



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. (vormals F-GmbH&Mitges. .), Adr, vertreten durch GWT, Wirtschaftsprüfungs- und SteuerberatungsgesmbH, 1130 Wien, Eitelbergweg, 24, vom 1. Februar 2006 gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 30. November 2005 betreffend Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO für den Zeitraum 2000 bis 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Entscheidungsgründe

Bei der berufungswerbenden atypisch stillen Gesellschaft (Bw.) mit dem Geschäftsgegenstand Realitätenwesen, Vermögensverwaltung und Wohnungs- und Siedlungswesen wurde anlässlich einer **abgabenbehördlichen Prüfung gem. § 147 Abs. 1 BAO** festgestellt:

#### Tz 5: Zusammenschluss – gescheiterte Umgründung

Im Jahr 2000 sollte ein Zusammenschluss gem. Art. IV. UmgrStG mit 2 neuen Gesellschaftern (Dr. M und Mag. W) erfolgen. Der atypisch stille Gesellschaftsvertrag wurde unter Inanspruchnahme des Art. IV. UmgrStG mit steuerlicher Rückwirkung auf den 1. 4. 2000 errichtet.

Der Vertrag mit Dr. M wurde am 19. 12. 2000 und der Vertrag mit Mag. W am 21. 12. 2000 unterfertigt (wie oben angeführt rückwirkend auf den 1. 4. 2000).

**Die im § 8 Ziffer 4 auf der Seite 5 der Verträge über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft festgelegte Maßnahme zur Vorsorge gegen eine Steuerlastverschiebung deutet auf einen Vorbehaltzusammenschluss gem. § 24 Abs. 2 UmgrStG hin.**

**Gleichzeitig wird jedoch ein Gewinnvorab in Höhe von 10% des jährlichen Gewinnes, nach Abzug des Vorwegbezuges des Geschäftsherrn, vereinbart.**  
**Zunächst ist festzuhalten, dass die gewählte Vorsorgemethode – Vorbehaltssummen-schluss kombiniert mit Gewinnvorab – iSd § 24 (2) UmgrStG nicht vorgesehen ist.**

**Außerdem wurde in den Verträgen § 9 Ziff. 3 (Seite 8) folgendes vereinbart:**

*„Zusätzlich erhält der Geschäftsherr für den Zeitraum von 1. 4. 2000 bis 31. 12. 2000 bis zur Abgeltung des mit der Projektentwicklung und dem Projektmanagement verbundenen erheblichen Mehraufwandes eine Abgeltung in Höhe von öS 2.400.000,00.“*

**Zusätzlich wurde der Text des § 9 Z. 3 in einer Zusatzvereinbarung folgendermaßen geändert:**

*„Zusätzliche erhält der Geschäftsherr für ... Mehraufwandes eine Abgeltung in Höhe der noch nicht verrechneten Vergütung für Geschäftsführung und Vertretung, welche sich unter Berücksichtigung des Mindestbetrages für 2000 auf öS 1.308.334,57 beläuft, wobei diese Vergütung unabhängig vom Jahresergebnis 2000 zur Verrechnung kommt.“*

**Der Betrag von öS 2.400.000,-- wurde am 29. 12. 2000 (innerhalb von 10 Tagen!) in einer Zusatzvereinbarung auf öS 1.308.334,57 reduziert. Laut Steuerberater erfolgte die Reduzierung (auf öS 1,3 Mio.) aus wirtschaftlichen Gründen. Der errechnete Betrag von**

**öS 2,4 Mio. wurde anhand der laufenden Projekte und den damit errechneten prognostizierten Gewinnen errechnet. Die öS 1,3 Mio. wurden anhand der vorgenommenen Geschäftsführervergütungen errechnet.**

Darstellung des Verkehrswertes lt. Aktenlage (und der buchmäßigen Überschuldung):

Buchwert lt. Zusammenschlussbilanz	2.760.464,59
Mezzaninkapital	-7.069.747,16
negativer Buchwert	-4.309.282,57
stille Reserve	1.308.334,57
<b>„negativer Verkehrswert“</b>	<b>-3.000.948,00</b>

**Eine Voraussetzung für die Anwendung des Artikel IV UmgrStG für die Inanspruchnahme der umgründungssteuergesetzlichen Begünstigungen ist gem.**

**§ 23 Abs. 1 UmgrStG das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes des zu übertragenden Vermögens. Das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes ist im Zweifel durch ein Sachverständigengutachten nachzuweisen.**

Das Nichtvorliegen eines positiven Verkehrswertes führt demnach zur Versagung der umgründungssteuerlichen Begünstigungen.

Die Übertragung eines bloß buchmäßig überschuldeten Vermögens oder eines Vermögens mit

einem Buchwert von null stellt kein Hindernis für die Geltung des UmgrStG dar, wenn das Vermögen einen positiven Verkehrswert aufweist, d.h. nicht real überschuldet ist.

Das Betriebsvermögen des geprüften Unternehmens hätte daher zum Zusammenschlussstichtag (1. 4. 2000), jedenfalls aber am Tage des Abschlusses des Zusammenschlussvertrages einen positiven Verkehrswert aufweisen müssen.

Da der Verkehrswert nach Aktenlage nicht positiv war, wurde die steuerliche Vertretung aufgefordert den positiven Verkehrswert nachzuweisen.

Die Darstellung des positiven Verkehrswertes erfolgte zuerst anhand einer Excel – Liste, die erstmalig am 26. 7. 2005 vorgelegt wurde.

**Diese Liste (bezeichnet als „Firmenwertberechnung“) zeigt zum 31. 12. 1999 einen Firmenwert von ATS 5.167.613,20 und wurde weder zum Zusammenschlussstichtag (1. 4. 2000), noch zum Vertragsabschlussstichtag (19. 12. 2000 bzw. 21. 12. 2000) erstellt.**

**Darstellung des positiven Verkehrswertes durch den Steuerberater:**

Buchwert lt. Zusammenschlussbilanz zum 31. 3. 2000	2.760.464,59
„Mezzaninkapital“	-7.069.747,16
Zwischensumme	-4.309.282,57
Firmenwert lt. vorgelegter „Excel-Liste“=prognostizierter Firmenwert zum 31. 12. 1999 (in d. Liste unrichtig als „Verkehrswert“ bezeichnet)	5.167.613,20
<b>„positiver Verkehrswert“</b>	<b>858.330,63</b>

Dazu wurde von der Betriebsprüfung und vom Vertreter des Fachbereiches bereits in der damaligen Besprechung vom 26. 7. 2005 wie folgt Stellung genommen:

In der vorgelegten Firmenwertberechnung wurde der kalkulatorische Unternehmerlohn nicht berücksichtigt.

Bezieht man den kalkulatorischen Unternehmerlohn (ATS 360.000,--/Jahr lt. Vertrag) und die per 31. 12. 2000 schlagend werdende zusätzliche Abgeltung an den Geschäftsherrn in Höhe von 1.308.334,57 (lt. Vertrag § 9 Z. 3) in die Berechnung mit ein, ergibt sich insgesamt ein negativer Verkehrswert.

Bereits die Berücksichtigung des Unternehmerlohnes allein führt zu einem negativen Verkehrswert.

**Da nach dem Gesamtbild der Verhältnisse somit Umstände vorlagen, die Anlass dazu gaben, an der Existenz eines positiven Verkehrswertes zu zweifeln (buchmäßige Überschuldung, negative Erfolgszahlen in der Vergangenheit), wurde die steuerliche Vertretung aufgefordert den positiven Verkehrswert mittels Sachverständigengutachten nachzuweisen.**

Einen Tag vor der Schlussbesprechung wurde ein **nicht unterfertigtes Gutachten** per Fax übermittelt.

