



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der BGmbH als RNF der BGmbH & Mitges., C, Dstraße1, vertreten durch StbGmbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes E betreffend das Unterbleiben einer einheitlichen und gesonderten Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO für das Jahr 1994 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), die BGmbH (in der Folge kurz B GmbH), betreibt ein Handelsunternehmen. Sie schloss am 18. Mai 1994 bzw. am 15. Juni 1994 als Geschäftsherrin mit der AGmbH (in der Folge kurz A), als stiller Gesellschafterin einen Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft ab.

Dieser Vertrag hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„ ...

#### § 2

#### **Beteiligung als atypisch stille Gesellschafterin:**

1) Die stille Gesellschafterin ist am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen des Unternehmens des Geschäftsherrn einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes, beginnend mit 1.1.1994, gemäß den Bestimmungen des § 9 beteiligt.

2) Bei Ausscheiden aus dem Gesellschaftsverhältnis stehen ihr die Ansprüche nach § 14 zu.

...

### § 3

#### **Einlage:**

Die stille Gesellschafterin ist mit einer voll einbezahlten stillen Beteiligung von öS 10.000,-- am Unternehmen des Geschäftsherrn beteiligt. Es ist beabsichtigt und findet die Zustimmung des Geschäftsherrn, dass die stille Gesellschafterin neben ihrer stillen Gesellschaftseinlage in Höhe von öS 10.000,-- weitere Gesellschaftseinlagen bis zu öS 60.010.000,-- leistet, wobei sie die über öS 10.000,-- hinaus gehenden Einlagen auf Rechnung von Treugebern im Sinne der nachstehenden Bestimmungen hält und die jeweils zusätzlich übernommenen Nominaleinlage bis längstens 30.9.1994 einzuzahlen hat. Die stille Gesellschafterin kann ihre Gesellschaftseinlage mit Zustimmung des Geschäftsherrn auch über den genannten Betrag hinaus erhöhen, wenn dies der Gesellschaftszweck erfordert.

Die stille Gesellschafterin schließt mit dritten Personen – im folgenden kurz Treugeber genannt –, Treuhandverträge laut Beilage 1 ab. Nach diesen Verträgen stehen die stillen Gesellschaftseinlagen, die die stille Gesellschafterin für ihre Treugeber hält, gemäß § 24 BAO wirtschaftlich im Eigentum der Treugeber, denen daher – wie als unmittelbar beteiligte stille Gesellschafter – alle Rechte und Pflichten aus einem derartigen Gesellschaftsverhältnis zustehen.

Treugeber kann jede natürliche und juristische Person sein.

Die stille Gesellschafterin führt ein Treuhandregister, dessen Inhalt sie dem Geschäftsherrn auf jeweilige Aufforderung durch Übersendung einer Kopie des aktuellen Registerstandes mitzuteilen hat. Das Treuhandregister und die dem Geschäftsherrn daraus übermittelten Kopien sind gegenüber Dritten – außer gegenüber den Finanzbehörden und den Treugebern – streng geheim zu halten.

Die stille Gesellschafterin ist jedoch nur ermächtigt, mit Treuhändern abzuschließen, die eine Gesellschaftseinlage von mindestens öS 50.000,-- oder einen durch öS 50.000,-- teilbaren höheren Betrag (wobei das zusätzlich zu bezahlende Agio hierbei nicht berücksichtigt ist) übernehmen.

...

### § 5

#### **Verzinsung der Einlage der stillen Gesellschafterin:**

Die Einlage der stillen Gesellschafterin ist, beginnend mit dem Kalenderjahr, das auf das Kalenderjahr des Eintritts folgt, mit 2 % p.a. zu verzinsen. Für das Kalenderjahr, in dem die stille Gesellschaft in Folge ordentlicher Kündigung endet, steht der stillen Gesellschafterin keine Verzinsung mehr zu. Der entsprechende Betrag ist der stillen Gesellschafterin jährlich im nachhinein, bis längstens 31. März des Folgejahres ausbezahlen.

...

### § 9

#### **Beteiligung am Vermögen, Gewinn und Verlust:**

1) Die Nominaleinlage der stillen Gesellschafterin stellt gemeinsam mit dem Stammkapital des Geschäftsherrn die veränderliche (vergleiche § 2 Abs. 2 und § 3) Kapitalbasis für die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen der Gesellschaft dar. Das konkrete Ausmaß der Beteiligung der stillen Gesellschafterin am Gewinn, Verlust und Vermögen ergibt sich aus dem Verhältnis ihrer Nominaleinlage zur genannten Kapitalbasis. Dies gilt jedoch hinsichtlich der Gewinn- und Vermögensbeteiligung nur dann, wenn der Geschäftsherr während eines Geschäftsjahres keine Obligationen ausgegeben hat, die eine Beteiligung an seinem Gewinn und allenfalls auch am Vermögen verbriefen. Im Falle der Ausgabe solcher Papiere – so etwa von Gewinn- oder Genussscheinen – erhöht deren Nominale am Ende des betreffenden Geschäftsjahres, das ist derzeit der 31.12., die Kapitalbasis für die Beteiligung am Gewinn und bei einem Vermögensbeteiligungspapier auch am Vermögen des Geschäftsherrn.

2) Das Ergebnis des Geschäftsjahres 1994 wird abweichend von Abs. 1 ausschließlich der stillen Gesellschafterin zugewiesen.

3) Die Dotation des Investitionsfreibetrages während der Laufzeit des atypisch stillen Gesellschaftsverhältnisses und dessen Auflösung durch Übertragung auf eine als versteuert geltende Rücklage wirkt sich ausschließlich auf den Geschäftsherrn aus, demnach ist die stille Gesellschafterin hieran im Rahmen ihres Gewinn- und Verlustbeteiligungsanspruches nicht beteiligt.

4) Ein positiver Saldo auf dem Gewinnkonto ist der stillen Gesellschafterin binnen 4 Wochen nach Abrechnung (vergleiche § 7 Abs. 1) auszuzahlen.

## § 10

### **Geschäftsführung und Vertretung:**

1) Der Geschäftsherr ist der stillen Gesellschafterin gegenüber zur Führung seiner Geschäfte verpflichtet.

2) Die ordentliche Geschäftsführung obliegt ausschließlich dem Geschäftsherrn. Außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen bedürfen der Einwilligung der stillen Gesellschafterin, so insbesondere

- der Ankauf und Verkauf von Liegenschaften, Gebäuden und von Beteiligungen, soweit der Kaufpreis öS 5,000.000,-- im Einzelfall übersteigt,
- die Aufnahme von langfristigen Darlehen und Krediten, das sind Darlehen und Kredite mit einer Laufzeit von mehr als 2 Jahren, von im Einzelfall mehr als öS 10,000.000,-- und insgesamt in einem Geschäftsjahr von mehr als öS 20,000.000,--, ausgenommen Kredit- und Darlehensgewährungen von verbundenen Unternehmen der B Gruppe und
- die Gewährung von langfristigen Darlehen und Krediten von im Einzelfall mehr als öS 3,000.000,-- und insgesamt in einem Geschäftsjahr von mehr als öS 10,000.000,--,
- die Veräußerung, Übertragung oder Verpachtung des gesamten Geschäftsbetriebes oder wesentlicher Teile des Geschäftsbetriebes,
- die Vornahme von Investitionen von über öS 5,000.000,-- im Einzelfall,

wobei diese die erforderliche Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigern wird. Dasselbe gilt für wesentliche Änderungen und Erweiterungen des Unternehmensgegenstandes.

Die Einwilligung der stillen Gesellschafterin kann auch schriftlich (fernschriftlich oder mittels Telekopie) außerhalb einer Gesellschafterversammlung erfolgen.

3) Dem Geschäftsherrn gebührt für die Geschäftsführung und Vertretung eine jährliche Vergütung in Höhe von 2,5 % der erzielten Nettoumsätze. Soweit diese Vergütung im Jahresgewinn vor Ergebnisverteilung der Gesellschaft keine Deckung findet, ist der Geschäftsherr berechtigt, den Fehlbetrag auf neue Rechnung vorzutragen und vom Jahresgewinn vor Ergebnisverteilung zukünftiger Geschäftsjahre unter Berücksichtigung der Geschäftsführungsvergütung des betreffenden Jahres abzuziehen.

Zusätzlich erhält der Geschäftsherr im Geschäftsjahr 1994 zur Abgeltung des mit der in diesem Jahr vorzunehmenden Umorganisation und Umstrukturierung des Unternehmens verbundenen erheblichen Mehraufwandes eine Abgeltung in Höhe von öS 10.000.000,--.

4) Der Geschäftsherr ist zur Entnahme (Ausschüttung) der Vergütung nur berechtigt, soweit diese im handelsrechtlichen Gewinn des betreffenden Geschäftsjahres nach Dotierung von Rücklagen Deckung findet. Einen allfälligen nicht Deckung findenden Differenzbetrag kann der Geschäftsherr auf neue Rechnung vortragen und aus den handelsrechtlichen Gewinnen der folgenden Geschäftsjahre abdecken.

5) Die A erhält für ihre Leistungen anlässlich der Beschaffung der atypisch stillen Gesellschaftseinlagen eine im Rahmen des Treuhand- und Verwaltungs-Vertrages im Aufwand der Gesellschaft zu verrechnende jährliche Treuhandvergütung für das Geschäftsjahr 1994 und die folgenden Geschäftsjahre von 0,5 % der treuhändig gehaltenen atypisch stillen Gesellschaftseinlagen.

Weiters erhält die A einen einmaligen Vorweggewinn in Höhe von 15 % für die während des Geschäftsjahres 1994 übernommenen atypisch stillen Gesellschaftseinlagen.

Alle diese Beträge werden fällig jeweils am Ende des jeweiligen Geschäftsjahres. Im Jahr 1994 sind die Beträge (Treuhandvergütung und Vorweggewinn) jeweils sofort nach Leistung der atypisch stillen Gesellschaftseinlage zur Zahlung fällig.

...

## § 12

### **Dauer der Gesellschaft, Kündigung:**

1) Die stille Gesellschaft beginnt mit steuerlicher Rückwirkung auf den 1.1.1994 (vergleiche Art. IV, Umgründungssteuergesetz) mit der Einzahlung der ersten Tranche der Gesellschaftseinlage (vergleiche § 3) der stillen Gesellschafterin. Sie ist auf unbestimmte Zeit begründet.

2) Es verzichten der Geschäftsherr und die stillen Gesellschafterin darauf, das atypisch stille Gesellschaftsverhältnis, aus welchem Grund auch immer, auf einen Stichtag aufzukündigen, der hinsichtlich des Geschäftsherrn vor dem 31. Jänner des neunten, und hinsichtlich der stillen Gesellschafterin vor dem 31. Jänner des achten Folgejahres liegt.

Der Geschäftsherr kann das Gesellschaftsverhältnis daher erstmals zum 31. Jänner 2003, die stille Gesellschafterin erstmals zum 31. Jänner 2002 kündigen. Daraus ergibt sich, dass die stille Gesellschafterin grundsätzlich mindestens 7 volle Kalenderjahre beteiligt ist. Danach kann das Gesellschaftsverhältnis zum 31. Jänner eines jeden Kalenderjahres aufgekündigt werden. Die Kündigung hat unter Einhaltung einer 6-monatigen Kündigungsfrist mittels eingeschriebenen Briefes zu erfolgen.

3) Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist jeder Vertragsteil zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt. Wichtige Gründe sind:

a) für den Geschäftsherrn:

- die rechtskräftige Eröffnung eines Ausgleichs-, Konkurs- oder insolvenzrechtlichen Vorverfahrens über das Vermögen der stillen Gesellschafterin oder die Ablehnung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse;
- eine Exekutionsführung auf die Einlage der stillen Gesellschafterin;
- eine nachhaltige Verletzung des vorliegenden Vertrages durch die stille Gesellschafterin, die trotz schriftlicher Aufforderung nicht innerhalb von 4 Wochen eingestellt und behoben werden.

b) für die stille Gesellschafterin:

- die Stellung eines Ausgleichsantrages über das Vermögen des Geschäftsherrn;
- Verschmelzung des Geschäftsherrn mit einer anderen Gesellschaft, beginnend mit 1. Jänner 1995;
- eine nachhaltige Verletzung des vorliegenden Vertrages durch den Geschäftsherrn, die trotz schriftlicher Aufforderung nicht innerhalb von 4 Wochen eingestellt und behoben wird.

4) Im Fall der Kündigung nimmt die ausscheidende stille Gesellschafterin am Ergebnis des Geschäftsjahres, in das der Kündigungstichtag fällt, sowie am Ergebnis schwebender Geschäfte nicht mehr teil.

### § 13

#### **Veräußerung (Übertragung) der stillen Beteiligung:**

Die stille Gesellschafterin ist berechtigt, ihre Gesellschaftseinlage ganz oder in Teilen auf einen Dritten zu übertragen, der kein Mitbewerber des Geschäftsherrn ist. Die Übertragung der Beteiligung kann immer nur mit Wirkung zum Ende eines Geschäftsjahres erfolgen.

### § 14

#### **Ansprüche der stillen Gesellschafterin bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses:**

1) Scheidet die stille Gesellschafterin durch Kündigung oder aus sonstigen Gründen (z.B. Konkurs des Geschäftsherrn) ganz oder teilweise aus der stillen Gesellschaft aus, so hat sie Anspruch auf ein Abfindungsguthaben, dessen Ermittlung der Wert ihres Anteiles am Vermögen des Geschäftsherrn (vergleiche § 9) zugrunde zu legen ist, wobei ein Negativsaldo auf dem Verlustevidenzkonto vorbehaltlich der Regelung des § 4 grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist. Der Wert des Unternehmens des Geschäftsherrn und der davon auf die stille Gesellschafterin entfallende Anteil ist nach dem jeweils einschlägigen Fachgutachten des Fachsenates für Betriebswirtschaft der Kammer der Wirtschaftstreuhänder Wien durch einen vom Geschäftsherrn und der stillen Gesellschafterin gemeinsam zu bestellenden, beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) zum Letzten vor dem Stichtag des Ausscheidens gelegenen Bilanzstichtag festzusetzen. Sollten sich der Geschäftsherr und die stille Gesellschafterin nicht innerhalb von 4 Wochen auf einen beeideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) einigen, so wird dieser/diese auf Antrag eines der beiden Teile vom Präsidenten der Kammer der Wirtschaftstreuhänder Wien bestellt.

2) Alle mit der Erstellung des Bewertungsgutachtens verbundenen Kosten sind vom Geschäftsherrn zu tragen.

