

GZ. RV1877-W/02

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat 15 am 22. September 2004 über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Herbert Schuster, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg, vertreten durch Mag. Ulrike Schlagenhaufen, der gemäß § 92 Abs.1 lit.b BAO und § 190 Abs.1 BAO i.V. § 188 BAO festgestellt hat, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1996, 1997 und 1998 zu unterbleiben hat, nach in Wien durchgeföhrter mündlicher Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt 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 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

Für die Jahre 1996, 1997 und 1998 fand in der gegenständlichen Gesellschaft eine Betriebsprüfung statt und es wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

"Die P. 96 (gegründet am 19.12.1994 als G.GmbH) ist eine 100%ige Tochter der PC M&A UnternehmensbeteiligungsgmbH. An dieser ist die "Fa. R.GmbH" zu 100% beteiligt. Das Organ der Gesellschaft ist als Geschäftsführer Herr M. G. bis 8.9.1998 und ab 9.9.1998 Herr M. S.. Per Managementvereinbarung ist mangels eigenem Personal die Geschäftsführung an die PCM&A-UnternehmensbeteiligungsgmbH abgetreten. Zwischen der P. 96 als Geschäftsherr und der T.GmbH als stille Gesellschafterin und Treuhänderin diverser atypisch stiller Beteiligter wurde per September 1996 ein Gesellschaftsverhältnis eingegangen, wobei dem Anlegerpublikum mit Prospekt vom September 1996 Anteile mit einer Stückelung zu je S 100.000,- zur Zeichnung angeboten wurde (Tranche 1 mit 82 Anlegern, Zusammenschluss gem. Art. IV UmgrStG per 31.8.1996). In einem nicht öffentlichen Anbot vom Mai 1997 (Tranche 2 mit 6 Anlegern, Zusammenschluss gem. Art. IV UmgrStG per 30.11.1996) wurden weitere stille Gesellschaftsanteile angeboten. Die Zeichnungssumme (gesamt inkl. Agio S 34.765.000,-) zerlegt sich zu 57% (Tranche 1) bzw. 54% (Tranche 2) in eine atypisch stille Gesellschaftseinlage und zu 43% bzw. 46% in ein kurzfristig rückzahlbares und mit einer Bankgarantie besichertes Darlehen (rückbezahlt bis Anfang 1999). Vom gesamten Zeichnungsvolumen von S 34.765.000,- waren bis zum 31.12.1996 S 17.363.000,-, bis zum 31.3.1997 weitere S 12.748.000,- und bis zum 31.12.1997 die restlichen S 4.597.000,- einbezahlt. Das Beteiligungsverhältnis für die Mitunternehmerschaft wurde im Verhältnis des Stammkapitals der Gesellschaft (S 500.000,-, d.i. 2,61 %) und der Einlagen der Beteiligten (S 18.687.000,-, d.i. 97,39 %) festgelegt. Die Ermittlung des Verkehrswertes der GmbH unterblieb. Der Buchwert der GmbH zum 31.8.1996 betrug S 424.531,57 und zum 30.11.1996 der GmbH u. Stillen S 13.187.337,04 (Tranche 1).

Die Regelung über die Gewinn- u. Verlustbeteiligung lt. Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass der einzelne Anleger über seine Einlage hinaus Verluste zu übernehmen hat und zwar bis zu 315,78 % (Tranche 1) bzw. 296,3 % (Tranche 2) des Nominales seiner stillen Einlage.

Eine weitere Verlustzuweisung ist somit nicht mehr vorgesehen. Gewinne sind zunächst dem Geschäftsherrn zuzuweisen, bis dessen übernommene Verluste abgedeckt sind, dann erst können den Anlegern Gewinne zugewiesen und somit ausgeschüttet werden, sofern diese jedoch nicht thesauriert werden. Nachschussverpflichtung bei einem negativen Kapitalkonto besteht keine, auch erfolgt keine Saldierung mit einem eventuellen Abschichtungserlös.

Für einzelne Anleger wurden abweichend von den Verlustobergrenzen von 315,78 bzw. 296,3 % Vereinbarungen getroffen, die diese auf 350 und 491 % (Tranche 1) und auf 333 bzw. 315 % (Tranche 2) anhebt. Einem Anleger der Tranche 1 (Hrn. F. S.) wurden bei einer Einlage von S 57.000,- lt. Erklärung S 6 Mio. Verlust zugewiesen, das entspricht einer Verlustzuweisung von 10.500 % bezogen auf die Einlage.

Es ist davon auszugehen, dass der Grund für diese abweichende Verlustzuweisung in Anlehnung an die zu den gleichgelagerten Verlustbeteiligungsmustern PCL 93 bis 95 abgegebenen Begründungen darin gelegen ist, dass damit besseren Kunden Rechnung getragen werden sollte und den Marktgesetzen entsprochen werden sollte, da andere Modelle mit ähnlichen Renditen angeboten wurden. Eine im Unternehmensbereich der geprüften GmbH liegende Begründung für eine vom Beteiligungsverhältnis abweichende Gewinn- u. Verlustverteilung ist nicht erkennbar.

Aufgrund eines Berechnungsbeispiels im Prospekt über den Beteiligungsverkauf ist ersichtlich, dass bei einer Gesamteinlage von S 1.060.000,- infolge Verlustzuweisung mit

einer Steuerersparnis von S 930.000,- und einer Darlehensrückzahlung von S 407.000,- zu rechnen ist. Eine fixe Rendite erscheint somit vorprogrammiert.

Ein Abschichtungserlös wird in dem Berechnungsbeispiel gar nicht angenommen, da sich die Beteiligung alleine aufgrund der vorprogrammierten Verlustzuweisung und der garantierten Darlehensrückzahlung für den Anleger rechnet.

Im Prospekt gibt es zahlreiche Hinweise, die darauf gerichtet sind, dass der angestrebte steuerliche Vorteil nicht vereitelt wird wie z.B., dass dieses Beteiligungsmodell im Hinblick auf die Steuersätze nur für natürliche Personen einen Sinn macht, dass bei der Abschichtung ein Verlustausgleich vermieden werden soll und dass auch die Fremdfinanzierung Beteiligungsliebhaberei auslösen könnte.

Weiters ergibt sich aus dem Prospekt, dass zuminderst 35 % der Anlegergelder so zu investieren sind, dass neben der ordnungsgemäßen Rückführung des Kapitals auch eine fixe oder variable Verzinsung, die sich an der Höhe der jeweiligen Anleihen bzw. Festgelderrendite orientiert, erwirtschaftet wird. Somit waren per 31.3.1997 S 16,206.051,- als banküblich besichertes Kapital lt. Stellungnahme zur Mittelverwendung ausgewiesen und per 31.12.1998 S 11,623.129,68.

Im Rahmen der Einbringung der Mitunternehmeranteile zum Stichtag 31.12.1998 in die F. AG wurde eine Privatentnahme in Höhe von S 127.597,51 an die atypisch stillen Gesellschafter ausbezahlt. Dies war auch mit der Einlösung der Bankgarantie für das Darlehen verbunden. Das seinerzeit hingegebene Darlehen der stillen Gesellschaft wurde derart rückgeführt, dass 1999 2,4 % der Zeichnungssumme (das wären ca. S 790.000,-) zur Abdeckung von Treuhand- und Verwaltungskosten verwendet wurde und Ende Dez. 98 bzw. Anfang 99 der restlich aushaltende Darlehensbetrag an die Anleger zurückbezahlt wurde. Die festverzinslichen Wertpapiere wurden verkauft und mit dem Verkaufserlös die Privatentnahmen und die Darlehen im Rahmen der Einbringung an die atypisch stillen Gesellschafter ausbezahlt.

Der Unternehmensgegenstand seit der Gründung im Jahre 1994 bis zum Jahresende 1997 beschränkte sich auf zwei Handelsgeschäfte. Ein Geschäft in Höhe von ca. S 2 Mio. betraf die Abwicklung des Ankaufes von vorher von der P. GmbH geleasten EKG-Geräten. Die Geräte waren von der Fa. H. W. AG geleast und wurden letztendlich von dieser Gesellschaft gekauft bzw. erfolgte die Nutzung durchgehend durch die H. W. AG. Lediglich die Fakturierung erfolgte durch die im Unternehmensverband (Unternehmensgruppe S.) befindlichen Firmen P 96 GmbH, welche die Geräte im Dez. 96 ankaufte und im Jänner 97 an die Fa. R. GmbH verkaufte und die R GmbH, die die Rechnung an die Fa. H. W. AG legte.

