



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Dr. Viktoria Blaser, Herr Walter Supper und Frau KomzIR. Edith Corriere im Beisein der Schriftführerin FOI Pavlik über die Berufung der Bw, W., vertreten durch Dr. Herbert Schuster, Steuer- und WirtschaftsberatungsgmbH, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei, 1090 Wien, Ferstelgasse 6/7, vom 16. Februar 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk, vertreten durch Dr. Edith Satovitsch, vom 27. Jänner 2004 betreffend Nichtfeststellung von Einkünften für die Jahre 1997 bis 2001 nach der am 29. Oktober 2008 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

1.) PC97 - Bw

Laut Firmenbuch wurde die PC97 am 07.05.1997 errichtet. Als Geschäftsführer vertrat Mag. M. G. selbständig die Firma. Die Gesellschaftsanteile wurden zu 100% von der PC, deren Geschäftsführer Mag. M. G. bis 04.02.1998 war, gehalten.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 10.7.1998 ist die Fa. PC97 in „Bw “ unbenannt worden, sodass im Folgenden die stille Gesellschaft „Bw & Stille“ hieß.

2.) Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft

Die PC97 (Bw) hat sich gemäß Art IV UmgrStG als Inhaber des Handelsgewerbes als Geschäftsherr mit der T. - und Steuerberatungsgesellschaft mbH als atypisch stiller Gesellschafter zu der atypischen stillen Gesellschaft PC97 & Stille (Bw & Stille) zusammengeschlossen.

Aus dem Vertrag werden folgende Bestimmungen auszugsweise angeführt:

Gemäß § 2 beteiligt sich die T. mit mindestens einer Gesellschaftereinlage von öS 57.000,- (Tranche 1) bzw. öS 54.000,- (Tranche 2) als atypisch stiller Gesellschafter am Unternehmen des Geschäftsherrn.

Der atypisch stille Gesellschafter ist schuldrechtlich auch am Vermögen einschließlich der stillen Reserven und des Firmenwertes des Geschäftsherrn beteiligt.

Gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrages würde den stillen Gesellschafter keine Nachschusspflicht treffen. Die über die atypisch stille Gesellschaftereinlage hinausgehenden Verluste sind durch künftige Gewinnanteile aus der atypisch stillen Gesellschaft abzudecken.

Gemäß § 7 nimmt der atypisch stille Gesellschafter rückwirkend mit Beginn des Geschäftsjahres der atypisch stillen Gesellschaft am Gewinn und Verlust des Unternehmens im Verhältnis der gezeichneten atypischen stillen Gesellschaftereinlage zum Stammkapital des Geschäftsherrn teil.

Die Höhe der übernommenen Verluste sind jedoch mit maximal 296,3% 1. Tranche, 315,78 % 2. Tranche, des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage begrenzt. Danach verbleibende Verluste würden den Geschäftsherrn treffen.

Gemäß § 8 ist der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht beteiligt; er wirkt insbesondere nicht an der Beschlussfassung über Änderungen des Geschäftsgegenstandes des Geschäftsherrn und sonstigen wesentlichen Fragen, wie die Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen mit.

Gemäß § 13 errechnet sich das Abfindungsguthaben bei Ausscheiden des Gesellschafters mit dem Unternehmenswert, dessen Ermittlung von einem – einvernehmlich mit Geschäftsherrn und atypisch stillen Gesellschafter auszuwählenden – Wirtschaftstreuhänder durchzuführen ist.

3.) Darlehenvertrag

Zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag wurde eine Darlehensvereinbarung zwischen der T. - und Steuerberatungsgesellschaft mbH und der PC97 (Bw) getroffen, in der u.a. festgehalten wurde, dass das Darlehen unverzinst sei. Die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens würde durch eine Bankgarantie einer österreichischen Bank abgesichert werden.

Die Darlehensbeträge betrugen S 43.000,- (Tranche 1) bzw. S 46.000,- (Tranche 2) pro S 100.000,- Gesellschafteranteil.

4.) Treuhandvertrag

Die Privatanleger (110 Anleger) schließen im Zuge der Unterfertigung des Zeichnungsscheines als atypischer stiller Gesellschafter und damit in Verbindung stehenden Gesellschafterdarlehen, einen Treuhandvertrag mit der T. – und Steuerberatungsgesellschaft mbH. ab.

In dem Treuhandvertrag wird ausgeführt, dass der Treugeber die Treuhänderin beauftragt, sich treuhändig auf Rechnung des Treugebers als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung am Unternehmen der PC97 zu beteiligen und die Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

Gemäß § 4 (Mitwirkungsrechte) ermächtigt der Treugeber die Treuhänderin, die Rechte aus der Beteiligung bzw. Darlehenshingabe im eigenen Namen und auf Rechnung des Treugebers auszuüben. Im Verhältnis zur Treuhänderin stehen dem Treugeber jene Mitwirkungsrechte zu, die nach dem Gesellschaftsvertrag über die atypisch stille Gesellschaft der Treuhänderin als stillem Gesellschafter zukommen.

Die Ermächtigung und Vollmacht ist auf Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses unwiderruflich. Weisungen des Treugebers an den Treuhänder werden nur dann wirksam, wenn sie von der Mehrheit des Treuhandkapitals gefordert werden, dies gilt auch für Weisungen, die im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der PC97 erfolgen.

Die Treugeber willigen ein, dass der Treuhänder auch in eigener Sache mitstimmt.

Gemäß § 5 (Dauer der Treuhandschaft, Kündigung) wird das Treuhandverhältnis zwischen dem Treugeber und der Treuhänderin grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Weiters wird ausgeführt, dass der Treugeber gültig eine Kündigung nur dann aussprechen kann, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller bei der PC97 wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen.

5) Zeichnungsschein

Durch Unterfertigung des Zeichnungsscheins, dessen integrierender Bestandteil der Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft, die Darlehensvereinbarung und der Treuhandvertrag bzw. der Schiedsvertrag zum Treuhandvertrag (im Prospekt vom April 1997 vollständig wiedergegeben, dem Anleger bekannt und von diesem anerkannt) bilden, stellte der Anleger (Unterzeichner) der T. - und Steuerberatungsgesellschaft mbH das unwiderrufliche Anbot, mit ihm den im Prospekt wiedergegebenen Treuhandvertrag abzuschließen und sich damit treuhändig auf seine Rechnung am Unternehmen der PC97 als atypisch stiller Gesellschafter mit einer Gesellschaftereinlage in Höhe von 57 % bzw. 54% der

Zeichnungssumme gemäß dem im Prospekt wiedergegebenen Gesellschaftsvertrag zu beteiligen und der PC97 gemäß der im Prospekt wiedergegebenen Darlehensvereinbarung ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 43 % bzw. 46 % der Zeichnungssumme zu gewähren.

6.) Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger

Ua. wird ausgeführt, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen konzipiert sei, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden.

Es lasse sich für die Erzielung aus der Beteiligung bei einem Grenzsteuersatz von 50%, einer Verlustzuweisung von 180% und dem geplanten Beteiligungsverlauf gemäß Planrechnung auf Basis der internen Zinsfußmethode – bezogen auf die Zeichnungssumme (Zeichnungssumme von mindestens 600.000,-) – für die ersten 10 Jahre eine mögliche Nettorendite von 19% p.a. ermitteln, was einer Bruttorendite (vor 25% KEST) von ca. 25% p.a. entspräche.

Das Unternehmen, an dem der Käufer der Beteiligung sich über den Treuhänder beteiligt, ist die PC97 (Geschäftsherr), die sich wie vorstehend ausgeführt, mit Generalversammlungsbeschluss mit 10.07.1997 in „H.GmbH“ benannt hat.

Der Geschäftsherr betreibe Handelsgeschäfte; Immobilienhandel sowie das Leasinggeschäft mit beweglichen und unbeweglichen Wirtschaftsgütern und gehe Beteiligungen ein, die im Jahr der Beteiligung operative Verluste schreiben würden.

