



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 12

GZ. RV/0871-W/02

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Europa Treuhand Ernst & Young, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 8., 16. und 17. Bezirk in Wien betreffend Einkommensteuer für das Jahr 1996 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### 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 oder einem Wirtschaftsprüfer 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

Der Berufungswerber (Bw.) machte in seiner Einkommensteuererklärung 1996 unter der Kz 440 einen Verlust iHv 2.006.362.- öS, deren Besteuerungsrecht aufgrund von Doppelbesteuерungsabkommen einem anderen Staat zusteht (negativer Progressionsvorbehalt) geltend. Dieser Verlust resultiert aus einer Beteiligung des Bw. an einer M mit Sitz in München. Am 27.11.1997 teilte die MF dem Finanzamt mit, dass der Unternehmensgegenstand o.a. Gesell-

schaft der gewerbliche Handel mit Wertpapieren ist. Aus einer Mitteilung der O vom 17.3.1997 geht hervor, dass diese Bank als Treuhänderin des Bw. den Anteil an gemeinschaftlichen Einkünften aus Gewerbebetrieb mit DM -286.296 beziffert, welcher Wert (umgerechnet auf den oa Schillingwert) in der Kz 440 einzutragen ist. Die einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte erfolge beim zuständigen Finanzamt in München. Der festgestellte Einkünfteanteil basiere auf einer Einnahmen-Überschussrechnung.

Über Verlangen des Finanzamtes reichte der Bw. die Totalüberschussberechnung 1997 der M für den Bw. nach, sowie die Ergebnismitteilung für 1997. Demgemäß errechnete sich für den Bw. ein Totalüberschuss für 1997 von 518.- DM. Berücksichtigt sind in dieser Berechnung das Ergebnis 1996, 1997, der Kurswert der Wertpapiere zum 31.12.1997 und die Abgrenzung der Stückzinsen zum 31.12.1997.

Das Finanzamt anerkannte in einem vorläufigen Einkommensteuerbescheid vom 25.5.1998 den negativen Progressionsvorbehalt, verweigerte diesen jedoch im endgültigen Einkommensteuerbescheid vom 10.6.1999, mit der Begründung, dass gem. § 22 Abs. 2 BAO die unübliche Konstruktion der Beteiligung des Bw. an der M wegzudenken sei und die Abgaben so zu erheben seien, als läge eine angemessene rechtliche Gestaltung vor. Dies führe dazu, dass die indirekte Beteiligung des Bw. über die O an der M steuerrechtlich nicht anzuerkennen ist und somit der negative Progressionsvorbehalt keine Wirksamkeit entfalten kann.

Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung vom 15.7.1999, in der ausgeführt wird, dass sich der Bw. an der M beteiligt habe, wobei die O die Beteiligung für den Bw. treuhändig gehalten habe. Zweck der Gesellschaft sei der ausschließlich in eigenem Namen und für fremde Rechnung erfolgende Handel mit Wertpapieren. Die weiteren Berufungsausführungen lauten wie folgt:

"Die Veranlagung in Wertpapieren ermöglicht nicht nur die Lukrierung von Zinsen und Dividenden usw., sondern Wertpapiergeschäfte ermöglichen es ebenso durch Handel mit Wertpapieren Gewinne und Verluste zu erwirtschaften. Der Wertpapierhandel wird als risikoreiche Geschäftsausübung gesehen. Risikominimierung ist daher eine wesentliche Komponente des Wertpapierhandels, auch wenn Risikominimierung zu einer Verminderung der Gewinnmöglichkeiten führt bzw., und das ist hier ein wesentlicher Grund gewesen, auch Verluste in Grenzen hält. Die Beteiligung an der M versprach, das Risiko durch den Handel mit weniger riskanten Wertpapieren und durch die Inanspruchnahme einer professionellen Wertpapierhandelsgesellschaft in Grenzen zu halten. Damit beim Handel mit wenig risikoreichen Papieren dennoch ansehnliche Renditen erzielt werden können, ist der Einsatz von großen Kapitalmengen erforderlich. Eine Möglichkeit, zu solch großen Kapitalmengen zu gelangen, sind Wertpapierhandelsgemeinschaften, denen es, wie es auch hier der Fall und erwünscht war, ermöglicht