3) Das Abfindungsguthaben beträgt unter der Voraussetzung, dass das atypisch stille Gesellschaftsverhältnis von der stillen Gesellschafterin zum erstmöglichen Kündigungstermin gekündigt oder zuvor vorzeitig aus wichtigem Grund aufgelöst wird, unabhängig vom Stand

des Verlustevidenzkontos und der getätigten Entnahme, mindestens 90 % und höchstens 140 % der Einlage. Das maximale Abfindungsguthaben erhöht sich um 2 % pro Jahr der weiteren Dauer dieses Gesellschaftsverhältnisses über den für die atypisch stille Gesellschafterin erstmöglichen Kündigungstermin, wobei das Mindestabschichtungsguthaben auch in diesem Fall 90 % der Einlage beträgt.

4) In allen Fällen der ordentlichen Kündigung des atypisch stillen Gesellschaftsverhältnisses durch den Geschäftsherren vermindert sich das dem atypisch stillen Gesellschafter zustehende Abfindungsguthaben um einen allfälligen Negativsaldo auf dem Verlustevidenzkonto.

5) Das Abfindungsguthaben ist der stillen Gesellschafterin grundsätzlich bis längstens 30. Juni des Kalenderjahres auszubezahlen, in das der Stichtag des Ausscheidens fällt. Der Anspruch auf Auszahlung des Abfindungsguthabens entsteht nur insoweit, als die wirtschaftliche insbesondere die Liquiditätslage des Geschäftsherrn die Auszahlung zulässt. Aus diesem Titel gekürzte Beträge sind – sobald die die wirtschaftliche, insbesondere die Liquiditätslage des Geschäftsherrn zulässt, nachzuzahlen.

...

Diesem Gesellschaftsvertrag ist als Beilage 1 ein Treuhand- und Verwaltungsvertrag angeschlossen, abgeschlossen zwischen den Personen laut „Liste 1“, im folgenden kurz „Treugeber“ genannt einerseits und der A . Dieser Vertrag hat im wesentlichen folgenden Inhalt:

#### „I.

#### **Vorbemerkung:**

1) A hat mit der M-VGmbH in Hinkunft B GmbH, in der Folge Geschäftsherr genannt, einen Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft mit einer Einlage von derzeit öS 10.000,-- abgeschlossen; dieser Vertrag, dessen Inhalt der Treugeber zustimmend zur Kenntnis nimmt, wird im folgenden als Gesellschaftsvertrag bezeichnet.

2) Laut § 3 des Gesellschaftsvertrages ist A berechtigt, mit Treugebern den vorliegenden Treuhand- und Verwaltungsvertrag abzuschließen und ihre Gesellschaftseinlage von öS 10.000,-- zu erhöhen.

#### II.

#### **Auftrag:**

1) Der Treugeber beauftragt A , im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers, dessen stille Gesellschaftsbeteiligung nach Maßgabe des Punktes III. zu verwalten, wobei dem Treugeber aller Nutzen aus diesen Rechten zu überlassen ist. Kein Nutzen in diesem Sinne sind die der A nach § 10 des Gesellschaftsvertrages zustehenden Vergütungen. Im Innenverhältnis handelt A ausschließlich im Auftrag und für Rechnung des Treugebers, dem das wirtschaftliche Eigentum an der stillen Gesellschaftseinlage (diese ist steuerlich nur ihm zuzurechnen) zusteht.

2) A besitzt die Zustimmung aller Treugeber, ihre stille Gesellschaftseinlage – dem Vertragszweck entsprechend – zu erhöhen. An der Einlage der A sind alle Treugeber im Verhältnis der für sie treuhändig gehaltenen Gesellschaftseinlage gem. Beilage ./1 beteiligt.

3) Dem Treugeber ist der Vertrag über die Errichtung der stillen Gesellschaft bekannt. Als wirtschaftlicher Eigentümer unterwirft er sich A gegenüber den Bestimmungen dieser Verträge.

4) Der Inhalt dieses Treuhandvertrages und des zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages wird mit schriftlicher Annahme des vom Treugeber unterzeichneten Zeichnungsscheines durch A wirksam vereinbart.

5) Der Treugeber ist zur Zahlung der von ihm gezeichneten stillen Gesellschaftseinlage zu der sich aus dem Zeichnungsschein ergebenden Fälligkeit verpflichtet. Gerät der Treugeber mit seiner Zahlung trotz schriftlicher Aufforderung und schriftlicher Setzung einer 14-tägigen Nachfrist in Verzug, so ist A ohne weitere Benachrichtigung zum Rücktritt von diesem Vertrag durch Widerruf ihrer Annahmeerklärung berechtigt. Bereits geleistete Zahlungen sind dem Treugeber unter Abzug der der A entstandenen Auslagen zurück zu erstatten.

### III.

#### **Aufgaben der A , Verlust, Zurechnung:**

1) A wird vom Treugeber auf Dauer des Treuhandverhältnisses beauftragt und bevollmächtigt, sämtliche Rechte, die dem Treugeber aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis dem Geschäftsherrn gegenüber zustünden, wenn er selbst direkter atypisch stille Gesellschafter wäre, auszuüben. A ist insbesondere ermächtigt, gegenüber dem Geschäftsherrn für den Treugeber aufzutreten, die Jahresbilanzen entgegen zu nehmen und die Kontrollrechte wahrzunehmen; über das Ergebnis der Ausübung dieser Rechte erteilt A dem Treugeber über Anfrage jederzeit Auskunft:

A entscheidet über Art und Ausmaß der Ausübung der Kontrollrechte gem. § 183 HGB, die ausschließlich sie für die Treugeber ausübt.

Darüber hinaus ist die A nach Maßgabe des Abs. 6 dazu berechtigt, die atypisch stille Beteiligung in eine Kapitalgesellschaft, insbesondere auch in den Geschäftsherrn selbst, nach Art. 3 Umgründungssteuergesetz in Verbindung mit den einschlägigen Handels- und Gesellschaftsrechtlichen Vorschriften gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einzubringen.

2) A übernimmt die Einzahlung der stillen Einlage auf ein gebundenes Gesellschaftskonto des Geschäftsherrn und nimmt die Verteilung von Ausschüttungen jeder Art vor, wobei alles, was sie aufgrund des Treuhandverhältnisses erlangt, an den Treugeber heraus zu geben ist. A übernimmt die Übersendung von Mitteilungen über das Jahresergebnis des Geschäftsjahres an die Treugeber, wirkt bei der Übertragung von stillen Gesellschaftseinlagen beratend und vermittelnd mit und führt über alle Treugeber ein besonderes Verzeichnis (Treuhandregister).

3) A zugewiesene Gewinne oder Verluste eines Geschäftsjahres sind den Treugebern in jenem Verhältnis zuzuweisen, in dem sie an der gesamten von A gehaltenen atypisch stillen Einlage beteiligt sind. Sollte ein Treugeber bereits Verluste bis zu 1,5-fachen Höhe seiner Einlage zugewiesen erhalten haben, so wird der übersteigende Verlust auf die anderen Treugeber im Verhältnis ihrer Einlagen, bis diese Verluste, bis zu insgesamt 1,5-fachen Höhe ihrer Einlagen erhalten haben, aufgeteilt. Darüber hinausgehende Verluste sind auf alle Treugeber im Verhältnis ihrer Einlagen aufzuteilen.

4) Jeder Treugeber erhält nach Annahme seiner Beitrittserklärung eine von A unterzeichnete schriftliche Bestätigung über die Eintragung seiner Einlage in das Treuhandregister. Dem Treugeber steht das Recht auf uneingeschränkte Einsicht in das Register zu.

5) A ist von jedem Treugeber ermächtigt, sich für alle anderen Treugeber an der Gesellschaft zu beteiligen; sie hält alle Beteiligungen treuhändig als Einheit. A ist berechtigt, sich an anderen Gesellschaften als Treuhänderin zu beteiligen. A hat ihren Auftrag mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes nach pflichtgemäßen Ermessen zu erfüllen. Sofern Treugeber, die mehr als 51 % der treuhändig gehaltenen Gesellschaftseinlage repräsentieren, ein bestimmt bezeichnetes Verhalten der Treuhandgesellschaftlerin wünschen, so hat diese in diesem Sinne dem Geschäftsherrn oder Dritten gegenüber aufzutreten und Maßnahmen entsprechender Art zu setzen.

6) In außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen des Geschäftsherrn sowie in eine wesentliche Änderung oder Erweiterung dessen Unternehmensgegenstandes darf die A nach § 10 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages nur dann einwilligen, wenn die Treugeber dem zuvor in einer aus diesem Anlass einberufenen Treugeberversammlung mit Beschluss, die der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf, zustimmen. Änderungen des Gesellschaftsvertrages sowie die Einbringung der atypisch stillen Beteiligung in eine Kapitalgesellschaft hingegen bedürfen anlässlich einer Treugeberversammlung einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen des zu fassenden Beschlusses.

Der A steht es allerdings frei, anstelle der Einberufung einer Treugeberversammlung eine Beschlussfassung auf schriftlichem Weg über die konkrete Maßnahme herbei zu führen.

Diesfalls bedarf der Beschluss über die Zustimmung zu außerordentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und wesentlichen Änderungen oder Erweiterungen des Unternehmensgegenstandes des Geschäftsherrn des Einverständnisses der einfachen Mehrheit aller Treugeber sowie Änderungen des Gesellschaftsvertrages und die Einbringung der atypisch stillen Beteiligung in eine Kapitalgesellschaft des Einverständnisses einer Mehrheit von 75 % aller Treugeber, wobei sich der Treugeber, der den diesbezüglichen Vorschlag der A nicht binnen 14 Tagen ab dessen Zugang schriftlich widerspricht, mit dessen Umsetzung durch die A einverstanden erklärt.

Sollten mindestens 25 % der Treugeber schriftlich die Einberufung einer Treugeberversammlung verlangen, so ist A verpflichtet, diesem Verlangen so rasch nach zu kommen, dass längstens binnen 4 Wochen ab Erhalt einer entsprechenden Aufforderung eine Treugeberversammlung am Sitz der A stattfindet.

Zu Treugeberversammlungen ist jeder einzelne Treugeber schriftlich unter Bekanntgabe der Tagesordnung zu laden. Die Einberufung muss an den einzelnen Treugeber unter der der A bekannt gegebenen Anschrift, spätestens am 14. Tage vor der Treugeberversammlung abgeschickt werden.

Der Treugeber ist berechtigt, sich bei der Treugeberversammlung durch eine mit Spezialvollmacht ausgewiesene natürliche oder juristische Person vertreten zu lassen. Den Vorsitz in der Treugeberversammlung führt der bzw. einer der Geschäftsführer der A.

#### IV.

#### **Dauer des Treuhandverhältnisses:**

1) Das Treuhandverhältnis beginnt mit Annahme der Zeichnungserklärung des Treugebers durch A. Es endet automatisch, ohne dass es einer Kündigung bedürfte, zu dem Zeitpunkt, zu dem die A nach einer Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses vom Geschäftsherrn gem. § 15 Gesellschaftsvertrag zur Gänze abgefunden wird, oder, sollte eine Abfindung zu Recht ausnahmsweise unterbleiben (z.B. wegen Vermögenslosigkeit des Geschäftsherrn), mit Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses oder mit Einbringung der atypisch stillen Beteiligung in eine Kapitalgesellschaft.

2) Eine Kündigung des Treuhandverhältnisses, die mittels eingeschriebenen Briefes auszusprechend ist, kann bei Berücksichtigung der Kündigungsregelung im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich erst zum 31. Jänner jenes Jahres, mit dessen Beginn der Treuhänder insgesamt 7 volle Kalenderjahre atypisch stiller Gesellschafter war, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 9 Monaten erfolgen. Für den Zeitraum bis zu diesem Tage verzichten die Treugeber auf eine Kündigung des Treuhandverhältnisses. Ausgenommen hiervon ist der Fall einer früheren Kündigung des stillen Gesellschaftsverhältnisses durch den Geschäftsherrn (vergleiche § 12 Z. 3 lit.a Gesellschaftsvertrag). Diese berechtigt die Treugeber, das Treuhandverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Stichtag der Kündigung des stillen Gesellschaftsverhältnisses aufzukündigen.

3) Sollten Treugeber dennoch – ohne die Abfindung aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis anzustreben – das Treuhandverhältnis aus wichtigen in der Person der A gelegenen Gründen



vor dem in Abs. 2 genannten Stichtag wirksam kündigen, so ist für die Rechtswirksamkeit einer derartigen Kündigung erforderlich

a) eine Mehrzahl von Treugebern, die wenigstens 51 % der von der Treuhandgesellschaftlerin treuhändig gehaltenen Gesellschaftseinlage repräsentieren und

b) die zugleich mit der Kündigung erfolgende Namhaftmachung einer neuen Treuhandgesellschaftlerin.

4) Im Falle einer Kündigung durch A, die stets nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann, hat diese im Einvernehmen mit dem Geschäftsherrn eine neue Treuhänderin zu bestellen und dieser ihre Gesellschaftseinlage sowie sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag zu übertragen, so ferne nicht eine Mehrzahl von Treugebern, die wenigstens 51 % der treuhändig gehaltenen Gesellschaftseinlage repräsentieren, aus objektiv wichtigen Gründen der Person der neuen Treuhandgesellschaftlerin widersprechen. Diesfalls ist eine andere Treuhandgesellschaftlerin namhaft zu machen.

5) Eine Kündigung durch die Treuhandgesellschaftlerin, auf welchem Stichtag auch immer, und eine Kündigung durch Treugeber auf einen Stichtag vor dem in Abs. 2 als frühestmöglich genannten Zeitpunkt bewirken kein Ausscheiden aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis, sondern nur einen Wechsel in der Person des Treuhänders.

## V.

### **Kündigung des Treugebers mit Wirksamkeit gegenüber dem Geschäftsherrn:**

1) Kündigt ein Treugeber auf einen nach den im Punkt IV. Abs. 2 genannten Stichtag das Treuhandverhältnis hinsichtlich der für ihn gehaltenen Einlage - hiebei ist vom Treugeber eine neunmonatige Kündigungsfrist zum Kündigungsstichtag einzuhalten - so ist A dazu verhalten, einen Teil der Gesellschaftseinlage, der der Beteiligung des Treugebers an der gesamten treuhändig gehaltenen Gesellschaftseinlage entspricht, auf denselben Stichtag aufzukündigen und das entsprechende Abfindungsguthaben gem. Gesellschaftsvertrag zu begehren.

2) A ist verpflichtet, das so ermittelte Guthaben dem Treugeber sofort nach Eingang weiter zu geben.