Die Gesellschaftereinlage würden laut Gesellschaftsvertrag S 57.000,- (Tranche 1) bzw. S 54.000,- (Tranche 2) und die Darlehensbeträge S 43.000,- bzw. S 46.000,- betragen. Von der gesamten Zeichnungssumme i.H. von S 44.957.000,- würden S 25.428.000,- auf Gesellschaftereinlagen und S 19.529.000,- auf Gesellschafterdarlehen entfallen.

7.) Berechnungsbeispiel

Beigelegt wurde ein Berechnungsbeispiel für den möglichen Beteiligungsverlauf für Beteiligungen von unbeschränkt steuerpflichtig natürlichen Personen an der PC97 & Stille für die Jahre 1997-2007:

Tranche 1
möglicher
Beteiligungsverkauf
FÜR BETEILIGUNGEN VON UNBESCHRÄNKT
STEUERPFLICHTIG NATÜRLICHEN PERSONEN AN DER
PC97 & Stille Tranche 1
für die Jahre 1997 bis 2007

Annahmen:	
angenommenes Jahreseinkommen:	1.800.000 öS
Beispiel je öS 100.000,00	100.000 öS
Agio:	6.000 öS
Gesamtausgabe:	106.000 öS
angenommene Beteiligungsdauer:	unbefristet

Grenzsteuersatz:	50,00%	
Veräußerungserlös stille Einlage	abhängig vom Veräußerungszeitpunkt und Beteiligungswertansatz	
Verlustzuweisung in 1997:	180,00%	180.000 öS
Treuhand- u. Verwaltungsgebühr jährl.:	1,20%	
Finanzierung: mit Eigenmittel	100%	

Berechnungsbeispiel nicht indexiert (in öS)

SITUATION AUF GRUND DERZEITIGER STEUER- UND UNTERNEHMENSSITUATION

Jahr	Einzahlung	Gewinne ³⁾	Treuhand & ⁵⁾ Verwaltungsentgelt	Darlehenstilgung	Steuern	GESAMT- LIQUIDITÄT
1997	-106.000	0	0	0		-106.000 ¹⁾
1998		2.020	-2.400	2.400 ⁴⁾	93.000 ²⁾	93.000
1998		2.100	0	40.600	190	40.790 ¹⁾
2000		700	-720	0	-1.050	-1.050 ²⁾
2001		800	-720	0	10	10 ²⁾
2002		800	-720	0	-40	-40 ²⁾
2003		800	-720	0	-40	-40 ²⁾
2004		800	-720	0	-40	-40 ²⁾
2005		900	-720	0	-40	-40 ²⁾
2006		900	-720	0	-90	-90 ²⁾
2007		900	-720	0	-90	-90 ²⁾
2008			0	0	-90	-90 ²⁾
				43.000		

IRR (Nettorendite nach Steuern nach der internen Zinsfußmethode)

IRR (Nettorendite)

19,21%

Entspricht einer Kapitalveranlagung ("vor 25% Kapitalertragsteuer") von rund

25,62%

1) Einzahlungen von/Auszahlungen an Anleger

2) Steuergutschrift/-belastung

3) Gewinne werden gem. Planung nicht ausgeschüttet, vermindern aber das negative Kapitalkonto

4) Die Treuhandgebühren für 1998 und 1999 werden aus dem Darlehen bezahlt

5) Die Bezahlung der Treuhandentgelte erfolgt auf Lasten des jeweiligen Ergebnisses des Anlegers durch die Gesellschaft

Auszugsweise Erläuterungen zum angenommenen Berechnungsbeispiel:

Im Geschäftsjahr der Zeichnung (1997) werde die Zuweisung von steuerlich wirksamen Verlusten in der Einkunftsart gemäß § 23 EStG 1988 (aus Gewerbebetrieb) in Höhe von ca. 315% der atypisch stillen Beteiligung (= 180% der Zeichnungssumme, somit atypisch stille Beteiligung zuzüglich Gesellschafterdarlehen) erwartet.

Es werde davon ausgegangen, dass die dem Zeichner zugewiesenen Verluste im Jahr 1997 von diesem mit positiven steuerlichen Einkünften zur Gänze dergestalt ausgeglichen werden können, dass sich für den gesamten zugewiesenen Verlust eine Steuerersparnis zum Grenzsteuersatz von 50% ergäbe.

Es werde kein Abschichtungserlös angenommen, da der Wert des Unternehmens in 10 Jahren nicht beurteilbar sei: Bei planmäßiger positiver Entwicklung, insbesondere der Beteiligungsgesellschaften ist natürlich mit einer Steigerung des Unternehmenswertes zu rechnen.

Die Tilgung des unverzinst gewährten Gesellschafterdarlehens erfolge mit öS 43.000,- pro S 100.000,- Zeichnungssumme am 31. Dezember 1999.

Die Abschichtung der Beteiligung durch den Anleger erfolge frühestens am 31. Dezember 2007. (tatsächlich Abschichtung im Jahr 2001)

Die GmbH & atypisch Stille wird sich etwa im Umfang des Risikokapitals als steuerlicher Mitunternehmer an anderen Gesellschaften beteiligen, die buch- und/oder wirtschaftliche

Verluste aufweisen. Aus diesen Verlusten werden im Beteiligungsjahr die steuerlichen Verlustzuweisungen von 500% der jeweiligen Beteiligung gerechnet. Diese Verluste werden bis maximal 180% der Zeichnungssumme den Anlegern zugewiesen.

8) KMG-Prospekt

Zu den Rechtsgrundlagen wird angeführt, dass der Zeichner durch Abschluss dieser Beteiligung Unternehmer mit vielen der damit verbundenen Chancen und Risiken werde, wie sie bei einer Unternehmensbeteiligung systemimmanent seien. Wie wohl die Chancen auf eine Rendite des eingesetzten Kapitals, die gemäß Planrechnung etwa das Doppelte einer risikoarmen Veranlagung ausmachen würden, günstig stünden, müsse besonders bei Veränderung der steuerlichen oder/und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, auch mit einem deutlich ungünstigeren Ergebnis bis hin zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals gerechnet werden. Von den Zeichnern angestrebte Steuervorteile würden nicht die Geschäftsgrundlage dieses Angebotes bilden und hingen in ihrem Eintritt und ihren Auswirkungen von der individuellen Steuersituation des Anlegers ab.

Es werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Abweichungen von den angeführten Prämissen zu anderen Renditen führen können. Gewinne und Verluste seien aus heutiger Sicht prognostiziert, ihr tatsächlicher Verlauf stelle typisches Unternehmerrisiko dar und könne naturgemäß nicht garantiert werden. Insbesondere müsse auf das erhöhte Unternehmerrisiko hingewiesen werden, da im Jahr 1997 ausschließlich Beteiligungen mit hohem Risikocharakter eingegangen würden.

Es werde weiters darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter bei Vorliegen entsprechender persönlicher Umstände, durch die steuerliche Konzeption der Beteiligung, auch – bei entsprechender Veranlagung – günstige Auswirkungen im Zuge der Veranlagung zur Einkommensteuer anstreben; es werde jedoch ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass diese Auswirkungen nicht Geschäftsgrundlage dieser Veranlagung seien.

Bei der Beteiligung handle es sich um eine so genannte Mitunternehmerschaft. Es würden Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 Abs. 2 EStG erzielt. Die dem atypisch stillen Gesellschafter jährlich zuzuweisenden Gewinne oder Verluste des Geschäftsherrn seien im Wege der Veranlagung zur Einkommensteuer zu erklären. Dabei erfolge ein Ausgleich eventueller Verluste mit anderen positiven Einkünften des atypisch stillen Gesellschafters.

Bei Veräußerung der Beteiligung entstehende steuerliche Gewinne seien im Jahr der Wirksamkeit des Ausscheidens aus der Gesellschaft zu erklären. Nach aktueller Gesetzeslage und Praxis wären Verluste auch insoweit ausgleichsfähig, als sie die Höhe der geleisteten Einlage überschreiten.

