

GZ. RV/1879-W/02

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat am 22. Sept. 2004 über die Berufung der Bw. vertreten durch Dr. Herbert Schuster, Wirtschaftstreuhänder gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18. und 19. Bezirk und Klosterneuburg, vertreten durch Mag. Ulrike Schlagenhaufen, der gemäß § 92 Abs.1 lit. BAO und § 190 Abs.1 BAO i.V. § 188 BAO festgestellt hat, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1994, 1995, 1996, 1997 und 1998 zu unterbleiben hat, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### 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

Für den Zeitraum 1995 bis 1998 fand bei der Gesellschaft eine Betriebsprüfung statt, welche folgenden Sachverhalt festgestellt hat:

"Mit Gesellschaftsvertrag vom 19.12.1994 wurde die Firma P 95 GmbH gegründet. Als Gesellschafter übernahmen die Firma P – M & A - Unternehmensbeteiligungs Gesellschaft

m.b.H. (Geschäftsführer M. G.) S 499.000 und M. G. S 1.000 des Stammkapitals von S 500.000.

Mit 1.3.1995 erfolgte ein Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag um den Bestimmungen des § 30 GmbHG zu entsprechen. Das Recht des Treuhänders der an der Gesellschaft beteiligten, sogenannten "atypisch stillen Gesellschafter" ein Mitglied in den Aufsichtsrat zu entsenden war dann nicht mehr Gegenstand des Gesellschaftsvertrages (Änderungen der Punkte Neuntens und Zehntens).

Selbständiger Geschäftsführer war seit dem 10.3.1995 M. G., ab dem 23.12.1997 vertritt M. S. die Gesellschaft.

Das erste Wirtschaftsjahr begann am 19.12.1994 und endete am 31.12.1994; die nächsten endeten jeweils am 31.12.

Im September 1995 wurde dem zuständigen Finanzamt der Zusammenschluss der GmbH ("Geschäftsherr") mit der S WT- GmbH, ("atypisch stiller Gesellschafter") zu einer Mitunternehmerschaft im Sinne des Art. IV UmgrStG mit dem Zusammenschlussstichtag 30.6.1995 gemeldet. Der Gesellschaftsvertrag wurde beigelegt.

Mit Ende März 1996 meldete die S WT GmbH die Erhöhung ihrer Einlage, indem sie treuhändisch gehaltene Beteiligungen in der jeweiligen Höhe und ihre Treugeber dem Finanzamt mitteilte und diesen Zusammenschluss ebenfalls rückwirkend, entsprechend Art. IV UmgrStG, auf den 30.6.1995 bezog.

Die gesamte Zeichnungssumme betrug S 55.300.000, wovon 51% (S 28.203.000) auf die Einlage entfielen und 49% (S 27.097.000) als Darlehen zur Verfügung gestellt wurden. Für diese unverzinsten Darlehen wurde die Rückzahlung, bei wirtschaftlicher Möglichkeit, im Jahre 1997 und 2003 zugesagt. Eine frühestens im Jahre 2002 einlösbarer Bankgarantie sicherte die Rückzahlung.

Mit 8.5.1996 wurde die Zusammenschlussbilanz zum 30.6.1995 beim Finanzamt eingereicht. Der Betriebsprüfung konnte im Zuge der Prüfung der Nachweis, dass diese im Rückwirkungszeitraum erstellt wurde, nicht erbracht werden.

Das Beteiligungsverhältnis für die Mitunternehmerschaft wurde im Verhältnis des Stammkapitals der GmbH (S 500.000 - 1,74%) und der Einlagen der Beteiligten (S 28.203.000 - 98,26%) festgelegt. Die Ermittlung des Verkehrswertes für die GmbH unterblieb, damit ebenso die Untersuchung, ob stille Reserven vorhanden sind. Es lag jedoch ein Verkehrswertzusammenschluss vor (Buchwert der GmbH S 240.557,-), für den eine Vorsorge zur Vermeidung von Steuerlastverschiebungen unterblieb.

Die Regelung über die Gewinn- und Verlustbeteiligung lt. Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass der einzelne Anleger über seine Einlage hinaus Verluste zu übernehmen hat; und zwar bis zu 294% seiner Einlage. Eine weitere Verlustzuweisung ist somit nicht mehr vorgesehen. Gewinne sind zunächst dem Geschäftsherrn - GmbH - zuzuweisen, bis dessen übernommenen Verluste abgedeckt sind, dann erst können den Anlegern Gewinne zugewiesen und somit ausgeschüttet werden, sofern diese jedoch nicht thesauriert werden (entsprechend der "Unternehmensphilosophie").

Für einzelne Zeichner wurden abweichend von der Verlustobergrenze von 294% Vereinbarungen getroffen, die diese auf 334% und 392% anhebt. Als Begründung dafür wurde vom Steuerberater Dr. Sch. angeführt, dass damit den "besseren Kunden" Rechnung getragen wurde, vom Geschäftsführer M.G. wurde niederschriftlich ausgesagt, dass damit den Marktgesetzen zu entsprechen war, da andere Modelle mit ähnlich hohen Renditen angeboten wurden. Eine im Unternehmensbereich der geprüften GmbH liegende Begründung für eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Gewinn- und Verlustverteilung wurde nicht genannt.

Dem Prospekt für diese Beteiligung liegt eine Prognoserechnung bei, die bei der Hingabe einer Zeichnungssumme von S 104.000 (inkl. Agio) im Jahre 1995 einen Rückfluss dieser Mittel bis zum Jahre 2003 in Ausmaß von S 104.382 veranschlagt (Darlehensrückzahlungen - 1997 S 20.000 und 2003 S 29.000, vermindert um diverse Gebühren von S 9.600 sowie eine Abschichtungszahlung von S 64.982). Neben diesem Mehrbetrag von S 382 wird eine zu erwartende Steuergutschrift von S 35.532 genannt. Sollte ein höherer Abschichtungsbetrag sich ergeben, dann würden bis zu 20% der eingezahlten Gesellschaftereinlage als Kosten anfallen. In diesem Fall wären dies S 10.200, gerechnet von S 51.000. Weiters würde der Geschäftsherr auf sein Kündigungsrecht verzichten, wenn nicht zumindest 1 % Gesamtgewinn erzielt würde.

Wenn jedoch ein Großteil der Beteiligten zum vorhergesehenen Termin die Abschichtung begehen würde, so wäre dies nur mittels Aufnahme neuer Beteiliger möglich oder/und bei Zuführung von Fremdmittel an die geprüfte GmbH (lt. KMG-Prospekt - Darstellung in den Erläuterungen zum angenommenen Berechnungsbeispiel - Prognoserechnung).

Im KMG-Prospekt gibt es zahlreiche Hinweise, die darauf gerichtet sind, dass der angestrebte steuerliche Vorteil nicht vereitelt wird, wie zum Beispiel, dass dieses Beteiligungsmodell in Hinblick auf die Steuersätze nur für natürliche Personen einen Sinn macht, dass bei der Abschichtung ein Verlustausgleich vermieden werden soll und auch dass die Fremdfinanzierung Beteiligungsliebhaberei auslösen könnte.

