

GZ. RV/1236-W/02

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Hedwig Bavenek-Weber und die weiteren Mitglieder Dr. Peter Pauls, Dr. Robert Zsifkovits und Dkfm Dr. Peter Bernert im Beisein der Schriftführerin Ilse Pascher am 29. Juli 2003 über die Berufung der Bw., vertreten durch Mag. Hubert Celar für JUVAVUM Wirtschaftstreuhandgesellschaft mbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern in Wien, vertreten durch AS Brigitte Böhm, betreffend Gesellschaftsteuer nach in Wien durchgeföhrter mündlicher Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung gegen den Bescheid gem. § 303 ff BAO wird als unbegründet abgewiesen.

Rechtsbelehrung

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

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

Entscheidungsgründe

Gegenstand des Unternehmens der Bw. ist die gewerbliche Vermietung von Wirtschaftsgütern, insbesondere eines Wohnparks in der M-Straße.

Um das Unternehmensziel zu erreichen, sollte Eigenkapital u.a. auch am privaten Kapitalmarkt aufgebracht werden. Dazu wurde eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion gewählt: Mit Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1998 beteiligte sich die BA-Treuhand an der Bw. mit einer Einlage von S 1.000,00 als atypisch stille Gesellschafterin. Nach der vertraglichen Vereinbarung konnte die stille Gesellschafterin die Einlage teilweise oder zur Gänze auch treuhändig für Dritte, die sogenannten Treugeber, halten. In der Folge trat die stille Gesellschafterin, die BA-Treuhand, als Treuhänderin für diverse Zeichner (Treugeber) auf, die sich auf Grund des Beteiligungsangebotes "T. 20/98" mittels Zeichnungsscheinen als atypisch stille Gesellschafter mit Einlagen in Höhe von S 520.000,00 an der Bw. beteiligten.

Das Finanzamt er hob mit Bescheid vom 1. März 1999, St Nr. 413/4234, für die Erwerbe der Gesellschaftsrechte von S 521.000,00 1% Gesellschaftsteuer.

Über Vorhalt vom 6. Oktober 1999 gab die Bw. bekannt, dass für "T. 20/98" stille Einlagen in Höhe von S 521.000,00, Treugeberdirektzahlungen in Höhe von S 4.590.000,00 geleistet wurden.

Das Finanzamt beurteilte diese Angaben als neu hervorgekommene Tatsachen und nahm das Verfahren zu dem obigenannten Gesellschaftsteuerbescheid wieder auf. Mit Bescheid gemäß §§ 303 ff BAO vom 15. November 1999 setzte es die Gesellschaftsteuer gemäß § 2 Z 1 KVG fest und bezog in die Bemessungsgrundlage nicht nur die Einlagen des atypisch stillen Gesellschafters, sondern auch die Treugeberdirektzahlungen mit ein:

"Wiederaufnahme zum Bescheid vom 1. März 1999: Laut Abgabenerklärung und Vorhaltbeantwortung: Das vertraglich vereinbarte Entgelt für den Erwerb der Gesellschaftsrechte (Forderung, die eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft gewährt) betrug S 521.000,00 + S 4.590.000,00.

Bemessungsgrundlage S 5.111.000,00 x 1% = S 51.110,00".

In der fristgerecht dagegen erhobenen Berufung wurde die Festsetzung der Gesellschaftsteuer von den Treugeberdirektzahlungen bekämpft.

Nach Meinung der Bw. sei dies sowohl nach innerstaatlichem, als auch nach EU-Recht (Richtlinie vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital, 69/335/EWG) unzulässig.

Im Einzelnen wurde eingewendet:

Die Abgabenbehörde stütze ihre amtswegige Wiederaufnahme gemäß § 303 Abs. 4 BAO darauf, dass "neue Tatsachen (neben Leistung der stillen Einlage waren Direktzahlungen ver-

einbart)" hervorgekommen seien. Die über die Rechtsvorgänge aufgenommenen Urkunden seien jedoch der Abgabenerklärung vom 15. Jänner 1999 in Kopie angeschlossen, die entsprechenden Vereinbarungen seien daher der Abgabenbehörde bereits vor Erlassung der endgültigen Bescheide bekannt gewesen.

Die Einbeziehung der Treugeberdirektzahlungen in die Bemessungsgrundlage für den Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den ersten Erwerber gemäß § 2. Z. 1 KVG bzw. für freiwillige Leistungen eines Gesellschafters sei unbegründet. Nach herrschender Rechtsansicht gelte nur der Treuhänder als Gesellschafter iSd KVG und nicht der Treugeber. Es sei unzulässig, die Gesellschafteigenschaft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Wer an einer Gesellschaft nicht unmittelbar beteiligt sei, der würde auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht zum Gesellschafter. Nur der Treuhänder sei daher auch erster Erwerber iSd § 2 Z. 1 KVG. Eine Leistung liege nur dann vor, wenn der Kapitalgesellschaft neue Vermögenswerte unmittelbar zugeführt werden. Dies sei bei Leistungen durch den Treugeber als Nichtgesellschafter jedoch nicht der Fall. Betreffend Gesellschafterstellung zitierte die Bw. Auszüge aus dem Urteil des BFH vom 9. August 1989, BStBl. II 1989, 983, Urteil des FG Baden-Würtemberg vom 3. September 1991, 9 K 163/86, EFG 1992, 214, VwGH vom 12. November 1990, 90/15/0014, ÖStZ 1991, 399ua.

Auch die og. Richtlinie sähe in den zwingenden Bestimmungen der Art. 4 und 5 vor, dass nur von den Gesellschaftern geleistete oder zu leistende Einlagen der Gesellschaftsteuer unterliegen dürfen und eine richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmungen des KVG führe dazu, dass die hier bekämpfte Unterwerfung der Treugeberdirektzahlungen unter die Gesellschaftsteuer auch gegen EU-Recht verstöße.

Die Berufungsbehörde setzte mit Bescheid gemäß § 281 BAO vom 13. April 2000 das Verfahren bis zur Entscheidung über das in einer ähnlichen Rechtsfrage durch den Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 1. September 1999, ZI. 98/16/0324, beantragte Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH aus.

Am 17. Oktober 2002 ergingen die Urteile des EuGH C-339/99, C-138/00 und C-71/00. Über die ähnliche Rechtsfrage entschied der Verwaltungsgerichtshof im fortgesetzten Verfahren am 6. November 2002, ZI. 2002/16/0240.

Mit Schreiben vom 7. Februar 2003 regte die Bw. eine Verbindung der ebenfalls zu dieser Rechtsfrage ausgesetzten Berufungen (RV/1169-W/2002, RV/1228-W/2002, RV/1114-W/2002) wegen Vorliegens identer Sachverhalte und eine Entscheidung durch den gesamten

Berufungssenat, sowie der Durchführung einer mündlichen Verhandlung an und ergänzte ihre Berufung:

Nach den og. Urteilen des EuGH sei für den Fall, dass ein Dritter finanzielle Beiträge leistet, eine Prüfung vorzunehmen, inwieweit die Zahlung dieser Beiträge diesem Erwerber zuzu-rechnen sei. Hier erfolge die Zahlung durch den Treugeber aus eigener wirtschaftlicher Motivation und nicht für den Treuhänder. Es könne daher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH keinesfalls davon gesprochen werden, dass der Treuhänder die Leistungen "durch seine Treugeber erbringen" lasse. Die Tatsache, dass durch die Leistung der Treugeber die Gesellschaftsrechte des Treuhänders (als Einzigen rechtlichen Gesellschafter) erhöht werde, reiche als solche alleine jedoch nicht aus, um von einem Erbringen der Leistungen "durch seine Treugeber" sprechen zu können. Leistungen von Treugebern können genauso wie Großmutterzuschüsse naturgemäß nur den Wert der Gesellschaftsrechte des unmittelbaren rechtlichen Gesellschafters erhöhen. Die Leistung eines Großmutterzuschusses, der nicht vom rechtlichen Gesellschafter veranlasst sei, könne diesem nicht zugerechnet werden. Die Bw. verwies dazu auf VwGH vom 19. September 2001, 2000/16/0628.

Da bis dato Leistungen von Treugebern nicht der Gesellschaftsteuer unterlagen seien, wurde die Anwendung des § 117 BAO nF beantragt.

**Weitere Vorbringen des Parteienvertreters und der Amtspartei, sowie
Beantwortung von Fragen im Rahmen der mündlichen Berufungsverhandlung:**

Der Parteienvertreter stützte seine Berufung nunmehr insbesondere auf § 117 BAO in der neuen Fassung seit dem 26. Juni 2002. Er argumentierte damit, dass diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall deswegen anwendbar ist, da bis 1999 die Sachverhalte, die der Gesell-schaftsteuer unterzogen wurden, nach formalen Gesichtspunkten beurteilt wurden, der EuGH in seinen Urteilen vom 17. Oktober 2002, C-339/99, C-138/00 und C-71/00 aber die Richtlinie vom 17.7.1969, 69/335/EWG, wirtschaftlich interpretierte, worin ihm der VwGH in den Erkenntnissen vom 6. November 2002 gefolgt ist. Seit dieser Judikatur könne auch eine wirt-schaftliche Betrachtungsweise der Sachverhalte, die der Gesellschaftsteuer unterliegen, Platz greifen.