Das vorgelegte Gutachten ist nach Ansicht des Finanzamtes aus folgenden Gründen nicht geeignet, das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes schlüssig nachzuweisen (auch das Gutachten bestätigt das Vorliegen einer buchmäßigen Überschuldung):

- Das Gutachten wurde am 20. September 2005 erstellt. Daher konnten in der Prognose-rechnung nicht mehr die aus damaliger Sicht (zum Zusammenschlussstichtag 31.3.2000) zu prognostizierenden Werte herangezogen werden, sondern nur mehr die tatsächlichen Zahlen.
- So wäre im Jahr 2000 unter Einbeziehung des Unternehmerlohnes (ATS 360.000,--/Jahr) und der im Gesellschaftsvertrag festgelegten zusätzlichen Abgeltung in Höhe von ATS 1.308.334,57 das Ergebnis der Berechnung ein wesentlich geringeres. Es wurde erst 2005 ein Unternehmerlohn angesetzt.
- Des Weiteren fällt auf, dass in der Ergebnisdarstellung des Gutachtens die Material- und Personalaufwendungen ab dem Jahr 2002 mit Null angesetzt werden.

Insgesamt ist das Gutachten somit nicht geeignet, in schlüssiger Weise einen positiven Verkehrswert zum Zusammenschlussstichtag bzw. Vertragsabschlussstichtag nachzuweisen.

So wurde der kalkulatorische Unternehmerlohn nicht in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen.

Zudem ist die gewählte Vorsorgemethode kombiniert mit Gewinnvorab iSd. § 24 (2) UmgrStG nicht vorgesehen.

Weiters erfolgt im Gutachten die Ermittlung des Wertes des umzurückzuführenden Vermögens nicht vor der Umgründung, d.h. isoliert und unbeeinflusst von möglichen Synergieeffekten nach der Umgründung („Stand – Alone – Betrachtung“). Die Jahre vor Zusammenschluss wurden nicht berücksichtigt.

Dagegen stellt das Gutachten eine ex – tunc – Betrachtung der vergangenen Jahre mit tatsächlichen Zahlen dar.

Der Zusammenschluss fällt daher nicht unter Art. IV UmgrStG, womit die Buchwertfortführung ausgeschlossen ist.

Es ist daher ein steuerwirksamer Veräußerungsgewinn auf den umgründungssteuerrechtlich maßgebenden Stichtag (31. 3. 2000) zu ermitteln.

Gem. § 24 Abs. 7 EStG werden daher die negativen Kapitalkonten der Altgesellschafter zum 31. 3. 2000 der Besteuerung unterzogen.

In der gegen die Feststellungsbescheide für die Jahre 2000 bis 2002 eingebrachten **Berufung** wurde eingewendet:

---

### a) Vorsorgemethode

Der Gesetzgeber habe in § 24 Abs. 2 UmgrStG normiert, dass eine endgültige Verschiebung von Steuerlasten zu vermeiden ist, habe aber hinsichtlich der zulässigen Vorsorgemethoden keine Einschränkung vorgenommen. Auch die Erläuternden Bemerkungen zu § 24 Abs. 2 UmgrStG würden lediglich eine exemplarische Auflistung von Instrumenten zur Vermeidung einer endgültigen Verschiebung der Steuerlasten enthalten (vgl. Wundsam-Huber-Zöchling-Kuhn, Umgründungssteuergesetz, 3. Auflage, Wien 2001).

Auch eine Kombination mehrerer Methoden zur Vermeidung der Verschiebung von Steuerlasten sei nicht a priori auszuschließen, sogar ein laufender Wechsel der Vorsorgemethoden werde als zulässig erachtet (vgl. z.B. Rz 1330 UmgrStR).

Demnach sei eine vertraglich vorgesehene Vorsorgemethode bzw. die Kombination von Vorsorgemethoden nicht schon grundsätzlich abzulehnen, sondern vielmehr sei die gewählte Methode dahingehend zu hinterfragen, ob sie geeignet ist, eine endgültige Verschiebung der Steuerlasten zu vermeiden.

Die Betriebsprüfung habe richtig festgestellt, dass die Bestimmung in § 8 Ziffer 4 der Verträge über die Errichtung der stillen Gesellschaft auf einen Vorbehaltzusammenschluss hindeutet. Festzuhalten sei, dass bei diesem Zusammenschluss aus vorsorgetechnischen Überlegungen nur der Buchwert übertragen wird. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung bleibe daher für den ebenfalls vereinbarten Gewinnvorab praktisch (wenn überhaupt) nur ein sehr beschränkter Anwendungsbereich, da dieser nur dann zur Anwendung gelange, wenn aus den stillen Reserven inklusive Firmenwert im übertragenen Vermögen Benachteiligungen entstehen. Diese Regelung sei daher lediglich zur Sicherstellung der Vermeidung der Verschiebung von Steuerlasten aufgenommen worden. Solange allerdings nicht stille Reserven oder ein Firmenwert festgestellt werden, welche nicht vorbehalten wurden, würden damit auch keine Unterschiedsbeträge entstehen können, welche zur Anwendung des Gewinnvorab nach § 8 Ziffer 4 führen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass nach der gewählten Vorsorgemethode eine endgültige Verschiebung der Steuerbelastung vermieden werde.

### b) Vorliegen eines positiven Verkehrswertes

Der positive Verkehrswert sei nach herrschender Meinung in der Literatur der nach anerkannten Grundsätzen der Unternehmensbewertung ermittelte Wert des übertragenen Vermögens, wobei die Ertragswertmethode anzuwenden sei (vgl. z.B. Schwarzinger, Der positive Verkehrswert im Umgründungssteuerrecht, S. 119 ff., Hügel in Hügel-Mühlehner-Hirschler, Umgründungssteuergesetz, Rz 118 zu § 12, BMF vom 26.3.1998 in RdW 1998, S. 313).

Nach der Ertragswertmethode ermittelt sich der „*Unternehmenswert durch Diskontierung der in Zukunft aus dem Unternehmen erwarteten Erträge*“ (vgl. Mandl-Rabl, Unternehmensbewertung, Wien 1997, S. 31). Nichts anderes sei auf der von der Betriebsprüfung ange- sprochenen Excel-Liste dargestellt, nämlich eine Abzinsung der geplanten Erträge (Ertrags- überschüsse). Eine Ermittlung des Verkehrswertes durch Ableitung aus den Ertragsüber- schüssen stelle allerdings eine Gesamtbewertung des Unternehmens dar (vgl. Schwarzinger, a.a.O., S. 131, erster Absatz).

Einzugestehen sei, dass die Überschrift „Firmenwertberechnung“ zu einer Falschinterpretation des Ergebnisses der Wertermittlung verleitet, da der Firmenwert eines Unternehmens sich aus der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Unternehmens sowie dem Buchwert ergibt. Wenn allerdings die Berechnung einen Unternehmenswert ergibt, so könne nicht aus einer möglicherweise irreführenden Bezeichnung einer Unternehmenswertermittlung auf die inhalt- lichen Bestandteile dieser Ermittlung geschlossen werden.

Zum Einwand der Betriebsprüfung, dass kein kalkulatorischer Unternehmerlohn angesetzt wurde, sei anzumerken:

Der kalkulatorische Unternehmerlohn diene der Berücksichtigung des Wertes (bzw. der ent- sprechenden kalkulatorischen Kosten) der Arbeitsleistung des im Betrieb tätigen Betriebs- inhabers bzw. Gesellschafters einer Personengesellschaft. Im vorliegenden Fall würde es sich jedoch um eine Kapitalgesellschaft & atypisch Stille handeln, wobei die stillen Gesellschafter nicht im Betrieb des Geschäftsherrn mitarbeiten, so dass der Ansatz eines kalkulatorischen Unternehmerlohnes für die stillen Gesellschafter nicht in Frage komme. Beim Geschäftsherrn handle es sich um eine Kapitalgesellschaft, so dass auch hier sämtliche Aufwendungen aus den Projekttätigkeiten aufwandsmäßig bereits enthalten seien.