Der Unternehmensgegenstand der GmbH war zunächst das Leasing von Mobilien, danach der Erwerb von Beteiligungen. Die Anschaffung von Gegenständen zum Zwecke der Vermietung erfolgte überwiegend im Jahre 1995 (S 5.111.675) - 1996 (S 388.080), 1997 (S 43.727) - und wurde danach eingestellt. In einer schriftlichen Sachverhaltsdarstellung der geprüften GmbH wurde dazu ausgeführt, dass keine werbende Tätigkeit erfolgte, sondern, dass lediglich im Bekanntenkreis des Geschäftsführers M.G. Geschäfte dieser Art abgeschlossen wurden. Eine Ausweitung dieser Tätigkeit hätte weitere Darlehensaufnahmen erforderlich gemacht, die jedoch von den Banken nicht gewährt wurden. Trotz rückläufiger Nachfrage wurden daher auch weiters keine werbenden Tätigkeiten vorgenommen. Nach dem Beitritt der Anleger zum 30.6.1995 wurden die zugeflossenen Mittel (S 23.250.000 von S 28.203.000) überwiegend in Beteiligungen angelegt, und zwar als sogenannter "atypisch stille Gesellschafter" oder als Kommanditist an einer KEG. Der Rest wurde in banküblicher Besicherung, wie im Prospekt gemäß Kapitalmarktgesezt ausgeführt, angelegt.

Mit den Geschäftsherrn, an deren Unternehmen man sich beteiligte, wurden Zusatzvereinbarungen geschlossen, die eine feste Bindung der hingegebenen Einlage an dem zugeschriebenen Verlust vorsahen (z.B. 500% der Einlage als Verlust, bei abweichendem Verlust eine Nach- oder Rückzahlung). Auch die Kommanditbeteiligung stützt sich auf eine Verlustvorhersage kombiniert mit einer Prognoserechnung.

Die Summe der Verlusttangentialen aus den eingegangenen Beteiligungen betrug im Jahre 1995 rd. S - 86.600.000. Nach 1995 wurden keine weiteren Beteiligungen mehr eingegangen. Damit erschöpfte sich das unternehmerische Engagement der GmbH.

Mit Wirkung 31.12.1998 brachten sämtliche Beteiligte ihre sogenannten "Mitunternehmeranteile" gem. Art. III UmgrStG in die F AG gegen Gewährung von neuen Aktien ein. Dabei wurde zunächst der Verkehrswert dieser Beteiligungen ermittelt, der ein negatives Ergebnis brachte, nämlich S -3.504.497,87 (eine Berechnung wurde der Betriebsprüfung nicht vorgelegt), davon entfiel auf die Anleger S 3.022.058,79. Es war daher notwendig einen positiven Wert herzustellen, dies erfolgte dadurch dass vom vorzeitig rückgezahlten Darlehen Beträge in Höhe von S 3.557.343,47 als Einlagen umgewidmet und diese dem Unternehmen als Mittel gern. § 16 Abs.5 UmgrStG zugeführt wurden. Somit erhielten die Beteiligten für ihre geleistete Einlage von S 28.203.000 zuzüglich bare Einlagen von S 3.557.343 Aktien von S 110.600. Begründet wurde dieser Schritt, neben wirtschaftlichen Motiven und dem Abweichen von den

Planzielen, mit dem Wegfall des halben Steuersatzes bei Abschichtung von Anteilen. Außerdem wurde den Anlegern versichert, als Aktionäre mehr Mitspracherecht zu haben, als in ihrer derzeitigen Stellung zum Geschäftsherrn.

Abschließend zum hier dargestellten Sachverhalt wird darauf hingewiesen, dass im Wege der Sachverhaltsermittlung mehrere Vorhalte übergeben wurden, die nicht vollständig beantwortet wurden. Nachdem deren Beantwortung im vollen Umfang den Vertretern der Beteiligungsgemeinschaft nicht mehr möglich erschien, wurde ihrerseits der Betriebsprüfung im Schreiben vom 10.4.2000 mitgeteilt, dass der Wechsel auf der Gesellschafter- und der Geschäftsführerebene der mit diesem Modell verbundenen Unternehmensgruppe im Jahre 1997/1998, sowie der steuerlichen Vertretung, weiters der zeitliche Abstand zu den entscheidenden Zeiträumen, wofür diese Klärungen zu erbringen sind, die Erbringung weiterer Informationen und Unterlagen nicht mehr möglich mache. Die rechtliche Würdigung kann daher nur auf den bis dahin erhobenen Tatsachen basieren.

Aufgrund dieses oben beschriebenen Sachverhaltes ist nach Meinung der Betriebsprüfung in erster Linie die angestrebte Mitunternehmerstellung der Beteiligten an der GmbH nicht gegeben. Somit liegt auch kein Vorgang im Sinne des Umgründungssteuergesetzes vor, wobei auch weitere Anwendungsvoraussetzungen wie z.B. Vorsorgemaßnahmen zur Vermeidung von Steuerlastverschiebungen und eine dem Beteiligungsverhältnis entsprechende Gewinnverteilung nicht erfüllt sind.

Was die Mitunternehmerschaft anbelangt, so ist sie nach Lehre und Rechtsprechung von zwei grundsätzlichen Komponenten abhängig, nämlich vom Unternehmerrisiko und von der Unternehmerinitiative.

Dazu stützt sich die Argumentation der Betriebsprüfung im wesentlichen auf das Erkenntnis des VwGH vom 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung kann bei diesem Beteiligungsmodell aus folgenden Gründen nicht von einem in der Rechtsprechung geforderten **Unternehmerrisiko**, gesprochen werden:

Die Beteiligungen erfolgten an einem Unternehmen, dessen Geschäftsumfang genau festgelegt war und dann auch tatsächlich keine weiteren Tätigkeiten mehr vornahm. Für die vom einzelnen Anleger geleistete Einlage - eine weitere in Form einer Nachschussverpflichtung war ausgeschlossen - wurde eine genaue Verwendung angegeben und damit verbunden eine fix festgelegte Erfolgzsusage gegeben.

Neben dem Leasinggeschäft, das aus oben genannten Gründen nicht nachhaltig weiter betrieben wurde, gab es für die eingegangenen Beteiligungen feste Ergebnisabsprachen. Andererseits erhielten die Anleger feste, nach oben begrenzte Verlustzusagen, die nach einem Jahr erfüllt wurden.

So wie dieses Modell konzipiert ist, kann darin als primäres Ziel nur die Erzeugung von Verlusten erblickt werden, um damit Steuergutschriften bei den Anlegern herbeizuführen. Es erscheint nämlich aus der Sicht eines Unternehmers nicht erstrebenswert, derart hohe Verluste, bei kaum zu erwartenden Gewinnen, bereitwillig zu übernehmen. Auch kann der Prognoserechnung entnommen werden, dass der überwiegende Ertrag aus dieser Verlagerung aus Steuerersparnissen infolge von Verlustverwertungen resultierte. Wobei vor allem der Verlust des ersten Jahres entscheidend war (fast bis zu 400% der Einlage), jedoch der Wegfall des halben Steuersatzes, infolge der Einbringung in die F AG, nur eine geringe Ertragseinbuße mit sich brachte. Die damit entfallende Abschichtung war mit Bestimmungen versehen, die vom steuerlichen Aspekt getragen waren, wie jener, dass seitens des Geschäftsherrn auf eine Kündigung verzichtet würde, soferne man keinen Gesamtgewinn von zumindest 1 % erzielt. Auf die im KMG-Prospekt genannten Vorsichtsmaßnahmen, um zu einer optimalen Auswertung der Verluste zu gelangen, wurde bereits hingewiesen.

