



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Novacount Wirtschaftstreuhandges.m.b.H., gegen den Bescheid des Finanzamtes für Körperschaften betreffend Körperschaftsteuer für das Jahr 1994 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der Bescheid wird abgeändert. Die Körperschaftsteuer für das Jahr 1994 wird ausgehend von Einkünften aus Gewerbebetrieb in der Höhe von - S 5,295.512,00 mit einer Gutschrift von S 40.607,00 (€ 2.951,03) festgesetzt.

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

Die Bw. ist aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 6. September 2001 die Rechtsnachfolgerin der A GmbH, die wiederum aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 20. Oktober

1997 die Rechtsnachfolgerin der B GmbH ist, wobei aber alle drei Gesellschaften den gleichen Firmenwortlaut führen. Seit dem Generalversammlungsbeschluss vom 3. Dezember 2003 ist die Bw. aufgelöst und befindet sich damit im Liquidationsstadium.

Die gegenständliche Berufung betrifft die B GmbH, deren Geschäftsgegenstand insbesondere darin bestand, Gebäude bzw. Grundstücke anzukaufen, diese zu adaptieren und in der Folge weiterzuverkaufen bzw. zu vermieten.

Im Rahmen einer abgabenbehördlichen Prüfung wurde unter anderem folgende Feststellung getroffen:

Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 1994 habe die B GmbH Fremdwährungskursverluste in Höhe von S 11,090.265,00 ausgewiesen. Diese Kursverluste seien aus Spekulationen mit US \$ und DM entstanden. Nach Ansicht der Betriebsprüfung gebe es für diese Geschäfte aber keine betriebliche Veranlassung und gehörten solche Geschäfte auch nicht zum Betriebsgegenstand der B GmbH. Es bestünde zudem kein Fremdwährungsbedarf, weshalb der geltend gemachte Aufwand nicht abzugsfähig sei. Der Einwand der steuerlichen Vertreterin, ob bei einem eventuellen Spekulationsgewinn dieser ebenfalls aus dem Betriebsergebnis auszuscheiden wäre, sei damit zu beantworten, dass dieser dann gemäß § 30 EStG 1988 beim Geschäftsführer zu versteuern wäre.

Das Finanzamt für Körperschaften erließ daraufhin am 18. August 1997 den die B GmbH betreffenden Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 1994, in dem in Abweichung vom erklärten Verlust in der Höhe von S 16,385.777,00 lediglich ein Verlust von S 5,883.261,00 festgesetzt wurde.

In der Berufung vom 10. September 1997 heißt es wie folgt:

Die Transaktionen DM/US \$ seien von der Bank als durchaus übliches "Margin-Geschäft" angeboten worden. Es seien anfangs auch Kursgewinne erzielt worden. Dann hätten sich die Kursverhältnisse geändert und die Bank auf Rückzahlung gedrängt. Da es dem Steuerpflichtigen grundsätzlich freistehe, ob er seinen Betrieb mit Eigen- oder Fremdmitteln (egal welcher Art) finanziere, seien die Kursverluste als Betriebsausgaben anzuerkennen.

In der Berufungsstellungnahme wiederholte die Betriebsprüfung praktisch wortgleich ihre Ausführungen im Bericht vom 10. Juli 1997.

In einer Gegenäußerung hiezuv verwies die A GmbH als damalige Rechtsnachfolgerin der B GmbH darauf, dass im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 5 EStG 1988 auch gewillkürtes Betriebsvermögen zulässig sei.

Das Finanzamt legte die Berufung in der Folge der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland als damals zuständiger Abgabenbehörde zweiter Instanz vor.

Mit dem Schreiben vom 25. April 2002 wurde die Bw. als nunmehrige Rechtsnachfolgerin der B GmbH gebeten, bekannt zu geben, um welche Art von Geschäften es sich bei den besagten "Margin-Geschäften" handle, wie ein solches ablaufe und was das Ziel sei. Weiters wurde um die Vorlage von Unterlagen bezüglich des Abschlusses dieser Geschäfte mit der Bank sowie um eine entsprechende Erläuterung der betrieblichen Veranlassung der Geschäfte ersucht.

