



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Dr. Viktoria Blaser, Herr Walter Supper und Frau KomzlR. Edith Corrieri im Beisein der Schriftführerin FOI Ingrid Pavlik über die Berufungen der PC94 (nunmehr Bw), W., vertreten durch Dr. Herbert Schuster für Steuer- und Wirtschaftsberatung GmbH, 1090 Wien, Ferstelgasse 6/7, gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 9., 18., und 19. Bezirk und Klosterneuburg, vertreten durch Mag. Franz Zaussinger, mit denen gemäß § 92 Abs.1 lit. b BAO i.V.m. § 190 Abs.1 BAO und § 188 BAO festgestellt worden ist, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung für die Jahre 1994, 1995, 1996, 1997 und 1998 zu unterbleiben hat, nach der am 29. Oktober 2008 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

PC

Die Berufungswerberin (Bw., Geschäftsherr) ist die PC. Sie ist die Rechtsnachfolgerin der PC94, nachdem sie als übernehmende Gesellschaft auf Grund des Verschmelzungsvertrages und des Generalversammlungsbeschlusses vom 24.9.2003 mit der PC94 als übertragender Gesellschaft verschmolzen worden ist.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 23.3.1993 wurde die PH Betriebsgesellschaftm.b.H. gegründet. Gesellschafter waren G K (Stammeinlage S 495.000,-) und PS (Stammeinlage S 5.000,-).

Mit Abtretungsverträgen vom 4.5.1994 (29.4.1994) wurden die gesamten von obigen Gesellschaftern gehaltenen, und jeweils zur Hälfte bar einbezahlten Geschäftsanteile an die

Fa. PC (Geschäftsführer Mag. M Gm, Stammkapital S 500.000,-) abgetreten.

Mit Beschluss der Generalversammlung vom 4.5.1994 wurde der Firmenwortlaut in PC94 geändert. Selbständiger Geschäftsführer war vom 27.4.1993 bis 18.5.1994 G K, vom 18.5.1994 bis 24.2.1998 Mag. M Gm und ab 23.12.1997 Ing. St (vgl. Firmenbuchauszug der PC94 , FN XXX b).

Vertrag „Errichtung stille Gesellschaft“

Im Jahr 1994 wurde von der PC94 als Geschäftsherr und der S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.b.H (im Folgenden kurz „S. oder „atypisch stiller Gesellschafter“ genannt) gemäß § 24 Abs.1 in Verbindung mit § 13 Abs.1 Umgründungssteuergesetz eine atypisch stille Gesellschaft errichtet. Mit Schreiben vom 27.9.1994 gab die S. dem Finanzamt für den 1. Bezirk den Einbringungsstichtag 30.12.1993 bekannt.

Laut Vertrag beteiligt sich die S. mit einer Gesellschaftereinlage von S 51.000,- als atypisch stiller Gesellschafter am Unternehmen des Geschäftsherrn und mit einer Einlage von S 41.728.000,- als Treuhänderin für atypisch stille Gesellschafter (290 Anleger) (vgl. Treuhandvertrag weiter unten).

Gleichzeitig wurde ein Darlehensvertrag über S 49.000,- und Gesellschafterdarlehen in Höhe von ATS 40.091.800,- treuhändig für das Anlegerpublikum abgeschlossen (vgl. nachstehenden Darlehensvertrag).

Der atypisch stille Gesellschafter sei am Gewinn und Verlust des Unternehmens des Geschäftsherrn ab Beginn des Geschäftsjahres der stillen Gesellschaft 1994 gemäß den Bestimmungen des § 7 Gesellschaftsvertrag (GesVertr) beteiligt. Der atypisch stille Gesellschafter sei schuldrechtlich auch am Vermögen einschließlich stiller Reserven und des Firmenwertes des Geschäftsherrn beteiligt (atypisch stille Gesellschaft). Bei Ausscheiden aus dem Gesellschaftsverhältnis stünden ihm Ansprüche nach § 13 GesVertr zu. Der atypisch stille Gesellschafter beteilige sich mit einer voll einzuzahlenden stillen Gesellschaftereinlage am Unternehmen des Geschäftsherrn und leiste ein Agio in der Höhe von S 6.000,- an den Geschäftsherrn. Das Nominale sowie das Agio seien auf ein Konto des Geschäftsherrn einzuzahlen. Der atypisch stille Gesellschafter sei berechtigt, seine Einlage in Kombination mit dem Agio jederzeit um ein Vielfaches davon zu erhöhen.

Die Höhe der übernommenen Verluste sei jedoch mit maximal 294 % des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage begrenzt. Danach verbleibende Verluste träfen den Geschäftsherrn. Folgegewinne würden zuerst zur Abdeckung dieser vom Geschäftsherrn übernommenen Verluste verwendet.

Ein danach noch verbleibender Gewinn würde zwischen dem atypisch stillen Gesellschafter und dem Geschäftsherrn im Verhältnis der Gesellschaftereinlage und dem Stammkapital

aufgeteilt. Dem atypisch stillen Gesellschafter zugewiesene Gewinne seien vorbehaltlich Abs.1 und nach Maßgabe der Liquiditätslage in voller Höhe bis zum 30.6.des jeweiligen Folgejahres auszuschütten. Eine Verzinsung der auszuzahlenden Beträge erfolge nicht.

Nach § 8 sei der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht beteiligt; er wirke insbesondere nicht an der Beschlussfassung über Änderungen des Geschäftsgegenstandes des Geschäftsherrn und sonstige wesentliche Fragen, wie die Bestellung der Organe des Geschäftsherrn, und Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen mit.

Der atypisch stille Gesellschafter hätte ein Stimmrecht bei der jährlichen Gesellschafterversammlung, insbesondere betreffend die Genehmigung der Bilanz und Entlastung des Geschäftsherrn und Überwachungsrechte im Rahmen der Mittelverwendungskontrolle. Bei Installierung eines Aufsichtsrates beim Geschäftsherrn stehe dem Stillen Gesellschafter das Recht auf Beurteilung des Aufsichtsratsvorsitzenden zu.

Würde der atypisch stille Gesellschafter (ganz oder teilweise) durch Kündigung gemäß § 10 GesVertr ausscheiden, so hätte er Anspruch auf ein Abfindungsguthaben.

Berechnungsgrundlage für dieses Guthaben sei der dem Verhältnis der Einlage des Gesellschafters zum Stammkapital entsprechende Anteil am Verkehrswert des Unternehmens des Geschäftsherrn. Dieser errechne sich aus der Summe der Verkehrswerte des bilanzmäßig ausgewiesenen Vermögens zzgl. eines allfälligen Firmenwertes abzüglich sämtlicher offener Verbindlichkeiten.

Gemäß § 13 Abs.1 GesVertr hat der atypisch stille Gesellschafter, wenn er durch Kündigung gemäß § 10 ausscheidet (ganz oder teilweise), Anspruch auf ein Abfindungsguthaben.

Bei Ausscheiden des Gesellschafters (ganz oder teilweise) aus anderen als in Abs. 1 angeführten Gründen, wird er mit dem Betrag abgefunden, der dem saldierten Wert seiner Kapital- und Verrechnungskonten entspricht.

Im Laufe des Jahres 1997 wurde ein Großteil der von der S. Buchtprüfungs- und Steuerberatungsges.m.b.H. treuhändig gehaltenen Mitunternehmeranteile (die Gesellschaftereinlagen S 41.524.000,-) rückwirkend per 30.6.1996 unter Anwendung der Bestimmungen des Art III UmGrStG in die F. Beteiligungs- und Immobilien Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien eingebbracht.

Darlehensvertrag

Gemäß § 1 des Vertrages verpflichtet sich der Darlehensgeber gegen erste Aufforderung der Darlehensnehmerin einen Betrag von S 49.000,- je atypisch stillen Gesellschaftsanteil von S 51.000,- zu gewähren.

Gemäß § 2 ist das Darlehen, ebenso wie allfällige Tilgungsrückstände, unverzinst.

Treuhandvertrag

Gemäß dem Treuhandvertrag ist der Treugeber der Unterfertige des Zeichnungsscheines, das sind die Anleger (290 Zeichner), und die Treuhänderin die S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.H.

Gemäß § 1 des Treuhandvertrages beauftragt der Treugeber die Treuhänderin, sich treuhändig auf seine Rechnung als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung an der PC94 zu beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten.

Des weiteren beauftragt der Treugeber die Treuhänderin gemäß den Bestimmungen der Darlehensvereinbarung der PC94 ein Darlehen zu gewähren und dieses Darlehen in der Folge treuhändig zu verwalten.

Der Treugeber würde zur Kenntnis nehmen, dass die Treuhänderin Anteile an der PC94 auch für Dritte und auf eigene Rechnung halten könne.

Das Treuhandverhältnis werde durch die schriftliche Annahme des mit dem Zeichnungsschein erstellten Anbotes zum Abschluss dieses Treuhandvertrages durch die Treuhänderin begründet.

Der Treugeber beauftragt die Treuhänderin, das Nominale seiner Zeichnungssumme sowie das Agio erst und nur dann an die PC94 weiterzuleiten, sobald die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens durch eine Bankgarantie abgesichert sei.

Der Treugeber ermächtigt die Treuhänderin, die Rechte aus der Beteiligung bzw. der Darlehenshingabe im eigenen Namen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuüben. Im Verhältnis zur Treuhänderin stünden dem Treugeber jene Mitwirkungsrechte zu, die nach dem Gesellschaftsvertrag über die atypisch stille Gesellschaft der Treuhänderin als stillem Gesellschafter zukommen.

Das Treuhandverhältnis zwischen den Treugeber und der Treuhänderin wird grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Der Treugeber kann jedoch eine Kündigung nur dann aussprechen, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller bei der PC94 wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen (§ 5).

Die Treuhänderin hat dem Treugeber jährlich einen Bericht, erstmals nach Ablauf des Geschäftsjahres zum 30.6.1993 auf Grundlage des von der PC94 erstellten und von anderen zuständigen Organen beschlossenen bzw. von den beauftragten Stellen geprüften Jahresabschlusses und Berichtes über das laufende Wirtschaftsjahr zu erstatten.

Die S. ist die Treuhänderin der stillen Gesellschafter (290 private natürliche Personen), die mittels anschließend zitierter Broschüre geworben wurden.

Prospekt „Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger“

In dem Prospekt „Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger“, mit dem die Beteiligung beworben wurde, wurde ua ausgeführt, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden, konzipiert sei.

Es handle sich um eine Beteiligung, die auf der Grundlage eines steueroptimierten Konzeptes in Form einer atypisch stillen Beteiligung errichtet werde, die mit einem Darlehen, welches durch eine Bankgarantie besichert sei, im Ausmaß von 49 % der Zeichnungssumme kombiniert sei.

60% des Kapitals werde der Geschäftsherr in Geschäfte investieren, die neben dem Kapital eine Fixrendite in Höhe der Festgeld- bzw. Anleiherendite sicherstellen.

Bei einem Grenzsteuersatz von 50% einer Verlustzuweisung von 150% und der geplanten Abschichtung lasse sich – bezogen auf die Zeichnungssumme – eine Nettorendite von ca. 12% p.a. ermitteln, was eine Bruttorendite (vor 22% KEST) ca. 15 % p.a. entspreche.

Das Darlehen werde gemäß Planrechnung in Tranche A in 7 Raten in Höhe von jährlich S 7.000,- erstmals im September 1996 getilgt, in Tranche B in Raten in Höhe von S 25.000,- im September 1996 und in Höhe von S 24.000,- bei der Abschichtung, bezogen auf je S 100.000,-.

Gemäß Planrechnung würden während der Laufzeit Gewinne erzielt, die aufgrund einer steuerlichen Optimierung aber nicht ausgeschüttet, sondern thesauriert würden.

Die atypisch stille Einlage würde bei ordentlicher Kündigung zum Wirkungszeitpunkt mit dem anteiligen Unternehmenswert, gemäß Planrechnung ab ca. 110% der atypisch stillen Einlage abgeschichtet werden.

