



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch *DELOITTE AUDITOR* Treuhand GmbH, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei, 1010 Wien, Renngasse 1/ Freyung, vom 13. Februar 1998 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg, vertreten durch Mag. Thomas Zach, vom 8. Jänner 1998 betreffend Einkommensteuer 1991 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe, festgesetzt in Euro und zusätzlich ausgedrückt in historischen Schilling, sind den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Die Fälligkeit des mit dieser Entscheidung festgesetzten Mehrbetrages der Abgaben ist aus der Buchungsmittelung zu ersehen.

### Entscheidungsgründe

#### I. Zum erstinstanzlichen Verfahren

**I.1.** Der Berufungswerber (Bw) erklärte zur Einkommensteuer für 1991 und – *zum besseren Verständnis auch angeführt* – 1992 Ergebnisse aus folgenden Betätigungen bzw. Quellen (Diensteinkünfte von der I\_AG sind hier bereits mit den später korrigierten Werten angesetzt):

	1991	1992
<b>Einkünfte aus selbständiger Arbeit</b>		<i>nach Rücknahme der Berufung irrelevant</i>
a) Aufsichtsratsvergütungen: Einnahmen (lt. Vorstandsvertrag) Sitzungsgelder Bank	8.000,00	9.000,00
ab Ausgaben Aufsichtsratssitzungen/Bank: - Reisekosten (km-Geld) - Tagesdiäten	-20.480,00 - 2.880,00	-24.768,00 - 3.240,00
b) Vergütungen der „Bw & Co. GmbH“	0	0
zusammen	<b>-15.360,00</b>	<b>-19.008,00</b>
<b>Einkünfte aus Gewerbebetrieb</b>		<i>siehe oben</i>
a) Lt. Tangente zu Beteiligung 1: Wartetastenverluste (IFB)	-26.522,00 + 2.711,00	16.272,00 - 2.711,00
b) Lt. Tangente zu Beteiligung 2:		-1.986.796,00
zusammen	<b>-23.811,00</b>	<b>-1.973.235,00</b>
<b>Lohnsteuerpflichtige Einkünfte aus nsA</b>		<i>irrelevant, s. oben</i>
a) Lohnzettel M_AG, KZ 245	1.630.759,08	1.680.091,09
anrechenbare Lohnsteuer	696.166,50	709.900,00
b) Entschädigung I_AG: Pensionsabfindung ermäßigt Abfindung zum Normaltarif (lt. Lohnsteuerprüfung 1996) Werbungskosten: Telefon anrechenbare rückersetzte Lohnsteuernachzahlung 1996	1.500.000,00 600.000,00 -11.991,00 290.066,70	2.100.000,00 -12.000,00 1.040.066,70
<b>Einkünfte aus Kapitalvermögen</b>		<i>indirekt relevant nur Ergebnis *Bank AG</i>
Spar- u. WP-Zinsen laut Aufstellung anrechenbare Kapitalertragsteuer	557.593,11 58.937,74	
offene Ausschüttungen aus inländischen Aktien: Finanzierungskosten Kapitalerhöhung bei der *Beteiligungs-AG negative Erträge Depotverrechnungskonto Depotgebühren / Spesen	-1.212.556,61 -1.277,71 -12.110,00	2.674.750,00 -1.332.679,64 -25.297,66
zusammen	<b>-1.225.944,32</b>	<b>1.316.772,70</b>
Dividende *Bank AG Kredit(-kosten) zur Finanzierung des Aktienkaufes *Bank AG (2 Konten 1990, 6 Konten 1991), für 1991 noch <b>strittig</b>	0 <u>-794.847,94</u> <u>-794.847,94</u>	699.993,00 <u>-1.661.997,61</u> <u>-962.004,61</u>
<b>Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung</b>		
2 Objekte 1991 bzw. 1 Objekt 1992, nicht strittig	3.738,41	2.187,00

**I.2.** Das Finanzamt anerkannte die Verluste aus der Bewirtschaftung von Aktien der \*Bank AG in vorläufig erlassenen Einkommensteuerbescheiden nur vorläufig, „da noch nicht abgesehen werden kann, ob die Verluste aus Kapitalvermögen einer Einkunftsquelle zuzurechnen sind.“

**I.3.** Nach einer 1996 durchgeföhrten Lohnsteuerprüfung beim früheren Arbeitgeber I\_AG wurden die Abfindungszahlungen an den Bw wie oben angeführt neu beurteilt, was neben geänderten Mitteilungen über Gewinnanteile aus atypisch stillen Beteiligungen (s. oben) in gemäß § 200 Abs 2 BAO endgültig erklärten Einkommensteuerbescheiden nur insoweit Berücksichtigung fand, als nunmehr die im Veranlagungsweg zu erfassenden Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bei der I\_AG und die darauf entfallende, anrechenbare Lohnsteuer angesetzt wurden. In diesen Bescheiden blieben die veranlagungspflichtigen Dienstekünfte und einbehaltenen Lohnsteuerbeträge des Bw laut Lohnzetteln der Fa. M\_AG versehentlich außer Ansatz (siehe I.6.1.1. und I.7.).

**I.4.** Zuvor hatte das Finanzamt den Bw aufgefordert, den Einkunftsquellencharakter seiner, vom FA nur vorläufig positiv beurteilten Kapitalanlagen in der \**Beteiligungs AG* und der \**Bank AG* nachzuweisen. Um Vorlage der Ergebnisse (Ausschüttungen, Aufwendungen) in den Folgejahren wurde ersucht, ebenso um Sachverhaltsdarstellung betreffend die in der Erklärung für 1993 nicht mehr aufscheinende Beteiligung an der \**Bank AG*.

Der Bw hatte darauf mit Schriftsatz vom 26. November 1997 wie folgt geantwortet:

I.4.1. *Aktien der \*Beteiligungs AG:* 1994 habe er eine Privatstiftung gegründet. In diese seien unter anderem die per Ende 1993 in seinem Privateigentum befindlichen 1\_ Stück der \*Beteiligungs- AG- Aktien durch Widmung (10\_ Stück) bzw. durch Verkauf (11\_ Stück) übertragen worden. Für die geforderte (*Darstellung der*) Einkommensentwicklung habe er die Dividenden der \*Beteiligungs-AG in den Jahren 1994-1996 als Grundlage herangezogen. Gleichzeitig habe er unterstellt, dass der für die seinerzeitige Finanzierung der (über par erfolgten) Aktienkäufe bzw. Kapitalerhöhungen erforderliche Kredit – per Ende 1993 seien ATS 14\_ offen gewesen – weiterhin aufrecht bleibe und daher entsprechende Zinsaufwendungen (= Werbungskosten) anfielen. Die Verzinsung sei unter Berücksichtigung eines Zinssatzes von 8 % p.a. erfolgt (*Anlage zum Schriftsatz*).

Die Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen als Werbungskosten sei gegeben, da in einem überschaubaren Zeitraum insgesamt ein positives Ergebnis hätte erwirtschaftet werden können. Liebhaberei bzw. ein nicht abzugsfähiger Verlust liege laut ESt-Richtlinien 1984, Abschn. 62/2, nur dann vor, wenn nach der Sachlage von vornherein feststehe, dass die Einnahmen niedriger sein würden als die für ihre Erzielung aufzuwendenden Schuldzinsen. Im Übrigen sei eine Liebhabereibeurteilung im Zusammenhang mit dem Halten von börsennotierten Aktien undenkbar. Aus der Aktenlage sei klar ersichtlich, dass bereits ab 1992 Einnahmen aus dieser Einkunftsquelle gegeben waren.

Abweichend von der bei Erklärungslegung erstellten Übersicht ordnete der Bw die mit ATS 682.458,85 ausgewiesenen Kreditkosten „zur Finanzierung des Aktienkaufes 1992“ nicht

mehr dem Erwerb von Aktien der \*Bank AG, sondern jenem von Aktien der \*Beteiligungs AG zu.

**I.4.2. Aktien der \*Bank AG:** Im Dezember 1992 habe er den ersten Teil und im Jänner 1993 den zweiten Teil seines Aktienpaketes ("insgesamt unter 10 %") an der \*Bank AG verkauft. Beide Verkäufe hätten außerhalb der Spekulationsfrist stattgefunden. Mit den Erlösen seien unter anderem die Kredite zurückgezahlt worden. Die \*Bank AG sei in der Folge mit einem anderen Kreditinstitut zusammengeführt worden. Da die Einnahmen aus der Veräußerung zur gänzlichen Rückführung der Kredite ausgereicht hätten, könne seines Erachtens davon ausgegangen werden, dass bei einem weiteren Halten der Aktien positive Einnahmenüberschüsse über die Werbungskosten hätten erreicht werden können.

**I.5.** Daraufhin erließ das Finanzamt für 1991 und 1992 endgültige Steuerbescheide, worin es abweichend vom Antrag den geltend gemachten Verlusten aus der Bewirtschaftung von Aktien der \*Bank AG (1991 und 1992) die Ausgleichsfähigkeit mit anderen positiven Einkünften versagte. Die Begründung lautete:

Der Bw habe 1991 Aktien der \*Bank AG fremdfinanziert erworben. Bis 1993 sei dadurch ein Werbungskostenüberschuss von insgesamt minus S 1.756.849,00 entstanden. Auch in der Prognose bis 1996 trete hinsichtlich dieser Tatsache keine Änderung ein. Somit seien in keiner Phase des abgeschlossenen Beobachtungszeitraumes positive Einkünfte angefallen. Ein allfälliger Veräußerungsgewinn könne in der Beurteilung nicht berücksichtigt werden, da bei den außerbetrieblichen Einkunftsarten Veräußerungserlöse außer Ansatz zu bleiben hätten. Träten in einem abgeschlossenen Beobachtungszeitraum ausschließlich Verluste auf, dann sei nach der Rechtsprechung des VwGH eine prognostische Beurteilung der Gewinnaussichten nicht mehr relevant. Außerdem sei die Schlussfolgerung, wonach durch den Verkauf der Aktien und der dadurch erfolgten Schuldtilgung weiterhin eine Einkunftsquelle vorliege, nicht nachvollziehbar; die Schuldtilgung hätte ja bei Behalten der Aktien nicht stattgefunden. Hinsichtlich der negativen Ergebnisse aus Aktien der \*Bank AG liege Liebhaberei im Sinne des § 1 Abs. 2 LVO vor.

**I.6.** In seiner gegen diese Bescheide erhobenen **Berufung** führte der Bw aus:

I.6.1. Einkommensteuerbescheid 1991

I.6.1.1. Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit

Im Bescheid würden die Dienstleistungseinkünfte um S 1.042.750,00 niedriger als im vorläufigen Erstbescheid vom 12. Juli 1993 angesetzt, gleichzeitig werde Lohnsteuer entsprechend niedriger angerechnet. Damit sei er nicht einverstanden, weil dadurch mangels Berücksichtigung der auf die Einkünfte aus der M\_AG entfallenden Lohnsteuer die im

Lohnzettel der M\_AG ausgewiesenen Diensteinkünfte keine Progressionsminderung durch die negativen Einkünfte aus den anderen Einkunftsarten 1991 erfahren und dadurch dem Leistungsfähigkeitsprinzip widersprochen werde.

#### I.6.1.2. Einkünfte aus Kapitalvermögen

Der Ansicht des Finanzamtes, dass die (*negativen*) Einkünfte aus Kapitalvermögen aus dem Halten von Aktien der \*Bank AG in Anwendung der Liebhabereiverordnung unbeachtlich seien, könne nicht gefolgt werden. Das Halten von Aktien stelle keine Bewirtschaftung von Wirtschaftsgütern dar, die sich nach der Verkehrsauffassung in einem besonderen Maße für eine Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignen bzw. die typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung zurückzuführen sind. Abgesehen davon hätten die Aktien innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes zu einem Einnahmenüberschuss geführt. Dies werde durch die Tatsache dokumentiert, dass der Verkaufserlös 1992 zur Rückführung des beim Kreditinstitut \* aufgenommenen Kredites ausgereicht habe. Der Verkaufserlös einer Aktie stelle wirtschaftlich betrachtet den Barwert der zukünftigen Dividenden dar. Die Dividendenzahlung 1992 von S 0,7 Mio. zeige ebenfalls die Werthaltigkeit der Aktien. Es sei unbillig einen Steuerpflichtigen, der nach zwei Jahren verkaufe, anders zu beurteilen als einen solchen, der die Aktien länger behalte. Somit werde ersucht, das Halten von Aktien der \*Bank AG als steuerliche Einkunftsquelle anzuerkennen und den daraus angefallenen Werbungskostenüberschuss 1991 von minus S 794.848,00 als negative Einkünfte im Rahmen des Verlustausgleiches zu berücksichtigen.

#### I.6.2. Einkommensteuerbescheid 1992

##### I.6.2.1. Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit

Ausführungen dazu unterbleiben, da die Berufung für 1992 zurückgenommen wurde und es an einem Bezug zur Beurteilung der Rechtssache Einkommensteuer 1991 fehlt.

##### I.6.2.2. Einkünfte aus Kapitalvermögen

Der Ansicht des Finanzamtes, wonach die (negativen) Einkünfte aus dem Halten von Aktien der \*Bank AG in Anwendung der Liebhabereiverordnung steuerlich unbeachtlich seien, könne nicht gefolgt werden. Er verweise auf die Begründung seiner Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für 1991; der Aktienbesitz sei als steuerliche Einkunftsquelle anzuerkennen und der Werbungskostenüberschuss von minus ATS 327.691,00 im Rahmen des Verlustausgleichs zu berücksichtigen.

Bei Ermittlung der Einkünfte aus Aktien der \*Beteiligungs AG seien die im angefochtenen Bescheid bisher nicht berücksichtigte Aufwandszinsen iHv S 634.313,85 für die Finanzierung des Ankaufs solcher Aktien als Werbungskosten zu berücksichtigen.

##### I.6.2.3. Sonderausgaben

Ausführungen unterbleiben, siehe I.6.2.1.

**I.7.** Das Finanzamt gab der Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 10. Juni 1999 teilweise Folge: Während es bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit 1991 versehentlich nur Diensteinkünfte und anrechenbare Lohnsteuer laut Lohnzettel der M\_AG (und nicht auch jene laut Lohnzettel der I\_AG) erfasste und hinsichtlich der Ermittlung und Beurteilung der Ergebnisse aus der \*Beteiligungs- AG den Berufungsanträgen folgte, versagte es den – für 1992 antragsgemäß korrigierten – negativen Ergebnissen aus dem Halten von Aktien der \*Bank AG weiterhin die steuerliche Anerkennung. Die Beteiligung an der \*Bank AG habe nicht zu positiven Ergebnissen geführt; dies wäre auch unwahrscheinlich gewesen, da die Dividenden laufend durchschnittlich mehr als 8 % hätten betragen müssen, um die Kreditzinsen zu übersteigen. Bei der vom Bw unterstellten günstigen Entwicklung wäre im Übrigen der Verkauf der Einkunftsquelle nicht verständlich.

**I.8.** Daraufhin beantragte der Bw die **Vorlage** seiner Berufungen an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung. Im Durchführungserlass zur Liebhabereiverordnung (= VO des BMF vom 18. Mai 1990 über das Vorliegen von Einkünften und über die Erlassung vorläufiger Bescheide, BGBl. 322/1990, im Folgenden zitiert als: L-VO) werde zwischen Betätigungen mit widerlegbarer Liebhabereivermutung und Betätigungen mit widerlegbarer Einkunftsquellenvermutung differenziert. Da die Vermutung von Liebhaberei gemäß § 1 Abs 2 L-VO einerseits für Tätigkeiten, die einer persönlichen Neigung (Hobby- und Freizeitbeschäftigung) des Steuerpflichtigen entspringen, und andererseits für die „kleine Vermietung“ gelte, fielen Kapitalanlagen zweifelsohne unter die (*Tätigkeiten mit*) Einkunftsquellenvermutung. Für Einkünfte aus einer solchen Quelle sehe § 2 Abs 2 L-VO vor, dass innerhalb eines Anlaufzeitraumes von 3 bis 5 Jahren jedenfalls Einkünfte vorliegen. Ein Anlaufzeitraum dürfe nur dann nicht angenommen werden, wenn nach den Umständen des Einzelfalles damit zu rechnen sei, dass die Betätigung vor dem Erzielen eines Gesamtgewinnes (Gesamtüberschusses) beendet wird. – Die Aberkennung des Anlaufzeitraumes aufgrund des vorzeitigen Verkaufes (vor Erzielen eines Gesamtüberschusses) in 1992 und 1993 stelle eine Vergangenheitsbetrachtung der Ertragfähigkeit der Aktien dar und finde keine gesetzliche Deckung. Die Beurteilung der Jahre 1991 und 1992 habe einer prospektiven Betrachtung zu folgen und von den zu diesem Zeitpunkt gegebenen Tatsachen auszugehen (Verweis auf *Lechner/Haunold/Tumpel*, Ertragfähige Betätigung und Liebhaberei im Einkommensteuerrecht (Teil II), in: FJ 1994, S.280).