In Beantwortung dieses Schreibens brachte die Bw. am 12. Juni 2002 wie folgt vor:

"Margin-Geschäfte" würden von jeder Bank angeboten, wobei das Ziel die Erzielung von Gewinnen sei. Die betriebliche Veranlassung liege ebenfalls im Motiv, Geld zu verdienen. Die ersten Geschäfte seien auch durchaus gewinnbringend gewesen. Eine in der Geschichte einmalige Entwicklung des Dollars (extremer Wertverlust in kurzer Zeit) habe die Bank dann aber veranlasst, das Konto glattzustellen, wobei dies zum ungünstigsten Zeitpunkt geschehen sei. Nur wenige Tage später wäre der Dollarkurs schon wieder höher gewesen und auch kurze Zeit danach wäre es zu überhaupt keinem Verlust gekommen.

Die Bw. legte überdies ein an die B GmbH gerichtetes Schreiben der Bank X aus dem Jahre 1994, versehen mit dem Betreff "Margin Accounts DEM/US D", folgenden Inhaltes vor:

"Zwecks Erzielung von Zins- und Kursgewinnen werden US \$ oder auch andere Fremdwährungen gegen DEM/ATS oder auch andere Fremdwährungen in der Form gehandelt, dass entweder täglich Verkäufe oder Käufe glattgestellt werden oder die Transaktion als Guthaben oder Verbindlichkeit auf den im Betreff angeführten Margin Accounts offen bleibt.

Vorgangsweise:

1. Es wird einvernehmlich festgelegt, dass die Bank X aufgrund telefonischer Aufträge handelt. Die Bank X wird keine Prognosen oder Einschätzungen der zukünftigen Währungssituation abgeben. Sollte dies doch geschehen, sind sie unverbindlich. Die B GmbH ist einverstanden, dass keine schriftliche Bestätigung über den telefonisch erteilten Auftrag erfolgt. Für durchgeführte Aufträge werden Kontoauszüge erstellt, welche im Fall von Einwendungen sofort telefonisch oder per Fax am Tage des Erhalts reklamiert werden müssen, widrigenfalls sie als genehmigt gelten.

Sollten die Kontoauszüge postlagernd zur Verfügung gestellt werden, gelten sie mit der Einlagerung als zugestellt.

2. Die Bank X wird täglich die Stände der Guthaben und Verbindlichkeiten zum Devisenmittelkurs in ATS bewerten.

3. Die B GmbH wird für die jeweils größere Position ständig zusätzliche Sicherheiten als Marge

in noch zu vereinbarenden Form als Kontoguthaben oder offene Kreditrahmen im Ausmaß von 20 % dieses Volumens bestellen.

4. Da die Forderungen und Verbindlichkeiten nicht effektiv zahlbar sind, ist die Bank X ausdrücklich berechtigt, Forderungen und Verbindlichkeiten gegeneinander aufzurechnen und zu diesem Zweck die jeweiligen Währungen zum Devisengeld- oder briefkurs in ATS/DEM abzurechnen. Sie ist aber hiezu nicht verpflichtet.

*5. Die aus der rechnerischen Aufrechnung der Forderungen und Verbindlichkeiten allfällig entstehende rechnerische Forderung der Bank X muss jederzeit im Rahmen der unter Punkt 3 als Marge bestellten zusätzlichen Sicherheiten Deckung finden. Ergibt sich, dass hiedurch 50 % der als Marge bestellten Sicherheit verbraucht sind, ist die Bank X berechtigt, eine Erhöhung der zusätzlichen Sicherheiten zu verlangen, welche unverzüglich zu erbringen sind. Diese Aufforderung wird die Bank X schriftlich oder per Fax an folgende Adresse richten:
B GmbH, A-straße 20, 1150 Wien*

Die Bank X ist jederzeit berechtigt aber nicht verpflichtet, bei drohenden oder eingetretenen größeren Kursverlusten, oder wenn der Kunde mit der Höhe der Marge länger als 2 Stunden in Verzug ist, ohne Rücksprache mit der B GmbH durch Käufe und Verkäufe das offene Devisengeschäft zu schließen.