## VI.

### **Übertragung der Beteiligung des Treugebers:**

1) Die Übertragung der Beteiligung kann stets nur mit Wirkung zum Ende eines Geschäftsjahres erfolgen. Der Treugeber hat im Falle der Übertragung die Rechte und Pflichten aus dem Treuhandvertrag auf den Rechtsnachfolger zu überbinden. Von einer Übertragung oder Verpfändung hat er A spätestens 4 Wochen vor dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Übertragung zu verständigen. Wird diese Frist nicht eingehalten, wird die Übertragung erst zum nächst zulässigen Termin wirksam. A ist verpflichtet, die entsprechenden Eintragungen im Register gemäß Punkt III. Abs. 2 vorzunehmen.

2) Stirbt ein Treugeber, so wird das Treuhandverhältnis mit seinen Erben fortgesetzt. Mehrere Erben haben sich durch einen gemeinsam Bevollmächtigten vertreten zu lassen, der sich durch beglaubigt zu unterfertigende Vollmacht gegenüber A zu legitimieren hat. Bis zur Beschlussfassung über die Einräumung der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses durch das Abhandlungsgericht ruhen die Rechte aus dem Treuhandverhältnis.

## VII.

### **Honorar:**

Das Entgelt (Honorar) der A für die Ausübung der Treuhandtschaft welches vom Geschäftsherrn zu bezahlen ist, beträgt 0,5 % der Gesellschaftseinlage pro Jahr. A , die bei der Übertragung von stillen Beteiligungen der Treugeber mitwirkt, erhält bei jeder Übertragung ein Honorar von 0,5 % des Nominales, das der Übernehmer der Einlage trägt. Der Treugeber haftet für diese Entgelte. Aus diesen Beträgen hat A die Kosten ihrer laufenden Verwaltung, wie etwa Büromiete, Personalkosten, Telefon, Porti und Reisekosten, zu bestreiten. Nach Ablauf von 3 Jahren sind die Entgeltsätze allenfalls veränderten allgemein wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen.

...“

Mit Schreiben vom 30. September 1994 teilte die A dem Finanzamt mit, dass sie, die sich zum Stichtag 1.1.1994 mit einer atypisch stillen Gesellschaftseinlage in Höhe von öS 10.000,-- beteiligt habe, ihre Gesellschaftseinlage am 30.9.1994 mit Wirkung zum 1.1.1994 um S 56,650.000,-- für Treugeber auf insgesamt öS 56,660.000,-- erhöht habe. Die Erhöhung der Gesellschaftseinlage zum 1.1.1994 erfolge auf Basis des dem Finanzamt vorgelegten Gesellschaftsvertrages.

Für das Jahr 1994 erklärte die stille Gesellschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe eines Verlustes von S 84,806.897,--.

Mit Bescheid vom 20. November 1997 wurden die im Kalenderjahr 1994 erzielten Einkünfte gem. § 188 BAO vorläufig in Höhe eines Verlustes von S 84,806.848,-- festgestellt. Dagegen erhob die Bw. Berufung und begehrte eine geänderte Einkünftefeststellung. Mit gem. § 200 BAO vorläufiger Berufungsvorentscheidung vom 23. Juli 1988 stellte das Finanzamt die Einkünfte berufungsantragsgemäß mit einem Verlust von S 77,577.397,-- fest. Am 31. August 2000 erklärte das Finanzamt diesen Bescheid vom 23. Juli 1988 (die Berufungsvorentscheidung) für endgültig.

Mit Schreiben vom 6. Juli 2000 wurde dem Finanzamt mitgeteilt, dass die A mit Einbringungsvertrag vom 30. Juni 2000 ihre atypisch stille Beteiligung an der B GmbH rückwirkend zum Stichtag 31.12.1999 nach Art. III Umgründungssteuergesetz in die B GmbH eingebracht habe. Eine Erhöhung des Stammkapitals der B GmbH aus Anlass der Einbringung habe unterbleiben können, weil die A mit sozietären Genussrechten abgefunden worden sei. Diesem Schreiben ist der Einbringungsvertrag angeschlossen.

Dieser zwischen der A und der B GmbH abgeschlossene Vertrag hat auszugsweise folgenden Inhalt:

„ ...

## § 2

### Einbringung

Die A bringt hiermit ihre atypisch stille Beteiligung an der B GmbH laut § 1 und damit die darin liegenden Mitunternehmeranteile (schuld- und steuerrechtlich) rückwirkend zum Stichtag der Einbringungsbilanzen laut Beilage, das heißt zum Ablauf des 31.12.1999, zu dem die aus B GmbH und A bestehende Mitunternehmerschaft die Bilanz laut Beilage aufgestellt hat, nach Art. III. Umgründungssteuergesetz in die B GmbH ein.

### § 3

#### Gegenleistung

Eine Erhöhung des Stammkapitals der B GmbH aus Anlass der Einbringung unterbleibt, weil B GmbH die A mit Genussrechten im Sinne der §§ 8 Abs. 3 Z 1 und 10 Abs. 1 Z 3 KStG abfindet. Die B GmbH begibt diese Genussrechte zu den Bedingungen laut Beilage 3. In diesem Sinne verpflichtet sich die B GmbH, zu Gunsten der A auf der Grundlage des Unternehmensbewertungsgutachtens der ..... aus dem März 2000 für je S 50.000,-- atypisch stiller Gesellschaftseinlage 2 über das Genussrecht ausgestellte Gewinnscheine im Nominale von jeweils S 100,--, insgesamt somit 2.254 Gewinnscheine, im Gesamtnominale von S 225.400,-- zu begeben und dieser Gesellschaft zu übertragen.

### § 4

#### Gewährleistung

A leistet ausschließlich Gewähr dafür, dass die in der atypisch stillen Beteiligung an die B GmbH liegenden Mitunternehmeranteile in ihrem freien und unbeschränkten Eigentum stehen und dass die atypisch stille Beteiligung frei von jeglichen Lasten oder Rechten Dritter auf die B GmbH übergeht.

### § 5

#### Rechtsübergang

Die einbringungsgegenständlichen Mitunternehmeranteile gehen mit Wirkung auf den Ablauf des 31.12.1999 mit allen Rechten und Pflichten sowie mit allen Nutzungen und Lasten auf die B GmbH als übernehmende Gesellschaft über. Dieser Termin ist sogleich der Einbringungsstichtag gem. § 12 Umgründungssteuergesetz.

..."

Mit Bescheid vom 29. Juli 2004 sprach das Finanzamt aus, dass der Bescheid (die vorläufige Berufungsvorentscheidung) vom 23. Juli 1998, endgültig erklärt am 31. August 2000, gem. § 295a BAO abgeändert werde und gem. § 92 Abs. 1 lit.b BAO eine einheitliche und gesonderte Feststellung gem. § 188 BAO der im Kalenderjahr 1994 erzielten Einkünfte zu unterbleiben habe. Es liege Liebhaberei vor. Dagegen wurde am 15. September 2004 berufen. Am 12. November 2004 erließ das Finanzamt einen gem. § 200 Abs. 2 BAO endgültigen Bescheid nach vorläufigem Bescheid für das Jahr 1994, mit dem es aussprach, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der erklärten Einkünfte gem. § 188 BAO für das Jahr 1994 zu unterbleiben habe. Die den erklärten Einkünften zugrunde liegende Tätigkeit stelle Liebhaberei dar. Am 1. Dezember 2004 wies das Finanzamt die Berufung gegen den Nichtfeststellungsbescheid vom 29. Juli 2004 mit der Begründung zurück, dass dieser Bescheid aus formalrechtlichen Gründen nicht dem Rechtsbestand angehöre. Die gegen den endgültigen Nichtfeststellungsbescheid 1994 vom 12. November 2004 erhobene Berufung

wurde mit Bescheid vom 14. Feber 2005 als unzulässig zurückgewiesen, weil der angefochtene Bescheid ebenfalls nicht dem Rechtsbestand angehöre. Auch die Endgültigerklärung vom 31. August 2000 sei aus formalrechtlichen Gründen ohne Rechtswirksamkeit geblieben.

Am 22. Dezember 2004 erließ das Finanzamt einen gem. § 200 Abs. 2 BAO endgültigen Bescheid nach vorläufigem Bescheid für das Jahr 1994, mit dem es neuerlich aussprach, dass die Einkünfte der atypisch stillen Gesellschaft nicht festgestellt werden. Dazu wurde im wesentlichen begründend ausgeführt, dass nach der Vertragslage davon auszugehen sei, dass die Anleger ausscheiden würden, wenn die Gesamtrendite am günstigen sei. Demzufolge liege eine zeitlich begrenzte Beteiligung vor, was wiederum bedeute, dass es keinen Liebhabereianlaufzeitraum gebe. Wenn sich auch nach der ursprünglichen Vertragsgestaltung bis zum frühest möglichen Kündigungstermin ein (geringfügiger) Totalgewinn ergeben hätte, so hätten sich mit der Einbringung der Anteile die Verhältnisse geändert. Es könne nun ein Gesamtgewinn nicht mehr erzielt werden, weil der einzelne stille Gesellschafter auf die ihm zustehende Mindestabschichtung verzichtet habe. Die Vertragsänderung sei keine Unabwägbarkeit. Weiters sei anzunehmen, dass aus den Genussscheinen keine nennenswerten Einkünfte fließen würden. Die stillen Gesellschafter A und JP seien 1999 abgeschichtet worden und hätten keinen Gesamtgewinn erzielt.

Dagegen wurde die streitgegenständliche Berufung erhoben. Begründend wurde im wesentlichen ausgeführt, dass bei der Liebhabereibeurteilung eine ex ante-Betrachtung anzustellen sei. Bei dieser Betrachtung ergebe sich aber auch nach den Ausführungen des Finanzamtes ein Totalgewinn. Ein vorzeitiges Ausscheiden der Gesellschafter bzw. eine Einbringung der Beteiligungen in die Geschäftsherrin sei nicht geplant gewesen, was aus dem Veranlagungsprospekt ersichtlich sei. Erst wegen Liquiditätsüberlegungen sei die Einbringung von der Geschäftsherrin angeboten worden und hätte dazu die Zustimmung der stillen Gesellschafter eingeholt werden müssen. Es müsse nicht eine Unabwägbarkeit vorliegen, vielmehr sei maßgeblich, dass die Beendigung nicht von vornherein geplant gewesen sei. Bei einer Liegenschaftsschenkung habe der VwGH ausgesprochen, dass entscheidend sei, dass die ursprüngliche Planung zu einem Gesamtgewinn geführt hätte und ein erst nachträglich gefasster Entschluss zur vorzeitigen Einstellung der Tätigkeit nicht schädlich sei. Mit der Einbringung sei die Tätigkeit auch nicht beendet worden. Es müssten daher auch jene Ertragsanteile, die auf die stillen Gesellschafter entfallen wären und jetzt direkt bei der GmbH entstünden, herangezogen werden.

Im nach Vorlage der Berufung an den unabhängigen Finanzsenat fortgesetzten Berufungsverfahren, wurde die Bw. mit Vorhalt vom 7. November 2006 ersucht, einen

Anlageprospekt und ein Muster eines Angebotes an die Anleger für die stille Gesellschaft zu übermitteln, aus denen der prognostizierte Gewinn bzw. die versprochene Rendite hervorgehe. Weiters wurde ersucht, die gesellschaftsrechtlich relevanten Unterlagen betreffend die Einbringung vorzulegen. Wie habe das Angebot an die Anleger (stillen Gesellschafter) ausgesehen? Wie sei das Verhältnis der Einlagen der stillen Gesellschafter und der ausgegebenen Gewinnscheine ermittelt worden (S 50.000,-- Einlage für 2 Gewinnscheine)? Welche Erträge seien den stillen Gesellschaftern im Falle der Einbringung in Aussicht gestellt worden? Wie sehe die Ertragssituation (Ergebnisanteile) für die Anleger seit der Einbringung tatsächlich aus? Im angefochtenen Bescheid sei ausgeführt, dass die atypisch stillen Gesellschafter A und JP (Verlassenschaft nach JP) im Jahr 1999 abgeschichtet worden seien und dabei kein Gesamtgewinn erzielt worden sei. Diese Feststellung sei unwidersprochen geblieben. Wie stelle sich das Gesamtergebnis dieser beiden Gesellschafter im Detail dar? Wie habe es entgegen der Gesamtgewinnprognose zu individuellen Gesamtverlusten kommen können?

In Beantwortung dieses Vorhaltes wurde von der Bw. der Zeichnungsschein sowie der Anlageprospekt übermittelt. Aus dem Anlageprospekt ergebe sich – selbst wenn nur das Mindestabschichtungsguthaben ausbezahlt werde – aufgrund der Verzinsung mit 2 % pro Jahr für 7 Jahre und der Mindestabschichtung von 90 % ein Totalgewinn. Zur Frage nach dem Angebot an die Anleger wurde ein Muster für die Vollmacht und Ermächtigung, welche die Anleger unterschrieben hätten, übermittelt. Aufgrund des atypisch stillen Vertrages sei es notwendig gewesen, diese Vollmacht und Ermächtigung von den Anlegern einzuholen, da ohne Zustimmung der Anleger eine Einbringung nicht möglich gewesen wäre. Um die Einbringung überhaupt durchführen zu können, sei somit eine Vertragsänderung unbedingt notwendig gewesen. Auch aus dieser Tatsache sei ersichtlich, dass die Einbringung ex-ante sicherlich nicht geplant gewesen sei. Das Verhältnis der Einlagen der stillen Gesellschafter zu den ausgegebenen Gewinnanteilen sei aus dem Unternehmensbewertungsgutachten ersichtlich, welches als Anlage vorgelegt werde. Nach der Einbringung bestehe eine anteilige Beteiligung am Ergebnis der B GmbH. Dazu werde auf die Gewinnscheinbedingungen verwiesen. Bis dato hätten die Gewinnscheininhaber jedoch kein Ergebnis ausgeschüttet bekommen. Wie aus dem atypisch stillen Vertrag (siehe § 12 Z 2) ersichtlich, hätte der atypisch stille Gesellschafter frühestens ab 31.1.2002 das Recht, den atypisch stillen Gesellschaftsvertrag zu kündigen. Aufgrund des Todes von Herrn JP und der gleichzeitigen Überschuldung der Verlassenschaft habe seitens des Verlassenschaftskurators das Erfordernis bestanden, die atypisch stille Beteiligung des Erblassers zu verwerten und somit das atypisch stille Gesellschaftsverhältnis vorzeitig zu kündigen. Allerdings sei die B GmbH nur unter der Bedingung mit einer vorzeitigen Beendigung des atypisch stillen Gesellschaftsverhältnisses

einverstanden gewesen, dass die Verlassenschaft nach JP nur einen geringen – insbesondere unter dem Mindestabschichtungsguthaben von 90 % der Einlage liegenden – Abschichtungsbetrag erhalte. Somit sei auch diese vorzeitige Abschichtung ex-ante keineswegs geplant gewesen, sondern resultiere daraus, dass man in Folge des Todes von Herrn JP seitens der überschuldeten Verlassenschaft mit einem geringeren Abschichtungsguthaben einverstanden gewesen sei.