Berechnungsbeispiel

für Beteiligungen von unbeschränkt steuerpflichtig natürlichen Personen an der PC94 betreffend die Tranche A und Tranche B:

Zeichnung	in %	
Zeichnungssumme/Nominale	100,00%	100.000
Agio	4,00%	4.000
Gesamtausgabe	104,00%	104.000
Angenommener Kündigungstermin:		31.12.2001

Anleger	Tranche A	Tranche B			
Grenzsteuersatz:	50,00%				
Ermäßigter Steuersatz	30,10%				
Anmerkung	19,9%+10,2% Schattenwirkung; bei Gesamteinkommen 1 Mio p.a. zuzügl. Beteiligungsabschichtung				
Bruttorendite (vor 22% KEST)	15,46%	15,40%			
Beteiligungsstruktur	in % Nom.				
Gesellschaftereinlage	51%	51.000			
Darlehen	49%	49.000			
Anteil am gepl. Emissionsvolumen	0,33%				
Modellkennzahlen	in % Nom.	Tranche A	Tranche B		
Darlehenstilgung jährlich ab bzw. in 1996		7,00%	25,00%		
Gepl. Gesamtdarlehensrückzahlung zzgl.		0,00%	0,00%		
Abschichtung stille Einlage zzgl. Gewinne		117,10%	116,20%		
Endabschichtungskosten in 2002		0,00%	0,00%		
Verlustzuweisung 1994		150,00%	150,00%		
Treuhand- u. Verwaltungsgebühr jährl.		1,00%	1,20%		
Finanzierung: mit Eigenmittel		100,00%	100,00%		
Tranche A	30.09.1994	30.09.1995	30.09.1996	30.09.1997	30.09.1998
Einzahlung Einlage	-104.000	0	0	0	0
Gewinne/Abschichtung	0	0	0	0	0
Darlehen	0	0	7.000	7.000	7.000
Gebühren	0	0	-2.000	-1.000	-1.000
Steuer	0	77.000	0	1.000	500
Liquidität	-104.000	77.000	5.000	7.000	6.500
Tranche A	30.09.1999	30.09.2000	30.09.2001	30.09.2002	30.09.2003
Einzahlung Einlage	0	0	0	0	0
Gewinne/Abschichtung	0	0	0	68.100	0
Darlehen	7.000	7.000	7.000	7.000	0
Gebühren	-1.000	-1.000	-1.000	-1.000	0
Steuer	500	500	500	500	-49.797
Liquidität	6.500	6.500	6.500	74.600	-49.297
(RR [effektive Nettoverzinsung vor Steuern]):					12,06%
Entspricht einer Veranlagung ("22% KEST") vor Steuern von rd.					15,46%
Tranche B	30.09.1994	30.09.1995	30.09.1996	30.09.1997	30.09.1998
Einzahlung Einlage	-104.000	0	0	0	0
Gewinne/Abschichtung	0	0	0	0	0
Darlehen	0	0	25.000	0	0
Gebühren	0	0	-6.000	0	0
Steuer	0	77.000	0	3.000	0
Liquidität	-104.000	77.000	19.000	3.000	0
Tranche B	30.09.1999	30.09.2000	30.09.2001	30.09.2002	30.09.2003
Einzahlung Einlage	0	0	0	0	0
Gewinne/Abschichtung	0	0	0	67.197	0
Darlehen	0	0	0	24.000	0
Gebühren	0	0	0	3.600	0
Steuer	0	0	0	0	-48.225

Liquidität	0	0	0	87.597	-48.225
(RR [effektive Nettoverzinsung vor Steuern]):					12,01%
Entspricht einer Veranlagung ("22% KEST") vor Steuern von rd.					15,40%
KMG-Prospekt					

Zu den Rechtsgrundlagen wird angeführt, dass der Zeichner durch Abschluss dieser Beteiligung Unternehmer mit vielen der damit verbundenen Chancen und Risiken werde, wie sie bei einer Unternehmensbeteiligung systemimmanent seien. Wie wohl die Chancen auf eine Rendite des eingesetzten Kapitals, die gemäß Planrechnung etwa das Doppelte einer risikoarmen Veranlagung ausmachen würden, günstig stünden, müsse besonders bei Veränderung der steuerlichen oder/und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auch mit einem deutlich ungünstigeren Ergebnis bis hin zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals gerechnet werden. Von den Zeichnern angestrebte Steuervorteile würden nicht die Geschäftsgrundlage dieses Angebotes bilden und hingen in ihrem Eintritt und ihren Auswirkungen von der individuellen Steuersituation des Anlegers ab.

Es werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Abweichungen von den angeführten Prämissen zu anderen Renditen führen können. Gewinne und Verluste seien aus heutiger Sicht prognostiziert, ihr tatsächlicher Verlauf stelle typisches Unternehmerrisiko dar.

Bei der Beteiligung handle es sich um eine treuhändig gehaltene atypisch stille Gesellschaft nach §§ 178 ff HGB kombiniert mit einem treuhändig gegebenen Gesellschafterdarlehen. Der Gesamtbetrag der Zeichnungssumme zerlege sich in 51 % atypisch stille Gesellschaftereinlage und 49% Gesellschafterdarlehen, sodass der Anleger je S 100.000,- Zeichnungsbetrag mit S 51.000,- als atypisch stiller Gesellschafter an der Substanz und am Vermögen der Gesellschaft beteiligt sei (steuerlich: Mitunternehmer/Einkünfte aus Gewerbebetrieb) und mit S 49.000,- schuldrechtlich Fremdkapitalgeber sei.

Der Geschäftsherr beabsichtige einen Gesamtbetrag von mindestens S 110.000.000,- Zeichnungssumme zu begeben. Die Betrag werde zu je S 100.000,- gestückelt. Er würde die über diese Emission aufgebrachten Mittel zur Finanzierung seiner Geschäftstätigkeit verwenden und beteilige den atypisch stillen Gesellschafter an seinem Unternehmen.

Es werde darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter bei Vorliegen entsprechender persönlicher Umstände, durch die steuerliche Konzeption der Beteiligung, auch – bei entsprechender Veranlagung – günstige Auswirkungen im Zuge der Veranlagung zur Einkommen – und/oder Vermögensteuer anzustreben; es werde jedoch ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass diese Auswirkungen nicht Geschäftsgrundlage dieser Veranlagung seien.

Bei der Beteiligung handle es sich um eine so genannte Mitunternehmerschaft. Es würden Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 Abs. 2 EStG erzielt. Die dem atypisch stillen Gesellschafter jährlich zuzuweisenden Gewinne oder Verluste des Geschäftsherrn seien im Wege der Veranlagung zur Einkommensteuer zu erklären. Dabei erfolge ein Ausgleich eventueller Verluste mit anderen positiven Einkünften des atypisch stillen Gesellschafters.

Bei Veräußerung der Beteiligung entstehende steuerliche Gewinne seien im Jahr der Wirksamkeit des Ausscheidens aus der Gesellschaft zu erklären.

Der Emittent (Geschäftsherr) führe die Firma PC94. Der Gegenstand des Unternehmens sei die An- und Vermietung und das Leasen und Verleasen von Liegenschaften, Wohnungs- und Geschäftsräumlichkeiten sowie die An- und Vermietung und das Leasen und Verleasen von beweglichen und unbeweglichen Wirtschaftsgütern aller Art die Marktforschung sowie die Tätigkeit eines Betriebsberaters einschließlich der Betriebsorganisation der An- und Verkauf von Immobilien und sonstigen Vermögens der Handel mit Waren aller Art, insbesondere der Handel mit Wertpapieren.

Weiters werde darauf hingewiesen, dass die trotz der vom Geschäftsherrn bei der Geschäftstätigkeit angelegten Sorgfalt beim Management seines Unternehmens mit der Beteiligung an den Unternehmen Risiken verbunden seien. Vermögensnachteile für die atypisch stillen Gesellschafter könnten insbesondere aus nicht einbringlichen Entgelten, Insolvenzen von Unternehmen, an die Forderungen bestehen oder mit denen eine Mitunternehmerschaft errichtet wurde, aus falscher Einschätzung der Marktentwicklung, Zinsenrisiko im Zusammenhang mit aufgenommenen Fremdmittel, technischen, rechtlichen und faktischen Änderungen, resultieren.

Den Rechnungen würden die derzeit aktuellen handels- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zugrunde gelegt. Erfahrungsgemäß sei davon auszugehen, dass sich die in Sterreich geltende Gesetzeslage, die herrschende Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung der Österreichischen Höchstgerichte im Laufe der Zeit ändern würden. Es werde darauf hingewiesen, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkt kritische Haltung zeigte. Die sich daraus ergebenden Auswirkungen seien alleiniges Risiko des Anlegers. Falls die der Renditenberechnung zugrunde gelegten steuerlichen Annahmen nicht eintreten sollten, könne die dann errechenbare Rendite mit hoher Wahrscheinlichkeit unter der sonst bei Kapitalanlagen mit vergleichbarer Bildungsdauer am Markt erzielbaren Rendite liegen.

Zeichnungsschein

Durch die Unterfertigung des Zeichnungsscheines, dessen integrierender Bestandteil der Vertrag über die Errichtung eines atypisch stillen Gesellschaft, die Darlehensvereinbarung und der Treuhandvertrag bzw. Schiedsvertrag zum Treuhandvertrag bilden, stellt der Anleger der S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft m.b.H. das unwiderrufliche Angebot mit dieser den Treuhandvertrag abzuschließen, und sich damit treuhändig auf seine Rechnung an der PC94 als atypisch stiller Gesellschafter mit einer Gesellschafteleinlage in Höhe von 51 % der Zeichnungssumme zu beteiligen und mit einem Gesellschafterdarlehen in Höhe von 49% der Zeichnungssumme zu gewähren.

Gesellschaftsverträge der PC94 und Stille mit anderen Gesellschaften

Im Jahr 1994 schloss die PC94 und Stille als atypisch stiller Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag mit L-GmbH als Geschäftsherr und beteiligt sich mit einer Gesellschafteleinlage von S 9.000.000,-.

Nach § 6 GesVertr treffe den stillen Gesellschafter keine Nachschusspflicht. Die über seine atypisch stille Gesellschafteleinlage hinausgehenden Verluste seien durch künftige Gewinnanteile aus der atypischen stillen Gesellschaft abzudecken.

Laut § 7 nehme der stille Gesellschafter rückwirkend mit Beginn des Geschäftsjahres der stillen Gesellschaft am Gewinn und Verlust des Unternehmens im Verhältnis der einbezahlten atypischen stillen Gesellschafteleinlage zum Stammkapital des Geschäftsherrn teil. Verluste über die Höhe des Nominales der atypisch stillen Gesellschafteleinlage seien vom atypisch stillen Gesellschafter jedoch zu übernehmen und vorrangig gegen künftige Buchgewinne zu verrechnen.

Zum Ausgleich der im Unternehmen des Geschäftsherrn vorhandenen stillen Reserven hätte der atypisch stille Gesellschafter im ersten Geschäftsjahr der stillen Gesellschaft Verluste des ersten Geschäftsjahrs zu übernehmen. In den Folgejahren übernehme der Geschäftsherr sämtliche Verluste. Der Geschäftsherr könne dem atypisch stillen Gesellschafter auch in den Folgejahren Verluste nach dessen Zustimmung zuweisen.

Laut § 8 sei der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung nicht beteiligt; er wirke insbesondere nicht an der Beschlussfassung über Änderungen des Geschäftsgegenstandes des Geschäftsherrn und sonstige wesentliche Fragen, wie die Bestellung der Organe des Geschäftsherrn und Beschlüsse über Kapitalmaßnahmen mit.

Gleichlautende Verträge über Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft wurden zwischen der PC94 und Stille und der F-gmbH mit einer Gesellschafteleinlage S 6.000.000,-, der S-gmbH mit 1.000.000,-, an der Sp-gmbH mit S 4.000.000,- und an der B-gmbH mit S 3.000.000,- abgeschlossen.

An der St & KEG beteiligt sich die PC94 & Stille als Kommanditist mit einer Einlage von S 16.000.000,- und ebenso an der Sportmagazin H-gmbH & Co.KG mit einer Kommanditeinlage in Höhe von 1.200.000,-.

Protokoll der Gesellschafterversammlung

Laut Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 26.6.1996 wurde den atypisch stillen Anlegern ein wirtschaftlich sinnvoll ausgearbeitetes Angebot übermittelt, wobei die Lösung der Gesamtproblematik in folgender Vorgangsweise erfolgen wird: „Weil nach der derzeitigen Steuersituation die Einbringung von Mitunteranteilen (ua. auch die atypisch stille Beteiligung) in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Aktien unter Buchwertfortführung erfolgen kann, besteht die Möglichkeit, die atypisch stille Beteiligung in Aktien umzutauschen.“ Der Vorteil liege auf der Hand: Alle atypisch stillen Anleger, die das Angebot annehmen, wären in Zukunft an einer I-AG beteiligt und hätten als Aktionär wesentlich mehr Mitspracherecht, als sie als atypisch stiller Gesellschafter je gehabt hätten. Weiters wurde ausgeführt, dass, wenn die Anleger die Aktien mindestens 10 Jahre behalten würden, die ausgezahlte Privatentnahme steuerfrei wäre.

