



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der RGmbH, vertreten durch BPGmbH, vom 9. März 2007 gegen die Bescheide des Finanzamtes L vom 9. Februar 2007 betreffend Körperschaftsteuer 2002 und 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die festgesetzten Abgaben betragen

Körperschaftsteuer

| Jahr | Art | Höhe | Art | Höhe |
|------|---------------------|----------------|----------------------|--------------|
| 2002 | Einkommen | 621.709,71 € | Körperschaftsteuer | 211.381,30 € |
| | | | Einbehaltener Betrag | -4.161,07 |
| | | | Abgabenschuld | 207.220,23 € |
| | Bemessungsgrundlage | | Abgabe | |
| Jahr | Art | Höhe | Art | Höhe |
| 2005 | Einkommen | 1.421.234,27 € | Körperschaftsteuer | 355.308,57 € |

| | | | | |
|--|--|--|----------------------|--------------|
| | | | Einbehaltener Betrag | -1.232,15 € |
| | | | Abgabenschuld | 354.076,42 € |

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

Entscheidungsgründe

1. Bei der Bw. wurde 2006/2007 eine Betriebsprüfung durchgeführt (BP). Der Prüfer stellte folgendes fest:

- a. Die Bw. sei seit dem Jahr 1994 im Bereich „Versicherungen“ tätig. Nach anfänglichen Verlusten, die zum Teil durch passive Rechnungsabgrenzungsposten entstanden seien, würden nunmehr seit dem Jahr 2000 beträchtliche Gewinne erzielt.
- b. Mit steigender Ertragslage und dem vermehrt zur Verfügung stehenden Kapital sei ab diesem Zeitpunkt begonnen worden, an der Börse weiter das Kapital zu vermehren. Aus der nachstehenden Tabelle seien die Betriebsergebnisse (Erträge Versicherungsmakler) sowie das jeweilige Finanzergebnis ab 2000 dargestellt:

| Jahr | Betriebsergebnis € | Finanzergebnis € |
|-------|--------------------|------------------|
| 2000 | 545.363,04 | -51.419,77 |
| 2001 | 988.073,63 | 31.038,87 |
| 2002 | 1.000.401,28 | -418.840,44 |
| 2003 | 1.377.367,59 | 342.678,33 |
| 2004 | 1.815.055,30 | 84.289,07 |
| 2005 | 1.758.421,74 | -373.298,91 |
| Summe | 7.484.682,58 | -385.552,85 |

Wie aus der Tabelle ersichtlich, seien aus den Börsenspekulationen (bereits saldiert mit Erträgen) insgesamt Verluste erzielt worden. Die Verluste aus dem Finanzergebnis stammten im Wesentlichen aus einer Vielzahl von Termingeschäften (Optionen, Futures). Die

meisten dieser Geschäfte hätten sich auf die zukünftige Entwicklung des deutschen Aktienindex (DAX) bezogen (gehandelt bei der Eurex) sowie auf den NASDAQ-Index.

Schon die Bankspesen aus diesen Transaktionen würden sich auf 60.000,00 € bis 90.000,00 € per anno belaufen. Das jährliche tatsächliche Handelsvolumen sei aufgrund der Vielzahl der getätigten Geschäfte sowie mit der bei solchen Geschäften oftmals verbundenen Hebelwirkung (bis zum Faktor 100 des eingesetzten Kapitals) nicht ermittelbar.

c. Nach den EStR (Rz 545) seien branchenuntypische Termingeschäfte nur dann und ausnahmsweise betrieblich veranlasst, wenn sie der Absicherung unternehmensbedingter Kursrisiken dienen und nach Art, Inhalt und Zweck ein Zusammenhang mit dem Betrieb bestehe. Dabei müsse das einzelne Termingeschäft nach den im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannten Umständen geeignet und dazu bestimmt sein, das Betriebskapital tatsächlich zu verstärken. Unbedingte Termingeschäfte und Optionsgeschäfte sollten daher nach den EStR unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Liquiditätsreserve im Fall branchenfremder Betätigungen als gewillkürtes Betriebsvermögen (BV) ausscheiden, da sie aufgrund ihres spekulativen Charakters in die Nähe von Spiel und Wette zu rücken seien.

Da die spekulativen Geschäfte auf die künftige Entwicklung des DAX sicherlich keine für die eigentliche Geschäftstätigkeit der Bw. (Abschluss von Versicherungsverträgen) maßgebliche Funktion darstellten, müssten die für diese Geschäfte verwendeten Mittel nach Rz 545 der EStR notwendiges Privatvermögen darstellen.

In diese Richtung verweise auch das OGH-Urteil vom 26.11.1996, Ob 639/35, wonach auf alle Geschäfte, die unter den Begriff des Differenzgeschäftes fielen, die Rechtsregeln des § 1267 ff. ABGB anzuwenden seien, wobei jedoch bei Börsegeschäften nach § 28 BörseG 1989 eine Abgrenzung vorzunehmen sei. § 28 Abs 1 und 2 BörseG 1989 laute: "Bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten aus Börsegeschäften ist der Einwand, dass dem Anspruch ein als Spiel oder Wette zu beurteilendes Differenzgeschäft zugrundeliegt, unstatthaft. Werden an einer anerkannten in- oder ausländischen Wertpapierbörse Optionen und Finanzterminkontrakte gebucht und dafür Kurse veröffentlicht, so ist der Einwand von Spiel und Wette bei Rechtsstreitigkeiten aus diesen Geschäften von wem auch immer unzulässig."

d. Bei der Bw. handle es sich um eine unter § 7 Abs 3 KStG fallende Körperschaft, sodass alle Einkünfte den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnen seien. Allerdings sei nach Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, Kommentar zum KStG, § 8, Rz 17.1 auch bei einer unter § 7 Abs 3 KStG fallenden Körperschaft eine betriebliche und eine private Sphäre denkbar.

Zu diesem Zweck sollten die Grundsätze des Einkommensteuerrechtes zur Abgrenzung zwischen BV und Privatvermögen (PV) auf das Körperschaftsteuerrecht übertragen werden. Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly kämen unter Rz 17.1 zu § 8 KStG letztendlich zum Schluss, dass alle Wirtschaftsgüter (WG), die notwendiges oder gewillkürtes BV darstellten, bei allen unter § 7 Abs 3 KStG fallenden Körperschaften notwendiges BV seien. Die restlichen WG wären somit der privaten Sphäre der GmbH zuzuordnen.

e. Bertl/Hirschler führten in RWZ 1998, 42 unter Hinweis auf BFH 19.2.1997, X I R 1/96, DB 1997, 1209 zu Optionen aus:

"Für Optionsgeschäfte sei in gleicher Weise deren Eignung, den Betrieb zu fördern, zu untersuchen. Eine bilanzielle Erfassung der offenen Geschäfte komme dabei aufgrund der herrschenden Bilanzierungsgrundsätze nur dann in Frage, wenn aus dem Geschäft ein Verlust drohe. Dieser sei in einer Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften abzubilden.

Hätten die Optionsgeschäfte spekulativen Charakter, was insbesondere dann der Fall sein werde, wenn nicht der zugrundeliegende Basistitel erworben werden solle, sondern vielmehr ein Barausgleich zwischen Basispreis und aktuellem Marktpreis erfolge, so sei nach der Rechtsprechung des BFH das Vorliegen der Förderung des Betriebszweckes besonders sorgfältig zu prüfen.

Bei Beurteilung der objektiven Eignung sei insbesondere zu prüfen, wie weit die konkrete Spekulationstätigkeit von der eigentlichen Haupttätigkeit des Unternehmens entfernt sei. Je weiter die Entfernung, desto größer sei aus der Sicht der Rechtsprechung das Risiko, mangels entsprechender Marktkenntnisse aus dem branchenfremden Geschäft Verluste zu erleiden, weshalb eine Förderung des Betriebes nicht mehr unterstellt werden könne. Da in derartigen Spekulationsgeschäften aufgrund des damit verbundenen Verlustrisikos auch keine betriebliche Liquiditätsreserve gehalten werde, lehne der BFH eine betriebliche Veranlassung eines solchen Geschäftes ab, sodass die Verluste in die Privatsphäre fallen würden.

Da die meisten der getätigten Geschäfte auf zukünftigen Kursschwankungen des Deutschen Aktienindex beruhten, sei bei den durch die Bw. getätigten Optionsgeschäften die effektive Abnahme oder Lieferung der Basiswerte ausgeschlossen."

f. Unter RV/0414-W/02 vom 3. August 2004, habe der Unabhängige Finanzsenat Wien bei einer im Immobilienbereich tätigen GmbH unter Hinweis auf die Tatsache, dass spekulative Devisentermingeschäfte im gegenständlichen Fall branchenüblich seien (keine Geschäftstätigkeit im Ausland), Fremdwährungsverluste nicht als Betriebsausgabe anerkannt.

g. Unter Berücksichtigung der oben angeführten Judikatur sowie unter Berücksichtigung der einzelnen Rechtsmeinungen in der Literatur, sei nach Ansicht des Prüfers das Finanzergebnis der Bw. um die hochspekulativen Geschäfte zu bereinigen.

Daher würden sich nachstehende Auswirkungen ergeben:

| | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 |
|-----------------------------------|-------------|------------|-----------|-------------|
| Nicht anerkannte Gewinne/Verluste | -501.537,08 | 252.914,06 | 54.454,44 | -408.313,52 |

Hinzu kämen Gewinne/Verluste aus Spekulationsgeschäften im Privatvermögen der Bw.

| | | | | |
|---|------------|-----------|--|--|
| Gewinne/Verluste aus Spekulationsgeschäften | 207.212,92 | 15.909,06 | | |
|---|------------|-----------|--|--|

Vom Steuerbüro wurde auf die Abhaltung einer Schlussbesprechung verzichtet.

2. Mit Schreiben vom 9. März 2007 wurde gegen die aufgrund der BP erlassenen Körperschaftsteuerbescheide für 2002 und 2005 vom 9. Februar 2007 (eingelangt am 14. Februar 2007) Berufung eingelegt.

a. Die Bescheide fechte man hinsichtlich der Eliminierung der Verluste aus den Wertpapiertransaktionen (Differenzgeschäften) und der Versteuerung der Spekulationsgewinne aus der Privatsphäre an. Beantragt werde die Festsetzung für 2002 und 2005 gemäß den abgegebenen Erklärungen.

b. Bei der Bw. handle es sich um ein äußerst erfolgreiches Unternehmen in der Versicherungsmaklerbranche. Die BP habe die Betriebsergebnisse für 2002 bis einschließlich 2005 mit insgesamt 6,0 Mill. € ermittelt. In den Jahren 2002 bis 2005 sei insgesamt ein negatives Finanzergebnis von 365.000,00 € erwirtschaftet worden, wodurch sich ein Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (Gewinn vor Steuern) von insgesamt rd. 5,6 Millionen € ergebe. Für die Jahre 2002 bis 2005 sei KÖSt iHv 1,8 Millionen € abgeführt worden.

Die Gesellschaft habe während des gesamten Prüfungszeitraumes permanent zwischen 2,8 Millionen € und 3,9 Millionen € an Liquidität zu veranlagen gehabt. Zum Großteil sei in Bankguthaben und Wertpapierdepots veranlagt worden. Die aufgelaufenen Wertpapierverluste der Jahre 2002 bis 2005 machten insgesamt ca. 15% des zu jedem Zeitpunkt vorhandenen Vermögens aus. Zusätzlich habe man sogar noch eine Ausschüttung in beträchtlicher Höhe gemacht.

c. Da es sich bei einem Versicherungsmaklerunternehmen grundsätzlich um kein kapitalintensives Unternehmen handle und das Unternehmen über keinen einzigen Euro an Fremdkapital verfüge (somit zu 100% über Eigenkapital bzw Bankguthaben), habe sich die Geschäftsleitung dazu entschlossen, die Vermögensveranlagung nicht mehr selbst durchzuführen, sondern sich hierbei konzessionierter Dienstleister zu bedienen.

Eine der Empfehlungen des Vermögensberaters sei es gewesen, zusätzlich zur Veranlagung in Anleihen, Festgeld und Aktien, Geld in eine „Index-Options-Future-Strategie“ zu investieren, vergleichbar mit ähnlichen Strategien, wie sie von Hedge-Fonds allgemein am Markt angeboten werden, um ein von den Aktienentwicklungen und Zinsentwicklungen unabhängiges, gleichlautendes Finanzergebnis zu erzielen. Derartige Hedge-Fonds verfolgten die gleiche oder eine ähnliche Strategie, wie sie letztendlich auch der Vermögensverwalter der Bw. durchgeführt habe.

d. Die BP vertrete in ihren Feststellungen die Auffassung, dass derartige Veranlagungen einer GmbH „nicht erlaubt“ wären und steuerlich den betrieblichen Bereich nicht mehr tangieren würden. Sie vertrete weiters die von der Bw. bestrittene Auffassung, dass es sich hierbei um steuerlich nicht beachtliche „Privatbereiche“ der GmbH handeln würde und erkenne die durch die Vermögensveranlagung entsprechenden Verluste nicht an. Die Gewinne der herkömmlichen Veranlagung, aber auch die Gewinne der Optionsstrategie, erkläre die BP für steuerpflichtig.

Dem werde massiv entgegengetreten.

In der Bescheidbegründung vom 21. Februar 2007 erkläre die Behörde mit drei Hauptaussagen, warum die Einkünfte aus den Finanzmarkttransaktionen nicht dem Betriebsvermögen der GmbH zugerechnet würden, sondern der außerbetrieblichen Sphäre und warum man dort die Spekulationsgewinne entsprechend besteuere:

- Nach dem Kommentar zum KStG von Bauer/Quantschnigg//Schellmann/Werilly zu § 8 Tz 17.1 sei auch bei einer unter § 7 Abs 3 KStG fallenden Körperschaft neben der betrieblichen Sphäre eine private Sphäre denkbar.

