



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat 15 am 22.Sept. 2004 über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Herbert Schuster, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18. und 19. Bezirk und Klosterneuburg vertreten durch Mag. Ulrike Schlagenhaufen mit dem gemäß § 92 Abs.1 lit b BAO und § 190 Abs.1 BAO i.V.m.§ 188 BAO festgestellt wurde, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für die Jahre 1993 bis 1998 zu unterbleiben hat, nach in Wien durchgeführter 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 den Zeitraum 1993-1998 fand in der gegenständlichen Gesellschaft eine Betriebsprüfung statt. Folgender Sachverhalt wurde festgestellt:

"Mit Gesellschaftsvertrag vom 22.12.1993 wurde die L. & N. GesmbH (ab 17.3.93 geänderter Firmenname: P GmbH) gegründet. Die Gesellschafterin (ab 14.9.93) ist die P-M&A-GmbH zu 100%, Geschäftsführer ist ab 17.3.93 Hr. M.G. Das erste Wirtschaftsjahr beginnt am 22.12.1992 und endet am 30.6.1993. Das nächstfolgende Wirtschaftsjahr endet am 31.12.1993.

Die Gründung der P GmbH & atypisch Stille erfolgte durch Zusammenschluss gem. Art IV UmgrStG mit der S. WT-Union als atypisch stiller Gesellschafter (Gesellschaftsvertrag eingelangt am FA am 22.9.1993). Eine Erhöhung der Einlage durch Aufnahme weiterer atypisch stiller Gesellschafter zum 31.12.1993 (angezeigt am FA am 30.9.1994). Der Gesamtbetrag der Zeichnungssumme zerlegt sich in 51 % atypisch stille Gesellschaftereinlage und 49 % Gesellschafterdarlehen, so dass der Anleger je S 100.000 Zeichnungsbetrag mit S 51.000 als atypisch stiller Gesellschafter an der Substanz und am Vermögen der Gesellschaft beteiligt, und mit S 49.000 schuldrechtlich Fremdkapitalgeber ist (besichert durch Bankgarantie). Zu den einzelnen Bilanzstichtagen ergibt sich folgendes Beteiligungskapital:

	stille Einlage	Agio	Gesellschafterdarlehen
31.12.1993	37.663.500	4.278.000	36.186.500
31.12.1994	40.111.500	4.566.000	38.538.500

Weiters wurde ein Treuhandvertrag, abgeschlossen zwischen den Anlegern als Treugeber und der S. WT-Union als Treuhänderin. Mit 31.12.1995 werden die atypisch stillen Beteiligungen an der P GmbH gem. Art. III UmgrStG in die F. AG eingebracht.

Der Gesellschaftsvertrag trifft folgende wesentliche Regelungen:

Beteiligung am Gewinn und Verlust:

Der stille Gesellschafter nimmt rückwirkend mit Beginn des Geschäftsjahres der stillen Gesellschaft am Gewinn/Verlust des Unternehmens im Verhältnis der einbezahlten atypisch stillen Gesellschaftereinlage zum Stammkapital teil. Verluste über die Höhe des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage sind vom atypisch stillen Gesellschafter zu übernehmen und vorrangig gegen künftige Buchgewinne zu verrechnen. Die Höhe der übernommenen Verluste ist jedoch mit max. 313 % des Nominales begrenzt. Die "Vorzugsversion" ab einer Einlage von S 600.000,00 sieht eine erhöhte Verlustzuweisung von 353 % vor. Danach verbleibende Verluste treffen den Geschäftsherrn, Folgegewinne werden zuerst zur Abdeckung dieser vom Geschäftsherrn übernommenen Verluste verwendet.

Der atypisch Stille ist nach Maßgabe folgender Bestimmungen am Gewinn des Unternehmens beteiligt:

Ein positives Ergebnis ist zuerst dem Geschäftsherrn zur Abdeckung der von ihm übernommenen Verluste zuzuweisen. Der verbleibende Gewinn wird zwischen atypisch Stillen und Geschäftsherr im Verhältnis der Gesellschaftereinlage und dem Stammkapital aufgeteilt. Eine Nachschusspflicht für die atypisch Stillen besteht nicht.