1994

Für das Jahr 1994 wurde in der Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften (Gemeinschaften) 1994 der Verlust in Höhe von S -199.746.721,- erklärt. Von den Verlusten entfielen S 62.421.247,- auf die PC94 und S 136.031.667,- auf die stillen Gesellschafter.

Aus einer Beilage zur Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften 1994 geht hervor, dass folgende steuerliche Gewinn- und Verlusttangentialen im Jahr 1994 der PC94 & Stille zugewiesen worden sind:

a)	L-GmbH & Stille	-45.781.567,- (1.294.202,- IFB)
b)	HE. Betriebs GmbH & Stille	-4.300.000,- (192.991,- IFB)
c)	B-gmbH & Stille	-16.024.557,- (901.061,- IFB)
d)	GP- Betriebs GmbH & Stille	-5.000.000,-
e)	F-gmbH & Stille	-30.000.000,-
f)	Verlag Sportmagazin H-gmbH & CoKG	-6.000.000,-
g)	Sp-gmbH & Stille Mitgesellschafter	-23.780.490,- (1.244.373,- IFB)
h)	St & Co Warenhandel KEG	-48.438.433,-
	Summe der Verlusttangentialen davon IFB Verluste	-179.325.047,- 3.632.627,-

Weiters wurde eine Anlegerliste (290 Beteiligte) beigelegt. Der PC94 wurde der Verlust in Höhe von S 62.421.247,-, (nichtausgleichsfähiger Verluste 1.258.189,-), und lt. Anlegerliste

den Beteiligten ein Verlust in Höhe von S 137.325.474,- (nichtausgleichsfähiger Verlust 2.677.901,-) zugerechnet.

Das Finanzamt erließ erklärungsgemäß einen gem. § 200 Abs.1 BAO vorläufigen Bescheid (20.11.1996). Die im Jahr 1994 erzielten Einkünfte aus Gewerbebetrieb wurden gemäß § 188 BAO vorläufig festgestellt.

Am 17.1.1997 wurde eine berichtigte Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften 1994 eingebbracht. Der PC94 wurde der Verlust in Höhe von S 59.257.480,- (S 1.194.421,-) und den Beteiligten in Höhe von S 140.489.240,- (S 2.741.667,-) zugerechnet.

Das Finanzamt erließ eine stattgebende Berufungsvereinstscheidung gemäß § 276 BAO. Die erzielten Einkünfte wurden gemäß § 188 BAO vorläufig festgestellt.

1995:

Für das Jahr 1995 wurde in der Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von S 3.732.057,- erklärt.

a)	L-GmbH & Stille	450.000,00
b)	B-gmbH & Stille	150.000,00
c)	GP- Betriebs GmbH & Stille	50.000,00
d)	F-gmbH & Stille	255.000,00
e)	Verlag Sportmagazin H-gmbH & Co KG	84.000,00
f)	Sp-gmbH & Mitgesellschafter	1.470.107,00
g)	St & Co Warenhandel KEG	-906.688,00
h)	HE. Betriebs GmbH & Stille	4.300.000,00
Summe Gewinn - bzw. Verlusttangenten		5.852.419,00

Für die PC94 wurden S 3.732.057,-, für die atypisch stillen Gesellschafter wurden keine Verluste erklärt.

1996:

Für das Jahr 1996 wurden in der Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften 1996 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von S 44.217.545,- erklärt.

a)	L-GmbH & Stille	45.881.567,00
b)	B-gmbH & Stille	150.000,00
c)	GP- BetriebsGmbH & Stille	50.000,00
d)	F-gmbH & Stille	255.000,00
e)	Verlag Sportmagazin H-gmbH & Co KG	84.000,00
f)	Sp-gmbH & Mitgesellschafter	200.000,00
g)	St & Co Warenhandel KEG	474.297,22
Summe Gewinn - bzw. Verlusttangenten		47.094.864,22

Für die PC94 wurden Gewinne in Höhe von S 46.171.625,- und für die atypisch stillen Gesellschafter ein Verlust von S 1.954.080,- erklärt.

Der Gewinn der L-GmbH setzt sich laut Beilage zur Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften für das Jahr 1996 wie folgt zusammen:

Verlustzuweisung 1994	45.781.567,00
Gewinnzuweisung 1995	- 450.000,00
Entnahme 1996	450.000,00
Stand negatives Kapitalkonto	45.781.567,00
Abschichtungserlös	9.100.000,00
Atypisch stille Gesellschaftereinlage 1994	-9.000.000,00
Veräußerungsgewinn	45.881.567,00

1997:

Für das Jahr 1997 wurden in der Erklärung der Einkünfte von Personengesellschaften 1997 Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von -S 85.579,-- erklärt. (PC94 S- 224.691,-, atypisch stille Gesellschafter S 139.112,-)

Der PC94 & Stille wurden im Kalenderjahr 1997 folgende steuerliche Gewinn- und Verlusttangenten zugewiesen:

a)	B-gmbH & Stille	150.000,00
b)	GP- Betriebs GmbH & Stille	50.000,00
c)	F-gmbH & Stille	255.000,00
d)	Verlag Sportmagazin H-gmbH & Co KG	84.000,00
e)	Sp-gmbH & Stille	100.000,00
f)	St & Co Warenhandel KEG	- 617.727,21
Summe Gewinn - bzw. Verlusttangenten		21.272,79

1998:

Der PC94 & Stille wurden im Kalenderjahr 1998 folgende steuerliche Gewinn- und Verlusttangenten zugewiesen:

a)	B-gmbH & Stille	150.000,00
b)	GP- Betriebs GmbH & Stille	50.000,00
c)	F-gmbH & Stille	255.000,00
d)	Verlag Sportmagazin H-gmbH & Co KG	84.000,00
e)	Sp-gmbH & Mitgesellschafter	0,00
f)	St & Co Warenhandel KEG	2.244.237,78
Summe Gewinn - bzw. Verlusttangenten		2.783.237,78

Der Gewinn wurde ausschließlich der PC94 zugerechnet.

Betriebsprüfung

Für den Zeitraum 1994 bis 1998 fand bei der gegenständlichen Gesellschaft eine Betriebsprüfung statt. Es ergingen zwei Bescheide, mit denen gemäß § 92 Abs.1 lit. b BAO

und § 190 Abs. 1 BAO iVm § 188 BAO festgestellt wurde, dass eine einheitliche und gesonderte Feststellung der Einkünfte für das Jahr 1994 und für die Jahre 1995 bis 1998 zu unterbleiben hätte.

Begründend wurde Folgendes festgestellt:

Mit Gesellschaftsvertrag vom 23.3.1993 sei die PH Betriebsgesellschaft m.b.H gegründet worden. Gesellschafter seien G K (Stammeinlage S 495.000,-) und PS. (Stammeinlage S 5.000,-) gewesen. Mit Abtretungsverträgen vom 29.4.1994 wären die gesamten von obigen Gesellschaftern gehaltenen, und jeweils zur Hälfte bar einbezahlten Geschäftsanteile an die Fa. M.gmbH. (FN XXX t, Geschäftsführer Mag. M Gm, Stammkapital S 500.000,-) abgetreten worden. Mit Beschluss der Generalversammlung vom 4.5.1994 wäre der Firmenwortlaut in P 94 angepasst und der Gesellschaftsvertrag im Punkt 1 entsprechend abgeändert worden. Selbstständiger Geschäftsführer wäre vom 27.4.1993 bis 18.5.1994 X. K, vom 18.5.1994 bis 24.2.1998 Mag. M Gm und ab 23.12.1997 Ing. Y. St gewesen.

Das erste Wirtschaftsjahr hätte am 23.3.1993 begonnen und hätten am 31.12.1993 und die nächsten jeweils am 31.12. geendet.

Mit Schreiben vom 27.9.1994 wäre dem zuständigen Finanzamt der Zusammenschluss der PC94 ("Geschäftsherr") mit der S. Buchprüfungs- und Steuerberatungs GmbH, ("atypisch stiller Gesellschafter") zu einer Mitunternehmerschaft im Sinne des § 24 (1) in Verbindung mit § 13 (1) Umgründungssteuergesetz mit dem Einbringungsstichtag 30.12.1993 gemeldet worden. Der Gesellschaftsvertrag sowie die Einbringungsbilanz wären beigelegt worden.

Die gesamte Zeichnungssumme hätte S 81.620.000,-, betragen, wovon 51 % (S 41.626.200,-) auf die Einlage entfielen und 49% (S 39.993.800,-) als Darlehen zur Verfügung gestellt worden wären. Für diese unverzinsten Darlehen wäre die Rückzahlung, bei wirtschaftlicher Möglichkeit, im Jahre 1996 und 2002 zugesagt worden. Eine frühestens im Jahre 2002 einlösbare Bankgarantie wäre die Rückzahlung. Im Jahre 1994 wären von der gesamten Zeichnungssumme S 11.830.000,- noch ausständig gewesen.

Das Beteiligungsverhältnis für die Mitunternehmerschaft wäre im Verhältnis des Stammkapitals der GmbH (S 500.000,- 1,18%) und der Einlagen der Beteiligten (S 41.626.200 - 98,82%) festgelegt worden.

Gem. § 7 des Gesellschaftsvertrages würden die atypisch stille Beteiligten rückwirkend mit Beginn des Geschäftsjahres der stillen Gesellschaft am Gewinn und Verlust des Unternehmens im Verhältnis der bis zur Bilanzerstellung einbezahlt atypisch stillen Gesellschaftereinlage zum Stammkapital des Geschäftsherren teilnehmen. Laut Wirtschaftsprüfungs-Bericht MD

gäbe es eine korrigierte Zusatzvereinbarung, nach der nicht die Zahlung sondern die Zeichnungssumme Basis für die Verlustzuweisung an die Gesellschafter darstellten.

Mit Schreiben vom 23.11.1995 wären seitens der S. die Liste der atypisch stillen Gesellschafter vorgelegt worden.

Die Regelung über die Gewinn- und Verlustbeteiligung lt. Gesellschaftsvertrag sehe vor, dass der einzelne Anleger über seine Einlage hinaus Verluste zu übernehmen hätte; und zwar bis 294% seiner Einlage. Weitere Verlustzuweisungen seien nicht mehr vorgesehen. Darüber hinausgehende Verluste seien dem Geschäftsherren zuzuweisen. Gewinne seien zunächst dem Geschäftsherren (GmbH) zuzuweisen, bis dessen übernommene Verluste abgedeckt wären, dann erst könnten den Anlegern Gewinne zugewiesen werden.

Für einzelne Zeichner würden abweichend von der Verlustobergrenze von 294% abweichende Vereinbarungen mit höherer Verlustobergrenze (392%) getroffen.

Dem Prospekt für diese Beteiligung liege eine Prognoserechnung bei (Berechnungsbeispiel für Tranche B), die bei der Hingabe einer Zeichnungssumme von S 104.000,- (inkl. Agio) im Jahre 1994 einen Rückfluss dieser Mittel bis zum Jahre 2003 im Ausmaß von S 106.597,- veranschlage. (Darlehensrückzahlungen - 1996 S 25.000,- und 2003 S 24.000,-, vermindert um diverse Gebühren von S 6.000,- sowie eine Abschichtungszahlung von S 67.197,-). Neben diesem Mehrbetrag iHv S 2.597,- werde eine zu erwartende Steuergutschrift von S 31.775,- genannt. Sollte sich ein höherer Abschichtungsbetrag ergeben, dann würden bis zu 20% der eingezahlten Gesellschaftereinlage als Kosten anfallen. In diesem Fall wären dies 10.200,- gerechnet von S 51.000,-. Weiters würde der Geschäftsherr auf sein Kündigungsrecht verzichten, wenn nicht zumindest 1 % Gesamtgewinn erzielt würde.

Wenn jedoch ein Großteil der Beteiligten zum vorgesehenen Termin die Abschichtung begehen würde, so wäre dies nur mittels Aufnahme neuer Beteiligter möglich oder/und bei Zuführung von Fremdmittel an die geprüfte Gesmb (lt. KMG-Prospekt).