6. Für die Abwicklung dieser Geschäfte werden eigene separate Konten, lautend auf die B GmbH, eröffnet.

7. Die Spesensätze in Form von Margen werden separat festgelegt.

8. Erzielte Gewinne aus obgenannten Devisengeschäften stehen der B GmbH zu. Realisierte Verluste sind auf Aufforderung der Bank innerhalb von 5 Bankarbeitstagen abzudecken. Die Bank X ist unwiderruflich ermächtigt, die als Marge bestellten Sicherheiten jederzeit zu verwerten oder auszunützen.

Für diese Vereinbarung gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Kreditunternehmungen in der jeweils gültigen Fassung. ..."

Im Verfahren vor dem nunmehr zuständigen unabhängigen Finanzsenat wurde die Bw. zur Vorlage der entsprechenden Bankbelege aufgefordert. Diesem Ersuchen kam die Bw. im Zuge einer niederschriftlich festgehaltenen Besprechung vom 20. April 2004 nach. Ein weiteres Schreiben des unabhängigen Finanzsenates vom 4. Mai 2004 wurde von der Bw. am 19. Mai 2004 beantwortet (siehe hiezu Erwägungsteil).

Über die Berufung wurde erwogen:

Aus den der Betriebsprüfung, der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland sowie dem unabhängigen Finanzsenat vorgelegten Unterlagen lässt sich folgender Sachverhalt ableiten:

Die B GmbH, die im Wesentlichen im Immobilienbereich tätig war und in ständiger Geschäftsverbindung zur Bank X stand, begann ab Jänner 1994 in Zusammenarbeit mit dieser Bank X ein Margin-Geschäft im Sinne des oben vollständig wiedergegebenen Schreibens dieser Bank zu tätigen.

Zwecks Durchführung dieses Margin-Geschäftes wurden zwei auf US \$ und DM lautende Konten (das eine im Soll, das andere im Haben) eingerichtet. Den diesbezüglichen Kontoauszügen kann entnommen werden, dass beginnend mit 21. Jänner 1994 durch die mehrmalige Konvertierung von 10 Millionen US \$ in DM bzw. wieder zurück bis 14. Februar 1994 insgesamt ein (nicht realisierter) Gewinn von DM 69.000,00 erzielt werden konnte. Am 15. Februar 1994 erfolgte letztmalig eine Konvertierung von DM in US \$. Aufgrund des fallenden Dollarkurses blieb ab diesem Zeitpunkt die auf dem Dollarkonto ausgewiesene Gutschrift von 10 Millionen US \$ (abgesehen von Zinsen bzw. der KEST) praktisch unverändert, während auf dem DM-Konto eine Lastschrift von DM 17,281.000,00 aufschien, die sich in der Folge durch entsprechende Zinsbuchungen bis 31. Dezember 1994 auf DM 17,687.917,95 erhöhte.

Am 9. März 1995 wurde von der Bank X der Kursverlust in der Höhe von rund 4 Millionen DM "realisiert". In der Folge verlangte die Bank X vom Ehegatten der Geschäftsführerin der B GmbH, Mag. Dr. Werner H., als zusätzliche Sicherheit den Abschluss einer Lebensversicherung in Höhe von 12,5 Millionen Schilling sowie deren Vinkulierung zugunsten der Bank.

Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 1994 wurden von der B GmbH zum einen die Gutschrift auf dem Dollarkonto mit S 111,000.000,00, zum anderen die Lastschrift auf dem DM-Konto mit S 122,090.265,00 umgerechnet, wodurch sich der strittige Kursverlust in Höhe von S 11,090.265,00 ergab.

Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegungen ist der Umstand, dass es sich beim gegenständlichen spekulativen Devisengeschäft um ein so genanntes "Differenzgeschäft" handelt. Differenzgeschäfte werden in der Regel in Börsen-, Waren- und Devisentermingeschäfte gekleidet, wobei typisch für solche Geschäfte die Ausnutzung von Kursschwankungen zur Erzielung von Gewinnen unter gleichzeitiger Inkaufnahme des Verlustrisikos ist. Dabei geht es von vornherein nicht um den tatsächlichen Erwerb von Fremdwährungen, sondern nur um eine bloße Zinsen- und Kursspekulation.

Was die zivilrechtliche Seite betrifft, hat der OGH wiederholt ausgesprochen, dass solche Geschäfte den für Spiel und Wette geltenden Regeln des ABGB (insbesondere § 1271) unterliegen, ohne Rücksicht auf den im einzelnen Fall mit dem Abschluss verfolgten wirtschaftlichen Zweck (vgl. 11.5.1983, 3 Ob 30/83, SZ 56/77; 26.11.1996, 1 Ob 639/95, ÖJZ 1997/94, ecolex 1997, 244). Ansprüche aus solchen Differenzgeschäften sind demnach im Allgemeinen unklagbar, dennoch erhobenen Klagen einer Bank steht der so genannte "Differenzeinwand" entgegen.

Für eine Bank liegt zwar bei der Ausführung eines solchen Differenzgeschäftes im Auftrag eines Kunden kein Spekulationsgeschäft vor, weil nur der Kunde spekuliert, wird aber die Spekulation eines der Vertragspartner zum Vertragszweck erhoben, dann liegt ein Glücksvertrag und kein Kauf- oder Kommissionsvertrag über Waren oder Wertpapiere vor. Ist demnach, wie im vorliegenden Fall, keine wirtschaftliche Rechtfertigung der getätigten Geschäfte gegeben, da die Absicht der Bank X und des für die B GmbH handelnden Mag. Dr. Werner H. bloß darauf gerichtet war, der B GmbH Kursgewinne zu ermöglichen, dann ist dies nach den Regelungen des ABGB ein verpöntes Glücksgeschäft.

Erst im Rahmen des 1. Euro-Finanzbegleitgesetzes wurde das österreichische Bankwesengesetz novelliert, wonach ab 1. August 1998 dieser Differenzeinwand ausgeschlossen ist, wenn eine der Parteien eine Bank ist.

Dies bedeutet, dass die B GmbH der im Zusammenhang mit der am 9. März 1995 stattgefundenen Fälligestellung der beiden auf US \$ und DM lautenden Subkonten entstandenen Forderung der Bank (laut den vorgelegten Belegen ca. 4 Millionen DM) den Differenzeinwand im Sinne der oben ausgeführten höchstgerichtlichen Judikatur entgegenhalten hätte können.

Diese rechtlichen Überlegungen hat der unabhängige Finanzsenat der Bw. mit Schreiben vom 4. Mai 2004 vorgehalten. In der Vorhaltsbeantwortung vom 19. Mai 2004 hat die Bw. in keiner Weise Einwendungen gegen die Sachverhaltsdarstellung, wonach im konkreten Fall ein als Glücksgeschäft zu wertendes Differenzgeschäft vorgelegen sei, getätigt. Ihr einziges Vorbringen bestand darin, dass der Differenzeinwand die Fälligestellung seitens der Bank bedeutet hätte und damit keine Chance mehr vorhanden gewesen wäre, den Verlust wieder verdienen zu können.