Zur gesellschaftsvertraglich geregelten Gewinn/Verlustverteilung ist anzumerken, dass aufgrund der Geschäftstätigkeit des geprüften Unternehmens im ersten Wirtschaftsjahr die Verluste aus den von der P. GmbH eingegangenen atypisch stillen Beteiligungen an

die Anleger weiterverrechnet wurden. Dem KMG-Prospekt (mit Rechenbeispiel) und dem wirtschaftlichen Gehalt des Gesellschaftsvertrags folgend, sind Gewinne in den Folgejahren für die Anleger nicht "geplant". Aus der vertraglichen Gestaltung und auch dem tatsächlichen Verlauf kann man erkennen, dass die Absicht bestand, den Anlegern im ersten Jahr Verluste in einer bestimmten (errechneten) Höhe zuzuweisen und mit weiteren Gewinnen (die über die Zuweisungspflicht zum GH hinausgehen) nicht (oder kaum) gerechnet wird. (VwGH 29.5.96, 94/13/0046: Gemeinschaftliche Einkünfte liegen nicht vor, wenn die Vereinbarung lediglich eine Verlustzuweisung und eine Beteiligung am Firmenwert im Auflösungszeitpunkt umfasst).

Im KMG-Prospekt wird bei der Ertrags- und Renditevorschau ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Renditeprognose als rein rechnerische Ermittlung einer jährlichen Effektivverzinsung auf Basis der angeführten Prämissen zu verstehen ist." Gewinne und Verlust sind aus heutiger Sicht prognostiziert, ihr tatsächlicher Verlauf stellt typisches Unternehmerrisiko dar." Dabei wird davon ausgegangen, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für den Zeitraum der Berechnung am aktuellen Stand verbleiben.

Diesen Aussagen ist zu entnehmen, dass das Ertragsrisiko durch geänderte Steuergesetze beeinflusst wird und nicht durch Unternehmerrisiko aus der Geschäftstätigkeit.

Lt. Gesellschaftsvertrag sind die Ansprüche des atypisch Stillen wie folgt geregelt:

Der ATS hat Anspruch auf ein Abfindungsguthaben, Berechnungsgrundlage ist der dem Verhältnis der Einlage des GH zum Stammkapital entsprechende Anteil am Verkehrswert des Unternehmens des GH. Dieser errechnet sich aus der Summe der Verkehrswerte des bilanzmäßig ausgewiesenen Vermögens zzgl. eines allfälligen Firmenwertes abzüglich sämtlicher offener Verbindlichkeiten. Ein allfälliges, negatives Kapitalkonto des stillen Gesellschafters wird nicht saldiert. Von dem so ermittelten Auseinandersetzungsguthaben werden zur Deckung der vom GH im Zusammenhang mit dem Beteiligungsmodell getragenen Kosten 20 % der einbezahlten atypisch stillen Gesellschaftereinlagen in Abzug gebracht. Für das (unverzinsliche) Gesellschafterdarlehen sind in verschiedenen Tranchen unterschiedliche Tilgungsvarianten vorgesehen. Eine vorzeitige Tilgung ist jederzeit möglich.

Der Gesellschaftsvertrag ist zwar unbefristet, jedoch weisen einige Punkte darauf hin, dass ein Ausscheiden nach 7 Jahren als günstigster Zeitpunkt angenommen wird. (z.B. Kündigungsverzicht des Geschäftsherrn bis 31.12.2000, KPMG-Prospekt mit Rechenbeispielen nehmen den Abschichtungszeitpunkt nach 7 Jahren an). Den Rechenbeispielen wurden Abschichtungsmehrerlöse von ca. 15 % der Einlage unterstellt.

Zum Zusammenschluss gern. Art IV UmGrStG ist anzumerken, dass aufgrund der vorgelegten Unterlagen ein Buchwertzusammenschluss anzunehmen ist, eine Vorsorgemethode zur Vermeidung der Verschiebung von stillen Reserven ist nicht vertraglich geregelt. Der Verkehrswert des Unternehmens zum Zusammenschlussstichtag besteht aus dem Stammkapital. Stille Reserven zum Umgründungsstichtag sind nicht anzunehmen, da die einzige Tätigkeit zum Zusammenschlussstichtag aus dem Halten von atypisch stillen Beteiligungen besteht. Der mündliche Leasingvertrag iZm der G.Gasse wird erst Ende nächsten Geschäftsjahres (1.7.93-31.12.93) abgeschlossen. Bis dahin liegt keine weitere Geschäftstätigkeit vor. Zum Zusammenschlussstichtag ist daher ein positiver Verkehrswert nicht anzunehmen.