In der am 18. Dezember 2006 durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung brachten die Vertreter des Finanzamtes vor, dass das Beteiligungsmodell entsprechend den vertraglichen Bestimmungen zwar einen Totalgewinn habe erwarten lassen, jedoch sei durch die Kündigung des Beteiligungsverhältnisses und die Einbringung der Anteile in die Geschäftsherrin der Fall anders zu betrachten. Letztlich sei der Gesellschaftsvertrag nicht so durchgeführt worden, wie ursprünglich geplant. Jedem Gesellschafter muss bewusst gewesen sein, dass er mit der Einbringung zum 31.12.1999 seine Einkunftsquelle aufgegeben habe und dass bis zu diesem Zeitpunkt noch kein positives Gesamtbetriebsergebnis vorgelegen sei, zumal eine Abschichtung nicht erfolgt sei. Außerdem stelle sich die Frage, woher die Geschäftsherrin die vertraglich vereinbarte Abschichtung von rund S 56 Mio habe nehmen wollen. Es müsse angenommen werden, dass die geplante vereinbarte Abschichtung von Anfang an unrealistisch gewesen sei. Demzufolge würde in einer Einbringung wegen Liquiditätsproblemen keine Unwägbarkeit zu erblicken sein. Im Zuge der Einbringung seien Entnahmen in Höhe von rund S 23 Mio getätigt worden. Damit sei in etwa der Verlust der Einlage der stillen Gesellschafter nach Abzug der steuerlichen Auswirkung der Verlustzuweisung und abzüglich der Mindestverzinsungen ausgeglichen worden. Somit sei es für die stillen Gesellschafter leicht gewesen, auf den Einbringungsvorschlag einzugehen. Weiters stelle sich die Frage, ob überhaupt eine steuerliche Mitunternehmerschaft vorliege. Diesbezüglich sei zu bedenken, dass nach der Zuweisung von hohen Verlusten im ersten Jahr der Beteiligung nur mehr die fixe Verzinsung der Einlage Platz gegriffen habe. Die in den Folgejahren erzielten Gewinne seien nämlich de facto durch die hohe Geschäftsführervergütung der Geschäftsherrin (2,5 % der Nettoumsätze) abgeschöpft worden. Es stelle sich nun die Frage ob dies nicht schon bereits von Beginn an so geplant gewesen sei. Diesbezüglich könnten die Betriebsergebnisse der Geschäftsherrin vor Gründung der stillen Gesellschaft ein Indiz sein. Der steuerliche Vertreter der Bw. brachte ergänzend vor, das Finanzamt führe mit seiner Argumentation die Judikatur zur Änderung der Bewirtschaftungsart ad absurdum. Bei einer Änderung der Bewirtschaftungsart seien auch immer zwei Bewirtschaftungszeiträume anzunehmen und keine rückwirkende Betrachtung anzustellen. Dasselbe gelte für den vorliegenden Fall. Bei einer Einbringung werde die Einkunftsquelle anders als bei einer Schenkung gar nicht aufgegeben. Den Mutmaßungen des

Finanzamtes bezüglich der vermeintlich wahren Absichten zu Beginn des Gesellschaftsverhältnisses sei jedenfalls entgegen zu halten, dass eine Einbringung von vornherein nicht geplant gewesen sei. Erst im Laufe der Jahre habe sich gezeigt, dass die vereinbarte Abschichtung nicht aufgebracht werden könne und habe man sich dann entschlossen, den Gesellschaftern eine Einbringung vorzuschlagen. Selbst wenn man nun versucht hätte, den stillen Gesellschaftern die Einbringung mit Entnahmen schmackhaft zu machen, ändere dies nichts daran, dass die Einbringung von vornherein nicht geplant gewesen sei. Letztlich habe der Gesetzgeber selbst den Weg der Einbringung ermöglicht, indem er die gesetzliche Möglichkeit vorgesehen habe, steuerfrei die Einlagen in Gewinnscheine umzuwandeln. Wenn die Vertreter des Finanzamtes nun erstmals das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft in Frage stellen, dann werde ersucht, die Verhandlung zu vertagen, damit sich die steuerliche Vertretung auf diese neue Argumentationslinie vorbereiten könne. In diesem Zusammenhang sei jedenfalls festzuhalten, dass die stillen Gesellschafter vertraglich von der Teilnahme am Gewinn und Verlust nicht ausgeschlossen gewesen seien. Wenn das Finanzamt vermute, dass die vertragliche Gestaltung bewusst so erfolgt sei, dass den stillen Gesellschaftern nur die vertraglich vereinbarte Fixverzinsung zuzuweisen sein würde, dann entbehre diese Vermutung jeder Grundlage und sei eine Unterstellung.

Die mündliche Verhandlung wurde zur Durchführung weiterer Erhebungen vertagt.

Mit Schriftsatz vom 3. Jänner 2007 wurde den Parteien vorgehalten, dass in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 18. Dezember 2006 von Seiten des Finanzamtes erstmals im Berufungsverfahren Zweifel am Vorliegen einer Mitunternehmerschaft geäußert und dazu insbesondere vorgebracht worden sei, aus der (nach der Verlustzuweisung im Jahr 1994) erfolgten Fixverzinsung der Gesellschaftereinlage sei abzuleiten, dass die stillen Gesellschafter nicht am laufenden Betriebsergebnis teilgenommen hätten. Die Geschäftsführervergütung für die Geschäftsherrin sei so hoch bemessen worden (laut Vertrag 2,5 % des Nettojahresumsatzes), dass man aufgrund der vorher ergangenen Ergebnisse wissen habe müssen, dass für die atypisch Stillen nichts mehr übrig bleiben werde. Die Parteien im Verfahren wurden ersucht, ihre Standpunkte zum Vorliegen einer Mitunternehmerschaft im Detail zu argumentieren. Insbesondere wurde ersucht, zur Frage der Teilnahme der stillen Gesellschafter am laufenden Betriebsergebnis Stellung zu nehmen und darzulegen, wie die Betriebsergebnisse der Geschäftsherrin vor dem Jahr 1994 gewesen seien. Diesbezüglich lägen dem Unabhängigen Finanzsenat keine Unterlagen vor. Weiters sei von Seiten des Finanzamtes erstmals im Berufungsverfahren Zweifel geäußert worden, dass die vertraglich vereinbarte Abschichtung der stillen Gesellschafter realistisch kalkuliert gewesen sei, und daran die Vermutung geknüpft, dass die Einbringung der Anteile bereits von Anfang an

geplant gewesen sein könnte. Diesbezüglich wurde die Bw. aufgefordert, darzustellen und durch geeignete Unterlagen zu belegen, wie bei Vertragsabschluss die Finanzierung der vereinbarten Abfindung der stillen Gesellschafter geplant gewesen sei und wann und wie sich die Planungsannahmen verändert hätten, sodass letztlich eine Einbringung der Anteile ins Auge gefasst worden sei.

In Beantwortung dieses Vorhaltes erstattete das Finanzamt mit Schriftsatz vom 26. Jänner 2007 eine Sachverhaltsdarstellung. Darin wurde im wesentlichen ausgeführt, dass zum 31. Dezember 1993 umfassende Umgründungsschritte vorgenommen worden seien. Die M-VGmbH sei zum 31. Dezember 1993 als untergehende Gesellschaft auf die mit 8. Juli 1994 gegründete T-U-FGmbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen worden. Die Ergebnisse der M-VGmbH bis 1993 seien in der Beilage zusammengefasst, wobei auffalle, dass die Umsätze der M-VGmbH ab 1991 auf S 2,000.000,-- zurückgingen und ertragssteuerlich von 1989 bis 1993 Verluste erwirtschaftet worden seien. Ebenfalls mit Wirkung zum 31.12.1993 sei es zur Abspaltung des Handelsbetriebes von der PGmbH als abspaltende Gesellschaft in die neu gegründete, oben erwähnte T-U-FGmbH als aufnehmende Gesellschaft gekommen. Das Restvermögen der PGmbH sei zum 31.12.1993 mit der B Holding verschmolzen worden. Die T-U-FGmbH sei mit September 1994 in die B GmbH umbenannt worden.

Zusammenfassend sei diesbezüglich festzustellen, dass zum 31.12.1993 die einzig tätige Gesellschaft (M-VGmbH) in die neu gegründete T-U-FGmbH verschmolzen worden sei. Die PGmbH sei beim Finanzamt als nicht tätige Gesellschaft erfasst gewesen. Mit Juni 1994 sei nun der Vertrag betreffend die atypisch stille Gesellschaft geschlossen worden. Im ersten Veranlagungszeitraum dieser Mitunternehmerschaft sei ein Verlust von S 78,000.000,-- den Mitunternehmern zugeteilt worden. Aufgrund der Unterlagen der Großbetriebsprüfung sei festzuhalten, dass die B GmbH ab 1998 jährlich Umsätze in der Höhe von ca. 500 Millionen Schilling erzielt habe. 1994 seien die hohen Verluste der atypisch stillen Gesellschaft zugewiesen worden und in den Folgejahren aufgrund der Geschäftsführungsvergütung in der Höhe von 2,5 % des erzielten Umsatzes keine Bemessung für eine Gewinnzuweisung an die atypisch stillen Mitunternehmer geblieben. Aufgrund dieser Konstruktion sei der B GmbH eine Geschäftsführungsvergütung von jährlich S 10,000.000,-- und mehr zugewiesen worden. Die atypisch stillen Mitunternehmer hätten von diesen Gewinnen nichts erhalten. Es sei lediglich bei einer Mindestverzinsung der Einlage geblieben. Zum 31.12.1999 seien die atypisch stillen Mitunternehmeranteile gem. Art III., Umgründungssteuergesetz eingebracht worden. Dabei sei die Möglichkeit der unbaren Entnahme gem. § 16 Abs. 5 Z 2 Umgründungssteuergesetz in Anspruch genommen worden. Aus Sicht der Mitunternehmer sei damit das eingesetzte Kapital refundiert worden und zwar einerseits durch die Verlustzuweisung im Jahr 1994 und nunmehr durch die unbare Entnahme im Jahr 1999. Für die Gesellschaft habe die Bezahlung der



unbaren Entnahme die wesentlich geringere finanzielle Belastung im Vergleich zur drohenden Abschichtungsverpflichtung der atypisch stillen Gesellschafter dargestellt. Zusammenfassend sei daher festzuhalten, dass die Konstruktion mit den umfassenden Umgründungsschritten zum 31.12.1993 eingeleitet worden sei und aufgrund der Geschäftsführungsvergütung von 2,5 % des Umsatzes von vornherein festgestanden sei, dass die atypisch stillen Gesellschafter nur eine Verlustzuweisung im Jahr 1994 erhalten würden. Durch die hohe Abschichtungsverpflichtung (90 bis 140 % der Einlage) und die steigenden Verbindlichkeiten der B GmbH im Zusammenhang mit dem laufenden Geschäftsbetrieb sei die Annahme einer geplanten Einbringung der Mitunternehmeranteile anstatt der Abschichtung geradezu zwangsläufig zu unterstellen, womit das ursprünglich im Ausgabeprospekt kalkulierte positive Gesamtergebnis niemals habe erreicht werden können.

Dieser Stellungnahme wurden folgende Beilagen angeschlossen: Darstellung der steuerlichen Ergebnisse der stillen Gesellschaft in den Jahren 1994 bis 2000, Bilanzübersicht B GmbH, Auszug aus dem Lagebericht zur Bilanz 2001, Darstellung der Entwicklung der Zinssätze für Bundesanleihen 1990 bis Februar 2000, Gegenüberstellung Planrechnung zu tatsächlichen Ergebnissen laut Handelsbilanz, „Berechnung laut Gutachten“, Planrechnung für das Jahr 2000, Ergebnisübersicht M-VGmbH für die Jahre 1988 bis 1993.

Diese Sachverhaltsdarstellung wurde dem steuerlichen Vertreter der Bw. zur allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2007 nahm die Bw. zur übermittelten Stellungnahme des Finanzamtes wie folgt Stellung: Eine Einbringung sei ex ante nicht geplant gewesen. Diesbezüglich werde auf die beigeschlossene Stellungnahme des Geschäftsführers der Bw. verwiesen. Falls dieser Argumentation im Rahmen der freien Beweiswürdigung kein Glauben geschenkt werden sollte, dann werde der Antrag gestellt, den Geschäftsführer der B GmbH als Zeugen zu vernehmen. Aus einer beiliegenden – im Zuge der Begründung der stillen Gesellschaft erstellten – Excel-Aufstellung sei zu ersehen, dass eine langfristige Beteiligung der stillen Gesellschafter geplant gewesen sei, da Ergebnisse bis ins Jahr 2001 prognostiziert worden seien und beabsichtigt gewesen sei, die Abschichtung anzusparen. Die hohe Abschichtungsverpflichtung als Argument dazu zu verwenden, dass die Einbringung von vornherein geplant gewesen sei, müsse zurückgewiesen werden. Vereinbarungen über Abschichtungshöhen im atypisch stillen Gesellschaftsvertrag seien durchaus üblich und sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich sinnvoll. Auch habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23.2.1994, Zl. 93/15/0163 (dem sogenannten Bandbreitenenerkenntnis) festgehalten, dass die Vereinbarung einer Bandbreite nicht das Unternehmerrisiko bzw. die Mitunternehmerstellung ausschließe. Schon gar nicht könne daher von einer solchen –