Als Besonderheit des vorliegenden Falles sei anzumerken, dass zwar mangels eines Personalaufwandes der Ansatz eines kalkulatorischen Unternehmerlohnes verlockend zu sein scheine. Bei näherer Betrachtung der Gesellschaft falle allerdings auf, dass die Gesellschaft, welche als Projektgesellschaft konzipiert ist, das Äquivalent für den eigenen Personalaufwand im sonstigen betrieblichen Aufwand bzw. den bezogenen Leistungen (Materialaufwand) aus- gewiesen sei.

Wenn daher seitens der Betriebsprüfung der für den Geschäftsherrn vereinbarte Vorweg- gewinn als kalkulatorischer Unternehmerlohn angesetzt wird, übersehe die Betriebsprüfung, dass mangels Angestelltenverhältnis der Geschäftsführer nicht in der Position Personalauf- wand ausgewiesen, sondern das Entgelt für die Geschäftsführertätigkeit im sonstigen betrieb- lichen Aufwand enthalten sei.

Zum Kritikpunkt, dass der Stichtag der Verkehrswertermittlung weder der Zusammenschlussstichtag noch der Tag des Vertragsabschlusses sei, werde angemerkt, dass der anteilige Gewinn der ersten drei Monate (vor Zusammenschlussstichtag) des Geschäftsjahres 2000 mit rund ATS 290.000,00 ausgewiesen ist. Der in den der Verkehrswertermittlung zugrunde gelegten Planungsrechnungen für das gesamte Jahr 2000 budgetierte Gewinn belief sich auf rund ATS 1.030.000,00, so dass der Gewinn der ersten drei Monate in etwa dem für diesen Zeitraum budgetierten Gewinn des Geschäftsjahres entsprochen habe. Da somit ein Verkehrswert zum 31.12.1999 von rund ATS 5.170.000,00 ermittelt wurde, und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Ergebnis der ersten drei Monate des Jahres 2000 über dem budgetierten Ergebnis lag, sei kein Grund ersichtlich gewesen, am Vorliegen eines positiven Verkehrswertes zu zweifeln.

Der Vorwurf der Betriebsprüfung, dass das vom Sachverständigen mit 20. September 2005 ausgefertigte Gutachten nicht unterfertigt sei, werde vehement zurückgewiesen.

Wenn seitens der Betriebsprüfung bemängelt werde, dass das Gutachten nicht isoliert und unbeeinflusst von möglichen Synergieeffekten nach der Umgründung (Stichwort „Stand-Alone-Betrachtung“) erstellt worden sei, so verkenne diese, dass durch einen Beitritt eines stillen Gesellschafters keine Synergieeffekte entstehen, da sich der Stille Gesellschafter durch Leistung einer Einlage am Unternehmen des Geschäftsherrn beteiligt.

Abschließend wurde beantragt, die Einkünfte unter Berücksichtigung der Wirkungen der Buchwertfortführung nach Art. IV UmgrStG und damit in Höhe der für die Jahre 2000 bis 2002 erklärten Einkünfte festzustellen und auf die jeweiligen Gesellschafter laut Erklärung aufzuteilen.

In einem die Berufung **ergänzenden Schriftsatz vom 21. April 2008** wurde ausgeführt:

## **a) Zweifel an der Methode zur Vermeidung einer endgültigen Steuerlastverschiebung**

Weder das Umgründungssteuergesetz noch die Erläuternden Bemerkungen oder die Literatur würden es als unzulässig ansehen, wenn zur Vermeidung der Steuerlastverschiebung eine Kombination aus zwei Methoden gewählt wird. Dass eine sachlich zutreffende Vorsorge gegen die Steuerlastverschiebung getroffen worden sei, werde offenbar auch vom Finanzamt nicht mehr angezweifelt, da im Vorlagebericht im wesentlichen auf die Frage des positiven Verkehrswertes eingegangen werde.

## **b) Kein positiver Verkehrswert, weil das „GF-Honorar“ als kalkulatorische Kosten bei der Ermittlung des Verkehrswertes der Mitunternehmerschaft abgezogen werden muss**

Im Betriebsprüfungsbericht und im Vorlagebericht werde die Ansicht vertreten, dass das GF-Honorar im Ausmass von ATS 360.000/Jahr als Kostenfaktor zu berücksichtigen sei. Dadurch ergebe sich kein positiver Verkehrswert der Mitunternehmerschaft.

Die atypische Gesellschaft bestehe aus mehreren Gesellschaftern, nämlich dem Geschäftsherrn (der M-GmbH ) und den atypisch stillen Gesellschaftern. Das sogenannte „GF-Honorar“ sei Bestandteil der Gewinnverteilungsregeln zwischen den Gesellschaftern.

Es sei richtig, dass diese Aufwendungen nicht in der Bilanz aufscheinen, sie würden ja auch zu keiner Zahlung an einen fremden Dritten führen. Der Geschäftsherr erhalte einen „Vorabgewinn“. Das „GF-Honorar“ sei daher auch nicht als Betriebsausgabe der atypisch stillen Gesellschaft anzusehen.

Nun mindere eine Gewinnverteilungsregel niemals den Wert eines Unternehmens. Das „GF-Honorar“ verbleibe im Unternehmen und werde erst als Gewinn „ausgeschüttet“. Mit welcher Begründung die Betriebsprüfung diesen Gewinnanteil als Kosten des Unternehmens sieht, sei nicht verständlich.

Bei der Ermittlung des Unternehmenswertes seien nur jene Aufwendungen und Kosten zu berücksichtigen, die im Unternehmen anfallen und vom Unternehmen (Mitunternehmerschaft) zu tragen sind. Da das „GF-Honorar“ nicht vom Unternehmen (Mitunternehmerschaft) zu tragen sei, stelle es keinen Kostenfaktor für das Unternehmen (Mitunternehmerschaft) selbst dar.

Ein Geschäftsführungsgehalt sei nur dann kalkulatorisch anzusetzen, wenn ein potentieller Erwerber für das Unternehmen (Mitunternehmerschaft) die Kosten eines „Fremdgeschäftsführers“ ansetzt. In diesem Fall sei es betriebswirtschaftlich gerechtfertigt, kalkulatorische

---

Geschäftsführungskosten zu berücksichtigen, sofern diese nicht bereits unter einem anderem Titel in der Planung angesetzt wurden.

Die Kosten der Geschäftsführung der Gesellschaft (Mitunternehmerschaft) ließen sich im Wesentlichen folgendermaßen untergliedern:

- in die Kosten der Unternehmensleistungen, etwa Kosten für Geschäftsanbahnung, Planerstellung, Erstellen von Verwertungskonzepten, Abschluss von Verträgen etc. Derartige Leistungen könne ein Unternehmen entweder mit eigenem Personal erbringen, aber auch von Dienstleistern zukaufen.
- in die zwingend vom Geschäftsführer einer GmbH selbst zu erbringenden Leistungen, wie Jahresabschluss erstellen, Steuererklärungen abgeben etc.. Diese Leistungen müsse der Geschäftsführer selbst erbringen.

Bei der M-GmbH und Mitgesellschafter würden die Leistungen des ersten Punktes bei Dienstleistern zugekauft. Es sei auch durchaus branchenüblich, derartige Leistungen zuzukaufen. Die Kosten für diese Dienstleistungen würden im Rechnungswesen als Betriebsausgaben der Gesellschaft aufscheinen, sie seien auch in den Planungsrechnungen im vollen Umfang berücksichtigt. Es sei daher betriebswirtschaftlich nicht möglich, diese Kosten ein zweites Mal kalkulatorisch anzusetzen.