Die einzige Geschäftstätigkeit der P GmbH & Mitges. zum Zusammenschlussstichtag am 23.12.1992 bestand in der Verwaltung von Beteiligungen, die jedoch nicht die Kriterien eines Betriebes iS § 24 EStG erfüllen. Weitere Vorbereitungshandlungen könnten iZm

dem Abschluss der Leasingverträge betr. die G.Gasse 135 u. 137 (mündlich: 20.9.1993, schriftlich: 31.1.1994) gesehen werden. Die entsprechende buchhalterische Erfassung der Leasingaktivitäten wurden erst im Bilanzerstellungszeitraum des zweiten Wirtschaftsjahres 1.7.1993 -31.12.1993 mittels Um- und Nachbuchungen vorgenommen. Jedoch deutet auch der Abschluss der Leasingverträge über die Immobilienobjekte auf eine vermögenverwaltende Tätigkeit hin.

Zur weiteren Geschäftstätigkeit des Geschäftsherrn wird ausgeführt, dass es sich dabei im Prüfungszeitraum um folgende Geschäfte handelt:

Lt. Generalversammlungsbeschluss v.17.3.93 ist der Gegenstand des Unternehmens die An- und Vermietung und das Leasen und Verleasen von Liegenschaften und beweglichen Wirtschaftsgütern aller Art, An- und Verkauf sowie die Verwaltung von Immobilien, Handel mit Waren aller Art.

Die P GmbH hat sich rückwirkend iS des Art.IV UmgrStG an anderen Unternehmungen als atypisch stille Gesellschafterin beteiligt. (Einlagen: 11.650.000,-), wofür im Jahre 1993 (22.12.92-30.6.93 und 1.7.93-31.12.93) Verluste in Höhe von S 237.720.687,00 zugewiesen wurden. Die Verluste waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bereits bekannt und wurden auch den Anlegern durch eine Prognoserechnung (unter Berücksichtigung des entsprechenden Verlustanteiles von 313% - 353 %) zugesichert. Diese Beteiligungen wurden großteils in der Folge handelsrechtlich wertberichtigt. Es ist erkennbar, dass die P GmbH ausschließlich die Verluste aus diesen Gesellschaften für ihre Anleger "lukrieren" wollte. Im Zuge des Bp-Verfahrens stellte sich heraus, dass durch entsprechende Zusatzvereinbarungen ein fixierter Abschichtungserlös von 20 % für diese Beteiligungen vereinbart war. In den Folgejahren sind aus diesen Beteiligungen nur geringe Gewinne oder Sanierungsgewinne zu erkennen. Es ist offensichtlich, dass ein Gewinnstreben bei dieser Geschäftstätigkeit (Halten von Beteiligungen) nicht vorlag. Darüber hinaus wird festgestellt, dass durch die Zusatzvereinbarungen (feststehender Abschichtungsbetrag von 20 % als eine Art Abgeltung des Firmenwertes und der stillen Reserven) eine Mitunternehmerschaft nicht vorliegt, da ein wesentlicher Bestandteil einer atypisch stillen Gesellschaft die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert ist.