Zur Gewinn- und Verlustbeteiligung ist abschließend auszuführen, dass eine bloß anfängliche Verlustzuweisung nicht für eine Mitunternehmerschaft spricht (VwGH vom 29.5.1996, 94/13/0046).

Auch eine der Rechtsprechung konforme **Unternehmerinitiative** ist nach Meinung der Betriebsprüfung aus folgenden Gründen nicht gegeben:

Die den Anlegern im Gesellschaftsvertrag gebotenen Kontrollrechte bestehen in der Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen und im Recht die Jahresabschlüsse einzusehen. Die Bestellung eines Aufsichtsrates durch deren Treuhänder entsprach nicht dem GmbH-Recht. Von der Betriebsprüfung abverlangte Dokumentationen über Mitwirkungen wurden nicht erbracht. Weiters entspricht die unkritische Akzeptierung der von den Modellbetreibern konzipierten Kosten dieser Veranlagung nicht einem zu erwartenden kaufmännisch bestimmten Kostenbewusstsein. Eine Stellungnahme zu diesen Kosten (Vertrieb, Konzeption, Marketing, jährliche Verwaltung, Treuhandgebühren etc.), für die großteils Verträge mit dem Gesellschafter P - M & A vorliegen, und zwar in der Form, ob die geplanten Ziffern den tatsächlichen entsprachen, wurde der Behörde, trotz schriftlichen Ersuchens nicht gegeben. Nach Berechnung der Betriebsprüfung dürften diese ca. 1/3 der Zeichnungssumme ausmachen, das sind ca. S 18.000.000.

Auch spricht gegen die erforderliche Unternehmerinitiative das Halten dieser Beteiligung nur im Wege eines Treuhandverhältnisses und die im Vertrag darüber geregelte Ermächtigung des Treuhänders, Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages und der Darlehensvereinbarung mit dem Geschäftsherrn vorzunehmen, wenn diese der Erreichung der wirtschaftlichen Zielsetzung dienen (VwGH vom 19.12.1990, 86/13/0136, VwGH vom 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193).

Einvernahmen, die mit einzelnen Anlegern von der Betriebsprüfung durchgeführt wurden, zeigen, dass deren Interesse ursächlich am Erzielen der zugesagten Steuerersparnis lag. Die Mitwirkung am Unternehmen in irgendeiner Art und Weise wurde nicht angestrebt, von den anderen Beteiligten hatte man keine Kenntnis; man sah diese Beteiligung lediglich als Geldanlage mit hoher Rendite an. Die Aussage des Geschäftsführers M. G., wonach die Verlustzusagen von den Marktrenditen abhingen, weist in dieselbe Richtung.

Überdies lässt sich aufgrund von Sachverhaltsermittlungen durch die Betriebsprüfung schon jetzt sagen, dass die Verluste der Unternehmungen an denen die P 95 beteiligt ist, steuerlich nicht anzuerkennen sind und daher für dieses Beteiligungsmodell aus folgenden Gründen nicht zur Verfügung stehen können. Einerseits werden bei den verlustbringenden Unternehmungen die behaupteten Mitunternehmerschaften nicht anerkannt, da mit fixen von der Einlage abhängigen Verlustzusagen und Zusatzvereinbarungen operiert wurde, so dass allein schon deshalb keine Verluste im Wege von Tangenten zugewiesen werden.

Andererseits handelt es sich bei diesen Verlusten zum Teil um konstruierte, willkürlich herbeigeführte Verluste im Rahmen der Einnahmen/Ausgabenrechnung für behaupteten Wertpapier- und Grundstückshandel. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise geht es bei diesen Vorgängen nicht um tatsächliche Handelsgeschäfte, sondern um Maßnahmen um künftige Verluste für diverse Beteiligungsmodelle zu erzeugen. Bei Wegfall dieser Verluste fallen natürlich auch die daraus resultierenden Verlustanteile sämtlicher Beteiligten weg. Somit verbliebe letztlich nur das Ergebnis aus der Tätigkeit des Geschäftsherrn, dass zur Verteilung gelangen könnte.

Nachdem aus dem oben gesagten die Betriebsprüfung zur Meinung gelangt ist, dass keine Mitunternehmerschaft vorliegt, ist auch eine Einbringung von Mitunternehmeranteilen gem. Art. III UmgrStG zum Stichtag 31.12.1998 nicht möglich. Zum Zeitpunkt der Anmeldung dieses Vorganges beim Firmengericht im Jahre 1999 ist daher die Sacheinlage von werthaltigem Vermögen anzunehmen.

Bezüglich des negativen Verkehrswertes, der anlässlich der Einbringung festgestellt wurde und der daraus resultierenden Darlehensumwidmung sei angemerkt, dass dies nach Ansicht

der Betriebsprüfung zu vermeiden gewesen wäre, d.h. die volle Rückzahlung als Darlehen hätte erfolgen können, wenn nicht im Jahr 1996 eine Teilwertabschreibung in Höhe von S 22.989.997 aller eingegangenen Beteiligungen auf S 1 erfolgt wäre. So z.B. auch die Beteiligung an der St.KEG, deren Verluste Scheinverluste darstellen, da sie infolge der Gewinnermittlung nach § 4/3 EStG zustande kamen. Wie sich im Zuge von Einvernahmen zur St.KEG herausstellte, war schlussendlich nicht von Verlusten auszugehen, da Absprachen einen Rückfluss der investierten Mittel garantierten. Es kann daher im Ausmaß der reduzierten Darlehensrückzahlung von einer Schädigung der Anleger gesprochen werden.

Die Beurteilung, dass das gegenständliche Beteiligungsmodell keine Mitunternehmerschaft darstellt, hat zur Folge, dass Nichtfeststellungsbescheide gem. § 92 Abs. 1 lit.b BAO i.V.m. § 190 Abs. 1 BAO und §188 BAO zu erlassen sind.

### **Von der P 95 GesmbH und den nicht als Mitunternehmer anerkannten Beteiligten wurde Berufung erhoben.**

Begründend (in den Berufungen der Stillen Beteiligten wurde auf die Ausführungen in der Berufung des Geschäftsherrn der atypischen stillen Gesellschaft , der P 95 GesmbH verwiesen) wurde Folgendes ausgeführt:

"Zur inhaltlichen Begründung der Berufung – Fehlen des Unternehmerrisikos und der Unternehmerinitiative - wird in der Berufung folgendes vorgebracht

