

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Stb., über die Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde FA betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 2008 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der festgesetzten Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Verfahrensablauf

1. Nach der für die Jahre 2005 bis 2008 durchgeführten Außenprüfung gemäß § 147 BAO wurde im Bericht vom 12.05.2010 für das Jahr 2008 Folgendes festgehalten:

#### *„Tz.1 Spekulationsverluste*

*Alleingesellschafter der Bf., als deren Geschäftszweig im Firmenbuch Werbewesen angegeben war, war Erich A.. Die Anteile an der Gesellschaft wurden aufgrund eines Treuhandvertrages vom 24.06.1999 von der B. GmbH, vertreten durch Dr. C., treuhändig gehalten. Zugleich wurde die Bf. durch den als Geschäftsführer fungierenden Treuhänder vertreten.*

*Insbesondere trifft dies auf die im Prüfungszeitraum erfolgten Transaktionen zu. Am 18.11.2005 erwarb die geprüfte Gesellschaft eine Option auf Teilnahme an der Kapitalerhöhung der D. GmbH und Erwerb eines 30%-Anteiles daraus. Am 19.12.2005 schloss die Bf. mit der E. AG einen Vorvertrag zum Abschluss eines Übernahmearbotes dieser Anteile ab. Aufgrund Verschmelzungsvertrag vom 24.09.2007 wurde die im Zuge einer Abspaltung von der D. GmbH hervorgegangene D. GmbH mit der Bf. als übernehmender Gesellschaft verschmolzen, die ihrerseits aufgrund Verschmelzungsvertrages vom 17.09.2009 mit der F. AG (= G. AG) als übernehmender*

Gesellschaft verschmolzen wurde. Im Zuge der Verschmelzung wurde eine Forderung gegen die H. Privatstiftung sowie eine Darlehensforderung gegen Michael I. übernommen. Im Dezember 2007 erwarb die Bf. Gewinnscheine der J. AG (= F. AG = G. AG) für EUR 2 Mio, im Dezember 2008 neuerlich für EUR 6 Mio.

Per Kontraktdatum 08.08.2008 schloss die Bf. ein Devisentermingeschäft über den Verkauf von JPY zum Terminkurs von 166,39 JPY/EUR. Das Ausübungsdatum war der 06.11.2008, Valutadatum der 10.11.2008. Infolge des Kurses am Ausübungsdatum von 127,9 JPY/EUR wurde ein Verlust von EUR 1.216.051,63 realisiert.

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verluste aus dem Termingeschäft, das mangels eines Zusammenhanges mit dem Betrieb der Bf., die im Prüfungszeitraum keine nach außen gerichtete Geschäftstätigkeit ausübte und insgesamt lediglich Erlöse von EUR 80.000 aus Verrechnungen mit der D., deren Gesellschafter die Bf. war, erzielte, nach Art, Inhalt und Zweck als branchenfremdes Termingeschäft zu qualifizieren ist, eine Betriebsausgabe im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG bilden und demnach Ausgaben bzw. Aufwendungen vorliegen, die durch den Betrieb veranlasst sind, wurden von der BP die vom BFH entwickelten Grundsätze angewendet. Vom steuerlichen Vertreter der Bf. wurde eingewendet, dass gewillkürtes Betriebsvermögen vorliege. Im Übrigen sei das Devisentermingeschäft „aus rein spekulativen Gründen“ abgeschlossen worden.

Entsprechend der BFH-Rechtsprechung fehlt es an der für den Ansatz als gewillkürtes Betriebsvermögen notwendigen objektiven Eignung eines Geschäfts zur Förderung des Betriebes nicht schon allein deshalb, weil es Risiken in sich birgt, denn die mehr oder minder stark ausgeprägte Risikoträchtigkeit von Geschäften gehört zum Wesen einer jeden unternehmerischen Betätigung. Je weiter sich jedoch Art und Inhalt des zu beurteilenden Geschäfts von der Haupttätigkeit des Unternehmens entfernen, umso größer erweise sich die Gefahr von Verlusten, weil der Unternehmer die Chancen und Risiken des Geschäfts und damit dessen objektive Eignung zur Förderung des Betriebes umso weniger zutreffend einzuordnen vermag. Die Anforderungen an die Feststellung der objektiven Eignung des Geschäfts zur Verstärkung des Betriebskapitals müssen deshalb in entsprechendem Maße steigen.

Nach Ansicht der BP ist entsprechend den in der BFH-Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen aufgrund der hohen Verlustträchtigkeit des als Spiel bzw. Wette zu charakterisierenden Differenzgeschäftes sowie des von der Bf. zugestandenen Nichtbestehens von Beziehungen zwischen diesem Spekulationsgeschäft und der im Wettbewerb liegenden Geschäftstätigkeit die betriebliche Veranlassung zu verneinen. Lediglich unter der Voraussetzung, dass die Bf. schon vor diesem Devisentermingeschäft langjährige Devisentermingeschäfte zu Sicherungszwecken durchgeführt hätte, weil ihr Geschäftsbereich zu einem Großteil im Ausland gelegen wäre, wäre eine andere Beurteilung in Betracht zu ziehen.

In einem solchen Fall wäre unter Umständen davon auszugehen, dass eine entsprechende „Sachkundigkeit“ diesbezüglich vorhanden gewesen wäre, weshalb

*auch Spekulationsgeschäfte, die keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb haben, dennoch im Sinne der Ausführungen der Judikatur des BFH dem betrieblichen Bereich zuzuordnen wären. Von einem solchen Sachverhalt kann aber in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Vielmehr hat die Bf. ein Devisentermingeschäft lediglich für den Zeitraum von drei Monate abgeschlossen, sodass von einer auf nachhaltige Gewinnerzielung intendierenden Tätigkeit nicht ausgegangen werden kann. Ein einmaliges, für drei Monate abgeschlossenes Devisentermingeschäft ist mit einem hohen Risiko behaftet, Kursverluste zu realisieren. Der Versuch, im Rahmen einer nachhaltigen und auf Gewinnabsicht basierenden geschäftlichen Tätigkeit etwaige entstehende Kursverluste aufzufangen, wurde schließlich auch nicht unternommen.*

*Der Abschluss eines Devisentermingeschäftes - welches subjektiv gesehen der Stärkung des Betriebskapitals dienen soll - ist nicht in Einklang mit der Verantwortlichkeit einer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung zu sehen. Denn bei der seriösen, auf Kenntnissen beruhenden Terminspekulation handelt es sich um eine geistige Tätigkeit, welche aus den Erfahrungen der Vergangenheit und aus der Beobachtung der gegenwärtigen Ereignisse die künftige Entwicklung prognostiziert, um durch entsprechende geschäftliche Handlungen wirtschaftliche Vorteile zu erzielen (vgl. BFH VIII R 63/96). Der BFH bestätigt auch, dass nicht nur professionelle Devisenhändler, sondern auch branchenfremde Kaufleute im Falle einer genügenden Sachkunde sowie einer ständigen Kursbeobachtung und Information aus Devisentermingeschäften nachhaltig Gewinne erzielen können.*

