2006, 2004/14/0151). Eine Weiterführung einer „Geschäftsidee“ mit gänzlich unterschiedlichen Mitteln ist als Bruch der wirtschaftlichen Identität der Körperschaft aufzufassen (*Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Staringer* [Hrsg], KStG, § 8 Rz 254 unter Hinweis auf VwGH 26.7.2006, 2004/14/0151).

Eine wesentliche Änderung ist anzunehmen, wenn sie gegenüber dem Vorzustand ganz überwiegend in Erscheinung tritt. Dabei muss dem in § 8 Abs 4 Z 2 KStG innwohnenden Verlustverwertungselement Beachtung geschenkt werden (*Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51). Um Mantelkauf annehmen zu können, muss sich die wirtschaftliche Struktur in wesentlichem Umfang ändern (*Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 287). Dabei wird es auf das Gesamtbild der Verhältnisse ankommen.

Die Änderung kann

- negativ gesehen eine Verminderung bis zum Extremfall der Beendigung der wirtschaftlichen Einheit (mit oder ohne nachfolgender Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit) oder
- positiv eine Erweiterung der wirtschaftlichen Einheit in quantitativer oder qualitativer Art sein (zB nochmals *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51; KStR 2000 Rz 1181).

Die Änderung der wirtschaftlichen Struktur setzt grundsätzlich einen Wechsel oder eine Erweiterung des Unternehmensgegenstandes voraus. Bleibt der Unternehmensgegenstand gleich, so kann eine Änderung der wirtschaftlichen Struktur vorliegen, wenn in wesentlichem

Umfang neues Betriebsvermögen zugeführt wird (*Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 287).

Die bloße Verminderung der wirtschaftlichen Einheit (ein bloßes Schrumpfen der betrieblichen Tätigkeit) im Herrschaftsbereich des Voreigentümers oder des Folgeeigentümers ist nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 8 Abs 4 Z 2 KStG unbedenklich, wenn sie in der Folge weitergeführt wird (*Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51; *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG 1988, § 8 Tz 287; KStR 2000 Rz 1181).

Daher wird eine bloße Verminderung und Weiterführung der bisherigen Tätigkeit im verminderten Umfang iA keine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Struktur bedeuten.

Bei Schaffung einer zusätzlichen wirtschaftlichen Einheit im Herrschaftsbereich des Folgeeigentümers führt dies iVm den übrigen Voraussetzungen zum Mantelkauftatbestand, wenn die neue Einheit die bisherige erheblich übersteigt (*Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51; KStR 2000 Rz 1181).

Ebenso ist die bloße Beendigung der bisherigen wirtschaftlichen Einheit im Bereich des Voreigentümers oder des Folgeeigentümers der Körperschaft unbedenklich. Erst die damit verbundene Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit im Bereich des Folgeeigentümers ist stets als wesentliche wirtschaftliche Änderung zu sehen (*Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, § 8 Anm 51; *Quantschnigg/Renner/Schellmann/Stöger* [Hrsg], KStG Kommentar, § 8 Tz 287; KStR 2000 Rz 1181).

Allerdings liegt offensichtlich ein Mantelkauf vor, wenn eine „leere Gesellschaftshülse“ ohne Vermögen und Tätigkeit den Besitzer wechselt (*Massoner*, Der Mantelkauf im Abgabenrecht, 14; in diesem Sinn auch *Polster-Grüll*, VwGH schneidert „Verlustmäntel“ um, Die Presse – Rechtspanorama vom 17.2.2006).

3.b. Ruhens

Kein Fall des Mantelkauftatbestandes liegt hingegen nach der Verwaltungspraxis vor, wenn der Betrieb bloß ruht, also wenn eine Betriebsunterbrechung vorliegt:

Die Reaktivierung eines ruhenden Betriebes, der in betriebsbereitem Zustand ist, begründet keine wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Struktur. Ein Verdachtsfall ist nach der Verwaltungspraxis der Erwerb aller Anteile an einer Kapitalgesellschaft iZm der Übernahme besenreiner Standorte ohne Ware, Lieferanten und Einrichtung einer zudem entschuldeten Gesellschaft, auch wenn die erworbene Gesellschaft idF neue Aktivitäten in der gleichen Branche setzen will.

Befindet sich die Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt der finanziellen und organisatorischen Änderung in Liquidation, ist es eine Tatfrage, ob überhaupt noch eine betriebsbereite Funktion

vorliegt (ruhender Betrieb) oder ob der bisherige Betrieb infolge der Veräußerung von Vermögensteilen nicht mehr (vollständig) existiert (KStR 2000 Rz 1183).

Im Sinn des § 24 EStG ruht ein Betrieb, wenn er vorübergehend in der Absicht eingestellt wird, ihn wieder aufzunehmen (zB Saisonbetrieb, Krankheit des Inhabers, Beschädigung oder Zerstörung wesentlicher Betriebsgrundlagen), wenn somit die werbende Tätigkeit eingestellt ist. Es muss nach außen erkennbaren Umständen wahrscheinlich, dh objektiv erkennbar beabsichtigt sein, dass der Betrieb in vergleichbarer Form, in ähnlicher Weise und in einem überschaubaren, relativ kurzen Zeitraum (bis drei Jahre) wieder aufgenommen wird (*Doralt, EStG¹⁰, § 24 Tz 150; Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch, § 24 Tz 15; EStR 2000 Rz 5638*).

In der Berufung (Seite 10) wird (unter Verweis auf KStR 2000 Rz 1183) vorgebracht, im Streitfall sei es nicht einmal zu einem Ruhen des Betriebes gekommen; tatsächlich sei vielmehr sogar die betriebliche Funktion als solche unverändert fortgeführt worden. Es seien im Zeitpunkt der Übertragung neue (Wertpapier)Geschäfte in Planung gewesen.

Dieses Vorbringen hätte sowohl dann, wenn damit ein bloßes Ruhen des Betriebes ausgesagt werden soll als auch dann, wenn damit eine Weiterführung in verminderterem Umfang dargelegt werden soll, zur Folge, dass der Mantelkauftatbestand nicht zur Anwendung käme.

Der Mantelkauftatbestand käme hingegen dann zur Anwendung, wenn nicht mehr von einem bloßen Ruhen des Betriebes, sondern von einer Beendigung der wirtschaftlichen Einheit und anschließender Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit (wenn auch in der selben Branche) auszugehen sein sollte.

3.c. Beendigung und Neuschaffung

Eine wesentliche wirtschaftliche Änderung liegt vor, wenn nach Beendigung der bisherigen wirtschaftlichen Einheit (im Bereich des Voreigentümers oder des Folgeeigentümers der Körperschaft) damit verbunden eine neue wirtschaftliche Einheit im Bereich des Folgeeigentümers geschaffen wird.

Wann bzw ab wann eine solche Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit im Bereich des Folgeeigentümers als gegeben anzunehmen ist, wird in der Literatur nicht beantwortet. Bei Beantwortung dieser Frage wird dem Zweck der Mantelkaufregelung wesentliche Bedeutung zukommen.

Nach der Absicht des historischen Gesetzgebers soll mit der Bestimmung des § 8 Abs 4 KStG Bestrebungen entgegengetreten werden, Verluste zum Gegenstand von Erwerbsvorgängen zu machen. Die Regelung schaffe für Extremfälle, in denen eine vollkommene Strukturänderung

einer Körperschaft mit einer Veränderung der Eigentümerstellung auf entgeltlicher Grundlage im Zusammenhang stehe, eine Rechtsgrundlage zur Versagung des Verlustvortragsrechtes.

Die Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit wird im wesentlichen gleich zu beurteilen sein, wie die Frage des Vorliegens einer Betriebseröffnung. Letztgenannte Frage wurde bereits von Lehre und Rechtsprechung zB iZm dem Vorliegen von Anlaufverlusten iSd § 18 Abs 7 EStG sowie iZm der Frage, ab wann eine (gewerbliche) Tätigkeit vorliegt beantwortet.

Insoweit gilt nach hA:

Zeitpunkt der Betriebseröffnung (iSd § 2 Abs 6 EStG) ist der erste zu einer Buchung führende betriebliche Vorgang. Das kann die erste Einnahme oder auch die erste (auch vorbereitende) Betriebsausgabe sein (*Doralt*, EStG⁸, § 2 Tz 182 aE).

Als Zeitpunkt der Betriebseröffnung iSd § 18 Abs 7 EStG gilt der Zeitpunkt, in dem die ersten Anschaffungen getätigt werden bzw die ersten Aufwendungen anfallen (*Doralt/Renner*, EStG¹⁰, § 18 Tz 315).

Fallen vor Beginn der Betätigung Aufwendungen (Ausgaben) iZm der zielstrebigen Vorbereitung der Betriebseröffnung bzw des Beginns einer außerbetrieblichen Betätigung an, beginnt der Anlaufzeitraum mit dem Kalenderjahr des erstmaligen Anfalls derartiger Aufwendungen (Ausgaben) zu laufen (*Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch, § 2 Tz 26.3 iVm § 18 Tz 112).

Für die Betriebseröffnung ist charakteristisch, dass sich der Steuerpflichtige als neuer Marktteilnehmer auf einem neuen Markt etablieren muss (*Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke*, EStG, § 18 Anm 208 unter Hinweis auf VwGH 7.8.2001, 96/14/0130).

Eine gewerbliche Tätigkeit liegt bereits in der Vorbereitungsphase, sohin vor Erzielung der ersten Einnahmen vor, wenn sich der innere Entschluss des Steuerpflichtigen zur Aufnahme der werbenden Betätigung durch entsprechende Handlungen dokumentiert und der Steuerpflichtige zielstrebig auf die Betriebseröffnung hinarbeitet. Bei einer über einige Jahre hinausgehenden Vorbereitungsphase wird dabei besonderes Gewicht darauf zu legen sein, dass auf Grund der bereits gesetzten Handlungen des Steuerpflichtigen die eindeutige Absicht der künftigen Betriebseröffnung erweislich ist (VwGH 18.3.1997, 96/14/0045).

Entsprechendes gilt für die umsatzsteuerliche Beurteilung einer Betätigung in der Vorbereitungsphase. Vorsteuern können bereits steuerliche Berücksichtigung finden, bevor noch der Steuerpflichtige Einnahmen iSd § 2 Abs 1 UStG erzielt. Für diese Berücksichtigung reichen allerdings weder bloße Absichtserklärungen des Steuerpflichtigen über eine künftige unternehmerische Tätigkeit aus noch der Umstand, dass er die Möglichkeit zur Erzielung von Einkünften ins Auge fasst. Es müssen vielmehr über die Absichtserklärung hinausgehende Um-

stände vorliegen, aufgrund derer mit „ziemlicher Sicherheit“ feststeht, dass eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet werden wird (nochmals VwGH 18.03.1997, 96/14/0045; unter Hinweis auf VwGH 25.11.1986, 86/14/0045).

Diese Argumente sind auch für die hier relevante Frage heranzuziehen. Eine Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit im Bereich des Folgeeigentümers wird daher – auch bereits in der Vorbereitungsphase und noch vor Erzielung der ersten Einnahmen – (erst) dann gegeben sein, wenn sich der innere Entschluss des Steuerpflichtigen zur Aufnahme der werbenden Betätigung durch entsprechende Handlungen dokumentiert und der Steuerpflichtige zielstrebig auf die Betriebseröffnung hinarbeitet, wobei auf Grund der bereits gesetzten Handlungen des Steuerpflichtigen die eindeutige Absicht der künftigen Betriebseröffnung erweislich sein muss. Bloße Absichtserklärungen des Steuerpflichtigen über eine künftige unternehmerische Tätigkeit reichen ebenso wenig, wie der Umstand, dass der Steuerpflichtige die Möglichkeit zur Erzielung von Einkünften bloß ins Auge fasst. Es müssen über Absichtserklärungen hinausgehende Umstände vorliegen, aufgrund derer mit „ziemlicher Sicherheit“ feststeht, dass eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet werden wird. Der Steuerpflichtige muss sich als neuer Marktteilnehmer auf einem neuen Markt etablieren.

In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit dem Mantelkauftatbestand ausgesprochen, dass es entscheidend darauf ankommt, ob eine Änderung im Unternehmensgegenstand tatsächlich eingetreten ist. Auf die bloße Absicht kommt es hingegen nicht an (VwGH 26.7.2006, 2004/14/0151).

3.d. Verluste der Vorjahre – Verwirklichungszeitpunkt des Mantelkaufes:

Nach der Rechtsprechung (VwGH 22.12.2005, 2002/15/0079) sind die im Jahr der Verwirklichung eines Mantelkaufes angefallenen Verluste in den Folgejahren nicht vom Verlustabzug ausgeschlossen. Vielmehr betrifft die Regelung des § 8 Abs 4 Z 2 KStG lediglich jene Verluste, die im Zeitpunkt der Verwirklichung des Mantelkauftatbestandes bereits Verluste aus einem vorangegangenen Jahr, also potenzielle Verlustvorträge, darstellen.

Der Mantelkauf als Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur sowie der Gesellschafterstruktur einer Kapitalgesellschaft kann sich uU über einen mehrjährigen Zeitraum hinziehen. Die Anwendung des Mantelkauftatbestandes erfordert es aber, einen exakten Zeitpunkt des Mantelkaufes festzulegen. Dieser Zeitpunkt wird nach neuerer Ansicht dann gegeben sein, wenn die Strukturänderungen kumulativ und in einem solchen Maß vorliegen, dass wirtschaftlich betrachtet der Wechsel in der Identität des Steuerpflichtigen bereits eingetreten ist.

Für abweichende Wirtschaftsjahre ist aus dem genannten Erkenntnis abzuleiten: Hinsichtlich jener Wirtschaftsjahre, die im Veranlagungsjahr des Mantelkaufes zu erfassen sind, ist trotz

des Manteltatbestandes ein Verlustausgleich uneingeschränkt möglich. Verluste, die bei der Veranlagung des Mantelkaufjahres zum Ausgleich mit Gewinnen geeignet sind, fallen aber niemals unter den Mantelkauftatbestand des § 8 Abs 4 Z 2 KStG und sind daher im Folgejahr vortragsfähig. Das können somit auch Verluste aus mehreren Wirtschaftsjahren sein, wenn nur diese Wirtschaftsjahre im Kalenderjahr des Mantelkaufes enden (*Zorn*, Mantelkauf erfasst nicht Verluste des Mantelkaufjahres, RdW 2006/105, 107).

3.e. Schlussfolgerung für den Streitfall

Eine Wechsel in der Identität des Steuerpflichtigen ist wirtschaftlich noch nicht eingetreten, solange die Schritte zur Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit nicht über bloße Absichten und unverbindliche Erklärungen hinausgehen, und zudem nicht mit Aufwendungen verbunden sind, somit solange eine Änderung im Unternehmensgegenstand tatsächlich nicht eingetreten ist, die Steuerpflichtige sich noch nicht als neuer Marktteilnehmer auf einem neuen Markt etablieren musste und derer noch nicht mit „ziemlicher Sicherheit“ feststeht, dass eine unternehmerische Tätigkeit entfaltet werden wird.

Das mit Gründung der Bw am 24.9.1991 begonnene abweichende Wirtschaftsjahr hat zum 30.6.1992 geendet. Das Ergebnis dieses Wirtschaftsjahrs (Gewinn bzw Verlust) war daher im Veranlagungsjahr 1992 zu erfassen (§ 7 Abs 6 [nunmehr Abs 5] KStG). Weitere Wirtschaftsjahre haben im Jahr 1992 nicht geendet. Das folgende Wirtschaftsjahr dauerte von 1.7.1992 bis 30.6.1993. Der Gewinn dieses am 1.7.1992 begonnenen Wirtschaftsjahrs war daher bei der Ermittlung des Einkommens des Kalenderjahres 1993 zu berücksichtigen.

Die Verluste des **zum 30.6.1992** endenden Wirtschaftsjahrs sind daher nur dann vom Mantelkauftatbestand erfasst, wenn die Strukturänderungen erst nach dem 30.6.1992 kumulativ und in einem solchen Maß vorlagen, dass wirtschaftlich betrachtet der Wechsel in der Identität der Bw eingetreten war, also wenn der Mantelkauftatbestand erst nach dem 30.6.1992 und damit in dem im Kalenderjahr 1993 endenden Wirtschaftsjahr verwirklicht wurde.

Nach den Feststellungen dieses Bescheides wurde der Wertpapiertausch und die anderen Wertpapiergeschäfte im ersten Halbjahr 1992 seitens der Bw noch nicht beabsichtigt.

Nicht auf den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand, sondern auf den tatsächlich ausgeübten Geschäftsgegenstand kommt es an.

Tatsächlicher Geschäftsgegenstand der Bw von ihrer Gründung bis zum Verkauf der A&B Aktien im Dezember 1991 war lediglich, als Auffanggesellschaft für die aus diesen Aktien zu erwartenden Verluste zu dienen. Dieser Geschäftsgegenstand war mit dem Verkauf dieser

Aktien erschöpft. Die weiteren in der Satzung als Unternehmensgegenstand angeführten Tätigkeiten (Verwaltung von Beteiligungen, Durchführung von Geschäften, die geeignet sind, den Gesellschaftszweck zu ermöglichen oder zu fördern) wurden tatsächlich nicht ausgeübt.

Die mit dem bisherigen Zweck der Körperschaft verbundene, aus Vermögen und Tätigkeit gebildete wirtschaftliche Einheit (bezogen auf sämtliche bisherigen Tätigkeiten) der Bw war mit dem Verkauf der A&B Aktien beendet. Wie sich auch aus dem Jahresabschluss zum 30.6.1992 ergibt, war zu diesem Zeitpunkt kein erhebliches Aktivvermögen mehr vorhanden. Es wurde keine nach außen in Erscheinung tretende Tätigkeit mehr entfaltet.

Nach Absicht der Geschäftsführung der Bw (vgl Vorhaltsbeantwortung der T-WTH GmbH – steuerlicher Vertreter der Bw [unterschrieben von Mag. Dr. W*** N***] – vom 30.7.1994 [Seiten 8f/1992 des Körperschaftsteueraktes], wonach dies dem Unternehmensgegenstand [zB Vermögensberatung] zu entnehmen sei) sollte die Bw nach Erweiterung des Unternehmensgegenstandes ihr Tätigkeitsfeld tatsächlich ausweiten.