Es ist daher davon auszugehen, dass entgegen den wirtschaftlichen Gehalt der Nutzung und des Ankaufes durch die Fa.H. W. AG lediglich die Fakturierung über die verbundenen Unternehmen erfolgte.

Auch bei dem zweiten Handelsgeschäft in Höhe von S 330.000,- wurde ein Software-Modul von der Fa. S&F GmbH an die Fa. M. GmbH verkauft (beides Firmen der Unternehmensgruppe S.). Auch hier erfolgte lediglich die Fakturierung über die Fa. P 96 . Eine aktive Handelstätigkeit bei der Fa. P 96 kann daher aus diesen beiden Geschäften nicht abgeleitet werden.

Nach dem prospektmäßigen Angebot vom September 1996 über die atypisch stille Verlustbeteiligung und der Zeichnung der jeweiligen Anleger wurden im wesentlichen nur mehr Beteiligungen durch die P 96 als "atypisch stiller Gesellschafter" oder als Kommanditist einer KEG erworben.

Per 23.12.1996 hat die P 96 mit Zeichnungsschein eine Zeichnung eines Kommanditanteiles mit einer bedungenen Gesellschaftereinlage von S 36.700,- an der G. KEG (Handel mit Immobilien) angenommen. Aus dieser Einlage resultiert für das Jahr 1996 eine

im Verhältnis zum Einlagebetrag unverhältnismäßig hohe Verlustzuweisung von S 54.300.214,- sowie für 1997 eine weitere Verlustzuweisung von S 801.830,- und für 1998 ein Verlustanteil von S 3.394.059,-.

Weiters wurde zwischen der P 96 und Stille als atypisch stiller Gesellschafter und der F.BetriebsgmbH als Geschäftsherr per 30.10.1996 eine atypisch stille Gesellschaft mit einer Einlage von S 1,1 Mio. errichtet. Hieraus resultiert für das Jahr 1996 eine Verlustzuweisung von S 5.500.000,- und für 1997 sowie für 1998 von jeweils S 46.750,- Die Gesellschaft weist ein buchmäßiges Fehlkapital aus. Auf Grund der Vorsicht wurde der Beteiligungsansatz in der P 96 GmbH (nicht jedoch steuerlich in der P 96 GmbH & Stillen) Bilanz 1997 auf S 1,- handelsrechtlich abgewertet.

Zwischen der P 96 und Stillen und der L.- BetriebsgmbH wurde per 30.10.1996 eine weitere atypisch stille Gesellschaft mit einer Einlage von S 500.000,- errichtet. Die Verlustzuweisungen daraus betragen für das Jahr 1996 S 2.500.000, sowie für 1997 und 1998 jeweils S 25.000,-. Auch hier erfolgte handelsrechtlich eine Abwertung des Beteiligungsansatzes auf S 1,-.

Mit dem Geschäftsherrn an deren Unternehmen man sich beteiligte, wurden Zusatzvereinbarungen getroffen, die eine feste Bindung der hingegaben Einlage an den zugewiesenen Verlust vorsahen (z.B. 500 % der Einlage als Verlust, bei abweichendem Verlust eine Nach- oder Rückzahlung).

Aus der im Prospekt über die Beteiligung aufgestellten Prognoserechnung ist jedoch zu erschließen, dass auch die Kommanditbeteiligung nur in Erwartung entsprechender Verlusterzielung eingegangen wurde, um die prognostizierten Verluste pro Anleger erzielen zu können. Durch das gleichzeitig bei der Fa. G. KEG durchgeführte Betriebsprüfungsverfahren ist weiters hervorgekommen, dass im Zeichnungszeitpunkt 23.12.1996 die Verhandlungen über den Ankauf eines Grundstückspaketes kurz vor Abschluss standen und somit die voraussichtliche Verlusthöhe von S 50 Mio. durch Geltendmachung des Ankaufes als Umlaufvermögen im Zuge einer Einnahmen-/Ausgabenrechnung erreichbar ist.

Die Summe der Verlusttangentialen aus den eingegangenen Beteiligungen betrug im Jahre 1996 rund S 62,3 Mio. Danach wurden keine weiteren Beteiligungen eingegangen. Damit erschöpfte sich das unternehmerische Engagement der GmbH. Soweit die von den Anlegern zur Verfügung gestellten Mitteln nicht für den Beteiligungserwerb verwendet wurden, erfolgte eine banküblich besicherte Veranlagung wie bereits oben ausgeführt. Des weiteren erfolgte eine Darlehenshingabe an die Großmuttergesellschaft Fa. R.GmbH.

Hierüber wurde weder eine schriftliche Vereinbarung getroffen, die Darlehenshöhe stand nicht fest, noch wurde ein konkreter Rückzahlungsmodus vereinbart. Die Gelder wurden ab Anfang des Jahres 1997 an die Fa. R. GmbH hingegaben, Ende des Jahres flossen sie an die P 96 zurück, Anfang 1998 wurden sie neuerlich hingegaben und in der Bilanz 31.12.1998 mit einem Betrag von S 13 Mio. wertberichtigt.

Im ersten Halbjahr 1998 wurde den atypisch stillen Gesellschaftern die Einbringung ihrer Mitunternehmeranteile in die F. AG angeboten und im Laufe des zweiten Halbjahres 1998 die Umsetzung der Einbringung vorangetrieben. Es haben 100% der atypisch stillen Mitunternehmer das Angebot auf Einbringung angenommen. Die Einbringung erfolgte gegen Gewährung von neuen Aktien. Die Beteiligten erhielten für ihre geleisteten Einlagen Aktien von S 62.500,-. Die Mitunternehmerschaft wurde somit nach einem Zeitraum von nur etwa zweieinhalb Jahren, nachdem die renditemäßig vorgeplante Verlustzuweisung erfolgt ist, durch Einbringung aller Anteile in eine AG ohne Erzielung eines steuerpflichtigen Abschichtungserlöses ehebaldigst beendet.

Abschließend zum hier dargestellten Sachverhalt wird darauf hingewiesen, dass im Wege der Sachverhaltsermittlung mehrere mündliche und schriftliche Vorhalte übergeben wurden, die nicht vollständig beantwortet wurden. Nachdem deren Beantwortung im vollen Umfang den Vertretern der Beteiligungsgemeinschaft nicht mehr möglich erschien, wurde ihrerseits

der Betriebsprüfung im Schreiben vom 10.4.2000 mitgeteilt, dass der Wechsel auf der Gesellschafter- und der Geschäftsführerebene der mit diesem Modell verbundenen Unternehmensgruppe im Jahr 97/98, sowie der der steuerlichen Vertretung, weiters der zeitliche Abstand zu den entscheidenden Zeiträumen, wofür diese Klärungen zu erbringen sind, die Erbringung weiterer Informationen und Unterlagen nicht mehr möglich mache.

Die rechtliche Würdigung kann daher nur auf den bis dahin erhobenen Tatsachen basieren.

Aufgrund dieses oben beschriebenen Sachverhaltes ist nach Meinung der Betriebsprüfung, in erster Linie die angestrebte Mitunternehmerstellung der Beteiligten an der GmbH nicht gegeben.

Somit liegt auch kein Vorgang im Sinne des Umgründungssteuergesetzes vor, wobei auch weitere Anwendungsvoraussetzungen wie z.B. Vorsorgemaßnahmen zur Vermeidung von Steuerlastverschiebungen und eine dem Beteiligungsverhältnis entsprechende Gewinnverteilung nicht erfüllt sind.

