



GZ. RV/0412-W/02

GZ. RV/1196-W/02

GZ. RV/1197-W/02

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Alfred Peschl und die weiteren Mitglieder Beamter Mag. Johannes Böck, Dr. Josef Mäder und Hofrat Dkfm. Mag. Gilbert Schachner im Beisein der Schriftführerin Diana Engelmaier am 29. Juni 2004 über die Berufung der Bw., gegen die Bescheide des Finanzamtes für Körperschaften bzw. Wien 23 betreffend Umsatzsteuer für die Jahre 1996 bis 1998, Festsetzung der Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999 sowie Haftung für Abzugsteuer gemäß § 99 EStG 1988 entschieden:

Den Berufungen gegen die Umsatzsteuerbescheide 1996, 1997 und 1998 wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Der vorläufige Umsatzsteuerbescheid 1998 ergeht endgültig.

Der Berufung gegen den Bescheid betreffend Festsetzung der Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999 wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Der Berufung gegen den Bescheid betreffend Haftung für Abzugsteuer gemäß § 99 EStG 1988 wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof

oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

## Entscheidungsgründe

### Inhaltsverzeichnis:

1.	Satzung, Gewerbeberechtigung und Geschäftstätigkeit der Bw	6
2.	Umsatzsteuer-Nachschau für den Zeitraum 10-12/1996 und 1-7/1997	7
2.1	Der Tätigkeitsumfang der Bw. lt. dem Vertriebsprospekt	8
2.2	Der Tätigkeitsumfang der Bw. lt. den Feststellungen der BP	11
2.3	Die rechtliche Würdigung durch die Betriebsprüfung	19
3.	Die Berufung vom 19. Jänner 1998 gegen den vorl. Umsatzsteuerbescheid 1996	21
4.	Die Stellungnahme der BP vom 25. August 1998	23
5.	Die Auskunftsschreiben der "D-Bank-Futures AG" vom 7. und 20. August 1998	24
6.	Betriebsprüfung betreffend U 1996 und 1997 sowie 1-12/1998 und 1-6/1999	25
7.	Die Höhe der steuerlichen Bemessungsgrundlagen lt. BP/FA	26
8.	Die Berufung vom 8. November 1999 betreffend U 1996-1998, U 1-6/1999	26
9.	Das Gutachten der A-GmbH vom 28. März 2000	29
10.	Die Stellungnahme der BP vom 29. Juni 2000 zu dem Gutachten der A-GmbH	31
11.	Die Eingabe der Bw. vom 25. Oktober 2001	33
12.	Das Rechtsgutachten vom 5. November 2001 – Gutachter Dr. K.	36
13.	Das Rechtsgutachten vom 9. November 2001 – Gutachter Dr. St.	43
14.	Die Stellungnahme der BP vom 12. August 2002 zum Gutachten von Dr. K.	44
15.	Die Eingabe der Bw. vom 18. Oktober 2002	47
16.	Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 15. November 2002	51
17.	Die Stellungnahme von Dr. K. zu der Zeugenbefragung vom 15. November 2002	54
18.	Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 17. Dezember 2003	58
19.	Die Eingaben der Bw. vom 26. Jänner 2004 und 31. März 2004	59
20.	Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 28. April 2004	60
21.	Bescheid betreffend Haftung für Abzugsteuer gemäß § 99 EStG:	63

### **1. Satzung, Gewerbeberechtigung und Geschäftstätigkeit der Bw.:**

Die „Berufungswerberin“ (im Folgenden mit Bw. bezeichnet) wurde mit Feststellung der Satzung am 3. Oktober 1996 gegründet und mit 30. Oktober 1996 in das Firmenbuch eingetragen.

In § 2 der Satzung ist der Betriebsgegenstand der Bw. ua. wie folgt umschrieben:

1. Haupttätigkeit der Gesellschaft ist die Beratung von Unternehmen über die Kapitalstruktur, die industrielle Strategie und in damit verbundenen Fragen sowie die Beratung und die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Zusammenschlüsse und Übernahme von Unternehmen; die Portfolioberatung; die Erteilung von Handelsauskünften;

2. Die Erbringung von Finanzdienstleistungen und Marketing sowie Vermittlung und Service für Vermögensanlagen aller Art sowie die Ausübung aller damit in Zusammenhang stehender Geschäfte;
3. Die Vermittlung von Finanzierungen, Beteiligungen, Wertpapieren und Ähnlichem sowie die diesbezügliche Kundenberatung und Betreuung;
4. Der Groß- und Kleinhandel bzw. Ein-, Aus- und Durchfuhrhandel von Waren aller Art, einschließlich die Ausübung aller Sonderhandelsgewerbe und konzessionierter Gewerbe, soweit sie auf Ein- und Verkauf von Waren basieren.

Der Betrieb von Bankgeschäften ist laut § 2 der Satzung dabei jeweils ausgeschlossen. Da es sich bei der Vermittlung von Warentermingeschäften um keine Instrumente des § 1 Abs. 1 Z. 7 lit. b bis f BWG handle, unterliegt zufolge der mit 12. Juni 2001 datierten Auskunft der Bundeswertpapieraufsicht die Tätigkeit der Bw. keiner Konzessionspflicht nach dem Wertpapieraufsichtsgesetz. Es würden aber auch bei der Vermittlung von Verträgen über Waren die Wohlverhaltensregeln der §§ 11 bis 18 WAG zur Anwendung kommen.

Die Bw. verfügt laut Auskunft aus dem Zentralen Gewerbeverzeichnis über nachstehende Gewerbeberechtigungen:

- Handelsgewerbe (mit Ausnahme der bewilligungspflichtigen gebundenen Handelsgewerbe) und Handelsagenten
- Vermögensberater und Verwalter von beweglichem Vermögen gemäß § 124 Z. 23 GewO 1994
- Vermittlung des Ankaufs von Wertpapieren, bestehend in der Prospektinformation der potentiellen Käufer und der Zusammenführung von Verkäufer und Käufer, ausgenommen jeglicher dem gebundenen Gewerbe der Vermögensberater und Verwalter von beweglichem Vermögen vorbehaltenen Tätigkeiten wie zB Information und Beratung des Kunden über die Zweckmäßigkeit des abzuschließenden Geschäfts. Erstellung von Anlage- und Finanzierungsplänen für den Kunden, Erstellung von Vermögensanalysen, usw.

Das Gewerbe eines Handelsagenten umfasst zufolge dem mit 9. Juli 1997 datierten Gutachten von Dr. L nach § 156 Abs. 2 GewO das „Vermitteln oder Abschließen von *Warenhandels*geschäften in fremden Namen und für fremde Rechnung“.

Da auch Wertpapiere iW.S. nicht als „Waren“ anzusehen seien, die Gewerbeordnung kein Gewerbe aufzähle, das die Vermittlung von Wertpapieren erfasse, sei die Bw. gemäß § 34 Abs. 4 GewO nur zur Vermittlung von *Warenhandels*geschäften befugt. Die Bw. bedürfe daher auch keiner Konzession der Bundeswertpapieraufsicht.

Dem vorstehenden Gutachten von Dr. L ist jedoch ebenso zu entnehmen, dass die Tätigkeit der Bw. über die bloße „Vermittlung“ hinausgehe. Zum einen erfolge durchaus auch eine Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte, etc. Zum anderen sei davon auszugehen, dass die Bw. nicht bloß „vermittele“, vielmehr für die Kunden treuhändig als Kommissionär auftrete und weiters die Kundengelder treuhändig halte. Aus diesen Gründen habe die Bw. die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe eines „Vermögensberaters“ beantragt.

Die Bw. könne weiters kein Kreditinstitut sein, wenn ihre Tätigkeit nicht unter das „Termin- und Optionsgeschäft“ des § 1 Abs. 1 Z. 7 BWG falle, da Warendermingeschäfte und insbesondere Rohstofftermingeschäfte nicht unter § 1 Abs. 1 Z. 7 BWG zu subsumieren wären. Mangels getätigter Bankgeschäfte sei die Bw. auch kein Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Im vorliegenden Fall handle die Bw. mit den nachstehend bezeichneten Verträgen über *Waren* im Sinne der Z. 5 der Anlage 2 zu § 22 Bankwesengesetz (BWG):

„Warenverträge, ausgenommen Edelmetallverträge

- a) Waren-Termingeschäfte;
- b) Waren-Terminkontrakte;
- c) gekaufte Waren-Optionen;
- d) andere vergleichbare Warengeschäfte.“

In dem von Dr. L. erstellten Gutachten wird weiters davon ausgegangen, dass die Bw. im eigenen Namen auf Rechnung des Kunden den Kauf von Warenderminoptionen *besorge*. Die Bw. trete somit treuhändig bzw. als Kommissär auf.

Die Bw. ist seit ihrer Gründung in der Vermittlung bzw. Besorgung von Warendermin- und Warenderminoptionsgeschäften tätig, die über in der Schweiz ansässige Brokerhäuser für Privatanleger sowie für Anleger unter der Firma ihres Geschäftsbetriebes an ausländischen Börsen plaziert werden.

Bei der Einreichung der Umsatzsteuervoranmeldungen für die Zeiträume Oktober bis Dezember 1996 sowie Jänner bis Dezember 1997 erklärte die Bw. keine steuerpflichtigen Umsätze und machte Vorsteuern in Höhe von S 276.865,23 geltend. Letzteres mit der Begründung, dass hinsichtlich der von ihr vermittelten bzw. besorgten Warenderminoptionsgeschäfte keine im Inland steuerbaren Umsätze vorliegen würden.

## **2. Umsatzsteuer-Nachschau für den Zeitraum 10-12/1996 und 1-7/1997:**

Im Zuge einer Umsatzsteuernachschau für die Zeiträume Oktober bis Dezember 1996 und Jänner bis Juli 1997 wurde laut Tz. 16 des BP-Berichtes festgestellt, dass die Bw. neben der eigentlichen Vermittlungs- bzw. Besorgungsleistung gegenüber ihren Anlegern im Inland auch *Beratungsleistungen* von eigenem wirtschaftlichem Gewicht erbringe, die für das Jahr 1996 wie folgt mit 20% nachzuversteuern seien:

<b>Zeitraum.</b>	<b>Betrag:</b>
November 1996	531.924,52
Dezember 1996	1.541.461,55
SUMME:	2.073.386,07
<b>Nettobetrag:</b>	<b>1.727.821,73</b>

## **2.1 Der Tätigkeitsumfang der Bw. lt. dem Vertriebsprospekt:**

Zum Zweck der Vermittlung bzw. Besorgung von Warentermin- und Warenterminoptionsgeschäften würden angestellte Telefonverkäufer der Bw. unter Heranziehung der amtlichen Telefonbücher versuchen, potentielle Anleger aus dem Kreis der Freiberufler, Gewerbetreibende sowie Land- und Forstwirte, für Warenterminoptionsgeschäfte zu akquirieren. Diese Warenterminoptionsgeschäfte würden über die in der Schweiz ansässigen Brokerhäuser „I.F.G. Group“ sowie in weiterer Folge „E. Int. AG“ an ausländischen Börsen plziert.

Zeige der Kunde Interesse an den angebotenen Terminoptionsgeschäften, werde ihm eine sechzehnseitige Informationsbroschüre samt dreiseitigem Anhang (Musterauftrag, Geschäftsbedingungen, Zusammenfassende Risikobelehrung) mit nachstehendem Inhalt übermittelt:

- Einleitung
- Darstellung des Warentermingeschäftes (futures-contract)
  - Was ist ein Warentermindirektgeschäft (futures-contract)
  - Was ist eine Warenterminoption
  - Die *Arten* von Optionen
    - Die Kaufoption (call)
    - Verkaufsoption (put)
    - Der Stillhalter (grantor)
    - Handelbare Optionen/Verwertung von Optionen
  - Die wesentlichen *Elemente* der Warenterminoption
    - Der Basispreis (Bezugspreis/strike price)
    - Laufzeit/Verfallzeit
    - Volatilität (Kurs-/Preisschwankungsbreite)
    - Optionsprämie
  - Gebühren, Optionszone, Gewinnschwelle
    - Die Gebührenstruktur
      - Optionsprämie
      - Brokerkommission
      - Vermittlungsgebühr
    - Risikoerhöhung durch die Gebühren
    - Gewinnschwelle
    - Beispielrechnungen
- Risikohinweise
  - Allgemeine Risiken von Warenterminoptionsgeschäften
  - Risikoerhöhung durch die Vermittlungsgebühr der Bw.
  - Risikobegrenzung

- Sammelkonto
- Währungsrisiko
- Spekulation auf Kredit
- Geschäftsablauf
  - Information und Risikoaufklärung
  - Vereinbarung eines ersten Geschäftes
  - Vermittlungsauftrag/Vorauszahlung
  - Plazierung/Plazierungsbestätigung
  - Absprache über den Verkauf der Optionen
  - Abrechnung
- Geschäftsbedingungen
- Musterauftrag
- Zusammenfassende Risikobelehrung

Soweit der prospektive Kunde spekulieren wolle, werde seitens der Bw. telefonisch ein erstes Geschäft, sog. „opening“, abgesprochen. Gegenstand dieses Gespräches seien insbesondere Chancen und Risiken eines bestimmten Marktes, wobei mit dem Kunden insbesondere nachstehende Punkte besprochen werden:

- Höhe des erforderlichen Einsatzes/Vorauszahlung (a conto)
- Anzahl und Art (put/call) der zu erwerbenden Optionen
- Ware und Börsenplatz
- Basispreis
- Aktuelle Terminnotierung
- Optionsprämie
- Optionszone (OPZ)/Gebührenzone
- Limit
- Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Kunden
- Kenntnisse und Erfahrungen des Anlegers
- Persönliche Spekulationsbereitschaft und finanzielle Situation

In der Folge werde seitens der Verkäufer der Kontakt zu den Kunden vertieft und die Kunden in Telefonaten über den besten Zeitpunkt für einen Einstieg beraten. Darüber hinaus würden die Verkäufer Kauf- und Verkaufsempfehlungen abgeben, die laut den Mitarbeitern der Bw. für alle an ein und demselben Tag angerufenen Kunden gleich lautend seien.

Danach faxe der Anleger eine Auftragsbestätigung sowie eine unterfertigte „Zusammenfassende Risikobelehrung“ und die „Geschäftsbedingungen“, wobei die Originale im Nachhinein übermittelt würden. Sollte dem Anleger kein Faxgerät zur Verfügung stehen, würden diese

Unterlagen per Eilbrief übermittelt. Da sich die Terminnotierung und Börsenprämie bis zur tatsächlichen Plazierung noch ändern können, handle es sich bei der Auftragsbestätigung noch um vorläufige Berechnungen; die verbindliche Berechnung erfolge mit der späteren Plazierungsbestätigung.

In diesem Zusammenhang erörtere die Bw. mit dem Kunden, wie weit der Preis der Basisware steigen müsse, damit der Kunde in die Gewinnzone komme. Ebenso werde dabei seitens der Bw. der Break-Even-Point für den Kunden errechnet. In einem darauf folgenden mündlichen Gespräch werde der Kunde noch einmal über das Risiko und die Kosten aufgeklärt.

In Vorauserfüllung des Auftrages habe der Kunde das nötige Kapital zu überweisen.

Aus Punkt 5 der Geschäftsbedingungen ergebe sich, dass die Bw. den Kauf und Verkauf von Optionen nur auf Grund eines ausdrücklichen Kundenauftrages „vermittele“. Sie sei aber auch *berechtigt*, die Optionen dann zu verkaufen, wenn es die Marktsituation nach der Einschätzung der Bw. erfordere und die Bw. kurzfristig den Anleger nicht erreichen könne.

Die entsprechenden Optionen würden an der ausländischen Börse über ein schweizerisches Brokerhaus, anfangs die "I.F.G. Group" und in weiterer Folge über die „E. Int. AG“ geordert. Dabei werde von der Bw. das Spielkapital des Investors, welches zuvor in US-Dollar konvertiert worden sei, sofort auf Schweizer Bankkonten weitergeleitet. Ab dem Jahre 1997 würden die in Österreich von der Bw. vereinnahmten Gelder auch für Auszahlungen an Kunden und die Begleichung anfallender Spesen verwendet und die Gutschriften auf dem Schweizer Bankkonto des Brokers aus Optionen, die aus dem Markt genommen werden, gleich wieder für neue Plazierungen verwendet, um Spesen zu sparen.

Bei dem in der Schweiz ansässigen Broker werde für die Kunden der Bw. weiters ein Sammel- bzw. Omnibuskonto („omnibus account“) mit einzelidentifizierbaren kundenspezifischen Unter- bzw. Subkonten unterhalten. Daher könnten sich die Anleger der Bw. lt. den Vertretern der Bw. theoretisch auch direkt an das schweizerische Brokerhaus wenden; auf Grund der relativ geringen Einsätze (ab etwa S 100.000) wären die Broker aber mit „Kleinkundschaften“ nicht zufrieden und würden diese ablehnen.

Die Bw. stelle weiters dem Kunden eine „*Plazierungsbestätigung*“ aus. Der Spekulant erhalte daneben eine Kopie einer dem Beleg nach von „I.F.G. Group“ bzw. „E. Int. AG“, beide in CH-8003 Zürich, A-Straße xx bzw. CH-6900 Lugano, C-Straße 4, ausgestellten „confirmation“ über die durchgeführte Transaktion.

Für Rückfragen würden dem Anleger die Mitarbeiter der Bw., dabei auch selbständig tätige Vertreter, mit mündlichen und schriftlichen Auskünften zur Verfügung stehen. Aktuelle Kurse könne der Anleger jederzeit während der Geschäftszeiten bei der Bw. abfragen.

Die Bw. führe weiters Marktbeobachtungen und Marktanalysen durch und gebe den Kunden alle gewünschten Informationen. Die Bw. besorge sich dabei die Informationen in einschlägigen Zeitschriften (wie z.B. Börsenkurier, Handelsblatt, Wirtschaftsblatt), u.a. durch Beobachtung und Auswertung von „Eberts Terminmarkt Charts“, und ist via Computer bzw. NTV und Teletext beispielsweise an „ÖBIS“ (Börseninformationssystem), Telegrader, ChartTrader, und Reuters angeschlossen.

Den Anlegern werden weiters wöchentlich Börsenbriefe („Die TW“) zugesandt, in welchen ua. über Entwicklungen und Tendenzen an den Börsen berichtet, Kauf- und Verkaufsempfehlungen dargestellt, und die Preisentwicklung ausgewählter Kontrakte dargestellt werde.

Die „TW“ sei lt. Impressum ein wöchentlich in New York erscheinender, firmenunabhängiger Börsenbrief, der seitens der Bw. mit Genehmigung des Herausgebers den Kunden der Bw. zur Verfügung gestellt werde.

Die Kunden der Bw. würden auch sog. „Equity-Kontoauszüge“ erhalten, in denen dem Kunden monatlich sämtliche Geschäftsfälle per Kontoauszug zur Kenntnis gebracht werden. Diese „Kontoauszüge“ würden folgende Angaben über die im Laufenden befindlichen Optionen aufweisen: Ware, Laufzeit, Art der Option, Basispreis, Auftragsnummer, Name des Anlegers, Optionszone, Anzahl der Optionen, Handelsdatum, Einsatz, Prämienschlusskurs des Vorbörsentages, „EQUITY“ (das sei jener Kontostand, der dann gegeben wäre, wenn die Option zum angegebenen Prämienschlusskurs verkauft worden wäre), sowie Gewinn und Verlust im Betrag und prozentuell. Die „Equities“ würden von der Bw. erstellt und sollen zum Teil theoretische Wertansätze darstellen.

Am Schluss eines jeden Geschäftes erhalte der Spekulant die „Abrechnung“ über den erzielten Erlös sowie die Information über Gewinn und Verlust und etwaiges Guthaben. Darüber hinaus erhalte der Anleger auch eine Kopie der „confirmation“ über den Verkauf bzw. das Erlöschen der Option. Für Folgeaufträge, so genannte „loadings“, seien in der Regel andere Mitarbeiter als jene, die den Erstkontakt herstellten, zuständig.

Für ihre Tätigkeit beziehe die Bw. eine „Vermittlungsgebühr“ in Höhe von zumeist 45% des tatsächlichen Gesamteinsatzes bzw. in Höhe von 81,82% in Bezug auf die weitergeleitete Optionsprämie. Somit sei der vom Kunden investierte Betrag den Feststellungen der Betriebsprüfung zufolge zu 45% Entgeltanteil für die Bw. und zu 55% für den „Optionenanteil“ preisgeteilt. Aus dieser Provision begliche die Bw. auch die Brokerkommission, die allerdings nur einen Bruchteil dieses Betrages ausmache.

## ***2.2 Der Tätigkeitsumfang der Bw. laut den Feststellungen der BP:***



Der vorstehend bezeichnete Tätigkeitsumfang der Bw. sei im Wesentlichen auch in der mit der Vorständin der Bw., P. K., aufgenommenen Niederschrift vom 13. August 1997 bestätigt worden.

Aus den von den Angestellten der Bw., S. F. sowie G. V., und den Kunden der Bw., A. P., A. M., W. K., Ing. G., und F. L. unterfertigten Niederschriften ergibt sich nachstehender Sachverhalt:

Die Tätigkeit von G. V. habe als Dienstnehmer der Bw. darin bestanden, auf Grund der amtlichen Telefonbücher (Bereich NÖ-Süd) Gewerbetreibende (Selbständige, Landwirte) anzurufen. Dabei haben Steuerberater, Banken, Versicherungen und ähnliche Dienstleistungsunternehmen jedoch nicht kontaktiert werden dürfen. Interessenten an Warenderminoptionsgeschäften sei eine Informationsbroschüre (ca. 1 cm dick) zugeschickt worden. In weiterer Folge sei über den potentiellen Kunden eine Karteikarte ausgestellt worden. Etwa 3 Wochen nach Herstellung des Erstkontaktes sei der Kunde erneut kontaktiert und dabei dem Kunden ein von R. H. zuvor bestimmtes Geschäft vorgeschlagen worden.

Nach der schriftlichen Aussage der ehemaligen Dienstnehmerin der Bw., S. F., sei mit dem Kunden als potentiellen Anleger etwa 2 Wochen nach Zusendung der Informationsbroschüre Kontakt durch die Bw. aufgenommen worden. Da sie mit den Verkaufskollegen in einem Raum gesessen sei, habe sie beobachten können, dass die Verkäufer Empfehlungen über die *Art* der Option, aktuelle *Markt*- und Gewinnaussichten, sowie die Laufzeit abgegeben haben. Die anzupreisenden Geschäfte seien täglich von den Herren H. und C. L. für alle sichtbar auf einer Tafel vermerkt worden.

Ihren Wahrnehmungen zufolge habe die Aufgabe der Verkäufer nicht bloß im Herstellen des Kontaktes zwischen Anleger und Broker bestanden, da die Verkäufer auch *beratend* tätig gewesen seien. Dies beziehe sich auf die laufende Beratung, laufende Informations- und Auskunftserteilung. Ohne diese umfassende Beratung und Unterstützung des Kunden sei es aus ihrer Sicht undenkbar gewesen, dass die Bw. von den Kunden habe Anlagegelder entgegennehmen können.

Sollte der Kunde hinsichtlich der ihm vorgeschlagenen Geschäfte Bedenken äussern, so sei It. G. V. den Verkäufern eine Antwortliste ("Einwandsbehandlungen") als Argumentationshilfe gegeben worden. Dem Kunden werde It. G. V. erklärt, dass sein Anlagegeld über den 2. bzw. 3. größten Broker der Welt ("E. Int. AG" mit Sitz in der Schweiz) angelegt werde. Bei einfachen Fragen des Kunden haben die Telefonverkäufer die entsprechenden Auskünfte erteilt, für schwierigere Auskünfte seien R. H. und C. L. eingeschaltet worden. Wenn Kunden Geld investierten, seien diese in weiterer Folge von R. H. betreut worden. R. H. sei auch für die Fol-

gegeschäfte zuständig gewesen. Seines Wissens nach habe der Kunde eine Kopie der Broker ausgestellten Plazierungsbestätigung erhalten. Ab und zu hatte auch er bereits einmal kontaktierte Personen anzurufen. Die Schulungen hiefür habe er in den Räumen der Bw. erhalten. In dem Zeitraum, wo er bei der Bw. beschäftigt gewesen sei, sei keiner seiner Kollegen auswärts ausgebildet worden. Frau B. G. habe als Vorstand der Bw. Sekretariatsarbeiten verrichtet und den Kunden die Broschüren zugesandt.

A. P. sei nach Zusendung eines Informationsprospektes in einem persönlichen Gespräch mit C. L. in den Räumlichkeiten der Bw. über Warenterminoptionen, Gewinnaussichten, Optionszonen etc. informiert worden. Danach habe er laufend die Börsennachrichten, Equity-Auszüge und Kopien der Brokerbestätigungen sowie die Plazierungs- und Abrechnungsbestätigungen der Bw. erhalten. Für Folgeaufträge sei er von den Herren B. und P. angerufen und neuerlich über günstige Ein- und Ausstiegszeitpunkte und Optionsarten (Weizen etc.) beraten worden. Da nur die Mitarbeiter der Bw. das nötige Hintergrundwissen haben, sei er selber nicht imstande, sein Spielkapital an den Börsen zu veranlagern. Er könne jedoch jederzeit bei der Bw. Informationen über aktuelle Kurse, Gewinnverläufe o.ä. einholen, und habe dies auch schon mehrmals getan.

A. P. und A. M. sagen übereinstimmend aus, dass sich Erstgeschäfte („opening“) und die Folgegeschäfte („loadings“) in Bezug auf Beratung, Information über An- und Verkaufszeitpunkte etc. in keiner Weise unterschieden haben.

Bei A. M. habe die Bw. Verkäufe von Warenterminoptionen auch ohne seinen ausdrücklichen Auftrag durchgeführt. A. M. verlasse sich aber auf seinen Betreuer bei der Bw., der von sich aus den Kontakt herstelle und sich mindestens wöchentlich bei ihm melde.

W. K. sei von R. H. über die Art der von der Bw. angebotenen Geschäfte beraten worden. R. H. habe ihm insgesamt 2 Optionen empfohlen, sich dabei auf via Computer (Satellitenübertragung) abfragbare Kursentwicklungsdaten berufen und dies durch Vorlage einer Kursentwicklungsgraphik belegt. In weiterer Folge habe W. K. laufend Informationen von Herrn C. L. erhalten. Die wöchentlichen Kursentwicklungsdaten habe er allerdings erst verspätet von der Bw. erhalten. Im Übrigen habe er nur aufgrund der *umfassenden Beratung* und *Empfehlung* der Bw. sein Kapital zur Verfügung gestellt.

Ing. G. sei seinerzeit von einem Vertreter der Bw. mit englischem Akzent telephonisch kontaktiert worden. In diesem Telefonat sei er gefragt worden, ob er die Unterlagen der Bw. erhalten und gelesen habe. Nachdem er diese Frage verneinte, sei er daraufhin über Anlageinvestitionen im Bereich "Commodities", insb. Mais informiert und ihm eine Investition in Höhe von S 153.000,-- nahe gelegt worden. Aufgrund von Überschwemmungen seien in

den USA 40% der Ernte an Mais vernichtet, weswegen mit einer Preissteigerung von ca. 12% bis 13% zu rechnen sei. Dies würde zu einer Verdoppelung seines Kapitaleinsatzes führen.

Ing. G. habe daraufhin per Telefon sofort sein "O.K." gegeben, nachdem er darauf hingewiesen worden sei, dass diese Investition sofort zu tätigen sei. Die Bw. habe ihm mitgeteilt, dass sofort investiert werde, und eine Faxbestätigung formal nachfolge. Die Bw. habe versprochen, sich wöchentlich bei ihm zu melden, was jedoch nicht erfolgt sei. Die im Gespräch mit Vertretern der Bw. angeschnittenen Unterlagen seien ebenfalls nie bei ihm eingelangt.

Ing. G. sei nie von den Vertretern der Bw. gefragt worden, ob er sich mit dieser Art von Investitionen auskenne. Es sei auch keine Beratung erfolgt. Zwei oder drei Tage nach seiner Investition sei Ing. G. von Herrn M. von der Bw. mit weiteren Veranlagungsmöglichkeiten in Höhe von S 600.000,-- kontaktiert worden. Als er erklärte, kein weiteres Geld für Investitionen zu haben, sei der Vertreter der Bw. ungehalten gewesen und habe ihn beschimpft. Nach der entsprechenden Beschimpfung durch die Vertreter der Bw. habe Ing. G. den Telefonhörer aufgelegt und somit das Telefongespräch beendet.