Erst nach Änderung (Erweiterung) des Unternehmensgegenstandes der Bw und der Neubesetzung von Fx*** L*** im Oktober 1992 (Eintragung im Firmenbuch im November 1992) wurde die Bw tatsächlich wieder unternehmerisch aktiv, indem sie am 27.11.1992 von der L*** Beteiligungs GmbH 52.815 Stück Aktien der R. AG um S 60 Mio erwarb.

Einer längeren Vorbereitungszeit (von mehr als wenigen Wochen) bedurfte dieser Aktienerwerb nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht, wurden doch die Bw und die L*** Beteiligungs GmbH beide von Fx*** L*** vertreten. Die Aktennotiz von Fx*** L*** zu diesem Aktienerwerb stammt vom 24.11.1992, die in dieser Aktennotiz angesprochene Substanzwertermittlung vom 24.9.1992.

Es liegt daher im Streitfall (anders als in der Berufung vorgebracht) kein bloßes Ruhen des Betriebes, somit keine bloße Betriebsunterbrechung (KStR 2000 Rz 1183) vor. Der Betrieb der Bw wurde nicht bloß vorübergehend in der Absicht eingestellt, ihn wieder (in der bisherigen Form) aufzunehmen. Denn für die Annahme eines solchen bloßen Ruhens müsste nach den nach außen erkennbaren Umständen wahrscheinlich, dh objektiv erkennbar beabsichtigt gewesen sein, dass der Betrieb in vergleichbarer Form, in ähnlicher Weise und in einem überschaubaren, relativ kurzen Zeitraum (bis drei Jahre) wieder aufgenommen werden sollte. Dies war jedoch gerade nicht der Fall.

Vielmehr war die betriebliche Tätigkeit im Dezember 1991 beendet und der Unternehmenszweck (Auffanggesellschaft) erfüllt.

Es hat daher im Dezember 1991 eine „leere Gesellschaftshülse“ (ein Mantel) ohne Vermögen und Tätigkeit den Besitzer gewechselt.

Nach Beendigung der bisherigen wirtschaftlichen Einheit wurde in der zweiten Jahreshälfte 1992 eine neue wirtschaftliche Einheit im Bereich des Folgeeigentümers geschaffen.

Die Schaffung dieser neuen wirtschaftlichen Einheit bildet eine wesentliche wirtschaftliche Änderung.

4. Gesamtbild der Verhältnisse:

Ein Mantelkauf kann auch dann vorliegen, wenn die einzelnen Tatbestandsmerkmale unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Es ist unmaßgeblich, in welcher Reihenfolge die drei Strukturelemente wesentlich geändert werden. Änderungen innerhalb eines kurzen Zeitraumes sind ein Indiz für das Vorliegen eines Mantelkaufes. Insgesamt gesehen kommt es auf den planmäßigen Zusammenhang aller geplanten und ergriffenen Strukturänderungen auf Käuferseite an. Anders ausgedrückt muss der Käufer ein vitaleres Interesse an den Verlustabzügen als an der Substanz des Unternehmens haben, um die steuerlichen Rechtsfolgen des Mantelkaufes auszulösen. Wie jedoch auch aus dem Grundsatz, dass unter Berücksichtigung des Gesamtbildes der Mantelkauftatbestand auch dann vorliegen kann, wenn ein Änderungselement etwas schwächer, dafür aber die anderen Elemente so stark ausgeprägt sind, dass nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die Identität des (der) Steuerpflichtigen wirtschaftlich nicht mehr gegeben ist, eindeutig hervorgeht, kommt im Falle der Nichterfüllung eines Strukturänderungselementes die Anwendung des Mantelkaufs nicht in Betracht.

Im vorliegenden Fall erfolgte Ende 1991 ein Gesellschafterwechsel, so dass das Tatbestandsmerkmal der Änderung der Gesellschafterstruktur eindeutig erfüllt wurde. In diesem Kontext erfolgte auch eine wesentliche Änderung der organisatorischen Struktur. Da der bisher tatsächlich ausgeübte Geschäftsgegenstand beendet und erst im darauf folgenden Wirtschaftsjahr eine neue Tätigkeit mit einem geänderten Geschäftsgegenstand aufgenommen wurde, kann auch von einer Änderung der wirtschaftlichen Struktur der Bw ausgegangen werden.

Da die wesentliche Änderung der wirtschaftlichen Struktur erst im Herbst 1992, somit nach dem 30.6.1992, dem Ende des ersten Wirtschaftsjahres der Bw, erfolgte, sind die Verluste des mit 30.6.1992 endenden Wirtschaftsjahres vom Mantelkauftatbestand erfasst und nicht vortragsfähig.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die für die Anwendung des Mantelkauftatbestandes als zwingend geltende Voraussetzung des kumulativen Vorliegens sämtlicher Strukturänderungselemente im Fall der Bw gegeben sind.

Daher ist die von der Betriebsprüfung vorgenommene Beurteilung als Mantelkauf im Sinne des § 8 Abs 4 Z 2 KStG zu Recht erfolgt.

B) Sonstige Forderung – Verrechnung Fx* L*****

Die Bw führte ein Verrechnungskonto betreffend Fx*** L***. Dieses Verrechnungskonto wurde mit der durchschnittlichen Sekundärmarktrendite plus 0,5% verzinst (Seite 135 des Arbeitsbogens). Eine schriftliche Vereinbarung betreffend das Verrechnungskonto bestand nicht (Seite 135 des Arbeitsbogens).

Bei diesem Verrechnungskonto wurden zum 30.6.1993, 30.6.1994 und 31.12.1994 Wertberichtigungen vorgenommen. In den Folgejahren ging(en) diese Forderung(en) allerdings zur Gänze ein.

Nach den Feststellungen im Betriebsprüfungsbericht wurden die Forderungen gegen Fx*** L*** wie folgt bewertet:

	<u>30.06.1992</u>	<u>Zug./Abg.</u>	<u>30.06.1993</u>	<u>Zug./Abg.</u>	<u>30.06.1994</u>	<u>Zug./Abg.</u>	<u>31.12.1994</u>
Verr. Fx*** L***	0	3.404.079	3.404.079	16.051.982	19.456.061	-9.042.504	10.413.557
dazu Wertberichtigung	0	-3.404.078	-3.404.078	1.548.078	-1.856.000	1.444.000	-3.300.000
	0			1	17.600.061		7.113.557

Die Bw gab dazu im Zuge der Prüfung an, im Wirtschaftsjahr 1992/1993 sei eine Wertberichtigung von rund 3,4 Mio S erfolgt, welche jedoch im Geschäftsjahr 1993/1994 im Ausmaß von rund 1,6 Mio S wieder aufgelöst worden sei. Fx*** L*** habe indirekt als Realschuldner zur Besicherung dieser Forderung gehaftet. Diese Haftung habe in auf Fx*** L*** gehörenden Liegenschaften im Gesamtwert von 18 Mio S eingetragenen Pfandrechten bestanden. Die Wertberichtigung habe daher in diesem Wirtschaftsjahr im Umfang von 1,8 Mio S vorgenommen werden müssen. Weiters verwies die Bw auf den Wirtschaftsprüfungsbericht zum 31.12.1994 und legte Schätzgutachten betreffend die angesprochenen Liegenschaften vor.

In ihrem Bericht stellten die Prüfer dazu fest, aus den im Zuge der Erstellung der Jahresabschlüsse angefertigten Aktenvermerken der T-WTH GmbH ergebe sich:

"Hinsichtlich des Schuldners konnten wir keine Aufklärungen über dessen Vermögenslage erhalten; daher wurde die Forderung wertberichtet" (Aktenvermerk zum 30.6.1993 vom 7.7.1994).

"Die Wertberichtigung erfolgt in Höhe der Differenz, die sich zwischen dem zum Bilanzstichtag aushaltenden Forderungsbetrag und den Verkehrswerten von zur Verfügung gestellten Pfandliegenschaften ergibt" (Aktenvermerk zum 30.6.1994 vom 1.12.1994).

Zum 31.12.1994 werde die Wertberichtigung in Höhe der Differenz ausgewiesen, die sich zwischen dem zum Bilanzstichtag aushaltenden Forderungsbetrag und den Verkehrswerten von zur Verfügung gestellter Pfandliegenschaften ergebe.

Im Rahmen der Prüfung sei mehrfach die Vorlage schriftlicher Vereinbarungen über Verzinsung, Sicherheiten, Fälligkeit und Rückzahlungsmodalitäten betreffend das Verrechnungskonto Fx*** L*** verlangt worden. Weiters seien Details zu den Zinsberechnungen verlangt

worden, um die Verzinsung nachvollziehen zu können. In einer Vorhaltsbeantwortung vom 30.3.2001 seien diese Fragen insofern nicht beantwortet worden, als ausgeführt worden sei, schriftliche Vereinbarungen seien den Buchhaltungsunterlagen nicht zu entnehmen (Seite 135 des Arbeitsbogens). Weitere Unterlagen seien nicht beigebracht worden.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung des Sachverhaltes müsse festgestellt werden, dass es im Wirtschaftsleben nicht üblich sei, natürlichen Personen Kredite in dieser Größenordnung ohne schriftliche Vereinbarungen hinsichtlich Sicherheiten, Fälligkeit und Rückzahlungsmodalitäten einzuräumen.

Wie aus dem Verrechnungskonto nachvollziehbar sei, habe Fx*** L*** unbeschränkt und ohne irgend welche Limits über dieses Konto – gleich einem Eigentümer – verfügen können. Wenn jemandem diese Möglichkeit eingeräumt werde, müsse zu dieser Person ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehen. Hätten tatsächlich hinsichtlich der Integrität des Schuldners Fx*** L*** Zweifel bestanden, dann wäre schon im ersten Wirtschaftsjahr zum 30.6.1993 ein Handlungsbedarf gegeben gewesen. Es habe sich in weiterer Folge auch gezeigt, dass Fx*** L*** sehr wohl über Vermögenswerte verfügt habe, die auch bereits im Prüfungszeitraum vorhanden gewesen, aber nicht entsprechend berücksichtigt worden seien. Da keine weiteren Unterlagen für eine nähere Darstellung des Sachverhaltes beigebracht worden seien, werde die vorgenommene Wertberichtigung nicht anerkannt. Es komme daher zu folgenden

Gewinnveränderungen:

30.06.1993	S	3.404.079,00
31.12.1994	S	-104.078,00

In der Berufung brachte die Bw dazu vor, Fx*** L*** habe der Bw zur Besicherung Pfandrechte an ihm gehörenden Liegenschaften eingeräumt. Eine schriftliche Vereinbarung habe nicht geschlossen werden müssen, da zu diesem Zeitpunkt bereits eine langjährige und für beide Seiten fruchtbringende Zusammenarbeit zwischen der Bw und Fx*** L*** bestanden habe. Die Bw habe aus dieser Zusammenarbeit um die absolute Zuverlässigkeit von Fx*** L*** gewusst. Aus dieser Zusammenarbeit hätten auch in den Jahren davor für die Bw sehr lukrative (Wertpapier-)geschäfte resultiert. Auf Grund dieser positiven Erfahrungen sei die Bw davon ausgegangen, dass Fx*** L*** seine Verbindlichkeiten im Laufe der Zeit tilgen können werde. Eine schriftliche Vereinbarung sei zwischen Dritten nicht erforderlich, wenn andere Beweismittel, wie Zeugenaussagen oder die spätere gänzliche Rückzahlung - und diese sei im vorliegenden Fall gegeben - dieselbe Beweiskraft hätten.

Bei der Abwertung der Forderungen sei die Bw stets nach gleichen Grundsätzen vorgegangen. Die Forderung sei stets in jenem Ausmaß wertberichtet worden, in welchem Fx*** L*** keine dinglichen Sicherheiten beigebracht habe. Sie sei zwar stets der Ansicht gewesen, dass die Forderungen einbringlich gemacht werden würden. Diese Erwartung habe allerdings nicht

auf konkreten Fakten, sondern auf ihrer Einschätzung und kaufmännischen Erfahrungen beruht und sei auch später bestätigt worden, zumal das gesamte Verrechnungskonto in den Folgejahren zur Gänze glattgestellt worden sei. Nach Grundsätzen der kaufmännischen Sorgfalt sei diese Wertberichtigung aber geradezu geboten gewesen.

Ex ante betrachtet - nur aus dieser Sicht könnten Wertberichtigungen beurteilt werden - habe zu den jeweiligen Stichtagen die Verpflichtung bestanden, Wertberichtigungen vorzunehmen. Fx*** L*** habe letztlich, wie die Bw es erwartet habe, seine gesamten Verbindlichkeiten ihr gegenüber erfüllt. Ungeachtet dessen sei ihr eine Haftung des Fx*** L*** für einen Kredit im Ausmaß von rund S 60 Mio bekannt gewesen, die durchaus zu einer Zahlungsverpflichtung hätte führen können. Diese Haftung habe für einen Lombardkredit in dieser Höhe bestanden, wobei zum damaligen Zeitpunkt die lombardierten Wertpapiere bereits einen Wertverlust von rund 70% des Nominales erlitten gehabt hätten. Die Inanspruchnahme aus der persönlichen Haftung sei daher durchaus realistisch gewesen und habe bei der Beurteilung der Bonität bzw der wirtschaftlichen Möglichkeiten des Schuldners ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Daher sei eine Wertberichtigung im Ausmaß der unbesicherten Forderungen zwingend geboten gewesen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Bw in Gesamtbetrachtung rückblickend keinen Forderungsausfall erlitten habe. Die auf Grund des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips notwendige Abschreibung im Jahr 1993 sei in Folgejahren ertragswirksam aufgelöst worden. Sie beantrage daher, die nach dem zwingend anzuwendenden handelsrechtlichen strengen Niederstwertprinzip erforderliche Abwertung der Forderung im Jahr 1993 steuerlich zu berücksichtigen.

Die Nichtanerkennung der Abschreibung im Jahr 1993 führe somit in Gesamtbetrachtung zu keiner Steuernachzahlung. Der Ausgleich hätte von der Finanzverwaltung spätestens in den Jahren der Auflösung der Wertberichtigung bei der Veranlagung dieser Jahre berücksichtigt werden müssen. Durch diese Vorgangsweise sei es zur Versteuerung von fiktiven Erträgen gekommen.

In ihrer Stellungnahme zur Berufung führten die Prüfer aus, es entspreche den Erfahrungen und Verkehrssitten des Wirtschaftslebens, dass Forderungen dann nicht wertzuberichtigen seien, wenn zwar keine dinglichen Sicherheiten, aber dennoch die Bonität des Schuldners gegeben sei. So sei es auch bei Banken nicht üblich, eine Forderung bereits dann wertzuberichtigen, wenn keine dinglichen Sicherheiten vorhanden seien. In der Berufung werde bestätigt, dass aufgrund der langjährigen und für beide Seiten fruchtbringenden Zusammenarbeit an der absoluten Zuverlässigkeit von Fx*** L*** nicht gezweifelt worden sei und die Bw davon ausgegangen sei, dass Fx*** L*** seine Verbindlichkeit im Laufe der Jahre tilgen werde. Im Aktenvermerk der T-WTH GmbH vom 1.12.1994 betreffend den Jahresabschluss zum

30.6.1994 (Seite 213 des Arbeitsbogens) werde ausgeführt, dass die Bw im „Verwertungsfall“ ebenfalls unter Berufung auf die erfolgte Abtretung die Pfändung und Überweisung der gegenständlichen Forderung des Fx*** L*** gegen vier näher genannte Personen exekutiv betreiben könne. Damit hätte die Bw eine Forderung gegen diese vier natürlichen Personen im Betrag von S 17,6 Mio.

Der Teilwert einer Forderung richte sich nach der Fälligkeit, Verzinslichkeit und Einbringlichkeit. Bloß vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners bildeten keinen Grund für eine Teilwertabschreibung (*Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch, § 6 Tz 129). Die Bw habe nicht konkret dargelegt, welche teilwertbestimmenden Faktoren zu dem im Jahresabschluss festgelegten Ansatz geführt hätten.

Da die Bw nicht bereit gewesen sei, die für die Bewertung unabdingbaren Parameter wie Fälligkeit, Zinsberechnung und Einbringlichkeit bekannt zu geben, habe keine andere Beurteilung des Sachverhaltes vorgenommen werden können. Aus den vorgelegten Unterlagen könne zwar entnommen werden, dass eine Verzinsung stattgefunden habe, aus der vorliegenden Aktenlage könne aber eine mit der Gefährdung der Einbringlichkeit üblicherweise verbundene Mahnung oder Fälligstellung des Obligos nicht erkannt werden. Zwar werde die Behauptung aufgestellt, Fx*** L*** habe für einen Lombardkredit in Höhe von 60 Mio S gehaftet, diese Behauptung sei jedoch nicht durch konkrete Unterlagen belegt worden. Wenn dieser Umstand bereits zum 30.6.1993 gegeben gewesen sei stelle sich die Frage, warum dann die Bw einer Obligoausweitung im Zeitraum vom 30.6.1993 bis 30.6.1994 im Ausmaß von rund 16 Mio S zugestimmt habe, ohne dass sich an den grundsätzlich üblichen Parametern wie Schriftlichkeit, Fälligkeit und Einbringlichkeit etwas geändert bzw die rechtliche Position der Bw verbessert habe. Die Vermögenslage von Fx*** L*** werde sehr selektiv dargestellt. Im Aktenvermerk der T-WTH GmbH vom 7.7.1994 betreffend den Jahresabschluss zum 30.6.1993 (Seite 208 des Arbeitsbogens) werde ausgeführt, dass die Kanzlei hinsichtlich des Schuldners Fx*** L*** keine Aufklärung über dessen Vermögenslage habe erhalten können, auf der anderen Seite räume aber Fx*** L*** der Bw zum 15.7.1993 (also im Bilanzerstellungszeitraum) Optionsrechte auf den Erwerb von fünf Grundstücken ein, die insgesamt einen Schätzwert von mehr als S 20 Mio hätten. Die Bw habe aus dem Verzicht auf die Option hinsichtlich eines einzigen Grundstückes zum 27.4.1994 einen Erlös in Höhe von S 12 Mio erzielt.