Was die Mitunternehmerschaft anbelangt, so ist sie nach Lehre und Rechtsprechung von zwei grundsätzlichen Komponenten abhängig, nämlich vom Unternehmerrisiko und von der Unternehmerinitiative. Dazu stützt sich die Argumentation der Betriebsprüfung im wesentlichen auf die Erkenntnisse des VwGH vom 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung kann bei diesem Beteiligungsmodell aus folgenden Gründen nicht von einem in der Rechtsprechung geforderten Unternehmerrisiko gesprochen werden:

Die Beteiligung erfolgte an einem Unternehmen, dessen Geschäftsumfang genau festgelegt war und dann auch tatsächlich keine weiteren Tätigkeiten mehr vornahm. Für die vom einzelnen Anleger geleistete Einlage - eine weitere in Form einer Nachschussverpflichtung war ausgeschlossen - wurde eine genaue Verwendung angegeben und damit verbunden eine fix festgelegte Erfolgzzusage gegeben. Aus den zu den von der P 96 ihrerseits eingegangenen Beteiligungen (F. und L. BetriebsgmbH) getroffenen Zusatzvereinbarungen, dass im Falle einer verminderten Verlustzuweisung an die P 96 (weniger als 500 % der atypisch stillen Einlage) die Gesellschaftereinlage der P 96 ebenfalls reduziert wird, bis der Einlage wieder ein zugewiesener Verlust von 500% der Einlage gegenübersteht, ist auch ersichtlich, dass die Verwertung eines von Beginn weg feststehenden Verlustausmaßes in Bezug auf eine gewisse Einlagenhöhe im Vordergrund steht unabhängig vom tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens.

Neben den zwei Handelsgeschäften, die aus oben genannten Gründen nicht nachhaltig weiter betrieben wurden, gab es für die eingegangenen Beteiligungen feste Ergebnisabsprachen. Andererseits erhielten die Anleger feste, nach oben begrenzte Verlustzusagen, die nach einem Jahr erfüllt wurden.

Das Unternehmerrisiko ist auch wesentlich eingeschränkt, da 43% bzw. 46% der Zeichnungssumme ein durch Bankgarantie besichertes rückzahlbares (zinsenloses) Darlehen sind, und 35% der Gesamteinlage sicher und üblich verzinst angelegt sind. Darüber hinaus wurden von der gesamten Zeichnungssumme von S 34.765.000,- lediglich Mittel von S 1.636.700,- in Beteiligungen investiert. Der Rest wurde für Darlehenshingaben verwendet und in Wertpapiere veranlagt.

So wie dieses Modell konzipiert ist, kann darin als primäres Ziel nur die Erzeugung von Verlusten erblickt werden, um damit Steuergutschriften bei den Anlegern herbeizuführen.

Es erscheint nämlich aus der Sicht eines Unternehmers nicht erstrebenswert, derart hohe Verluste, bei kaum zu erwartenden Gewinnen, bereitwillig zu übernehmen. Auch kann der Prognoserechnung entnommen werden, dass der überwiegende Ertrag aus dieser Veranlagung aus Steuerersparnissen infolge von Verlustverwertungen resultierte. Wobei vor allem der Verlust des ersten Jahres entscheidend war (bis zu 350 % der Einlage), und durch die Einbringung in die F. AG auch kein steuerpflichtiger Abschichtungserlös per Stichtag 31.12.1998 erzielt wurde. Durch das baldige Ende der Mitunternehmerschaft nach renditemäßiger Verlustzuweisung durch Einbringung aller Anteile in eine AG ist auch ersichtlich, dass das Unternehmerrisiko aus einer Mitunternehmerschaft, dass nach dem Berechnungsbeispiel ohnehin nur in der Nichtanerkennung der steuerlichen Verlustzuweisung besteht, gegenüber einem bloßen Anlegerrisiko eines Kapitalgebers (planmäßige Renditeberechnung, künftig nur

mehr Aktionärsrisiko) in den Hintergrund tritt. Auf die im Prospekt genannten Vorsichtsmaßnahmen, um zu einer optimalen Auswertung der Verluste zu gelangen, wurde bereits hingewiesen.

Zur Gewinn- und Verlustbeteiligung ist abschließend auszuführen, dass eine bloß anfängliche Verlustzuweisung nicht für eine Mitunternehmerschaft spricht (VwGH vom 29.5.1996, 94/13/0046).

Auch eine der Rechtsprechung konforme Unternehmerinitiative ist nach Meinung der Betriebsprüfung aus folgenden Gründen nicht gegeben:

Die den Anlegern im Gesellschaftsvertrag gebotenen Kontrollrechte bestehen in der Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen und im Recht, die Jahresabschlüsse einzusehen.

Die Unternehmerinitiative der einzelnen Zeichner ist durch Abschluss eines Treuhandvertrages mit der T. GmbH nicht gegeben. Der Treuhänder, der Anteile auch auf eigene Rechnung halten kann, ist nicht verpflichtet, irgendwelche Handlungen, Abstimmungen oder Vertretungsmaßnahmen zu setzen. Weisungen des Treugebers an den Treuhänder sind überdies nur verpflichtend, wenn sie von der Mehrheit des Treuhandkapitals gefordert werden. Weiters ist eine Kündigung des Treuhandvertrages nur möglich, wenn dies durch die Mehrheit der wirtschaftlich beteiligten Treugeber erfolgt. Eine Übertragung der Rechte aus dem Treuhandvertrag muss mit gleichzeitiger Übertragung des Gesellschaftsanteils erfolgen. Zum Modell 1996 sagte ein Treugeber in einer Niederschrift aus, dass er selbst nicht tätig wird, sondern ausschließlich sein Treuhänder. Die Mitwirkung am Unternehmen in irgendwelcher Weise wurde nicht angestrebt. Über Kontrollrechte weiß er nicht Bescheid. Die anderen Mitbeteiligten sind ihm nicht einmal bekannt.

Der Treuhänder ist laut Vertrag auch nicht verpflichtet, dem Treugeber Einsicht in das Treuhandregister zu gewähren, so dass es für den einzelnen Treugeber gegen den Willen des Treuhänders de facto unmöglich ist, eine Mehrheit von 51 % für Einflussnahme auf die Tätigkeiten des Treuhänders als atypisch stiller Gesellschafter zustande zu bringen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch dem Treuhänder nach dem Gesellschaftsvertrag kein Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. Sein einziges Recht ist die Teilnahme an der jährlichen Gesellschafterversammlung, für deren tatsächliches Zustandekommen (etwa Protokolle über den Verlauf) jedoch kein Hinweis besteht. Von der Betriebsprüfung abverlangte Dokumentationen über Mitwirkungen wurden nicht erbracht. Der Treuhänder ist auch berechtigt, Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages bzw. Darlehensvertrages zu vereinbaren, wenn dies aufgrund von Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse zur Erreichung der ursprünglichen wirtschaftlichen Zielsetzung der Beteiligung erforderlich erscheint.

Der Geschäftsherr ist berechtigt, auch zu anderen Konditionen als im Gesellschaftsvertrag festgelegt, weitere atypisch bzw. typisch stille oder sonstige Beteiligungen auch gegen den Willen des atypisch Stillen einzugehen, so dass ein Verwässerungsschutz nicht besteht.

Weiters entspricht die unkritische Akzeptierung der von den Modellbetreibern konzipierten Kosten dieser Veranlagung nicht einem erwartenden kaufmännisch bestimmten Kostenbewusstsein. Eine Stellungnahme zu diesen Kosten (Vertrieb, Konzeption, Marketing, jährliche Verwaltung, Treuhandgebühren etc.), für die großteils Verträge mit dem Gesellschafter PC M&A GmbH vorliegen, und zwar in der Form, ob die geplanten Ziffern den tatsächlichen entsprachen, wurde der Behörde, trotz schriftlichen Ersuchens nicht gegeben. Nach Berechnung der Betriebsprüfung dürften diese etwa ca. 20 % der Zeichnungssumme ausmachen, das sind ca. S 7 Mio. Das Halten dieser Beteiligung nur im Wege eines Treuhandverhältnisses und die im Vertrag darüber geregelte Ermächtigung des Treuhänders, Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages und der Darlehensvereinbarung mit dem Geschäftsherrn vorzunehmen, wenn diese der Erreichung der wirtschaftlichen Zielsetzung dienen, spricht somit gegen die erforderliche Unternehmerinitiative (VwGH vom 19.12.1990, 86/13/0136, VwGH vom 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193). Überdies lässt sich aufgrund von Sachverhalts-

ermittlungen durch die Betriebsprüfung schon jetzt sagen, dass die Verluste der Unternehmungen, an denen die P 96 und Stille beteiligt ist, steuerlich nicht (bzw. nicht im beantragten Ausmaß) anzuerkennen sind und daher für dieses Beteiligungsmodell aus folgenden Gründen nicht zur Verfügung stehen können. Einerseits wird bei der verlustbringenden Beteiligung am Unternehmen der F. BetriebsgmbH die behauptete Mitunternehmerschaft nicht anerkannt, da mit fixen von der Einlage abhängigen Verlustzusagen und Zusatzvereinbarungen operiert wurde, sodass allein schon deshalb keine Verluste im Wege von Tangenten zugewiesen werden. Bei der verlustbringenden Beteiligung an der L.BetriebsgmbH wurde aufgrund eines durchgeföhrten Betriebsprüfungsverfahrens bereits am 29.7.1999 ein entsprechender Nichtfeststellungsbescheid erlassen, sodass auch aus dieser Beteiligung keine Verluste im Wege von Tangenten zugewiesen wurden.