Der Emittent (Geschäftsherr) führe die Firma PC97 . (Bw). Der Gegenstand des Unternehmens ist

die Marktforschung sowie die Tätigkeit eines Betriebsberaters einschließlich der Betriebsorganisation

der An- und Verkauf von Immobilien und sonstigen Vermögens

der Handel mit Waren aller Art, insbesondere der Handel mit Wertpapieren,

das Eingehen von Unternehmensbeteiligungen.

Weiters werde darauf hingewiesen, dass trotz der vom Geschäftsherrn bei der Geschäftstätigkeit angelegten Sorgfalt beim Management seines Unternehmens mit der Beteiligung an einem Unternehmen Risiken verbunden seien. Vermögensnachteile für die atypisch stillen Gesellschafter könnten insbesondere aus nicht einbringlichen Entgelten, Insolvenzen von Unternehmen, an die Forderungen bestehen oder mit denen eine Mitunternehmerschaft errichtet wurde, aus falscher Einschätzung der Marktentwicklung, Zinsenrisiko im Zusammenhang mit aufgenommenen Fremdmittel, technischen, rechtlichen und faktischen Änderungen, resultieren. Sollte das gesamte Risikokapital (maximal 65% der Zeichnungssumme abzüglich Erstkosten des Publikumsmodells) in nur eine wirtschaftliche Investition/Engagement (geplant sind jedoch Investitionen in mehrere Projekte) investiert werden, erhöhe sich die Möglichkeit eines Totalverlustes dieses Anteils am Anlegerkapital naturgemäß entsprechend, da eine Risikostreuung in diesem Fall nicht gegeben sei.

Den Berechnungen würden die derzeit aktuellen handels- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zugrunde gelegt. Erfahrungsgemäß sei davon auszugehen, dass sich die in Österreich geltende Gesetzeslage, die herrschende Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte im Laufe der Zeit ändern würden. Es werde darauf hingewiesen, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkt kritische Haltung zeigte. Die sich daraus ergebenden Auswirkungen seien alleiniges Risiko des Anlegers. Falls die der Renditenberechnung zugrunde gelegten steuerlichen Annahmen nicht eintreten sollten, könne die dann errechenbare Rendite mit hoher Wahrscheinlichkeit unter der sonst bei Kapitalanlagen mit vergleichbarer Bildungsdauer am Markt erzielbaren Rendite liegen.

9.) Die Bw & Stille ist beteiligt als Stiller bzw. als Kommanditist an der

- F-GmbH, ein Gesellschafter Mag. M. G. ,

Beteiligung S 400.000,-,

- M. G. & Partner KEG: unbeschränkt haftender Gesellschafter Mag. M. G. mit 6,98% beteiligt, Bw mit 93,02 % beteiligt bis 30.09.2001, Gesellschaftsvertrag 09.12.1997, Geschäftsanschrift: Z. Wien, Beteiligung S 1.000.000,-.

- G. & Partner KEG: unbeschränkt haftender Gesellschafter Mag. M. G. mit 4,76% beteiligt, PR. AG mit 95,24% bis 30.9.2001, Gesellschaftsvertrag 09.12.1997, Geschäftsanschrift: Z. Wien, Beteiligung S 1,150,000,-.

- ZZ. GmbH & CO GG KEG: Gesellschaftsvertrag vom 10.12.1997, Übernahme des Betriebes der ZZ. GmbH & Co Gg. KEG, unbeschränkt haftender Gesellschafter ZZ. GmbH, Geschäftsanschrift: Z. Wien, Beteiligung 100.000,- (1997, 1998)

- Ab 1998: ZZ. GmbH & CO Gg. KEG: Gesellschaftsvertrag vom 10.12.1997, unbeschränkt haftender Gesellschafter ZZ. GmbH, Geschäftsanschrift GeG, Wien., Beteiligung S 50.000,- (1998, 1999)

1997

Für das **Jahr 1997** wurde ein Verlust in Höhe von S 99.528.454,- erklärt, wobei sich S 88.831.679,- aus folgenden Verlusttangenteen zusammensetzen:

F-GmbH & Stille	-2.000.000,-
M. G. & Partner KEG	-37.211.526,00
G. & Partner KEG	- 34.956.940,00
ZZ. GmbH & CO GG KEG	- 14.663.213,00

Firma M. G. & Partner KEG und Firma G. & Partner KEG

Bei den Firmen M. G. & Partner KEG und die Firma G. & Partner KEG fand für die Jahre 1997 bis 2001 eine Betriebsprüfung statt. Die Verluste in den Jahren 1997 wurden nicht anerkannt, da die Akonti in Höhe von S 40.000.000,- und S 36.700.000,- nicht anerkannt worden waren. Die Betriebsprüfung führte aus, dass die geleisteten Akonti wirtschaftlich nicht begründet seien. Die Aufwendungen betreffend den Kauf von Immobilien wäre erst mit Datum des Kaufes bzw. des Zahlungsflusses anzuerkennen.

Berufungen wurde keine eingebracht.

1998

Für das **Jahr 1998** wurde ein Verlust von S 4.989.240,- erklärt. Laut Beilage wurde im Jahr 1998 folgende Gewinn- Verlusttangenteen zugewiesen:

F-GmbH & Stille	17.000,-
-----------------	----------

M. G. & Partner KEG	-1.905.420,00
G. & Partner KEG	-1.664.561,-
ZZ. GmbH & CO Gg. KEG	-17.240.053,00
ZZ. GmbH & CO GG KEG	14.698.968,00

Für die Folgejahre wurden folgende Einkünfte aus Gewerbebetrieb erklärt:
für **1999** S 14.237.508,-.

F-GmbH & Stille	17.000,00
M. G. & Partner KEG	-3.297.427,00
G. & Partner KEG	-1.320.804,00
ZZ. GmbH & CO. Gg. KEG	17.299.797,20

für **2000** S 1.836.544,00.

F-GmbH & Stille	17.000,00
M. G. & Partner KEG	-341.964,00
G. & Partner KEG	2.161.508,00

für **2001** S 77.246.951,60.

G. & Partner KEG	41.561.394,60
M. G. & Partner KEG	35.685.557,00

10.) Betriebsprüfung:

Für die Jahre 1997 bis 2001 fand eine Betriebsprüfung statt.

Festgestellt wurde, wie bereits vorstehend ausgeführt, dass im Jahr 1997 die Firma PC97, unbenannt in die „H.GmbH, errichtet worden sei, welche sich mit der T. – und Steuerberatungsgesellschaft zu einer atypischen stillen Gesellschaft zusammenschlossen hätte.

Die Gesellschaftereinlage laut Gesellschaftsvertrag hätten S 57.000,- (Tranche 1) bzw. S 54.000,- (Tranche 2) und die Darlehensbeträge S 43.000,- bzw. S 46.000,- betragen.

Zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft wurde zu **Unternehmerinitiative** ausgeführt, dass gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages keine

Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsleitung bestünde, die Kontrollrechte mittels Gesellschaftsvertrag dem Treuhänder, der T. – und Steuerberatungsgesellschaft mbH, übertragen worden seien und die in der Projektbeschreibung beschriebene Verwendung der Zeichnungssumme ohne Möglichkeit der Einflussnahme akzeptiert werden musste. Es könne daher keine Unternehmerinitiative entfaltet werden und es läge lediglich eine Kapitalanlage vor.

Zum Unternehmerrisiko wurde ausgeführt, dass lt. Gesellschaftsverträgen die Höhe der möglichen Verlustzuweisungen bei der Tranche 1 mit 315,78% und bei der Tranche 2 mit 296,3 % des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage begrenzt seien. Darüber hinausgehende Verluste wären dem Geschäftsherrn zuzuweisen.

Bereits im Jahr Geschäftsjahr 1997 seien die maximalen Verlustzuweisungen an die Stillen Gesellschafter vorgenommen worden. Die Verluste der Folgejahre seien daher vollständig dem Geschäftsherrn zugewiesen worden.

