

GZ. RV/3870-W/02

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Alfred Peschl und die weiteren Mitglieder Oberrätin Aloisia Bergauer, Prokurist Peter Falle und Walter Bilek über die Berufung der Bw., vertreten durch Dkfm. Karl Rausch, gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 23. Bezirk in Wien, vertreten durch AD RR Eva-Maria Biro, betreffend Körperschaftsteuer für die Jahre 1998 und 1999 nach der am 30. November 2005 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt, einem Wirtschaftsprüfer oder einem Steuerberater unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Die Bw. wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 17. März 1989 in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Mit Beschluss der Generalversammlung vom

24. September 1997 wurde die Umwandlung der Bw. in eine Aktiengesellschaft beschlossen. Betriebsgegenstand der Bw. ist die Tätigkeit als freier Makler gemäß § 57 Börsegesetz, die Durchführung von Bankgeschäften gemäß § 1 Abs. 1 Z 7 lit. b – f und gemäß § 1 Abs. 1 Z 19 lit. a – c Bankwesengesetz, die Investitionsberatung und Investitionsförderung sowie damit zusammenhängende Geschäfte im gesamten Europa.

Anlässlich einer bei der Bw. durchgeführten Betriebsprüfung (BP), welche den Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 umfasste, wurde folgende berufungsgegenständliche, im BP-Bericht vom 6. November 2001 und in der Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 11. Oktober 2001 dargestellte Feststellung getroffen:

Die Bw. sei zu 83,3% im Besitz der X GmbH. Die beiden Gesellschaften hätten am 23. Februar 1998 eine Rahmenvereinbarung über Wertpapiergeschäfte abgeschlossen. Durch diese Vereinbarung sei es der Bw. möglich gewesen, höhere Werte an der Börse zu handeln. Die Vereinbarung habe der Bw. freie Hand gegeben, was die Art der Wertpapiere, die dafür eventuell notwendige Kreditaufnahme sowie die Hinterlegung dieser Wertpapiere betroffen habe. Die X GmbH habe das komplette Kursrisiko übernommen. Gewinne seien zu 80% der X GmbH und zu 20% der Bw. zugewiesen worden. Die Zuweisungen an die X GmbH hätten im Jahr 1998 S 7.596.437,00 (€ 552.054,61) und im Jahr 1999 S 16.309.219,00 (€ 1.185.237,17) betragen. Diese Vereinbarung sei mit 31. August 1999 beendet worden.

Auf Grund des fremdunüblichen Zustandekommens dieser Vereinbarung sowie des Naheverhältnisses der beiden Unternehmen zueinander sei die Vereinbarung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach § 21 BAO zu untersuchen. Diese Geschäfte wären der Bw. ohne die Zuhilfenahme der X GmbH nicht möglich gewesen. Außerdem sei auf diese Art die verlustträchtige X GmbH mit den für sie notwendigen Erträgen ausgestattet worden. Die Vereinbarung sei daher nicht als fremdüblich anzusehen. Die an die X GmbH zugewiesenen Erträge seien nach § 21 BAO zur Gänze der Bw. zuzurechnen.

Das Finanzamt für den 23. Bezirk in Wien erließ am 23. November 2001 den Prüfungsergebnissen entsprechende Körperschaftsteuerbescheide für die Jahre 1998 und 1999.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2002 erhab die Bw. fristgerecht Berufung gegen diese Bescheide und führte, nach der Aufforderung des Finanzamtes zur Mängelbehebung, im Schreiben vom 2. April 2002 folgendes aus:

Die von der Bw. abgeschlossene Vereinbarung sei nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen. Die Bw. sei von der X GmbH beauftragt worden, von dieser bereitgestellte

Wertpapiere im eigenen Namen zu verwalten. Die Bw. habe im Sinne eines „trading advisors“ agiert und für ihre Tätigkeit eine fremdübliche Gewinnbeteiligung in Höhe von 20% erhalten. Diese Geschäfte seien von der Bw. im Rahmen der ihr am 22. Dezember 1997 erteilten Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften bis Ende Juli 1998 durchgeführt worden. Mit Bescheid des Bundesministeriums für Finanzen vom 20. Mai 1999 sei der Bw. jedoch aufgetragen worden, dass sämtliche von ihr getätigten Bankgeschäfte mit anderen Vertragspartnern als Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, insbesondere jene mit der X GmbH, rückzuführen seien. Gegen die angedrohte Zwangsstrafe habe die Bw. am 13. November 2000 Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof mit dem Hinweis eingebracht, dass freie Makler im Sinn der Bw. sehr wohl zum Handel mit anderen Unternehmen gemäß Artikel I Z. 2 der EWG Richtlinie 93/22 berechtigt seien. Auf Grund dieses Rechtsstreites seien seitens der Bw. der Vertrag mit der X GmbH aufgelöst, die vorhandenen Bestände und Kursgewinne abgerechnet und an die X GmbH zurückgeführt worden. Der Schriftverkehr dazu sei der BP vorgelegt worden.