*Im gegenständlichen Fall wurde jedoch nur ein punktuelles Geschäft (für drei Monate) abgeschlossen, sodass von einer Nachhaltigkeit nicht gesprochen werden kann, durch entsprechende wirtschaftliche Handlungen einen Gesamtgewinn zu erzielen. Ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer wäre ein solches Risiko nicht eingegangen, seine Kapitalgesellschaft, die ein Eigenkapital von EUR 50.000 (31.12.2007) und Bankverbindlichkeiten von EUR 5,3 Mio und keine weitere Geschäftstätigkeit aufweist, mit potentiellen möglichen Spekulationsverlusten zu belasten. Dem gegenständlichen Devisentermingeschäft fehlt es daher an der notwendigen Nachhaltigkeit und der Gewinnerzielungsabsicht, damit die Einkunftsquelleneigenschaft gewährleistet wird.*

*Festzuhalten ist, dass entsprechend der ständigen Judikatur des VwGH Wirtschaftsgüter, die im Betriebszweck keine Deckung finden und auch nicht den Kriterien des gewillkürten Betriebsvermögens entsprechen, der außerbetrieblichen Sphäre zuzuordnen sind.*

*Auch im Hinblick auf das Vermögen der unter § 7 Abs. 3 KStG fallenden Körperschaft kann zwischen betrieblicher und außerbetrieblicher Sphäre differenziert werden.*

*Unter Berufung auf einkommensteuerrechtliche Grundsätze räumt der VwGH dem einkommensteuerrechtlichen Veranlassungsprinzip, in welchem die Abgrenzung zwischen betrieblicher und privater Sphäre begründet ist, Vorrang gegenüber der spezifischen körperschaftsteuerlichen, auf dem Trennungsprinzip beruhenden Korrektur im Wege der verdeckten Ausschüttung ein. Ist die Disposition über ein Wirtschaftsgut gesellschaftsrechtlich motiviert bzw. dient der Vermögensgegenstand bzw. das*

*Rechtsgeschäft nicht der Einkünfteerzielung im Sinne einer wirtschaftlichen Tätigkeit, so ist dieser Geschäftsvorgang der außerbetrieblichen Sphäre zuzuordnen. In diesem Zusammenhang ist auch unter Beachtung der Liebhabereiverordnung festzustellen, dass dieses auf drei Monate befristete Devisentermingeschäft keine steuerlich beachtliche Einkunftsquelle darstellt, da die von der Verordnung geforderten objektiven Kriterien zur Gewinnerzielungsabsicht nicht vorliegen.*

*Entsprechend dem dargelegten Sachverhalt und den Erwägungen der BP ist der Kursverlust in Höhe von EUR 1.216.051,63 nicht der betrieblichen Sphäre zuzuordnen und daher nicht als Betriebsausgabe abziehbar. Aufgrund dieser Feststellung ergibt sich eine Änderung der in der Körperschaftsteuererklärung 2008 erklärten Einkünfte in der Höhe von EUR 1.216.051,63.“*

2. Das Finanzamt (FA) folgte den Feststellungen der AP und erließ am 18.06.2010 einen diesen Feststellungen entsprechenden Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 2008.

3. Mit der nunmehr als Beschwerde zu behandelnden Berufung vom 08.11.2010 (nach erstreckter Rechtsmittelfrist) wandte sich die Bf. mit folgender Begründung gegen den Körperschaftsteuerbescheid 2008:

*„Die BP anerkennt die Verluste aus einem im Jahr 2008 abgeschlossenen und nach drei Monaten abgerechneten Devisentermingeschäft im Wesentlichen deshalb nicht, weil (i) der Abschluss des Devisentermingeschäftes für die Bf. laut Meinung der BP branchenfremd war, (ii) lediglich ein einziges, nur drei Monate dauerndes Geschäft abgeschlossen wurde, (iii) dieses Geschäft wegen seiner Kürze laut BP ein besonderes Risiko darstellte, (iv) laut BP Gegenmaßnahmen um drohende Kursverluste aufzufangen, die eine auf Nachhaltigkeit und Gewinnabsicht gerichtete Geschäftsführung ergreifen würde, unterblieben sind, (v) es für die Anerkennung als gewillkürtes Betriebsvermögen an der „objektiven Eignung“ des Geschäfts zur Förderung des Betriebes mangelt (vi) und - in genereller Berufung auf BFH Judikatur - die steuerliche Anerkennung von Ergebnissen aus Termingeschäften zur Stärkung des Betriebskapitals nur bei einer seriösen, auf (Fach)Kenntnissen, Vergangenheitserfahrungen und Gegenwartsbeobachtungen beruhenden geistigen Tätigkeit erfolgt, andernfalls es in den Bereich von Wette und Spiel einzureihen wäre.*

*Dem ist entgegenzuhalten:*

*(i) Der Abschluss war nicht branchenfremd. Ende 2005 hat die Bf. den Beschluss gefasst, die schon bisher sehr eingeschränkte Tätigkeit im Consultingbereich aufzugeben. Seit 2007 hat die Bf. dann ausschließlich (Wertpapier)Veranlagung betrieben. Das Geschäft war daher nicht branchenunüblich. Es war das Kerngeschäft.*

*Auf Seite 3 Absatz 4 des BP-Berichtes stellt die BP fest, dass „die geprüfte Gesellschaft im Prüfungszeitraum (2005-2008) keine nach außen gerichtete Geschäftstätigkeit ausübte und insgesamt lediglich Erlöse von EUR 80.000 aus Verrechnungen mit der D., deren Gesellschafter die geprüfte Gesellschaft war, erzielt hat“.*

*Die Bf. hat Ende 2005 beschlossen, den ohnehin im kleinen Umfang betriebenen Geschäftsbereich des Consultings aufzugeben. Mit 30.09.2005 wurde das Anstellungsverhältnis mit der einzigen Dienstnehmerin gelöst. Der letzte Consultingumsatz datiert aus 2006.*

*Seither hat die Bf. - wiederum in einem beschränkten Arbeitsumfang - ausschließlich Investitionen unter hohem Fremdkapitaleinsatz getätigt. Primäres Ziel dieser Investitionen war, durch Kauf und Verkauf von Beteiligungen und Wertpapieren einen Spekulationsgewinn zu erzielen.*

*(ii) Es wurde nicht nur ein einziges „Spekulations“-Geschäft abgeschlossen sondern mehrere. Die BP hat es nur verabsäumt, die übrigen Geschäfte festzustellen.*

*Auf Seite 3 Absatz 2 des BP Berichtes ist festgehalten, dass „die Gesellschaft am 18.11.2005 eine Option auf Teilnahme an der Kapitalerhöhung der D. GmbH erworben hat“. In der Folge wurde die Gesellschaft durch diese Option Gesellschafterin an der D. GmbH mit einem Anteil am Stammkapital von ca. 30%.*

*Diese Option, die ein selbständiges Wirtschaftsgut war (übertragbar, bewertbar), wurde zuerst mit der Absicht des Weiterverkaufes vom bisherigen Optionsberechtigten entgeltlich erworben. An Stelle des direkten Weiterverkaufes der Option hat sich die Bf. aber später entschlossen, das Optionsrecht selbst auszuüben und die der Option zugrundeliegende Beteiligung zu erwerben. Dieser Erwerb wurde am 06.04.2006 ins Firmenbuch eingetragen.*