Andererseits ist aus einem derzeit in Gang befindlichen bei der Fa. G. KEG Betriebsprüfungsverfahren zu ersehen, dass es sich bei dem im Rahmen einer Einnahmen/Ausgabenrechnung für den Paketankauf von Grundstücken im Jahre 1996 geltend gemachten Verlusten um durch nichtgerechtfertigte Aufnahme von Grundstücken in das Umlaufvermögen konstruierte Verluste handelt.

Bei Wegfall dieser Verluste aus den Beteiligungen fallen natürlich auch die daraus resultierenden Verlustanteile weg. Somit verbliebe letztlich nur das Ergebnis der Tätigkeit des Geschäftsherrn, dass zur Verteilung an die Anleger der P 96 gelangen könnte. Nachdem aus dem oben gesagten die Betriebsprüfung zur Meinung gelangt ist, dass keine Mitunternehmerschaft vorliegt, ist auch eine Einbringung von Mitunternehmeranteilen gem. Art. III UmgrStG zum Stichtag 31.12.1998 nicht möglich. Die Beurteilung, dass das gegenständliche Beteiligungsmodell keine Mitunternehmerschaft darstellt, hat zur Folge, dass Nichtfeststellungsbescheide gem. § 92 Abs. 1 lit. b BAO i.V.m. § 190 Abs. 1 BAO und § 188 BAO zu erlassen sind. Mangels Mitunternehmerschaft sind die Verluste der Jahre 1996, 1997 und 1998 zur Gänze dem Geschäftsherrn P. 96 GmbH zuzurechnen."

### **Von der P 96 und den nicht als Mitunternehmer anerkannten Beteiligten wurde Berufung erhoben.**

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

"Zunächst sei auf die formellen Mängel hingewiesen, die die Rechtmäßigkeit des Bescheides verhindern.

Der "Bescheid" ist weder unterschrieben, noch trägt er einen Genehmigungsvermerk. Die sogenannte Bescheidbegründung beschränkt sich nicht auf die abzuhandelnde Rechtsfrage, sondern gibt gleichsam einen Betriebsprüfungsbericht über die gesamte Geschäftstätigkeit des Geschäftsherrn wieder, der nicht mit der gegenständlichen Rechtsfrage, ob eine Mitunternehmerschaft zwischen den Anlegern oder dem Geschäftsherrn bestehe, zu tun hat. Durch diese zum Teil verzerrende Darstellung soll offensichtlich ein entstelltes Bild des Geschäftsherrn gezeichnet werden und die Dürftigkeit der Begründung der Aberkennung der Mitunternehmerschaft überdecken.

Zur inhaltlichen Begründung der Berufung – Fehlen des Unternehmerrisikos und der Unternehmerinitiative - wird in der Berufung folgendes vorgebracht

Das Fehlen eines Unternehmerrisikos versucht die Finanzverwaltung dadurch zu begründen, dass der Geschäftsumfang des Geschäftsherrn genau festgelegt gewesen sei und somit für die geleisteten Einlagen eine genaue Verwendung vorgegeben war. Dies kann nur auf eine völlige Fehlinterpretation des Anlegerprospektes zurückzuföhren sein, da der Geschäftsherr Investitionsrichtlinien für P 96 Beteiligungen herausgegeben hat, die die Verwendung der Zeichnungssumme erläutern. Dabei wird hinsichtlich des Risikokapitals auf Investitionen in Beteiligungen gesprochen und demonstrativ Unternehmungen aufgezählt, mit denen zum

Zeitpunkt der Erlassung dieser Richtlinien Beteiligungsgespräche geführt wurden. In eben diesen Richtlinien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Kapitalrückführung und Dividenden als nicht gesichert anzusehen seien. Gerade aus dieser Feststellung, die in den Unterlagen enthalten ist, die jedem potentiellen Anleger übergeben wurden, ist ersichtlich, dass es beiden Parteien klar sein musste, dass es sich bei den Anlegergeldern um Risikokapital handle. Diese klare Risikokapitalkonstruktion wurde auch in den Zeichnungsscheinen der einzelnen Anlegern herausgestrichen und auch auf dieses Risiko hingewiesen, dass eine Rendite aus der steuerlichen Anerkennung von Verlustzuweisungen nicht als gewährleistet angesehen werden kann. Wörtliches Zitat aus den Zeichnungsscheinen: " Ich nehme zur Kenntnis, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkte kritische Haltung zeigt und dass keine Haftung für die Realisierung von mir allenfalls angestrebten steuerlichen Vorteilen übernommen werden kann."

Von der Finanzverwaltung wird weiters gegen das Vorhandensein eines Unternehmerrisikos angeführt, dass es Ergebnisabsprachen der Form gab, dass die Verlustzuweisung für das erste Jahr nach oben begrenzt und die Folgejahre ausgeschlossen waren.

Eine Risikobegrenzung ist für den kapitalgebenden Mitunternehmer eine übliche Konstruktion. Wie man bei der Kapitaleinlage eine Nachschusspflicht ausschließen kann, muss man auch eine Verlustzuweisung beträchtlich begrenzen können ohne deswegen die Anerkennung der Mitunternehmerschaft zu gefährden.

Die von der Finanzverwaltung geäußerte Ansicht, dass die Anleger lediglich Steuervorteile bei ihrer Investition im Auge gehabt hätten und kein Unternehmerwagnis eingehen wollten, spricht dem Anleger jede kritische Denkfähigkeit ab. Der Anleger wusste und wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die steuerlich Anerkennung von Verlustzuweisungen fraglich sei, weiters wusste er, dass steuerliche Verlustzuweisungen keine Rendite darstellen können, da die steuerlich geltend gemachten Verluste zum Zeitpunkt der Abschichtung voll zu versteuern seien, somit der momentane Steuervorteil lediglich ein Steuerkredit sein kann. Die Vorteile eines solchen "Steuerkredites" können aber nicht annähernd als Rendite oder Risikosatz angesehen werden. Jedem Anleger war dank der entsprechenden Beratung bewusst, dass bei Verlustbeteiligungsmodellen das Risiko besonders hoch ist, das eingesetzte Kapital zu verlieren. Die Aussicht auf bessere Renditen als am Kapitalmarkt üblich, wird und wurde von den Vermögensberatern, die diese Anlageform propagieren damit begründet, dass mit diesen Anlagen zwar ein höheres Risiko aber auch eine höhere Rendite verbunden sei. Der Hinweis der Finanzverwaltung, dass der Prognoserechnung über die steuerlichen Vorteile hinaus kaum zu erwartende Gewinne zu entnehmen seien übersieht, dass in dieser Prognoserechnung die Beteiligungsveräußerung nicht berücksichtigt ist. Gerade bei der Entwicklung von Unternehmensbeteiligungen steht aber die Wertsteigerung im Beteiligungsansatz im Vordergrund. Der abschließende Hinweis der Finanzverwaltung, dass eine bloß anfängliche Verlustzuweisung nicht für eine Mitunternehmerschaft spräche wird nicht begründet und ist unseres Erachtens auch nicht nachvollziehbar. Der in Klammer gesetzte Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 29.5.1996 zur Zl. 94/13/0046 trägt auch zum Verständnis nicht bei, da dieses Erkenntnis aufgrund eines völlig unterschiedlichen Sachverhaltes ergangen war.