Weitere Geschäftstätigkeit war der Abschluss von Leasingverträgen betr. zwei Liegenschaften: G.Gasse 135 und 137. Die Leasingverträge wurden vom geprüften Unternehmen so gedeutet, dass wirtschaftliches Eigentum an diesen Gebäuden angenommen und ein entsprechender Aktivposten (Anlagenzugang) in die Bilanz eingestellt wurde (ca. 79 Mio.) Mittels dieser Verträge werden Wohnungen und Geschäftsräumlichkeiten der P.GmbH zur Weitervermietung bzw. Weiterveräußerung insoweit zur Verfügung gestellt, als behauptet wird, dass durch die Vertragsgestaltung wirtschaftliches Eigentum übertragen wird. Eine Kaufoption besteht jedoch frühestens nach erfolgter Parifizierung. Gem. Vertrag verpflichtet sich der Leasinggeber das geleaste Objekt bis spätestens 30.9.2001 bestandfrei zu machen. Eine sinnvolle wirtschaftliche Verwertung des Leasingobjekts kann erst nach erfolgter Parifizierung bzw. Bestandfreimachung erfolgen. Nach den Ermittlungen der Bp wurden die Voraussetzungen für eine Parifizierung bis dato nicht erfüllt. Der dafür erforderliche Antrag betr. die Nutzwertfeststellung war noch nicht eingereicht. Die bisher freigewordenen Einheiten wurden von der P GmbH wirtschaftlich nicht verwertet - (Abschluss von Mietverträgen mit Neumieter und entsprechend höheren Mieterträgen), sondern - im Gegenteil - wurden diese Tops an den Leasinggeber "rückveräußert", was jedoch nur über Verrechnungskonten abgewickelt wurde. Die im Lagebericht 1995 behauptete Feststellung, dass einzelne Tops der Immobilien G.Gasse 135 u. 137 verwertet wurden um damit die Darlehensrückzahlung zu finanzieren, entspricht daher nicht der Tatsache.

Nach Ansicht der BP weisen alle Ermittlungen darauf hin, dass weder die vertraglichen Grundlagen, noch die Handlungen und Maßnahmen so gesetzt wurden, dass wirtschaftliches Eigentum angenommen werden kann. Nach Auskunft des steuerlichen Vertreters und Treuhänders ist der Leasingvertrag mit Ende 1999 rückabgewickelt worden, da die wirtschaftliche Entwicklung am Immobilienmarkt nicht den prognostizierten Erwartungen entsprach. Eine gewinnbringende Veranlagung der Anlegergelder durch dieses Leasinggeschäft konnte nicht errechnet werden. Insgesamt wurde daraus ein Verlust erzielt.

Die Betriebsprüfung kommt zur Auffassung, dass sich solche Projekte mit Generalisierung und Parifizierungsverfahren zum einen im Hinblick auf die kurze Frist von 7 Jahren zur Veranlagung der Anlegergelder nicht optimal eignen, zum anderen Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Vertragswillens aufkommen, da die beiden Liegenschaften im Jahre 1995 von der Fa. S.GmbH (HBV: Dr. E. S.) zum Kaufpreis von je S 5 Mio erworben wurden. Die bilanzierten Anschaffungskosten beim geprüften Unternehmen als wirtschaftlichen Miteigentümer betragen S 74 Mio, die auf unrealistischen Annahmen basieren.

Der Leasingvertrag betr. die Wohnungsräumlichkeiten enthält eine Kautionsvereinbarung über S 27 Mio, welche in 4 Teilbeträgen an den Leasinggeber zu leisten ist. Der letzte Teilbetrag iHv S 12 Mio ist nach Vorliegen des Grundbuchsatzuges, der die Lastenfreiheit von Geldlasten sowie eine Ranganmerkung für die beabsichtigte Veräußerung zugunsten des Leasingnehmers ausweist, zu überweisen. Obwohl die erforderliche Ranganmerkung nicht erfolgte, wurde zunächst die gesamte Kautionszahlung bezahlt. Zum 31.12.1995 waren davon bereits S 18.608.000,00 zurückbezahlt bzw. zurückverrechnet, obwohl vertraglich eine Rückzahlung erst bei Beendigung des Vertrages vorgesehen war. Die wirtschaftlichen Hintergründe für diese Vorgangsweise wurde der Bp nicht dargelegt. Am 27.12.1993 wurde das Programmpaket "I" um S 12.000.000,00 von Hr. F.S., den ein Lizenzvertrag dazu berechtigt, gekauft. Durch den in weiterer Folge abgeschlossenen Leasingvertrag mit der Fa. S. WT Union (die gleichzeitig Treuhänder der Anleger ist) und der S. WT GmbH sollten entsprechende Leasingeinnahmen erzielt werden. Alle Geschäftsfälle in diesem Zusammenhang wurden auf dem Verrechnungswege erfasst, Geldfluss war keiner feststellbar. Ein entsprechender Leasingaufwand in den beiden Steuerberatungsgesellschaften wurde nicht gebucht. Der Kaufvertrag wurde mit Wirkung vom 30.11.1995 aufgelöst und alle damit im Zusammenhang stehenden Buchungen wurden rückabgewickelt. Letztendlich ist aus diesem Geschäft, das wirtschaftlich keinen Sinn ergibt, über drei Jahre keine Rendite für die Anleger zu erkennen. Vielmehr kann angenommen werden, dass über den Umweg des Leasinggeschäftes durch die P GmbH eine Tätigkeit vorgetäuscht wurde, da die Berechtigung zur Nutzung des Programmpaketes "I" den beiden Steuerberatungsgesellschaften ohnedies zur Verfügung stand.