In der Folge sei Ing. G. durchschnittlich alle zwei Wochen angerufen worden, da "er (seinerzeit) verkaufen wollte". Ihm sei jedoch jedes Mal mitgeteilt worden, dass kein Preis erzielt werden könne. Bei diesen Telefonaten habe die Bw. jedoch versucht, ihm weitere Investitionen nahe zu legen. Kurz vor Ablauf der Investition sei Ing. G. von der Bw. mit dem Hinweis kontaktiert worden, er möge weiter investieren, damit er seinen Verlust abfangen könne, ansonsten wäre das gesamte Geld weg. Ing. G. habe seine Investition in Höhe von S 150.000,-- verloren und eine Klage gegen die Bw. über seinen Rechtsanwalt eingebracht.

In dem mit 17. November 1997 datierten und in der Causa "Ing. G." von den Rechtsanwälten Dr. R. und Dr. W. verfassten Schreiben verweisen diese auf den Umstand, dass die Bw. ihre Kunden umfassend mündlich und schriftlich über das mit Warenterminoptionen verbundene hohe Risiko informiere. Diese umfassende mündliche und schriftliche Aufklärung des Kunden werde auch durch die Unterschrift der Kunden bestätigt.

F. L. sei zu Geschäften mit Warenterminoptionen gedrängt worden, ohne zuvor über seine Erfahrungen und Kenntnisse im Wertpapiergeschäft, über seine finanziellen Verhältnisse und seine mit dem Geschäft verfolgten Ziele befragt worden zu sein. F. L. sei überdies von Vertretern der Bw. überredet bzw. überzeugt worden, dass sein Kapitaleinsatz nach wenigen Wochen mit einem großartigen Zinsgewinn wieder hereingespielt sei. Das erste Geschäft in der Höhe von ca. \$ 10.000,-- sei positiv abgeschlossen worden, F. L. habe sozusagen den Kapitaleinsatz plus ca. 4% Zinsen zurückerhalten.

F. L. sei aber auf die Risiken Optionsgeschäftes nicht hingewiesen bzw. über die Risiken nicht aufgeklärt worden. Man habe ihm auch versichert, dass kein Verlust eintreten könne, dass er gegebenenfalls nur die Zinsen, die er auf der Bank hätte, verlieren könne. Demnach ergebe sich laut den mit 2. und 4. März 1998 datierten Eingaben an die Bundeswertpapieraufsicht der Verdacht auf eine Verletzung von § 13 Z 3 Wertpapieraufsichtsgesetz. Da die auf Empfehlung von der Bw. getätigten Geschäfte einen Verlust von ca. 95% des eingesetzten Kapitals zur Folge hatten, bestehe der Verdacht, dass die Bw. ihre Dienstleistungen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse des Kunden erbracht habe.

Diesem Vorbringen hält die Bw. in ihrem Schreiben vom 25. März 1998 an die Bundeswertpapieraufsicht entgegen, dass die Kunden der Bw. nicht nur mehrfach, sondern auch eindringlich vor dem Risiko derartiger Geschäfte gewarnt und auf die Möglichkeit eines teilweisen oder vollständigen Verlustes hingewiesen worden seien. Das Personal der Bw. sei zur Risikoaufklärung des Kunden striktest angewiesen. Eine Unterlassung dieser Aufklärung des Kunden hätte das sofortige Ausscheiden eines Mitarbeiters der Bw. zur Folge.

Aus der mit 27. März 1998 durchgeführten zeugenschaftlichen Einvernahme von W. W. ergibt sich, dass die Bw. beim Erstkontakt mit dem Kunden dessen Interesse an einer Investition erfrage. Dabei werde aber noch nicht konkret über eine Veranlagungsmöglichkeit gesprochen. Erst wenn der Kunde Interesse äussere, bekomme er in einem nächsten Schritt eine Informationsbroschüre zugesandt. Für den Fall, dass sich im Anschluss daran eine für den Kunden interessante Marktsituation ergebe, werde der Kunde angerufen, über die Risiken nochmals informiert und gefragt, ob er investieren wolle. Wenn er dies bejahe, würden ihm in der Folge die Vertragsdokumente inkl. der Risikobelehrung zugesandt. Danach erfolge das Buchhaltungsgespräch, in dem der Kunde nochmals danach gefragt werde, ob er die Risiken des Geschäftes verstanden habe. Nach Unterschrift der Vertragsdokumente durch den Kunden erfolge die Auftragsdurchführung. Falls im Buchhaltungsgespräch der Eindruck entstehe, dass der Kunde nicht ausreichend über die Risiken aufgeklärt sei, führe die Bw. dieses Geschäft nicht durch. Darüber hinaus habe der Kunde ein einwöchiges Rücktrittsrecht gerechnet ab Unterschrift auf dem Kaufvertrag. Es sei daher unmöglich, dass F. L. nicht über die Risiken aufgeklärt worden sei. Weiters stimme auch der Vorwurf nicht, dass F. L. nicht nach seinen Anlagezielen sowie nach seinen finanziellen Verhältnissen befragt worden sei, da der Erstbetreuer ihn dies gefragt habe. Es habe auch keine Überredung von F. L. gegeben.

Mittels sog. "Equities" und in Form von Betreuungsgesprächen erhalte der Kunde der Bw. laufend Auskunft über den tatsächlichen Prämienwert seiner Option. Die "Equities" würden dem Kunden zugesandt und erklärt werden.

Der von der Bw. verwendete Gebührensatz in Höhe von 45% des eingesetzten Kapitals wurde von W. W. mit dem Argument gerechtfertigt, dass dieser Satz alle eigenen und fremden Kosten pauschal abdecken würde. Wie aus einer Bestätigung einer Wirtschaftsprüfungskanzlei hervorgehe, sei in einem gewissen Zeitraum ein über die 45% hinausgehender durchschnittlicher Gewinn von 7% erzielt worden. Der Gesamtgewinn aus diesen Geschäften habe somit 52% betragen.

In dem mit 30. Juli 1998 datierten Schreiben der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Steiermark an die Bundeswertpapieraufsicht wird festgehalten, dass J. S. seinen Angaben zufolge erstmals im November 1997 von der Bw. kontaktiert worden sei. Da er das Anbot der Bw. auf bloße Zusendung eines Informationsmaterials nicht grundsätzlich ablehnte, habe er ca. 14 Tage später eine Mappe mit Unterlagen erhalten. In diesen Unterlagen seien die Produkte der Bw. und die Grundsätze der Abwicklung dargestellt worden.

Gegen Ende des Monats Dezember 1997 sei J. S. telephonisch kontaktiert und ihm ein Warentermingeschäft über Qualitätsweizen angeboten worden, das er jedoch abgelehnt habe. Zum Ende des Monats Jänner 1998 sei ihm von Vertretern der Bw. mehrmals der Rat erteilt worden, einen Kredit für dieses gute Geschäft aufzunehmen. Danach habe sich J. S. nach mehreren, stets von der Bw. angebahnten, jeweils sehr lange dauernden Telefongesprächen, überreden lassen, einen Auftrag über 6 Optionen Call am Börseplatz Chicago über 30.000 bushel Mais zum Gesamtpreis von S 117.000,-- zu unterzeichnen.

Im März 1998, zu einem Zeitpunkt als J. S. Optionen über Zucker angeboten worden seien, sei ihm telephonisch mitgeteilt worden, dass mit guten Gewinnaussichten zu rechnen sei. Tatsächlich habe er Ende Juni 1998 eine Abrechnung erhalten, aus der sich der Totalverlust des Geldes habe entnehmen lassen. Eine diesbezügliche Andeutung sei ihm telephonisch allerdings kurz zuvor gemacht worden. J. S. habe auf die Zusage vertraut, dass die Waren von der Bw. zeitgerecht abgestoßen würden, wenn sich der Kurs verschlechtere, um einen Totalverlust des Geldes zu verhindern.

In der letzten Aprilhälfte 1998 habe sich ein ähnliches Verkaufsgespräch für 4 Optionen Call für Zucker zum Preis von S 174.720,-- wiederholt. Zwischenzeitig seien J. S. die Kontoauszüge der Bw. sowie in Fotokopie "Confirmations" der "E. Int. AG" zugeleitet worden. Auf Anfrage sei ihm von der Bw. mitgeteilt worden, das sei die Bestätigung der Firma, bei der die Bw. seine Aufträge plazierte habe. In einem kürzlichen Telefongespräch sei J. S. die bedauerliche Mitteilung gemacht worden, dass auch der für Zucker eingesetzte Betrag in Höhe von S 174.720,-- abzuschreiben sei. Allerdings habe er vorher wegen Überzahlung der Ware einen Betrag von S 15.000,-- von den eingesetzten S 174.000,-- zurückerhalten. Der Verlust aus

letzterem Geschäft belaufe sich daher auf ca. S 160.000,--. Die Bw. empfehle J. S. weiterhin Warentermingeschäfte und stelle ihm in Aussicht, er könne durch neue Geschäfte die bisherigen Verluste ohne weiteres wettmachen. Auch heute noch werde ihm in Telefongesprächen zur Aufnahme von Krediten für die Finanzierung dieser Operationen geraten. Herr J. S. sei im Zuge dieser Telefongespräche auch mitgeteilt worden, die Bw. werde alles unternehmen, um sich ein Geschäft einfallen zu lassen, bei dem er mit Sicherheit die ausgelegten Beträge wiederum zurückbekommen könne. Die Diskussion darüber solle erst dann erfolgen, wenn das Geschäft mit dem Zucker - egal wie immer – gelaufen sei.

Die Bw. habe ihm weiters mitgeteilt, dass er telephonisch vom Laufen der Optionen verständigt werde. Diese Zusage sei von der Bw. höchstens zu 20% eingehalten worden. In aller Regel sei J. S. derjenige gewesen, der nach der Entwicklung seiner Beteiligungen gefragt habe. Ebenso seien ihm die Kontoauszüge der "E. Int. AG" nur über sein Verlangen zugeschickt worden. Von der Bw. sei ihm nur die von ihr herausgegebene "TW" zugeschickt worden. Letztere allerdings nicht regelmäßig, sondern nur gelegentlich.

Der Gesprächspartner des J. S. bei der Bw. W. F. habe hinsichtlich des Zuckers jedes Gespräch abgelehnt und ihn zu einem anderen Mitarbeiter vermittelt, dessen Namen ihm allerdings nicht bekannt sei. Zum Zeitpunkt, als sich auch beim Optionsgeschäft in Zucker ein Verlust abzeichnete, sei J. S. zu einem dritten Mitarbeiter der Bw. verbunden worden, der sich als Chef ausgegeben habe und meinte, er könne Sicherungsgeschäfte zur Vermeidung weiterer Verluste betreiben. Herr W. F. sei dazu entweder nicht in der Lage oder nicht dazu berechtigt. Die Art der Kontaktaufnahme und der Geschäftsanbahnung wie sie mit J. S. gepflegt worden sei, sei ein eindeutiger Verstoß gegen § 12 bzw. § 13 Kapitalmarktaufsichtsgesetz (Wertpapieraufsichtsgesetz). Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Steiermark sehe sich daher veranlasst, diese Tatsachen der Bundeswertpapieraufsicht zur Kenntnis zu bringen.

C. G. habe lt. seiner Eingabe vom 12. Juni 1998 die Bw. telephonisch kennengelernt. Dabei sei ihm von immer wechselnden Mitarbeitern der Bw. "das Blaue vom Himmel erzählt" und er mehrfach und in zunehmend aufdringlicher Weise zum Abschluss von neuen Geschäften gedrängt worden, bis dass er "irgendwelche Getreidearten" gekauft habe. Bei den ersten Aufträgen sei auch ein kleiner Gewinn erzielt worden. Die Vertreter der Bw. haben aber derartigen Druck auf ihn ausgeübt, dass er dieses Geld für einen weiteren Ankauf wiederum freigegeben habe.

Die Telefongespräche seien derart verlaufen, dass er anfangs die Telefonmitarbeiter der Bw. zurückgewiesen habe. Die offensichtlich geschulten Mitarbeiter der Bw. hätten C. G. mit Geldanlageinstrumenten in Sicherheit gewogen, da sie ihm bestätigt haben, dass das Risiko sehr

gering sei. Die Wahrscheinlichkeit, dass er seinen Einsatz nicht nur zurückbekomme, sondern auch einen erheblichen Gewinn erzielen würde, sei äußerst groß. Obgleich er der Bw. seine Zweifel als in derartigen Geschäften Unerfahrener geäußert habe, sei er von den Mitarbeitern der Bw. in Sicherheit gewogen worden, dass die Preise für Weizen im Steigen seien und er daher ein verschwindend geringes Risiko eingehe. In der Folge habe er mit 25. Juli 1997 einen weiteren Auftrag über S 873.600,-- gezeichnet und einen Gesamtbetrag in Höhe von S 2,810.074,80 investiert.

Die mit 17. September 1997 und 16. Oktober 1997 abgeschlossenen Geschäfte in Weizen seien dann totale Verlustgeschäfte gewesen. Trotz allem haben Mitarbeiter der Bw. immer wieder und mehrmals am Tag angerufen, weswegen C. G. nervlich völlig am Ende gewesen sei. In der Folge haben er und seine Gattin mit Vertretern der Bw. verhandelt, um ihnen klarzumachen, dass sie an weiteren Geschäften mit der Bw. nicht interessiert seien.

Was im April und Mai 1998 folgte, sei kaum zu beschreiben: ein gewisser R. H. habe gewissermaßen sprachlichen Psychoterror betrieben, fast jeden Tag angerufen und die Tatsache ignoriert, dass kein Geld mehr vorhanden gewesen sei. Das Fass zum Überlaufen habe die nachstehende Aussage von R. H. gebracht:

*"... besorgen Sie sich das Kapital, egal wie! Erzählen Sie den Banken alles, nur nichts über Spekulationsgeschäfte, denn sonst werden Ihnen die Banken kein Geld geben. Aber handeln sie schnell und überweisen Sie das Geld noch heute!"*

In den Tagen darauf habe Herr W. F. nochmals angerufen, dem die finanzielle Situation von C. G. erklärt und die Vereinbarung getroffen worden sei, dass Herr C. G. nicht mehr angerufen werde. Die Bw. habe sich etwa drei bis vier Wochen an diese Abmachung gehalten. In den beiden letzten Wochen habe sich W. F. wiederum bei C. G. gemeldet, um ihm ein Geschäft schmackhaft zu machen. C. G. sei auch über die steuerlichen Konsequenzen bzw. Folgen einer Spekulation mit Warenterminoptionen informiert worden.

Auf Grund des vorstehend bezeichneten Sachverhaltes wurde gegen die Bw. bei der Staatsanwaltschaft des Landesgerichtes Wien Strafanzeige wegen des Verdachtes des "Spesenreiterei" erstattet und die Bw. bis 19. Juni 1997 zur Abgabe einer Stellungnahme aufgefordert.

Der vorstehenden Strafanzeige hält die Bw. in ihrer Eingabe vom 11. Juni 1997 an die Staatsanwaltschaft Wien entgegen, dass die Gesamtheit der Kunden der Bw. deutliche Gewinne erwirtschaften würde. Von insgesamt 102 abgeschlossenen Geschäften, sei nur bei 15 ein Verlust sowie bei 87 teilweise sehr hohe Gewinne aufgetreten. Dies selbstverständlich unter Berücksichtigung der bezahlten Provision in Höhe von 45%. Diese Gewinne seien jeweils binnen weniger Wochen erzielt worden. Wegen des Umstandes, dass in dieser Branche doch einige "schwarze Schafe" am Markt seien, setze die Bw. auf totale Transparenz und lasse sich frei-

willig in Drei-Monats-Abständen von einer renommierten Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei prüfen. Damit solle lückenlos und nicht nur stichprobenartig überprüft werden, dass die Kundengelder tatsächlich für den Erwerb von Optionen verwendet worden seien.

Aus dem Provisionsanteil von 45% würden zufolge dem mit 11. Juni 1997 datierten Schriftsatz vor allem die Rechtsgeschäftsgebühren, Steuern und die Kosten des Brokers getragen. Auch müsse klar sein, dass eine permanente Marktbeobachtung online, das Informationsnetz zur Abschätzung der Entwicklung der Börsenkurse und sohin die optimale Betreuung der Kunden auch Geld koste, was nicht mit dem Gewinn der Bw. verwechselt werden dürfe. Die Bw. beschäftige immerhin 38 Angestellte und zahlreiche Konsulenten und Berater im Dienste der Kunden.

Im Zuge dieser Umsatzsteuernachschau wurde weiters festgestellt, dass die von der Bw. einbehaltenen „Vermittlungsgebühren“ anfangs auf dem Konto „Leistungserlöse 20% USt“ verbucht worden seien. Mit Umbuchung Nr. 27 vom 30. November 1996 seien diese Erlöse storniert, das Mehrwertsteuerkonto entlastet, und die Bruttobeträge auf das Konto „Vermittlungserlöse Ausland“ übertragen worden. Auf letzterem Konto seien ohne nähere Unterscheidung sowohl die Gebühren aus Warenderminoptionsgeschäften als auch aus Devisentermingeschäften verbucht worden.

Die Bw. erachtete die Umsätze aus Warenderminoptionsgeschäften als nicht steuerbar, da es sich bei den von der Bw. eingehobenen "Gebühren" um Entgelte für das Vermitteln von Termin- bzw. Devisenoptionsgeschäften im Inland handle. Eine Vermittlungsleistung werde jedoch an dem Ort erbracht, wo der vermittelte Umsatz (Börse im Ausland) ausgeführt werde. Deshalb seien diese Umsätze als nicht der österreichischen Umsatzsteuer unterliegend angesehen worden. Im Übrigen werde seitens der Bw. bemerkt, dass auch andere österreichische Unternehmen, darunter Banken, dies so handhaben würden.

### ***2.3 Die rechtliche Würdigung durch die Betriebsprüfung:***

Nach den Feststellungen der Betriebsprüfung erbringe die Bw. bei Erst- und Folgegeschäften gegenüber den inländischen Kunden im Inland gelegene, sonstige positive Leistungen mit eigenem wirtschaftlichem Gewicht. Dies ergebe sich aus der *Berechnung* und Mitteilung des "Break-Even-Points", der Einrichtung eines kundenspezifischen, einzelidentifizierbaren *Unterkontos* beim ausländischen Broker, dem treuhändigen *Halten* der Kundengelder, der *Weiterleitung* des Spielkapitals an den Broker, der *Bekanntgabe* des Einstiegskurses, der Erstellung der *Plazierungsbestätigung*, der Weitergabe der *Brokerauszüge* für Kundenplazierungen, der Mitteilung von *Tageskursen*, der Führung und Zuleitung von "Equity-Kontoauszügen", der wöchentlichen Zusendung des *Börsenbriefes* sowie der Erstellung einer *Endabrechnung* am



Ausübungstag. Nach Auffassung der Betriebsprüfung sei daher in der steuerlichen Behandlung zwischen Erst- und Folgegeschäften nicht zu unterscheiden.

Es möge daher dahingestellt bleiben, ob die Vertreter der Bw. – nach den Behauptungen der Bw. - von Deutschland aus tätig werden, oder - wie Kundenbefragungen ergeben haben – unter dem Telefonanschluss in der N-Straße erreichbar gewesen seien. Befragte Kunden der Bw. haben übereinstimmend ausgesagt, dass sie ihre bei Folgegeschäften ("loadings") zuständigen Vertreter der Bw. stets unter den Telefonanschlüssen der Bw. in W. erreichen haben können oder binnen weniger Minuten rückgerufen worden seien.

Die steuerliche Vertreterin der Bw. habe dies damit erklärt, dass "ein rasches Weiterverbinden oder ein kurzfristiger Rückruf Dank der technischen Möglichkeiten auf dem Bereich der Telekommunikation kein Problem darstelle und die in Frage kommenden Herren B., Re., V. und P. nach Wissen des steuerlichen Vertreters geschäftlich ausschließlich aus Deutschland tätig geworden seien. Für deren Tätigkeit würden die deutschen Vertreter mit 5% des vermittelten Umsatzes entlohnt. Die Bw. kaufe auch bei Folgeaufträgen "Leistungen" hinzu.

Würden neben der eigentlichen Besorgungs- bzw. Vermittlungsleistung weitere Leistungen von wirtschaftlichem Gewicht erbracht, so sei insgesamt eine eigenständige, nicht aufteilbare Leistung anzunehmen, wenn deren einzelne Faktoren so ineinander greifen, dass sie bei natürlicher Betrachtung hinter dem Ganzen zurücktreten. Die Leistungen der Bw. seien nicht bloß auf die Besorgung der Dienste des Brokers beschränkt, da die Bw. darüber hinausgehende nachstehende eigenständige Leistungen erbringe:

- die Einführung und Erläuterung über die Art des angebotenen Geschäftes
- Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte und Empfehlungen für günstige Einstiegsmöglichkeiten
- Markt- und Insiderinformationen, Marktbeobachtung (auch mittels EDV) und Auswertung von Marktanalysen
- Berechnung und Mitteilung des "break-even-points"
- Einrichtung und Unterhaltung eines kundenspezifischen, einzelidentifizierbaren Unterkontos beim ausländischen Broker
- Treuhändiges Halten der Kundengelder
- Weiterleitung des Spielkapitals an den Broker
- Bekanntgabe des Einstiegskurses, Erstellung der Plazierungsbestätigung
- Weitergabe der Brokerauszüge für Kundenplazierungen
- Mitteilung von Tageskursen
- Führung und Zuleitung von "Equity-Kontoauszügen"
- Wöchentliche Zusendung des Börsenbriefes

- Durchführung von Verkäufen auch *ohne* ausdrücklichen Kundenauftrag, wenn die Marktsituation es erfordert
- Erstellung der Endabrechnung am Ausübungstag
- Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten
- fernmündliche, persönliche und schriftliche Auskunftserteilung bei Rückfragen der Anleger
- umfassende Risikoaufklärung
- Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers zur Kontrolle darüber, ob für die empfangenen Kundengelder – in Höhe der platzierten Börsenprämie – entsprechende Bestätigungen von einem Brokerhaus in den Vereinigten Staaten für den Erwerb von Optionen auf Termingeschäften vorliegen.

Wie die Bw. selbst einbekenne, würden den Ausführungen der Betriebsprüfung zufolge die in Rede stehenden Gebühren u.a. auch jegliche Service-Kosten und laufende Informationen an die Kunden enthalten. Zu der Vermittlungsgebühr habe der Rechtsanwalt der Bw. in seiner Äußerung an die Staatsanwaltschaft Wien vom 11. Juni 1997 mitgeteilt, dass das

*"abschließende Entgelt 45% des eingesetzten Kapitals ausmache, ohne dass hinterher irgendwelche versteckte Spesen und Gebühren oder sonstige Kosten nachverrechnet würden. Aus dem 45%-igen Entgeltsanteil würden vor allem Rechtsgeschäftsgebühren, Steuern sowie die Kosten des Brokers im Ausland getragen. Auch müsse klar sein, dass eine permanente Online-Marktbeobachtung, das Informationsnetz zur Abschätzung und Entwicklung von Börsenkursen, sohin die optimale Betreuung der Kunden auch Geld koste .... Die Bw. beschäftige 38 Angestellte und zahlreiche Konsulenten und Berater im Dienste der Kunden".*

Zufolge einem vorliegenden Kundenprospekt von Juni 1999 würde die von der Bw. in Höhe von 38% des eingesetzten Kapitals erhobene Vermittlungsgebühr die nachstehenden Kosten beinhalten:

- Kosten für Kontoeröffnung
- Kosten für laufende Kontoführung
- Kosten für Betreuung und Kundeninformation
- Brokergebühren
  - Round-Turn-Commission (=Preis je Transaktion für die Dienstleistung des Brokers)
  - Clearinggebühr (=Gebühr für Clearingbroker als Mitglied eines Clearinghauses)
  - Gebühr für den Ausführungsbroker (=Gebühr f. Broker, der Transaktion ausführt)
  - Exchange- (Börsen-)Gebühr (=Gebühr, die von Börsen selbst verrechnet wird)
  - Gebühr für Floorbrokerage (=Gebühr für Ring-Makler)

Nach Auffassung der Betriebsprüfung trete die Bw. somit – ähnlich einem Vermögensberater – als Berater und Betreuer der Investoren auf und vermittele nicht nur die Leistungen des Brokers. Hierzu werde auf die Satzung der Bw. verwiesen.

Ohne diese Beratungsleistungen zu erbringen, wäre die Bw. nicht in der Lage, Kunden zu gewinnen und Anlagegelder entgegenzunehmen, da die Kunden ihr Investment nach den ihnen gegebenen Empfehlungen platzieren würden.

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung und erließ einen vorläufigen Umsatzsteuerbescheid 1996 gemäß § 200 Abs. 1 BAO. Dabei wurden der Gesamtbetrag der zu versteuernden Entgelte mit S 1,727.821,73 sowie die abzugsfähigen Vorsteuern mit S 276.865,23 ermittelt und die zu entrichtende Umsatzsteuer mit S 68.699,-- festgesetzt.

### ***3. Die Berufung vom 19. Jänner 1998 gegen den vorl. Umsatzsteuerbescheid 1996:***

Gegen den vorläufigen Umsatzsteuerbescheid 1996 wurde mit Eingabe vom 19. Jänner 1998 fristgerecht berufen und eine Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt. Diese Berufung richtet sich gegen die von der Betriebsprüfung vertretene Rechtsauffassung, dass hinsichtlich der im Ausland vermittelten bzw. besorgten Warenterminoptionsgeschäfte über im Ausland ansässige Broker, infolge der dabei entfalteten Beratungstätigkeit, steuerbare Leistungen der Bw. im Inland bewirkt werden.

Bei den von der Bw. erbrachten Leistungen handle es sich ausschließlich um *Vermittlungsleistungen*, da die Bw. nicht nur für Rechnung, sondern auch im Namen des Kunden gegenüber dem ausländischen Broker aufgetreten sei. Dementsprechend sei in allen Unterlagen auch von "Vermittlungsleistungen" die Rede und werde seitens des Finanzamtes zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei der in Rede stehenden Leistung um eine Besorgungsleistung handle.

Da es sich somit um eine Vermittlungsleistung handle, sei die von der Behörde angezogenen Judikatur des Bundesfinanzhofes zur Frage, wann eine Besorgungsleistung zum unselbständigen Teil einer Beratungsleistung werde, völlig bedeutungslos.

Im Unterschied zur Besorgungsleistung sei der Vermittlungsleistung immanent, dass auch nicht gerade unbedeutende Beratungselemente in dieser Leistung enthalten seien. Dies sei schon alleine deshalb notwendig, damit der Vermittler überhaupt seine Leistung am Markt anbieten könne. Er müsse daher dem potentiellen Kunden eine Reihe von Informationen über die zu vermittelnde Leistung geben. Damit sei verständlicherweise auch eine Betreuung des Kunden verbunden. Schließlich sei ein Vermittler typischerweise ja auch daran interessiert, einen Kunden so zufrieden zu stellen, dass er auch in der Folge Geschäfte vermitteln könne.

Wie jeder andere Marktteilnehmer müsse sich auch ein Vermittler darum bemühen, am Markt präsent zu sein und den Markt zu bearbeiten. Dazu seien Akquisitionsgespräche erforderlich. Weiters sei es notwendig, laufend in Kontakt mit dem Kunden zu stehen, um auch in Zukunft Umsätze vermitteln zu können.

Da es sich um eine Vermittlungsleistung handle, werde diese gemäß § 3a Abs. 4 Satz 2 UStG 1994 an dem Ort erbracht, an dem der vermittelte Umsatz ausgeführt werde. Da der vermittelte Umsatz unbestrittenermaßen im Ausland ausgeführt worden sei, sei auch die Vermittlungsleistung in Österreich nicht steuerbar.

Die weiteren Ausführungen beziehen sich darauf, dass für die Bw. nicht nachvollziehbar sei, worin das „eigene wirtschaftliche Gewicht“ einer etwaigen Beratungsleistung liegen solle, deren Gewicht die von der Bw. erbrachte Vermittlungsleistung verdränge, so dass die Vermittlungsleistung in den Hintergrund trete.