Der Parteienvertreter explizierte das am Beispiel "Grunderwerbsteuer – treuhändiges Halten eines Zerganteiles": Bis in die 60iger Jahre wurde in Bezug auf diese Frage von der Recht-sprechung die wirtschaftliche Betrachtungsweise angewendet. Ab 1960 kam es zu einer Änderung der Rechtsprechung, in der diesbezüglich eine Wendung zur formal-rechtlichen Betrachtungsweise stattfand. Der vorliegende Fall ist aber genau umgekehrt zu sehen: Zuletzt

hat der VwGH im Erkenntnis vom 19.9.2001 bzw. vom 6.7.1967 die Ansicht vertreten, dass die Tatbestände des heutigen KVG ausschließlich rechtlich und nicht wirtschaftlich auszulegen sind. Der Parteienvertreter weist auf die Formulierung in der Richtlinie zur Durchführung des KVG, Auslegung der §§ 2 und 5 KVG auf Grund der og. EuGH-Urteile (BMF vom 14. März 2003) hin, nämlich, "dass im Hinblick auf die jüngste Rechtsprechung eine wirtschaftliche Beurteilung der Vorgänge auch im Bereich des KVG geboten ist." Grundprinzip bei allen Tatbeständen des § 2 KVG ist die Frage der Gesellschafterstellung, welche bisher formalrechtlich beurteilt wurde, d.h. der Treuhänder war als Gesellschafter anzusehen. Durch die EuGH-Judikatur und die dazu ergangenen VwGH-Erkenntnisse fand eine Zäsur statt, dass auch ein Dritter Gesellschafterstellung haben kann. Dadurch liegt eine Änderung der Rechtsprechung vor, die nicht zum Nachteil der Partei ausgelegt werden darf.

Die Amtspartei replizierte darauf, dass kein Verstoß gegen § 117 BAO vorliegt, da es zu solchen Sachverhalten bis zu den og. Urteilen des EuGH vom 17. Oktober 2002 und den Folgeerkenntnissen des VwGH vom 6.11.2002 uä. noch keine Rechtsprechung gab. Sie wies auf die Erkenntnisse des VwGH vom 29.1.1975, Zlen. 607-633/74 und vom 14. 5. 1975, Zlen 531, 532/74, bezüglich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei den Verkehrsteuern hin: "Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gilt aber auch im Bereich des Verkehrsteuerrechtes immer dann, wenn sich der Abgabenbehörde ein Sachverhalt darbietet, bei dem eine rein formalrechtliche Beurteilung zu Ergebnissen führen würde, die dem Sinn und Zweck des betreffenden Abgabengesetzes klar zuwiderlaufen würden."

Nach Ansicht der Amtspartei bilden Treuhänderzahlungen und Treugeberdirektzahlungen eine Einheit, was durch den Hinweis im Gesellschaftsvertrag Punkt IX. Abs. 1 dokumentiert wird, wonach die stille Gesellschafterin am Gewinn der Gesellschaft im Verhältnis der ausgewiesenen Einlagen und Treugeberdirektzahlungen zum Stammkapital beteiligt ist. Im Übrigen kommt es nicht darauf an, aus welchen Mitteln die Gegenleistung stammt, maßgeblich ist, was der Gesellschaft zufließt.

Zur Frage der Wiederaufnahme bringt der Parteienvertreter vor, es fand eine Offenlegung bereits im ursprünglichen Verfahren statt, dass Nebenleistungen zu den stillen Einlagen, nämlich Direktzahlungen vereinbart waren, wurde durch Übersendung der Gesellschaftsverträge, in denen die Treugeberdirektzahlungen angeführt sind, bereits mit der Gesellschaftsteuererklärung dokumentiert. Die Tatsache der Treugeberdirektzahlung wurde mit der Übersendung des Gesellschaftsvertrages und der Abgabenerklärung offengelegt.

Die Amtspartei bringt vor, dass die Wiederaufnahme rechtmäßig ist, da keine ziffernmäßige Bekanntgabe der Treugeberdirektzahlungen erfolgte. Aus den beigelegten Gesellschaftsverträgen ist zu entnehmen, dass der Treugeber berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, Treugeberdirektzahlungen zu leisten. Wenn er zahlt, hätte er es anzeigen müssen. Die Wiederaufnahme erfolgte nicht wegen geänderter Rechtssprechung, sondern das Finanzamt hat schon immer solche Zahlungen der Treugeber in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer einbezogen.

Des Weiteren wurden vom Senat folgende Fragen an den Parteienvertreter gestellt:

1.) Waren die Zeichner verpflichtet, Treugeberdirektzahlungen 1:9 zur stillen Einlage zu zahlen?

Antwort: "Rechtlich gesehen, sehe ich das als Auftrag. Wenn ich dieses Verhältnis akzeptiere, dann verpflichte ich mich zur Zahlung 1:9. Die Zahlung erfolgt aus eigener wirtschaftlicher Motivation des Treugebers. Aus meiner Sicht kann der Treuhänder den Treugeber nicht zu einer Zahlung veranlassen. Ich sehe das in Analogie zu den 'Großmutterzuschüssen'."

2.) Antwort auf eine diesbezügliche Frage: "Es wurden bezüglich der Zeichnungsscheine nur nicht ausgefüllte Formulare vorgelegt."

Frage: Wurden diese Formulare auch dann tatsächlich anlässlich der Zeichnung verwendet?

Der Parteienvertreter stellt dies außer Streit: "diese Formulare wurden dann tatsächlich verwendet und den Zeichnern zur Zeichnung vorgelegt".

3.) Frage: Hätte jemand Treugeber werden können, wenn er sich bloß verpflichtet hätte, eine stille Einlage zu erbringen, aber keine Treugeberdirektzahlung?

Antwort: "Praktisch ja, das ist auch geschehen, dass Treugeber nur stille Einlagen leisteten, aber in den konkreten Fällen war das Projekt als Publikumsbeteiligung konzipiert und man wollte viele anlagebereite Zeichner ansprechen, was bedeutet, die Verhandlung jedes Falles eines Zeichners der Zeichnungsscheine wäre unwirtschaftlich gewesen. In Fällen großer Beteiligungen wurden Konditionen wie z.B. Gewinnverteilung ausverhandelt. Aber in den Kleinbeteiligungen über die Zeichnungsscheine wäre eine Ausverhandlung besonderer Konditionen unwirtschaftlich gewesen. Ich weiß das nicht genau, ich gehe aber davon aus, dass es in der Praxis so üblich ist."

4.) Frage betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens: In Ihrer Berufung bringen Sie vor, dass die Treugeberdirektzahlungen mit der Abgabenerklärung angezeigt wurden. Beigelegt waren

der Zusammenschlussvertrag...., und eine Liste der Zeichner vom.... . Der Vertrag über die atypisch stille Gesellschaft wurde am 21. Dezember 1998 angezeigt?

Antwort: "Aus dem Gesellschaftsvertrag geht hervor, dass Treugeberdirektzahlungen möglicherweise bezahlt werden. Hauptberufungsgründe sind aber § 117 BAO, nämlich der Sprung von der rechtlichen auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise, und dass der Wiederaufnahmbescheid verfahrensrechtlich nicht begründet ist."

In folgende Vertragswerke und Urkunden wurde Einsicht genommen:

1. Prospekt zu der stillen Beteiligung "T." 20/98
- 2.) Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft
- 3.) Zeichnungsschein T. 20/98 Tranche I (Treugeber und BA-Treuhand)
- 4.) Leistungserklärung T. 20/98 (Treugeber)
- 5.) Zeichnungsschein(Treugeber, BA-Treuhand)

1.) Prospekt zur stillen Beteiligung "T. 20/98"

"Das Angebot in Kürze: Sie beteiligen sich als atypisch stiller Gesellschafter an der "Bw.". Investitionsvolumen: ca. S 620 Mill. Publikumskapital ca. S 5 Mill. Stückelung: S 100.000,00 oder ein Vielfaches. Einzahlung: S 10.000,00 atypisch stille Einlage spätestens am 17. 12. 1998, S 90.000,00 Treugeberdirektzahlung spätestens am 15. 10. 1999. Zeichnungsfrist: bis 14. 12. 1998.

Ihre Stellung als Anleger

Als Privatanleger werden Sie Mitunternehmer im steuerlichen Sinn. Sie erzielen Einkünfte aus Gewerbebetrieb.... Die treuhändige Verwaltung ihrer Beteiligung wird von der BA-Treuhand durchgeführt.

Ihre Steuervorteile... durch Zuweisung von steuerlichen Verlusten.

Gesellschaftsrechtliche Konstruktion :

Privatanleger....BA-Treuhand...atypische stille Beteiligung "Bw".