Im Zeitpunkt der Anschaffung der Aktien sei ein langfristiges Engagement im Investmentbankbereich beabsichtigt gewesen. Das spätere Interesse der XY AG (*Anm.: der nachmaligen Käuferin*) an der \*Bank AG und in der Folge deren unabwendbarer Einstieg habe für den Bw eine Unwägbarkeit dargestellt und ihn zur Beendigung seines Engagements veranlasst. Der Verwaltungsgerichtshof vertrete nicht mehr die Auffassung, dass aus einer Betätigung innerhalb eines konkret abgegrenzten Zeitraumes ein wirtschaftlicher Gesamterfolg erwirtschaftet worden sein muss. Wenn bei Vorliegen objektiver Ertragfähigkeit einer Betätigung im Einzelfall aufgrund von Unwägbarkeiten ein Gesamterfolg nicht erzielt worden sei, sei die Betätigung trotzdem als Einkunftsquelle anzusehen. Nicht der tatsächlich erwirtschaftete Erfolg, sondern die objektive Eignung einer Betätigung zur Erwirtschaftung eines solchen sei Voraussetzung einer Einkunftsquelle (siehe Erk. eines verstärkten Senates vom 3. Juli 1996). – Wenn in der Berufungsvorentscheidung ausgesprochen werde, dass eine objektive Ertragfähigkeit der Beteiligung an der \*Bank AG nicht vorliege, sei dem entgegenzuhalten, dass die XY AG ihr Kaufinteresse zweifellos auf eine solche Ertragfähigkeit gestützt und schließlich sämtliche Aktien der \*Bank AG erworben habe. Nicht die Ertraglosigkeit der Beteiligung des Bw sondern die für ihn unwägbaren genannten Umstände seien als Anlass für den Verkauf der Aktien anzusehen: Das sich verstärkende Interesse der XY AG sei mit den wirtschaftlichen, mittelfristigen Überlegungen des Bw nicht vereinbar gewesen.

**I.9.** Daraufhin legte das Finanzamt die Berufung der FLDWNB zur Entscheidung vor. Am 1. Jänner 2003 wurde der UFS für das Rechtsmittel zuständig. Eine Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat beantragte der Bw nicht.

## **II. Verfahren vor dem UFS**

**II.1.** Der UFS forderte das Finanzamt auf, zu den Ausführungen des Bw nach Einholung von dessen angekündigtem Ergänzungsvorbringen eine Antrag stellende Gegenäußerung abzugeben, sowie unter einem die auf den Streitgegenstand bzw. auf die Berufungspunkte – auch jene, die mit Berufungsvorentscheidung eine positive Beurteilung erfuhren – Bezug habenden Veranlagungsakten vorzulegen.

**II.2.** Parallel zur Aktenvorlage äußerte sich das Finanzamt per E-Mail

II.2.1. zum Verfahren: Die mit dem Vorlageantrag angekündigten ergänzenden Ausführungen seien bis dato nicht nachgereicht worden und befänden sich nicht im Akt. Der steuerliche Vertreter sei daher mit Datum dieses Zwischenberichtes schriftlich um Nachholung ersucht worden (Frist bis 23. Dezember 2003);

II.2.2. und in der Sache selbst: Ausgehend von der Annahme, dass auch eine allfällige noch einzureichende Ergänzung des steuerlichen Vertreters zu keiner wesentlichen Änderung der rechtlichen Beurteilung durch das Finanzamt führen würde, werde vorsorglich beantragt, die Berufung im Punkt Einkünfte aus Kapitalvermögen abzuweisen, weil im Hinblick auf die Veräußerung der Aktien der \*Bank AG ein abgeschlossener Zeitraum vorliege, weitere Prognosen hinsichtlich der Gewinnaussichten nicht mehr relevant seien und somit von Liebhaberei auszugehen sei.

II.2.3. berichtete das Finanzamt mit weiterer E-Mail: Der steuerliche Vertreter habe mit Schreiben vom 27. Februar 2004 mitgeteilt, dass keine weiteren Vorbringen erstattet würden.

**II.3.** Bei einer fernenmündlichen Kontaktaufnahme mit der neuen steuerlichen Vertretung des Bw am 2. August 2004 ersuchte der Referent des UFS, die Hintergründe des Ankaufs und Verkaufes der streitgegenständlichen Aktien zu erläutern, insbesondere nachvollziehbar darzulegen, wann der Bw von der beabsichtigten Übernahme der \*Bank AG durch die XY AG erfahren habe; hinsichtlich des nachhaltigen laufenden Ertrages aus diesen Aktien eine Vorschau der Einnahmen (Dividenden) und Werbungskosten (Aufwandszinsen) zu bieten und seine Behalteabsicht nachzuweisen; die Verluste aus einer bestimmten Aufsichtsratstätigkeit, bei der die selbst getragenen Reise- und Aufenthaltskosten regelmäßig die empfangenen Sitzungsgelder überstiegen, vom nahe liegenden Liebhabereiverdacht auf geeignete Weise zu befreien, etwa durch Darstellung zu begründen, inwiefern diese Tätigkeit für das betreffende Kreditinstitut mit der Tätigkeit als Mitglied des Vorstandes einer jener Kapitalgesellschaften, in denen der Bw engagiert war, unvermeidbar verknüpft sei.

**II.4.** Am 21. September 2004 forderte der UFS den Bw schriftlich auf, konkreten Nachweis in folgenden Punkten zu führen:

II.4.1. \*Bank AG

II.4.1.1. Der Bw möge darlegen und nachweisen, wann und wie er die Aktien der \*Bank AG erworben habe. Die Absicht, daraus einen nachhaltigen Ertrag aus laufender Bewirtschaftung zu erzielen und nicht binnen absehbarer Frist wieder zu verkaufen (keine auch nur außersteuerliche Spekulationstätigkeit zu entfalten), sei an Hand nachprüfbarer Unterlagen und einer darauf fußenden Ertragsvorschau zu erläutern.

II.4.1.2. Bekannt zu geben sei, unter welchen objektivierbaren Umständen er von der Einstiegsabsicht der XY AG erfahren habe und warum er sich entschloss, die Aktien vor Erzielung eines Gesamtüberschusses der Kapitalerträge über die Werbungskosten wieder abzustoßen.

II.4.1.3. Die gestellten Fragen seien zu beantworten, weil davon die Zuordnung der Tätigkeit nach der L-VO 1990 wesentlich abhänge: Sollte sich die Zuordnung gemäß § 1 Abs. 1 L-VO als richtig erweisen, jedoch eine spekulationsorientierte Befristung aufgrund von Indizien nicht auszuschließen sein, so wäre die Betätigung ohne Anlaufzeit zu beurteilen.

#### II.4.2. Ertragsentwicklung bei der \*Beteiligungs-AG

Für 1994 bis 1996 sei eine „fiktive Entwicklung“ der Ausschüttungen an die Privatstiftung des Bw angesetzt worden. Name, Anschrift und Steuernummer dieser Stiftung seien bekannt zu geben; die tatsächlichen Ausschüttungen seit 1994 bis dato seien ebenso offen zu legen wie die schon bezifferten Zinsaufwendungen der entsprechenden Jahre. Betrachte man nur die bereits vollständig bekannten Ergebnisse 1991 bis 1993, so ergebe sich daraus noch kein endgültig zu beurteilendes Bild von der Ertragfähigkeit dieser Quelle.

II.4.3. Aus der Tätigkeit im Aufsichtsrat der \*(Kreditinstitut) seien dem Bw regelmäßig Aufwendungen erwachsen, welche die Aufsichtsratsvergütungen jeweils überstiegen hätten. Er erziele mit dieser Tätigkeit von vornherein erkennbar strukturell begründete Verluste, die in keinem erkennbaren Zusammenhang mit seinen anderen Betätigungen stünden, so dass diesbezüglich nicht von einer Einkunftsquelle, sondern von Liebhaberei auszugehen sei; um Äußerung werde ersucht.

#### II.4.4. Kunstspende, Bewertung

Der Bw möge die Anschaffungskosten seiner Spende an das \*Landesmuseum belegen.

### **II.5.** Binnen erstreckter Frist antwortete der Bw wie folgt:

Da die zu Grunde liegenden Sachverhalte bereits geraume Zeit zurück lägen, seien die vom UFS gewünschten Belege größtenteils nicht mehr vorhanden bzw. könnten die angeforderten Informationen nicht mehr vollständig gegeben werden.

#### II.5.1. \*Bank AG

II.5.1.1. Aktienankauf: Der Bw habe 1991 durch Umwandlung der \*Bank GmbH in eine AG 09\_ Aktien im Nominale von je ATS 100,00 erworben. Anlässlich einer Kapitalerhöhung im selben Jahr dürfte der Bw weiterhin Aktien in den Nominalen von insgesamt ATS 4\_ erworben haben, so dass er Anfang 1992 15% des Grundkapitals gehalten habe.

II.5.1.2. Aktienverkauf: Bei der Anschaffung sei ein langfristiges Engagement im Investmentbankbereich beabsichtigt gewesen. Das spätere Interesse der XY AG an der \*Bank AG und in der Folge der unabwendbare Einstieg dieser Gesellschaft habe für den Bw eine Unwägbarkeit dargestellt und ihn zur Beendigung seines Engagements veranlasst.

II.5.2. Aufsichtsratstätigkeit: Die Übernahme der Aufsichtsratstätigkeit sei erfolgt, weil dem Bw diese Position angeboten worden sei und derartige Angebote auf Grund möglicher Synergieeffekte in der Regel nicht ausgeschlagen würden.

II.5.3. Kunstspende: Belege seien nicht mehr vorhanden. Möglicherweise sei ein entsprechender Beleg beim Spendenempfänger (*genannt*) vorhanden.

II.5.4. Mit Schreiben vom 20. Juli 2005 (Datum der Postaufgabe) zog der Bw seinen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung zurück.

**II.6.** Mit Schreiben vom 25. Juli 2005 wurde der Bw daran erinnert, welche vom UFS zuletzt gestellten Fragen unbeantwortet geblieben bzw. welche erbetenen Nachweise ausgeblieben seien, so dass

- hinsichtlich der Beteiligung an der \*Bank AG mangels Nachweises von Unwägbarkeiten, die zum Aktienverkauf geführt haben könnten, von einem abgeschlossenen Beobachtungszeitraum und, wegen des unrealistischen Prognoseansatzes von 8% Verzinsung sowie wegen übersteigender Fremdfinanzierungskosten, von einem strukturellen Dauerverlust, somit von Liebhaberei ohne Anlaufzeitraum auszugehen sei;
- die abweichend von der Erklärung begehrte Zuordnung bestimmter Aufwandszinsen zur „Einkunftsquelle“ \*Beteiligungs- AG nicht belegt worden sei; bei Ausbleiben eines Nachweises werde von der Zuordnung laut Erklärung für 1992 (zur \*Bank AG) ausgegangen;
- hinsichtlich der Kunstspende mangels Nachweises der Anschaffungskosten der Wertansatz im Zeitpunkt der Hingabe nicht nachvollziehbar sei.

**II.7.** Der Bw antwortete darauf

II.7.1. mit Schreiben vom 16. August 2005 zur Frage betreffend die Bewertung der Kunstspende:

Der Künstler sei einer der renommiertesten österreichischen Bildhauer der Nachkriegszeit und habe unser Land ... auf der Biennale in Venedig vertreten. Die von der Landesgalerie ausgewählte Arbeit „...“ sei eines seiner Hauptwerke aus der vielfach dokumentierten Arbeitsgruppe „...“. Der damalige Galerieleiter, ein namhafter Publizist und gerichtlich beeideter Kunstsachverständiger, habe bei seiner Bewertung auf eine Versicherungsliste (Beilage) zurück gegriffen, die anlässlich einer Ausstellung des Künstlers 1988/89 an genannten Orten im In- und Ausland erstellt worden sei. Der damalige Schätzwert von ATS 600.000,00 sei von ihm offensichtlich aktualisiert worden.

Der Künstler habe über Ersuchen des Bw den Vertrag mit der Republik Österreich zur Verfügung gestellt (Beilage), nach welchem 1991 im Auftrag der LH \* eine vergleichbar große Skulptur zum Nettopreis von ATS 854.500,00 geliefert worden sei.

Sollten die behördlichen Zweifel über die Angemessenheit der Bewertung der Kunstspende wider Erwarten noch nicht beseitigt worden sein, so empfehle der Bw drei weitere (namentlich genannte) Sachverständige aus der Museums- und Kunsthandsbranche;

II.7.2. und mit Schreiben vom 13. September 2005 zu den übrigen Vorhaltsfragen:

II.7.2.1. Beteiligung an der \*Bank AG:

Bei Einstufung der Tätigkeit unter den zutreffenden Typus nach der L-VO sei zunächst zu prüfen, ob eine Betätigung gemäß § 1 Abs 1 L-VO vorliegt. Dies sei im gegenständlichen Fall aus folgenden Gründen zu bejahen:

Für die Vermutung des Vorliegens einer Einkunftsquelle spreche zunächst die *Überschusserzielungsabsicht* des Bw. Dieser habe „auf Grund der uns vorliegenden Informationen“ nach Umwandlung der \*Bank GmbH in eine AG mit der Firma „\* Bank AG“ im Jahre 1991 Aktien dieser AG im schon bekannten Umfang erworben. Nach zwei weiteren Aktienerwerben im selben Jahr sei der Bw zu rund 11% an der \*Bank AG beteiligt gewesen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bank der Finanzierung privater Interessen des Bw gedient hätte bzw. dienen sollte. Dies könne auch daraus ersehen werden, dass sich im Zuge der Kapitalerhöhung 1991 (anlässlich deren der Bw weitere Aktien im Nominalwert von ATS 4 Mio. erworben habe) auch andere private Investoren an der Bank beteiligt hätten (*drei Persönlichkeiten namentlich genannt*). Die Bank sei ... als reine Wertpapierbank vor allem in den dafür charakteristischen (*aufgezählten*) Geschäftsbereichen tätig gewesen.

Der Bw habe sich *wegen begründeter Gewinnaussicht* beteiligt. Dass die Erwartungen bereits in der Anfangsphase der Bank sehr hoch waren, zeigten nicht zuletzt die noch aufgefundenen Zeitungsberichte aus jener Zeit (*beigelegt*). Bis Jahresende 1991 seien (Stückzahl) Neuemissionen geplant und ein Börsegang für den Sommer 1991 in Aussicht gestellt gewesen. Im ersten Geschäftsjahr sollte die Bank laut Plan einen Gewinn von ATS 42 Mio. erwirtschaften. Ein Aktienumsatz von ATS 1 Mrd. sei angestrebt worden. Eine im Zuge der erwähnten Umwandlung unternommene tief greifende Korrektur der Geschäftspolitik und Geschäftsausrichtung sowie Strukturverbesserungen (*neuer Leiter aus dem WP-Geschäft einer anderen Bank, neues Führungsteam*) hätten eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Bank erwarten lassen. Der Bw sei von deren Ertragfähigkeit überzeugt gewesen und habe sich deshalb zur Investition entschieden. Der Aktienankauf sei zunächst über das \*Institut, später über die \*Hypothekenbank fremdfinanziert worden.

Die Ertragserwartungen des Bw. hätten sich zunächst bestätigt: der Jahresüberschuss 1991 (vor Rücklagenbewegungen) habe ATS 27,8 Mio. betragen. Dieses Ergebnis und das Erreichen eines nicht unerheblichen Marktanteils im Handel an der Wiener Börse hätten trotz widriger Rahmenbedingungen (z.B. Jugoslawienkrise, Putschversuch in Moskau) und der damit einhergehenden zeitlichen Verschiebung diverser Emissionsprojekte erzielt werden können. 1992 habe der Bw aus dem Ergebnis 1991 die erklärte Dividende zugewiesen erhalten. Das Ausmaß der Ausschüttung hätte auf Grund der guten Performance 1991 sogar noch höher sein können, wären nicht Rücklagen iHv ATS 19,6 Mio. dotiert worden.

Angesichts der anfänglichen und 1991 tatsächlich realisierten Erfolgsaussichten bestehe kein Zweifel, dass das Engagement des Bw zur Erwirtschaftung eines Gesamtüberschusses zum Zeitpunkt des Aktienankaufes *objektiv geeignet* war. Zwar hätten im ersten Beteiligungsjahr die Dividendeneinnahmen die Werbungskosten nicht überstiegen, doch sei auf Grund von Prognosen künftig mit höheren Ergebnissen bzw. Dividendeneinnahmen zu rechnen gewesen. Laut Geschäftsbericht der \*Bank AG für 1991 sei der Optimismus angesichts des positiven Trends in der Wirtschaft begründet gewesen, der Vorstand habe sich auch noch 1992 optimistisch gezeigt, das Ergebnis von 1991 zu übertreffen.

Wider Erwarten sei das Jahr 1992 jedoch von der unerfreulichen Entwicklung der Wiener Börse, vom hohen Zinsniveau, von der unsicheren politischen Lage am Balkan und von den sich verschlechternden Konjunkturaussichten geprägt gewesen. Aufgrund dieser Umstände habe kein Geschäftsbereich der Bank die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllen können. Der Jahresfehlbetrag vor Rücklagenbewegungen habe für 1992 rund ATS 133 Mio. betragen.

Die weitere Entwicklung ab 1992 sei geprägt gewesen von Misswirtschaftsgerüchten im Zusammenhang mit dem Management der Bank, von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen, Verhaftungen und vom Skandal um eine Emission. Diese Vorkommnisse hätten das Management zusehends unter Druck gesetzt und zu einem nachhaltigen Reputationsverlust der Bank geführt. Ein immenser Wertverlust des Bw sei daher – wie durch das gänzliche Ausbleiben einer Gewinnausschüttung für 1992 untermauert – zu befürchten gewesen.

In dieser Situation habe die nachmalige Käuferin der Aktien zunehmendes Interesse an einer Mehrheitsbeteiligung an der \*Bank AG gezeigt. Eine derartige Veränderung der Aktionärsstruktur hätte voraussichtlich zum nachhaltigen Verlust von Einfluss des Bw auf die Geschäftspolitik der \*Bank AG geführt. Als die nachmalige Käuferin daher dem Bw ein lukratives Angebot zum Kauf seiner Aktien machte, habe er sich zum Verkauf entschlossen. Der Reputationsverlust der \*Bank AG sei aus seiner Sicht ohnedies nicht mehr sanierbar gewesen. Der Aktienverkauf habe sich in zwei Schritten Ende 1992 und Anfang 1993 vollzogen. Die Entscheidung zum vorzeitigen Verkauf habe auf nachvollziehbaren wirtschaftlichen Überlegungen des Bw begründet und sei durch die dargestellten unvorhersehbar eintretenden Unwägbarkeiten bedingt gewesen. Die infolge Unwägbarkeiten drohenden Verluste sollten daher für sich allein der Qualifizierung des Engagements bei der \*Bank AG als Einkunftsquelle nicht abträglich sein (*E des VwGH vom 3.7.1996*). Stets sei davon ausgegangen worden, dass die Einnahmen aus der Beteiligung die Werbungskosten (Fremdkapitalzinsen) von Anfang bis Ende der Betätigung übersteigen würden.

