



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Rudolf Wanke und den Referenten HR Mag. Dieter Fröhlich sowie die entsendeten Mitglieder Reinhold Haring und Mag. Natascha Kummer im Beisein der Schriftführerin Diana Engelmaier über die Berufungen der P, GmbH, der K. Privatstiftung, des Ing. K., des R., des Dir. S., des Dir. T., des L., der M., des N, und der O, mit Schriftsatz vom 5.5.2010 (9. Beteiligter), vom 15.6.2010 (10. Beteiligte), vom 24.6.2010 (1. bis 6. Beteiligte) und vom 28.7.2010 (7. und 8. Beteiligte) gegen die Feststellungsbescheide des Finanzamtes gemäß § 188 i.V.m. § 190 Abs. 1 BAO vom 15.4.2010, mit denen ausgesprochen wurde, dass eine Feststellung von Einkünften der P, GmbH und atypisch stille Gesellschafter, 0000 X, für die Kalenderjahre 2005, 2006, 2007 und 2008 nicht zu erfolgen hat, nach der am 31. Oktober 2012, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

**Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.**

**Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.**

### **Entscheidungsgründe**

Die A. GmbH (idF A-GmbH) erwarb im Oktober 1999 für ein Hotelprojekt die Liegenschaft, KG X., EZ. 000 um € 454.720. Das Grundstück hat eine Fläche von 2,5 ha und ist rund 1 km von der Therme Q entfernt. Anfang 2000 errichtete die A-GmbH als Einmanngesellschaft und mit einer Mindesteinlage ausgestattet, die B. GmbH, welche später in P. GmbH (idF kurz P.) umbenannt wurde.

Die A-GmbH suchte als Initiator für die Errichtung und den Betrieb eines Hotels auf ihrer Liegenschaft in X. Interessenten, die sich an dem Projekt beteiligen wollten. Als sich der Kreis der Investoren gefunden hatte, trat die A-GmbH an diese mit Abtretungsvertrag vom Dezember 2001 insgesamt 60 % ihrer Anteile am Stammkapital der P. (damals noch B. GmbH genannt) zum Nennwert ab. In der nachstehenden Tabelle sind die eingetretenen Gesellschafter aufgelistet.

Mit Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrag vom 25. Juli 2003 trafen die Gesellschafter der P., das sind die A-GmbH, die K. Beteiligungs-GmbH (kurz K-GmbH), L, (kurz L), M. (kurz M), N, (kurz N) und O, (kurz O) folgende Vereinbarungen zur Errichtung atypisch stiller Gesellschaften mit ihrer Gesellschaft (idF P.&Still oder GmbH&Still):

Die Gesellschafter der P. leisten alle im gleichen proportionalen Verhältnis zu ihrem Anteil am Stammkapital eine Einlage als atypisch Stiller in der Absicht eine Mitunternehmerschaft mit ihrer eigenen Kapitalgesellschaft zu begründen.

Gesellschafter der P. &Still	Einlage € X-GmbH	Stammkapital Anteil in %	Einlage € als stille MU	Einlageanteil in % als Stille
A-GmbH	320.000	40%	1.294.534,58	40%
K-GmbH für K-PSt (zu 37,5%)	200.000 75.000	25% 9,375%	809.084,11	25%
Ing. K (zu 25%)	50.000	6,250%		
Mag. R (zu 12,5%)	25.000	3,125%		
S (zu 12,5%)	25.000	3,125%		
T (zu 12,5%)	25.000	3,125%		
L	80.000	10%	323.633,64	10%
M	80.000	10%	323.633,64	10%
N	80.000	10%	323.633,64	10%
O	40.000	5%	161.816,82	5%
Gesamt	800.000	100%	3.236.336,43	100%

Die Gesellschafterin K, Beteiligungs-GmbH wurde im zeitlichen Zusammenhang mit dem Hotelprojekt errichtet und im Juni 2000 ins Firmenbuch eingetragen. Ihre Gesellschafter sind die K. Privatstiftung (kurz K-PSt) mit einem Stammkapitalanteil von 37,5%, Ing. K, (kurz K) mit einem Stammkapitalanteil von 25%, R. (kurz R) mit einem Stammkapitalanteil von 12,5%, Dir. S. (kurz S) mit einem Stammkapitalanteil von 12,5% und Dir. T. (kurz T) mit einem Stammkapitalanteil von 12,5%. Diese Gesellschafter waren bis Jänner 2006 nur mittelbar in folgendem Beteiligungsausmaß an der P. beteiligt: nämlich die K-PSt (zu 9,75%), Ing. K (zu 6,25%), Mag. R (zu 3,25%), S (zu 3,125%), T (zu 3,125%).

Die Gesellschafter der K-GmbH schlossen im Hinblick auf ihre mittelbare Beteiligung an der P. am 19.7.2002 folgenden Treuhandvertrag mit der K-GmbH, die unmittelbare Gesellschafterin der P. ist (Beteiligungsausmaß 25%):

„Die Gesellschafter der P. beabsichtigen dieser Gesellschaft Eigenkapital zuzuführen. Dieses Eigenkapital soll in Zukunft zur Finanzierung einer atypisch stillen Beteiligung an der P. verwendet werden.“

Die K-GmbH erklärt hiermit diese Eigenkapitalzufuhr an die P. nicht für eigene Rechnung zu gewähren, sondern als Treuhänderin ihrer Gesellschafter.“

In der Folge leistete die K-GmbH, im selben prozentuellen Verhältnis ihres Anteiles am Stammkapital wie auch die anderen GmbH-Gesellschafter, Einlagen in die P. für eine atypisch stille Beteiligung der genannten mittelbaren Gesellschafter.

Auf Grund des abgeschlossenen und offengelegten Treuhandvertrages war steuerrechtlich das Betriebsergebnis aus der angestrebten Mitunternehmerschaft (es waren in der Folge Verluste) nicht der K-GmbH (als unmittelbare Gesellschafterin der P. ) zuzurechnen. Die Rechtskonstruktion der treuhändigen atypisch stillen Beteiligung ermöglichte den mittelbaren Gesellschaftern dieselbe Ergebniszurechnung (Verlustverwertung), so wie dies bei den unmittelbaren Gesellschaftern der P. der Fall war.

Mit Dissolutionsvertrag vom 1.9.2005 wurde das vorstehend angeführte Treuhandverhältnis zwischen K-GmbH und ihren Gesellschaftern aufgelöst und seither sind diese ohne Zwischenschaltung eines Treuhänders in die unmittelbare Rechtsposition des atypisch stillen Gesellschafters der P. eingetreten.

Im Jänner 2006 hat die K-GmbH ihren 25%-Anteil an der P. entsprechend dem Beteiligungsverhältnis ihrer Gesellschafter an diese abgetreten und sind diese seither ebenfalls unmittelbare Gesellschafter der P..

Die stillen Gesellschafter sind am Vermögen, Gewinn und Verlust, an den stillen Reserven am Firmenwert und am Liquidationserlös der P. im Verhältnis ihrer - auf fixe Kapitalkonten gebuchten - Einlagen beteiligt. Die P. bringt ihrerseits ihren Betrieb, nämlich die in Errichtung befindliche Hotelanlage mit ihrer gesamten Aktiva und Passiva, in die atypisch stillen Gesellschaften mit ihren Gesellschaftern ein. Das eingebrachte Vermögen hat zum Zusammenschlussstichtag, dem 31.10.2002, einen Buchwert von € 4.567,89 und dies sei lt. Gutachten gleichzeitig auch der Verkehrswert.

Mit Beschluss vom Dezember 2002 ist das Stammkapital der P. um € 763.663,57 – auf die in der obigen Tabelle angeführten Einlagen der Gesellschafter erhöht worden. Die Gewinn- und

Verlustberechnung sowie die Vermögensbeteiligung erfolgt im Verhältnis des Buchwertes des eingebrachten Betriebsvermögens von € 768.231,46 zu den Einlagen der Stillen von € 3.236.336,43. Das Gesamtkapital des Geschäftsinhabers betrug somit nach dem Zusammenschluss € 4.004.567,89.

An der vereinbarten stillen Mitunternehmerschaft sind nach dem Vertrag vom Juli 2003 die Stillen mit 80,817% (Einlageanteil in % des Stillen x 0,80817=Beteiligungsanteil/stiller MU) und die P. mit 19,183% beteiligt.

Für die Stillen ist ihr Anteil am Verlust aus dem beteiligten Unternehmen weder ausgeschlossen noch auf ihre Einlage oder ein Vielfaches der Einlage beschränkt. Die Stillen sind auch nicht verpflichtet ein negatives Kapitalkonto bei Beendigung der stillen Gesellschaft durch Zahlung abdecken zu müssen.

Die Einlagen der Gesellschafter sind auf fixe Kapitalkonten zu verbuchen, die nicht entnommen werden dürfen. Die fixen Kapitalkonten werden mit dem Zinssatz des 6-Monate-Euribor + 1% verzinst. Diese Zinsen sind spätestens neun Monate nach Ende des Geschäftsjahres nach Maßgabe der vorhandenen Liquidität auszubezahlen.

*(Anmerkung: Der 6-Monate-Euribor betrug 2003: 2,31, 2004: 2,15, 2005: 2,23. 2006: 3,23, 2007: 4,35 und 2008: 4,73.)*

Neben den verzinsten fixen Kapitalkonten werden nicht verzinst, variable Privatkonten geführt, auf denen die Gewinnanteile und andere Gutschriften (z.B. Zinsgutschriften) zu verbuchen sind. Weiters werden Verlustverrechnungskonten geführt, auf denen die Verlustanteile der Gesellschafter zu erfassen sind. Künftige Gewinnanteile – ausgenommen die ergebnisunabhängigen Mindestgewinne in Form der Verzinsung der fixen Kapitaleinlagen der Stillen – müssen solange dem Verlustverrechnungskonto gutgebucht werden, bis dieses wieder den Saldo Null aufweist.

Die P. erhält eine angemessene Vorweggewinnzuweisung. *(Anmerkung: Diese wurde im Streitzeitraum mit jährlich € 8000 bemessen.)*

Die Gesellschafter vereinbaren einen 10-jährigen Kündigungsverzicht, ausgenommen eine Kündigung sämtlicher Gesellschafter aus wichtigem Grund.

Die stillen Gesellschafter erklären, so lange auf ihre Forderungen aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis gegenüber dem Geschäftsinhaber, ihrer P., zu verzichten, bis die Forderungen aller übrigen Gläubiger, denen nicht Eigenkapitalcharakter zukommt, befriedigt sind.

Im Falle eines Konkurses der P. sind die stillen Gesellschafter nicht berechtigt, mit ihren Forderungen aus diesem Vertrag als Konkursgläubiger am Konkurs teilzunehmen und dadurch die Befriedigungsansprüche der Konkursgläubiger zu vermindern. Die stillen Gesellschafter kommen mit ihren Forderungen erst dann zum Zug, wenn sämtliche Konkursgläubiger vollständig befriedigt sind. Erst danach haben sie mit ihren Forderungen einen Befriedigungsanspruch gleichrangig mit den übrigen Kapitalgebern von Kapitaleinsätzen, welchen Eigenkapitalcharakter oder Eigenkapital ähnlichen Charakter haben (Rangrücktrittsklausel).

Vertragliche Mitwirkungsrechte (Zustimmung- oder Widerspruchsrecht) bei der Geschäftsführung des Geschäftsherrn und vertragliche Kontrollrechte der Stillen wurden nicht vereinbart.

Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist eine Zusammenschlussbilanz zum 31.10.2002, die folgende Posten ausweist:

<b>Aktiva</b>	Bilanz vor Zusammenschluss in €	Umbuchung	Bilanz nach Zusammenschluss in €
Ingangsetzungsaufwand	12.455,64		12.455,64
Anlagevermögen Sachanlagen	6.530.419,96		6.530.419,96
Umlaufvermögen Forderungen	525.517,60		525.517,60
Rechnungsabgrenzung	218.070,67		218.070,67
Summe der Aktiva	7.286.463,87		7.286.463,87
<hr/>			
<b>Passiva</b>			
Kapital Kapitalerhöhung 12/2002	4.567,89	763.663,57	768.231,46
Einlage Stille 7/2003		3.236.336,43	3.236.336,43
Rückstellungen	2.200,00		2.200,00
Verbindlichkeiten	7.279.675,98	-4.000.000,00	3.279.675,98
Summe der Passiva	7.286.463,87	-	7.286.463,87

Der Zusammenschluss erfolgt rückwirkend zum 31.10.2002 (Zusammenschlussstichtag) auf Basis des mit Gutachten festgestellten Buchwertes (Verkehrswertzusammenschluss).

Der steuerliche Vertreter der P. erstellte über deren Auftrag als Grundlage für den Zusammenschluss ein Gutachten (ohne Datumsangabe und Unterschrift) über den Verkehrswert der Gesellschaft zum Zusammenschlussstichtag. Das Gutachten kam zu dem

Ergebnis, dass nach der „Discounted Cash Flow Methode“ der Unternehmenswert zum 31.10.2002 mit Euro 0,00 zu berechnen sei und daher als Untergrenze für das Unternehmen ein gerundeter Substanzwert in Höhe von Euro 5.000 anzusetzen sei.

Mit 31.7.2002 verkaufte der Projektinitiator, die A. GmbH, seine Liegenschaft in X, um € 950.000 an die P.. Im Zeitraum zwischen 2002 und Juni 2003 erfolgte auf dieser Liegenschaft die Errichtung der Hotelanlage und wurde diese mit der geänderten Bezeichnung „Z-Hotel“ im Juni 2003 eröffnet.

Mit weiterem im Wesentlichen inhaltsgleichen Zusammenschluss- und Einlagevertrag vom 16.12.2003 vereinbaren die vorgenannten Gesellschafter der P. rückwirkend zum 31.5.2003 eine Erhöhung ihrer Einlage als stille Gesellschafter um insgesamt € 1.200.000. Die weitere Einlage der Stillen erfolgt wieder übereinstimmend nach ihrem Beteiligungsverhältnis als – unmittelbare oder mittelbare - Gesellschafter der P..

Beteiligte	Anteil am Stammkapital der X-GmbH in %	Einlage bisher als stille MU	Einlagen-erhöhung auf €	Einlageanteil in % als Stille
A-GmbH	40%	1.294.534,58	1.774.534,58	40%
K-GmbH für K-PSt, K, R, S, T	25%	809.084,11	1.109.084,11	25%
L	10%	323.633,64	443.633,64	10%
M	10%	323.633,64	443.633,64	10%
N	10%	323.633,64	443.633,64	10%
O	5%	161.816,82	221.816,82	5%
Gesamt	100%	3.236.336,43	4.436.336,43	100%

Auf Grund der Einlagenerhöhung betrug der fixe Kapitalanteil der Stillen insgesamt € 4.436.336,39 und waren sie entsprechend ihrer Vereinbarung mit insgesamt 85,24 % (Einlageanteil in % des Stillen x 0,8524 = Beteiligungsanteil/je stiller MU) und die P. mit einem Kapitalanteil von € 768.231,46 mit 14,76 % (Gesamtkapital € 5.204.567,75) am Betriebsergebnis und Vermögen im Rahmen der vereinbarten stillen Mitunternehmerschaft beteiligt.

Die Zusammenschlussbilanz zum 31.5.2003 weist folgende Posten aus:

Aktiva	Bilanz vor Zusammenschluss in €	Umbuchung	Bilanz nach Zusammenschluss in €
Ingangsetzungsaufwand	123.450,44		123.450,44
Anlagevermögen Sach- u. Finanzanlagen	15.247.608,43		15.247.608,43
Umlaufvermögen Forderungen, Kassa	73.459,13		73.459,13

Summe der Aktiva	15.444.518,00		15.444,518,00
<b>Passiva</b>			
Nennkapital	800.000,00		8
Bilanzverlust	-254.158,62		
GmbH-Kapital	545.841,38		
Einlage Stille incl. Verlust- und Zinsverrechnung =Einlagenstand 5/2003	3.236.336,43 -608.927,94 2.627.363,49		
GmbH-Kapital + Einlagen Still, 5/2003 =Zusammenschlusskapital		545.841,38 2.627.363,49 4.004.567,89	4.004.567,89
Unversteuerte Rücklagen	266.000,00		266.000,00
Subventionen	2.225.608,00		2.225.608,00
Rückstellungen	1.500,00		1.500
Verbindlichkeiten	9.778.205,13	-	9.778.205,13
Summe der Passiva	15.444.518,00	-	15.444.418,00

Mit Gesellschaftsvertrag vom 22.12.2004 trat die A-GmbH – ähnlich wie zuvor bei den anderen Beteiligten – einen 5%-Anteil an der P. an einen weiteren Investor, Dr. U. (kurz U) zum Nennwert von € 40.000 ab. Gleichzeitig trat die A-GmbH auch einen verhältnismäßigen Gesellschaftsanteil als Stiller zum Kaufpreis von € 160.000 an U ab (darauf entfällt eine fixe Kapitaleinlage von € 221.816,82 und ein steuerlicher Verlustanteil von € 80.458). Dieser war sodann am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen des Unternehmens des Geschäftsinhabers mit 4,262% und die A-GmbH mit nunmehr 29.834% beteiligt. Die Abtretung wurde rückwirkend mit 1.7.2004 vereinbart.

Mit Wirkung vom 30.4.2005 übertrug U sowohl seinen Anteil an der P. als auch seine Beteiligung als Stiller an die A-GmbH zurück, sodass danach wieder die selben Beteiligungsverhältnisse wie vor seinem Eintritt als Gesellschafter und Stiller bestanden haben. Der Kaufpreis für die Rückabtretung der stillen Einlage betrug € 105.000. Im Beteiligungszeitraum 1.7.2004 bis 30.4.2005 wurden U ein Vorweggewinn für Einlagezinsen von € 13.156 und ein Verlustanteil von -153.402 zugewiesen.

Mit weiterem Zusammenschluss- und Einlagevertrag vom 23.1.2006 erhöhten die Gesellschafter der P. abermals ihre atypisch stille Einlage in ihre Kapitalgesellschaft um insgesamt € 1.000.000 unter Inanspruchnahme des Art. IV UmgrStG rückwirkend zum 30.4.2005. Die Einlagenerhöhung der Stillen erfolgte unverändert im übereinstimmenden Verhältnis zu ihrem Stammkapitalanteil bei der P. und auch die Ergebnis- und

Vermögensbeteiligung wurde weiterhin im Verhältnis der Einlagen der Stillen zum vom Geschäftsinhaber aufgebrachten Eigenkapital wie folgt festgelegt:

Beteiligte	Anteil am Stammkapital der X-GmbH in Euro und %	Einlagen-erhöhung der Stillen auf insgesamt Euro	Ergebnis- und Vermögens-beteiligung der Stillen an P.
A-GmbH	320.000 – 40%	2.174.534,58	37,786%
K -Investorengruppe	200.000 – 25%	1.359.084,11	23,616%
Davon:	93.750 – 9,375%	509.656,55	8,856%
K-PSt	62.500 – 6,250%	339.771,03	5,904%
K,	31.250 – 3,125%	169.885,51	2,952%
R	31.250 – 3,125%	169.885,51	2,952%
S	31.250 – 3,125%	169.885,51	2,952%
T			
L	80.000 – 10%	543.663,64	9,447%
M	80.000 – 10%	543.633,64	9,447%
N	80.000 – 10%	543.633,64	9,447%
O	40.000 – 5%	271.816,82	4,722%
Gesamt Stille		5.436.336,43	<b>94,465%</b>
P.			
Stammkapital	800.000 – 100%		<b>5,535%</b>
Ergebnis- und Vermögensbeteiligung			

Bei einer abgabenbehördlichen Außenprüfung für die Jahre 2002 bis 2004 wurden folgende Feststellungen getroffen (Bericht, ABNr.: 1234567 vom 16.1.2007 und Niederschrift vom 21.9.2006):

Das Projekt zur Errichtung des Wellnesshotels „Z-Hotel“ habe ein Investitionsvolumen von insgesamt rund 20 Mio. Euro gehabt. Finanziert sei das Betriebsvorhaben primär durch Eigenkapital der P. in Höhe von € 800.000 einbezahltes Stammkapital und durch Bankdarlehen von ca. € 12,5 Mio. worden. Die bestehende Finanzierungslücke sollte durch öffentliche Förderungen in Höhe von rund € 3,8 Mio. – für die aber eine höhere Eigenkapitalausstattung notwendig war – geschlossen werden. Dieses für den Unternehmenszweck der P. benötigte restliche Eigenkapital wurde von den Gesellschaftern – unter Berufung auf die Freiheit der Finanzierungsform – als atypisch stille Einlage (2003: € 4,4 Mio und ab Anfang 2006 € 5,4 Mio.) – aufgebracht.

Die Verlustsituation der P. und der angestrebten stillen Mitunternehmerschaft stellte sich im Prüfungszeitraum wie folgt dar:

	2001	2002	2003	2004
Jahresverlust GmbH	-2.629,22	-189.662,14	-242.541,11	-297.613,80
Jahresverlust GmbH&Stille		-422.094,55	-1.332.304,55	-1.729.577,25
Gesamtverlust	-2.629,22	-611.756,69	-1.574.845,66	-2.027.191,05
Verluste lt. Erklärung der stillen MU gem. § 188 BAO	-	-370.015,33	-2.130.554,54	-1.890.678,88
Bilanzverlust der P. gesamt	5.139,28	616.895,97	2.191.741,63	4.218.932,68
Verbindlichkeiten der X-GmbH gerundet	-	6.732.000,00	13.067.700,00	12.396.500,00

Die Prüfung des Sachverhaltes, ob die Einlagen der Stillen ihre Ursache in ihrem Gesellschaftsverhältnis zur P. hatten oder hierfür eine fremdübliche schuldrechtliche Beziehung vorlag, führte zu dem Ergebnis, dass nach Ansicht der Betriebsprüfung diese stille Unternehmensbeteiligung in ihrer konkreten Ausgestaltung unter fremden Dritten nicht eingegangen worden wäre. Nach Meinung der Betriebsprüfung war für die Mittelzufuhr das Gesellschaftsverhältnis die bestimmende Ursache und liege daher eine verdeckte Einlage in die Kapitalgesellschaft vor.

Für einen, in keinem Naheverhältnis mit dem Geschäftsinhaber stehenden, stillen Teilhaber sei in erster Linie der realistisch abschätzbare, zukünftige Geschäftserfolg der maßgebende Grund für seine Kapitaleinlage. Bei der im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung schon erkennbar gewesenen Verlustsituation des Unternehmens, hätte ein fremder Stiller damit rechnen müssen, dass seine Kapitaleinlage innerhalb kurzer Zeit durch die volle Verlustteilnahme aufgezehrt wird. Bei einem noch nicht eröffneten Hotelbetrieb im Zeitpunkt der Beteiligung kommt einer wirtschaftlich plausiblen und nachvollziehbaren Prognoserechnung über die voraussichtliche Geschäftsentwicklung eine grundlegende Bedeutung für die Investitionsentscheidung zu. Nach Ansicht der Betriebsprüfung seien den Stillen aber keine solchen Wirtschaftlichkeits- und Rentabilitätsberechnungen, die die geänderten und schon bekannt gewesenen Wirtschafts- und Betriebsverhältnisse berücksichtigen hätten, vorgelegen. Ohne eine den aktuellen Verhältnissen entsprechende Investitionskalkulation hätte aber ein fremder Kapitalgeber sich nicht am Unternehmen beteiligt. Im gegenständlichen Fall seien insgesamt die wirtschaftlichen Voraussetzungen und rechtlichen Vereinbarungen nicht dergestalt gewesen, dass auch unter Fremden eine stille Gesellschaft in dieser Art und Weise vereinbart worden wäre.