Weitere (unbedeutende) Tätigkeiten der P GmbH, wie der Ankauf einer Wortbildmarke von einem nahe stehenden Unternehmen und anschließendem Zurückleasen lassen keine sinnvolle Geschäftstätigkeit des geprüften Unternehmens erkennen.

Festgehalten wird, dass im April 2000 der Bp schriftlich mitgeteilt wurde, dass die offenen Vorhalte nicht beantwortet werden und keine weiteren Informationen und Unterlagen beigelegt werden können.

Aus den oben ausgeführten Sachverhalten liegt nach Ansicht der BP keine Mitunternehmerschaft aus folgenden Gründen vor:

Wesentliche Elemente einer Mitunternehmerschaft sind das Entwickeln einer Unternehmerinitiative (Einflussnahme auf das betriebliche Geschehen) und die Übernahme des Unternehmerrisikos (insbes. Haftung für die Gesellschaftsschulden, Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven und am Firmenwert). Bei atypisch. stillen Gesellschafter

ist die Unternehmerinitiative idR kaum vorhanden bzw. gehen seine Rechte nicht über jene des typisch Stillen hinaus (Kontrollrechte gem. § 184 HGB bzw. § 338 HGB aF). Daher sollte das Merkmal des Unternehmerrisikos umso deutlicher ausgeprägt sein.

#### 1. Unternehmerinitiative:

Die stillen Gesellschafter sind von der Geschäftsführung gem. § 8 des Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen, Rechte zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung waren nicht von Bedeutung. Gem. den §§ 5 und 8 des Gesellschaftsvertrages können lediglich Kontrollrechte und Überwachungsrechte wahrgenommen werden.

Über die abgehaltene Gesellschafterversammlung am 21. 6. 1996 wurde den Anlegern ein Protokoll übermittelt, aus dem nicht hervorgeht, wie viele atypisch stille Gesellschafter daran teilgenommen haben bzw. ob und von welchen Personen das Stimmrecht ausgeübt wurde. Ob weitere Gesellschafterversammlungen abgehalten wurden, konnte von der Bp nicht eruiert werden. Es wurden diesbezüglich jedenfalls keine Unterlagen vorgelegt.

#### 2. Unternehmerrisiko:

Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, werden den atypisch stillen Gesellschaftern im ersten Jahr Verluste in gesellschaftsvertraglich zugesicherter Höhe (313% - 353 %) zugewiesen. Diese Verluste stammen ausschließlich aus Beteiligungen, die rückwirkend über das UmgrStG (Zusammenschluss) im ersten Rumpfwirtschaftsjahr im Rechenwerk der P GmbH berücksichtigt und sodann über die entsprechende Gewinn- bzw. Verlustverteilung den Anlegern zugerechnet wurden. Die ab dem 2. Rumpfwirtschaftsjahr begonnenen Geschäfte lassen - wie aus obigen Ausführungen hervorgeht - keine Rendite für die Anleger erwarten. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass alle Tätigkeiten der P GmbH nicht daraufhin ausgerichtet waren, stille Reserven oder einen Firmenwert "anzuwachsen" zu lassen, sodass die vertragliche Zusicherung einer Abschichtung der Anleger zum Verkehrswert keine Bedeutung zugemessen werden kann. Aus der Bilanz 1997 ist ersichtlich, dass jene Anleger, die ihre Anteile nicht in die F. AG eingebracht haben und ihre Beteiligung vorzeitig gekündigt haben, den der Renditeberechnung zugrunde gelegten Abschichtungserlös auch tatsächlich erhalten haben.