üblichen – Vereinbarung auf eine von vornherein geplante Einbringung geschlossen werden. Wie aus der beigeschlossenen Excel-Aufstellung ersichtlich sei, wäre eine Abschichtung auch eindeutig finanzierbar gewesen. Völlig unklar sei, warum die Behörde aus den steigenden Verbindlichkeiten schließen wolle, dass eine Einbringung ex ante geplant gewesen sei. Hierzu sei zunächst auszuführen, dass die Verbindlichkeiten nicht sukzessive angestiegen seien. Die Verschuldung sei – wie aus den Bilanzen zu entnehmen – im Jahr 1995 gestiegen, in den Jahren 1996 und 1997 gesunken und in den Jahren 1998 bis 1999 wiederum gestiegen. Dazu werde auch auf eine Beilage verwiesen. Bei Vergleich der Bilanzen sei auch festzustellen, dass nicht nur die Verbindlichkeiten, sondern auch das Umlaufvermögen entsprechend angestiegen seien. Warum daher aus der oben angeführten Entwicklung der Verbindlichkeiten zwangsläufig auf eine geplante Einbringung zu schließen sei, sei aus Sicht der Bw. völlig unverständlich. Hier sei auch noch zu erwähnen, dass selbst, wenn die Verbindlichkeiten ohne Anstieg des Umlaufvermögens gestiegen wären, aus diesem ex post eintretenden Umstand niemals der Schluss gezogen werden könne, dass ex ante eine Einbringung geplant gewesen sei. Ein weiteres Argument dafür, dass die vorzeitige Abschichtung nicht geplant gewesen sei, sei, dass die Verträge geändert werden hätten müssen und auch die atypisch stillen Gesellschafter ihre Zustimmung zu den Änderungen hatten geben müssen. Auch hätte es letztlich eines wirtschaftlichen Argumentes aus Sicht der Anleger gegen die geplante vorzeitige Abschichtung bedurft. Wäre der Vertrag entsprechend der ursprünglichen Planung beendet worden, hätte die Anleger nämlich eine wesentlich höhere Abschichtung bekommen. Aus diesem Umstand sei ersichtlich, dass die Abschichtung weder zu diesem Zeitpunkt noch in dieser Höhe geplant gewesen sei. Der Vorwurf der von vornherein geplanten Einbringung sei daher nicht haltbar. Hinsichtlich der Stellung als Mitunternehmer sei zunächst auf die Einkommensteuerrichtlinien zu verweisen. Die Mitunternehmerstellung sei für die atypisch stille Gesellschaft zu bejahen, wenn der Gesellschafter trotz fehlender Unternehmerinitiative ausreichend Unternehmerrisiko eingegangen sei. Dies sei dann der Fall, wenn er bei Auflösung der Gesellschaft oder Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt sei. Außerdem dürfe für den Fall der Abschichtung keine Pauschalabfindung vereinbart worden sein. Eine vereinbarte Bandbreite gelte nicht als Pauschalabfindung. Beide Voraussetzungen seien im gegenständlichen Fall erfüllt, so dass aus diesem Grund die Mitunternehmerstellung jedenfalls vorliege. Wenn das Finanzamt behauptete, dass es nicht zu einer Gewinnzuweisung gekommen sei, weil aufgrund der hohen Geschäftsführervergütung in Höhe von 2,5 % des erzielten Umsatzes keine Bemessung für eine Gewinnzuweisung an die atypisch stillen Mitunternehmer geblieben sei, dann sei festzuhalten, dass aus einer Vereinbarung über eine 2,5 %ige Geschäftsführervergütung nicht geschlossen werden könne, dass den atypisch stillen Gesellschaftern überhaupt kein Gewinn

mehr zugewiesen werden könne. Bei einer entsprechenden Gewinnentwicklung, bei der der Gewinn höher als 2,5 % des Umsatzes sei, hätte sehr wohl für die atypisch stillen Gesellschafter ein Gewinn verbleiben müssen. Es seien durchaus Margen von 6 % bis zu 12 % des Umsatzes (für WarengruppeU ) denkbar, so dass es durchaus möglich gewesen wäre, dass nach Abzug eines Geschäftsführerentgeltes von 2,5 % ein Gewinn für die atypisch stillen Gesellschafter verblieben wäre. Dazu sei weiters auszuführen, dass die Geschäftsführervergütung nicht an den Geschäftsherrn ausbezahlt (ausgeschüttet) worden sei, sondern gespart worden, und schließlich für die Abfindung der stillen Gesellschafter herangezogen worden sei. Die Mittel der Geschäftsführervergütung seien daher nicht den atypisch stillen Gesellschaftern entzogen worden, sondern es sei geplant gewesen, dass die Mittel den atypisch stillen Gesellschaftern im Wege der Abschichtung wieder zufließen. Die Begleichung der Abschichtung wäre aber – bei planmäßigem Eintreten der Ereignisse auch aufgrund des gestiegenen Unternehmenswertes – bei Unterstellung einer Veräußerung – finanzierbar gewesen. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass mit den atypisch stillen Gesellschaftern eine Vorweggewinnvergütung in Höhe von 2 % der Einlage vereinbart worden sei. Mit dieser Vorweggewinnvergütung seien die atypisch stillen Gesellschafter sehr wohl am laufenden Ergebnis beteiligt gewesen. Das Argument der Behörde, dass es bei den atypisch stillen Gesellschaftern zu gar keiner Gewinnzuweisung gekommen sei, könne daher nicht nachvollzogen werden.

In dem diesem Schriftsatz beigeschlossenen Schreiben des Geschäftsführers der Bw. vom 9.2.2007 wird folgendes ausgeführt: Bezüglich der Anfrage, was im Jahr 1994 hinsichtlich der atypisch stillen Gesellschaftsbeteiligung seitens des Unternehmens konzeptionell beabsichtigt gewesen sei und sich letztlich entwickelt habe, wurde vorgebracht, dass die Gesellschaft Restrukturierungsbedarf gehabt habe. Insbesondere seien in den Jahren 1993 und 1994 Maßnahmen getroffen worden, um das Unternehmen durch Erschließung neuer Geschäftsfelder und neuer Projektgruppen neu und stärker international auszurichten. Im Zuge dessen sei der Einzelhandel eingestellt worden. Für das angestrebte Wachstum sei eine langfristige Eigenkapitalfinanzierungsvariante gesucht worden. Die Variante der Aufnahme atypisch stiller Gesellschafter habe sich aus mehreren Gründen für die angestrebten Zielsetzungen als vorteilhaft erwiesen und sei daher 1994 gewählt worden. Durch die Aufnahme von Eigenkapital hätten sich Liquiditätsvorteile (keine anfallenden Fremdkapitalzinsen) ergeben, das Eigenkapital hätte in der Bilanz verbessert werden können und das Risiko sei auf mehrere Mitunternehmer verteilt worden. Die atypisch stillen Gesellschafter hätten für ihre Beteiligung einerseits eine Fixverzinsung von 2 % auf das eingesetzte Kapital erhalten, andererseits sei die Thesaurierung des Unternehmenserfolges beabsichtigt und auch tatsächlich vorgenommen worden. Weiters seien die Mitunternehmer

auch am Firmenwert und den stillen Reserven beteiligt gewesen. Durch die thesaurierten Gewinne sei die Finanzierung der zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehenen Abschichtung, bei nachhaltigen Gewinnen, sicher gestellt gewesen. Diese Abschichtung sei mit zwischen 90 % und 140 % in Aussicht gestellt worden. Das Höchstausmaß des Abschichtungserlöses erkläre sich, wie bereits erwähnt, durch die relativ niedrige jährliche Verzinsung des eingesetzten Kapitals und die Thesaurierung der Unternehmensergebnisse. Den Planungsrechnungen sei zu entnehmen, dass die atypisch stillen Gesellschafter über den Finanzierungszeitraum einen Überschuss hätten erreichen sollen. Der Vorweggewinn an den Geschäftsherrn in Höhe von 2,5 % des Umsatzes finde seine Begründung aus dem Erfordernis der Vergütung der hohen angefallenen Aufwendungen. Die Gesellschaft habe sich in den ersten drei Jahren auch planmäßig entwickelt. Vorerst seien die deutlich reduzierten Spannen im N-Geschäft durch steigende Umsätze egalisiert worden, als die Umsätze ab 1998 signifikant zurückgegangen seien, hätten sich die Erträge drastisch reduziert. Die finanzielle Folge aus dieser Entwicklung sei einerseits ein deutlich angestiegener Finanzierungsbedarf des working-capitals und andererseits keine ausreichende Bildung von thesaurierten Bilanzgewinnen gewesen. Die im Jahr 1993 eingeleitete Ausweitung des Geschäftsbetriebes auf Deutschland unter der B PuFGmbH sei im Jahr 1997 nach Österreich übertragen und in einer T-Einheit zusammengefasst worden. Damit sei insbesondere das Exportkonzept in der B GmbH strategisch in Frage gestellt worden und mit dem Erwerb von WarengruppeC am 1. Feber 1999 wirtschaftlich sinnlos geworden. Eine Ertragsbewertung zum 31.12.1999 für die B GmbH habe einen Unternehmenswert von etwa 25 Millionen Schilling ergeben. Das sei für die Anleger offenbar ein zu hohes Risiko gewesen, um sich mit einer Abschichtung von 90 % zum frühestmöglichen Termin per 31. Jänner 2001 zufrieden zu geben. Aus diesem Grund habe man sich daher auf eine Einbringung zum 31.12.1999 in der getätigten Form geeinigt.

Diesen Schriftsätzen beigeschlossen ist eine Excel-Aufstellung, übertitelt mit „Darstellung der Kontenbewegungen in den einzelnen Firmen“, sowie die Bilanzen der B GmbH für die Jahre 1994 bis 1999.

Diesem Schriftsatz weiters angeschlossen ist ein Zeichnungsschein des Fonds, das Angebot des Fonds , eine Ablichtung des Vertrages über die Errichtung der atypisch stillen Gesellschaft, die Vollmacht und Ermächtigung eines atypisch stillen Gesellschafters, erteilt an die A betreffend die Entnahme von zumindest 40 % der von ihm geleisteten Gesellschaftseinlage und die Einbringung seines Mitunternehmeranteiles, das Gutachten zur Ermittlung des Verkehrswertes der B GmbH zum 31.12.1999, die Gewinnscheinbedingungen sowie ein Schreiben des Notars Dr. OL vom 11.12.1998 betreffend die Verlassenschaft JP und schließlich ein Schreiben der B GmbH vom 23.2.1999, ebenfalls betreffend den Rückkaufwert der Verlassenschaft JP .

Mit Schreiben vom 17. August 2007 wurde der Bw. Folgendes vorgehalten:

„Mit per mail vom 16. Feber 2007 übermittelten Schreiben vom 16. Feber 2007 wurde zur im Vorhalt vom 3. Jänner 2007 (ergangen per mail) gestellten Frage, wie bei Vertragsabschluss die Finanzierung der vereinbarten Abfindungen der Stillen Gesellschafter geplant gewesen sei, vorgebracht, dass aus der als Beilage 2 übermittelten Exel Aufstellung zu ersehen sei, dass eine langfristige Beteiligung der Stillen Gesellschafter geplant gewesen sei, da Ergebnisse bis ins Jahr 2001 prognostiziert worden seien und beabsichtigt gewesen sei, die Abschichtung anzusparen. Diese Exel Aufstellung sei im Zuge der Begründung der Stillen Gesellschaft erstellt worden (ergänzende mail vom 11. April 2007).

Die Berechnung(Planung) flüssiger Mittel in dieser Exel-Aufstellung am Beispiel der 90%-Abschichtung ergibt einen Saldo flüssiger Mittel im Jahr 2001 von (in TausendATS) 23.600. Dieser Betrag wird (zusammengefasst) wie folgt errechnet:

Stammkapital		1.000
Einlage in Rücklage		4.000
Stille Einlage		56.000
-Verlust 1994		-86.000
Geplantes Ergebnis 1995	8.000	
Geplantes Ergebnis 1996	7.000	
Geplantes Ergebnis 1997	8.000	
Geplantes Ergebnis 1998	9.000	
Geplantes Ergebnis 1999	9.000	
Geplantes Ergebnis 2000	10.000	
Geplantes Ergebnis 2001	10.000	
-Vorweg Stille (2% x 8 Jahre)	-8.960	52.040
= Summe Eigenkapital		27.040
Wert des Unternehmens	51.000	
- Summe Eigenkapital	27.040	
= stille Reserven	23.960	
+ flüssige Mittel	52.040	
- Tilgung Darlehen	2.000	
- Abschichtung 90%	50.400	
= Saldo flüssige Mittel	23.600	

Der prognostizierte Verlust des Jahres 1994 von 86.000 wurde zwar bei der Berechnung des Eigenkapitals mindernd angesetzt, bei der Ermittlung der flüssigen Mittel von 52.040 blieb er aber außer Ansatz. Es wird diesbezüglich um Erläuterung gebeten. Wie wurde außerdem der

Wert des Unternehmens geschätzt? Worauf geht der Wert von 5.300 bei der Berechnung  $51.000 = 5.300 \times 10\%$  abzüglich Schulden 2.000 zurück?

Setzt man in diese Berechnungsform die tatsächlich erzielten Ergebnisse (siehe Aufstellung des FA lt. Beilage) ein und berücksichtigt man als stille Reserven den im Einbringungsgutachten (siehe Auszug in der Beilage) ausgewiesenen Wert von 23.410 (in dem allerdings der Verlust 1994 von rund 77.000 anscheinend enthalten ist), dann ergibt sich (bis zum Jahr 1999 betrachtet) folgendes Bild:

Stammkapital		1.000
Einlage in Rücklage		4.000
Stille Einlage		56.000
-Verlust 1994		-77.577
Ergebnis 1995	11.846	
Ergebnis 1996	14.027	
Ergebnis 1997	17.944	
Ergebnis 1998	9.638	
Ergebnis 1999	2.478	
-Vorweg Stille (2% x 5 Jahre)	-5.665	50.268
= Summe Eigenkapital		33.691
stille Reserven lt. Einbringungsgutachten	23.410	
+ flüssige Mittel	50.268	
-Tilgung Darlehen	2.000	
- Abschichtung 90%	50.400	
= Saldo flüssige Mittel	21.278	

Somit hätte der Überhang flüssiger Mittel ausgereicht, um die Abschichtungen vornehmen zu können. Hinzuweisen ist darauf, dass die tatsächlich erzielten Ergebnisse besser waren, als die prognostizierten. Dieser Umstand läßt entweder vermuten, dass die Planungsrechnung (methodisch) untauglich gewesen ist, oder annehmen, dass die schlechte Liquiditätslage als Begründung für die Einbringung nur vorgeschoben ist. Gegen letztere Annahme spricht allerdings das Faktum, dass im Einbringungsgutachten der Verkehrswert des Unternehmens im Jahr 1999 mit insgesamt S 23.620.710,-- ermittelt ist (im Schreiben von Herrn JB vom 9. Feber 2007 ist sogar von einem Unternehmenswert von nur S 25 Mio die Rede) und sich danach eine Abschichtung in Höhe von rund S 50 Mio im Jänner 2002 bei Fortschreiben der bis 1999 erzielten Jahresergebnisse wahrscheinlich nicht ausgegangen wäre. Ginge man davon aus, dass die vorgelegte Planungsrechnung methodisch untauglich ist, dann erhebt sich die Frage, ob diese Rechnung als Nachweis dafür angesehen werden kann, dass nicht von Anfang an latent mit der Möglichkeit einer Einbringung gerechnet wurde. Diesbezüglich ist auch zu bedenken, dass im Treuhandvertrag eine Berechtigung der Treuhänderin zur Einbringung der Gesellschaftsanteile in die Geschäftsherrin vorgesehen ist (allerdings mit einzuholender Zustimmung der Treugeber).