Ein Indiz für die Ursache der Vermögenszuwendung im Gesellschaftsverhältnis und nicht in einer fremdüblichen schuldrechtlichen Beziehung sei, dass für den Erhalt der öffentlichen

Förderungen im Jahr 2003 zur Errichtung der Hotelanlage ein entsprechend höherer Eigenkapitalanteil der Gesellschaft erforderlich gewesen sei.

Dem Einwand der Steuerpflichtigen, dass sich mit U im Dezember 2004 (bis April 2005) tatsächlich ein fremder Dritter als atypisch Stiller an der P. beteiligt habe und damit der Fremdvergleich positiv bewiesen worden sei, könne nicht gefolgt werden. Die A-GmbH habe U nämlich zeitgleich sowohl einen 5%- Anteil an der P. als auch einen entsprechenden Einlageanteil als Stiller abgetreten. Damit sei bei U - ebenso wie bei den anderen Beteiligten- Gesellschafteridentität vorgelegen und habe er sich genauso wie die anderen im gleichen Verhältnis zur Stammeinlage bei der P. gleichzeitig mit einer Einlage als Stiller am eigenen Unternehmen beteiligt.

Zudem sei der Abtretungspreis (5% des Stammkapitalanteils € 40.000 – zum KP € 40.000 und 4,262% des Einlagenanteils als Stiller € 221.816 zum KP € 160.000) unter dem Buchwert des fixen Kapitalanteils (nämlich um € 61.816) gelegen.

Die Betriebsprüfung gelangte zu dem Ergebnis, dass die Einlagen steuerrechtlich als verdeckte Eigenkapitalzufuhr der Gesellschafter in Form von Gesellschafterzuschüssen zu beurteilen seien, weshalb eine einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung gemäß § 188 BAO zu unterbleiben habe und die Bankzinsen der Gesellschafter für ihre Einlagen nicht abzugsfähig seien.

Das Finanzamt schloss sich dem Ergebnis der abgabenbehördlichen Außenprüfung an. Es nahm für die Kalenderjahre 2002 bis 2004 die Feststellungsverfahren gemäß § 188 BAO betreffend die Mitunternehmerschaft, P. und Stille gemäß § 303 Abs. 4 BAO wieder auf und ersetzte die rechtskräftigen Feststellungsbescheide durch Bescheide über die Nichtfeststellung von Einkünften, mit der Begründung, dass keine Mitunternehmerschaft vorliege.

Dagegen wurde von den Abgabepflichtigen erfolgreich Berufung erhoben, weil den angefochtenen Wiederaufnahmbescheiden die erforderliche Begründung fehlte. Für die Jahre 2002 bis 2004 blieben die in Rechtskraft erwachsenen ursprünglichen Feststellungsbescheide gemäß § 188 BAO daher bestehen (v.a. wegen zwischenzeitig eingetretener Verjährung).

In den Erklärungen zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte der P.&Still wurden für die Jahre 2005 bis 2008 folgende Gesamtverluste geltend gemacht (auf Euro gerundet) und entsprechend den oben dargestellten Beteiligungsverhältnissen auf die einzelnen Beteiligten aufgeteilt:

2005	2006	2007	2008
------	------	------	------

-1.420.959	-5.110.933	-1.338.817	-874.702
------------	------------	------------	----------

Ab dem Jahr 2006 überstiegen die Verlustzuweisungen an die Stillen ihre Einlagen. Im Jahr 2006 um insgesamt € -4.014.773 (noch nicht verbrauchte Einlagen € 1.096.160 – steuerliche Verluste € -5.110.933 = gesamter negativer Kapitalstand der Stillen). Die negativen Kapitalkonten der Stillen (d.h. der, ihr fixes Kapitalkonto übersteigende, Verlustkontostand) sind im Jahresabschluss des Geschäftsinhabers, der P. nicht ausgewiesen und wurden auch nicht im Anhang oder in einer Beilage als Merkpost angeführt.

Das Finanzamt hielt für die Folgejahre an seiner bisherigen materiell-rechtlichen Rechtsansicht fest. Es erließ als Erstbescheid für die Kalenderjahre 2005, 2006 2007 und 2008 Feststellungsbescheide gemäß § 188 i.V.m. § 190 Abs. 1 BAO vom 15.4.2010, in denen ausgesprochen wird, dass eine Feststellung von Einkünften nicht zu erfolgen hat. Diese so genannten „Nichtfeststellungsbescheide“ wurden an die im Adressfeld dieser Berufungsentscheidung angeführten Bescheidadressaten gerichtet, sodass eine einheitliche Feststellung gegenüber allen beteiligten Steuerrechtssubjekten erfolgte. In der Bescheidbegründung wurde auf die Ausführungen des o.a. BP-Berichtes, ABNr.: 1234567, und auf die Niederschrift über die Schlussbesprechung vom 21.9.2006 verwiesen.

Gegen diese „Nichtfeststellungsbescheide“ vom 15.4.2010 wurde von der P., der K-PSt, Ing. K, Mag. R , Dir. S sowie Dir. T durch den steuerlichen Vertreter R. WP- und StB-GmbH mit Schriftsatz vom 24.6.2010, weiters von Ing. L und M durch den steuerlichen Vertreter StB-Gesellschaft J. GmbH mit Schriftsatz vom 28.7.2010, von N durch den steuerlichen Vertreter, Steuerberatungs-gesellschaft Q. mit Schriftsatz vom 10.05.2010 und von O durch den steuerlichen Vertreter, Y. WtH-GmbH mit Schriftsatz vom 15.6.2010 form- und fristgerecht Berufung erhoben.

In den weitgehend übereinstimmenden Anbringen begehrten die Berufungswerber (idF. Bw. genannt) die ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Nichtfeststellungsbescheide und eine einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung gemäß § 188 BAO betreffend die Mitunternehmerschaft, P.&Still unter Zuweisung der erklärten Verlustanteile durchzuführen. Weiters wurde die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung und die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat beantragt.

Auf den Parteien bekannten Berufungsbegründungen und die schriftliche Stellungnahme der Bw. zur Betriebsprüfung vom 26.9.2006, welche Bestandteil ihrer Berufungen ist, werden im Einzelnen verwiesen. Im Wesentlichen erfolgte folgendes Vorbringen:

„Bereits Mitte 2001 haben sich die Gesellschafter zur Realisierung des gegenständlichen Hotelprojektes zusammengefunden. Ursprünglich war die Errichtung eines Apartmenthotels in 3- bis 4-Sternqualität geplant. Damit sollte in der Region ein neuer Typus im Beherbergungswesen platziert und das bestehende Unterkunftsangebot attraktiv und konkurrenzfähig erweitert werden. Familien mit Kinder und Gäste mit längerem Aufenthalt, Pauschal- und Gruppenreisende waren die Zielgruppen.“

Diese konzipierte Apartmenthotelanlage mit der Geschäftsbezeichnung „L.“ hätte durch die Therme Q geführt werden sollen, wodurch bedeutende Synergien und Marketingeffekte zu erzielen gewesen wären. Auf Grund einer Änderung in den Eigentümerverhältnissen der Therme Q konnte ein wichtiger Teil dieses ursprünglichen Betriebskonzepts nicht durchgeführt werden, was schließlich zu höheren Investitions- und Betriebskosten führte. Das schon in der Realisierung fortgeschrittene Hotelkonzept musste umgeplant werden. Es wurde neben dem Ausbau des Wellnessbereiches massiv auf die Gesundheitsschiene gesetzt. Die Hotelanlage sollte nun auch von der P. selber betrieben werden.

Das Hotel verfügt insgesamt über 80 4-Bett-Apartements ( $44,5\text{ m}^2$ ) und 16 2er-Apartements ( $33\text{ m}^2$ ), einen Wellnessbereich, ein Restaurant (250-300 Plätze), Park, mit Spielbereich und Außenbecken sowie Garagen- und Pkw-Abstellflächen.

Es war von Beginn an beabsichtigt den Kapitalbedarf für die Realisierung des Hotelbetriebes nicht ausschließlich durch Eigenkapital der P. (Geschäftsherr oder Inhaber des Gewerbebetriebes) aufzubringen, sondern mittels gespaltenen Einlagen der Gesellschafter sollte in Rechtsform der GmbH&Still eine Mitunternehmerschaft begründet werden. Die vertragliche Errichtung der geplanten unecht stillen Gesellschaft(en) erfolgte dann im Juli 2003.

Nach Ansicht der Abgabenbehörde erster Instanz sei die stille Mitunternehmerschaft wegen fehlender Fremdüblichkeit nicht anzuerkennen. Die Gründe für diese – nach Ansicht der Bw. völlig unrichtige - Beurteilung seien,

- dass Beteiligungsidentität zwischen GmbH-Gesellschafter und stille Gesellschafter bestehe,
- den Stillen für ihre Beteiligung keine fremdübliche, detaillierte Prognoserechnung vorgelegen sei,
- laut den Förderrichtlinien für die erhaltene Förderung zur Errichtung der Hotelanlage ein entsprechender Eigenkapitalanteil (in Höhe der stillen Einlagen) notwendig gewesen sei und
- das Anfallen von hohen Verlusten schon erkennbar gewesen sei. Ein „maßstabgerechter Fremder“ hätte sich nicht als stiller Gesellschafter beteiligt, weil absehbar gewesen sei, dass seine Einlage in kurzer Zeit aufgebraucht worden wäre.

Anzumerken ist, dass von der Betriebsprüfung erst gegen Ende ihrer Prüfung die mangelnde Fremdüblichkeit zusätzlich ins Treffen geführt wurde. Zuerst hat man sich auf das Vorliegen einer eigenkapitalersetzen Einlage der Stillen gestützt, weil in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Zuführung von Eigenkapital die angemessene bzw. gebotene Vermögensausstattung der Gesellschaft gewesen wäre. Diese Argumentation wurde offensichtlich auf Grund der dargelegten Fakten, insbesondere der vorgelegten Eigenkapitalberechnung und der angeführten Literatur, fallen gelassen und nicht in die Bescheidbegründung aufgenommen.

Uns ist bekannt, dass die steuerliche Anerkennung einer Mitunternehmerschaft in Form der GmbH&Still an strenge Voraussetzungen geknüpft ist (EStR 2002, Rz. 5819, Doralt, EStG, § 23 Tz. 235). Eine solche Mitunternehmerschaft wird nicht anerkannt, wenn

- der Alleingesellschafter der GmbH sich als atypisch Stiller beteiligt, um Verluste der GmbH zu lukrieren oder die atypisch stille Gesellschaft nur auf Verlustzuweisung ausgerichtet ist (z.B. Liebhaberei) oder der GmbH-Gesellschafter sich an der GmbH auch als atypisch Stiller beteiligt, um Mittel zur Verlustübernahme und Sanierung der GmbH zuzuführen,
- das vom Stillen zugeführte Kapital in wirtschaftlicher Betrachtungsweise Eigenkapital der GmbH ersetzt. Ob Eigenkapitalersatz vorliegt, ist daran zu messen, wie das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Mittelbedarf ist, ob eine wesentlich unter dem Branchendurchschnitt liegende Eigenkapitalausstattung gegeben ist und Fremdfinanzierung von außen noch erlangbar wäre,
- die Vereinbarung nicht den Kriterien für die Anerkennung von Verträgen unter nahen Angehörigen entspricht (ausreichende Publizität, eindeutiger und zweifelsfreier Inhalt und umfassende Fremdüblichkeit der Rechtsbeziehung).