Anders würde es sich mit den zwingend vom Geschäftsführer selbst zu erbringenden Leistungen verhalten. Diese seien – aus der Sicht eines Unternehmenserwerbers- kalkulatorisch zu berücksichtigen. Allerdings seien diese Beträge nicht sehr hoch: Für Geschäftsführungspositionen würden Honorare von € 1.000,-- bis € 3.000,-- pro Jahr bezahlt. Mit diesem Honorar seien alle diese GmbH-Geschäftsführertätigkeiten abgegolten.

Die Vergleichbarkeit dieses Honorars ergebe sich aus einer Vielzahl von handelsrechtlichen Geschäftsführern, die für ihre reine Geschäftsführungstätigkeit im Schnitt kaum mehr als € 1.000,-- pro Jahr erhalten.

Es sei also keineswegs der von der Betriebsprüfung angeführte „Vorabgewinn“ von ATS 360.000/Jahr als kalkulatorischer Unternehmerlohn anzusetzen, sondern lediglich ein Betrag von € 1.000,-- bis maximal € 3.000/Jahr an Geschäftsführungshonorar. Um diesen Betrag könnten die Planwerte maximal gekürzt werden.

Dem Schriftsatz beigelegt wurde eine korrigierte Aufstellung der Planungsrechnung von 2000 bis 2006, wo diese Geschäftsführungstätigkeiten mit dem Höchstbetrag € 3.000,-- per anno berücksichtigt sind. Die Jahresergebnisse würden sich dadurch nur unwesentlich verändern, wodurch die Gutachten ihre Aussagekraft beibehielten.

Den Planwerten seien die tatsächlichen Bilanzwerte beigelegt (siehe Aufstellung Beilage 1).

Aus diesen ergebe sich, dass für die Jahre 2000 bis 2006 die tatsächlich erzielten Ergebnisse zwar unter dem Wert des Gutachtens von 2000, aber über dem Wert des Gutachtens von 2005 lägen. In Summe seien in diesen Jahren kumulierte handelsrechtliche Gewinne von rund € 163.000,-- erwirtschaftet worden, wobei die kumulierten Ergebnisse laut Steuererklärung rund € 258.000,-- betragen würden. Lediglich das Jahr 2000 führe zu einem handelsrechtlichen Verlust, alle anderen Jahre würden ein positives Ergebnis zeigen.

Diese Ergebnisse würden den Gesellschaftern gemäß Gesellschaftsvertrag im Rahmen der Gewinnverteilung zugeteilt.

Im Ganzen würden diese Jahre einen durchaus positiven Geschäftsverlauf des Unternehmens aufweisen, der die Richtigkeit der Gutachten untermauere.

Aus diesem Grund sei für die Bw. zum Stichtag 31. 12. 2000 ein positiver Verkehrswert gegeben.

In der **Stellungnahme des Finanzamtes** wurde den Ausführungen im ergänzenden Schriftsatz vom 21.4.2008 entgegengehalten:

**a) Methode zur Vermeidung einer endgültigen Steuerlastverschiebung**

In der im § 8 Ziffer 4 der Zusammenschlussverträge enthaltenen Regelung könne nur die Zusammenschlussmethodik des Lock-step-Zusammenschlusses gesehen werden, also eine Kombination aus Vorbehaltzusammenschluss mit sukzessivem Gewinnvorab.

Da bei dieser Methode eine strikte Trennung zwischen Stichtagsreserven und zukünftigen Reserven erfolgen muss, weil hinsichtlich der zukünftigen Reserven alle Zusammenschlusspartner teilnehmen, sei es erforderlich, dass bereits im Zusammenschlussvertrag die vorbehalteten Gesamtreserven betragmäßig definiert sind. Diesem Erfordernis werde in den Zusammenschlussverträgen nicht entsprochen. Die Voraussetzungen für die Anwendung eines Lock-step-Zusammenschlusses seien nicht gegeben und es entstehe eine Methodenkombination, die im Umgründungssteuerrecht nicht vorgesehen sei.

**b) Positiver Verkehrswert/Geschäftsführerhonorar**

Grundsätzlich sei anzumerken, dass die Beurteilung, ob ein positiver Verkehrswert vorliege, auf Basis des so genannten Stand-Alone-Prinzips zu erfolgen habe, d.h. dass mit dem Umgründungsvorgang verknüpfte Synergieeffekte zwingend außer Betracht bleiben müssen.

Aus dem Gutachten vom 20.9.2005 sei nicht ersichtlich, inwieweit die Veränderung der finanziellen Überschüsse, die durch den wirtschaftlichen Verbund der GmbH mit den stillen Gesellschaftern entstanden sind, von der Summe der isoliert entstandenen Überschüsse der

GmbH abweichen, d.h. inwieweit die Umsätze lt. Planungsrechnung nur auf den Unternehmenswert der GmbH zurückzuführen sind. Damit werde bereits eine wesentliche Voraussetzung der Unternehmensbewertung nicht erfüllt. Weiters werde hinsichtlich des Gutachtens auf die Begründung im Betriebsprüfungsbericht verwiesen.

Hinsichtlich der im § 9 der Zusammenschlussverträge festgelegten Vergütung, die nach den Ausführungen im ergänzenden Schriftsatz als „Vorabgewinn“ zu sehen sei, sei darauf hinzuweisen, dass eine Gewinnverteilungsregel über einen Vorwegbezug nur in der steuerlichen Feststellungserklärung selbst nicht aufwandswirksam zu erfassen sei. Bei der Unternehmensbewertung sei dagegen von prognostizierten Umsätzen unter Ausschaltung des kaufmännischen Vorsichtsprinzips auszugehen. Daher sei bei der Unternehmensbewertung auf der Aufwandseite zwingend ein kalkulatorischer Unternehmerlohn anzusetzen. Bei der Bemessung sei das Finanzamt von der in den Verträgen festgelegten Vereinbarung ausgegangen. Auch stelle der angeführte Vorwegbezug keinen „Vorabgewinn“ im Sinne des Gewinnvorab dar, da eine vereinbarte Vorabzuweisung gewinnabhängig sein müsse, d.h. sie müsse entweder in einem Prozentsatz oder in einem festen, aber mit dem (gesellschaftsrechtlichen) Gewinn begrenzten Betrag definiert sein. Eine Vereinbarung – wie im vorliegenden Fall – von fixen oder umsatzabhängigen Beträgen ohne Gewinnbegrenzung oder die ausdrückliche Vereinbarung eines Verlustvorab könne keine steuerneutrale Vorsorge begründen.

Weiters sei die Vergütung an den Geschäftsherrn als fremdüblich anzusehen, da sie sonst nicht in dieser Höhe vertraglich vereinbart worden wäre.

Der Geschäftsherr erhalte außerdem für den Zeitraum vom 1.4.2000 bis 31.12.2000 zur Abgeltung des mit der Projektentwicklung und dem Projektmanagement verbundenen erheblichen Mehraufwandes eine zusätzliche Vergütung iHv ATS 2.400.000,00. Berücksichtigt man weiters die Argumentation der steuerlichen Vertretung, dass die Gesellschaft in Zukunft hohe Umsätze erzielen werde, so sei es insgesamt nicht glaubhaft, dass ein fremder Dritter für dieselben Leistungen insgesamt lediglich € 3.000,00 (ATS 41.280,00) pro Jahr erhalten soll.

Zudem seien – entgegen den Angaben im Ergänzungsschreiben – sowohl in der ersten Planungsrechnung als auch in der dem Ergänzungsschreiben beigelegten Aufstellung die (zugekauften) Leistungen für Geschäftsanbahnungen etc. unter dem Titel „Aufwand für bezogene Leistungen“ noch nicht im Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit enthalten.

Das Finanzamt vertrete somit weiterhin die Rechtsmeinung, dass die Kosten der Geschäftsführung – wie im Vertrag vereinbart – in die Berechnung des Verkehrswertes einzubeziehen seien und sich auf Grund dieser Tatsache kein positiver Verkehrswert des eingebrachten Vermögens zum Stichtag ergebe.