Das Fehlen eines Unternehmerrisikos versucht die Finanzverwaltung dadurch zu begründen, dass der Geschäftsumfang des Geschäftsherrn genau festgelegt gewesen sei und somit für die geleisteten Einlagen eine genaue Verwendung vorgegeben war. Dies kann nur auf eine völlige Fehlinterpretation des Anlegerprospektes zurückzuführen sein, da der Geschäftsherr Investitionsrichtlinien für P.Beteiligungen herausgegeben hat, die die Verwendung der Zeichnungssumme erläutern. Dabei wird hinsichtlich des Risikokapitals auf Investitionen in Beteiligungen gesprochen und demonstrativ Unternehmungen aufgezählt, mit denen zum Zeitpunkt der Erlassung dieser Richtlinien Beteiligungsgespräche geführt wurden. In eben diesen Richtlinien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Kapitalrückführung und Dividenden als nicht gesichert anzusehen seien. Gerade aus dieser Feststellung, die in den Unterlagen enthalten ist, die jedem potentiellen Anleger übergeben wurden, ist ersichtlich, dass es beiden Parteien klar sein musste, dass es sich bei den Anlegergeldern um Risiko-Kapital handle. Diese klare Risikokapitalkonstruktion wurde auch in den Zeichnungsscheinen der einzelnen Anlegern herausgestrichen und auch auf dieses Risiko hingewiesen, dass eine Rendite aus der steuerlichen Anerkennung von Verlustzuweisungen nicht als gewährleistet angesehen werden kann. Wörtliches Zitat aus den Zeichnungsscheinen: " Ich nehme zur Kenntnis, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkte kritische Haltung zeigt und dass keine Haftung für die Realisierung von mir allenfalls angestrebten steuerlichen Vorteilen übernommen werden kann."

Von der Finanzverwaltung wird weiters gegen das Vorhandensein eines Unternehmerrisikos angeführt, dass es Ergebnisabsprachen der Form gab, dass die Verlustzuweisung für das erste Jahr nach oben begrenzt und die Folgejahre ausgeschlossen waren.

Eine Risikobegrenzung ist für den kapitalgebenden Mitunternehmer eine übliche Konstruktion. Wie man bei der Kapitaleinlage eine Nachschusspflicht ausschließen kann, muss man auch eine Verlustzuweisung beträchtlich begrenzen können ohne deswegen die Anerkennung der Mitunternehmerschaft zu gefährden.

Die von der Finanzverwaltung geäußerte Ansicht, dass die Anleger lediglich Steuervorteile bei ihrer Investition im Auge gehabt hätten und kein Unternehmerwagnis eingehen wollten, spricht dem Anleger jede kritische Denkfähigkeit ab. Der Anleger wusste und wurde

ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die steuerlich Anerkennung von Verlustzuweisungen fraglich sei, weiters wusste er, dass steuerliche Verlustzuweisungen keine Rendite darstellen können, da die steuerlich geltend gemachten Verluste zum Zeitpunkt der Abschichtung voll zu versteuern seien, somit der momentane Steuervorteil lediglich ein Steuerkredit sein kann. Die Vorteile eines solchen "Steuerkredites" können aber nicht annähernd als Rendite oder Risikosatz angesehen werden. Jedem Anleger war dank der entsprechenden Beratung bewusst, dass bei Verlustbeteiligungsmödellen das Risiko besonders hoch ist, das eingesetzte Kapital zu verlieren. Die Aussicht auf bessere Renditen als am Kapitalmarkt üblich, wird und wurde von den Vermögensberatern, die diese Anlageform propagieren damit begründet, dass mit diesen Anlagen zwar ein höheres Risiko aber auch eine höhere Rendite verbunden sei. Der Hinweis der Finanzverwaltung, dass der Prognoserechnung über die steuerlichen Vorteile hinaus kaum zu erwartende Gewinne zu entnehmen seien übersieht, dass in dieser Prognoserechnung die Beteiligungsveräußerung nicht berücksichtigt ist. Gerade bei der Entwicklung von Unternehmensbeteiligungen steht aber die Wertsteigerung im Beteiligungsansatz im Vordergrund. Der abschließende Hinweis der Finanzverwaltung, dass eine bloß anfängliche Verlustzuweisung nicht für eine Mitunternehmerschaft spräche wird nicht begründet und ist unseres Erachtens auch nicht nachvollziehbar. Der in Klammer gesetzte Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 29.5.1996 zur Zl. 94/13/0046 trägt auch zum Verständnis nicht bei, da dieses Erkenntnis aufgrund eines völlig unterschiedlichen Sachverhaltes ergangen war.

Die Unternehmerinitiative - als zweites Kriterium für die Beurteilung der Mitunternehmerschaft genannt - wurde seitens der Finanzverwaltung aus folgenden Gründen verneint: Es wird zwar anerkannt, dass Stimm- und Kontrollrechte analog zu den Rechten eines Kommanditisten vertraglich vorgesehen sind, doch werde die Unternehmerinitiative dadurch ausgeschlossen, dass die Anleger (Mitunternehmer) über einen Treuhandvertrag entmündigt würden, da nur Treugeberweisungen vom Treuhänder zu berücksichtigen seien, wenn mehr als 50% der Treugeber einen entsprechenden Auftrag an den Treuhänder stellen.

Hier übersieht die Finanzverwaltung, dass es im Wesen des Anlegersystems als Kapitalmarktinstrument liegt, die Stimm- u. Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber zu bündeln um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können. Es ist davon auszugehen, dass der Treuhänder primär die Interessen der Treugeber im Auge hat, dies umso mehr, wenn es selbst als Anleger sich an dem Unternehmen beteiligen darf (was vertraglich ausdrücklich fixiert ist) und daher eine besonders kritische Einstellung gegenüber dem Geschäftsherrn haben wird.

Mit Erkenntnis des VwGH vom 23.2.1994, Zl.93/15/0163 wird bei der Beurteilung, ob ein Kapitalanleger als steuerlicher Mitunternehmer anzusehen sei, nur mehr auf das Unternehmerrisiko abgestellt. Die Unternehmerinitiative fällt als Beurteilungskriterium weg.

Für die Beurteilung, ob es sich um eine Mitunternehmerschaft oder eine Darlehensgewährung handelt, ist die Geschäftstätigkeit des Geschäftsherrn irrelevant. Der Hinweis der Finanzverwaltung, dass Scheinverluste aus Kommanditbeteiligungen dadurch erreicht werden, dass Anschaffungskosten von Immobilien im Rahmen einer Einnahmen/Ausgabenrechnung erfolgswirksam abgesetzt werden, hat mit der hier gegenständlichen Rechtsfrage nichts zu tun. Die Beteiligungen an Kommanditgesellschaften die hochvolumige Handelswerte aufwandswirksam verbuchen wollen, haben zwangsläufig in den Folgeperioden ebenso hohe Erfolgzuweisungen, so dass eine reine Verlusterzeugungsabsicht einer solchen Beteiligung nicht unterstellt werden kann.

Unsere Berufung ist völlig unabhängig von dem Vorhandensein etwaiger Verluste oder Gewinne die den atypisch stillen Gesellschaftern zugeteilt werden können. Wir sehen nur die Rechtsfrage der Mitunternehmerschaft zwischen Anleger und Geschäftsherrn und sind der Meinung, dass jemand, der Risikokapital zur Verfügung stellt für dessen Rückzahlung er keinerlei Garantien hat, Unternehmerrisiko im selben Ausmaß wie ein Kommanditist trägt.

Wenn die Finanzverwaltung die dem Geschäftsherrn zugeteilten Verluste aus diversen Beteiligungen nicht anerkennen möchte, ist das bei diesen Beteiligungsgesellschaften bescheidmäßig zu entscheiden, hat aber nichts mit der Rechtsfrage der hier angefochtenen Bescheide zum tun.