*Zur Absicherung dieser Investition wurde eine Put Option erworben, die es der Bf. ermöglicht hätte, die Beteiligung jederzeit zu einem bestimmten Preis an den Optionsgeber (= Stillhalter), die F. AG (eine Schwestergesellschaft der D. GmbH), wieder verkaufen zu können.*

*Die BP hat diesen Umstand in ihrem BP Bericht auf Seite 3 Absatz 2 auch festgehalten. [...] Diese Put Option wurde durch einen Notariatsakt umgesetzt.*

*Im Jahr 2009 übernahm die Bf. aus spekulativer Absicht mehrere Vermögensgegenstände (Forderungen aus Darlehen) von der D. GmbH. Die Umsetzung erfolgte durch eine nicht verhältnismäßige Abspaltung des Betriebes der D. GmbH in eine neue Gesellschaft (an der die Bf. kein Interesse hatte und nach der Abspaltung nicht mehr beteiligt war) mit anschließender Verschmelzung des diese Forderungen besitzenden Restmantels auf die Bf.*

*Damit wurden in wirtschaftlicher Betrachtungsweise drei Vermögensgegenstände im Wert von insgesamt EUR 6.323.975,96 erworben (siehe Beilage I - Spaltungsbilanz des nach der Spaltung verbliebenen Nettoaktivvermögens gem. § 3 Abs. 4 SpaltG).*

*Wirtschaftlicher Hintergrund war die Chance, an den Eintritt bestimmter Bedingungen geknüpfte Nachbesserungen der übernommenen Nominalforderungen zu lukrieren.*

*Diese Spekulation ist allein im Jahr 2008 mit einem steuerpflichtigen Gewinn von EUR 1.280.787,25 aufgegangen (siehe Beilage II - Kopie Kontoauszug Konto 8140 - Erlöse aus dem Abgang von Beteiligungen).*

*Allein durch die Investition „D. GmbH“ wurden somit fünf Geschäftsfälle im Bereich der Veranlagung/Spekulation durch Kauf und Verkauf gesetzt (Call Option kaufen, Put Option abschließen, drei Vermögensgegenstände erwerben).*

*Die BP hat auch verabsäumt festzustellen, dass es weitere Veranlagungen und Spekulationen mit Wertpapieren bzw. Derivaten gegeben hat. Dies wohl deshalb, weil diese Geschäftsfälle im Prüfungszeitraum entweder nicht unmittelbar als Erlös sichtbar sind (weil z.B. saldiert mit Anschaffungskosten) oder sich erst nach dem Prüfungszeitraum und wegen der rückwirkenden Fusion in einer anderen Gesellschaft als Gewinn beim Rechtsnachfolger niederschlagen.*

*Der Beginn der Spekulation durch Abschluss des betreffenden Geschäftes wurde jedoch noch im Rahmen der Geschäftstätigkeit der Bf. gesetzt.*

*So wurde eine Stillhalterprämie im Rahmen einer Put Option auf Genussrechte vereinnahmt (siehe Beilage III - Kopie Kontoauszug inkl. Bankbestätigung), mit zwei einzelnen Transaktionen Genussrechte gekauft (siehe Beilage IV - Bankbestätigungen) und ein weiteres Devisentermingeschäft als quasi Verlängerung des ersten abgeschlossen [siehe Beilage V - Bankbestätigung - und Ausführungen unter (vi)].*

*(iii) Ein kurzlaufendes Termingeschäft ist nicht automatisch riskanter als ein länger laufendes.*

*Die wirtschaftliche Struktur eines solchen Geschäftes beruht darauf, dass ein Dritter durch Aufnahme eines Kredites in der einen Währung und Veranlagung der dadurch erhaltenen Geldmittel in der anderen Währung den Wechselkurs zwischen den beiden Währungen für den Käufer des Devisentermingeschäftes wirtschaftlich „einfriert“. Differenzen im Zinsaufwand für den Kredit in der einen Währung und den Zinsertrag für die Veranlagung in der anderen Währung zum Zeitpunkt des Abschlusses werden auf die Laufzeit des Devisentermingeschäftes hochgerechnet. Das ergibt einen fixen Ertrag oder fixe Kosten für den Abschluss. Diese Kosten sind grundsätzlich linear steigend auf die Laufzeit.*

*Bei gleichbleibenden Wechselkursen wäre das Geschäft grundsätzlich mit Gewinn abgeschlossen worden.*

*Chancen und Risiken entstehen schlussendlich über die Wechselkursveränderung, die dann den Gesamterfolg/-misserfolg ausmachen. Wird wegen unterschiedlicher volkswirtschaftlicher Entwicklungen einer Währung gegenüber der anderen Währung eine Abschwächung vorhergesagt, so schlägt sich das üblicherweise bereits in den unterschiedlichen Zinsniveaus nieder und damit im fixen Ertrag bzw. in fixen Kosten bei Abschluss.*

*Im streitgegenständlichen Fall war diese fixe Differenz positiv, d.h. es gab einen fixen Ertrag für die Gesellschaft in Höhe von € 40.867,84. Damit war eine beschränkte Wechselkursverschlechterung einkalkuliert.*

*Da Wechselkurse aber sich nicht immer nach den volkswirtschaftlichen Daten richten, sondern durch massive Spekulationen einerseits und Notenbankeninterventionen andererseits stark beeinflusst werden, kam es beim streitgegenständlichen Geschäft zu einem unerwartet hohen Kursanstieg des Yen. Die Gefahr solcher unerwarteter Kursanstiege ist naturgemäß bei längeren Laufzeiten sogar höher als bei kurzen Laufzeiten.*

*Das Argument, dass ein kurzlaufendes Devisentermingeschäft automatisch ein höheres Risiko in sich birgt, ist also nicht haltbar.*

*(iv) Die Geschäftsführung handelte sehr wohl nachhaltig und mit Gewinnerzielungsabsicht.*

*Wie aus den Ausführungen der vorherigen Punkte bereits hervorgeht, gab es sehr wohl eine nachhaltige Geschäftstätigkeit. Die in absoluten Zahlen gemessene Aktivität der Bf. im Geschäftsbereich „Spekulation“ entsprach der Aktivität im Bereich Consulting in den Jahren davor und beruhte auf dem grundsätzlichen Gesellschafterauftrag und damit auf den verfügbaren personellen Ressourcen der Gesellschaft.*

*Die Gewinnerzielung(sabsicht) lässt sich - neben den Ausführungen in den vorangehenden Punkten - eindeutig durch folgende Tatsache belegen:*

*Zeitgleich mit dem Auslaufen des verlustträchtigen Termingeschäfts wurde von der Geschäftsführung ein „Verlängerungsgeschäft“ gleichen Inhalts (Devisentermingeschäft Euro/Yen) abgeschlossen (siehe Beilage V - Bankbestätigung). Dieses Geschäft ergab bei Abrechnung im Jahr 2009 (beim Rechtsnachfolger) auch prompt einen Gewinn in der Höhe von EUR 299.971,39 (siehe Beilage VI - Kontoauszug Konto 8400 - Außerordentliche Erträge - inkl. Kontoauszug Bank).*