Selbst wenn ein nicht steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn bei Beurteilung des Erzielens eines Gesamtüberschusses aus Liebhabereigesichtspunkten nicht zu berücksichtigen sei, so biete die Tatsache eines erzielten Veräußerungsgewinnes Indiz dafür, dass die Beteiligung

objektiv geeignet war, einen Gesamtüberschuss zu erzielen. Durch Realisation des Veräußerungsgewinnes habe der Bw überdies sein *subjektives Ertragstreben* zum Ausdruck gebracht.

Bei Prüfung der weiteren Frage, ob eine Betätigung mit Liebhábereivermutung nach § 1 Abs 2 L-VO vorliegt, sei der Wortlaut dieser Norm zu betrachten. Demnach würden von der Liebhábereivermutung bei Auftreten von Verlusten nur solchen Betätigungen betroffen sein, die sich nach der Verkehrsauffassung in einem besonderen Maß für eine Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignen ***und*** typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entsprechen. Im konkreten Fall gebe es dafür keine Anhaltspunkte. Insbesondere sei die vom Referenten geäußerte Vermutung, die \*Bank AG habe möglicherweise der Verwirklichung privater Interessen des Bw gedient, nicht zutreffend.

Der VwGH habe in vergleichbaren Fällen klar zum Ausdruck gebracht, dass das Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften unter § 1 Abs 1 L-VO zu subsumieren sei, wenn es keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Liebhábereivermutung gebe. Insbesondere habe der VwGH nicht finden können, dass das Halten von derartigen Beteiligungen typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entspreche, und habe daher einer derartigen Betätigung wiederholt Einkunftsquelleneigenschaft beigemessen (*drei E zitiert*). Da es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine Betätigung nach § 1 Abs 2 L-VO gebe, vielmehr die in § 1 Abs 1 L-VO normierten Voraussetzungen für die Einkunftsquellenvermutung vorlägen, bleibe für eine Anwendung des § 1 Abs 2 L-VO kein Raum, und es sei von einer Betätigung iSd § 1 Abs 1 L-VO auszugehen.

Für Tätigkeiten iSd § 1 Abs 1 L-VO gelte ein Anlaufzeitraum von 3 bis 5 Jahren, in welchem Verluste jedenfalls anzuerkennen seien. Die 1991 und 1992 entstandenen Verluste seien daher anzuerkennen.

Die Ausnahmeregelung des § 2 Abs 2 L-VO **II** (BGBl 33/1993), wonach der Anlaufzeitraum nicht angenommen werden dürfe, wenn nach den Umständen des Einzelfalles damit zu rechnen sei, dass die Betätigung vor dem Erzielen eines ... Gesamtüberschusses beendet werde, finde sich in der „alten“ L-VO idF BGBl. Nr. 322/1990 nicht. Setze man sich dennoch mit der Frage auseinander, ob im konkreten Fall mit der vorzeitigen Beendigung der Betätigung noch vor Gesamtüberschusserzielung zu rechnen war, so sei nachdrücklich betont, dass das Engagement des Bw von Beginn an langfristig geplant war. Ein vorzeitiger Aktienverkauf sei aufgrund der anfänglich guten Erfolgsaussichten nicht zur Diskussion gestanden und weder eine Befristung der Beteiligung noch eine Option auf Verkauf der Aktien vereinbart gewesen. Wie der VwGH ausführe, könne eine Ungewissheit über die von vornherein geplante zeitliche Beschränkung des Engagements als Gesellschafter nur dann angenommen werden, wenn ein Umstand (Indiz) für einen derartigen Plan spreche (*E zitiert*).

Der VwGH habe aber in vergleichbaren Fällen weder in einem zeitlich nicht näher bestimmten Abtretungsrecht noch in einem Kündigungsausschluss für die ersten zehn Jahre ein Indiz für eine von vornherein zeitlich begrenzte Beteiligung eines Gesellschafters erblicken können (*zwei E zitiert*). Umso weniger werde man hier von einer Beteiligungsbefristung sprechen können. Es lasse sich dafür kein Indiz finden. Der Anlaufzeitraum sei jedenfalls zu gewähren.

Betreffend die Zuordnung von Aufwandszinsen gab der Bw bekannt, dass diese – wie ursprünglich erklärt – für den fremdfinanzierten Ankauf der \*Bank AG-Aktien angefallen seien. Da jedoch nach seiner Auffassung sowohl die Beteiligung an der \*Bank AG als auch jene an der \*Beteiligungs AG als Einkunftsquelle gemäß § 1 Abs 1 L-VO zu qualifizieren seien, mache es prinzipiell (von der steuerlichen Auswirkung her) keinen Unterschied, welcher von beiden Einkunftsquellen die Zinsenaufwendungen zugeordnet würden.

Dem Schriftsatz waren Zeitungsausschnitte, eine Pressemitteilung, Auszüge aus diversen Aufsichtsratsprotokollen und eine Kopie des Geschäftsberichts 1991 beigefügt.

**II.8.** Der UFS forderte den Bw mit Schreiben vom 30. September 2005 auf, zu weiteren Bedenken und Fragen Stellung zu nehmen:

*Zum Ankauf, Halten und Veräußern von Aktien der \*Bank AG:*

Nicht auszuschließen sei, dass es sich bei den Verlusten aus dieser Tätigkeit um keine negativen Einkünfte aus einer steuerlich relevanten Betätigung, sondern um Verlust erzeugende Aufwendungen für eine außerhalb der Spekulationsfrist steuerfreie Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft handle (§ 20 Abs 2 EStG 1988).

Vom UFS werde andererseits nicht ausgeschlossen, dass folgende Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Tätigkeit sprächen, bei der nach § 1 Abs 2 Z 2 L-VO BGBl 322/1990 Liebhaberei zu vermuten sei:

Beim Aktienbesitz und dessen Bewirtschaftung handle es sich um die Verwaltung eigenen Privatvermögens, sofern nicht gewerblicher Wertpapierhandel vorliege, was im gegenständlichen Fall ausgeschlossen werden könne. Aktien würden im Rahmen einer Verwaltung eigenen Vermögens typischerweise angeschafft, um daraus laufend Kapitalerträge (Dividenden) **und** Kursgewinne bei der Veräußerung zu erzielen. Dem Kurs der Aktie komme (*aber*) aus Sicht eines Anlegers wesentlich höhere Bedeutung zu als der Aussicht auf Dividenden, da letztere nur auf Grund von Ausschüttungsbeschlüssen zugewiesen würden. Die Beschlüsse hingen alljährlich sowohl vom Geschäftserfolg als auch von der Bilanzpolitik des Unternehmens ab.

Kursgewinne seien, soweit sie nicht aus der Veräußerung wesentlicher Beteiligungen stammten, außerhalb der gesetzlichen Spekulationsfrist nicht einkommensteuerpflichtig.

Der Bw habe die Anschaffung 1991 von Aktien der durch Mantelumwandlung im selben Jahr gegründeten \* Bank AG zu 100% fremdfinanziert. Die anfallenden Darlehenszinsen, denen

1991 naturgemäß keine Ausschüttungen gegenüber standen, hätten im Folgejahr 1992 die dann erstmalig (für 1991) zugewiesenen Dividenden überstiegen. Der für den Ausschüttungsbeschluss maßgebliche Geschäftserfolg 1991 sei unter den Erwartungen des Vorstandes geblieben. Der an den Bw ausgeschüttete Betrag habe sich aus einem mit 7% festgelegten Satz des nach Rücklagenzuführung verbleibenden ausschüttungsfähigen Ertrages ergeben. Entgegen den Ausführungen des Bw, es hätten ja Rücklagen nicht in diesem Ausmaß gebildet werden müssen und somit ein höherer ausschüttungsfähiger Ertrag verbleiben können, erscheine der Umfang der gebildeten Rücklagen nicht willkürlich, sondern als Maßnahme einer (*gemeint*: minimalen) Bilanzvorsorge, die im Gründungsstadium dieser – und wohl jeder – Wertpapierbank mit offensivem Engagement in Hoffnungsmärkten und risikoreichen Produkten dringend geboten war. Da sich die Bank im Anfangsstadium ihrer Existenz befunden habe, wäre sogar ein Verzicht auf jegliche Dividendenausschüttung für das erste Geschäftsjahr nahe gelegen. Warum es dennoch zur Ausschüttung gekommen sei, müsste an Hand von internen Unterlagen eindeutig erklärbar sein. Die spezielle Geschäftsausrichtung der Bank hätte diese gewiss verpflichtet, den erhofften schnellen Erfolg durch zurückhaltende Dividendenpolitik über einen mehrjährigen Zeitraum abzusichern. Jedem Aktionär mussten diese (Bilanz-) Erfordernisse verständlich sein. Da der Bw daneben dem Aufsichtsrat der Bank angehört habe, sei seine Kenntnis aller näheren Umstände vorauszusetzen.

Dessen ungeachtet habe er seinen Aktienbesitz zur Gänze fremdfinanziert und Verluste in Kauf genommen, deren Aufholung im Sinne des Return of Investment durch ungewisse Dividendenausschüttungen in der nahen Zukunft unmöglich und in weiterer Ferne kaum abschätzbar gewesen sei. Der zeitliche Rentabilitätshorizont der fremdfinanzierten Investition sei durch keine nachvollziehbare Prognose (aus Sicht des Ankaufsvorganges) untermauert worden.

Das mindestens gleichrangige Einstiegsmotiv einer Kursgewinnerwartung (der baldige Börsegang sei schon geplant gewesen) sei deshalb nicht von der Hand zu weisen. Die Betätigung erscheine somit gar nicht vorrangig auf die Erzielung eines nachhaltigen laufenden steuerpflichtigen Ertrages ausgerichtet gewesen zu sein. Zutreffendenfalls würden die Vorschriften der Liebhabereiverordnung im Hinblick auf § 20 Abs 2 EStG1988 nicht anzuwenden sein.

Andernfalls wäre auf Grund der vorgenannten Anhaltspunkte bei dieser Betätigung Liebhaberei zu vermuten, wobei die Vermutung nur vom Bw, und zwar an Hand einer dokumentierten, objektiv nachvollziehbaren Prognoserechnung, widerlegt werden könne. Dazu sollten, wie Hilfe stellend bemerkt werde, bankintern vorhandene Unterlagen wie: vollständige Protokolle von Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen (bisher liegen nur zwei

Protokollseiten in Kopie vor) sowie unabhängige Prüferberichte, klaren Aufschluss geben. Denn es sei anzunehmen, dass die XY Bank AG, als "Mehrheitsaktionärin" (*Irrtum des Referenten: die aufgrund ihrer Kapitalstärke und Marktbedeutung den privaten Aktionären weit überlegene XY AG beherrschte den Aufsichtsrat und hatte daher entscheidenden Einfluss auf die Bestellung des Vorstandes; ihr allein wurde die aus der umgewandelten Mantel-GmbH – einer XYAG-Tochter – hervor gegangene \*Bank AG in der Branche und in den Medien zugeordnet*) und nachmalige Käuferin der "restlichen" (*richtig: der privat gehaltenen*) Anteile, an umfassenden Kenntnissen über Geschäftsführung, Geschäftserfolg, Geschäftschancen und Vermögenslage der \* Bank AG ebenso interessiert war wie der seinerzeitige Aufsichtsrat, dem der Bw und hochrangige Mitglieder des XY-Vorstandes angehört hätten.

**II.9.** Mit Eingabe vom 14. November 2005 (Aufgabedatum) antwortete der Bw durch seine steuerliche Vertretung wie folgt:

1. Zur Beteiligung an der \* Bank AG
  - a) Zum Abzugsverbot gemäß § 20 Abs 2 EStG

Zwar fordere das Gesetz für den Abzug von Schuldzinsen als Werbungskosten einen finalen Zusammenhang mit einer ertragsteuerlichen Einnahmenerzielung, doch verlange es keine Ausschließlichkeit der finalen Verknüpfung zwischen Fremdfinanzierung und Einkunftserzielung; ein positiver Zusammenhang genüge dafür. Eine "Mitursächlichkeit" (von) ertragsteuerfreien Einnahmen löse die für den Schuldzinsenabzug geforderte Verbindung zu ertragsteuerpflichtigen Einnahmen nicht (zit. *Beiser*, in: SWK 2002, S 231ff; BFH 21.7.1981, VIII R 154/76, BStBl II 1981, 37,39).

Weiters sei die \* Bank AG nicht börsennotiert und ein Börsegang in absehbarer Zeit auch nicht geplant gewesen. (*Anm: Im Schreiben vom 13. September 2005 hatte der Bw das Gegenteil vorgebracht.*)

Vielmehr ergebe sich aus der Aktionärsstruktur (*aufgezählt*), dass die Bank als langfristiges Investment gedacht war und daher alle Aktionäre (vielleicht mit Ausnahme der XY Bank) an hohen Dividenden interessiert waren, nicht zuletzt wegen der hohen Fremdfinanzierung bei den Aktionären. Zum Verkauf sei es lediglich dadurch gekommen, weil ein leitender Manager verhaftet wurde, was einen Skandal ausgelöst habe. Zur Rettung des eigenen Rufes habe daher die XY Bank den restlichen Aktionären ein Kaufanbot unterbreitet. Da alle Aktionäre das Vertrauen in das Management verloren hätten, sei das Anbot auch angenommen worden, insbesondere vom Bw. Ohne dieses unvorhergesehene und unvorhersehbare Ereignis hätte es keinen Käufer für die Aktien des Bw (und auch anderer Aktionäre) an der \* Bank AG gegeben. Im vorliegenden Fall sei auszuschließen, dass der Bw die Anschaffung der Aktien nur vorgenommen habe um Kursgewinne bzw. einen Veräußerungsgewinn zu erzielen. Das Erzielen von Dividenden sei jedenfalls das Hauptmotiv für den Einstieg des Bw bei der

\* Bank AG gewesen. Im Hinblick auf § 20 Abs 2 EStG sei daher schon allein deswegen von der Abzugsfähigkeit der Schuldzinsen auszugehen.

b) Zur Frage der Liebhaberei

Im Zusammenhang mit der Einstufung der Beteiligung als Liebhaberei gemäß § 1 Abs 2 L-VO werde mitgeteilt, dass eine – wie vom UFS verlangt – dokumentierte, objektiv nachvollziehbare Prognoserechnung, aus welcher hervorgehen sollte, dass ein Gesamtüberschuss erzielbar war, im Zeitpunkt des Einstieges des Bw bei der \* Bank AG nicht erstellt worden sei, da aus Sicht des Investors keine Veranlassung bestanden habe anzunehmen, dass seine Betätigung nicht als Einkunftsquelle beurteilt werden könnte. Trotzdem sei nun versucht worden, auf Basis des vorliegenden Budgets bzw. der Planrechnungen der \*Bank AG, welche in den (*aufgezählt datierten*) Aufsichtsratssitzungen 1991, 1992 und 1993 besprochen worden seien, eine entsprechende Prognoserechnung zu erstellen. Diese liege dem Schreiben bei.

*Zum Inhalt der Beilage:*

Blätter 1 ("Prognose \*Bank.xls") und 2 ("Variante") enthielten Prognoserechnungen für die Jahre 1991 bis 1994, worin verschiedene Ansätze von Bruttodividenden pro Stammaktie angenommen wurden, und zwar für das Ausschüttungsjahr 1991 jeweils NULL, für 1992 27 bzw. 20/Aktie, für 1993 13,125 bzw. 13,3/Aktie und für 1994 jeweils 0,47/Aktie. Diesen fiktiven Ausschüttungsbeträgen wurden in den Prognosen Schuldzinsenzahlungen von jeweils ATS 943.653,81/1991; 1.415.480,71/1992; 707.740,36/1993 und 0/1994 gegenüber gestellt, so dass sich positive Jahresüberschüsse beiden Prognosen zufolge ab 1992, wenngleich in unterschiedlicher Höhe, ergaben und ein kumulierter Überschuss laut Prognose-Blatt 1 ab 1992, laut Prognose-Blatt 2 ab 1993 erwartet wurde. In dieser Beilage war erstmals im Verfahren ein Aktienanteil von 45,455% als "treuhändig für die Ehegattin des Bw gehaltene Aktien" ausgewiesen. Betreffend den Zinssatz von 10,25% und die Kredittilgung bis Ende Juni 1993 waren auf den Prognose-Blättern die Vermerke "laut Vertrag" angebracht. Gestützt wurden die angenommenen Ausschüttungsbeträge mit gesondert dargestellten "Planungen" für 1991 bis 1993, aufgrund der Plan-Jahresergebnisse der \*Bank AG laut 2., 7. und 11. Aufsichtsratssitzung. Für 1991 und 1993 wurden Dividendengesamtbeträge "angenommen" und auf Stammaktien bzw. Vorzugsaktien verteilt (1991 mit rund 97% des Plan-Jahresergebnisses, 1993 mit rund 89% des im Februar '93 erwarteten, tatsächlich aber drastisch abgesunkenen Planergebnisses vor Steuern) und auf Stammaktien bzw. Vorzugsaktien verteilt; für 1992 war eine Plandividende iHv insgesamt rund 38 % des deutlich über dem Plan für 1991 erwarteten Plan-Jahresergebnisses, welches aber gänzlich verfehlt wurde, angesetzt und wieder auf Stamm bzw. Vorzug verteilt.