Zitiert werde eine veraltete Ausgabe des Kommentars. In der 9. Auflage werde der BMF-Erlass AÖF 2005/272 erwähnt, wonach ein außerbetrieblicher Bereich nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen anzunehmen sei. Bei den Veranlagungen der liquiden Mittel sei das nicht der Fall.

- Bertl/Hirschler führten in RWZ 1998, 42 unter Hinweis auf die Judikatur des BFH vom 19.2.1997, XI, 1/96, DB 1997, 1209 zu Optionen folgendes aus: Hätten die Optionsgeschäfte

spekulativen Charakter, was dann der Fall sei, wenn nicht der zugrundeliegende Basistitel erworben werde, sondern ein Barausgleich zwischen Basispreis und aktuellem Marktpreis erfolge, so sei nach der Rspr des BFH das Vorliegen der Förderung des Betriebszweckes besonders sorgfältig zu prüfen.

Herangezogen werde von der BP eine veraltete Rspr betreffend einer GesbR mit einem komplett anderen Sachverhalt. Aktuelle BFH-Rspr verneine die Privatsphäre einer GmbH.

- Unter der GZ RV/0414-W/03 vom 3.8.2004 habe der UFS Wien bei einer im Immobilienbereich tätigen GmbH unter Hinweis auf die Tatsache, dass spekulative Devisentermingeschäfte branchenunüblich seien, Fremdwährungsverluste nicht als Betriebsausgabe anerkannt (VwGH-Beschwerde anhängig).

Nach Ansicht des Prüfers sei auch das Finanzergebnis der Bw. um die hochspekulativen Geschäfte zu bereinigen.

e. Gemäß § 7 Abs 3 KStG müssten alle Einkünfte den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugerechnet werden (herrschende Literaturmeinung und Verwaltungspraxis).

Die von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung widerspreche den gesamten Grundzügen des KStG, der Judikatur, der Literatur und der Verwaltungspraxis. Sie widerspreche sogar der Dienstanweisung (BMF-Erlass in Reaktion auf VwGH 2001/15/0002 vom 24.6.2004), nur in besonders gelagerten Fällen eine Privatsphäre einer Kapitalgesellschaft zuzulassen.

Man versuche hier sich in den Bereich des „experimentellen Steuerrechtes“ zu begeben. Dagegen verwahre man sich ausdrücklich.

f. Zum Kommentar Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly: Die Autoren würden die Meinung vertreten, dass eine Kapitalgesellschaft eine außerbetriebliche Sphäre haben könne. Zum Betriebsvermögen gehöre auch das gewillkürte Betriebsvermögen. Die restlichen Wirtschaftsgüter stellten Privatvermögen dar, insbesondere

- Wirtschaftsgüter im Bereich der Liebhaberei,
- Wirtschaftsgüter, mit Privatcharakter nach § 12 KStG und
- Vermögenszugänge aus nicht betrieblich veranlassten Erbschaften, Schenkungen und Spenden sowie aus nicht betriebsbezogenen Subventionen.

Bei Analyse der Vermögensgegenstände könne kein Zusammenhang mit den von der Bw. getätigten Veranlagungen (Futures und Optionen) festgestellt werden. Die Veranlagungen stellten weder Liebhaberei dar, noch erfüllten sie den Tatbestand des § 12 KStG.

Die Wertpapiergeschäfte dienten der Veranlagung der (betrieblichen) Mittel aus den (betrieblichen) Provisionseinnahmen aus abgeschlossenen Versicherungsverträgen und es sei daher die Betriebsvermögenseigenschaft gegeben. Für die Veranlagung seien betriebliche Erwägungen maßgeblich. Die liquiden Mittel sollten kurzfristig ertragreich investiert und nicht langfristig gebunden werden. Zur Finanzierung sei auch kein Fremdkapital aufgenommen worden. Zudem habe man nur einen Teil des betrieblichen Cash-Flows verwendet.

Die Gesellschaft habe die Wertpapiergeschäfte nicht getätigt, um sie dem Gesellschafter zur Verfügung zu stellen. Die Veranlagung eines Teils der liquiden Reserven in die Wertpapiergeschäfte sei durch den Betrieb der Kapitalgesellschaft veranlasst und nicht durch das Gesellschaftsverhältnis. Die Gesellschafter selbst hätten aus diesen Geschäften keinen persönlichen Nutzen gehabt, eine private Verwendung sei in keiner Weise denkbar. Die Anwendung eines Fremdvergleiches komme aus diesem Grund nicht in Frage. Da die privaten Interessen aller in Frage kommenden Personen der Gesellschaft und deren Organe und Gesellschafter in keiner Weise berührt seien, könnten die Veranlagungen nicht den betrieblichen Bereich der Gesellschaft verlassen. Die Wertpapiergeschäfte würden daher in die betriebliche Sphäre fallen und seien dort auch zu versteuern.

Nur in Ausnahmefällen gebe es eine private Sphäre der Kapitalgesellschaft. Darüber sei auch Literatur nur spärlich vorhanden. Es lägen überhaupt nur zwei VwGH-Judikate vor (VwGH 20.6.2000, 98/15/0169 und 24.6.2004, 2001/15/0002), in denen bejaht werde, dass eine Kapitalgesellschaft außerbetriebliches Vermögen haben könne. Diese Sachverhalte seien mit denen bei der Bw. nicht vergleichbar.

Die herrschende Lehre habe im Übrigen eine andere Meinung zu der von der Abgabenbehörde zitierten Literaturstelle. Nach den Autoren Lang/Schuch/Staringer könne eine AG oder GmbH kein Privatvermögen haben, das gesamte Vermögen sei Bestandteil des Betriebsvermögens (Verweis auf Lang/Schuch/Staringer „Steuerrecht und seine Grundlagen im Unternehmensrecht“, Update zur 5. Auflage, Tz 82). Auch bei Doralt/Ruppe, Steuerrecht, Band I, Tz 960, werde ein außerbetriebliches Vermögen einer Kapitalgesellschaft nur im Zusammenhang mit dem VwGH-Judikat bejaht (VwGH 20.6.2000, 98/15/0169). Bei jenen Fällen, in denen eine Privatsphäre angedacht werden könne, handle es sich um Randbereiche und exotische Fälle des Steuerrechtes und nicht um die ordnungsgemäße Veranlagung von liquiden Mitteln, welche zur gängigen und täglichen Geschäftspraxis gehöre.

Die Behörde ziehe die einzige Literaturstelle, die eine einzelne Meinung des Autors wiedergebe und keine Deckung in der Judikatur finde heran. Dieser Verweis könne die Feststellungen der BP und die Wiederaufnahme nicht begründen.

g. Rechtsprechung des BFH aus 1997:

Das BFH-Urteil vom 19.2.1997, XI R 1/96 betreffe eine GesbR und nicht eine Kapitalgesellschaft. Das Judikat sei überholt und für Körperschaften nicht anwendbar. Dagegen habe der BFH klargestellt, dass Kapitalgesellschaften steuerlich gesehen über keine außerbetriebliche Sphäre verfügten (zB BFH 8.8.2001, I R 106/99).

Die von der Bw. ausgeübten Devisentermingeschäfte gehörten daher zum Betriebsvermögen. Weshalb sich die Finanzbehörde nicht auf die aktuelle und sachlich richtige Rspr beziehe, sei unverständlich. Das BFH-Erkenntnis, auf welches sich die Finanzverwaltung berufe, treffe Aussagen zu einer Gesellschaft, bei der einer der Gesellschafter zur Gänze fremdfinanzierte Wertpapiergeschäfte in das Rechnungswesen aufgenommen habe und als gewillkürtes Betriebsvermögen behandeln wollte. Der Sachverhalt dieses Urteils sei in keiner Weise mit dem Geschäftsbetrieb der Bw. vergleichbar. Die Abwicklung der Finanzmarkttransaktionen sei durch einen Vermögensverwalter erfolgt, aufgrund der freien Liquiditätsreserven der Gesellschaft. Man habe keine Fremdmittel aufgenommen, sondern die vorhandenen liquiden Mittel veranlagt. Zur Veranschaulichung und Abgrenzung sei festgestellt, dass die Bw. während des gesamten Prüfungszeitraumes Bankguthaben und Wertpapierstände zwischen 2,8 Millionen und 3,9 Millionen Euro gehabt habe.

Das Hauptgeschäft einer Versicherungsmaklergesellschaft sei der Abschluss von Versicherungsverträgen und als logische Folge dieses Hauptgeschäftes müssten die vereinnahmten Prämien, die zu späteren Auszahlungen verpflichten könnten, veranlagt werden. Die Veranlagung der Mittel sei eine gewöhnliche Geschäftstätigkeit von Versicherungen und selbstverständlich betrieblich veranlasst.

Die von der BP zitierte BFH-Entscheidung aus 1997 habe für Kapitalgesellschaften keine Gültigkeit. Nach dem BFH verfügten Kapitalgesellschaften auch nicht über eine außerbetriebliche Sphäre. Darüber hinaus seien die Schlussfolgerungen dieses Urteils betreffend fremdfinanzierter Wertpapiergeschäfte auch in keiner Weise mit dem Sachverhalt bei der Bw. vergleichbar. Die Behörde verkenne hier die Rechtslage. Die Bescheide seien alleine dadurch mit Rechtswidrigkeit belastet.

h. Entscheidung des UFS Wien RV/0414-W/03 vom 3. August 2004:

Der UFS Wien habe bei einer im Immobilienbereich tätigen GmbH unter Hinweis auf die Branchenunüblichkeit spekulativer Devisentermingeschäfte Fremdwährungsverluste nicht als Betriebsausgabe anerkannt.

Auch der UFS beziehe sich auf die überalterte BFH-Judikatur (vom 19.2.1997, XI, 1/96, vom 20.4.1999, VIII R 63/96), da nach dessen Ansicht, soweit keine einschlägige VwGH-Judikatur vorliege, auf die ständige Rspr des BFH zurückgegriffen werden könne.

Notwendiges Betriebsvermögen: Die Bw. habe aus dem Versicherungsgeschäft erhebliche liquide Mittel angehäuft, welche durch den betrieblichen Cash-Flow entstanden seien. Dieser Cash-Flow sei immer höher als das Jahresergebnis gewesen, sodass die vorhandenen liquiden Mittel den Bilanzgewinn wesentlich überstiegen hätten. Grund dafür sei gewesen, dass die Bw. ihre Versicherungsprovisionen für abgeschlossene mehrjährige Versicherungsverträge gleich auf einmal ausbezahlt bekommen habe, obwohl sie erst über die Vertragsdauer hätten verdient werden müssen. Folglich seien erhebliche liquide Mittel im Raum gestanden, die eindeutig aus der betrieblichen Kerntätigkeit stammten, aus dem betrieblichen Cash-Flow gekommen seien und als Vorsorge für mögliche Rückzahlungen in der GmbH hätten verwaltet werden müssen. Die liquiden Mittel hätten 2002 gemäß Bilanz zum 31. Dezember 2002 ca. 2,76 Millionen € betragen, der Bilanzgewinn 1,2 Millionen €. Daher habe auch 2004 erstmals eine Gewinnausschüttung von 1,2 Millionen € vom Bilanzgewinn 2003 gewährt werden können (dagegen bis 1994 zurück keine Gewinnausschüttung). Bei den liquiden Mitteln handle es sich um Betriebsvermögen. Unter Betrachtung des Gesamtbildes der Verhältnisse – der Mittelherkunft und der Notwendigkeit der Vorsorge – handle es sich sogar um notwendiges Betriebsvermögen. Diese Mittel seien auch im Bereich des Umlaufvermögens verblieben. Von den Gesellschaftern seien diese weder für die Finanzierung privater Aufwendungen verwendet worden, noch für Aufwendungen betreffend Wirtschaftsgüter, die sich in besonderem Maße für eine Nutzung im Rahmen der Lebensführung eigneten. Aufgrund des speziellen Vorsorgegedankens sei eine kurzfristige Veranlagung gewählt worden, wobei man vor der Problematik gestanden sei, dass die zu erwartenden Erträge bei kurzfristigen Wertpapierveranlagungen in der Regel niedriger seien als bei längerfristigen Bindungen.

Die Behörde habe es unterlassen, auf die Dispositionsfreiheit der Geschäftsführung einzugehen. Sie habe insbesondere nicht ausgeführt, warum ein Unternehmer gezwungen sein solle, in niedriger verzinste, kurzfristige Veranlagungen zu investieren und warum der Unternehmer nicht nach den am Markt angebotenen optimalen Ertragchancen streben dürfe. Die Behörde maße sich an, zu beurteilen, bei welchen Veranlagungsrisikogruppen bei Wertpapieren Betriebsvermögen anfalle und bei welchen Privatvermögen vorliege. Die BP gehe in keiner Weise auf diese (dem Unternehmer obliegenden) Veranlagungsstrategien ein und urteile lediglich anhand der Jahre später erfolgten Resultate, die zeigten, dass bei diesen Veranlagungen insgesamt Verluste hingenommen werden mussten. Eine Beurteilung bloß anhand der erzielten Ergebnisse sei unsachlich und belaste den Bescheid mit Rechtswidrigkeit. Die BP hätte richtigerweise eine Beurteilung der Dispositionsfreiheit der Geschäftsführung

vornehmen müssen sowie der dem Unternehmen obliegenden Gestaltungsfreiheit für die Zusammenstellung und Verwaltung des Veranlagungsportfolios. Hätte die Behörde diese Gesichtspunkte zum Gegenstand ihrer Untersuchungen gemacht, wäre sie notwendigerweise zum Schluss gekommen, dass es sich um notwendiges Betriebsvermögen handle. Weder liege „Spekulation“ vor, noch könne allgemein dieser Vermögensteil einer Privatsphäre der GmbH zugeordnet werden.