Eine Einzelwertberichtigung könne nur dann vorgenommen werden, wenn qualifizierte Gefährdungsgründe oder besondere Absprachen zwischen Gläubiger und Schuldner hinsichtlich des Forderungseinganges vorlägen. Wertberichtigungen seien steuerlich nur anzuerkennen, wenn zum Bilanzstichtag konkrete Risiken bestünden, die einzelnen Forderungen zugerechnet werden könnten. Es müssten somit am Bilanzstichtag Umstände vorliegen, nach welchen damit zu rechnen sei, das bestimmte Forderungen nicht mit dem vollen Nennbetrag eingehen

würden. Das konkrete Forderungsrisiko orientiere sich daher ausschließlich an der individuellen Bonität des Schuldners oder an besonderen Absprachen zwischen Gläubiger und Schuldner iZm dem Forderungseingang. Die Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert sei grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige darum könne, dass und in welcher Höhe zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag wesentliche Umstände eingetreten seien, die die Annahme rechtfertigen, dass am Bilanzstichtag die Wiederbeschaffungskosten in nicht unerheblichem Umfang unter den ursprünglichen Anschaffungskosten lägen (VwGH 29.4.1992, 90/13/0292).

Der Antrag der Bw auf Berücksichtigung der Auflösung der Wertberichtigung in jenem Jahr, in welchem die Wertberichtigung aufgelöst worden sei, sei berechtigt. Nach der derzeitig erkennbaren Aktenlage wären daher im Jahr 1998 in Höhe von S 3.300.001,00 als einkommensmindernd anzusetzen.

In ihrer Gegenäußerung brachte die Bw vor, die Stellungnahme der Prüfer sei iZm dem Aktenvermerk der T-WTH GmbH betreffend Pfändung der gegenständlichen Forderung irreführend, da nur jener Betrag wertberichtet worden sei, welcher über dem Maximalbetrag der gewährten Sicherheit gewährt wurde. Im Ausmaß der gewährten Sicherheit sei keine Wertberichtigung vorgenommen worden. Die wirtschaftliche Lage von Fx*** L*** sei für die Abwertung ausschlaggebend gewesen. Der Zinssatz sei mit 0,5% über der Sekundärmarktrendite eindeutig festgelegt worden, die Fälligkeit sei kurzfristig gewesen und die Einbringlichkeit aufgrund der zahlreichen Haftungen mit Null anzusetzen gewesen. Eine mit der Gefährdung der Einbringlichkeit übliche Fälligstellung des Obligos sei nicht vorgenommen worden, weil dies lediglich zur Insolvenz von Fx*** L*** geführt hätte und die Bw sich Hoffnungen gemacht habe, durch die weitere Zusammenarbeit mit Fx*** L*** den offenen Saldo wieder einbringlich zu machen. Jene Liegenschaften, auf die Fx*** L*** der Bw zum 15.7.1993 ein Optionsrecht übertragen habe, seien zu 100% mit Krediten belastet gewesen, sodass diese für die Vermögenslage sogar negative Auswirkungen gehabt hätten. Es sei richtig, dass die Bw aus dem Verzicht auf die Option hinsichtlich eines Grundstückes im Jahr 1994 einen Erlös von S 12 Mio erzielt habe. Gerade dies zeige jedoch, dass eine Zusammenarbeit mit Fx*** L*** für die Bw vorteilhaft sei, zumal Fx*** L*** für die Einräumung der Optionsrechte zu einem früheren Zeitpunkt die für ihn erforderliche Liquidität erhalten habe und die Bw für die Übernahme des Risikos später trotz 100%iger Belehnung einen beträchtlichen Gewinn aus diesem Geschäft erzielt habe.

Eine Forderungswertberichtigung sei nicht allein aufgrund des Fehlens dinglicher Sicherheiten vorzunehmen, diese sei selbstverständlich nach objektiven Kriterien nach kaufmännischer Vorsicht zu messen. Es sei richtig, dass das konkrete Forderungsrisiko sich ausschließlich an der individuellen Bonität des Schuldners orientiere. Bedingt durch die finanziellen Schwierig-

keiten sei eine gänzliche Wertberichtigung im Jahr 1993 aufgrund des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips unabdingbar gewesen.

Nach Auskunft von Fx*** L*** sei er noch vor dem Sommer 1993 von der Raiffeisenbank aufgefordert worden, höhere Sicherheiten (neben den R Aktien) für einen Kredit von S 60 Mio, für den er persönlich gehaftet habe beizubringen, andernfalls von Seiten der Raiffeisenbank die Haftung in Anspruch genommen werden würde. Diese Auseinandersetzung habe schließlich nach langwierigen Verhandlungen Anfang 1995 zu einem Konkursantrag geführt, welcher von Seiten der Raiffeisenbank gegen Fx*** L*** gestellt worden sei. Dadurch komme die finanziell angespannte Situation des Fx*** L*** wohl ausreichend nach außen zum Ausdruck.

Im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung gegenüber Fx*** L*** sei die Bw davon ausgegangen, die Forderung sei kurzfristig einbringlich zu machen. Wie sich jedoch kurze Zeit danach herausgestellt habe, sei Fx*** L*** aufgrund der Fälligkeit und drohenden Inanspruchnahme von Haftungen in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten geraten. Die Bw habe dennoch, trotz der schlechten wirtschaftlichen Lage von Fx*** L*** insbesondere durch gemeinsame geschäftliche Transaktionen den offenen Forderungsbetrag wieder einbringlich zu machen gehofft. Deshalb sei Fx*** L*** auch die notwendige Liquidität zur Verfügung gestellt bzw die Forderung nicht fällig gestellt worden, um die Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Geschäftstätigkeit zu ermöglichen. „Zu einer (Ausweitung ?) über dem zum 30.6.1993 ausgewiesenen offenen Saldo“ sei „es allerdings in weiterer Folge nicht mehr gekommen“. Die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Geschäftstätigkeit des Fx*** L*** sei für die Bw von Bedeutung gewesen, da sie sich durch die Zusammenarbeit mit diesem weitere ertragreiche Projekte erhoffte. Für die Bw selbst sei die Nichtfälligkeit ihrer Forderungen gegenüber Fx*** L*** somit mit Chancen und Risiken verbunden gewesen. Obwohl es zwischen 1993 und 1994 zu einer Ausweitung der dem Fx*** L*** zuzurechnenden Außenstände in absoluten Zahlen gekommen sei, habe sich der erforderliche Wertberichtigungsbedarf in Höhe von rund S 3,4 Mio zum 30.6.1993 aufgrund der erhaltenen Besicherungen (dingliche Sicherheiten) nicht weiter erhöht. Eine umfangreiche Erläuterung über die Zusammensetzung des Wertberichtigungserfordernisses sei den Jahresabschlüssen zu entnehmen. Es sei somit in den Folgejahren stets lediglich der aus dem Wirtschaftsjahr 1992/1993 stammende „Bodensatz“ wertberichtet worden. Es seien daher alle wertbeeinflussenden Faktoren, welche für die Abwertung maßgeblich gewesen seien, ausreichend dargelegt und offen gelegt worden.

Beurteilung durch den Unabhängigen Finanzsenat

Wertbestimmend für den Teilwert einer Forderung sind Einbringlichkeit, Fälligkeit und Verzinsung. Die Teilwertabschreibung einer Forderung hängt vor allem von deren Einbringlichkeit

ab. Teilwertabschreibungen von Forderungen sind trotz Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners insoweit unzulässig, als sich die Forderungen durch Aufrechnung (Kompensation) oder im Hinblick auf (Faust- oder Grund-)Pfandrechte als einbringlich erweisen.

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind nicht Voraussetzung für eine Teilwertabschreibung, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners schon aus anderen Umständen erweist (zB wenn eine Verlassenschaft armutsshalber abgetan wird, Aufhebung eines Konkursverfahrens mangels Masse). Hat allerdings der Steuerpflichtige wegen seines Interesses an der Weiterführung des Betriebes seines Schuldners keine Schritte zur zwangsweisen Einbringung seiner Forderung unternommen, erscheint eine volle Wertberichtigung der Forderung gegen diesen Schuldner nicht gerechtfertigt.

Keine Teilwertabschreibung einer Forderung gegen einen Darlehensschuldner wegen Konkursöffnung 1½ Jahre nach dem Bilanzstichtag, insbesondere dann nicht, wenn der Steuerpflichtige dem Schuldner noch nach dem Bilanzstichtag weitere Darlehen gewährt hat. Bloß vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners bilden keinen Grund für eine Teilwertabschreibung (vgl *Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch § 6 Tz 129; ebenso *Doralt/Mayr*, EStG⁶, § 6 Tz 209; EStR 2000 Rz 2348 ff).

Bei Gefährdung der Einbringlichkeit ist nur der protokolierte Kaufmann (§ 5 Abs 1) nach dem Niederstwertprinzip zur Wertberichtigung verpflichtet; bei § 4 Abs 1 besteht ein Wahlrecht. Ist die Wertberichtigung zwingend, dann verhindert das Nachholverbot die Wertberichtigung zu einem späteren Bilanzstichtag; zu berichtigen ist dann die ursprünglich falsche Bilanz, auch wenn dies steuerlich nicht mehr wirksam sein sollte; geht die Forderung später unerwarteterweise ein, dann muss daher konsequenterweise eine Aufwertung und Gewinnrealisierung auch mit steuerlicher Wirkung angenommen werden (*Doralt/Mayr*, EStG⁶, § 6 Tz 210).

Wertberichtigungen zweifelhafter Forderungen sind steuerlich nur anzuerkennen, wenn zum Bilanzstichtag konkrete Risiken bestehen, die einzelnen Forderungen zugerechnet werden können (zB Nichteinhalten einer Ratenvereinbarung, vorübergehende oder dauernde Einstellung von Kreditrückzahlungen, Überziehen eines Kreditrahmens ohne entsprechende Vereinbarung, sonstiges vertragswidriges Verhalten, schlechte Vermögens- und Liquiditätslage des Schuldners, Währungsverlust). Es müssen somit am Bilanzstichtag Umstände vorliegen, nach denen damit zu rechnen ist, dass bestimmte Forderungen nicht mit dem vollen Nennbetrag eingehen werden. Das konkrete Forderungsrisiko orientiert sich daher ausschließlich an der individuellen Bonität des Schuldners oder an besonderen Absprachen zwischen Gläubiger und Schuldner in Zusammenhang mit dem Forderungseingang (zB betreffend Skonti).

Weder bei einem Tilgungsrückstand noch bei einer Kontoüberziehung muss eine vorübergehende oder dauernde Einstellung von Kreditrückzahlungen vorliegen, die eine Einzelwertberichtigung rechtfertigen würde. Diese Umstände zeigen für sich alleine noch keine über das

allgemeine Ausfallrisiko hinausgehende Gefährdung an, sondern könnten durchaus auch saisonbedingt sein. Eine Einzelwertberichtigung kann daher nur vorgenommen werden, wenn qualifizierte Gefährdungsgründe oder besondere Absprachen hinsichtlich des Forderungseingangs vorliegen (EStR 2000 Rz 2374 f mwN).

Für die Einbringlichkeit sind die Verhältnisse des Bilanzstichtages maßgeblich. Die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners im Zeitpunkt der Erstellung eines Jahresabschlusses ist ein Indiz, rechtfertigt alleine aber nicht die Wertberichtigung zum Bilanzstichtag. Die Zahlungsunfähigkeit muss am Bilanzstichtag bereits bestanden haben oder vorhersehbar gewesen sein, um eine Wertberichtigung zu rechtfertigen (vgl nochmals *Doralt/Mayr*, EStG⁶, § 6 Tz 20 ff und Tz 211).

Zwischen der Bw und Fx*** L*** bestand für das streitgegenständliche Verrechnungskonto keine schriftliche Vereinbarung betreffend Verzinsung, Sicherheiten, Fälligkeit und Rückzahlungsmodalitäten. Fx*** L*** konnte unbeschränkt und ohne Limits über dieses Konto verfügen.

Trotz einer zum 30.6.1993 durchgeföhrten vollständigen Wertberichtigung des Verrechnungskontos wurde im folgenden Wirtschaftsjahr das Verrechnungskonto um ein Vielfaches dieses Betrages ausgeweitet und in weiterer Folge neuerlich zum Teil wertberichtet.

Eine Fälligstellung erfolgte nicht, Einbringungsmaßnahmen wurden nicht gesetzt, es bestanden für Fx*** L*** keine konkreten Zahlungsziele hinsichtlich der Abdeckung des Verrechnungskontos.

Die Bw gab dazu an, sie habe aufgrund einer langjährigen Zusammenarbeit mit Fx*** L*** um dessen absolute Zuverlässigkeit gewusst. Sie sei davon ausgegangen, dass dieser seine Verbindlichkeiten im Laufe der Zeit tilgen werde, was dann auch tatsächlich eingetreten sei. Lediglich soweit keine dinglichen Sicherheiten bestanden hätten, seien Wertberichtigungen vorgenommen worden. Ihr sei bekannt gewesen, dass Fx*** L*** für einen Lombardkredit von rund 60 Mio S gehaftet habe, wobei die lombardierten Wertpapiere zum damaligen Zeitpunkt (dieser Zeitpunkt wurde von der Bw nicht näher benannt) einen Wertverlust von rund 70% erlitten hätten. Eine Inanspruchnahme des Fx*** L*** sei realistisch gewesen und diese Möglichkeit habe bei der Beurteilung von dessen Bonität berücksichtigt werden müssen. Eine Fälligstellung des Obligos sei nicht erfolgt, weil dies lediglich zur Insolvenz des Schuldners Fx*** L*** geführt haben würde. Die Bw habe sich jedoch Hoffnungen gemacht, durch die weitere Zusammenarbeit mit diesem den offenen Saldo wieder einbringlich zu machen. Fx*** L*** habe mit Liegenschaften für das Verrechnungskonto gehaftet, nur in dem Umfang, in dem das Obligo den Wert dieser Liegenschaften überstiegen habe, sei eine Wertberichtigung vorgenommen worden.

Anfang 1995 sei im Zusammenhang mit dem Lombardkredit gegen Fx*** L*** ein Konkursantrag gestellt worden.

Die Bw gründet die vorgenommenen Wertberichtigungen somit zusammengefasst im Wesentlichen darauf, dass für einen Teil der Forderungen keine dingliche Besicherung vorhanden gewesen sei sowie, dass Fx*** L*** auch gegenüber anderen Gläubigern Verbindlichkeiten gehabt habe und seine Inanspruchnahme daraus gedroht habe. Izm letzterem Umstand sei es zu einem späteren Zeitpunkt auch zu einem Konkursantrag gegen Fx*** L*** gekommen.

Diese Umstände vermögen die vorgenommenen Wertberichtigungen nicht zu rechtfertigen. Dass seitens der Bw volles Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Fx*** L*** bestanden hat ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass sie diesem ohne darüber schriftliche Vereinbarungen über Sicherheiten, Fälligkeit und Rückzahlungsmodalitäten zu treffen, über das streitigenständliche Verrechnungskonto mehr als 19 Mio S zur Verfügung stellte. Dass dieses Vertrauen gerechtfertigt war zeigt der Umstand, dass das Verrechnungskonto in den Folgejahren glattgestellt wurde.

Die Bw hat weder Einbringungsmaßnahmen gegen Fx*** L*** gesetzt noch war dieser zahlungsunfähig. Die Bw hatte jedoch nach ihrem Vorbringen ein Interesse an der Weiterführung der wirtschaftlichen Tätigkeit des bzw an der Zusammenarbeit mit Fx*** L***. Dass (laut Vorbringen) Monate nach dem letzten hier relevanten Bilanzstichtag von dritter Seite ein Konkursantrag gegen Fx*** L*** gestellt worden sein soll (nach den in den die Folgejahre betreffenden Arbeitsbogen erliegenden Schriftstücken wurde dieser Konkursantrag offensichtlich um die Mitte des Jahres 1995 von der Raiffeisenbank gestellt und im Oktober 1996 zurückgezogen; vgl Seiten 8772, 8801 f [Anhang] des Arbeitsbogens der die Folgejahre betreffenden Betriebsprüfung) vermag schon deshalb die Teilwertberichtigungen nicht zu tragen, da die Verhältnisse zum Bilanzstichtag maßgeblich sind. Zudem ist es offensichtlich letztlich zu einer Konkurseröffnung ohnehin nicht gekommen.

Betreffend die Teilwertabschreibung zum 30.6.1993 kommt hinzu, dass die Bw selbst nach diesem Zeitpunkt eine erhebliche Ausweitung des Obligos zugelassen hat. Die Annahme einer dauernden Zahlungsunfähigkeit des Fx*** L*** zu diesem Zeitpunkt ist schon aus diesem Grund auszuschließen. Allfällige bloß vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners bilden keinen Grund für eine Teilwertabschreibung. Dass Fx*** L*** konkrete Zahlungsziele nicht eingehalten hat konnte nicht festgestellt werden. Eine schriftliche Rückzahlungsvereinbarung bestand - wie gesagt - nicht. Das bloße Fehlen von Sicherheiten alleine berechtigt ebenso wie das bloße Drohen einer Inanspruchnahme als Haftender von dritter Seite noch nicht zu einer Teilwertabschreibung einer Forderung.

Die Wertberichtigungen waren daher steuerlich nicht anzuerkennen. Die Berufung erweist sich daher insoweit als unbegründet.

C. Abwertung Wertpapiere sowie Rückstellung für drohende Verluste aus schwierigen Geschäften iZm einem Aktienkaufvertrag mit Dr. W* J*******

Am 27.4.1994 schlossen die Bw und Dr. W*** J***** unter Beitreitt von Fx*** L*** eine „Vereinbarung“ ab (Seite 312 des Arbeitsbogens), derzufolge die Bw von Dr. W*** J***** 8.000 Stück R. AG Aktien zum Preis von 8 Mio S (somit 1.000 S / Stück) kaufte.