Die von der Bw. mit der X GmbH getätigten Geschäfte seien von der Aufsichtsbehörde als fremdübliche Bankgeschäfte anerkannt worden, die lediglich einen, laut Meinung des Aufsichtsministeriums, Formalfehler hinsichtlich der Auslegung von Normen des Bankwesengesetzes (BWG) beinhalten würden. Es sei keineswegs unterstellt worden, dass es sich um Eigengeschäfte der Bw. gehandelt habe, da ansonsten Sanktionen wegen des Verstoßes gegen die Überschreitung der Großveranlagungsgrenzen verhängt worden wären. Es sei zweifellos ein Widerspruch gegeben, wenn einerseits korrekte Bankgeschäfte andererseits Scheingeschäfte festgestellt würden.

Der wirtschaftliche Grund der Vereinbarung sei nicht ein Versuch zur Umgehung von Normen, sondern einzig und allein das Streben der Geschäftsleitung nach Gewinnmaximierung verbunden mit Kostenminimierung gewesen. Die mit der X GmbH getroffene Vereinbarung sei nach außen stets klar in Erscheinung getreten, es seien von der Bw. die gehandelten Bestände im Rechnungswesen strikt unter einem eigenen Verrechnungskreis festgehalten worden. Jede einzelne Transaktion sei streng chronologisch erfasst und mit Uhrzeitstempel versehen dokumentiert. Es habe zu keiner Zeit eine Vermischung der Bestände der Bw. mit den Beständen der X GmbH gegeben. Die Aufzeichnungen würden den Bestimmungen des § 17 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) entsprechen. Es seien der X GmbH monatliche Bestandslisten und quartalsmäßige Abrechnungen ordnungsgemäß zugestellt worden. Die X GmbH als wirtschaftliche Eigentümerin sei stets über den Wert ihres Wertpapierbestandes

informiert gewesen, habe immer über ihre Bestände disponieren können und sei auch von dieser Möglichkeit von der Bw. immer verständigt worden. Die diesbezüglichen Unterlagen seien der BP vorgelegt worden.

Die Tätigkeit der Bw. sei lediglich die eines internationalen „trading advisors“ gewesen, der die ihm zur Verfügung gestellten, nicht in seinem Eigentum stehenden Wertpapiere bestmöglich verwaltet habe. Dafür stehe dem „trading advisor“, wie in den Beilagen angeführte Vertragsauszüge großer Verwaltungsgesellschaften dokumentieren würden, ein international übliches Erfolgshonorar von rd. 20% des Handelsgewinnes zu. Das volle Geschäftsrisiko sei bei der X GmbH verblieben. Diese Risikoübernahme des (wirtschaftlichen) Eigentümers sei fester Bestandteil der Geschäftsbedingungen beim Management von Wertpapieren. Es werde einerseits stets disponierbares Vermögen und andererseits Know-how zur Verfügung gestellt. Die dargestellten Verteilungsschlüssel seien dieser Abwicklung angepasst.