Zur Branchenüblichkeit: Die Annahme der Behörde, dass der Abschluss von Futures und Optionen branchenuntypisch wäre, sei unzutreffend. Das Gegenteil sei der Fall: Die Aufnahme solcher Transaktionen in das Wertpapierportfolio stelle einen Teil der Veranlagungsstrategie eines Unternehmens im Rahmen seiner gewöhnlichen Geschäftstätigkeit dar. Bei der Analyse von börsennotierten inländischen Versicherungsgesellschaften könne festgestellt werden, dass auch dort in den Wertpapierkonten Futures und Optionen bilanziert würden (neben Anleihen und Aktien). Die Aufnahme der zusätzlichen Anhangangaben in § 237 a HGB durch BGBl 2003/118 wäre nicht notwendig gewesen, wenn derivativen Finanzinstrumenten keine steigende Bedeutung in Österreich zukommen würde. Die Sichtweise, wonach solche Geschäfte spekulativen Charakter hätten und in die Nähe von Spiel und Wette zu rücken seien, weshalb sie eine branchenfremde Betätigung darstellten, verkenne die Wirtschaftsrealität und werde durch die Anpassungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen (§ 237 a HGB) und die öffentlich einsehbaren Geschäftsberichte – zB von UNIQUA, Versicherungen AG oder Wiener Städtische – widerlegt. Die Bw. habe sich während ihrer gesamten Veranlagung eines professionellen Vermögensverwalters bedient. Das Ziel sei gewesen, unabhängig von der Entwicklung der Aktienmärkte positive Finanzerträge zu erwirtschaften. Gegenstand der Vermögensverwaltung sei die allgemeine Wertpapierveranlagung, aber auch die Veranlagung in derivative Finanzinstrumente (Futures und Optionen). Derartige Veranlagungen bildeten den Kernpunkt von „Hedge-Fonds“ (zB Superfund, Quadriga), die zur Beimischung von fast allen Vermögensverwaltern empfohlen würden. Die BFH-Judikatur greife nicht, weil die entsprechenden Marktkenntnisse für die Abwicklung spekulativer Geschäfte durch die Einschaltung eines Vermögensverwalters vorhanden gewesen seien.

Besteuerung der Privatsphäre: Dass die Schlussfolgerung, die Veranlagungen seien dem „Privatvermögen“ der GmbH zuzurechnen, nicht stimme, sei bereits ausführlich dargestellt worden. Der Bescheid werde aber auch als rechtswidrig angefochten, weil die Besteuerungsfolgen rechtlich nicht gedeckt seien. Eine Körperschaft könne nach § 1 Abs 1 KStG niemals einkommensteuerpflichtig sein. Gemäß § 7 Abs 1 KStG werde der Körperschaft das Einkommen zugrundegelegt, das sich aus dem Gesamtbetrag der Einkünfte aus den in § 2 Abs 3 EStG aufgezählten Einkunftsarten nach Ausgleich mit Verlusten ergebe. Würden

bestimmte Einkommensteile nicht dem Einkommensbegriff des § 7 Abs 2 KStG unterliegen und es handle sich um ein außerhalb dieses Bereiches liegendes Einkommen der Privatsphäre, dann hätte dies die Wirkung, dass das Einkommen nicht mehr dem Tatbestand des § 7 Abs 3 KStG entspreche und aus dem Besteuerungszugriff des KStG hinausfalle. Die Behörde übersehe, dass das von ihr selbst in den privaten Bereich hinauskomplimentierte Einkommen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 KStG nicht mehr erfülle. Die Wertpapiererträge und die Verluste seien der Privatsphäre der Körperschaft zuzuordnen. Man habe daher zu untersuchen, wie diese Gewinne, Verluste und Wertänderungen der Körperschaft zu besteuern seien. Mangels Vorliegens einer natürlichen Person werde der Tatbestand des § 1 EStG nicht erfüllt, sodass keine Einkommensteuerpflicht vorliegen könne. Es könne aber auch keine Körperschaftsteuerpflicht für diese Einkunftsteile bestehen. Sofern also die Behörde die in der Privatsphäre erzielten Spekulationsgewinne der Körperschaftsteuer unterwerfe, verlasse sie den geltenden Rechtsbestand und belaste den Bescheid durch Rechtswidrigkeit seines Inhalts. Die Behörde widerspreche sich in ihrer Logik selbst.

i. Für den Fall der Vorlage an den UFS als zweite Instanz, beantrage man die Befassung des gesamten Senates.

3. Mit Schreiben vom 17. September 2007 nahm die BP zur Berufung wie folgt Stellung:

a. Auffällig sei, dass man nur gegen die Körperschaftsteuerbescheide 2002 und 2005 berufen habe. Gegen die Körperschaftsteuerbescheide 2003 und 2004 habe man kein Rechtsmittel eingebracht, obwohl auch diese beiden Jahre von der strittigen Feststellung betroffen seien, jedoch zu einer Gutschrift geführt hätten

- Gutschrift KÖSt 2003: Gesamt 80.581,70 €

- Gutschrift KÖSt 2004: Gesamt 18.514,51 €.

Aus der Sicht der BP sei es wünschenswert, dass die gegenständliche Berufung relativ rasch entschieden werde, da ansonsten die Bescheide 2003 und 2004 bei einer stattgebenden Berufungsentscheidung aufgrund einer eventuell eingetretenen Verjährung nicht mehr abgeändert werden könnten.

b. Die BP habe sich nicht in den Bereich des experimentellen Steuerrechts begeben. Vielmehr sei die Meinung des amtsinternen Fachbereiches eingeholt worden. Erst als sich auch dieser der Rechtsmeinung des Prüfers angeschlossen habe, seien die nunmehr teilweise bekämpften Bescheide erlassen worden.

Auch unter Rz 545 der EStR werde ausgeführt: Branchenuntypische Termin- und Optionsgeschäfte seien dem Betrieb regelmäßig auch dann nicht zuzuordnen, wenn generell

die Möglichkeit bestehe, damit Gewinne zu erzielen. Branchenuntypische Termingeschäfte seien nur betrieblich veranlasst, wenn sie der Absicherung unternehmensbedingter Kursrisiken dienten und nach Art, Inhalt und Zweck ein Zusammenhang mit dem Betrieb bestehe, wobei das einzelne Termingeschäft nach den im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannten Umständen geeignet und dazu bestimmt sein müsse, das Betriebskapital tatsächlich zu verstärken. Unbedingte Termingeschäfte und Optionsgeschäfte würden auch unter dem Gesichtspunkt einer betrieblichen Liquiditätsreserve im Fall branchenfremder Betätigungen als gewillkürtes Betriebsvermögen ausscheiden, da sie aufgrund ihres spekulativen Charakters in die Nähe von Spiel und Wette zu rücken seien. Nachdem die Richtlinien für die BP Bindungswirkung entfalten würden, hätte man im gegenständlichen Fall gar nicht anders entscheiden dürfen.

c. Zur rechtlichen Würdigung: Da es sich bei der gegenständlich strittigen Feststellung ausschließlich um ein Rechtsproblem handle, werde von einer umfangreichen Stellungnahme abgesehen.

Es gebe daher nur kurze Anmerkungen zu den rechtlichen Ausführungen des Steuerberaters. Aufgrund der ständigen Rspr des VwGH sei die Betriebsvermögenseigenschaft von Wirtschaftsgütern bei Körperschaftsteuersubjekten nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen, wie bei Einkommensteuersubjekten (zB VwGH 16.5.2007, 2005/14/0083). Somit seien Wirtschaftsgüter die zum notwendigen Privatvermögen gehörten aus der betrieblichen Sphäre auszuscheiden. Die VwGH-Rspr decke sich daher nicht mit der durch den steuerlichen Vertreter zitierten Rspr des BFH. Aus dem gleichen Grund sei die Kritik an der UFS-Rspr vom 3.8.2004, RV/0414-W/03 verfehlt.

d. Zur Branchenüblichkeit: Selbstverständlich gebe es eine Vielzahl von Termingeschäften, die eindeutig betrieblich veranlasst seien. Börsennotierte Unternehmen sicherten sich ihren eigenen Aktienkurs durch entsprechende Derivate ab, auch würden Futures gekauft, um sich gegen Schwankungen im Rohstoffbereich abzusichern. Im gegenständlichen Fall würden jedoch fast ausschließlich Termingeschäfte abgeschlossen, die auf künftige Kursschwankungen des EUREX (DAX) spekulierten. Dass solche Termingeschäfte bei einem Unternehmen, welches das Versicherungsmaklergewerbe betreibe, branchentypisch seien, entspreche nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens. Daher seien sowohl die Erträge aus dem Betriebsvermögen auszuscheiden gewesen, als auch die Verluste.

4. Am 25. September 2007 wurde die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

a. Für den 4. Oktober 2010 wurde die Bw. zu einer Erörterung geladen, bei der die Sach- und Rechtslage besprochen wurde. Über die Besprechung wurde am 22. Oktober 2010 folgendes Protokoll ausgefertigt und versandt:

(1) Am 4. Oktober 2010 wurde mit den Vertretern der Bw. – Herrn Mag. B. und Herrn R. – sowie mit dem Wertpapierverwalter Herrn Dr. P. eine Besprechung abgehalten.

Zu Beginn der Besprechung wurden Unterlagen übergeben,

- einerseits eine Kopie des Werkvertrages mit Herrn Dr. P. und
- andererseits ein Planportfolio mit verschiedenen Übersichten, Tabellen und Grafiken (Seiten 1-7).

(2) Die Bw. ist Versicherungsmakler. Da sie aufgrund ihrer Gewinne jedes Jahr gezwungen ist, entsprechende Veranlagungen durchzuführen, hat sie am 12. März 2002 einen Werkvertrag mit Herrn Dr. P. abgeschlossen, einem Experten (Landesdirektor einer Bank) auf dem Gebiet der Wertpapierveranlagung. Die Vereinbarung lautete dahingehend, dass jedes Jahr ca. 3.000.000,00 € permanent zu veranlagen waren, teilweise mit (unter dem Jahr) noch höheren Beträgen. Die Veranlagung sollte überwiegend in Papieren mit bescheidenem Risiko (aber mit möglichst hohem Ertrag) erfolgen. Versucht wurde, einen vernünftigen Anlagemix zu finden, wie er in jedem Portfolio üblich ist.

2002 ist den Unterlagen (Planportfolio – PPF – **Seite 2**) ein Aktien- und Anleiheanteil von 1.000.000,00 € zu entnehmen, die liquiden Mittel betrugen 2.000.000,00 € und der Hedgefondsanteil 700.000,00 €, also ca. 20%. Die durchschnittliche Zielrendite – als Hinweis dafür, dass bei der Veranlagung keine überzogenen Erwartungen herrschten – betrug 5,27%. Auf **Seite 3** des PPF sind die tatsächlichen Ergebnisse ausgewiesen, in 10 Jahren wurde ein negatives Ergebnis von 16,13% erwirtschaftet (pro Jahr durchschnittlich 1,61%). Auf **Seite 4** PPF ist die Verteilung des Zielfortfolios ersichtlich, wobei der Anteil der Hedgefondsveranlagung bei durchschnittlich 20% (maximal 20,85%, minimal 15%) liegt. Aus dem Diagramm auf **Seite 5** PPF ist der eingeschränkte Anteil der Hedgefondsveranlagungen zu erkennen, aus der Darstellung auf **Seite 6** PPF ergibt sich, dass der Anteil der negativen Ergebnisse aus den Veranlagungen in einem neunjährigen Zeitraum 3,13% des gesamten Betriebsergebnisses ausmacht (maximaler Verlust 17,33%, minimaler Verlust 0,21%; höchste Verluste 2000 und 2002). Auf **Seite 7** PPF ist ersichtlich, dass der Anteil der Hedgefonds im Jahr 2005 etwa 11-15% der veranlagten Mittel betragen hat (schwankt monatlich).

Nach den Ausführungen des Herrn R. war die Veranlagungsstrategie weit davon entfernt, generell hochspekulative Instrumente einzusetzen, vielmehr sollte eine konservative

Veranlagung durch Herrn Dr. P. erfolgen. Geplant war aber zumindest eine Rendite von 5-7%. Der Werkvertrag war Basis für diese Veranlagungen. Bei einer Wertsteigerung von über 4% erhöhte sich die Vergütung des WP-Veranlagers. Als Gründe für diese Zusammenarbeit waren zu nennen der schon bestehende persönliche Kontakt, die günstige Abwicklung und die Tatsache, dass es über andere Bankveranlager teurer geworden wäre. 2005 hat man die Zusammenarbeit gelöst.

(3) Auch nach der Darstellung des Steuerberaters liegt im gegenständlichen Fall bei einer Veranlagung von rd. 3.000.000,00 € ein wirtschaftlich vernünftiger Mix vor. Die Hedgefondspapiere kann man aus diesem Mix nicht einfach herauschälen. Zu betrachten ist das gesamte Portfolio (bzw das gesamte Betriebsergebnis). Bei einer „Stand-Alone-Betrachtung“ der Hedgefondsveranlagung ergibt sich ein verzerrtes Bild. Aus dem Portfolio kann nicht ein (negativer) Teil herausgenommen werden.