wurde, die Kapitalmenge durch Fremdkapital zu vervielfachen, sodass, wie bereits erwähnt, bei geringen Mengen und geringem Risiko dennoch die Möglichkeit höherer Gewinne bestand. Zusätzliche Vorteile ergaben sich daraus, dass sich bei so hohen Beträgen die Unkosten je Beteiligten verringerten.

Der professionelle aber auch private Handel mit Wertpapieren bringt es mit sich, dass auf Grund beispielsweise einer Änderung der Anlagestrategie, oder höherer Gewinnmöglichkeiten bei anderen Wertpapieren, oder Verminderung zusätzlicher Verluste usw. auch Wertpapiere mit Verlust veräußert werden.

Das Treuhandverhältnis mit der O wurde eingegangen, um – wie bereits ausgeführt – sowohl große Kapitalmengen zusammenführen zu können als auch das Können einer Bank in die Gesellschaft einzubringen. Zudem sind bei solchen Konstruktionen Treuhandverhältnisse durchaus üblich und nicht ungewöhnliches, da aus verwaltungstechnischen Gründen die Abwicklung der Geschäfte über einen Treuhänder erfolgt und nicht jeder Beteiligte in die Geschäfte involviert ist.

Sowohl die jährlichen 1,5 % vom Nennwert der verwalteten Wertpapiere, die die Treuhänderin erhält, als auch die einmaligen 10 % des aufgebrachten Kapitals für die MF sind üblich.

Unabhängig von diesen Treuhandentgelten war die Geschäftstätigkeit der M überaus positiv, da trotz dieser Treuhandentgelte für die Gesellschaft ein Totalüberschuss entstanden ist. Wie aus einem Schreiben der MF vom 9. März 1999 hervorgeht, kann der Bw. insgesamt mit einem positiven Rückfluss von 101,5 % der Einlage rechnen (Beilage I).

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass diese Konstruktion zum einen weder ungewöhnlich noch unangemessen ist, zum anderen jedenfalls, wie oben angeführt, mehrere außersteuerliche Gründe vorliegen, die diese Gestaltungsform rechtfertigen. Somit liegt in der Beteiligung des Bw. an der M kein Missbrauch im Sinne des § 22 BAO vor."

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

Strittig ist, ob Verluste aus einer in der BRD ansässigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die für ihre Beteiligten (zumeist gutverdienende Österreicher) einen "gewerblichen Wertpapierhandel" in den Geschäftsräumlichkeiten einer Bank betreibt, die als Treuhänderin fungiert, im Rahmen eines negativen Progressionsvorbehaltes berücksichtigt werden können, wobei die Verluste durch den Ankauf von Wertpapieren in Millionenhöhe im ersten Jahr unter Ausnutzung der möglichen "Einnahmen-Ausgabenrechnung" entstanden sind.

1.) Zunächst ist zu klären, ob die Frage des Progressionsvorbehaltes einerseits und die Frage des Vorliegens eines Missbrauchs (treaty shopping) andererseits nach österreichischem innerstaatlichen Recht zu lösen ist.

2.) Sodann ist der strittigen Frage nachzugehen, ob ein Missbrauch von Formen- und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts iSd § 22 BAO vorliegt.