Zu dem Unternehmerrisiko wurde ausgeführt, dass die Zeichner der Anteile laut den Gesellschaftsverträgen in keiner Weise die für das Unternehmerrisiko erforderlichen Voraussetzungen erfüllten. Das Risiko der Anleger bestehe ausschließlich im Verlust der der Fa. H.GmbH zu Verfügung gestellten Gelder. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise handle es sich lediglich um die Hingabe eines Darlehens.

Es läge keine Mitunternehmerschaft vor.

Entgegen des vertraglich festgelegten Kündigungsverzichtes bis 2007 bzw. 2010 wären die atypisch stillen Gesellschafter bereits Ende 2001 abgeschichtet worden. Laut den Angaben des steuerlichen Vertreters sei keine Ermittlung des Unternehmenswertes zur Berechnung des Auseinandersetzungsgutachtens erfolgt, den atypisch stillen Gesellschaftern sei der Ausstieg aus der atypisch stillen Gesellschaft nahe gelegt worden. Die Abschichtung sei mit rund 80% des Nominalwertes erfolgt. Das Gesellschafterdarlehen sei ebenfalls im Jahr der Abschichtung zurückbezahlt worden.

Zur rechtlichen Würdigung führte die Betriebsprüfung aus, dass das gesamte Modell von vornherein lediglich auf die Lukrierung eines steuerlichen Vorteiles ausgerichtet gewesen sei (maximale Verlustzuweisung im ersten Jahr), weder die Unternehmerinitiative noch das Unternehmerrisiko aus der Vertragsgestaltung und der faktischen Geschäftsabwicklung ausreichend ableitbar gewesen sei, aufgrund der fixen und der Höhe nach limitierten Verlustzusage sowie des mittels Bankgarantie gesicherten Darlehens bereits vorweg ein ausreichend hoher Geldrückfluss eingetreten sei, der die Größen „Gewinnzuweisung“ und „Abschichtungsguthaben“ zu vernachlässigbaren Variablen werden hätte lassen.

Nach dieser Beurteilung stelle das gegenständliche Beteiligungsmodell keine Mitunternehmerschaft dar.

11.) Feststellungsbescheid betreffend die Jahre 1997-2001:

Das Finanzamt für den 2. und 20. Bezirk in Wien erließ einen Bescheid gemäß § 92 Abs.1 lit.b BAO und § 190 Abs.1 BAO i.V. mit § 188 BAO, gerichtet an Bw und die in der Beilage genannten Personen, mit dem festgestellt wurde, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1997 bis 2001 zu unterbleiben hätte.

Der Bescheid hätte Wirkung gegenüber allen Beteiligten, denen gemeinschaftliche Einkünfte zufließen. Mit der Zustellung dieses Bescheides an eine nach § 81 BAO vertretungsbefugte Person würde die Zustellung an alle Beteiligten als vollzogen gelten.

Die Nichtfeststellung erfolgte auf Grund der Feststellungen der abgabenbehördlichen Prüfung.

12.) Berufung:

Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben. Die ersatzlose Aufhebung dieses Bescheides und somit die Anerkennung der Mitunternehmerschaft zwischen der Bw und den beteiligten Gesellschafter wurde beantragt.

Die Berufung wurde wie folgt begründet:

Das Finanzamt habe den Bescheid mit dem Hinweis auf die Feststellung einer Betriebsprüfung begründet, dass weder Unternehmerinitiative noch Unternehmerrisiko aus der Vertragsgestaltung und der faktischen Geschäftsabwicklung ableitbar gewesen wären und durch die hohen Verlustzusagen und die damit verbundenen Steuervorteile die Größen „Gewinnzuweisung“ und die „Abschichtungsguthaben“ zu vernachlässigbaren Variablen geworden wären.

Der Vollständigkeit halber sei auch noch auf das Argument der Betriebsprüfung verwiesen, dass dieses Modell von vornherein lediglich auf die Lukrierung eines Steuervorteils abgezielt hätte. Als Begründung dafür werde die maximale Verlustzuweisung im ersten Wirtschaftsjahr angeführt. Jedes Verlustbeteiligungsmodell baue auf steuerliche Vorteile aus Anfangsverlusten auf. Der Hinweis, dass primär Steuervorteile angedacht worden seien, werde nicht begründet und übersehe, dass etwaige negative Kapitalkonten bei ihrer Abschichtung zu versteuern seien, sodass der sogenannte Steuervorteil bestenfalls ein Steuerkredit sein könne.

Für den Bw. erübrige es sich daher, auf diesen Punkt näher einzugehen.

Zur **Unternehmerinitiative** führte der Bw. aus, dass analog zum Kommanditisten auch der atypisch Stille Gesellschafter nur einen begrenzten Einfluss auf die Geschäftsführung hätte, da auch seine Haftung eine begrenzte sei. Das Stimmrecht auf der Gesellschafterversammlung ermögliche sehr wohl eine Einflussnahme auf die betriebliche Tätigkeit, zumindest in

theoretischer Weise. Durch die Bündelung der Stimmrechte der Anleger über einen Treuhänder steige der Einfluss des Anleger gegenüber dem Geschäftsherrn. Im konkreten Fall sei daher der theoretische Einfluss auf die Geschäftsführung der Anleger größer als im klassischen Fall einer Kommanditgesellschaft. Dass in der wirtschaftlichen Praxis ein Kommanditist und analog ein Anleger einer atypischen Stillen Gesellschaft auf die operative Tätigkeit nur geringen Einfluss nehmen könne und sich eher auf die grundsätzlichen Unternehmerentscheidungen zu beschränken hätte, liege auf der Hand, könne aber deswegen nicht als Kriterium für die Entscheidung, ob eine Gesellschaft als Mitunternehmerschaft anzusehen sei, herangezogen werden. Auch der Verwaltungsgerichtshof hätte die Frage der Unternehmerinitiative nicht als Entscheidungskriterium für die Beurteilung eines Gesellschaftsverhältnisses als Mitunternehmerschaft bezeichnet.

Zum **Unternehmerrisiko** (Beteiligung an Gewinnen und Verlusten sowie an den stillen Reserven und am Firmenwert) führte der Bw aus, dass die Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben seien. Das Unternehmerrisiko reduziere sich in allen Fällen für Kommanditisten bzw. atypisch Stille Gesellschafter auf die Frage, ob die getätigte Kapitaleinlage riskiert werde (verloren werden könne) oder nicht. Im Fall einer vereinbarten Nachschusspflicht erhöhe sich das entsprechende Risiko. Eine Nachschusspflicht könne aber nicht, wie die Betriebsprüfung seines Erachtens fälschlich meine, Voraussetzungen für ein Unternehmerrisiko sein.

Wenn die Betriebsprüfung in ihrer Zusammenfassung meine, dass der Verlust der Kapitaleinlage neben den steuerlichen Vorteilen nur Bagatelldarakter hätte, übersehe sie dabei, dass ein negatives Kapitalkonto bei Auflösung der Mitunternehmerschaft zu versteuern sei und somit der steuerliche Vorteil wieder aufgezehrt werde.

Wenn die Betriebsprüfung die in diesem Anlegermodell vorgesehene Deckelung der Verlustzuweisung als Indiz für eine fehlende Mitunternehmerschaft heranziehe, sei eine Deckelung auch keine Sicherheitsbestimmung für den Anleger, sondern reduziere lediglich die steuerliche Verlustzuordnung und damit mögliche vorübergehende Steuereinsparungen.

Zum Kapitalverlust als vernachlässigbare Variable werde auf das mit Bankgarantie besicherte Darlehen hingewiesen. Dieser unterstreiche die Unterschiedlichkeit der Anlagen, der Darlehensteil sei besichert, der andere Teil sei unbesichertes Risikokapital, das der Einlage eines atypisch Stillen Gesellschafters entspreche. Bescheid und Berufung würden sich nur auf das Risikokapital beziehen.