(4) Der Veranlager Dr. P. führt aus, dass Herr R. eine Veranlagung bis zu einer Rendite von etwa 7% gewollt habe und prinzipiell alle Anlageklassen risikoreich sind. Hedgefondspapiere werden für eine breitere Portfoliostreuung praktisch in jedes Portfolio mit höheren Veranlagungsbeträgen mit hineingenommen. Auch bei Anleihen können Wertverluste von 50% und mehr eintreten. Selbst Cash-Fonds mit 3-5% Rendite haben Risiken. Generell ist die Unterscheidung in risikoreiche und risikoarme Veranlagungen schwierig. Der Rahmen für die Hedgefondspapiere hat insgesamt nur 700.000,00 € betragen und selbst der wurde nicht immer ausgeschöpft. Es gab Stillhaltengeschäfte, die sich bei extremer Bewegung 2002 nach unten orientierten. Die Bewertungsmöglichkeit von Anlagen aller Art hat sich in den letzten acht Jahren sukzessive verschlechtert. 2006 hat man sich aus dem Markt zurückgezogen, weil man keine weiteren Risiken eingehen wollte. Es ging auch nicht nur in eine Richtung bei den Stillhalten, sondern es gab Optionen in beide Richtungen (Sechsmonatsoptionen), aber durch den starken Absturz 2002 ergaben sich große Verluste. Bei Veranlagungen über 1.000.000,00 € sind Hedgefonds einfach Standard, sodass hier in der dargestellten Veranlagung nichts Ungewöhnliches erblickt werden kann.

(5) Der Steuerberater verweist auf UFS 15.2.2010, RV/1529-W/08. In dieser Entscheidung wird vom UFS Wien ausgeführt, dass ein Devisentermingeschäft zur Absicherung von Kursrisiken bei einer GmbH, welche größere Warenmengen bis zu einem Jahr im Voraus ordern muss, nicht von vorneherein gesellschaftsrechtlich veranlasst ist. Dies wäre nur dann der Fall, wenn durch die Geschäfte private Interessen der Gesellschafter befriedigt würden.

b. Mit Schreiben vom 8. November 2010 erfolgte die Antwort auf das am 22. Oktober 2010 zugesandte Protokoll der Erörterung (Auszug):

(1) Grundsätzlich sei von Herrn R. bei der Besprechung dargelegt worden, dass er vor der Auswahl des Herrn P. als Vermögensverwalter mit mehreren Privatbanken Kontakt über die Veranlagung der genannten 3.000.000,00 € gehabt habe. Jeder dieser Veranlagungsexperten habe ihm eine Beimischung von Hedgefonds in Höhe des genannten Anteils empfohlen. Die Mandantschaft habe sich dann für Herrn Dr. P. als Vermögensverwalter entschieden.

(2) Hinsichtlich des Hedgefonds-Anteiles habe es die Wahl gegeben, entweder am Markt befindliche Hedgefonds entsprechend dem vorgegebenen Ausmaß als Beimischung zu investieren, oder alternativ dazu die allgemein übliche Hedgefondsstrategie durch Herrn Dr. P. selbst durchzuführen. Der Vorteil sei darin gelegen, die hohen Agio-Kosten und Betreuungskosten von Hedgefonds zu vermeiden. Weiters erschien das Risiko bei den am Markt angebotenen Hedgefonds – im Vergleich zu jenen des Dr. P. – als zu hoch, sodass man sich für eine Direktveranlagung entschieden habe.

Hedgefonds würden von allen namhaften österreichischen Banken und Finanzinstituten angeboten und aufgelegt und zum Teil selbst gemanagt. Namhafte österreichische Anbieter seien unter anderem die Firma C-Quadrat und Superfund. Auf der Homepage dieser beiden Anbieter seien die entsprechenden Veranlagungsstrategien und Entwicklungen ersichtlich. Insbesondere Superfund habe sich als österreichischer Hedgefondsanbieter international eine entsprechende Reputation erworben. Dass Hedgefonds mit entsprechender Volatilität behaftet seien, liege in der Natur der Sache, habe aber mit Glücksspiel oder Wette nichts zu tun.

(3) Aus den von der Bw. präsentierten Unterlagen sei ersichtlich, dass in den Jahren 2000 bis 2009 insgesamt ein positives Betriebsergebnis von 15.469.681,29 € erwirtschaftet worden sei. In diesem Zeitraum habe man – bezogen auf die Derivate – ein negatives Finanzergebnis von -483.769,34 € erzielt, was etwa 3,13% des Betriebsergebnisses entspreche. Zu vermerken sei auch, dass der Geschäftsführer im Bereich der Finanzanlagen selbst kein Experte sei und deshalb einen Experten mit der Veranlagung beauftragt habe. Ihm sei dieser Portfolio-Mix empfohlen worden und er habe keinesfalls die Veranlagungsstrategie vorgegeben, sondern nur als Zielvorgabe eine Rendite zwischen 5% und 7%.

(4) Um darzulegen, dass die Veranlagung von Hedgefonds sehr ähnlich sei, lege man beispielhaft Unterlagen des Fonds C-Quadrat Absolute Euro Long Short bei und Unterlagen der Firma Superfund Fonds "Superfund A EUR SICAV". Beide Produkte verfolgten eine ähnliche Anlagestrategie wie von Herrn P. durchgeführt. Wie aus den Index- und Performanceentwicklungen dieser Fonds ersichtlich, sei deren Entwicklung wesentlich hinter der von der Bw. bevorzugten Anlage zurückgeblieben. Die von der Bw. gewählte Anlagestrategie sei mit jenen der allgemeinen Anbieter vergleichbar und mit wesentlich niedrigeren Kosten behaftet. Würde man der Auffassung der BP folgen, könnten Hedgefonds

keine steuerliche Beachtung im Betriebsvermögen mehr finden. Dass dies nicht der Fall sei, würden die umfassenden steuerlichen Vorschriften über die Behandlung von Investmentfonds beweisen. Auch das BMF verlautbare auf der Homepage die steuerliche Behandlung von Hedgefonds in Österreich.

(5) Sofern man infrage stelle, dass die Strategie der Bw. mit jener von Hedgefonds vergleichbar sei, stelle man den Beweisantrag einen Experten aus dem Bereich der Vermögensveranlagung als Zeuge namhaft zu machen.

Falls die Veranlagungsstrategie des Herrn Dr. P. als mit einem Glücksspiel oder einer Wette vergleichbar dargestellt werde, stelle man den Antrag, einen sachverständigen Zeugen namhaft zu machen. Die von Herrn Dr. P. gewählte Anlagestrategie erzeuge nämlich Diversifikationseffekte des Anlageportfolios und reduziere das Risikoprofil nach unten. Stelle man dies infrage, beantrage man einen Experten aus dem Bereich der Vermögensveranlagung als Zeugen.

(6) Für die Fondscharakteristik "gesamtheitliche Vermögensverwaltung aus einer Hand" verweise man auch auf den Drei Banken Generali Investment GmbH Fonds ("3 Banken absolut Return-Mix A").

(7) Gerade die Tatsache, dass Herr Dr. P. mehrmals täglich Positionen erwarb, zeigt, dass ein aktives Management bei Hedgefonds erforderlich ist und dies alleine der Risikominimierung dient. Auch hierfür beantrage man – im Falle von Zweifeln – die Heranziehung eines Experten als Zeugen.

(8) Auch Dr. P. könne für weitere Auskünfte als Zeuge beigebracht werden.

c. Mit Schreiben vom 12. November 2010 ergänzte der Steuerberater die Berufung wie folgt:

Bezugnehmend auf unser Telefonat in obiger Angelegenheit dürfen wir ihre Anfrage, warum die Optionsgeschäfte im Jahr 2005 beendet wurden, wie folgt beantworten. Die Zusammenarbeit mit dem Bankspezialisten als Vermögensverwalter wurde im Frühjahr 2006 aufgelöst. Somit auch die von ihm direkt gemanagte Hedgefondsstrategie. Der Grund dafür war, dass die erwirtschaftete Rendite über das gesamte Portfolio nicht den Erwartungshaltungen und auch nicht der in Aussicht gesetzten Zielrendite entsprochen hat.

d. Für den 13. Dezember 2010 wurde neuerlich zu einer Erörterung geladen, die wesentlichen Sach- und Rechtsfragen wurden nochmals ausführlich erläutert.

e. Mit Schreiben vom 10.1.2011 wurde der Antrag auf Verhandlung vor dem gesamten Berufungssenat zurückgezogen.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Strittig ist ausschließlich, ob beim Kauf von Derivaten (derivativen Finanzinstrumenten), der in zwei Veranlagungszeiträumen zu Verlusten (und in weiteren zwei Veranlagungszeiträumen zu Gewinnen) geführt hat, außerbetriebliches Vermögen der Kapitalgesellschaft angenommen werden kann. Die BP hat diese Möglichkeit – unter Berufung auf verschiedene BFH- und UFS-Judikate – bejaht, die „betrieblichen Verluste“ 2002 und 2005 (und Gewinne 2003 und 2004) nicht anerkannt und zusätzlich „außerbetriebliche Einkünfte“ 2002 und 2003 zugerechnet.

Derivate sind Finanzinstrumente, deren Wert sich in Abhängigkeit einer Wertänderung beim Basisobjekt verändert, die keine oder nur eine geringe anfängliche Nettoninvestition erfordern und zu einem späteren Zeitpunkt beglichen werden. Neben Forwards, Swaps und Optionen gehören vor allem Futures zu den bedeutensten Vertretern dieser Gattung von Investitionen. Derivate erlauben eine präzise Anpassung der Investition an das vom Kunden gewünschte Risikoniveau. Zu den Vorteilen dieser Anlageform gehören schneller Marktzugang, rasche (tägliche) Reaktion auf Trends und Chancen und einfache Umsetzung der Anlagestrategien. Futures (Termingeschäfte) sind verbindliche Kontrakte zwischen zwei Parteien. Dabei werden Vermögensgegenstände gekauft oder verkauft (in diesem Fall Kontrakte auf den Dax-Anstieg), die Ausführung des Geschäftes erfolgt zu vereinbarten Bedingungen zu einem späteren Zeitpunkt. Der Vertrag ist also charakterisiert durch einen bestimmten Vertragsgegenstand, eine bestimmte Menge, einen fixen Zeitpunkt in der Zukunft (Termin) und einen konkreten und zum Vertragsabschluss festgelegten Preis. Je nach Basiswert handelt es sich um Finanzterminkontrakte (Financial Future) oder Wareterminkontrakte (Commodity Future).

2. Die außerbetriebliche Sphäre und die Nichtzurechnung von „Einkünften“ an Kapitalgesellschaften.

Anders als der BFH bejaht der VwGH die Möglichkeit einer außerbetrieblichen Sphäre. Die Bestimmung des § 7 Abs 3 KStG 1988 bildet kein eindeutiges Abgrenzungskriterium für die Bestimmung einer einkünfteirrelevanten Sphäre von Kapitalgesellschaften (s Stangl, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften, Seite 38), die als Restgröße neben der betrieblichen Sphäre und der Sphäre der gesellschaftlich veranlassten Vermögensänderungen (Einlagen und Ausschüttungen) anzusehen ist (Stangl, aaO, S 42 ff).

A) Betrieblich veranlasste Vermögensänderungen:

Die Abgrenzung betrieblicher Ausgaben und Aufwendungen von nichtbetrieblichen erfolgt nach der Verkehrsauffassung (Frage, ob nach der Auffassung einer Mehrheit vernünftiger denkender Menschen ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und

dem Betrieb besteht). Beim Vermögen erfolgt eine Einteilung in notwendiges bzw gewillkürtes Betriebsvermögen und "Privatvermögen" (Stangl, aaO, Seite 51).

B) Unter die gesellschaftlich veranlassten Vermögensänderungen fallen zB Maßnahmen der Gewinnverteilung wie offene und verdeckte Ausschüttungen und Gesellschaftereinlagen (Stangl, aaO, Seite 51 ff.)

C) Einkünfteirrelevante Sphäre:

Die einkünfteirrelevante Sphäre ergibt sich grundsätzlich als eigene Sphäre neben der betrieblichen Sphäre und dem gesellschaftlich veranlassten Bereich. Von Stangl wird diese Sphäre als nicht-gesellschaftliche Sphäre bezeichnet, was begrifflich insoweit zu modifizieren ist, als – wie noch ausgeführt wird – die Annahme eines außerbetrieblichen Vermögens durch Zuordnung von Wirtschaftsgütern (nur) damit begründet werden kann, dass der Vorgang durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.

Bei der bezeichneten einkünfteirrelevanten Sphäre geht es um Betätigungen und Formen der Einkommensverwendung, die nicht als Einlage oder als Maßnahme der Gewinnverteilung angesehen werden können. Darunter fallen

(1) Sonstige Entnahmen als Einkommensverteilung, die nicht als Ausschüttung bezeichnet wird (Stangl, aaO, Seite 66),

(2) Nichtabzugsfähige Aufwendungen nach § 12 KStG (Stangl; aaO, Seite 67),

(3) die Liebhaberei (Stangl, aaO, Seite 69 ff) und

(4) die Zuordnung von Wirtschaftsgütern aufgrund der Rspr des VwGH, beginnend mit Erkenntnis vom 20.6.2000, 98/15/0169.

Sonstige Entnahmen und nichtabzugsfähige Aufwendungen liegen nicht vor, Liebhaberei wird unter Punkt 5 der rechtlichen Würdigung gesondert erfasst; damit ist die Zuordnung der Derivate zu den betrieblichen oder außerbetrieblichen Wirtschaftsgütern (als maßgebliche Fragestellung) zu untersuchen.

3. Veranlagung „betrieblich“ erzielter Gewinne in risikoreichen (derivativen) Finanzinstrumenten.

A) Darstellung von derivativen Finanzinstrumenten in der Bilanz:

Festzuhalten ist zunächst, dass die Bilanzierung derivativer Finanzinstrumente nicht ungewöhnlich ist. So heißt es in § 237 a UGB: "Im Anhang sind weiters anzugeben

- für jede Kategorie derivativer Finanzinstrumente Art und Umfang, ... der beizulegende Zeitwert ...