In diesem Zusammenhang ist weiters anzuführen, dass bei Durchsicht des vorgelegten Angebotes des Fonds an die Investoren der Eindruck entsteht, dass der „Partner“ der Investoren nicht allein die B GesmbH, an deren Unternehmen sich die Gesellschafter letztlich formell beteiligt haben, sondern die gesamte „Unternehmensgruppe B“ mit einem dort ausgewiesenen wirtschaftlichen Eigenkapital von S 163 Mio. und einem dort angeführten Gewinn für 1993 von S 25 Mio. gewesen ist. Im „Risikohinweis“ heißt es: „Sollten diese Effekte nicht eintreten und die zukünftigen Ergebnisse der Unternehmensgruppe, insbesondere der S Gesellschaft m.b.H., keine positive Entwicklung zeigen, so hat der Anleger im schlechtesten Fall mit dem Totalverlust seiner Einlage zu rechnen.“ Daran knüpft sich die Frage, ob es irgendwelche Vereinbarungen oder sonstige Rechtsgrundlagen gegeben hat, nach denen die gesamte Sgruppe für die Finanzierung der Abschichtung einzustehen gehabt hätte. Wurde das Angebot selbst in irgend einer Form zum Vertragsinhalt? Wenn nicht, warum dann diese Form der Darstellung im Angebot.

Es wird um Stellungnahme ersucht.

Weiters wurde im Verfahren zur Frage des Vorliegens einer Mitunternehmerschaft vorgebracht, dass im Geschäftsbereich der Berufungswerberin „durchaus Margen von 6% bis zu 12% des Umsatzes (für WarengruppeU) denkbar“ gewesen seien und „es durchaus möglich gewesen wäre, dass nach Abzug eines Geschäftsführerentgeltes von 2,5% ein Gewinn für die atypisch stillen Gesellschafter hätte verbleiben müssen.“ Dazu ist zu sagen, dass nach besagtem Angebot des Fonds für die Unternehmensgruppe B für das Jahr 1993 ein Umsatz von S 1.024 Mio. und ein Gewinn von S 25 Mio. dargestellt ist. Demnach hätte die Gewinnquote 1993 2,44% betragen. Nimmt man die Ergebnisse der M-VGmbH (= Rechtsvorgängerin der B GesmbH) laut der beigeschlossenen Aufstellung des Finanzamtes als Maßstab, dann ergibt sich eine negative „Gewinnquote“.

Es wird daher ersucht, die Margeneinschätzung von 6% bis 12% des Umsatzes zu belegen....“

In Beantwortung dieses Vorhaltes brachte die Bw. mit Schreiben vom 5. Oktober 2007 vor, dass mit der übermittelten Berechnung bei Abschluss der stillen Beteiligung dargestellt werden solle, dass von Anfang an eine Abschichtung geplant gewesen sei. Es solle anhand von Unterlagen der Geschäftsherrin gezeigt werden, dass bei Abschluss des atypisch stillen Gesellschaftsvertrages von einer Abschichtung ausgegangen worden sei. Ausschließlich dieser Umstand hätte dargelegt werden sollen. Der Verlust von S 86 Millionen sei tatsächlich bei der Darstellung der liquiden Mittel außer Ansatz geblieben, hier handle es sich um einen Irrtum in der Aufstellung. Dies ändere aber nichts daran, dass es sich bei dieser Darstellung um jene Darstellung handle, die bei Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages maßgeblich gewesen sei. Zu den Berechnungen der Geschäftsherrin werde auf das beigeschlossene Schreiben der B GmbH vom 13. September 2007 verwiesen. Aus dem Umstand, dass die tatsächlich eingetretenen Ergebnisse von den ursprünglich geplanten Ergebnissen abweichen, könne nicht geschlossen werden, dass die Bewertungsmethodik untauglich gewesen sei. Eine Abweichung von einer getroffenen Annahme im wirtschaftlichen Umfeld führe dazu, dass sich die tatsächlichen Ergebnisse von den geplanten Ergebnissen unterscheiden. In der Praxis komme es aufgrund der Dynamik des Wirtschaftslebens regelmäßig zu Abweichung der Ist-Zahlen von den Plan- oder Soll-Zahlen. Hinsichtlich der Liquiditätslage werde ebenfalls auf das beigeschlossene Schreiben der B GmbH vom 13. September 2007 verwiesen. Aus steuerlicher

Sicht müsse darauf hingewiesen werden, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des atypisch stillen Gesellschaftsvertrages der Hälttesteuersatz für Abschichtungsgewinne im Einkommensteuergesetz maßgeblich gewesen sei. Bei Abschluss des Vertrages sei geplant gewesen, den Hälttesteuersatz nach Ablauf der vorgeschriebenen 7-Jahres-Frist für die Abschichtung in Anspruch zu nehmen. Das sei auch aus dem Prospekt (Seite 3 Beteiligungsdauer) ersichtlich, wonach der atypisch stille Gesellschafter frühestens zum 31. Jänner 2002 seine Beteiligung kündigen könne. Auch bei den gesellschafts- und steuerrechtlichen Grundlagen (Seite 10 letzter Absatz des Prospektes) werde auf die Begünstigung des halben Steuersatzes hingewiesen. Das Anführen der gesamten Unternehmensgruppe B im Anbotsprospekt sollte dem Anleger eine entsprechende wirtschaftliche Stärke der B GmbH signalisieren und darlegen, dass die B GmbH in einem Konzernumfeld agiere. Dazu werde auf die beiliegende Patronatserklärung der B Holding GmbH verwiesen. Daraus sei ersichtlich, dass eine Abschichtung von Anfang an geplant gewesen sei. Weiters werde in der Beilage übermittelt, eine Einzelerledigung des Bundesministeriums für Finanzen zu einem vergleichbaren Fall, wonach eine solche Garantie von dritter Seite die Mitunternehmerstellung nicht mildere oder ausschließe. Im konkreten Fall sei die Mindestabschichtungsgarantie neben dem Geschäftsherrn auch von der B Holding als deren Gesellschafter erfolgt. Das Unternehmerrisiko bestehe weiter. Bezüglich der GewinnMarge liege offenbar ein Missverständnis vor. Diesbezüglich werde auf das Schreiben der B GmbH vom 13. September 2007 verwiesen.

In dem diesem Schriftsatz beige-schlossenen Schreiben der B GmbH vom 13. September 2007 wird Folgendes im Wesentlichen ausgeführt: Aus den Unterlagen ergebe sich die Bandbreite der Abschichtung zwischen 140 % und 90 %. Es sei eine stille Einlage gewährt worden in Höhe von S 56 Mio.. 140 % davon seien S 78,4 Mio. und 90 % seien S 50,4 Mio.. Auf Blatt 1 sei dargestellt, dass bei einer normalen Entwicklung das Ergebnis der Planungsrechnung im Jahr 2001 S 10 Mio. betrage. Abzüglich eines Sicherheitsabschlages für die ewige Rentenberechnung von 15 % ergebe das einen Betrag von S 8,5 Millionen (normal-case-Betrachtung). Auf Blatt 2 sei in einer worst-case-Betrachtung die Untergrenze der Gewinnentwicklung dargestellt, um eine 90 %ige Abschichtung darstellen zu können (Zukunftsgewinn für ewige Rentenberechnung S 5,3 Millionen). Dies sei gemacht worden, um vorweg eine Abschätzung machen zu können, wie hoch das Risiko für die Anleger sei. In beiden Fällen lasse sich „ein Gesamtgewinn zwischen 31.360 und 3.360 darstellen“. Was die Margen angehe, so lägen diese deutlich über 50 % (= Differenz zwischen Umsatz und Wareneinsatz). Sollte mit Marge die Umsatzrendite gemeint sein, so liege diese bei der B GmbH deutlich unter 5 %. Eine Marge oder Rendite von 6 bis 12 % könne nicht bestätigt werden. Was die Bilanzen der M-VGmbH angehe so zeigten diese folgendes Bild:



„Jahresergebnis 1994 Gewinn von 2.080 (Verringerung Verlustvortrag auf 7.158 und Bildung Gewinnrücklage 47); Jahresergebnis 1995 Gewinn von 10.725; Jahresergebnis 1996 Gewinn 8.583“. Die Gesellschaft habe die Unternehmenserfolge jährlich thesauriert, dies sei immer beabsichtigt gewesen und auch so gemacht worden. Damit sollte bis 2001 ein Gewinn von S 61 Millionen thesauriert werden (abzüglich Vorweggewinne stille Gesellschafter = statistische Bilanzbild). Darauf aufbauend könne man der Planungsrechnung entnehmen, dass sich 2002 (nach Ablauf der 7-Jahres-Periode) bei einer Bewertung von 8,5 Millionen Zukunftsertrag abzüglich der Schulden noch ein Unternehmenswert von 83 Millionen (Ertragswert) darstellen lasse. Wie man der Planungsrechnung entnehmen könne, hätten die liquiditätswirksamen Verluste S 68 Mio. betragen (= S 18 Mio. Buchverlust) und sollten laut Planungsrechnung im Jahr 2001 S 52 Mio. Liquidität in der Gesellschaft vorhanden sein. Das Eigenkapital zu diesem Zeitpunkt habe sich damit Ende 2001 auf 27.040 (inklusive Stammkapital, Einlage in Rücklage, stille Einlage, Verlust 1994, zuzüglich Gewinne 1995 bis 2001, abzüglich Vorweggewinn Stille) belaufen. Bei einem Unternehmenswert von S 83 Millionen seien also stille Reserven von 55.960 in der Gesellschaft vorhanden gewesen. Nachdem z.B. bei einer maximalen Abschichtung von 140 % S 78,4 Millionen zu bezahlen gewesen wären, seien auch die flüssigen Mittel insofern vorhanden gewesen, als die Gesellschaft bei dieser Bewertung dazu in der Lage gewesen wäre, die stillen Reserven aufzubringen (z.B. durch Verkauf der Gesellschaft an einen Dritten oder innerhalb der Unternehmensgruppe). Nach Abschichtung und Darlehen wären S 27,6 Millionen Liquidität vorhanden gewesen. Das sage die Planungsrechnung und das würden auch die tatsächlich in das Eigenkapital fließenden Jahresergebnisse sagen (1994 ca. 2,0 Mio., 1995 ca. 10,7 Mio., 1996 ca. 8,5 Mio.). Diese Beträge hätten sich im Bereich der Ergebnisse der Planungsrechnungen bewegt.

Dem Schreiben vom 5. Oktober 2007 ist weiters beigeschlossen eine Einzelanfragebeantwortung des Bundesministeriums für Finanzen vom 19. März 2001 und vom 9. April 2001, sowie eine Patronatserklärung der B Holding GmbH gerichtet an die A vom 12. April 1994.

In der Folge erklärten beide Parteien des Verfahrens, dass sie auf die Durchführung einer weiteren mündlichen Berufungsverhandlung verzichten.

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

Ausgangspunkt des gegenständlichen Rechtsstreites ist die Frage, ob die Beteiligung der stillen Gesellschafter am Unternehmen der Geschäftsherrin eine Einkunftsquelle darstellt oder ob es sich dabei um Liebhaberei handelt. Darüberhinaus wurde im Berufungsverfahren von

Seiten des Finanzamtes die Frage aufgeworfen, ob überhaupt eine Mitunternehmerschaft vorliege.

### **1) Zur Frage des Vorliegens einer Einkunftsquelle bzw. Liebhaberei:**

Die hier zu beurteilende Frage fällt in den Anwendungsbereich der Liebhabereiverordnung 1993 (LVO).

Gemäß § 1 Abs. 1 LVO liegen Einkünfte vor bei einer Betätigung, die durch die Absicht veranlasst ist, einen Gesamtgewinn oder einen Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen, und nicht unter Abs. 2 fällt. Voraussetzung ist, dass die Absicht anhand objektiver Umstände (§§ 2 Abs. 1 und 3) nachvollziehbar ist.

Es genügt somit nicht, dass der Steuerpflichtige die (behauptete) Absicht hat, Gewinne zu erzielen. Es kommt auch auf die Objektivierbarkeit der Ertragseignung an. Die objektive Ertragseignung einer Betätigung bedeutet nicht, dass daraus ein Gesamtgewinn tatsächlich erwirtschaftet wird, sondern dass die Betätigung unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nach Art ihrer Ausübung überhaupt objektiv geeignet ist, ein positives Gesamtergebnis zu erzielen. Unvorhergesehene Ereignisse in Form von Unwägbarkeiten oder anormalen wirtschaftlichen Verhältnissen stellen in der Regel die objektive Ertragseignung nicht in Frage. Dies gilt selbst dann, wenn die Betätigung aus diesem Grund beendet werden musste. Unwägbarkeiten sind das Ergebnis negativ beeinflussende Ereignisse, die nicht dem üblichen Wirtschaftsverlauf entsprechen und in der Regel keinen Kausalzusammenhang zu einem gewollten Verhalten des Steuerpflichtigen aufweisen (vgl. Doralt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 2, Tz. 355 ff). Bei Beurteilung eines abgeschlossenen Betätigungszeitraumes sind grundsätzlich nur die Ergebnisse innerhalb dieses Zeitraumes heranzuziehen, das heißt es ist keine Ertragsprognose über diese eingegrenzte Zeitspanne hinaus zu erstellen. Der Ertragsfähigkeit steht die Übertragung einer Einkunftsquelle oder die Einstellung einer Tätigkeit vor Erzielung eines positiven Gesamtergebnisses nicht entgegen, sofern bei Fortsetzung der Betätigung ein Totalgewinn erzielbar gewesen wäre. Stellt der Steuerpflichtige die Betätigung vorzeitig ein, hat er nachzuweisen, dass keine auf einen begrenzten Zeitraum hin bestehende Planung bestanden hat, sondern sich die Beendigung erst nachträglich zB wegen konkreter Unwägbarkeiten ergeben hat. Dem Steuerpflichtigen obliegt in solchen Fällen also der Beweis, dass seine ursprüngliche Planung darauf gerichtet war, sich bis zum Erreichen eines Totalüberschusses zu betätigen (vgl. Doralt a.a.O, Tz. 371 ff und die dort zitierte Judikatur). Zur vorzeitigen Beendigung einer Vermietung einer Liegenschaft hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 8. Feber 2007, 2004/15/0079 ausgesprochen, dass es am Steuerpflichtigen gelegen sei, den Nachweis zu erbringen, dass die Vermietung „nicht latent von vornherein auf einen begrenzten Zeitraum

geplant“ gewesen sei, sondern sich die Beendigung erst nachträglich, insbesondere durch den Eintritt konkreter Unwägbarkeiten ergeben habe. Aufgabe der Abgabenbehörde sei es sohin, Feststellungen darüber zu treffen, ob es als erwiesen angesehen werden kann, dass der konkrete Plan des Steuerpflichtigen auf die Vermietung für einen unbegrenzten Zeitraum ausgerichtet gewesen ist.