Die stillen Gesellschaften wurden im Rahmen eines Zusammenschlusses nach Art. IV UmgrStG errichtet, bei dem kein verdecktes Eigenkapital und keine unübliche Gestaltung vorliegt und durch Erstellung eines Verkehrswertgutachtens, die Verschiebung von stillen Reserven verhindert worden ist. Damit sind die Kriterien der „Nahen-Angehörigen-Judikatur“ bzw. der Fremdüblichkeit erfüllt, die Einlagen sind nicht als verdecktes Kapital anzusehen und es liegen keine ungewöhnlichen Vertragsgestaltungen vor, weshalb keine Versagungsgründe, die in Literatur und den Steuerrichtlinien erwähnt werden, bestehen. Auch an den Umgründungen (Zusammenschlüsse) ist nichts zu bemängeln.

Die GmbH war im Zeitpunkt der Errichtung der Mitunternehmerschaft (Vertragserrichtungszeitpunkt: 25.7.2003) nicht überschuldet und nicht sanierungsbedürftig und wies zu diesem Zeitpunkt und auch in weiterer Folge eine wesentlich über dem Branchendurchschnitt liegende Eigenkapitalquote auf. Eine diesbezügliche Berechnung wurde dem Finanzamt vorgelegt.

Bei derartigen Projekten (egal in welcher Rechtsform) wird sowohl von den Kreditinstituten als auch den Förderstellen üblicherweise ein Eigenmittelanteil von zumindest 30% gefordert. Dies wurde im gegenständlichen Investitionsprojekt deutlich überschritten. Das Gesamtinvestment hat € 16 Mio. und die Eigenmittelquote 50% betragen. Die Eigenmittelausstattung bestand aus € 4 Mio. Eigenkapital, € 3,2 Mio. Förderung und 0,87 Mio. Nachschussverpflichtung der Gesellschafter lt. Kreditanbot der J-Bank.

*(Anmerkung: lt. Betriebskonzept vom Okt. 2001 betragen die Investitionskosten (ohne Grund) € 15,6 Mio. und lt. Förderungsvertrag vom Jul. 2001 der Förderungszuschuss € 3,18 Mio., lt. Schlussbilanz 2003 hatte die P. ein aktiviertes Anlagevermögen von € 19,8 Mio., Stammkapital von € 0,8 Mio., Direktförderungen zu den Hotelerrichtungskosten von € 3,86 Mio. erhalten, Kreditverbindlichkeiten von € 12,38 Mio. und stille Einlagen der Gesellschafter von 4,44 Mio.*

*Die Hoteleröffnung erfolgt im Juni 2003, die durchschnittliche Arbeitnehmerzahl betrug 64 Personen [lt. o.a. Betriebskonzept 43 Personen]. Zur Beurteilung der Eigenkapitalquote wird auch auf die Zusammenschlussbilanz zum Mai 2003 hingewiesen.)*

Aus dieser Eigenmittelausstattung ist die Absicht der Investoren, mit dem Hotelprojekt Renditen zu erwirtschaften eindeutig ableitbar und damit die gegenteilige Meinung der Abgabenbehörde widerlegt.

Die Gesellschafter bestanden aus drei Investorengruppen: der A-GmbH (Gruppe 1, Anteil: 40%), der „K-Gruppe“ (K PSt, Ing. K, Mag. R, Dir. S, Dir. T, N, und O: gemeinsamer Anteil von Gruppe 2: 40%) und der Gruppe 3 (Ing. L und M, gemeinsamer Anteil: 20%).

Bei der Entwicklung des Hotelprojektes wurden umfassende Wirtschaftlichkeitsberechnungen mit zahlreichen Szenarien angestellt. Die ursprünglich in Erwägung gezogene GmbH&CoKG wurde wegen erschwerter zivilrechtlicher Handhabbarkeit der drei Gesellschaftsgruppen, bzw. wegen der mangelnden Gesellschafteridentität nicht umgesetzt. Von den GmbH-Gesellschaftern wurde die GmbH&Still deswegen gewählt, da sie wesentlich beweglicher ist als eine ausschließliche GmbH-Beteiligung. Die Aufkündigung einer Stammeinlage ist im Regelfall unmöglich und eine Herabsetzung des Stammkapitals nur unter Beachtung der entsprechenden Gläubigerschutzvorschriften durchführbar. Auf Grund der im vorliegenden Fall äußerst heterogenen Gesellschafterstruktur, sollte durch die stille Beteiligung eine für das Projekt damals notwendige Flexibilität bewahrt werden. Die alternative Rechtsform einer GmbH&CoKG wurde aus Gründen der schwerfälligeren Willensbildung von einer der Gesellschaftergruppen abgelehnt. Steuerrechtlich besteht aber kein Unterschied zwischen einer GmbH&CoKG und einer GmbH&Still. Würde man daher dieser Rechtsform die Anerkennung als Mitunternehmerschaft versagen, hieße dies Gleiches ungleich zu behandeln.

Konkrete Angebote an Personen, die nicht Gesellschafter der P. waren, sich als bloßer atypisch Stiller zu beteiligen, hat es nicht gegeben (Stellungnahme der Bw. vom 26.9.2006).

Zum Zeitpunkt der Errichtung der stillen Gesellschaft (Zusammenschlusszeitpunkt Okt. 2002, Vertragserrichtungszeitpunkt Juli 2003) lagen nur die üblichen Anlaufverluste vor und wurden für die Zukunft positive Erträge erwartet. Die nachträglich eingetretene negative wirtschaftliche Entwicklung kann nicht als Grund für die Versagung der Mitunternehmereigenschaft herangezogen werden.

Das für den Zusammenschluss erstellte Verkehrswertgutachten stellt ausschließlich den Verkehrswert für Zwecke der Ermittlung der Anteile der stillen Mitunternehmer und des Geschäftsinhabers dar. Das Gutachten besitzt aber keine Aussagekraft über die Werthaltigkeit des Hotelprojektes. Der Wert dieses Geschäftes kann nämlich erst nach Zufuhr des Eigenkapitals entstehen. Das Gutachten stellt auf den rückwirkenden Zusammenschlussstichtag zum 31.10.2002 ab. Zu diesem Zeitpunkt war das Hotel noch in Bau, somit der übertragene Hotelbetrieb noch nicht eröffnet und auch die Kapitalerhöhung der GmbH (auf € 800.000) und die Kapitalzufuhr der Stillen (7/2003: 3,27 Mio., 12/2003: 1,2 Mio. und 1/2006: 1 Mio.) noch nicht erfolgt. Es ist logisch und bewertungstechnisch nicht möglich, dass die GmbH ohne diese Kapitalzufuhr einen über den Wert laut Gutachten hinausgehenden Wert aufweist.

Wir sind der Auffassung, dass eine Fremdüblichkeit, wie sie das Finanzamt verlangt, grundsätzlich keine Tatbestandsvoraussetzung für die steuerliche Anerkennung der zivilrechtlich zulässigen Rechtsform der GmbH&Still als Mitunternehmerschaft ist. Zudem halten wir fest, dass die Fremdüblichkeit im Sinne einer möglichen Beteiligung eines Dritten gegeben war.

Der Beweis hierfür ist die Beteiligung von U. zwischen 2004 und 2005. U ist es freigestanden, sich nur an der GmbH oder nur als Stiller oder eben an beiden Gesellschaften zu beteiligen. Zum Zeitpunkt seines Beteiligungserwerbes (5% am GmbH-Anteil und 5% am fixen Kapitalanteil der Stillen) waren bereits Verluste bekannt und dennoch war aus Sicht von U ein entsprechender Unternehmenswert vorhanden, für seine auf Renditeüberlegungen gestützte Investition. U. erwarb den 5%igen GmbH-Anteil zum Nennwert und den 4,262%igen stillen Gesellschaftsanteil über den Buchwert seiner Beteiligung zum April 2004 um € 160.000 (fixer Kapitalanteil € 221.816 – steuerlicher Verlustanteil € 80.458 = Buchwert € 141.358). Dieser Anteilserwerb ist jedenfalls als fremdüblich zu betrachten.

Den Einwänden der Betriebsprüfung bzw. des Finanzamtes, dass die Gesellschafter ihre Einlagen als Stille ohne Vorliegen einer plausiblen Prognoserechnung getätigt hätten, weil in

der Wirtschaftlichkeitsberechnung ab 2006 geschätzte Cash Flows mit konstant € 1,015 Mio angenommen worden sind und außerdem sich ein Fremder nicht beteiligt hätte, weil er erkannt hätte, dass seine Einlage in kurzer Zeit verloren wäre, ist entgegenzuhalten, dass natürlich auch die Investitionsentscheidungen der Stillen auf Grund einer detaillierter Prognoserechnungen mit Plandaten aus mehreren Szenarien getroffen worden sind. Zum Zeitpunkt der Errichtung der stillen Gesellschaft (*Anmerkung: Zusammenschlussstichtag 10/2002, Vertragserrichtungszeitpunkt 7/2003,*) war der Hotelbetrieb noch gar nicht eröffnet und prognostizierten die Plandaten Überschüsse. Es ist deshalb keineswegs zutreffend, dass ein fremder Dritter keine stille Einlage geleistet hätte, weil er erkannt hätte, dass er sein Kapital in Kürze durch Verluste aufgebraucht sein würde.

Wesentlich ist unserer Meinung, dass die Entscheidung der Gesellschafter sich als Stille an ihrer Gesellschaft zu beteiligen, schon vor dem Zeitpunkt der Erstellung des Verkehrswertgutachtens für den Zusammenschluss anhand detaillierter Prognoserechnungen mit mehreren Szenarien getroffen wurde. Die Unterzeichnung des Gesellschafts- und Zusammenschlussvertrages im Juli 2003 ist für die Prüfung der Fremdüblichkeit kein maßgebender Zeitpunkt mehr, weil es sich hierbei nur mehr um die Durchführung einer bei Projektbeginn schon beschlossenen Finanzierungsform handelte. Die Prüfung der Fremdüblichkeit hat daher auf den zu einem viel früheren Zeitpunkt vorgelegenen Sachverhalt abzustellen.

Auf Ebene des Gesamtprojektes kann jedenfalls von einer Fremdüblichkeit ausgegangen werden, weil sich schließlich fremde Investorengruppen zusammengefunden haben, um das Hotelprojekt in der Rechtsform einer GmbH&Still zu realisieren. Die Frage, ob sich ein fremder Dritter, der nicht GmbH-Gesellschafter ist, sich nur als Stiller beteiligt hätte, ist nicht relevant und wäre andernfalls ausschließlich auf Basis der Renditeerwartungen vor Errichtung der Mitunternehmerschaft zu beurteilen. Zudem wäre bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit die konkrete Vertragsgestaltung (z.B. gewinnunabhängige Mindestverzinsung der stillen Einlage) zu berücksichtigen.