Unseres Erachtens verstößt die angefochtene Aberkennung der steuerlichen Mitunternehmerschaft auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn Anleger auf Basis eines nach den Bestimmungen des Kapitalmarktgeseztes geprüften Angebotes Risikokapital anlegen, diesem Kapital einige Jahre später der Risikocharakter abgesprochen wird, weil die angekündigte Verlustzuweisung tatsächlich stattgefunden hat. Die Begrenzung der Verlustzuweisung wird als Argument gegen das Vorhandensein von Unternehmerrisiko ausgelegt. Wäre keine Verlustbegrenzung gewesen, hätte man vermutlich steuerliche Liebhaberei behauptet, um den steuerlichen Ausgleich von Verlusten zu unterbinden. Die Verlustbeteiligungsmodelle, um solche handelt es sich hier, stellten in den 90er Jahren ein von der Wirtschaft begrüßtes Finanzinstrument dar, dem von der Finanzverwaltung weder in der Literatur noch Judikatur widersprochen wurde. Es ist ein Gebot der Gleichbehandlung, auch in Zeiten von öffentlichen Appellen zur Erhöhung des Steueraufkommens, diese Beteiligungsmodelle nicht anders zu behandeln als vor ein paar Jahren. Der Gesetzgeber hat diesen Modellen die rechtliche Existenz schrittweise in den letzten 2 Jahren entzogen, über die Verwaltungspraxis diese gesetzliche Änderung rückwirkend auf die Jahre 1993-1998 auszudehnen ist und ein Verstoß gegen das in der Verfassung verankerte Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und hat nichts mit steuerlicher Treffsicherheit zu tun."

**In der von der Partei beantragten mündlichen Verhandlung wurde Folgendes vorgebracht:**

Dr. Schuster: Es handelt sich bei der gegenständlichen Konstruktion um eine doppelstöckige Gesellschaft. Vom Bw. wurde die Nichtanerkennung der Verluste im unteren Bereich bis auf kleine Ausnahmen dem Grunde nach anerkannt. Im Vordergrund steht aber hier die Frage, ob bei einer Einlage der Gesellschafter in die GesmbH ein Unternehmerrisiko vorliegt. Dies ist zu bejahen, da generell mit einem Verlust des Kapitals zu rechnen sein kann.

Mag. Schlagenhaufen: Betreffend Unternehmerrisiko halte ich zunächst fest, dass 49 % der Gesamteinlage als Darlehen hingegeben worden sind. Diesbezüglich gab es eine Bankgarantie, sodass das Risiko der Anleger schon in diesem Punkt sehr beschränkt war. Weiters ist anzuführen, dass vereinbart wurde, dass sich der frühestmöglichen Zeitpunkt der Abschichtung um drei Jahre verlängert, wenn bis dahin nicht ein Gesamtgewinn von mindestens 1% erzielt wurde. Ferner hat der Geschäftsherr sich selbst einen Kostenersatz in Höhe von 20% bei der Abschichtung hinzu gesprochen, auf diesen Betrag werde aber dann verzichtet, wenn eben nicht bis dorthin ein steuerlicher Gesamtgewinn entstanden ist.

Zur Unternehmensinitiative ist auszuführen, dass aus § 8 des Gesellschaftsvertrages hervorgeht, dass ein Treuhänder zwischengeschaltet ist, die atypisch stillen Gesellschafter selbst also mit dem Geschäftsherrn in keinerlei Kontakt treten. Überdies konnte der Geschäftsherr auch nach freien Belieben weitere Gesellschafter auch zu anderen Konditionen in seinen Betrieb aufnehmen. Von der Betriebsprüfung wurde weiters festgestellt, dass die

atypisch stillen Gesellschafter nie in Entscheidungen des Unternehmens eingebunden waren, es wurde auch kein Nachweis erbracht, dass die Gesellschafter je an Gesellschafterversammlungen teilgenommen haben.

Dr. Schuster: Gerade aus dem Umstand, dass sich die Einlage in ein Darlehen und in eine sonstige Einzahlung aufteilte, wird meiner Ansicht nach unser Standpunkt gestützt. Es ist daraus abzulesen, dass nur im Hinblick auf das Darlehen kein Risiko bestanden hat, im Übrigen aber Höchstrisikokapital geleistet wurde.

Mag. Schlagenhaufen: Aus Punkt 2.10 des Vertrages ist ersichtlich, dass nur 75 % in Unternehmen investiert werden sollte, hinsichtlich deren Erträgnissen zumindest die Sekundärmarktrendite erreicht werden konnte. Daraus ist ersichtlich, dass von einer Hochrisikoanlage nicht gesprochen werden konnte.

Dr. Gehberger ( Betriebsprüfer): Nach Ansicht der Betriebsprüfung war schon deshalb kein Unternehmerrisiko gegeben, weil durch die Steuerersparnis das eingesetzte Kapital mehr als ersetzt werden sollte.

Dr. Schuster: Es ist dem zu entgegnen, dass auf der einen Seite der geplante Abschichtungserlös die bisherigen Verluste wieder nachversteuert hätte. Andererseits ist zu beachten, dass jedenfalls das Risiko bestanden hat, dass die Verluste steuerlich nicht anerkannt werden würden. Es wird ersucht, der Berufung Folge zu geben.

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

Der Sachverhalt des angefochtenen Bescheides ist dem Betriebsprüfungsbericht entnommen und ist nicht strittig.

Gemäß § 23 Abs.2 EStG 1988 in der für die Streitjahre geltenden Fassung sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der Gesellschafter von Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind (wie insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften), sowie die 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 Beispiele angeführt. Die OHG und die 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.(Doralt, Einkommensteuergesetz Kommentar, Band II, 7. Lieferung, § 23Tz 214 ff)

### 1) Unternehmerrisiko

Stoll führt in dem Buch "Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften auf den SS 56 ff aus:

"Das Unternehmerrisiko ist die Summe der mit dem Vermögenseinsatz verbundenen Chancen der Vermögensvermehrung, der Wertsteigerung, der Teilnahme an den Erträgen, aber auch das Mittragen der Gefahren, die mit der Kapitalanlage verbunden sind, also Gefahren der Vermögensverminderung oder Vermögenseinbußen. Dass diese Risiken bei Kommanditisten von vornherein eingeschränkt sind, weil dieser nur mit dem Betrag ihrer Vermögenseinlage haften, ist bei dieser Betrachtung ohne Bedeutung, weil § 23 Z2 EStG Kommanditisten ausdrücklich in den Kreis der potentiellen Mitunternehmer einbezieht. Die Gefahr der auf die Einlage beschränkte Vermögenseinbuße wird sohin zufolge gesetzgeberischer Entscheidung für die (Mit-) Unternehmerqualifikation nicht als schädlich angesehen.