#### ad 1.- **anzuwendendes Recht**

Gem. Art 15 Abs. 3 des Doppelbesteuerungsabkommens BRD/Österreich schließt die zwischen diesen Staaten vereinbarte Befreiungsmethode nicht aus, dass der Wohnsitzstaat die Steuern von den ihm zur Besteuerung überlassenen Einkünften nach dem Satz erheben kann, der dem Gesamteinkommen der steuerpflichtigen Person entspricht (= Progressionsvorbehalt). Auch wenn im Unterschied zur deutschen Rechtslage die explizite Verankerung des Progressionsvorbehaltes im österreichischen Recht fehlt, ergibt sich dennoch nach hA aus den Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes und der Rechtsauffassung der österreichischen Höchstgerichte dieser daraus, dass bei unbeschränkter Steuerpflicht einerseits die in- und ausländischen Einkünfte, somit das Weiteinkommen besteuert wird und andererseits die Einkommensteuer aufgrund des progressiven Staffeltarifs erhoben wird (siehe Gassner/Lang/Lechner, die Methoden der Doppelbesteuerung, Anrechnungs- und Befreiungsmethode, S 159 und die dort angeführte VwGH-Judikatur). Wenn also der Progressionsvorbehalt demnach als selbständiges inländisches Besteuerungsrecht anzusehen ist, dann wird bei Anwendung desselben für Zwecke der Tarifermittlung unterstellt werden können, dass kein Doppelbesteuerungsabkommen besteht (vgl Debatin in Korn/Debatin, Doppelbesteuerung, Loseblatt, Systematik III Rz 87 in oa Gassner/Lang/Lechner S 157). Dies hat zur Folge, dass bei Anwendung des Progressionsvorbehaltes das Einkommen nach den Vorschriften des österreichischen, innerstaatlichen Rechts zu ermitteln ist (VwGH 23.10.1997, 96/15/0234, SWI 1998, 96).

Unter **treaty shopping** (Missbrauch von DBA, Erschleichung von Abkommensbegünstigungen) versteht man Gestaltungen, mit deren Hilfe versucht wird, eine für den betreffenden Fall nicht vorgesehene Abkommensberechtigung oder Abkommensbegünstigung zu erlangen.

Ob in solchen Fällen bereits aufgrund rein innerstaatlicher Missbrauchsbestimmungen die Anwendung des Abkommens versagt werden kann, ist in der Lehre zu jenen Fällen umstritten, in welchen in den Doppelbesteuerungsabkommen keine Missbrauchsbestimmungen expressis

verbis enthalten sind (bejahend Loukota, ÖStZ 1990, 2ff, im wesentlichen auch Kommentar zu Art 1 OECD-Musterabkommen; aA Lang, SWI 1991, 55f; Gassner/Lang, SWI 1994, 246; in Doralt Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechtes Bd II<sup>3</sup> S 295; Gassner/Lang/Lechner in aktuelle Entwicklungen im internationalen Steuerrecht S 63).

Hingegen gibt es bei der Anwendung von innerstaatlichen Missbrauchsbestimmungen dann keinen Zweifel, wenn diese in den jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen geregelt sind, wie im hier anzuwendenden Doppelbesteuerungsabkommen mit der BRD. In Punkt 28 a des Schlussprotokolls zum DBA BRD-Österreich heißt es (ab 1.7.1994): *"Im Recht des Wohnsitzstaates oder des anderen Vertragsstaates vorgesehene Maßnahmen zur Verhinderung doppelter Entlastungen oder missbräuchlicher Gestaltungen werden durch das Abkommen nicht berührt"*.

Somit ist ausreichend geklärt, dass bei Anwendung des strittigen Progressionsvorbehaltes, ebenso wie bei Prüfung des Missbrauchtatbestandes innerstaatliches Recht und Besteuerungsgrundsätze anzuwenden sind.

### Vermögensverwaltung

Gemäß dem Schreiben der MF vom 27.11.1997 ist der Unternehmensgegenstand der M der gewerbliche Handel mit Wertpapieren, was durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages belegt wurde.

Bei einem Handel mit Wertpapieren ist grundsätzlich zu prüfen, ob dieser tatsächlich gewerbsmäßig erfolgt, oder ob Vermögensverwaltung vorliegt.