Die Betriebsprüfung wolle rechnerisch darlegen, dass durch die Steuervorteile nahezu das gesamte Risikokapital abgedeckt werde (zumindest beim Grenzsteuersatz). Dabei werde aber übersehen, dass, wie bereits oben erwähnt, diese Steuervorteile nur kurzlebig seien, da negative Kapitalkonten bei Abschichtung zum vollen Steuersatz wieder zu versteuern wären.

Der Eigenkapitalverlust sei daher in dieser Konstruktion auch bei voller Anerkennung der Mitunternehmerschaft keine vernachlässigbare Variable.

Mehr als ein Kapital verlieren könne ein Unternehmer nicht, der als Kommanditist oder atypisch Stiller Gesellschafter an einem Unternehmen beteiligt sei. Da im konkreten Fall die Anleger sehr wohl Kapital verloren hätten, sei auch hier die Mitunternehmerschaft nach Erachtens des Bw. zu bejahen.

Neben diesen abstrakten rechtlichen Einwänden gegen die Begründung durch die Betriebsprüfung sei auch noch auf den wirtschaftlichen Umfang des Unternehmens hingewiesen. Die anfänglich Verlustzuweisung an die Anleger wäre durch eine vorzeitige Abschichtung spätestens im Jahr 2002 zu Großteil ausgeglichen worden, sodass sich der steuerliche Verlust im Rahmen von 5 Jahren auf tatsächlichen Kapitalverlust reduzieren würde, der das Unternehmerrisiko eben ausmache.

In der am 29 Oktober 2008 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Dr. Schuster verwies auf das Berufsbegehren; vor allem wies er darauf hin, dass seiner Ansicht nach die Rechtsstellung des atypisch stillen Gesellschafters faktisch völlig ident mit der eines Kommanditisten gewesen sei. Diese Ansicht werde auch durch die im späteren Fall PC94 ergangene Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 27. Februar 2008, Zl. 2005/13/0050, bestätigt. In diesem Erkenntnis führt der Gerichtshof aus, dass eine atypisch stille Gesellschaft dann vorliegt, wenn die Rechtsstellung des atypisch Stillen dem eines Kommanditisten gleicht, er also insbesondere an den stillen Reserven und dem Firmenwert beteiligt ist.

Dr. Satovitsch, als Amtsvertreterin, vertrat die Ansicht es würde eine Unternehmerinitiative schon deshalb nicht vorliegen, weil die beteiligten Gesellschafter einen Treuhandvertrag abgeschlossen hätten und faktisch alle Rechte an die Treuhänderin übertragen hätten. Die Ansicht, dass keine Mitunternehmerschaft vorliegen würde, werde auch dadurch bestätigt, dass – wiewohl im Beteiligungsprospekt eine Dauer der Betätigung bis 2007 geplant gewesen wäre – eine Abschichtung der Beteiligung bereits im Jahr 2001 erfolgt sei. Dies überdies ohne Ermittlung der stillen Reserven und des Firmenwertes, sondern zu einem Pauschalbetrag von 80 % der Einlage.

Dr. Schuster führte zur Unternehmerinitiative aus, dass es bei Firmen mit vielen Beteiligten durchaus sinnvoll sei, die Stimmrechte in Form einer Treuhandschaft zu bündeln, anstelle 20 oder 30 Einzelstimmrechte zuzulassen.

Zum Unternehmerrisiko werde darauf verwiesen, dass zwar eine Abschichtung zu 80% erfolgt sei, sich aber gerade daraus ergeben würde, dass es auch zu einer Aufstockung von stillen Reserven gekommen sei; auf Grund der Verlustzuweisungen der Vorjahre hätte es sonst nie zu einer Abschichtung zu diesem Prozentsatz kommen können.

Mag. Fellner ergänzte, dass die Abschichtung eine Reaktion darauf gewesen sei, dass das Finanzamt derartige Modelle nicht anerkannt hätte. Auf Grund dessen sei ein Gutachten von Herrn Mag. D. erstellt worden, und es sei in der Folge zu einer Verteilung des noch vorhandenen Vermögens gekommen.

Dr. Satovitsch entgegnete, dass dem Finanzamt ein solches Gutachten nicht bekannt sei.

Mag. Fellner stellte dazu fest, dass dies möglicherweise dadurch erklärt werden könne, dass die Prüfung bereits vor Erstellung des Gutachtens beendet worden sei.

(Geklärt wurde, dass es sich um den im Akt aufliegenden Bericht über den Status zum 30. Juni 2001 handle.)

Die Verluste der Untergesellschaften resultierten im Wesentlichen daraus, dass die Prinzipien der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung steuerlich ausgenutzt worden wären. Dies bedeutet, dass bei der Anschaffung etwa von Immobilienvermögen, das als Umlaufvermögen gewidmet sei, eine sofortige Erfolgswirksamkeit eingetreten sei.

Nach Ausführungen des Herrn Tüchler, Betriebsprüfer der Jahre 1997 bis 2001, als Amtsvertreter, hätte es allerdings auch Fälle gegeben, wo auch die Verluste rein buchmäßig entstanden seien. Dies bedeutet, dass gar keine Anschaffungen getätigt worden wären. Die Verlustzuweisung des ersten Jahres würde demzufolge selbst bei Anerkennung der Mitunternehmerstellung der atypisch stillen Gesellschaften keineswegs die ausgewiesenen 180 % erreichen.

Dr. Blaser weist darauf hin, dass bereits der Gesellschaftsvertrag (Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft) zwischen dem Geschäftsherrn (PC97) und der Treuhänderin (T. - und SteuerberatungsgmbH) der Treuhänderin nur sehr eingeschränkte Rechte zugebilligt habe. Die Rechte der atypisch stillen Beteiligten, die als Treugeber fungieren, werden aber durch den Treuhandvertrag noch weiter eingeschränkt. So ist beispielsweise gemäß § 4 des Treuhandvertrages die Ermächtigung der Treugeber auf die Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses unwiderruflich. Weiters werden Weisungen des Treugebers an den Treuhänder nur dann wirksam, wenn sie von der Mehrheit des Treuhandkapitals gefordert werden. Schließlich ist nach § 5 des Treuhandvertrages eine gültige Kündigung nach Ablauf der unkündbaren Zeit nur dann möglich, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller bei der Treuhänderin wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das

Treuhandverhältnis aufkündigen. Es ist wohl diese Kündigung in der Praxis so gut wie nicht vollziehbar, weil die einzelnen Treugeber die anderen nicht einmal kennen.

Nach Dr. Schuster wären in diesem Fall jedenfalls die zwei Ebenen der Rechtsverhältnisse zwischen Geschäftsherrn und Treuhänder sowie der Ebene Treuhänder zu den Treugebern zu trennen. Es ist klar, dass es bei einer solchen Fülle von Beteiligten geradezu notwendig sei, die Rechte der Treugeber einzuschränken, da es sonst wohl nie zu einem wirtschaftlich vertretbaren Stimmverhalten kommen würde.

Nach Mag. Fellner sei die Willensbildung der Treugeber über die Vertriebspartner, die die Anleger akquiriert haben, sehr wohl möglich gewesen.

Dr. Satovitsch wies auf die Vorgabe hin, dass eine Beteiligung der Anleger ausschließlich in Form des Treuhandvertrages möglich gewesen sei.

Dr. Blaser führte aus, dass auf Grund der Angaben im Prospekt sich das Risiko der Anleger als sehr reduziert darstelle. In den Angaben des Prospektes werde von einer Rendite nach Steuern von knapp 20 % ausgegangen, wobei in diesen Angaben die Abschichtung nicht berücksichtigt worden sei.

Dem hielt Dr. Schuster entgegen, dass demnach jedenfalls Unternehmerrisiko bestanden hätte, nämlich zumindest in der Form, dass der Anleger das eingesetzte Kapital zur Gänze oder zum Teil verlieren hätte können.

Es sei aber zutreffend, dass er jedenfalls seinen Klienten von der Eingehung derartiger Beteiligungen, die mit diesen Zahlen operieren, abgeraten hätte.