Der Vorwurf der BP, dass der Abschluss des Kooperationsvertrages lediglich mit dem Ziel erfolgt sei, die verlustträchtige X GmbH mit notwendigen Erträgen auszustatten, gehe schon auf Grund der Risikoübernahme durch die X GmbH ins Leere. Es sei zwar richtig, dass bei der ex post Betrachtung festgestellt werden könne, dass Gewinne erzielt worden seien, ex ante betrachtet wäre jedoch, wie auch die allgemeine Entwicklung auf den Märkten gezeigt habe und zeige, eine Verlusteinführung denkbar gewesen. Nur bei Außerachtlassung einer Risiko-vereinbarung könne von einer gewollten Versorgung der Muttergesellschaft gesprochen werden. Es sei ganz im Gegenteil der Versuch unternommen worden, beiden Vertragspartnern die Möglichkeit zu geben durch geschicktes Management Gewinne für beide Partner möglich zu machen. Die Bw. hätte ohne ein von Dritten zur Verfügung gestelltes Vermögen (das stets streng getrennt gehalten worden sei) auf Grund der Bestimmungen des § 27 BWG keine Möglichkeit gehabt ein größeres Handelsvolumen zu erreichen und dadurch immerhin 20% Gewinnanteile einzufahren. Die X GmbH hätte ohne dieses Management mangels Know-how und mangels Konzession nicht die Möglichkeit gehabt die zugestandenerweise notwendigen Liquiditäten zu erwirtschaften. Dass dieser von der X GmbH gestartete Versuch auf dem Wertpapiermarkt Renditen zu erwirtschaften, mangels eigener Mittel durch Aufnahme von Fremdkapital finanziert worden sei, sei betriebswirtschaftlich betrachtet ebenfalls nicht als unüblich zu bezeichnen. Es könne, wenn überhaupt, was immer bei Aufnahme von Fremdkapital gegeben sei, von einem erhöhten Risiko gesprochen werden. Solange es jedoch einem Betrieb möglich sei, durch die Aufnahme von Fremdkapital eine höhere Rentabilität des

eingebrachten Gesamtkapitals zu erzielen („leverage effect“), könne nicht von einer unüblichen Gestaltung gesprochen werden. Auch dann nicht, wenn die Finanzierung durch die Bw., allerdings zu fremdüblichen Konditionen (üblicher Lombardkredit, übliche Verzinsung und Kreditkosten), erfolgt sei. Trotz der Nahebeziehung bei den Geschäftspartnern sei es in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu keinerlei Gewinnverschiebungen gekommen. Es sei zwischen den Partnern ein nach internationalen Bestimmungen fremdüblicher Kooperationsvertrag abgeschlossen worden, dessen Auswirkungen auf Grund des genauen Rechenwerkes stets für Außenstehende nachvollziehbar gewesen seien. Der Vertragabschluss habe ausschließlich der Förderung der Geschäfte beider Partner und nicht der Umgehung irgendwelcher Normen gedient und hätte gegenseitig auch mit Dritten abgeschlossen werden können. Ohne diesen Abschluss wäre unter Beachtung der strengen Gesetzesnormen für beide Partner überhaupt kein Gewinn zustande gekommen.

Die BP nahm mit Schreiben vom 10. Mai 2002 wie folgt zur Berufung Stellung:

Wie in der Berufungsschrift festgestellt worden sei, habe sich die Bw. eines Dritten, in diesem Fall der X GmbH bedienen müssen um nicht von der Aufsichtsbehörde wegen der Großveranlagungsgrenzen belangt zu werden. Gemäß § 27 BWG hätten Kreditinstitute das besondere bankgeschäftliche Risiko einer Großveranlagung jederzeit angemessen zu begrenzen. Die Grenze einer Großveranlagung sei erreicht, wenn die Großveranlagung 10% der Eigenmittel, mindestens aber S 7.000.000,00 (€ 508.709,83) betrage. Die Veranlagungen für einen Kunden würden in diese Grenze nicht eingerechnet. Aus diesem Grund sei es für die Bw. notwendig gewesen diese Geschäfte für einen Kunden durchzuführen, da dieser aufsichtsrechtlich nicht durch irgendwelche Grenzen beschränkt sei. Das Wertpapiervolumen, das gehandelt worden sei, habe z.B. per Valuta 30. Juni 1998 S 39.912.058,00 (€ 2.900.522,37) betragen.

Ein Vertrag zwischen nahen Angehörigen sei steuerlich nur dann anzuerkennen, wenn die Vereinbarung nach außen ausreichend zum Ausdruck komme, einen klaren eindeutigen, jeden Zweifel ausschließenden Inhalt aufweise und unter Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wäre. Aufgrund der Vereinbarung vom 23. Februar 1998 habe die X GmbH die Bw. mit dem Management von österreichischen börsennotierten Wertpapieren bis zu einem Gesamtbestand von S 50.000.000,00 (€ 3.633.641,71) und mit der dafür notwendigen Kreditaufnahme beauftragt. Die X GmbH habe zu diesem Zeitpunkt keine eigenen Wertpapiere im Bestand gehabt und habe auch kein zu verwaltendes Bargeld zur Verfügung gestellt. Bei fremdüblichen Vermögensverwaltungsverträgen sei die Hingabe von

Vermögen Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages. Der Auftrag der X GmbH an die Bw. für sie die notwendigen Kredite aufzunehmen sei als unüblich anzusehen. Das Volumen der Vereinbarung sei auch unter dem Lichte zu sehen, dass die Bilanzsumme der X GmbH im Jahr 1998 ca. S 30 Mio. (€ 2,180.185,02) betragen habe. Daher sei weder für die Vermögensverwaltung noch für den Fall, dass dieses Geschäft Verluste ergebe, das notwendige Vermögen vorhanden gewesen. Aus dem Gesamtbild der Verhältnisse gesehen, verbleibe die BP bei ihrer Würdigung, dass die Vereinbarung steuerlich als fremdunüblich anzusehen sei und die Erträge, auch wenn diese negativ wären, nach § 21 BAO der Bw. zuzurechnen seien.