Der Bw führte dazu weiter aus:

Bei Erstellung der Prognoserechnung sei auch davon ausgegangen worden, "dass der Kredit wie mit dem Kreditinstitut vereinbart bis Ende Juni 1993 rückgeführt wird und demnach nur bis Mitte 1993 Zinsenzahlungen anfallen". Bei den Dividendenausschüttungen sei von dem Verhältnis zwischen Vorzugs- und Stammaktien (7% Stamm, 10% Vorzug) ausgegangen worden, welches der ersten Ausschüttung im Jahr 1992 (*Anm.: für 1991*) tatsächlich zugrunde gelegt worden sei. In einer alternativen Berechnung sei eine mögliche geringere Ausschüttung 1992 fingiert worden, auch in diesem Szenario hätte sich bereits 1993 ein positiver Gesamtüberschuss ergeben.

Betreffend die Ausführungen im Vorhalt, wonach die Investoren in den ersten Jahren mit einer zurückhaltenden Dividendenpolitik rechnen mussten bzw. nicht mit Dividendenausschüttungen zu rechnen war, werde angemerkt, dass zum einen die gesetzlich vorgeschriebenen Rücklagen (Haftrücklage, gesetzliche Rücklage) im erforderlichen Ausmaß gebildet waren und das verbleibende Ergebnis somit jeweils ausschüttungsfähig war und andererseits die konkreten Investoren aus schon dargelegten Gründen (Fremdfinanzierung, Aktionärsstruktur) jedenfalls auf Dividenden in größtmöglichem Ausmaß bestanden hätten. Die angesprochenen Unterlagen (vollständige Aufsichtsratsprotokolle, unabhängige Prüfberichte) seien, soweit vorhanden, diesem Schreiben beigefügt.

Aus Sicht des Bw stelle das Eingehen der Beteiligung an der \*Bank AG eine Betätigung nach § 1 Abs 1 L-VO I dar (Schreiben vom 13.9.05) und seien die erwirtschafteten Verluste im Anlaufzeitraum steuerlich anzuerkennen.

Zur Abgrenzung zwischen § 1 Abs 1 und § 1 Abs 2 L-VO I sei betreffend das fernmündlich angesprochene "unternehmerische" Wirken des Bw im Zusammenhang mit dem Eingehen und Halten der Beteiligung zu ergänzen, dass der Bw nicht nur Aktionär der \*Bank AG gewesen sei, sondern es auch übernommen habe, durch seine Kontakte einen entsprechenden "Mantel" mit Bankkonzession ausfindig zu machen und zu vermitteln (die still gelegte IW\_Bank\_GmbH; *Anmerkung: dies war die erwähnte XY-Tochter*). Weiters habe er den Betreibern im Vorfeld Büroräumlichkeiten zur Verfügung gestellt, um dort beispielsweise die entsprechende Software programmieren zu können. Nicht zuletzt sei er auch im Aufsichtsrat tätig gewesen. (All) dies zeige deutlich, dass seine damalige Rolle nicht mit der eines reinen Aktionärs vergleichbar sei, der die Aktien aus Anlage- bzw. Vorsorgegründen erworben hat. Es sei davon auszugehen, dass über die Position und das Engagement des Bw in dieser Angelegenheit auch zwei namentlich genannte Funktionäre der XY Bank Auskunft geben könnten.

## 2. Zur Aufsichtsratstätigkeit bei der \*(Kreditinstitut)

Da der steuerlichen Vertretung über die konkreten Aufwendungen bzw. die Aufsichtsratsvergütungen aus 1991 und 1992 leider keine Unterlagen vorlägen (außer den

Einkommensteuererklärungsformularen), werde ersucht die dem UFS vorliegenden Details zukommen zu lassen. Möglicherweise sei es sodann möglich, weitere Informationen bzw. Erläuterungen zu liefern, die die Beurteilung als Einkunftsquelle bestätigen würden.

**II.10.1.** Mit Schreiben vom 15. Dezember 2005 übermittelte der UFS die von der steuerlichen Vertretung erbetenen Erklärungsbeilagen betreffend Verluste aus der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied und hielt dem Bw weitere Fragen bzw. Bedenken im Streitpunkt *Verluste aus der Bewirtschaftung von Aktienbesitz* vor:

II.10.2. Abverlangt wurden die im letzten Antwortschreiben und in den beigelegten Prognoserechnungen erstmals bekannt gegebene "Vereinbarung" betreffend vorzeitige Tilgung der Anschaffungskredite für den Erwerb der streitgegenständlichen Aktien bis Ende Juni 1993 ("laut Vertrag") sowie der bankmäßige Nachweis der Kredittilgung; ferner die Verträge über den An- und Verkauf der Aktien und der Nachweis der Kredittilgung mit Erlösen aus dem Aktienverkauf. Ersucht wurde um nähere Ausführungen und Belege zum behaupteten unternehmerischen Handeln als Aktionär, da ein solches Handeln mit der Erwähnung eigener Mitwirkung an der Auswahl des zur Bankgründung benötigten Mantels mit Bankkonzession und des Bereitstellens von Räumlichkeiten für Software-Programmierung nicht ausreichend konkret dargestellt worden sei. Das weitere Argument, der Bw sei Mitglied des Aufsichtsrates jener Bank gewesen, an der er die streitgegenständlichen Aktien hielt, untermauere eigenes unternehmerisches Handeln als Aktionär nicht, weil die Geschäftsführung der Bank dem Vorstand, die Abschlussprüfung dem Wirtschaftsprüfer oblag. Auch bilde jede Tätigkeit als Mitglied in einem Aufsichtsrat eine organisatorisch in sich geschlossene, mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattete Einheit und sei als solche gesondert zu beurteilen, d.h. von der Verwaltung eigenen Aktienbesitzes getrennt zu betrachten: Sie könne – eingereiht in § 1 Abs 1 oder Abs 2 L-VO – eine steuerliche Einkunftsquelle oder Liebhaberei darstellen. Vergütungen und Aufwendungen seien in diesem Zusammenhang nicht geltend gemacht worden.

II.10.3. In Ergänzung dieses Vorhaltes wurden der steuerlichen Vertretung des Bw. mit Schreiben vom 28. Dezember 2005 weitere Fragen zur Beantwortung mit Nachweisen vorgelegt:

Die erbetene Nachweisführung über den An- und Verkauf der \*Bank-Aktien könne bei Prüfung der Einkunftsquelleneigenschaft der Aktienbewirtschaftung von Bedeutung sein, weil die Veräußerungsergebnisse im Rahmen dieser Prüfung nach ständiger Verwaltungspraxis (*indirekt*) mit berücksichtigt würden, und weil der UFS dieser Praxis, obgleich daran nicht gebunden, voraussichtlich folgen werde. Zum anderen seien allfällige Gewinne aus

Beteiligungsveräußerungen nach Maßgabe des § 31 EStG, unter Beachtung der §§ 24 und 37, steuerlich zu erfassen.

Die Ankaufs- und Veräußerungsvorgänge seien daher an Hand der Urkunden offen zu legen, die Veräußerungsergebnisse rechnerisch darzustellen und an Hand der Belege nachzuweisen.

Die Schuldzinsen würden im Verhältnis der Einnahmen aus Dividenden zu jenen aus dem Veräußerungserlös zugeordnet.

Aus dem jüngsten Antwortschreiben gehe erstmals hervor, dass ein Teil der Aktien treuhändig für die Ehegattin gehalten worden seien. Die laut Auskunft vom 27. Dezember 2005 von Anfang an vorgenommene Einschränkung der Erklärungsziffern auf den dem Bw zurechenbaren Aktienanteil sei aus den Veranlagungskosten nicht erkennbar. Ein allfällig abgeschlossener Treuhandvertrag sei vorzulegen. – Um rechnerische Darstellung des gesamten und des auf den Bw bzw. auf seine Gattin entfallenden Aktivolumens, sowie um entsprechende Zuordnung der Anschaffungskredite und der jährlich angefallenen Kreditkosten wurde ersucht.

**II.11.** Der Bw antwortete am 26. (einlangend 31.) Jänner 2006 und legte Beweismittel vor:

II.11.1. Zu seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat der \*(Kreditinstitut) verwies der Bw erneut auf die mit einer derartigen Tätigkeit regelmäßig verbundenen Synergieeffekte. Jenseits eines in der Praxis schwierig zu führenden Nachweises – weil nicht eindeutig feststellbar sei, welche konkreten Vorteile auf diese Tätigkeit zurückzuführen seien – könne festgehalten werden, dass die Übernahme der gegenständlichen Funktion zu einem Imagegewinn führe, der sich über Umwege positiv auf andere Einkünfte auswirke. Die Umwegrentabilität finde beispielsweise im Zusammenhang mit späteren Projekten darin seinen Niederschlag, dass der Zugang zu finanzkräftigen Geschäftspartnern sowie bessere Konditionen bei der Fremdkapitalaufnahme erleichtert würden. Es erscheine nachvollziehbar, dass der Bw aufgrund seines Ansehens sowie Bekanntheitsgrades – diese sicherlich auch durch seine Aufsichtsratstätigkeit bedingt – für die Umsetzung diverser Projekte bei der \*(Kreditinstitut) optimale Konditionen vorgefunden habe. Außerdem dürfe angenommen werden, dass diese Tätigkeit die Geschäftsanbahnung mit Wirtschaftstreibenden im Umfeld der \*(Kreditinstitut) erleichtert habe.

II.11.2. Zum Streitpunkt *Bewirtschaftung von Aktien der \*Bank AG* legte der Bw je ein Schreiben der Herren... und ... – seinerzeit im Vorstand der \*Bank AG – bei. Daraus gehe hervor, dass der Bw nicht bloß (*im*) Aufsichtsrat jener Bank gewesen sei, sondern sich darüber hinaus sehr engagiert und unternehmerisch eingebracht habe.

Weiters wurde darauf hingewiesen, dass die vom Bw erzielten Veräußerungsgewinne weder Einkünfte nach § 30 EStG noch solche nach § 31 EStG darstellten, weil der Bw unter

Berücksichtigung der treuhändig gehaltenen Anteile zu keinem Zeitpunkt zu mehr als 10 % an der \*Bank AG beteiligt gewesen sei (*Berechnung laut beigefügtem Anhang*) und die Aktien auch nicht innerhalb der Spekulationsfrist verkauft worden seien. Die Veräußerungsgewinne seien daher für die Liebhabereibetrachtung außer Ansatz zu lassen.

Davon abgesehen ergebe die dem UFS vorgelegte Prognoserechnung auch ohne Veräußerungsgewinne – diese seien weder geplant noch vorhersehbar gewesen – eindeutig, dass die Aktionäre mit nennenswerten Dividenden rechnen konnten, welche die Kosten der Fremdfinanzierung weit überstiegen.

Vorgelegt wurden weiters

- vier Schuldurkunden der Lombarddarlehen gewährenden Institute;
- 2 Tilgungsbestätigungen der \*(Kreditinstitut)
- Ankaufsvertrag über die Aktien;
- Zeichnungsschein;
- zwei Verkaufsverträge und die zugehörigen Bankbelege;
- Berechnung zu Veräußerungsergebnissen/Aktienvolumina; und
- Kopie Treuhandvertrag zwischen den Eheleuten, datiert mit 20. Juni 1991

**II.12.** Der UFS setzte das Finanzamt als Verfahrenspartei (§ 276 Abs 7 BAO) von den Vorbringen des Bw und von den bis 24. März 2006 gewonnenen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens im Zuge gewährter Akteneinsicht in Kenntnis, worauf das Finanzamt am 13. April 2006 folgende Äußerung erstattete:

**II.12.1. Verluste aus fremdfinanzierter Aktienbewirtschaftung \*Bank AG als Liebhaberei**  
 Das Finanzamt beurteile den fremdfinanzierten Aktienerwerb als Tätigkeit, die typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung zurückzuführen sei und gehe von Liebhaberei iSd § 1 Abs 2 Z 2 L-VO aus. Wirtschaftsgüter zur Schaffung einer Kapitalanlage seien nach der Rechtsprechung generell einer so begründeten Neigung zuzuordnen (*Doralt*, EStG, Rz 467 zu § 2 L-VO).

**II.12.2. Treugeberstellung der Gattin**

Dem Finanzamt sei der Treuhandvertrag erst durch Übermittlung der Kopie durch den UFS bekannt geworden. Nach Einsicht in diesen Vertrag vertrete die Amtspartei die Ansicht, dass das Kriterium der Fremdüblichkeit iSd Judikatur zu Verträgen zwischen nahen Angehörigen nicht erfüllt sei. So sei evident, dass ein solcher Vertrag (Treuhanderschaft für Aktien im Nominale von ATS 5,0 Mio.) zwischen Fremden nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen worden wäre (unentgeltlich). Weiters erfülle der Vertrag wie eingangs erwähnt nicht das Kriterium der Publizität.

Das Finanzamt beantragte, dem Treuhandvertrag die steuerliche Anerkennung aus den angeführten Gründen zu versagen. Die Wertpapiere seien (*zur Gänze*) dem Bw zuzurechnen. Die Zinsenaufteilung nach dem Einnahmenverhältnis (Dividenden/Veräußerungserlöse), wie vom VwGH judiziert, werde bevorzugt.

Zum Übrigen gab das Finanzamt keine weitere Stellungnahme ab.

**II.13.** Der UFS hielt dem Bw diese Stellungnahme sowie eigene Bedenken und Fragen am 21. April 2006 zur Äußerung vor. Er verwies auf den Inhalt der Schuldkunden vom 24. April bzw. 22. Mai 1991 betreffend die Aufnahme von Lombarddarlehen zur Deckung des Kaufpreises für die mit Kaufvertrag vom 17. Juni 1991 erworbenen Aktien der \*Bank AG; und verwies darauf, dass die Treuhandvereinbarung mit der Ehegattin laut vorgelegter Kopie am 20. Juni 1991 abgeschlossen, dem für die Gattin zuständigen Finanzamt jedoch – soweit bisher bekannt – erst mit Erklärungslegung für 1992, somit nicht vor 1993, bekannt gegeben worden war.

**II.14.** Innerhalb verlängerter Frist beantwortete der Bw diesen Vorhalt mit schriftlicher Äußerung vom 14. Juni bzw. 20. Juni 2006:

II.14.1. *Liebhabereiverordnung, Einordnung der Tätigkeit unter den zutreffenden Typus.* Vergegenwärtige man sich die vom Finanzamt angeführte Literaturstelle (*Doralt*, Rz 467 zu § 2 L-VO), so komme darin klar zum Ausdruck, dass der vom Finanzamt eingewendete allgemeine Grundsatz – dass Wirtschaftsgüter zur Schaffung einer Kapitalanlage nach der Rechtsprechung generell einer in der Lebensführung begründeten Neigung zuzuordnen sind – einschränkend zu sehen sei. Der VwGH habe nämlich bereits in vergleichbaren Fällen unmissverständlich abgesprochen, dass das Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nicht typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entspreche und daher nicht unter § 1 Abs 2 LVO (Liebhabereivermutung), sondern unter § 1 Abs 1 LVO (Einkunftsquellenvermutung) zu subsumieren sei (*Doralt*, a. a. O., und VwGH 24.9.2003, 97/13/0232; 30.9.1998, 97/13/0035; und 18.12.1997, 96/15/0147).

II.14.2. *Treuhandvertrag, Offenlegung, Treugeberstellung der Gattin*

Die für eine betriebliche Veranlassung und somit steuerliche Anerkennung von Vereinbarungen bzw. Leistungsbeziehungen zwischen nahen Angehörigen in ständiger Rechtsprechung (des VwGH) geforderten Voraussetzungen, nämlich

- Publizität;
- eindeutiger, klarer und jeden Zweifel ausschließender Inhalt;
- Fremdüblichkeit (zit. *Wieser*, FJ 1998, S 55)

seien im gegenständlichen Fall erfüllt:

*Publizität* – Wie vom VwGH gefordert, müssten Verträge zwischen nahen Angehörigen nach außen klar zum Ausdruck kommen. Zu diesem Zweck seien sie zumindest in eindeutigen schriftlichen Abmachungen festzuhalten (VwGH 13.2.1991, 86/13/0071). Darüber hinaus bestehe auch für (wie hier gegeben) verdeckte Treuhandverhältnisse eine grundsätzliche Offenlegungs- und Anzeigepflicht gegenüber dem Finanzamt. Jedoch seien für die Abgabenfestsetzung maßgebende Umstände wie z. B. die Begründung eines Treuhandverhältnisses nach § 120 BAO nicht generell beim Finanzamt anzugeben; ansonsten müsste etwa jede Betriebsausgabe für sich angezeigt werden (*Ritz*, BAO, § 120, Tz 2). Dessen ungeachtet sei entschieden festzuhalten, dass die Anzeige des Treuhandverhältnisses jedenfalls nicht ausschließlich durch Vorlage einer Vertragsurkunde – wie vom Finanzamt gefordert – erfolgen müsse. *Wieser* bekräftige diese Ansicht damit, dass der angesprochene Nachweis auch durch zeitnah errichtete öffentliche Urkunden möglich sei (so auch *Jappel*, Treuhandschaften, 1998, S 102). Im gegenständlichen Fall sei dem Finanzamt zwar offenbar keine Kopie des Treuhandvertrages vom 20. Juni 1991 übermittelt worden, der Treuhandvertrag habe jedoch von allem Anfang an in den Steuererklärungen 1991 und 1992 des Bw und seiner Ehegattin entsprechenden Niederschlag gefunden. Von allem Anfang an sei in den Steuererklärungen immer nur der auf den jeweiligen Ehepartner entfallende Zinsanteil geltend gemacht worden. Dies beweise zum einen, dass es den Treuhandvertrag schon immer gab, und zum anderen, dass er dem Finanzamt von Beginn an ordnungsgemäß offen gelegt wurde.