Renditebeispiel für den Anleger....

(ausgehend von einem) "Gesamteinzahlungsbetrag"= laut Fußnote setzt sich dieser z.B. zusammen: Zahlung der atypisch stillen Einlage von S 10.000,00; Zahlung der Direktzahlung in Höhe von S 90.000,00.

2.) Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft vom 17. Dezember 1998, abgeschlossen zwischen der Bw. als Geschäftsherrin und der "BA-Treuhand" als atypisch stille Gesellschafterin (auszugsweise Wiedergabe):

I.) 4.) Gegenstand des Unternehmens der Geschäftsherrin ist die gewerbliche Vermietung von Wirtschaftsgütern, insbesondere eines Wohnparks in der M.-Straße.

II.) 1.) (Gesellschaftsverhältnis, Eintritt, Geschäftsjahr): Die Geschäftsherrin nimmt die BA-Treuhand als atypisch stille Gesellschafterin auf... Als solche ist sie gegen Leistung der

Kapitaleinlage....am Gewinn und Verlust, sowie schuldrechtlich am Vermögen einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes der Geschäftsherrin beteiligt. Sie ist berechtigt, ihre Einlage auf Rechnung von Treugebern zu halten.

IV.) (Einlage, Treuhand): Die BA-Treuhand beteiligt sich am Unternehmen der Geschäftsherrin mit einer Einlage von S 1.000.-, welche in das Vermögen der Geschäftsherrin übergeht....Die stille Gesellschafterin kann im Einvernehmen mit der Geschäftsherrin ihre Einlage auch über den og. Betrag erhöhen, wenn dies der Gesellschaftszweck erfordern sollte. Die Vertragsparteien nehmen ausdrücklich zur Kenntnis, dass die BA-Treuhand ihre Einlage teilweise oder zur Gänze auch treuhändig in Form einer Verwaltungstreuhandschaft für Dritte (im folgendenden kurz: Treugeber) halten kann. Die Treugeber der BA-Treuhand sind berechtigt, an die Geschäftsherrin direkt, d.h. unter Ausschluss der BA-Treuhand, Zahlungen zu leisten. Diese Treugeberdirektzahlungen sind unverzinst und bei der Gewinn- und Verlustverteilung, bei der Ermittlung des Anteiles am Vermögen einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes der Geschäftsherrin sowie bei der Ermittlung der Kapitalmehrheit der Einlage hinzuzurechnen.

V.) (Beteiligungskonten): Die Kapitaleinlagen der stillen Gesellschafterin werden auf feste Kapitalkonten gebucht....Soweit von Treugebern der BA-Treuhand neben der Zahlung einer atypisch stillen Einlage eine Verpflichtung zur Leistung einer Treugeberdirektzahlung eingegangen worden ist, sind diese Treugeberdirektzahlungen auf separat zu errichtende Konten auszuweisen. Diese Konten sind nach Maßgabe der von den Treugebern der BA-Treuhand allfällig eingegangenen Verpflichtung zur Leistung einer Treugeberdirektzahlung (d.h. unabhängig vom Zeitpunkt der tatsächlichen Einzahlung), den festen Kapitalkonten des entsprechenden Jahres zuzuordnen.

IX.) (Beteiligung am Gewinn und Verlust, Vermögensbeteiligung)

Die stille Gesellschafterin ist, soweit in den folgenden Bestimmungen keine andere Regelung getroffen wird, am Gewinn der Gesellschaft im Verhältnis der am Ende des jeweiligen Geschäftsjahres auf allen Konten gem. Pkt. V. ausgewiesenen Einlagen und Treugeberdirektzahlungen zum Stammkapital der Geschäftsherrinbeteilt.

3.) Zeichnungsschein T. 20/98 Tranche I

(Anbotsteller = Kunde, Annehmender = BA Treuhand):

"Im Rahmen des Projektes "T. 20/98... stelle ich an die BA-Treuhand....das ANBOT gemäß den Bestimmungen des Treuhandvertrages, sowie des Gesellschaftsvertrages....eine atypisch stille Beteiligung in Höhe von (mindestens S 10.000,00 oder ein Vielfaches davon) S an der.... "Bw."....einzugehen. Die atypische Einlage werde ich bis längstens 17. 12. 1998 auf das Konto.... einzahlen".

4.) Leistungserklärung T. 20/98

"Im Rahmen des Projektes "T. 20/98" habe ich an die BA Treuhand das ANBOT gestellt.... Unter der Bedingung dass dieses ANBOTangenommen wird, verpflichte ich mich unwiderruflich.... der "Bw".... eine Direktzahlung in Höhe von (mindestens S 90.000,00 oder ein Vielfaches davon) S bis längstens 15. 10. 1999 zu leisten.....

Die Direktzahlung wird gemeinsam mit meiner eingegangenen atypisch stillen Beteiligung an der "Bw". treuhändig von der BA Treuhand verwaltet.....

Ich erkläre, dass die Beteiligung an der "Bw" samt Direktzahlung sowohl ihrer Höhe nach als auch im Hinblick auf ihre Laufzeit sowie den damit verbundenen Risken im Einklang mit meinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen steht."

Zeichnungsschein vom 21. 9. 1999

(wurde über Vorhalt vom 6. Oktober 1999 mit vorgelegt; die Besteuerung erfolgte durch einen nicht berufungsgegenständlichen Bescheid)

"Beteiligung als atypisch stiller Gesellschafter an der "Bw"...

Wir stellen an die BA Treuhand das ANBOT gemäß den Bestimmungen des Treuhandvertrages sowie des Gesellschaftsvertrages... eine atypisch stille Beteiligung an der "Bw." zu übernehmen.

*Gesamteinzahlungsbetrag S
9.000.000,00*

Im Falle der Annahme dieses Anbotes beauftragen wir Sie, treuhändig für uns eine atypisch stille Beteiligung an der "Bw" einzugehen mit einer Einlage in Höhe vonS 900.000,00 desweiteren verpflichten wir uns

zur Leistung einer Direktzahlung in Höhe von S 8.100.000,00"

Bezüglich der Wiederaufnahme des Verfahrens wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

1.) Anzeige des Gesellschaftsvertrages über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft am 21. Dezember 1998

2.) Mit Eingangsstempel vom 15. Jänner 1999 gab die Bw. die Gesellschaftsteuererklärung vom 14. Jänner 1999 mit folgendem Inhalt und folgenden Beilagen ab:

"Rechtsvorgang: [§ 2 Z. 1 KVG]....Zusammenschluss gemäß Art. IV UmgrStG, Über den Rechtsvorgang wurde eine Urkunde aufgenommen....Erwerb von Gesellschaftsrechten mit Gegenleistung, die Gegenleistung beträgt: S 521.000,00."

Beigelegt waren

Zusammenschlussvertrag zwischen der Bw. und der BA-Treuhand vom 12. Jänner 1999:

"Die BA-Treuhand hat sich mit Vertrag vom 17. 12. 1998 mit einer Einlage von S 1.000,00 als atypisch stiller Gesellschafterin an der "Bw." beteiligt und hat darüber hinaus im Laufe des 4. Quartals 1998 die von diversen Zeichnern des Beteiligungsangebotes "T. 20/98" in Form von Zeichnungsscheinen gestellten Angebote über eine Einlage als atypisch stiller Gesellschafter in Höhe von insgesamt S 520.000,00- angenommen. Die "BA-Treuhand" fungiert – basierend auf einem Treuhandvertrag – als Treuhänderin für die in der Beilage im Einzelnen angeführten Zeichner...."

Liste der Zeichner

"T. 20/98 30. 12. 1998

Name des Zeichners	Kommanditbeteiligung
BA Treuhand	S 1.000,00

A	S 30.000,00
B	S 10.000,00
.....
Z	S 10.000,00
<i>In Summe</i>	S 521.000,00"

Aufgrund dessen erging der Bescheid vom 1. März 1999 (StNr. 413/4234), mit welchem die Gesellschaftsteuer für die Bw. gemäß § 2 Z. 1 KVG laut Abgabenerklärung vom 14. Jänner 1999 von einer Bemessungsgrundlage von S 521.000,00.- festgesetzt wurde.

5.) Chronologie des erstinstanzlichen Ermittlungsverfahrens

Am 6. Oktober 1999 erging ein Vorhalt mit ua. folgenden Fragen an die Bw.:

"Mit Zusammenschlussverträgen vom beteiligte sich die BA Treuhand als stille Gesellschafterin für diverse Anleger treuhändig. Es wird ersucht, Beteiligungsangebote, Prospekte etc. zu diesen Beteiligungen in Kopie vorzulegen.

Wurden von den Treugebern weitere Zahlungen (z.B.: Treugeberdirektzahlungen, Darlehen....) geleistet? Wenn ja, in welcher Höhe?"

Die Bw. antwortete zu diesen Fragen am 19. Oktober 1999:

"Im einzelnen stellen sich die Einlagen der stillen Gesellschafter sowie die Treugeberdirektzahlungen wie folgt dar:

"T. 20/98: Geleistete stille Einlage: S 521.000,00, Treugeberdirektzahlungen: S 4.590.000,00.