- für zum Finanzanlagevermögen gehörende Finanzinstrumente ... der Buchwert und der beizulegende Zeitwert, ... die Gründe für das Unterlassen einer Abschreibung ...

In den Bilanzen der Versicherungsunternehmen ist die Bilanzierung derartiger Finanzinstrumente geläufig (zum Unterschied zwischen der Bilanzierung bei der Bw. und bei Versicherungsunternehmen s noch nachfolgend). Es existieren auch Rechnungsleitlinien für derivative Finanzinstrumente (s. die "Leitlinien des Verbandes der Versicherungsunternehmen Österreichs zur Behandlung von derivativen Finanzinstrumenten und der Wertpapierleihe im Rechnungswesen und bei der Rechnungslegung der Versicherungsunternehmen").

B) Übersicht zur Judikatur von BFH, VwGH und UFS in der Frage „risikoreicher Geschäfte“ im Bereich der Derivative:

Im Folgenden wird die für die rechtliche Würdigung maßgebliche Judikatur von BFH, UFS und VwGH überblicksmäßig zusammengestellt, welche von der BP nur eingeschränkt (nämlich bezogen auf BFH 19.2.1997, XI R 1/96 sowie UFS 3.8.2004, RV/0414-W/02 und ungeachtet älterer und neuerer Judikaturlinien) bei der rechtlichen Würdigung berücksichtigt wurde.

(1) BFH 5.3.1981, IV R 94/78, BStBl II, S 658 (zu Devisentermingeschäften einer KG, die sich mit Anlageberatung und Vermögensverwaltung beschäftigt):

Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung der Sache.

- Kommt das FG zum Ergebnis, dass die Termingeschäfte ernsthaft vereinbart und durchgeführt worden sind, steht damit noch nicht fest, dass die Verluste zu Betriebsausgaben führen. Bei Termingeschäften handelt es sich um spekulative Geschäfte, die vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden. **Sie können aber auch betrieblich veranlasst sein. Hierfür ist bedeutsam, dass nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäftes ein Zusammenhang mit dem Gesellschaftszweck bestand. Im Zweifel ist entscheidend, wie das Geschäft tatsächlich abgewickelt wurde. Insbesondere Risikogeschäfte sind danach nur betrieblich veranlasst, wenn sie von vorneherein als Geschäfte der Gesellschaft behandelt wurden.** Geschieht dies erst, nachdem sich ein Verlust abzeichnet, beruht die Übernahme des Geschäftes durch die Gesellschaft auf außerbetrieblichen Erwägungen.

(2) BFH 11.7.1996, IV R 67/95, NV, 1997, S 114 (Einzelhandelsgeschäft mit Devisen- und Warentermingeschäften):

Aufhebung zur Vorentscheidung und Zurückverweisung.

Bei einem branchenuntypischen Termingeschäft kann eine betriebliche Veranlassung nur dann angenommen werden, wenn das Geschäft nach den im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannten Umständen objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt war, das Betriebskapital zu verstärken.

- Das FG ist von unzutreffenden Voraussetzungen für die betriebliche Veranlassung von Termingeschäften ausgegangen.

- Termingeschäfte sind spekulative Geschäfte, die vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden. **Sie können aber auch betrieblich veranlasst sein.** Das gilt **nicht nur, wenn diese Geschäfte üblicherweise in der Branche des Steuerpflichtigen anfallen** (Verweis auf BFH-Urteil 19.1.1977, I R 10/74, BFHE 121, 199, BStBl II 1977, 287), **sondern auch wenn sie branchenuntypisch sind. Es reicht für die betriebliche Veranlassung danach aus, wenn nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäftes ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht** (Verweis auf das Senatsurteil vom 5.3.1981, IV R 94/78, BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658). **Bei Risikogeschäften ist dabei von wesentlicher Bedeutung, ob sie von vorneherein als betriebliche Geschäfte behandelt wurden** (BFH in BFHE 133, 379, BStBl II 1981, 658, und Beschluss vom 8.12.1995, VIII B 51/95, BFH/NV 1996, 474; FG München, Urteil vom 30.3.1988 I 123/85 F, EFG 1988, 620).

Werden branchenuntypische Termingeschäfte getätigt, ist der betriebliche Zusammenhang besonders sorgfältig zu prüfen, weil das Risiko einen Verlust zu erleiden dabei besonders groß ist. **Eine betriebliche Veranlassung wird in einem solchen Fall nur dann angenommen werden können, wenn das Termingeschäft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, das Betriebskapital zu verstärken.** Das folgt aus den Grundsätzen, die der BFH für die Bildung gewillkürten Betriebsvermögens aufgestellt hat, insbesondere dem Erfordernis des Förderungszusammenhanges (Walter, DStZ 1993, 5,7).

An der objektiven Eigenschaft fehlt es nicht allein deshalb, weil das Geschäft risikobehaftet ist. Denn das Tragen eines Risikos ist Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit (BFH 8.2.1985, III R 169/82, BFH/NV 1985, 80, 82). Deshalb kann bei branchentypischen Risikogeschäften regelmäßig von einem Förderungszusammenhang ausgegangen werden. Je weiter der Inhalt des Geschäftes von der Haupttätigkeit entfernt ist, umso mehr steigt die Gefahr eines Verlustes. Die Anforderungen an die Feststellung der objektiven Eignung des Geschäftes zur Verstärkung des Betriebskapitals müssen in entsprechendem Maße steigen.

- Das FG hat versäumt, die objektiven Kriterien zu untersuchen und die Eignung zur Verstärkung des Betriebskapitals. Die Möglichkeit mit Waren- und Devisentermingeschäften Gewinne zu erzielen, reicht dafür nicht. Die Feststellungen werden sich auf den Inhalt der Vereinbarungen konzentrieren müssen: **Wie frei waren die Anlageunternehmen in der Auswahl der zu tätigenden Geschäfte; welche Bruttogewinnerwartungen bestanden; welche Provisionen waren zu zahlen und welche Auswirkungen konnten Devisenschwankungen auf das erzielbare Ergebnis haben? Zu prüfen ist auch, ob der Bw. sein Engagement überhaupt hätte beenden können. Von Bedeutung ist zudem, was den Bw. zur Einbuchung des Risikogeschäftes veranlasst hat.**

- Kommt das FG zum Endergebnis, dass die Termingeschäfte insgesamt oder zum Teil betrieblich veranlasst waren, wird es weiter klären müssen, ob noch zu bilanzierende Wirtschaftsgüter vorhanden waren.

(3) **BFH 19.2.1997, XI R 1/96, DB 1997, 1209, BStBl II 1997, 399 (zu Optionsankäufen und Optionsverkäufen einer Ehe- und Partnervermittlung):**

Wertpapiere können gewillkürtes BV sein, wenn nicht beim Erwerb erkennbar ist, dass sie keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen; branchenuntypische Termin- und Optionsgeschäfte sind dem betrieblichen Bereich regelmäßig auch dann nicht zuzuordnen, wenn generell die Möglichkeit der Gewinnerzielung besteht.

Zum Devisentermingeschäft:

- **Eine betriebliche Veranlassung ist nur dann anzunehmen, wenn das Geschäft zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geeignet und dazu bestimmt ist, das Betriebskapital tatsächlich zu verstärken.**

- Je weiter Art und Inhalt von der Haupttätigkeit entfernt sind, desto größer ist idR die Gefahr eines Verlustes.

- Bei spekulativen Geschäften reicht es nicht aus, dass generell die Möglichkeit besteht, Gewinne zu machen. Im privaten Bereich getätigte Devisentermingeschäfte in Form von Differenzgeschäften sind in die Nähe von Spiel und Wette zu rücken und scheiden aus dem Bereich der steuerlich relevanten Tatbestände aus. Entsprechendes gilt auch für Aktien und Devisenoptionsscheine. **Optionsgeschäfte sind von der spekulativen Einschätzung der künftigen Entwicklung durch den Börsenfachhandel zu bestimmten Zeitpunkten bestimmt. Sie haben daher spekulativen Charakter. Wie Termingeschäfte ist auch der An- und Verkauf von Optionsscheinen in die Nähe von Spiel und Wette zu**

rücken. Im Rahmen branchenfremder Betriebe kommen Optionsscheine als gewillkürtes Betriebsvermögen auch unter dem Gesichtspunkt einer Liquiditätsreserve regelmäßig nicht in Betracht. Der spekulative Charakter wird dadurch bestätigt, dass der Bw. in allen Jahren Verluste, in einem Jahr aber auch Gewinne erzielt hat.

(4) BFH 20.4.1999, VIII R 63/96, BStBl 1999 II, S 466 (Handel mit Textilien und Devisentermingeschäften):

Devisentermingeschäfte, wiewohl sie hoch spekulative (verdeckte) Differenzgeschäfte darstellen, sind nicht per se der Zuordnung zur betrieblichen Sphäre entzogen. Sie gehören zum betrieblichen Bereich von Kreditinstituten und branchenverwandten Unternehmen. Auch bei branchenfremden Unternehmen ist eine gewillkürte Zuordnung derartiger Risikogeschäfte nicht von vorneherein ausgeschlossen. Der betriebliche Zusammenhang ist dann allerdings sorgfältig zu prüfen.

Der Ausschluss vom betrieblichen Sektor wäre nur dann zu erwägen, wenn die Geschäfte den reinen Glücksspielen gleichgeachtet werden könnten. Zwischen Termingeschäften und reinen Glücksspielen bestehen aber grundlegende Unterschiede. Reine Glücksspiele finden außerhalb des Wirtschaftskreislaufes im gesellschaftlichen Bereich statt und schaffen sich ihre Risiken gleichsam selbst. Demgegenüber nimmt sich der Terminspekulant der Risiken an, die im Wirtschaftskreislauf vorgegeben sind. Bei der seriösen, auf Kenntnissen beruhenden Terminspekulation handelt es sich um eine geistige Tätigkeit, welche aus den Erfahrungen der Vergangenheit und der Beobachtung gegenwärtiger Ereignisse künftige Entwicklungen prognostiziert, um wirtschaftliche Vorteile zu erzielen.

Von einer die gewillkürte Zuordnung zum betrieblichen Bereich ausschließenden Abzeichnung von Verlusten bei Abschluss der Terminkontrakte kann nicht die Rede sein, weil die streitigen Geschäfte ernsthaft und unter ständiger Beobachtung des Devisenkurses getätigt wurden.

(5) BFH 8.8.2001, I R 106/99 (FG Baden-Württemberg zu einer GmbH, die einen Handel mit Werkzeugmaschinen betreibt und Devisentermingeschäfte durchführen ließ):

Eine Werkzeugmaschinen-GmbH tätigt Devisentermingeschäfte (Risikogeschäfte) und weist Verluste aus. Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur anderweitigen Steuerfestsetzung. Die Verluste aus den Devisentermingeschäften wurden zu Unrecht als vGA behandelt.

- Das Finanzamt anerkannte die Verluste nicht und ging davon aus, dass die Geschäfte im privaten Interesse durchgeführt wurden. **Nach ständiger Rspr des BFH verfügen Kapitalgesellschaften über keine außerbetriebliche Sphäre. Daher gehören die Devisentermingeschäfte zum Betriebsvermögen, die Verluste stellen Betriebsausgaben dar. Dass der Veranlassungszusammenhang zwischen Aufwendungen, Einnahmen und Unternehmensgegenstand nur ein entfernter ist, steht dem ebenso wenig entgegen, wie der Umstand, dass der Gesellschafter und Geschäftsführer zur Durchführung solcher Geschäfte nicht hinreichend befähigt gewesen sein soll.**

- Die Übernahme der Verluste könnte eine vGA sein, nämlich dann, wenn unter Berücksichtigung des Verhaltens eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers eine verhinderte Vermögensvermehrung vorläge. Von den Grundsätzen einer vGA ist aber nicht auszugehen, wenn eine Kapitalgesellschaft sich entschließt, risikobehaftete Termingeschäfte zu tätigen. **Es ist Sache der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung, solche Geschäfte und die damit verbundenen Chancen, aber auch Verlustgefahren wahrzunehmen** (BFH 14.9.1994, I R 6/94, BStBl II 1997, 89; BFH 11.7.1996, IV R 67/95, BFH/NV 1997, 114; BFH 5.3.1981, IV R 94/78, BStBl II 1981, 658). Selbst wenn sich eine entsprechende Risiko- und Spekulationsbereitschaft mit den Absichten des Gesellschafter-Geschäftsführers decken sollte, ändert sich nichts. Es kommt nicht darauf an, ob die Durchführung der Geschäfte nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft völlig unüblich oder mit hohem Risiko verbunden ist. Ziel des Tatbestandes der vGA ist die Abgrenzung zur Gesellschaftersphäre, nicht die Vermeidung betrieblicher Risiken. **Die Übernahme der Risiken lässt sich nur bei ersichtlich privater Veranlassung als Verlustverlagerung zuungunsten der Gesellschaft darstellen oder wenn die Gesellschaft nur zur Befriedigung einer Spielleidenschaft des Gesellschafters errichtet wird.**

- Zwar sind Termingeschäfte spekulative Geschäfte, die vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden. **Tätigt aber eine Kapitalgesellschaft derartige Geschäfte, muss festgestellt werden, ob dadurch in erster Linie private Neigungen und Interessen der Gesellschafter befriedigt werden.**

- Die ersten vier und die letzten beiden Jahre der Geschäftstätigkeit schlossen bei den Devisentermingeschäften zwar mit Gesamtverlusten ab, im fünften Jahr wurden aber Gewinne erzielt und auch innerhalb der anderen Jahre wechselten sich Verluste mit Gewinnen ab. Für den Rückschluss, dass kein Totalgewinn angestrebt worden wäre, besteht kein Grund. **Andernfalls ließe sich bei Risikogeschäften eine Gewinnerzielungsabsicht und eine**

gewerbliche Tätigkeit immer nur dann annehmen, wenn die Geschäfte durchwegs erfolgreich sind; Verluste dürften so gut wie niemals erzielt werden.