Der Offenlegungs- und Anzeigepflicht (§ 120 Abs 1 BAO) betreffend ein Treuhandverhältnis werde nämlich bereits durch entsprechende Berücksichtigung desselben in der Steuererklärung in geeigneter Weise Rechnung getragen (zit. *Haimerl*, in: *Apathy*, Die Treuhandschaft, 1995, S 201). Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Behandlung des Treuhandverhältnisses in der Steuererklärung – ebenso wie jene in Buchführung und Bilanz – für das Finanzamt ein deutliches, wenn nicht sogar das wichtigste, Indiz für die tatsächliche Durchführung eines behaupteten Treuhandverhältnisses darstelle (*Jappel*, Treuhandschaften, 1998, S 103).

Der Bw sei daher nicht zuletzt auf Grund dieser starken – mitunter bei ordnungsgemäßer Ermittlungstätigkeit durch das Finanzamt kaum zu vernachlässigenden – Indizwirkung (bewirkt durch die Berücksichtigung des Treuhandverhältnisses in den Steuererklärungen 1991 und 1992) davon ausgegangen, dass dem Finanzamt die Existenz des Treuhandverhältnisses zwischen ihm und seiner Ehegattin von Anfang an bekannt war und somit der allgemeinen Offenlegungs- und Anzeigepflicht beim Finanzamt ordnungsgemäß nachgekommen wurde. Bei entsprechender Aufforderung durch das Finanzamt wäre diesem

der gegenständliche Treuhandvertrag – ebenso wie kürzlich auf Aufforderung des UFS – zur näheren Sachverhaltsklärung selbstverständlich unverzüglich vorgelegt worden.

Der mit der Vertragserrichtung beauftragte Rechtsanwalt stehe als Zeuge zur Verfügung.

Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass ein nicht offen gelegtes Treuhandverhältnis selbst dann steuerlich anzuerkennen sei, wenn dieses durch die Finanzverwaltung im Rahmen ihrer Ermittlungspflicht aufgedeckt werde (*Haimerl*, a. a. O.; so auch *Markowetz*, SWK 2005, S 690).

*Eindeutiger Inhalt* – Dem gegenständlichen Treuhandverhältnis liege ein schriftlicher Treuhandvertrag zu Grunde, der einen eindeutigen, klaren, jeden Zweifel ausschließenden Inhalt habe. Im Vertrag werde auf alle wesentlichen Regelungspunkte: Gegenstand, Dauer, beiderseitige Rechte und Pflichten, eingegangen (wie vom VwGH, 16.3.1989, 89/14/0024, gefordert). Vor allem werde deutlich, dass das wirtschaftliche Eigentum an den hier gegenständlichen Aktien im Nominale von ATS 5,0 Mio. ganz klar der Treugeberin zugeordnet sei. Laut Treuhandvertrag vom 20. Juni 1991 könne nämlich der Treuhänder die Aktionärsrechte für die treuhändig gehaltenen Aktien ausschließlich nach den Weisungen der Treugeberin und ausschließlich in deren Interesse ausüben (Pkt III Abs 4), der Treuhänder sei verpflichtet, alle Nutzungen aus dem Treugut an die Treugeberin abzuführen (Pkt V), und er hafte der Treugeberin bei treuwidrigem Verhalten (ebenda). Da somit ausschließlich die Treugeberin über die Einkunftsquelle disponieren könne, sei sie nach herrschender Auffassung als wirtschaftliche Eigentümerin der Aktien zu qualifizieren. Die aus dem Treugut resultierenden Einkünfte seien daher eindeutig der Treugeberin (= Ehegattin des Bw) zuzurechnen (*Haimerl*, in: *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft, S 207; so auch *Werndl*, Wirtschaftliches Eigentum, S 175; und VwGH Zl. 89/14/0024 sowie vom 25.6.1997, Zl. 95/15/0192).

*Fremdüblichkeit* – Das Treuhandverhältnis zwischen dem Bw und seiner Ehegattin sei von Anfang an ausschließlich betrieblich veranlasst gewesen. Daher sei von allem Anfang an in den Steuererklärungen immer nur der auf den jeweiligen Ehepartner entfallende Zinsanteil geltend gemacht worden. Dem Einwand des Finanzamtes, dass der gegenständliche Treuhandvertrag zwischen Fremden nicht unter der Bedingung der Unentgeltlichkeit abgeschlossen worden wäre, könne so nicht zugestimmt werden. Ein Treuhandvertrag müsse nicht zwingend entgeltlich sein. Solches obliege der Parteienvereinbarung. Selbst wenn es an einer solchen Vereinbarung fehle, könne nicht generell von einer Entgeltlichkeit ausgegangen werden. Im Zweifel hänge nämlich die Entgeltlichkeit des Treuhandvertrages vom Stand des Treuhänders sowie von der konkreten Ausgestaltung des Treuhandvertrages ab (*Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften, 2001, S 85; und *Jappel*, op. cit. S 47). Wie im vorliegenden Fall seien nach der im allgemeinen Wirtschaftsleben geübten Praxis – sofern für

die Unentgeltlichkeit konkrete Umstände sprächen – durchaus auch altruistische Treuhandsachverhalte denkbar, etwa die dem klassischen Vorbild der *fiducia cum amico contracta* entsprechende Treuhand unter Freunden, die einem Gefälligkeitsverhältnis nahe kommen könne (*Gruber, a. a. O.*).

Im vorliegenden Fall sei die Unentgeltlichkeit des Treuhandverhältnisses ausdrücklich vereinbart worden. Dies sei durchaus fremdüblich, denn auch fremde Dritte würden so vorgehen. Zwar werde dies zugegebenermaßen nur vereinzelt der Fall sein; dies liege aber in erster Linie daran, dass in der Regel vor allem Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit die Aufgabe eines Treuhänders übernehmen. Die Praxis kenne aber durchaus auch Rechtsanwälte, Notare oder Wirtschaftstreuhänder, die aus Gefälligkeit unentgeltlich als Treuhänder tätig würden. Im Übrigen schließe nicht jede Abweichung vom Üblichen notwendigerweise die steuerliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus, sofern dieses – wie hier – ernsthaft und betrieblich veranlasst sei (*Wieser, S 55*). Aufgrund ihrer besonderen gesellschaftlichen Kontakte wäre die Ehegattin jedenfalls in der Lage gewesen, anstelle des Bw einen anderen Treuhänder – unter anderem auch Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftstreuhänder – zu finden, der ihre Aktien unentgeltlich gehalten hätte.

#### *II.14.3. Zur Behalteabsicht*

Wie bereits in den Schreiben vom 13. September 2005 und vom 10. November 2005 ausgeführt werde nochmals betont, dass das Engagement des Bw bei der \*Bank AG von Beginn an langfristig geplant gewesen sei. Ein vorzeitiger Verkauf der Aktien sei niemals vorgesehen gewesen und erst auf Grund der – anfangs nicht vorhersehbaren – schlechten wirtschaftlichen Entwicklung dieser Bank in 1992 aus rein wirtschaftlichen Überlegungen notwendig geworden. Wie auch die übrigen Aktionäre (spätere Käuferin, Management und private Investoren) sei auch der Bw von Beginn an – nicht zuletzt wegen der hohen Fremdfinanzierung – an hohen Dividenden interessiert gewesen.

Dem Einwand, die kurzfristige Endfälligkeit der aufgenommenen Lombarddarlehen sei ein Indiz für die befristete Behalteabsicht des Bw, werde entgegen gehalten, dass der Grund für die kurzfristige Fremdfinanzierung ausschließlich in wirtschaftlichen Günstigkeitsüberlegungen zu sehen sei und keinerlei Rückschlüsse auf eine befristete Behalteabsicht des Bw zulasse. Laut schriftlicher Mitteilung der Österreichischen Nationalbank am 24. Mai 2006 habe es für Lombarddarlehen in 1991 und 1992, welche die ÖNB mit einer Laufzeit von höchstens drei Monaten an die österreichischen Kreditinstitute vergeben durfte, immer nur einen festgelegten Lombardsatz gegeben, der für einen bestimmten Zeitraum gegolten habe. Diese Lombardsätze seien dem Schreiben angeschlossen (*Anm.: Sie wurden kurz darauf nachgereicht*). Auf diesen Sätzen aufbauend hätten sodann – laut telefonischer Auskunft der

Hypo-Alpe-Adria-Bank International AG – die österreichischen Kreditinstitute nach entsprechendem Aufschlag, der sich in der Regel nach der in 1991 und 1992 erwarteten Zinsentwicklung für die nächsten Jahre sowie den Einkommensverhältnissen des jeweiligen Darlehensnehmers bemesse, einen Lombardsatz festgesetzt, der im Ergebnis für lang- sowie kurzfristiges Fremdkapital annähernd gleich hoch gewesen sein dürfte. Eine genaue Verifizierung der Lombardsätze für langfristige Lombarddarlehen im konkreten Fall zum 24. April 1991 bzw. 22. Mai 1991 sowie 3. August 1992 (Errichtungsdatum der gegenständlichen Schuldkunden beim ÖCI bzw. der Kärntner Landes- und Hypothekenbank AG) sei aufgrund der Verschwiegenheitspflicht der Banken, erschwert durch deren lediglich siebenjährige Aufbewahrungspflicht für Dokumente, im vom UFS vorgegebenen Zeitraum leider nicht möglich gewesen. Laut Auskunft der Hypo-Alpe-Adria-Bank International AG dürften diese konkreten, fallbezogenen Informationen nach deren kurzfristiger Einschätzung ohnehin nur auf Anfrage des UFS eruiert bzw. offen gelegt werden. Ungeachtet dessen sei auch von Seiten der NN Bank AG, in welcher die \*Institut AG gesellschaftsrechtlich aufgegangen sei, telefonisch mitgeteilt worden, dass die Lombardsätze für lang- und kurzfristige Lombarddarlehen – freilich wiederum abhängig von der in 1991 und 1992 erwarteten Zinsentwicklung für die nächsten Jahre sowie von den Einkommensverhältnissen des jeweiligen Darlehensnehmers – annähernd gleich hoch seien. Zu den als Beilage angekündigten (sodann nachgereichten) Sekundärmarktrenditen führte die steuerliche Vertretung des Bw aus: Die nach Addition eines entsprechenden Aufschlages – dieser abhängig von der erwarteten Zinsentwicklung und der Bonität des Kunden – in Rechnung gestellten Zinsen für Fremdkapital ermöglichen auch nur einen eingeschränkten Günstigkeitsvergleich zwischen lang- und kurzfristigen Lombarddarlehen 1991 und 1992. Allerdings könne man den berechtigten Schluss ziehen, dass aufgrund des damals vermutlich annähernd gleich hohen Lombardsatzes die Aufnahme eines kurzfristigen Lombarddarlehens jedenfalls günstiger gewesen sei als die Aufnahme eines langfristigen Lombarddarlehens. Dies sei in dieser Allgemeinheit von der schon genannten Hypo-Alpe-Adria-Bank bestätigt worden. Und selbst wenn der Lombardsatz für langfristige Lombarddarlehen in 1991 und 1992 etwas niedriger gewesen sein sollte als jener für kurzfristige Lombarddarlehen – dies könne jedoch nur mittels offizieller Anfrage des UFS bei den genannten Banken tatsächlich in Erfahrung gebracht werden – so führe die längere Laufzeit eines Lombarddarlehens im Vergleich zur kurzfristigen Variante im Ergebnis jedenfalls immer zu höheren Fremdkapitalkosten. Im Übrigen sei das Zinsniveau damals generell sehr hoch gewesen. Der Bw habe daher eine Zinssenkung in den nächsten Jahren erwartet. Bei einem langfristigen Kreditvertrag sei eine Nachverhandlung des Zinssatzes (über die übliche Zinsgleitklausel hinaus) praktisch unmöglich. Daher schlössen Kaufleute gerne kurzfristige Kreditverträge ab, wenn

Zinssenkungen erwartet würden, um dann mit mehreren Banken verhandeln und ein optimales Verhandlungsergebnis (d.h. möglichst niedrigen Zinssatz) erreichen zu können. Genau diese Taktik habe sich auch wirklich bewährt. Der zweite Kreditvertrag sei bei einer anderen Bank zu wesentlich günstigeren Konditionen abgeschlossen worden. Allein aus diesem Grund habe sich der Bw 1991 und 1992 für eine möglichst kurzfristige Fremdfinanzierung entschieden. Ein Rückschluss auf eine kurzfristige Behalteabsicht sei daher nicht gerechtfertigt.

In diesem Zusammenhang werde noch darauf hingewiesen, dass die Schätzung der Kosten für die Aufnahme von langfristigem Fremdkapital 1991 und 1992 nur unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt erwarteten Zinsentwicklung für die Folgejahre beurteilt werden könne. Dass sich das Zinsniveau laut den beiden angeschlossenen historischen Aufstellungen tatsächlich nach unten bewegt habe, spiele daher für diese Beurteilung eine nur untergeordnete Rolle, zumal sich auch die Zinssätze für kurzfristiges Fremdkapital aus historischer Sicht entsprechend verringert hätten.

#### *II.14.4. Zur Tilgung (des Lombarddarlehens)*

Wenn gefragt werde, aus welchen Eigenmitteln die Ehegattin des Bw den auf sie entfallenden verbleibenden Tilgungsbetrag ohne Veräußerung der Aktien aufgebracht hätte, sei darauf hinzuweisen, dass sie 1993 und 1994 zu diesem Zweck über ausreichendes Privatvermögen verfügt hätte. Es sei nicht nachvollziehbar, warum diese Frage im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens – es handle sich um die Berufung des Bw gegen die ihn betreffenden Einkommensteuerbescheide 1991 und 1992 – gestellt werde. Der Bw hätte den auf ihn entfallenden Tilgungsbetrag ohne Veräußerung der Aktien jedenfalls auch aus seinem Privatvermögen aufgebracht.

Bei Bedarf werde sich der Bw selbstverständlich bemühen, die ihn betreffenden Einkommens- und Vermögensnachweise für 1993 und 1994 zu beschaffen; die Notwendigkeit erscheine jedoch fraglich, zumal die Steuerakten des Bw und seiner Gattin bei den Finanzämtern zur Verfügung stünden.

**II.15.** Der UFS hielt dem Bw mit Schreiben vom 13. Juli 2006 vor, welcher rechtlich zu beurteilende Sachverhalt betreffend die Aktien der \*Bank AG nunmehr angenommen werde:

II.15.1. Die von April bzw. Mai 1991 bis Dezember 1992 bzw. Jänner 1993 gehaltenen Anteile (Aktien) an der \*Bank AG seien mit einer an der erhofften Kursentwicklung und an einem entsprechenden Veräußerungsgewinn orientierten *relativ befristeten Behalteabsicht* fremdfinanziert erworben worden. Die laufende Bewirtschaftung habe sich aufgrund der vollständigen Fremdfinanzierung des Aktienkaufes strukturell Verlust bringend gestaltet. Die vom Bw beigebrachte Prognoserechnung habe mit 1993 auslaufenden Darlehenszinsen operiert und anders keinen möglichen Gesamtüberschuss der Einnahmen (Dividenden)

aufzeigen können. Ein Börsegang 1991 sei sehr wohl bankintern geplant gewesen, allerdings auf Grund der schlechten Geschäftsentwicklung und wegen des Reputationsverlustes der Bank nicht weiter verfolgt, und nur eine Kapitalerhöhung durch die Ausgabe von Vorzugsaktien beschlossen worden. Die Darlehensverträge des Bw seien befristet gewesen, und ihr Auslaufen habe mit der Veräußerung der Aktien auffallend übereingestimmt. Der günstige Verkaufspreis sei nicht aufgrund der Werthaltigkeit der Aktien, sondern aufgrund des Interesses der "Mehrheitsaktionärin" (*Irrtum, siehe oben; sie beherrschte jedoch Vorstand und Aufsichtsrat*), die krisengeschüttelte Bank aus dem Verkehr zu ziehen und so aus der Medienberichterstattung zu entfernen, erzielt worden. Ein Aktienerwerb, der erkennbar weit vorrangig auf Kursgewinne und auf einen Verkauf zum günstigsten Zeitpunkt abziele, sei nicht mit einer gewinnorientierten (erwerbstypisch angelegten) Bewirtschaftung von langfristig gehaltenem Aktienbesitz zu vergleichen, wie sie etwa nach den im Verfahren gewonnenen Erkenntnissen hinsichtlich der Anteile des Bw an der \*Beteiligungs- AG vorliege. Die Erwartung von Dividenden sei – schon mangels vorweg angestellter Ertragsprognose – ganz im Hintergrund gestanden, und ein Ende des Anteilsbesitzes von Anfang an – wenn auch vom Zeitpunkt her noch nicht exakt bestimmt – absehbar gewesen. Sollte die Tätigkeit überhaupt als solche im Sinne des § 1 Abs 1 L-VO 1990 anzusehen sein, dann unter Ausblenden eines Anlaufzeitraumes. Es liege indes ein Fall des § 1 Abs 2 L-VO 1990 vor: Auf die Ausführungen in früheren Vorhalten werde verwiesen. Die Liebhabereivermutung sei nicht widerlegt worden.

**II.15.2.** Das behauptete Treuhandverhältnis liege mangels Publizität, Klarheit (fehlende Dispositionsbefugnis der Gattin – siehe Syndikatsverträge; diese wären vorzulegen) und Fremdüblichkeit (unentgeltlich bzw. fehlender Kostenersatznachweis) nicht vor, die Aktien würden zur Gänze dem Bw zugerechnet, die aus dem Verkauf von Anteilen 1992 (und 1993; *Anm: verjährt*) erzielten Überschüsse seien gemäß § 31 Abs 1 EStG 1988 der Einkommensteuer zu unterziehen. Sämtliche, auch die von der Ehegattin geltend gemachten, Schuldzinsen und sonstigen Finanzierungskosten seien, da bei den Dividenden (*infolge der Beurteilung als Einnahmen aus Liebhaberei*) nicht abziehbar und folglich noch nicht konsumiert, bei Ermittlung der Einkünfte aus Anteilsveräußerung als Werbungskosten abziehbar; allfällige weitere Kosten wie z. B. Vertragserrichtungs-, Beratungs- und Vertretungskosten mögen bekannt gegeben und nachgewiesen werden.