Vermögensverwaltung liegt insbesondere dann vor, wenn eigenes Vermögen genutzt (Kapitalvermögen verzinslich angelegt oder unbewegliches Vermögen vermietet oder verpachtet) wird. Überschreitet das Tätigwerden deutlich jenes Ausmaß, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist (VwGH 22.6.1983, 81/13/0157, 0183 in Ritz, BAO-Kommentar § 32 Tz 1), so kann man von einer gewerblichen Tätigkeit sprechen.

Im vorliegenden Fall liegt eindeutig bloße Vermögensverwaltung vor, welche v.a. durch nachfolgende Punkte dokumentiert wird:

- 1.) Das Nichtvorhandensein von Geschäftsräumlichkeiten (kaufmännische Einrichtungen), deren Einrichtung gem. § 10 Z 2 des Gesellschaftsvertrages untersagt ist.

2.) Die Handelsstrategie der Kapitalveranlagung ist rein auf Kapitalerhaltung ausgerichtet, wie sich aus Seite 5 des Prospektes ergibt.

3.) Es war beabsichtigt, keine Risikopapiere anzukaufen, sondern nur sichere Wertpapiere, für deren Verwaltung kein umfangreiches und professionelles kaufmännisches Geschick erforderlich ist. (Solche Wertpapiere lassen sich auch privat und individuell verwalten.)

4.) Die Anleger und Mitunternehmer führen selbst keine Wertpapiertransaktionen durch, sondern lassen sich verwalten, indem diese in den Geschäftsräumlichkeiten der O stattfinden, die auch Treuhänderin der Anleger ist. Der Arbeitsaufwand für die gegenständlichen Wertpapiertransaktionen betrug im Jahre 1996 1 Stunde und 25 Minuten und im Jahre 1997 12 Stunden und 25 Minuten, wie aus einem Schreiben der M hervorgeht.

5.) Es wurde nur eine geringe Anzahl von Wertpapierkäufen getätigt. So wurden im Jahre 1996 fünf und im Jahre 1997 neunzehn Wertpapierankäufe getätigt, denen im Jahre 1997 dreißig Wertpapierverkäufe gegenüberstehen.

Bei der Verwaltung von Wertpapierbesitz gehören die Umschichtungen von Wertpapieren, somit Kauf und Verkauf durch Einschaltung von Banken, grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung. Es liegt in der Natur der Sache, den Bestand gemäß der Wirtschaftslage zu verändern, indem schlechte Papiere abgestoßen, gute erworben und Kursgewinne realisiert werden (Djanani/Kapferer, SWK 1991 AI 314). Die geringe Anzahl der von der M getätigten jährlichen Transaktionen [auch dieser Punkt zählt zu den Abgrenzungskriterien (vgl. Quatschnigg/Schuch, ESt-HB § 23 Tz 14.3 und 14.1)] spricht nicht für die Gewerblichkeit der Tätigkeit, sondern eindeutig für Vermögensverwaltung.

Die Konsequenz der Annahme einer Vermögensverwaltung liegt darin, dass keine betrieblichen Einkünfte gegeben sind und ergo dessen Wertschwankungen im Vermögen (also Anschaffungen, Kursschwankungen, Veräußerungen etc) steuerlich unbeachtlich sind.

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass es höchstgerichtlich (VfGH 2.10.1998, B 553/98-7) abgeklärt ist, dass die Subsumption des hier strittigen Wertpapierhandels unter dem Begriff "Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter" iSd § 2 Abs. 2 EStG richtig ist.

ad 2., **Missbrauch**

---

Gem. § 22 Abs. 1 BAO kann durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden.

In Punkt 28 a des Schlussprotokolls zum DBA BRD (gültig ab 1.7.1994) heißt es: "*Im Recht des Wohnsitzstaates oder des anderen Vertragsstaates vorgesehene Maßnahmen zur Verhinderung doppelter Entlastungen oder missbräuchlicher Gestaltungen werden durch das Abkommen nicht berührt*".