---

In einem **Schreiben der steuerlichen Vertretung vom 18.8.2008** wurde der Stellungnahme des Finanzamtes entgegengehalten:

**a) Methode zur Vermeidung einer endgültigen Steuerlastverschiebung**

Die gewählte Vorsorge zur Vermeidung einer endgültigen Steuerlastverschiebung entsprechen den gesetzlichen Bestimmungen und den Ausführungen in der Literatur. Der benachteiligte Zusammenschlusspartner erhalte einen Vorabgewinn iHv 10% des jährlichen Gewinnes. Durch diese Methode sei sichergestellt, dass die bis zum Zusammenschlussstichtag erzielten stillen Reserven bei den früheren Gesellschaftern versteuert werde.

Das Gesetz überlasse dem Steuerpflichtigen bewusst die Wahl einer geeigneten Vorgangsweise, da es in der Praxis unterschiedliche Sachverhalte gebe, die in einer Vorsorgevereinbarung berücksichtigt werden müssten und der Gesetzgeber keine bestimmten festen Bedingungen vorschreiben wollte. Die geeignete Vorgangsweise könne auch aus einer Kombination von Methoden bestehen.

**b) Positiver Verkehrswert/Geschäftsführerhonorar**

Aus den Gesellschaftsverträgen ergebe sich, dass die GmbH keinen Betrieb aufweise, an dem nicht die stillen Gesellschafter beteiligt wären. Die GmbH als Geschäftsherr sei verpflichtet, alle Tätigkeiten nur im Rahmen der stillen Gesellschaft durchzuführen. Für einen isolierten Unternehmenswert der GmbH sei daher kein Raum, dieser richte sich nach dem anteiligen Unternehmenswert der stillen Gesellschaft.

Es sei richtig, dass laut Vertrag dem Geschäftsherrn für die Geschäftsführung und Vertretung eine jährliche Vergütung von 1% der erzielten Nettoumsätze, mindestens jedoch ATS 360.000,-- gebühre. Eine derartige Vereinbarung sei als fremdüblich anzusehen und auch von der Finanzverwaltung gefordert, da ein Geschäftsherr für Geschäftsführung, Vertretung und Haftung ein entsprechendes Entgelt verlangen müsse.

Bewerte man die Mitunternehmerschaft, so seien Vergütungen an einen geschäftsführenden Gesellschafter steuerlich als Gewinnverteilungsregel zu betrachten. Aber auch in zivilrechtlicher Sicht handle es sich dabei um die Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern. Bei einer atypisch stillen Gesellschaft sei darauf verwiesen, dass diese zivilrechtlich überhaupt keine Handlungsfähigkeit aufweise und daher alle Handlungen nur von der GmbH als Geschäftsherr gesetzt werden könnten. Wie die geschäftsführende GmbH mit sich selbst einen „aufwandswirksamen Geschäftsvergütungsvertrag“ schließen sollte, sei unverständlich.

Bei einer Bewertung der Mitunternehmerschaft sei daher das Gesamtergebnis der Mitunternehmerschaft heranzuziehen. In diesem Gesamtergebnis seien auch sämtliche Gewinnanteile des geschäftsführenden Gesellschafters als Gewinn zu berücksichtigen.

Der geschäftsführende Gesellschafter erhalte einen Vorabgewinn; dieser Vorabgewinn beinhaltet auch die Deckung aller Kosten der reinen handelsrechtlichen Geschäftsführung. Für diese Tätigkeit erhalte ein Geschäftsführer einer GmbH eine Vergütung von rund € 1.000,-- bis € 3.000,-- im Jahr. Mit diesen handelsrechtlichen Geschäftsführerleistungen seien die reine Vertretung nach außen, die Erstellung des Jahresabschlusses und ähnliche Tätigkeiten gemeint. Als Zeuge für die Fremdüblichkeit der Höhe des Honorars könne auch der steuerliche Vertreter angeführt werden, der in einer Reihe von Fällen als Geschäftsführer ein Honorar von € 1.000,-- pro Jahr erhalte.

Zusätzlich zur Geschäftsführungsvergütung seien allfällige weitere Leistungen oder Kosten zu verrechnen. Aus welchen Gründen das Finanzamt davon ausgehe, dass die zugekauften Leistungen für Geschäftsanbahnungen etc. nicht im Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit enthalten sein sollten, sei unverständlich. Die erstellten Planungsrechnungen würden selbstverständlich alle Ausgaben berücksichtigen und seien zur Ermittlung des Verkehrswertes geeignet. Die Vergütungen an den geschäftsführenden Gesellschafter seien daher nicht als Aufwand der Mitunternehmerschaft in die Berechnung des Verkehrswertes einzubeziehen. Es liege somit ein positiver Verkehrswert des eingebrachten Vermögens vor.

Abschließend wurde nochmals darauf hingewiesen, dass die tatsächlich erzielten Ergebnisse von 2000 bis 2005 deutliche Gewinne für die Mitunternehmerschaft gebracht hätten. Das Finanzamt könne in seiner Stellungnahme nicht begründen, warum ein Unternehmen mit angeblich negativem Verkehrswert eine derartige Gewinnentwicklung aufweise, die mit den Berechnungen im wesentlichen übereinstimme.

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

Mit Verträgen über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft vom 19. bzw. 21. Dezember 2000 (Zusammenschlussverträge) beteiligten sich die beiden natürlichen Personen Dr. M mit öS 280.000,00 und Mag. W mit öS 488.000,00 rückwirkend mit 1. April 2000 als atypische stillen Gesellschafter am Betrieb der F-GmbH (nunmehr M-GmbH (der Firmenwortlaut F-GmbH&Mitges.. wurde am 13.10.2005 auf Bw.. geändert)).

Laut Erfolgsverteilung 2000 (Gewinnfeststellungsakt Bl. 31/2000) erhielt der Geschäftsherr im Jahr 2000 eine Geschäftsführervergütung iHv öS 1.308.334,57. In derselben Höhe wurde (nur) den neu eingetretenen Gesellschaftern ein Verlust zugewiesen (Dr. M öS -476.996,98 und Mag. W öS -831.337,59).

Laut Aktenlage wies das Vermögen der F-GmbH zum Zusammenschlussstichtag einen negativen Buchwert von rund öS 4,3 Millionen auf:

Buchwert lt. Zusammenschlussbilanz zum 31.3.2000 (Arbeitsbogen BP S. 41)	2.760.464,59
---	--------------

Mezzaninkapital	-7.069.747,16
negativer Buchwert	-4.309.282,57

Die buchmäßige Überschuldung wird auch im von der Bw. vorgelegten Gutachten (Arbeitsbogen BP S. 50ff.) bestätigt.

Strittig ist das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes des übertragenen Vermögens am Zusammenschlussstichtag bzw. am Tag des Abschlusses der Zusammenschlussverträge.

Während die steuerliche Vertretung der Bw. – ausgehend vom dargestellten negativen Buchwert und unter Berücksichtigung eines „Firmenwertes“ iHv öS 5.167.613,20 (siehe „Firmenwertberechnung“, Arbeitsbogen BP S. 140) einen positiven Verkehrswert errechnet, vertritt das Finanzamt die Auffassung, dass der Verkehrswert des Unternehmens im Zeitpunkt des Zusammenschlusses negativ war, weil die vorgelegte „Firmenwertberechnung“ unter Außerachtlassung eines kalkulatorischen Unternehmerlohnes iHv ATS 360.000,00 und der per 31.12.2000 schlagend gewordenen zusätzlichen Abgeltung an den Geschäftsherrn iHv ATS 1.308.334,57 erstellt worden sei.

## 1) Vorsorge gegen die Steuerlastverschiebung

Gem. § 23 Abs. 4 Umgründungssteuergesetz, BGBl 1991/699, (UmgrStG), sind auf Zusammenschlüsse die §§ 24 bis 26 anzuwenden.