Mit Schreiben vom 5. August 2002 brachte die Bw. folgende Gegenäußerung zur Stellungnahme der BP ein:

Seitens der BP werde der zum Zeitpunkt der von der X GmbH mit der Bw. abgeschlossenen Vereinbarung nicht vorhandene Wertpapierbestand bzw. das mangelnde Barvermögen als unüblich beanstandet. Dabei werde übersehen, dass laut Vereinbarung vorgesehen gewesen sei, österreichische börsennotierte Wertpapiere zu üblichen Konditionen mittels Fremdmittel anzuschaffen. Wenige Unternehmen in Österreich würden mangels Liquidität schon zu Beginn einer Handelstätigkeit über vorhandene Warenbestände verfügen, die es ermöglichen sollen aus Verkäufen Gewinn zu erzielen. Im Regelfall würden derartige Investitionen mittels Fremdkapital finanziert. Dies sei im Wirtschaftsleben und natürlich auch im Sektor des Wertpapierhandelsgeschäftes durchaus üblich und durch den so genannten „leverage effect“ betriebswirtschaftlich gerechtfertigt und vernünftig. Es sei bei Wertpapierhandelsgeschäften allgemein gebräuchlich Lombardkredite zur Volumserweiterung aufzunehmen. Die Erlaubnis eines Auftraggebers im Wertpapiergeschäft an seinen Auftragnehmer zur Finanzierung von Anschaffungen für ihn Kredite aufzunehmen, sei daher nicht ungewöhnlich. Der Auftrag an die Bw. habe gelautet ein Wertpapier-Portefeuille aufzubauen und mittels Trading daraus Rendite zu erzielen. Seitens der Bw. würden in der Handelstätigkeit traditionsgemäß stets inländische, börsennotierte Wertpapiere (hauptsächlich ATX Werte) gehandelt. Bei diesen Werten sei die Gefahr das gesamte eingesetzte Vermögen zu verlieren als äußerst gering zu betrachten. Es seien seitens der Bw. vereinbarungsgemäß keine derivaten Werte wie Futures, die das Risiko eines Totalverlustes und darüber hinaus in sich bergen, angeschafft worden. Auch sei die Bw. nur an der Wiener Börse tätig gewesen. Zusätzlich habe die Bw. über ein hervorragendes internes Risikomanagement verfügt, sodass sich die Risiken für die Auftraggeberin stark begrenzt hätten und vom vorhandenen Betriebsvermögen unter Berücksichtigung von stillen

Reserven jederzeit gedeckt werden hätten können. Es sei daher nicht notwendig und im Trading von Wertpapieren mit Ausnahme von Genussscheinen auch nicht üblich gewesen, Vorsorge für Kapitalverlust zu treffen. Überdies sei die Bw. schon bedingt durch die Wohlverhältnisregeln des WAG verhalten gewesen, ihre Kunden auf mögliche Risiken hinzuweisen, sodass sich eine zusätzliche Vertragsgestaltung erübrigt hätte.

