

GZ. RV/0124-G/03

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 28. März 2003, betreffend Aufhebung des einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungsbescheides 2001 gemäß § 299 BAO und einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb für das Jahr 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Hinweis

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

### Rechtsbelehrung

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

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

## **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat den gemäß § 188 BAO erlassenen einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungsbescheid für das Jahr 2001 gemäß § 299 BAO idF des AbgRmRefG, BGBl. I Nr. 97/2002, mit nachstehender Begründung wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben:

Wie aus den Steuererklärungen und den angeschlossenen Beilagen ersichtlich sei, liege der Unternehmensschwerpunkt der Bw. im Verwalten von unkörperlichen Wirtschaftsgütern. Verluste, die sich aus derartigen Betrieben ergeben, seien gemäß § 2 Abs. 2a EStG 1988 weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs. 6 und 7 EStG 1988 vortragsfähig. Mit dem aufgehobenen Feststellungsbescheid sei dem gesetzlichen Verlustausgleichs- und -vortragsverbot nicht entsprochen worden.

In diesem Zusammenhang könne vorerst dahingestellt bleiben, ob die Betätigung überhaupt den Tatbestand eines Gewerbebetriebes erfülle und ob die Wirtschaftsgüter, die den Verlust verursacht haben, als Betriebsvermögen eines derartigen Gewerbebetriebes anzusehen seien. Die dem Finanzamt vorliegenden Abgabenerklärungen ließen im Einzelnen nicht erkennen, für welchen Kunden (bzw. für welche Kunden) die Options- und Stillhaltegeschäfte durchgeführt werden. Sofern es sich bei den Kunden um die an der Bw. Beteiligten handeln sollte, wäre von einer reinen Verwaltung eigenen Vermögens auszugehen, die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zB VwGH 29.7.1997, 96/14/0115, 0114 und VwGH 26.5.1998, 98/14/0044) außerbetriebliche Einkünfte nach sich ziehe. Darüber hinaus könnte die Betrieblichkeit von Optionsgeschäften in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung auch dann berechtigt in Zweifel gezogen werden, wenn das Basisgeschäft im Privatbereich verbleibe und nur das Optionsgeschäft im Rahmen betrieblicher Aktivitäten ausgeübt werde.

Derartige Fragestellungen könnten nur nach ausführlichen Sachverhaltsermittlungen zutreffend beantwortet werden. Die inhaltliche Rechtswidrigkeit des Bescheides ergebe sich aber schon allein aus der fehlerhaften Nichtanwendung des § 2 Abs. 2a EStG 1988.

Bei der Ermessensentscheidung wäre Zweckmäßigsüberlegungen der Vorrang zu geben gewesen, da ein den Steuergesetzen widersprechender Ausgleich von Verlusten in Höhe von insgesamt S 3.712.668,00 (€ 269.810,11) den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung in einem nicht zu tolerierenden Ausmaß verletze. Dagegen wären Gründe, die gegen die Billigkeit der rechtmäßigen Abgabenerhebung sprechen würden, nach der Aktenlage nicht festzustellen.

Gleichzeitig hat das Finanzamt unter Beachtung der sich aus § 299 Abs. 2 BAO ergebenden Verpflichtung, wonach mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzzende Bescheid zu verbinden ist, einen einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellungsbescheid für das Jahr 2001 erlassen und darin festgestellt, dass der erklärte Verlust aus Gewerbebetrieb in Höhe von S 3.712.668,00 (€ 269.810,11) gemäß § 2 Abs. 2a EStG 1988 zur Gänze nicht ausgleichs- und nicht vortragsfähig sei.

Dagegen hat die Bw. mit nachstehender Begründung das Rechtsmittel der Berufung erhoben:

Die Bw. sei keinerlei Beteiligungen an Gesellschaften oder Gemeinschaften, sondern lediglich eine Verpflichtung, gewisse Aktientitel entgeltlich zu erwerben, eingegangen. Für diese Verpflichtung sei eine Prämie zum Zweck der wirtschaftlichen Besserstellung der Bw. eingenommen worden. Aus dem Titel einer "Verpflichtung zum Aktienkauf" sei nach damaligen Erkenntnissen die eingenommene Prämie passiviert und eine Rückstellung in "angemessener Höhe" (nationale Margenbestimmungen/abgerundet) angenommen worden. Anzumerken sei, dass der Prämienzufluss keinen betriebswirksamen Überschuss nach § 4 Abs. 3 darstelle und aus diesem Grund nach aktuellen Erkenntnissen im Umlaufvermögen in der Kontenklasse 3 (Rückstellungen) zu verbuchen sei.

Die Verwaltung von Wertpapierbesitz, respektive von Optionen auf solche, gehöre grundsätzlich noch in den privaten Bereich. Der unselbständige Manager von T. (Mag. A. P.) sei von seiner Firma, der Bw., in den Bereichen Marketing und Aufbau von Insiderwissen ("know-how") unterstützt worden.

Aus diesem Grund habe die Bw. betrieblich begründeten Wertpapierhandel durchgeführt, um einerseits Erträge zu erzielen und andererseits spezifisches Praxiswissen in diesem Bereich aufzubauen, wobei die Erträge im Hintergrund gestanden seien. Nicht zuletzt aus diesem Grund des "praxisorientierten Ansatzes" sei der unselbständige Manager Mag. A. P. bei T. erfolgreich.

Weiters könne auch eine allgemeine Handelstätigkeit über die Faktoren einer typischen Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen bewiesen werden, womit sich ebenfalls die Gewerblichkeit begründe.