In Bezug auf die strittige Frage, ob Verluste aus einem solchen Differenzgeschäft eine Betriebsausgabe im Sinne des § 4 Abs. 4 EStG 1988 darstellen können, demnach Aufwendungen oder Ausgaben vorliegen, die durch den Betrieb veranlasst sind, hat die Bw. insbesondere darauf verwiesen, dass gewillkürtes Betriebsvermögen vorliege.

Zum gewillkürten Betriebsvermögen gehören Wirtschaftsgüter, die weder notwendiges Privatvermögen noch notwendiges Betriebsvermögen darstellen und die der den Gewinn nach § 5 EStG 1988 ermittelnde Steuerpflichtige durch entsprechende buchmäßige Behandlung dokumentiert (vgl. VwGH 18.12.2001, 98/15/0019).

Um dem gewillkürten Betriebsvermögen zugerechnet zu werden, müssen Wirtschaftsgüter dem Betrieb in irgendeiner Weise - etwa durch ein betriebliches Interesse an einer fundierten Kapitalausstattung - förderlich sein können. Die dem Abgabepflichtigen eingeräumte Entscheidungsfreiheit über die Aufnahme von gewillkürtem Betriebsvermögen ist aber keine schrankenlose. Insbesondere kann von der Entscheidungsfreiheit kein so weitgehender Gebrauch gemacht werden, dass in der Bilanz gewillkürtes Betriebsvermögen ausschließlich deshalb aufgenommen wird, um einen steuerlichen Vorteil zu erreichen, wenn diese Aufnahme ansonsten sinnlos wäre (vgl. VwGH 28.05.1997, 92/13/0273).

Nun ist im konkreten Fall zuzugestehen, dass die B GmbH beim Abschluss des strittigen Geschäftes ihren Willen bekundet hat, dieses Geschäft ihrer betrieblichen Sphäre zuzuordnen. Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf das an die B GmbH gerichtete Schreiben der Bank X sowie auf die Kontoauszüge, in denen jeweils die B GmbH angeführt ist. Aufgrund der herrschenden Bilanzierungsgrundsätze kommt eine bilanzielle Erfassung des noch offenen Geschäftes grundsätzlich nur dann in Frage, wenn aus dem Geschäft ein Verlust droht. Dieser wäre dann in einer Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften abzubilden. Im konkreten Fall hat die B GmbH das streitgegenständliche Geschäft aufgrund der durch die Bank X im März 1995 erfolgten "Fälligestellung" in der Bilanz zum 31. Dezember 1994 schon offen ausgewiesen. Es bestehen aber seitens des unabhängigen Finanzsenates keine Bedenken hinsichtlich einer von Beginn an, dh zeitfolgerichtigen Erfassung dieses Spekulationsgeschäftes (vgl. diesbezüglich den anders gelagerten Fall im Erkenntnis des VwGH vom 16.12.1999, 97/15/0210, hinsichtlich einer GmbH, die einen "Wertpapierhandel" ausführte, der zu einem Spekulationsverlust führte).

Was die gewillkürte Zuordnung von Spekulationsgeschäften zum betrieblichen Sektor betrifft, ist von folgenden grundsätzlichen Überlegungen auszugehen:

Unzweifelhaft werden solche Differenzgeschäfte zum betrieblichen Bereich von Kreditinstituten und branchenverwandten Unternehmen (zB Brokerhäusern) gehören. Im vorliegenden Fall liegt demnach unbestritten ein branchenuntypisches Geschäft vor. Die B GmbH ist, wie schon ausgeführt, im Immobilienbereich tätig gewesen und hat, wie von der Betriebsprüfung festgestellt, keinen Fremdwährungsbedarf gehabt, weil keine Geschäfte im Ausland getätigt

wurden. Die Argumentation der Bw. zielt allein darauf ab, dass das Ziel die Erzielung von Gewinnen gewesen sei bzw. die betriebliche Veranlassung im Motiv des Geldverdienens bestanden habe (Schreiben vom 12. Juni 2002) sowie dass "die damaligen Devisengeschäfte (DM/US \$) für sich selbständige Spekulationsgeschäfte waren, denen keinerlei Finanzierung zugrunde lag" (Schreiben vom 4. Februar 2004).