..... im gegebenen Zusammenhang erlauben wir uns darauf hinzuweisen, dass die oben angeführten Treugeberdirektzahlungen nicht gesellschaftsteuerpflichtig sind, da nur Leistungen eines Gesellschafters der Gesellschaftsteuer unterliegen. Gesellschafter ist der Treuhänder..., es wäre unzulässig die Gesellschaftereigenschaft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen"

Der Senat hat erwogen:

I.) Gründung einer (atypisch) stillen Gesellschaft

Gemäß § 2 Z. 1 KVG unterliegen der Gesellschaftsteuer: Der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber.

Gemäß § 7 Z.1 lit a KVG wird bei diesem Vorgang, wenn eine Gegenleistung zu bewirken ist, die Steuer vom Wert der Gegenleistung berechnet.

Welche Rechte als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften gelten, legt § 5 Abs. 1 KVG fest: Gemäß § 5 Abs. 1 Z. 3 KVG gelten als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften: Forderungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder Liquidationserlös der Gesellschaft gewähren. Darunter fällt vor allem die Beteiligung als atypisch oder typisch stiller Gesellschafter. Beteiligung am Gewinn bedeutet, dass der "stille Gesellschafter" in ähnlicher Weise wie die (handelsrechtlichen) Gesellschafter am Wirtschaften der Gesellschaft interessiert ist, Beteiligung am Liquidationserlös bedeutet, dass dem "stille Gesellschafter" über den Nominalbetrag seiner Forderung hinaus noch ein Anteil an den stillen Reserven zusteht. Der stille Gesellschafter ist kapitalverkehrsteuerrechtlich Gesellschafter an der Kapitalgesellschaft, mit der er die stille Gesellschaft geschlossen hat.

Praktischer Ausgangspunkt ist hier, dass für das Bauprojekt der Bw. Kapital gesammelt werden sollte. In der 1. Stufe dieses Projektes wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 17. Dezember 1998 zwischen der Bw. und der BA-Treuhand eine atypisch stille Gesellschaft gegründet. Die BA-Treuhand beteiligt sich am Unternehmen der Bw. mit einer Einlage von S 1.000.-, welche in das Vermögen der Bw. übergeht, dafür ist sie am Gewinn und Verlust, sowie schuldrechtlich am Vermögen einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes der Geschäftsherrin beteiligt.

In der 2. Stufe dieses Projektes sollte die Kapitalbeschaffung bei anlagesuchenden Zeichnern stehen, was allein durch die Treuhandkonstruktion erfolgte. Diese "Beteiligung der Zeichner (=Treugeber)" wurde über Treuhandverträge und Zeichnungsscheine, abgeschlossen zwischen der BA-Treuhand und den Zeichnern, den Treugebern, abgewickelt. In den Zusammenschlussverträgen zwischen der Bw. und der BA-Treuhand wurden die Zeichner (Treugeber) in das Projekt endgültig integriert und ausdrücklich fest gehalten, dass das "atypisch stille Kapital der Bw. sich in Höhe der Einlagen der neu eintretenden Gesellschafter erweitert".

Unbestritten ist die Besteuerung der in der Abgabenerklärung ziffernmäßig genannten Beträge, die "stillen Einlagen", laut Gesellschaftsvertrag (S 1.000.-) und laut Zusammenschlussvertrag (S 520.000,00) gemäß § 2 Z. 1 KVG.

II.) Erster Erwerb von Gesellschaftsrechten

Unter § 2 Z. 1 KVG fallen sowohl die Gründung der Kapitalgesellschaft als auch die Kapitalerhöhung, da durch diese Vorgänge erstmalig Gesellschaftsrechte erworben werden.

Besteuert werden im Wesentlichen Leistungen des Gesellschafters an seine Kapitalgesellschaft, dazu gehören auch jene Leistungen, die erbracht werden, damit jemand erstmalig an

einer Kapitalgesellschaft Gesellschafterstellung erlangt. Das wird als Erwerb von Gesellschaftsrechten durch den ersten Erwerber bezeichnet. Die für den Erwerb erforderlichen Gegenleistungen dienen als Maßstab für die Berechnung der Steuer (§ 7 KVG).

Im gegenständlichen Fall wurde die atypisch stille Gesellschaft gegründet, die BA-Treuhand erbrachte an die Bw. eine Einlage von S 1.000.- (§ 2 Z. 1 KVG: Gründung der Kapitalgesellschaft). Mit den Zusammenschlussverträgen erfolgte eine Einbindung der Zeichner (Treugeber) und es wurde festgestellt, dass das stille Kapital der Bw. sich in Höhe der eintretenden Gesellschafter erweiterte. Aus dem Gesellschaftsvertrag geht hervor, dass die stille Gesellschafterin, die BA-Treuhand, am Gewinn der Bw. im Verhältnis der stillen Einlagen und Treugeberdirektzahlungen zum Stammkapital beteiligt ist.

Damit stellen die Zusammenschlussverträge das Sachverhaltsmerkmal dar, mit welchem die stille Einlage ("das atypisch stille Beteiligungskapital") erhöht wurde. Mit den Zusammenschlussverträgen wurde der Tatbestand des § 2 Z. 1 KVG (Kapitalerhöhung) verwirklicht, da die BA-Treuhand laut Gesellschaftsvertrag neue Gesellschaftsrechte erwirbt (Brönner-Kamprad, Kommentar zum Kapitalverkehrsteuergesetz, 4. Auflage, 10 ff).

III.) Stellung des Treuhänders und Treugebers bei der Gesellschaftsteuer

Unter Treuhand versteht man die Übertragung von Rechten auf einen anderen, den Treuhänder, damit sie dieser im eigenen Namen, aber fremden Interesse, für den Treugeber oder einen Dritten (Begünstigten) wahrnehme. Der Treuhänder ist im Außenverhältnis unbeschränkt verfügberechtigt, im Innenverhältnis jedoch obligatorisch gebunden und für treuwidriges Verhalten verantwortlich.

Die Treuhand kann, abhängig von der Beschaffenheit der Verfügungsmacht des Treuhänders, unter anderem als Vollrechtstreuhand oder als Ermächtigungstreuhand konstruiert werden. Während bei der Vollrechtstreuhand dem Treuhänder "Vollrechte" in dem Sinn übertragen werden, dass er nach außen hin unbeschränkter Eigentümer (Vollberechtigter) wird, sich aber im Innenverhältnis gegenüber dem Treugeber obligatorisch verpflichtet, das Eigentumsrecht im Interesse des Treugebers auszuüben, soll dem Treuhänder der Ermächtigungstreuhand lediglich eine "Befugnis", die er im eigenen Namen aber fremden Interesse wahrnimmt, erteilt werden. Der Treuhänder erwirbt nicht Eigentum (Vollrecht), sondern Verwaltungsrechte als Eigenrechte zur Geltendmachung fremder Interessen. Diese Treuhandfälle stehen der Stellvertretung sehr nahe. Anwendungsfälle der Ermächtigungstreuhand liegen beispielsweise vor, wenn während eines Schwebezustandes widerstreitende Interessen zu wahren oder Interessen einer Vielheit von Personen zu sichern sind (Kastner, Die Treuhand im österreichischen

Recht, JBI 1948, 31 ff; Turnher, Grundfragen des Treuhandwesens, Verlag Österreich 1994, 41 ff.).

Das Kapitalverkehrsteuergesetz unterscheidet nicht zwischen Vollrechtstreuhand und Ermächtigungstreuhand, der bloße Stellvertreter ist allerdings nicht Gesellschafter. Ob der Treuhänder oder Treugeber Gesellschafter ist, hängt daher von den speziellen Vereinbarungen ab. Liegt eine Vollrechtstreuhand (Fiduzia) vor, wird die Gesellschaftereigenschaft gemäß § 5 Abs. 2 KVG eher beim Treuhänder liegen (Siehe auch die Erkenntnisse des VwGH 31.5.1995, 94/16/0238, 31.3.1999, 98/16/015 usw.; Dorazil, Kommentar zum KVG, 32f und 123f.). Wurde lediglich eine Ermächtigungs- oder Verwaltungstreuhand begründet, wird wohl der Treugeber als Gesellschafter anzusehen sein (VwGH 17.10.2001, 2001/16/0338).

Gruber, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, Manz 2001, befasst sich mit der Integration von dem Nebeneinander der zwei Rechtsverhältnisse Gesellschaftsverhältnis (Kapitalgesellschaft und Treuhänder) und Treuhandverhältnis (Treuhänder und Treugeber) in das Gesellschaftsrecht. Demnach können im Gesellschaftsvertrag (bei der offenen Treuhandschaft) sowohl dem Treuhänder, als auch dem Treugeber nebeneinander Rechte eingeräumt werden (a.o.O, Seiten 78 ff.).