In den vorgelegten Planrechnungen sind nach einem Anlaufzeitraum positive Ergebnisse dargestellt. Es ist jedenfalls unzulässig in einer ex-post-Betrachtung die konkret gegebene Verlustsituation des Unternehmens in die rechtliche Beurteilung der stillen Mitunternehmerschaft einzubeziehen. Genau dies ist aber geschehen, während die ursprünglichen Ergebniserwartungen der Gesellschafter aus ihrer ex-ante-Betrachtung vom Finanzamt nicht gewürdigt wurden. Die Gesellschafter tätigten die Einlagen eindeutig aufgrund von Renditeerwartungen. Es würde nämlich den Gesellschaftern ein wirtschaftlich völlig unsinniges Verhalten zugeschrieben, wenn sie ihrem Unternehmen beträchtliches Kapital –

egal ob Eigen- oder Fremdkapital – zur Verfügung stellen, wenn mit dem Verlust dieses Vermögens zu rechnen gewesen wäre. Vom Finanzamt wurde verkannt, dass auch die unecht stillen Gesellschafter als Investoren agierten, deren Entscheidungen aufgrund wirtschaftlichen Kalküls und Renditeerwartungen getroffen wurden und dass diese Gesellschafter nicht mutwillig bedeutende Geldwerte vernichten wollten. Erst die – für die steuerrechtliche Beurteilung nicht gebotene - Rückschau zeigt, dass bis jetzt die wirtschaftlichen Erwartungen der Investoren noch nicht erfüllt wurden. Wie bereits dargelegt, war die Entscheidung der Gesellschafter Einlagen in ihre Gesellschaft in Form einer atypisch stillen Beteiligung zu leisten durch beträchtliche außersteuerliche Gründe beeinflusst. Auch die in der Folge durchgeföhrten Einlagenerhöhungen sind ebenfalls auf Grund von Renditeerwartungen erfolgt. Bei negativen Ertragsaussichten hätten die stillen Gesellschafter sicherlich keine Erhöhung der Einlagen beschlossen.

Als Beweis dafür, dass die stillen Beteiligungen der Gesellschafter nicht vorrangig auf Verlustzuweisungen ausgerichtet waren, sondern nach der Anlaufphase Gewinne erwartet wurden, führen wir die Beteiligte O an. Diese hat im Zuge einer Generalversammlung bekannt gegeben, dass sie die zugewiesenen Verluste bei weitem nicht mit ihren positiven Einkünften ausgleichen kann. Wäre ihre Beteiligung auf die Erzielung von Verlusten ausgerichtet gewesen, wäre ihre Investition allenfalls in anderer Form erfolgt, bzw. hätte sie einer Erhöhung der stillen Einlage nicht zugestimmt.

*(Anmerkung: O ist Mehrheitsgesellschafterin und Geschäftsführerin eines Unternehmens mit Sitz in Ä.. und Niederlassung in Ü. Sie erhielt im Streitzeitraum als Lehrerin Bezüge vom Amt der stmk. Landesregierung und erzielte EaV+V [geringe Verluste]. Seit dem Jahr 2003 ist sie teilzeitbeschäftigt. Sie hat ihr Beschäftigungsausmaß um die Hälfte herabsetzen lassen.)*

Die gesellschaftsvertraglich vorgesehene unbegrenzte Verlustzuweisung bewirkt, dass ein allenfalls negativer Kapitalkontostand bei Beendigung der stillen Gesellschaft jedenfalls nachzuversteuern ist. Künftige Gewinne sind von den Stillen auch zu versteuern, obwohl ihnen diese vom Geschäftsinhaber solange nicht ausbezahlt werden, bis das negative Kapitalkonto – gegen das sie vorrangig zu verrechnen sind - wieder den Saldo Null aufweist.

Der Kritik an dem Unternehmenswertgutachten für den Zusammenschluss zum Stichtag 31.10. 2002 wird entgegengehalten, dass keine pauschal geschätzten Cash Flows verwendet wurden, sondern die einzelnen Cash Flows das Ergebnis der Planrechnung darstellen. In den Planrechnungen wurde nachvollziehbar die Berechnung der free Cash flows – ausgehend von geplanten Umsatzerlösen sowie Plankosten für Wareneinsatz, Personal, Verwaltung- und Vertrieb - dargestellt. Der Ansatz von gleich bleibenden Cash Flows ergibt sich aus der fachgerechten Bewertungstechnik. Nach einem Planungszeitraum von zwei bis fünf Jahren

sind die Zukunftserträge aufgrund der Unsicherheiten mit einem vorsichtig ermittelten konstanten Ertragsüberschuss anzusetzen. Grundlage der verkürzten Cash-Flow Darstellung sind genaue Plandaten und ist dieser Umstand auch im Gutachten angemerkt. Es ist daher verfehlt aus der verkürzten Ergebnisdarstellung des Unternehmensbewertungsgutachtens zu schließen, dieses sei die einzige Entscheidungsgrundlage für (fremde) Investoren gewesen. Dem Finanzamt wurde zu diesem Nachweis eine detaillierte Planrechnung vorgelegt.

Im diesem Gutachten wurde der Unternehmenswert nur nach der „Discounted Cash Flow-Methode (DCF) gerundet mit Euro 0 ermittelt, nicht gerundet hätte der Unternehmenswert € 6.367,88 betragen. Der Unternehmenswert wurde aber nicht nach der DCF-Methode, sondern mit dem gerundeten Substanzwert von € 5.000 angesetzt. Eine wesentliche Abweichung zwischen dem ungerundeten Unternehmenswert nach DCF und dem Substanzwert besteht somit nicht. Der Unternehmenswert wurde zum Zusammenschlussstichtag (10/2002) berechnet, als das Stammkapital der GmbH noch € 36.336 betragen hat und ein entsprechend hoher Fremdkapitalanteil berücksichtigt wurde. Zu diesem Bewertungszeitpunkt wurde noch keine operative Geschäftstätigkeit entfaltet und war das Unternehmen noch in der Investitionsphase (Betriebserrichtungsphase). Daher waren weder stille Reserven noch ein Firmenwert plausibel. Eine Beteiligung fremder Investoren an diesem Unternehmen noch in seiner Anfangsphase – auch mit einer atypisch stillen Einlage – ist trotz geringem Unternehmenswert durchaus nachvollziehbar und üblich, hängt doch die Investitionsentscheidung gerade am Betriebsbeginn von den individuellen Ertragserwartungen der einzelnen Investoren ab.

Der für Investoren wichtige Marktwert des Gesamtkapitals hat nach dieser Berechnung € 3,3 Mio. betragen, bei vorhandenen Schulden von 3,3 Mio. Da die Stammeinlage Ende 2002 auf € 800.000 erhöht wurde, war das Eigenkapital der GmbH zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses mit € 768.000 anzusetzen.

Es ist richtig, dass für den Erhalt der öffentlichen Förderungen für die Errichtung der Hotelanlage eine Eigenmittelzufuhr erforderlich war. Dies ist unseres Erachtens jedoch kein Indiz für das Vorliegen einer verdeckten Einlage. Es steht nämlich jedem Unternehmer grundsätzlich frei, in welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben wird und das Eigenkapital aufgebracht wird. Als Rechtsform für die weitere Kapitalaufbringung für die erforderlichen Investitionen wurde – wie in der Stellungnahme vom 26.9.2006 schon erläutert – aus zivilrechtlichen und nicht steuerlichen Überlegungen die Begründung einer GmbH&Still gewählt. Die gespaltene Einlage der GmbH-Gesellschafter als atypisch Stille hat die für die Förderung notwendige Eigenkapitalausstattung dann auch erfüllt. Es ist uns daher nicht nachvollziehbar, warum dies ein Indiz für verdeckte Einlagen in die GmbH sein soll. Dies umso

mehr als für Investitionen dieser Größenordnung eine Eigenkapitalzufuhr über GmbH&CoKG durchaus üblich sind.

Es wurde vor der Betriebseröffnung aufgrund zivilrechtlicher Überlegungen Kapital für Gründungs-, Erweiterungs- und Anlaufinvestitionen über die steuerrechtlich zulässige Rechtsform einer GmbH&Still aufgebracht. Diese Mitunternehmerschaft nicht anzuerkennen, würde einen Verstoß gegen das Prinzip der Maßgeblichkeit der Rechtsform darstellen.

Der Vollständigkeit halber halten wir noch fest, dass bei den gegenständlichen Zusammenschlüssen – entgegen den Behauptungen des Finanzamtes – keine Gesellschafteridentität gegeben war. Gesellschafter der P. war die K Beteiligungs-GmbH, die 25% des Stammkapitals hielt. Entgegen den Ausführungen im Prüfungsbericht unter Punkt 1.1. hielt die HWF diese Anteile nicht treuhändig, sondern auf eigene Rechnung. Als stille Gesellschafter sind jedoch die Gesellschafter der K-GmbH, das sind die K PSt, Ing. K, Mag. R, Dir. S und Dir. T, beteiligt. Auf Grund der mit den Beteiligungsverhältnissen in der K-GmbH verbundenen Entscheidungsfindung kann keinesfalls von Gesellschafteridentität ausgegangen werden.“

In einer Stellungnahme zu den Berufungen (Schriftsatz vom 3.3.2008 und undatiertes Ergänzungsschreiben der BP) wurde von der Prüferin sinngemäß folgender Sachverhalt – auf den sich ihre Beurteilung im Wesentlichen stützte - vorgebracht:

„Von Kreditinstituten und den Landesförderstellen wird für derartige Betriebsprojekte üblicherweise ein Eigenmittelanteil von rund 30% verlangt. Diesem Eigenkapitalerfordernis wurde einerseits durch eine im Dezember 2002 beschlossene Kapitalerhöhung auf € 800.000 und andererseits – zum weitaus größeren Teil – durch eine Kapitaleinlage der GmbH-Gesellschafter als gleichzeitig atypisch stille Gesellschafter (gesplittete Einlage im Verhältnis ihrer GmbH-Anteile) entsprochen. Die atypisch stillen Einlagen in die eigene GmbH betrug im Juli 2003 € 3,24 Mio., im Dezember 2003 weiter € 1,2 Mio. und im Jänner 2006 nochmals € 1 Mio. (gesamt € 5,4 Mio.). Die Bw. stellen nicht in Abrede und es ist durch die Ausführungen in den Verträgen (siehe z.B. Pkt. 2 vorletzter Absatz des Gesellschaftsvertrages vom 25.8.2003) auch bewiesen, dass die stillen Einlagen zur Eigenkapitalanhebung der GmbH notwendig waren, damit die Kapitalgesellschaft die benötigten öffentlichen Subventionen (lt. Zusammenschlussbilanz zum Mai 2003 € 2,225 Mio. und lt. Bilanz zum 31.12.2003 € 3,86 Mio.) erhielt. Damit steht fest, dass ohne die Eigenkapitalzufuhr von € 4,4 Mio. im Jahr 2003 – welche in Form einer atypisch stillen Einlage der GmbH-Gesellschafter geleistet wurde, die Kapitalgesellschaft ihren Betriebszweck, nämlich die Errichtung und das Betreiben eines Wellnesshotels mit einem Investitionsvolumen von rund 20 Mio., nicht hätte erreichen können. Auf Grund dieser Sachlage liegt nach Ansicht der Betriebsprüfung eine

---

gesellschaftsrechtlich motivierte Eigenkapitalzufuhr, also eine Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistung und keine Mitunternehmerschaft vor.

Von entscheidender Bedeutung ist ferner, dass das ursprünglich geplante Betriebskonzept in wesentlichen Bereichen nicht umgesetzt werden konnte. Dieser Umstand musste im Zeitpunkt der erstmaligen Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages über die Errichtung einer atypisch stillen Gesellschaft Ende Juli 2003 den Gesellschaftern in seiner wirtschaftlichen Tragweite eindeutig bekannt gewesen sein. An Stelle des als Marktlücke konzipierten Aparthotels wurde mit erheblich höheren Errichtungs- und Betriebskosten ein am Markt herkömmliches Thermenhotel mit Wellness- und Gesundheitsangeboten verwirklicht. Der Betriebsprüferin gegenüber erfolgten vom Geschäftsführer der P. die Aussagen, dass das Hotel deswegen nicht rentabel zu führen sei, weil die gesamte bauliche Anlage auf das ursprüngliche Konzept schon ausgerichtet war (z.B. Zimmer in Appartementgrößen, eingebaute Küchen usw.) und der teilweise Umbau wiederum zu erheblichen Kosten führte. Der, in den Rentabilitätsberechnungen vom Juni und September 2001 (die den Gesellschaftern im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vorlagen), kalkulierte wirtschaftliche Erfolg stellte noch auf das ursprüngliche Hotelkonzept ab. Die fehlgeschlagene Realisierbarkeit dieses Aparthotelkonzepts ist aber ein maßgeblicher Grund für die vorhandene massive Verlustsituation.