*Die BP hat es wahrscheinlich deswegen verabsäumt, diesen Umstand zu würdigen, weil dieses Nachfolgegeschäft zwar noch im BP-Zeitraum abgeschlossen/begonnen wurde, aber erst im folgenden Geschäftsjahr gewinnwirksam wurde. Auch ist diese Gewinnwirksamkeit in Folge der zwischenzeitlich durchgeführten Fusion der Bf. in die G. AG durch den Rückwirkungseffekt des Umgründungssteuerrechtes im Ertrag der aufnehmenden Gesellschaft enthalten.*

*(v) Die Unterscheidung zwischen notwendigen und gewillkürten Betriebsvermögen sowie notwendigen außerbetrieblichen Vermögen ist bei einer GmbH nur in besonderen Fällen anwendbar, die im gegenständlichen Fall nicht gegeben sind. Die Unterscheidung zwischen notwendigen und gewillkürten Betriebsvermögen sowie notwendigen Privatvermögen ist eine für natürliche Personen entwickelte Unterscheidung, wo sie auch Sinn macht. Die nicht im Detail ausgeführte Bezugnahme der BP auf eine für das österreichische Steuerrecht ohnehin nicht bindende einzelne höchstgerichtliche Entscheidung in Deutschland (BFH VII R 63/96) ist oberflächlich und unausgegoren. Bei näherer Analyse der laufenden BFH Judikatur hält dieses Argument nicht stand,*

*was im weiteren Verfahren noch ausführlich dargelegt werden kann. Entscheidungen der österreichischen Höchstgerichte gehen - mit Ausnahme von eindeutig privat veranlassten Investitionen oder Liebhabereitätigkeiten - wie vom Geschäftsführer gegen zu geringes Entgelt privat genutzte (Ferien)Immobilien - davon aus, dass im Rahmen des zwingenden Gewerbebetriebes einer GmbH nur in bestimmten Ausnahmesituationen außerbetriebliches Vermögen gegeben ist. Im gegenständlichen Fall liegt weder ein privat genutztes Wirtschaftsgut noch Liebhaberei vor und wurde von der BP auch nicht behauptet.*

*(vi) Die Geschäftsführung wurde durch einen in Finanztransaktionen, sowie generell sehr wirtschaftserfahrenen Steuer- und Unternehmensberater durchgeführt und war daher von Wette und Spiel weit entfernt.*

*Die BP geht unter Berufung auf die - normativ kraftlosen - Einkommensteuerrichtlinien (RZ 545) und auf das o.a. BFH Urteil von Folgendem aus: Für die (steuerliche) Anerkennung einer Terminspekulation bedarf es der Erzielung von wirtschaftlichen Vorteilen, wobei es sich um eine seriöse, auf Kenntnissen beruhende Terminspekulation handeln muss. Dazu bedarf es einer geistigen Tätigkeit, welche aus den Erfahrungen der Vergangenheit und aus der Beobachtung der gegenwärtigen Ereignisse die künftige Entwicklung prognostiziert.*

*Die Geschäftsführung wurde von Herrn Mag. Dr. C. ausgeübt. Er traf alle Entscheidungen. Herr Mag. Dr. C. hat ein abgeschlossenes Betriebswirtschafts- und ein ebenfalls abgeschlossenes Jusstudium. Er ist geprüfter Steuer- und Unternehmensberater mit fachlichem Schwerpunkt Investition und Finanzierung und übt seinen Beruf seit über 15 Jahren aus.*

*Er kennt die österreichische Bankenlandschaft und viele dort handelnde Personen seit vielen Jahren und besucht regelmäßig Bankveranstaltungen zu Veranlagungs- und Finanzierungsthemen. In seiner Berufslaufbahn war er u.a. Leiter der Steuer- und Rechtsabteilung einer sehr großen österreichischen Wirtschaftstreuhandgesellschaft und hat Vorträge zu vielen wirtschaftlichen Themen gehalten sowie vereinzelt auch Fachartikel geschrieben.*

*Er tritt gerne den Beweis an, dass er kraft all dieser Umstände in der Lage ist, die geforderte geistige Tätigkeit zu erbringen, die im Einklang mit seiner Erfahrung und laufender Beobachtung dazu geeignet ist, eine seriöse, auf seinen Kenntnissen beruhende Devisenterminspekulation abzuwickeln.*

*Im Sinne dieser Ausführungen begehren wir die Anerkennung der Kursverluste in der Höhe von € 1.216.051,63 als Betriebsausgabe.“*

4. Zur Beschwerde erstellte die AP folgende Stellungnahme vom 14.03.2011:

*„Ad (i): Branchenfremd  
[...]*



*Die AP weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich die Umsätze im Prüfungszeitraum ausschließlich aus Verrechnungen mit den an den Umgründungsvorgängen beteiligten Unternehmungen handelt. Eine nach außen gerichtete, eigenständige Geschäftstätigkeit lag nicht vor. Aus der Größenordnung der Umsätze (2001: € 10.268, 2002: € 14.912, 2003: € 26.650 etc.) kann man auch in den Vorprüfungszeiträumen davon ausgehen, dass eine solche Geschäftstätigkeit nicht zu erkennen war.*

*Zu dem in der Berufungsschrift behaupteten Beschluss im Jahre 2005, die bisherige Tätigkeit (welche ??) aufzugeben und ausschließlich (Wertpapier) Veranlagungen zu betreiben, wird ausgeführt:*

*Der (wirtschaftliche) Gesellschafter und Treugeber der Bf., Hr. Erich A., war im K.-Management tätig und durfte nicht ohne Zustimmung der K. Beteiligungen halten. Dies soll auch der Grund dafür gewesen sein, die Treuhandschaft mit der Firma „L.“, vertreten durch Hr. Dr. C., vertraglich zu vereinbaren. Gemäß Treuhandvertrag erklärt der Treuhänder ab dem 24.06.1999 im eigenen Namen aber nicht für eigene Rechnung die Geschäftsanteile innezuhaben. Weiters verpflichtet sich die Treuhänderin über den Anteil nicht ohne ausdrückliche Zustimmung des Treugebers zu verfügen und die ihr nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag zukommenden Mitgliedschaftsrechte nur nach den vom Treugeber erteilten Weisungen unter Wahrung von dessen Interessen auszuüben.*