Im KMG-Prospekt gäbe es zahlreiche Hinweise, die darauf gerichtet seien, dass der angestrebte steuerliche Vorteil nicht vereitelt werde, wie zum Beispiel, dass dieses Beteiligungsmodell in Hinblick auf die Steuersätze nur für natürliche Personen einen Sinn mache, dass bei der Abschichtung ein Verlustausgleich vermieden werden sollte und auch dass die Fremdfinanzierung Beteiligungsliebhaberei auslösen könnte.

Laut Prospektmaterial der PC94 & Stille betreibe der Geschäftsherr insbesondere das Leasinggeschäft mit beweglichen und unbeweglichen Wirtschaftsgütern. Darüber hinaus könne der Geschäftsherr auch Beteiligungen eingehen.

Im Lagebericht werde dargelegt, dass von den Gesellschaftseinlagen mindestens 60% in solche Anlageformen/Leasinggeschäfte fließen sollten, die neben der Rückführung des Kapitals auch eine fixe/variable Verzinsung, die sich an der Höhe der jeweiligen Anlage/Festgeldrendite orientiert, erwirtschaften sollten.

Tatsächlich wären Leasinggeschäfte nur im untergeordneten Ausmaß getätigt worden. Die Leasingerlöse hätten 1994 S 811.666,- betragen, der Buchwert der Leasinggüter hätte S 4.351.699,- betragen, wohingegen der Wert der Beteiligungen im gleichen Jahr S 44.500.000,- betragen würde.

Buchwert der Leasinggüter 1995 S 3.760.000,-, 1996 S 1.913.000,-.

Eine werbende Tätigkeit für die Leasinggeschäfte könnte nicht nachgewiesen werden, obwohl die verbuchten Ingangsetzungskosten des Betriebes mehr als S 6 Mio, die Vertriebskosten mehr als S 5,5 Mio und die Kosten der Werbung mehr als S 1,8 Mio betragen hätten. Eine Ausweitung der Leasinggeschäfte hätte vielmehr eine weitere Darlehensaufnahme erforderlich gemacht, die jedoch von den Banken nicht gewährt worden wäre. Dieser Umstand sei bereits dem Lagebericht PC94 & Stille für das Jahr 1994 Pkt. 2 zu entnehmen.

*Daneben sei am 7.7.1995 ein Kaufvertrag über die Liegenschaft Gasse 25 i.H.v. S 22 Mio abgeschlossen und mit Vertrag vom 16.12.1996 rückgängig gemacht worden. Als Begründung sei im Lagebericht 1995 angeführt worden, dass das Objekt nicht bestandsfrei gemacht werden konnte. Dies ungeachtet der Tatsache, dass der Verkäufer lt. Kaufvertrag für den Fall der Nichtbestandsfreimachung S 7.500,- pro qm Wohnnutzfläche zu entrichten hätte (*de facto* Kaufpreisminderung).*

Mit dem Geschäftsherrn, an deren Unternehmen man sich beteiligte, seien Zusatzvereinbarungen geschlossen worden, die eine feste Bindung der hingegebenen Einlage an den zugewiesenen Verlust vorsahen (z.B. 500% der Einlage als Verlust, bei abweichendem Verlust eine Nach- oder Rückzahlung). Darüber hinaus sei als Abschichtungsbetrag zwischen 120% und 150% der Einlage garantiert worden..

Die Summe der Verlusttangente hätte 1994 rd. S 179 Mio betragen. Nach 1994 seien keine weiteren Beteiligungen mehr eingegangen worden. Damit hätte sich das unternehmerische Engagement der GmbH erschöpft.

Mit 17.3.1997 (18.3.1997) hätten, rückwirkend zum 30.6.1996, 99,51 % der Beteiligten der P. 94 ihre Mitunternehmeranteile gem. Art. III UmGrStG in die F. Immobilien AG eingebracht. Grund dafür sei lt. Lagebericht P. 94 & Stille für 1996 die Veränderung der steuerlichen Situation gewesen, bezogen auf die atypisch stillen Beteiligten, die den Veräußerungsgewinn den vollen Steuersatz zu unterziehen hätten.

Abschließend zum hier dargestellten Sachverhalt sei darauf hinzuweisen, dass im Wege der Sachverhaltsermittlung mehrere Vorhalte übergeben worden seien, die nicht oder nicht vollständig beantwortet worden seien. Der gegenwärtige Geschäftsführer der P. 94 Ing. M. St hätte schriftlich bekannt gegeben, dass keine weiteren Informationen und Unterlagen beigestellt werden hätten können. Die rechtliche Würdigung könne daher nur auf den bis dahin erhobenen Tatsachen basieren.

Aufgrund dieses oben beschriebenen Sachverhalts sei nach Meinung der Bp die Mitunternehmerstellung der Beteiligten an der GmbH nicht gegeben.

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

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

Unternehmerrisiko

Die Beteiligungen seien an einem Unternehmen, dessen Geschäftsumfang genau festgelegt war, erfolgt und es seien dann auch tatsächlich keine weiteren Tätigkeiten mehr vorgenommen worden. Für die vom einzelnen Anleger geleistete Einlage - eine weitere Form einer Nachschussverpflichtung wäre ausgeschlossen - sei eine genaue Verwendung angegeben worden und damit verbunden eine fix festgelegte Erfolgszusage gegeben.

Neben dem Leasinggeschäft, das aus den oben genannten Gründen nicht nachhaltig weiter betrieben worden sei, hätte es für die eingegangenen Beteiligungen feste Ergebnisabsprachen gegeben. Andererseits hätten die Beteiligten feste, nach oben begrenzte Verlustzusagen erhalten, die nach einem Jahr erfüllt worden seien.

Der Prognoserechnung könne entnommen werden, dass der überwiegende Ertrag aus dieser Veranlagung aus Steuerersparnissen infolge von Verlustverwertungen resultiert hätte, wobei vor allem der Verlust des ersten Jahres entscheidend gewesen seien.

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

*Auch eine der Rechtsprechung konforme **Unternehmerinitiative** sei nach Meinung der Bp aus folgenden Gründen nicht gegeben.*

Das Halten dieser Beteiligung nur im Wege eines Treuhandverhältnisses und die im Vertrag darüber geregelte Ermächtigung des Treuhänders, Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages und der Darlehensvereinbarung mit dem Geschäftsherren vorzunehmen, wenn diese der Erreichung der wirtschaftlichen Zielsetzung diene, spreche gegen die erforderliche Unternehmerinitiative (VwGH vom 19.12.1990, 86/13/0136, VwGH vom 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193).

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

Von der Teilnahme an der Geschäftsführung seien die Gesellschafter gem. § 8 Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen.

Eine Kündigung des Treugebers sei unter Einhaltung einer 6-monatigen Frist, jedoch nur bei gleichzeitiger Kündigung der kapitalmäßigen Mehrheit der Treugeber möglich. Damit hätte der einzelne Treugeber (=Gesellschafter) faktisch keine Möglichkeit, das abgeschlossene Treuhandverhältnis ohne wichtigen Grund vorzeitig zu kündigen.

Aus den Einvernahmen mit einzelnen Anlegern ergebe sich, dass deren Interesse ursächlich am Erzielen der zugesagten Steuerersparnis gelegen sei. Die Mitwirkung am Unternehmen in irgendeiner Art und Weise wäre nicht angestrebt worden. Man hätte die Beteiligung lediglich als Geldanlage mit hoher Rendite angesehen.

Die Zahlung der atypisch stillen Beteiligung könne lt. Treuhandvereinbarung auch nach dem Bilanzstichtag der P. 94 & Stille, dem 31.12.1994 erfolgen. Teilweise sei jedoch sogar das Treuhandverhältnis mit den Treugebern erst nach dem Bilanzstichtag eingegangen worden (Zahlung und Zeichnung per März 1995). Der Treuhänder hätten also die Treugeber z.T. noch gar nicht gekannt. Trotzdem wäre in allen Fällen, also auch bei erst im Jahre 1995 eingegangenen Treuhandverhältnissen, das Jahresergebnis 1994 den Gesellschaftern zur Gänze zugewiesen worden.

Überdies ließe sich aufgrund von Sachverhaltsermittlungen durch die Betriebsprüfung schon jetzt sagen, dass die Verluste der Unternehmungen an denen die P. 94 & Stille beteiligt sei, steuerlich nicht anzuerkennen seien und daher für dieses Beteiligungsmodell aus folgenden Gründen nicht zur Verfügung stehen könnten:

Einerseits würden bei den verlustbringenden Unternehmungen die behaupteten Mitunternehmerschaften nicht anerkannt werden, da mit fixen, von der Einlage abhängigen Verlustzusagen und Zusatzvereinbarungen operiert worden sei, so dass allein schon deshalb keine Verluste im Wege von Tangenten zugewiesen werden würden.

Andererseits handle es sich bei diesen Verlusten zum Teil um konstruierte, willkürlich herbeigeführte Verluste im Rahmen der Einnahmen/Ausgabenrechnung für behaupteten Wertpapier- bzw. Grundstückshandel. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise gehe es bei diesen Vorgängen nicht um tatsächliche Handelsgeschäfte, sondern um Maßnahmen, um künftige Verluste für diverse Beteiligungsmodelle zu erzeugen. Bei Wegfall dieser Verluste fielen natürlich auch die voraus resultierenden Verlustanteile sämtlicher Beteiligten weg. Somit verbliebe letztlich nur das Ergebnis aus der Tätigkeit des Geschäftsherren, das zur Verteilung gelangen könnte.

Die Tätigkeit des Geschäftsherren erschöpfe sich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Eingehen von Leasinggeschäften (fast ausschließlich sale and lease back) mit verbundenen Unternehmen, um sich den Anschein einer Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zu geben bzw. um div. Ingangsetzungs- und Werbekosten zu begründen.

Der Umfang der Geschäftstätigkeit im Leasingbereich stehe in keinem Verhältnis zu den angefallenen Kosten.

Zu diesen Kosten sei zu bemerken, dass Vertriebs-, Verwaltungs- und Managementkosten gem. KMG-Prospekt in beträchtlicher Höhe prognostiziert worden seien.

Ein diesbezüglicher Leistungsnachweis sei nicht erbracht worden. Begründet seien die, vornehmlich von der Fa. M.gmbH. erstellten Rechnungen, mit obigem KMG-Prospekt worden.

Die tatsächlich erbrachten Leistungen, Art und Umfang des Geschäftsumfeldes sowie Struktur und Aufbau der Geschäftstätigkeit stünden in keinem Verhältnis zu den verrechneten Kosten.

Weiters seien im Rahmen der Eröffnung des Geschäftsbetriebes Ingangsetzungs- bzw. Werbekosten verrechnet worden, wobei weder ein Leistungsnachweis erbracht worden seien, noch die daraus resultierenden Leistungen nachgewiesen und nur im geringen Ausmaß glaubhaft gemacht hätten werden können.

So wie dieses Modell konzipiert sei, könne darin als primäres Ziel nur die Erzeugung von Verlusten erblickt werden um damit Steuergutschriften für die Anleger herbeizuführen. Es erscheine nämlich aus der Sicht eines Unternehmers nicht erstrebenswert, derart hohe Verluste, bei kaum zu erwartenden Gewinnen, bereitwillig zu übernehmen.

Die Beurteilung, dass das gegenständliche Beteiligungsmodell keine Mitunternehmerschaft darstelle, hätte zur Folge, dass Nichtfeststellungsbescheide gem. § 92 Abs. 1 lit. b BAO i.V.m. § 190 Abs. 1 BAO und § 188 BAO zu erlassen seien.

Berufung

Gegen die Bescheide wurde **namens der** PC94 (Rechtsnachfolgerin ist die PC) Berufung eingebbracht. Begründend wurde ua ausgeführt.