IV.) Die Gesellschafterstellung des Treuhänders und die Konsequenzen für den gegenständlichen Fall

IV.1.) Vereinbarungen und Leistungen

Im gegenständlichen Fall wird die Treuhänderin atypisch stille Gesellschafterin der Bw. – mit einer Beteiligung von S 1.000.-, die sie auch erhöhen kann. Die Treuhänderin kann – laut Gesellschaftsvertrag - ihre Einlage teilweise oder zur Gänze auch treuhändig für Dritte, für die Treugeber halten. Diese Dritten, die Treugeber, sind – ebenfalls laut Gesellschaftsvertrag - berechtigt, an die Bw. direkt, unter Ausschluss der Treuhänderin Zahlungen zu leisten.

Für eine ausschließliche Gesellschafterstellung des Treuhänders spricht neben dem Parteilisten, der aus dem Konzept des Projektes hervorzugehen scheint, folgender Passus des Treuhandvertrages: "Soweit über Auftrag des Beteiligungsunternehmens Eigenkapital am privaten Kapitalmarkt aufgebracht wird, übernimmt die Treuhänderin für die in den Zeichnungsscheinen genannten Personen die Stellung einer atypisch stillen Gesellschafterin und vertritt deren Interessen einheitlich". Tatsächlich beteiligten sich Treugeber als weitere atypisch stille Gesellschafter an der Bw., die via Treuhänderin eine atypisch stille Einlage leisteten, und sich auch zur Leistung einer Direktzahlung verpflichteten. Wie im an die Treugeber verteilten Prospekt empfohlen, bestand das Verhältnis von Beteiligung zu Direktzahlung

von 10% zu 90% (Gewünschter Gesamteinzahlungsbetrag S 100.000.-/stille Beteiligung: S 10.000.-+Direktzahlung: S 90.000.-).

Die BA-Treuhand ist zunächst Mitgründerin der atypisch stillen Gesellschaft, dann schließt sie die Verträge mit den Treugebern ab und hält die Beteiligung der Zeichner (Treugeber) als Treuhänderin ("Pooleffekt").

IV.2.) Beteiligung am Gewinn und Verlust/Beteiligungskonten

Die Treuhänderin ist am Gewinn der Bw. im Verhältnis der ausgewiesenen Einlagen und Treugeberdirektzahlungen zumKapital der Bw. beteiligt. Verlustzuweisungen an die Treuhänderin sind mit maximal 180% der Einlage samt einer Treugeberdirektzahlung beschränkt. Sowohl die stillen Einlagen, als auch die Treugeberdirektzahlungen werden auf festen Einlagekonten verbucht.

Bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses beträgt das Auseinandersetzungsguthaben der Treuhänderin mindestens 75%, höchstens jedoch 140% der Summe aus tatsächlich bezahlten, am festen Einlagenkonto ausgewiesenen Einlagen und allfälligen am festen Konto ausgewiesenen, der jeweiligen Einlage zuzurechnenden Treugeberdirektzahlungen.

Diese Vereinbarungen weisen darauf hin, dass sich mit den Einzahlungen durch die Zeichner (Treugeber), die Gesellschaftsrechte der Treuhänderin jedesmal erhöhen.

IV.3.) Konsequenzen für den gegenständlichen Fall

Nach dem Gesellschaftsvertrag zwischen Bw. und Treuhänderin ist zwar keine Verpflichtung herauszulesen, dass Treugeberdirektzahlungen geleistet werden müssen, doch werden sie tatsächlich geleistet, hat dies Konsequenzen: die Treugeberdirektzahlungen werden dann wie Einlagen behandelt, die der Treuhänderin zugute kommen - die Gewinn- und Verlustberechnung orientiert sich an den stillen Einlagen samt Treugeberdirektzahlung und das Auseinandersetzungsguthaben der Treuhänderin berechnet sich ebenfalls aus den bezahlten stillen Einlagen samt Treugeberdirektzahlungen.

Das bedeutet, dass sich die Gesellschaftsrechte der Treuhänderin nicht nur um die jeweils geleisteten stillen Einlagen, sondern auch um die jeweils gezahlten Treugeberdirektzahlungen erhöhen.

Das Verhältnis zwischen Treuhänderin und Treugeber kommt in dem Prospekt, im Treuhandvertrag, in den Zeichnungsscheinen und in der Leistungserklärung zum Ausdruck. In der Leistungserklärung und im Zeichnungsschein verpflichtet sich der Treugeber gegenüber der Treuhänderin, zur Zahlung einer Treugeberdirektzahlung an die Bw. Aus dem Zeichnungs-

schein, der Leistungserklärung und der Aussage des Parteienvertreters scheint daher die Zugangsvoraussetzung hervor, dass, hätte sich der Treugeber nicht zur Leistung der Treugeberdirektzahlung verpflichtet, der Treugeber nicht in den Genuss der stillen Beteiligung an der Bw. gekommen wäre (Frage: "Hätte jemand Treugeber werden können, wenn er sich bloß verpflichtet hätte, eine stille Einlage zu erbringen, aber keine Treugeberdirektzahlung?" Antwort: "Praktisch ja, das ist auch geschehen, dass Treugeber nur stille Einlagen leisteten, aber in den konkreten Fällen war das Projekt als Publikumsbeteiligung konzipiert und man wollte viele anlagebereite Zeichner ansprechen, was bedeutet, die Verhandlung jedes Falles eines Zeichners der Zeichnungsscheine wäre unwirtschaftlich gewesen. In Fällen großer Beteiligungen wurden Konditionen wie z.B. Gewinnverteilung ausverhandelt. Aber in den Kleinbeteiligungen über die Zeichnungsscheine wäre eine Ausverhandlung besonderer Konditionen unwirtschaftlich gewesen. Ich weiß das nicht genau, ich gehe aber davon aus, dass es in der Praxis so üblich ist.")

Hier wurde der Vorgang zwischen der Bw. (Kapitalgesellschaft) und Erwerber (Treuhänderin) besteuert. Die Absprachen zwischen der Erwerberin der stillen Beteiligung (Treuhänderin) und dem die Treugeberdirektzahlungen erbringenden Dritten, dem Financier, dem Treugeber, stellen ein Innenverhältnis dar. Vertraglich (Gesellschaftsvertrag und Treuhandvertrag) liegt ein Konnex mit dem Ersterwerb der stillen Beteiligung in der Weise vor, dass die Treuhänderin nicht nur mit ihrer (eigenen) Einlage, sondern auch mit den Treugeberdirektzahlungen am Gewinn (und Verlust) der Kapitalgesellschaft, der Bw., beteiligt ist.

So betrachtet, nehmen die Treugeberdirektzahlungen Einlagencharakter an, da sie untrennbar kausal mit der Leistung der stillen Einlage verknüpft sind.

Verspricht die Erwerberin der stillen Beteiligung (die Treuhänderin) für den Erwerb der stillen Beteiligung eine Gegenleistung zu erbringen und spricht der Text der Vereinbarung, des Gesellschaftsvertrages von allfälligen Treugeberdirektzahlungen und verpflichtet sich der Treugeber gegenüber der Erwerberin der stillen Beteiligung zur Leistung einer solchen Treugeberdirektzahlung, ansonsten er in das Vertragsgeflecht mit der stillen Erwerberin nicht hätte eintreten können, und gibt er als "Dritter", als Financier, in Erfüllung dieses Versprechens die Zahlung tatsächlich hin, ist diese Zahlung dem Erwerber der stillen Beteiligung, hier: der Treuhänderin zuzurechnen, zumal sich ihr Anspruch auf Gewinn- und Verlustbeteiligung durch die Treugeberdirektzahlung im Verhältnis erhöht.

Damit sind die Treugeberdirektzahlungen weitere Gegenleistung und in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer hinzuzurechnen.

V.) Auch der Treugeber könnte Gesellschafter sein

Die Bw. führt in ihrem Schreiben vom 7. März 2003, Seite 4 an, dass die Treugeberdirektzahlungen nicht der Treuhänderin zuzurechnen seien: "Die Zahlung der Treugeber erfolgt vielmehr aus eigener wirtschaftlicher Motivation und nicht für den Treuhänder."

Der Vertragstext des Gesellschaftsvertrages, Punkt IV.) und V.) lautet: "Die Vertragsparteien nehmen ausdrücklich zur Kenntnis, dass die BA-Treuhand ihre Einlage teilweise oder zur Gänze auch treuhändig in Form einer Verwaltungstreuhandschaft für Dritte (Treugeber) halten kann, wofür ihr eine angemessene wertgesicherte Treuhandgebühr zusteht. Die Treugeber der BA-Treuhand sind berechtigt, an die Bw. direkt, d.h. unter Ausschluss der BA-Treuhand , Zahlungen zu leisten. Die Kapitaleinlagen der stillen Gesellschafter werden auf festen Einlagekonten ausgewiesen,...die Treugeberdirektzahlungen sind auf separat errichteten festen Konten auszuweisen". Laut Treuhandlerverträgen ist "die BA-Treuhand atypisch stillle Gesellschafterin der Bw. Der überwiegende Teil ihrer Einlagen wird von ihr treuhändig für verschiedene Treugeber verwaltet. Der Treugeber beauftragt die Treuhänderin....allfällige von ihm an das Beteiligungsunternehmen geleistete Treugeberdirektzahlungen zu verwalten, die Zahlungen entgegenzunehmen und auszuhändigen". In den Zeichnungsscheinen scheint folgender Passus auf: "Ich beauftrage Sie (BA-Treuhand) mit der treuhändigen Verwaltung meiner Beteiligung und Direktzahlung".