Nach § 24 Abs. 2 UmgrStG ist die Buchwertfortführung nur zulässig, wenn für die weitere Gewinnermittlung Vorsorge getroffen wird, dass es bei den am Zusammenschluss beteiligten Steuerpflichtigen durch den Vorgang der Übertragung zu keiner endgültigen Verschiebung der Steuerbelastung kommt.

Die nach § 24 Abs. 2 UmgrStG erforderliche Vorsorge gegen eine Steuerlastverschiebung soll sicherstellen, dass die buchwertfortführungsbedingt auf die Mitunternehmerschaft übergehenden stillen Reserven letztlich wieder nur vom Übertragenden versteuert werden (RdW 1998, 313).

Die Vermeidung einer (endgültigen) Verschiebung der Steuerbelastung der am Zusammenschluss beteiligten Personen muss durch Maßnahmen bewirkt werden, die im Bereich der Gewinnermittlung liegen. Nach den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EB) sind Maßnahmen der Gewinnermittlung iSd § 24 Abs. 2 insbesondere die Vermeidung der Verschiebung stiller Reserven durch

- Ergänzungsbilanzen der am Einbringungsvorgang beteiligten Steuerpflichtigen
- Vereinbarung eines Gewinnvorab für eingebrachte stille Reserven
- Vereinbarung eines Liquidationsvorab

Eine in den Erläuterungen zum Umgründungssteuergesetz nicht ausdrücklich erwähnte, aber umgründungssteuerneutrale Vorsorgemethode kann mit dem Vorbehaltzusammenschluss verwirklicht werden. Dabei wird die Vorsorge gegen eine endgültige drohende Steuerlastverschiebung dadurch getroffen, dass jene Zusammenschlusspartner, die Vermögen iSd § 23 Abs. 2 einbringen, die stillen Reserven einschließlich eines allfälligen Firmenwertes zurückbehalten, so dass der Verkehrswert des jeweils übertragenen Vermögens mit seinem Buchwert übereinstimmt (BMF 12.5.1998, SWK 1998, S 445).

§ 8 Ziffer 4 der Zusammenschlussverträge lautet wie folgt:

*„Die stillen Gesellschafter sind an den stillen Reserven inklusive Firmenwert, die bis zu ihrem Hinzutritt entstanden sind, nicht beteiligt. Es besteht daher kein Vorsorgeerfordernis zur Vermeidung der endgültigen Verschiebung der Steuerbelastung.“*

*Für alle anderen Fälle vereinbaren die Vertragsparteien zum Ausgleich von Unterschieden zwischen den Beteiligungs- und Verkehrswertverhältnissen einerseits und Unterschieden zwischen den Beteiligungsverhältnissen und davon abweichenden unterschiedlich hohen stillen Reserven inklusive Firmenwert im übertragenen Vermögen andererseits, dass dem aus diesen Titeln benachteiligten Zusammenschlusspartner ein Gewinnvorab in Höhe von 10% des jährlichen Gewinnes nach Abzug des Vorwegbezuges des Geschäftsherrn gem. § 9.3. gewährt wird. Der jährliche Gewinnvorab ist mit dem Erreichen der übertragenen, auf dem Zusammenschlusspartner in Höhe seiner Beteiligung übergegangenen stillen Reserven inklusive Firmenwert begrenzt.*

*Für den Fall, dass der Ausgleich bis zum Ausscheiden des Vorabberechtigten oder zur Beendigung der Gesellschaft mit Gewinn – (Verlust)-realisierung nicht vollständig gegeben ist, steht dem Vorabberechtigten eine Ersatzausgleichsforderung gegen seinen Zusammenschlusspartner zu.*

*Der Vorsorge zur Vermeidung einer endgültigen Reservenverschiebung im Sinne des § 24 (2) UmgrStG wird dadurch entsprochen“.*

Wie die Betriebsprüfung zutreffend festgestellt hat, deutet der Umstand, dass die eintretenden Gesellschafter an den stillen Reserven inklusive Firmenwert, die bis zu ihrem Hinzutritt entstanden sind, nicht beteiligt sind, auf einen sog. Vorbehaltzusammenschluss hin. Gleichzeitig wurde jedoch ein Gewinnvorab in Höhe von 10% des jährlichen Gewinnes, nach Abzug des Vorwegbezuges des Geschäftsherrn, vereinbart.

Streit besteht diesbezüglich darüber, ob die gewählte Kombination zwischen Vorbehaltzusammenschluss und Gewinnvorab zulässig ist.

Richtig ist, dass die EB lediglich eine exemplarische Auflistung von Instrumenten zur Vermeidung einer endgültigen Verschiebung der Steuerbelastung enthalten. In der Literatur wird

dazu die Auffassung vertreten, dass auch eine Kombination von Vorsorgemethoden grundsätzlich als Vorsorgemaßnahme geeignet ist, wie etwa eine Kombination aus Gewinnvorab und Liquidationsvorab (vgl. Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz<sup>3</sup>, Rz 69 zu § 24). Der UFS teilt daher die in der Berufung vertretene Ansicht, wonach eine Kombination von Vorbehaltzusammenschluss und Gewinnvorab nicht schon deshalb abzulehnen ist, weil die gewählte Methodenkombination im Umgründungssteuerrecht nicht vorgesehen ist.

Allerdings wird im vorliegenden Fall einerseits festgelegt, dass die stillen Gesellschafter an den bis zum Hinzutritt entstandenen stillen Reserven inkl. Firmenwert nicht beteiligt sind, andererseits wird dem benachteiligten Zusammenschlusspartner zum Ausgleich von Unterschieden zwischen den Beteiligungs- und Verkehrswertverhältnissen einerseits und Unterschieden zwischen den Beteiligungsverhältnissen und davon abweichenden unterschiedlich hohen stillen Reserven inklusive Firmenwert im übertragenen Vermögen andererseits ein Gewinnvorab in Höhe von 10% des jährlichen Gewinnes, nach Abzug des Vorwegbezuges des Geschäftsherrn, gewährt, wobei der jährliche Gewinnvorab mit dem Erreichen der übertragenen, auf den Zusammenschlusspartner in Höhe seiner Beteiligung übergegangenen stillen Reserven inklusive Firmenwert begrenzt ist.

Wenn das Finanzamt die Auffassung vertritt, dass in den vereinbarten Vorsorgemaßnahmen die Zusammenschlussmethodik des Lock-step-Zusammenschlusses zu sehen ist, also eine Kombination aus Vorbehaltzusammenschluss mit sukzessivem Gewinnvorab, und dass bei dieser Methode bereits im Zusammenschlussvertrag die vorbehaltenen Reserven betragsmäßig definiert sein müssen, weil hinsichtlich der zukünftigen Reserven alle Zusammenschlusspartner teilnehmen, so kann dieser Auffassung nicht mit Erfolg entgegengetreten werden.

Grundsätzlich wird auch das so genannte Lock-step-System als zulässige Zusammenschlussmethodik angesehen. Es wird die vertragsgemäße sukzessive Aufgabe des Vorbehaltes gegen eine angemessene höhere Gewinnbeteiligung des Altgesellschafters ohne Einfluss auf den Vorbehaltzusammenschluss definiert (vgl. Rz 1330 UmgrStR).

Da beim Vorbehaltzusammenschluss die zum Zusammenschlussstichtag bestehenden stillen Reserven dem übertragenden Zusammenschlusspartner vorbehalten und die übrigen Partner des Zusammenschlusses von diesen stillen Reserven ausgeschlossen werden, bedarf es einer sofortigen Festlegung der für die Bestimmung der stillen Reserven und des Firmenwertes maßgebenden Höhe bereits im Zusammenschlussvertrag, da sonst deren weitere Entwicklung bzw. eine eventuelle Verschiebung dieser zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr nachvollzogen werden kann und somit keine ausreichende Vorsorge getroffen wird.