- Die Aufträge zur Durchführung der Geschäfte sind durch den Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft erteilt worden. Sie sind sonach der Klägerin, nicht aber dem Geschäftsführer persönlich zuzurechnen.

- Für die Annahme einer privat betriebenen Liebhaberei spricht auch nicht die Größenordnung der Geschäfte. Es ist nicht Aufgabe der steuerrechtlichen Beurteilung, die Qualität unternehmerischer Entscheidungen abzuschätzen und im Ergebnis als unrichtig einzuschätzende Entscheidungen als private Liebhabereigeschäfte zu behandeln.

(6) BFH 15.5.2002, I R 92/00, FR 2002, 1175 ff (Vercharterung von Booten durch eine GmbH):

Verlustträchtige Geschäfte einer Kapitalgesellschaft im privaten Interesse der Gesellschafter führen zu verdeckten Ausschüttungen. Kriterium für die Prüfung in wessen Interesse das Geschäft getätigt wird, ist die Abgrenzung zwischen Einkunftserzielung und Liebhaberei.

- Nicht die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit löst eine vGA aus, weil sie mit uU mit einem (auch erheblichen) Verlustrisiko behaftet ist. **Denn ein solches Risiko wohnt fast jeder kaufmännischen Tätigkeit inne.** Eine vGA liegt vielmehr nur vor, wenn die Gesellschaft zur Befriedigung privater Interessen ihrer Gesellschafter handelt. **Indiz dafür ist der Umstand, dass die mit der Tätigkeit verbundenen Risiken die vorhandenen Gewinnchancen so deutlich überwiegen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter das betreffende Geschäft nicht für Rechnung der Gesellschaft übernommen hätte.** Der Veranlassungszusammenhang ist aus äußeren Merkmalen und Verhaltensweisen zu erschließen.

(7) VwGH 13.12.2007, 2007/14/0053 zu UFS 3.8.2004, RV/0414-W/02:

Die Entscheidung des UFS wird wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Berufungsentscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Geschäftsgegenstand der B GmbH bestand darin, Gebäude bzw Grundstücke anzukaufen, zu adaptieren und in der Folge weiterzuverkaufen oder zu vermieten. Die GmbH wies 1994 Fremdwährungskursverluste iHv rd. 11.000.000 S aus. Diese entstanden aus „Spekulationen“ mit USD und DM. Nach Ansicht der BP bestand für solche Geschäfte keine betriebliche Veranlassung, sodass diese auch nicht zum Betriebsgegenstand zählten. Die GmbH hatte auch keinen Fremdwährungsbedarf.

Der UFS verwies auf OGH-Entscheidungen, die solche Geschäfte den für Spiel und Wetten geltenden Regeln des ABGB unterstellten (zB OGH 26.11.1996, 1 Ob 639/95). Um dem gewillkürten BV zugerechnet werden zu können, müssen Wirtschaftsgüter den Betrieb in irgendeiner Weise fördern können. Die GmbH hat zwar beim Abschluss der Geschäfte den Willen bekundet, diese der betrieblichen Sphäre zuzuordnen. Es liegt aber ein branchenuntypisches Geschäft vor. Die Bw. hat dargestellt, dass das Ziel die Erzielung von Gewinnen gewesen ist und die betriebliche Veranlassung im Motiv des Geldverdienens gelegen hat. Nach der Rspr des BFH sind Devisen- und Warentermingeschäfte spekulative Geschäfte, die nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen auch betrieblich veranlasst sein können. Die Zuordnung zum gewillkürten Vermögen unterliegt strengen Anforderungen. Zwar gehört das „Risiko“ zum Wesen einer unternehmerischen Betätigung und führt daher nicht von vorneherein zum Fehlen der „objektiven Eignung“. Je weiter sich aber das Geschäft von der Haupttätigkeit entfernt, desto eher ist mit der Gefahr von Verlusten zu rechnen. Umso weniger kann auch der Unternehmer die objektive Eignung zur Stärkung des BV einordnen. Der UFS geht – unter Verweis auf Bertl/Hirschler, RWZ 1998, 42 – davon aus, dass hier die Förderung des Betriebszweckes besonders sorgfältig zu prüfen ist. Legt man auf den Berufungsfall diese strengen Maßstäbe an, kann kein Zweifel daran bestehen, dass aufgrund der hohen Verlustträchtigkeit und des Nichtbestehens von Beziehungen zum Geschäftsgegenstand die betriebliche Veranlassung zu verneinen und der Verlust der Privatsphäre der für die GmbH handelnden Person zuzurechnen ist.

Der VwGH führte dazu aus, es fehlt an Feststellungen, warum die belangte Behörde zur wirtschaftlichen Zurechnung der Devisenspekulationsgeschäfte an den Ausführenden gelangt. Es wäre der beherrschende Einfluss des ausführenden Organs auf die GmbH und die in Rede stehenden Geschäfte zu klären gewesen und worauf sich dieser Einfluss gründet. Erst dann kann beurteilt werden, ob sich eine Zurechnung an die GmbH ergibt und die Verluste bei ihr anzuerkennen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine eigenständige Kapitalgesellschaft vorliegt und die ihr zurechenbaren Rechtsgeschäfte in aller Regel ihre betriebliche Sphäre betreffen. Hinsichtlich der Frage der Zurechnung zu einer allenfalls außerbetrieblichen Sphäre ist darauf hinzuweisen, dass in einem solchen Fall zu beurteilen sein wird, ob dort überhaupt Einkünfte erzielt werden oder Liebhaberei vorliegt.

(8) BFH 23.9.2009, IV R 14/07 (zu einer Land- und Forstwirtschaft und gewillkürtem BV):

Nach ständiger Rspr des BFH können Wirtschaftsgüter, die weder notwendiges BV noch notwendiges Privatvermögen sind, als sogenanntes gewillkürtes BV bei der Gewinnermittlung

nach § 4 Abs 1 und § 5 EStG berücksichtigt werden, wenn sie objektiv geeignet und vom Betriebsinhaber erkennbar dazu bestimmt sind, den Betrieb zu fördern. Allerdings sind Land- und Forstwirte wegen der Besonderheiten der Einkunftsart in der Bildung gewillkürten Betriebsvermögens gegenüber Gewerbetreibenden stärker eingeschränkt.

- Wertpapiere können gewillkürtes BV eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes sein, wenn sie diesem ähnlich wie Barmittel oder Bankguthaben als Liquiditätsreserve dienen; in diesem Fall gehören die Einkünfte zu den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft.

Das gilt nicht, wenn im Zeitpunkt des Erwerbes erkennbar ist, dass die Wertpapiere dem Betrieb keinen Nutzen bringen, sondern Verluste (Verweis auf BFH 19.2.1997, XI R 1/96 – s. oben).

Bei Risikogeschäften (zB Termingeschäften) kommt eine betriebliche Veranlassung allgemein nur dann in Betracht, wenn sie nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Umständen objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sind, das Betriebskapital zu verstärken. Sie müssen von vorneherein als betriebliche Geschäfte behandelt werden (BFH 11.7.1996, IV R 67/95).

(9) UFS 15.2.2010, RV/1529-W/08 (zum Devisentermingeschäft einer in der Rechtsform der GmbH betriebenen Kaffeerösterei):

Die Bw. schloss Devisentermingeschäfte ab, die der Minimierung eines aus der Geschäftstätigkeit erwachsenen Wechselkursrisikos dienten. Die Zinsen für einen dafür aufgenommenen Kredit wurden von der BP nicht anerkannt, weil ein branchenuntypisches Termingeschäft vorliegt, der es in die Nähe von Wette und Spiel rückt, sodass ein gewillkürtes BV ausscheidet. Die Bw gibt dazu an, Kaffee muss in großen Mengen bis zu einem Jahr im Voraus gekauft und gegen Wechselkursschwankungen abgesichert werden.

Der UFS stellte dazu fest, dass bei Termingeschäften aufgrund der Einkünfte transformation nach § 7 Abs 3 KStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Der Kapitalgesellschaft zurechenbare Rechtsgeschäfte (auch Risikogeschäfte) betreffen idR ihre betriebliche Sphäre. Es ist Sache der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung, Geschäfte, Chancen und Verlustgefahren wahrzunehmen. An der objektiven Eignung des Geschäftes, den Betrieb zu fördern, fehlt es nicht deshalb, weil es Risiken birgt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Abschluss für diese Branche typisch ist oder nicht.

Von einer mangelnden betrieblichen Veranlassung kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Gesellschaft Risikogeschäfte tätigt, um dadurch private Interessen eines oder mehrerer Gesellschafter zu befriedigen und die Geschäfte

wegen einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung der außerbetrieblichen Sphäre zuzurechnen sind. Dafür bietet der vorliegende Fall keinen Anhaltspunkt.

Von einem reinen Glücksspiel kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil dem Geschäftsführer nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, aus einer solchen Neigung heraus zu handeln. **Die Geschäfte sind auch von Anfang an nicht derart risikobehaftet gewesen, dass deren objektive Eignung zur Förderung des Betriebes ausgeschlossen gewesen wäre. Im Gegenteil haben die Geschäfte in den Jahren vor dem Prüfungszeitraum Gewinne erbracht.**

Allein der Umstand, dass das in den Prüfungszeitraum fallende Geschäft (2002 auf 2003) wegen des allgemein bekannten Kursverfalls des USD mit einem Verlust beendet wurde, nimmt diesem noch nicht die Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals. Daher ist es nicht zulässig, das Geschäft in die außerbetriebliche Sphäre zu verschieben. Unternehmerische Entscheidungen sind auch dann betrieblich veranlasst, wenn sie sich als Fehlentscheidungen erweisen.

C.) Schlussfolgerungen aus der vorliegenden Judikatur und den Ausführungen der Lehre

(1) Unstrittig liegt keine Betätigung vor, die den Bereich der Gesellschaftereinlagen oder Maßnahmen der Gewinnverteilung betrifft. Die vorangehend angeführten Umstände müssen daher nicht weiter erörtert werden.

(2) Es liegen auch keine sonstigen Entnahmen oder nichtabzugsfähige Aufwendungen vor.

(3) Zur Frage der Zuordnung von Wirtschaftsgütern (in Bezug auf derivative Finanzinstrumente) ist nachstehendes auszuführen:

a. Richtig ist, dass – im Unterschied zum BFH – der VwGH eine außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften für zulässig erklärt hat (VwGH 28.4.2004, 2001/14/0166). Soweit allerdings VwGH und Lehre außerbetriebliches Vermögen bei Kapitalgesellschaften zulassen, handelt es sich dabei ausschließlich um Vermögen, welches durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist und damit in einem Zusammenhang mit den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft steht.

So führt der VwGH in der Entscheidung vom 20.6.2000, 98/15/0169 aus: „Erweist sich, dass die Kapitalgesellschaft eine derartige Anschaffung oder Herstellung für einen fremden Arbeitnehmer nicht getätigt hätte, ist daraus zu schließen, dass die tatsächlich getätigte Anschaffung oder Herstellung durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Die Wohnung stellt dann kein steuerliches BV der Kapitalgesellschaft dar.“ In VwGH 16.5.2007, 2005/14/0083 (auch von der BP zitiert) wird sogar ausdrücklich darauf verwiesen, dass

zwischen im betrieblichen Geschehen jederzeit einsetzbaren Wirtschaftsgütern (hier Gebäuden) und den auf die Gesellschafter abgestellten Wirtschaftsgütern zu unterscheiden ist, soweit es die Frage eines außerbetrieblichen Vermögens betrifft. Auch in UFS 15.2.2010, RV/1529-W/08 zum Devisentermingeschäft einer Kaffeerösterei wird auf die Frage abgestellt, ob die Risikogeschäfte den privaten Interessen der Gesellschafter dienen.

Nach dieser Rspr ist davon auszugehen, dass Wirtschaftsgüter dann nicht dem BV zugerechnet werden, **wenn ihre Anschaffung gesellschaftsrechtlich veranlasst ist**. Es muss ersichtlich sein, dass das Wirtschaftsgut (nur) für die Nutzung durch den Anteilsinhaber gekauft wurde (Stangl, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften, S. 126 ff.; dagegen wäre der VwGH schon dann zu einem anderen Ergebnis gekommen, wenn die Wohnung einem fremden Dritten überlassen worden wäre, Stangl, aaO, S. 133).

Dieser Aspekt der Veranlassung durch das Gesellschaftsrecht bei Risikogeschäften findet sich auch in der BFH-Judikatur, allerdings – mangels außerbetrieblicher Sphäre, die vom BFH nicht anerkannt wird – in den Entscheidungen zur vGA. Diese Entscheidungen sind analog heranzuziehen, weil beiden Rechtsinstituten die Abgrenzung zur betrieblichen Sphäre immanent ist. So ist zB in BFH 8.8.2001, I R 106/99, die Aussage enthalten, dass bei Termingeschäften einer Kapitalgesellschaft zuerst festgestellt werden muss, ob dadurch private Neigungen und Interessen der Gesellschafter befriedigt werden; ebenso in BFH 15.5.2002, I R 92/00, wonach verlustträchtige Geschäfte nur dann zu einer vGA führen, wenn die Gesellschaft zur Befriedigung privater Interessen ihrer Gesellschafter handelt, wobei es als Indiz gilt, wenn die Risiken die Gewinnchancen so übertreffen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter ein solches Geschäft nicht übernommen hätte.