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

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

Das Fehlen eines **Unternehmerrisikos** versucht die Finanzverwaltung dadurch zu begründen, dass der Geschäftsumfang des Geschäftsherrn genau festgelegt gewesen sei und somit für die geleisteten Einlagen eine genaue Verwendung vorgegeben war. Dies kann nur auf eine völlige Fehlinterpretation des Anlegerprospektes zurückzuführen sein, da der Geschäftsherr Investitionsrichtlinien für P. 94 Beteiligungen herausgegeben hat, die die Verwendung der Zeichnungssumme erläutern. Dabei wird hinsichtlich des Risikokapitals auf Investitionen in Beteiligungen gesprochen und demonstrativ Unternehmungen aufgezählt, mit denen zum Zeitpunkt der Erlassung dieser Richtlinien Beteiligungsgespräche geführt wurden. In eben diesen Richtlinien wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Kapitalrückführung und Dividenden als nicht gesichert anzusehen seien. Gerade aus dieser Feststellung, die in den Unterlagen enthalten ist, die jedem potentiellen Anleger übergeben wurden, ist ersichtlich, dass es beiden Parteien klar sein musste, dass es sich bei den Anlegergeldern um Risikokapital handle. Diese klare Risikokapitalkonstruktion wurde auch in den Zeichnungsscheinen der einzelnen Anlegern herausgestrichen und auch auf dieses Risiko hingewiesen, dass eine Rendite aus der steuerlichen Anerkennung von Verlustzuweisungen nicht als gewährleistet angesehen werden kann. Wörtliches Zitat aus den Zeichnungsscheinen: "*Ich nehme zur Kenntnis, dass in jüngster Zeit die Finanzverwaltung gegenüber Veranlagungen dieser Art eine verstärkte kritische Haltung zeigt und dass keine Haftung für die Realisierung von mir allenfalls angestrebten steuerlichen Vorteilen übernommen werden kann.*"

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

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

Die von der Finanzverwaltung geäußerte Ansicht, dass die Anleger lediglich Steuervorteile bei ihrer Investition im Auge gehabt hätten und kein Unternehmerwagnis eingehen wollten, spricht dem Anleger jede kritische Denkfähigkeit ab. Der Anleger wusste und wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die steuerlich Anerkennung von Verlustzuweisungen fraglich sei, weiters wusste er, dass steuerliche Verlustzuweisungen keine Rendite darstellen können, da die steuerlich geltend gemachten Verluste zum Zeitpunkt der Abschichtung voll zu versteuern seien, somit der momentane Steuervorteil lediglich ein Steuerkredit sein kann. Die Vorteile eines solchen "Steuerkredites" können aber nicht annähernd als Rendite oder Risikosatz angesehen werden. Jedem Anleger war dank der entsprechenden Beratung bewusst, dass bei Verlustbeteiligungsmodellen das Risiko besonders hoch ist, das eingesetzte Kapital zu verlieren. Die Aussicht auf bessere Renditen als am Kapitalmarkt üblich, wird und wurde von den Vermögensberatern, die diese Anlageform propagieren damit begründet, dass mit diesen Anlagen zwar ein höheres Risiko aber auch eine höhere Rendite verbunden sei. Der Hinweis der Finanzverwaltung, dass der Prognoserechnung über die steuerlichen Vorteile

hinaus kaum zu erwartende Gewinne zu entnehmen seien, übersieht, dass in dieser Prognoserechnung die Beteiligungsveräußerung nicht berücksichtigt ist. Gerade bei der Entwicklung von Unternehmensbeteiligungen steht aber die Wertsteigerung im Beteiligungsansatz im Vordergrund. Der abschließende Hinweis der Finanzverwaltung, dass eine bloß anfängliche Verlustzuweisung nicht für eine Mitunternehmerschaft spräche wird nicht begründet und ist unseres Erachtens auch nicht nachvollziehbar. Der in Klammer gesetzte Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 29.5.1996 zur Zl. 94/13/0046 trägt auch zum Verständnis nicht bei, da dieses Erkenntnis aufgrund eines völlig unterschiedlichen Sachverhaltes ergangen war.

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

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

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

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

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

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

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

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

Berufungsentscheidung

Der UFS erließ eine abweisende Berufungsentscheidung. Es lege keine Mitunternehmerschaft vor. Das von der Rechtsprechung geforderte Unternehmerrisiko sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Wie in den vorstehend angeführten Beteiligungsmodell zu entnehmen sei, werbe dieses vor allem mit dem steuerlichen Aspekt, dass durch die zugewiesenen Verluste die Rendite höher als bei anderen Veranlagungen sei. Durch die anfangs erzielten Verluste, die den Anlegern bis zu der vertraglich festgesetzten Höhe zugerechnet werden, erspare sich der Anleger Steuern, woraus sich die hohe Dividende errechne.

Auch hätten die Anleger durch den Gesellschaftsvertrag und den Treuhandvertrag eingeschränkt keine Unternehmerinitiative entfaltet.

Verwaltungsgerichtshofbeschwerde

Gegen die Berufungsentscheidung brachte die PC Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof ein.

In den Beschwerdegründen führt der Bf. ua aus, dass entscheidend für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft das Gesamtbild der Verhältnisse sei.

Der Hauptgegenstand der Bf – die ja als Beteiligungspool von mehreren Gesellschaften konzipiert worden wäre und als solche auch fungiert hätte – sei das Eingehen von Beteiligungen gewesen. Die Leasinggeschäfte seien entgegen der Ansicht der belangten Behörde nachhaltig gewesen und es wären Beteiligungen am wirtschaftlichen Verkehr gewesen.

Auf Grund der Qualifikation des Bf. durch die belangte Behörde als Unternehmer im Sinne des § 23 Z 1 EStG liege unwiderruflich die erste Voraussetzung für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft als Verbindung eines Unternehmers im Sinn des § 23 Z 1 EStG mit anderen Unternehmern vor (vgl. Stoll, Publikums- (Abschreibungs-) Gesellschaften, 53).

Somit sei nur mehr die Unternehmereigenschaft der (atypisch) stillen Gesellschafter an Hand der Kriterien Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko zu prüfen.

Zur „Unternehmerinitiative“ wurde ausgeführt, dass, da schon kraft Gesetzes auch die Unternehmerinitiative eines Kommanditisten, der von der Geschäftsführung ausgeschlossen sei, für die Qualifikation als Unternehmer ausreichend sei, dies auch für atypisch stille Gesellschafter, die der Gesellschafterstellung eines Kommanditisten ähnlich wären, gelten müsse. Noch dazu, wo das Merkmal der Unternehmerinitiative mit dem Merkmal des Unternehmerrisikos kompensierbar sei, und außerdem im Erkenntnis des VwGH vom 23.02.1994, Zl. 93/15/0163 für die Beurteilung als Mitunternehmer nur mehr auf das Unternehmerrisiko abgestellt werde. Somit sei für den, dieser Beschwerde zugrunde liegende Sachverhalt das Merkmal der Unternehmerinitiative zweifelsfrei gegeben, und ist im Folgenden die Unternehmereigenschaft der (atypisch) stillen Gesellschafter nur mehr an Hand der Kriterien Unternehmerrisiko zu prüfen und zu beweisen.

Zum Unternehmerrisiko führte der Bf aus, dass, da die für das Bestehen eines Unternehmerrisiko notwendigen, und von der Behörde bestrittenen Voraussetzungen – nämlich die unmittelbare Teilhabe am Gewinn, Verlust, Firmenwert und den stillen Reserven wie auch das Risiko des vollständigen Verlusts der Vermögenseinslage – vorliegen würden, im Gegensatz zur Meinung der belangten Behörde auch das Unternehmerrisiko der (atypisch) stillen Gesellschafter bejaht werden müsse.

Der **Verwaltungsgerichtshof** hob die Berufungsentscheidung mit Erkenntnis vom 27.2.2008, GZ 2005/13/0050, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

Der Verwaltungsgerichtshof führt aus, dass der Begriff des Mitunternehmers ein besonderer steuerrechtlicher Begriff sei, der im Gesetz nicht definiert und über dessen Vorliegen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sei. Die Entscheidung, ob eine Mitunternehmerschaft vorliegen würde, sei nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu treffen.

Eine unechte stille Gesellschaft liegt vor, wenn der stille Gesellschafter gesellschaftsrechtlich so gestellt wird, als wäre er Kommanditist. Es muss also im Innenverhältnis insbesondere vereinbart sein, dass der stille Gesellschafter an den stillen Reserven und am Firmenwert beteiligt ist; diese Beteiligung muss jedenfalls für den Fall der Auflösung der Gesellschaft bestehen (VwGH vom 22.12.2004, 2004/15/0126)

Weiters führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass aus der Begründung des Bescheides nicht erkennbar sei, welcher Sachverhalt der Entscheidung zugrunde gelegt worden sei.

„Ob die der belangten Behörde nach dem Bild der Aktenlage vorliegenden Ermittlungsergebnisse solche Sachverhaltsfeststellungen als Ergebnis einer nicht erfolgreich angreifbaren Beweiswürdigung hätte erkennen lassen, deren rechtliche Würdigung den Spruch des angefochtenen Bescheides hätte tragen können, hat der Verwaltungsgerichtshof

nicht zu untersuchen, weil ihm auf Grund einer Bescheidbeschwerde von der Bundesverfassung nur die Prüfung der Gesetzmäßigkeit des von ihm angefochtenen Bescheides aufgetragen, er aber nicht dazu berufen ist, den von der belangten Behörde – wie hier – unzureichend geleisteten Begründungsaufwand selbst zu erbringen."

In der am 29. Oktober 2008 im fortgesetzten Verfahren abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Mag. Zaussinger, als Amtsvertreter, ersuchte den Sachverhalt um die Bestimmungen des Zeichnungsscheines bzw. das Protokoll der Gesellschafterversammlung der PC94 zu ergänzen. Aus dem Zeichnungsschein ergebe sich, dass der Anleger der S. GmbH das unwiderrufliche Anbot erteilt hätte, den im Prospekt vom Oktober 1994 wiedergegebenen Treuhandvertrag abzuschließen und sich damit treuhändig auf seine Rechnung an der PC94 als atypisch stiller Gesellschafter mit einer Gesellschaftereinlage iHv von 51 % der Zeichnungssumme zu beteiligen und der PC94 gemäß der im Prospekt wiedergegebenen Darlehensvereinbarung Gesellschafterdarlehen in Höhe von 49 % der Zeichnungssumme zu gewähren. Damit sei auch ein Schiedsvertrag, ein Treuhandvertrag sowie Gesellschaftsvertrag und Darlehensvertrag, somit ein Vertragsbündel, abgeschlossen worden. Durch das Vertragsbündel würden die Treugeber somit von Anfang an ihre mitunternehmerischen Rechte vergeben. Dies wird noch durch das näher zitierte Protokoll der Gesellschafterversammlung verstärkt; in dieser Versammlung wird nämlich die Einbringung der Beteiligung in eine AG damit beworben, dass die atypisch stillen Anleger, die das Angebot annehmen, in Zukunft an einer Immobilien AG beteiligt sind und als Aktionär wesentlich mehr Mitspracherecht hätten als sie dies als atypisch stiller Gesellschafter je gehabt hätten. Dies deckt sich mit der Ansicht des Finanzamtes.

Dr. Schuster, als Vertreter der Bw., verwies zunächst auf das diesem Verfahren zugrunde liegende VwGH-Erkenntnis vom 27.2.2008, Zl. 2005/13/0050, aus dem hervorgehe, dass ein atypisch stiller Gesellschafter dann vorliege, wenn seine Rechte vergleichbar dem eines Kommanditisten seien, wozu insbesondere die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert gehörten. Dies sei seiner Ansicht nach im Berufungsfall gegeben.

Bezüglich Unternehmerinitiative führte er aus, dass der Umstand, dass die Stimmrechte nur gebündelt ausgeübt hätten werden können, eine Ausformung des demokratischen Prinzips sei, da sonst wohl keine wirtschaftlich tragbaren Entscheidungen erreicht hätte werden können. Dies biete auch weitaus mehr Einfluss als heterogene Einzelentscheidungen.

Das Unternehmerrisiko liege jedenfalls darin, dass ein Verlust des eingesetzten Kapitals sehr wohl möglich sei; auch in diesem Punkt liege somit eine Vergleichbarkeit zur Stellung eines Kommanditisten vor. Überdies sei in Rechnung zu stellen, dass es sich bei der Verlustzuweisung nur um eine Steuerstundung handle, da bei Ausscheiden des Gesellschafters

ein negatives Kapitalkonto nachzuversteuern sei. Auch die Einbringung in die AG spreche nicht gegen diese Ansicht, da auch hier Voraussetzung ein positiver Verkehrswert sei, wobei das Vorliegen eines solchen von der Finanzverwaltung überprüft werde.

Dagegen brachte Mag. Zaussinger vor, dass rückblickend betrachtet keinesfalls eine Steuerstundung vorgelegen sei; durch die Einbringung der Anteile in die AG wäre vielmehr beabsichtigt gewesen, die Verluste endgültig unbesteuert zu lassen, wenn nur eine Behaltefrist von 10 Jahren eingehalten werde (vorletzter Absatz des Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 26.1.1996).