*Geplant war - lt. Auskunft des Treuhänders und der steuerlichen Vertretung, vertreten durch Hr. Dr. C. - durch den Erwerb des 30%igen Gesellschaftsanteils (durch Ausübung einer Option) an der D. GesmbH in diesem Unternehmen tätig zu werden. Diese ins Auge gefasste geschäftliche Tätigkeit seitens der Bf. bzw. Hr. A. wurde nie ausgeübt. Herr A. und Herr M. (Begünstigter der N.-Privatstiftung und über diese 70 % Gesellschafter der D.) waren bekannt bzw. „Geschäftsfreunde“. Mit Vertrag vom. 19.12.2005 wurde der E. AG ein Optionsrecht eingeräumt, diese von der Bf. erworbenen Gesellschaftsanteile an der D. zu erwerben. Letztendlich soll es im Zusammenhang mit der Berechnung der Dividenden zwischen Hr. A. und Hr. M. zu Unstimmigkeiten gekommen sein, die zur Abspaltung des Kerngeschäftes der D. und der Verschmelzung mit der Bf. führte (31.12.2006). Im Jahre 2008 wurden die Anteile an der Bf. an die E. (Tochtergesellschaft) verkauft und mit 31.12.2008 wurde die Bf. mit der E. verschmolzen.*

*Damit soll der Nachweis erbracht werden, dass die Bf. keine Geschäftstätigkeit entfaltete, sondern ausschließlich den oben beschriebenen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen gedient habe. Zu dem in der Berufungsschrift behauptete „primäre Ziel“ der Bf., durch Kauf und Verkauf von Beteiligungen und Wertpapieren einen Spekulationsgewinn zu erzielen, muss angeführt werden, dass die 2007: € 2.000.000 (11.12.2007) und 2008: € 4.000.000 (28.11.2008) erworbenen Gewinnscheine an der J. AG (später E.) eine Finanztransaktion an einem über den Geschäftsfreund Hr. M. bekannten Unternehmen war und kein am anonymen Kapitalmarkt teilnehmendes. Die (Änderung) der Ausgabebedingungen für obligatorische Genussrechte (Gewinnscheine) vom 15.12.2004 beinhalten einen Beschluss über die Ausgabe von Gewinnscheinen (insgesamt 43 Stück) bis zu einem*

Nominale von öS 25.800.000 (lt. Bilanz: Eur 1.874.959). Dieses Genussscheinkapital wird im System der Wiener Börse bei der österreichischen Kontrollbank geführt und befindet sich zum Bilanzstichtag 31.12.2007 (lt. Handelsbilanz) zur Gänze im Streubesitz. Der Erwerb der Gewinnscheine von insgesamt 40 Stück um Eur 6.000.000,- lässt auf Informationen seitens des Erwerbers schließen, die eine positive Erfolgserwartung von 286 % (2007) und 344 % (2008) prognostiziert. Es kann angenommen werden, dass ein „fremder Streubesitzer“ ohne entsprechende Informationen über die Unternehmensbewertung einen solchen Kaufpreis nicht bezahlt hätte. Da kurze Zeit nach der letzten Anschaffung der Gewinnscheine per 28.11.2008, d.h. per 31.12.2008 durch entsprechende Umgründungsschritte diese aktive Bilanzposition Gewinnscheine (Eur 6.006.000) bei der Bf. mit der entsprechenden passiven Bilanzposition bei der E. (Nominale Eur 1.874.959) zusammenfällt, sind diese mit keinem Weiteren Risiko bezüglich der Bewertung behaftet. Ob die restlichen 3 Stück Gewinnscheine durch tatsächlichen „Fremderwerb“ am anonymen Kapitalmarkt erworben wurden, ist der AP nicht bekannt.

Die Verschmelzung der Bf. mit der E. erfolgte per 31.12.2008. Es liegt daher nahe, dass der Erwerb der Gewinnscheine durch die Bf. nicht als nachhaltige, längerfristige Investition gesehen werden kann, sondern als Maßnahme im Rahmen der Umgründungsvorgänge.

Die in der Berufungsschrift dargelegte Behauptung, dass ab 2005 die Bf. die bisherige Tätigkeit endgültig aufgegeben und sich der Wertpapierveranlagung zugewendet habe, kann durch die oben beschriebenen Vorgänge nicht untermauert werden. Der Aufbau eines am Markt teilnehmenden (Finanzierungs-)Unternehmens kann nicht festgestellt werden.

Ad (ii)

[...]

Die Forderung an die H. Privatstiftung (31.12.2006: € 4.147.000) resultiert aus dem Weiterverkauf eines Mitunternehmeranteiles an der O. KG durch die D. an die H. Privatstiftung. Der daraus resultierende Forderungsbetrag wurde durch die Verschmelzung per 31.12.2006 in die Bilanz der Bf. als Rechtsnachfolgerin ausgewiesen. Die Anschaffung dieses MU-Anteiles durch die D. wurde seitens der steuerlichen Vertretung damit begründet, dass die D. beabsichtigte, selbst Mieterin der Büroräumlichkeiten zu werden. Da diese Absicht innerhalb eines Jahres aufgegeben wurde, kam es zur Weitergabe dieses MU-Anteiles an die H. Privatstiftung. Der Begünstigte dieser Stiftung (im Wesentlichen Hr. I.) kann als Geschäftsfreund von Gesellschaftern der in diesem Firmengeflecht verbundenen Unternehmen gesehen werden. Jedenfalls kann diese daraus resultierende Forderung und die Nachbesserung des Kaufpreises im Jahre 2008 (lt. Ergänzung der bisherigen Vereinbarung: „...durch das erfolgreiche Closing im Verkaufsprozess“) nicht als Geschäftstätigkeit im Sinne einer nachhaltigen, längerfristigen Geschäftsaktivität gesehen werden, da Herr A. diesbezüglich keine Geschäftstätigkeit entfaltete, sondern seitens der H. Privatstiftung eine Kaufpreisänderung durch „das erfolgreiche Closing im Verkaufsprozess“ vorgenommen wurde. Die H. Privatstiftung übernahm die Entwicklung des Immobilienprojektes. Lt. Lagebericht der

H. Privatstiftung konnte bereits im ersten Halbjahr 2006 mit der P. ein sehr attraktiver und international anerkannter Mieter gewonnen werden. Warum ein - im Vergleich zu diesem Immobilienprojekt mit 23 Stockwerken und 21.700 m<sup>2</sup> - relativ kleines Unternehmen wie die D. einen 100% Kommanditanteil per 27.12.2005 erwirbt, um ihn per 15.12.2006 um denselben Preis Eur 4.147.400 an die H. Privatstiftung weiterzuverkaufen, ist trotz der vorgebrachten Begründung nicht nachvollziehbar. Im Zeitpunkt der Mietvertragsverhandlungen (lt. Lagebericht 1. HJ 2006) war die D. wirtschaftliche Eigentümerin des Mitunternehmeranteiles. Bei diesen und auch allen Immobilienprojekten in diesem Viertel (ca. 9 Unternehmen) ist Hr. Dr. C. als Treuhand-Kommanditist eingetragen, die Geschäftsführer sind im Wesentlichen Hr. M. und Hr. I.. Dieser Sachverhalt soll nur die Interessensverflechtungen der in Frage stehenden Unternehmungen aufzeigen. Der Gesellschafter, Hr. A., hatte in all diesen Aktivitäten keinen wirtschaftlichen Beitrag zu leisten.