Betrachtet man (nur) diese (sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtsprechung entwickelte) Voraussetzung für Risikogeschäfte, so ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung nicht gegeben war: Ziel und Zweck des Engagements der Bw. war die Vermehrung des Betriebsvermögens aus Geldern, die im Betrieb erwirtschaftet werden. Weder wurden Gesellschafter begünstigt oder die Wirtschaftsgüter zur Nutzung durch die Gesellschafter erworben, noch waren diese mit den Geschäften selbst befasst. Die Veranlagung wurde von einem außenstehenden Bankfachmann durchgeführt. Ein gesellschaftsrechtlicher Beweggrund für diese Geschäfte ist nicht erkennbar. Auch die Betriebsprüfung hat solche Beweggründe nicht genannt, sondern sich in der Argumentation auf den spekulativen Charakter der Geschäfte, deren Branchenunüblichkeit und das Fehlen der objektiven Eignung zur Förderung des Betriebes beschränkt.

b. Soweit die BP dabei die Judikatur von BFH und VwGH heranzieht, kann ihr hierin nicht gefolgt werden:

- Zwar lehnt der Gerichtshof – anders als der VwGH – eine außerbetriebliche Sphäre bei Kapitalgesellschaften ab, ebenso die Liebhaberei. Dennoch können der Rspr des BFH zu Termingeschäften Grundsätze für die Lösung des gegenständlichen Falles entnommen werden. Die steuerliche Behandlung von Risikogeschäften wird vom BFH mangels außerbetrieblichem Vermögen über die vGA gelöst, es ergeben sich aber dieselben Fragestellungen und Lösungsansätze.

Die BP kommt zum Schluss, nach dem BFH könnten spekulative Geschäfte, die zudem nicht branchenüblich seien, nicht dem gewillkürten BV zugerechnet werden (mit Verweis auf BFH 19.2.1997, XI R 1/96). Diese Schlussfolgerung deckt sich jedoch schon ganz allgemein nicht mit der vorliegenden (älteren und neueren) BFH-Judikatur. So hat der BFH bereits 1996 ausgeführt, dass spekulative Devisen- und Warentermingeschäfte auch dann betrieblich veranlasst sein können, wenn die Geschäfte branchenuntypisch sind. Es muss nur nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäftes ein Zusammenhang mit dem Betrieb bestehen. Das Termingeschäft muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sein, das Betriebskapital zu verstärken. Ein branchenuntypisches Geschäft und die Tatsache einer spekulativen Betätigung ist somit nach der Rspr des BFH kein Hindernis für die Einstufung als BV. Der BFH betont auch, dass es Sache unternehmerischer Entscheidung ist, Risikogeschäfte vorzunehmen und dass weiters die Verlustverlagerung zuungunsten der Gesellschaft nur bei ersichtlich privater Veranlassung möglich ist (BFH 8.8.2001, I R 106/99). Indiz dafür ist, ob die Risiken die Gewinnchancen so überwiegen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter das Geschäft nicht für die Gesellschaft übernommen hätte (BFH 15.5.2002, I R 92/00).

- Soweit die BP auf die UFS-Entscheidung vom 3.8.2004, RV/0414-W/02 verweist, ist festzuhalten, dass der VwGH mittlerweile den in der Entscheidung getroffenen Aussagen nicht gefolgt ist. Im Gegenteil hat der VwGH darauf verwiesen, dass zuerst geklärt werden muss, ob eine Veranlassung durch das Organ besteht (also eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung gegeben ist). Erst dann kann eine Beurteilung erfolgen, ob sich eine Zurechnung an die GmbH ergibt oder nicht. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung kann eine Zurechnung zur außerbetrieblichen Sphäre erfolgen, wobei dort in der Folge beurteilt werden muss, ob überhaupt Einkünfte erzielt werden (VwGH 13.12.2007, 2007/14/0053).

Die von der BP zitierte Rechtsprechung untermauert daher deren Rechtsposition nicht. Vielmehr ist – gestützt auf die bisherige VwGH-(und BFH)Rspr – davon auszugehen, dass außerbetriebliches Vermögen nur in Verbindung mit einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung angenommen werden kann (s auch VwGH 14.10.2010, 2008/15/0178 zur

"Verschiebung" eines Porsche ins außerbetriebliche Vermögen und zum fehlenden Nachweis der verdeckten Ausschüttung an der "Wurzel").

c. Das von der BP zitierte BFH-Urteil 19.2.1997, XI R 1/96 ist in großen Teilen – jedenfalls was die Aussagen zur Vergleichbarkeit von Risikogeschäften mit Spiel und Wette betrifft – durch die Entscheidung BFH 20.4.1999, VIII R 63/96 als überholt anzusehen.

d. Selbst wenn man von der Notwendigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung als Grund für die Nichtanerkennung der Börsengeschäfte würde und (nur) allgemein die Bedingungen für die Anerkennung von Risikogeschäften untersuchen würde, käme man zum Schluss, dass die Verluste der Bw. zugerechnet werden können.

- Zunächst ist es nicht wesentlich, ob ein branchentypisches oder branchenuntypisches Geschäft vorliegt. Die BP führt dazu aus, dass es zwar börsennotierte Unternehmungen gebe, die ihren Aktienkurs oder Schwankungen im Rohstoffbereich absichern würden. Die Bw. schließe jedoch fast ausschließlich Termingeschäfte ab, die auf künftige Kursschwankungen des DAX spekulieren würden. Dass solche Termingeschäfte bei einem Unternehmen, welches das Versicherungsmaklergewerbe betreibe, branchentypisch seien, entspreche nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens.

Dies ist insoweit richtig, als zur typischen Tätigkeit eines Versicherungsmaklers idR nicht die Vornahme von Devisen- und Warentermingeschäften gehört (laut Entwurf des Gesellschaftsvertrages ist die Versicherungsmaklertätigkeit und die Beratung in Versicherungsangelegenheiten Gegenstand des Unternehmens, aber auch der Handel mit Waren aller Art; außerdem ist die Gesellschaft zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes berechtigt, alle Handlungen, Geschäfte und Maßnahmen – außer Bankgeschäften iS von § 1 Abs 1 Bankwesengesetz, wozu auch der Handel mit Finanzterminkontrakten gehört – vorzunehmen, die diesem Zweck förderlich sind).

- Letztlich spielt das aber für die Einstufung keine entscheidende Rolle, weil auch bei branchenfremden Unternehmen die gewillkürte Zuordnung von Risikogeschäften aus Devisentermingeschäften zum betrieblichen Sektor nicht von vorneherein ausgeschlossen ist. Nach BFH 20.4.1999, VIII R 63/96, BStBl 1999 II, S 466 (zu Handel mit Textilien und Devisentermingeschäften) bestehen zwischen Termingeschäften und reinen Glücksspielen grundlegende Unterschiede. Reine Glücksspiele finden im gesellschaftlichen Bereich statt und schaffen sich Risiken selbst. Ergebnisse hängen meist vom Zufall ab und sie werden nicht nach dem Prinzip einer professionellen Vermögensanlage überwacht. Demgegenüber nimmt sich der Terminspekulant der Risiken an, die im Wirtschaftskreislauf vorgegeben sind. Bei seriösen, auf Kenntnissen beruhenden Terminspekulationen handelt es sich um eine geistige

Tätigkeit, die aus Erfahrung und Beobachtung künftige Entwicklungen prognostiziert, um wirtschaftliche Vorteile zu erzielen.

Nach einem Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichtes vom 28.11.2001, AZ 13 K 257/94, sind Verluste aus Warentermingeschäften Betriebsausgaben, wenn

- die Gelder vom betrieblichen Bankkonto geflossen,
- zeitnah buchungstechnisch erfasst sind und
- im Zeitpunkt der Abwicklung noch nicht erkennbar war, dass sich Verluste aus den Geschäften ergeben würden. **Die objektive Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals ist zu bejahen, wenn der Steuerpflichtige einen Händler beauftragt, der nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Zeitpunkt der Beauftragung als besonders seriös und professionell anzusehen war.**

- Spekulationen auf den Dax sind Risikogeschäfte mit derivativen Finanzinstrumenten. Die Anlage auf einen Index (Dax-Future) bringt im Vergleich zu Anlagen in Einzelwerten zusätzlich den Vorteil, dass auf (Gesamt)Marktschwankungen und nicht auf die Entwicklung von Einzelwerten spekuliert werden kann.

Für den UFS stellt sich die Sachlage im gegenständlichen Fall wie folgt dar: Die Bw. weist jährlich hohe Gewinne als Versicherungsmaklerunternehmen auf. Diese Gewinne sollten ertragbringend veranlagt werden, wobei die Bw. bemüht war, einen fremden Experten mit dieser Aufgabe zu betrauen. Die Veranlagungsstrategie, vom Bankexperten entwickelt und vom zuständigen Organ der Bw. gutgeheißen, wurde so konzipiert, dass der überwiegende Teil der Anlagegelder in risikoarmen Portefeuilles und der Rest von ca. 15-20% in Papieren mit höherem Risiko veranlagt werden sollte (maximal 700.000,00 € von 3.000.000,00 €). Der veranlagende Bankexperte erhielt eine Gewinnbeteiligung von 11% und sollte Renditen von bis zu 7% erreichen. Diese Vorgaben wurden auch eingehalten, die Maximalsumme von 700.000,00 € wurde nicht überschritten bzw im gesamten Veranlagungszeitraum nicht annähernd erreicht. Aus den geschilderten Prämissen kann nach Ansicht des UFS keine untypische Vorgangsweise abgeleitet werden. Dass Anlager überwiegend in sichere und zu einem kleinen Teil in spekulative Papiere investieren, ist eine nicht unübliche Anlagestrategie.

Soweit die BP in ihrer Argumentation darauf abstellt, dass die Derivate nicht nur – wie bei Versicherungen – zu Besicherungszwecken gekauft wurden, ist auf folgendes zu verweisen: Richtig ist, dass Versicherungsunternehmen besonderen Bestimmungen und einer Versicherungsaufsicht (der FMA) unterliegen. Sie können zwar derivative Finanzinstrumente erwerben, sind aber dabei an bestimmte Regeln gebunden (s dazu beispielsweise KPMG,

"Bilanzierung und Bewertung von Kapitalanlagen bei Versicherungsunternehmen nach HGB und IRFS"). Bei den Versicherungsunternehmen dürfen Derivate nur im Rahmen des § 74 VAG und des § 1 Abs 8 der Kapitalanlageverordnung verwendet werden, nämlich nur in Verbindung mit Vermögenswerten, die die versicherungstechnischen Rückstellungen bedecken und auch in einem solchen Fall nur insoweit, als sie zu einer Verminderung des Anlagerisikos beitragen oder eine ordnungsgemäße Verwaltung des Wertpapierbestandes erleichtern (s dazu auch die „Organisationsleitlinien derivative Finanzinstrumente“ des Versicherungsverbandes Österreich). Die Bw. ist ein Versicherungsmaklerunternehmen, das Verträge zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmern vermittelt. Sie stellt eine Art „treuhändischer Sachwalter“ dar. Die Bw. ist daher nicht an die für Versicherungsunternehmen geltenden strengen Regelungen für den Kundenschutz gebunden, der mit den von den Versicherungsunternehmen abgeschlossenen Versicherungsverträgen im Zusammenhang steht. Ein Vergleich zwischen der Bw. und einem Versicherungsunternehmen kann nicht gezogen werden. Der Bw. ist es damit nicht verwehrt, derivative Finanzinstrumente auch zur Vermehrung ihres Vermögens einzusetzen (und nicht nur zur Besicherung).

- Für die betriebliche Veranlassung von Termingeschäften reicht es nach der Rspr des BFH aus, wenn die Risikogeschäfte von vornherein als betriebliche behandelt werden, nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäftes ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht und das Geschäft objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, das Betriebskapital zu verstärken (zB BFH 11.7.1996, IV R 67/95). Die objektive Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals ergibt sich aus den Umständen, unter denen das Geschäft abgeschlossen wird. Wird ein externer und professioneller Händler mit der Abwicklung beauftragt, ist diese objektive Eignung zu bejahen (Niedersächsisches FG, 28.11.2001, AZ 13 K 257/94). Ist aber das Geschäft aus objektiven Gründen der Kapitalgesellschaft zuzurechnen, werden die Verluste anzuerkennen sein (VwGH 13.12.2007, 2007/14/0053).

Der UFS kann unter Miteinbeziehung dieser Prämissen nicht finden, dass die Veranlagung betrieblicher Erträge wie im gegenständlichen Fall durch einen externen Experten, mit dem Zweck das BV zu vermehren, nichts mit dem Betrieb zu tun haben soll. Die Geschäfte wurden durchgehend (und von vornherein) als betriebliche Geschäfte behandelt. Es bestand auch die klare Absicht, Renditen zu erzielen und das BV zu vermehren. Der beauftragte Händler war in seinen Entscheidungen frei und erhielt (an der erreichten Rendite orientierte) angemessene Provisionen, sodass der subjektive Tatbestand gegeben ist.