Zufolge § 2 Abs. 2 LVO liegen innerhalb der ersten 3 Kalenderjahre (Wirtschaftsjahre) ab Beginn einer Betätigung (z.B. Eröffnung eines Betriebes) im Sinn des § 1 Abs. 1, längstens jedoch innerhalb der ersten 5 Kalenderjahre (Wirtschaftsjahre) ab dem erstmaligen Anfallen von Aufwendungen (Ausgaben) für diese Betätigung jedenfalls Einkünfte vor (Anlaufzeitraum). Dieser Zeitraum wird durch die Übertragung der Grundlagen der Betätigung auf Dritte nicht unterbrochen. Nach Ablauf dieses Zeitraumes ist unter Berücksichtigung der Verhältnisse auch innerhalb dieses Zeitraumes nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen, ob weiterhin vom Vorliegen von Einkünften auszugehen ist. Ein Anlaufzeitraum im Sinne des ersten Satzes darf nicht angenommen werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalles damit zu rechnen ist, dass die Betätigung vor dem Erzielen eines Gesamtgewinnes (Gesamtüberschusses) beendet wird.

Gemäß § 4 Abs. 1 LVO sind die §§ 1 bis 3 auch bei Personenvereinigungen (Personengemeinschaften) ohne eigene Rechtspersönlichkeit anzuwenden. Zufolge § 4 Abs. 2 LVO ist zuerst für die Personenvereinigung (Personengemeinschaft) zu prüfen, ob die gemeinschaftliche Betätigung als Liebhaberei im Sinne des § 1 zu beurteilen ist. Gem. Abs. 3 dieser Bestimmung ist zusätzlich gesondert zu prüfen, ob jeweils beim einzelnen Gesellschafter (Mitglied) Liebhaberei vorliegt. Dabei sind auch besondere Vergütungen (Einnahmen) und Aufwendungen (Ausgaben) der einzelnen Gesellschafter (Mitglieder) zu berücksichtigen. Gem. Abs. 4 ist bei der Prüfung im Sinne des Abs. 3 weiters darauf Bedacht zu nehmen, ob nach den Umständen des Einzelfalles damit zu rechnen ist, dass der Gesellschafter (das Mitglied) vor dem Erzielen eines anteiligen Gesamtgewinnes (Gesamtüberschusses) aus der Personenvereinigung (Personengemeinschaft) ausscheide. In diesem Fall ist auch für den Zeitraum gem. § 2 Abs. 2 das Vorliegen von Liebhaberei zu prüfen.

Unbestritten ist, dass das gegenständliche „Beteiligungsmodell“ bei gesellschaftsvertragskonformer Durchführung einen Gesamtgewinn für die einzelnen Beteiligten ergeben hätte. Das Finanzamt vertritt jedoch die Auffassung, dass sich durch die Einbringung der Gesellschaftsanteile der stillen Gesellschafter in die Geschäftsherrin im Jahr 2000 rückwirkend zum 31. Dezember 1999 die Verhältnisse entscheidend geändert hätten. Es sei nämlich von den Gesellschaftern mangels einer Abfindung nun kein Totalgewinn mehr

erzielt worden. Die Einbringung sei keine Unwägbarkeit. Da überdies von einer zeitlich begrenzten Beteiligung auszugehen sei, sei die Liebhabereiprüfung auch für den Anlaufzeitraum und somit auch für das Streitjahr anzustellen. Dem hält die Bw. entgegen, dass die Einbringung nicht von vornherein geplant gewesen sei. Ohne die Einbringung wäre bei plangemäßigem Ablauf ein Totalgewinn erzielbar gewesen, was entscheidend sei.

Wie oben unter Hinweis auf das Schrifttum und die Judikatur dargestellt sind bei Beurteilung eines abgeschlossenen Betätigungszeitraumes grundsätzlich nur die Ergebnisse innerhalb dieses Zeitraumes heranzuziehen. Durch die gegenständliche Einbringung entstand – jedenfalls auf Gesellschafterebene – ein abgeschlossener Betätigungszeitraum, zumal die stille Gesellschaft dadurch als beendet zu betrachten ist. Dass die Geschäftsherrin die unternehmerische Tätigkeit der stillen Gesellschaft fortgeführt hat, vermag daran auch unter Berücksichtigung ihrer Rechtsnachfolge mit Buchwertfortführung nichts zu ändern. Dies schon deshalb, weil es im vorliegenden Fall um die Frage der Liebhaberei auf (Personen)Gesellschafterebene geht und die stillen Gesellschafter mit der Einbringung ihre Stellung als stille Gesellschafter verloren haben.

Es ist unbestritten, dass innerhalb dieses abgeschlossenen Betätigungszeitraumes vom Beginn der Gesellschaft im Jahr 1994 bis zu ihrer Beendigung infolge der Einbringung der Gesellschaftsanteile in die Geschäftsherrin zum 31. Dezember 1999 von den stillen Gesellschaftern ein Totalgewinn nicht mehr erzielbar war, weil der Vorgang der Einbringung zu keinen Einkünften geführt hat. Den hohen Anfangsverlustanteilen im Streitjahr stehen in den Folgejahren nur die geringen fixen Gewinnanteile in Höhe von 2% der Einlagen gegenüber. Abschichtungseinkünfte wurden nicht mehr erzielt. Dieser Umstand ist aber dann nicht schädlich, wenn bei Fortführung der Tätigkeit ein Totalgewinn erwirtschaftet worden wäre und die vorzeitige Beendigung der Tätigkeit (der Gesellschafterstellung) nicht von vornherein geplant sondern auf Grund nachträglicher Unwägbarkeiten erfolgte.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Beteiligungsmodell laut der vorliegenden Unterlagen grundsätzlich auf eine Mindestlaufzeit von 7 Jahren und einem Ausscheiden der stillen Gesellschafter mit Anspruch auf ein Abfindungsguthaben, das mit mindestens 90% (bis maximal 140%) der Einlagen bemessen war, konzipiert und vertraglich festgelegt war. Andererseits findet sich in der Treuhandvereinbarung abgeschlossen zwischen der A Liegenschaftsverwaltungs-Treuhandgesellschaft als Treuhänderin und den einzelnen stillen Gesellschaftern als Treugeber ein Passus, wonach die Treuhänderin mit Zustimmung von 75% der Treugeber berechtigt sei, die stille Beteiligung in die Geschäftsherrin einzubringen.

Der Grund für die tatsächliche Durchführung der Einbringung sei laut Vorbringen der Bw. die mangelnde Liquidität zur Finanzierung der Abschichtungen gewesen. Die

Liquiditätsschwierigkeiten hätten sich erst nachträglich ergeben. Dazu wurde dem Unabhängigen Finanzsenat eine Excel-Aufstellung vorgelegt, welche die ursprünglich angestellte Liquiditätsrechnung darstellen soll. Danach hätte sich aus der Sicht des Jahres 1994 im Jahr 2001 nach Abschichtung der stillen Gesellschafter mit 90% der Einlagen immer noch ein Saldo flüssiger Mittel im Ausmaß von rund S 23 Mio. ergeben. Über Bedenkenvorhalt, dass die Liquiditätsrechnung nicht schlüssig erscheine (Nichtberücksichtigung des Anfangsverlustes 1994) und Planungsannahmen (prognostizierter Wert des Unternehmens im Jahr 2001 von rund S 51 Mio.) erläuterungsbedürftig seien, wurde ausgeführt, dass mit dieser Darstellung ausschließlich gezeigt werden sollte, dass in den Berechnungen sehr wohl von einer Abschichtung ausgegangen worden sei.

Weiters legte die Bw. im Berufungsverfahren eine Patronatserklärung der B Holding GesmbH aus dem Jahr 1994 vor, derzufolge sich die B Holding GesmbH gegenüber der A verpflichtete, in Kenntnis des atypisch stillen Gesellschaftsvertrages und des Treuhand- und Verwaltungsvertrages im Falle der Beendigung des atypisch stillen Geschäftsverhältnisses durch ordentliche Kündigung seitens des atypisch stillen Gesellschafters zum erstmöglichen Kündigungstermin oder durch vorherige Auflösung aus wichtigem Grund, so insbesondere auch auf Grund einer allfälligen Insolvenz des Geschäftsherren, eine allfällige Differenz zwischen dem Abfindungsguthaben gemäß § 14 des Gesellschaftsvertrages und einem Betrag von 90% der geleisteten Einlage zu überweisen. Der Zweck dieser Patronatserklärung liege in einer umfassenden Absicherung der A und deren Treugeber so vor allem auch vor einer allfälligen Insolvenz des Geschäftsherren, also der B GmbH.

Der Verkehrswert der B GesmbH zum 31. Dezember 1999 betrug laut dem vorgelegten Unternehmensbewertungsgutachten rund S 23 Mio.. In dem von der Bw. vorgelegten Angebot an die Investoren (künftigen stillen Gesellschafter) ist wiederum dargestellt, dass die B Gruppe bzw. die B Holding GesmbH unmittelbar vor der Gründung der stillen Gesellschaft über ein wirtschaftliches Eigenkapital von rund S 163 Mio. verfügte.

Angesichts dieser Umstände sieht es der erkennende Referent für erwiesen an, dass von Anfang an eine Abschichtung geplant gewesen ist. Dafür sprechen die vorliegenden Verträge und das Beteiligungsangebot. Dass im Treuhandvertrag (nicht im Gesellschaftsvertrag) eine „Einbringungsklausel“ enthalten ist, erscheint nicht schädlich. Sie stellt lediglich eine vertragliche Vorsorge (eben z. B. für allfällige Finanzierungsunwägbarkeiten) dar, deren Durchführung überdies erst der Zustimmung der Treugeber bedurfte. Diese Klausel lässt jedenfalls nicht zwingend darauf schließen, dass zu Beginn auch eine Einbringung als „Variante B“ konkret beabsichtigt gewesen ist.

Für die Behauptung der Bw., der Grund für die Einbringung läge in nachträglich entstandenen Liquidationsproblemen, spricht der Umstand, dass – wie oben ausgeführt – der Verkehrswert der B GesmbH zum 31. Dezember 1999 rund S 23 Mio. betrug und daher die vertraglich vereinbarte Mindestabfindung von rund S 50 Mio. aus dem Vermögen der B GesmbH jedenfalls im Jahr 1999 bzw. 2000 nicht finanziert werden konnte. Andererseits liegt die oben wiedergegebene Patronatserklärung der B Holding GesmbH vor, die eine Unfinanzierbarkeit der Abfindungen zweifelhaft erscheinen lässt. Von Seiten des Finanzamtes wird bezweifelt, dass die Abschichtung von Anfang an realistisch kalkuliert wurde und daraus abgeleitet, dass die Einbringung von Anfang an geplant war. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass – auch wenn die vorgelegte „Liquiditätsberechnung“ unschlüssig sein mag – neben den Verträgen und dem Beteiligungsangebot auch die Patronatserklärung gegen diese Annahme spricht und die Abschichtungsabsicht in den Vordergrund stellt. Der Bw. kann nicht unterstellt werden, dass sie als Geschäftsherrin entgegen der Vertragslage und der Zusagen im Beteiligungsangebot bereits von Beginn an eine Einbringung vorhatte. Sie hätte damit ihre „Anleger“ quasi hinters Licht geführt. Es erscheint vielmehr glaubhaft, dass Liquiditätsüberlegungen bei der Einbringung eine Rolle gespielt haben (eine Unmöglichkeit der Finanzierung ist nicht erwiesen, es hätte aber sicherlich auch unter Berücksichtigung der Patronatserklärung einer großen finanziellen Anstrengung bedurft, eine Abfindungen von rund S 50 Mio. zu zahlen). Richtig ist jedenfalls, dass sich die Betriebsergebnisse der Bw. ab 1998 stark verschlechtert hatten.

Im Schriftsatz vom 5. Oktober 2007 wies die Bw. ausdrücklich darauf hin, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des atypisch stillen Gesellschaftsvertrages der Hälftesteuersatz für Abschichtungsgewinne im Einkommensteuergesetz maßgeblich gewesen sei. Bei Abschluss des Vertrages sei geplant gewesen, den Hälftesteuersatz – nach Ablauf der vorgeschriebenen 7 Jahresfrist – für die Abschichtung in Anspruch zu nehmen. Dies sei auch aus dem Anlageprospekt ersichtlich, wonach der atypisch stille Gesellschafter frühestens zum 31. Jänner 2002 seine Beteiligung kündigen könne. Auch bei den gesellschafts- und steuerrechtlichen Grundlagen in genanntem Prospekt werde auf die Begünstigung des halben Steuersatzes hingewiesen. Diese Begünstigung wurde nun durch das Strukturanpassungsgesetz 1996 mit Wirksamkeit ab 14. Februar 1996 auf bestimmte Tatbestände (Alterspension, Erwerbsunfähigkeit oder Tod) eingeschränkt und im Normalfall durch eine Verteilung der Einkünfte auf 3 Jahre mit Besteuerung zum Normalsteuersatz ersetzt. Dies musste einen negativen Effekt auf die berechnete Rendite haben. Es wird daher anzunehmen sein, dass die Änderung der Rechtslage die Entscheidung zur Einbringung zumindest begünstigt hat. Zwar erfolgte die Einbringung erst im Jahr 2000 rückwirkend zum 31. Dezember 1999 und damit erst vier Jahre später, doch bestand angesichts des

Umstandes, dass die Mindestabschichtung erst im Jahr 2002 fällig wurde, auch kein unmittelbarer Handlungsbedarf. Dieser Umstand kann aber der Bw. nicht zum Nachteil gereichen, sondern bestätigt wiederum nur die Annahme, dass erst nachträglich eine Einbringung ins Auge gefasst wurde.