Die von der Bw. vorgenommene Betreuung der Klienten sei aus zivilrechtlichen Gründen zwangsläufig mit jeder derartigen Vermittlungsleistung verknüpft, da die Bw. zur Risikoaufklärung verpflichtet sei, um haftungsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden.

Der vorliegende Fall würde sich weiters deutlich von den Sachverhalten unterscheiden, die der deutsche Bundesfinanzhof in den von der Betriebsprüfung zitierten Urteilen zu entscheiden hatte:

In dem Urteil vom 18. Mai 1994 habe der Bundesfinanzhof darauf abgestellt, ob es der „besonderen Leistungen der Klägerin .... bedurfte, um den Einsatz der Anleger an der ausländischen Warenbörse zu plazieren“. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall eindeutig zu bejahen: Die Bw. könnte die in Rede stehenden Umsätze überhaupt nicht vermitteln, wenn sie ihre Kunden nicht betreuen und mit Informationen versorgen würde.

Wären diese Umsätze weiters im Inland steuerbar, so wären sie nach § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG 1994 steuerbefreit. Der Wortlaut der Befreiungsbestimmung des § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG 1994 sei sehr weit gefasst und beinhalte nicht mehr nur "Umsätze *von* Wertpapieren", sondern in neuerer Fassung auch "Umsätze *im* Geschäft mit Wertpapieren". Würde man in der vorliegenden Leistung daher eine Beratungsleistung sehen, müsste diese Beratungsleistung als ein "Umsatz im Geschäft mit Wertpapieren" angesehen werden, der unecht steuerbefreit sei.

In einem mit 12. Feber 1998 datierten Nachtrag zu gegenständlicher Berufung wurde seitens der Bw. vorgebracht, dass die "D-Bank" wie auch die "E-Bank" gleichartige Geschäfte tätigen würden.

#### ***4. Die Stellungnahme der BP vom 25. August 1998:***

Laut der mit 25. August 1998 datierten Stellungnahme des Betriebsprüfers zu gegenständlicher Berufung seien die von der Bw. erbrachten Leistungen keineswegs mit denen der "D-

Bank Futures AG", vormals "F-Bank Futures AG" vergleichbar. Insbesondere seien die von der "D-Bank Futures AG" erbrachten Beratungsleistungen von untergeordneter Bedeutung.

Teilweise werden die von der Bw. erbrachten Leistungen von der "D-Bank Futures AG" nicht angeboten. Unterschiede gebe es bei den von der Bw. angebotenen Warentermin(options)geschäften auch insofern, als die Kunden der "D-Bank Futures AG" bei derartigen Kontrakten Ausgleichszahlungen zu leisten haben. Anleger der Bw. würden ihre Optionen entweder ausüben oder verfallen lassen, was mit keinerlei weiteren (Ausgleichs-)Zahlungen verbunden sei. Auffällig sei weiters auch die bei "D-Bank Futures AG" weit geringere Provision, die zu leisten sei. Demnach seien die Spesensätze für Anleger der "D-Bank Futures AG" deutlich unter 10% und damit wesentlich geringer als bei der Bw. (45% bzw. je nach Rechenweise sogar über 81%). Es habe sich somit bestätigt gefunden, dass die "D-Bank Futures AG" für ihre Leistungen keine Umsatzsteuer verrechne. Dies werde vom steuerlichen Vertreter auch begründet. Im Übrigen werde bemerkt, dass bei der "D-Bank Futures AG" Testkäufe durch die der Bw. nahe stehenden Personen, Herr W. W., als Vorstandsmitglied der Bw., sowie Herrn C. L., als Verkaufsleiter der Bw., erfolgt seien. Nach Auffassung des Betriebsprüfers seien die von der Bw. und von der "D-Bank Futures AG" erbrachten Leistungen nicht miteinander vergleichbar.

#### ***5. Die Auskunftsschreiben der "D-Bank-Futures AG" vom 7. und 20. August 1998:***

In dem mit 7. August 1998 datierten Auskunftsschreiben der "D-Bank Futures AG" hält diese fest, dass Termin- bzw. Optionsgeschäfte, die u.a. an ausländischen Börsen gehandelt und über ausländische Broker laufen, im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit abgewickelt werden. Dabei würden nur in jedoch untergeordnetem Umfang gewisse Zusatzleistungen im Sinne von Beratungsleistungen erbracht. Die dabei erbrachten Beratungsleistungen seien von untergeordneter Bedeutung und würden in engem Zusammenhang mit der tatsächlich durchgeführten Besorgungsleistung stehen. Ein ganzes Leistungspaket im Sinne einer Anlageberatungs- und Betreuungsaktivität würde nicht angeboten werden.

Es gebe seitens der "D-Bank Futures AG" zwar eine Einführung und Erläuterung über die Art der angebotenen Geschäfte, die Weiterleitung des Kapitals an den Broker, die Weitergabe der Auszüge an den Kunden, die Zuleitung von Kontoauszügen und Endabrechnungen, sowie eine Risikoaufklärung. Dies werde jedoch immer nur in Zusammenhang mit der Durchführung *jenes* Finanzgeschäftes, zu dem die "D-Bank Futures AG" beauftragt worden sei, erbracht. Dies betreffe insbesondere die Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte und Empfehlungen für günstige Einstiegsmöglichkeiten, Informationen über gewinnträchtige Marktsituationen, Marktinformationen, Marktbeobachtung und die Auswertung von Marktanalysen.

Sollte es nicht zum Geschäftsabschluss kommen, werde dem Kunden für etwaige Beratung in Zusammenhang mit diesem Geschäft kein Entgelt verrechnet. Die Risikoaufklärung des Kunden müsse gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz bei jedem Finanzgeschäft (als Nebenleistung) erfolgen.

Jedoch würden seitens der "D-Bank Futures AG" Leistungen wie die Einrichtung eines kundenspezifischen, einzelidentifizierbaren Unterkontos beim ausländischen Broker, treuhändiges Halten der Kundengelder, wöchentliche Zusendung einer Klienteninformation, Durchführung von Verkäufen auch *ohne* ausdrücklichen Kundenauftrag, wenn es die Marktsituation erfordere, etc. von der "D-Bank Futures AG" nicht erbracht.

Die Provision, die für die Abwicklung von Futures und Optionsgeschäften bezogen werde, würde sich aus einem fixen und einem variablen Betrag zusammensetzen, deren Höhe von den konkret durchgeführten Futures bzw. Optionsgeschäften, der Währung, sowie vom Handelsplatz abhängt.

In der Anlage zu dieser Eingabe übermittelte die "D-Bank Futures AG" eine Übersicht der Spensätze für Privatkunden sowie für institutionelle Anleger. Demnach würden für Privatkunden sowie für institutionelle Anleger nachstehende Spesen verrechnet:

Stand: Juli 1998:	<b>institutionelle Kunden:</b>	<b>Privatkunden:</b>
Konvertierungen:	0,275% d. konvertierten Summe Minimum: ATS 280,-- /Konvertierung	0,275% d. konvertierten Summe Minimum: ATS 280,-- /Konvertierung
Konto-Eingänge:	ATS-Eingänge sind gratis Fremdwährungen: 0,25% oder USD 50,-- pro Bewegung	ATS-Eingänge sind gratis Fremdwährungen: 0,25% oder USD 50,-- pro Bewegung
Konto-Ausgänge:	ATS-Ausgänge sind mit ATS 280,-- pro Transaktion belastet Fremdwährungen: mit 0,25%, Minimum USD 50,-- pro Bewegung belastet.	ATS-Ausgänge sind mit ATS 280,-- pro Transaktion belastet Fremdwährungen: mit 0,25%, Minimum USD 50,-- pro Bewegung belastet.
Options:	Exercise und Assignment Spesen: USD 5,-- = DM 5,-- pro Kontrakt	Exercise und Assignment Spesen: USD 5,-- = DM 9,-- pro Kontrakt
Futures:	Delivery Fees sind nicht fixiert. Sie variieren von Clearing House zu Clearing House allfällige Börsenspesen würden dem Kunden mit Verarbeitungszuschlag weiterverrechnet.	Delivery Fees sind nicht fixiert. Sie variieren von Clearing House zu Clearing House allfällige Börsenspesen würden dem Kunden mit Verarbeitungszuschlag weiterverrechnet.
Kontoschließung:	Die Kontoschließung ist zu den obigen Spensätzen gebühren- pflichtig.	Die Kontoschließung ist zu den obigen Spensätzen gebühren- pflichtig.

Waretermingeschäfte bzw. Wareterminoptionsgeschäfte würden von der "D-Bank Futures AG" als Geschäfte betrachtet, bei denen die zu Grunde liegende Leistung in einer Ausgleichszahlung liege.

#### **6. Betriebsprüfung betreffend U 1996 und 1997 sowie 1-12/98 und 1-6/99:**

Im Zuge einer weiteren abgabenbehördlichen Prüfung für die Jahre 1996 und 1997 sowie einer Umsatzsteuernachschau für den Zeitraum Jänner bis Dezember 1998 und Jänner bis Juni 1999 wurde lt. Tz. 15 des BP-Berichtes ebenso festgestellt, dass die von der Bw. angebotenen Leistungen über die reine Vermittlungstätigkeit hinausgehen, da sie im wesentlichen Ausmaß eine *Beratungstätigkeit* darstellen.

Da somit eine steuerbare Leistung im Inland vorliege, seien die entsprechenden Entgelte wie folgt der Umsatzsteuer zu unterziehen:

	1996	1997	1998	1999 (1-6):
Gesamtbetrag der Entgelte bisher:	-	115.918,18	466.137,27	154.616,00
Gesamtbetrag der Entgelte lt. BP:	1.727.821,73	115.878.867,35	61.965.417,92	22.999.336,98

#### **7. Die Höhe der steuerlichen Bemessungsgrundlagen lt. BP/FA:**

Entsprechend den Feststellungen der Betriebsprüfung wurde der vorläufig ergangene Umsatzsteuerbescheid 1996 gemäß § 200 Abs. 2 BAO für endgültig erklärt und die Bw. für die Jahre 1997 und 1998 zur Umsatzsteuer veranlagt - betreffend das Jahr 1998 erging dabei ein vorläufiger Umsatzsteuerbescheid gemäß § 200 Abs. 1 BAO.

Bei der Erlassung der Umsatzsteuerbescheide 1997 und 1998 sowie bei der Festsetzung der Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999 wurden die Bemessungsgrundlagen sowie die Höhe der zu entrichtenden Zahllast wie folgt ermittelt:

1997	Gesamtbetrag der Entgelte:	115.878.867,35
	Gesamtbetrag der Vorsteuern:	2.814.132,10
	Zahllast:	20.348.790,--
1998	Gesamtbetrag der Entgelte:	61.965.417,92
	Gesamtbetrag der Vorsteuern:	3.093.016,38
	Zahllast:	9.236.106,--
1-6/1999	Gesamtbetrag der Entgelte:	22.999.336,98
	Gesamtbetrag der Vorsteuern:	1.376.394,64
	Zahllast:	3.209.573,--

**8. Die Berufung vom 8. November 1999 betreffend U 1996-1998, U 1-6/1999:**

Gegen den endgültig ergangenen Umsatzsteuerbescheid 1996, die Umsatzsteuerbescheide 1997 und 1998 sowie den Bescheid betreffend Festsetzung der Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999 wurde mit Eingabe vom 8. November 1999 fristgerecht berufen.

Entgegen der Berufung gegen den vorläufig ergangenen Umsatzsteuerbescheid 1996 vom 19. Jänner 1998 wird nunmehr vorgebracht, dass hinsichtlich der von der Bw. gehandelten Warenterminoptionsgeschäfte im Inland nicht steuerbare *Besorgungsleistungen* durch einen ausländischen Broker vorliegen würden. In den folgenden Ausführungen wurden die von der Bw. erbrachten Leistungen wie folgt beschrieben:

Um von einem Kunden einen Auftrag zu erhalten, sei es notwendig, ihn über das besorgende Grundgeschäft zu informieren. Ohne dieses Wissen der Kunden wäre keine Besorgung möglich. Diese grundlegende Information erfolge nur beim Erstkontakt und sei somit Teil der Besorgungsleistung.

Da der Broker im Rahmen der Besorgung den Kunden nicht kenne, müssen die Informationen, die die Bw. durch den Broker erhalte, an die Kunden weitergeleitet werden, damit diese entscheiden können, ob sie die Bw. mit dem Kauf oder Verkauf von Optionen beauftragen sollen. Auch in diesem Fall könne es sich nicht um eine eigenständige Beratungsleistung handeln, da es sich um einen Teil der Besorgungsleistung handle. Der Bw. sei es weiters aus Kostengründen nicht möglich, selbst eine Abteilung zu unterhalten, welche Analysen der vielfältigen Märkte durchführt. Die Bw. wäre auf Grund der Vielzahl der Marktdaten durch diese Aufgabe überfordert und verfüge nicht selbst über ausreichendes "Know-How" oder Insiderinformationen, um selbständig Marktsituationen für die Kundenakquisition einschätzen zu können. Marktbeobachtungen würden überdies von einer großen Zahl der darauf spezialisierten Unternehmen durchgeführt. Vielmehr würden der Bw. durch ihre Broker ausgewählte Kaufinformationen mitgeteilt. In der Folge werde dem Kunden eine genau spezifizierte Option angeboten, um einen Besorgungsauftrag zu erhalten.

Die Berechnung des "Break-Even-Points" werde dem Kunden im Zuge der Erläuterungen zum Grundgeschäft erklärt, diene somit dem grundsätzlichen Verständnis des Basisgeschäftes und sei damit Teil der Besorgungsleistung. Ebenso wenig könne die Einrichtung eines Unterkontos beim Broker wohl nicht als Teil der Beratungsleistung gewertet werden, sondern sei eindeutig ein Bestandteil der Besorgung, nämlich der technischen Abwicklung. Die treuhändige Übernahme der Kundengelder und die Weiterleitung an den Broker könne ebenfalls nicht als Beratung gewertet werden. Dieses Vorgehen sei – wo im eigenen Namen und auf fremde Rechnung aufgetreten werde – wesentlicher Teil der Besorgung.



Da die Kunden keinen direkten Kontakt zum Broker haben, müsse die Bw. ihnen mitteilen, zu welchen Kursen die Käufe tatsächlich getätigt worden seien. Um die Käufe nachweisen zu können, würde die Bw. die Brokerauszüge an die Kunden weiterleiten. Auch diese Tätigkeit müsse im Rahmen der Besorgung erfolgen und habe keinen Beratungs- oder eigenständigen Charakter, sondern sei Beweis für die erfolgte Besorgungsleistung. Aus diesem Grund würden auch die vom Broker zugesendeten "Equity-Auszüge" an die Kunden weitergeleitet. Das Weiterleiten der "Equity-Auszüge" müsse im Rahmen der Besorgung erfolgen und könne nicht als Beratung interpretiert werden.

Aus akquisitorischen Gründen sei es erforderlich, den Kunden zu zeigen, welche Kursgewinne erzielbar gewesen wären, wenn sie in bestimmten Märkten "eingekauft gewesen wären". Mit der Versendung des Börsenbriefes werde daher aufgezeigt, wie sich die Märkte in der Vergangenheit entwickelt haben. Die Versendung des Börsenbriefes erfolge aber auch an Kunden, welche die Bw. noch nicht beauftragt haben, um Interesse für den Erwerb von Optionen zu wecken. Ein Beratungscharakter liege auf Grund der Mitteilung vergangener Entwicklungen nicht vor.

Im Rahmen der Besorgung sei es weiters notwendig, Endabrechnungen zu erstellen, weil die Kunden keinen direkten Kontakt zum Broker haben. Ohne diese Abrechnungen könnte die Bw. keine Auszahlungen vornehmen und die Kunden könnten diese nicht überprüfen. Eine Beratung liege dabei nicht vor.

Die Bw. erhalte vom Broker Kaufempfehlungen. Daraus abgeleitet würde die Bw. ihren Kunden nur jeweils *eine* Warenoption zum Kauf anbieten. Es werde aber nicht, wie es für eine Beratung notwendig wäre, über andere Wiederveranlagungsmöglichkeiten informiert. Denn im vorliegenden Fall würde dem Kunden lediglich mitgeteilt, welche Option an einem bestimmten Tag zur Besorgung angeboten werde. Es werde nur eine bestimmte Warenoption und darüber hinaus keine weitere Information angeboten, weshalb keine Beratung, sondern nur ein Bestandteil der Besorgung vorliegen könne. Wenn ein Anleger Informationen oder Auskünfte fordere, würden von der Bw. die vorliegenden Brokerinformationen weitergegeben. Dies sei im Zuge der Besorgung notwendig, eine eigenständige Beratung sei daraus nicht ableitbar.

Zur grundlegenden Erläuterung über das zu besorgende Geschäft gehöre auch eine entsprechende Aufklärung über das bestehende Risiko. Diese Aufklärung sei Teil der Besorgung und gesetzlich verankert.

Die Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers könne weiters nicht als Indiz für eine eigenständige Beratungsleistung gesehen werden.

Bei der seitens des Finanzamtes getroffenen falschen Beurteilung des Sachverhaltes werde bloß eine Vielzahl von geringsten unselbständigen Bestandteilen der Besorgung aufgezählt und auf zwei BFH-Urteile aus dem Jahre 1994 verwiesen.

Insbesondere werde nicht darauf eingegangen, dass diese Entscheidungen zu anders gelagerten Sachverhalten getroffen worden seien, da die in den BFH-Erkenntnissen betroffenen Gesellschaften eine Vielzahl von Produkten angeboten haben, woraus sich die Möglichkeit einer Beratungsleistung ableiten lasse. Für die Bw. treffe dies nicht zu, da – wie bereits angeführt – nur ein *einziges* Produkt angeboten werde.

Im vorliegenden Fall werde es nicht möglich sein, eine Besorgung durchzuführen, ohne Konten einzurichten, Kundengelder weiter zu leiten, oder eine Endabrechnung durchzuführen. Eine grundlegende Erläuterung zum Grundgeschäft sei für die Besorgung ebenso erforderlich, wie den Kunden mitzuteilen, zu welchen Kursen gekauft und verkauft worden sei. Überdies würden von der Bw. Produkte mit Nachschusspflichten nicht angeboten.

Der von der Betriebsprüfung vertretenen Rechtsansicht würden Rechtsauskünfte des Finanzamtes für Körperschaften in zumindest zwei gleich gelagerten Fällen entgegenstehen, wo eindeutig die Beratung verneint und die erbrachten Leistungen als Besorgungs- bzw. Vermittlungsleistungen behandelt worden seien. Die den Rechtsauskünften zu Grunde liegenden Leistungsbeschreibungen würden wesentlich mehr *Beratungs*charakter aufweisen, als dies bei der Tätigkeit der Bw. gegeben sei.

Die im Jänner 1996 beim Finanzamt für Körperschaften gestellte Anfrage habe eine Kapitalanlagegesellschaft ("KAG") betroffen, welche u.A. Vorschläge zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren und derivativen Produkten erstelle, und technische Unterstützung bei der Ausführung von Kauf- und Verkaufsaktionen anbiete. Zu dieser Leistungsbeschreibung, die zweifellos einen starken Beratungscharakter aufweise, habe das Finanzamt mit 22. Feber 1996 ausgeführt, dass diese Leistungen als *Vermittlungsleistungen* angesehen werden können. Der "KAG" würde aber eine Vielzahl von Vermögenswerten angeboten werden, während die Bw. hingegen nur die Besorgung eines *einzigsten* Produktes anbiete. Wenn von der Bw. nur *ein* Produkt angeboten werde, sei für eine Produktberatung, die im Vordergrund stehen solle, kein Raum.

Des Weiteren sei die Vermutung des Finanzamtes falsch, dass aus der Höhe des Vermittlungshonorares auf einen "übergeordneten Beratungsteil" geschlossen werden könne. Denn Banken würden in der Höhe auf ähnliche Prozentsätze kommen, aber ihre Honorare aufgrund des sog. "Preis-Splittings" nicht so transparent darstellen. Schließlich könne eine unterschiedliche Honorarhöhe in unterschiedlichen Kosten begründet sein.

So sei es für die Bw. erforderlich, rund 1000 Personen zu kontaktieren, um durchschnittlich von zwei Personen tatsächlich Aufträge zu erhalten. Aus dieser Relation ergebe sich, dass nicht die Beratungskomponente dazu führe, dass ein hoher Prozentsatz verrechnet werde, sondern die geringe Erfolgsquote die Bw. zwingt, einen hohen Prämiensatz zu verrechnen, um die anfallenden Kosten decken zu können.

So errechne sich für 1998 eine Umsatzrentabilität von 7,6%. Wenn die Erlöse noch um die Umsatzsteuer zu kürzen seien, ergebe sich eine Umsatzrendite von 7,4%. Das heißt, die Bw. benötige den verrechneten Satz, um die Kosten abdecken zu können.

Anders stelle sich dies bei Banken dar, die auf eine breite Kundenbasis zurückgreifen können. Daher würden in diesem Bereich bei Banken wesentlich geringere Kosten anfallen.

#### **9. Das Gutachten der A-GmbH vom 28. März 2000:**

In dem mit 28. März 2000 datierten und von der A-GmbH erstellten Gutachten wird zudem vorgebracht, dass die Berechnung des "Break-Even-Points" ebenfalls nur der Risikoaufklärung diene, zumal die Vermittlungsgebühr zusätzlich zur Optionsprämie aufgeschlagen werde. Der Kunde solle wissen, um wie viel der Optionspreis steigen müsse, damit er überhaupt an die Gewinnschwelle komme - dies sei keine Beratung.

Ein treuhändiges Halten der Kundengelder finde nicht statt, da dieses Geld sofort an den Broker weitergeleitet werde. Die Bekanntgabe eines für die Spekulation wesentlichen Datums und eine Bestätigung darüber würden zur eigentlichen Besorgung gehören, da ohne Kenntnis des Einstiegskurses der Kunde keine Entscheidung treffen könnte. Ebenso diene die Plazierungsbestätigung der Information des Kunden über die widmungsgemäße Verwendung des Kapitals.

Die Durchführung von Verkäufen auch ohne ausdrücklichen Kundenauftrag, wenn es die Marktsituation erfordere, sei eine Verpflichtung, die sich aus der übernommenen Sorgfalt im Rahmen der Besorgung ergebe. Es soll damit ein Kunde, der bei einer bestimmten Marktsituation nicht erreichbar sei, vor Verlusten geschützt werden.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der Kunde ausschließlich für die *Besorgung* des Warentermingeschäftes eine Vermittlungsgebühr bezahle. Die vorgenannten nicht eigenständigen Nebenleistungen seien für eine ordnungsgemäße und korrekte Besorgung unbedingt erforderlich und geschäftsimmanent.

Hinsichtlich der Angemessenheit der verrechneten Vermittlungsgebühren sei festzustellen, dass im Falle von ungünstigen Geschäftsverläufen von der Bw. auch geringere Gebührensätze als 45% vereinbart worden seien. Somit habe sich im fraglichen Zeitpunkt im Durchschnitt

eine Vermittlungsgebühr von ca. 30 – 35% ergeben, mit der sämtliche wie immer gearteten Kosten, Spesen und Gebühren abgegolten seien.

Zur Frage der Ermittlung der Höhe der Gebührenbelastung werde auf das der Beilage A beiliegende und mit 21. Februar 2000 datierte Schreiben von T. H. verwiesen. Demnach haben deutsche Banken Gebühren von mehr als 60% - bezogen auf die jeweils gehandelte Optionsprämie – erhoben. Dieser Gebührensatz müsse auf Grund internationaler Usancen auf beide Seiten des Handelsgeschäftes, also An- und Verkauf, verteilt werden. Da auch das Finanzamt den 45%igen Gebührensatz auf die gehandelten Optionsprämien bezogen habe, sei lt. vorliegendem Gutachten auch dieser Satz auf 22,5% zu halbieren. Im fraglichen Zeitraum sei daher von einer durchschnittlichen Gebühr von 15% bis 17% auszugehen.

Es könne daher festgestellt werden, dass die Höhe der von der Bw. verrechneten Gebühren unter Berücksichtigung aller von den Kunden zu leistenden Zahlungen jener von Banken entspreche.

Die Behandlung der Warenterminoptionen als Beratung dürfte auch einer Überprüfung durch EU-Recht nicht standhalten, da beim Europäischen Gerichtshof die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Vordergrund stehe.

Die Bw. sei bei der Beurteilung des Sachverhaltes davon ausgegangen, dass es sich bei ihren Leistungen um Vermittlungs- bzw. Besorgungsleistungen gemäß § 3a Abs. 4 UStG 1994 handle, die in § 3a Abs. 10 UStG nicht gesondert genannt seien.

In jenen Fällen sonstiger Leistung, die im § 3a UStG nicht besonders genannt seien, bestimme sich der Leistungsort nach § 3a Abs. 12 danach, wo der leistende Unternehmer seinen Sitz bzw. seine Betriebsstätte habe. Da die gegenständliche Leistung, nämlich der Erwerb von Optionen, im Ausland erbracht werde, würden die Vermittlungs- und Besorgungsleistungen dieses Schicksal teilen und am Sitzort des leistenden Unternehmers erbracht. Die Vermittlungs- und Besorgungsleistungen seien in Österreich somit nicht umsatzsteuerbar.

### **10. Die Stellungnahme der BP vom 29. Juni 2000 zu dem Gutachten der A-GmbH:**

Der Betriebsprüfung sei eine Broschüre vorgelegt worden, in welcher den Kunden der Bw. die angebotenen Leistungen, Erklärungen über Warendermingeschäfte, Risikohinweise und der Geschäftsablauf erläutert werden.

Auf Grund dieser Unterlagen und den Darstellungen der Bw. sei die Betriebsprüfung zur Ansicht gelangt, dass ein nicht unwesentlicher Teil der Leistungen der Bw. in einer Beratungsleistung liege. Insbesondere könne nicht die von der Bw. vertretene Rechtsansicht geteilt werden, dass die Betriebsprüfung Punkt für Punkt aufgelisteten Leistungen als *Bestandteil* der *Besorgungsleistung* angesehen werden können.

Von der Bw. würden stets die Vermittlungsleistungen von Banken und diesen vergleichbare Institute als Vergleich angeboten. Bei Bankleistungen sei in Bezug auf Terminoptionsgeschäfte grundsätzlich von der Annahme auszugehen, dass seitens der Bank ein Geschäft ohne Zögern ausgeführt werde, wenn dies ein Kunde zu einem bestimmten Zeitpunkt begehre. Auch hier werde keine genaue Aufklärung über das Risiko eines solchen Optionserwerbes erfolgen müssen, da von der Bank das Wissen des Kunden angenommen werden dürfe. Im Falle von Bankleistungen könne man daher von reinen Vermittlungsleistungen sprechen.

Wollte man allerdings bei der Bw. zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Warenoption erwerben, so werde dies nicht gelingen, da von der Bw. nur jeweils ein *bestimmtes* Produkt zu einem bestimmten Zeitpunkt angeboten werde.

Wenn seitens der Bw. aus allen möglichen Warenderminoptionen ein *einziges* Produkt angeboten werde, bedeute dies weiters, dass durch diese genaue Vorerhebung ein nicht unwesentlicher Teil des Aufwandes geleistet worden sei. Durch das Anbieten eines bestimmten, vorausgewählten Produktes werde dieselbe Beratungsleistung erbracht, als wenn man einem Kunden, welcher ein konkretes Produkt kaufen möchte, in aufwendigen Beratungen erläutern müsste, dass zur Zeit nur ein spezielles Produkt, welches auf Grund von Marktanalysen, Erfahrungswerten und sonstigen Insiderinformationen die besten Gewinnchancen habe.

Das seitens der Bw. vorgelegte Gutachten verweise im Hinblick auf die Höhe der Vermittlungsgebühr auf die Kosten der Marktbeobachtung. Ebenso erwähne die „Zusammenfassende Risikobelehrung“ der Bw. in Punkt 2, dass das allgemeine Risiko von Warenderminoptionsgeschäften durch die von der Bw. erhobene Servicegebühr nochmals erhöht werde.

Die Vorauswahl der jeweils anzubietenden Optionen, das Studium der Marktentwicklungen, die Beobachtung der Börsennotierungen (alles Arbeiten die rund um die Uhr getätigt werden müssen) etc. würden nach Ansicht der Betriebsprüfung einen wesentlichen *Beratungsaufwand* und den wesentlichen Unternehmenszweck der Bw. darstellen.