Dr. Satovitsch stellte klar, dass sich das Risiko des Verlustes des Kapitals für den Anleger nicht auf das Darlehen erstreckt hätte, da die Rückzahlung dieses Darlehens durch eine Bankgarantie abgesichert gewesen sei.

Nach Mag. Fellner seien Verlustmodelle, wie das gegenständliche, nunmehr durch den Steuergesetzgeber auf Grund der Bestimmung des § 2 Abs. 2a EStG nicht mehr möglich. Es scheine, dass die Verwaltung diese zum damaligen Zeitpunkt nicht geltenden Bestimmungen rückprojizieren wolle.

Dem hielt Dr. Satovitsch entgegen, dass der Betriebsprüfung naturgemäß zum Zeitpunkt der Prüfung die beabsichtigten Änderungen nicht bekannt gewesen wären.

Ergänzend wird in den Sachverhalt die Zusammenfassung des vom Mag. Fellner angesprochenen **Bericht über den Status zum 30. Juni 2001 der Firma „Bw“** von Mag. Wolfgang D. aufgenommen:

„Ua wurde gezeigt, dass das Arbeitskapital von ATS 15.445.167,- (das ist das anfänglich zur Verfügung stehende Kapital von 34.974.167,- (Stammkapital und eingezahltes

Zeichnungsvolumen abzüglich Gründungs- und Konzeptionskosten ATS 10.482.833,13) abzüglich 19.529.000,- Darlehenrückzahlung) durch das bis 30. Juni 2001 erwirtschaftete Gesamtergebnis von ATS 919.994,- auf ATS 16.365.161,- erhöht werden konnte.

Da das Gesamtkonzept des Unternehmens für eine Laufzeit von 10 Jahren aufgebaut ist, wurden die Gründungs- und Konzeptionskosten des Beteiligungsmodells insbesondere durch die schlechte Entwicklung des Immobilienmarktes nur zum Teil erwirtschaftet:

Auf Grund der vorhandenen Substanz vom 30. Juni 2001 ergibt sich gemäß § 14 des Gesellschaftsvertrages für die atypisch stillen Beteiligten für je ATS 100.000,- der ursprünglichen Einlage folgender Anteil am Vermögen:

	<i>Tranche 1</i>	<i>Tranche 2</i>
<i>Anteil am Vermögen</i>	<i>35.977</i>	<i>34.102</i>
<i>offenes Darlehen</i>	<i>0</i>	<i>0</i>
<i>Gesamtguthaben per 30. Juni 2001</i>	<i>35.977</i>	<i>34.109</i>
<i>zuzüglich Darlehenrückzahlung aus 1999 und 2001</i>	<i>43.000</i>	<i>46.000</i>
<i>Möglicher Gesamtrückfluss an die atypisch stillen Gesellschafter</i>	<i>78.977</i>	<i>80.109</i>

Für beide Tranchen ergibt sich daher zum Stichtag 30. Juni 2001 ein mögliches Abschichtungsguthaben von ATS 79.000 für ATS 100.000,- ursprüngliche Einlage abzüglich bereits zurückbezahltes Darlehen.

	<i>Tranche 1</i>	<i>Tranche 2</i>
<i>Abschichtungsguthaben</i>	<i>79.000</i>	<i>79.000</i>
<i>Bereits zurückbezahltes Darlehen</i>	<i>43.000</i>	<i>46.000</i>
<i>Mögliche Gesamtauszahlung per 2001</i>	<i>36.000</i>	<i>33.000</i>

Datiert mit Wien, im August 2001“

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob die H.GmbH & Stille eine Mitunternehmerschaft ist und die Verluste den 110 Anlegern als atypisch stille Gesellschafter zuzurechnen sind oder nur eine Kapitalhingabe ist.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt ist unstrittig:

Im Jahr 1997 wurde die PC97 nunmehrige H.GmbH gegründet (SS 2,3). Die GmbH errichtete als Geschäftsherr mit der T. - und SteuerberatungsgmbH eine atypisch stille Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag SS 3 ff). Mittels Unterfertigung eines Zeichnungsscheines schlossen 110 Anleger als Treugeber mit der T. und Steuerberatungs GmbH einen Treuhandvertrag und beteiligten sich über die Treuhänderin an der H.GmbH. Die 110 Anleger unterfertigten einen

Zeichnungsschein (S 6), dessen integrierender Bestandteil der Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft, einer Darlehensvereinbarung und der Treuhandvertrag bzw. Schiedsvertrag zum Treuhandvertrag bildete.

Sie sind anhand eines Prospektes „Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger“ (vgl S 5) angeworben worden.

Die H.GmbH & Stille beteiligte sich wiederum 1997 als Stiller an der F-GmbH und als Kommanditist an oa. KGs (SS 8ff).

Auf Grund der Beteiligungen wurden Verluste in oa. Höhe (SS 9ff) erklärt.

Der UFS nimmt als erwiesen an, dass die Rechte der Anleger (= Treugeber) so eingeschränkt waren, dass ihnen keine Mitunternehmerstellung zugekommen ist.

Diese Beurteilung gründet sich auf folgende in freier Beweiswürdigung herangezogene Umstände.

Zur inhaltlichen Begründung der Berufung

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

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Mitunternehmerschaft nicht, doch werden die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) als Beispiele angeführt. Die OHG und die KG gelten danach als typische Mitunternehmerschaften; daraus wird abgeleitet, dass der Mitunternehmerbegriff durch Merkmale bestimmt wird, die für die Gesellschafter einer OHG und KG typisch sind.

Entscheidend für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft ist das Gesamtbild der Verhältnisse, wobei neben dem Erfordernis des Vorliegens von steuerlichen Einkünften gem. § 23 EStG die Kriterien der Übernahme eines Unternehmerrisikos und/oder Unternehmerinitiative im Vordergrund stehen. Diese Kriterien sind unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, insbesondere aus den vertraglichen Vereinbarungen für den Fall der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses zu beurteilen und zu prüfen (VwGH 22.10.1986, 86/13/0092).

Die zwei Kriterien, die im Vordergrund stehen, sind:

Übernahme eines **Unternehmerrisikos** und/oder

Unternehmerinitiative.(Doralt, Einkommensteuergesetz Kommentar, Band II, 7. Lieferung, § 23 Tz 214 ff)

Unternehmerinitiative

Gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages (S 3), abgeschlossen zwischen dem Geschäftsherrn, der H.GmbH und der T. - und Steuerberatungsgesellschaft, ist der stille Gesellschafter an der Geschäftsführung in keiner Weise beteiligt und es besteht keine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsleitung.

Die Anleger (Beteiligten) stellen im Zuge der Unterfertigung des Zeichnungsscheines (S 4), dessen integrierender Bestandteil der Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft, die Darlehensvereinbarung und der Treuhandvertrag bzw. Schiedsvertrag zum Treuhandvertrag bilden, das unwiderrufliche Anbot der T. – Steuerberatungsgesellschaft mbH, mit ihm dem Unterzeichner den im Prospekt wiedergegebenen Treuhandvertrag abzuschließen (S 3ff).

Als Stiller Gesellschafter an der H.GmbH kann man sich nur beteiligen, wenn man den Treuhandvertrag abschließt (vgl. Zeichnungsschein S 4ff).

Mit dem gegenständlichen Treuhandvertrag werden die im Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontrollrechte unwiderruflich auf die Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses an die Treuhänderin, die Firma T. - und Steuerberatungsgesellschaft mbH, übertragen. Die in der Projektbeschreibung beschriebene Verwendung der Zeichnungssumme samt die für die Leistungen der Projektbetreiber zu bezahlenden Kostenersätze müssen von den Zeichnern der Anteile ohne Möglichkeit einer Einflussnahme akzeptiert werden. Weisungen des Treugebers an den Treuhänder werden nur dann wirksam, wenn sie von einer Mehrheit des Treuhandkapitals gefordert werden, dies gilt auch für Weisungen, die im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der PC97 = Bw erfolgen (§ 4). Eine Kündigung kann nur ausgesprochen werden, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen (§ 5).