Die Einbringung in die AG sei nach Dr. Schuster keineswegs von vornherein beabsichtigt gewesen. Dies hätte sich vielmehr deshalb ergeben, weil Verluste erzielt worden wären und nicht – wie beabsichtigt – Gewinne. Wäre dies der Fall gewesen, wäre auch keine Einbringung durchgeführt worden.

Mag. Zaussinger führte aus, dass aus dem bereits mehrfach zitierten Protokoll sich allerdings ergeben hätte, dass der Grund für die Einbringung nicht das Entstehen von nachhaltigen Verlusten gewesen wäre, sondern die Gesetzesänderung dergestalt, dass der Hälftesteuersatz nach § 37 Abs. 5 EStG nur mehr sehr eingeschränkt zugestanden hätte.

Dr. Schuster verwies nochmals darauf, dass jedenfalls bei Eingehen der Beteiligung keineswegs die Einbringung in die AG absehbar oder auch beabsichtigt gewesen sei.

Mag. Zaussinger führte weiter aus, dass im Zentrum der Überlegungen naturgemäß das VwGH-Erkenntnis stehe, das zur Aufhebung der Vorentscheidung geführt habe. In diesem Erkenntnis führe der Gerichtshof allerdings keineswegs aus, dass der Unternehmerinitiative keine Bedeutung zukomme; dies im Widerspruch zu den Berufungsausführungen des steuerlichen Vertreters. In dem Erkenntnis werde weiters auf das VwGH-Erkenntnis GZ. 2004/15/0126 vom 22.12.2004 hingewiesen, aus dem sich ergäbe, dass die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert zwar im Einzelfall ausgeschlossen werden könne, wie etwa bei Selbstkündigung, allerdings in anderen Fällen gegeben sein müsse. Verwiesen werde hierbei auf das VwGH-Erkenntnis vom 23.2.1994, 93/15/0163, demzufolge keineswegs vernachlässigt werden könne, wenn bei sonstigen Auflösungsgründen (außerordentliche Kündigung oder Konkurs des Geschäftsherrn oder des stillen Gesellschafters) keine Beteiligung an den stillen Reserven oder am Firmenwert gegeben sei. Auch dies spreche gegen das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft. Wie sich nunmehr aus dem Gesellschaftsvertrag ergäbe, sei allerdings eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert für den Anleger nur in den Fällen des § 10 gegeben (§ 13). Bei sonstigem Ausscheiden werde der Anleger nur mit dem Saldo aus dem Kapital- und Verrechnungskonto abgefunden, was eine Abfindung zum Buchwert bedeute. Gerade in den Fällen, die der VwGH

angesprochen habe, nämlich außerordentliche Kündigung oder im Konkursfall, sei somit eine Abfindung nur zum Buchwert gegeben.

Dem hielt Dr. Schuster entgegen, dass in den meisten Fällen einer Kündigung außerhalb von atypischen Verläufen eine Beteiligung des Gesellschafters an den stillen Reserven und am Firmenwert gegeben sei.

Mag. Zaussinger führte aus, dass in dem VwGH-Erkenntnis vom 27.2.2008, ZI 2005/13/0050, weiters auf das Erkenntnis vom 9.12.2004, 2000/14/0153 verwiesen werde, in dem genau das Problem der Treuhandschaft angesprochen werde. Aus diesem Erkenntnis gehe hervor, dass der Treugeber jedenfalls das Recht haben müsse, das Treuhandvermögen vom Treuhänder zu verlangen.

Nun sei allerdings aus § 5 des Treuhandvertrages ersichtlich, dass die Treuhänderin verpflichtet sei, dem Treugeber im Fall der Kündigung der atypisch stillen Beteiligung oder des Darlehens das Treugut samt aller etwa erhaltenen und noch nicht weitergegebenen Vorfälle herauszugeben. Daraus könne geschlossen werden, dass dieses Herausgaberecht eben nur im Fall der Kündigung möglich sei. Der VwGH habe aber im eben zitierten Erkenntnis wohl gemeint, dass die Herausgabemöglichkeit nicht nur im Fall der Kündigung bestehen dürfe.

Ferner sei auszuführen, dass selbst die Kündigung, wie sie im § 5 des Treuhandvertrages geregelt sei, in der Praxis kaum zu vollziehen sei. Der Treugeber könne nämlich nicht allein kündigen, es müsse sich vielmehr hierzu eine Mehrheit von mehr als 50 % der Treugeber, berechnet nach den Kapitaleinlagen, finden. Da überdies die Treugeber einander nicht persönlich kennen würden, sei somit eine Kündigung in der Praxis so gut wie unvollziehbar.

Das VwGH-Erkenntnis vom 19.12.1990, 86/13/0136, unterstreiche, dass eine Klausel betreffend Mehrheitserfordernis der treuhändig gehaltenen Anteile gegen das Vorhandensein einer Mitunternehmerstellung des Treugebers spreche.

Dem Einwand von Mag. Fellner (ebenfalls Vertreter der Bw.), dass es jedenfalls dennoch feststünde, dass das im Zuge der Einbringung in die AG das Treugut, zumindest teilweise, nämlich in Form des Darlehens, herausgegeben worden sei, hielt Mag. Zaussinger entgegen, dass sich das Treugut nicht auf das Darlehen beschränke.

Dr. Schuster wandte ein, dass das VwGH-Erkenntnis, in dem die Mehrheitsverhältnisse für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft schädlich wären, ihm nicht bekannt sei, er sich daher dazu nicht äußern könne.

Ihm sei auch nicht einsichtig, in welcher anderen Weise als im Kündigungswege überhaupt einer Herausgabe des Treugutes notwendig sein könnte. Was die Mehrheitsverhältnisse betreffe, so verweise er nochmals darauf, dass diese bei mehreren hundert Beteiligten

geradezu notwendig wären, um die Gesellschaft wirtschaftlich planbar machen zu können. Die Kontakte mit den Anlegern seien über Vermittler hergestellt worden.

Nach Wissensstand von Dr. Zaussinger sei es nie zu einer Gesellschafterversammlung der Treugeber gekommen, nicht einmal bei der Einbringung.

Mag. Fellner konnte nicht sagen, ob es tatsächlich zu derartigen Versammlungen gekommen sei; fest stünde jedenfalls, dass die Vertriebspartner in den jeweiligen Bundesländern für Kontakte zwischen den dort wohnhaften Anlegern (Treugebern) gesorgt hätten.

Mag. Zaussinger führt weiter Folgendes aus:

„Aus § 4 des Treuhandvertrages ergeben sich Mitwirkungsrechte der Treugeber; demzufolge stehen dem Treugeber jene Mitwirkungsrechte zu, die im Gesellschaftsvertrag der Treuhänderin als stillem Gesellschafter zukommen. Die Bestimmung, wonach insbesondere ein Vertreter der Treuhänderin den Vorsitz im Aufsichtsrat übernimmt, konnte nie realisiert werden, da ein Aufsichtsrat tatsächlich nicht installiert wurde.“

Somit haben zwar die Treugeber formal gewisse Mitwirkungsrechte; da aber die Treugeber nicht nur den Treuhandvertrag, sondern damit verbunden auch weitere Verträge abschließen mussten (siehe Zeichnungsschein), war hierdurch ihr Mitwirkungsrecht aufs Äußerste beschnitten.

*Was die Unternehmerinitiative anlangt, so ergibt sich aus einer Vielzahl von VwGH-Erkenntnissen und Literaturstellen, dass auch Treugebern nur im Falle eines **persönlichen** Unternehmerrisikos und einer persönlichen Unternehmerinitiative Einkünfte zugerechnet werden können; dies unter der weiteren Voraussetzung, dass auch der Treugeber wirtschaftlich über die Einkunftsquelle disponieren und so über die Art der Nutzung bestimmen kann. Somit kann den Einkünften aus einem Treuhandvermögen eine Zurechnung der Einkünfte an den Treugeber nur dann folgen, wenn ihm (zumindest im Innenverhältnis) diese Dispositionsfähigkeit zukommt, was durch das Vertragsbündel nicht gegeben ist.“*

Dr. Schuster entgegnete, dass zunächst festzustellen sei, dass die Frage, ob ein Aufsichtsrat installiert werde oder nicht, keine Bedeutung im Hinblick auf die Unternehmerinitiative habe.

Er verwies nochmals darauf, dass bei einer Gesellschaft mit knapp 300 Beteiligten die Installierung eines Treuhänders dazu notwendig sei, damit die Gesellschaft handlungsfähig bleibe. Dies könne für die Anerkennung einer Mitunternehmerschaft keinesfalls schädlich sein. Eine freiwillige Selbstbindung der Dispositionsrechte der Anleger sei zulässig und nicht schädlich für eine Mitunternehmerschaft.

Dem hielt Mag. Zaussinger entgegen, dass es nach Ansicht des Finanzamtes jedoch schädlich sei, wenn man sich aus dieser Beschränkung nicht befreien könne. Kontrollrechte seien zwar den Treugebern pro forma eingeräumt worden (s. § 4 Abs. 2 des Treuhandvertrages); so könnten Aufträge des Treugebers an die Treuhänderin erfolgen. Allerdings sei hier wiederum das Mehrheitserfordernis gegeben; es bleibe nunmehr im Dunkeln, auf welche Weise überhaupt die Mehrheitsbildung erfolgen könne. Somit stünde fest, dass die Ausübung von Kontrollrechten de facto so gut wie ausgeschlossen sei. Im Wesentlichen hätten die Treugeber

bloß das Recht, die Jahresabschlüsse zur Kenntnis zu nehmen; dies in wirtschaftlicher Betrachtungsweise.

Dr. Schuster verwies auf die Ausführungen zur Dispositionsfreiheit. Wirtschaftlich betrachtet hätte es jedenfalls sehr wohl eine Abstimmung zwischen den Treuhändern und den Vertretern der Vertriebspartner gegeben.

Voraussetzung sei nach Mag. Zaussinger, dass die Treugeber dieselben Mitwirkungsrechte und die gleiche Stellung wie ein Kommanditist hätten (Regelstatut des HGB). Aus dem Vertragsgeflecht ergebe sich jedoch, dass den Treugebern weder das Stimmrecht nach § 161 HGB noch das Widerspruchsrecht nach § 164 HGB, wiederum in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, eingeräumt worden sei.

Nach Dr. Schuster käme es auf die Beteiligung an den stillen Reserven und dem Firmenwert an und nicht auf die tatsächlich praktizierten Mitwirkungsrechte.

Abschließend stellte die Amtspartei den Antrag auf Abweisung der Berufung, da den Treugebern – wie schon von der Betriebspprüfung und vom UFS in der zwischenzeitig aus rein verfahrensrechtlichen Gründen aufgehobenen Berufungsentscheidung festgestellt – keine Mitunternehmerstellung zukomme.

Mag. Fellner äußerte abschließend, dass seiner Ansicht nach die Verwaltungsbehörde offensichtlich versuche, die erst zu einem späteren Zeitpunkt eingefügte Bestimmung des § 2 Abs. 2a EStG auf die Zeiten vor deren Inkrafttreten rückzuprojektieren. Dies werde auch durch eine Stellungnahme der Großbetriebspprüfung Wien, die er in den dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten gefunden hätte, bestätigt, demzufolge der damalige Leiter der Großbetriebspprüfung Wien ausgeführt hätte, dass derartige Verlustmodelle fallen müssten.

Nach Mag Zaussinger hätte die Amtspartei von diesem Aktenvermerk keine Kenntnis. Er hätte auf die Positionierung der Amtspartei überhaupt keinen Einfluss.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob die Anleger atypische stille Gellschafter und Mitunternehmer an der PC94, jetzigen PC, sind, somit ihnen die im ersten Jahr ihrer Beteiligung erwirtschafteten Verluste in Höhe 294% zuzurechnen sind, oder ob es sich um bloße Kapitalhingabe gehandelt habe.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Die PC94 hat im Jahr 1994 als Geschäftsherr mit der S., Buchprüfungs- und SteuerberatungsgesmbH eine atypisch stille Gesellschaft, PC94 & Stille errichtet. (vgl. Gesellschaftsvertrag S 3ff)

Es wurden knapp 300 private Anleger für die Beteiligung mit dem eingangs angeführten Prospekt „Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger“ angeworben (S 6). In dem Prospekt wurde ausgeführt, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen konzipiert ist, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden. Auf Grund des Grenzsteuersatzes von 50%, einer Verlustzuweisung von 150% und einer geplanten Abschichtung, bezogen auf die Zeichnungssumme, wird eine Nettorendite von ca. 12% p.a., was einer Bruttorendite (vor Kest 22%) ca. 15% entspricht, ermittelt.