Es könne also nicht bedeuten, wie von der Bw. auf Seite 10 der Berufung behauptet werde, dass das Anbieten eines einzelnen Produktes darauf schließen lasse, dass keine Beratung durchgeführt werden müsse. Vielmehr sei die entsprechende Beratung im Gesamtpaket von Haus aus inkludiert. Sämtliche anderen Leistungen, welche in der Berufung wie auch im beigefügten Gutachten bis ins Detail erläutert und ausschließlich als nicht der Beratung zugehörig bezeichnet werden, können nach Auffassung der Betriebsprüfung sehr wohl als Teil einer Beratungsleistung angesehen werden.

Zu einigen von der Bw. angebotenen Leistungen werde daher im Einzelnen angeführt:

- *Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte:*  
Diese Leistung stelle eine über die Besorgungsleistung hinausgehende Beratungsleistung dar.
- *Information über gewinnträchtige Marktsituationen durch Einsatz von Know-How:*  
Dies könne ebenfalls als Teil einer Beratung angesehen werden, da durch den Blick in die Vergangenheit über die weitere Vorgangsweise beraten werde.
- *Markt- und Insiderinformationen, Marktbeobachtungen und Auswertungen von Marktanalysen:*  
Diese Leistung diene - wie bereits oben angeführt - auch der Vorauswahl der anzubietenden Investitionen.
- *Wöchentliches Zusenden eines Börsenbriefes:*  
Diese Information diene zur Beratung des Anlegers.
- *Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten:*  
Dass nur eine Option angeboten werde, bedeute nicht, dass keine Beratung stattfinde.

Die von der Bw. erbrachten Leistungen seien daher nach Ansicht der Betriebsprüfung keineswegs – wie im Gutachten dargestellt – auf die reine Besorgung oder Vermittlung abgestellt. Im Gegenteil könne man davon ausgehen, dass sich die Bw. im Unterschied zu anderen Anbietern in erhöhtem Ausmaß auf die Beratung der Kunden spezialisiert habe.

Die Berufungen gegen den vorläufigen Umsatzsteuerbescheid 1996, die endgültigen Umsatzsteuerbescheide 1996 und 1997, den vorläufigen Umsatzsteuerbescheid 1998, sowie den Bescheid betreffend Festsetzung der Vorauszahlungen an Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999 wurden ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

### **11. Die Eingabe der Bw. vom 25. Oktober 2001:**

Aus dem Umstand, dass die Bw. die Gewerbeberechtigung eines Vermögensberaters beantragt habe, da ihre Tätigkeit über die bloße „Vermittlung“ hinausgehe, da eine Beratung über günstige An- und Verkaufszeitpunkte erfolge und davon auszugehen sei, dass die Bw. für die Kunden als Kommissionär auftrete und Kundengelder treuhändig halte, bestätige sich die Einhaltung der im Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) geregelten Vorschriften. Durch das Wertpapieraufsichtsgesetz sei die Bw. vom Gesetz her zu einer Informationstätigkeit verpflichtet und werde diese entsprechend dieser Regelungen ausführen. Eine umsatzsteuerrechtlich relevante Sachverhaltsfrage könne die Bw. daraus nicht ersehen.

Zentraler Gegenstand des seinerzeit von Dr. L. erstellten Rechtsgutachtens sei die Frage gewesen, welche behördlichen Bewilligungen nach Kreditwesengesetz (KWG), Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) oder der Gewerbeordnung (GewO) für die im Oktober 1996 gegründete Bw. notwendig seien.

Die steuerrechtliche Prüfung sei überhaupt nicht Gegenstand dieses Rechtsgutachtens gewesen. Die damalige Nebenbemerkung, dass die Bw. „*treuhändig Kundengelder halte*“ sei daher bloß nebenbei und ohne ausführliche Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt. Von Dr. L. seien die Fragen „*Beratung und Verwaltung von Kundenportefeuilles*“ erst gar nicht einer weiteren genauen Prüfung unterzogen worden, weil dies für sein Thema der „*Konzessionspflicht*“ der Bw. gar nicht mehr wesentlich gewesen sei. Davon abgesehen, sei inzwischen durch weitere Rechtsgutachten von anderer Seite sowie insbesondere nach rechtskräftiger Entscheidung des UVS längst geprüft und geklärt worden, dass die Bw. *keine* Kundengelder halte.

Was nun den Aspekt der „Beratung“ anlange, so sei zu berücksichtigen, dass das Gutachten aus dem Jahre 1997 naturgemäß *vor* Lehre und Rechtsprechung des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG) erfolgen musste. Inzwischen sei längst klargestellt, dass die pflichtgemäße *Aufklärung* von Kunden in Entsprechung der Wohlverhaltensregeln des WAG von einer *Vermögensberatung* zu unterscheiden sei.

Nur weil die Bw. ihren gesetzlichen Verpflichtungen getreulich nachkomme, betreibe sie noch keine „Vermögensverwaltung“. Im Gegensatz zu heute sei diese Unterscheidung zwischen Aufklärung und Vermögensberatung noch nicht klargestellt gewesen. Aus Vorsichtsgründen (und im nachhinein überflüssig) habe daher Dr. L. der Bw. zur Anmeldung des Gewerbes eines „Vermögensberaters“ geraten.

Im Übrigen habe die Bw. dieser Tage das freie Gewerbe „*Vermittlung von Warengeschäften im Sinne von Z. 5 der Anlage 2 zu § 22 Bankwesengesetz mit Ausnahme der den Vermögensberatern vorbehaltenen Tätigkeiten ....*“ angemeldet. Diese Gewerbeanmeldung sei in Akkor-

dierung mit der MA63 und der Wirtschaftskammer Wien nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage sowie des Geschäftsganges bei der Bw. erfolgt.

Aus den vorgelegten Unterlagen über die Befragung diverser Kunden bzw. Angestellter der Bw. sei ersichtlich, dass seitens der Betriebsprüfung versucht worden sei zu beweisen, dass die Bw. eine Beratungstätigkeit erbringe.

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Informationspflicht und Beratungstätigkeit müsse festgehalten werden, dass die Bw. nur die seitens des WAG normierten Pflichten wahrnehme. Eine Beratung im eigentlichen Sinne sei niemals Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Bw. gewesen. In diesem Zusammenhang werde auf die von Dr. K. und die Stellungnahme von Dr. L. verwiesen.

Auch könne aus dem Wort „*Beratung*“ nichts gewonnen werden, wenn die Wortwahl von einem Verkäufer oder aber vom vernehmenden Beamten stamme. Sogar juristische Autoren würden das Wort „*Beratung*“ verwenden und meinen in Wahrheit „*Information*“.

Die Unterscheidung in „*Informationspflicht*“ und „*Beratungstätigkeit*“ und umso mehr deren umsatzsteuerliche Qualifikation sei viel zu komplex, als dass sie durch Kundenbefragungen beantwortet werden könnte. Auf das Zustandekommen der einzelnen Niederschriften sowie die möglichen erlittenen Verluste der einzelnen Personen im Vorfeld der Befragung solle daher gar nicht ausführlich eingegangen werden.

Beispielhaft könne nur angeführt werden, dass W. K. der Vater einer Telefonverkäuferin sei, der einfach mehr über die Firma der Bw. habe wissen wollen. Ihm seien daher seitens der Bw. überhaupt mehr Informationen gegeben worden. Als Sonderfall sei aus seiner Aussage überhaupt nichts abzuleiten.

Wenn sich aus den von A. P. und A. M. unterfertigten Niederschriften ergibt, dass diesen das Warenterminoptionsgeschäft erklärt und sie über Ein- und Ausstiegszeitpunkte und Optionsarten (Weizen) beraten worden seien, zeige dies schlicht und einfach die Erfüllung der in § 13 Z. 4 WAG normierten Informationspflicht. Dies ungeachtet des Umstandes, dass von A. P. und A. M. jeweils das Wort „*Beratung*“ verwendet worden sei.

Die Risikoaufklärung sei jedenfalls zwingender Bestandteil der im WAG normierten Informationspflichten. Die genauere Ausgestaltung dieser Informationen könne bzw. müsse unterschiedlich sein. Die Frage der Informationsbeschaffenheit (nur beim Erstgeschäft oder auch bei den Folgegeschäften) könne nur aus der Sicht des WAG, nicht jedoch für die im gegenständlichen Fall interessierende umsatzsteuerliche Frage relevant sein.



Der Punkt, dass der Kunde C. G. auch über die steuerlichen Folgen einer Spekulation mit Optionen informiert bzw. beraten worden sei, könne als Musterfall einer Nebenleistung angesehen werden. Im Gefolge der Hauptleistung (Besorgungsleistung) haben unbedeutende Nebenleistungen den Zweck, die Hauptleistung zu ergänzen bzw. zu ermöglichen. Interessiere sich ein Kunde nun für die steuerlichen Konsequenzen, werde man ihm die gewünschten Informationen – allein aus unternehmerischen Überlegungen heraus – zukommen lassen. Der untrennbare Zusammenhang mit der Besorgung des Grundgeschäftes sei in diesem Fall aber nicht zu übersehen.

Aus den Angebotsbroschüren der Bw., die laufend den rechtlichen Rahmenbedingungen angepasst worden seien, seien die nachstehend angeführten Vermittlungsgebühren zu entnehmen:

<b>Version der Broschüre:</b>	<b>Seite</b>	<b>Höhe der Vermittlungsgebühr</b>
Version 1.0/97	7	ca. 45%
Version 1.0/98	7	ca. 45%
Version 8.0/00	7	ca. 38%
Version 11.0/01	7	ca. 38%

Gemäß den Gebührenprüflisten würden sich nachstehende durch die I-WTH-GmbH überprüfte Gebühren ergeben:

<b>Zeitraum</b>	<b>Gebührensatz</b>	<b>Datum der Bestätigung</b>
1.1.-31.12.1999	24%	27. März 2000
November 1996 bis Oktober 1997	28%	06. März 2000

Der Prozentsatz der Gebühren von 24% bzw. 28% sei aus dem Verhältnis der tatsächlich zu entrichtenden Gebühren lt. Performanceliste und dem gesamten Handelsvolumen (das entspreche der Summe aus dem plazierten Kapital plus den Verkaufserlösen aus Optionsverkäufen) errechnet worden und beinhalte sämtliche Kosten, einschließlich Kommission, Fremdgebühren, Courtagen, Depotgebühren und Wechselkursgebühren, die den Kunden entstanden seien. Laut übergebener Performance-Liste sei eine durchschnittliche Performance von 7,24% erzielt worden, wobei den für den Zeitraum November 1996 bis Oktober 1997 634 abgeschlossene Geschäfte zu Grunde gelegt worden seien.

Des Weiteren sei anzuführen, dass die von der Bw. erbrachten Leistungen mit denen der „G-Bank Future AG“ erbrachten Leistungen absolut vergleichbar seien. Seitens der „G-Bank Fu-

ture AG“ seien auch Aktivitäten wie *Weiterleitung des Kapitals* an ausländische Broker, die *Zusendung* von Informationen, *Marktanalysen* etc. erbracht worden.

### **12. Das Rechtsgutachten vom 5. November 2001 – Gutachter Dr. K.:**

In dem von Dr. K. erstellten Rechtsgutachten vom 5. November 2001 wird ausgeführt, dass die Bw. ausschließlich den Kauf einer *einzigsten* Rechtstypen, nämlich den Kauf von Warenterminoptionen besorge. In Zusammenhang mit diesen Geschäften erbringe die Bw. keine Beratungsleistung, sondern erfülle nur die in § 13 Z. 4 WAG zwingend vorgeschriebenen Informationspflichten. Die in § 13 Z. 4 WAG normierte *Informationspflicht*, die eine gesetzlich normierte Zusatzverpflichtung zur Besorgungsleistung (im Ausland) darstelle, würden neben

- Risiken,
- Preis,
- Kurspotential auch die
- Markterwartungen (dazu gehöre auch die Erläuterung über die Art des angebotenen Geschäftes und die Berechnung und Mitteilung des „Break-Even-Points“) umfassen.

Laut dem von Dr. K. erstellten Gutachten würden die von der Bw. erbrachten Leistungselemente wie folgt festgestellt:

- Anbahnungsgespräch
- Erläuterung über die Art des angebotenen Geschäftes
- Information über die Risiken des Geschäftes (umfassende Risikoaufklärung)
- Information über den Preis
- Information über das Kurspotential
- Information über die Markterwartungen (von der BP *unrichtigerweise* als Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte, Empfehlung für günstige Einstiegsmöglichkeiten, Information über gewinnträchtige Marktsituationen, Einholung von Markt- und Marktinsiderinformationen, Marktbeobachtung, Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten und fernmündliche, persönliche und schriftliche Auskunftserteilung bei Rückfragen der Anleger qualifiziert bzw. bezeichnet)
- Berechnung und Mitteilung des „Break-Even-Points“
- Einrichtung eines Unterkontos beim Broker
- Weiterleitung des Spielkapitals an den Broker
- Bekanntgabe des Einstiegskurses
- Erstellung von Placierungsbestätigungen
- Weitergabe der Brokerauszüge für Kundenplazierungen
- Mitteilung von Tageskursen
- Zuleitung von „Equity-Kontoauszügen“
- Wöchentliche Zusendung des Börsenbriefes

- Erstellung einer Endabrechnung am Ausübungstag

Ohne die vorstehend bezeichneten Leistungen wie die Einrichtung eines *Unterkontos* beim Broker, die *Weiterleitung* des Spielkapitals an den Broker, die *Bekanntgabe* des Einstiegskurses, die Erstellung von *Placierungsbestätigungen*, die Weitergabe der *Brokerauszüge* für Kundenplacierungen, die Mitteilung von *Tageskursen*, die Zuleitung von „*Equity-Kontoauszügen*“, die wöchentliche Zusendung des *Börsenbriefes* und die Erstellung einer *Endabrechnung* am Ausübungstag, sei die Durchführung der Geschäftsbesorgung überhaupt nicht möglich.

Von der Bw. würden keine Leistungen im *Pauschalpaket* angeboten, da die Bw. nur die Besorgung von Warenterminoptionen anbiete. Der Umstand, dass die Bw. keine *Kundengelder* treuhändig halte, habe zur Einstellung des Verfahrens vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) geführt, wo der Bw. das Betreiben von Bankgeschäften ohne Konzession vorgeworfen worden sei.

Definitiv unrichtig sei lt. dem von Dr. K. erstellten Gutachten die Erklärung der Betriebsprüfung, dass in einigen Fällen Verkäufe auch ohne Bestimmen bzw. Zutun der Anleger durchgeführt worden seien. Hier lehne sich die Betriebsprüfung offensichtlich an eine aufgenommene Niederschrift (Anmerkung: Niederschrift mit A. M.) an. Denn eine Rücksprache mit der Geschäftsführung der Bw. und der Steuerberatungskanzlei BF-OEG habe ergeben, dass eine solche Vorgangsweise vertraglich nur vereinbart worden sei, um im Extremfall Schaden von den Kunden abwehren zu können.

In dem von Dr. K. erstellten Gutachten wird festgehalten, dass es *keine Beratung* über günstige An- und Verkaufszeitpunkte gebe, die über die sogenannte „bloße Vermittlung“ hinausgehe. Bei diesen Leistungen handle es sich bloß um die nach § 13 Z. 4 WAG normierten Informationspflichten, die eine Nebenleistung zur Besorgungsleistung darstellen würden. Dies treffe sowohl beim *Erstgeschäft* als auch bei *Folgegeschäften* zu.

Des Weiteren müsse Gutachter Dr. K. feststellen, dass der Betriebsprüfer S. F. und W. K. bei deren Einvernahme mit der Fragestellung des Betriebsprüfers (rechtlich gesehen) einigermassen überfordert habe: wie sollen diese juristisch zwischen „*Beratung*“ im umsatzsteuerlichen Sinne und „*Informationsverpflichtung*“ im Sinne des WAG unterscheiden können.

In der mit A. M. aufgenommenen und von ihm unterfertigten Niederschrift habe dieser bestätigt, dass die Bw. ihren Informationsverpflichtungen im Sinne des § 13 Z. 4 WAG nachgekommen sei. Jedoch müsse dessen Erklärung, dass Verkäufe *ohne* sein Zutun bzw. Bestimmen durchgeführt worden seien, mit Vorsicht zur Kenntnis genommen werden. Der Gutachter Dr. K. sei überzeugt, dass A. M. juristisch überfordert werde. Soweit sich A. M. auf seine Kontaktperson bei der Bw. verlasse, bestätige dies den Sinn der Informationsverpflichtungen im Sinne

des WAG. Der Gutachter glaube auch, dass es sich bei A. M. um einen etwas frustrierten Auftraggeber handle, der keine Rückzahlungen aus seinen Spekulationen erhalten habe, da er sämtliche Gewinne reinvestiert habe.

Zu der niederschriftlichen Einvernahme von G. V. wird von Gutachter Dr. K. ausgeführt, er glaube nicht, dass die Aussage eines ehemaligen Bediensteten, der nicht einmal zwei volle Monate bei der Bw. angestellt gewesen sei, im Rahmen einer Beweiswürdigung eine besondere Rolle spielen könne. In dem genannten Zeitraum sei er auch noch eingeschult worden.

Die von Frau Vorständin P. K. mit 12. August 1997 unterfertigte und von der Steuerberatungskanzlei überprüfte Niederschrift sei insoweit nicht unverständlich, als die Bw. zu diesem Zeitpunkt bereits unter gewaltigem Druck gestanden sei. Im Übrigen zeige ihre Darstellung eine Befolgung der in § 13 Z. 4 WAG normierten Informationsverpflichtungen. Die vom Vorstand der Bw., P. K., mit 13. August 1997 aufgenommene von unterfertigte Niederschrift wurde von Gutachter Dr. K. als reine *Alibihandlung* der Betriebsprüfung bezeichnet.

Gutachter Dr. K. könne sich gut vorstellen, dass ein potentieller Anleger quasi am Rande auch über die steuerlichen Folgen einer Spekulation mit Optionen aufgeklärt werden möchte und die betreffende Antwort bekomme. Eine solche Information stehe im direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung im Sinne einer einheitlichen Leistung oder Hauptleistung.

Soweit im gegenständlichen Fall die *Satzung* als Indiz für den Tätigkeitsumfang der Bw. herangezogen werde, sei darauf zu verweisen, dass ein Unternehmen nicht alle in der Satzung angeführten Gegenstände tatsächlich ausführen und erbringen müsse.

Die Informations- und Aufklärungspflicht sei inhaltlich darauf gerichtet, den Anleger über die von ihm nachgefragten oder vom Rechtsträger angebotenen Produkte, insbesondere Risiken, Preis, Kurspotential und Ausgestaltung zu informieren (vgl. Balzer, DB 1997, S. 2313). Sie habe Weitergabe von entscheidungserheblichen Tatsachen sowie die Mitteilung von Einschätzungen und Markterwartungen (Prognosen, die noch der Informationsvermittlung zugerechnet werden können) zum Gegenstand. Informationen seien keine Empfehlungen, sondern bloßes *Hilfsmittel* für den Anleger, um selbst zu einer sachgerechten Anlageentscheidung zu gelangen. Im Gegensatz dazu habe die *Empfehlung* bereits die mögliche Anlageentscheidung aus der Sicht des Beratenden selbst zum Gegenstand.

Dagegen bewerte die *Anlageberatung* im Anschluss an die Informationserteilungsphase die Tatsachen und Prognosen hinsichtlich ihrer Eignung für den Kunden als auch hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit. Die Beratungspflicht habe die Erteilung eines Rates, die Angabe einer Empfehlung oder Warnung, mithin die Schlussfolgerung und deren Mitteilung gegenüber dem An-

leger zum Inhalt. Die Vorschrift des § 13 Z. 4 WAG sehe aber nur eine gesetzliche Informationspflicht vor, deren Kern sich auf produktbezogene Informationen beziehe.

Die Bw. schließe mit dem gewonnenen Kunden keinen Beratungsvertrag ab. Das Interesse der Bw. bestehe ausschließlich darin, der gesetzlichen Informationsverpflichtung des § 13 Z. 4 WAG penibel nachzukommen. Dies werde auch durch die hervorragend strukturierte Broschüre der Bw. dokumentiert.

Dabei liege es in der Natur der Sache, dass die Mitarbeiter der Bw. über ein entsprechendes „Hintergrundwissen“ verfügen, um ihr Produkt auf den Markt zu bringen. Auch müssten die Mitarbeiter der Bw. mit den Kunden laufenden Kontakt zu pflegen, um diese "bei der Stange halten" zu können.

Nach Auffassung von Dr. K. dürfte der seinerzeitige Gutachter Rechtsanwalt Dr. L. die damals brandneue Rechtslage durch das WAG insofern verkannt haben, als die Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte etc. nicht über die bloße „Vermittlung“ hinausgehe.

Anhand der Broschüre der G-Bank, die mit jener der Bw. vergleichbar sei, werde dokumentiert, dass das genannte Bankinstitut nicht auf so hohe Transparenz gegenüber dem (potentiellen) Kunden setzen müsse, weil die gesetzlichen Vorgaben dies nicht in dem Ausmaße erfordern, wie bei anderen Finanzdienstleistungsunternehmen. Auch seien die Formulierungen der G-Bank-Broschüre nicht so klar und eindeutig verständlich. Daraus könne man schließen, dass das Bankinstitut vielmehr auf mündliche und persönliche Aktivitäten setzen müsse, um das Produkt auf den Markt zu bringen. Dies könne eher auf eine beratende Tätigkeit seitens der G-Bank schließen. Der Umstand, dass die Bank das Wissen des Kunden voraussetzen könne, bleibe eine *Annahme* des Betriebsprüfers.

Unter Verweis auf die vom Finanzamt für Körperschaften erteilte Rechtsauskünfte, erlassene Bescheide und BP-Berichte etc. werde dem Gutachter Dr. K. die ungleiche Behandlung der *Banken* und der Bw. voll bewusst.

Nach Gutachter Dr. K. sei die Erarbeitung von Vorschlägen zum Kauf oder Verkauf von Wertpapieren keine Beratungsleistung, sondern unmittelbarer Bestandteil der Hauptleistung, der „Vermittlungsleistung“. Ohne Kauf- oder Verkaufsvorschläge komme kein Vertrag mit dem Dritten zustande, jede Vermittlungshandlung sog. Vermittlungsvertreter schließe daher Vorbereitungshandlungen des Agenten mit ein. Eine Vorbereitungshandlung sei ebenso die Überprüfung des Papiers hinsichtlich der *Nützlichkeit* für den Auftraggeber.

Der Betriebsprüfung wird seitens des Gutachters Dr. K. vorgeworfen, dass die vorgenommene rechtliche Subsumierung vorwiegend aus der Auflistung von erhobenen (abgeschriebenen) Tätigkeiten bestehe. Dabei sei nicht einmal der Versuch unternommen worden, sich mit die-

sen Tätigkeiten im Detail zu beschäftigen oder diese Tätigkeiten vielleicht einzelnen Leistungsgruppen zuzuordnen. Ein möglicherweise vorgenommener Subsumptionsvorgang sei ohne weitere Untersuchung rasch abgebrochen worden und es werde pauschal erklärt, dass neben der eigentlichen „Vermittlungs- und Besorgungsleistung“ Leistungen von wirtschaftlichem Gewicht vorlägen. Der Betriebsprüfer differenziere somit nicht zwischen einem *Paket* von Leistungen, die einer gewissen Leistungskategorie zuzuordnen seien oder einer Fülle von Leistungen.

Für die Bestimmung, welcher *Art* die Leistung sei (Lieferung oder sonstige Leistung), welchen *Inhalt* sie habe (positive oder negative Leistung) oder auch von welchem Betriebsteil der Unternehmer sie erbracht habe, seien in erster Linie die *schuldrechtlichen* Vereinbarungen heranzuziehen.

Hätten sich die beiden Betriebsprüfungen mit der eigentlichen Rechtsfrage der gegenständlichen Causa, dem Grundsatz der *Einheitlichkeit* der Leistungen und den Nebenleistungen bzw. der Aufteilung der sonstigen Leistungen auch nur einigermaßen beschäftigt, wären sie zu dem Schluss gekommen, dass die Bw. *Besorgungsleistungen* durchführt. Das Argument, die hohen „Vermittlungsgebühren“ seien erforderlich, um die umfassende Tätigkeit der Bw. zu finanzieren, hätte in weiterer Folge nicht ins Spiel gebracht werden können.

Seitens der Betriebsprüfung werde bloß lapidar festgestellt, dass zwischen Erst- und Folgegeschäften nicht zu unterscheiden sei und von der Bw. auch bei Folgegeschäften sonstige positive Leistungen mit wirtschaftlichem Gewicht erbracht würden.

Soweit der Betriebsprüfer bereits in der *Vorauswahl* eines bestimmten Produktes und dem damit verbundenen nicht unerheblichen Vorerhebungsaufwand eine Beratungsleistung erblicke, erkenne der Betriebsprüfer, dass die Bw. vollkommen anders behandelt würde als die Bankinstitute in Österreich. Die Tatsache des Anbietens nur eines *einzigsten* Produktes sowie der Umstand der hervorragenden Aufbereitung der Broschüre würden aber damit vom Betriebsprüfer überspielt.

Soweit sich weiters die Folgebetriebsprüfung ohne Bedenken den Ergebnissen der Vorbetriebsprüfung anschließe, könne der Gutachter nicht erkennen, dass sich wenigstens die Folgebetriebsprüfung mit der eigentlichen Rechtsfrage auseinandergesetzt habe. Auch die Folgebetriebsprüfung habe nicht über den Rand der gegenständlichen BFH-Urteile hinausgeschaut.

Die von der Finanzverwaltung zum Anlass genommene Vermittlungsgebühr sei aus betrieblichen Erwägungen beträchtlich herabgesenkt worden. Somit seien im Zeitraum November 1996 bis Oktober 1997 durchschnittlich Gebühren in Höhe von 28% des Handelsvolumens eingehoben worden, die im Zeitraum 1. Jänner 1999 bis 31. Dezember 1999 lt. den vorgeleg-

ten Bestätigungen der „I-GmbH-WTH-GmbH“ nur mehr 24% des Handelsvolumens betragen haben. Mit der Absenkung der "Vermittlungsgebühr" von 28% auf 24% des Handelsvolumens sei eine Erhöhung der Optionsprämie von 55% auf 62% des Gesamteinsatzes einhergegangen. Der Gutachter Dr. K. könne sich daher nicht des Eindrucks erwehren, dass die beiden Betriebsprüfungen mit dem „Vermittlungsgebührenargument“ die Schwäche der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes kaschieren wollten.

Laut Gutachter Dr. K. sei das Urteil des deutschen BFH vom 18. Mai 1994, ZI. XI R 62/93, aus mehreren Gründen auf die Bw. nicht anwendbar. In dem diesem Urteil zu Grunde liegenden Fall habe die betreffende Unternehmung im Wesentlichen drei verschiedene Leistungen (Geschäfte) angeboten:

- Geschäft mit Einzelkonto mit Risikobegrenzung (Futuresgeschäfte),
- Direktgeschäft mit Risikobegrenzung (Futures mit Handelsvollmacht) und
- Handel mit Warenterminoptionen

Der Anleger sei dabei über die drei Formen der Geschäfte dahingehend aufgeklärt worden, in welcher der drei angebotenen Arten für den Kunden gehandelt werden solle. Wenngleich der Kunde auch seinen Teil für die Auswahl beigetragen habe, habe die Unternehmung in diesem Fall jedenfalls folgende *Aktivitäten* entwickelt:

- die *Auswahl* der gehandelten Waren, die künftig stärkere Kursschwankungen und damit einen Gewinn des Anlegers erwarten lassen,
- die *Beratung*, in welcher Anlageform das Direktgeschäft (ob als Long- oder Short-Kontrakt) durchgeführt werden soll,
- die selbständige Festlegung des *Zeitpunktes* zum Einstieg in das Geschäft bzw. zum späteren Ausstieg.
- Bei der Anlageform „Einzelkonto mit Risikobegrenzung“ sei der Klägerin von den Anlegern Generalvollmacht erteilt worden, auf Grund derer sie „nach bestem Wissen und Empfehlungen“ tätig werden konnte, vorzugsweise dadurch, „jeweils der entsprechenden Marktlage ..... unverzüglich reagieren zu können“.