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

Wenn ein Beteiligter Entscheidungen herbeiführen, beeinflussen, daran mitwirken, Entscheidungen anderer Gesellschafter verhindern kann, ist von einer Unternehmerinitiative auszugehen.

Wie in der Berufung ausgeführt, dient die Bündelung der Stimmrechte der Anleger über einen Treuhänder dem Einfluss der Anleger. Dass, wie weiters in der Berufung ausgeführt, in der wirtschaftlichen Praxis ein atypisch stiller Gesellschafter (analog zu einem Kommanditisten) auf die operativer Tätigkeit nur geringen Einfluss nehmen könne, und sich eher auf die grundsätzlichen Unternehmensentscheidungen zu beschränken hätte, liege auf der Hand, könne aber deswegen nicht als Kriterium für die Entscheidung, ob eine Gesellschaft als Mitunternehmerschaft anzusehen sei, herangezogen werden.

Eine atypische Beteiligung der Anleger konnte nur im Zuge der Unterzeichnung eines Zeichnungsscheines (§ 5) erlangt werden. Wie vorstehend ausgeführt, war diese verbunden mit einem Treuhandvertrag, einem Darlehensvertrag und einem Schiedsvertrag.

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhanders genannt) häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechte. Unter Voraussetzungen, wie sie für Treunehmer typisch sind, ist dadurch die Mitunternehmerstellung des Treugebers nicht berührt, die unmittelbare Beteiligung am Erfolg und an der Substanz bleibt gewahrt, das unternehmerische Risiko des Treugebers wird nicht verändert.

Die Zwischenschaltung eines Treuhänders, der zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt zivilrechtlich dazu, dass Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten gelten (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-) Gesellschaften, SS 66ff).

Aus einer Vielzahl von Erkenntnissen (VwGH 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193; VwGH 20.9.1988, 87/14/0167; VwGH 25.11.1999, 97/15/0188) sowie der Literatur, Doralt EStG Kommentar, § 23 RZ 253 geht hervor, dass auch Treugebern nur im Falle eines persönlichen Unternehmerrisikos und einer Unternehmerinitiative Einkünfte zugerechnet werden können. Im Erkenntnis VwGH vom 20.9.1988, 87/14/0167 wird ausgeführt, dass die Zurechnung von Einkünften aus einem Treuhandvermögen an die Dispositionsfähigkeit über die Einkunftsquelle knüpft. Selbst wenn der Treuhänder Mitunternehmer sein sollte, hat dies für sich allein noch nicht zur Folge, dass auch dem Treugeber Mitunternehmerstellung zukommt (VwGH 23.4.2002, 99/14/0321).

§ 24 BAO regelt nur die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, nicht jedoch die Zurechnung von Einkünften (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16.3.1989, 89/14/0024). Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der wirtschaftlich über die Einkunftsquelle disponieren und so die Art der Nutzung bestimmen kann. Bei Einkünften aus einem Treuhandvermögen kann daher eine

Zurechnung der Einkünfte an den Treugeber nur erfolgen, wenn ihm (zumindest im Innenverhältnis) diese Dispositionsfähigkeit zukommt.

In dem gegenständlichen Treuhandvertrag zwischen den Anlegern als Treugeber und dem Treuhänder, wurde der Treuhänder vom Treugeber beauftragt sich treuhändig auf seine Rechnung als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung an der H.GmbH zu beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

Die Ermächtigung und Vollmacht ist auf Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses unwiderruflich. Weisungen des Treugebers an den Treuhänder werden nur dann wirksam, wenn sie von der Mehrheit des Treukapitals gefordert werden, dies gilt auch für Weisungen, die im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der PC97 (H.GmbH) erfolgen. Die Treuhänder willigen ein, dass der Treuhänder auch in eigener Sache mitstimmt.

Mit dem Treuhandvertrag wurden die im Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontrollrechte an die Fa. T. - und Steuerberatungsgesellschaft mbH als Treuhänderin übertragen. Die in der Projektbeschreibung beschriebene Verwendung der Zeichnungssumme samt den für die Leistungen der Projektbetreiber zu bezahlenden Kostenersätze mussten von den Zeichnern der Anteile ohne Möglichkeit einer Einflussnahme akzeptiert werden.

Auch in dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.12.1990, Zl. 86/13/0136, führt dieser aus, dass gemäß § 24 Abs.1 lit. c BAO Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen für den Treugeber erworben worden sind, dem Treugeber zuzurechnen sind. Dieser Bestimmung liegt die Überlegung zu Grunde, dass ungeachtet der umfassenden Rechtsausübungsbefugnisse des Treuhänders der wirtschaftliche Nutzen (Ertrag) und Wertsteigerung des Treuhandvermögens dem Treugeber ebenso zu Gute kommen wie ihn das Risiko einer allfälligen Wertminderung trifft. Der Treuhänder übt die Rechte des Eigentümers zwar im eigenen Namen, jedoch im (wirtschaftlichen) Interesse des Treugebers aus. Der Treugeber hat ein Recht auf Rückgabe bzw. Herausgabe des Treuhandvermögens und seiner Früchte. Er kann durch Beendigung des Treuhandverhältnisses die Rechtsausübungsbefugnis als Eigentümer (wiederum) zurückverlangen.

Diese dem Treuhandvertrag inhärente Möglichkeit ist in dem gegenständlichen Fall den „Treuhand-Kommanditisten“ im Beschwerdefall genommen. Selbst wenn man ihre Kündigungsmöglichkeit bejahen wollte, ist dies mit der hierfür geforderten Mehrheit von 51 % der treuhändig gehaltenen Kommanditanteile, ohne dass für die einzelnen Treugeber die Möglichkeit bestünde, von den Daten der übrigen Treugeber Kenntnis zu erlangen, praktisch kaum zu verwirklichen.

Im gegenständlichen Fall ist die Kündigung ebenfalls gemäß § 5 des Treuhandvertrages eingeschränkt; eine gültige Kündigung kann von einem Treugeber nur dann ausgesprochen werden, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller bei der H.GmbH wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen.

Auch wenn in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Bw. ausgeführt worden ist, dass die Willensbildung der Treugeber über die Vertriebspartner, die die Anleger akquiriert haben, sehr wohl möglich sei, ist nach Ansicht des UFS ist eine solche Mehrheit bei 110 Anlegern, wie dies auch im oa. Erkenntnis ausgesprochen, praktisch nicht zu verwirklichen.

Die Anleger sind ebenso wie die Vertriebspartner in ganz Österreich verteilt. Warum weiters über die Vertriebspartner, denen keine rechtliche Stellung in dem Firmengeflecht zukommt, eine Koordination erreicht werden könnte, wurde im Berufungsverfahren nicht dargelegt. Wenn somit ein Anleger von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen will, wird er an der im Vertrag festgehaltenen „Mehrheitsklausel“ scheitern.

Dass die geforderte Mehrheit kaum zu verwirklichen sei, führt jedoch dazu, dass der einzelne Anleger keine Initiative entfalten kann.

Unternehmerrisiko

Unternehmerrisiko sind mit der Kapitalanlage verbundenen Gefahren der Vermögensminderung oder Vermögenseinbuße.

Lt. Gesellschaftsvertrag (§ 3) ist die Höhe der möglichen Verlustzuweisung bei der Tranche 1 mit 315,78% und bei der Tranche 2 mit 298,3% des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage begrenzt. Darüber hinausgehende Verluste sind dem Geschäftsherrn zuzuweisen. Mit einzelnen Anlegern bestehen abweichende Regelungen mit der Vereinbarung einer höheren Verlustzuweisung. Es besteht keine Nachschusspflicht. Scheidet ein Gesellschafter aus, so ist ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben zu ermitteln. (§ 13 des Gesellschaftsvertrages). Für die Kosten des Geschäftsherrn werden vom gemäß dem Beteiligungsverhältnis ermittelten Auseinandersetzungsguthaben 20% der Gesellschaftereinlage in Abzug gebracht. Der sich ergebende Auszahlungsbetrag wird nicht mit einem etwaigen bestehenden negativen Kapitalkonto saldiert.