Des Weiteren können alle in der Berufungsschrift ausgeführten weiteren Transaktionen des geprüften Unternehmens,

- wie (30 %) Anteilserwerb durch die Bf. an der D. durch Ausübung des Optionsrechtes,
- damit iZ stehend das vereinbarten Optionsrechte (ermöglicht den Rückkauf der Anteile durch das Schwesterunternehmen die E.) und Kautionsvereinbarungen zur finanziellen Absicherung des Kaufpreises einer eventuell in Zukunft auszuübenden Option zum Rückkauf,

als Aktivitäten innerhalb des in Frage stehenden Unternehmensgeflechtes gesehen werden.

Der Erwerb der Gewinnscheine an der J. AG (später E.) wurde in Pkt. (i) erläutert.

Alle von der Bf. zitierten wirtschaftlichen Transaktionen stellen jedoch keinesfalls „Spekulations“-Geschäfte iS des in Frage stehenden Devisentermingeschäftes dar.

Dass der AP bisher nicht bekannte, weitere Devisentermingeschäft - quasi als Verlängerung des ersten - wird im Zuge der Berufung erstmals eingewendet und soll als Beleg dafür dienen, dass nicht nur ein „punktueller“ Risikogeschäft vorgelegen hat.

Bf.:

	2007	2008
	€	€
Forderung H. Privatstiftung	3.573.000	4.684.000
Gewinnscheine	2.000.000	6.006.000
Stammkapital	36.000	36.000
Verb.Bank	6.236.000	10.968.000
Kautionsverb.	1.710.000	1.637.000

*Die Verlängerung des strittigen Devisentermingeschäftes wirft tatsächlich die Frage auf, mit welcher Absicherung gegenüber der Bank angesichts des oben dargestellten Bilanzbildes diese Verlängerung erfolgte. Welche Garantien konnte das Unternehmen der Bank gegenüber abgeben, um den Ausgleich etwaiger Kursverluste in Zukunft überhaupt durch das Unternehmen finanziell tragen zu können? Waren hierfür nicht Sicherheiten außerhalb der betrieblichen Sphäre (aus der Gesellschaftersphäre oder anderer Unternehmungen) notwendig und würde ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer solche Risiken für ein Unternehmen eingehen? Kann man in diesem Zusammenhang nicht auch eine besondere Neigung des Gesellschafters zu Spekulationen annehmen, wenn man sich das Gesamtbild vor Augen hält?*

*Ad (iii)*

*[...]*

*Die Außenprüfung hat nicht behauptet, dass ein kurzlaufendes Termingeschäft automatisch riskanter als ein länger laufendes ist, sondern lediglich dazu ausgeführt, dass bei einem punktuell (für drei Monate) abgeschlossenen Geschäft nicht von einer „Nachhaltigkeit“ iS einer wirtschaftlichen Handlung mit Gesamtgewinnerzielungsabsicht gesprochen werden kann. Die Streuung des Risikos kann nur durch ernsthafte und ständige Beobachtung des Devisenkurses über einen längeren Zeitraum erfolgen. [...] In diesem Sinn ist ein einziges (für drei Monate) abgeschlossenes Devisentermingeschäft nicht geeignet, eine Gewinnerzielungsabsicht, die dieses Ziel über einen längeren Zeitraum durch entsprechendes geschäftliches Handeln zu erreichen versucht, glaubhaft zu untermauern.*

*Ad (iv)*

*[...]*

*Zu dem angeführten Nachfolgegeschäft wurde bereits in Pkt. (ii) Stellung genommen.*

*Ad (v)*

*[...]*

*Soweit keine einschlägige VwGH-Literatur vorliegt, kann auf die ständige Rechtsprechung des BFH zurückgegriffen werden. [...] Im Sinne der entsprechenden Ausführungen des BFH ist das strittige hoch spekulative Differenzgeschäft zwar per se der Zuordnung zur betrieblichen Sphäre nicht entzogen. Davon könnte nämlich nur dann ausgegangen werden, wenn es sich um ein „reines“ Glückspiel, wie etwa Lotto, Totto oder Roulette handeln würde. Diese Spiele erfordern nämlich keine nennenswerte geistige Tätigkeit und dienen lediglich dem Zeitvertreib, der Zerstreuung des Spielers. [...] An den für den Ansatz als gewillkürtes Betriebsvermögen notwendigen „objektiven“ Eignung“ eines Geschäftes zur Förderung des Betriebes fehlt es demnach nicht schon allein deshalb, weil es Risiken in sich birgt. [...] Unter Bezugnahme auf diese BFH-Judikatur gehen auch Bertl/Hirschler, Gewillkürtes Betriebsvermögen - Ansatzvoraussetzungen, RWZ 1998, 42, davon aus, dass bei Geschäften, bei denen der spekulative Charakter im Vordergrund stehe, das Vorliegen der Förderung des Betriebszweckes besonders sorgfältig zu prüfen sei. [...] Die Zurechnung des in Frage stehenden Devisen-Termingeschäftes stellt nach den*

*oben beschriebenen Kriterien kein gewillkürtes Betriebsvermögen dar und ist daher der außerbetrieblichen Sphäre zuzurechnen. Ein dadurch entstandener Spekulationsverlust ist daher nur mit Spekulationsgewinnen ausgleichsfähig, welche jedoch in diesem Zeitraum nicht lukriert wurden (vgl. dazu VwGH 13.12.2007, 2007/14/0053).*

Ad (vi)

[...]

*Gemäß Treuhandvertrag ist der Treuhänder, Dr. C., als Vertreter der Firma „L.“ verpflichtet, „die ihr nach Gesetz und Gesellschaftsvertrag zukommenden Mitgliedschaftsrechte nur nach den vom Treugeber erteilten Weisungen unter Wahrung von dessen Interessen auszuüben.“ Als Geschäftsführer (eingetragen im FB mit 26.07.2005) war Dr. C. - möglicherweise - berechtigt Spekulationsgeschäfte abzuschließen. Lt. mündlicher Auskunft von Dr. C. wurden die in Frage stehenden Geschäfte im Namen (und auf Risiko) des wirtschaftlichen Eigentümers und Gesellschafters Erich A. getätigt. Inwieweit Dr. C. eine beratende Funktion zum Abschluss solcher Geschäfte zugesprochen werden kann, ist der Außenprüfung nicht bekannt. Dabei geht es jedoch nicht nur darum, dass der Entscheidungsträger bzw. sein Berater für solche Spekulationsgeschäfte die notwendige Eignung und Erfahrung vorzuweisen hat, sondern auch um das Gesamtbild, welches in den einzelnen Punkten detailliert dargelegt wurde.*

*Nach Ansicht der AP ist das in Frage stehende Spekulationsgeschäft und der daraus resultierende Spekulationsverlust dem außerbetrieblichen Bereich zuzuordnen und steuerlich daher nicht anzuerkennen. Die Berufung wäre daher vollinhaltlich abzuweisen.“*

### **Es wurde erwogen:**

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind am 31. Dezember 2013 anhängige Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Sachverhalt:

Die Bf., eine GmbH, wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 17.10.1996 errichtet. Als Gegenstand des Unternehmens werden in § 3 angeführt: „*der Betrieb einer Direktmarketingagentur, einer Werbeagentur mit umfassendem Service, einer Sales Promotion-Agentur und/oder einer Agentur für Öffentlichkeitsarbeit, die Vermietung und Verpachtung von beweglichen und unbeweglichen Anlagegütern und/oder Immobilien sowie der Handel mit Waren aller Art. Die Gesellschaft kann sich an anderen Unternehmen beteiligen. Weiters ist die Gesellschaft zu allen Tätigkeiten berechtigt, die der Förderung der vorgenannten Unternehmensgegenstände dienen.*“

Geschäftsführer der Bf. war im Streitjahr Mag. Dr. C., Gesellschafterin von 1999 bis 2009 die B. GmbH, die die Anteile für Erich A. treuhändig gehalten hat.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 24.09.2007 wurde die Bf. als übernehmende Gesellschaft mit der D. GmbH als übertragende Gesellschaft verschmolzen. Mit

Generalversammlungsbeschluss vom 17.09.2009 wurde die Bf. als übertragende Gesellschaft mit der F. AG (nunmehr G. AG) als übernehmende Gesellschaft verschmolzen.