Die von der BP als nicht fremdüblich angesehene Vereinbarung sei seitens der Bankaufsichtsbehörde zivilrechtlich anerkannt worden. Eine zivilrechtlich anerkannte Vereinbarung sei auch steuerlich anzuerkennen, wenn sie wirtschaftlich begründet sei. Wirtschaftlich begründet sei sie dann, wenn Ernsthaftigkeit, tatsächlicher Vollzug und fehlende Steuerumgehungsabsicht gegeben seien. Diese Forderungen seien im gegenständlichen Fall zur Gänze erfüllt. Die Geschäftsleitung der Bw. sei zur Aufrechterhaltung ihres Unternehmens im Hinblick auf die strengen Vorschriften des BWG hinsichtlich der Einhaltung der Eigenmittel verbunden mit den strengen Bestimmungen des § 27 BWG und deren (ruinöse) Sanktionen stets gefordert gewesen, das Geschäftsvolumen durch Eingehen von neuen Gestaltungen, die alle vom BWG geforderten Bedingungen erfüllen würden, zu erhöhen. Einzig und allein diese notwendige Ausdehnung verbunden mit einer Risikominderung seien die Beweggründe zum Abschluss des Kooperationsvertrages mit der Auftraggeberin gewesen. Die Ernsthaftigkeit der Gestaltung dokumentiere sich darüber hinaus in der unbedingten Notwendigkeit keine Großveranlagungsgrenzen zu überschreiten. Ein derartiges Risiko habe die Geschäftsleitung schon bedingt durch die Gefahr von Sanktionen nicht ernsthaft in Erwägung ziehen können. Es sei eine Gestaltung gefunden worden, die objektive Vorteile für beide Partner unter Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften beinhaltete. Die Auftraggeberin habe Marktchancen nutzen können, sie habe die Möglichkeit zusätzliche Gewinne zur Bewältigung eines betriebswirtschaftlichen „turn-overs“ zu erwirtschaften gehabt und so aufgelaufene Vorjahresverluste verfrüht abzubauen. Das Motiv sei Wachstumssteigerung und Gewinnmaximierung bei beiden Beteiligten gewesen, die ohne diese Abschlüsse nicht möglich gewesen wären. Der tatsächliche Vollzug dieser Vereinbarung werde in der genauen Trennung der Auftragsbereiche, der Auftragsentwicklung, das jederzeit nach außen erkennbare Auftreten der Auftraggeberin, und durch die quartalsmäßigen Abrechnungen verbunden mit der stetigen Kontroll- und Dispositionsfähigkeit der Auftraggeberin dokumentiert. Es sei vor allem auf die jederzeitige Dispositionsfähigkeit der Auftraggeberin hinsichtlich der getradeten Wertpapiere (Einkunftsquelle) hingewiesen. Die Bw. sei niemals wirtschaftliche Eigentümerin der getradeten Wertpapiere gewesen. Sie habe die zivilrechtliche Eigentümerin von deren Disposition über die betreffenden Wirtschaftsgüter niemals ausschließen können. Mit Hilfe dieser Vermögenswerte

sei am Marktgeschehen teilgenommen worden. Wer über diese Werte (Einkunftsquelle) disponieren könne, müsse als Zurechnungsobjekt der daraus entstehenden Einkünfte angesehen werden (vgl. Ruppe in Tipke: „Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht“, Köln 1978). Eine Steuerumgehungsabsicht sei nicht gegeben, die Einkünfte seien eindeutig der X GmbH zuzurechnen.

In der mündlichen Berufungsverhandlung wurde nochmals betont, dass im Wertpapierhandel eine Fremdfinanzierung durchaus üblich sei. Die Kredite würden an die beauftragten Banken nach Möglichkeit jeweils unmittelbar mit dem Erlös aus dem Verkauf der Papiere, die gleichzeitig als Sicherheit dienen würden, zurückbezahlt. Die X GmbH habe zum Zeitpunkt des Vertragsbeginnes über ein liquides Barvermögen in Höhe von S 8.000.000,00 (€ 581.382,67) verfügt und zur Finanzierung des Handels zur Verfügung gestellt. Im Handel mit kreditfinanzierten Wertpapieren brauche der volle zugrundeliegende Wert einer Transaktion nicht bezahlt werden. Es sei lediglich eine Sicherheit, z.B. ein Anfangseinschuss zu hinterlegen, der 1% bis 10% je nach Wertpapier betragen könne.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 27 Abs. 1 des Bankwesengesetzes (BWG), BGBl. Nr. 532/1993, haben Kreditinstitute und Kreditinstitutsgruppen das besondere bankgeschäftliche Risiko einer Großveranlagung jederzeit angemessen zu begrenzen.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung liegt eine Großveranlagung vor, wenn die Summe der Buchwerte der Veranlagungen nach Z. 1 bis 5 (1. Geldforderungen, 2. Anteilsrechte, 3. Aktivposten aus dem Leasinggeschäft, die mit dem Barwert der diskontierten Forderungen anzusetzen sind, 4. die Hälfte der Eventualverbindlichkeiten (Anlage 2 zu § 42, Teil 1, Passiva, Posten 1 unter der Bilanz) und 5. nicht ausgenützte Kreditrahmen und nicht ausgenützte Promessen) eines Kreditinstitutes bzw. einer Kreditinstitutsgruppe bei einer wirtschaftlichen Einheit 15 v.H. der anrechenbaren Eigenmittel des Kreditinstitutes bzw. der anrechenbaren konsolidierten Eigenmittel der Kreditinstitutsgruppe überschreitet und mindestens 7 Millionen Schilling (€ 508.709,83) beträgt. Für Veranlagungen gemäß Z. 1 bis 4 gebildete Rückstellungen sind hievon abzuziehen. Haftet für eine der in Z. 1 bis 5 genannten Veranlagungen auch ein Dritter, so kann der Buchwert dieses Postens auch dem Dritten zugerechnet werden, sofern auf Grund einer Prüfung durch das Kreditinstitut feststeht, dass dessen Bonität nicht schlechter als die des primär Verpflichteten ist.