Daran vermag auch das Vorbringen der Bw., dass beim vereinbarten Vorbehaltzusammenschluss aus vorsorgetechnischen Überlegungen nur der Buchwert übertragen wird, so dass für den ebenfalls vereinbarten Gewinnvorab praktisch nur ein sehr beschränkter Anwendungsbereich verbleibt, da dieser nur dann zur Anwendung gelange, wenn aus den stillen Reserven inklusive Firmenwert im übertragenen Vermögen Benachteiligungen entstünden, nichts zu ändern.

Da jedoch in den vorliegenden Zusammenschlussverträgen die Gesamtreserven nicht betragsmäßig definiert sind, sind die Voraussetzungen für die gewählte Kombinationsmethode nicht erfüllt.

## 2) Positiver Verkehrswert

Ein Zusammenschluss im Sinne des § 23 UmgrStG liegt vor, wenn Vermögen (§ 23 Abs. 2 UmgrStG) ausschließlich gegen Gewährung von Gesellschafterrechten auf Grundlage eines Zusammenschlussvertrages (Gesellschaftsvertrages) einer Personengesellschaft tatsächlich übertragen wird. Voraussetzung ist, dass das übertragene Vermögen am Zusammenschlussstichtag, jedenfalls aber am Tag des Abschlusses des Zusammenschlussvertrages, einen positiven Verkehrswert besitzt.

Auf Zusammenschlüsse sind die §§ 24 bis 26 UmgrStG anzuwenden.

Nach herrschender Literatur und Verwaltungspraxis ist der Verkehrswert der nach den anerkannten betriebswirtschaftlichen und branchenspezifischen Grundsätzen der Unternehmensbewertung ermittelte Wert des übertragenen Vermögens. Der positive Verkehrswert muss für das zu übertragende Vermögen vor der Umgründung vorliegen und ist daher isoliert und unbeeinflusst von Synergieeffekten nach der stand-alone-Betrachtung zu ermitteln (vgl. z.B. Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, Umgründungssteuergesetz, 3. Auflage, Rz 77 zu § 23, BMF vom 26.3.1998 in RdW 1998, S. 313).

Anzuwenden ist die Ertragswertmethode (vgl. Hügel in Hügel/Mühlehner/Hirschler, Umgründungssteuergesetz, Rz 118 zu § 12 und die dort angeführte Literatur, Schwarzinger, Der positive Verkehrswert im Umgründungssteuerrecht, S. 139.).

Die Ertragswertmethode zählt zu den **Gesamtbewertungsverfahren**. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sie das Unternehmen als Gesamtheit betrachten und davon ausgehen, dass sich der Unternehmenswert aus der künftigen Ertragskraft ableitet. Der Entscheidungswert ist nach einhelliger Auffassung durch Diskontierung der in Zukunft aus dem Unternehmen erwarteten Erträge zu bestimmen (in diesem Sinne auch die Berufungsausführungen).

Da der Verkehrswert als Entscheidungswert aus der Sicht der übernehmenden Körperschaft zu

bestimmen ist, sind grundsätzlich alle finanziellen Zu- und Abflüsse (Cash-flows) bewertungsrelevant, die bei der übernehmenden Körperschaft auf Grund des Erwerbes des einzubringenden Vermögens in Zukunft zu erwarten sind.

**Kalkulatorische Unternehmerlöhne** sind in Höhe der auf Ebene der übernehmenden Körperschaft zu erwartenden angemessenen Managementvergütungen für das einzubringende Vermögen zu berücksichtigen (Rabel in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch der Umgründungen, Rz 171 und Rz 177 zu Art III § 12).

Der Übertragende hat den positiven Verkehrswert im Zweifel durch das Gutachten eines Sachverständigen nachzuweisen. Das Gutachten des Sachverständigen unterliegt als Beweismittel iSd BAO der Würdigung durch die Abgabenbehörde.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Wert eines Unternehmens aus seinen nachhaltigen Zukunftserfolgen ableitet und sich grundsätzlich als Barwert dieser künftigen Erträge errechnet (Ertragswert).

Im Hinblick auf die Zukunftsbezogenheit der Bewertung hat nach Dafürhalten des UFS auch der kalkulatorische Unternehmerlohn Berücksichtigung zu finden.

Unstrittig ist, dass in dem im Zuge der Betriebsprüfung vorgelegten Gutachten vom 20.9.2005 ein kalkulatorischer Unternehmerlohn nicht berücksichtigt ist.

Dem diesbezügliche Berufungsvorbringen, dass der kalkulatorische Unternehmerlohn nur in Einzelfirmen und Personengesellschaften anzusetzen sei und daher im vorliegenden Fall der Ansatz eines solchen nicht in Frage komme, weil es sich um eine Kapitalgesellschaft & atypisch Stille handle, wobei die stillen Gesellschafter nicht im Betrieb des Geschäftsherrn mitarbeiten, ist insoweit zuzustimmen, als grundsätzlich – wie auch in der Berufung ausgeführt wird – bei anderen Rechtsformen die Unternehmenslöhne z.B. als Vorstandsbezüge im Aufwand ausgewiesen sind, der von der Erfolgsrechnung direkt in die Kostenrechnung übernommen wird (vgl. Lechner/Egger/Schauer, Einführung in die Allgemeine BWL, S. 273). Allerdings ist im vorliegenden Fall zum ursprünglichen Berufungseinwand, dass sämtliche Aufwendungen aus den Projektaktivitäten bereits beim Geschäftsherrn (F-GmbH bzw. M-GmbH) enthalten seien, festzuhalten, dass laut Bilanz der GmbH ein solcher Aufwand in der Position „sonstiger betrieblicher Aufwand“ (Geschäftsführerhonorar) nicht enthalten ist. Im ergänzenden Schriftsatz vom 21. April 2008 wird zwar zugestanden, dass dieser Aufwand nicht in der Bilanz aufscheint, der fehlende Bilanzansatz aber damit begründet, dass die Aufwendungen zu keiner Zahlung an einen fremden Dritten führen. Der Geschäftsherr erhalte einen „Vorabgewinn“. Das Geschäftsführerhonorar, das im Unternehmen verbleibe und erst als Gewinn „ausgeschüttet“ werde, sei nicht von der Mitunternehmerschaft zu tragen, stelle sohin keinen Kostenfaktor für das Unternehmen dar und sei daher auch nicht als

Betriebsausgabe der atypisch stillen Gesellschaft anzusehen. Ergänzend wurde im Schriftsatz vom 18.8.2008 ausgeführt, dass der „Vorabgewinn“ auch die Deckung aller Kosten der reinen handelsrechtlichen Geschäftsführung beinhaltet und dass mit diesen handelsrechtlichen Geschäftsführerleistungen die reine Vertretung nach außen, die Erstellung des Jahresabschlusses und ähnliche Tätigkeiten gemeint seien.

Dazu ist festzustellen, dass gem. § 9 der Zusammenschlussverträge dem Geschäftsherrn für die Geschäftsführung und Vertretung eine jährliche Vergütung in Höhe von 1% der erzielten Nettoumsätze, mindestens jedoch öS 360.000,-- gebührt. Diese vertraglich festgelegte Vergütung, die nach den Ausführungen im ergänzenden Schriftsatz als „Vorabgewinn“ zu sehen sei, kann nach Auffassung des UFS nicht als Vereinbarung iS eines Gewinnvorabs angesehen werden, da einer solchen mehrfache Grenzen gesetzt sind. Ein Gewinnvorab kann z.B. nicht in fixen Jahresbeträgen vereinbart werden und er ist der Höhe nach insgesamt mit den stillen Reserven begrenzt. Der jährliche Jahresgewinn muss im jeweiligen Jahresgewinn Deckung finden und er kann nicht zu einem Verlust des (der) anderen Gesellschafter führen bzw. diesen erhöhen (Mühlehner in Hügel/Mühlehner/Hirschler, a.a.O., Rz 66 zu § 24).