Da soweit ersichtlich keine einschlägige VwGH-Judikatur vorliegt, kann nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates auf die ständige Rechtsprechung des BFH zurückgegriffen werden. Danach stellen Devisen- oder Warentermingeschäfte spekulative Geschäfte dar, die vorwiegend im privaten Bereich getätigt werden, und nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen auch betrieblich veranlasst sein können. Die entsprechenden Voraussetzungen hat dabei der Steuerpflichtige darzulegen. Die Zuordnung solcher Geschäfte zum gewillkürten Betriebsvermögen unterliegt demnach wegen der hohen Risikoträchtigkeit strengen Anforderungen (vgl. 19.2.1997, XI R 1/96, 20.4.1999, VIII R 63/96, BStBl 1999 II S. 466).

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" Glücksspiel, wie etwa Lotto, Totto oder Roulette handeln würde. Diese Spiele erfordern nämlich keine nennenswerte geistige Tätigkeit und dienen lediglich dem Zeitvertreib, der Zerstreuung und dem "Nervenzitzel" des Spielers. Ein "Spekulant" dagegen nimmt sich grundsätzlich der Risiken an, die im Wirtschaftskreislauf vorgegeben sind. Diesbezüglich 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.

An der für den Ansatz als gewillkürtes Betriebsvermögen notwendigen "objektiven Eignung" eines Geschäfts zur Förderung des Betriebes fehlt es demnach nicht schon allein deshalb, weil es Risiken in sich birgt. Denn die mehr oder minder stark ausgeprägte Risikoträchtigkeit von Geschäften gehört zum Wesen einer jeder unternehmerischen Betätigung.

Je weiter sich jedoch Art und Inhalt des zu beurteilenden Geschäfts von der Haupttätigkeit des Unternehmens entfernen, um so größer erweist sich die Gefahr von Verlusten. Denn um so weniger vermag der Unternehmer die Chancen und Risiken des Geschäfts und damit dessen objektive Eignung zur Förderung des Betriebes zutreffend einzuordnen. Die Anforderungen an die Feststellung der objektiven Eignung des Geschäfts zur Verstärkung des

Betriebskapitals müssen deshalb in entsprechendem Maße steigen (vgl. das schon erwähnte Urteil des BFH vom 20.4.1999).

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. Dabei sei bei Beurteilung der objektiven Eignung insbesondere zu prüfen, wie weit die konkrete Spekulationstätigkeit von der eigentlichen Haupttätigkeit des Unternehmers entfernt sei. Je weiter die Entfernung, desto größer sei nämlich das Risiko, mangels entsprechender Marktkenntnisse aus dem branchenfremden Geschäft Verluste zu erleiden, weshalb eine Förderung des Betriebs nicht mehr unterstellt werden könne. Da in derartigen Spekulationsgeschäften aufgrund des damit verbundenen Verlustrisikos auch keine betriebliche Liquiditätsreserve gesehen werde, sei keine betriebliche Veranlassung dieser Geschäfte gegeben, sodass die Verluste in die Privatsphäre fallen würden.