Die Gründung einer Gesellschaft mit dem Zweck, Wertpapiereinkäufe für einen Kreis von privaten Anlegern im Rahmen einer Einnahmen-Ausgaben Rechnung als Wareneinsatz abzuschreiben, ist jedenfalls der Prüfung, ob Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts gem. § 22 BAO vorliegt, zu unterziehen.

Missbrauch ist dann anzunehmen, wenn eine rechtliche Gestaltung vorliegt, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet.

Es ist daher zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenkt oder ob dieser ohne das Resultat der Steuervermeidung unverständlich ist (VwGH 26.6.1984, 83/14/0258, ÖStZB 1985, 37 ua in Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechtes Bd II S 201). Für den konkreten Fall bedeutet das, dass eine Überprüfung dahingehend stattzufinden hat, ob die mit Effekten für einen privaten Anlegerkreis handelnde Erwerbsgesellschaft nur deshalb gegründet wurde, um Verlustzuweisungen zu konstruieren, die nicht möglich wären, wenn jeder Anleger für sich und rein privat sein Kapital in Wertpapier- und Aktienbesitz anlegt.

Die vorliegende Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung kann nach deutschem Recht die Vorteile der Einnahmen-Ausgabenrechnung nutzen und so Verlustzuweisungen aus Wertpapiereinkäufen lukrieren.

Es ist nunmehr zu überprüfen, ob die Steuervermeidungsabsicht der einzige Zweck der vorliegenden Konstruktion war, oder ob auch, wie vom Bw. in der Berufung vorgebracht, andere außersteuerliche (wirtschaftliche) Gründe vorlagen.

Bei Wegdenken der steuerlichen Effekte der vorliegenden Konstruktion ergibt sich, dass die Rechtskonstruktion der Wertpapierhandelsgemeinschaft vollkommen entbehrlich ist, da die

gewählte Form der Kapitalveranlagung auch als individuelle Einzelperson möglich ist. Die Handelsstrategie der Wertpapierhandelsgemeinschaft ist, wie bereits oben angeführt, rein auf Kapitalerhaltung ausgerichtet. Die Kapitalveranlagungen im vorliegenden Fall betreffen nämlich nicht riskante und mit hoher Professionalität zu bewältigende Wertpapiertransaktionen, sondern es wurden ausschließlich mündelsichere und wenig riskante Anlagen (v.a. staatliche Anleihen) gezeichnet.

Die Unüblichkeit der gewählten Vorgangsweise liegt vor allem darin begründet, dass solche Wertpapiergeschäfte üblicherweise von den Banken durchgeführt werden, so dass sich in der vorliegenden Konstruktion die Erwerbsgesellschaft nur als Informations- und Steuerplattform zwischen den Anlegern und den Banken erweist. Dies ergibt sich auch aus dem zumeist geringfügigen Zeitaufwand der mit Wertpapierhandel befassten Personen. So wurde aufgrund eines Schreibens der M festgestellt, dass der Arbeitsaufwand für die gegenständlichen Wertpapiertransaktionen im Berufungsjahr 1h 25 min (und im Folgejahr 12h, 25 min) betrug. Aus der Sicht des UFS kommt dieser Zeitaufwand einem bei Banken üblichen Schalterzeitaufwand gleich, der die Gründung einer eigenständigen Wertpapierhandelsgesellschaft als unlogisch erscheinen lässt. Dies verdeutlicht wiederum, dass für derartige Wertpapiergeschäfte keine Wertpapierhandelsgemeinschaft erforderlich ist, sondern dass diese ausschließlich steuerlichen Zwecken (um Verlustzuweisungen für die Anleger zu lukrieren) diente.