Abschließend sei festzustellen, dass alle diese Interaktionen für die Bw. zum wirtschaftlichen Erfolg der Person Mag. A. P. geführt hätten und ebenso nach 13 Jahren Vorbereitungsarbeit eine Aktiengesellschaft mit bereits ersten Erfolgen daraus entstanden sei. Der Start der I. AG sei somit gesichert worden und ein wirtschaftlicher Erfolg auf hohem Niveau bereits abzusehen.

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

Gemäß **§ 299 Abs. 1 BAO** in der mit 1. Jänner 2003 in Kraft getretenen Fassung des AbgRmRefG, BGBI. I Nr. 97/2002, kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufheben.

Zufolge Abs. 2 der zitierten Bestimmung ist mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden.

Der Inhalt eines Bescheides ist rechtswidrig, wenn der Spruch des Bescheides nicht dem Gesetz entspricht. Die Aufhebung setzt weder ein Verschulden der Abgabenbehörde noch ein Verschulden (bzw. ein Nichtverschulden) des Bescheidadressaten voraus (vgl. Ritz, BAO-Handbuch, Wien 2002, 246).

Gemäß **§ 2 Abs. 2a 2. Teilstrich EStG 1988** sind negative Einkünfte aus Betrieben, deren Unternehmensschwerpunkt(e) im Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter oder in der gewerblichen Vermietung von Wirtschaftsgütern gelegen ist, weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs. 6 und 7 vortragsfähig.

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

Es ist nach Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass auch der Wertpapierhandel unter "Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter" zu subsumieren ist (vgl. Neuber, Gewerblicher Wertpapierhandel in ÖStZ 1998, 98ff; VfGH 2.10.1998, B 553/98 und VwGH 22.5.2002, 99/15/0119).

Im Lichte der vorhin dargelegten Rechtslage konnte der Berufung, die sich ausschließlich gegen die im angefochtenen Aufhebungsbescheid ausgesprochene inhaltliche Rechtswidrigkeit des aufgehobenen Bescheides wendet, aus nachstehenden Erwägungen nicht entsprochen werden:

Die Bw. erläutert die Bilanzposition "Sonstige Rückstellungen - Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften" in der Bilanz per 31. Dezember 2001 in Höhe von S 4.613.819,00 wie folgt:

"Die eingegangene Verpflichtung der Bw. bis spätestens 31.01.2004 die in obbezeichneter Portfoliozusammenstellung angeführten Kapitalwerte um den jetzt schon festgesetzten fix vereinbarten Kaufpreis erwerben zu müssen birgt für die Gesellschaft ein beträchtliches kaufmännisches Risiko und wird dieses Risiko entsprechend den Börsen- und Bankenrichtlinien und entsprechend den Vorschriften des Handelsgesetzbuches, den Rechnungslegungsvorschriften und steuerlichen Vorschriften teilweise in Form einer Rückstellung für Verluste aus schwebenden Geschäften berücksichtigt. Bei dem Kapitalwert SCQQQ (Sammelwert) wird ein Viertel (abgerundet) des verpflichtenden Ankaufspreises von \$ 50 demzufolge \$ 12 als Rückstellung gebildet. Für die Kapitalwerte SCCSCO und SP Yahoo wird jeweils die Hälfte vom verpflichtenden Ankaufsbetrag \$ 30 und \$ 20 als Rückstellung gebildet. Diese Rückstellungsbeträge betragen demzufolge \$ 15 und \$ 10. Die Rückstellungsbeträge entsprechen dem Inhalt und der Höhe nach den gesetzlichen beziehungsweise branchenspezifischen Richtlinien. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in Kontrakten abgerechnet wird, wobei ein Kontrakt jeweils 100 Stück Aktien/Kapitalwerte beinhaltet".

Da die Bw. die Einstufung der Tätigkeit als gewerblich nicht bestreitet - vgl. diesbezügliche Berufungsausführungen: "betrieblich begründeter Wertpapierhandel" und "Weiters kann auch eine allgemeine Handelstätigkeit über die Faktoren einer typischen Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen bewiesen werden, womit sich ebenfalls die Gewerblichkeit begründet" - ergibt sich aus § 2 Abs. 2a EStG 1988 zwingend, dass daraus resultierende Verluste weder ausgleichsfähig noch gemäß § 18 Abs. 6 und 7 vortragsfähig, sondern nur im Wege der "Wartetastenverrechnung" - "Solche negativen Einkünfte sind mit positiven Einkünften aus dieser Betätigung oder diesem Betrieb frühestmöglich zu verrechnen" - verwertbar sind.

Dass Mag. A. P. durch die Tätigkeit der Bw. in den Bereichen Marketing und Aufbau von Insiderwissen ("know-how") unterstützt worden sei, was ihn letztlich auch im Rahmen seiner Tätigkeit als unselbständiger Manager bei T. so erfolgreich gemacht habe, ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitfrage ohne rechtliche Relevanz und bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

Bezüglich der Ermessensübung, die im Übrigen von der Bw. nicht gerügt wird, ist lediglich festzustellen, dass die Abwägung der ermessensrelevanten Umstände in der Begründung des Aufhebungsbescheides hinreichend dargestellt und die Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides auch aus diesem Blickwinkel nicht in Zweifel zu ziehen ist.

Somit war vom Finanzamt unter Bedachtnahme auf die zwingende Bestimmung des § 299 Abs. 2 BAO, wonach mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden ist, der ebenfalls angefochtene einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellungsbescheid, in dem die Nichtausgleichs- und Nichtvortragsfähigkeit des Verlustes unter Hinweis auf die Bestimmung des § 2 Abs. 2a EStG 1988 festgestellt worden ist, zu erlassen.

Bezüglich der materiellrechtlichen Rechtmäßigkeit dieses Bescheidspruches wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Ausführungen zur Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides verwiesen.

Es war daher wie im Spruch ersichtlich zu entscheiden.

Graz, 1. März 2004