**II.16.** Die steuerliche Vertretung des Bw äußerte sich dazu in zwei Schritten.

**II.16.1.** tat sie dies anlässlich einer Vorsprache von ausgewiesenen Vertretern der WP-Kanzlei am 24. Oktober 2006 mit ergänzendem, niederschriftlich festgehaltenem Vorbringen: In den – *nunmehr vorgelegten* – zwei Syndikatsverträgen (weiter bzw. enger gefasst) jeweils vom 8. Juli 1991 sei unter anderem vereinbart, dass die Aktien nicht vor dem 31.Mai 1994 veräußert werden dürften.

Zur Entstehung der \*Bank AG: M habe als Börsenfachmann einen Ruf gehabt, der ihm das Vertrauen von zwei Investorengruppen eingetragen habe, nämlich der XY AG einerseits und einiger Industrieller andererseits; unter diesen habe sich auch der Bw befunden, dessen \*Beteiligungs- AG der Genannte kurz zuvor an die Börse gebracht habe. Die neue Bank sollte einerseits Honorare aus dem Dienstleistungsgeschäft (insbesondere Betreuung von Börsegängen), andererseits aus dem Handel mit Wertpapieren erzielen. Wie am Beispiel der – Aktie ersichtlich, sei das Halten von *Nostro*- Beständen über den Umschlagszeitraum hinaus nicht Geschäftszweck oder Geschäftsziel des Vorstandes gewesen. Aus den erwähnten Geschäftsfeldern hätten alle Beteiligten hohe laufende Erträge erwartet. Budgets und Planungen, die dem Aufsichtsrat vorgelegt und von diesem genehmigt worden seien, hätten diese Einschätzung bestätigt.

Die Absicht, laufend hohe Dividenden auszuschütten, habe mit der grundsätzlichen Geschäftsausrichtung der \*Bank AG in vollem Einklang gestanden. Denn für Serviceleistungen (Börsegänge von Klienten) und Wertpapier-Handelsgeschäfte habe es abgesehen von den Vorgaben des Kreditwesengesetzes (nunmehr: Bankwesengesetzes) keiner besonderen Eigenkapitalbildung bedurft. Dementsprechend hätten Beschlüsse über hohe Dividendenausschüttungen durchaus für jedes Jahr erwartet werden können.

Die unerwarteten Vorfälle rund um die Person des – hätten die XY AG veranlasst, die \*Bank AG unter gleichzeitiger Namensänderung zu 100% zu übernehmen. Selbst wenn daher die Betätigung als eine solche des in § 1 Abs 2 L-VO beschriebenen Typs sein sollte – was bestritten werde –, sei eine taugliche Prognoserechnung vorgelegt worden, welche die Liebhabereivermutung zu widerlegen vermöge.

Das weitere Vorbringen zum Thema *Beteiligungsveräußerung 1992 und Treuhandvertrag* wird hier in Anbetracht der Rücknahme des Rechtsmittels gegen den Einkommensteuerbescheid für 1992 (siehe unten) nur mehr soweit wiedergegeben, als es für die Erwägungen zum noch verbliebenen Streitgegenstand Einkommensteuer 1991 von rechtserheblicher Bedeutung ist: Demnach sei ausgemacht gewesen, dass die ... ihre Tochtergesellschaft IW\_Bank\_GmbH in eine AG umwandle; diese Umwandlung sei am \*/\* 1991 ins Firmenbuch eingetragen worden. Der Kaufpreis für die Aktien sei nahe liegender Weise schon längere Zeit bekannt und fest stehend gewesen und dem Vertragsabschluss entsprechend nicht vor Firmenbucheintragung geflossen.

II.16.2. Am 12. Dezember 2006 langte beim UFS innerhalb verlängerter Frist ein mit 1. Dezember 2006 datiertes Schreiben der steuerlichen Vertretung ein:

II.16.2.1. Der Bw nahm darin zunächst die Berufung vom 13. Februar 1998 gegen den Bescheid betreffend Einkommensteuer für das Jahr 1992 zurück.

II.16.2.2. Zum anderen wurde betreffend das aufrecht erhaltene Rechtsmittel zum Streitthema "*Aktienbesitz an der \*Bank AG – Einkunftsquelle oder Liebhaberei?*" ausgeführt: Das Engagement des Bw sei unter § 1 Abs 1 L-VO zu subsumieren. Er habe sich nicht auf das Halten der Aktien beschränkt, sondern eindeutig unternehmerische Handlungen gesetzt (Beschaffung eines Gesellschaftsmantels mit Bankkonzession; zur Verfügung Stellen von Büroräumen im Vorfeld, Aufsichtsratstätigkeit). Der Hauptzweck der streitgegenständlichen Tätigkeit habe nicht in der Vermögensbildung als einer Form der Eigenvorsorge gelegen, sie sei daher nicht mit jener eines Durchschnittsaktionärs zu vergleichen, zumal sie nicht – wie vom UFS angenommen – im besonderen Maße auf das Abschöpfen von Kursgewinnen abgestellt habe. Denn auf Grund der guten Prognosen und des ausgesuchten "Aktionariats" der \*Bank AG hätten von allem Anfang an sehr hohe Dividenden erwartet werden dürfen. Dank der – am 24. Oktober erläuterten – speziellen Geschäftsausrichtung sei nur eine beschränkte Eigenkapitalausstattung erforderlich gewesen. Von einem absehbaren (positiven) Gesamtüberschuss in kurzer Zeit habe der Bw daher ausgehen können. Dies sei auch in der vorgelegten Prognoserechnung entsprechend dargestellt worden.

Das Engagement des Bw sei, wie die Syndikatsverträge vom 8. Juli 1991 zeigten, von allem Anfang an langfristig geplant gewesen. So hätten die syndikatsrechtlich gebundenen Aktien nicht vor Ablauf des 31. Mai 1994 veräußert werden dürfen. Auch die Unternehmensbeteiligungs- AG habe diese Verpflichtung übernommen. Zur Veräußerung des ersten Aktienvolumens im Dezember 1992 sei es nur aufgrund der unerwarteten, unvorhersehbaren Ereignisse rund um das Management der Bank gekommen. Ohne diese Vorkommnisse hätte der Bw die Aktien 1992 gar nicht verkaufen können. Abgesehen davon hätte es zu diesem Zeitpunkt keine anderen Käufer (*gemeint:* als die XY Bank) für einen so kleinen Minderheitsanteil an der \*Bank AG gegeben, da das Unternehmen nicht börsennotiert gewesen sei.

Auch der – aus rein wirtschaftlichen Überlegungen vorgenommene – Abschluss kurzfristiger Lombarddarlehen könne nicht als schlüssiges Indiz für eine befristete Behalteabsicht des Bw herangezogen werden. Nach einer fristenkongruenten Finanzierung (siehe Veräußerungsverbot bis 31.05.1994) habe der Bw niemals getrachtet.

Die im Vorhalt vom 13. Juli 2006 angeforderten ergänzenden Nachweise und Unterlagen beträfen das Veranlagungsjahr 1992 und seien aufgrund der für dieses Jahr erfolgten Zurücknahme der Berufung "nach unserem Verständnis" nicht mehr beizuschaffen. Sollten für 1991 dennoch weitere Unterlagen benötigt werden, würde sich die steuerliche Vertretung um die unverzügliche Beischaffung derselben selbstverständlich gerne bemühen.

II.17. Die Ehegattin des Bw hatte, soweit dies hier von Bedeutung und dem Bw bekannt ist, folgende aus der \*Bank AG stammende Kapitaleinkünfte erklärt:

1991 – Depotverrechnungskonto eingerichtet, noch keine Dividende  
 1992 – anteilige Dividende 1991 nach Depotgebühr: ..... 346.704,00  
 anteilige Schuldzinsen für die Anschaffungskredite:  
 ÖCI  
 1991: ..... 395.358,20  
 1992: ..... 492.559,77  
 Kärntner Landes- und Hypothekenbank AG  
 1992: ..... 274.103,71 = ..... -1.162.021,68  
 negativer Überschuss ..... - 815.317,68

Laut Erklärung wurden die Kredite aus dem Aktienverkauf 29.12.1992 zurückgezahlt.

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

#### **III.1.** Zu den Verlusten aus der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied der \*(Kreditinstitut):

Der Bw hat das ihm vorgehaltene strukturelle Defizit (die empfangenen Vergütungen sind dauernd geringer als die angefallenen Spesen) nicht bestritten, sondern die Übernahme der Verlust bringenden Funktion mit „möglichen Synergieeffekten“ begründet, ohne den behaupteten Vorteilszusammenhang konkret zu erläutern, wie dies in den Vorhalten verlangt worden war. Damit hat er eine spezielle Umwegrentabilität seines Engagements *gerade in diesem Aufsichtsrat* weder dargelegt noch nachgewiesen. Vielmehr hat er erkennen lassen, dass er sich dem Angebot – *wohl eher: der Bitte* – des Kreditinstitutes auf Grund seiner prominenten Stellung im österreichischen Wirtschaftsleben und in der Erwartung unbestimmter zukünftiger Vorteile nicht entziehen wollte. Die für ihn unschwer erkennbar drohenden Dauerverluste konnte er wegen ihrer geringen Höhe zweifellos verkraften. Es wird daher vom Vorliegen einer Betätigung mit nicht widerlegter Liebhabereivermutung, somit von Liebhaberei ausgegangen und der Ausgleich dieser Verluste mit positiven Einkünften aus anderen Quellen versagt. Nur nebenbei und nicht Spruch tragend wird angemerkt, dass selbst eine allfällige Einstufung der strukturell Verlust erzeugenden Tätigkeit unter den in § 1 Abs 1 L - VO normierten Betätigungstypus zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte, zumal weder dem Berufungsvorbringen noch dem sonstigen Akteninhalt entnommen werden kann, dass die Verluste in einem Anlaufzeitraum entstanden sind. Insoweit war der angefochtene Bescheid zum Nachteil des Bw abzuändern.

#### **III.2.** Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit:

Das Finanzamt hat in den angefochtenen Bescheiden wie auch in den Berufungsvorentscheidungen die zum Tarif steuerpflichtigen Diensteinkünfte aus beiden Dienstverhältnissen und die darauf entfallende anrechenbare Lohnsteuer unvollständig

erfasst. Der Berufung kommt insoweit Berechtigung zu, es wurde daher antragsgemäß angesetzt:

	1991	1992
I. M*Holding AG	1,630.759,08	Bfg zurückgenommen
II. I*Holding AG	600.000,00	
KZ 245	2,230.759,08	
LSt aus I.	696.166,50	
LSt aus II.	290.066,70	
KZ 260	986.233,20	

### **III.3. Einkünfte aus Kapitalvermögen**

#### **III.3.1. Ergebnisse aus dem Halten von Aktien der \*Beteiligungs- AG:**

Wie den Steuererklärungen der \*Privatstiftung entnommen werden kann, sind dort die im erstinstanzlichen Berufungsverfahren „fiktiv“ mitgeteilten Dividenden ab 1994 tatsächlich in prognostizierter Höhe der Stiftung zugeflossen; der auch vom UFS geäußerte Liebhabereiverdacht konnte für diese Betätigung ausgeräumt werden, zumal bereits 1993, vor Einbringung der Aktien in die Stiftung, ein Gesamtgewinn von ATS 857.980,42 eingetreten war. Der Verlust 1991 wird daher in erklärter Höhe bei den Einkünften aus Kapitalvermögen angesetzt.

#### **III.3.2. Ergebnisse aus dem Halten von Aktien der \*Bank AG**

##### **III.3.2.1. Zurechnung der Aktien**

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Aktien zur Gänze und somit im Ausmaß von mehr als 10% des Grundkapitals der Bank dem Bw als dem zivilrechtlichen sowie wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen sind, weil das behauptete Treuhandverhältnis zwischen dem Bw als Treuhänder und seiner Ehegattin als Treugeberin hinsichtlich eines Teiles dieser im ersten Schritt erworbenen Aktien im Nominale von ATS 5,0 Mio. nicht anzuerkennen ist: Der im Rechtsmittelverfahren vorgelegten Treuhandvereinbarung vom 20. Juni 1991 mangelte es an der für Verträge zwischen nahen Angehörigen geforderten Publizität sowie an einem eindeutigen und fremdüblichen Vereinbarungsinhalt:

- Es trifft nicht zu, dass der Treuhandvertrag eine öffentliche Urkunde ist, selbst wenn er – wie behauptet – unter beratender Hilfestellung eines Rechtsanwaltes errichtet worden sein sollte; ist er doch lediglich von den Vertragsparteien und nicht in Gegenwart eines öffentlich beurkundenden Dritten unterfertigt worden.

- Eine verdeckte Treuhandstellung des Bw wurde weder dem Finanzamt (im Voraus oder zeitnah) noch anderen Behörden oder Gerichten vorgelegt. Vielmehr haben sich der Bw und seine Ehegattin darauf beschränkt, die (wie sich in diesem Rechtsmittelverfahren herausgestellt hat: anteiligen) Bewirtschaftungsergebnisse aus dem Halten der Aktien in die jeweiligen Einkommensteuererklärungen ziffernmäßig aufzunehmen, und zwar soweit es den Bw betrifft in die am 3. Dezember 1992 gelegte Steuererklärung für 1991 (bzw. das Gesamtpaket der Aktien und die dafür aufgenommenen Schulden in die am 14. Dezember 1992 gelegte gemeinsame Vermögensteuererklärung der Ehegatten zum 1.1.1992) bzw. in die am 8. Juni 1993 gelegte Steuererklärung für 1992; soweit es aber die Ehegattin betrifft erst in die am 19. Oktober 1993 gelegte Steuererklärung für 1992. Von einem ausdrücklichen Hinweis auf das Bestehen einer Treuhandvereinbarung und von einer Bekanntgabe des wesentlichen Inhaltes derselben kann bis zur Veräußerung der Aktien im Dezember 1992 bzw. im Jänner 1993 keine Rede sein. Die nur bei weiteren Ermittlungsschritten des veranlagenden Finanzamtes (solche Schritte wurden aber von dem für die Ehegattin zuständigen FA nicht gesetzt) ergründbare Zuordnung von Teilen der Früchte des Aktienpaketes an die Gattin erfolgte erstmals in der Steuererklärung der Ehegattin für das Jahr 1992 zu einem Zeitpunkt, als die Aktien bereits veräußert worden waren, somit im Nachhinein.

- Hinsichtlich des Inhaltes der Vereinbarung blieben erhebliche Zweifel bezüglich deren Durchführung bestehen, insbesondere wie und wann die Auslagen bzw. Kosten des fremdnützig tätigen (Verwaltungs-) Treuhänders von der Treugeberin ersetzt werden sollten und tatsächlich ersetzt wurden. So sind zum Beispiel die vom Bw vorerst offenbar zur Gänze getragenen Schuldzinsenzahlungen des Jahres 1991 in der Steuererklärung der Ehegattin für das Jahr 1991 überhaupt nicht als Werbungskosten erfasst. Ein Ersatz der Kosten des Bw im Zusammenhang mit der Errichtung der Darlehensverträge und des Aktienkaufvertrages ist nicht erkennbar; solcherart konnte weder das Finanzamt noch der UFS im Berufungsverfahren eine tatsächliche Belastung der Ehegattin mit anteiligen Zinsen und Nebenkosten nachvollziehen. Unklar bleibt aus der Vereinbarung auch, inwieweit die Treugeberin ein Dispositionsrecht noch besaß, wenn der Treuhänder die bereits im April 1991 wirtschaftlich erworbenen Aktien (dazu weiter unten) zum Gegenstand von ihm bis 31. Mai 1994 bindenden Syndikatsvereinbarungen gemacht hatte, wozu die Ehegattin eine formelle und nachträglich anmutende Zustimmungserklärung abgab, und wenn sie den Bw als Treuhänder von jeglicher Haftung für allenfalls treuwidrig begangene Eigenmächtigkeiten und Fehler in seiner Verwaltungstätigkeit – ausgenommen bei vorsätzlicher Schädigung ihrer Interessen – befreite.

- Mit Abschluss des Vertrages über die Gewährung eines Lombarddarlehens durch das erste Kreditinstitut (Schuldkunde vom 24. April 1991) standen Gegenstand und Kaufpreis des zu erwerbenden Aktienpaketes bereits ebenso fest wie dessen Verpfändung und die Verwahrung

in einem dem Bw allein zuzurechnenden Wertpapierdepot bei der Darlehensgeberin. Daher wird angenommen, dass das Verpflichtungsgeschäft zwischen der Voreigentümerin der Aktien (N, aufgegangen in der XY) und dem Bw bereits zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen war. Der Gegenzeichnung des, nach seinem Wortlaut (siehe Punkt II, Fälligkeit des Kaufpreises) offenkundig bereits vor dem 1. Mai 1991 errichteten Kaufvertrages am 17. Juni 1991 (durch die Verkäuferin der Aktien) kam nur mehr die Bedeutung zu, dass die Entrichtung des Kaufpreises zuvor erfolgt war.

- Es wurde weder dargetan noch nachgewiesen, wann und inwieweit dem angeblichen Treuhänder die von ihm getragenen Kosten des Aktienkaufvertrages und die Börsenumsatzsteuer sowie seine Kosten für die rechtsfreundliche Beratung und Vertretung von der Ehegattin im Umfang des ihr angeblich zuzuordnenden Aktienanteils ersetzt wurden. Gleiches gilt für die ihm erwachsenen Kosten im Zusammenhang mit dem ersten und zweiten Lombarddarlehen, etwa betreffend die Leistungen des als Pfandhalter fungierenden öffentlichen Notars.
- Die Vereinbarung erscheint darüber hinaus auch nicht fremdüblich abgeschlossen: Denn fremdnützig tätig werdende Verwaltungstreuhänder sind in der Regel gerade nicht bereit, ihre Tätigkeit – soweit sie im ausschließlichen Interesse des Treugebers erfolgt – unentgeltlich und ohne Vereinbarung der genauen Modalitäten bzw. ohne Dokumentierung der Durchführung des Kostenersatzes auszuüben.