Das in der Berufung vorgebrachte Argument, dass es bei weniger risikanten Papieren zum Erzielen ansehnlicher Renditen erforderlich sei, große Kapitalmengen zu investieren und diese nur über Wertpapierhandelsgemeinschaften erzielbar seien, war nicht nachvollziehbar. Vor allem bei sicheren Wertpapieren ist der Einfluss der Kapitalmenge auf den Gewinn kaum gegeben. So ist vor allem bei (Staats)Anleihen der Zinssatz fix, und auch wenn der gehandelte Kurs sich an der Nachfrage orientiert, so ist doch wesentlich der angebotene Zinsfuß und die Restlaufzeit entscheidend. Auch beträgt der Unterschied zum Nennwert nur wenige Prozentpunkte, wo weiters zu berücksichtigen ist, dass Anleihen nur in Ausnahmefällen zum Nennwert ausgegeben werden. Anderes ist bei Aktien der Fall, doch wurden solche, da ihnen ein hohes Maß der Unsicherheit immanent ist, nicht angeschafft.

Betrachtet man desweiteren die Verhältnisse der Ankäufe zu den Verkäufen, so ist von Professionalität nicht viel zu erkennen, da einige der angeschafften Wertpapiere nämlich mit Verlust verkauft wurden. Auch damit zeigt sich die Entbehrlichkeit einer Wertpapierhandelsgesellschaft.

Eine Wertpapierhandelsgemeinschaft würde dann als sinnvoll erscheinen, wenn eine Vielzahl von An- und Verkäufen, vor allem unsicherer Papiere, getätigt wird. Wobei es im allgemeinen auch zu sehr kurzen Behaltefristen, die teilweise nur wenige Stunden betragen (vor allem beim Einsatz großer Kapitalmengen, die sich kursbeeinflussend auswirken), kommt. Eine derartige Vorgangsweise würde jedoch einen hohen Zeiteinsatz und auch eigene Geschäftsräumlichkeiten voraussetzen.

Die Vertragspartner sind in § 10 des Gesellschaftsvertrages übereingekommen, dass eigenständige kaufmännische Einrichtungen (Geschäftsräumlichkeiten) nicht geschaffen werden dürfen und dass die Wertpapiergeschäfte in der O abgewickelt werden. Somit unterscheiden sich diese Wertpapiertransaktionen nicht von vergleichbaren Wertpapiergeschäften individueller Privatanleger, die ebenfalls in und über die Bank abgewickelt werden.

Vollkommen unverständlich und als reiner Kostenfaktor stellt sich das Treuhandverhältnis mit der O dar, die gegenüber den Anlegern weitreichende Rechte und nur sehr eingeschränkte Pflichten wahrzunehmen hat. So erhält die Treuhänderin jährlich 1,5 % vom Nennwert der verwalteten Wertpapiere und die M 10 % des aufgebrachten Beteiligungskapitals. Ein privater Anleger hingegen kann kostengünstiger und in viel größerem Ausmaß auf den Markt reagieren, während im vorliegenden Fall die Anleger ihre Gestaltungsmöglichkeiten (mit hohen Verwaltungskosten verbunden) vollkommen aus der Hand gegeben haben. Die Aufgabe von Gestaltungsmöglichkeiten für Wertpapiertransaktionen und das Inkaufnehmen hoher Provisionskosten lässt sich nur damit erklären, dass mit der vorliegenden Konstruktion die Reduktion der steuerlichen Bemessungsgrundlage über den negativen Progressionsvorbehalt bezweckt werden sollte, mit anderen Worten rein steuerliche Motive im Vordergrund standen.

Dies zeigt sich auch aus dem o.a. Berechnungsbeispiel im Prospekt. Demnach ergibt sich bei einer Veranlagung um S 630.000,- mit Einrechnung des Steuervorteils eine Wertsteigerung von S 772.960, während ohne Steuervorteil sich nur eine solche von S 2.800 ergibt. Somit ist auch betraglich erwiesen, dass bei Wegdenken des Steuervorteils eine Wertsteigerung der Beteiligung um magere S 2.800 für einen fast 10 jährigen Zeitraum die Konstruktion einer Wertpapierhandelsgemeinschaft wohl nur als unüblich, unverständlich und unangemessen angesehen werden kann und sich dieses Modell daher als reines Steuervermeidungskonzept darstellt. Dies umso mehr, als der Bw. über seine steuerliche Vertretung ein treaty shopping (siehe oben ad 1.) betrieb und durch die Wahl einer deutschen Wertpapierhandelsgemeinschaft eine Internationalisierung seiner Steuervermeidungsabsicht im Auge hatte, wohl wissend, dass diesfalls für die Abgabenbehörden eine Aufklärung des Sachverhaltes mit