Bei der Bw. gebe es aber *keine Auswahl* der gehandelten Waren, kein Einzelkonto mit Risikobegrenzung und der Bw. werde auch keine Generalvollmacht erteilt, auf Grund derer sie nach bestem Wissen und Empfehlungen tätig werden könne. Bei der Bw. liege daher eine *zusätzliche* Beratungstätigkeit, die über eine allgemeine Inkasso- und Auskunftstätigkeit hinausgehe, nicht vor.

In dem weiteren dem BFH-Urteil vom 8. Dezember 1994, ZI. V R 132/93 zu Grunde liegenden Fall seien die Anleger von einer Kapitalanlagegesellschaft *fortlaufend* und nicht nur einmalig bei Vertragsabschluss *beraten* und betreut worden und haben hiefür in nicht unbeträchtlicher Höhe Managementgebühren entrichtet. In diesem Fall sei die Kapitalanlagegesellschaft als

*Berater* und *Betreuer* der Anleger aufgetreten und habe nicht nur die Leistungen der Broker vermittelt. Bei dem zweiten Urteil des deutschen Bundesfinanzhofes habe sich dieser lt. Gutachter Dr. K. über die Prämisse hinweggesetzt, dass Finanzgerichte bindend die Tatsachen feststellen und der BFH lediglich die rechtlichen Folgerungen zu überprüfen habe.

Wenngleich *Kolacny* als Fachschriftsteller in der „Steuer- und Wirtschaftskartei“ (SWK) eines der Urteile des deutschen BFH zitiere, solle dies sicher keinen besonderen Anreiz für eine generelle Vorgangsweise der Finanzverwaltung nach sich ziehen. Sehe man von den beiden im Jahre 1994 ergangenen Urteilen des BFH ab, würden sich der österreichische und deutsche Rechtsbereich bei der Frage der *Einheitlichkeit* der Leistung bzw. Haupt- und Nebenleistung im Wesentlichen nicht unterscheiden.

Die nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden haben das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. Verschweige sich eine Richtlinie, bedeute dies, dass die bisherige Judikatur, das bisherige Schrifttum und die bisherigen Verwaltungsanordnungen zur Lösung dieser Frage ausreichen müssen.

Liege umsatzsteuerrechtlich eine *einheitliche* Leistung vor, so sei dieser Vorgang für die Frage der *Besteuerung* als auch für die Frage des *Vorsteuerabzuges* zu beurteilen. Wer Leistender oder Leistungsempfänger sein könne, sei jeweils den zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zu entnehmen. Nach *Ruppe* sei der *Einheitlichkeitsgrundsatz* kein systematischer, sondern ein pragmatischer Grundsatz, der die gekünstelte Aufspaltung einheitlicher Vorgänge erspare.

Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Leistung besage in diesem Zusammenhang, dass ein bestimmter Wirtschaftsvorgang nach seiner *überwiegenden Bedeutung* unter Berücksichtigung der *Verkehrsanschauung* zu beurteilen sei und zur Vornahme einer günstigeren oder ungünstigeren Besteuerung nicht in seine Bestandteile zerlegt werden dürfe.

Die Bw. *besorge* ausschließlich den Kauf von Warenterminoptionen. Darin liege unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung seine überwiegende Bedeutung. Daher müsse das im Rahmen einer sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise von der Betriebsprüfung gefundene Ergebnis, dass die Bw. eine *beratende* Tätigkeit ausübe, in welcher die Besorgung aufgehe, als Konstrukt abgelehnt werden.

Im vorliegenden Fall seien alle Leistungselemente innerhalb der *Geschäftsbesorgung* gleichwertig und auf die Erreichung des wirtschaftlichen Zieles – die Herstellung eines problemlosen Kontaktes zum ausländischen Broker im eigenen Namen – ausgerichtet und deshalb zusammengehörig. Die Bw. habe die Geschäftstypen einer reinen Besorgung gewählt um sich bewußt von einer vermögensberatenden Tätigkeit abzugrenzen. Durch die Beschränkung auf die Besorgung *einer* bestimmten Typen des Warentermingeschäfts werde dokumentiert, dass hier die



Frage der „Einheitlichkeit der Leistung – Hauptleistung – Nebenleistungen“ im Mittelpunkt der Betrachtung gewesen sei.

Im gegenständlichen Fall könne man daher zu dem Ergebnis kommen, dass die Besorgungsleistung die Hauptleistung sei und die anderen Leistungen der Bw. als Nebenleistungen das Schicksal der Hauptleistung teilen würden. Dies aus dem Grund, weil die anderen Leistungen der Bw. die Hauptleistung „Besorgung“ wirtschaftlich ergänzen, verbessern oder abrunden. Die dabei erbrachten Nebenleistungen seien davon gekennzeichnet, dass sie der Leistungsempfänger üblicherweise erwarten könne, ohne dass sie eigens vereinbart oder ein gesondertes Entgelt für sie in Rechnung gestellt werden müsste.

Entgegen dem mit 19. Jänner 1998 datierten Berufungsschriftsatz wird auf S. 24 des Gutachtens von Dr. K. ausgeführt, dass Warentermingeschäfte *nicht* unter die Steuerbefreiung des § 6 Abs. 1 Z. 8 UStG 1994 fallen.

### **13. Das Rechtsgutachten vom 9. November 2001 – Gutachter Dr. St.:**

Grundlage des mit 9. November 2001 datierten Rechtsgutachtens von Dr. St. bildet das vorstehend angeführte Gutachten von Dr. K., ohne dass dem Zweitgutachter Dr. St. die erstinstanzlichen Bescheide, der BP-Bericht sowie die dagegen erhobenen Rechtsmittelschriften zur Verfügung gestanden seien. Dem von Dr. St. erstellten Zweitgutachten wurden daher die auf den S. 136f im Gutachten von Dr. K. (im Folgenden „Erstgutachten“ Dargestellten Leistungselemente zu Grunde gelegt.

Das weitere Rechtsgutachten von Hofrat Dr. St. beschäftigt sich mit der Rechtsfrage der Unterscheidung zwischen *Hauptleistung* und *Nebenleistung*, und zwar vor dem Hintergrund des umsatzsteuerlichen Prinzips der *Einheitlichkeit* (Unteilbarkeit) der Leistung.

In dem von Dr. St. erstellten Gutachten kommt dieser zu dem Ergebnis, dass im vorliegenden Fall zu den Nebenleistungen insbesondere die sich aus den §§ 11ff Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) ergebenden Schutz- und Sorgfaltspflichten zählen.

Schließlich werde in § 13 WAG normiert, dass die in § 11 genannten Rechtsträger (insbesondere Finanzdienstleister, zu denen die Bw. gehöre) ihre Dienstleistungen u.a.

- mit der erforderlichen *Sachkenntnis*, *Sorgfalt* und *Gewissenhaftigkeit* im Interesse ihrer Kunden zu erbringen (Z.1) und
- ihrem Kunden *alle zweckdienlichen Informationen* mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich sei (Z.4).

Mit diesen Bestimmungen sei mit Verweis auf die Erläuternden Bemerkungen zu den Stenographischen Protokollen des NR XX. GP 59 die Verpflichtung zu einer anleger- und objektge-

rechten *Beratung* festgeschrieben worden und die EU-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie in das Österreichische Recht umgesetzt worden.

In der einschlägigen Literatur zu diesem Thema werde einhellig betont, dass die Pflicht des Dienstleisters darin bestehe, den Kunden anlegergerecht zu beraten (Honsell aaO 598); die Beratung solle den Kunden in die Lage versetzen, selbst zu entscheiden. Daher müsse die zweckdienliche Information *wahr, verständlich* und *vollständig* sein. Dabei soll insbesondere der risikoaverse, wenig fachkundige Kleinanleger geschützt werden. Dies, indem er richtig, sorgfältig, verständlich und vollständig informiert werde. Die Pflicht zur vollständigen Aufklärung enthalte insbesondere eine Warnpflicht vor allen Risiken, die mit der Veranlagung verbunden seien.

Die Information sei so verständlich aufzubereiten, dass sie vom Kunden aufgenommen werden könne; dazu habe sich der Finanzdienstleister entsprechend zu organisieren und auch sein Personal entsprechend aus- und weiterzubilden. Alle diese Pflichten würden sich auf die allgemeine Treue-, Sorgfalts- und Informationspflicht gründen.

Die Gesamtheit der im Erstgutachten von Dr. K. aufgelisteten Leistungselemente wäre im Wege der durch die Judikatur gebotenen Gesamtbeurteilung als *wirtschaftliche Einheit* aufzufassen, die nicht willkürlich in einzelne Elemente zerlegt werden dürfe.

Insoweit der im Erstgutachten von Dr. K. aufgelistete Leistungskatalog andere als Informationsleistungen (zB Einrichtung eines Unterkontos beim Broker, Weiterleitung des Spielkapitals an den Broker, Weitergabe der Brokerauszüge, Zuleitung von „Equity-Auszügen“, wöchentliche Zusendung des Börsenbriefes) enthalte, handle es sich um äquivalente Nebenleistungen im Sinne des Zivilrechts. Diese Nebenleistungen seien aber im Lichte der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ebenfalls als unselbständige Nebenleistungen anzusehen, wie etwa die branchenübliche Zustellung einer gekauften Ware, die Beistellung von Verpackungsmaterial oder eine zur Erreichung der Hauptleistung notwendige Beförderungsleistung. An diesem Ergebnis vermöge auch das einen sehr ähnlichen Fall betreffende Urteil des deutschen Bundesfinanzhofes vom 18. Mai 1994, Zl. XI R 62/93, nichts ändern.

#### **14. Die Stellungnahme der BP vom 12. August 2002 zum Gutachten von Dr. K.:**

In der Stellungnahme der Betriebsprüfung vom 12. August 2002 verweist diese auf den Umstand, dass die von der Bw. erbrachten Beratungsleistungen über die allgemeine Risikobelehrungen und die allgemeine Erläuterung der angebotenen Optionsgeschäfte (Informations- bzw. Aufklärungspflichten) hinausgehen, da sie auf den konkreten Abschluss einzelner Geschäfte abzielen würden.

Im vorliegenden Fall habe die Betriebsprüfung aus nachstehenden Gründen sowie auf Grund nachfolgender Wahrnehmungen die von der Bw. erbrachten Leistungen als selbständige Beratungsleistungen mit *wirtschaftlichem Gewicht* qualifiziert, welche sich von den Leistungen der Banken deutlich *unterscheiden* würden:

Durch die von A. M. unterfertigten Niederschrift vom 21. Oktober 1997 sowie durch die ergänzende Stellungnahme des RA Dr. R. an die Bundeswertpapieraufsicht werde jeweils dokumentiert, dass in der Praxis die Bw. auch *ohne* ausdrücklichen Auftrag des Kunden Warenterminoptionen verkauft habe. Daher sei zumindest in diesen Fällen die Aussage des Gutachters Dr. K. *unrichtig*, dass keine selbständige Festlegung des Zeitpunktes zum Ein- oder Ausstieg durch die Bw. erfolgt sei. Wie aus den vorliegenden Unterlagen ersichtlich, seien Verkäufe *ohne* Zutun der Anleger mehrmals (!) durchgeführt worden.

Aus allen zu *einem* Zeitpunkt möglichen Warenterminoptionsgeschäften habe die Bw. ihren Anlegern jeweils nur *ein* "vorausgewähltes" Produkt angeboten. Die Kunden der Bw. hätten daher nicht die Möglichkeit gehabt, eine *andere* als die gerade angebotene Option zu erwerben. Aus den vorliegenden Aussagen von ehemaligen Dienstnehmern und Anlegern ergebe sich, dass die Kunden auch keinen Einfluss auf die Auswahl der Produkte ausüben konnten.

Laut dem von der Bw. in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten des RA Dr. L. vom 9. Juli 1997 sei bei der Bw. nicht nur die Gewerbeberechtigung für die Vermittlung von Wertpapieren, sondern auch die Gewerbeberechtigung für das Gewerbe des *Vermögensberaters* beantragt worden. Letzteres zu dem Zweck, da [wörtlich] "zum einen *durchaus eine Beratung des Kunden über günstige An- und Verkaufszeitpunkte, etc.* erfolge und die Bw. zum anderen nicht bloß vermittele, sondern vielmehr für die Kunden *treuhändig* als Kommissionär auftrete und Kundengelder treuhändig *halte*".

In diesem Zusammenhang sei darauf zu verweisen, dass der von der Betriebsprüfung verwendete Ausdruck „Beratung über günstige An- und Verkaufszeitpunkte, etc.“ nicht nur aus dem vorstehenden, von RA Dr. L. erstellten Gutachten resultiere, sondern auch aus den wörtlichen Angaben der Vorständin P. K. sowie Auskünften ehemaliger Dienstnehmer der Bw.. Die Formulierung „treuhändiges Halten von Kundengeldern“ sei somit keine bloße „Behauptung“ der Betriebsprüfung, sondern eine Formulierung des von der Bw. beauftragten Gutachters RA Dr. L..

In der mit 12. August 1997 datierten Niederschrift, welche seitens der Vorständin P. K. und R. H. erst nach Rücksprache mit dem Aufsichtsrat und dem Steuerberater und *nach* Anbringung von *Korrekturen* unterfertigt worden sei, seien auch Leistungen, welche über eine bloße allgemeine Risikobelehrung oder eine allgemeine Auskunftserteilung des Kunden hinausgehen, wie

z.B. die *Weitergabe* von Informationen des Brokers über die Marktsituation an den Kunden, die *Zusendung* wöchentlicher Börsenbriefe, die *Berechnung* des "Break-Even-Points", die *Weitergabe* von Empfehlungen über günstige Einstiegsmöglichkeiten und über das Setzen einer "Stop-Loss-Order" sowie die laufende Informationsweitergabe des Brokers während der Kontraktlaufzeit einbekannt worden. Gerade diese "Empfehlungen" die eine Bewertung der Marktlage mit einschlossen, haben in weiterer Folge zu Abschlüssen geführt.

Des Weiteren haben die im Auftrag der Bw. eingeschalteten Rechtsanwälte Dr. R. und Dr. W. in deren mit 11. Juni 1997 datierten Äußerung gegenüber der Staatsanwaltschaft Wien zu dem verrechneten Entgeltsanteil von 45% wörtlich erklärt, dass die „*permanente Marktbeobachtung Online, das Informationsnetz zur Abschätzung der Entwicklung von Börsenkursen und sohin die optimale Betreuung der Kunden durch 38 Angestellte und zahlreiche Konsulenten und Berater im Dienste der Kunden*“ Geld koste. Die Anzahl und Qualifikation der Angestellten bzw. Berater seien von Seiten der Bw. als Rechtfertigung der 45%-Gebühr ins Treffen geführt worden.

Am 23. April 1997 habe die Bw. gegenüber der "ORF-Help-Redaktion" die Gebühr in Höhe von 45% damit gerechtfertigt, dass u.a. "jegliche Service-Kosten – laufende Informationen an Kunden" abgegolten werden müssen.

In der Vorhaltsbeantwortung vom 7. November 1997 habe der steuerliche Vertreter erklärt, dass auch bei den „Loadings“ (Folgeaufträgen) durch selbständige Vertreter, die über eine langjährige Branchen- und Marktkenntnis verfügen, Informationen an Kunden weitergegeben werden.

Befragte Anleger haben die Angestellten der Bw. als Finanzberater bezeichnet sowie erklärt, laufend Informationen erhalten zu haben und das Kapital „nur auf Grund der umfassenden Beratung und Empfehlung zur Verfügung gestellt zu haben“.

Die bei Angestellten erhobenen Schulungsunterlagen würden weiters belegen, dass die Angestellten der Bw. auch zur Berechnung des „Break-Even-Points“ ausgebildet worden seien. Es sei daher die Argumentation nicht nachvollziehbar, dass die befragten Personen nicht zwischen *Beratung* und *Informationspflichten* haben unterscheiden können, „juristisch überfordert“ gewesen sein könnten und aus Enttäuschung über Spekulationsverluste oder den Verlust des Arbeitsplatzes mißinterpretierte Angaben gemacht haben.

Im Übrigen werde bemerkt, dass im Rahmen der durchgeführten Umsatzsteuernachschau die Identitäten von rund 50 (!) Anlegern habe festgestellt werden können, die als weitere Auskunftspersonen in Betracht kommen würden.

Eine im Zuge dieser Umsatzsteuernachschau von der Betriebsprüfung durchgeführte Auswertung der Ein- und Auszahlungsströme von Kapitalanlegern der Bw. ergab, dass bei nur zwei (!) von 56 Anlegern die Auszahlungen größer als die einbezahlten Beträge gewesen seien. Demnach haben nur zwei von 56 Kapitalanlegern in Zusammenhang mit der Besorgung bzw. Vermittlung von Warenterminoptionsgeschäften durch die Bw. ein positives Gesamtergebnis erzielen können, während sich dieses für alle anderen Kapitalanleger als hochriskantes Verlustgeschäft erwiesen habe.

#### ***15. Die Eingabe der Bw. vom 18. Oktober 2002:***

In ihrer Eingabe vom 18. Oktober 2002 verweist die Bw. auf den Umstand, dass die mit 12. August 2002 datierte Stellungnahme des Betriebsprüfers im Wesentlichen den bereits bekannten Ausführungen des Umsatzsteuersonderprüfungsberichtes vom 3. Dezember 1997 entspreche. Dabei seien einzelne Gründe und Wahrnehmungen angeführt worden, auf Grund derer der Betriebsprüfer die von der Bw. erbrachten Leistungen als selbständige Beratungsleistungen von wirtschaftlichem Gewicht qualifiziert habe.

Hinsichtlich des Umstandes, dass Optionen auch ohne Auftrag des Kunden verkauft worden seien, sei festzuhalten, dass eine derartige Vorgangsweise in den Geschäftsbedingungen festgehalten worden sei, um die Interessen der Kunden bei deren Nichterreichbarkeit zu wahren. In diesem Punkt würden sich die Leistungen der Bw. nicht von denen der Banken unterscheiden.

Die Wahrung der Interessen der Kunden sei in Zusammenhang mit den Bestimmungen des § 13 Z 1 WAG zu sehen und für Rechtsträger im Sinne des § 11 WAG verpflichtend. Da es sich hierbei um eine gesetzliche Verpflichtung handle, sei dieser Aspekt auch für die weiteren Fragen bzw. Behauptungen von Relevanz.

Zur Erläuterung sei dabei weiters anzuführen, dass die §§ 13 bis 15 WAG erst mit 1. Juli 1997 in Kraft getreten seien, im Zeitpunkt der Erhebungen der Betriebsprüfung rechtliches Neuland dargestellt haben und nicht entsprechend berücksichtigt werden konnten.

Weiters sei den Erläuternden Bemerkungen zu § 13 WAG der Stenographischen Protokolle des Nationalrates zu entnehmen, dass in Ziffer 3 und Ziffer 4 jeweils eine Verpflichtung zu einer anleger- und objektgerechten Beratung festgeschrieben werde. Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Beratung werde sich im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt ergeben.

Wie dem § 11 Abs 1 WAG eindeutig zu entnehmen sei, würden auch bestimmte Vermittlungsleistungen den Wohlverhaltensregeln nach § 13 WAG und damit einer Beratungspflicht unterliegen, die in diesem Zusammenhang eindeutig als unselbständige Nebenleistung anzusehen

sei, da die Dienstleistung selbst die Vermittlung (Besorgung) und nicht die gesetzlich vorgeschriebene Beratung sei.

Wäre der Gesetzgeber, die Bundes-Wertpapierbehörde oder die Finanzmarktaufsicht in Kenntnis der tatsächlichen, auch international üblichen Gepflogenheiten im Bereich von Geschäften im Sinne des § 11 WAG davon ausgegangen, dass eine Vermittlung durch die gesetzlich vorgeschriebene Informations- und Beratungspflicht überlagert würde, sei anzunehmen, dass die gesetzliche Formulierung und Systematik insofern geändert worden wäre, als zunächst von einer Beratung auszugehen wäre.

An diese Beratung hätten dann die entsprechenden aufsichtsrechtlichen Maßnahmen anknüpfen und erst wenn zulässigerweise eine Beratung erfolgt sei, würde dann eine in Verbindung stehende Vermittlungs- oder Besorgungsleistung als zulässig erachtet.

Im Bereich des WAG dürfte sowohl dem Gesetzgeber als auch den maßgeblichen Behörden bekannt sein, dass die grundsätzlich zur Beurteilung relevanten Dienstleistungen, sog. Hauptleistungen im Sinne des UStG, jene nach § 11 WAG bleiben und die Beratungs- und Informationspflichten nach § 13 WAG nur daran anknüpfende (unselbständige) Nebenpflichten darstellen.

Genau in die andere Richtung argumentierend habe sich im vorliegenden Fall die Betriebsprüfung auf die im Jahre 1994 geäußerte Rechtsansicht des deutschen Bundesfinanzhofes und einen damit in Zusammenhang stehenden Fachartikel von MR Dr. Kolacny gestützt. Dabei komme sie zu der Aussage, dass die Besorgungsleistung nur einen unselbständigen Teil einer einheitlichen Leistung darstelle, wenn *neben* der eigentlichen Besorgungsleistung weitere Leistungen mit eigenem wirtschaftlichem Gewicht erbracht werden. Nun möge im Einzelfall diese Aussage bei einer gewissen Konstellation zutreffen.

Daraus sei jedoch keinesfalls abzuleiten, dass durch die gesetzlich normierten Informations- und Beratungspflichten des Wertpapieraufsichtsgesetzes mehrere derartige Leistungen mit eigenem wirtschaftlichem Gewicht erbracht werden.

Aus der steuerlichen Beurteilung der Betriebsprüfung würde sich sogar die bankaufsichtsrechtliche Problematik ergeben, dass durch eine derartige Beurteilung ein Finanzdienstleistungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 19 BWG vorliegen würde. Die entsprechende Regelungssystematik im WAG wäre damit überflüssig.

Es sei daher von auszugehen, dass sich sowohl der Gesetzgeber als auch die entsprechenden Aufsichtsbehörden in Kenntnis der Abwicklung derartiger Geschäfte, dieser Problematik bewusst gewesen seien. Auch die Finanzverwaltung dürfte die Problematik bzw. die allzu

leichte Missverständlichkeit dieser Aussage erkannt haben, da sich in den Umsatzsteuerrichtlinien 2000 keine entsprechende Aussage dazu finde.

Dies wahrscheinlich deshalb, da erkannt worden sei, dass ein Umdeuten von wirtschaftlichen Sachverhalten, noch dazu in einem Bereich der einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliege, durch Finanzbehörden insofern ein Problem darstelle, als tatsächliche wirtschaftliche Vorgänge für eine möglicherweise fiskalistisch günstigere Beurteilung umgedreht werden könnten und somit der Willkür "Tür und Tor geöffnet" worden wären.

Im Wirtschaftsleben würden bei zahlreichen Leistungsvorgängen Beratungspflichten bestehen. Es würde dabei jedoch niemand ernsthaft auf die Idee kommen, dass ein Beratungsgespräch beim Kauf einer Ware derart überwiege, dass die Lieferung der Ware in den Hintergrund trete und die Beratung überwiege.

Generell seien Käufe und Verkäufe nur im Auftrag des Kunden durchgeführt worden. In weiterer Folge seien diese Aufträge auch schriftlich (vorab per Fax und in weiterer Folge durch Originalschreiben) dokumentiert worden. Nur in der Anfangsphase und in Einzelfällen seien derartige Auftragsschreiben nicht mehr vorgelegen. Gerade an dieser Vorgangsweise lasse sich jedoch die äußerst rasche Anpassung an die gesetzlichen Rahmenbedingungen (Wertpapieraufsichtsgesetz, Konsumentenschutzgesetz) erkennen.

Vor jedem Verkauf sei versucht worden, den Kunden zu erreichen. Dies sei jedoch, auch auf Grund der technischen Entwicklung der Kommunikationsmöglichkeiten nicht immer möglich gewesen. In der Anfangsphase seien vor allem FAX-Nachrichten, jedoch noch keine E-Mails versandt worden. Auch die Dichte von Mobilfunktelefonen sei in der Anfangsphase der Bw. nicht mit jener des Jahres 2002 zu vergleichen. Andererseits sei jedoch auf Grund der Geschwindigkeit der Märkte ein Handeln im Interesse des Kunden unbedingt erforderlich gewesen.

Folgere nun der Betriebsprüfer in diesen wenigen Fällen, in denen kein Verkaufsauftrag vorgelegen sei, eine Unrichtigkeit des von Dr. K. erstellten Gutachtens, sei darauf hinzuweisen, dass auch die Geschäftsbeziehungen zum Broker näher zu betrachten seien.

Die Markteinschätzung müsse und könne nur vom Broker vorgenommen werden. Im Fall F. L. seien die Informationen des Brokers in Verbindung mit dem getätigten Verkauf bereits schlüssig dargestellt worden. Für alle anderen Fälle seien derartige Informationen zur Entwicklung des Marktes aus zahlreichen Ordnern belegbar.

Im Sinne der Wohlverhaltensregeln sei bei einer entsprechenden Information des Brokers daher im Interesse des Kunden zu handeln. Weit problematischer wäre ein Untätigwerden in je-

nem Fall, in dem entsprechende Informationen des Brokers vorliegen, dass bestimmte Positionen zu verändern seien.

Entgegen der Darstellung der Finanzverwaltung könne daher festgehalten werden, dass nie ein selbständiges Festlegen des Zeitpunktes zum Ein- und Ausstieg erfolgt sei und daher das von Dr. K. erstellte Gutachten auch in diesem Punkt richtig sei. Entweder sei ein *entsprechender Auftrag* des Kunden oder in **einzelnen Ausnahmefällen** eine entsprechende Information des Brokers vorgelegen.

Aus der beiliegenden mit 7. Mai 1998 datierten und mit dem Broker B getroffenen Vereinbarung sei ersichtlich, wer die relevanten Leistungen zu erbringen habe bzw. dass die Bw. mangels des entsprechenden Fachwissens diese Leistungen gar nicht erbringen, sondern nur weitergeben habe können. Diese Leistungen seien daher durch die „E. Int. AG“ erbracht worden. Auch andere im Vorhalt vom 19. September 2002 dargestellte Leistungen seien somit nachweislich durch den Broker erbracht und von der Bw. an den Kunden (im Sinne einer Besorgungsleistung) weitergegeben worden.

Weiters sollte auch berücksichtigt werden, dass RA Dr. L. im Auftrag der Bw. dargelegt habe, wie aus Gründen der Vorsicht Rechtsverletzungen haben vermieden werden können. Das von RA Dr. L. erstellte Gutachten stamme genau aus jener Zeit, in der die Wohlverhaltensregeln des WAG gerade in Geltung getreten seien.

Hinsichtlich der angeblichen Fähigkeit der Mitarbeiter zur Berechnung des „Break-Even-Points“ werde angeführt, dass irrelevant sei, ob diese mutmaßliche Fähigkeit eines Angestellten die Enttäuschung des Kunden über Spekulationsverluste beeinflussen könne. Ebenso wenig dürften den Aussagen der angesprochenen weiteren 50 Befragten *keine* relevanten Neuigkeiten entnommen werden können. Denn bei allen diesen befragten Personen wäre zunächst auf das Zustandekommen der einzelnen Niederschriften näher einzugehen. Die einzelnen Behauptungen der Kunden würden auf ein bestimmtes Leistungsspektrum abzielen, welches wie oben dargelegt zwingend vorgeschrieben oder auch durch den Broker erbracht worden sei. Die weiteren Befragungen der weiteren 50 Anleger erscheine daher nach Auffassung der Bw. als entbehrlich.

Vielmehr werde aus den nochmals dargelegten Gründen festgehalten, dass die *Besorgungsleistung* als *Hauptleistung* aller Kunden gesehen worden sei, die nur zum Zweck der Besorgung mit der Bw. in eine Geschäftsverbindung getreten seien, nicht aber um eine Beratungsleistung zu erhalten.

Sämtliche sonst erbrachte Nebenleistungen würden daher unselbständige Nebenleistungen im Sinne des Umsatzsteuergesetzes darstellen, da sie im Vergleich zur Hauptleistung nur



nebensächlich seien, mit ihr eng zusammenhängen und in ihrem Gefolge üblicherweise vorkommen. Dieser Leistungsvorgang werde auch vom Gesetzgeber im Rahmen des WAG als solcher verstanden und anerkannt mit der Konsequenz, dass die Beratungsleistung nur Nebenleistung sei.