Nach all dem erscheint es gerechtfertigt, die Einbringung nicht als schädlich für das Vorliegen einer Einkunftsquelle auf Ebene der Gesellschafter anzusehen. Dabei ist auch noch ins Kalkül zu ziehen, dass das Bundesministerium für Finanzen mit dem auch in Steuerzeitschriften veröffentlichten Erlass aus dem Jahr 1999 die Auffassung vertreten hat, dass bei einer Einbringung für die Liebhabereibeurteilung nicht bloß das (negative) Gesamtergebnis bis zur Einbringung heranzuziehen sei, da das den abgeschlossenen Beobachtungszeitraum bewirkende Ereignis, nämlich die Einbringung, der betrieblichen und damit der steuerrelevanten Sphäre zuzuordnen ist (BMF vom 12. 4. 1999 wiedergegeben in Rauscher/Grübler, Steuerliche Liebhaberei in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, 2. Auflage, Seite 359f).

Das Streitjahr 1994 liegt überdies als erstes Jahr nach Beginn der Tätigkeit im Anlaufzeitraum, für den die Liebhabereiverordnung vorsieht, dass eine Liebhabereiprüfung nicht zu erfolgen hat sondern jedenfalls Einkünfte vorliegen. Ein Anlaufzeitraum darf nur dann nicht angenommen werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalles **damit zu rechnen ist**, dass die Betätigung vor dem Erzielen eines Gesamtgewinnes (Gesamtüberschusses) beendet wird bzw. ist bei Personengesellschaften bei der Liebhabereiprüfung auf Gesellschafterebene darauf Bedacht zu nehmen, ob nach den Umständen des Einzelfalles damit zu rechnen ist, dass der Gesellschafter (das Mitglied) vor dem Erzielen eines anteiligen Gesamtgewinnes (Gesamtüberschusses) aus der Personenvereinigung (Personengemeinschaft) ausscheide. In diesem Fall ist auch für den Anlaufzeitraum das Vorliegen von Liebhaberei zu prüfen. Im vorliegenden Fall musste auf Grund der Vertragsgestaltung und des Beteiligungsangebotes angenommen werden, dass die Gesellschafter nach Ablauf des Kündigungsverzichtes also nach rund 7 Jahren mit der Mindestabschichtung von 90% ihrer Einlage ausscheiden würden. Mit einer vorzeitigen Einbringung war nicht zu „rechnen“. Es ist aber unbestritten, dass innerhalb des geplanten Beteiligungszeitraumes ein Totalgewinn zu erzielen gewesen wäre. Somit konnte nicht damit gerechnet werden, dass die Gesellschafter vor Erzielung eines Gesamtgewinnes ausscheiden würden. Eine Liebhabereiprüfung für das Jahr 1994 hat daher jedenfalls zu unterbleiben.

## **2) Zur Frage des Vorliegens einer Mitunternehmerschaft:**

Gemäß § 188 Abs. 1 BAO werden u.a. Einkünfte aus Gewerbebetrieb einheitlich und gesondert festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt sind. Wie dabei

aus Abs. 2 dieser Gesetzesstelle folgt, setzt die Erlassung eines Feststellungsbescheides im Sinne dieser Gesetzesstelle voraus, dass „gemeinschaftliche Einkünfte“ vorliegen. Es wird dabei dieses Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit der Einkünfte u.a. bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb angenommen, wenn die Gemeinschaft in einer Mitunternehmerschaft besteht.

Gemäß § 23 Z 2 EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften), sowie Vergütungen, die die Gesellschafter von der Gesellschaft für ihre Tätigkeit im Dienste der Gesellschaft, für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen haben.

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Mitunternehmerschaft nicht, doch werden die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) als Beispiel angeführt. Die OHG und KG gelten danach als typische Mitunternehmerschaften; daraus wird abgeleitet, dass der Mitunternehmerbegriff durch Merkmale bestimmt wird, die für die Gesellschafter einer OHG und KG typisch sind. Entscheidend ist das Gesamtbild der Verhältnisse, wobei zwei Kriterien im Vordergrund stehen:

- Übernahme eines Unternehmerrisikos und/oder
- Unternehmerinitiative.

Übernahme eines Unternehmerrisikos bedeutet die gesellschaftsrechtliche oder eine wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens, also die Übernahme eines Unternehmerwagnisses; dazu gehört die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft, die Haftung für Gesellschaftsschulden, die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert, zumindest im Fall der Auflösung der Gesellschaft.

Unternehmerinitiative entfaltet, wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen kann, wer also an unternehmerischen Entscheidung teilnimmt; dazu genügt allerdings die Ausübung der Gesellschaftsrechte, wenn sie wenigstens dem Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrecht des Kommanditisten angenähert sind. Bei Abschreibungsgesellschaften in Form von Publikumsgesellschaften sind Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters praktisch ausgeschlossen; ihre steuerliche Anerkennung als Mitunternehmerschaft scheitert nicht an den fehlenden Mitbestimmungsrechten, vielmehr ist die Mitunternehmerschaft deshalb in Zweifel zu ziehen, weil die Gesellschaft lediglich in der Absicht tätig ist, ihren Gesellschaftern durch Zuweisung von Verlusten die Einkommensteuer zu reduzieren.



Die echte stille Gesellschaft begründet keine Mitunternehmerschaft, weil der stille Gesellschafter nur am Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist; er bezieht Einkünfte aus Kapitalvermögen, soweit die Beteiligung nicht zu einem Betriebsvermögen gehört. Ist der stille Gesellschafter jedoch auch an den stillen Reserven und dem Firmenwert beteiligt (sogenannte unechte stille Beteiligung), und ist seine Stellung damit ähnlich der eines Kommanditisten, so liegt eine Mitunternehmerschaft vor, und zwar auch dann, wenn die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert nur für den Fall der Unternehmensveräußerung bzw. –auflösung vorgesehen ist. Eine Beteiligung nur am Firmenwert und nicht an den sonstigen stillen Reserven genügt nicht für die Annahme einer unechten stillen Gesellschaft. Ob eine echte oder unechte stille Gesellschaft vorliegt, lässt sich nur aus den vertraglichen Vereinbarungen für den Fall der Beendigung der Gesellschaft erschließen. Ist der Gesellschafter von den stillen Reserven nur im Fall der Selbstkündigung ausgeschlossen, bleibt er Mitunternehmer (Doralt, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Band II, 9. Lieferung, § 23 Tz 214 ff).

Eine limitierte Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert mit einer Bandbreite von mindestens 90 % und höchstens 140 % der Einlage schließt eine Mitunternehmerschaft des stillen Gesellschafters nicht aus, und zwar auch dann nicht, wenn die atypisch stillen Gesellschafter gesellschaftsvertraglich vom Stimm- und Widerspruchsrecht ausgeschlossen sind (vgl. Erkenntnis des VwGH vom 23.2.1994, Zl. 93/15/0163).

Im vorliegenden Fall bezweifelt das Finanzamt eine Mitunternehmerstellung der stillen Gesellschafter mit der Begründung, dass nach einer einmaligen Verlustzuweisung im Streitjahr in den Folgejahren nur mehr eine fixe Verzinsung der Gesellschaftereinlagen von 2% Platz gegriffen habe. Somit seien die stillen Gesellschafter nicht in vollem Umfang am Gewinn der Gesellschaft beteiligt gewesen. Zwar ergebe sich nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages (§ 9) das Ausmaß der Beteiligung der stillen Gesellschafter am Gewinn, Verlust und Vermögen aus dem Verhältnis ihrer Nominaleinlage zur gesamten Kapitalbasis (= die Nominaleinlage und das Stammkapital der Geschäftsherrin), doch sei die Vergütung der Geschäftsherrin für die Geschäftsführung zufolge § 10 des Gesellschaftsvertrages mit 2,5% der erzielten Nettoumsätze und damit so hoch bemessen worden, dass nur mehr die Mindestverzinsung der Gesellschaftereinlage zum Tragen gekommen sei. Dem hält die Bw. im Wesentlichen entgegen, dass aus einer Vereinbarung einer 2,5%igen Geschäftsführervergütung nicht geschlossen werden könne, dass den stillen Gesellschaftern überhaupt kein Gewinn mehr zugewiesen werden hätte können. Bei entsprechender Gewinnentwicklung, bei der der Gewinn höher als 2,5% des Umsatzes sei, hätte sehr wohl für die stillen Gesellschafter ein Gewinn verbleiben müssen. Im gegenständlichen Fall seien durchaus Margen von 6% bis 12% des Umsatzes denkbar gewesen, sodass sich auch nach Abzug eines Geschäftsführerentgeltes von 2,5% ein Gewinn für die stillen Gesellschafter hätte ergeben können. Außerdem sei eine

Gewinnzuweisung in Höhe von 2% der Einlage auch eine Teilnahme am laufenden Betriebsergebnis.

Dazu wurde der Bw. vorgehalten, dass aus vorliegenden Unterlagen (Angebot des Fonds ) für die Unternehmensgruppe B für das Jahr 1993 die Gewinnquote 2,44% betragen habe. Nehme man das Betriebsergebnis der M-VGmbH , der Rechtsvorgängerin der B GesmbH, dann ergebe sich sogar eine negative Gewinnquote. Es wurde daher ersucht, die Margeneinschätzung zu belegen. In Beantwortung dieses Vorhaltes wurde mitgeteilt, dass die Bekanntgabe einer Marge von 6% bis 12% ein Missverständnis gewesen sei. Vielmehr habe der Geschäftsführer der Bw. nunmehr bekanntgegeben, dass die Umsatzrendite deutlich unter 5% liege. Von einer Marge von 6% bis 12% wisse er nichts.

Betrachtet man die Vertragslage, dann zeigt sich, dass die stillen Gesellschafter bei einer bestimmten Bandbreite der laufenden Betriebsergebnisse nur eine Verzinsung ihrer Gesellschaftereinlage von 2% zu erwarten hatten. Diese Bandbreite liegt (lässt man die überdies vereinbarte Treuhandvergütung für die A von 0,5% der Einlagen außer Ansatz) unter einem Gewinn in Höhe der Geschäftsführervergütung von 2,5% des Nettoumsatzes. Dazu ist anzumerken, dass die Geschäftsführervergütung der Geschäftsherrin gemäß Vertrag insoweit auf das Folgejahr vorzutragen ist, als die Vergütung im Gewinn der Gesellschaft keine Deckung findet. In dieser Bandbreite der ausschließlichen Festverzinsung bewegen sich die Beteiligungsmodellprognose und die tatsächlich eingetretenen Verhältnisse.

Im vorgelegten Anlageprospekt ist ein Berechnungsbeispiel „für eine atypisch stille Gesellschaftseinlage von S 100.000,-- an der B GesmbH“ enthalten, derzufolge von einer Fixverzinsung der Gesellschaftereinlage 1995 bis 2001 von 2% der Einlage ausgegangen wurde. Weiters geht aus der vorgelegten „Liquiditätsrechnung“ hervor, dass für die Jahre 1995 bis 1998 Gewinne erwartet wurden, die letztlich niedriger als die tatsächlich erzielten waren. Wenn aber schon die tatsächlich erzielten höheren Gewinne durch die Geschäftsführervergütung aufgesaugt wurden, umsomehr wäre dies schon bei den prognostizierten niedrigeren Gewinnen zu erwarten gewesen. In der „Liquiditätsberechnung“ wurde dann auch nur die Fixverzinsung als Liquiditätsabfluss dargestellt. Auch das Schreiben der Bw. vom 9. Feber 2002 geht in diese Richtung. Diese Umstände in Verbindung mit dem Fehlen des Nachweises einer begründeten Umsatzrenditeerwartung von mehr als 2,5% des Umsatzes, lässt die Annahme gerechtfertigt erscheinen, dass von vornherein lediglich eine Fixverzinsung für die Jahre nach 1994 geplant und für realistisch erachtet wurde. Letztlich hat auch nur eine Fixverzinsung stattgefunden. Laut den vorliegenden Bilanzen für die Jahre 1995 bis 1999 wurden von den Gewinnen der Gesellschaft zunächst die Fixverzinsung der Einlagen der stillen Gesellschafter und bis zu einem Betriebsergebnis von Null die

Geschäftsführervergütung als Vorweggewinne abgezogen, sodass für eine weitere Verteilung nichts mehr verblieb.

Somit stellen sich die gegenständlichen Beteiligungen als solche dar, die zu einer vollen Verlustzuweisung im ersten Jahr der Beteiligung und in der Folge nur mehr zu einer Festverzinsung der Einlage geführt haben und bei Ausscheiden zu einem Anteil an den stillen Reserven und dem Firmenwert hätten führen sollen, wobei die Abfindung nach unten mit 90% und nach oben mit 140% der Einlage vertraglich begrenzt war. Bei dieser Konstellation erscheint ein Unternehmerrisiko nicht in dem Ausmaß gegeben, dass von einer Mitunternehmerstellung der stillen Beteiligten gesprochen werden kann. Zwar hat es der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 23. Feber 1994, 93/15/0163 (dem sogenannten Bandbreitenerkenntnis) für unschädlich erachtet, wenn die Beteiligung an den stillen Reserven und dem Firmenwert auf eine gewisse Bandbreite der Einlage eingeschränkt ist, doch tritt im gegenständlichen Fall eine weitere Einschränkung auf eine „Bandbreite“ hinzu. Die stillen Gesellschafter nahmen lediglich im ersten Jahr der Beteiligung (1994) am Betriebsergebnis teil und erhielten in den Folgejahren lediglich eine feste Verzinsung ihrer Einlage, wobei - wie schon oben angeführt - das Betriebsergebnis des Jahres 1994 vertraglich ausschließlich den stillen Gesellschaftern zugewiesen wurde und nach den vorliegenden Unterlagen von den Beteiligten in diesem Jahr mit einem die Summe der Einlagen übersteigenden Verlust gerechnet wurde, der sich für die Beteiligten steuermindernd auswirken sollte. Im Berechnungsbeispiel im Angebot des Fonds wurde von einer Verlustzuweisung im Jahr 1994 im Ausmaß von etwa 150% der Einlage und der festen Verzinsung der Einlage für die Jahre 1995 bis 2001 ausgegangen. Der Umstand, dass die Einlage auch (trotz Patronatserklärung) verloren hätte gehen können, kann noch nicht als Ausfluss eines Unternehmerrisikos bei den stillen Gesellschaftern angesehen werden, weil ein derartiges Risiko jeder Kapitalgeber (also auch ein echter stiller Gesellschafter) zu tragen hat.

Da somit die stillen Gesellschafter keine Mitunternehmerstellung hatten, war eine einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung für die stille Gesellschaft nicht durchzuführen. Das Finanzamt hat daher im Ergebnis richtig einen Nichtfeststellungsbescheid erlassen und war die Berufung aus diesem Grund abzuweisen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 1 Personenverzeichnis

Klagenfurt, am 31. März 2009