Ziel des Gewinnvorab in Verbindung mit Art IV UmgrStG ist es, den erzielten Gewinn so aufzuteilen, dass dieser zuerst quotenmäßig zugeteilt wird und in der zweiten Stufe der Verpflichtete soviel von seiner Gewinnquote dem Berechtigten abtritt, wie es die Vereinbarung vorsieht, nach oben stets mit dem vorhandenen Gewinn begrenzt.

Die Vereinbarung eines umsatzabhängigen bzw. eines fixen jährlichen (Mindest)bezuges ohne Gewinnbegrenzung – wie es im vorliegenden Fall im § 9 der Zusammenschlussverträge vorgesehen ist – kann keine steuerneutrale Vorsorge begründen.

Die Vergütung des geschäftsführenden Gesellschafters für dessen handelsrechtliche Geschäftsführung ist betriebswirtschaftlich gesehen nichts anderes als ein Kostenfaktor.

Soll eine mit der herrschenden Literaturmeinung und Verwaltungspraxis konforme Unternehmensbewertung durchgeführt werden soll, muss bei der Ermittlung des Verkehrswertes ein fremdüblicher Unternehmerlohn angesetzt werden. Diese Auffassung wird letztlich auch im ergänzenden Schriftsatz der steuerlichen Vertretung vom 21. April 2008 vertreten, wenn darin ausgeführt wird, dass die zwingend vom Geschäftsführer selbst zu erbringenden Leistungen – aus der Sicht eines Unternehmenserwerbers – kalkulatorisch zu berücksichtigen sind. Allerdings sei – so die weiteren Ausführungen - keineswegs der von der Betriebsprüfung angeführte „Vorabgewinn“ von öS 360.000,-- als kalkulatorischer Unternehmerlohn anzusetzen, sondern lediglich ein Betrag von - bis maximal € 3.000,--. Die Kosten der zugekauften Unternehmensleistungen seien im Rechnungswesen als Betriebsausgaben der Gesellschaft, als auch in den Planungsrechnungen berücksichtigt.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die im ergänzenden Schriftsatz vom 21. April 2008 angeführten zugekauften Leistungen für Geschäftsanbahnung, Planerstellung, Erstellung von Verwertungskonzepten etc. in den Jahresabschlüssen nicht als Betriebsausgaben (Position „Aufwand für bezogene Leistungen“) enthalten sind.

Dessen ungeachtet ist darauf hinzuweisen, dass laut § 9 der Zusammenschlussverträge das Honorar **für die Geschäftsführung und Vertretung** mindestens öS 360.000,-- beträgt.

Zusätzlich erhält laut § 9 Z 3 der Zusammenschlussverträge „*der Geschäftsherr für den Zeitraum von 1. 4. 2000 bis 31. 12. 2000 zur Abgeltung des mit der Projektentwicklung und dem Projektmanagement verbundenen erheblichen Mehraufwandes eine Abgeltung in Höhe von öS 2.400.000,00*“.

Mit Zusatzvereinbarung vom 29.12.2000 wurde diese Vereinbarung dahingehend abgeändert, dass der Geschäftsherr an Stelle der vorgesehenen Abgeltung iHv öS 2.400.000,00 *eine Abgeltung in Höhe der noch nicht verrechneten Vergütung für Geschäftsführung und Vertretung erhält, welche sich unter Berücksichtigung des Mindestbetrages für 2000 auf öS 1.308.334,57 beläuft, wobei diese Vergütung unabhängig vom Jahresergebnis 2000 zur Verrechnung kommt.*“

Wenn der Geschäftsherr auf Grund der erheblicher Mehraufwendungen, die im Zuge der Projektentwicklung und des Projektmanagements entstanden sind, zusätzlich zu seinem Honorar für die Geschäftsführung und Vertretung eine gesonderte Vergütung iHv rund öS 1.300.000,00 erhält, so kann der Argumentation im Schriftsatz vom 21. April 2008, dass als kalkulatorischer Unternehmerlohn lediglich ein Betrag im Ausmaß von insgesamt € 3.000,00 zu berücksichtigen sei, auch im Hinblick darauf nicht gefolgt werden. Dies würde nämlich bedeuten, dass die vom geschäftsführenden Gesellschafter erbrachten Mehraufwendungen bzw. die dafür bezahlten Vergütungen keine Berücksichtigung als Aufwand finden oder aber diese Vergütung im Betrag von € 3.000,00 bereits enthalten ist. Dass ein fremder Dritter für dieselben Leistungen lediglich einen Betrag von € 3.000,00 erhalten soll, erscheint äußerst zweifelhaft und ist mit den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht in Einklang zu bringen.

In Entsprechung der oben dargestellten Bewertungsregeln teilt daher der UFS die Ansicht des Finanzamtes, dass die für den Geschäftsherrn vertraglich vereinbarte Vergütung („Vorabgewinn“) für die Geschäftsführung und Vertretung als kalkulatorischer Aufwand bei der Ermittlung des Verkehrswertes einzubeziehen ist. Dass das Finanzamt bei der Bemessung des kalkulatorischen Unternehmerlohnes von der in den Zusammenschlussverträgen festgelegten Vergütung ausgegangen ist, ist ebenso nicht zu beanstanden.

Wenn nunmehr vorgebracht wird, dass für diese Tätigkeit ein Honorar von lediglich

---

€ 1.000,00 bis € 3.000,00 als fremdüblich anzusehen sei, obwohl aber in den Verträgen eine Vergütung von mindestens öS 360.000,00 vereinbart wurde und eine Vergütung in dieser Höhe zum Zeitpunkt der Vereinbarung offensichtlich als angemessene und marktgerechte Entlohnung erachtet wurde, so erscheint dieses Vorbringen als eine im Nachhinein aufgestellte Behauptung, die offensichtlich nur den Zweck verfolgen soll, den tatsächlich anzusetzenden Aufwand so gering wie möglich zu halten, um auf diese Weise einen positiven Verkehrswert zu errechnen. Da nach dem unmissverständlichen Regelungsinhalt der Zusammenschlussverträge das vereinbarte Pauschalhonorar von öS 360.000,00 sämtliche Leistungen im Zusammenhang mit der Geschäftsführung und Vertretung abdecken sollte, ist daher eine weitere Auseinandersetzung mit den Einwendungen betreffend Fremdunüblichkeit des Geschäftsführerbezuges entbehrlich.

Im Hinblick darauf, dass im vorgelegten Gutachten vom 20.9.2005 - abgesehen davon, dass dieses rund fünf Jahre nach dem Zusammenschlussstichtag 31.3.2000 erstellt wurde und daher darin die tatsächlichen Werte herangezogen werden - ein Unternehmerlohn nicht berücksichtigt ist, ist dieses nicht geeignet, einen positiven Verkehrswert zum Zusammenschlussstichtag schlüssig nachzuweisen. Weiters ist – worauf bereits das Finanzamt in seiner Stellungnahme vom 17. Juni 2008 zutreffend hingewiesen hat - aus dem Gutachten nicht ersichtlich ist, inwieweit die Umsätze laut Planungsrechnung ausschließlich auf den Unternehmenswert der GmbH zurückzuführen sind, wodurch bereits eine wesentliche Voraussetzung der Unternehmensbewertung nicht erfüllt ist.

Da sich sohin am Zusammenschlussstichtag bzw. am Tag des Abschlusses der Zusammenschlussverträge kein positiver Verkehrswert des übertragenen Vermögens ergibt und somit die Voraussetzungen für einen Zusammenschluss nach Art IV UmgrStG nicht erfüllt sind, erfolgte die Ermittlung des steuerwirksamen Veräußerungsgewinnes zum 31.3.2000 zu recht.

Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 8. Jänner 2009