Interpretiert man die Vertragstexte im Zusammenhang ergibt sich folgendes Bild: Die Bw. suchte Interessenten, die sich an der Finanzierung von Wohnhausprojekten beteiligen wollten. Die Interessentensuche erfolgte über die BA-Treuhand, die zu diesem Zweck selbst hinsichtlich einer Einlage von S 1.000.- stillle Gesellschafterin wurde, aber den Beteiligungs- und Finanzierungsteil für alle anderen stillen Gesellschafter leitete. Die BA-Treuhand erscheint so gesehen weniger als Vollrechtstreuhänderin, als Fiduziarin, sondern als (qualifizierte) Stellvertreterin, die die Beteiligungen für die anderen stillen Gesellschafter im eigenen Namen verwaltet und über die die Gewinn- und Verlustverteilung an die stillen Gesellschafter erfolgen soll. Nach diesen Vertragstexten, aber auch nach der Begründung der Berufung hätten sich die "Treugeber" nicht ihrer Verfügungsmacht über den stillen Anteil begeben und könnten als kapitalverkehrsteuerliche Gesellschafter angesehen werden.

Eine solche Rechtsansicht brächte aber keine Änderung in der Höhe der Steuer, da die Gegenleistung in den erbrachten stillen Einlagen und in den Treugeberdirektzahlungen bestünde.

In zivilrechtlicher Diskussion (Gruber, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, Manz 2001) steht derzeit die (quasigesellschafterähnliche) Mitberechtigung des Treugebers bei der offenen Treuhandbeteiligung. Würde man dieses Konzept hier anwenden, kann der Treugeber nach dem Gesellschaftsvertrag zwischen der Bw. und der BA-Treuhand nur direkt an die Bw. Zahlungen erbringen, er erhält neben dem Treuhänder keine Gesellschaftsrechte wie z.B. Gewinnbeteiligung, Mitspracherechte o.ä. eingeräumt. Der Treugeber ist demnach hier neben dem Treuhänder kein zusätzlicher Gesellschafter.

VI.) Die von der Bw. angesprochenen 3 Urteile des EuGH vom 17. Oktober 2002, C-339/99, C-138/00 und C-71/00.

Thema der über mehrere Anfragen des Verwaltungsgerichtshofes eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren, in welchen die Urteile des EuGH vom 17. Oktober 2002, C-339/99 (ESTAG gegen Finanzlandesdirektion für Steiermark), C-138/00 (Solidatech Gate gegen Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland) und C-71/00 (Develop gegen w.o.) ergingen, war im Wesentlichen, ob die Einbeziehung einer Dritt- oder Fremdfinanzierung auf Seiten des Erwerbers in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer anlässlich des Ersterwerbes von Gesellschaftsrechten (Aktien bzw. Genussrechte) an einer inländischen Kapitalgesellschaft der Richtlinie des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG) widerspricht. Über die vorgelegten Fragen entschied der EuGH, dass auch solche Leistungen in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer einzubeziehen sind, hinsichtlich derer es zwischen Gesellschafter und Kapitalgesellschaft eine Vereinbarung gibt, die aber von Dritten, bzw. an Dritte erbracht wird (C-339/99), dass nicht nur der handelsrechtliche Gesellschafter, sondern jeder, der Gesellschaftsrechte iS des § 5 KVG erwirbt, Gesellschafter iS des Kapitalverkehrsteuergesetzes ist (C-138/00) und dass zur Gegenleistung bei der Gesellschaftsteuer auch solche Leistungen zählen, die ein anderer als der Erwerber der Gesellschaftsrechte der Kapitalgesellschaft dafür gewährt, dass die Kapitalgesellschaft dem Erwerber Genussrechte überlässt (C-71/00).

Zieht man diese Entscheidungen des EuGH für den gegenständlichen Fall heran, so sind die Treugeberdirektzahlungen als Zahlungen Dritter, als weitere Gegenleistung für den Erwerb der Gesellschaftsrechte durch die BA-Treuhand in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer einzubeziehen.

VII.) § 117 BAO idF ab 26. 6. 2002

VII. 1.) Allgemeines

Liegt gemäß § 117 BAO eine in Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes oder in als Richtlinien bezeichneten Erlässen des Bundesministeriums für Finanzen vertretene Rechtsauslegung dem Bescheid einer Abgabenbehörde....zu Grunde, so darf eine spätere Änderung dieser Rechtsauslegung, die sich auf ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes oder Verwaltungsgerichtshofes oder auf einen Erlass des Bundesministeriums für Finanzen stützt, nicht zum Nachteil der betroffenen Partei berücksichtigt werden.

VII. 2.) Keine neue Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes

Entscheidend ist hier, ob die dem Bescheid vom 1. März 1999 zu Grunde gelegte Rechtsansicht mit der vor der Erlassung ergangenen Rechtsprechung bzw. mit einer Aussage eines als Richtlinie bezeichneten Erlasses des BMF übereinstimmt. Die Bw. meint, dass der Verwaltungsgerichtshof, der mit seinen Erkenntnissen vom 6.11.2002, 2002/16/0240 und 2002/16/0241ff dem EuGH gefolgt ist, seine bisherige formale Rechtsauslegung geändert habe und sich dies nun zum Nachteil der betroffenen Partei auswirke. Die Bw. ist der Ansicht, dass nach dem KVG bis 1999 die formal-rechtliche Betrachtungsweise Platz griff und die Rechtsprechung des VwGH nunmehr eine Zäsur darstelle, die einen Bruch des durch § 117 BAO nF normierten Vertrauensschutzes nach sich zöge.

Die Frage ist nun inwieweit das Kapitalverkehrsteuergesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise auszulegen oder der zivilrechtlichen Terminologie zu folgen ist. Werden Begriffe vom Steuerrecht dem bürgerlichen Recht oder anderen Rechtsgebieten entnommen, so sind sie hinsichtlich ihres Begriffsinhaltes und ihrer Auslegung grundsätzlich genau so zu verwenden wie in dem Rechtsgebiet, aus dem diese Begriffe stammen. Doch ist der gesamte Text des jeweiligen Tatbestandes in seinem Zusammenhang zu sehen: "Der Gesellschaftsteuer unterliegt der Erwerb von Gesellschaftsrechten an einer inländischen Kapitalgesellschaft durch den ersten Erwerber. Die Steuer wird berechnet vom Wert der Gegenleistung." Es werden zweifelsohne zivilrechtliche Begriffe verwendet, darüber hinaus auch Begriffe mit wirtschaftlichem Inhalt wie "Erwerb" und "Gegenleistung".

In der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor 1999 wurde dies ebenfalls vertreten: VwGH 25.3.1993, ZI. 92/16/0084: "Eine andere Betrachtung wäre allenfalls dann angebracht, wenn anlässlich der Unternehmenseinbringung derart eine Bindung von Vermögenswerten für bestimmt bezeichnete Zwecke festgelegt oder die Entnahme von Beträgen für bestimmt bezeichnete Zwecke vorbehalten worden wäre, dass insoweit wirtschaftlich betrachtet von einer Zuführung von Mitteln an die Gesellschaft nicht mehr gesprochen werden könnte", VwGH 20.1.1992, 90/15/0074: "Im letztgenannten Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof

ausgesprochen, dass nicht bloß Personen, die nach handelsrechtlichen Vorschriften (etwa als Aktionäre oder Gesellschafter) Anspruch auf Gewinnbeteiligung erheben können, sondern auch Personen, denen bloße Gläubigerrechte einen solchen Anspruch vermitteln, als Gesellschafter einer inländischen Kapitalgesellschaft anzusehen sind. Dies ergebe sich aus der in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Abgabenrechtes begründeten Erwägung, dass Gläubiger von Forderungen mit Anspruch auf Gewinnbeteiligung das Gleiche Interesse am Fortgang der Gesellschaft haben wie die eigentlichen Gesellschafter selbst.... Gegenleistung.... und damit Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer ist somit der Betrag der gesamten von den Gesellschaftern der Beschwerdeführerin bewirkten Leistungen", VwGH 2.4.1990, 89/15/0002: "Im hier vorliegenden Fall einer rechtlich unselbstständigen Zweigniederlassung handelt es sich bei der Zuführung von Kapital durch die Gesellschaft um einen innerbetrieblichen wirtschaftlichen Vorgang....".