Der Kaufpreis war ab 1.6.1994 in 60 gleichen aufeinander folgenden Monatsraten á 133.334 S Zug um Zug gegen Übergabe eines jeweils anteiligen Aktienpaketes zur Zahlung fällig.

Der Kaufpreis von 8 Mio S erhöhte sich durch eine spätestens am 31.7.1999 fällige Zahlung in der Höhe der Zinsen und Zinseszinsen „gemäß Punkt VI der Zusatzvereinbarung“.

Fx*** L*** übernahm gemäß Punkt III der „Vereinbarung“ die persönliche Haftung für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen der Käuferin (= Bw) aus diesem Vertrag und nahm insbesondere zur Kenntnis, „dass weder er noch die von ihm benannten physischen oder juristischen Personen vor vollständiger Erfüllung aller Verpflichtungen aus diesem Vertrag berechtigt“ seien, „das am heutigen Tage gestellte notarielle Anbot auf Abtretung des gesamten Stammkapitales der F.GmbH anzunehmen“ [*Anm: siehe sogleich*].

Mit Datum ebenfalls vom 27.4.1994 (Notariatsakt) (Seiten 319, 757 des Arbeitsbogens) räumten die Gesellschafter der F.GmbH (Dr. W*** J***** , Dr. M***** Ö****, I**** T*****) der Bw oder einer oder mehreren von dieser namhaft gemachten Personen bis 31.7.1999 das Recht zum Abschluss eines näher dargestellten Abtretungsvertrages betreffend die Geschäftsanteile der F.GmbH ein. Als Abtretungspreis wurde in Punkt III die Hälfte des Nominales der Einlagen, somit 250.000 S festgelegt. In diesem Anbot heißt es unter Punkt VI:

„Dieses Anbot kann von der Bw oder ... von ihr namhaft gemachten ... Personen nur längstens bis zum 31.7.1999 angenommen werden und zwar nur unter der Voraussetzung, dass der Abtretungspreis und der volle Kaufpreis samt Nebengebühren für die R.Aktien, spätestens im Zeitpunkt der Annahmen zur Gänze bezahlt ist und nachstehende Bedingungen vollständig erfüllt sind:

- a. Entlassung der bisherigen Gesellschafter der F.GmbH und deren Bürgen aus der persönlichen Haftung durch die Hypothekargläubigerin, Raiffeisenregionalbank ... , hinsichtlich des sub C-LNr. E der EZ X Grundbuch ... einverleibten und des noch einzuverleibenden weiteren Pfandrechtes im Betrage von 13 Mio S sA soweit hinsichtlich der nicht verbücherten Forderungen desselben Gläubigers aus dem zu Konto ... geführten Kredit.
- b. Rückzahlung sämtlicher Darlehensforderungen (inkl Zinsen und Zinseszinsen im Wege des erhöhten Aktienkaufspreises gem. Pkt I Abs 2 der Vereinbarung Dr. W*** J***** / Bw [*Anm: Der Kaufpreis von 8 Mio S erhöhte sich durch eine spätestens am 31.7.1999 fällige Zahlung in der Höhe der Zinsen und Zinseszinsen „gemäß Punkt VI der Zusatzvereinbarung“*] der Gesellschafter oder von diesen gebrachten Darlehnsgebern, die der F.GmbH zur Bedienung der in lit a genannten Kredite zur Verfügung gestellt wurden, soweit diese Ausgaben nicht aus den Einkünften der verpfändeten Liegenschaften bzw Darlehnsgewährungen des Fx*** L*** bestritten werden konnten.

c. Rückzahlung aller Darlehensforderungen (inkl Zinsen und Zinseszinsen im Wege des erhöhten Aktienkaufpreises gem. Pkt I Abs 2 der Vereinbarung Dr. W*** J***** / Bw [Anm: *Der Kaufpreis von 8 Mio S erhöhte sich durch eine spätestens am 31.7.1999 fällige Zahlung in der Höhe der Zinsen und Zinseszinsen „gemäß Punkt VI der Zusatzvereinbarung“*] der Gesellschafter oder von diesen gebrachten Darlehensgeber, für deren Zuschüsse aus Anlass von Aufwendungen die der F.GmbH iZm dem Erwerb bzw der Erhaltung und Verwaltung der obgenannten Liegenschaft und der Gesellschaft entstanden sind.

d. Die obigen Bedingungen a) b) und c) müssen spätestens im Zeitpunkt der Annahme dieses Anbothes bei deren sonstiger Unwirksamkeit zur Gänze erfüllt sein. Es ist ausdrücklicher Parteiwille, dass bei Annahme des Anbothes sämtliche wie immer gearteten Zahlungen und Hafungen der abtretenden Gesellschafter, bzw von diesen gebrachten Darlehnsgewährern vollständig befriedigt sein müssen, so dass diese wirtschaftlich durch ihre Gesellschafterstellung, den Erwerb und die Verwaltung der Liegenschaft EZ X ... durch die Gesellschaft und die damit im Zusammenhang stehenden Darlehensgewährungen keine wie immer gearteten Nachteile haben.

Dieses Anbot kann jedenfalls nicht vor Erfüllung sämtlicher obiger Verpflichtungen und der Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag über 8.000 Aktien der R. AG angenommen werden. Sollte zum Stichtag 31.7.1999 aus dieser Verpflichtung noch ein Betrag von nicht mehr als 1,5 Mio S (inkl Zinsen und Zinseszinsen) aushalten, verlängert sich die Annahmefrist bis 31.7.2000. Übersteigt der aushaltende Betrag 1,5 Mio S verlängert sich die Annahmefrist nicht."

In der angesprochenen (nicht datierten) „Zusatzvereinbarung“ (Seite 314 des Arbeitsbogens) [Anm: die in eckigen Klammern wiedergegebenen Teile wurden in der „Zusatzvereinbarung“ durchgestrichen und zT handschriftlich ersetzt] „zu dem am heutigen Tag zwischen“ Fx*** L*** und der F.GmbH „abgeschlossenen Kaufvertrag bezüglich der“ (näher genannten) Liegenschaft „EZ X“ „und dem am heutigen Tag“ der Bw [Fx*** L***] „gestellten Anbot auf Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der“ F.GmbH „unter Beitritt der“ Bw wird auszugsweise vereinbart:

I

Herr Dr. W*** J***** erklärt, dafür Sorge zu tragen, dass die F.GmbH außer dem Erwerb der oben genannten Liegenschaft und deren Verwaltung keine weiteren geschäftlichen Aktivitäten entwickeln wird und das die F.GmbH außer dem der Finanzierung des oben genannten Kaufvertrages dienenden Pfandrecht keine weiteren Belastungen des Kaufgegenstandes solange vornehmen wird, bis das Recht zur Annahme der Bw [Fx*** L***] gewährten Option auf den Erwerb sämtlicher Geschäftanteile an der F.GmbH wegen Zeitablaufes und/oder Nichterfüllung der Voraussetzungen für das Recht der Annahme dieses Anbothes erloschen ist.

...

IV

Herr Fx*** L*** stellt der F.GmbH laufend jene Beträge darlehensweise zur Verfügung, die für die Abstattung (Verzinsung und Tilgung) des von der Käuferin [Anm: = F.GmbH] bei der Raiffeisenbank ... aufzunehmenden und auf die Vertragsliegenschaft sicherzustellenden Hypothekarkredites im Betrag von 13,000.000 S und der Abstattung der auf Kto ... aushaltenden Darlehensbeträge erforderlich sind. ...

Herr Fx*** L*** stellt der F.GmbH weiters laufend jene Beträge darlehensweise zur Verfügung, die zur Erfüllung aller Steuerverpflichtungen (mit Ausnahme der

Grunderwerbsteuer) der Gesellschaft, insbesondere für die Bezahlung von Körperschaftsteuer bzw -vorauszahlungen notwendig sind.

Herr Fx*** L*** stellt der F.GmbH weiters laufend jene Beträge zur Verfügung, die gem Pkt V den Betrag von S 50.000,- monatlich überschreiten.

V

Herr Dr. W*** J***** erklärt für sich und als bevollmächtigter Vertreter seiner Mitgesellschafter in der F.GmbH ab 1.5.1994 laufend jene Mittel bis zu einem Maximalbetrag von S 50.000,- monatlich darlehensweise zur Verfügung zu stellen, die erforderlich sind um neben der Verwendung der laufenden Einkünfte aus der Vertragsliegenschaft bzw der von Herrn Fx*** L*** gemäß vorigem Vertragspunkt darlehensweise zur Verfügung zu stellenden Mittel, die zugunsten der Raiffeisenbank ... bestehenden Kredite ... pünktlich und vollständig zu bedienen bzw den sonstigen Anschaffungs-, Erhaltungs- und Verwaltungsaufwand der Vertragsliegenschaft bzw den notwendigen Betriebs- und Verwaltungsaufwand der Gesellschaft selbst zu decken.

VI

Die gemäß obigen Punkten IV und V der F.GmbH zu gewährenden Darlehen sind angemessen zu verzinsen

Die den Gesellschaftern der F.GmbH gemäß dem vorigen Absatz zustehenden Zinsen und Zinseszinsen, sind spätestens am 31.7.1999 zur Zahlung fällig. Diese Zinsen- und Zinseszinsforderung ist als Zusatzkaufpreis gemäß Punkt I des am heutigen Tag abgeschlossenen Kaufvertrages über 8.000 Stück Aktien der R. AG zu bezahlen. Herr Fx*** L*** übernimmt die persönliche Haftung für die Einhaltung der in diesem Absatz geregelten Verbindlichkeiten der Aktienverkäuferin.

Der dem Fx*** L*** gemäß den obigen Absätzen allenfalls erwachsende Anspruch auf Zinsen- und Zinseszinsen, ist der Höhe nach ident mit dem hiermit vereinbarten Optionsentgelt für den Erwerb des gesamten Stammkapitals der F.GmbH. Herr Fx*** L*** verzichtet daher auf die Auszahlung solcher Zinsen und Zinseszinsen durch die F.GmbH oder deren Gesellschafter.

In ihrem Bericht stellten die Prüfer fest, die Bw habe im Jahr 1994 in diesem Zusammenhang eine Teilwertabschreibung von S 109.418,-- vorgenommen sowie eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwedenden Geschäften von S 5.285.778,-- gebildet. Diese seien nicht anzuerkennen.

Der Notariatsakt betreffend das Anbot auf Abtretung des gesamten Stammkapitals der F.GmbH sei - trotz mehrfacher Aufforderung - nur unvollständig zur Verfügung gestellt worden. Nachdem nur das Deckblatt und ausgewählte Teile des Anbotes vorgelegt worden seien, nicht aber die abschließende Beglaubigung durch den Notar sowie die Unterschriften der beteiligten Personen, könne der Sachverhalt in diesem Punkt nicht richtig dargestellt werden.

Im Zuge der Prüfung sei die Bw mehrfach aufgefordert worden, den Sachverhalt näher darzulegen, insbesondere auch im Hinblick auf den vereinbarten Kaufpreis für die R. AG Aktien in Höhe von S 1.000,-- pro Stück, obwohl die Aktien zu diesem Zeitpunkt einen maximalen Kurswert von S 300,-- gehabt hätten und in der Branche bekannt gewesen sei, dass sich der

Kurswert noch weiter nach unten bewegen werde. Das Unternehmen habe zur Aufklärung des Sachverhaltes lediglich die oa Verträge beigebracht, die teilweise unvollständig und in sich nicht schlüssig seien. Auf dem Depot, in welchem die angeführten Aktien eingeliefert hätten werden sollen, hätten sich zum 31.12.1994 lediglich 302 Stück Aktien befunden, obwohl vom Unternehmen 333 Stück bilanziert worden seien. Somit ergebe sich eine nicht aufgeklärte Differenz in Höhe von 31 Stück Aktien. Es könne auch anhand der „Aufstellung über die sukzessive gelieferten Aktien“ (Seite 325 des Arbeitsbogens [?]) und der Umsatzaufstellung des Depots bei der Erste Bank (Seiten 322 ff des Arbeitsbogens) nicht nachvollzogen werden, dass die im Kaufvertrag vom 27.4.1994 vereinbarte Zug-um-Zug-Lieferung der Aktien in Tranchen zu 133 Stück tatsächlich erfolgt sei. Nachdem die Bw auch die entsprechenden Bankbelege nicht beigebracht habe, auf deren Basis der vereinbarte Zahlungsfluss nachvollzogen hätte werden können, könne eine endgültige Beurteilung der Differenz nicht vorgenommen werden.

ad Vereinbarung vom 27.4.1994

Vertragspartner der Vereinbarung seien Dr. W*** J***** als Verkäufer und die Bw als Käuferin der Aktien, unter Beitritt von Fx*** L***. Da die R. Aktien zu diesem Stichtag lediglich einen Wert von S 300,-- pro Stück repräsentiert hätten, ergebe sich zunächst eine Wertdifferenz in Höhe von S 5,600.000,-- um welche Dr. W*** J***** begünstigt worden sei. Es müsse berücksichtigt werden, dass einerseits die Aktien nur Zug-um-Zug verfügbar gewesen seien, andererseits die R. Aktien zu diesem Zeitpunkt einem Wertverfall unterlegen seien. Man habe daher damit rechnen müssen, dass auch die S 300,-- zu einem späteren Zeitpunkt nicht zu erzielen sein würden. Auf die Frage was der als Beitretender im Vertrag aufscheinende Fx*** L*** für die Übernahme der persönlichen Haftung für die Erfüllung der Vereinbarung vom 27.4.1994 erhalten habe, sei in der Vorhaltsbeantwortung vom 30.3.2001 aufgeführt worden: „Betreffend die persönliche Haftung seitens Herrn Fx*** L*** gibt es keine explizite Vereinbarung und Vergütung.“

Bei isolierter wirtschaftlicher Betrachtung sei es nicht schlüssig, dass jemand unentgeltlich einerseits nicht nur einem Vertrag beitrete, sondern auch noch andererseits für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen der Käuferin aus diesem Vertrag hafte. Wenn der Bw im Rahmen dieses Vertrages ein notarielles Anbot auf Abtretung des gesamten Stammkapitals der F.GmbH eingeräumt werde, so müsste zumindest dieses Optionsrecht bewertet werden. Eine Bewertung seitens der Betriebsprüfung sei nur möglich, wenn von der Bw dargelegt werde, welchen Wert die Anteile an der F.GmbH repräsentierten. Wenn man davon ausgehe, dass Dr. W*** J***** allein die Vollmacht gehabt habe, sämtliche Anteile an der genannten Gesellschaft zu veräußern, andererseits Unternehmer einander nichts schenkten, müsste zumindest die Wertdifferenz von S 5,600.000,-- für diese Option angesetzt werden.

ad Zusatzvereinbarung

Ausgewiesene Vertragspartner der Zusatzvereinbarung seien einerseits Fx*** L***, andererseits die F.GmbH unter Beritt der Bw. Aus der Zusatzvereinbarung sei zu entnehmen, dass Fx*** L*** als Verkäufer an die F.GmbH die Liegenschaft EZ X veräußert habe. Da die Zusatzvereinbarung mehrfach korrigiert worden sei und die zu einer Leistung verpflichteten Personen mehrfach widersprüchlich im Vertragstext ausgestrichen worden seien, könne der eigentliche Sinn dieses Vertrages nicht schlüssig nachvollzogen werden. Insbesondere die Formulierung in Punkt I, dass die "F.GmbH außer dem der Finanzierung des oben genannten Kaufvertrages dienenden Pfandrecht keine weiteren Belastungen des Kaufgegenstandes solange vornehmen werde, bis das Recht zur Annahme der Bw (Fx*** L*** sei in der Betriebsprüfung vorliegenden Kopie durchgestrichen und auf Bw ausgebessert) gewährten Option auf Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der F.GmbH wegen Zeitablaufes und/oder Nichterfüllung der Voraussetzungen für das Recht der Annahme dieses Anbotes erloschen ist", könne nicht nachvollzogen werden. Würde das bedeuten, dass die in der Vereinbarung vom 27.4.1994 eingeräumte Option, für welche zumindest S 5,600.000,-- von der Bw gezahlt worden seien, von vornherein nie ausgeübt hätte werden sollen? Auch die Formulierung in Punkt VI des Vertrages, dass Fx*** L*** auf die Auszahlung der Zinsen durch die F.GmbH verzichte, weil diese ident sei mit dem vereinbarten Optionsentgelt für den Erwerb der Anteile an der F.GmbH, sei unverständlich, weil nicht Fx*** L***, sondern der Bw die Option eingeräumt worden sei.

Ad Notarielles Anbot auf die Stammanteile an der F.GmbH

Nachdem dieses Dokument – trotz mehrfacher Anforderung – nicht vollständig beigebracht worden sei, könne es auch nicht entsprechend gewürdigt werden, weil nicht endgültig gesagt werden könne, ob und in welcher Form der Notariatsakt tatsächlich abgeschlossen worden sei.

Schlussfolgerung

Bei wirtschaftlicher Betrachtung und im Hinblick auf die obigen Ausführungen, insbesondere weil auch die notwendigen Unterlagen seitens der Bw nicht beigebracht worden seien, werde sowohl die vorgenommene Teilwertabschreibung im Jahr 1994 von S 109.418,-- als auch die im Jahr 1994 gebildete Rückstellung für drohende Verluste aus schwierigen Geschäften von S 5,285.778,-- nicht anerkannt.

In der Berufung brachte die Bw dazu vor, unter Berücksichtigung einer 10%igen Rendite (und eine solche sei bei derartigen Wertpapieren zumindest zu erwarten) ergebe sich ein abgezinster Kaufpreis (Barwert) von 6,275.000 S, was einem Kurs von 784 S entspreche. Für die Bw habe dieser Kauf einen Hoffnungskauf dargestellt, da sie auf einen steigenden Börsenkurs gesetzt habe, ohne die erforderliche Liquidität sofort aufbringen zu müssen.