Es bleibt daher die Frage, ob die Spekulationen auf den DAX objektiv geeignet waren, das Betriebskapital zu verstärken. Die Bw. hat einen externen Bankmanager mit dem Kauf und Verkauf der Kontrakte beauftragt und damit die grundsätzliche Voraussetzung erfüllt. Sie hat

nicht durch eigene Organe „Glücksspiele“ betrieben, deren Ergebnisse ausschließlich vom Zufall abhängen, wie von der BP angenommen, sondern die Anlagestrategie auf das solide Wissen eines Experten abgestellt. Der Handel mit Dax-Futures ist mit hohen Gewinnchancen, aber auch bedeutenden Verlustmöglichkeiten bei Kurseinbrüchen verbunden. Der Anstieg oder Rückgang um einen Punkt führt zu einem Gewinn oder Verlust von 25 € je Kontrakt. In der Regel werden aber die Gesamtmarkt-Ausschläge nicht höher als bei Einzelprodukten (Aktien) sein. Es besteht daher ein Verlustrisiko, dem aber auch eine ebenso hohe Gewinnchance gegenübersteht. Der BFH hat nur in jenen Fällen, in denen von vorneherein erkennbar war, dass Wertpapiere dem Betrieb keinen Nutzen, sondern nur Verluste bringen werden, gewillkürtes BV verneint (BFH 23.9.2009, IV R 14/07). In allen anderen Fällen ist es daher der unternehmerischen Entscheidung überlassen, die Chancen und Verlustgefahren wahrzunehmen (BFH 8.8.2001, VIII R 63/96). Das – begrenzte – Risiko der im gegenständlichen Fall vorliegenden Terminkontrakte als solches rechtfertigt nach der Judikatur deren Ausschluss vom BV nicht.

Betrachtet man die zur Verfügung stehenden Dax-Charts, stellt man fest, dass im Jahr 2000 (Beginn der Spekulationen) der Chart noch bei einem Kurs von rd. 6.000, im September 2001 (9/11) bei 5.200 und im März 2002 (Werkvertrag) noch immer bei 5.000 lag. Erst im Laufe des gesamten Jahres 2002 erfolgte ein Absturz des Kurses auf 2.772 (Oktober), der sich 2003 bis auf 2.426 (April) fortsetzte. Ab diesem Zeitpunkt und im Jahr 2004 erholte sich der Kurs bis rd 4.000 und erreichte im Mai 2006 wieder die ursprünglichen Werte aus dem Jahr 2000. Zu Beginn des Engagements war also nicht abzusehen, dass der Dax zu Anfang 2002 in dieser Weise abstürzen könnte, wobei der Kursrückgang teilweise wohl auf die Ereignisse vom 11. September 2001 (Terroranschlag auf die Twin Towers) zurückzuführen war, also ein von den Analysten nicht vorhersehbares Ereignis. Es haben aber bei Beginn der Veranlagung die mit der Tätigkeit verbundenen Risiken die vorhandenen Gewinnchancen nicht so deutlich überwogen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter das betreffende Geschäft nicht für Rechnung der Gesellschaft übernommen hätte (BFH 15.5.2002, I R 92/00). Dazu kommt, dass die Bw. zwar einen Gesamtverlust aufweist (die Tätigkeit wurde nach vier Jahren eingestellt), aber in zwei Jahren auch Gewinne von 252.000,00 € und 54.000,00 € verzeichnet. Es kann ihr daher die Gewinnerzielungsabsicht nicht von vorneherein abgesprochen werden. Vielmehr verlangt auch der VwGH für die rechtliche Einstufung von Wirtschaftsgütern eine die konkreten Umstände des Einzelfalles würdigende Begründung (VwGH 16.5.2007, 2005/14/0083). Eine solche liegt aber nicht vor.

e. Zu verweisen ist weiters auf die im Fachbereich Einkommensteuer erstellte Information vom 27.1.2009 (SZK-010216/0003-EST/2009). Dort wird zu einer im Baugewerbe tätigen GmbH, die Devisenoptionsgeschäfte abgeschlossen hat, ausgeführt:

Die X-GmbH hat ihren Gewinn gemäß § 5 EStG 1988 zu ermitteln, demgemäß ... kann ihr Betriebsvermögen sowohl notwendiges als auch gewillkürtes sein. Daneben kann eine Kapitalgesellschaft ... über einen außerbetrieblichen Bereich verfügen. **In seinem letzten zu diesem Problembereich einschlägigen Erkenntnis vom 16.5.2007, 2005/14/0083, hat der VwGH allerdings betont, dass ein Wirtschaftsgut nur dann dem außerbetrieblichen Bereich zugeordnet werden kann, wenn das Wirtschaftsgut ... seiner Erscheinung nach für die private Nutzung durch den Gesellschafter bestimmt ist und sohin eine jederzeitige Einsetzbarkeit im betrieblichen Geschehen der Kapitalgesellschaft nicht denkbar erscheint. Daraus folgt, dass nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein außerbetrieblicher Bereich einer Kapitalgesellschaft möglich ist.**

In einem die angefochtene UFS-Entscheidung wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufhebenden Erkenntnis vom 13.12.2007, 2007/14/0053, ... hat der VwGH folgende Aussage getroffen. „Falls ... feststehen sollte, dass die Fremdwährungsverluste der Kapitalgesellschaft (und nicht deren Machthaber) zuzurechnen sind, ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin eine eigenständige Kapitalgesellschaft ist, sodass die ihr zurechenbaren Rechtsgeschäfte in aller Regel ihre betriebliche Sphäre betreffen werden.“ **Für die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen einer § 7 Abs. 3-Körperschaft kommt es daher nicht darauf an, ob es sich um ein branchentypisches Geschäft handelt** (laut BFH-Rspr ist bei branchenuntypischen Geschäften der betriebliche Zusammenhang nur besonders sorgfältig zu prüfen – vgl. BFH 20.4.1999, VIII R 63/96, BStBl II 1999, 466).

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um ein Optionsgeschäft, das mit einem Bankinstitut abgeschlossen wurde. Daraus folgt, dass Optionsgeschäfte wie die gegenständlichen im Wirtschaftsleben ... nicht allgemein als unüblich anzusehen sind. Überdies ist zu bedenken, dass die X-GmbH auch eine Einnahme aus diesem Geschäft erzielt hat. Der bundesweite Fachbereich Einkommensteuer kommt daher zum Schluss, dass ein Ausscheiden der in Rede stehenden Optionsgeschäfte aus dem BV der GmbH nicht zulässig ist.

Damit bestätigt auch der Fachbereich die grundlegend schon in den vorangehenden Absätzen geschilderte Rechtsansicht des UFS, dass außerbetriebliches Vermögen grundsätzlich durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein muss (Optionsgeschäfte und Futures sind in Bezug auf diese Frage gleichzubehandeln).

D.) Zusammenfassung:

(1) Bei Kapitalgesellschaften wird gewillkürtes BV de facto zu notwendigem BV (KStR 610; Bruckner, ÖStZ 2003, 110; Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 7, Rz 170; Stangl, Die

außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften, S. 49). Nach der Rspr des VwGH bedarf die Annahme außerbetrieblichen Vermögens eines Nachweises, dass die Anschaffung des Wirtschaftsgutes (von Anfang an und zur Gänze – verdeckte Ausschüttung an der Wurzel) auf gesellschaftsrechtlichen Erwägungen beruht. Derartige Überlegungen spielten im gegenständlichen Fall keine Rolle.

(2) Dem Ansatz eines von vorneherein nicht dem BV zuzurechnenden Wirtschaftsgutes (aus den bloßen Gründen eines eingegangenen hohen Risikos beim Kauf) kann der UFS zudem nichts abgewinnen. Bloßes Risiko (bei der Anschaffung) an sich kann noch nicht zu außerbetrieblichem Vermögen führen, wäre doch dem Unternehmen dadurch jede unternehmensrechtliche Disposition genommen. Auf der Betriebsvermögensebene einer Kapitalgesellschaft ist aber auch nicht ersichtlich, wie dem BV zunächst gewidmete und dabei nicht den Gesellschaftern dienende Wirtschaftsgüter aus dem BV wieder "entfernt" werden könnten, zumal schon der Zeitpunkt zu dem sie außerbetriebliches Vermögen werden sollen (ab wann sind betrieblich angeschaffte Derivate nicht mehr betrieblich?) äußerst problematisch zu bestimmen wäre. Es ist im übrigen zu bezweifeln, dass die BP die WG auch dann als außerbetrieblich angesehen hätte, wären die 2003 und 2004 aufgetretenen Gewinne auch 2005 und 2006 weitergegangen.

(3) Der Rspr können auch die allgemeinen Voraussetzungen entnommen werden, nach denen Betriebsvermögen vorliegt. Ein branchentypisches Geschäft muss nicht gegeben sein. Es muss sich nur ein allgemeiner Zusammenhang mit dem Betriebsgeschehen ergeben und die Transaktionen müssen quasi "neutral" erfolgen, also durch Außenstehende, nicht im Interesse der Gesellschafter und in einer seriösen auf Kenntnissen beruhenden Weise. Das Risiko darf im Kaufzeitpunkt nicht die Chancen überwiegen, sodass ein sorgfältig agierender Geschäftsleiter davon absehen würde. Alle diese Voraussetzungen sind gegeben. Die Transaktionen führte ein Bankmanager durch, der sich im Bereich der Veranlagung seit Jahrzehnten betätigte, klare Vorgaben hinsichtlich der Rendite und der Provisionen erhielt, mit dem Auftrag, das Betriebsvermögen zu vermehren. Im vorliegenden Fall kann daher eine Betätigung die einem Glücksspiel gleicht, nicht angenommen werden. Im Auftragszeitpunkt war auch ein Überwiegen der Risiken nicht erkennbar. Dass das Unternehmen die seit kurzem anfallenden großen Jahresgewinne gewinnbringend veranlagen wollte, kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, ebensowenig die vom eingesetzten Manager in einzelnen Jahren getroffenen Fehlentscheidungen, weil sich auch die Risikostrategie innerhalb einer Bandbreite bewegte, die nicht ungewöhnlich ist.

4. Aufgrund der Ausführungen in Punkt 3 erübrigt sich die Zurechnung außerbetrieblicher Einkünfte. Kapitalgesellschaften haben gemäß § 7 Abs 3 KStG 1988 ausschließlich gewerbliche

Einkünfte. Außerbetriebliche Einkünfte können ihnen nicht zugerechnet werden, da betriebliche Einkünfte bedingt sind (Lang/Schuch/Staringer, KStG, § 7, Rz 169) bzw hätte selbst bei betrieblicher Veranlassung die Veräußerung von Wirtschaftsgütern aus der einkünfteirrelevanten Sphäre keine steuerliche Auswirkung (Stangl, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften, S. 148 ff.). Der UFS schließt sich dieser Rechtsauffassung vollinhaltlich an.

5. Frage der Liebhaberei:

A) Der Erwerb der Futures stellt eine Tätigkeit nach § 1 Abs 1 LVO dar (erwerbswirtschaftliche Tätigkeit mit Gesamtgewinnerzielungsabsicht). Wie bereits dargestellt wurde, ist Liebhaberei nach der Rspr des VwGH auch bei Kapitalgesellschaften denkbar, soweit der Futureshandel als eigenständige Einkunftsquelle angesehen werden kann. Da im Anlaufzeitraum nach § 2 Abs 2 LVO in jedem Fall Einkünfte anzunehmen sind, könnte nur das letzte Jahr (1995) von der Liebhabereiproblematik betroffen sein.

B) Die Annahme von Liebhaberei scheitert schon daran, dass der Futureshandel nur ein Nebenprodukt der allgemeinen Anlagestrategie (zB mit Aktienkäufen) war. Der Unabhängige Finanzsenat geht nicht davon aus, dass ein 15%iger bis 20%iger (stärker risikobehafteter) Teil des Handels mit Wertpapieren für sich als eigener Teilbetrieb angesehen werden könnte, wie dies offenbar von der BP gehandhabt wurde.

C) Selbst im Falle einer Trennbarkeit des Futurehandels als Teilbetrieb, läge keine Liebhaberei vor. Der Ankauf von Futures wurde 2006 eingestellt, bevor ein Gesamtgewinn erreichbar war. Die vorzeitige Beendigung der Betätigung zieht bei bis dahin vorliegenden Verlusten nicht zwingend die Aberkennung der Einkunftsquelleneigenschaft nach sich. Nur wenn objektiv gesehen die Möglichkeit fehlt, einen Gesamtgewinn zu erzielen, oder es an der Absicht mangelt, liegt keine Einkunftsquelle vor (Jakom/Laudacher, § 2, Rz 246 mit Verweis auf VwGH 14.4.1994, 93/15/0185). Im Fall privater Motive für die Einstellung ist Liebhaberei anzunehmen, sofern sich diese Motive nicht den Unwägbarkeiten annähern.

Vorangehend wurde bereits ausgeführt, dass es im vorliegenden Fall weder an der objektiven Eigenschaft einen Gesamtgewinn zu erzielen, noch an der Absicht dazu mangelte. Mit Schreiben vom 12. November 2010 teilte die Bw. mit, sie habe die Zusammenarbeit mit dem Vermögensverwalter im Frühjahr 2006 aufgelöst und damit auch die von ihm direkt gemanagte Hedgefondsstrategie beendet. Sie begründet dies damit, dass die erwirtschaftete Rendite über das gesamte Portfolio nicht den Erwartungshaltungen und auch nicht der in Aussicht gestellten Zielrendite des Hedgefondsmanagers entsprochen hätte.

Den ho. aufliegenden Unterlagen sind keine "privaten" Motive für die Einstellung der Betätigung zu entnehmen, vielmehr sind betriebswirtschaftliche Gründe maßgebend. Der UFS könnte daher auch nicht im Zusammenhang mit den Verlusten des Jahres 2005 von Liebhaberei ausgehen.

Der Berufung war aus den bezeichneten Gründen stattzugeben.

Beilage: 1 Anonymisierungsblatt, zwei Berechnungsblätter

Linz, am 14. Jänner 2011