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Vorlagebeschluss vom 17. 2. 2000, 97/16/0358, auf das ergangene Vorerkenntnis vom 30. Oktober 1961, ZI. 340/61, ÖStZB 1962 hingewiesen. In diesem Erkenntnis wird begründend ausgeführt: "....Gegenstand der Besteuerung nach § 2 Z. 1 KVG ist der Erwerb von Gesellschaftsrechten. Wie in solchen Fällen die Steuer zu berechnen ist, regelt jedoch nicht diese Bestimmung. Die Grundsätze für die Berechnung der Steuer sind vielmehr in § 8 Z. 1 KVG festgelegt....Gemäß § 8 Z. 1 lit. a KVG bildet darnach derjenige Geldbetrag, gegen dessen Zahlung die Gesellschaftsrechte erworben werden, die Grundlage für die Erhebung der Gesellschaftsteuer. Maßgebend für die Besteuerung....war jener Betrag, der von den Gesellschaftern....aufzubringen war, um die zu übernehmenden Gesellschaftsrechte zu erwerben...."

Daraus ist zu ersehen, dass in der Judikatur die Aufbringung der Mittel seitens des Gesellschafters immer schon im Blickpunkt stand. Dieselbe Frage stellt sich auch hier: Nach dem Gesellschaftsvertrag, aber auch nach dem Treuhandvertrag erhöhten sich die Gesellschaftsrechte der BA-Treuhand, der "stillen Treuhändergesellschafterin", nicht nur durch die Leistung der stillen Einlagen der Zeichner, sondern auch durch die Treugeberdirektzahlungen. Die Treuhänderin brachte die Beträge "Treugeberdirektzahlungen" über die Zeichnungsscheine auf, indem sie die Zeichner (Treugeber) verpflichtete, solche zu leisten. Eine Rechtsprechung, die sich zum Nachteil der Partei auswirkt, liegt bei den og. Erkenntnissen vom 6.11.2002 daher nicht vor.

VII. 3.) Wirkung von Vorabentscheidungen

Der EuGH hat daraus, dass er gemäß Art. 177 (234) EGV über Auslegung "dieses Vertrages" und "der Handlungen der Organe der Gemeinschaft entscheidet", geschlossen, dass Urteile in Vorabentscheidungsverfahren die vorlegenden Gerichte hinsichtlich der Auslegung der betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen und Handlungen binden. Verbindlich ist jedenfalls der Spruch des Urteils, doch ist im Lichte der Entscheidungsgründe zu lesen, denen damit auch eine gewisse bindende Wirkung zu kommt. Die Vorabentscheidung hat jedoch Wirkung über den konkreten Einzelfall hinaus. Aus den Schlussanträgen von GA Lagrange vom 13.3.1963 in den verbundenen Rs 28 bis 30/62, Da Costa, Slg 1963, 85, ist zu ersehen, dass sich die Rechtskraft des früheren Urteils betreffend die gleichen Fragen in einem gleich gelagerten Sachverhalt auf die neuen Rechtssachen erstreckt. Grundsätzlich wirken Auslegungsentscheidungen ex tunc; auch auf vor dem Anlassfall entstandene Rechtsverhältnisse ist daher grundsätzlich die Auslegung Gerichtshofes anzuwenden (Schima, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, Manz Verlag, 79ff.).

Mit § 117 BAO nF sollten lediglich rückwirkende Konsequenzen aus (für die Partei nachteiligen) Änderungen der Judikatur (von österreichischem Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof) oder als Richtlinien bezeichneten Erlässen vermieden werden. Durch § 117 BAO nF wird aber nicht das Gemeinschaftsrecht derogiert. Auslegungsentscheidungen des EuGH sind daher auch auf vor dem Anlassfall entstandene Sachverhalte anzuwenden. Daraus ergibt sich, dass auch die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes, dem EuGH die Fragen, was alles unter den Begriff der Gegenleistung bei der Gesellschaftsteuer fällt, zur Vorabentscheidung vorzulegen, nicht unter das "Verböserungsverbot" des § 117 BAO nF fallen können.

VIII.) Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist in diesem Fall geradezu geboten

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (29.1.1975, 607-633/74, 14.5.1975, 531,532/74 und 19.12.2002, 2001/16/0273) tritt die wirtschaftliche Betrachtungsweise iSd § 21 Abs. 1 BAO zwar im Bereich des Kapitalverkehrsteuergesetzes in den Hintergrund, weil das Gesetz an bestimmte Rechtsvorgänge anknüpft. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise gilt aber im Bereich der Verkehrsteuern immer dann, wenn sich der Abgabenbehörde ein Sachverhalt darbietet, bei dem eine rein formalrechtliche Beurteilung zu Ergebnissen führen würde, die dem Sinn und Zweck des betreffenden Abgabengesetzes klar zuwiderlaufen würde.

Liest man § 2 Z. 1 KVG und § 7 Abs. 1 lit. a KVG im Kontext, so erbringt der Gesellschafter eine Gegenleistung dafür, dass er Gesellschaftsrechte erwirbt, die Gegenleistung zielt auf eine Änderung der bestehenden Güterordnung hin, das Gut des Gesellschafters wird zum Gut der

Kapitalgesellschaft ("Zufuhr von Eigenkapital an inländische Kapitalgesellschaften", Doralt-Ruppe, Grundriß des österreichischen Steuerrechts II, 3. Aufl., 87 ff). Eine Gegenleistung erbringen bedeutet, dass sich der Gesellschafter verpflichtet, Geld oder Sachgüter der Kapitalgesellschaft zu übergeben ("Erfüllung", "Zahlung"). Zwischen Gesellschafter und Kapitalgesellschaft findet ein Leistungsaustausch statt, Wert und Gegenwert werden ausgetauscht. Die Kapitalgesellschaft verspricht Gewinnbeteiligung, dafür verspricht der Gesellschafter eine bestimmte Gegenleistung. Der im § 7 Z. 1 lit. a KVG als Bemessungsgrundlage angeführte "Wert der Gegenleistung" repräsentiert beim Erwerb der Gesellschaftsrechte das "Tauschgut", das ist das hingegebene zu Verfügung gestellte (anonyme, "vergesellschaftete") Kapital.

Aufgrund der vorgelegten Vertragswerke (Beteiligungsanbot "T.", Zeichnungsschein/Leistungserklärung) wird der "Zeichner" (Anleger, Mitunternehmer) zu einer Gesamtgegenleistung verpflichtet, wenngleich sie in Teilleistungen, aus ertragssteuerlichen Gründen in zwei nacheinanderliegenden Kalenderjahren, zu erbringen ist. Dem Erwerb der Gesellschaftsrechte steht als Gegenleistung ein Wert von S 100.000,00 (oder ein Vielfaches) gegenüber, das ist das anonyme Kapital, das der Kapitalgesellschaft zufließt, und "vergesellschaftet" ist.

Es würde dem Sinn und Zweck des Kapitalverkehrsteuergesetzes zuwiderlaufen, würde die der Bw. neben der stillen Einlage ebenfalls zur Verfügung gestellte Treugeberdirektzahlung bei der Besteuerung nicht berücksichtigt werden, da sowohl stille Einlage als auch Treugeberdirektzahlung "als anonymes Kapital" der Kapitalgesellschaft für den Erwerb von Gesellschaftsrechten zugeführt wurden.

IX.) Wiederaufnahme des Verfahrens

IX.1.) Allgemeines

Gemäß § 303 Abs. 4 BAO ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen in allen Fällen zulässig, in denen Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Die Wiederaufnahme eröffnet den Weg, eine durch Bescheid erledigte Rechtssache in einem neuerlichen Verfahren sachlich zu prüfen, wenn der betreffende Bescheid durch neu hervorgekommene Umstände gewichtiger Art in seinen Grundlagen erschüttert ist.

IX.2.) Neu hervorgekommene Tatsachen oder Beweismittel

Hat die Abgabenbehörde abgabenrechtlich bedeutsame Tatsachen nicht oder nicht vollständig ermittelt, weil sie den erhobenen Sachverhalt für ausreichend und weitere Tatsachenfeststellungen für unmaßgebend oder bedeutungslos hält, kann das spätere Hervorkommen neuer entscheidungsbedeutsamer Tatsachen oder Beweismittel in Bezug auf diesen Sachverhalt einen Wiederaufnahmsgrund bilden, und zwar dann, wenn bisher unbekannt gebliebene Sachverhalte überhaupt oder in ihrem vollen Ausmaß erst später bewusst und bekannt werden (VwGH vom 14. März 1990, 88/13/001)

Die Anzeige des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages erfolgte am 21. Dezember 1998. Aus dem Gesellschaftsvertrag selbst geht nur hervor, dass die BA-Treuhand sich am Unternehmen mit einer Einlage von S 1.000.- beteiligt, und sie ihre Einlage teilweise oder zur Gänze auch in Form einer Verwaltungstreuhandschaft für Dritte halten kann.

In der Abgabenerklärung vom 15. Jänner 1999 wurde nur die Höhe der stillen Einlagen erklärt. Dieser Erklärung waren beigelegt der Zusammenschlussvertrag, aus dem kein Hinweis auf Treugeberdirektzahlungen aufscheint, und die Liste der Zeichner, aber wiederum nur mit den stillen Einlagen.