Obwohl der Börsenkurs zum Zeitpunkt des Erwerbs nur knapp 300 S betragen habe, sei die Bw von der Werthaltigkeit überzeugt gewesen. Der innere (tatsächliche) Wert der R. AG sei – laut Einschätzung der Bw ua basierend auf den Überlegungen aus den ursprünglichen Gutachten einer Wirtschaftsprüfungskanzlei – weit über dem Börsenkurs gelegen. Die Bw sei ex ante betrachtet überzeugt gewesen, dass der Börsenkurs der R. AG wieder über die Anschaffungskosten steigen werde und damit ein Gewinn erzielt werden könne, dies insbesondere aufgrund der Einschätzung, die die Bw von ihrem langjährigen Konsulenten und Aufsichtsratmitglied der R. AG, Fx*** L***, erhalten habe. Die geplanten Projekte der R. AG seien zu diesem Zeitpunkt äußerst Erfolg versprechend gewesen und überdies sei die Bw von den Fähigkeiten des Vorstandes der R. AG aufgrund der gemeinsam abgewickelten Projekte mehr als überzeugt gewesen.

Die Bw sei somit – ua bedingt durch die zuvor erfolgreich abgewickelten Wertpapiertransaktionen und die damals prognostizierten Erfolgsaussichten der R. AG – zum Zeitpunkt des Erwerbes der Meinung gewesen, trotz relativ hohem Kaufpreis mit diesen Wertpapieren noch einen Gewinn erzielen zu können. Unabhängig von der Höhe des Börsenkurses habe die Bw zum Zeitpunkt des Erwerbes somit berechtigte Hoffnungen auf eine Wertsteigerung der R. Aktien gehabt. Der Kaufpreis sei ex ante betrachtet somit vollkommen gerechtfertigt gewesen. Die R. Aktien hätten im Umlaufvermögen ausgewiesen werden müssen, zumal die Bw diese Aktien möglichst kurzfristig wieder gewinnbringend verwerten habe wollen, dh spekulative Erwägungen im Vordergrund gestanden hätten (dies werde durch die später erfolgten zahlreichen An- und Verkäufe auch bestätigt). Im Zuge der Bilanzerstellung hätte aufgrund des handelsrechtlichen strengen Niederstwertprinzips trotz der positiven Einschätzung der Bw eine Abwertung auf den Börsenkurs des Bilanzstichtages vorgenommen werden müssen. Die Rückstellung für drohende Verluste sei – da die gegenständlichen Wertpapiere zum Bilanzstichtag überwiegend noch nicht eingeliefert gewesen seien – damit aus handelsrechtlicher Sicht und demzufolge aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips des § 5 Abs 1 EStG auch steuerlich geboten gewesen.

Die Bw habe aufgrund ihrer Zuversicht in Kurssteigerungen in der Folge sogar noch zahlreiche weitere R. Aktien erworben. In der Zwischenzeit sei mit Beschluss der Hauptversammlung vom 9.1.1996 ein Aktiensplit (eine Aktie á S 1.000,-- gegen 4 Aktien á S 100,--) durchgeführt worden. Wie sich nachträglich allerdings zum wirtschaftlichen Schaden der Bw herausgestellt habe, seien ihre Erwartungen nicht zur Gänze eingetroffen. Aus diesem Grund habe die Bw mit Valuta 31.12.1996 die restlichen noch nicht eingelieferten Aktien unter Berücksichtigung eines Abschlages für vorzeitige Vertragserfüllung erworben, um sie anschließend so schnell wie möglich zum bestmöglichen Kurs verwerten zu können.

Die R. Aktien hätten schließlich auch noch zum 31.12.1996 (Wirtschaftsjahr 1996/1997) um S

3,264.000,-- (32.000 Aktien á 102 S (entspricht einem Kurs von 408 S vor Aktiensplit, dh Nominale S 1.000,--)) verkauft werden können, womit die Einschätzung der Bw, nämlich steigender Kurs (im Vergleich zum niedrigeren Börsenkurs zum Zeitpunkt des Erwerbes) auch zum Teil bestätigt worden sei. Gesamt betrachtet habe die Bw aus dem Erwerb der R. Aktien allerdings einen wirtschaftlichen Schaden von S 3.011.000,-- erlitten; dies entspreche einem Verlust von 376.000 S je Nominale S 1.000,-- (das seien 37,6 %).

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass es aus heutiger Sicht unstrittig sei, dass die Bw aus dem Verkauf der R. Aktien am 31.12.1996 einen wirtschaftlichen Verlust von 3.011.000 S erlitten habe, der damit unter dem im Jahr 1994 rückgestellten Betrag von 5.395.176 S gelegen sei. Die Rückstellung für drohende Verluste habe somit nachträglich beinahe zur Hälfte erfolgswirksam aufgelöst werden können.

In ihrer Stellungnahme zur Berufung führten die Prüfer aus, die Bw gehe nur sehr eingeschränkt auf den in der Niederschrift dargestellten Sachverhalt ein. Es werde nur isoliert die Vereinbarung vom 27.4.1994 erläutert, nicht aber auf die Zusatzvereinbarung eingegangen, welche integrierter und wesentlicher Bestandteil dieser Vereinbarung gewesen sei. Auch würden nicht jene Unterlagen beigebracht, die für die Beurteilung des Sachverhaltes letztlich notwendig seien, und daher im Zuge der Prüfung zu einer Nichtanerkennung der Teilwertabschreibung geführt hätten. Schon aus diesen Gründen könnten die gebildeten Teilwertabschreibungen nicht anerkannt werden, weil die Bw offensichtlich nicht bereit sei, an der vollständigen Ermittlung des Sachverhaltes mitzuwirken.

Auf Basis des Vertrages vom 27.4.1994 sei der Kaufpreis ab 1.6.1994 in 60 gleichen, aufeinanderfolgenden Monatsraten von 133.334 S Zug-um-Zug gegen Übergabe eines anteiligen Aktienpaketes zur Zahlung fällig gewesen, dh notwendige Bedingung für die Zahlung wäre die Lieferung der anteiligen Aktienpakete gewesen. Nach der Aktenlage habe aber aus dem Depotauszug eine derartige Einlieferung der Aktien nicht nachvollzogen werden können, vielmehr sei eine Abweichung zwischen Bilanzansatz und tatsächlichem Depotstand festgestellt worden. Bei wirtschaftlicher Beurteilung der in der Berufung theoretisch dargelegten Kalkulation auf Basis einer Rendite von 10 % müsse festgestellt werden, dass dies bei einer R. AG Aktie zu diesem Zeitpunkt (Kurs auf rund 300 S, Immobilienpapiere hätten eine durchschnittliche Rendite von rund 4 %) ein sehr hoffnungsvoller Ansatz sei, der von der Bw entsprechend darzulegen wäre (einerseits im Hinblick auf die Rendite von 10 %, andererseits im Hinblick auf die Kurseinschätzung in Höhe von S 1.000,-- bzw S 784,-- je Aktie).

Bei der Werteinschätzung der R. AG Wertpapiere werde zudem mit zweierlei Maß gemessen: Im Vertrag vom 27.11.1992 zwischen der Bw und der L*** Beteiligungs GmbH werde der Erwerb von 52.815 Stück R. AG Aktien um 60 Mio S vereinbart (1.136,04 S / Stück) mit der Möglichkeit, dass die Aktien jederzeit auf einseitiges Verlangen der Bw zum Kaufpreis zurück-

gegeben werden könnten, solange der Börsenkurs unter dem Kaufpreis liege). Mit Schreiben vom 20.12.1994 nehme die Bw die eingeräumte Rückkaufsgarantie in Anspruch, weil wie sie ausführe, die Kursentwicklung der R. Aktien auch im Jahr 1994 nicht den Erwartungen entsprochen habe.

Zum anderen gehe die Bw von optimistischen Wertansätzen aus, die laut Angabe in der Berufung ua ihre Wurzeln in einem Gutachten vom 24.9.1992 (Seiten 263 ff des Arbeitsbogens) hätten, welches vom damaligen Wirtschaftsprüfer und Steuerberater der R. AG auf Basis der Bilanz zum 30.6.1992 erstellt worden sei. Der Erwerb der gegenständlichen Aktien sei 19 Monate später erfolgt, als der Markt und die Rahmenbedingungen für R. AG – Wertpapiere vollkommen anders gewesen seien.

Die Zusatzvereinbarung stelle einen integrierenden Bestandteil der Vereinbarung vom 27.4.1994 dar, und sei offensichtlich mitentscheidend für die Kaufpreisbestimmung der R. Aktien gewesen. Diese Zusatzvereinbarung werde aber in der Berufung nicht einmal erwähnt. Grundsätzlich seien schwebende Geschäfte nicht zu bilanzieren, weil unterstellt werde, dass sich Leistung und Gegenleistung ausgleichen. Eine Bilanzierungspflicht ergebe sich dann, wenn diese Ausgewogenheit nicht (mehr) bestehe und ein zukünftiger Verlust aus dem schwebenden Geschäft drohe (*Mayr, RdW 1999, 45*). Übersteige am Bilanzstichtag der Wert der Leistungsverpflichtung aus einem Vertragsverhältnis den Wert der Gegenleistung, drohe also aus dem Geschäft ein Verlust, so könne diese im Weg einer Rückstellung jener Periode zugewiesen werden, in welcher sich die Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung ergebe (*Doralt, EStG § 9 Tz 37*). Bei der Bildung von Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften sei Voraussetzung, dass aus dem Geschäft insgesamt ein Verlust drohe. So stelle der BFH (BFH 23.6.1997, GrS 2/93) auf eine vernünftige kaufmännische Beurteilung ab, die es gebiete, einen schwebenden Vertrag nicht nur in seinen negativen Aspekten zu erfassen, sondern auch die wirtschaftlichen Vorteile aus dem Vertrag zu berücksichtigen. Dies gelte um so mehr, wenn das verlustbringende Geschäft nur abgeschlossen werde, um sich dadurch bestimmte greifbare wirtschaftliche Vorteile zu sichern. Verluste drohten erst dann, wenn sie objektiv zu erwarten seien. Nachdem aber ein wirtschaftlicher Bestandteil des Vertrages von der Bw überhaupt nicht bei der Beurteilung des Sachverhaltes berücksichtigt würde und die Bw auch nicht bereit sei in diesem Punkt zu kooperieren, könne auch aus diesem Grund die Bildung der Drohverlustrückstellung nicht anerkannt werden.

In ihrer Stellungnahme zur Gegenäußerung führte die Bw aus, der Sachverhalt sei so transparent wie möglich dargestellt worden. In der Berufung sei bewusst nicht auf die Zusatzvereinbarung eingegangen worden, da diese zwar mit dem Erwerb der Aktien gleichzeitig abgeschlossen worden sei, für die Höhe und das Ausmaß der Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften allerdings keine Auswirkung habe. Der Zusammenhang

zwischen den beiden Vereinbarungen liege darin, dass die Bw liquide Mittel für anstehende Projekte benötigt habe und diese von Banken nicht erhalten habe. Um die anstehenden Projekte durchführen zu können, habe sie auf ihr Optionsrecht zum Erwerb der Liegenschaft EZ X an die F.GmbH verzichtet.

Der Betriebsprüfung seien sämtliche diesen Geschäftsfall zugrunde liegenden Unterlagen inklusive Nebenabreden zur Verfügung gestellt worden.

Die Einlieferung der anteiligen monatlichen Aktienpakete sei aus Vereinfachungsgründen nicht in der ursprünglich vereinbarten Weise erfolgt. Es habe sich im nachhinein herausgestellt, dass eine monatliche Depotübertragung zu aufwändig gewesen sei. Aus der Sicht der Bw sei eine Rendite in Höhe von 10 % ein mehr als nur realistisch festgelegter Erfolgsmaßstab gewesen. Eine Rendite von 10 % sei die Markterwartung, welche die Bw in den Erwerb der Beteiligung an der R. AG gesetzt habe. So habe sich zB der Börsenkurs der R. Aktie innerhalb von 5 Jahren ab Börseinführung im Jahr 1986 von 1000 auf 2700 entwickelt, was einer über 20 %igen Rendite entspreche. Im Vergleich zur durchschnittlichen Performance der größten Börsenindizes sei ein Prozentsatz von 10 % als äußerst niedrig einzustufen. Die durchschnittliche erwartete Rendite eines Investors sei in der Regel sogar darüber anzusetzen. Es sei richtig, dass im Vertrag vom 27.11.1992 zwischen der Bw und der L*** Beteiligungs GmbH ein Erwerb von 52.815 Stück R. AG Aktien um 60 Mio S (1.136,04 S / Aktie) mit der Möglichkeit, die Aktien jederzeit auf einseitiges Verlangen der Bw zum Kaufpreis zurückzugeben, vereinbart worden sei. Dieser Vertrag zeige, dass die Bw bereits eineinhalb Jahre zuvor Aktien zu einem noch höheren Kurs erworben habe. Anfang 1994 habe von Seiten der Bw großes Interesse bestanden, weitere Aktien zu erwerben.

Mit Dr. W*** J***** habe letztlich im Jahr 1994 ein abgezinster Kaufpreis von rund 784 S vereinbart werden können, wodurch der Kaufpreis deutlich unter dem Kaufpreis Ende 1992 gelegen sei (rund 70 % des seinerzeitigen Kaufpreises). Auch Ende 1992 sei der Kaufpreis über dem Börsenkurs vereinbart worden. Erst im Dezember 1994 habe sich herausgestellt, dass die ursprünglich vermutete Entwicklung der R. AG Aktie nicht in der Form eintreffen werde und der Kauf somit eine Fehlmaßnahme dargestellt habe. Aus diesem Grund habe die Bw Ende Dezember 1994 ihre Rückkaufsgarantie bezüglich der 52.815 Stück in Anspruch genommen. Weiters müsse festgehalten werden, dass die gegenständlichen Aktien schließlich auch zu einem über dem im April 1994 liegenden Börsenkurs verkauft worden seien.

Der Kaufpreis sei im April 1994 nicht aufgrund des Gutachtens vom 24.9.1992 ermittelt worden, sondern die Ermittlung des Wertes sei lediglich auf Basis des ursprünglichen Gutachtens unter Berücksichtigung der nachfolgenden Entwicklung erfolgt. Diesem Gutachten zufolge habe der innere Wert die R_I Aktie S 1.469,-- betragen. Der innere Wert der R_I Aktien sei vom Vorstand sowie Aufsichtsrat Ende September 1992 sogar mit S 1.755,-- bewertet und

genehmigt worden (im Zuge des Aktientausches wurden die R_II Aktien mit S 1.170,-- je Aktie bewertet wodurch ein Umtauschverhältnis von zwei R_I Aktien zu drei R_II festgelegt wurde). Unter Worst-Case-Betrachtung sei der innere Wert der R_I Aktie mit S 1.275,-- bewertet worden. Bei der Ermittlung des Kaufpreises für die gegenständlichen 8.000 R_I Aktien sei die in der Zwischenzeit eingetretene Entwicklung berücksichtigt worden. Der Nettokaufpreis sei letztendlich mit nur 50 % des ursprünglichen Unternehmenswertes (Wert laut Gutachten) vereinbart worden.

Bei der Zusatzvereinbarung vom 27.4.1994 habe es sich um eine Zusatzvereinbarung zu dem am selben Tag abgeschlossenen Immobiliengeschäft (Liegenschaft EZ X) sowie Optionsvertrag (welcher der Bw ein Optionsrecht auf Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile an der F.GmbH gewährt habe) gehandelt und dieser habe lediglich zusätzliche Bestimmungen für die Vertragsparteien geregelt. Zwischen diesen beiden Verträgen und dem Kauf der gegenständlichen R. AG Aktien von Dr. W*** J***** bestehe allerdings weder ein wirtschaftlicher Zusammenhang noch handle es sich um die gleichen Vertragsparteien. Lediglich in einer Vorversion zur Zusatzvereinbarung (in dieser sei auch noch fälschlicherweise Fx*** L*** das Optionsrecht eingeräumt worden), welche versehentlich den Prüfern übergeben worden sei, werde auf den gleichzeitig abgeschlossenen Aktienkauf hingewiesen. Als Optionsentgelt seien – wie aus Punkt VI der Zusatzvereinbarung ersichtlich sei – die der Bw aufgrund der Darlehenseinhebung zustehenden Zinsen und Zinseszinsen festgelegt worden.

Eine Begründung, warum eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften im vorliegenden Fall nicht anerkannt werde, obwohl aufgrund des handelsrechtlich zwingend anzuwendenden Imparitätsprinzips eine Rückstellungsbildung (unter anderem auch aus objektiven Bewertungsmaßstäben) unerlässlich sei, fehle gänzlich. Richtig sei, dass die Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften voraussetze, dass aus dem Geschäft ein Verlust drohe. Zumal die gegenständlichen Aktien zum Bilanzstichtag noch nicht eingeliefert gewesen seien, und die Voraussetzungen für die Rückstellungsbildung zur Gänze zugetroffen hätten, sei die Bildung der Rückstellung nicht nur zu Recht erfolgt, sondern habe aus den handelsrechtlichen Vorschriften bzw Grundsätzen erfolgen müssen, zumal sich noch im Jahr 1994 herausgestellt habe, dass der Kaufpreis überhöht festgelegt worden sei.

Beurteilung durch den Unabhängigen Finanzsenat

Die Teilwertabschreibung und die Drohverlustrückstellung sind der Höhe nach unstrittig, in Streit steht lediglich, ob die Maßnahmen zulässig waren.

Ist ein Vertrag vom Leistungsverpflichteten noch nicht erfüllt (schwebendes Geschäft), dann ist das Geschäft in der Bilanz noch nicht auszuweisen; der Ausweis der eigenen Leistungsver-

pflichtung einerseits und der Forderung andererseits würde einen vorzeitigen Gewinnausweis bewirken. Dies würde gegen das Realisationsprinzip verstößen.

Übersteigt allerdings am Bilanzstichtag der Wert der eigenen Leistungsverpflichtung den Wert der Gegenleistung, droht also aus dem Geschäft ein Verlust, so ist dieser Verlust nach dem Vorsichtsprinzip sofort auszuweisen (*Doralt, EStG¹², § 9 Tz 36 f.*).

Voraussetzung für eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften ist, dass die Verpflichtung bereits übernommen, der Vertrag also bereits abgeschlossen oder zumindest ein bindendes Vertragsanbot gestellt worden ist. Typische Anwendungsfälle sind wesentliche Preisänderungen nach Vertragsabschluss (*Doralt, EStG¹², § 9 Tz 40*).