Diese Fakten waren im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, Ende Juli 2003, bereits ausreichend bekannt. Daher hätte ein gewinnorientierter, fremder Dritter nicht ohne Vorliegen einer aktuellen Rentabilitätsberechnung, welche die geänderte Betriebssituation realistisch berücksichtigt, sich als atypisch stiller Gesellschafter in einem Beteiligungsausmaß von gesamthaft betrachtet rund 85% (ab 2006 95%) am Unternehmen der GmbH beteiligt. Ein fremdüblicher Investor hätte eine sorgfältige Beurteilung aller schon im Juli 2003 vorliegenden Fakten vorgenommen und dabei das drohende hohe Verlustrisiko seiner Einlage erkannt. Er wäre daher mit einer Ertragsaussicht die Beteiligung in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht eingegangen. Aus diesen Gründen sind die gegenständlichen atypischen stillen Gesellschaften der GmbH-Gesellschafter steuerrechtlich als nicht fremdüblich einzustufen.

Der Betriebsprüfung wurde überdies bekannt, dass die Hauptgesellschafterin, die A-GmbH, ihre 40%-Beteiligung an der P. bereits im Kalenderjahr 2003 in voller Höhe auf Null abgeschrieben hat. Diese Teilwertabschreibung stützte sich auf eine vorgelegte Plan-Gewinn- und Verlustrechnung sowie eine strukturierte Gewinn- und Verlustrechnung zur P. und wurde nach einer abgabenbehördlichen Prüfung vom zuständigen Finanzamt als berechtigt anerkannt.

Für Zwecke des ersten Zusammenschlusses im Juli 2003 wurde folgendes – auszugsweise dargestelltes Verkehrswertgutachten (ohne Angabe eines Datums) erstellt:

„Die Bewertung erfolgt grundsätzlich nach dem prognoseorientierten Ertragswertverfahren, wonach sich der Unternehmenswert aus dem Barwert der nachhaltigen Zukunftserfolge ergibt.“

Bei der Ermittlung des nachhaltigen Zukunftserfolges sind wir von der vorgelegten Unternehmensplanung ausgegangen. Die Umsatz- und Aufwandsentwicklung ist in der Beilage I ersichtlich.

Die Investitionen wurden auf Basis der bereits abschätzbaren Anlagezugänge für 2003 in die Planung einbezogen. Ab 2006 wurde mit konstanten Unternehmensergebnissen gerechnet. Es wird ein Kapitalisierungszinssatz von 9% herangezogen (Wert für Nullkuponrenditen von 4% + Sicherheitszuschlag von 5%).

Die Ermittlung des Unternehmenswertes erfolgt nach dem Free Cash Flow Verfahren, bei dem von den Ein- und Auszahlungen, welche in Form von Zahlungsströmen unter Berücksichtigung der Investitionen dargestellt werden, ausgegangen. Der verbleibende freie Cash Flow soll objektiver Indikator für den Unternehmenswert sein. Diese Berechnung ist vollkommen finanziell neutral. Veränderung der flüssigen Mittel sowie Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten und Zinsauswendungen wie Zinserträge bleiben außer Ansatz. Vom Barwert der freien Cash Flows zum Bewertungsstichtag werden die Finanzierungsverbindlichkeiten abgezogen, der verbleibende Wert ist der Unternehmenswert.

Als Untergrenze für den Unternehmenswert ist jedoch der Substanzwert zu berücksichtigen. Das Unternehmen war zum 31.10.2002 noch nicht operativ tätig, sondern hat kurz davor das Grundstück zu einem fremdüblichen Preis erworben. Die Gebäudeinvestitionen wurden nach dem Baufortschritt aktiviert. Der Substanzwert entspricht daher dem buchmäßigen Eigenkapital.

#### Gutachten

Auf Basis der vorstehenden Überlegungen und der uns zur Verfügung gestellten Unterlagen haben wir für die X-GmbH einen Unternehmenswert nach der Discounted Cash Flow-Methode von TEUOR 0 berechnet. Als Untergrenze für den Unternehmenswert ist daher der Substanzwert in Höhe von TEURO 5 anzusetzen.“

#### Beilage I:

P.	2003	2004	2005	2006ff
Umsatzerlöse	1.500.000	3.000.000	3.500.000	4.000.000
Personalkosten	-525.000	-1.050.000	-1.225.000	-1.300.000
Abschreibungen	-950.000	-1.000.000	-1.000.000	-1.000.000
Wareneinsatz	-375.000	-750.000	-700.000	-720.000
übriger Betriebsaufwand	-500.000	-700.000	-750.000	-800.000
EBIT	-850.000	-500.000	-175.000	180.000
Steuern	-1.750	-1.750	-1.750	-45.000
NOPLAT	-851.750	-501.750	-176.750	135.000
+ Abschreibungen	950.000	1.000.000	1.000.000	1.000.000
.- Investitionen ins AV	-7.000.000	-60.000	-60.000	-120.000
Free Cash Flow	-6.901.750	438.250	763.250	1.015.000
Abzinsung mit 9 %	-6.239.794	363.502	580.998	8.581.862

Barwert TEURO	3.300
Schulden TEURO	-3.300
Unternehmenswert TEURO	0

Das Gutachten wurde als Nachweis herangezogen, dass keine stillen Reserven vorhanden sind und es daher durch den Zusammenschluss zu keiner Verschiebung der Steuerlasten kommt (Substanzwert = Buchwert des übertragenen Vermögens). Weites sollte mit den Gutachten das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes des übertragenen (lebenden) Betriebes, für die Anwendbarkeit des Art. IV UmgrStG bestätigt werden.

Die BP erblickt Widersprüche in der Argumentation der Bw., wenn sie einerseits erklären, berechtigte Gewinnerwartungen als stille Gesellschafter gehabt zu haben, weil Wirtschaftlichkeitsberechnungen vorgelegen sind, die Renditen von 7-9% prognostizierten, andererseits das Bewertungsgutachten einen Unternehmenswert von Null ausgewiesen hat. Dieser offene Widerspruch, wie bei einem gutachtlich ausgewiesenen Unternehmenswert von Null Renditen von 7-9% erwirtschaftet werden könnten, konnte nicht ausgeräumt werden.

Die am 28.9.2001 erstellten Wirtschaftlichkeitsberechnungen (mit Renditen von 7-9%) waren zum Zeitpunkt der Erstellung des Unternehmenswertgutachtens und somit auch zum Zeitpunkt der stillen Beteiligung bereits überholt. In dieser der BP vorgelegten Renditeberechnung stimmen weder der angesetzte Eröffnungszeitpunkt, noch die angenommenen Umsatz- und Cash-Flow-Zahlen mit dem später erstellen Unternehmenswertgutachten annähernd überein. Da im Gutachten schon aktuellere Werte angesetzt worden sind, hat dieses insofern eine höhere Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich. Bei einem Unternehmenswert von Null hätte sich an Ansicht der BP aber ein fremder Dritter nicht als atypisch Stiller an der GmbH beteiligt.“

Die in dem Gutachten und in den Prognoseberechnungen herangezogenen Betriebswerte werden auch aus den nachfolgenden Jahresabschlüsse 2003 bis 2005 dargestellt (auf TEuro gerundet), um die Realitätsnähe dieser Ansätze einschätzen zu können:

P.	2003	2004	2005	2006
Umsatzerlöse	1.119.000	2.739.000	3.764.000	3.207.000
Personalkosten	-986.000	-1.486.000	-1.582.000	-1.502.000
Abschreibungen	-1.214.000	-1.386.000	-1.332.000	-1.339.000
Wareneinsatz	-422.000	-828.000	-998.000	-861.000
übriger Betriebsaufwand	-1.074.000	-979.000	-1.044.000	-928.000
Zinsenaufwand	327.000	418.000	419.000	454.000
Gesamtaufwand	4.023.000	5.097.000	5.375.000	9.592.000
Gesamterträge	2.578.000	3.214.000	4.018.000	4.544.000

---

Von der steuerlichen Vertretung der Bw. (K PSt, Ing. K, Mag. R, Dir. S, Dir. T sowie der P.), wurde mit Schriftsatz vom Oktober 2011 folgende ergänzende Gegenäußerung zu den Stellungnahmen der BP abgegeben:

„Das Hotelgebäude wurde in den Jahren 2002 und 2003 errichtet. Die Eröffnung erfolgte im Juni 2003. Es lag somit im Zeitpunkt des Abschlusses des stillen Gesellschaftsvertrages Ende Juli 2003 sehr wohl eine operative Tätigkeit der Gesellschaft vor.“

Zur Eigenmittelausstattung der Gesellschaft wird angemerkt, dass es entsprechend der ständigen Rechtsprechung jedem Unternehmer grundsätzlich freisteht, in welcher Rechtsform das Unternehmen betrieben und das Eigenkapital aufgebracht wird. Als Rechtsform für das gesamte Investment wurde bereits vor Beginn der Tätigkeit aus zivilrechtlichen und nicht aus steuerrechtlichen Überlegungen die Rechtsform einer atypisch stillen Gesellschaft gewählt. Die konkret vereinbarte atypisch stille Gesellschaft hat dann die für die Förderungen notwendige Eigenkapitalausstattung erfüllt. Die GmbH wurde mit einem Stammkapital von € 800.000 ausgestattet. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die darüber hinaus der GmbH von ihren Gesellschaftern in Form von stillen Einlagen zugeführten Mittel nicht als notwendiges Kapital der GmbH anzusehen sind und somit keinen Eigenkapitalersatz darstellen. Als Argument führen wir an, dass selbst unter Berücksichtigung des operativen Anlaufverlustes des Jahres 2003 die P. ohne Berücksichtigung der stillen Einlagen über ein wirtschaftliches Eigenkapital von TEuro 4.546 verfügte. Dieses wirtschaftliche Eigenkapital setzt sich aus dem Eigenkapital der GmbH, den unversteuerten Rücklagen und den Investitionssubventionen zusammen. Danach ergibt sich ohne die stillen Einlagen eine Eigenkapitalquote von 22%.

Aus der Tatsache, dass eine bestimmte Kapitalausstattung für die Erlangung der Förderungen und Kreditfinanzierungen geboten ist, kann nicht abgeleitet werden, dass diese Kapitalausstattung durch Stammkapital der GmbH erfolgen muss. Dies auch deshalb, weil nach den Finanzierungsanforderungen auch Gesellschafterdarlehen – die üblicherweise steuerlich anzuerkennen wären – von ihrem wirtschaftlichen Gehalt als quasi Eigenkapital beurteilt werden.

Der Einwand, das Hotelprojekt hätte ohne eine Eigenkapitalzufuhr in die GmbH – im Wege der stillen Einlagen – nicht realisiert werden können, ist untauglich. Es wurde im vorliegenden Fall eine Aufteilung der Finanzierung (*Anmerkung: rd. 20 Mio.*) auf Eigenkapital der GmbH, stillen Einlagen und Fremdkapital vorgenommen. Diese Aufteilung entspricht durchaus üblichen Relationen. Insgesamt wurde damit ein Eigenmittelanteil von 40% erreicht.

Zum Zeitpunkt der Zuführung des stillen Eigenkapitals lagen keine Gründe vor, den atypisch stillen Gesellschaften mit der P. die Anerkennung als Mitunternehmerschaft zu versagen.