Als wirtschaftliche Einheit gelten gemäß Abs. 3 leg. cit. u. a. rechtlich selbständige Unternehmen unabhängig von deren Rechtsform, die zu einem Konzern (§ 15 AktG, § 115 des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung) gehören, insbesondere jene, die unmittelbar oder mittelbar zumindest 50 v.H. miteinander verbunden sind. Ist das kreditwährende Kreditinstitut die Konzernmutter, so gelten jede Tochter und jeder Tochterkonzern als eigene wirtschaftliche Einheit.

Gemäß Abs. 5 des § 27 BWG darf eine einzelne Großveranlagung unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes 40 v.H. der anrechenbaren Eigenmittel eines Kreditinstitutes bzw. der anrechenbaren konsolidierten Eigenmittel einer Kreditinstitutsgruppe nicht überschreiten.

Gemäß § 21 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Die im vorliegenden Berufungsfall zu beurteilende Vereinbarung vom 23. Februar 1998 zwischen der Bw. und der X GmbH lautet wie folgt:

„Die X GmbH beauftragt die Bw. mit sofortiger Wirkung mit dem Management von österreichischen börsennotierten Wertpapieren bis zu einem Gesamtbestand von S 50.000.000,00 (€ 3.633.641,71) und allenfalls mit der dafür notwendigen Kreditaufnahme.

Falls die Eigenliquidität für das genannte Volumen nicht ausreicht, sind für zusätzliche Liquidität Wertpapiere bei der H Bank zu hinterlegen und werden von dieser mit 70% als Sicherheit akzeptiert.

Im Falle der Erzielung (Realisierung) von Kursgewinnen oder Kursverlusten wird vereinbart, dass Gewinne eines Quartals (Saldo der insgesamt in einem Quartal erzielten Kursgewinne und Kursverluste) im Verhältnis 80% zu Gunsten der Firma X GmbH und 20% zu Gunsten der Bw. aufgeteilt werden. Bei der Beendigung dieser Vereinbarung werden auch die nicht realisierten Kursgewinne bzw. Kursverluste im Verhältnis 80:20 aufgeteilt. Im Gegenzug dazu übernimmt die X GmbH die volle Ausfallhaftung, das heißt, dass, falls die Kursverluste überwiegen, dieser Überhang zu Lasten der X GmbH geht. Die Bw. übernimmt keine wie immer geartete Haftung für eine bestimmte Kurs- oder Vermögensentwicklung.

Sämtliche Wertpapiergeschäfte, die dieser Vereinbarung unterliegen, werden aus Gründen der Spesenminimierung im NOSTRO der Bw. in einem eigenen Rechnungskreis geführt und mit „R“ gekennzeichnet. Die Bw. wird quartalsmäßig einen Depotauszug und eine Mitteilung über

Gewinne und Verluste erstellen und übermitteln. Für Zwecke der Erfolgsbeteiligung gilt als vereinbart, dass ein eventueller Verlustüberhang eines Quartals mit Gewinnüberhängen der Folgequartale verrechnet wird. Die Firma X GmbH verpflichtet sich, der Bw. entstehende Zinsen und sonstige Aufwendungen im Zusammenhang mit diesem Vertrag zu ersetzen.

Es wird ausdrücklich festgehalten, dass es sich um keine Gewinngemeinschaft im Sinne des § 174 Aktiengesetz handelt und die Firma X GmbH das volle Risiko in Form der genannten Ausfallhaftung trägt.

Die Auftragabrechnung erfolgt erstmals per 30. Juni 1998. Diese Vereinbarung wird auf unbestimmte Dauer abgeschlossen und kann jeweils unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist von beiden Seiten zum Monatsende aufgelöst werden. Als Gerichtsstand wird das Handelgericht in Wien vereinbart."