Die Unternehmerinitiative - als zweites Kriterium für die Beurteilung der Mitunternehmerschaft genannt - wurde seitens der Finanzverwaltung aus folgenden Gründen verneint: Es wird zwar anerkannt, dass Stimm- und Kontrollrechte analog zu den Rechten eines Kommanditisten vertraglich vorgesehen sind, doch werde die Unternehmerinitiative dadurch ausgeschlossen, dass die Anleger (Mitunternehmer) über einen Treuhandvertrag entmündigt würden, da nur Treugeberweisungen vom Treuhänder zu berücksichtigen seien, wenn mehr als 50% der Treugeber einen entsprechenden Auftrag an den Treuhänder stellen.

Hier übersieht die Finanzverwaltung, dass es im Wesen des Anlegersystems als Kapitalmarktinstrument liegt, die Stimm- u. Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber zu bündeln um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können. Es ist davon auszugehen, dass der Treuhänder primär die Interessen der Treugeber im Auge hat, dies umso mehr, wenn es selbst als Anleger sich an dem Unternehmen beteiligen darf (was vertraglich ausdrücklich fixiert ist) und daher eine besonders kritische Einstellung gegenüber dem Geschäftsherrn haben wird.

Mit Erkenntnis des VwGH vom 23.2.1994, Zl.93/15/0163 wird bei der Beurteilung, ob ein Kapitalanleger als steuerlicher Mitunternehmer anzusehen sei, nur mehr auf das Unternehmerrisiko abgestellt. Die Unternehmerinitiative fällt als Beurteilungskriterium weg.

Für die Beurteilung, ob es sich um eine Mitunternehmerschaft oder eine Darlehensgewährung handelt, ist die Geschäftstätigkeit des Geschäftsherrn irrelevant. Der Hinweis der Finanzverwaltung, dass Scheinverluste aus Kommanditbeteiligungen dadurch erreicht werden, dass Anschaffungskosten von Immobilien im Rahmen einer Einnahmen/Ausgabenrechnung erfolgswirksam abgesetzt werden, hat mit der hier gegenständlichen Rechtsfrage nichts zu tun. Die Beteiligungen an Kommanditgesellschaften die hochvolumige Handelswerte aufwandswirksam verbuchen wollen, haben zwangsläufig in den Folgeperioden ebenso hohe Erfolgzuweisungen, so dass eine reine Verlusterzeugungsabsicht einer solchen Beteiligung nicht unterstellt werden kann.

Unsere Berufung ist völlig unabhängig von dem Vorhandensein etwaiger Verluste oder Gewinne die den atypisch stillen Gesellschaftern zugeteilt werden können. Wir sehen nur die Rechtsfrage der Mitunternehmerschaft zwischen Anleger und Geschäftsherrn und sind der Meinung, dass jemand, der Risikokapital zur Verfügung stellt für dessen Rückzahlung er keinerlei Garantien hat, Unternehmerrisiko im selben Ausmaß wie ein Kommanditist trägt.

Wenn die Finanzverwaltung die dem Geschäftsherrn zugeteilten Verluste aus diversen Beteiligungen nicht anerkennen möchte, ist das bei diesen Beteiligungsgesellschaften bescheidmäßig zu entscheiden, hat aber nichts mit der Rechtsfrage der hier angefochtenen Bescheide zum tun.

Unseren Frachtens verstößt die angefochtene Aberkennung der steuerlichen Mitunternehmerschaft auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn Anleger auf Basis eines nach den Bestimmungen des Kapitalmarktgesezes geprüften Angebotes Risikokapital anlegen, diesem Kapital einige Jahre später der Risikocharakter abgesprochen wird, weil die angekündigte Verlustzuweisung tatsächlich stattgefunden hat. Die Begrenzung der Verlustzuweisung wird als Argument gegen das Vorhandensein von Unternehmerrisiko ausgelegt. Wäre keine Verlustbegrenzung gewesen, hätte man vermutlich steuerliche Liebhaberei behauptet, um den steuerlichen Ausgleich von Verlusten zu unterbinden.

Die Verlustbeteiligungsmodelle, um solche handelt es sich hier, stellten in den 90erJahren ein von der Wirtschaft begrüßtes Finanzinstrument dar, dem von der Finanzverwaltung weder in der Literatur noch Judikatur widersprochen wurde. Es ist ein Gebot der Gleichbehandlung, auch in Zeiten von öffentlichen Appellen zur Erhöhung des Steueraufkommens, diese Beteiligungsmodelle nicht anders zu behandeln als vor ein paar Jahren. Der Gesetzgeber hat diesen Modellen die rechtliche Existenz schrittweise in den letzten 2 Jahren entzogen, über die Verwaltungspraxis diese gesetzliche Änderung rückwirkend auf die Jahre 1993-1998 auszudehnen ist und ein Verstoß gegen das in der Verfassung verankerte Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und hat nichts mit steuerlicher Treffsicherheit zu tun."

**In der von der Partei beantragten mündlichen Verhandlung wurde Folgendes vorgebracht:**

Dr. Schuster: Es handelt sich bei der gegenständlichen Konstruktion um eine doppelstöckige Gesellschaft. Vom Bw. wurde die Nichtanerkennung der Verluste im unteren Bereich bis auf kleine Ausnahmen dem Grunde nach anerkannt. Im Vordergrund steht aber hier die Frage, ob bei einer Einlage der Gesellschafter in die GmbH ein Unternehmerrisiko vorliegt. Dies ist zu bejahen, da generell mit einem Verlust des Kapitals zu rechnen sein kann.

Mag. Schlagenhaufen: Betreffend Unternehmerrisiko halte ich zunächst fest, dass 49 % der Gesamteinlage als Darlehen hingegeben worden sind. Diesbezüglich gab es eine Bankgarantie, sodass das Risiko der Anleger schon in diesem Punkt sehr beschränkt war. Weiters ist anzuführen, dass vereinbart wurde, dass sich der frühestmöglichen Zeitpunkt der Abschichtung um drei Jahre verlängert, wenn bis dahin nicht ein Gesamtgewinn von mindestens 1% erzielt wurde. Ferner hat der Geschäftsherr sich selbst einen Kostenersatz in Höhe von 20% bei der Abschichtung hinzu gesprochen, auf diesen Betrag werde aber dann verzichtet, wenn eben nicht bis dorthin ein steuerlicher Gesamtgewinn entstanden ist.

Zur Unternehmensinitiative ist auszuführen, dass aus § 8 des Gesellschaftsvertrages hervorgeht, dass ein Treuhänder zwischengeschaltet ist, die atypisch stillen Gesellschafter selbst also mit dem Geschäftsherrn in keinerlei Kontakt treten. Überdies konnte der Geschäftsherr auch nach freien Belieben weitere Gesellschafter auch zu anderen Konditionen in seinen Betrieb aufnehmen. Von der Betriebsprüfung wurde weiters festgestellt, dass die atypisch stillen Gesellschafter nie in Entscheidungen des Unternehmens eingebunden waren, es wurde auch kein Nachweis erbracht, dass die Gesellschafter je an Gesellschafterversammlungen teilgenommen haben.

Dr. Schuster: Gerade aus dem Umstand, dass sich die Einlage in ein Darlehen und in eine sonstige Einzahlung aufteilte, wird meiner Ansicht nach unser Standpunkt gestützt. Es ist daraus abzulesen, dass nur im Hinblick auf das Darlehen kein Risiko bestanden hat, im Übrigen aber Höchstrisikokapital geleistet wurde.

Mag. Schlagenhaufen: Aus Punkt 2.10 des Vertrages ist ersichtlich, dass nur 75 % in Unternehmen investiert werden sollte, hinsichtlich deren Erträgnissen zumindest die Sekundärmarktrendite erreicht werden konnte. Daraus ist ersichtlich, dass von einer Hochrisikoanlage nicht gesprochen werden konnte.

Dr. Gehberger ( Betriebsprüfer): Nach Ansicht der Betriebsprüfung war schon deshalb kein Unternehmerrisiko gegeben, weil durch die Steuerersparnis das eingesetzte Kapital mehr als ersetzt werden sollte.