Die Beurteilung der Teilwertabschreibung auf Ebene eines Gesellschafters ist für die gegenständliche Berufung unerheblich. Es wird davon ausgegangen, dass die A-GmbH zum 31.12.2003 bilanziert hat und somit ist bei der Teilwertabschreibung von einem Wissensstand des Jahres 2004 auszugehen. Aus diesem Ereignis kann keine Aussage für die maßgebende Sachlage im Zusammenschlusszeitpunkt gewonnen werden. Es ist unwidersprochen, dass der Hotelbetrieb nach Eröffnung nicht den Erwartungen der Gesellschafter entsprach. Dieser Umstand kann aber nicht herangezogen werden, um den stillen Gesellschaften die steuerrechtliche Anerkennung zu versagen, weil eine ex-post-Betrachtung unzulässig ist und die Beurteilung der Mitunternehmerschaft zum Zusammenschlussstichtag (31.10.2002) zu erfolgen hat.

Es entspricht den Grundprinzipien der Unternehmensbewertung, dass eine Gesellschaft, die zum Bewertungsstichtag noch über keinen Geschäftsbetrieb verfügt und die auch noch nicht die notwendigen finanziellen Mittel zum Aufbau des geplanten Betriebes hat, nur zum Substanzwert ohne Berücksichtigung von Zukunftserträgen bewertet werden kann. Zu dem nach der DCF-Methode (*Anmerkung: Damit wurde der nachhaltige Zukunftserfolg ermittelt.*) berechneten Unternehmenswert erlauben wir uns festzuhalten, dass dieser gerundet TEuro 0 ergäbe, nicht gerundet aber Euro 6.367,88. Der Unternehmenswert wurde aber nicht nach dieser Methode festgestellt, sondern der Substanzwert mit TEuro 5 angesetzt.

Es ist richtig, dass die Bewertungen im Gutachten zeitlich näher dem Zusammenschlussstichtag sind, als die ursprüngliche Renditeberechnung, das Gutachten wurde jedoch zu einem anderen Zweck als zur Investitionsentscheidung der stillen Gesellschafter erstellt. Hierin liegt eben die Fehlinterpretation der BP.

Eine zum bzw. vor dem Zusammenschlussstichtag erstellte – auf Eröffnung 2003 basierende – Planungsrechnung der Gesellschaft, wurde im Zuge der Außenprüfung ebenfalls vorgelegt, blieb aber ohne Würdigung und wird der Stellungnahme beigelegt.

Weiters fehlt eine Auseinandersetzung mit der von uns widerlegten Identität der Beteiligungsverhältnisse, die von der BP unrichtiger Weise angenommen wurde und ein zentrales Element für die steuerliche Beurteilung darstellt.

Die mit der Replik der Bw. vorgelegte Plan-Gewinn- und Verlustrechnung 2003 bis 2006 der B. GmbH zeigt folgende Prognose (von ATS in Euro umgerechnet und auf TEuro gerundet):

	2003	2004	2005	2006
Umsatzerlöse	1.604.000	-2.891.000	-2.977.000	-3.067.000

Personalkosten	-649.000	-1.031.000	-1.051.000	-1.072.000
Abschreibungen	-703.000	-703.000	-703.000	-703.000
Wareneinsatz	-70.000	-167.510	-173.000	-178.000
übriger Betriebsaufwand	-459.000	-473.000	-483.000	-495.000
Zinsenaufwand	nicht erfasst	nicht erfasst	nicht erfasst	nicht erfasst
Betriebserfolg	-310.000	516.000	558.000	596.000

Mit Schreiben vom 23.10.2012 ergänzte ein steuerlicher Vertreter (Mag. R WP u. StB-GmbH) die Berufung mit dem Hinweis auf aktuelle Rechtsprechung zum Streitgegenstand des Vorliegens einer steuerrechtlichen Mitunternehmerschaft. Den Entscheidungen des UFS 24.11.2009, RV/0341-G/08 und 14.11.2007, RV/0004-K/05 sowie dem Erkenntnis des VwGH 18.10.1989, 88/13/0180 zum Vorliegen von verdecktem Eigenkapital und zu fremdüblichen Rechtsbeziehungen bei GmbH&Still könne entnommen werden, dass der Sachverhalt im gegenständlich Fall anders liege und allen – schon ausführlich dargelegten – Kriterien für die Anerkennung der Mitunternehmerschaft P. & Still voll entspräche.

Hier seien vor allem die ursprünglichen Planungsrechnungen anlässlich der Investitionsentscheidungen, eine adäquate vertragliche Gestaltung, die Einlagenwertfeststellung durch fremde Dritte und die Risikoabgeltung der Stillen durch eine entsprechende Gewinnverteilung zu nennen. Zur Frage des verdeckten Eigenkapitals werde nochmals darauf hingewiesen, dass (einschließlich Rücklagen und Förderungen) die GmbH eine rund 22%ige Eigenmittelquote aufgewiesen habe. Auf Basis des Jahresabschlusses zum 31.12.2002 ergebe sich nach URG (ohne Berücksichtigung der Investitionszuschüsse als Eigenmittel) eine Eigenkapitalquote von 8,4%, sodass kein weiterer Kapitalbedarf an die GmbH geboten gewesen sei. Im Sinne der Rechtsprechung des VwGH seien von der Abgabenbehörde keine besonderen Umstände bewiesen worden, wonach an Stelle der stillen Einlagen Gesellschafterzuschüsse das wirtschaftlich Gebotene gewesen wäre.

Im weiteren Verlauf wurden vom Finanzamt auch für die Jahre 2009 und 2010 Nichtfeststellungsbescheid erlassen und wurde dagegen ebenfalls Berufung erhoben. Diese Rechtsmittel wurden erst kürzlich dem UFS vorgelegt und werden in einem nachfolgenden Verfahren behandelt.

Im Jänner 2010 wurde mit der H- Bank ein Schuld nachlass von rd. € 5,6 Mio. vereinbart. Davon wurde im Rahmen der Mitunternehmerschaft für € 4,13 Mio. die Steuerbegünstigung gemäß § 36 EStG erklärt. Auf Grundlage eines neuen Betriebskonzepts erfolgten weitere Investitionen für einen größeren Umbau der Hotelanlage. Das 4-Sterne Hotel wurde auf die Zielgruppe „Menschen mit körperlicher Beeinträchtigung“ ausgerichtet und zum Betrieb an die Ü. GmbH verpachtet. Im gleichen Jahr traten die Gesellschafter, A-GmbH und O, ihre Anteile

---

an der P. an die übrigen Mitgesellschafter ab. Die Ü. GmbH musste im 1. Quartal 2012 die Insolvenz anmelden und der Hotelbetrieb wurde daraufhin vorläufig eingestellt.

In der am 31. Oktober 2012 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde von den anwesenden bzw. vertretenen Bw. ergänzend Folgendes ausgeführt:

“Die Gesellschafter wurden in das Hotelkonzept stark eingebunden. Es fanden dazu mehrere Arbeitsgespräche und Gesellschafterbesprechungen statt. Das Vorbildmodell für den Hotelbetrieb war „KK“, wo eine ähnliche Anlage in Betriebskooperation mit der Therme sehr erfolgreich besteht. Ein vergleichbarer Erfolg wurde von Beginn an auch mit dem Hotel in Q angestrebt. Dieses Ziel wurde dann aus mehreren Gründen, die zum größten Teil aber erst nach der Betriebseröffnung eingetreten sind, nicht erreicht. Wesentliche Teile des ursprünglichen Aparthotelkonzeptes wurden trotz der eingetretenen Änderungen umgesetzt. Die ursprünglichen Wirtschaftlichkeitsberechnungen aus dem Jahr 2001 haben daher ihre Stichhaltigkeit nicht verloren. Damals wurde auf die Zielgruppen „Familien und Gruppen“ gesetzt und da waren die Apartments nicht zu groß. Erst als sich herausstellte, dass keine ausreichende Auslastung erzielt werden konnte, bestand Veranlassung auch auf den „normalen Hotelgast“ überzugehen. Dazu kam die starke Konkurrenz des ZZ-Hotelkonzerns in Q mit Billigangeboten, wo wir mit unserer betriebsaufwändigeren Hotelanlage nicht mehr rentabel mithalten konnten.

Es war von Anfang an geplant die Finanzierung des Betriebsvorhabens in der Rechtsform GmbH&Still durchzuführen. Dass sich jemand nicht allein als Stiller beteiligen konnte, spreche aber noch nicht gegen eine fremdübliche Rechtsgestaltung. Die stillen Gesellschafter hatten sehr wohl eine Ertragserwartung, sonst hätten sie sich nicht beteiligt. Der Unternehmer N sein beispielsweise Privatinvestor gewesen, der in keiner Geschäftsverbindung mit der K-Gruppe gestanden habe und er habe daher die Stellung eines fremden Dritten.

N erklärte von seinem Steuerberater die Beteiligung vorgestellt bekommen zu haben. Er habe mit dem eingesetzten Kapital eine Rendite erwartet und sei nicht von Verlustzuweisungen ausgegangen.

Einige der Stillen hätten bei Gewinnen im Rahmen der Mitunternehmerschaft zwar eine höhere Ertragssteuerbelastung, dafür aber einen Auszahlungsanspruch auf ihren Gewinnanteil. Bei Gewinnen im Rahmen der GmbH hätte es aber für die Ausschüttung ihres Gewinnanteiles eines Mehrheitsbeschlusses bedurft, was für die kleinen Gesellschafter mit Unsicherheit verbunden sei.

Nach Auffassung der Bw. würde sich aus dem Eigenkapitalersatzrecht ergeben, dass eine 8%ige Eigenkapitalquote ausreichend gewesen sei. Im Juli 2003 habe eine

Eigenkapitalausstattung von 22% bestanden, die sich aus dem Stammkapital und den Förderungen zusammensetze. Die Förderzusage sei bereits bei Baubeginn vorgelegen und entgegen dem Vorbringen des FA sei die Förderung nicht an eine bestimmte Eigenkapitalausstattung gebunden gewesen. Theoretisch wäre trotz Förderung auch eine komplette Fremdfinanzierung durch die Banken möglich gewesen, allerdings wäre auf Grund der hierfür risikobedingten hohen Bankzinsen ein wirtschaftlicher Betrieb nicht möglich gewesen. Durch die Finanzierung über stille Einlagen und die Rangrücktrittsklausel – die die Bank als Hauptgläubiger haben wollte – konnten günstigere Kreditzinsen ausgehandelt werden. Ohne Vorliegen eines entsprechend wirtschaftlichen Konzeptes, wäre die Förderung sicherlich nicht erfolgt.

Die weiteren Einlagen der Stillen erfolgten nach Fälligkeit der Errichtungskosten entsprechend dem Mittelbedarf. Personenidentität zwischen GmbH-Gesellschafter und stiller Gesellschafter ist bei der K-Gruppe bis Anfang 2006 nur bei einem „Durchgriff“ gegeben. Die Gesellschafter der K-GmbH sind nur mittelbare Gesellschafter der P..

Die Rechtsprechung, dass für die Beurteilung der Fremdüblichkeit und des Vorliegens von verdecktem Eigenkapital der Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages maßgeblich ist, erachten wir als problematisch, weil dies den realen Gegebenheiten bei Investitionsprojekten nicht entspricht. Die Form der Investitionsentscheidung wird auf faktischer Ebene nämlich schon viel früher von den Investoren getroffen.

Durch die stillen Einlagen hat sich die Finanzierung für den Geschäftsinhaber um 1% verbilligt. Diese Form der Finanzierung war für den Geschäftsinhaber rentabel. Auf Grund des Risikos des Einlagenverlustes der Stillen war es angemessen, diese zusätzlich zur Verzinsung ihrer Einlage auch am Ergebnis und Vermögen des Betriebes zu beteiligen. Eine derartige Kombination von Einlagenverzinsung und Unternehmensbeteiligung sei eine übliche Konstellation bei Finanzierungsmodellen.“

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

In Streit steht die Rechtsfrage, ob durch die konkret errichtete GmbH&Still der Gesellschafter der P. eine steuerrechtlich anzuerkennende Mitunternehmerschaft im Sinne des § 23 Z. 2 EStG 1988 entstanden ist oder dieses Rechtsgeschäft nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht und causa societatis vereinbart wurde. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass bis Jänner 2006 auf Grund eines Treuhandvertrages zwischen der K-GmbH und ihren Gesellschaftern bezüglich der P. &Still nur eine mittelbare Gesellschafteridentität bestand.