Gemäß dem Grundsatz der Unteilbarkeit (Einheitlichkeit) der Leistung würde die wirtschaftliche Einheit mehrerer Leistungen als *eine* Leistung behandelt, sodass unselbständige Nebenleistungen das umsatzsteuerlich das Schicksal der Hauptleistung teilen. Die Steuerpflicht und der Steuersatz für die Nebenleistungen würden sich daher nach der Hauptleistung richten.

#### ***16. Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 15. November 2002:***

J. B., J. U. und M. St. seien günstige Einstiegsmöglichkeiten für Warenterminoptionsgeschäfte mit der Begründung angeboten worden, dass auf Grund von Dürren oder anderer Katastrophen die Preise rasch steigen würden. Empfehlungen über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten seien H. R. von der Bw. in sehr geringem Ausmaß angegeben worden.

Dipl. Ing. L. habe nur bei seinem ersten Geschäft von der Bw. Empfehlungen über günstige Verkaufszeitpunkt erhalten, sonst seien lt. Dipl. Ing. L. und A. R. immer nur günstige Einstiegsmöglichkeiten bzw. Ankaufszeitpunkte für Neugeschäfte zu dem Zweck angepriesen worden, um nach Dipl. Ing. L. "den Verlust auszugleichen (und um eine saftige Provision zu kassieren)". Bei W. M. habe die Bw. den Ausstieg in der Plazierung vom 24. März 1997 und 15. April 1997 mit der Begründung verweigert, dass noch "weitere Geldsteigerungen möglich wären". Somit seien bei W. M. die An- und Verkaufszeitpunkte alleine durch die Bw. bestimmt worden. Bei Ch. St., J. U. und M. W. sei von Vertretern der Bw. nie über einen günstigen Ausstieg gesprochen worden.

Dipl. Ing. L, G. St. seien wochenlang mit Anrufen "bombardiert" worden, bis dass es zu einem Erstgeschäft gekommen sei, wobei lt. Dipl. Ing. L. dem Erstgeschäft eine "endlose Überredungsorgie" mit dem Hinweis vorangegangen sei, dass man ja jederzeit aussteigen könnte. Nach W. M. habe die verbale Aggressivität und Intensität am Telefon jegliche Vorstellungskraft im Telefonmarketing überstiegen. Habe man lt. W. M. am Telefon nicht gleich überzeugt werden können, sei man mit jeweils anderen, redegewandteren Personen verbunden worden, die mit immer schwereren Geschützen aufgefahren seien.

Psychologisch bestens geschulte "Keiler" haben das Erstgeschäft lt. G. St. als eine "todsichere Sache" hingestellt und so seine Geldgier entfacht. Auch J. W. und Ch. St. sei wegen der einmaligen Gelegenheit von Vertretern der Bw. geraten worden, zur Finanzierung dieser Warenterminoptionsgeschäfte jeweils einen Kredit aufzunehmen. Die dabei zu unterzeichnende Risikobelehrung sei bei J. W. nur als "eine staatliche Formsache" dargestellt worden, die nicht

von Bedeutung sei. In der Folge habe J. W. zur Finanzierung seiner bei der Bw. getätigten Warenderminoptionsgeschäfte einen Kredit in Höhe von S 14.000.000,-- aufgenommen.

Soweit bei M. H. eine positive Kursentwicklung vorgelegen sei, sei er von den Vertretern der Bw. täglich bzw. wöchentlich kontaktiert worden, sodass für diese Zeiträume ein intensiver Kundenkontakt bestanden habe. Nach G. St. haben bei den täglichen Telefonaten von "Keilern der Bw." die Anrufer ständig gewechselt.

G. D. sei sehr viel und regelmäßig über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten informiert worden, wobei ihm die einzelnen Situationen von Vertretern der Bw. sehr plausibel und verständlich dargestellt worden seien. Bei M. H. sei bis zu dem Zeitpunkt, wo sich die Vertreter der Bw. ein Geschäft erhofft hatten, die "Information bzw. Beratung sowie die Ausdrucksweise" als sehr gut zu bezeichnen gewesen.

Hingegen wird von A. R. und G. St. ausgeführt, dass die von der Bw. zu Warenderminoptionen weitergegebenen Informationen eher als "minimal" zu bezeichnen gewesen seien, da es lt. G. St. kaum Produktinformationen gegeben habe. Auch J. U. sei seines Erachtens von Vertretern der Bw. nicht genau über die angebotenen Produkte informiert worden.

Die Information bzw. Beratung über Warenderminoptionsgeschäfte durch die Vertreter der Bw. sei lt. G. J. in der Weise erfolgt, dass sich die Vertreter der Bw. als „Profis“ im Warenderminoptionsgeschäft dargestellt haben, weswegen G. J. als Anlegerin automatisch auf der „Gewinnerseite“ stehen würde. Dabei sei C. L. ihre Ansprechperson gewesen. Da dies aber 6 Jahre zurückliege, könne sie sich an diverse Einzelheiten nicht mehr so genau erinnern, zumal sie aus Zorn über den dabei erlittenen Verlust beim zweiten Geschäft diverse Unterlagen verbrannt habe.

Auch über die angebotenen Produkte habe die Bw. nie mit W. M. gesprochen, denn es sei lediglich dieses *eine* Produkt vorgestellt worden, das den raschesten Gewinn ermögliche, wofür der Markt nach oben ginge. Daher habe es nach Auffassung der Bw. kein Verlieren, sondern lediglich ein "Gewinnen" gegeben.

Hinter der ersten Geschäftsanbahnung sei lt. W. M. die auf lange Sicht erkennbare Strategie dahinter gestanden, zuerst mit netten, freundlichen Beratern (zB Herr B.) das Vertrauen des Kunden zu gewinnen. Bei allen anderen Plazierungen sei aber nicht mehr so lange herum geredet worden, sondern ohne Bedenkzeit und ohne zusätzliche Informationsmöglichkeiten der Kunde gezwungen worden, sich sofort zu entscheiden. W. M. fügte hinzu, dass er als leichtgläubiger, einfacher Mensch hineingelegt worden sei, der nun als kleiner finanzschwacher Angestellter wegen Kreditrückzahlungen keine finanziellen Mitteln mehr habe, um zu klagen oder um eine Wiedergutmachung gerichtlich zu erreichen.

Eine Beratung bzw. Information über Wiederveranlagungsmöglichkeiten habe sich bei A. R. und G. St. stets auf neue Warenderminoptionsgeschäfte bezogen. Nach der schriftlichen Zeugenaussage von A. K. sei meistens versucht worden, das Geld bereits zu dem Zeitpunkt gleich wieder zu veranlagern, wo es noch gar nicht ausgelaufen sei. Dies zu dem Zweck, nur um es nur "zwischenfinanzieren" zu müssen.

G. St. sei praktisch "immer" zu einer Wiederveranlagung überredet worden, da ansonsten bei der Bw. ja ein Provisionsentgang stattgefunden hätte. Geschulte Verkäufer haben lt. LM. die Euphorie der Kunden über ihre zumeist bei Erstgeschäften erzielten Gewinne gekonnt genutzt, um Folgegeschäfte abzuschließen. Wiederveranlagungsmöglichkeiten oder gewinnbringende sichere Anlagen seien lt. W. M. zu keiner Zeit erwähnt, geschweige denn als nötig befunden worden, da es bei den Beratern der Bw. um "Geldbeschaffung", und nicht um eine Altersversorgung gehe.

Als sich M. H. in Telefonaten weigerte, in neue Geschäfte zu investieren, sei er von den Vertretern der Bw. sogar beschimpft worden, sodass das Telefonat von ihm vorzeitig beendet worden sei. Der Scheck mit der Überweisung des daraus resultierenden Guthabens sei dann relativ rasch ausgefolgt worden. G. St. sei von Vertretern der Bw. immer wieder zum „Nachschießen“ weiterer Geldbeträge erpresst worden.

Hinsichtlich des Umfangs der dabei entfalteten Informations- und Beratungstätigkeit haben sich lt. J. B., M. H., A. K., A. R., M. St. und J. U. die Folgegeschäfte von den Erstgeschäften kaum unterschieden. Bei H. R. und J. U. sei über die Wiederveranlagungsmöglichkeiten keine Beratung durch die Bw. erfolgt, außer man habe lt. J. U. einen Gewinn erzielt, sodass von Vertretern der Bw. sofort ein neues Warenderminoptionsgeschäft vorgeschlagen worden sei.

Zufolge den beigelegten Informationsschreiben der Bw. seien G. D. und A. R. seitens der Bw. auch über die steuerlichen Folgen einer Spekulation in Warenderminoptionsgeschäften informiert worden.

Aus den niederschriftlichen Zeugenbefragungen ergibt sich, dass von seiten der Bw. für Rückfragen Re., W. F., V., R. H., H., und B. zuständig gewesen, die Brokerinformationen, als auch von Reuters erhaltene Informationen weitergegeben haben.

Verkäufe von Warenderminoptionen ohne seinen ausdrücklichen Kundenauftrag habe es bei J. B., M. H., LM., A. R. und Ch. St. nicht gegeben. Hingegen wird von A. K., Dipl. Ing. L., A. Me., H. R., G. St. und J. U. ausgeführt, dass von der Bw. Verkäufe von Warenderminoptionen ohne ausdrücklichen Kundenauftrag ausnahmsweise bis mehrfach bzw. stets durchgeführt worden seien.

Nach den übereinstimmenden niederschriftlichen Aussagen von J. B., A. K., A. Me., H. R., G. St., M. St., und Ch. St. habe die Bw. nur Brokerinformationen weitergeleitet und die Zeitschrift „Die TW“ an ihre Kunden versandt. Allerdings sei W. M. durch die von der Bw. herausgegebenen Printmedien viel zu spät und erst nach Ablauf der Option informiert worden.

Die von der Bw. in Rechnung gestellte Optionsprämie habe bei M. H., A. K., Dipl. Ing. L., H. R., A. R., G. St., und J. U. 45% des Kapitaleinsatzes (81,82% bezogen auf die Optionsprämie) betragen. Bei J. B. und M. St. seien sogar 55% des Kapitaleinsatzes als Optionsprämie entrichtet worden.

### ***17. Die Stellungnahme von Dr. K. zu der Zeugenbefragung vom 15. November 2002:***

Dr. K. führt in seiner gutächtlichen Stellungnahme vom 28. März 2003 zu der vorstehenden schriftlichen Zeugenbefragung aus, dass die schriftlichen Stellungnahmen der befragten Zeugen vollkommen unterschiedlich ausgefallen seien. Von den schriftlich einvernommenen Zeugen seien höchst unterschiedliche Fallanzahlen bekannt gegeben worden, die von einem Warendermingeschäft bis zu 36 Warendermingeschäften reichen würden.

Die direkten Bezugnahmen zu der Fragestellung, in welchem Ausmaß seitens der Bw. Empfehlungen über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten sowie An- und Verkaufszeitpunkte abgegeben wurden, seien vollkommen unterschiedlich ausgefallen. Die Beantwortungen reichen von „die Vertreter der Bw. seien täglich und wöchentlich zur Verfügung gestanden“ bis zu einer Beratungsintensität von drei bis vier Angeboten im Monat.

Bei zwei Fragebeantwortungen von Zeugen sei nicht bekannt, wie das Ausmaß der „Empfehlung“ auf die An- und Verkaufszeitpunkte aufgeteilt werden solle, bei einer Fragebeantwortung nur einmal. Aus den erzielten Anfragebeantwortungen über das Ausmaß der Empfehlungen über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten und An- und Verkaufszeitpunkte, soweit es überhaupt zu einer solchen Beantwortung gekommen sei, lasse sich nur ableiten, dass das Ausmaß offensichtlich in einem Umfang erforderlich gewesen sei, um den gewünschten rechtsgeschäftlichen Erfolg, nämlich die Besorgung einer oder mehrerer Warenderminoption(en) zu erreichen. Die hohe Anzahl der Nichtbeantwortungen (50%!!!) sei zweifelsohne darauf zurückzuführen, dass der Auftraggeber der Besorgung ein wesentliches Ziel vor Augen gehabt habe, nämlich die „Gewinnmaximierung“.

Die Fragestellung, mit welcher Genauigkeit und Intensität die Bw. ihre Produkte angeboten habe, sei vollkommen unterschiedlich beantwortet worden, wobei hier auf die nachstehende Zweiteilung eingegangen werden solle:

Genauigkeit der Information:	Intensität der Information:
plausibel und verständlich	regelmäßig und viel
sehr intensiv, aber wenig genau	täglich bis wöchentlich Kontakt
Information über WTO minimal	wöchentliches Info
kaum Produktinformationen	einmalige Broschüre
keine genauen INFO über Produkte	nachfolgende Infos telephonisch
	INFO mit Schreiben vom 28.1.1998
	tägliche Anrufe von wechselnden Keilern
	INFOs über die Saison bisweilen täglich

Zur *Genauigkeit* der von der Bw. weitergegebenen Informationen werde von den befragten Zeugen praktisch jede Meinung vertreten.

Zur *Intensität* der von der Bw. weitergegebenen Informationen wurden ebenfalls vollkommen unterschiedliche Meinungen vertreten. Dies lasse den Schluss zu, dass über die angebotenen Produkte so genau und so intensiv informiert worden sei, als es für den rechtsgeschäftlichen Abschluss, nämlich die Besorgung von WTO, erforderlich gewesen sei. Die hohe Zahl der Nichtbeantwortungen sei darauf zurückzuführen, dass das Ziel des Auftraggebers in der Erzielung „großer Gewinne“ gelegen sei.

Zu der Frage der von der Bw. erfolgten Information bzw. Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten sei anzuführen, 3 Zeugen haben keine Angaben gemacht, bei 3 Zeugen sei keine Beratung durchgeführt worden und dass sich ein Zeuge „unberaten“ gefühlt habe.

Zweifelsohne sei es zu Wiederveranlagungen und dabei auch zu einer Information über Wiederveranlagungsmöglichkeiten gekommen, solange bis dass die Besorgung weiterer Warenterminoptionen durch den Kunden abgelehnt worden sei. Dies liege in der Natur der Geschäftsbesorgung. Es könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass eine fallweise Information oder Nichtinformation über die Wiederveranlagung im Rahmen der Geschäftsbesorgung untergehe und eine *stetige* Information zu einer „beratenden Tätigkeit“ führe. Wegen ihrer Besonderheit seien die Aussagen von H. R. und G. St. hervorgehoben: Aus der schriftlichen Zeugenbefragung von H. R. ergebe sich, dass es trotz der Besorgung von 7 bis 10 Warenterminoptionen zu keiner Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten gekommen sei. Der Zeuge G. St. sei weiters immer wieder zum Nachschießen von Geldern erpresst worden, er habe aber keine Unterlagen mehr.

Zu der Frage, ob sich Folgegeschäfte von den Erstgeschäften unterscheiden haben, haben 6 Zeugen keine Angaben gemacht, 6 Zeugen keine Unterschiede festgestellt, 5 Zeugen ver-

schiedene Angaben gemacht, und nur ein Zeuge erklärt, dass bei Erstgeschäften eine bessere Information erfolgt sei.

Die dabei gegebenen Antworten reichen von, „es gebe geschulte Verkäufer, um Folgegeschäfte abzuschließen“, bis hin zu den Ausführungen, dass es nach dem Erstgeschäft zu einer Überredungsorgie gekommen sei und die weiteren Plazierungen als Sofortentscheidungen ohne die nötige Bedenkzeit getroffen worden seien. Nach Auffassung von Gutachter Dr. K. lassen die vorhandenen Zeugenaussagen eine diesbezügliche Beurteilung weder in der einen, noch in der anderen Richtung zu.

Die Frage, ob Vertreter der Bw. nur Brokerinformationen oder auch Informationen aus anderen Informationsquellen weitergegeben haben, werde in sechs Fällen die Weitergabe von Brokerinformationen, in einem Fall der Hinweis auf „Insider-Informationen“ angegeben und in sieben Fällen keine Antwort gegeben. In vier Fällen gebe es Hinweise auf die Weitergabe von „Bw – INFOs“. Im Übrigen wurde ausgeführt, woher solle der Kunde wissen, woher die betreffende Information stamme?

Zur Fragestellung, ob die Bw. auch ohne ausdrücklichen Kundenauftrag Verkäufe durchgeführt habe, werde ausgeführt, dass den Zeugen nicht klar gewesen sei, ob sich diese Frage auf die Geschäftsbedingungen der Bw. beziehe, oder ob geklärt werden solle, ob die Bw. Verkäufe von Warenterminoptionen ohne ausdrücklichen Auftrag durchgeführt habe. Demnach könnten die von den Zeugen in dieser Frage getätigten Antworten keiner Beweiswürdigung unterzogen werden.

Selbstverständlich sei bei jedem Verkauf – und das sei der Regelfall – versucht worden, den Kunden zu erreichen. Wenn daher ein Zeuge richtigerweise den vorstehenden „Nothegel“ erwähne, sei darauf zu verweisen, es müsse auf Grund der Geschwindigkeit der Märkte ein Handeln im Interesse des Kunden möglich sein. Die betreffende Markteinschätzung könne aber nur vom Broker kommen. Im Sinne der Wohlverhaltensregeln sei bei einer entsprechenden Information des Brokers im Interesse des Kunden zu handeln.

Ein selbständiges Festlegen des Zeitpunktes zum Ausstieg gebe es nicht, da entweder ein entsprechender Auftrag des Kunden oder eine – in Ausnahmefällen – entsprechende Information des Brokers vorliege. Dies liege auch in der Natur der Besorgungsleistung.

Auch könne in allen übrigen Fällen nicht von korrekten Fragebeantwortungen ausgegangen werden, da sich aus dem bezughabenden Fragenkomplex keine logische Beantwortung ergeben könne.

Im vorliegenden Fall könne die Fragestellung über das Ausmaß und die Anzahl der besorgten bzw. vermittelten Warenderminoptionsgeschäfte nichts über eine etwaige Hauptleistung „Beratung“ aussagen.

Was bei der schriftlichen Zeugeneinvernahme die Fragestellung „Informations- bzw. Beratungstätigkeit“ anlange, müsse kritisch angemerkt werden, dass zwischen „Information“ einerseits und „Beratung“ andererseits ganz wesentlich unterschieden werden müsse. Auch bei der Wiederveranlagung würden die zwingenden Informationspflichten des § 13 Z. 4 WAG über Preis, Kurspotential und Markterwartungen wiederum wirksam. Dass die Kunden der Bw. mehrere Ansprechpartner hatten, habe damit zu tun, dass die Besorgung von Warenderminoptionen sehr intensiv betrieben werden sollte.

In diesem Zusammenhang komme den schriftlichen Zeugenbefragungen anhand eines Fragenkataloges essentielle Bedeutung zu, wenn in Zeugenaussagen eindrucksvoll bestätigt werde, dass seitens der Bw. *keine* als Hauptleistung zu beurteilende Beratungstätigkeit durchgeführt worden sei. Bei den zur Debatte stehenden Geschäftsabwicklungen könne die Bw. nur Besorgungsleistungen ausführen, da Vermittlungsleistungen etwas (völlig) anderes darstellen würden.

Wenn in dem den Zeugen vorgelegten Fragenkatalog von „mehreren“ Produkten gesprochen werde, handle es sich nach Auffassung von Dr. K. um eine Suggestivfrage, da es in Wirklichkeit nur ein *einziges* Produkt gebe, nämlich die Besorgung von Warenderminoptionen.

Zur *Auswahl* der schriftlich befragten Zeugen führte Gutachter Dr. K. aus, es dürfte der Zufall ergeben haben, dass der überwiegende Teil der Befragten bei den mit der Bw. abgewickelten Hochrisikogeschäften Verluste und teils auch erhebliche Verluste erlitten habe. Daher seien auch die emotionalen Aussagen wie „Keiler“, „rigorose Versprechen“ etc. durchaus verständlich.

Nur der einvernommene Zeuge M. H. sei in der gewinnträchtigen Zone gelegen und trotzdem der Bw. nicht allzu wohl gesonnen gewesen. In diesem Zusammenhang verwies Gutachter Dr. K. auf den Umstand, dass dieser Zeuge nicht schriftlich, sondern im Zuge der aufgenommenen Niederschrift einvernommen worden sei.

Zusammenfassend sei anzuführen, dass aufgrund der Zeugenaussagen von der Bw. großteils Brokerinformationen weitergegeben worden seien. Die Intentionen der Bw. seien voll darauf ausgerichtet gewesen, so viel Warenderminoptionen als möglich zu besorgen. Wenngleich die Zeugen zweifelsohne von einer zukünftigen Gewinnaussicht fasziniert gewesen seien, sei eine besondere Beratung durch die Bw. nicht im Vordergrund ihrer Betrachtung gelegen. Eine solche sei auch nicht durchgeführt worden.

Gutachter Dr. K. bleibe daher bei dem Ergebnis des Hauptgutachtens: die Leistungselemente der Bw. seien als hinter dem Ganzen (Besorgungsleistung iSd. § 3a Abs. 4 UStG 1994) zurücktretende Elemente eines einheitlichen Leistungsvorganges zu betrachten. Man könne daher auch zu der Lösung kommen, die Besorgungsleistung sei die Hauptleistung und die anderen Leistungen der Bw. teilen als Nebenleistung das umsatzsteuerliche Schicksal der Hauptleistung.

Das Ergebnis der mit 25. November 2002 durchgeführten schriftlichen Befragung von 20 Zeugen gemäß § 173 Abs. 1 BAO sowie die mit 28. März 2003 datierte Stellungnahme der Bw. zu den schriftlichen Zeugeneinbefragungen wurden dem Finanzamt für den 23. Bezirk mit Schriftsatz vom 28. April 2003 übermittelt. Mittels elektronischer Mail vom 12. Juni 2003 teilte das Finanzamt jedoch mit, dass es zu den Ergebnissen der schriftlichen Zeugenbefragungen keine weitere Stellungnahme abgeben werde.

#### ***18. Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 17. Dezember 2003:***

Ch. L. sei wöchentlich bzw. bei Handlungsbedarf von der Bw. über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten informiert worden sei. Dabei hatte er den Eindruck, dass er möglichst genau informiert worden sei. Ihm sei auch erinnerlich, dass ihm ein "Break-Even-Point" bekannt gegeben worden sei.

M. K. seien in jedem seiner sechs mit der Bw. abgeschlossenen Warenterminoptionsgeschäfte Empfehlungen über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten abgegeben worden. Teilweise sei er über gefaxte Charts informiert worden, bei den Geschäften in Eurodollars sei dies jedoch nicht erfolgt. Je schlechter jedoch die Termingeschäfte gingen, desto weniger Information und Beratung habe es seitens der Bw. gegeben und umso häufiger haben die Gesprächsberater gewechselt.

M. G. H. N. und A. Pe. seien von Vertretern der Bw. telephonisch stets über günstige Einstiegsmöglichkeiten, nicht aber über günstige Ausstiegsmöglichkeiten informiert worden. Folglich habe die Bw. lt. M. G. bei einem guten Geschäft sofort, aber bei einem schlechten Geschäft nie reagiert. Nach der Aussage von G. K. seien die von der Bw. angebotenen Produkte immer als gewinnbringend deklariert und lt. A. Pe. von Vertretern der Bw. behauptet worden, dass man in kürzester Zeit wiederum mit Gewinn verkaufen könne.

J. L. sei von der Bw. bezüglich der Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten nicht informiert worden sei, da er dies in Eigenregie durchgeführt habe. Hinsichtlich der An- und Verkaufszeitpunkte sei auf ein ähnliches Vorgehen zu verweisen. Die Erstgespräche seien sehr intensiv erfolgt, um ihn von diesen Geschäften zu überzeugen. Das Risiko sei bei diesen Gesprächen nach den Aussagen von J. L. und A. Pe. auf ein Minimum reduziert worden. Diese Gespräche seien von



J. L. als "Gehirnwäsche" bezeichnet worden, da die Intensität der Bemühungen der Bw. bei Erstgesprächen enorm gewesen sei. Die große Angst, das Geld zu verlieren, habe ihn daher veranlasst, immer wieder auf Folgegeschäfte einzugehen, die lt. den Vertretern der Bw. die Verluste angeblich wiederum wettmachen sollten.

Über die angebotenen Produkte haben nach H. N. die Vertreter der Bw. sehr wenig gesprochen. Für den Fall, dass bei den letzten Aufträgen ein Verlust absehbar gewesen sei, sei H. N. von den Vertretern der Bw. angerufen worden, um diesen sofort zu "stützen". Trotz absehbaren Verlusten sei ihm von den Vertretern der Bw. nicht zum Ausstieg, sondern zum Kauf anderer Waren geraten worden. Unter "Verlust-Stützung" haben die Vertreter der Bw. demnach bloß den Kauf anderer Warenterminoptionen verstanden. Obwohl er selbst auf einen Verkauf gedrängt habe, sei er von Vertretern der Bw. bedrängt worden, das Ende der Laufzeit abzuwarten und andere Waren zu kaufen, um diesen Verlust zu mindern. Als er und seine Lebensgefährtin kein Geld mehr hatten, sei ihnen geraten worden, bei der Bank einen Kredit aufzunehmen. Es sei aber ein Kampf gewesen, den Vertretern der Bw. klar zu machen, dass er finanziell am Ende sei. Zum Glück haben sich er und seine Lebensgefährtin aus diesem "Milieu" befreien können.

G. K. seien weiters seitens der Bw. nur englischsprachige Informationen übermittelt worden, über deren Richtigkeit und Herkunft er aufgrund seiner dürftigen Englischkenntnisse keine genauen Angaben machen könne. Wenn jedoch Folgegeschäfte mit Verlust endeten, sei von Vertretern der Bw. lediglich bemerkt worden, dass diese Warenterminoption von Anfang an nur Verlust bringen habe können.

Erst- und Folgegeschäfte haben sich hinsichtlich der dabei entfalteten Informations- und Beratungstätigkeit nicht wesentlich unterschieden. Von M. K., G. K., O. M., und H. N. wird übereinstimmend ausgeführt, dass seitens der Bw. nur Brokerinformationen weitergeleitet worden seien.

Nach der Aussagen von G. K. und W. S. seien keine Verkäufe von Warenterminoptionen nie ohne ihren ausdrücklichen Kundenauftrag durchgeführt worden, während sich aus den niederschriftlichen Aussagen von M. K., J. L., und A. Pe. ergibt, dass die Bw. häufig bzw. stets Verkäufe tätigte, ohne hierfür vom Kunden gesondert beauftragt worden zu sein.

Die Börsenzeitschrift "Die TW" haben fast alle der befragten Zeugen der Bw. regelmäßig erhalten, wobei G. K. bemängelte, dass ihm die Zeitschrift "Die TW" erst ca. 5 Wochen später in Kopie zugestellt worden sei.

Die von der Bw. einbehaltene Optionsprämie habe in Einzelfällen 10%, 30%, 33%, 45% und 50% des Kapitaleinsatzes betragen.

**19. Die Eingaben der Bw. vom 26. Jänner 2004 und 31. März 2004:**

Mit Eingabe vom 26. Jänner 2004 beantragte die Bw. die persönliche Einvernahme der mit 15. November 2002 schriftlich einvernommenen Zeugen zum Beweis dafür, dass seitens der Bw. keine Beratungsleistungen erbracht worden seien, die nicht als gesetzliche Nebenverpflichtung gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz im Rahmen der Vermittlungstätigkeit zu erbringen gewesen seien. Gemäß dem Grundsatz der Unmittelbarkeit halte die Bw. die persönlichen Aussagen der vorstehend bezeichneten Zeugen für unverzichtbar. Dies umso mehr, als die schriftlichen Fragestellungen durch die Behörde derart gestaltet seien, dass die Fragen nicht nach objektiven Kriterien gestellt, sondern teilweise suggestiv und ineinandergehend formuliert worden seien. Die Antworten der schriftlich befragten Zeugen würden so auf diese Weise beeinflusst.