Bei schwebenden Beschaffungsgeschäften liegt ein drohender Verlust vor, wenn der Teilwert der angeschafften, aber noch nicht gelieferten Wirtschaftsgüter am Bilanzstichtag niedriger ist als die Kaufpreisschuld. Es handelt sich daher um eine Art vorweggenommene Teilwertabschreibung. Die Rückstellung ist nicht nur bei Beschaffung von Umlaufvermögen, sondern auch bei der Beschaffung von Anlagevermögen zu bilden (*Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch § 5 Tz 42*).

Hat der aus einem Optionsgeschäft Verpflichtete am Bilanzstichtag mit Verlusten zu rechnen, dann gelten auch dafür die Grundsätze zur Bilanzierung von schwebenden Geschäften. Auch bei Swap-Geschäften kommen Rückstellungen für drohende Verluste in Betracht (*Doralt, EStG¹², § 9 Tz 50*).

Aus dem Grundsatz der Einzelbewertung ergibt sich die Verpflichtung, jedes einzelne schwebende Geschäft für sich daraufhin zu prüfen, ob daraus ein Verlust droht. Es ist somit keine Saldierung mit gewinnbringenden gleichartigen schwebenden Geschäften vorzunehmen (anders bei gekoppelten Geschäften).

Eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften ist nur dann anzuerkennen, wenn die dem Unternehmen zufließenden wirtschaftlichen Vorteile hinter den aus dem Vertrag erfließenden Verpflichtungen zurückbleiben; diese ungewöhnlichen Verhältnisse bedürfen der konkreten Feststellung. Der BFH vertritt ein weites Verständnis des wirtschaftlichen Vorteils; dazu zählen nicht nur die miteinander verknüpften Hauptleistungsverpflichtungen, sondern auch alle Nebenleistungsverpflichtungen und sonstigen wirtschaftlichen Vorteile, die für beide Vertragspartner eine Gegenleistung für die vereinbarte Sachleistung darstellen („wirtschaftliches Synallagma“).

Die wirtschaftlichen Vorteile sind konkretisiert, wenn sie dem Grunde und der Höhe nach bestimmbar sind; nicht zu den wirtschaftlichen Vorteilen zählen Hoffnungen und vage Erwartungen zB Verlustgeschäfte aufgrund der Markterschließung (*Doralt, EStG¹², § 9 Tz 37 mwN*).

Den Aufwendungen aus einem Vertrag sind alle Vorteile, die sich aus diesem Geschäft ergeben, gegenüberzustellen. Hauptleistungen und Nebenleistungen und durch das schwebende Geschäft verursachte wirtschaftliche Vorteile bilden diesen Saldierungsbereich. Nur wenn bei Betrachtung des gesamten Saldierungsbereiches ein Aufwandsüberhang besteht, kann die Drohverlustrückstellung gebildet werden (*Hofstätter/Reichel*, EStG § 9 Tz 125 mwN).

Zum Saldierungsbereich einer Verlustrückstellung gehören jedenfalls die wechselseitigen Leistungen, zu denen sich die Vertragsparteien verpflichten, um die Gegenleistung des anderen zu erhalten, wobei sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt, ob eine Leistung als Gegenleistung in den Kompensationsbereich einzubeziehen ist. Neben den Hauptleistungen sind dabei alle Nebenleistungen und sonstigen wirtschaftlichen Vorteile zu berücksichtigen, die nach dem Inhalt des Vertrages oder nach den Vorstellungen beider Vertragspartner eine Gegenleistung für die vereinbarte Sachleistung darstellen. Der Saldierungsbereich umfasst dann mehrere Verträge (Rechtsverhältnisse), wenn ein Vertrag bzw ein Vorgang den anderen Vertrag bzw den anderen Vorgang ursächlich bedingt (*Hofstätter/Reichel*, EStG § 9 Tz 126).

Eine Rückstellung ist nicht zu bilden, wenn nach den konkreten Verhältnissen ein Verlust ausgeschlossen ist, weil am Bilanzstichtag bereits ein Sicherungsgeschäft geschlossen war. Diese zusammenfassende Betrachtung mehrerer Geschäfte erfordert aber, dass zwischen ihnen ein sachlicher Zusammenhang besteht. Erfolgsmäßig miteinander verknüpfte Geschäfte sind somit als „Bewertungseinheit“ anzusehen. Ergebnisse aus völlig getrennten, in keinerlei sachlichem Zusammenhang zueinander stehenden schwebenden Geschäften sind hingegen - im Hinblick auf den Grundsatz der Einzelbewertung - nicht zu saldieren (*Hofstätter/Reichel*, EStG § 9 Tz 127 mwN).

Erfolgsmäßig miteinander verbundene Geschäfte sind als Einheit zu bewerten (*Quantschnigg/Schuch*, Einkommensteuer-Handbuch § 5 Tz 39).

Über den Saldierungsbereich (samt den Sicherungsgeschäften) hinaus darf eine zusammenschauende Betrachtung nicht vorgenommen werden. Es darf also nicht eine Verrechnung mit Gewinnen aus anderen Geschäften vorgenommen werden, weil nach dem Grundsatz der Einzelbewertung jedes Geschäft für sich zu beurteilen ist (*Hofstätter/Reichel*, EStG § 9 Tz 129 mwN).

Vermögensgegenstände bilden dann eine Bewertungseinheit, wenn ein derart enger Nutzungs- und Funktionszusammenhang besteht, dass die einzelnen Teile bei einer allfälligen Veräußerung keine besonders ins Gewicht fallende Selbstständigkeit aufweisen; oder umgekehrt formuliert, liegt eine derartige ins Gewicht fallende Selbstständigkeit vor, liegt keine Bewertungseinheit vor, weshalb die Vermögensgegenstände jeder für sich zu bewerten ist. Der BFH spricht im Urteil vom 15.10.1997 I R 16/97, BStBl 1998, 249, davon, dass das Einzelbe-

wertungsgebot die Betrachtung des jeweils kleinsten Sachverhalts fordert, der nach der Verkehrsanschauung als selbstständig realisier- und bewertbar angesehen wird (*Bertl/Hirschler RWZ 2001, 39*).

Liegt keine Bewertungseinheit vor, ergibt sich als Konsequenz, dass die einzelnen Verlustbringenden Geschäfte zu einer Rückstellungsbildung verpflichten, die voraussichtlich Gewinnbringenden Geschäfte hingegen bei Ermittlung der Höhe der Rückstellung keine Bedeutung haben (*Bertl/Hirschler RWZ 2001, 39 mwN*).

Im Lichte dieser Ausführungen erweist sich die Berufung im Streitpunkt als berechtigt. Voraussetzung für ein Abweichen vom Grundsatz der Einzelbewertung und für eine Saldierung des Aktienkaufvertrages mit der Option zum Erwerb der Geschäftsanteile der F.GmbH wäre, dass diese Geschäfte derart eng miteinander verknüpft waren, dass es sich um ein „wirtschaftliches Synallagma“ handelte. Es müsste ein Vertrag den anderen ursächlich bedingen, die Geschäfte müssten erfolgsmäßig miteinander verknüpft sein und in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

Dies war jedoch letztlich nicht der Fall. Es trifft zwar zu, dass sowohl der Aktienkaufvertrag als auch die Option zum Erwerb der Geschäftsanteile der F.GmbH am selben Tag (27.4.1994) abgeschlossen wurden und auch (ebenso wie der Erwerb der Liegenschaft EZ X) in der Zusatzvereinbarung erwähnt wurden.

Darüber hinaus waren diese Geschäfte jedoch im Wesentlichen (abgesehen davon, dass die Option zum Erwerb der Geschäftsanteile der F.GmbH mit der Erfüllung des Aktienkaufvertrages bedingt war und die Zinsen für die Zurverfügungstellung bestimmter Beträge Teil eines Zusatzkaufpreises sein sollten) nicht miteinander verknüpft, sondern getrennt; zwischen den Verträgen bestand kein enger Nutzungs- und Funktionszusammenhang. Es handelte sich vielmehr um ins-Gewicht-fallend selbständige Geschäfte. Sie waren selbstständig realisierbar und bewertbar.

Es handelt sich daher beim Aktienkaufvertrag und bei der Option zum Erwerb der Geschäftsanteile der F.GmbH nicht um eine Bewertungseinheit, vielmehr kommt der Grundsatz der Einzelbewertung zur Anwendung.

Die Drohverlustrückstellung wurde daher von der Bw zu Recht gebildet und die Teilwertabschreibung zu Recht vorgenommen.

Der Berufung war daher in diesem Umfang Folge zu geben.

D) Optionsrecht Gebrüder Z_GmbH

Der am 23.11.1995 verstorbene G**** B**** war ein auch im Bereich Glücksspiel bzw. Glücksspielautomaten tätiger Unternehmer. In seinen letzten Lebensjahren hatte er seinen Hauptwohnsitz in der Schweiz. Auf Grund eines notariell am 14.9.1990 beurkundeten Angebotes der Brüder Fy*** und P*** Z**** war G**** B**** berechtigt, von diesen ohne zeitliche Befristung die Abtretung ihrer sämtlichen Geschäftsanteile an der „Gebrüder Z_GmbH“ (idF: Z_GmbH), einer im Glücksspielautomatenbereich tätigen GmbH, zum Preis von 1.000.000 S (= Nominale der Stammeinlage) zu fordern (Optionsrecht).

Am 28.4.1994 erwarb die Bw von G**** B**** dieses Optionsrecht um 18.000.000 S. Im Einzelnen ging dies wie folgt vor sich:

Der Bw wurde ein am 28.4.1994 von G**** B**** unterfertigtes, bis 29.4.1994, 12.00 Uhr, befristetes Verkaufsangebot zu Handen des Rechtsanwaltes Dr. G**** E**** übergeben.

Noch am 28.4.1994 nahm die Bw dieses Angebot an und übergab G**** B**** einen Scheck über die Kaufsumme, welchen dieser noch am selben Tag einlöste.

Zum Abschluss eines schriftlichen Vertrages kam es nicht.

Die Bw wies dieses Optionsrecht in der Bilanz zum 30.6.1994 mit einem aktvierten Wert von 18.000 000 S aus, jedoch wurde es zugleich auf 1 S abgewertet.

Im Wirtschaftsprüfungsbericht zum 31.12.1994 wird das Optionsrecht mit dem Hinweis, dass es durch Zeitablauf verfallen sei, nicht mehr ausgewiesen.

In einer während der abgabenbehördlichen Prüfung vorgelegten Unterlage ist als Begründung für die Höhe des Kaufpreises ausgeführt:

„Ausgehend von einem jährlichen Umsatz von über 80 Mio S unter Berücksichtigung der in der Z_GmbH befindlichen Verbindlichkeiten und insbesondere auf Grund der Konkurrenzsituation, die durch die L*** Gruppe iVm Herrn G*** aufgefangen werden sollte bzw könnte, wurde der Kaufpreis in Höhe von 18 Mio S festgelegt. Eine Unternehmensbewertung wurde nicht vorgenommen, da diese auf Basis der gängigen Bewertungsmethoden zu keinem brauchbaren Unternehmenswert geführt hätte, zumal die Gesellschaften ausgeglichen bzw negativ bilanzierten. Dies ist aber im Automatenbereich durchaus üblich (die Kostensituation entspricht nicht den wahren Gegebenheiten). Entscheidend für den Kauf von Aufstellrechten ist immer der Jahresumsatz.“

Während der Betriebsprüfung führte die Bw als Begründung für die Teilwertabschreibung an, einerseits habe der Anfang der 80er-Jahre ausgebrochene Automatenboom Mitte der 90er-Jahre erhebliche Einbußen verzeichnet, andererseits habe die Umsatzsteuerproblematik zum Zeitpunkt der Bilanzerstellung entsprechende Probleme verursacht, weil der Vervielfacher vom 1,3-fachen auf das 1,8-fache angehoben worden sei.

Die Prüfer beanstandeten in diesem Zusammenhang im BP-Bericht im Wesentlichen, dass die Bw keinerlei Berechnungsunterlagen – seien es Jahresabschlüsse, Umsatzaufstellungen der je-

weiligen Aufstellplätze bzw anderweitige Kalkulationen – geliefert habe, um die Höhe des Kaufpreises nachvollziehen zu können.

Da G**** B**** kein inländisches Steuersubjekt sei, bei welchem die Steuerhängigkeit der Zahlung nachvollzogen werden könnte, träfe die Bw eine erhöhte Mitwirkungspflicht.

Aus den vorgelegten Unterlagen könne nicht nachvollzogen werden, dass die Option bei Nichtausübung bis zum 31.12.1994 verfalle. Im Gegenteil ent lasse die Bw Fy*** Z**** (zu diesem Zeitpunkt Alleingesellschafter) erst mit Schreiben vom 28.9.1999 aus dem Optionsrecht.

Weiters beanstanden die Prüfer das Fehlen eines unterfertigten schriftlichen Vertrages bzw einer Annahmeerklärung sowie den Umstand, dass aus der Buchhaltung der Bw nicht nachvollzogen werden könne, ob oder von welchem Bankkonto die 18.000.000 S beglichen worden seien. Auch habe die Bw keine Belege beigebracht, aus denen die Abbuchung des eingelösten Schecks ersichtlich sei.

Es entspreche nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten, dass bei derartigen Investitionen keine entsprechenden Unterlagen vorhanden seien, um sowohl den Kaufpreis als auch eine mögliche Teilwertabschreibung nachvollziehen zu können. Dies sei umso mehr zu fordern, wenn kurz nach Anschaffung des Wirtschaftsgutes, nämlich innerhalb von 2 Monaten eine 100%-ige Teilwertabschreibung vorgenommen werde. Die vorgelegten Unterlagen seien zum großen Teil im Rahmen des abgabenbehördlichen Ermittlungsverfahrens angefertigt worden. Die Teilwertabschreibung werde daher nicht anerkannt und gewinnerhöhend angesetzt.

In ihrer Berufung führte die Bw zusammengefasst im Wesentlichen aus, die Höhe des Kaufpreises sei nach sorgfältiger Überprüfung durch die Bw auf Basis der Umsatzerlöse je Aufstellplatz unter Berücksichtigung der sonstigen Aktiva und Passiva der Z_GmbH ermittelt worden. Die Kaufverhandlungen – in denen die Rechtsanwälte beider Parteien stets einbezogen worden seien – hätten erst nach intensiven langwierigen Gesprächen beendet werden können. In die Kaufverhandlungen sei auch die Firma N eingebunden gewesen. Deren Präsident J**** G*** habe den Optionskaufpreis als angemessen bezeichnet. J**** G*** habe mitgeteilt, dass die Z_GmbH, welche von G**** B**** und ihm aufgebaut worden sei, hoch qualitativ sei und auf Grund der marktstrategischen Position großes Steigerungspotential aufweise. Die Mitwirkung von J**** G*** – der bei der Herstellung von hochqualitativen Spielautomaten führend gewesen sei und dies auch noch heute sei – bei den Kaufverhandlungen verbunden mit der Zusicherung, die vorhandenen I Geräte zu einem günstigen Preis durch attraktivere N Spielautomaten auszuwechseln sowie auf Grund seiner positiven Einschätzung der zukünftigen Entwicklung habe die Bw schließlich zum Erwerb des Optionsrechtes bewogen. Mit dem Erwerb des Optionsrechtes sei die faktische Beherrschung der Z_GmbH erreicht worden, und so in weiterer Folge der Zugriff auf die attraktiven

Aufstellrechte erlangt worden. Darüber hinaus seien auch andere Käufer aus der Branche bereit gewesen, die Z_GmbH um diesen Kaufpreis zu erwerben. Ex ante betrachtet sei die Bw von der Werthaltigkeit des Kaufpreises nicht nur überzeugt gewesen, sondern sie sei zu diesem Zeitpunkt auf Grund der gegebenen Umstände sogar sicher gewesen, sehr günstig gekauft zu haben. Der Erwerb des Optionsrechtes an der Z_GmbH sei ex ante betrachtet betriebswirtschaftlich sinnvoll gewesen. Die von den Prüfern angesprochene „Lebenserfahrungsjudikatur“ („es entspreche nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten, …“) beziehe sich ausschließlich auf Verträge zwischen Familienangehörigen, nahe stehenden Personen bzw verbundenen Unternehmen und sei damit im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der Vertrag zwischen fremden Dritten abgeschlossen worden sei. Im Frühjahr 1995 habe sich herausgestellt, dass die Nachbelastung der Umsatzsteuer auf Grund des Faktors 1,8 in der Größenordnung von über 20 Mio S trotz des im EWR/EU-Raum geltenden Faktors von 1 (im EWR/EU-Raum dürfe ein Umsatz nur einmal – somit zum Faktor 1 – mit Umsatzsteuer belastet werden) und dem herrschenden Auswirkungsprinzip (EuGH Rs C-122/96 Saldanha und MTS/Hiross) nicht mehr anwendbar sein werde (und bestätigt durch VwGH 97/15/0208). Trotz intensiver vorheriger Prüfung seien damit kurz nach dem Erwerb des Optionsrechtes erhebliche Steuerrisiken aufgetreten, die beim Kauf als unwahrscheinlich eingeschätzt worden seien. Diese Umsatzsteuernachbelastung habe für sich allein schon eine Abschreibung des Optionsrechtes gerechtfertigt. Auf Grund des insbesondere nach neuer VwGH-Judikatur heute geltenden Auswirkungsprinzips hätte der Faktor von 1,8 allerdings aufgehoben werden müssen, da der diesbezügliche Bescheid erst 1994 (also nach EWR-Beitritt) ergangen sei. Die Bw habe daher berechtigte Hoffnung gehabt, dass das Auswirkungsprinzip auch zum Tragen komme und somit auch den Faktor 1,8 auch für Jahre vor 1994 anwenden könne.

Daneben sei zum selben Zeitpunkt zu Tage getreten, dass einige Aufstellrechte (insbesondere auch am Standort Bahnhof XX) nicht die prognostizierten Umsätze einspielen hätten können, wodurch es zu erheblichen Verlusten gekommen sei.