Dies lässt darauf schließen, dass auch die Anleger mit einem pauschalierten Abschichtungswert ausscheiden.

Ebenso ist aus dem Prospekt ableitbar, dass lediglich im Jahr der Zeichnung die Verluste zugewiesen werden und in den Folgejahren Gewinne nicht geplant sind.

Aufgrund der fixen und der Höhe nach limitierten Verlustzusage sowie des mittels Bankgarantie gesicherten Darlehens war bereits 1995 ein Geldbetrag unter Berücksichtigung des Steuervorteils weit höher als die investierte Einlage zurückgeflossen.

Anzumerken ist weiters, dass die Renditeberechnung auf der Steuergutschrift bzw. den nach 7 Jahren entstehenden Veräußerungsgewinn zum halben Steuersatz basiert.

Das würde bei Außerachtlassen der steuerlichen Begünstigungen eine wesentlich niedrigere bzw. 0 % Rendite bedeuten. Unter diesen Voraussetzungen wird kein vernünftig denkender Mensch eine solche Beteiligung eingehen.

Ein "Unternehmerrisiko" kann daher nur hinsichtlich der Nichtanerkennung des Beteiligungsmodells durch die Abgabenbehörde erblickt werden.

Aufgrund obiger Ausführungen ist die Betriebsprüfung der Ansicht, dass eine Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinn nicht vorliegt und, daher gemeinschaftliche Einkünfte gem. § 188 BAO nicht festzustellen sind. In weiterer Folge ist auch eine Einbringung von

Mitunternehmeranteilen gem. Art.1il UmgrStG zum Stichtag 31.12.1995 bzw. 31.12.1998 nicht möglich.

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

Begründend (in den Berufungen der "Stillen" Beteiligten wurde auf die Ausführungen in der Berufung des Geschäftsherrn der P GmbH verwiesen) 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 zurückzuführen sein, da der Geschäftsherr Investitionsrichtlinien für P GmbH & Mitges. 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 Anleger 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 betraglich 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 steuerliche 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 Erfolgszuweisungen, so dass eine reine Verlussterzeugungsabsicht 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 Erachtens verstößt die angefochtene Aberkennung der steuerlichen Mitunternehmerschaft auch dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn Anleger auf Basis eines nach den Bestimmungen des Kapitalmarktgesetzes 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 90er Jahren 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 GesmbH 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 Höchsttrisikokapital geleistet wurde.

Mag. Schlagenhaufen: Aus Punkt 2.10 des Vertrages ist ersichtlich, dass nur 75 % in Unternehmen investiert werden sollte, hinsichtlich deren Erträgen zumindest die Sekundärmarktrendite erreicht werden konnte. Daraus ist ersichtlich, dass von einer Hochrisikoplanlage 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 entgegen, 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 versehen sein, der die Erledigung genehmigt hat. An die Stelle der Unterschrift des Genehmigenden

kann, soweit nicht in Abgabenvorschriften die eigenhändige Unterfertigung angeordnet ist, die Beglaubigung treten, dass die Ausfertigung mit der genehmigten Erledigung des betreffenden Geschäftsstückes übereinstimmt und das Geschäftsstück die eigenhändig beigesetzte 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 automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellte Ausfertigung handelt. (BAO, 2. Auflage, Ritz, § 96 Tz6 ff)

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 einen mittels automationsunterstützte Datenverarbeitung erstellte Ausfertigung des Bescheides handelt. Es bedurfte daher weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung.

Der von Betriebsprüfung in der Begründung des Feststellungsbescheides festgestellten Sachverhalt ist unbestritten.

## II.) Inhaltliche Begründung der Berufung

Gemäß § 23 Abs.2 EStG 1988 in der für das Streitjahr geltenden Fassung 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 Unternehmerrisikos und/oder

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

#### 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 Z2 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 Wertzuwächsen, 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 Vermögenerhöhungen 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 Z 2 EStG kann aber nicht ausgeschlossen sein, demjenigen, dem annäherungsweise die einem Kommanditisten, nach dem Regelstatut des HGB zukommenden Rechte 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 Risiken 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 (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften, SS 56 ff).