Strittig ist, ob der von der Bf. erwirtschaftete Verlust von € 1.216.051,63 aus einem im Jahr 2008 abgeschlossenen und nach drei Monaten abgerechneten Devisentermingeschäft der betrieblichen Sphäre zuzurechnen ist.

Nach Auffassung der Außenprüfung (AP) ist der Verlust der außerbetrieblichen Sphäre zuzuordnen, weil

- der Abschluss eines Devisentermingeschäftes für die Bf. branchenfremd war,
- nur ein einmaliges Devisentermingeschäft lediglich für den Zeitraum von drei Monaten abgeschlossen wurde und dieses daher ein besonderes Risiko darstellte,
- Gegenmaßnahmen um drohende Kursverluste aufzufangen unterblieben sind,
- ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer ein solches Risiko nicht eingegangen wäre und
- es für die Anerkennung als gewillkürtes Betriebsvermögen an der objektiven Eignung zur Förderung des Betriebes mangelt.

Dem hat die Bf. entgegnet,

- dass bereits im Jahr 2005 der Beschluss gefasst worden sei die Tätigkeit im Consultingbereich aufzugeben und ausschließlich Wertpapierveranlagung zu betreiben,
- nicht nur ein „einziges“ sondern mehrere Spekulationsgeschäfte abgeschlossen wurden,
- ein kurzlaufende Termingeschäft nicht automatisch riskanter sei als ein länger laufendes,
- die Geschäftsführung sehr wohl nachhaltig und mit Gewinnabsicht gehandelt hat,
- die Unterscheidung zwischen notwendigem und gewillkürtem Betriebsvermögen sowie notwendigem außerbetrieblichem Vermögen bei einer GmbH nur in besonderen Fällen anwendbar ist und
- die Geschäftsführung durch einen in Finanztransaktionen sowie generell wirtschaftserfahrenen Steuer- und Unternehmensberater durchgeführt worden ist.

Rechtliche Beurteilung und Erwägungen:

Bei Körperschaften können unternehmensfremde Zwecke im Wesentlichen nur in jenem Bereich vorkommen, der ertragssteuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert wird (vgl. VwGH 04.11.2015, 2010/15/0139).

Gemäß § 7 Abs. 1 KStG 1988 ist der Körperschaftsteuer das Einkommen zugrunde zu legen, das der unbeschränkt Steuerpflichtige innerhalb eines Kalenderjahres bezogen hat. Einkommen ist gemäß § 7 Abs. 2 KStG 1988 der Gesamtbetrag der Einkünfte aus den im § 2 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 aufgezählten Einkunftsarten nach Ausgleich mit Verlusten, die sich aus den einzelnen Einkunftsarten ergeben, und nach Abzug der Sonderausgaben (§ 8 Abs. 4) und des Freibetrages für begünstigte Zwecke (§ 23). Wie das Einkommen zu ermitteln ist, bestimmt sich nach dem Einkommensteuergesetz 1988 und diesem Bundesgesetz. Anzuwenden sind § 2 Abs. 2a des Einkommensteuergesetzes 1988 auf Einkünfte aus einer Beteiligung,

wenn das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund steht, sowie § 2 Abs. 8 des Einkommensteuergesetzes 1988.

Der Verwaltungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch Kapitalgesellschaften, die nach § 7 Abs. 3 KStG 1988 stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb beziehen und ihren Gewinn nach § 5 EStG ermitteln, eine außerbetriebliche Sphäre haben können. Aus § 7 Abs. 2 KStG lasse sich ableiten, dass die Betriebsvermögenseigenschaft von Wirtschaftsgütern bei Körperschaftsteuersubjekten nach den gleichen Grundsätzen wie bei Einkommensteuersubjekten zu beurteilen ist (vgl. VwGH 16.05.2007, 2005/14/0083).

Notwendiges Betriebsvermögen umfasst jene Wirtschaftsgüter, die objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb bestimmt sind und ihm tatsächlich dienen (VwGH 24.10.2002, 98/15/0083). Ein Wirtschaftsgut, das objektiv erkennbar privaten (bzw. gesellschaftsrechtlichen) Zwecken dient oder objektiv erkennbar für solche Zwecke bestimmt ist, stellt notwendiges Privatvermögen dar. Solche Wirtschaftsgüter können nicht zum gewillkürten Betriebsvermögen werden (VwGH 18.12.2001, 98/15/0019).

Wirtschaftsgüter, die weder zum notwendigen Privatvermögen, noch zum notwendigen Betriebsvermögen gehören, stellen im Bereich der Gewinnermittlung nach § 5 EStG 1988 gewillkürtes Betriebsvermögen dar, *wenn der Steuerpflichtige seinen Entschluss, die Wirtschaftsgüter als gewillkürtes Betriebsvermögen zu behandeln, durch entsprechende buchmäßige Behandlung dokumentiert*. Wirtschaftsgüter müssen, um dem gewillkürten Betriebsvermögen zugerechnet zu werden, dem Betrieb in irgendeiner Weise - etwa durch ein betriebliches Interesse an einer fundierten Kapitalausstattung - förderlich sein können. Das Wirtschaftsgut muss unmittelbar (durch Erträge) oder mittelbar (durch Betriebsvermögensstärkung) zum Betriebserfolg beitragen. Die objektive Förderungsmöglichkeit (Förderung des Betriebes) ist ex ante zu beurteilen. Es obliegt dem Steuerpflichtigen, der gewillkürtes Betriebsvermögen annehmen will, konkrete objektive Umstände darzulegen, aus denen sich die Förderung des Betriebes ergibt. Unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 21.11.1995, 92/14/0152, zu Silberbeständen einer KG, hat der VwGH weiters ausgeführt, dass grundsätzlich auch Risikovermögen als gewillkürtes Betriebsvermögen in Betracht kommt (vgl. VwGH vom 27.06.2013, 2010/15/0205).