Da die X GmbH zu 83,3% Anteilsinhaberin der Bw. ist liegt eine Nahebeziehung zwischen der Bw. als Tochtergesellschaft und der X GmbH als Muttergesellschaft vor. Bei Verträgen zwischen nahe stehenden Gesellschaften besteht wegen des Fehlens von Interessensgegensätzen unter den Vertragsparteien grundsätzlich eine erhöhte Gefahr der Verschleierung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes.

Als Ausdruck des in § 21 BAO normierten Grundsatzes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfordert die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahe stehenden Gesellschaften deshalb die Erfüllung bestimmter, von den zivilrechtlichen Gültigkeitserfordernissen unabhängiger Kriterien.

Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung müssen für die steuerliche Anerkennung von Vereinbarungen zwischen nahen Angehörigen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- der Vertrag muss nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen,
- einen eindeutigen, klaren und jeden Zweifel ausschließenden Inhalt haben, und
- zwischen Fremden üblicherweise unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen werden.

Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (vgl. VwGH 17.12.2001, 98/14/0137; 22.9.1999, 97/15/0005, 18.11.1991, 91/15/0043 u.v.a.).

Die Vereinbarung vom 23. Februar 1998 entspricht diesen angeführten Kriterien nicht. Wie die Bw. in der Berufung ausführt, hätte sie ohne ein von Dritten zur Verfügung gestelltes Vermögen auf Grund der Bestimmungen des § 27 BWG keine Möglichkeit gehabt ein größeres Handelsvolumen zu erreichen. Die gewählte Gestaltung habe nach den Angaben der Bw. dazu

gedient, die Großveranlagungsgrenzen des § 27 BWG nicht zu überschreiten. Somit war es der Bw. nur durch die mit der X GmbH getroffene Vereinbarung möglich, die von ihr getätigten Geschäfte im Rahmen der ihr erteilten Konzession zum Betrieb von Bankgeschäften tatsächlich durchzuführen. Daraus ergibt sich eindeutig, dass die von der Bw. getätigten Wertpapiergeschäfte nur deswegen nicht von der Bw. selbst sondern von dieser für die X GmbH durchgeführt worden sind, um die Großveranlagungsbestimmungen des § 27 BWG zu umgehen. Durch die vertragliche Gestaltung der Bw. mit der ihr nahe stehenden X GmbH wurde somit der wahre wirtschaftliche Gehalt verschleiert. Für die steuerlich relevante wirtschaftliche Betrachtungsweise ist jedoch nur die nach außen in Erscheinung tretende Gestaltung und nicht die rechtliche Vereinbarung maßgeblich.

Auch aus der bescheidmäßigen Aufforderung des Bundesministeriums für Finanzen als Aufsichtsbehörde ergibt sich diese Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Mit Bescheid vom 20. Mai 1999 wurde der Bw. aufgetragen, den gesetzeskonformen Zustand in der Form herzustellen, dass sämtliche Bankgeschäfte mit der X GmbH innerhalb von acht Wochen ab Zustellung dieses Bescheides zur Gänze rückzuführen sind. Die aufgetragene Rückführung wurde von der Bw. auch tatsächlich durchgeführt. Den Vorbringen der Bw., dass die Aufsichtsbehörde nicht von Eigengeschäften der Bw. ausgegangen sei, da ansonsten Sanktionen wegen des Verstoßes gegen die Überschreitung der Großveranlagungsgrenzen verhängt worden wären, ist entgegenzuhalten, dass die Bw. sehr wohl von der Aufsichtsbehörde aufgefordert worden ist, die mit der X GmbH getätigten Geschäfte rückzuführen. Überdies ist dazu auszuführen, dass die abgabenrechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes ausschließlich nach den abgabenrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehalts unabhängig von der von der Aufsichtsbehörde vorgenommenen Beurteilung auf Grundlage der Bestimmungen des Bankwesengesetzes zu erfolgen hat. Aus diesem Grunde kommt auch der rechtlichen Wirksamkeit der Vereinbarung keine entscheidungsrelevante Bedeutung in diesem Berufungsverfahren zu.

Wenn die Bw. ausführt, dass der wirtschaftliche Grund der Vereinbarung einzig und allein das Streben der Geschäftsleitung nach Gewinnmaximierung verbunden mit Kostenminimierung gewesen sei, so bestätigt sie damit, dass die vertragliche Gestaltung nur zur Verschleierung der von der Bw. tatsächlich durchgeföhrten Wertpapiergeschäfte vorgenommen wurde, da diese nach den Bestimmungen des § 27 BWG für die Bw. nicht zulässig waren.