Dr. Schuster: Es ist dem zu entgegnen, dass auf der einen Seite der geplante Abschichtungserlös die bisherigen Verluste wieder nachversteuert hätte. Andererseits ist zu beachten, dass jedenfalls das Risiko bestanden hat, dass die Verluste steuerlich nicht anerkannt werden würden. Es wird ersucht, der Berufung Folge zu geben.

***Der Senat hat erwogen:***

I.) Formeller Mangel

Gemäß § 96 BAO müssen alle schriftlichen Ausfertigungen der Abgabenbehörden die Bezeichnung der Behörde enthalten sowie mit Datum und mit der Unterschrift dessen versehen sein, der die Erledigung genehmigt hat. An die Stelle der Unterschrift des genehmigenden kann, soweit nicht in Abgabenvorschriften die eigenhändige Unterpflanzung angeordnet ist, die Beglaubigung treten, dass die Ausfertigung mit der genehmigten Erledigung des betreffenden Geschäftsstückes übereinstimmt und das Geschäftsstück die eigenhändig beigelegte Genehmigung aufweist. Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung und gelten, wenn sie weder eine Unterschrift noch eine Beglaubigung aufweisen, als durch den Leiter der auf der Ausfertigung bezeichneten Abgabenbehörde genehmigt.

Mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellte Ausfertigungen bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung. Da der Empfänger einer Erledigung beurteilen können muss, ob das Fehlen einer Unterschrift (Beglaubigung) dem Schreiben den Erledigungscharakter (insbesondere den Bescheidcharakter) nimmt, sollte er aus der Sendung erkennen können, ob es sich um eine mittels automationsunterstützte Datenverarbeitung erstellte Ausfertigung handelt. (BAO, 2. Auflage, Ritz, § 96 Tz6ff)

In der Praxis wird man auf die Erstellung mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung – außer unter Umständen aus dem Erscheinungsbild der Erledigung (Art und Form des Ausdruckes) – vor allem aus dem Kuvert (Versendestelle) schließen können. Im Erkenntnis vom 10.9.1998, 96/15/0266, stellt der VwGH auf das Erscheinungsbild ("in dieses Bild fügt sich die Anführung einer DVR-Nr.") ab.

Im vorliegenden Fall kann von dem Erscheinungsbild auf eine automationsunterstützte Datenverarbeitung schließen. Die Bescheide enthalten eine DVR-Nummer (DVR 0009075).

Das Kuvert ist mit dem Absender Großbetriebsprüfung Wien erkennbar, welche für die Prüfung von Großbetrieben des Finanzamtes für den 9., 18. und 19. Bezirk und Klosterneuburg zuständig war.

Aus der Sendung ist erkennbar, dass es sich um eine mittels automationsunterstützte Datenverarbeitung des Bescheides handelt. Es bedurfte daher weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung.

Der Sachverhalt des angefochtenen Bescheides ist dem Betriebsprüfungsbericht entnommen und ist nicht strittig.

## II.) Inhaltliche Begründung der Berufung

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

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Mitunternehmerschaft nicht, doch werden die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) als Beispiele angeführt. Die OHG und die KG gelten danach als typische Mitunternehmerschaften; Daraus wird abgeleitet, dass der Mitunternehmerbegriff durch Merkmale bestimmt wird, die für die Gesellschafter einer OHG und KG typisch sind. Entscheidend ist das Gesamtbild der Verhältnisse, wobei zwei Kriterien im Vordergrund stehen:

Übernahme eines Unternehmensrisiko und/oder

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

### 1) Unternehmerrisiko

Stoll führt in dem Buch "Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften" SS 56 ff aus:

"Das Unternehmerrisiko ist die Summe der mit dem Vermögenseinsatz verbundenen Chancen der Vermögensvermehrung, der Wertsteigerung, der Teilnahme an den Erträgen, aber auch das Mittragen der Gefahren, die mit der Kapitalanlage verbunden sind, also Gefahren der Vermögensverminderung oder Vermögenseinbußen. Dass diese Risiken bei Kommanditisten von vornherein eingeschränkt sind, weil dieser nur mit dem Betrag ihrer Vermögenseinlage haften, ist bei dieser Betrachtung ohne Bedeutung, weil § 23 Z 2 EStG Kommanditisten ausdrücklich in den Kreis der potentiellen Mitunternehmer einbezieht. Die Gefahr der auf die Einlage beschränkte Vermögenseinbuße wird sohin zufolge gesetzgeberischer Entscheidung für die (Mit-) Unternehmerqualifikation nicht als schädlich angesehen."

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

Kommanditist, nämlich das eingesetzte Kapital. Dennoch ist der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kein Mitunternehmer, der Kommanditist könnte es aber sein. Wenngleich der mit der Gefahr des Verlustes verbundene Vermögenseinsatz für die Annahmen des Unternehmerrisikos und für die Zurechnung zur Mitunternehmerschaft unabdingbar ist, so kann nach dem Gesagten dieser Maßstab nicht allein ausschlaggebend sein. Es muss vielmehr auch die Beteiligung am Gewinn an den stillen Reserven, am Zuwachs des Geschäftswertes des Unternehmens, dem Kapital zugeführt wurde, hinzutreten. Aber auch bei dieser Feststellung kann es noch nicht bleiben. Die Teilnahme an Gewinnen, und zwar sogar an den Wertzuwachsen, die üblicherweise außerhalb des laufenden Geschäftes realisiert werden, ist nämlich auch dem an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten nicht verschlossen, wenngleich diese Gewinne bei ihm zumeist erst bei der Veräußerung seiner Anteile oder bei Liquidation des Unternehmens zur Wirkung gelangen. Das so deutliche Merkmal des Unternehmerrisikos scheint somit an Farbe und Substanz zu verlieren und als Unterscheidungs- und Bestimmungsmerkmal weniger bedeutsam zu werden oder sich gar als unbrauchbar zu erweisen, wenn man aus dieser Sicht (wenn auch einseitig und bewusst vordergründig) den Kommanditisten mit dem Gesellschafter von Kapitalgesellschaften vergleicht."

Weiter führt Stoll aus, dass für potentielle "Mit-"Unternehmer zumindest aus steuerrechtlicher Sicht ein Anteil am Geschäftsvermögen begründet sein müsste. Dieser, wenn auch nur schuldrechtliche, Anspruch müsste dazu führen, dass der Anleger – dessen rechtliche Qualifikation in Frage steht – so gestellt ist, als würde ihm das Geschäftsvermögen anteilig gehören.

Würden nur Ansprüche gegen einen Rechtsträger begründet und ereignen sich die Vermögenserhöhungen im Zurechnungsbereich dieses Rechtsträgers und nicht unmittelbar im Vermögen des Mitgliedes, dann wäre der Anleger nicht Mitunternehmer sondern Kapitalgläubiger.

Es liegt im Wesen der Rechtstellung des Kommanditisten, dass schon der "normale" Kommanditist hinsichtlich des Unternehmerrisikos wirtschaftlich hinter der Position des Einzelunternehmers zurückbleibt, weil er nur mit seiner Einlage haftet. Im Hinblick auf die Anführung dieses Gesellschaftstyps in § 23 Z2 EStG kann aber nicht ausgeschlossen sein, demjenigen, dem annäherungsweise die einem Kommanditisten, nach dem Regelstatut des HGB zukommenden Recht eingeräumt sind, einkommensteuerrechtlich (noch) als "Unternehmer" zu behandeln. Hierbei ist ausschlaggebend, dass das Merkmal der "Unmittelbarkeit" erfüllt wird, wie es hier als entscheidend betrachtet wird, somit auch prinzipielle Verfügungsbefugnis über die Gewinnanteile, wie auch das Ausgesetztsein den Risken des Unternehmens, mit dem man verbunden ist, in einer Weise, wie dies für einen Unternehmer im Sinne des § 23 Z.1 EStG typisch ist.

Erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw., die tatsächliche Gestaltung und Gebarung diese Voraussetzungen, verschaffen sie dem Anleger einen unmittelbaren Zutritt zu den Erfolgen des Unternehmens und bewirken sie ergebnishaft beim Anleger unmittelbare Vermögenseinbußen bei Verlustgebarungen der Gesellschaft, nimmt der Anleger unmittelbar Anteil an den stillen Reserven.