größeren Schwierigkeiten verbunden ist. Dabei übersah der Bw. jedoch das mit den EU-Staaten bestehende Amtshilfeabkommen und die Rechtstatsache, dass treaty shopping durch das DBA Österreich BRD aufgrund einer ausdrücklichen Missbrauchsklausel in Punkt 28 a des Schlussprotokolls zum DBA BRD ausgeschlossen ist.

Um nochmals ausdrücklich auf die Argumente des Bw. einzugehen, wonach der Wertpapierhandel als risikoreiche Geschäftsausübung angesehen werde, ist auf obige Ausführungen zu verweisen, dass nur sichere Wertpapiere (z.B. Anleihe der Bundesrepublik Deutschland) angeschafft wurden. Auf das Argument der großen Kapitalmenge wurde ebenfalls ausführlich eingegangen.

Um klarzulegen, dass für die Gründung der Gesellschaft ausschließlich steuerliche Gründe maßgeblich waren, soll an dieser Stelle noch folgendes festgehalten werden.

Der Fixzinssatz der angeschafften Wertpapiere betrug zwischen 4,25% und 6,25% vom Nennwert. 1,5 % vom Nennwert ist jährlich an die Treuhänderin abzuliefern, wodurch sich der zu erzielende Betrag auf 2,75% bis 4,75% reduziert. Dies entspricht einem Prozentsatz, der im Anlagezeitraum bei "Sparbüchern" erreichbar war und somit keinen Einstieg in den Wertpapiermarkt erfordert hätte. Das wird noch deutlicher dadurch, dass von den erzielbaren Erträgen zusätzlich noch 10% des aufgebrachten Kapitals abgeführt werden mussten , so dass eine weitere Verminderung eintrat. Dies hat den Effekt, dass, wenn man die Steuerersparnis wegrechnet, das Geld auf privatem Weg (z.B. Anlage in Sparbuchform, Privatankauf von Wertpapieren (Anleihen) über eine Bank) zu einem höheren Gewinn geführt hätte. Somit ist auch das Argument des Bw. entkräftet, dass der Rückfluss 101,5% der Einlage betragen hätte.

Denkt man den abgabensparenden Effekt, der sich aus der Sofortabschreibung der Wertpapiereinkäufe und der damit verbundenen Verlustzuweisungen ergibt, i.S. o.a. Judikatur weg, so erweist sich die Erwerbsgesellschaft als vollkommen entbehrlich und es verbleibt ein unübliches, unangemessenes, ungewöhnliches und letztlich wirtschaftlich unverständliches Rechtsgeschäft (jenes der Gesellschaft mit der Erwerbsgesellschaft).

Diese Unterscheidung der gewählten Konstruktion zu Privatanlegern basiert ausschließlich auf der formalrechtlichen Gestaltung im Rahmen eines Treuhandvertrages der O mit den Anlegern und der Konstruktion einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mittels derer hohe Verlustzuweisungen geschaffen werden sollten. Für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen

ist jedoch nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern gem. § 21 BAO der wahre wirtschaftliche Gehalt maßgeblich.

Gem. § 22 Abs. 2 BAO ist die unübliche Konstruktion wegzudenken und sind die Abgaben so zu erheben, als lägen angemessene rechtliche Gestaltungen vor. Dies führt dazu, dass die indirekte Beteiligung des Bw. über die O an der M steuerrechtlich nicht anzuerkennen ist (und somit der negative Progressionsvorbehalt keine Wirksamkeit entfalten kann).

Wien, 1.8.2003