Die Beteiligung setzt sich zu 51% als atypische Beteiligung und zu 49% als Darlehen, welches durch eine Bankgarantie einer österreichischen Bank besichert ist, zusammen

Mittels Unterfertigung eines Zeichnungsscheines schlossen die Anleger als Treugeber mit der Scheck WT-Union (Treuhänderin) einen Treuhandvertrag und beteiligten sich über die Treuhänderin an der PC94 .

Die PC94 & Stille schloss mit den Unternehmen Sp-gmbH, L-GmbH, der B-gmbH, GP- Betriebs GmbH, F-gmbH als Geschäftsherrn Gesellschaftsverträge, auf Grund derer sie, die PC94 & Stille, atypisch stille Gesellschafter wurde (S10). Auch in diesen Verträgen war der atypisch stille Gesellschafter, in diesem Fall die „PC94 & Stille“ gemäß § 8 an der Geschäftsführung nicht beteiligt (S 10).

An dem Verlag Sportmagazin H-gmbH & Co KG und an der St & Co Warenhandel KEG war die PC94 & Stille als Kommanditist beteiligt.

Auf Grund der Beteiligungen wurden Verluste in oa. Höhe erklärt. (SS 11ff)

Die PC ist die Rechtsnachfolgerin der PC94, nachdem sie als übernehmende Gesellschaft auf Grund des Verschmelzungsvertrages und des Generalversammlungsbeschlusses vom 24.9.2003 mit der PC94 als übertragende Gesellschaft verschmolzen wurde.

Beweiswürdigung:

Der unabhängige Finanzsenat nimmt es als erwiesen an, dass die Rechte der Anleger (= Treugeber) durch die Verträge (Vertragsgeflecht) so eingeschränkt waren, dass ihnen keine Mitunternehmerstellung zugekommen ist.

Diese Beurteilung gründet sich auf folgende in freier Beweiswürdigung herangezogene Umstände:

Zur inhaltlicher Begründung der Berufung

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

Das Gesetz definiert zwar den Begriff der Mitunternehmerschaft nicht, doch werden die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) als Beispiele angeführt. Die OHG und die KG gelten danach als typische Mitunternehmerschaften; daraus wird abgeleitet, dass der Mitunternehmerbegriff durch Merkmale bestimmt wird, die für die Gesellschafter einer OHG und KG typisch sind.

Wie bereits im Verwaltungsverfahren ausgeführt, ist entscheidend für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft das Gesamtbild der Verhältnisse, wobei neben dem Erfordernis des Vorliegens von steuerlichen Einkünften gem. § 23 EStG die Kriterien der Übernahme eines Unternehmerrisikos und/oder der Unternehmerinitiative im Vordergrund stehen. Diese Kriterien sind unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalls nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, insbesondere aus den vertraglichen Vereinbarungen für den Fall der Beendigung der Gesellschaftsverhältnisse zu beurteilen und zu prüfen (vgl. E 22.10.1986, 86/13/0092).

Die zwei Kriterien, die im Vordergrund stehen, sind:

Übernahme eines **Unternehmerrisikos** und/oder

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

Unternehmerinitiative

Gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages (S 3), abgeschlossen zwischen dem Geschäftsherrn, der PC94, und der S. ist der atypisch stille Gesellschafter an der Geschäftsführung in keiner Weise beteiligt und es besteht keine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsleitung.

Die Anleger (Beteiligten) stellen im Zuge der Unterfertigung des Zeichnungsscheines (S 9), dessen integrierender Bestandteil der Vertrag über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft, die Darlehensvereinbarung und der Treuhandvertrag bzw. Schiedsvertrag zum Treuhandvertrag bilden, der S. das unwiderrufliche Anbot, mit ihm, dem Unterzeichner, den im Prospekt wiedergegebenen Treuhandvertrag abzuschließen (S 3ff).

Als stiller Gesellschafter an der PC94 kann man sich nur beteiligen, wenn man den Treuhandvertrag abschließt (vgl. Zeichnungsschein S 9 ff).

Mit dem gegenständlichen Treuhandvertrag (§ 4ff) werden die im Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontrollrechte unwiderruflich auf die Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses an die Treuhänderin, die Firma S., übertragen.

Nach § 5 des Treuhandvertrages zwischen den einzelnen Treugebern und dem Treuhänder (S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.H) ist das Treuhandverhältnis grundsätzlich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Eine Kündigung kann nur ausgesprochen werden, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen (§ 5).

Der Treugeber überträgt damit von Vornherein sämtliche ihm möglicherweise zustehenden Mitwirkungs- bzw. Kontrollrechte an den Treuhänder, ohne diese aufgrund der vertraglich geregelten Mehrheitserfordernisse ausüben zu können.

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

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

Für die Mitunternehmerstellung eines Kommanditisten ist es nach der Literatur und Rechtsprechung unter anderem erforderlich, dass dem Kommanditisten seinem Regelstatut entsprechend das Stimmrecht gemäß § 161 HGB und das Widerspruchsrecht gemäß § 164 HGB zukommt. Dies gilt auch für atypisch stille Gesellschafter (Quantschnigg/Schuch, EStG-Handbuch, § 23 Tz 25, 26).

Wie in der Berufung ausgeführt, diene die Bündelung der Stimmrechte der Anleger über einen Treuhänder dem Einfluss der Anleger. Es läge im Wesen des Anlegersystems als Kapitalmarktinstrument, die Stimm- und Kontrollrechte der einzelnen Geldgeber zu bündeln um mit mehr Kompetenz und Einfluss gegenüber dem Geschäftsherrn auftreten zu können.

Eine atypische Beteiligung der Anleger konnte nur im Zuge der Unterzeichnung eines Zeichnungsscheines (§ 5) erlangt werden. Wie vorstehend ausgeführt, war diese verbunden mit einem Treuhandvertrag, einem Darlehensvertrag und einem Schiedsvertrag.

Bei Publikumsgesellschaften ist die Einschaltung eines Treuhänders (auch Organtreuhänder genannt) häufig vorgesehen. Erfolgt die Zwischenschaltung eines Treuhänders, erfolgt die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte vor allem mit dem Gedanken der sinnvollen und zweckmäßigen Ausübung der Verwaltungsrechte. Unter Voraussetzungen, wie sie für

Treunehmer typisch sind, ist dadurch die Mitunternehmerstellung des Treugebers nicht berührt, die unmittelbare Beteiligung am Erfolg und an der Substanz bleibt gewahrt, das unternehmerische Risiko des Treugebers wird nicht verändert.

Die Zwischenschaltung eines Treuhändern, der zusammengefasst die Rechte der Treugeber wahrnimmt und der lediglich seiner formellen Rechtstellung nach Gesellschafterbefugnisse ausübt, führt zivilrechtlich dazu, dass Veränderungen im Vermögen und im Erfolg, als wie im Vermögensstand des Treugebers eingetreten gelten (Stoll, Publikums-(Abschreibungs-)Gesellschaften, SS 66ff).

Nach § 4 des Treuhandvertrages zwischen den einzelnen Treugebern und dem Treuhänder (S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.b.H.) sollen dem Treugeber jene Mitwirkungsrechte zustehen, die nach dem Gesellschaftsvertrag über die atypische stille Gesellschaft der Treuhänderin als stiller Gesellschafterin zukommen. In diesem Vertragspunkt ist aber auch geregelt, dass der Treugeber die Treunehmerin (Treuhänderin) ermächtigt, die Rechte aus der Beteiligung bzw. Darlehenshingabe im eigenen Namen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes auszuüben, d.h. es werden die Dispositionsrechte des Treugebers an den Treuhänder übertragen.

Aus einer Vielzahl von Erkenntnissen (VwGH 25.6.1997, 95/15/0192 und 95/15/0193; VwGH 20.9.1988, 87/14/0167; VwGH 25.11.1999, 97/15/0188) sowie der Literatur, Doralt EStG Kommentar, § 23, RZ 253, geht hervor, dass auch Treugebern nur im Falle eines persönlichen Unternehmerrisikos und einer Unternehmerinitiative Einkünfte zugerechnet werden können. Im Erkenntnis VwGH vom 20.9.1988, 87/14/0167 wird ausgeführt, dass die Zurechnung von Einkünften aus einem Treuhandvermögen an die Dispositionsfähigkeit über die Einkunftsquelle knüpft. Selbst wenn der Treuhänder Mitunternehmer sein sollte, hat dies für sich allein noch nicht zur Folge, dass auch dem Treugeber Mitunternehmerstellung zukommt (VwGH 23.4.2002, 99/14/0321).

§ 24 BAO regelt nur die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, nicht jedoch die Zurechnung von Einkünften (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16.3.1989, 89/14/0024). Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der wirtschaftlich über die Einkunftsquelle disponieren und so die Art der Nutzung bestimmen kann. Bei Einkünften aus einem Treuhandvermögen kann daher eine Zurechnung der Einkünfte an den Treugeber nur erfolgen, wenn ihm (zumindest im Innenverhältnis) diese Dispositionsfähigkeit zukommt.

In dem gegenständlichen Treuhandvertrag zwischen den Anlegern als Treugeber und dem Treuhänder, wurde der Treuhänder vom Treugeber beauftragt, sich treuhändig auf seine Rechnung als atypisch stiller Gesellschafter gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die atypisch stille Beteiligung an der PC (ehemals PC94) zu

beteiligen und diese Beteiligung in der Folge treuhändig zu verwalten. Durch die aufgrund der im Treuhandvertrag festgelegten Übertragung der Dispositionenrechte des Treugebers an den Treuhänder entfaltet die Unternehmerinitiative nicht der Treugeber, sondern allenfalls der Treuhänder. Aufgrund der obig angeführten Judikatur ist der Treugeber mangels Dispositionsfähigkeit (die aufgrund der vertraglichen Gestaltung auch im Innenverhältnis nicht vorliegt) nicht als Mitunternehmer anzusehen.

Die Ermächtigung und Vollmacht ist auf Dauer des Bestandes des Treuhandverhältnisses unwiderruflich.

Wenn im Gesellschaftsvertrag zwischen dem Geschäftsherrn und der S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.H. letzte Kontrollrechte nach § 178 ff HGB eingeräumt sind, dann ist auf Grund der dargelegten Vertrags situation zwischen der S. Buchprüfungs- und Steuerberatungsges.m.b.H. als Treuhänderin und den stillen Gesellschaftern als Treugeber davon auszugehen, dass trotz der formellen Bestimmung des § 4 des Treuhandvertrages diese Kontrollrechte nach §§ 178 ff HGB in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht auf die Treugeber durchschlagen (keine Jahresversammlungen, kein organisierter Willensbildungsprozess vorgesehen etc.).

Mit dem Treuhandvertrag wurden die im Gesellschaftsvertrag zustehenden Kontrollrechte an die Fa. S. als Treuhänderin übertragen. Die in der Projektbeschreibung beschriebene Verwendung der Zeichnungssumme samt den für die Leistungen der Projektbetreiber zu bezahlenden Kostenersätze mussten von den Zeichnern der Anteile ohne Möglichkeit einer Einflussnahme akzeptiert werden.

Auch in dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.12.1990, Zl. 86/13/0136, führt dieser aus, dass gemäß § 24 Abs.1 lit. c BAO Wirtschaftsgüter, die zu treuen Handen für den Treugeber erworben worden sind, dem Treugeber zuzurechnen sind. Dieser Bestimmung liegt die Überlegung zu Grunde, dass ungeachtet der umfassenden Rechtsausübungsbefugnisse des Treuhänders, der wirtschaftliche Nutzen (Ertrag) und Wertsteigerung des Treuhandvermögens dem Treugeber ebenso zu Gute kommen soll wie ihn das Risiko einer allfälligen Wertminderung trifft. Der Treuhänder übt die Rechte des Eigentümers zwar im eigenen Namen, jedoch im (wirtschaftlichen) Interesse des Treugebers aus. Der Treugeber hat ein Recht auf Rückgabe bzw. Herausgabe des Treuhandvermögens und seiner Früchte. Er kann durch Beendigung des Treuhandverhältnisses die Rechtsausübungsbefugnis als Eigentümer (wiederum) zurückverlangen.