Im Frühjahr 1995 habe sich somit bereits herausgestellt, dass der Erwerb des Optionsrechtes an der Z_GmbH eine wirtschaftliche Fehlmaßnahme gewesen sei, sodass eine formale Anteilsübertragung mit Gebühren- und Kostenbelastung vorläufig überflüssig gewesen sei. Tatsächlich habe die Bw nicht schon zwei Monate, sondern erst rund ein Jahr nach dem Erwerb des Optionsrechtes im Frühjahr 1995 von der schlechten wirtschaftlichen Lage der Z_GmbH erfahren. In diesem Zusammenhang sei beschlossen worden, auf die Ausübung der Option zu verzichten. Auf Grund dieser werterhellenden Umstände habe eine Abwertung der Option zum 30.6.1994 vorgenommen werden müssen. Nach Informationen der Bw befindet sich die Z_GmbH (nunmehr U_GmbH) bereits [*Datum der Berufung vom 14.5.2002, Anm*] in Konkurs. Die Abwertung der Option stehe auch im Einklang mit der Rechtsprechung des

VwGH zur anschaffungsnahen Teilwertabschreibung. Nach dieser Rechtsprechung sei eine anschaffungsnahen Teilwertabschreibung ausnahmsweise dann zulässig und geboten, wenn sich nach dem Zeitpunkt der Anschaffung Umstände herausstellten, die den Anschaffungspreis als überhöht erscheinen ließen und damit eine sogenannte Fehlmaßnahme vorliege. Dabei müsse es sich um Umstände handeln, die dem Erwerber im Zeitpunkt des Erwerbes des Wirtschaftsgutes nicht bekannt gewesen, aber bereits zu diesem Zeitpunkt vorgelegen seien (VwGH 29.4.1992, 90/13/0228, 0229). Dies treffe für die vorliegenden Steuerrisiken, die im Erwerbszeitpunkt des Optionsrechtes bereits vorhanden gewesen seien sowie für die schlechte wirtschaftliche Lage der Z_GmbH im Erwerbszeitpunkt zu. Selbst wenn, wie die Prüfer behaupteten, die Bw zwei Monate nach dem Erwerb des Optionsrechtes von der schlechten wirtschaftlichen Lage der Z_GmbH erfahren haben würde, wären die Voraussetzungen für eine anschaffungsnahen Teilwertabschreibung vorgelegen. Die Abwertung zum 30.6.1994 sei daher zu Recht erfolgt. Im Übrigen sei es irrelevant, ob G**** B**** ein inländischer Steuerpflichtiger gewesen sei oder nicht, da der Gewinn aus der Abtretung seines Optionsrechtes in Österreich selbst dann nicht steuerhängig gewesen wäre, wenn er inländischer Steuerpflichtiger gewesen wäre, da der Verkauf außerhalb der Spekulationsfrist stattgefunden habe. Aus heutiger Sicht sei es unstrittig, dass das Optionsrecht an der Z_GmbH aus wirtschaftlichen Überlegungen zu Recht nicht ausgeübt worden sei. Formal sei zwar erst mit Schreiben vom 28.9.1999 auf die Ausübung des Optionsrechtes schriftlich verzichtet worden. Beslossen worden sei dieser Verzicht allerdings bereits im Frühjahr 1995. Der angesprochene Zeitraum der Optionsausübung sei für die Beurteilung der Abwertung im Jahr 1994 überhaupt nicht relevant. Die nach dem zwingend anzuwendenden handelsrechtlichen Niederstwertprinzip (Wertverlust von Dauer) erforderliche Abwertung der Optionsrechte im Jahr 1994 in Höhe von 18.000.000 S sei daher bei der Körperschaftsteuer für das Jahr 1994 steuerlich zu berücksichtigen.

Weiters legte sie ein Schreiben des Rechtsanwaltes Dr. G**** E**** samt Beilage (Kopie zweier Kontoauszüge) vor. Aus dieser Beilage ist ersichtlich, dass der Betrag von 18.000.000 S am 28.4.1994 vom Anderkonto „Diverse Klientengelder“ abgebucht wurde. Im zugehörigen Buchungstext scheint die Schecknummer des an G**** B**** ausgefolgten Schecks auf.

G**** E**** führt in diesem Schreiben aus:

„Beiliegend übermitte ich Ihnen die in meiner Kanzlei in Anwesenheit von Herr G**** B**** und Herrn Rechtsanwalt Dr. C**** erstellte Option zum Erwerb von Geschäftsanteilen an der „Gebrüder Z_GmbH“, die von Ihrer Gesellschaft erworben wurde.“

Die Zahlung wurde über das Anderkonto meiner Kanzlei abgewickelt. Der Scheck wurde Herrn G**** B**** persönlich übergeben.

Der Optionskaufvertrag wurde von Herrn G**** B**** einseitig gefertigt. Auf eine Unterschrift Ihrer Gesellschaft wurde verzichtet, da der Weg des Realkontraktes gewählt wurde, dass nämlich durch Zahlung der ÖS 18 Mio das Kaufangebot angenommen wurde.“

In ihrer Stellungnahme zur Berufung führten die Prüfer zusammengefasst im Wesentlichen aus, sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit dem Erwerb des Optionsrechtes seien im Zuge der Prüfung wiederholt angefordert worden (insbesondere die Vorlage von Anschaffungsbelegen, Verträgen und Bewertungsgutachten im Original). Es seien jedoch im Wesentlichen lediglich die Notariatsakte der Brüder Fy*** und P*** Z****, ein nicht unterfertigter Optionskaufvertrag zwischen G**** B**** und der Bw, die Kopie eines Schecks mit dem Betrag von 18.000.000 S und ein Vermerk „Bestätige den Scheck erhalten zu haben, B****, Wien, 28.4.1994“ sowie ein nicht unterfertigtes „Anbot auf Abtretung von Optionsrechten“ vorgelegt worden. Diese Unterlagen hätten keine widerspruchsfreie Zuordnung zur Bw ermöglicht. Daher seien die notwendigen Originalunterlagen nochmals angefordert worden. Die mit Fax am 30.1.2002 übermittelten Kopien stellten keine neuen Unterlagen dar, sondern nur bereits vorgelegte, die zwar einseitig parafiert seien. Da aber die geforderten Nachweise über Ermittlung der Höhe des Kaufpreises, die Ermittlung der Teilwertabschreibung sowie die Zahlung des Abtretungspreises und der damit im Zusammenhang stehenden Bankbelege nicht vorgelegt worden seien, sei die Teilwertabschreibung nicht anerkannt worden. Mit Schreiben vom 21.5.2002 („Nachtrag Anlagen zu unserer Berufung vom 14.5.2002“) seien erstmals Kopien von Auszügen der Anderkonten des Rechtsanwaltes Dr. E**** vorgelegt worden, die den Zahlungsfluss für den Erwerb des Optionsrechtes belegen sollten. Zusätzlich werde in der vorgelegten Kopie des Schreibens des Rechtsanwaltes Dr. E**** an die Bw vom 14.3.2002 ausgeführt, dass „auf das Anderkonto am 28.4.1994 ein Betrag in Höhe von 12,8 Mio S, davon 12 Mio treuhändig für die Bw, von der Raiffeisenkasse XY**** überwiesen wurden. Am gleichen Tag wurde der Kanzlei ein weiterer Betrag in Höhe von 14,65 Mio S von der RRZ GmbH für die Bw treuhändig zur Verfügung gestellt. Der Kaufpreis wurde Herrn B**** von Dr. E**** in Form eines Schecks übergeben, der diesem Anderkonto in Höhe von 18.000.000 S angelastet wurde“. Da es keine unterschriebenen Kaufverträge gäbe, sei um so mehr notwendig, dass nachvollziehbar sei, wem das eigentliche Geschäft zuzurechnen sei. Die Unterlagen, auf Basis derer der Kaufpreis für das Optionsrecht von 18 Mio S nachvollzogen werden könnte, seien nach wie vor ausständig. Fundierte Kalkulationsunterlagen, Jahresabschlüsse sowie Umsatzberechnungen für die Aufstellplätze seien nicht vorgelegt worden. Wenn in der Berufung nun ausgeführt werde, dass „die Höhe des Kaufpreises nach entsprechend sorgfältiger Überprüfung durch die Bw auf Basis der Umsatzerlöse je Aufstellplatz unter Berücksichtigung der sonstigen Aktiva und Passiva der Z_GmbH ermittelt“ worden sei, so könne aber auf Grund der nach wie vor nicht vorgelegten Kalkulationsunterlagen nicht nachvollzogen werden, wie die Bw auf den Kaufpreis von 18.000.000 S gekommen sei. Wenn auch keine Unternehmensbewertung vorgenommen worden sei, weil dies nach Aussage der Bw zu keinem brauchbaren Unternehmenswert

geführt haben würde, müsste die Bw auf eine andere Weise zu einem für einen Dritten nachvollziehbaren Wertansatz kommen. Setze man den von der Bw bezahlten Kaufpreis ins Verhältnis zu dem von G**** B**** bezahlten Preis, so ergebe sich in weniger als vier Jahren eine Wertsteigerung von 1.800 Prozent. Bei einer Investition in dieser Größenordnung müsste von einem sorgfältigen Kaufmann erwartet werden, dass entsprechende Unterlagen zur Beweissicherung schon vorher angefertigt werden, die eine nachträgliche Überprüfung ermöglichen. Zweck eines Anbots zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen sei es üblicherweise, dem Anbotsempfänger zu ermöglichen, sich innerhalb einer vernünftigen Frist vom Wert des Geschäftsanteiles unter den wirtschaftlichen Verhältnissen der GmbH ein Bild zu machen und dann zu entscheiden, ob er den Geschäftsanteil erwerben bzw. abtreten wolle. Diese Prüfung nehme normalerweise einige Wochen oder Monate, nicht aber Jahre in Anspruch. Deshalb sei es durchaus angebracht, in Abtretungsanboten, die eine längere Bindungsfrist vorsehen, eine unübliche Abrede zu sehen, die entsprechend zu begründen sei. Insbesondere auch dann, wenn die Option schließlich innerhalb kürzester Zeit zur Gänze teilwertberichtigt werde. Durch die Nichtvorlage von notwendigen Kalkulationsparametern könne auch keine Nachkalkulation des bezahlten Kaufpreises auf Basis eines externen Betriebsvergleiches durchgeführt werden. Nachdem aber keine Kalkulationsunterlagen für die Ermittlung des Kaufpreises vorgelegt worden seien, sei es nicht möglich, etwaige Wertveränderungen, die in den Folgemonaten eingetreten sein sollten, entsprechend zu würdigen. Es möge zutreffen, dass es zu nachteiligen Änderungen in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Faktor gekommen sei, doch könne die unmittelbare Auswirkung auf den Kaufpreis nicht nachvollzogen werden, weil durch die Nichtvorlage von Unterlagen nicht ersichtlich sei, wie die behaupteten nachträglichen Änderungen im ursprünglichen Kaufpreis berücksichtigt worden seien. Wenn daher behauptet werde, dass trotz intensiver vorheriger Prüfung kurz nach dem Erwerb der Optionsrechte erhebliche Steuerrisiken aufgetreten seien, die beim Kauf als unwahrscheinlich eingeschätzt wurden, so müsste zunächst einmal die ursprüngliche Schätzung offen gelegt werden, damit eine nachträgliche Veränderung überhaupt bewertet werden könne. Die Behauptung, dass die Umsatzsteuernachbelastung für sich alleine schon eine gerechtfertigte Abschreibung des Optionsrechtes darstelle, sei nicht nachvollziehbar, weil es überhaupt an qualifizierten Zahlen fehle. Die Bw führe weiter aus, dass insbesondere im Frühjahr 1995 zu Tage getreten sei, dass einige Aufstellrechte (insbesondere am Standort Bahnhof XX) nicht die prognostizierten Umsätze einspielen hätten können, wodurch es zu erheblichen Verlusten gekommen sei. Die Bw argumentiere mit prognostizierten Umsätzen je Aufstellplatz, die nicht eingehalten hätten werden können, jedoch würden derart prognostizierte Grunddaten, die notwendigerweise für die ursprüngliche Kaufpreisermittlung relevant gewesen seien, nicht vorgelegt.

Nachdem G**** B**** in dem Anbot auf Abtretung des Optionsrechtes ausdrücklich als Kaufmann auftrete, könne durchaus angenommen werden, dass er das Geschäft im Rahmen seiner betrieblichen Sphäre abgewickelt habe und damit auch im innerstaatlichen Bereich steuerpflichtig wäre. Nach der Rechtsprechung liege eine erhöhte Mitwirkungspflicht unter anderem vor, wenn Sachverhaltselemente ihre Wurzel im Ausland hätten. Die Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht sei in dem Maße höher, als die behördlichen Ermittlungsmöglichkeiten geringer seien (VwGH 23.2.1994, 92/15/0159). Diese erhöhte Mitwirkungspflicht bewirke sowohl eine Beweismittelbeschaffungspflicht als auch eine Vorsorgepflicht. Die sachliche Rechtfertigung für die erhöhte Mitwirkungspflicht hinsichtlich Auslandssachverhalten bestehe in der Einschränkung der Möglichkeit behördlicher Ermittlungen im Ausland (*Ritz*, BAO Kommentar, § 115 Rz 10). Nach Lehre und Rechtsprechung bestehe eine Vermutung dafür, dass sich der Teilwert jedes Wirtschaftsgutes im Zeitpunkt seiner Anschaffung oder Herstellung mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten decke. Die Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert sei grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige dartun könne, dass und in welcher Höhe zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag wesentliche Umstände eingetreten seien, die die Annahme rechtfertigten, dass sich die Anschaffung am Bilanzstichtag als Fehlmaßnahme erwiesen habe. Unter einer eine Teilwertabschreibung rechtfertigenden Fehlinvestition sei das erst nach der Anschaffung erfolgende Hervortreten von Umständen objektiver Natur, die den vereinbarten Anschaffungspreis als überhöht erscheinen ließen, zu verstehen. Je kürzer der zeitliche Abstand zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag sei, desto stärker sei die Vermutung der Übereinstimmung von Teilwert und Anschaffungskosten und desto größer seien die an den Nachweis einer Teilwertminderung zu stellenden Anforderungen (29.4.1992, 90/13/0292).

In dem Schreiben vom 28.9.1999 an Fy*** Z**** entlasse die Bw Fy*** Z**** aus der der Bw zustehenden Option, von ihm die Abtretung sämtlicher Anteile an der Z_GmbH zu verlangen. Aus diesem Grund sei daher die Teilwertabschreibung in der Veranlagung für das Jahr 1999 steuerlich anzuerkennen.

In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme der Prüfer erklärte die Bw, aus einem vorgelegten Schreiben des damals beauftragten Rechtsanwaltes gehe hervor, dass der Kaufpreis gezahlt worden sei. Die Kopien von Auszügen der Anderkonten seien nicht erst am 21.5.2002, sondern bereits im Zuge der Berufung gegen den Sicherstellungsauftrag am 14.3.2002 noch vor Erlassung der Abgabenbescheide übermittelt worden. Bereits durch den übermittelten Scheck habe der Zahlungsfluss eindeutig nachvollzogen werden können. Selbst eine Teilwertabschreibung im Kalenderjahr 1999 sei nicht anerkannt worden. Nunmehr werde die Teilwertabschreibung an sich nicht mehr angezweifelt, sondern lediglich der Zeitpunkt der Teilwertabschreibung; laut der Stellungnahme der Prüfer sei die Teilwertabschreibung im Jahr 1999 steuerlich

anzuerkennen. Wem das eigentliche Geschäft zuzurechnen gewesen sei, gehe aus den übermittelten Unterlagen eindeutig hervor; die Übertragung des Optionsrechtes im Wege eines „Realkontraktes“ (gemeint wohl Realaktes) habe auf die Nachvollziehbarkeit der Zu-rechnung des Geschäftes keine Auswirkung. Der Nachweis des Empfanges des Annahme-schreibens beim Anbietenden sei unter anderem auch durch die Zahlung erbracht worden, welche belegt worden sei. Bezuglich der innerhalb von vier Jahren eingetretenen Wertsteige-rung von 1.800 Prozent halte die Bw fest, dass stets der Marktwert des erworbenen Gegen-standes und nicht der Preis zu dem der Verkäufer den Gegenstand erworben habe (sei es durch Schenkung, Kauf oder durch eine Jahre zuvor vereinbarte Option) maßgeblich sei. Auf die konkrete Behauptung selbst könnte sie erst antworten, nachdem ihr Akteneinsicht gewährt worden sei, zumal eine Begründung der Stellungnahme nicht zu entnehmen sei. Eine solche sei bisher nicht möglich gewesen, sie gebe daher ihre Stellungnahme vorerst ohne Äußerung zu diesem Punkt ab. Eine Begründung, warum eine lange Optionsfrist nicht der Lebenserfah-rung entspreche, fehle gänzlich. Der Kaufpreis sei nach sorgfältiger Überprüfung durch die Bw auf Basis der Umsatzerlöse je Aufstellplatz unter Berücksichtigung der sonstigen Aktiva und Passiva der Z_GmbH ermittelt und erst nach langen intensiven Gesprächen fixiert worden. Wie bei jeder Transaktion in dieser Höhe sei der Kaufpreis durch ein gegenseitiges Herantasten zustande gekommen. Basis für die Überlegungen der Bw sei unter anderem auch eine Kalkulation bezüglich der voraussichtlichen Ergebnisse pro Gerät gewesen. Dieser Berechnung zur Folge hätte sich der Kauf der Z_GmbH unter Berücksichtigung des Umsatzsteuerfaktors von 1,8 nach rund 7 Jahren amortisieren sollen. Unter Außerachtlassung des Umsatzsteuerfaktors – und davon sei die Bw ausgegangen – hätte sich der Kaufpreis bereits nach fünf Jahren eingespielt. Die Bw sei davon ausgegangen, dass der Automat im Spielbetrieb zum einen auf Grund von Synergien (F_GmbH) und den Erfahrungen in dieser Branche kostengünstig geführt und zum anderen durch den Wegfall des hohen Um-satzsteuerfaktors hohe Gewinne erzielt hätten werden können, wodurch sich der Kaufpreis in rund 5 Jahren amortisiert hätte. Wie sich beinahe unmittelbar nach Abschluss des Kaufver-trages herausgestellt habe, seien zahlreiche negative Ereignisse (Ausbleiben der kalkulierten Einspielergebnisse, wie zB Standort XX, Ausbleiben von Synergien etc) eingetroffen, die einen totalen Wertverlust verursacht hätten. Der Kaufvertrag sei zwischen fremden Parteien zu einem von beiden Seiten akzeptierten Preis vereinbart worden. Kurze Zeit später seien Ereignisse eingetreten, die das Geschäft bzw den vereinbarten Kaufpreis als Fehlmaßnahme hätten erkennen lassen. Auf Grund des handelsrechtlichen Vorsichtsprinzips hätten auf Grund des Eintretens des Totalverlustes die Optionsrechte noch im Jahr 1994 zwingend zur Gänze abgewertet werden müssen. Die schriftliche Ausfertigung des Verzichtes auf das Optionsrecht an der Z_GmbH im Jahr 1999 sei lediglich auf Wunsch des anwaltlichen Vertreters von G****