Bereits im Geschäftsjahr 1997 wurde die maximale Verlustzuweisung an die stillen Gesellschafter vorgenommen. Der Verlust für 1988 wurde daher vollständig dem Geschäftsherrn zugewiesen.

Das Risiko, die Vermögenseinlage zu verlieren, kann das Mitunternehmerbild nicht allein bestimmen, denn die Gefahr trifft gleichermaßen auch denjenigen, der an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist und der so gleichfalls nicht mehr verlieren kann als der

Kommanditist, nämlich das eingesetzte Kapital. Es müsse vielmehr auch die Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven, am Zuwachs des Geschäftswertes des Unternehmens, dem Kapital zugeführt wurde, hinzutreten. Aber auch bei dieser Feststellung könne es noch nicht bleiben. Die Teilnahme an Gewinnen, und zwar sogar an den Wertzuwächsen, die üblicherweise außerhalb des laufenden Geschäftes realisiert werden, sei nämlich auch dem an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten nicht verschlossen, wenngleich diese Gewinne bei ihm zumeist erst bei der Veräußerung seiner Anteile oder bei Liquidation des Unternehmens zur Wirkung gelangen. Das so deutliche Merkmal des Unternehmerrisikos scheine somit an Farbe und Substanz zu verlieren und als Unterscheidungs- und Bestimmungsmerkmal weniger bedeutsam zu werden oder sich gar als unbrauchbar zu erweisen, wenn man aus dieser Sicht (wenn auch einseitig und bewusst vordergründig) den Kommanditisten mit dem Gesellschafter von Kapitalgesellschaften vergleicht (Stoll "Publikums-Abschreibungsgesellschaften" SS 56ff).

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob das für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft geforderte Mitunternehmerrisiko gegeben ist.

Das Beteiligungsangebot lautet: "Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger." (S 5)

Die Beteiligung wird damit beworben, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen konzipiert ist, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden. Es handelt sich um eine Beteiligung, die auf der Grundlage eines steueroptimierten Konzeptes in Form einer atypisch stillen Beteiligung errichtet wird. Die Beteiligung ist mit einem Darlehen im Ausmaß von 43% bzw. 46 % der Zeichnungssumme, das sie dem Geschäftsherrn gewähren, kombiniert. Dieses Darlehen ist durch eine Bankgarantie einer österreichischen Bank besichert.

Ein weiterer Anreiz ist, dass bei einem Grenzsteuersatz von 50 %, einer Verlustzuweisung von 180% und der geplanten Abschichtung – bezogen auf die Zeichnungssumme – sich eine Nettorendite von ca. 19 % p.a. ermitteln lässt, was einer Bruttorendite (vor 25 % KEST) von ca. 25 % p.a. entspricht.

In dem auf Seite 6 angeführte Berechnungsbeispiel wird von einer 100% igen Verlustzuweisung im ersten Jahr der Beteiligung ausgegangen, weder ein zu erwartender Gewinn noch ein Abschichtungsguthaben wird bei der Berechnung der Dividende berücksichtigt.

Bei dem gegenständlichen Beteiligungsmodell erleiden die atypisch stillen Beteiligten selbst bei Verlust des eingesetzten Kapitals auf Grund der Anfangsverluste erzielten Steuerersparnis die im Rechenbeispiel angeführte Dividende.

Laut dem eingangs ausgeführten Berechnungsbeispiel kann es weiters nur zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals kommen. Fast die Hälfte des jeweils eingesetzten Kapitals ist ein Darlehen, für welches die Rückzahlung mittels Bankgarantie gesichert ist. Die andere Hälfte ist die risikobehaftete Anlage als atypisch stiller Gesellschafter. Doch laut Rechenbeispiel ist selbst bei gesamtem Verlust des eingesetzten Kapitals eine Rendite auf Grund der Steuerersparnis für den Anleger gewinnbringend. Bereits im Jahr nach Eingehen der Beteiligung steht einer Einzahlung von S 106.000,- eine Darlehensauszahlung von S 40.790 und eine Steuerersparnis von S 93.000,- gegenüber (vgl. Rechenbeispiel S 5ff).

Der Berufung angeführte Effekt der Steuerstundung kommt, dem Rechenbeispiel folgend, auch nicht zum Zug, da im Rechenbeispiel kein Abschichtungsguthaben angenommen worden ist.

Laut Ausführungen des Bw. liegt im gegenständlichen Fall ein Finanzierungsmodell für Dritte sowie für die eigene Unternehmensgruppe vor, mit dem Ziel die Eigenfinanzierung der Unternehmen zu fördern und damit innovative Bereiche in Unternehmensgruppenportfolio mit genügend Eigenmittel zu versorgen um geordnete Produktentwicklungen auch in den wirtschaftlich schwierigen Anlauf- und Einführungsphasen zu sichern.

Es geht um die Finanzierung von Projekten, im gegenständlichen Fall Ankauf und Herstellung von Wohnungen, wobei die atypisch stillen Beteiligten der Gesellschaft Bw (&Stille) keinerlei Einfluss auf die Art der Projekte, die Art der Anschaffung der Wirtschaftsgüter etc. haben. Sie stellen ihr Geld zur Verfügung, wofür laut dem „Werbeprospekt“ eine Nettorendite in Höhe 19% bei 50% Grenzsteuersatz und einer Verlustzuweisung in Höhe von 180 % zugesagt wurde.

Gegründet wurde im vorliegenden Fall im Jahr 1997 dem Geschäftsherrn nahe stehende Firmen (S 9, Geschäftsführer ident, Gesellschafter ident), die Verluste „produzierten“, die teilweise im Zuge einer Betriebsprüfung nicht anerkannt worden sind.

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

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse hat im gegenständlichen Fall die Beteiligung an nahe stehenden Firmen (vgl. S8 ff) und deren im ersten Jahr der Beteiligung erwirtschafteten Verlusten Modellcharakter, der sich unabhängig von einem Unternehmerrisiko der Anleger darstellt.

Nach Auffassung des UFS erfüllen die 110 Zeichner der Anteile nicht die für das Unternehmerrisiko erforderlichen Voraussetzungen. Das Risiko der Anleger besteht

ausschließlich im Verlust der der Fa. Bw zu Verfügung gestellten Gelder. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise handelt es sich lediglich um die Hingabe eines Darlehens.

Entgegen des vertraglichen Kündigungsverzichtes bis 2007 bzw. 2010 wurden die atypisch stillen Gesellschafter bereits per Ende 2001 abgeschichtet.

Laut Angaben des steuerlichen Vertreters erfolgte keine Mitteilung des Unternehmenswertes zur Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens, den atypisch stillen Gesellschaftern wurde hingegen der Ausstieg aus der atypisch stillen Gesellschaft nahe gelegt. Die Abschichtung erfolgte mit rund 80% des Nominalwertes. Das Darlehen wurde ebenfalls im Jahr der Abschichtung zurückgezahlt.

Auf Grund des angeführten Berichtes zum 30. Juni 2001 ist erkennbar, dass kein Verlust des angelegten Kapitals nach dem Modell hätte erfolgen können. Die mögliche Gesamtauszahlung Tranche 1 wurde neben dem Darlehen in Höhe von S 43.000,- mit 36.000,- berechnet.

Bereits im 1 Jahr Beteiligung war eine Steuergutschrift in Höhe von S 93.000,- (vgl. Rechenbeispiel) geplant.

Der UFS vertritt daher nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die Auffassung, dass die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für eine Mitunternehmerschaft – Unternehmerinitiativ und Unternehmerrisiko – im gegenständlichen Fall nicht gegeben sind. Es handelt sich vielmehr um Kapitalhingabe.

Der Berufung war daher nicht stattzugeben.

Beilage: Anlegerliste

Wien, am 27. November 2008