Im EStG, Einkommensteuergesetz, Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke, wird zu § 23 in Tz 101 ausgeführt, dass das Vorliegen der für eine Mitunternehmerschaft erforderlichen Voraussetzungen bei jeder Personengesellschaft zu prüfen ist, doch besteht bei den im § 23 Z 2 EStG 1988 beispielhaft aufgezählten Gesellschaften schon auf Grund ihrer handelsrechtlichen Ausgestaltung eine (widerlegliche) Vermutung dafür.

Im vorliegenden Fall ist das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft bei einer atypisch stillen Gesellschaft zu prüfen.

Das Beteiligungsangebot lautet "Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger"

Vorausgeschickt wird, dass sich der Berechnungen auf die zur Zeit gegebenen Marktverhältnisse und die derzeitig gesetzlichen und steuerlichen Bestimmungen stützt. Für Änderungen der gesetzlichen Grundlagen und insbesondere der steuerlichen Gesetze kann keine Haftung übernommen werden. Die Anerkennung der dargestellten steuerlichen Auswirkungen erfolgt durch die Finanzverwaltung und stellt keine Geschäftsgrundlage dar. Eine Gewähr für den Eintritt der angestrebten und dargestellten Steuerfolgen wird nicht übernommen.

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

Ein weiterer Anreiz ist, dass bei einem Grenzsteuersatz von 50 %, einer Verlustzuweisung von 180% und dem geplanten Beteiligungsverlauf sich die Planrechnung auf Basis der internen Zinsfußmethode – für die ersten 10 Jahre eine mögliche Nettorendite von ca. 19% p.a. ermitteln lässt, was einer Bruttorendite (vor 25 % KEst) von ca. 25% p.a. entspricht.

1995 kann einen Verlust bis zu 180% der Zeichnungssumme erwartet werden, für die Folgejahre sind Gewinne geplant, die nicht ausgeschüttet sondern thesauriert werden.

In den aufgezählten Punkten wirbt das Beteiligungsmodell mit dem steuerlichen Aspekt, dass durch die zugewiesenen Verluste die Rendite höher als bei anderen Veranlagungen ist.

Ein Misserfolg der Unternehmen, an denen der Steuerpflichtige über einen Treuhänder als stiller Gesellschafter beteiligt ist, ist u.a. eine Voraussetzung für die hohe Rendite. Denn durch die anfangs erzielten Verluste, die den atypischen Gesellschafter bis zu einer vertraglich festgesetzten Höhe zugerechnet werden, erspart sich der atypisch stille Beteiligte Steuern. Somit geht der atypische stille Gesellschafter kein Risiko ein. Die hohe Rendite ergibt sich auf Grund der Verluste.

Im Jahr 1998 haben die atypisch stillen Gesellschafter ihre Mitunternehmeranteile in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Aktien unter Buchwertfortführung eingebbracht. Weiters wurde ausgeführt, dass wenn die an sich leichtere Veräußerung der "eingetauschten"

Aktien in naher Zukunft jedoch nicht erfolgt, zusätzlich sogar die ursprünglich mit dem halben Einkommensteuersatz eingeplante, seit dem Sparpaket aber nicht mehr begünstigte Versteuerung der Veräußerung unterbleiben, wenn die Aktien mindestens 10 Jahre behalten bleiben; das heißt: Die auszahlte Privatentnahme ist steuerfrei.

Auch aus diesen Ausführungen geht hervor, dass die Gesellschaft gar nicht einen höheren Gewinn durch unternehmerische Tätigkeit angestrebt hat, sondern weiterhin auf einen Gewinn auf Grund von Steuerersparnis abzielt.

Die gesetzlichen Änderungen können jedoch nicht als Unternehmerrisiko angesehen werden.

Das von der Rechtsprechung für eine Mitunternehmerschaft vorausgesetzte Unternehmerrisiko ist im vorliegendem Fall nicht gegeben. Die hohen Verluste und deren Zuweisung an die atypisch stillen Gesellschafter waren mit ein Teil des Konzepts zur Erreichen einer hohen Rendite.

Laut vorstehenden Ausführungen der Betriebsprüfung wurde ein Abschichtungserlös bei der Berechnung der Rendite gar nicht angenommen, man rechnete mit dem vorprogrammierten Verlust und der garantierten Darlehensrückzahlung.

Wiesner hat in der SWK 1987, A I 283 u.a. ausgeführt, dass die Tatsache, dass die Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft im Privatvermögen nur zu positiven Einkünften führen kann, eine Verlustbeteiligung hingegen ausgeschlossen ist, im Rahmen der zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten natürlich zu Versuchen geführt hat, Verluste der Gesellschaft für den Gesellschafter dienlich zu machen.

Bei diesen Beteiligungsmodellen erleiden die atypisch stillen Beteiligten selbst, bei Verlust des eingesetzten Kapitals auf Grund der Anfangsverluste erzielten Steuerersparnis keinen tatsächlichen Verlust. Die Renditen können sich verringern. Ein Beteiligter an einer Kapitalgesellschaft kann sein eingesetztes Vermögen verlieren.

Quantschnigg schrieb in der ÖStZ 1995, dass in den letzten Jahren zunehmend Modelle entwickelt worden sind, bei denen sich (i.d.R. gutverdienende) Steuerpflichtige an sogenannten Abschreibungsgesellschaften beteiligen. Diese Modelle sind darauf ausgelegt, dass die Rendite der Beteiligungen (zumindest zum Teil) durch den Ausgleich des Beteiligungsverlustes mit den übrigen Einkünften und den damit verbundenen Ertragssteuerminderung erzielt wird. Im Vordergrund steht dabei primär das Renditenbewusstsein und nicht das Streben nach einem steuerlichen Ertrag.

Folgt man den Ausführungen im KMG-Prospekt erkennt man das vorstehend angeführte Modell.

KMG-Prospekt: Der Zeichner wird durch Abschluss dieser Beteiligung Unternehmer mit vielen der damit verbundenen Chancen und Risken, wie sie bei einer Unternehmensbeteiligung systemimmanent sind. .... bis hin zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals.

Laut Berechnungsbeispiel kann es jedoch nur zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals kommen. Fast die Hälfte des jeweils eingesetzten Kapitals ist ein Darlehen, für welches die Rückzahlung mittels Bankgarantie gesichert ist. Die andere Hälfte ist die risikobehaftete Anlage als atypisch stiller Gesellschafter. Doch laut Rechenbeispiel ist selbst bei gesamten Verlust des eingesetzten Kapitals als stiller Gesellschafter eine Rendite auf Grund der Steuerersparnis für den Anleger gewinnbringend. Im Falle eines Verkaufes ist der Abschichtungsbetrag mit dem halben Steuersatz zu versteuern.

Bei diesem Modellen ist das einzige Risiko ist, dass die Verluste steuerlich nicht anerkannt werden.

Betreffend die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft zwischen der P 96, dem Geschäftsherrn, und der T-GmbH erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw. die Voraussetzungen indem sie den Anlegern einen unmittelbaren Zutritt zu den Erfolgen des Unternehmers verschaffen.

In dem Beteiligungsangebot ist jedoch die Rendite vorgegeben unabhängig von einem etwaigen Unternehmenserfolg. (50%iger Steuersatz, 150% Verlustzuweisung, planmäßiges Rückzahlen des Darlehens, planmäßiges Abschichtungsguthaben,).

Die Betriebsprüfung führt aus, dass der Geschäftsumfang genau festgelegt war und auch tatsächlich keine weitere Tätigkeit mehr vorgenommen worden war. Für die vom einzelnen Anleger geleistete Einlage - eine weitere in Form einer Nachschussverpflichtung war ausgeschlossen – wurde eine genaue Verwendung angegeben und damit eine fix festgelegte Erfolgzzusage gegeben.