Diese dem Treuhandvertrag inhärente Möglichkeit ist in dem gegenständlichen Fall den „Treuhand-Kommanditisten“ genommen. Selbst wenn man ihre Kündigungsmöglichkeit bejahen wollte, ist dies mit der hierfür geforderten Mehrheit von 51 % der treuhändig

gehaltenen Kommanditanteile, ohne dass für die einzelnen Treugeber die Möglichkeit bestünde, von den Daten der übrigen Treugeber Kenntnis zu erlangen, praktisch kaum zu verwirklichen.

Im gegenständlichen Fall ist die Kündigung ebenfalls gemäß § 5 des Treuhandvertrages eingeschränkt; eine gültige Kündigung kann von einem Treugeber nur dann ausgesprochen werden, wenn gleichzeitig die Mehrheit aller bei der PC (PC94) wirtschaftlich beteiligten Treugeber, berechnet nach den Einlagen, das Treuhandverhältnis aufkündigen.

Auch wenn in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Bw. ausgeführt wurde, dass die Willensbildung der Treugeber über die Vertriebspartner, die die Anleger akquiriert haben, sehr wohl möglich sei, ist nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eine solche Mehrheit bei einer so großen Anzahl von Anlegern, wie dies auch im o.a. Erkenntnis ausgesprochen, praktisch nicht zu verwirklichen.

Der Verwaltungsgerichtshof vom 19.12.1990, 86/13/0136 unterstreicht, dass eine Klausel betreffend Mehrheitserfordernis der treuhändig gehaltenen Anteile gegen das Vorhandensein einer Mitunternehmerstellung des Treugebers spricht. Auch die Literatur sieht das Fehlen eines Rückgabe- bzw. Herausgaberechtes des Treugebers als für ein Treuhandverhältnis atypisch (Jakom/Baldauf 2008, § 23 Rz 173 und dort angeführte Literatur).

Der unabhängige Finanzsenat vertritt daher die Auffassung, dass es nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, wie es sich aus der Aktenlage ergibt, völlig unwahrscheinlich ist, dass einem Treugeber zumindest 51% der übrigen Treugeber bekannt sind, um die in den Verträgen erforderlichen Mehrheitsbeschlüsse fassen zu können. Die Anleger sind ebenso wie die Vertriebspartner in ganz Österreich verteilt. Warum weiters über die Vertriebspartner, denen keine rechtliche Stellung in dem Firmengeflecht zukommt, eine Koordination erreicht werden könnte, wurde im Berufungsverfahren nicht dargelegt. Wenn somit ein Anleger von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen will, wird er an der im Vertrag festgehaltenen „Mehrheitsklausel“ scheitern.

Mehrheitsbeschlüssen der Gesellschafter fehlt es an der praktischen Anwendbarkeit.

Dass die geforderte Mehrheit kaum zu verwirklichen ist, führt jedoch dazu, dass der einzelne Anleger keine Initiative entfalten kann.

Unternehmerrisiko

Unternehmerrisiko sind mit der Kapitalanlage verbundenen Gefahren der Vermögensminderung oder Vermögenseinbuße.

Übernahme eines Unternehmerrisikos bedeutet die gesellschaftsrechtliche oder eine wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens, also die

Übernahme eines Unternehmerwagnisses; dazu gehört die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft, die Haftung für Gesamtschulden, die Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert, zumindest im Fall der Auflösung der Gesellschaft.

Stoll nimmt dagegen auch dann eine Mitunternehmerschaft an, wenn nur eine Beteiligung an den stillen Reserven besteht, aber eine Unternehmerinitiative fehlt (Publikumsgesellschaften); nur dann lässt es sich auch begründen, dass eine atypisch stille Gesellschafter Mitunternehmer ist, selbst wenn er keine dem Kommanditisten vergleichbare Rechte besitzt (VwGH 23.2.1994, 93/15/0163).

Laut Gesellschaftsvertrag (SS 2ff) ist die Höhe der möglichen Verlustzuweisung mit 294 % des Nominales der atypisch stillen Gesellschaftereinlage begrenzt. Darüber hinausgehende Verluste sind dem Geschäftsherrn zuzuweisen. Mit einzelnen Anlegern bestehen abweichende Regelungen durch die Vereinbarung einer höheren Verlustzuweisung. Es besteht keine Nachschusspflicht. Scheidet ein Gesellschafter aus, so ist ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben zu ermitteln (§ 13 des Gesellschaftsvertrages). Für die Kosten des Geschäftsherrn werden vom gemäß dem Beteiligungsverhältnis ermittelten Auseinandersetzungsguthaben 20% der Gesellschaftereinlage in Abzug gebracht. Der sich ergebende Auszahlungsbetrag wird nicht mit einem etwaigen bestehenden negativen Kapitalkonto saldiert.

Bereits im Geschäftsjahr 1994 wurde die maximale Verlustzuweisung an die stillen Gesellschafter vorgenommen.

Nach den weiteren Ausführungen von Stoll in „Publikums-Abschreibungsgesellschaften“ könne das Risiko, die Vermögenseinlage zu verlieren, das Mitunternehmerbild nicht allein bestimmen, denn die Gefahr treffe gleichermaßen auch denjenigen, der an einer Kapitalgesellschaft beteiligt sei und der so gleichfalls nicht mehr verlieren könne als der Kommanditist, nämlich das eingesetzte Kapital. Es müsse vielmehr auch die Beteiligung am Gewinn, an den stillen Reserven, am Zuwachs des Geschäftswertes des Unternehmens, dem Kapital zugeführt wurde, hinzutreten. Aber auch bei dieser Feststellung könne es noch nicht bleiben. Die Teilnahme an Gewinnen, und zwar sogar an den Wertzuwächsen, die üblicherweise außerhalb des laufenden Geschäfts realisiert werden, sei nämlich auch dem an einer Kapitalgesellschaft Beteiligten nicht verschlossen, wenngleich diese Gewinne bei ihm zumeist erst bei der Veräußerung seiner Anteile oder bei Liquidation des Unternehmens zur Wirkung gelangen. Das so deutliche Merkmal des Unternehmerrisikos scheine somit an Farbe und Substanz zu verlieren und als Unterscheidungs- und Bestimmungsmerkmal weniger bedeutsam zu werden oder sich gar als unbrauchbar zu erweisen, wenn man aus dieser Sicht

(wenn auch einseitig und bewusst vordergründig) den Kommanditisten mit dem Gesellschafter von Kapitalgesellschaften vergleiche.

Für Mitunternehmer sei ausschlaggebend, dass das Merkmal der "Unmittelbarkeit" erfüllt werde, somit die prinzipielle Verfügungsbefugnis über die Gewinnanteile, wie auch das Ausgesetztsein der Risiken des Unternehmens, mit dem man verbunden sei, in einer Weise, wie dies für einen Unternehmer im Sinne des § 23 Z.1 EStG typisch sei.

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

Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob das für das Bestehen einer Mitunternehmerschaft geforderte Mitunternehmerrisiko gegeben ist.

Das Beteiligungsangebot lautet: "Hochrentierliche Beteiligungsmöglichkeit für Top-Privatanleger." (S 5)

Die Beteiligung wird damit beworben, dass die Beteiligung insbesondere für unbeschränkt steuerpflichtige Personen konzipiert ist, die ein hohes zu versteuerndes Einkommen erzielen und zur Einkommensteuer veranlagt werden. Es handelt sich um eine Beteiligung, die auf der Grundlage eines steueroptimierten Konzeptes in Form einer atypisch stillen Beteiligung errichtet wird. Die Beteiligung ist mit einem Darlehen im Ausmaß von 41% der Zeichnungssumme, das die Anleger dem Geschäftsherrn gewähren, kombiniert. Dieses Darlehen ist durch eine Bankgarantie einer österreichischen Bank besichert.

Ein weiterer Anreiz ist, dass bei einem Grenzsteuersatz von 50 %, einer Verlustzuweisung von 150% und der geplanten Abschichtung – bezogen auf die Zeichnungssumme – sich eine Nettorendite von ca. 12 % p.a. ermitteln lässt, was einer Bruttorendite (vor 22 % KEST) von ca. 15 % p.a. entspricht.

In dem auf Seite 6 angeführten Berechnungsbeispiel wird von einer 100%igen Verlustzuweisung im ersten Jahr der Beteiligung ausgegangen. Ein Gewinn wird nicht erwartet, ein Abschichtungsguthaben in einer bestimmten Höhe wird bei der Berechnung der Rendite berücksichtigt.

Bei dem gegenständlichen Beteiligungsmodell beziehen die atypisch stillen Beteiligten selbst bei Verlust des eingesetzten Kapitals auf Grund der durch die Anfangsverluste erzielten Steuerersparnis die im Rechenbeispiel angeführte Rendite.

Laut dem Berechnungsbeispiel kann es weiters nur zum teilweisen Verlust des eingesetzten Kapitals kommen. Fast die Hälfte des jeweils eingesetzten Kapitals ist ein Darlehen, für welches die Rückzahlung mittels Bankgarantie gesichert ist. Die andere Hälfte ist die risikobehaftete Anlage als atypisch stiller Gesellschafter. Doch laut dem Berechnungsbeispiel ist selbst bei gesamtem Verlust des eingesetzten Kapitals eine Rendite auf Grund der Steuerersparnis für den Anleger gewinnbringend. Bereits im Jahr nach Eingehen der Beteiligung steht einer Einzahlung von S 104.000,- eine Steuerersparnis von S 77.000,- gegenüber und je nach Modell A oder B in den darauf folgenden Jahren die Rückzahlung in Höhe von 41.000,- (vgl. Rechenbeispiel S 6ff).

Der in der Berufung angeführte Effekt der Steuerstundung findet, dem Berechnungsbeispiel folgend, bereits bei der Berechnung der Rendite Berücksichtigung, da der Abschichtungsbetrag in einer bestimmten Höhe berücksichtigt wurde.

Laut Ausführungen der Bw. liegt im gegenständlichen Fall ein Finanzierungsmodell für Dritte sowie für die eigene Unternehmensgruppe vor, mit dem Ziel die Eigenfinanzierung der Unternehmen zu fördern und damit innovative Bereiche in Unternehmensgruppenportfolio mit genügend Eigenmittel zu versorgen, um geordnete Produktentwicklungen auch in den wirtschaftlich schwierigen Anlauf- und Einführungsphasen zu sichern.

Es geht um die Finanzierung von Projekten, im gegenständlichen Fall Ankauf und Herstellung von Wohnungen, wobei die atypisch stillen Beteiligten (Anleger) der Gesellschaft keinerlei Einfluss auf die Art der Projekte, die Art der Anschaffung der Wirtschaftsgüter etc. haben. Sie stellen ihr Geld zur Verfügung, wofür laut dem „Werbeprospekt“ eine Nettorendite in Höhe 12% bei 50% Grenzsteuersatz und einer Verlustzuweisung in Höhe von 150 % zugesagt wurde.

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

Nach der Vertragslage - § 13 des Gesellschaftsvertrages, letzter Satz - nehmen die stillen Gesellschafter ausschließlich bei Ausscheiden durch Kündigung gemäß § 10 des Gesellschaftsvertrages am Verkehrswert (stille Reserven und Firmenwert) teil.

In sonstigen Fällen der Auflösung gilt die Buchwertklausel. Nach der Rechtsprechung (VwGH 23.2.1994, 93/15/0163) darf hingegen keineswegs vernachlässigt werden, wenn bei sonstigen Auflösungsgründen (außerordentliche Kündigung oder Konkurs des Geschäftsherrn oder des stillen Gesellschafters) keine Beteiligung an den stillen Reserven oder am Firmenwert gegeben ist. Auch das spricht im gegebenen Zusammenhang gegen das Vorliegen der Mitunternehmerstellung.

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse hat im gegenständlichen Fall die Beteiligung an nahe stehenden Firmen (vgl. S 8 ff) und deren im ersten Jahr der Beteiligung erwirtschafteten Verlusten Modellcharakter, der sich unabhängig von einem Unternehmerrisiko der Anleger darstellt.

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

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

Nach Auffassung des UFS erfüllen die Zeichner der Anteile nicht die für das Unternehmerrisiko erforderlichen Voraussetzungen. Das Risiko der Anleger besteht ausschließlich im Verlust der dem Geschäftsherrn zur Verfügung gestellten Gelder. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise handelt es sich lediglich um die Hingabe eines Darlehens.

Der unabhängige Finanzsenat vertritt daher nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die Auffassung, dass die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für eine Mitunternehmerschaft – Unternehmerinitiative und Unternehmerrisiko – im gegenständlichen Fall nicht gegeben sind.

Der Berufung war daher nicht statzugeben.

Wien, am 4. Dezember 2008