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.

Zur gesellschaftsvertraglich geregelten Gewinn/Verlustverteilung ist anzumerken, dass aufgrund der Geschäftstätigkeit des geprüften Unternehmens im ersten Wirtschaftsjahr die Verluste aus den von der P GmbH eingegangenen atypisch stillen Beteiligungen an die Anleger weiterverrechnet wurden. Dem KMG-Prospekt (mit Rechenbeispiel) und dem wirtschaftlichen Gehalt des Gesellschaftsvertrages folgend, sind Gewinne in den Folgejahren für die Anleger nicht "geplant". Aus der vertraglichen Gestaltung und auch dem tatsächlichen Verlauf kann man erkennen, dass die Absicht bestanden hat, den Anlegern im ersten Jahr Verluste in einer

bestimmten (errechneten) Höhe zuzuweisen und mit weiteren Gewinnen (die über die Zuweisungspflicht zum GH hinausgehen) nicht (oder kaum) gerechnet wird.

Im KMG-Prospekt wird bei der Ertrags- und Renditevorschau ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Renditeprognose als rein rechnerische Ermittlung einer jährlichen Effektivverzinsung auf Basis der angeführten Prämisse zu verstehen ist." Gewinne und Verlust sind aus der heutigen Sicht prognostiziert, ihr tatsächlicher Verlauf stellt typisches Unternehmerrisiko dar. Dabei wird davon ausgegangen, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für den Zeitraum der Berechnung am aktuellen Stand verbleiben." Diesen Aussagen ist zu entnehmen, dass das Ertragsrisiko durch geänderte Steuergesetze beeinflusst wird und nicht durch Unternehmerrisiko aus der Geschäftstätigkeit.

Ein "Misserfolg" der Unternehmen, an denen der Steuerpflichtige über einen Treuhänder als stiller Gesellschafter beteiligt ist, ist u.a. eine Voraussetzung für die hohe Dividende. 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 Dividende ergibt sich auf Grund der Verluste. Ein Gewinn wird – den Ausführungen der Betriebsprüfung folgend – nicht angestrebt.

Ausführungen, dass durch die Steuergesetzgebung gemäß dem Sparpakets 1996 sich die steuerliche (und damit wirtschaftliche) Situation der atypisch stillen Beteiligten drastisch verändert, insofern der Veräußerungsgewinn (zuzüglich dem negativen Kapitalkonto), nun nicht mehr mit dem halben Durchschnittsteuersatz besteuert wird, sondern der jeweilige Höchstsatz zur Anwendung kommt und dass die Abschaffung des Halbsteuersatzes dazu führt, dass die Rendite nach Steuern auf die Beteiligung von 10-12% auf annähernd 0% sinkt, lassen auch den Schluss zu, dass sich die hohen Dividenden auf Grund steuerlicher Gegebenheiten errechnen.

Es wurde zur Lösung der Gesamtproblematik folgende Vorgangsweise angeboten:

Weil nach der derzeitigen Steuersituation die Einbringung von Mitunternehmeranteilen (unter anderem auch die atypisch stille Beteiligung) in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Aktien unter Buchwertfortführung erfolgen kann, besteht die Möglichkeit, die atypisch stille Beteiligung in Aktien umzutauschen. 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 unterbleibt, wenn die

Aktien mindestens 10 Jahre behalten bleiben; das heißt: Die ausbezahlte Privatentnahme ist steuerfrei.

Auch diesen Ausführungen ist zu entnehmen, dass die Gesellschaft gar nicht einen höheren Gewinn durch unternehmerische Tätigkeit angestrebt hat, sondern weiterhin auf einen Gewinn auf Grund von Steuerersparnis abzielte.

Die gesetzlichen Änderungen können jedoch nicht als Unternehmerrisiko angesehen werden

Das von der Rechtsprechung für eine Mitunternehmerschaft vorausgesetzte Unternehmerrisiko ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Da die hohen Verluste und deren Zuweisung an die atypisch Gesellschafter mit ein Teil des Konzepts zur Erreichen einer hohen Dividende war.