Festzustellen ist, dass unter fremden Gesellschaften eine Vereinbarung dieser Art völlig unüblich und daher sicherlich nicht zustande gekommen wäre. Zweifellos hätte die Bw. eine der-

artige Vereinbarung mit einem fremden Dritten im Hinblick auf die strengen Vorschriften des Bankwesengesetzes nicht abgeschlossen. Auch wäre ein fremder Dritter auf eine derartige Vereinbarung mangels Begrenzung des bankgeschäftlichen Risikos nach den Bestimmungen des Bankwesengesetzes nicht eingegangen.

Entgegen den Ausführungen in der Berufung wurden die vertragsgegenständlichen Wertpapiere nicht in voller Höhe von der X GmbH bereitgestellt. Unbestritten ist, dass die X GmbH über die für das vereinbarte Wertpapiergeschäft notwendige Liquidität nicht verfügt hat und die vertragsgegenständlichen Wertpapiere mangels eigener Mittel überwiegend durch Aufnahme von Fremdkapital durch die Bw. finanziert worden sind. Es entspricht jedoch nicht einer fremdüblichen Vertragsgestaltung, dass die Bw. die Wertpapiere, für deren Management sie von der X GmbH beauftragt worden ist, durch die Aufnahme von Fremdkapital finanziert, wenn darüber hinaus die X GmbH über die für diese Geschäfte notwendige Liquidität nicht verfügt hat. Den bloß allgemeinen Ausführungen der Bw. zur Fremdfinanzierung von Warenbeständen zu Beginn einer Handelstätigkeit, der grundsätzlichen Möglichkeit der Kreditaufnahme zur Volumserweiterung bei Wertpapiergeschäften und zur Begrenzung der Risiken kann nicht gefolgt werden. Die Tatsache, dass die Finanzierung der vertragsgegenständlichen Wertpapiere durch die Bw. erfolgt ist spricht vielmehr eindeutig für die Annahme, dass die Wertpapiergeschäfte von der Bw. selbst durchgeführt worden sind, und die vertragliche Gestaltung der Bw. mit der Muttergesellschaft nur zur Umgehung der relativ engen Grenzen des § 27 BWG erfolgt ist.

Der Bw. ist zuzustimmen, dass allein mit der Tatsache, dass die X GmbH Verluste ausgewiesen hat, eine Fremdunüblichkeit nicht begründet werden kann. Auch wurde die Vereinbarung nicht zu dem Zweck eingegangen, die Muttergesellschaft mit den notwendigen Erträgen auszustatten. Der wirtschaftliche Grund für die Vereinbarung war die Verschleierung der von der Bw. tatsächlich durchgeführten Wertpapiergeschäfte.

Zu den Ausführungen der Bw. betreffend der Übertragung von Einkunftsquellen ist festzustellen, dass die Zurechnung von Wirtschaftsgütern und die Zurechnung von Einkünften sich nicht decken müssen. Für die Zurechnung von Einkünften kommt es entscheidend darauf an, wer wirtschaftlich über die Einkunftsquelle und so über die Einkünfte disponieren kann. Zurechnungssubjekt hinsichtlich der Einkünfte ist derjenige, der die Möglichkeit besitzt, die sich ihm bietenden Marktchancen auszunützen, Leistungen zu erbringen oder zu verweigern. Maßgeblich ist dabei die nach außen in Erscheinung tretende Gestaltung der Dinge. Die

rechtliche Gestaltung ist nur dann maßgebend, wenn sich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nichts anderes ergibt.

Bei zusammenfassender Betrachtung des vorliegenden Sachverhaltes ergibt sich, dass die zu beurteilende Vereinbarung der Bw. mit der X GmbH unbeschadet der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes unter Berücksichtigung des wahren wirtschaftlichen Gehalts nur zur Verschleierung der tatsächlich durchgeführten Geschäfte abgeschlossen wurde. Ein Eingehen auf die nicht entscheidungsrelevanten Ausführungen im Berufungsverfahren zur Fremdüblichkeit der vereinbarten Gewinnbeteiligung, zur Form der Aufzeichnungen, zur Tätigkeit eines internationalen „trading advisors“ und zur Risikoübernahme kann daher unterbleiben.

Die steuerliche Nichtanerkennung der zwischen der Bw. und der X GmbH getroffenen Vereinbarung und die Zurechnung der gesamten Erträge bei der Bw. ist zu Recht erfolgt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 12. Dezember 2005