Nachdem die vorgelegte Treuhandvereinbarung den von der Rechtsprechung des VwGH eingeforderten Kriterien für die Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen in keinem Punkt entspricht, bleibt ihr die steuerliche Anerkennung versagt. Es sind somit die Aktien an der \*Bank AG dem Bw als dem alleinigen zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen. Die Früchte daraus, nämlich einerseits die laufenden (Verlust-) Ergebnisse und andererseits die Gewinne aus der 1992 und 1993 erfolgten Veräußerung der Anteile sind sodann, mangels Übertragung des ausschließlichen Nutzungs- bzw. Bewirtschaftungsrechtes an der Quelle an die Ehegattin im Schenkungsweg (ein derartiges Übereinkommen wäre notariell zu beglaubigen gewesen), auch dem Bw allein zuzurechnen. Zu den sonstigen Einkünften gehören gemäß § 31 Abs 1 EStG 1988 die Einkünfte aus der Veräußerung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Grund(...)kapital der Gesellschaft zu mehr als 10% beteiligt war. Gemäß Abs. 3 leg. cit. ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös (...) einerseits und den Anschaffungskosten sowie den Werbungskosten andererseits anzusetzen.

Hat der Veräußerer aus dem Halten des Anteils an der Kapitalgesellschaft zuvor steuerlich relevante Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt, so sind Kosten der Fremdfinanzierung vorrangig dort als Werbungskosten zu berücksichtigen. Liegt jedoch hinsichtlich der laufenden

Bewirtschaftung der Kapitalbeteiligung steuerlich unbeachtliche Liebhaberei vor, so mindern die demzufolge noch nicht konsumierten Fremdfinanzierungskosten zur Gänze das Ergebnis der Beteiligungsveräußerung.

Der Bw hat seine Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 1992 zurückgenommen. Hinsichtlich der Einkommensteuer für 1992 ist seit diesem Verfahrensschritt (hinsichtlich Einkommensteuer für 1993 bereits früher) Bemessungsverjährung eingetreten, sodass die Zurechnung der Veräußerungsergebnisse im Berufungsgegenstand kein Thema mehr bildet. Allerdings wertet der UFS den –steuerrechtlich gescheiterten – Versuch des Bw, sein Aktienpaket zu splitten und so bei der von ihm offenbar schon 1991 durchaus in Betracht gezogenen Wiederveräußerung einer Besteuerung gemäß § 31 Abs 1 EstG 1988 zu entgehen, als starkes Indiz für ein befristetes Engagement, so dass im Falle der Einstufung der Tätigkeit unter § 1 Abs 1 L-VO kein Anlaufzeitraum anzunehmen wäre (§ 4 Abs 4 L-VO). Darauf wird weiter unten nochmals eingegangen.

### III.3.2.2. Annahme einer wirtschaftlichen Betätigung aus dem Halten der Aktien

Vorweg war zu prüfen, ob und in welchem Ausmaß ein Zusammenhang zwischen den geltend gemachten bzw. tatsächlich angefallenen Aufwendungen (Kreditzinsen) und einem Streben nach Einnahmenerzielung (Dividenden) besteht. Zutreffendenfalls war nach den Bestimmungen der Liebhabereiverordnung BGBI 322/1990 (L-VO I) zu beurteilen, ob eine steuerlich relevante Einkunftsquelle vorliegt.

Zur Frage eines Veranlassungszusammenhangs der Kreditzinsen mit der laufenden Bewirtschaftung des Aktienbesitzes \*Bank AG – nach Art von Werbungskosten für Einkünfte aus Kapitalvermögen – wurde erwogen:

*Beiser*, SWK 2002/07, S 231ff (vom Bw zitiert) führt aus, dass Anschaffungszinsen für einen fremdfinanzierten Aktienerwerb während der Behaltesdauer in vollem Umfang Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (Dividenden) darstellen. *Beiser* räumte in diesem Beitrag ein, dass sich VfGH und VwGH zur Frage eines bloß teilweisen Schuldzinsenabzuges bei begrenzter Veräußerungsbesteuerung (noch) nicht eindeutig bzw. widersprüchlich geäußert hätten (a. a. O., FN 11).

Die in früherer Judikatur demnach offen gebliebene Frage, ob und nach welcher Methode bei Vorliegen

- von schachtelbefreiten Kapitalerträgen (Dividenden) einerseits *und*
- a) einer steuerbefreiten Veräußerung (z. B. keine wesentliche Beteiligung, da Treuhandverhältnis anerkannt) oder
- b) einer steuerpflichtigen Veräußerung (z.B. wesentliche Beteiligung, da Treuhandverhältnis nicht anerkannt) andererseits

eine Aufteilung der Anschaffungszinsen auf laufende Kapitalerträge (Dividenden) einerseits und den Veräußerungsvorgang andererseits zu erfolgen hat, erscheint mittlerweile geklärt. *Mayr/Walter, RdW 1998, S 767*, vertraten noch die Auffassung, dass bei Vorliegen endbesteuterter oder schachtelbefreiter laufender Kapitalerträge und steuerpflichtiger Beteiligungsveräußerung die anschaffungsverursachten Schuldzinsen im Verhältnis der Einnahmen aufzuteilen und dementsprechend bei der Veräußerungsbesteuerung anteilig abzuziehen sind. Sie stützten diese Ansicht auf das von *Beiser, in: SWK 2002/07, S 231ff*, zitierte E des VfGH vom 7.3.1997, B 2370/94, und traten der von *Lang, RdW 1999, S 59*, an ihrem Berechnungsmodell geäußerten Kritik entgegen.

Der VwGH hat sich im E vom 22. Dezember 2005, 2004/15/0142, der Ansicht *Langs* nunmehr angeschlossen. Demnach ist vom Gesamtbetrag aller seit Erwerb der Beteiligung angefallenen Schuldzinsen zunächst der Gesamtbetrag aller steuerfreien (fraglich, ob auch der endbesteuerten, also nicht gänzlich steuerbefreiten) Dividenden abzuziehen. Der steuerpflichtige Gewinn des Veranlagungsjahres der Veräußerung ist nur um den dann noch verbleibenden Betrag an Schuldzinsen zu vermindern. Der VwGH fand es im zit. Erkenntnis nicht rechtswidrig, diesen Zuordnungsgrundsatz auch für das in jenem Beschwerdefall gegenständliche Problem der Zuordnung zu steuerfreien Zinsen einerseits und steuerpflichtigen Veräußerungsvorgängen andererseits heranzuziehen.

Das Problem einer anteiligen Schuldzinsenzuordnung stellt sich hier nach Meinung des UFS aber nicht. Denn der Bw hat 1991 *nicht schachtelbefreite* Dividenden und in den Jahren 1992 und 1993 steuerpflichtige Veräußerungserlöse erzielt, wobei 1991, 1992 und – wiewohl nicht mehr erklärt – 1993 (1993 nur Depotgebühren laut Steuererklärung der Ehegattin) Schuldzinsen aus den Anschaffungskrediten anfielen. Ein Veranlassungszusammenhang des Aktienerwerbes und seiner Kreditfinanzierung mit den ausgeschütteten Dividenden ist nicht völlig zu verneinen: Ein analog zu thesaurierenden Kapitalgesellschaften vereinbarter Verzicht auf jegliche Dividenden bis zum Abstoßen der Wertpapiere zu einem vorweg genau bestimmten Zeitpunkt liegt nicht vor, wenngleich Spekulationsmotive durchaus im Spiel waren und wie noch gezeigt wird sogar vorherrschten. Die Tätigkeit zur Einnahmenerzielung wurde aufgenommen, Dividenden wurden vom Bw als Aktionär ausdrücklich verlangt und für das erste Geschäftsjahr der \*Bank AG auch lukriert. Somit kam der Abzug von Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen in Betracht, wenn es sich bei den negativen Dividendenüberschüssen um Einkünfte im steuerlichen Sinn handelte. Da jedoch Liebhaberei vorliegt (dazu weiter unten) und die Dividenden folglich mit der an der Quelle abgezogenen KESt endbesteuert bleiben, waren die Schuldzinsen – weil steuerlich noch nicht konsumiert – zur Gänze den Veräußerungsvorgängen 1992 und 1993 zuzuordnen. Nach diesem Grundsatz ermittelte Veräußerungsgewinne waren als solche aus einer wesentlichen

Beteiligung (dazu bereits oben) an sich steuerpflichtig, bleiben aber infolge eingetretener Bemessungsverjährung unversteuert.

### III.3.2.2. Prüfung der Einkunftsquelleneigenschaft, Typeneinordnung

Das private Halten von Aktien dient nach Auffassung des UFS typischerweise der Vermögensbildung als einer Form der Eigenvorsorge, und zwar in besonderem Maße durch das Abschöpfen von Kursgewinnen bei (zumeist steuerfreier) Veräußerung der Wertpapiere, in geringerem Maße auch durch die Erzielung laufender – allerdings von ungewissen Ausschüttungsbeschlüssen abhängiger – Kapitalerträge (Dividenden). Dementsprechend fällt die Verwaltung eigenen Kapitalvermögens unter die Betätigungen des in § 1 Abs **2 Z 2** der Liebhabereiverordnung vom 18. Mai 1990, BGBl 322/1990 (L-VO) beschriebenen Typs; handelt es sich hierbei doch um Tätigkeiten, die typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung (hier: Kapitalanlage mit vorrangiger Aussicht auf Vermögensmehrung durch – angestrebt – außersteuerliche Kursgewinne beim Verkauf) zurück zu führen sind.

Wohl hat der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen die Beteiligung an Kapitalgesellschaften als Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs **1** LVO I angesehen und dementsprechend einen Anlaufzeitraum gemäß § 2 Abs 2 LVO I zugebilligt. Betrachtet man jedoch die auch vom Bw ins Treffen geführten Erkenntnisse und die ihnen zu Grunde liegenden Sachverhalte näher, so fällt auf, dass sich der VwGH mit der jeweils gegebenen Einstufungsproblematik (noch) nicht wirklich auseinander gesetzt hat:

In seinem das Halten von Anteilen an einer GmbH betreffenden Erkenntnis (E) vom 24. September 2003, ZI 97/13/0232, verneinte der VwGH die von der damals belangten Behörde gesehene tatbestandsmäßige Vergleichbarkeit der Vermietung von Eigentumswohnungen mit dem Halten von Kapitalanteilen im Privatvermögen (*arg* Kapitalanlage, Vermögensvorsorge), weil nach § 1 Abs 2 Z **1** der LVO in der dort anzuwendenden Stammfassung neben der Eignung des zu bewirtschaftenden Wirtschaftsgutes für eine Nutzung im Rahmen der Lebensführung (LVO: "*WG, die der Befriedigung des persönlichen Wohnbedürfnisses dienen*") für die Einreichung einer Betätigung unter diese Bestimmung zusätzlich erforderlich sei, dass das Wirtschaftsgut typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entspreche, was auf die Beteiligung des damaligen Bf an einer GmbH nicht zutreffe. Hier ist anzumerken, dass der VwGH in jenem Erkenntnis auf sein andernorts wiederholt dargelegtes Verständnis des Verordnungswortlautes – wonach es nicht auf die tatsächliche Nutzung (Nutzungsabsicht) durch den Steuerpflichtigen selbst (die bei einer Vielzahl von Vermietungsobjekten gleicher Art regelmäßig auszuschließen sei), sondern auf die objektive Eignung eines Wirtschaftsgutes zur Nutzung im Rahmen der Lebensführung ankomme – *gerade nicht* einging. Zum anderen

äußerte sich der VwGH in diesem Erkenntnis und in weiteren vom Bw zitierten Erkenntnissen nicht zur Frage, wodurch sich eine private Kapitalanlage *Wohnung* von einer privaten Kapitalanlage *Anteils-* bzw. *Aktienbesitz* sprachwesentlich unterscheidet. Ein solcher Unterschied ist auch nicht erkennbar, geht es doch dem Investor in beiden Fällen typischerweise neben dem Erzielen von steuerlich relevanten Einkünften (Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. Einkünfte aus Kapitalvermögen) **wesentlich** um das Erzielen von Vermögenszuwachsen anderer Art, die zumeist nicht der Einkommensteuer unterliegen (Gewinne aus Liegenschaftsveräußerung, Kursgewinne außerhalb der Spekulationsfrist) oder einem anderen Einkunftsstatbestand (Spekulationsgeschäft, Veräußerung wesentlicher Beteiligungen) unterfallen, und nicht zuletzt um ertragsteuerlich völlig irrelevante Dispositionen, (z.B. um Vererben, Verschenken oder die unentgeltliche Einräumung von Nutzungsrechten). Die Verordnung hat eine derart strenge Differenzierung von Varianten vorsorgemotivierter Kapitalanlage, wie sie dem Bw vorschwebt und aus den zitierten Erkenntnissen vermeintlich hervorgeht, nicht vorgenommen: § 1 Abs 2 Z **2** L-VO stellt dem in Z 1 beschriebenen Betätigungstyp einen weiteren Typus zur Seite: "Tätigkeiten, die typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung zurück zu führen sind". Unter solche Tätigkeiten sind auch vorsorgemotivierte Kapitalanlagen, welche vorrangig außersteuerliche Zugewinne versprechen und nur in zweiter Linie Einkünfte der strittigen Art abwerfen, zu verstehen. Dies gilt umso mehr, wenn wie hier die durch 100%-ige Fremdfinanzierung verursachten laufenden Verluste dank positiver Einkünfte aus anderen Quellen, insbesondere durch lukrative Veräußerung der Wertpapiere, leicht zu verkraften sind. Auch das im soeben zitierten E verwiesene E vom 30. September 1998, 97/13/0035 gibt für die Einordnung von Aktienbesitz nichts her: Die dort belangte Behörde hatte im angefochtenen Bescheid ohne weitere Begründung das Vorliegen einer Betätigung iSd § 1 Abs **2** LVO festgestellt, in der Gegenschrift jedoch eingeräumt, von einer Betätigung nach § 1 Abs **1** LVO ausgegangen zu sein. Daher sah sich der VwGH in jenem Fall nicht veranlasst, zur Einordnung der Tätigkeit des Beschwerdeführers eigene Aussagen zu treffen.

Im E vom 18. Dezember 1997, 96/15/0147 sah der VwGH das Halten der Beteiligung an einer AG "im gegenständlichen Fall" als Betätigung an, die unter § 1 Abs 1 LVO BGBI 322/1990 falle, "zumal kein Anhaltspunkt dafür festgestellt worden ist, dass das Halten der Beteiligung letztlich auf eine Betätigung nach § 1 Abs 2 der Verordnung abzielte". Solcherart liege jedenfalls für den Anlaufzeitraum des § 2 Abs 2 der VO eine Einkunftsquelle vor, und würde anderes nur gelten, wenn von vornherein die Absicht bestanden hätte, die Beteiligung nach einem bestimmten Zeitraum abzugeben (Verweis auf E 17. September 1996, 95/14/0052). In jenem Fall war dem angefochtenen Bescheid nicht zu entnehmen gewesen, ob der Bf seine Beteiligung an der AG bereits abgegeben hatte. Der VwGH schloss in diesem E die

Subsumierbarkeit von Kapitalbeteiligungen unter § 1 Abs 2 nicht generell aus, sondern für den – in gleichartigen Beschwerdefällen offenbar häufig anzutreffenden – Fall, dass gar keine Feststellungen über die näheren Umstände der Beteiligung getroffen worden sind.

Das Vorliegen einer befristeten Behalteabsicht kann im Einzelfall Indiz für das Vorliegen einer Betätigung nach § 1 Abs 2 LVO bilden, wenn etwa die Anteile bereits vor dem Gesamtüberschusseintritt veräußert wurden, Spekulationsmotive nahe liegen und es dem Steuerpflichtigen nicht gelingt, die von ihm behauptete unbefristete Behalteabsicht glaubhaft zu machen. Freilich hätte der mit § 4 Abs 4 L-VO I (BGBl 1990/322) korrespondierende, in § 2 Abs 2 L-VO II (BGBl 33/1993) normierte Verweis auf § 1 Abs 1 (kein Anlaufzeitraum, wenn eine Betätigung nach § 1 Abs 1 von vornherein befristet war) keine Bedeutung für Fälle des § 1 Abs 1, wenn befristete Betätigungen immer unter § 1 Abs 2 der VO zu subsumieren wären, zumal dort Anlaufzeiträume überhaupt nicht vorgesehen sind. Anzunehmen ist, dass der VO-Geber keine überflüssige oder unanwendbare Bestimmung schaffen wollte. Der Ausschluss von Anlaufzeiträumen in Befristungsfällen des Betätigungstyps nach § 1 Abs 1 L-VO I normiert daher keinen Wechsel der Einordnung und dementsprechenden Methodenwechsel bei der Ertragfähigkeitsprüfung. Anders gesagt: § 1 Abs 1- Betätigungen bleiben solche auch im Befristungsfall, während § 1 Abs 2-Betätigungen solche auch dann bleiben, wenn keine Befristung vorliegt. Dass – wie der Bw einwendet – § 2 Abs 2 L-VO I einen Anlaufzeitraum im Befristungsfall (anders als die entsprechende Norm in L-VO II/1993) nicht ausdrücklich ausschließe, ist im Hinblick auf § 4 Abs 4 dieser Verordnung zu relativieren und hat den VwGH in ständiger Rechtsprechung (z.B. 5. August 1993, 93/14/0110; 18. Dezember 1997, 96/15/0147; 17. September 1996, 95/14/0052) nicht daran gehindert, bei Betätigungen iSd § 1 Abs 1 L-VO den Ausschluss eines Anlaufzeitraumes im Befristungsfall auch nach der ersten L-VO für rechtens zu befinden.