Dabei kann allerdings das Risiko, die Vermögenseinlage zu verlieren, das Mitunternehmerbild nicht allein bestimmen, denn diese Gefahr trifft gleichermaßen auch denjenigen, der an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist und der so gleichfalls nicht mehr verlieren kann als der Kommanditist, nämlich das eingesetzte Kapital. Dennoch ist der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kein Mitunternehmer, der Kommanditist könnte es aber sein. Wenngleich der mit der Gefahr des Verlustes verbundene Vermögenseinsatz für die Annahmen des Unternehmerrisikos und für die Zurechnung zur Mitunternehmerschaft unabdingbar ist, so kann nach dem Gesagten dieser Maßstab nicht allein ausschlaggebend sein. Es muss vielmehr auch die Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven, am Zuwachs des Geschäftswertes des Unternehmens, dem Kapital zugeführt wurde, hinzutreten. Aber auch bei dieser Feststellung kann es noch nicht bleiben. Die Teilnahme an Gewinnen, und zwar sogar an den Wertzuwachsen, die üblicherweise außerhalb des laufenden Geschäftes realisiert werden, ist nämlich auch dem an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten nicht verschlossen, wenngleich diese Gewinne bei ihm zumeist erst bei der Veräußerung seiner Anteile oder bei Liquidation des Unternehmens zur Wirkung gelangen. Das so deutliche Merkmal des Unternehmerrisikos scheint somit an Farbe und Substanz zu verlieren und als Unterscheidungs- und Bestimmungsmerkmal weniger bedeutsam zu werden oder sich gar als unbrauchbar zu erweisen, wenn man aus dieser Sicht (wenn auch einseitig und bewusst vordergründig ) den Kommanditisten mit dem Gesellschafter von Kapitalgesellschaften vergleicht."

Weiter führt Stoll aus, dass für potentielle "Mit-"Unternehmer zumindest aus steuerrechtlicher Sicht ein Anteil am Geschäftsvermögen begründet sein müsste. Dieser, wenn auch nur schuldrechtliche, Anspruch müsste dazu führen, dass der Anleger – dessen rechtliche Qualifikation in Frage steht – so gestellt ist, als würde ihm das Geschäftsvermögen anteilig gehören.

Würden nur Ansprüche gegen einen Rechtsträger begründet und ereignen sich die Vermögenserhöhungen im Zurechnungsbereich dieses Rechtsträgers und nicht unmittelbar im Vermögen des Mitgliedes, dann wäre der Anleger nicht Mitunternehmer sondern Kapitalgläubiger.

Für Mitunternehmer ist ausschlaggebend, dass das Merkmal der "Unmittelbarkeit" erfüllt wird, somit die prinzipielle Verfügungsbefugnis über die Gewinnanteile, wie auch das Ausgesetztsein der Risiken des Unternehmens, mit dem man verbunden ist, in einer Weise, wie dies für einen Unternehmer im Sinne des § 23 Z.1 EStG typisch ist.

Erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw., die tatsächliche Gestaltung und Gebarung diese Voraussetzungen, verschaffen sie dem Anleger einen unmittelbaren Zutritt zu den Erfolgen des Unternehmens und bewirken sie ergebnishaft beim Anleger unmittelbare Vermögenseinbußen bei Verlustgebarungen der Gesellschaft, nimmt der Anleger unmittelbar Anteil an den stillen Reserven."

Im EStG, Einkommensteuergesetz, Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke, wird zu § 23 in Tz 101 ausgeführt, dass das Vorliegen der für eine Mitunternehmerschaft erforderlichen Voraussetzungen bei jeder Personengesellschaft zu prüfen ist, doch besteht bei den im § 23 Z 2 EStG 1988 beispielhaft aufgezählten Gesellschaften schon auf Grund ihrer handelsrechtlichen Ausgestaltung eine (widerlegliche) Vermutung dafür.

Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft bei einer atypisch stillen Gesellschaft zu prüfen.

Das Beteiligungsangebot lautet "Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger".

Die Beteiligung wird damit beworben, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen konzipiert ist, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden. Es handelt sich um eine Beteiligung, die auf der Grundlage eines steueroptimierten Konzeptes in Form einer atypisch Stillen Beteiligung errichtet wird. Die Beteiligung ist mit einem Darlehen im Ausmaß von 49% der Zeichnungssumme, das Sie dem Geschäftsherrn gewähren, kombiniert. Dieses Darlehen ist durch eine Bankgarantie einer österreichischen Bank besichert.

Ein weiterer Anreiz ist, dass bei einem Grenzsteuersatz von 50 %, einer Verlustzuweisung von 150% und der geplanten Abschichtung – bezogen auf die Zeichnungssumme – sich eine Nettorendite von ca. 11,3% p.a. ermitteln lässt, was einer Bruttorendite (vor 22 % KESt) von ca. 14,5 % p.a. entspricht.

1995 kann ein Verlust bis zu 150% der Zeichnungssumme erwartet werden, für die Folgejahre sind Gewinne geplant, die aufgrund von Verlustvorträgen nicht ausgeschüttet werden.

Die atypisch Stille Einlage wird bei ordentlicher Kündigung zum Wirkungszeitpunkt mit dem anteiligen Unternehmenswert, gemäß Planrechnung mit ca. 113 % der atypisch Stillen Einlage, abgeschichtet.

In allen aufgezählten Punkten wirbt das Beteiligungsmodell mit dem steuerlichen Aspekt, dass durch die zugewiesenen Verluste die Rendite höher als bei anderen Veranlagungen ist.

Ein "Misserfolg" der Unternehmen, an denen der Steuerpflichtige über einen Treuhänder als atypisch stiller Gesellschafter beteiligt ist, ist u.a. eine Voraussetzung für die hohe Dividende. Denn durch die anfangs erzielten Verluste, die dem atypischen stillen Gesellschafter bis zu einer vertraglich festgesetzten Höhe zugerechnet werden, erspart sich dieser Steuern. Somit

geht der atypische stille Gesellschafter kein Risiko ein. Die hohe Dividende ergibt sich auf Grund der ihm zugerechneten Verluste.

Ausführungen, dass durch die Steuergesetzgebung gemäß dem Sparpaket 1996 sich die steuerliche (und damit wirtschaftliche) Situation der atypisch stillen Beteiligten drastisch verändert, insofern der Veräußerungsgewinn (zuzüglich dem negativen Kapitalkonto) nun nicht mehr mit dem halben Durchschnittsteuersatz besteuert wird, sondern der jeweilige Höchstsatz zur Anwendung kommt, und dass die Abschaffung des Halbsteuersatzes dazu führt, dass die Rendite nach Steuern auf die Beteiligung von 10-12% auf annähernd 0% sinkt, lassen auch den Schluss zu, dass sich die hohen Dividenden auf Grund steuerlicher Gegebenheiten errechnen.

Es wurde zur Lösung der Gesamtproblematik folgende Vorgangsweise angeboten:

Weil nach der derzeitigen Steuersituation die Einbringung von Mitunternehmeranteilen (unter anderem auch die atypisch stille Beteiligung) in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Aktien unter Buchwertfortführung erfolgen kann, besteht die Möglichkeit, die atypisch stille Beteiligung in Aktien umzutauschen. Weiters wurde ausgeführt, dass wenn die an sich leichtere Veräußerung der "eingetauschten" Aktien in naher Zukunft jedoch nicht erfolgt, zusätzlich sogar die ursprünglich mit dem halben Einkommensteuersatz eingeplante, seit dem Sparpaket aber nicht mehr begünstigte Versteuerung der Veräußerung unterbleibt, wenn die Aktien mindestens 10 Jahre behalten bleiben; das heißt: Die ausbezahlte Privatentnahme ist steuerfrei.

Auch aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die Gesellschaft gar nicht einen höheren Gewinn durch unternehmerische Tätigkeit angestrebt hat, sondern auf einen Gewinn auf Grund von Steuerersparnis abzielte.