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

In dem Artikel "Atypische Beteiligungsverhältnisse im Handels- und Steuerrecht" OJZ 1980, 505, schreibt Torggler ua., dass der Anreiz zur Beteiligung an Abschreibungs- und Verlustgesellschaften, die auf personengesellschaftlicher Grundlage mit stark körperschaft-

lichen Einschlag strukturiert sind, darin besteht, dass den Anlegern mehr oder minder hohe Verluste "zugewiesen" werden, die programmgemäß in den Anfangsjahren entstehen, wenn zufolge Ausnutzung steuerlicher Investitionsbegünstigungen negative Einkünfte erzielt werden. Diese Verlustanteile sollen bei den Anlegern im Wege des Verlustausgleiches zu Steuerersparnissen bei ihren anderen Einkünften führen.

Im gegenständlichen Fall werden die Verluste zwar nicht durch steuerliche Investitionsbegünstigungen erzielt, jedoch durch hohe Verluste an überwiegend wirtschaftlich schlecht dastehenden Unternehmen, die wie aus der Unternehmensbewirtschaftung erkennbar, keine Gewinne anstreben.

Auf die in der Berufung angeführte Abschichtung, die voll zu versteuern ist, wird entgegnet, dass wie bereits von der Betriebsprüfung ausgeführt, die Geschäftstätigkeit der P 96 nicht darauf ausgerichtet war, stille Reserven oder einen Firmenwert "anwachsen" zu lassen. Einer vertraglichen Zusicherung einer Abschichtung zum Verkehrswert kann daher keine Bedeutung zugemessen werden.

Infolge der hohen Verlustzuweisung ist selbst bei Nichtereichung des prognostizierten Abschichtungsbetrages der Rückfluss des eingesetzten Kapitals in Form der Steuerersparnis gewährleistet.

Auch dieses "Risiko" wurde von Beginn an ausgeschlossen.

Das Vorliegen eines Unternehmensrisiko wird aus den vorstehenden angeführten Gründen als nicht gegeben angesehen.

## 2) Unternehmerinitiative

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

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

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhänder genannt) häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechtes. Die Zwischenschaltung eines Treuhänders,

der zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt schon zivilrechtlich dazu, dass die Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten gelten. (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften, SS 67ff)

Auch im vorliegendem Fall hatte der Treuhänder (T-GmbH) den Sinn, dass Stimm- und Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber gebündelt werden um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können.

In dem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der atypisch stillen Gesellschaft zwischen dem Geschäftsherrn der P 96 und der T-Union wird festgehalten, dass der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist; er wirkt insbesondere nicht an der Beschlussfassung über Änderungen des Geschäftsgegenstandes des Geschäftsherrn und sonstigen wesentlichen Fragen, wie der Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlüsse der Kapitalmaßnahmen mit.

In dem Treuhandvertrag zwischen den Beteiligten als Treugeber und der T-GmbH als Treuhänder wird der Treuhänder vom Treugeber beauftragt sich treuhändig auf seine Rechnung als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung an der P. 96 GmbH zu beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

Im Verhältnis zum Treuhänder stehen dem Treugeber jene Mitwirkungsrechte zu, die nach dem Gesellschaftsvertrag über die atypische stille Gesellschaft dem Treuhänder als atypisch stiller Gesellschafter zukommen.

Ausgehend von den Rechten der atypisch stillen Gesellschafterin im vorstehend angeführten Gesellschaftsvertrag stehen dem Treuhänder keine wesentlichen Rechte zu, somit auch nicht dem Treugeber.

Der Treuhänder hat gegenüber dem Geschäftsführer P 96 keinerlei Rechte. Insofern hat auch die ökonomische Vorgangsweise, die Beteiligten bei der gegenständlichen Publikumsgesellschaften von einer Treuhandgesellschaft vertreten zu lassen nicht viel Sinn, da der Treuhänder als atypisch stiller Gesellschafter auf Grund des Vertrages zwischen ihm und dem Geschäftsherrn (P 96) gemäß § 8 an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist.

Eine Unternehmerinitiative der Gesellschafter wird im gegenständlichen Fall nicht entfaltet.

Im übrigen teilt der Unabhängige Finanzsenat die von der Betriebsprüfung im obigen wörtlich zitierten Betriebsprüfungsbericht vertretene Rechtsansicht im Hinblick auf Unternehmerrisiko und Unternehmerinitiative; auf den Betriebsprüfungsbericht wird ergänzend verwiesen.

### 3) Gewinnabsicht

Fraglich ist weiters, wieweit der Gesellschaft überhaupt Gewinnabsicht unterstellt werden kann. Im ersten Jahr wurde ein sehr hoher Verlust erzielt, in den folgenden Jahren wurde aber keine offensichtlichen Änderungen in der Unternehmensstrategie vorgenommen oder neue Beteiligungen erworben.

Wenn jedoch keine Gewinnabsicht vorliegt, liegen keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor, was auch eine Mitunternehmerschaft mit Gewinnanteilen ausschließt.

#### 4) Treu und Glauben

Weiters wird in der Berufung angeführt, dass die angefochtene Nichtanerkennung der steuerlichen Mitunternehmerschaft gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt. Die Anleger hätten auf Basis eines nach den Bestimmungen des Kapitalmarktgeseztes geprüften Anbores Risikokapital angelegt und diesem Kapital sei einige Jahre später der Risikocharakter abgesprochen worden, weil die angekündigte Verlustzuweisung tatsächlich stattgefunden habe.

Unter dem Grundsatz von Treu und Glauben versteht man, dass jeder der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben.

Nach der Judikatur des VwGH (zB 18.12.1996, 94/15/0151) schützt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit; die Behörde ist verpflichtet von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Nach der Judikatur müssten besondere Umstände vorliegen, die ein Abgehen von der bisherigen Rechtsauffassung durch die Finanzverwaltung unbillig erscheinen lassen, wie das zB der Fall sein kann, wenn ein Abgabepflichtiger von der Abgabenbehörde ausdrücklich zu einer bestimmten Vorgangsweise aufgefordert wird und sich nachträglich die Unrichtigkeit dieser Vorgangsweise herausstellt.

Im gegenständlichen Fall wurden die Anleger in dem angeführten KMG-Prospekt ausdrücklich darauf hingewiesen,

"dass die Folgen aus einer Änderung der Rechtslage, Rechtsprechung und steuerlichen Verwaltungspraxis, die zwangsläufig nicht vorhersehbar sind, jedoch auf die persönliche Steuerbelastung einen wesentlichen Einfluss haben, ausschließlich vom Anleger zu tragen sind.

Weiters wird davon ausgegangen, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für den Zeitraum der Beteiligung am aktuellen Stand verbleiben.

Bei der Veranlagung zur Einkommensteuer kann unter der Annahme des Fortbestandes der derzeitigen Rechtslage nach einer Beteiligungsduer von mindestens sieben Jahren zur Berechnung der Steuer auf Veräußerungsgewinne die Anwendung des ermäßigten Steuersatzes (§ 37 Abs.2 EStG 1988) beantragt werden.

Den Berechnungen wurden die derzeit aktuellen handels- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zugrundegelegt. Erfahrungsgemäß ist davon auszugehen, dass sich die in Österreich geltende Gesetzeslage, die herrschende Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte im Laufe der Zeit ändern. Es wird darauf hingewiesen, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkte kritische Haltung zeigt. Aus solchen Änderungen der Verhaltensweisen können sich

aus heutiger Sicht nicht zu prognostizierenden Auswirkungen auf die Veranlagung und die angestellten Berechnungen ergeben. Solche Auswirkungen sind alleiniges Risiko des Anlegers. Falls die der Renditenberechnung zugrundegelegten steuerlichen Annahmen nicht eintreten sollten, kann die dann erreichbare Rendite mit hoher Wahrscheinlichkeit unter der sonst bei Kapitalanlagen mit vergleichbarer Bindungsdauer am Markt erzielbaren Rendite liegen."

Die Beteiligten wurden in dem Kapitalmarktgesetz geprüften Anbot auf allfällige steuerliche Änderungen hingewiesen. Auskünfte von Abgabenbehörden im Einzelfall oder gar Aufforderungen sich als atypisch stille Gesellschafter zu beteiligen, erfolgten nicht.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben liegt bei Nichtanerkennen einer Mitunternehmerschaft nicht vor.

Beilage: Liste der Anleger

Wien, 21. Oktober 2004