Das Halten von Kapitalbeteiligungen (hier: an einer AG) kann also nach den Umständen des Einzelfalles durchaus eine Betätigung iSd § 1 Abs 2 Z 2 L-VO sein, auf deren Ge- und Verbrauchbarkeit als Konsumgüter im engsten Sinne kommt es dabei nicht an.

Zur Einordnung der strittigen Kapitalbeteiligung unter § 1 Abs 2 L-VO wurde erwogen: Zwecks Lösung der Einordnungsfrage hatte der UFS nach eigener Auffassung vorerst zu prüfen, ob die Tätigkeit einem der in Abs 2 normierten Typen unterfällt. Denn bei Zutreffen der dort umschriebenen Merkmale ist das Vorliegen des in § 1 Abs 1 normierten Betätigungstyps gemäß Abs 1 zweiter Teilstrich bereits ausgeschlossen, mag auch die in Abs 1 erster Teilstrich geforderte Überschusserzielungsabsicht – anders als hier – gegeben sein.

Nach § 1 Abs 2 L-VO I ist Liebhaberei zu vermuten bei einer Betätigung mit Verlusten

Z. 1 (**entweder**) aus der Bewirtschaftung von Wirtschaftsgütern, die sich nach der Verkehrsauffassung für eine Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignen und typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entsprechen  
**oder**

Z. 2. aus Tätigkeiten, die typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung zurückzuführen sind.

Somit löst bereits das Vorliegen *eines* dieser Tatbestände die Einordnung einer Tätigkeit in den Betätigungstyp des § 1 Abs 2 aus.

Da die streitgegenständlichen Kapitalanlagen keine Wirtschaftsgüter (WG) sind, „*die sich nach der Verkehrsauffassung zur Nutzung im Rahmen der Lebensführung eignen (z.B. Sport- und Freizeitausübung, Luxusgüter, persönliche Wohnbedürfnisse, zu ergänzen um: museale oder Sammlerinteressen)* **und** *typischerweise einer besonderen in der Lebensführung begründeten Neigung entsprechen*“, ist zu untersuchen, ob die Vermögensverwaltung durch den Bw eine Tätigkeit darstellt, die *typischerweise auf eine besondere in der Lebensführung begründete Neigung* allein zurückzuführen ist. Dabei ist auf alle Umstände und Motive des Engagements Bedacht zu nehmen.

Der Bw musste auf Grund der vollständigen Fremdfinanzierung seiner umfangreichen Aktienkäufe mit hohen Zinsenbelastungen rechnen, während der Dividendenzufluss von keineswegs regelmäßig oder gar in regelmäßiger (prognostizierbarer) Höhe zu erwartenden Ausschüttungsbeschlüssen abhing. Das Argument des Bw, die Geschäftsausrichtung der Bank habe keine hohe Eigenkapitalrücklage erforderlich gemacht und daher laufend hohe Dividenden an die Aktionäre versprochen, überzeugt nicht: Das Dienstleistungsgeschäft einer Wertpapierbank (z. B. Börsegang-Betreuung) mag für die Bank tendenziell weniger Risiken bergen, wird aber auch nur konservativ prognostizierbare Erträge abwerfen, was den ausschüttungsfähigen Gewinn reduziert, so dass eine Fremdfinanzierungsquote von 100% dann erwerbswirtschaftlich keinen Sinn macht. Dagegen erscheint der Aktienhandel, insbesondere bei Engagements in neuen Märkten etwa am Balkan und in Osteuropa selbst dann hoch riskant, wenn Nostro-Bestände nicht massiv angesammelt werden. Gegenständlich war freilich das auffallende Anwachsen der Nostro-Bestände (schlecht verkäufliche Aktienpakete und unrentable andere Beteiligungen, etwa an Sportvereinen und Zeitungen) ein ernstes, jedoch vom Aufsichtsrat letztlich hingenommenes Problem. Da die \*Bank AG ihre risikoreiche Geschäftstätigkeit gerade erst aufgenommen hatte und entsprechende Konzessionen erst Schritt für Schritt erwarb, musste bei teils gesetzlich vorgeschriebener, teils betriebswirtschaftlich gebotener Bilanzvorsorge für hohen Rücklagenbedarf (u. a. für Wertberichtigungen bei Investitions in neuen Märkten) von einer mittelfristig sehr zurückhaltenden Dividendenpolitik ausgegangen werden.

Nun hatte die \*Bank AG ihre hochgesteckten Ertragsziele für 1991 eklatant verfehlt, den für Ende 1991 geplanten Börsegang auf ungewisse Zeit verschoben und 1992 entgegen unverständlichlicherweise noch höheren Erwartungen des Vorstandes einen empfindlichen Jahresverlust von ATS 133 Mio. hinnehmen müssen. Dennoch wurde für das enttäuschende Jahr 1991 so ausgeschüttet, als ob die Bank seit langem bestünde und von einer soliden Substanz bzw. dauernd hohen Ertragskraft zehren könnte. Die ersten Jahresergebnisse der Bank konnten aber auch im Falle weit besserer Zahlen und bei einer erfolgreichen Fortführung der Geschäfte auf eigenständiger Basis über 1992 und 1993 hinaus, keine seriöse Grundlage für Ausschüttungen an den Bw bilden, die den Kreditzinsenaufwand überstiegen und binnen üblichen Kalkulationszeitraumes – den der Bw im Übrigen nicht konkretisierte – zu einem Gesamtüberschuss der Dividendeneinnahmen über die Werbungskosten geführt hätten. In Wirklichkeit kommt es Kapitalanlegern typischerweise weniger auf die Dividendenerträge als auf eine positive Kursentwicklung ihrer Aktien an. Es ist praktisch niemals so, dass der – kurz- oder langfristig operierende – Anleger aus seinem wie immer finanzierten Aktieninvestment einen durch Dividenden erzielbaren Gesamtgewinn erwartet, sondern dass er im günstigsten Zeitpunkt des optimalen Kursgewinnes diesen realisiert. Auch der Bw war an der Kurswertentwicklung seiner Aktien interessiert, zumal ein rascher Börsegang der \*Bank AG seinen eigenen glaubwürdigen Erstangaben zufolge geplant war (so auch der Vorstandsbericht an den Aufsichtsrat. Pkt 2. des Protokolls über die 8. Sitzung vom 3. Juni 1992, in der eine Versammlung der wesentlichen Aktionäre für 28. Juli 1992 zum Thema Börseneinführung angekündigt wurde; Unterlagen dazu wurden vom Bw nicht vorgelegt). Die gegenteilige Behauptung im jüngsten Schriftsatz der steuerlichen Vertretung vermag daher nicht zu überzeugen.

Da der Bw hohe Fremdfinanzierungskosten in Kauf nahm, musste sein Ertragsinteresse umso mehr auf den Kurs der Aktie beim Börsegang gerichtet sein. Eine Prognose zum Verhältnis Zinsenaufwand/Dividendenerträge hat er über Aufforderung durch die Abgabenbehörden zwar nachträglich erstellt. Diese Vorschau geht jedoch wegen der krassen Abweichung von den tatsächlichen Geschäftsergebnissen der Bank und wegen der auffälligen Schwankungen des realen wie des prognostizierten Ausschüttungssatzes (rd. 97% bzw. rd. 38% bzw. rd. 89% von den Planergebnissen 1991, 1992 bzw. 1993) an der Realität vorbei. Eine betriebswirtschaftlich orientierte Geschäftspolitik der AG hätte kaufmännische Vorsicht walten lassen, sich zu Beginn jeder Ausschüttung enthalten und Kapitalreserven aufgebaut. Die Ausschüttung von 97% des Ergebnisses 1991 erscheint dem UFS verfehlt, sie mag allenfalls der Weckung von Anlegerinteresse vor dem geplanten Börsegang gedient haben, etwa um „Kursfantasie“ zu erzeugen, und sollte nach den Ausführungen des Bw im Verfahren die mit hohen Schuldzinsen belasteten privaten Erstanleger finanziell unterstützen.

Auch die Prognosen für 1992 bis 1994 erscheinen realitätsfremd. Konkrete Anhaltspunkte für eine Ertragfähigkeitsprüfung ergeben sich nur aus dem Missverhältnis zwischen Aufwand und Ertrag in den Jahren der Betätigung. Ein Aufholen der hohen Anfangsverluste durch Dividendeneinnahmen in späteren Jahren wurde nicht nachvollziehbar dargelegt. Die gewählte Finanzierungsart lässt das Vorwiegen einer ertragsorientierten Behalteabsicht über das Ziel einer Veräußerungsgewinnrealisierung **nicht** erkennen Sie zeigt vielmehr die überragende Bedeutung eines Veräußerungserfolges zur Abdeckung der laufenden Verluste und zur Tilgung der Anschaffungskredite auf. Dazu erbetene interne Dokumentationen (Umstände von Ankauf und Verkauf, Rentabilitätsberechnungen aus bankinternen Analysen und Berichten) wurden dem UFS trotz wiederholtem Ersuchen nicht vorgelegt, da solche nicht mehr auffindbar bzw. nicht erstellt worden seien. Damit ist dem Bw die ihm zumutbare Aufklärung des Sachverhaltes bezüglich seiner Entscheidungsmotive im Sinne der behaupteten Absicht, laufende Gewinne aus Dividenden zu erzielen, umso weniger gelungen, als die vorgelegten Zeitungsausschnitte und der für die Außenwelt bestimmte Geschäftsbericht des Vorstandes für 1991, dessen Pressemitteilung 1992, welche noch im selben Jahr durch katastrophale Ergebnisziffern als Schönfärberei widerlegt wurde, und die nachgereichten Kopien von Aufsichtsratsprotokollen in keinem Verhältnis zum mutmaßlichen Wissensstand des Bw stehen, der immerhin gemeinsam mit hochrangigen Vorstandsmitgliedern der nachmaligen Käuferin Aufsichtsratsmitglied jener Bank war und umfassende Informationen über den eklatant mangelnden Geschäftserfolg, über die Absichten der Mitaktionärin und späteren Käuferin und über seinen erwartbaren Veräußerungsgewinn schon 1991 besessen haben muss.

Vernachlässige Einkünfte aus regelmäßigen Dividendenausschüttungen (weil die Kreditzinsen nicht dadurch, sondern nur durch Sondertilgungen nach Aktienverkäufen gesenkt oder gänzlich beseitigt werden konnten); das Streben nach Einkommensteuer milderndem Verlustausgleich mit anderen Einkünften; und eine hohe – vom Bw via Aktiensplitting zunächst verdeckte – Kursgewinnerwartung sowie deren optimale Realisierung innerhalb von weniger als zwei Jahren: Diese Umstände sprechen entscheidend gegen beabsichtigte Geseamtgewinnerzielung aus laufenden Kapitalerträgen und für die Einordnung der Betätigung des Bw unter den in § 1 Abs 2 Z 2 L-VO normierten Typus. Im Verfahren wurde nie behauptet, dass die neue Bank zur Hausbank des Bw werden sollte und Synergieeffekte iSd § 1 Abs 3 Z 2 LVO für seine inzwischen in eine Privatstiftung eingebrachten industriellen Engagements liefern konnte.

III.3.2.3. Entgegen der Rechtsansicht des Bw lösen daher die streitgegenständlichen Verluste die im ersten Satz des § 1 Abs 2 L-VO normierte Vermutung des Vorliegens von Liebhaberei aus, welche nach Maßgabe des § 2 Abs 4 widerlegt werden kann. Demnach gelingt die

Widerlegung nur, wenn die Art der Bewirtschaftung oder der Tätigkeit einen (...)

Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten erwarten lässt. Der UFS hatte zu prüfen, ob bei der gegebenen Bewirtschaftungsart ein positiver Gesamtüberschuss zu erwarten war, wobei die 1992 und 1993 erzielten Veräußerungsgewinne als Ergebnisse einer steuerlich gesondert zu beurteilenden Betätigung Einkünfte anderer Art darstellen und in die Prognose des laufenden Gesamtergebnisses (Dividenden abzüglich Werbungskosten) nicht aufzunehmen sind.

Die Fremdfinanzierungskosten des Aktienerwerbes verursachten die in den Streitjahren angefallenen Verluste: Im Jahr 1991 standen ihnen noch keine, im Jahr 1992 deutlich geringere Dividenden als prognostiziert und 1993 (infolge des hoch negativen Geschäftsergebnisses 1992) wiederum keine Ausschüttungen gegenüber. Ende 1992 und Anfang 1993 wurden die Aktien bereits an die operativ beherrschende Mitaktionärin (= vormalige Mutter der in die \*Bank AG umgewandelten Konzessionsmantel- GmbH) verkauft, wirtschaftlich betrachtet: rückübertragen. Der Bw dokumentierte im Verfahren weder seine Behalteabsicht noch die näheren Umstände des Verkaufes: Erbeten waren nähere Informationen über die angeblich unwägbare, seinen Interessen zuwider laufende Einstiegsabsicht und Geschäftspolitik der späteren Käuferin des gesamten Aktienkapitals der \*Bank AG, zumal deren umgewandelte Vorgängerin sich im Eigentum der N (fusioniert mit der NN zur XY Bank-AG) befunden hatte, während an anderer Stelle der Prestigeverlust aller Beteiligten und die ausbleibende Ertragfähigkeit der Bank für den Verkauf maßgeblich gewesen sein sollen. Noch lieferte der Bw eine nachvollziehbare Prognose über die erhofften Renditen. Denn bereits der 1992 gefasste, vom Aufsichtsrat angeblich vehement betriebene Ausschüttungsbeschluss hinsichtlich des Geschäftsjahres 1991 war vor dem Hintergrund der dramatisch verschlechterten Ertrags situation, verbunden mit ernsten Bedenken im Aufsichtsrat gegen die expansive und riskante Geschäftsführung des Vorstandes, als verfehlt zu beurteilen.

Da das Engagement des Bw nach weniger als 2 Jahren mit einem laufenden Totalverlust beendet wurde, dessen erklärter Wert sich um die zurechenbaren Ergebnisse aus den „Treuhand“-Anteilen und um 1993 anfallende – allerdings nicht deklarierte – Kreditzinsen noch erhöht, wäre es im Hinblick auf die konkreten Befristungsindizien, nämlich

- versuchtes Aktiensplitting knapp nach Aktienerwerb, um der Besteuerung nach § 31 EStG zu entgehen,
- Syndikatsvertrag (auf Betreiben der die Gründung initiierenden Mitaktionärin XY AG) mit Verkaufsverbot nur bis 1994,
- Vollständige Fremdfinanzierung des Aktienerwerbes bei Gründung der Bank,
- Kreditverträge mit kurzfristigen Rückzahlungsterminen und
- Verkauf der Aktien an die geschäftsbeherrschende Aktionärin nach 20 Monaten

am Bw gelegen, den Anschein einer weitaus überwiegend am erhofften späteren Aktienwert (Kurspflege für den Börsegang 1992; wer wenn nicht die Großaktionäre sollte davon zuerst profitieren?) orientierten Investitionsabsicht durch geeignetes und dokumentiertes Vorbringen zu widerlegen. Dies ist nicht geschehen. Somit konnte der UFS nur von einem spekulativen Engagement ausgehen. Aber selbst wenn – anders als hier – unbefristete Behalteabsicht vorläge, wäre unter der Norm § 1 Abs 2 und § 2 Abs 4 L-VO I für den Berufungsstandpunkt nichts gewonnen. Denn die strukturelle Ursache der – bei aufrecht erhaltenem Aktienbesitz perpetuierten – Verluste konnte mit zukünftigen, von ungewissen Ausschüttungsbeschlüssen abhängigen Dividendenbezügen in einer Höhe wie bisher nicht behoben werden. Dass im vorliegenden Fall eine weit höhere Ausschüttung zu erwarten war, hat der Bw nur mit Hinweis auf die vollständige Tilgung des aushaftenden Kreditrestes durch den auf Verlangen des UFS nur zögerlich offen gelegten Verkaufserlös argumentiert, aber durch kein konkret nachvollziehbares Vorbringen untermauert. Solcherart gelang es ihm nicht, den Einwand des Finanzamtes, er könne mit realistisch prognostizierten Dividenden nicht einmal die laufenden, auch 1993 noch anfallenden, Kreditzinsen decken, zu entkräften. Es wäre daher auch bei Fortbetrachtung über den Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit hinaus von einem Gesamtverlust und von Liebhaberei auszugehen. Die geltend gemachten, um anteilige Ergebnisse laut Steuererklärung der Ehegattin noch erhöhten Verluste sind vom Ausgleich mit positiven anderen Einkünften ausgeschlossen. Insoweit bleibt dem Berufungsbegehrten der Erfolg versagt.

Nebenher wird bemerkt, dass eine Einstufung der Tätigkeit unter den in § 1 Abs 1 L-VO beschriebenen Typus die Berufung nicht zum Erfolg geführt hätte, weil die Vermutung einer relativ bestimmten Befristungsabsicht für den UFS nahe lag, vom Bw nicht widerlegt werden konnte und daher die erwerbswirtschaftliche Ertragfähigkeit einer solchen Betätigung mit Blick auf den abgeschlossenen Beobachtungszeitraum zu prüfen gewesen wäre. Das objektive Missverhältnis von Dividendenertrag und Schuldzinsenaufwand bildete die vom Bw weit gehend selbst erzeugte strukturelle Verlustursache, die anders als mit dem von Anbeginn auch erwogenen Abstoßen der Aktien nicht zu beheben war.

### **III.4. Sonderausgaben – Kunstspende 1991**

Der Bw hat das Vorliegen der Voraussetzungen für den Abzug seiner Kunstspende dargetan sowie deren Wert im Zeitpunkt der Hingabe nachgewiesen. Die Kunstspende bleibt daher in beantragter Höhe absetzbar.

Beilagen: 2 Berechnungsblätter

Wien, am 26. Juli 2007