Die gesetzlichen Änderungen sind ein Risiko, jedoch nicht ein Unternehmerrisiko.

Das von der Rechtsprechung für eine Mitunternehmerschaft vorausgesetzte Unternehmerrisiko ist im vorliegendem Fall nicht gegeben. Die hohen Verluste und deren Zuweisung an die atypisch Gesellschafter waren mit ein Teil des Konzepts zur Erreichen einer hohen Dividende.

Wiesner hat in der SWK 1987, A I 283 u.a. ausgeführt, dass die Tatsache, dass die Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft im Privatvermögen nur zu positiven Einkünften führen kann, eine Verlustbeteiligung hingegen ausgeschlossen ist, im Rahmen der zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten natürlich zu Versuchen geführt hat, Verluste der Gesellschaft für den Gesellschafter dienlich zu machen.

Bei den gegenständlichen Beteiligungsmodellen erleiden die atypisch stillen Beteiligten selbst, bei Verlust des eingesetzten Kapitals auf Grund der Anfangsverluste erzielten Steuerersparnis keinen tatsächlichen Verlust. Die Renditen können sich verringern. Ein Beteiligter an einer Kapitalgesellschaft kann sein eingesetztes Vermögen verlieren.

Quantschnigg schrieb in der ÖStZ 1995, dass in den letzten Jahren zunehmend Modelle entwickelt worden sind, bei denen sich (i.d.R. gutverdienende) Steuerpflichtige an sogenannten Abschreibungsgesellschaften beteiligen. Diese Modelle sind darauf ausgelegt, dass die Rendite der Beteiligungen (zumindest zum Teil) durch den Ausgleich des Beteiligungsverlustes mit den übrigen Einkünften und den damit verbundenen Ertragssteuerminderung erzielt wird. Im Vordergrund steht dabei primär das Renditenbewusstsein und nicht das Streben nach einem steuerlichen Ertrag.

Folgt man den Ausführungen im KMG-Prospekt erkennt man das vorstehend angeführte Modell.

KMG-Prospekt: Der Zeichner wird durch Abschluss dieser Beteiligung Unternehmer mit vielen der damit verbundenen Chancen und Risiken, wie sie bei einer Unternehmensbeteiligung systemimmanent sind, bis hin zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals.

Laut Berechnungsbeispiel kann es jedoch nur zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals kommen. Fast die Hälfte des jeweils eingesetzten Kapitals ist ein Darlehen, für welches die Rückzahlung mittels Bankgarantie gesichert ist. Die andere Hälfte ist die risikobehaftete Anlage als atypisch stiller Gesellschafter. Doch laut Rechenbeispiel ist selbst bei gesamtem Verlust des eingesetzten Kapitals als stiller Gesellschafter eine Rendite auf Grund der Steuerersparnis für den Anleger gewinnbringend. Im Falle eines Verkaufes ist der Abschichtungsbetrag mit dem halben Steuersatz zu versteuern.

Bei diesen Modellen ist das einzige Risiko, dass die Verluste steuerlich nicht anerkannt werden.

Bei der atypisch stillen Gesellschaft zwischen dem Geschäftsherrn, der P.95, und der S.WT-Union erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw. die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft, indem sie den Anlegern einen unmittelbaren Zutritt zu den Erfolgen des Unternehmers verschaffen.

In dem Beteiligungsangebot ist jedoch die Rendite vorgegeben unabhängig von einem etwaigen Unternehmenserfolg. (50%iger Steuersatz, 150% Verlustzuweisung, planmäßiges Rückzahlen des Darlehens, planmäßiges Abschichtungsguthaben,)

Die Betriebsprüfung führt aus, dass der Geschäftsumfang genau festgelegt war und auch tatsächlich keine weitere Tätigkeit mehr vorgenommen worden war. Für die vom einzelnen Anleger geleistete Einlage - eine weitere in Form einer Nachschussverpflichtung war ausgeschlossen – wurde eine genaue Verwendung angegeben und damit eine fix festgelegte Erfolgszusage gegeben.

Die Verwertung eines von Beginn weg feststehenden Verlustausmaßes in Bezug auf eine gewisse Einlagenhöhe stand unabhängig vom tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens im Vordergrund.

In dem Artikel "Atypische Beteiligungsverhältnisse im Handels- und Steuerrecht" OJZ 1980, 505, schreibt Torggler ua., dass der Anreiz zur Beteiligung an Abschreibungs- und Verlustgesellschaften, die auf personengesellschaftlicher Grundlage mit stark körperschaftlichen Einschlag strukturiert sind, darin besteht, dass den Anlegern mehr oder minder hohe Verluste "zugewiesen" werden, die programmgemäß in den Anfangsjahren entstehen, wenn zufolge Ausnutzung steuerlicher Investitionsbegünstigungen negative Einkünfte erzielt werden. Diese Verlustanteile sollen bei den Anlegern im Wege des Verlustausgleiches zu Steuerersparnissen bei ihren anderen Einkünften führen.

Im gegenständlichen Fall werden die Verluste zwar nicht durch steuerliche Investitionsbegünstigungen erzielt, jedoch durch hohe Verluste an überwiegend wirtschaftlich schlecht dastehenden Unternehmen, die, wie aus der Unternehmensbewirtschaftung erkennbar, keine Gewinne anstreben.

Auch die in der Berufung angeführten Investitionsrichtlinien für die P 95 GesmbH, die die Verwendung der Zeichnungssumme erläutern, weisen ausdrücklich darauf hin, dass Kapitalrückführung und Dividenden nicht als gesichert angesehen werden können. Die Risikokapitalkonstruktion wurde herausgestrichen und darauf hingewiesen, dass eine Rendite aus der steuerlichen Anerkennung von Verlustzuweisungen nicht als gewährleistet angesehen werden kann.

Auf die in der Berufung angeführte Abschichtung, die voll zu versteuern ist, wird entgegnet, dass wie bereits von der Betriebsprüfung ausgeführt, die Geschäftstätigkeit der P.95 nicht darauf ausgerichtet war, stille Reserven oder einen Firmenwert "anwachsen" zu lassen. Einer vertraglichen Zusicherung einer Abschichtung zum Verkehrswert kann daher keine Bedeutung zugemessen werden.

Infolge der hohen Verlustzuweisung ist selbst bei Nichtereichung des prognostizierten Abschichtungsbetrages der Rückfluss des eingesetzten Kapitals in Form der Steuerersparnis gewährleistet.

Die Abschichtung scheint aufgrund der Gestaltung des Modells eher eine Nebensächliche Angelegenheit, da sie erstens nur zeitgerecht erfolgen soll, wenn zumindest ein Gesamtgewinn erreicht wird und außerdem erfordert sie, wenn alle davon Gebrauch machen, die Neuaufnahme von Beteiligten bzw. eine Fremdfinanzierung.

Für die Erzielung der zugesagten Rendite ist daher primär die ESt-Gutschrift des Jahres der Verlustzuweisung von Bedeutung. Auch nachdem die steuerlichen Voraussetzungen sich änderten, wurden weitere Beteiligungen in dieser Form eingegangen, was auch dafür spricht, dass der Anfangsverlust das primäre Ziel zu sein scheint.