Es ist Sache der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung, ob solche Geschäfte und die damit verbundenen Chancen, zugleich aber auch Verlustgefahren wahrgenommen werden. Die mehr oder minder stark ausgeprägte Risikoträchtigkeit von Geschäften gehört zum Wesen einer jeden unternehmerischen Betätigung. An der objektiven Eignung eines Geschäfts, den Betrieb zu fördern, fehlt es daher nicht schon deshalb, weil es Risiken in sich birgt. Es kann dabei grundsätzlich auch nicht darauf ankommen, ob der Abschluss von Devisentermingeschäften durch eine Kapitalgesellschaft für deren Branche typisch ist oder nicht (UFS GZ RV/1529-W/08 vom 15.02.2010).

Wirtschaftsgüter einer Körperschaft, deren Anschaffung oder Herstellung rein gesellschaftsrechtlich veranlasst ist und die nicht der Einkommenserzielung der

Körperschaft dienen, gehören nicht zum Betriebsvermögen der Körperschaft, sondern zu ihrem steuerneutralen Vermögen (vgl. *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG 1988, Seite 134; *Hofstätter/Reichel*, III A, Tz 78 zu § 4 Abs. 1 EStG 1988).

Gemäß § 8 Abs. 1 KStG 1988 bleiben bei der Ermittlung des Einkommens Einlagen und Beiträge jeder Art insoweit außer Ansatz, als sie von Personen in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, Mitglieder oder in ähnlicher Eigenschaft geleistet werden. § 6 Z 14 lit b des Einkommensteuergesetzes 1988 ist sinngemäß anzuwenden.

Gemäß § 8 Abs. 2 KStG 1988 ist es für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung, ob das Einkommen im Wege offener oder verdeckter Ausschüttungen verteilt oder entnommen oder in anderer Weise verwendet wird. Eine verdeckte Gewinnausschüttung bleibt daher auf Ebene der ausschüttenden Körperschaft ohne Bedeutung.

Das Gesetz selbst enthält keine Definition des Begriffes der verdeckten Ausschüttung. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass verdeckte Ausschüttungen alle außerhalb der gesellschaftlichen Gewinnverteilung gelegenen Vorteilsgewährungen einer Körperschaft an Anteilseigner sind, die das Einkommen der Gesellschaft vermindern und ihre Wurzeln in der Anteilseignerschaft haben (vgl. *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Stürzlinger*, KStG, § 8 Tz 92 und 100 mit der dort zitierten Judikatur).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist außerbetriebliches Vermögen der Kapitalgesellschaft jedenfalls nur dann anzunehmen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass die Voraussetzungen einer verdeckten Ausschüttung an der Wurzel vorliegen. Die Ausführungen des Prüfers in der Stellungnahme zur Beschwerde, dass „*eine besondere Neigung des Gesellschafters zu Spekulationen*“ anzunehmen sei bzw. „*Interessensverflechtungen der in Frage stehenden Unternehmen*“ vorliegen sollen, sind weder ausreichend noch leisten sie einen hilfreichen Beitrag. In diesem Zusammenhang hat auch der BFH in der von der AP zitierten Entscheidung (BFH VII R 63/96) festgehalten, dass die Absicht zur Erzielung von Gewinnen eine innere Tatsache sei, die, wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge, nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden kann. Das Vorliegen oder Fehlen einer solchen Absicht sei daher aus den in der Außenwelt erkennbaren - objektiven - Umständen zu erschließen. Zur Beurteilung der Frage, ob private Motive des Geschäftsführers oder des Gesellschafters für das strittige Devisentermingeschäft im Vordergrund standen, fehlen gegenständlich hinreichende Feststellungen.

Die Bf. hat nach ihren eigenen Angaben den ohnehin in kleinem Umfang betriebenen Geschäftsbereich des Consulting im Jahr 2005 aufgegeben und seither wiederum in einem beschränkten Ausmaß ausschließlich Investitionen mit hohem Kapitaleinsatz getätigt. Dazu hat der Prüfer in seiner Stellungnahme zur Beschwerde nach einer ausführlichen Darstellung der verschiedenen Aktivitäten der Bf. festgehalten, dass die Bf. eine nach außen gerichtete, eigenständige Geschäftstätigkeit nicht entfaltet habe sondern diese Aktivitäten ausschließlich gesellschaftsrechtlichen Vorgängen gedient hätten. Weiters seien die handelnden Personen *bekannt bzw. Geschäftsfreunde*



gewesen bzw. habe es sich um *Aktivitäten innerhalb des in Frage stehenden Unternehmensgeflechtes* gehandelt. Wenn der Prüfer aber davon ausgeht, dass die Bf. überhaupt keine Geschäftstätigkeit entfaltet hat, hätte er erstens konkrete Feststellungen dazu treffen müssen und zweitens wären entsprechende Konsequenzen damit zu verbinden gewesen. Zur Lösung der hier strittigen Frage, ob es sich bei dem Devisentermingeschäft um außerbetriebliches Vermögen handelt, können diese Ausführungen aber nichts beitragen. Ebenso wenig hat sich der Prüfer dazu geäußert, dass ein weiteres von der Bf. belegmäßig nachgewiesenes Devisentermingeschäft (EUR/JPY) im Jahr 2009 einen Gewinn in Höhe von € 299.971,39 ergeben hat.

Wie die Bf. weiters vorgebracht hat, wurde die Geschäftsführung von Dr. C. ausgeübt und habe dieser alle Entscheidungen getroffen. Er verfüge über ein abgeschlossenes Betriebswirtschafts- sowie Jusstudium und übe seinen Beruf als Steuer- und Unternehmensberater seit über 15 Jahren aus. Kraft dieser Umstände sei er in der Lage, eine seriöse, auf seinen Kenntnissen beruhende Devisenterminspekulation abzuwickeln und könne ihm eine Sachunkundigkeit diesbezüglich nicht vorgeworfen werden. Dazu hat der Prüfer in seiner Stellungnahme zur Beschwerde lediglich angemerkt, dass er nicht beurteilen könne, inwieweit Dr. C. eine *beratende Funktion zum Abschluss solcher Geschäfte zugesprochen werden könne*, es aber nicht darum gehe, *sondern auch um das Gesamtbild*, welches er in den einzelnen Punkte dargelegt habe.

Nach Dafürhalten des BFG liegen der Annahme des Prüfers und in der Folge des FA, das im Jahr 2008 von der Bf. durchgeführte Devisentermingeschäft sei nicht betrieblich veranlasst, lediglich Vermutungen zugrunde. Im Wesentlichen aber fehlen konkrete Feststellungen dafür, dass die Voraussetzungen einer verdeckten Ausschüttung an der Wurzel vorliegen.

Insgesamt kommt das BFG zur Ansicht, dass das gegenständliche Devisentermingeschäft nicht dem außerbetrieblichen Bereich der Gesellschaft zuzurechnen war, sondern vielmehr ein im betrieblichen Bereich abgeschlossenes Rechtsgeschäft zu einem betrieblichen Verlust führte.

Der Beschwerde war daher stattzugeben.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Erkenntnis stützt sich im Wesentlichen auf Fragen, die im Wege der Beweiswürdigung zu klären waren. Es waren keine Fragen, welche von der Lösung einer Rechtsfrage abhingen, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche

Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Wien, am 24. Juli 2018