B**** (aus formellen Gründen) erstellt bzw übermittelt worden. Eine zeitliche Zuordnung der Teilwertabschreibung 1999 sei schon alleine deshalb unrichtig, da ab Bekanntwerden der eingetretenen Ereignisse, die der Bw bei der Bilanzerstellung 1994 bereits längst vorgelegen seien und ihre Ursache noch im Wirtschaftsjahr 1993/1994 gehabt hätten, nicht nur keine zusätzlichen nachteiligen Ereignisse mehr eingetreten seien, sondern die wirtschaftlichen Schwierigkeiten noch im Jahr 1994 zu einer existenzbedrohenden Krise geführt hätten, wodurch auf Grund des steuerlichen Nachholverbotes im Jahr 1999 eine Teilwertabschreibung nicht mehr vorgenommen werden dürfte. Mittlerweile habe auch eine Aktennotiz des ehemaligen Betriebsleiters der F_B_GmbH (Tochtergesellschaft der Bw, welche sich ebenfalls mit dem kleinen Glücksspiel beschäftigte) Herrn W*** B***** eingeholt werden können. Dieser Stellungnahme sei nicht nur zu entnehmen, dass die erwarteten Umsätze bereits unmittelbar nach Übernahme im April 1994 nicht eingetreten seien sondern auch, dass der Aufstellbetrieb der Z_GmbH Ende 1995 Konkurs habe anmelden müssen. Nicht nachvollzogen werden könne die Anmerkung betreffend erhöhte Mitwirkungspflicht der Partei, wenn Sachverhaltselemente über Wurzel im Ausland hätten, zumal die Nichtansässigkeit des G*** B**** in Österreich keinerlei Auswirkungen auf die Transaktion selbst gehabt habe und überdies ohnehin sämtliche Unterlagen offen gelegt worden seien. Es sei richtig, dass eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert nur dann anzuerkennen sei, wenn der Steuerpflichtige belegen könne, dass und in welcher Höhe zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag wesentliche Umstände eingetreten seien, die die Annahme rechtfertigten, dass sich am Bilanzstichtag die Anschaffung als Fehlmaßnahme erwiesen habe. Genau diese Umstände seien jedoch eingetroffen und ausführlich (Ausbleiben der kalkulierten Ein-spielergebnisse, wie zB Standort XX, fehlende Synergien, etc) dargelegt worden. Der Nachweis der Teilwertminderung sei somit eindeutig erbracht worden.

In der genannten Aktennotiz führt W*** B***** aus:

„Datum: 28.10.2002

Die Bw hat seit dem April 1994 eine Beteiligung an der F_B_GmbH, welche sich mit dem kleinen Glücksspiel in Wien und der Steiermark beschäftigt.

Ich war in dieser Zeit Betriebsleiter der F_B_GmbH

Durch den Erwerb der Option der Gebrüder Z_GmbH, welche das kleine Glücksspiel betrieb, versprach man sich wesentliche Synergien und hatte auch bereits Erfahrung im kleinen Glücksspiel. Die Geldspielgeräte sind in der Beilage dargestellt und zwar gegliedert nach Wien und Steiermark, wobei Steiermark in Aufstellplätze und XYZ-Hallen geteilt ist.

Betreffend der Geräte in der Praterhalle war beim Erwerb der Option mit der N vereinbart, diese Halle zu schließen.

Die seinerzeit angestellte Kalkulation der einzelnen Geldspielgeräte ist aus der Beilage er-sichtlich.

Sämtliche Geräte und Aufstellplätze wurden an die F_B_GmbH zum Betrieb veräußert. Mit der F_B_GmbH wurde vereinbart, dass diese ab 1.1.1995 den Ertrag aus den Geräten nach Abzug eines Kostenpauschales in Höhe von ATS 3.000,- (Halle ATS 6.000,-) pro Gerät/Monat erhält.

Ohne Berücksichtigung von Synergieeffekten in der F_B_GmbH und von neuen Geschäften in der Gebrüder Z_GmbH und unter Berücksichtigung des USt.Faktors 1,8, von dem man sich erhoffte, dass dieser wegfiel, hätte sich das Investment in ca. 7 Jahren amortisiert. Ohne Berücksichtigung des USt.Faktors, der später tatsächlich wegfiel, hätte sich das Investment in ca, 5 Jahren amortisiert.

Die erwarteten Umsätze sind bereits unmittelbar nach Übernahme nicht eingetreten, sodass von Seiten der F_B_GmbH keinerlei Erlöse geflossen sind.

F_B_GmbH wurde von Bw in weiterer Folge wegen geschäftlicher Erfolglosigkeit veräußert und ist nach meinem Wissensstand nicht mehr aktiv.

Der Aufstellbetrieb der Gebrüder Z_GmbH ging mangels Erträgen, meiner Erinnerung nach, Ende 95 in Konkurs.“

Rechtlich folgt daraus:

Die Bw hat zum 30.6.1994 eine Teilwertabschreibung des Optionsrechtes zum Erwerb der Anteile der Z_GmbH von S 18.000.000 auf S 0 vorgenommen.

Gemäß § 6 Z 1 und Z 2 lit a EStG sind Anlagevermögen und Umlaufvermögen mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten (abnutzbares Anlagevermögen vermindert um die Absetzung für Abnutzung nach den §§ 7 und 8) anzusetzen. Ist der Teilwert niedriger, so kann dieser angesetzt werden.

Teilwert ist gemäß § 6 Z 1 EStG der Betrag, den der Erwerber des ganzen Betriebes im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt.

Wer eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert durchführen will, hat die Entwertung des Wirtschaftsgutes nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen, wobei Nachweis oder Glaubhaftmachung auch jener Sachverhalte erforderlich sind, auf Grund derer die Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung gerade für ein bestimmtes Wirtschaftsjahr zu berücksichtigen sein sollte (zB VwGH 28.05.2009, 2008/15/0046 mwN).

Eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert ist grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige das Absinken des Teilwertes darstellen kann. Wer eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert durchführen will, hat die Entwertung des Wirtschaftsgutes nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen; dieser Nachweis oder die Glaubhaftmachung muss sich auch auf die Umstände beziehen, auf Grund derer gerade in einem bestimmten Wirtschaftsjahr die Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung zu berücksichtigen ist. Eine Verpflichtung der Abgabenbehörde zur amtswegigen Ermittlung des niedrigeren Teilwertes eines Wirtschaftsgutes ist der Rechtsprechung und dem Gesetz nicht zu entnehmen (VwGH 27.03.2008, 2004/13/0035 mwN).

Beim Teilwert im Sinne des § 6 Z 1 und 2 EStG handelt es sich um einen objektiven Wert, bei dem subjektive Umstände unmaßgeblich sind. Persönliche Verhältnisse sind bei Ermittlung eines Teilwertes nicht zu berücksichtigen.

Im Rahmen dieses einkommensteuerlichen Wahlrechtes sind bei der Gewinnermittlung nach § 5 Abs 1 EStG (in der für die Streitjahre geltenden Fassung) die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung maßgebend. Gemäß § 204 Abs 2 HGB (jetzt UGB) sind Gegenstände des Anlagevermögens bei voraussichtlich dauernder Wertminderung auf den niedrigeren Wert abzuschreiben, der ihnen am Abschlussstichtag unter Bedachtnahme auf die Nutzungsmöglichkeiten im Unternehmen beizulegen ist. Bei Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens gilt nach der Rechtsprechung die Vermutung, dass die Anschaffungskosten dem Teilwert entsprechen, weil von einem Unternehmer angenommen werden kann, dass er - Fehlmaßnahmen ausgenommen - grundsätzlich nicht mehr für ein Wirtschaftsgut aufwendet, als dieses für seinen Betrieb tatsächlich wert ist. Die Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert ist deshalb grundsätzlich nur dann anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige darum kann, dass und in welcher Höhe zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag wesentliche Umstände eingetreten sind, welche die Annahme rechtfertigen, dass am Bilanzstichtag die Wiederbeschaffungskosten in nicht unerheblichem Umfang unter den ursprünglichen Anschaffungskosten liegen oder dass sich die Anschaffung als Fehlmaßnahme erwiesen hat. Je kürzer der zeitliche Abstand zwischen Anschaffungszeitpunkt und Bilanzstichtag ist, desto stärker wird die Vermutung der Übereinstimmung von Teilwert und Anschaffungskosten und desto größer sind die an den Nachweis einer Teilwertminderung zu stellenden Anforderungen.

Wer eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert durchführen will, hat die Entwertung des Wirtschaftsgutes nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen, wobei Nachweis oder Glaubhaftmachung auch jener Sachverhalte erforderlich sind, auf Grund derer die Teilwertabschreibung mit steuerlicher Wirkung gerade für ein bestimmtes Wirtschaftsjahr zu berücksichtigen sein soll. Der Teilwert einer Beteiligung ist in der Regel durch die Unternehmensbewertung nach wissenschaftlich anerkannten Methoden zu ermitteln. Eine Verpflichtung der Abgabenbehörde zur amtswegigen Ermittlung eines niedrigeren Teilwertes eines Wirtschaftsgutes ist dem Gesetz nicht zu entnehmen (zB VwGH 17.04.2008, 2005/15/0073 mwN; in diesem Sinne zB auch *Doralt/Mayr*, EStG⁶, § 6 Tz 146).

Im Streitfall liegt eine solche anschaffungsnahe Teilwertabschreibung vor, zumal der Erwerb Ende April 1994, somit nur rund zwei Monate vor dem Bewertungsstichtag bzw rund ein Jahr vor Bilanzerstellung zum 30.6.1994 erfolgte.

Es lag bzw liegt daher an der Bw, den geforderten erhöhten Nachweis für die Entwertung des Optionsrechtes zu erbringen. Ein solcher Nachweis ist jedoch, wie die Betriebsprüfung zu treffend feststellte, nicht erbracht worden.

Die Bw hat weder zum 30.6.1994 noch zum Anschaffungszeitpunkt konkrete Berechnungen für die Bewertung des Optionsrechtes vorgelegt. Sie hat vielmehr ausdrücklich vorgebracht, dass vor dem Erwerb keine entsprechende Unternehmensbewertung (vorgelegte Unterlage) vorgenommen wurde. Auch andere geeignete Nachweise blieb die Bw schuldig.

Der Rechtsprechung des EuGH vom 5.5.1994, Rs C-38/93 „Glawe“, der zufolge der gesetzlich zwingend festgelegte Teil der Spieleinsätze, der an den Spieler auszuzahlen ist, nicht zur Bemessungsgrundlage gehört, kommt (wie die Bw richtig vorbringt) nach der Rechtsprechung des VwGH für Zeiträume vor dem 1.1.1995 keine Bedeutung zu (vgl die bei *Ruppe*, UStG³, § 4 Tz 7 zitierte Rechtsprechung). Dies vermag der Bw aber nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Da keine Offenlegung der Kalkulation des Kaufpreises von 18.000.000 S erfolgte, ist allein aus der – im Übrigen auf Behauptungsebene gebliebenen – Nacherhebung der Umsatzsteuer von „über 20 Mio“ eine Teilwertabschreibung auf null nicht nachvollziehbar.

Da, wie in der Berufung vorgebracht wird, die Kaufverhandlungen erst nach intensiven und langwierigen Gesprächen beendet hätten werden können und in denen die Rechtsanwälte beider Parteien stets einbezogen worden seien, erscheint es nämlich kaum vorstellbar, dass dieses Risiko der Nacherhebung der Umsatzsteuer – Faktor 1,8 – nicht in den Kaufpreis Eingang gefunden haben soll.

Die Bw hat im Übrigen nicht dargetan, dass der Z_GmbH eine derartige Nacherhebung der Umsatzsteuer – gleich in welcher Höhe – tatsächlich – sei es zum 30.6.1994 oder sei es im Frühjahr 1995 – gedroht hat.

Auch hinsichtlich des behaupteten Zutagetretens, dass einige Aufstellrechte (insbesondere auch am Standort Bahnhof XX) nicht die prognostizierten Umsätze einspielen hätten können, wodurch es zu erheblichen Verlusten gekommen sei, blieb die Bw konkrete Details und Berechnungen schuldig.

Auch die in der Gegenäußerung angesprochene Aktennotiz des ehemaligen Betriebsleiters der F_B_GmbH, Herrn W*** B*****⁴, bleibt eine detaillierte Begründung, warum der Wert der Option auf null gesunken sein soll, schuldig.

Weder die Höhe noch der Zeitpunkt der geltend gemachten Teilwertabschreibung wurden somit im erforderlichen Ausmaß nachgewiesen. Die geltend gemachte Teilwertabschreibung wurde daher vom Finanzamt zu Recht nicht anerkannt. Die Berufung erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet.

E) Umsatzsteuer 1994

Die Prüfer stellten in ihrem Bericht fest, für Vorsteuern in Höhe von S 50.000 seien die Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug gemäß § 12 UStG 1972 nicht erfüllt. Daher seien die geltend gemachten Vorsteuern im Jahr 1994 um S 50.000 zu kürzen.

Nachdem die Bw den Umsatzsteuerbescheid für das Jahr 1994 zwar in ihrer Berufung angeführt, dazu aber kein Vorbringen erstattet hat, wurde sie vom Unabhängigen Finanzsenat in einem Mängelbehebungsauftrag aufgefordert, ua die fehlende Begründung nachzutragen.

In Beantwortung dieses Mängelbehebungsauftrages bringt die Bw vor, die strittigen Vorsteuern stammten aus einer Rechnung der SDF-KG vom 28.10.1994, in welcher für erbrachte Wertpapierberatungen ein Honorar von S 300.000 verrechnet worden sei. Sie habe nunmehr bei Durchsicht der Unterlagen festgestellt, dass diese Gesellschaft im Jahr 2002 auf die falsch (S 300.000 habe sich aus netto S 250.000 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer zusammengesetzt) ausgestellte Rechnung aufmerksam gemacht worden sei. Dieses Schreiben sei von dieser Gesellschaft allerdings offensichtlich ignoriert worden und von der Bw nicht weiter verfolgt worden.

In der Zwischenzeit sei nochmals mit dieser Gesellschaft Kontakt aufgenommen worden und um eine berichtigte Rechnung ersucht worden.

Aus diesem Grund sei die Vorsteuer von S 50.000 - wohl allerdings erst im Kalenderjahr 2010 - anzuerkennen.

Rechtlich folgt daraus:

Die Bw bestreitet nicht, dass die Voraussetzungen für den Vorsteuerabzug aus der angeführten Rechnung nicht vorgelegen sind. Sie wendet lediglich ein, sie habe sich in der Zwischenzeit um eine berichtigte Rechnung bemüht, diese aber noch nicht erhalten.

Die zur Geltendmachung des Vorsteuerabzuges vorgelegte Rechnung muss alle in § 11 Abs 1 UStG 1972 erschöpfend aufgezählten und zwingend verlangten Merkmale enthalten.

Wird die Rechnung nachträglich durch den Rechnungsaussteller berichtigt oder ergänzt, ist der Vorsteuerabzug für den Veranlagungszeitraum zulässig, in dem die Berichtigung oder Ergänzung erfolgt (*Kranich/Sieg|| Waba*, Kommentar zur Mehrwertsteuer (UStG 1972), § 12 Anm 48, 52).

Die von der Bw vorgebrachte im Jahr 2010 beabsichtigte Berichtigung der Rechnung hat daher keine Auswirkung auf das Streitjahr 1994.

Die Berufung erweist sich daher insoweit als unbegründet.

Die Bw. beantragte in der Berufung eine Entscheidung des gesamten Berufungssenates sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 284 Abs. 1 BAO. Mit Schriftsatz vom 10. November 2010 hat die Bw. den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung zurückge-zogen.

Die Berufung erweist sich damit, soweit sie Körperschaftsteuer das Jahr 1994 betrifft, zum Teil als berechtigt, im Übrigen jedoch als unbegründet. Gemäß § 289 Abs 2 BAO war daher der angefochtene Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 1994 abzuändern, die Berufung betreffend Körperschaft- und Gewerbesteuer für das Jahr 1993 sowie Umsatzsteuer für das Jahr 1994 jedoch abzuweisen.

Berechnung:

	1993	1994
Gewinn lt Handelsbilanz	10.477.147	-9.703.751
BP-Feststellungen (Erfolgsänderung):		
Optionsrechte Z****		18.000.000
F.-GmbH TWA		109.418
F.-GmbH Rückstellung		5.285.778
VerrKto L***	3.404.079	-104.078
GwStRst	-1.774.000	
UST-Rst (unstrittig)		-50.000
IFB (unstrittig)	600.000	
Gewinn lt BP	12.707.226	13.537.367
Verlustvortrag:		
statt		
88.442.118	0	0
Berufungsentscheidung:		
Stattgabe:		
F.-GmbH Rückstellung		-5.285.778
F.-GmbH TWA		-109.418
Gewinn lt BE	12.707.226	8.142.171

Beilage: 2 Berechnungsblätter für 1994 (1 Schilling, 1 Euro).

Wien, am 1. Dezember 2010