Erst über ein ausführliches Vorhalteverfahren gab die Bw. mit Schreiben vom 19. Oktober 1999 die Tatsache des Vorliegens von Treugeberdirektzahlungen bekannt.

Da die Tatsache der erfolgten Treugeberdirektzahlungen von der Bw. in der Abgabenerklärung vom 15. Jänner 1999 nicht angezeigt worden war, und auch aus den beigelegten Unterlagen dies nicht hervorging, führte das Bekanntwerden der tatsächlich geleisteten Treugeberdirektzahlungen einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbei.

IX.3.) Somit konnte von dem im § 303 Abs. 4 BAO eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht werden

In § 20 BAO kommen die Begriffe Billigkeit und Zweckmäßigkeit vor. Die Billigkeit einer Entscheidung beurteilt sich nach der Lage des Pflichtigen, nach seinem Verhalten und seiner hierin zum Ausdruck kommenden inneren Einstellung zu Gesetz und Recht. Der Begriff der Zweckmäßigkeit stellt auf die öffentlichen Interessen ab.

Das Finanzamt ließ sich bei Ausübung dieses Ermessens von Zweckmäßigkeitserwägungen insoweit leiten, als eben einerseits das Prinzip der Rechtsrichtigkeit den Vorrang vor dem Prinzip der aus der Rechtskraft fließenden Rechtsbeständigkeit und Rechtssicherheit hat,

andererseits die Wiederaufnahme des Verfahrens der Sicherung des öffentlichen Interesses an der Gleichmäßigkeit der Besteuerung dient.

Da die Treugeber sich aufgrund der Zeichnungsscheine gegenüber der Treuhänderin verpflichtet hatten Treugeberdirektzahlungen zu leisten, hätte die Bw. dies bei Abgabe der Abgabenerklärung bekannt geben müssen (auch wenn die Treugeberdirektzahlungen zumeist erst ein Jahr nach Zahlung der stillen Einlage fällig werden), bzw. spätestens mit der tatsächlichen Leistung der Treugeberdirektzahlungen. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die stille Einlage lediglich 1/10 des Gesamteinzahlungsbetrages ausmacht und die Treugeberdirektzahlung 9/10.

Die Entscheidung, das Verfahren wiederaufzunehmen, war den Umständen nach angemessen, da der Bw. bekannt sein musste, dass unter Gegenleistung/Leistung bei der Gesellschaftsteuer nicht nur die Barzahlung eines Gesellschafters fällt, sondern entsprechend dem Gesetzestext des § 7 Abs. 1 KVG "Wert der Gegenleistung" grundsätzlich die Mittelaufbringung, um in den Besitz der Gesellschaftsrechte zu gelangen. Dies verhindert allfällige Billigkeitserwägungen. Die nunmehrige Einbeziehung der Treugeberdirektzahlungen in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer folgt dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit.

X.) Zusammenfassung

In der 1. Stufe des Projektes wurde mit Gesellschaftsvertrag zwischen der Bw. und einer Treuhänderin eine atypisch stille Gesellschaft gegründet. In der 2. Stufe sollte die Kapitalbeschaffung bei anlagesuchenden Zeichnern stehen, was allein durch die Treuhandkonstruktion erfolgte. Die Beteiligung der Zeichner (=Treugeber) wurde über Treuhandverträge und Zeichnungsscheine, abgeschlossen zwischen der Treuhänderin und den Treugebern, abgewickelt. Die Integration der Treugeber in das Projekt ("Publikumsgesellschaft") erfolgte mit Zusammenschlussverträgen zwischen der Bw. und der Treuhänderin.

Die "Treuhänderin" wurde selbst stille Gesellschafterin, sie konnte aber auch stille Beteiligungen für Dritte, die Treugeber halten ("Pooleffekt"). Die Treugeber hatten aber auch die Möglichkeit, direkt an die Bw. Zahlungen zu leisten – dann aber bestand für die stille Gesellschafterin, die Treuhänderin, ein vertraglich vereinbarter Gewinnbeteiligungsanspruch, der sich wertmäßig unter Einbeziehung der Treugeberdirektzahlung ermittelt. Im Innenverhältnis verpflichteten sich die Treugeber gegenüber der Treuhänderin zur Leistung von Treugeberdirektzahlungen.

Einerseits nehmen die Treugeberdirektzahlungen Einlagencharakter an (Punkte IV und IX des Gesellschaftsvertrages). Andererseits verspricht die Erwerberin der stillen Beteiligung (die

Treuhänderin) für den Erwerb der stillen Beteiligung eine Gegenleistung zu erbringen. Spricht der Text der Vereinbarung, des Gesellschaftsvertrages von allfälligen Treugeberdirektzahlungen und verpflichtet sich der Treugeber gegenüber der Erwerberin des stillen Gesellschaftsanteiles zur Leistung einer solchen Treugeberdirektzahlung, ansonsten er in das Vertragsgeflcht mit der stillen Erwerberin nicht hätte eintreten können, und gibt er als "Dritter", als Financier, in Erfüllung dieses Versprechens die Zahlung tatsächlich hin, ist diese Zahlung dem Erwerber der stillen Beteiligung, hier: der Treuhänderin, zuzurechnen, zumal sich ihr Anspruch auf Gewinn- und Verlustbeteiligung durch die Treugeberdirektzahlung im Verhältnis erhöht. Da sich durch die Treugeberdirektzahlungen die Gesellschaftsrechte der BA-Treuhand erhöhen, bzw. sich das atypisch stille Kapital der Bw. erhöht, sind nicht nur die stillen Einlagen, sondern auch die Treugeberdirektzahlungen in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer gemäß § 2 Z. 1 KVG ("Ersterwerb von Gesellschaftsrechten infolge Kapitalerhöhung") einzubeziehen.

Im Hinblick auf die unter Punkt VII.2.) zitierte ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass neben der formalrechtlichen auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Gesellschaftsteuer zum Zug kommen kann, ist in der Judikatur dieses Gerichtshofes keine Zäsur zu erkennen, die die Frage nach der Benachteiligung einer Partei aufwerfen könnte. Da Auslegungssentscheidungen des EuGH auch auf vor dem Anlassfall entstandene Sachverhalte anzuwenden sind, können Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes, mit welchen dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt werden, nicht das "Verböserungsverbot" des § 117 BAO nF auslösen, da letztere Vorschrift keine Derogation des Gemeinschaftsrechtes anordnet und nur im innerstaatlichen Bereich anzuwenden ist.

Hätte die Bw. anlässlich der Abgabenerklärung über den Erwerb der stillen Einlagen den Wert der Einlagezahlungen und der Treugeberdirektzahlungen bekanntgegeben, hätte dies einen anders lautenden Bescheide zur Folge gehabt. Die Einbeziehung der Treugeberdirektzahlungen in die Bemessungsgrundlage der Gesellschaftsteuer mittels Bescheid gemäß § 303 BAO entspricht daher der Rechtsrichtigkeit.

Da die Bw. selbst vorbrachte, dass die Zahlung der Treugeber aus eigener wirtschaftlicher Motivation erfolgte und auch eine textliche Auslotung der vorgelegten Vertragswerke einiges in dieser Richtung hergibt, könnte man – folgt man der obgenannten Auffassung des Kausalzusammenhangs zwischen Erwerb der stillen Beteiligung und Treugeberdirektzahlung in der Sphäre der Treuhänderin nicht – zu der Ansicht gelangen, dass es sich bei der Treuhandschaft nicht um eine Fiduzia, sondern bloß um eine Verwaltungstreuhand handelte, bei der sich die Treugeber nicht ihrer Verfügungsmacht über den stillen Anteil begeben haben und somit sie

als kapitalverkehrsteuerliche Gesellschafter anzusehen wären. Das würde aber keine Änderung in rechtlicher Beurteilung des Falles "Ersterwerb von Gesellschaftsrechten" gemäß § 2 Z. 1 KVG und in der Höhe der Bemessungsgrundlage (Gegenleistung = Einlagen + Treugeberdirektzahlungen) herbeiführen.

Nach dem Gesamtkonzept des Projektes stellen die Zusammenschlussverträge zwischen Bw. und BA-Treuhand einen Ersterwerb von Gesellschaftsrechten dar. Die Treugeberdirektzahlungen haben Einlagencharakter und sind damit integraler Bestandteil der durch die Zusammenschlussverträge erfolgten Kapitalerhöhung. Durch die Treugeberdirektzahlung im Zusammenhang mit der Leistung der stillen Einlage wurde die Kapitalverbreiterung der Bw. bewirkt. Weder die stillen Einlagen noch die Treugeberdirektzahlungen sind Leistungen im Sinne des § 2 Z. 3 KVG, da sie nicht aufgrund freiwillig übernommener Verpflichtungen bewirkt wurden.

Aus all diesen Gründen war der Berufung der Erfolg zu versagen.

Wien, 1. Oktober 2003