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 den gegenständlichen Beteiligungsmodellen erleiden die atypisch 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 1985, 304, dass in den letzten Jahren zunehmend Modelle entwickelt worden sind, bei denen sich (i.d.R. gutverdienende) Steuerpflichtige an sogenannten Abschreibungsgesellschaften beteiligten. 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 Risiken, 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 gesamtem 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 diesen Modellen ist das einzige Risiko, dass die Verluste steuerlich nicht anerkannt werden.

Im Zuge der Errichtung der atypisch stillen Gesellschaft zwischen dem Geschäftsherrn, der P GmbH, und der S.WT-Union erfüllen die Satzungen, Verfassung, der Gesellschaftsvertrag usw. die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft, 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 Erfolgszusage 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 u.a., dass der Anreiz zur Beteiligung an Abschreibungs- und Verlustgesellschaften, die auf personengesellschaftsrechtlicher Grundlage mit stark körperchaftlichen Einschlag strukturiert sind, darin besteht, dass den Anlegern mehr oder minder hohe Verluste "zugewiesen" werden, die programmgemäß in den Anfangsjahren entstehen, wenn zufolge Ausnützung steuerlicher Investitionsbegünstigungen negative Einkünfte erzielt werden. Diese Verlustanteile sollen bei den Anlegern im Weg des Verlustausgleichs zu Steuerersparnissen bei ihren anderen Einkünften führen.



Im gegenständlichen Fall werden die Verluste zwar nicht nur steuerliche Investitionsbegünstigungen erzielt, jedoch durch hohe Verluste an wirtschaftlich schlecht dastehenden Unternehmen.

Auch die in der Berufung angeführten Investitionsrichtlinien für die P GmbH & Mitges., die die Verwendung der Zeichnungssumme erläutern, weisen ausdrücklich darauf hin, dass Kapitalrückführung und Dividenden nicht als gesichert angesehen werden können. Die Risikokapitalkonstruktion wurde herausgestrichen. Doch auch dieser Hinweis endet wie in der Berufung bereits ausgeführt, mit dem Hinweis, dass eine Rendite aus der steuerlichen Anerkennung von Verlustzuweisungen nicht als gewährleistet angesehen werden kann.

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

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

## 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.

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhand genannt) häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechte. Unter Voraussetzungen, wie sie für Treunehmer typisch sind, ist dadurch die Mitunternehmerstellung des Treugebers nicht berührt, die unmittelbare Beteiligung am Erfolg und an der Substanz bleibt gewahrt, das unternehmerische Risiko des Treugebers wird nicht verändert.

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 66ff)

Auch im vorliegendem Fall hatte die Treuhandgesellschaft 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 GmbH und der S WT-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 die Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen mit.

In dem Treuhandvertrag zwischen den Beteiligten als Treugeber und der S WT-Union als Treuhänder wird die Treuhänderin 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 GmbH zu beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

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

Der Treuhänder hat gegenüber dem Geschäftsführer P GmbH keinerlei Rechte. Insofern hat auch die ökonomische Vorgangsweise, die Beteiligten bei 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 GmbH) gemäß § 8 an der Geschäftsführung nicht beteiligt ist.

Unternehmerinitiative wurde im gegenständlichen Fall von den Gesellschaftern nicht entfaltet.

Im übrigen teilt der Unabhängige Finanzsenat die von der Betriebprüfung 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.

Wie auch den Ausführungen der Betriebsprüfung zu entnehmen ist, wurden vom Geschäftsherrn keine Geschäftstätigkeit mit Gewinnabsicht ausgeführt.

Wenn jedoch die Gewinnabsicht in Zweifel gezogen werden kann, 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 Kapitalmarktgesetzes geprüften Angebotes 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 Beteiligungsdauer 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 zugrunde gelegt. 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 zugrunde gelegten 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 nach Kapitalmarktgesetz geprüften Anbot auf allfällige steuerliche Änderungen hingewiesen. Auskünfte von Abgabenbehörden im Einzelfall oder gar Aufforderungen sich als atypisch Gesellschafter zu beteiligten, erfolgten nicht.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nicht vor.

Beilage: Liste der Anleger

Wien, 21. Oktober 2004