Unabhängig von der vom unabhängigen Finanzsenat bereits mit 17. Dezember 2003 begonnenen weiteren schriftlichen Befragung von 12 Zeugen gemäß § 173 Abs 1 BAO beantragte die Bw. mit Eingabe vom 26. Jänner 2004 die persönliche Einvernahme der derzeit schriftlich vernommenen Zeugen wie J. B., G. D., M. H. G. J., A. K., LM., Dipl. L., W. M., A. Me., H. R., A. R., G. St., M. St., Ch. St., J. U., J. W. und M. W.. Dies als Beweis dafür, dass seitens der Bw. keine Beratungsleistungen vorgenommen worden seien, die nicht als gesetzliche Nebenverpflichtung gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) zu erbringen gewesen wären (wie Empfehlungen über den Zeitpunkt des Ein- und Ausstieges).

Aus dem Grundsatz der Unmittelbarkeit erachte die Bw. die persönlichen Aussagen für unverzichtbar, zumal die schriftlichen Fragestellungen durch die Behörde derart gestaltet gewesen seien, dass die Fragen nicht nach objektiven Kriterien gestellt, sondern teilweise suggestiv und ineinandergehend formuliert worden seien. Somit seien die Antworten auf diese Art und Weise beeinflusst worden.

Mit Eingabe vom 26. Jänner 2004 beantragte die Bw. "zum gleichen Thema" die Befragung der nachstehend bezeichneten Kunden der Bw: S. M., K. L., Ing. G., J. Bi., K. B., G. W., W. S., H. S. und H. Z..

Mit Eingabe 31. März 2004 beantragte die Bw. die persönliche Einvernahme von M. K. vor dem unabhängigen Finanzsenat zu dem Beweisthema, dass Verkäufe grundsätzlich über den ausdrücklichen Auftrag des Kunden erfolgten und diese lediglich im Falle der Nichterreichbarkeit des Kunden geschäftsordnungsgemäß ohne Auftrag durchgeführt worden seien. Die gegenteiligen schriftlichen Aussagen seien somit nicht richtig.

**20. Die Ergebnisse der schriftlichen Zeugenbefragung vom 28. April 2004:**

J. Bi. habe im berufungsgegenständlichen Zeitraum keine Warenterminoptionsgeschäfte mit der Bw. getätigt. Erst im Feber 2000 sei ihm von Vertretern der Bw. intensiv eingeredet worden, dass es sich bei Warenterminoptionen um ein "bombensicheres" Geschäft handle, wo es sich sogar lohne, hierfür einen Kredit aufzunehmen. Telefonisch sei ihm immer wieder vorge-rechnet worden, mit wieviel Gewinn man bei einer Kurssteigerung aus dem Geschäft ausstei-ge. Die Bw. würde ständig die Optionen beobachten, damit keine Verluste gemacht würden.

Bei Telefonanrufen sei J. Bi. von Vertretern der Bw. stets zugesichert worden, dass die ersten Geschäfte "gut im Rennen" seien und er sich keinerlei Gedanken machen müsse. Als er jedoch einen Zugang per Internet bekommen habe und sich mühevoll damit beschäftigte, wie es mit seinen Optionen stehe, sei es bereits zu spät gewesen. Auf seine Fragen hin, sei immer auf die von der Bw. zugesandte Lektüre "TW" verwiesen worden und seien ihm Ausschnitte aus diversen Zeitungen zugesandt worden. Mit der Zeitschrift "TW" sei er als Landwirt nicht zurecht gekommen.

In seinem Fall sei ein gerichtliches Gutachten eingeholt worden, welches sich mit der Frage beschäftigt, ob die Bw. infolge der Nichtausführung eines schriftlichen Verkaufsauftrages ge-gen J. Bi. schadenersatzpflichtig werde. Da J. Bi. der Bw. nur einen bedingten Ermessensauf-trag ohne deutliche Konkretisierung erteilt habe, erscheine aus gutachterlicher Sicht ein Scha-denersatzanspruch des J. Bi. gegen die Bw. wenig begründet.

Seitens der Bw. habe es nach J. Bi und S. M. nur eine Information bzw. Beratung über gute Einstiegsmöglichkeiten gegeben, wo S. M. in spätestens 3 bis 4 Wochen mit 100% Gewinn verkaufen solle. J. Bi. sei telephonisch intensiv eingeredet worden, dass es sich hier um ein "bombensicheres" Geschäft handle, für das es sich lohne, sogar einen Kredit aufzunehmen. Über die angebotenen Produkte der Bw. sei S. M. überhaupt nicht, sondern nur über Gewinn-möglichkeiten informiert worden – letzteres mit der Begründung, "jetzt nicht einzusteigen wäre dumm". Auch H. S. und G. W. seien dahingehend informiert worden, dass es sich um "todsichere" Geschäfte handle, wo hinsichtlich des Eintretens von Verlusten "nichts passieren" könne. Die An- und Verkaufszeitpunkte haben bei den von H. S. und G. W. abgeschlossenen Warenterminoptionsgeschäften stets die Bw. bestimmt, da sie lt. eigenen Angaben zu den "Profis" im Optionsgeschäft gehöre.

G. W. sei das von der Bw. angebotene Geschäft von Herrn B. als völlig risikoloses Geschäft dargestellt worden. Das einzige Risiko, das G. W. dabei eingehe sei, dass er für 7 bis 10 Tage die Bankzinsen zu bezahlen habe und er im Endeffekt nur das von ihm investierte Kapital in Höhe von S 1,000.000,-- zurück erhalte. Den investierten Betrag von S 1,000.000,-- würde er aber mit Garantie zurückbekommen. in Zusammenhang mit dem vorstehenden Geschäft sei

ihm von Herrn B. eine halbe Stunde Zeit zur Entscheidung darüber eingeräumt worden, ob er jetzt das Geschäft mit einem Betrag von S 1.000.000,-- abschlieÙe oder nicht.

Von G. W. wurde mit Eingabe vom 4. Juni 2004 das Auftrags der Bw. erstellte Rechtsgutachten vom 19. April 2000 vorgelegt, das sich mit der Fragestellung beschäftigt, ob Gewinnversprechen oder das Herabspielen des Risikos im telefonischen Verkaufsgespräch angesichts der Risikoaufklärung in der Broschüre und der Unterzeichnung der gesonderten Risikobelehrung zu einer Schadenersatzpflicht der Bw. gegenüber ihren Kunden führen könne.

Den Ausführungen von G. W. hält die Bw. in ihrer Eingabe vom 3. Juni 2002 an das Handelsgericht Wien entgegen, dass dem ersten Geschäft ein sog. "Buchhaltungsgespräch" vorausgehe, um sicher zu stellen, dass jeder Kunde verstanden habe, dass hier ein groÙes Risiko eingegangen werde. Wenn Herr B. garantiert hätte, dass G. W. sein Kapital nicht verlieren könne, werde dies bestritten, da sich aus der Natur dieser Sache ergebe, dass hier nur eine Risikoabmilderung, nicht aber eine Risikoausschaltung ergeben könne. Angesichts der Risiko- belehrung habe G. W. nicht auf die von Herrn B. gemachte Zusage vertrauen dürfen.

Im übrigen würden die Mitarbeiter der Bw. keine Vollmacht haben, über den schriftlichen Vertragsinhalt hinaus mündliche Zusagen zu machen oder Vereinbarungen abzuschlieÙen, wo Gewinne versprochen oder als nahezu sicher in Aussicht gestellt oder die vorhandenen Risiken relativiert oder verharmlost werden. G. W. habe mit seiner Unterschrift auch bestätigt, dass er den Kapitaleinsatz nicht durch Kredit oder Darlehen finanziert habe.

Den verharmlosenden Aussagen oder gar Gewinnvorhersagen eines Mitarbeiters der Bw. komme nach diesem Rechtsgutachten jedenfalls dann keine Relevanz zu, wenn der Kunde zusätzlich auch die ausführliche schriftliche Risikobelehrungen der Bw. erhalte und ausreichend Gelegenheit habe, diese Unterlagen zu studieren.

Ing. G. habe hinsichtlich günstiger Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten keine Empfehlungen von der Bw. erhalten. Allerdings sei ihm in einem Telefongespräch mitgeteilt worden, dass durch groÙe Überschwemmungen in Amerika die Hälfte der Maisernte vernichtet sei, weswegen mit Sicherheit mit einem Preisanstieg für Mais zu rechnen sei. Folglich könne er durch steigende Preise für Mais seinen Kapitaleinsatz verdoppeln. Nach einem Totalverlust sei er immer wieder gedrängt worden zu investieren, damit er die entstandenen Verluste "wettmachen" könne. Als G. W. den Totalverlust erlitten hatte, sei Herr B. in eine andere Abteilung bei der Bw. versetzt und ihm Herr H. als Ansprechpartner genannt worden.

H. Z. seien von Vertretern der Bw. am Telefon solange günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten eingeredet worden, bis dass er Optionen gekauft habe. Die von der Bw. entfaltete Beratungs- und Informationstätigkeit sei im Laufe der Zeit immer weniger geworden. Bei

Rückfragen seien ihm von der Bw. meistens Brokerinformationen, aber auch Infos aus Zeitungsausschnitten übermittelt worden. Wöchentlich habe er von der "Die TW" erhalten.

Hinsichtlich der Wiederveranlagungsmöglichkeiten seien S. M., G. W. und H. Z. von Vertretern der Bw. bloß neue Warenterminoptionskäufe angeboten worden. Bei Rückfragen habe H. Z. von der Bw. Brokerinformationen, Abfragen von Reuters und diverse Kopien von Wirtschaftszeitungen erhalten. S. M. habe von der Bw. die Börsenzeitschrift "Die TW" anfangs regelmäßig, später aber nur mehr sporadisch erhalten – dies aber nicht "wegen der Kursentwicklung, sondern um ihm neue Optionsgeschäfte schmackhaft zu machen". Für die Kursentwicklung seien S. M. wöchentlich die "Tages-Equity" zugesandt worden, die lt. Herrn H. auch des öfteren falsch gedruckt gewesen seien. Zuletzt habe S. M. die "Tages-Equity" nur mehr auf seine gesonderte Aufforderung von der Bw. erhalten.

Hinsichtlich der Verkäufe ohne ausdrücklichen Kundenauftrag wird von J. Bi. und Ing. G. ausgeführt, dass trotz ihrer ausdrücklichen Aufträge die Bw. nicht verkauft, sondern die Optionen habe verfallen lassen. Bei S. M. habe die Bw. einmal ohne ausdrücklichen Auftrag Warenterminoptionen verkauft, während bei W. S., H. S., G. W. und H. Z. die Bw. keine Verkäufe ohne ausdrücklichen Kundenauftrag tätigte.

Die von der Bw. einbehaltene Provision habe bei Ing. G., S. M. und H. S. 45% des Kapitaleinsatzes betragen, während im Falle des G. W. und H. Z. jeweils eine Optionsprämie in Höhe von 10% bzw. 38% des Kapitaleinsatzes einbehalten worden sei.

Mit Eingabe vom 31. Jänner 2003 stellte die Bw. gemäß § 323 Abs. 12 BAO den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch den gesamten Berufungssenat.

In der mit 29. Juni 2004 anberaumten mündlichen Verhandlung wird von den Parteien auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen.

### ***21. Bescheid betreffend Haftung für Abzugsteuer gemäß § 99 EStG:***

Mit Schriftsatz vom 23. September 1996 traf die Bw. mit der W-GmbH mit Sitz in CH-6xxx E., G-Straße 26 bzw. 63xx S., D-Straße 9, die Vereinbarung, der Bw. gegen Erhalt einer Provision in Höhe von 18% des getätigten Umsatzes mit jeweils Monatsanfang ca. 100 Adressen von potentiellen Kunden, die Interesse an Börsen (Termin)geschäften bekunden, zur Verfügung zu stellen bzw. zu liefern. Demgemäß erklärte sich die "W-GmbH" damit einverstanden, der Bw. Ende Oktober 1996 die ersten Adressen von potentiellen Börsenkunden zu liefern.

Aus vorstehender Vereinbarung erhielt die W-GmbH für die Ermittlung und Weitergabe der Adressen von potentiellen Kunden von der Bw. einen Betrag in Höhe von S 16,658.925,63.

Im Zuge einer abgabenbehördlichen Prüfung für das Jahr 1997 wurde lt. Tz. 25 des BP-Berichtes festgestellt, dass es sich bei den an die W-GmbH überwiesenen Betrag in Höhe von S 16,658.925,63 um eine Form von Lizenzgebühren im Sinne des österreichisch-schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens handle, für den die Abzugsteuer gemäß § 99 EStG in Höhe von 5% des Bruttobetrages mit S 832.946,-- zu erheben sei.

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung und nahm die Bw. mit Bescheid vom 28. September 1999 als Haftungspflichtige für die aushaftende Abzugsteuer der W-GmbH gemäß § 99 Abs. 2 EStG mit 5% von S 16,658.925,63, d.s. S 832.946,-- in Anspruch.

Gegen den Haftungsbescheid vom 28. September 1999 wurde mit Schriftsatz vom 24. Jänner 2000 fristgerecht berufen und eine ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides beantragt. Die gegenständliche Berufung wurde wie folgt begründet:

Die Bw. habe von der W-GmbH Personendaten gekauft. Dabei sei ein Vertrag geschlossen worden, auf Grund dessen das schweizerische Unternehmen tätig geworden sei.

Die vertragliche Tätigkeit habe darin bestanden, dass Personen angerufen und unter Anwendung von vorgegebenen Fragelisten befragt worden seien. Die Daten jener Personen, die an der Tätigkeit der Bw. Interesse bekundet haben, seien aufgezeichnet und in weiterer Folge um einen vertraglich festgelegten Preis an die Bw. geliefert worden.

Wenn nun das Finanzamt behauptet, dass das Entgelt für die erhaltenen Lieferungen unter Artikel 12 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu subsumieren sei, werde dem entgegengehalten, dass Artikel 12 dieses Doppelbesteuerungsabkommens die Lizenzgebühren wie folgt definiere:

Der in diesem Artikel verwendete Ausdruck „Lizenzgebühren“ bedeute Vergütungen jeder Art, die für die Benutzung oder das Recht auf Benutzung von Urheberrechten an literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werken, einschließlich kinematographischer Filme und Bild- und Tonaufzeichnungen, von Patenten, Mustern oder Modellen, Plänen, geheimen Formeln oder Verfahren, oder die Benutzung oder das Recht auf Benutzung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Ausrüstungen oder für die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen bezahlt werden.

Gemäß den Autoren Philipp/Loukota/Pollak entspreche diese Definition dem Prinzip des Artikel 12 des OECD-Musterabkommens. Einzig abweichend von diesem Musterabkommen erhalte der Quellenstaat ein auf 5% eingeschränktes Besteuerungsrecht. Im Kommentar zum Artikel 12 werde überdies festgehalten, dass Lizenzgebühren für die Benutzung von Patenten und vergleichbaren Rechten sowie ähnlichen Vergütungen für den Empfänger grundsätzlich

Einkünfte aus Vermietung darstellen. Diese Definition unterstelle, dass es sich überwiegend um eine Nutzungsüberlassung und damit um eine passive Leistung handle.

Artikel 12 Abs. 2 des OECD-Musterabkommens enthalte überdies die Definition, dass sich Lizenzgebühren im Allgemeinen auf Rechte oder Vermögenswerte, zu denen die verschiedenen Arten der literarischen und künstlerischen Urheberrechte und die im Text genannten Arten des geistigen Eigentums sowie die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen gehören, beziehen. Eine Eintragung in ein öffentliches Register sei nicht erforderlich. Sowohl die Zahlungen auf Grund eines Vertrages als auch die Zahlungen für unerlaubte Nachahmungen oder Nutzungen seien darunter erfasst.

Weiters werde definiert, dass sich in einem Know-How-Vertrag eine Partei verpflichte, ihre besonderen Kenntnisse und Erfahrungen der anderen Partei mitzuteilen, damit diese sie für ihre eigenen Zwecke verwenden könne. Derjenige der das Know-How zur Verfügung stelle, brauche bei der Schaffung der Verwertungsmöglichkeit nicht selbst tätig zu werden.

Der Unterschied zwischen Lizenz- und Dienstleistungsvertrag werde durch Philipp-Loukota-Pollak dadurch definiert, dass sich durch einen Dienstleistungsvertrag eine Partei verpflichte, unter Anwendung der in ihrem Beruf üblichen Kenntnisse eine Arbeit für eine Partei auszuführen. Deshalb seien Leistungen z.B. im Rahmen eines Kundendienstes für Leistungen, die ein Verkäufer dem Käufer im Rahmen der Garantie erbringe, für rein technische Hilfe und für die Beratung durch einen Ingenieur, Rechtsanwalt oder Buchsachverständigen nicht Lizenzgebühren im Sinne des Absatzes 2. Derartige Vergütungen fallen im Allgemeinen unter Artikel 7 oder 14.

Die Abgrenzung zwischen Dienstleistung und Know-How-Überlassung könne weiters nach Loukota/Jirousek in der Weise beurteilt werden, dass im Bereich der Lizenzgebühren bzw. Know-How-Überlassung für das Entgelt von Aktivleistungen kein Raum sei.

Bei Lizenzgebühren handle es sich durchwegs um Entgelte für Passivleistungen des Einkünfteempfängers, nämlich um Entgelte für die Gewährung einer Nutzungserlaubnis. Zusage den Kommentaren zu Artikel 12 des OECD-Musterabkommens liege eine zu den Lizenzgebühren zählende Know-How-Überlassung vor, wenn „Außenstehenden nicht zugänglich gemachtes technisches Wissen ...., das zur gewerblichen Nachahmung eines Erzeugnisses oder eines Verfahrens unter denselben Bedingungen notwendig sei“, überlassen werde.

Eine überwiegende Aktivleistung sei demnach nicht unter Artikel 12 des gegenständlichen Doppelbesteuerungsabkommens einzuordnen.

Der schweizerische Vertragspartner habe kein vorhandenes Wissen oder Know How überlassen, vielmehr sei er verpflichtet gewesen, aktiv tätig zu sein. So seien zahlreiche Angestellte

auf Grund der Vorgaben der Bw. damit beschäftigt gewesen, Anrufe bei potentiellen Kunden durchzuführen und die vorgegebenen Fragen zu stellen. Es sei also eindeutig die aktive Tätigkeit des Vertragspartners im Vordergrund gestanden.

Vertragsgemäß seien durch die Bw. nur jene Daten von potentiellen Kunden gekauft worden, die an der Geschäftstätigkeit der Bw. so interessiert gewesen seien, dass sie einer Kontaktaufnahme durch die Bw. zugestimmt hätten. Erst danach seien die Kundendaten durch die Bw. weiterbearbeitet worden.

Das Entgelt der Bw. sei demnach an eine aktive Leistung in Zusammenhang mit einer Erfolgskomponente gebunden gewesen. Da das Überlassen von Rechten und Know How nicht an einen Erfolg gebunden sei, widerspreche auch diese Bedingung der Anwendung des Artikel 12 des gegenständlichen Doppelbesteuerungsabkommens.

Es werde daher eine ersatzlose Aufhebung des gegenständlichen Haftungsbescheides beantragt.

Die gegenständliche Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Eingabe vom 31. Jänner 2003 stellte die Bw. gemäß § 323 Abs. 12 BAO den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch den gesamten Berufungssenat.

In der am 29. Juni 2004 abgehaltenen mündlichen Verhandlung wird von den Parteien auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

### ***Der Senat hat erwogen:***

#### ***1.) Zur Umsatzsteuerbarkeit von Warenterminoptionen – Umsatzsteuer 1996 bis 1998 sowie Festsetzung der Umsatzsteuer für den Zeitraum Jänner bis Juni 1999:***

Besorgt gemäß § 3a Abs. 4 UStG 1994 ein Unternehmer eine sonstige Leistung, so sind die für die besorgte Leistung geltenden Rechtsvorschriften auf die Besorgungsleistung entsprechend anzuwenden. Eine Vermittlungsleistung wird an dem Ort erbracht, an dem der vermittelte Umsatz ausgeführt wird. Dies gilt nicht für die unter Abs. 10 Z. 11 fallenden Vermittlungsleistungen.

In den übrigen Fällen wird nach Abs. 12 leg.cit eine sonstige Leistung an dem Ort ausgeführt, von dem aus der Unternehmer sein Unternehmen betreibt. Wird die sonstige Leistung von einer Betriebsstätte ausgeführt, so gilt die Betriebsstätte als der Ort der sonstigen Leistung.



Gemäß § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG 1994 sind die unter § 1 Abs. 1 Z. 1 und 2 fallenden Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren und die Vermittlung dieser Umsätze, ausgenommen die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren steuerfrei.

Nach § 11 Abs. 1 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) in der ab 1. Jänner 1997 geltenden Fassung sind bei der Erbringung von gewerblichen Dienstleistungen, die mit Wertpapieren oder der sonstigen Veranlagung des Vermögens von Kunden in Zusammenhang stehen, die Interessen der Kunden bestmöglich zu wahren, und insbesondere die §§ 12 bis 18 zu beachten.

Nach § 11 Abs. 1 Z 3 lit. b WAG gilt als Dienstleistung in diesem Sinne der Handel mit Verträgen über Edelmetalle und *Waren* gemäß Z 5 der Anlage 2 zu § 22 BWG sowie die Vermittlung von Geschäftsgelegenheiten zum Erwerb oder zur Veräußerung solcher Instrumente oder Veranlagungen.

Nach § 11 Abs 2 WAG gilt die Verpflichtung gemäß Abs. 1 für alle natürlichen und juristischen Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts und Erwerbsgesellschaften, die die in Abs. 1 WAG genannten Dienstleistungen gewerblich erbringen.

Nach § 13 Wertpapieraufsichtsgesetz haben die in § 11 genannten Rechtsträger bei der Erbringung von Dienstleistungen gemäß § 11 Abs. 1 WAG

1. diese mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse ihrer Kunden zu erbringen;
2. sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen und dafür zu sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenkonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen Wahrung des Kundeninteresses ausgeführt wird;
3. von ihren Kunden Angaben über ihre Erfahrungen oder Kenntnisse in Geschäften, die Gegenstand der Wertpapierdienstleistungen sein sollen, über ihre mit den Geschäften verfolgten Ziele und über ihre finanziellen Verhältnisse zu verlangen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist;
4. ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist.

Nach § 14 Abs. 1 Z. 1 WAG ist es den in § 11 genannten Rechtsträgern untersagt, ihren Kunden den Ankauf oder Verkauf von Finanzinstrumenten (§ 2 Z 34 BWG) oder Veranlagungen gemäß § 1 Abs. 1 Z 3 KMG zu empfehlen, wenn und soweit die Empfehlung nicht mit den Interessen der Kunden übereinstimmt;

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob im Zusammenhang mit der Vermittlung bzw. Besorgung von Warenterminoptionsgeschäften an ausländischen Börsen auf Grund des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Leistung durch die gegenüber den Kunden erbrachten *Informations-* bzw.

*Beratungsleistungen* jeweils im Inland steuerbare (Haupt)Leistungen von eigenem wirtschaftlichen Gewicht bewirkt werden.

Den Gegenstand dieses Rechtsstreites bildet überdies die Frage, ob die Vermittlung bzw. Besorgung von Warenterminoptionsgeschäften – wäre sie im Inland steuerbar – allenfalls unter die Befreiung des § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG 1994 fallen würde.

Eine Besorgungsleistung im umsatzsteuerlichen Sinn liegt vor, wenn ein Unternehmer für Rechnung eines anderen im *eigenen* Namen Leistungen durch einen Dritten erbringen lässt oder wenn ein Unternehmer für Rechnung eines anderen im eigenen Namen Leistungen an Dritte erbringt. Das Handeln muss dabei für fremde Rechnung erfolgen. Das bedeutet, dass das mit der besorgten Leistung verbundene wirtschaftliche Risiko, nicht vom Besorgenden, sondern vom Auftraggeber getragen wird (vgl. Scheiner/Kolacny/Caganek, Kommentar zur Mehrwertsteuer – UStG 1994, § 3a Pkt. IV/5, S. 8).

Vom Vermittler unterscheidet sich der Besorgende durch das Auftreten im eigenen Namen, indem er Dritten zu erkennen gibt, dass er nicht für sich selbst, sondern für einen anderen tätig wird. Vermittlungsleistung und Besorgungsleistung haben somit gemeinsam, dass der wirtschaftliche Erfolg aus dem Handeln dem Auftraggeber zugute kommt. Der wesentliche Unterschied zwischen Vermittlungsleistung und Geschäftsbesorgung besteht lediglich darin, dass der Vermittler im fremden Namen tätig wird, während der Besorger im eigenen Namen handelt. Vermittlungsleistungen zählen daher im Gegensatz zu Besorgungsleistungen zu den Fällen der offenen Stellvertretung (vgl. Achatz, Praxisfragen im Umsatzsteuerbinnenmarkt, S. 78).

Vermittlungsleistungen und Besorgungsleistungen werden zufolge der in § 3a Abs. 4 UStG getroffenen Anordnung stets dort erbracht, wo der vermittelte bzw. besorgte Umsatz ausgeführt wird. Wird daher die besorgte Leistung im Ausland erbracht, ist auch die Besorgungsleistung im Inland nicht steuerbar. Ist für die besorgte Leistung eine Steuerbefreiung vorgesehen, erstreckt sich diese auch auf die Besorgungsleistung. Gleiches gilt für die Vermittlungsleistung hinsichtlich des Ortes der Vermittlungsleistung sowie hinsichtlich mancher Steuerbefreiungen (vgl. Ruppe, UStG 1994 – Kommentar, § 3a Tz. 16, S. 407ff).

Für die Bestimmung, welcher Art die Leistung ist, welchen Inhalt oder welchen Umfang sie hat, ist nicht die Bezeichnung oder der äußere Ablauf der Leistungsausführung, sondern allein der wirtschaftliche Gehalt der Leistung maßgeblich (vgl. Scheiner/Kolacny/Caganek, Kommentar zur Mehrwertsteuer – UStG 1994, § 1 Abs. 1 Z. 1, Tz. 44f, S. 13).

Der wirtschaftliche Gehalt der Leistung ist im Zweifel unter Rückgriff auf die zu Grunde liegende Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Leistungsempfänger unter Bedacht-

nahme des Parteiwillens und der Verkehrsauffassung zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass insbesondere die Begleitumstände des Leistungsaustausches, vor allem die Entgeltsvereinbarung und die Entgeltsbemessung uU. Rückschlüsse auf den Leistungsinhalt zulassen (vgl. Ruppe, a.a.O., § 1 Tz. 28, S. 72).

Gemäß dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung sind mehrere gleichrangige Leistungen als *eine* Leistung zu beurteilen, wenn sie ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als Einheit aufzufassen sind. Dazu ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang der Leistungen erforderlich, ein Ineinandergreifen der Leistungen, das die einzelne Leistung als Teil einer Gesamtleistung erscheinen lässt, die gegenüber den Einzelleistungen nach der Verkehrsauffassung eine andere Qualität besitzt (vgl. VwGH vom 17. September 1990, ZI. 89/15/0048).

Ob eine *Leistungseinheit* vorliegt, ist stets von der Leistungsseite her zu beurteilen. Nicht entscheidend sind dabei die Entgeltsbemessung und die Abrechnung. Ist daher die Leistung als einheitlich zu beurteilen, kann auch eine getrennte Bemessung des Entgeltes und eine getrennte Rechnungslegung nicht zu einer Aufspaltung der Leistung führen (vgl. VwGH vom 27. August 1990, ZI. 89/15/0128).

Eine unselbständige Nebenleistung ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes anzunehmen, wenn sie im Vergleich zur Hauptleistung untergeordnete Bedeutung besitzt, mit der Hauptleistung eng zusammenhängt und in ihrem Gefolge üblicherweise vorkommt (vgl. VwGH vom 17. Dezember 1996, ZI. 96/14/0016 und die dort zitierte Judikatur). Die Merkmale der Nebensächlichkeit und des engen Zusammenhanges der Nebenleistung mit der Hauptleistung sind als erfüllt anzusehen, wenn die Nebenleistung die Hauptleistung ermöglicht, abrundet oder ergänzt. Maßgeblich ist dabei der gesamte Leistungsvorgang (vgl. VwGH vom 28. November 2000, ZI. 97/14/0007).

Eine Nebenleistung liegt ebenso vor, wenn die Leistung nach dem Willen der Parteien so eng mit der anderen verbunden ist, dass die eine nicht ohne die andere erbracht werden kann (vgl. EuGH vom 12. Juni 1979, ZI. Rs 126/78 „Nederlandse Spoorwegen, Slg 2041).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass ein und dieselbe Leistung im Falle selbständiger Erbringung Hauptleistung sein kann, im Falle ihrer Erbringung in wirtschaftlichem Zusammenhang mit anderen Leistungen jedoch zu diesen im Verhältnis einer unselbständigen Nebenleistung steht (vgl. VwGH vom 17. Dezember 1996, ZI. 96/14/0016).