Legt man nun auf den gegenständlichen Berufungsfall diese "strengen" Maßstäbe an, kann nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates kein Zweifel daran bestehen, dass aufgrund der hohen Verlustträchtigkeit des strittigen, als Spiel bzw. Wette zu charakterisierenden Differenzgeschäftes sowie des von der Bw. zugestandenen Nichtbestehens von Beziehungen zwischen diesem Spekulationsgeschäft und der im Immobilienbereich liegenden Geschäftstätigkeit der B GmbH die betriebliche Veranlassung zu verneinen ist und damit der entstandene Verlust in die Privatsphäre der für die B GmbH handelnden Person (Mag. Dr. Werner H.) fällt.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur dann gelangen, wenn die B GmbH schon vor diesem strittigen Geschäft langjährige Devisentermingeschäfte zu Sicherungszwecken durchgeführt hätte, weil ihr Geschäftsbereich zu einem Großteil im Ausland gelegen wäre. In einem solchen Fall müsste man unter Umständen davon ausgehen, dass eine entsprechende "Sachkundigkeit" diesbezüglich vorhanden gewesen sei, weshalb auch Spekulationsgeschäfte, die keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Betrieb hätten, dennoch im Sinne der Ausführungen der BFH-Judikatur dem betrieblichen Bereich zuzuordnen wären. Von einem solchen Sachverhalt kann aber im vorliegenden Fall eindeutig nicht gesprochen werden.

Auch der von der Bw. im Verfahren vor dem unabhängigen Finanzsenat (siehe niederschriftlich festgehaltene Besprechung vom 20. April 2004) angesprochene Umstand, nach diesem verlustträchtigen Spekulationsgeschäft seien entsprechende Geschäfte mit Schweizer Franken und Japanischen Yen getätigt worden, wobei daraus im Jahre 2003 ein Kursgewinn von ca. 35

Millionen Schilling realisiert worden sei, kann an den voranstehenden Ausführungen nichts ändern, da sich als entscheidungswesentlich allein die Sachlage des berufsgegenständlichen Jahres 1994 darstellt. Hinzuweisen ist überdies auch darauf, dass die A GmbH in ihrer außerordentlichen Generalversammlung vom 20. Oktober 1997 unter anderem ihren Betriebsgegenstand dahingehend geändert hat, dass auch Devisengeschäfte im Zusammenhang mit Fremdwährungskrediten und der An- und Verkauf von Fremdwährungen als "Gegenstand des Unternehmens" festgelegt wurden.

Als wesentlich ist weiters anzusehen, dass die B GmbH (gegründet im Jahre 1980) allein in den Jahren 1990 bis 1993 Verluste von insgesamt über drei Millionen Schilling erklärt hat. Es erscheint deshalb nahe liegend, dass im Jahre 1994 beim Abschluss des strittigen Geschäftes aufgrund dieser hohen Verlustvorträge die Zuordnung zur B GmbH erfolgt ist. Das "Risiko", dass Mag. Dr. Werner H., der als "Machthaber" der B GmbH bezeichnet werden kann, einen eventuellen Gewinn versteuern hätte müssen, konnte dadurch vermieden werden. Diesbezüglich bestimmt § 21 Abs. 1 BAO, dass für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. Nach Ansicht des VwGH handelt es sich dabei um eine Richtlinie zur Beurteilung abgabenrechtlich relevanter Sachverhalte, dh um eine Beweiswürdigungsregel (vgl. 27.8.1998, 98/13/0080). Auch unter Bezugnahme darauf ist der geltend gemachte Spekulationsverlust nicht als Betriebsausgabe bei der B GmbH anzuerkennen.

Die Berufung ist aus all diesen Gründen abzuweisen, wobei die Einkünfte aus Gewerbebetrieb insofern abzuändern sind, als aufgrund der mit Berufungsvorentscheidung vom 23. Oktober 1998 erfolgten Stattgabe der Berufung gegen den Körperschaftsteuerbescheid für das Jahr 1993 (Streitpunkt war die von der Betriebsprüfung vorgenommene Aktivierung von Instandsetzungsarbeiten) auch nicht die vom Finanzamt für das berufsgegenständliche Jahr 1994 aus diesem Punkt berücksichtigte Afa in Höhe von S 579.691,51 gewährt werden kann. Überdies hat das Finanzamt eine Zuführung zu Rücklagen in Höhe von S 8.058,00 nicht hinzuge-rechnet. Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind demnach, wie aus dem Spruch ersichtlich, mit - S 5,295.512,00 festzusetzen.

Wien, 3. August 2004