Dem Anleger ist das Ausmaß der zu übernehmenden Verlustes genau zugesagt (Zuweisung im prozentuell vereinbarten Ausmaß im ersten Jahr, ab dann übernimmt alle Verluste der Geschäftsherr). Andrerseits werden eventuelle Gewinne zunächst vom Geschäftsherrn zur Verlustabdeckung übernommen. Danach Aufteilung im Ausmaß der Beteiligungsverhältnisse, wobei die Ausschüttung vom Geschäftsherrn im Wege der Thesaurierung verhindert werden kann.

Auch bei einer stattfindenden Abtretung erfolgt eine Einschränkung der Gewinnaussichten, und zwar insofern als der prognostizierte Betrag überschritten werden sollte, werden Abschichtungskosten bis zu 20% der Einlage für den Anleger fällig.

Der Abschichtung kann keine Bedeutung beigemessen werden.

Auch dieses "Risiko" wurde von Beginn an ausgeschlossen.

## 2) Unternehmerinitiative

Unternehmerinitiative entfaltet, "wer auf das betriebliche Geschehen Einfluss nehmen kann", wer also an unternehmerischen Entscheidungen teilnimmt; dazu genügt allerdings die Ausübung der Gesellschaftsrechte, wenn sie wenigstens dem Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrecht des Kommanditisten angenähert sind.

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhänder genannt) aus den o.a. Gründen häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechte. Die Zwischenschaltung eines Treuhänders, der zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt schon zivilrechtlich dazu, dass die Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten gelten. (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften, SS 67ff)

Auch im vorliegendem Fall hatte die Treuhandgesellschaft den Sinn, dass Stimm- und Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber gebündelt werden um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können.

In dem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der atypisch stillen Gesellschaft zwischen dem Geschäftsherrn der P 95 und der S WT-Union wird festgehalten, dass der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist; er wirkt insbesondere nicht an der Beschlussfassung über Änderungen des Geschäftsgegenstandes des Geschäftsherrn und sonstigen wesentlichen Fragen, wie der Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlüsse der Kapitalmaßnahmen mit.

In dem Treuhandvertrag zwischen den Beteiligten als Treugeber und der S WT-Union als Treuhänder wird die Treuhänderin vom Treugeber beauftragt sich treuhändig auf seine Rechnung als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung an der P 95 GesmbH zu beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

Ausgehend von den Rechten der atypisch stillen Gesellschafterin im vorstehend angeführten Gesellschaftsvertrag stehen dem Treuhänder keine wesentlichen Rechte zu, somit auch nicht dem Treugeber.

Der Treuhänder hat gegenüber dem Geschäftsherrn P.95 keinerlei Rechte. Insofern hat auch die ökonomische Vorgangsweise die Beteiligten bei Publikumsgesellschaften von einer Treuhandgesellschaft vertreten zu lassen nicht viel Sinn, da der Treuhänder als atypisch stiller Gesellschafter auf Grund des Vertrages zwischen ihm und dem Geschäftsherrn (P 95) gemäß § 8 an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist.

Unternehmerinitiative wurde im gegenständlichen Fall von den Gesellschaftern nicht entfaltet.

Im übrigen teilt der Unabhängige Finanzsenat die von der Betriebsprüfung in obigen wörtlich zitierten Betriebsprüfungsbericht vertretene Rechtsansicht im Hinblick auf Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative; auf den Betriebsprüfungsbericht wird ergänzend verwiesen.

### 3.) Gewinnabsicht

Fraglich ist weiters wieweit der Gesellschaft überhaupt Gewinnabsicht unterstellt werden kann. Im erste Jahr wurde ein sehr hoher Verlust erzielt, in den folgenden Jahren wurde aber keine offensichtlichen Änderungen in der Unternehmensstrategie vorgenommen oder neue Beteiligungen erworben.

Wenn jedoch die keine Gewinnabsicht vorliegt, liegen keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor, was auch eine Mitunternehmerschaft mit Gewinnanteilen ausschließt.

#### 4.) Treu und Glauben

Weiters wird in der Berufung angeführt, dass die angefochtene Nichtanerkennung der steuerlichen Mitunternehmerschaft gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Die Anleger hätten auf Basis eines nach den Bestimmungen des Kapitalmarktgeseztes geprüften Anbores Risikokapital angelegt und diesem Kapital sei einige Jahre später der Risikocharakter abgesprochen worden, weil die angekündigte Verlustzuweisung tatsächlich stattgefunden habe.

Unter dem Grundsatz von Treu und Glauben versteht man, dass jeder der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben.

Nach der Judikatur des VwGH ( zB 18.12.1996, 94/15/0151) schützt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit; die Behörde ist verpflichtet von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Nach der Judikatur müssten besondere Umstände vorliegen, die ein Abgehen von der bisherigen Rechtsauffassung durch die Finanzverwaltung unbillig erscheinen lassen, wie das zB der Fall sein kann, wenn ein Abgabepflichtiger von der Abgabenbehörde ausdrücklich zu einer bestimmten Vorgangsweise aufgefordert wird und sich nachträglich die Unrichtigkeit dieser Vorgangsweise herausstellt.

Im gegenständlichen Fall wurden die Anleger in dem angeführten KMG-Prospekt ausdrücklich darauf hingewiesen,

"dass die Folgen aus einer Änderung der Rechtslage, Rechtsprechung und steuerlichen Verwaltungspraxis, die zwangsläufig nicht vorhersehbar sind, jedoch auf die persönliche Steuerbelastung einen wesentlichen Einfluss haben, ausschließlich vom Anleger zu tragen sind.

Weiters wird davon ausgegangen, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für den Zeitraum der Beteiligung am aktuellen Stand verbleiben.

Bei der Veranlagung zur Einkommensteuer kann unter der Annahme des Fortbestandes der derzeitigen Rechtslage nach einer Beteiligungsduer von mindestens sieben Jahren zur Berechnung der Steuer auf Veräußerungsgewinne die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes (§ 37 Abs.2 EStG 1988) beantragt werden.

Den Berechnungen wurden die derzeit aktuellen handels- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zugrunde gelegt. Erfahrungsgemäß ist davon auszugehen, dass sich die in Österreich geltende Gesetzeslage, die herrschende Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte im Laufe der Zeit ändern. Es wird darauf hingewiesen, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art können sich aus heutiger Sicht nicht zu prognostizierenden Auswirkungen auf die Veranlagung und die angestellten Berechnungen ergeben. Solche Auswirkungen sind alleiniges Risiko des

Anlegers. Falls die der Renditenberechnung zugrunde gelegten eine verstärkte kritische Haltung zeigt. Aus solchen Änderungen der Verhaltensweisen steuerlichen Annahmen nicht eintreten sollten, kann die dann erreichbare Rendite mit hoher Wahrscheinlichkeit unter der sonst bei Kapitalanlagen mit vergleichbarer Bindungsdauer am Markt erzielbaren Rendite liegen."

Die Beteiligten wurden in dem Kapitalmarktgesetz geprüften Anbot auf allfällige steuerliche Änderungen hingewiesen. Auskünfte von Abgabenbehörden im Einzelfall oder gar Aufforderungen sich als atypisch Gesellschafter zu beteiligen, erfolgten nicht.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben liegt nicht vor.

Wien, 21. Oktober 2004