Soweit eine Leistung als unselbständige Nebenleistung zu einer Hauptleistung anzusehen ist, geht sie in umsatzsteuerlicher Hinsicht in der Hauptleistung in der Weise auf, als sie das um-

satzsteuerliche Schicksal der Hauptleistung hinsichtlich der Frage der Steuerbarkeit, der Steuerpflicht und des Steuersatzes teilt (vgl. Ruppe, UStG 1994 Kommentar, § 1 Tz. 31 S. 67).

Wer für private Anleger Warenterminoptionsgeschäfte beschafft, die an ausländischen Börsen gehandelt werden und über ausländische Broker laufen, erbringt dadurch im Inland nicht steuerbare Besorgungsleistungen im Ausland (vgl. BFH 8.12.1994, ZI. V R 132/93).

Wird hingegen vom inländischen Besorger von Warenterminoptionen an ausländischen Börsen eine Anlage- und Betreuungsaktivität entfaltet, die nicht nur auf die Besorgung der Dienste zugunsten der Kunden beschränkt ist, da neben der eigentlichen Besorgung weitere Leistungen mit eigenem *wirtschaftlichem Gewicht* erbracht werden, so ist in diesem Fall die Besorgungsleistung nur *unselbständiger Teil* einer einheitlichen sonstigen Leistung im Inland (vgl. BFH 18.5.1994, XI R 62/93).

Eine zusätzliche Beratungstätigkeit, die über eine allgemeine *Inkasso-* und *Auskunftstätigkeit* hinausgeht, kann den Charakter der Leistung in der Weise verändern, dass die Beratungsleistung *nicht* lediglich im Gefolge der Besorgungsleistung erbracht wird, sondern Beratung und Besorgung zu einer *eigenständigen sonstigen Leistung zusammenzufassen* sind (vgl. BFH 18.5.1994, XI R 62/93).

Hierbei müssen weitere Leistungen von wirtschaftlichem Gewicht erbracht werden, deren einzelne Faktoren so ineinander greifen, dass sie bei natürlicher Betrachtung hinter dem Ganzen zurücktreten, sodass insgesamt eine eigenständige, nicht aufteilbare sonstige *Beratungsleistung* im Inland anzunehmen ist.

Eine zusätzliche *Beratungsleistung*, die über eine Inkasso- und Auskunftstätigkeit hinausgeht und den Charakter einer Leistung in der Weise verändert, dass diese Beratungsleistung nicht lediglich im Gefolge der Besorgungs- oder Vermittlungsleistung erbracht wird, liegt vor, wenn es dieser besonderen Beratungsleistungen nicht bedurfte, um den Einsatz der Anleger an der ausländischen Börse zu plazieren (vgl. BFH 8.12.1994, V R 132/93).

Die Bestimmung des § 13 WAG verpflichtet den Anbieter von Dienstleistungen gemäß § 11 Abs. 1 WAG, von seinem Kunden Angaben über seine Erfahrungen und Kenntnisse im Anlagegeschäft, seine mit der Anlage verfolgten Ziele, seine Risikobereitschaft und seine finanziellen Verhältnisse zu verlangen. Diese Erkundigungen sind Voraussetzung dafür, dass der Anbieter von Finanzdienstleistungen seiner in § 13 WAG normierten Pflicht der anleger- und anlagegerechten Beratung und Information des Kunden nachkommen kann.

Den Finanzdienstleister treffen nach den Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG) – entgegen den Ausführungen des Gutachters Dr. K. – nicht bloß *Informationspflichten* aus der Emittenten- und Anbietersphäre (Bonität des Emittenten, sonstige Risiken

der Anlage, rechtliche Struktur der Anlage, Position der Anlage im Markt), sondern vor allem auch *Beurteilungs-* und *Bewertungspflichten* als unabhängiger Sachverständiger, was aber umfangreiche, die Anlegersphäre betreffende Nachforschungen bedingt. Der Finanzdienstleister hat demnach *nicht nur* einen *Ratschlag* zu erteilen, der dem vom Kunden vorgegebenen Ziel bestmöglich entspricht, sondern hat die Aufgabe, dieses Ziel mit dem Kunden zunächst gemeinsam zu formulieren. Denn aus der Perspektive des Wertpapieraufsichtsgesetzes ist der Anbieter von Finanzdienstleistungen immer "Anlageberater" und nicht bloß Anlagevermittler (vgl. Haghofer/Mayer, Die Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG) aus der Sicht des Konsumentenschutzes, ÖBA 1997, S. 583).

Die konkrete Ausgestaltung sowie der Umfang der Beratung wird sich im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt ergeben. Maßgeblich dabei sind die Sachkenntnis und Erfahrung des Kunden und die individuelle Schutzbedürftigkeit des Kunden je nach seiner Erfahrung und dem Risiko der Anlage (vgl. Haghofer/Mayer, a.a.O., ÖBA 1997, S. 583).

Ist der Kunde von Berufs wegen ausreichend erfahren, können die Kundensphäre betreffende Erkundigungen und eine darauf aufbauende anlegergerechte Beratung von vornherein unterbleiben und sind alleine die auch für einen professionellen Anleger zweckdienlichen produktbezogenen Informationen aus der Anbietersphäre zu erteilen. Hingegen ist bei einem privaten Anleger zunächst von dessen uneingeschränkter Schutzbedürftigkeit auszugehen. Aus diesem Grund kann es erst *nach* Feststellung seiner eingeschränkten Schutzbedürftigkeit auch zu einer Einschränkung der Pflichten nach § 13 Z 3 und 4 WAG kommen (vgl. Knobl, ÖBA 1995, 741).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Kunde trotz erlittener Verluste aus Veranlagungen nicht als Fachmann in Warenterminoptionen eingestuft werden kann, wenn die ersten Geschäfte ohne eine hinreichende Beratung erfolgt sind. Denn in Unkenntnis über die tatsächlichen Risiken kann der Kunde bereits durch eine unrealistische Gewinnerwartung veranlasst werden, die erlittenen Verluste durch neue Geschäfte der gleichen Art auszugleichen (vgl. Tutsch, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht, ecolex 1995, S. 84ff).

Im Übrigen hat die Beratung und Information des Kunden nach den Grundsätzen der *Wahrheit*, *Vollständigkeit*, *Rechtzeitigkeit* und *Verständlichkeit* zu erfolgen. Vollständig ist eine Beratung, wenn sie die Eigenschaften und Risiken des Anlageproduktes darstellt, die wesentliche Bedeutung für die Anlageentscheidung haben können. Insbesondere dürfen dabei negative Tatsachen nicht verschwiegen werden. Dem Kunden kann in puncto "Vollständigkeit der

Beratung" nach deutscher Lehre und Judikatur nur die Durchführung einer "jedermann möglichen einfachen Rechenoperation" zugemutet werden (vgl. Arendts, ÖBA 1994, S. 253 mwN).

Daher wird die Information bzw. Beratung schon dann als unvollständig angesehen, wenn eine Information, zu deren Erbringung der Finanzdienstleister verpflichtet ist, nur von "Kennern aus bereits mitgeteilten Umständen" abgeleitet werden kann. Damit sollen Anleger geschützt werden, die mit neuen Finanzprodukten nicht vertraut sind. Dies insbesondere auch dann, wenn die Risiken des Geschäftes bei einer gewissen geistigen Anstrengung vielleicht auch selber erkennbar gewesen wären (vgl. Tutsch, a.a.O., ecolex 1995, S. 84ff).

Die Information bzw. Beratung des Kunden muss weiters zutreffend *richtig* sein. Seitens des Finanzdienstleisters dürfen keine falschen, irreführenden oder das Risiko verniedlichenden Aussagen gemacht werden. Denn auch eine das Risiko verniedlichende Aussage kann bewirken, dass eine Beratung nicht zutreffend ist (vgl. Tutsch, a.a.O., ecolex 1995, S. 84ff).

Im vorliegenden Fall führten die mit 15. November 2002, 17. Dezember 2003 und mit 4. Mai 2004 durchgeführten schriftlichen Befragungen von insgesamt 38 Zeugen gemäß § 173 Abs. 1 BAO zu dem nachstehendem Ergebnis:

Aus den schriftlichen Zeugenaussagen von G. St. und G. W. ergibt sich, dass das Geschäft mit Warenterminoptionen seitens der Bw. als "todsicheres Geschäft" dargestellt wurde, wo man ihm von Herrn B. garantiert habe, dass er als Anleger sein Kapital nicht verlieren könne. G. W. verfügt als Buchhalter mit Handelsschulabschluss über keinerlei Erfahrung im Umgang mit Warenterminoptionen. Bei J. W. wurde von Vertretern der Bw. die Risikobelehrung als eine bloße staatliche Formsache von untergeordneter Bedeutung dargestellt. Laut den zeugenschaftlichen Aussagen von M. K., J. W., Ch. St. und J. B. wurde ihnen von Vertretern der Bw. das Warenterminoptionsgeschäft als ein so sicheres Geschäft dargestellt, dass man es auch mit Kredit finanzieren kann. G. K. führt weiters aus, dass er von der Bw. nur englischsprachige Informationen erhalten hat, die er auf Grund seiner dürftigen Englischkenntnisse nicht verstanden hat.

Aus den zeugenschaftlichen Einvernahmen von J. L. und A. Pe. ergibt sich, dass beim Erstgespräch mit Vertretern der Bw. das Risiko von Warenterminoptionen stets auf ein Minimum reduziert wurde. Wochenlange und stundenlange, als "Gehirnwäsche" zu bezeichnende Telefonate haben lt. J. L. zum Abschluss seiner Erstgeschäfte in Warenterminoptionen geführt.

Zufolge den Aussagen von G. K. wurden die angebotenen Produkte von Vertretern der Bw. immer als gewinnbringend dargestellt. Laut der Aussage von A. R. sind die von Vertretern der Bw. angebotenen Informationen über Warenterminoptionen als minimal zu bezeichnen, aus der Aussage von J. U. ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass er seines Erachtens über

die von der Bw. angebotenen Produkte nicht genau informiert wurde und lt. H. N. über die von der Bw. angebotenen Produkte sehr wenig gesprochen wurde. Je schlechter die mit der Bw. abgeschlossenen Geschäfte in Warenterminoptionen gingen, desto weniger Informationen hat M. K. von Vertretern der Bw. erhalten. Laut H. Z. wurde die von der Bw. entfaltete Informations- und Beratungstätigkeit mit der Zeit immer weniger.

Aus der schriftlichen Zeugenbefragung von W. M. geht hervor, dass seitens der Bw. nie mit ihm über günstige Ein- und Ausstiegsmöglichkeiten gesprochen wurde und ihm sogar der Ausstieg mit der Begründung verweigert wurde, dass noch weitere Geldsteigerungen möglich wären. Die Zeitpunkte für An- und Verkauf der Warenterminoptionen seien daher allein von der Bw. bestimmt worden. Über die angebotenen Produkte habe die Bw. nie mit W. M. gesprochen, da ihm lediglich nur ein Produkt vorgestellt worden sei, das den raschesten Gewinn ermögliche.

Bei den niederschriftlichen Einvernahmen von M. H., M. St., J. U., Ch. L., O. M., H. N., und W. S. sagen diese aus, dass zwischen Erst- und Folgegeschäften hinsichtlich der von der Bw. angebotenen Information bzw. Beratung kein Unterschied feststellbar war. Die Beratung bzw. Information über Wiederveranlagungsmöglichkeiten hat sich lt. den Aussagen von A. R., G. St. und Dipl. Ing. L. stets auf *neue* Warenterminoptionsgeschäfte bezogen. Letzteres zu dem Zweck, um lt. Dipl. Ing. L., G. St., J. L., H. N., und Ing. G. die erlittenen Verluste wiederum auszugleichen bzw. wettzumachen. Demnach sollte in zahlreichen Fällen der Kunde der Bw. mit großer Überredungskunst für neu abzuschließende Warenterminoptionsgeschäfte überredet werden.

Im vorliegenden Fall wurde von der Bw. sogar ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, das sich mit der Fragestellung beschäftigt, ob ein Gewinnversprechen oder das Herunterspielen und Verharmlosen des Risikos eines Warenterminoptionsgeschäftes durch einen Telefonverkäufer der Bw. trotz gegenteiliger ausführlicher, schriftlicher Risikoaufklärung zu einer Schadenersatzpflicht der Bw. gegenüber ihren Kunden führen kann.

Hinsichtlich des Umfangs der von der Bw. weitergegebenen Informationen wird von J. B., A. K., H. R., G. St. und Ch. St. weitgehend übereinstimmend ausgeführt, dass seitens der Bw. hierbei lediglich Brokerinformationen weitergeleitet worden seien.

Die Frage, ob seitens der Bw. Verkäufe von Warenterminoptionen durchgeführt wurden, wurde von den schriftlich als Zeugen befragten Personen völlig unterschiedlich beantwortet:

Zufolge den schriftlich erteilten Auskünften von J. B., G. D., M. H., LM, Ch. St. und M. W. seien Verkäufe von Warenterminoptionen *n/e* ohne ausdrücklichen Auftrag des Kunden erfolgt. Dagegen wird von A. K., Dipl. Ing. L., A. M., H. R., G. St. und J. U. ausgeführt, dass Verkäufe

ohne Auftrag des Kunden ausnahmsweise in wenigen Fällen durchgeführt, und von W. M. sowie von M. St. schriftlich festgehalten, dass der Verkauf von Warenderminoptionen stets nur eine Sache der Bw. bzw. vermutlich sehr häufig ohne seinen ausdrücklichen Auftrag erfolgt sei.

Im vorliegenden Fall haben die mit 15. November 2002, 17. Dezember 2003 und mit 4. Mai 2004 durchgeführten schriftlichen Befragungen von insgesamt 38 Zeugen gemäß § 173 Abs. 1 BAO ergeben, dass in zahlreichen Fällen die von der Bw. angebotene Information bzw. Beratung nicht einmal den *Kriterien* entspricht, die sich aus den Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes (WAG) ergeben.

Die von der Bw. angebotene Information bzw. Beratung über Wiederveranlagungsmöglichkeiten ist lt. den übereinstimmenden Aussagen A. R., G. St. und Dipl. Ing. L. fast ausschließlich zu dem Zweck erfolgt, um lt. den Aussagen von Dipl. Ing. L., W. M. und J. L. durch stunden- bzw. wochenlange Telefonate dem Kunden zum Abschluss *neuer* Warenderminoptionsgeschäfte zu bewegen. Die bei diesen Telefonaten aufgewendete verbale Aggressivität und Intensität überstieg lt. W. M. jegliche Vorstellungskraft im Telefonmarketing und war lt. J. L. bzw. C. G. als "Gehirnwäsche" bzw. "sprachlicher Psychoterror" zu bezeichnen.

Nach Auffassung des Berufungssenates gehen die von der Bw. erbrachten Leistungen nicht über die mit der Vermittlung von Warenderminoptionsgeschäften verbundene allgemeine Inkasso- und Auskunftstätigkeit hinaus. Die von der Bw. erbrachten Informations- bzw. Beratungsleistungen sind in ihrem Umfang und ihrer Gesamtheit nicht geeignet jeweils eine steuerbare (Haupt)Leistung im Inland zu begründen.

Wenn sich daher aus den von der A-GmbH sowie von Dr. K. erstellten Rechtsgutachten ergibt, dass die Bw. gegenüber dem ausländischen Broker in eigenem Namen und auf fremde Rechnung auftrat, liegen hinsichtlich der besorgten Käufe und Verkäufe Warenderminoptionen im Inland nicht steuerbare *Besorgungsleistungen* vor, für die die Rechtsvorschriften der besorgten Leistungen entsprechend anzuwenden sind.

Die von der Betriebsprüfung durchgeführte Auswertung der Ein- und Auszahlungsströme von Kapitalanlegern der Bw. ergab, dass bei nur zwei (!) von 56 Anlegern die Auszahlungen größer als die bei der Bw. einbezahlten Beträge waren. Demnach konnten nur zwei (!) von 56 Kapitalanlegern in Zusammenhang mit der Besorgung bzw. Vermittlung von Warenderminoptionsgeschäften durch die Bw. ein positives Gesamtergebnis erzielen, während sich dieses für alle anderen Kapitalanleger als hochriskantes Verlustgeschäft erwies.

Im vorliegenden Fall kann daher auch nicht mit Erfolg argumentiert werden, dass mit den fortlaufend erbrachten Betreuungsaktivitäten der Zweck verfolgt wurde, einen gewissen



Anlageerfolg des Kunden sicherzustellen. Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesfinanzhofes kommt nur fortlaufenden und nicht einmaligen Anlageberatungs- und –betreuungsaktivitäten ein eigenständiger wirtschaftlicher Gehalt zu, die eine steuerbare (Haupt)Leistung im Inland begründen (vgl. BFH 18.5.1994, XII R 62/93).

Die von der Bw. entfalteten Informations- und Beratungsaktivitäten sind daher nicht geeignet, den Charakter der erbrachten Leistungen in der Weise zu verändern, dass eine im Inland steuerbare Beratungsleistung von eigenem wirtschaftlichem Gewicht vorliegt.

Soweit die Bw. vermeint, die gegenständlichen Umsätze aus der Vermittlung bzw. Besorgung von Warenterminoptionsgeschäften wären – soweit im Inland steuerbar – gemäß § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG unecht steuerfrei, wird ihr entgegengehalten, dass Optionsgeschäfte in anderen Sachen als Wertpapiere oder Devisen nicht befreit sind (vgl. Ruppe, UStG 1994 Kommentar, § 6 Tz. 153, S. 586).

Mit der Neufassung des § 6 Abs. 1 Z. 8 lit. f UStG, die nunmehr die Umschreibung „Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren“ statt der Formulierung „Umsätze von Wertpapieren“ enthält, ist nur die ausdrückliche Erwähnung von Wertpapieroptionsgeschäften und der sonstigen Leistungen im Optionsgeschäft überflüssig geworden (vgl. Ruppe, UStG 1994 Kommentar, § 6 Tz. 140, S. 583). Eine Ausweitung des Umfanges der unechten Steuerbefreiungen auf Warenterminoptionsgeschäfte ist dadurch nicht eingetreten. Denn die Umschreibung „Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren“ stellt ebenso wie die im UStG 1972 enthaltene Formulierung „Umsätze von Wertpapieren“ nur auf Umsätze ab, denen Wertpapiere als Gegenstand der umsatzsteuerlichen Leistung zu Grunde liegen.

Im Übrigen ist auf Art. 13 Teil B lit. d Z. 5 der 6. Mehrwertsteuer-Richtlinie zu verweisen, demnach die Mitgliedstaaten lediglich die Umsätze, die sich auf Aktien, Anteile an Gesellschaften und Vereinigungen beziehen, von der Mehrwertsteuer befreien. Eine Steuerbefreiung für Warenpapiere ist somit nicht vorgesehen.

Die Höhe der steuerpflichtigen Entgelte der einzelnen Wirtschaftsjahre werden wie folgt ermittelt:

	1996	1997	1998	1-6/1999
Gesamtbetrag d. Entgelte lt. BP:	1.727.821,73	115.878.867,35	61.965.417,92	22.999.336,98
abzügl. Erhöhungen d. Entgelte:	-1.727.821,73	-115.762.949,17	-61.499.280,65	-22.844.720,98
<b>Gesamtbetrag d. Entgelte lt. Bw:</b>	-	<b>115.918,18</b>	<b>466.137,27</b>	<b>154.616,00</b>

## **2.) Bescheid betreffend Haftung für Abzugsteuer gemäß § 99 EStG:**

Nach § 99 Abs. 1 Z. 3 wird die Einkommensteuer beschränkt Steuerpflichtiger bei den im § 28 Abs. 1 Z. 3 aufgezählten Einkünften durch Steuerabzug (Abzugsteuer) erhoben, wobei es gleichgültig ist, welcher der Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 Z. 1 bis 3 und 6 diese Einkünfte grundsätzlich zuzurechnen sind.

Abs. 2 leg.cit. bestimmt, dass der Abzugsteuer der volle Betrag der Einnahmen (Betriebseinnahmen) oder der Gewinnanteile unterliegt.

Gemäß § 98 Z. 6 EStG 1988 unterliegen der beschränkten Einkommensteuerpflicht die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 28), wenn das unbewegliche Vermögen, die Sachinbegriffe oder Rechte

- im Inland gelegen sind oder
- in ein inländisches öffentliches Buch oder Register eingetragen sind oder
- in einer inländischen Betriebsstätte verwertet werden.

Gemäß § 100 Abs. 1 EStG 1988 beträgt die Abzugsteuer 20%.

Schuldner der Abzugsteuer ist nach Abs. 2 leg.cit. der Empfänger der Einkünfte gemäß § 99 Abs. 1. Der Schuldner dieser Einkünfte haftet für die Einbehaltung und Abfuhr der Steuerabzugsbeträge im Sinne des § 99.

Der Steuerabzug ist nach Abs. 4 leg.cit. bei Einkünften im Sinne des § 99 Abs. 1 Z. 3 in jenem Zeitpunkt vom Schuldner vorzunehmen, in dem sie dem Empfänger zufließen.

Gemäß § 28 Abs. 1 Z. 3 EStG 1988 sind Einkünfte aus der Überlassung von Rechten auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder aus der Gestattung der Verwertung von Rechten, insbesondere aus

- der Einräumung der Werknutzung (Werknutzungsbewilligung, Werknutzungsrecht) im Sinne des Urheberrechtsgesetzes
- der Überlassung von gewerblichen Schutzrechten, von gewerblichen Erfahrungen und von Berechtigungen.

Nach Artikel 12 Abs. 1 des mit der Schweiz geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens dürfen Lizenzgebühren, die aus einem Vertragsstaat stammen und an eine in dem anderen Vertragsstaat ansässige Person bezahlt werden, in dem anderen Staat besteuert werden. Diese Steuer darf aber nach Abs. 2 dieses Abkommens 5 vom Hundert des Bruttobetrag der Lizenzgebühren nicht übersteigen.

Zufolge Abs. 3 dieses Abkommens bedeutet der in diesem Artikel verwendete Ausdruck „Lizenzgebühren“ Vergütungen jeder Art, die für die Benutzung oder für das Recht auf Benu-

tzung von Urheberrechten an literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werken, einschließlich kinematographischer Filme und Bild- oder Tonaufzeichnungen, von Patenten, Marken, Mustern oder Modellen, Plänen, geheimen Formeln oder Verfahren oder für die Benutzung oder das Recht auf Benutzung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Ausrüstungen oder für die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen gezahlt werden.

Nach Abs. 4 dieses Abkommens gelten Lizenzgebühren dann als aus einem Vertragsstaat stammend, wenn der Schuldner eine in diesem Staat ansässige Person ist.

Den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreites bildet die Klärung der Frage, ob die zwischen der Bw. und der W-GmbH getroffene Vereinbarung zur Lieferung von jeweils ca. 100 Adressen am Monatsanfang den Kriterien eines Kauf- bzw. Dienstleistungsvertrages oder eines Bestandvertrages entspricht, der die entgeltliche Nutzungsüberlassung von gewerblichen Erfahrungen zum Gegenstand hat. Nur im Falle des Vorliegens eines Bestandvertrages wird zufolge des mit der Schweiz geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens der Lizenztatbestand erfüllt.

Bereits die in Artikel 12 Absatz 2 des OECD-Musterabkommens 1977 enthaltene Begriffsumschreibung gibt dem DBA-Lizenzgebührenbegriff einen sehr weiten Begriffsinhalt, der nicht nur die Entgelte für die Überlassung gewerblicher und urheberrechtlicher Schutzrechte, sondern u.a. auch Vergütungen für rechtlich ungeschützte Erfahrungen (Know-how) umfasst (vgl. Loukota/Jirousek, Steuerfragen International, Band 3, S. 134).

Mit der Klassifizierung der Vergütungen für die Mitteilung gewerblicher, kaufmännischer oder wissenschaftlicher Erfahrungen als Lizenzgebühren zielt Artikel 12 Abs. 3 des mit der Schweiz geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens auf den Begriff des „Know How“ ab. Unter dem Begriff „Know-How“ wird dabei insbesondere das Außenstehenden nicht zugänglich gemachte Wissen verstanden.

Im „Know-How-Vertrag“ bzw. Lizenzvertrag verpflichtet sich eine Partei gegen Entgelt, ihre besonderen, Außenstehenden nicht zugänglich gemachten Kenntnisse und Erfahrungen der anderen Partei mitzuteilen, damit diese sie für eigene Zwecke verwenden kann (vgl.

Philipp/Loukota/Jirousek, OECD-Kommentar in Internationales Steuerrecht, Band I, S. 401).

Der Lizenzvertrag ist daher dadurch gekennzeichnet, dass der Inhaber der Schutzrechte darauf verzichtet, sein Verbotsrecht gegen den Begünstigten auszuüben und

Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Der Lizenzvertrag ist ein Gestattungsvertrag (vgl. Liebmann, Lizenzverträge in der EU, ÖBI 1998, S. 167).

Der Lizenz- bzw. „Know-How-Vertrag“ ist jedoch ebenso *Bestandvertrag*, wenn er die entgeltliche Überlassung von gewerblichen Erfahrungen gegen Entgelt zum Inhalt hat (vgl. Fialka, Know-How-Überlassung doch eher Bestandvertrag, SWK 1986, A I S. 175). Zu den gewerblichen Erfahrungen gehören neben Rezepten, Plänen und Herstellungsverfahren auch Adressensammlungen (vgl. Hofstätter-Reichel, Die Einkommensteuer, EStG 1988, § 28, Tz. 13, Band IIIb, S. 16).

Der Lizenzvertrag unterscheidet sich somit vom „Dienstleistungsvertrag“, als sich bei letzterem eine Partei lediglich dazu verpflichtet, unter Anwendung der in ihrem Beruf üblichen Kenntnisse eine Arbeit für die andere Partei auszuführen (vgl. Philipp/ Loukota/Jirousek, OECD-Kommentar in Internationales Steuerrecht, Band I, S. 401).

Die gegenständliche zwischen der Bw. und der W-GmbH abgeschlossene Vereinbarung vom 26. September 1996 hat die *Lieferung* bzw. die Zurverfügungstellung von 100 Adressen jeweils am Monatsanfang zum Gegenstand. Dafür erhält die W-GmbH 18% des dabei erwirtschafteten Umsatzes.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für die Klärung der Frage, ob die entgeltliche Überlassung von Adressen als bloße Nutzungsüberlassung im Sinne einer "echten" Vermietung den Gebrauchtatbestand oder als Kauf den Anschaffungstatbestand erfüllt, die Vertragsgestaltung in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu würdigen und auf das Gesamtbild der Verhältnisse abzustellen (vgl. VwGH 5.12.1972, 2391/71).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den mit 20., 23. und 26. September 1996 datierten und an die Bw. gerichteten Schriftsätzen, dass die W-GmbH für die Lieferung von ca. jeweils 100 Adressen am Anfang des Monats eine Provision in Höhe von 18% des mit diesen Kunden erwirtschafteten Umsätzen erhält.

Die in den 20., 23. und 26. September 1996 datierten Schriftsätzen wiedergegebene und zwischen der Bw. und der W-GmbH geschlossene Vereinbarung ist daher als entgeltliche Überlassung bzw. Lieferung von Adressen zu werten, die als *Kauf* den Anschaffungstatbestand erfüllt.

Soweit diese entgeltliche Lieferung von Adressen keine bloße Nutzungsüberlassung im Sinne einer entgeltlichen Überlassung von gewerblichen Erfahrungen darstellt, die als ein Vertrag zur Überlassung von gewerblichen Erfahrungen und in weiterer Folge als Lizenzvertrag anzusehen wäre, wird damit der Tatbestand des § 98 Z. 6 EStG iVm. § 28 Abs. 1 Z. 3 EStG 1988 nicht erfüllt.

Daher wurde die Bw. zu Unrecht als Haftungspflichtige für die Abzugsteuer gemäß § 99 EStG iVm. Art 12 des mit der Schweiz geschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens im Ausmaß von 5% des an die W-GmbH überwiesenen Bruttobetrages in Anspruch genommen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 30. September 2004