---

Die vorstehenden Sachverhaltsausführungen liegen der rechtlichen Beurteilung zu Grunde. Soweit hierin strittige Sachverhaltsmerkmale von entscheidungserheblicher Bedeutung enthalten sind, wird im folgenden Erwägungsteil ausgeführt, aus welchen Überlegungen der UFS welche konkreten Tatsachen als erwiesen angenommen hat.

## 1. Verfahrensrechtliche Beurteilung

Die angefochtenen Feststellungsbescheide vom 15.4.2010, mit denen festgestellt wurde, dass im Falle der P. & Still keine Mitunternehmerschaft vorliegt und deshalb eine Feststellung der Einkünfte gemäß § 188 BAO zu unterbleiben hat, sind rechtswirksam geworden. Es erfolgte eine einheitliche Feststellung gegenüber der P. als Geschäftsherrn und den stillen Gesellschaftern. Diese Feststellungsbescheide sind rechtsrichtig an alle namentlich genannten Gesellschafter als Bescheidadressat gerichtet und diesen jeweils gültig zugestellt worden.

Gegen diese Bescheide wurden form- und fristgerecht Berufungen erhoben. In den meisten Fällen wurde den Bw. die Berufungsfrist gemäß § 245 Abs. 3 BAO verlängert. Die Vollmachten der einschreitenden Vertreter wurden nachgewiesen.

Gemäß § 289 Abs. 2 BAO hat der UFS immer in der Sache selbst zu entscheiden. Er ist berechtigt, sowohl im Spruch als auch hinsichtlich der Begründung seine Anschauung an die Stelle jener des Finanzamtes zu setzen und demgemäß den angefochtenen Bescheid nach jeder Richtung abzuändern, aufzuheben oder die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Die Bw. beantragen, die angefochtenen Nichtfestsetzungsbescheide ersatzlos aufzuheben und an deren Stelle erklärungsgemäße Gewinnfeststellungsbescheide gemäß § 188 BAO zu erlassen. Damit stellt sich - im Falle einer Stattgabe des ersten Antrages - auch die Frage, ob die Änderungsbefugnis des UFS, die durch die Sache des angefochtenen Bescheides begrenzt ist, diesen weiteren Antrag überhaupt noch umfasst.

Nach überwiegender Meinung liegt es nicht mehr innerhalb des Prozessgegenstandes und ist es daher unzulässig, einen Nichtfestsetzungsbescheid sogleich durch den beantragten Festsetzungsbescheid zu ersetzen, weil damit erstmalig die Zurechnung von Einkünften in der Berufungsentscheidung durchgeführt wird (Ritz, BAO, § 289 Tz. 37 und 38).

Im Falle einer Stattgabe, wäre somit nur dem Antrag auf ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Bescheide Folge zu geben gewesen und der über die sachliche Zuständigkeit hinausgehende zweite Antrag auf Erlassung von Feststellungsbescheiden gem. § 188 BAO als unzulässig zurückzuweisen gewesen.

## 2. Materiell-rechtliche Beurteilung

---

## 2.1. Verdecktes Eigenkapital

### a) Zivilrechtliche Kriterien

Nach § 10 Eigenkapitalersatz-Gesetz wird eine Einlage als stiller Gesellschafter in eine Kapitalgesellschaft einem eigenkapitalersetzen Kredit gleich gehalten, wenn der stille Gesellschafter

- mit zumindest 25% schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist und ihm zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen oder
- einen beherrschenden Einfluss ausübt.

Alle Gesellschafter der P. (die Gesellschafter der K-GmbH bis Anfang 2006 mittelbar) sind im selben Verhältnis zu ihrer Stammeinlage zunächst 2003 mit rd. 85% und ab 2006 mit rd. 95% schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt und hatten auf Grund ihrer gleichzeitigen Stellung als GmbH-Gesellschafter die zumindest einem Kommanditisten vergleichbaren Mitbestimmungsrechte.

Jeder GmbH-Gesellschafter der P. ist – aufeinander abgestimmt - an seinem GmbH-Anteil zu 85% und ab 2006 zu 95% schuldrechtlich als stiller Gesellschafter beteiligt, sodass eine gesamthafte Beurteilung des Beteiligungsausmaßes und -einflusses zu erfolgen hat. Der Tatbestand des § 10 Abs. 2 1. Fall EKEG wird daher erfüllt. Da die stillen Gesellschafter zugleich auch GmbH-Gesellschafter sind, bzw. ein mittelbares Beteiligungsverhältnis besteht, üben sie auch einen beherrschenden Einfluss auf den Geschäftsinhaber aus, weil sie an Gesellschafterbeschlüssen, unter anderem für Organbestellungen, entscheidend mitwirken, weshalb zudem auch der 2. Anwendungsfall des § 10 Abs. 2 EKEG erfüllt ist (Hochedlinger/Fuchs, Stille Gesellschaft [2007], Rz. 1/280f).

Grundsätzlich ist der stille Gesellschafter im Insolvenzverfahren des Geschäftsinhabers einfacher Konkursgläubiger und kann als solcher gem. § 187 Abs. 1 UGB einen schuldrechtlichen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben geltend machen. Auch das ist dem Stillen jedoch verwehrt, wenn die Einlage als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist oder eine entsprechende vertragliche Abrede (Rangrücktrittsvereinbarung) getroffen wurde.

Bei den stillen Gesellschaftern der P. liegt sowohl eine eigenkapitalersetzende Einlage kraft Gesetzes als zusätzlich auch eine entsprechende vertragliche Regelung vor.

Punkt 13. Absatz 4 und 5 des Gesellschaftsvertrages vom 25.7.2003 lautet:

„Die stillen Gesellschafter erklären, so lange auf ihre Forderungen nach diesem Vertrag zu verzichten, bis die Forderungen aller übrigen Gläubiger, denen nicht Eigenkapitalcharakter zukommt, befriedigt sind.“

Im Falle des Konkurses der P. sind die stillen Gesellschafter nicht berechtigt, mit ihren Forderungen aus diesem Vertrag als Konkursgläubiger am Konkurs teilzunehmen und dadurch Befriedigungsansprüche der Konkursgläubiger zu schmälern. Die Forderungen der stillen Gesellschafter sind gleichrangig mit den übrigen Eigenkapitalgebern zu behandeln.“

Daraus folgt, dass zivilrechtlich die stillen Einlagen wie Eigenkapital der Kapitalgesellschaft zu qualifizieren sind und die stillen Gesellschafter durch den gewählten Umweg ihrer Kapitalzufuhr in die GmbH gegenüber den Gesellschaftsgläubigern keine andere Stellung haben wie als GmbH-Gesellschafter.

#### b) steuerrechtliche Kriterien

In ständiger Rechtsprechung vertritt der VwGH die Auffassung, dass der Steuerpflichtige in der Wahl der Mittel, mit denen er seinen Betrieb führen will, grundsätzlich nicht beschränkt ist, er bei der Auswahl seiner Finanzierungsmöglichkeiten nicht bevormundet werden darf, es ihm also grundsätzlich freisteht, seinen Betrieb mit Eigenmitteln oder mit Fremdkapital auszustatten. Nur unter besonderen Umständen, die dafür sprechen, dass die Ausstattung mit Fremdkapital objektiv den wirtschaftlichen Erfolg hat, Eigenkapital zu ersetzen und daher eine Kapitalzuführung das wirtschaftlich Gebotene gewesen wäre, kann eine Fremdmittelzuführung als verdecktes Eigenkapital angesehen werden. An die den Abgabenbehörden obliegende Beweisführung, dass im konkreten Fall besondere Umstände der angegebenen Art vorliegen, sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Beurteilung, ob derartige besondere Umstände vorliegen oder nicht, ist auf den Zeitpunkt der Mittelzuführung abzustellen (VwGH, 18.10.1989, 88/13/0180, ebenso VwGH 19.3.1986, 83/13/0109).

Bei der Prüfung der Fremdüblichkeit der stillen Gesellschaft ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Verpflichtung zur Leistung der Einlage entsteht. Das ist der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages.

Erst mit einem wirksamen Gesellschaftsvertrag erfolgt die Einzahlung der Geldmittel der Gesellschafter an ihre Gesellschaft aus dem Rechtsgrund einer stillen Gesellschaft. Es ist auch nicht fremdüblich, dass erhebliche Zeit vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages der stille Gesellschafter seine Einlage im Voraus leistet.

Der erste Gesellschaftsvertrag über die Errichtung stiller Gesellschaften wurde am 25.7.2003, der zweite Gesellschaftsvertrag über eine Einlagenerhöhung am 16.12.2003 und der dritte Gesellschaftsvertrag über eine weitere Einlagenerhöhung am 17.1.2006 von allen GmbH-Gesellschaftern unterzeichnet.

Der Umstand, dass die Gesellschafter schon zu Beginn oder zu einem früheren Zeitpunkt des Hotelprojektes die erkennbare Absicht hatten, einen wesentlichen Teil der hierfür benötigten

---

Mittel nicht als Gesellschafterzuschüsse, sondern als stille Gesellschafter aufzubringen, ändert nichts an dem steuerrechtlich relevanten Beurteilungszeitpunkt. Bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des stillen Gesellschaftsvertrages, wäre es den Gesellschaftern nämlich frei gestanden, eine andere Form der Mittelaufbringung für ihre Gesellschaft zu wählen.

Nach der Zusammenschlussbilanz vom 31.5.2003, hatte die P. ein Nennkapital von € 800.000 und unter Berücksichtigung der bisher entstandenen Verluste ein Eigenkapital von € 545.841. Für die Verwirklichung des Unternehmenszwecks der Kapitalgesellschaft, nämlich das Errichten und Betreiben des geplanten Wellnesshotels, betrug das Investitionsvolumen rund € 20 Mio. In der Zwischenbilanz zum Mai 2003 ist die in Bau befindliche Hotelanlage mit € 15.246.288 und in der Schlussbilanz 2003 ist ein aktiviertes Anlagevermögen von € 19,8 Mio. ausgewiesen.

Die Differenz zwischen dem vorhandenen Eigenkapital der GmbH und dem zur Erreichung des Unternehmenszweckes erforderlichen Investitionsvolumen zeigt etwa die Größenordnung des Kapitalbedarfes der P. im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt Juli 2003.

Wie die Bw. zutreffend ausführen, wäre es zwar theoretisch möglich gewesen, diese Finanzierungslücke statt mit Eigenkapitalcharakter ausgestatteten Einlagen mit Krediten zu schließen. Diese Möglichkeit war aber aus praktischen Gründen nicht durchführbar. Es wäre auf Grund der hohen Zinsbelastungen (die schlechte Eigenkapitalausstattung hätte zudem deutlich schlechtere Kreditkonditionen zur Folge gehabt) eine wirtschaftlich aussichtsreiche Betriebsführung ausgeschlossen gewesen.

Der Nachweis der Ausfinanzierung des Betriebsprojektes in einer Weise, dass dies erfolgreich bestehen kann, ist aber Voraussetzung für den Erhalt der Förderungen.

Bei dieser Ausgangslage liegt es für den UFS klar auf der Hand, dass der gesellschaftsvertraglich vorgesehene Unternehmenszweck mit der Ende Juli 2003 vorhandenen Eigenkapitalausstattung der P. unmöglich zu erreichen war. Für die Auszahlung der Förderungen im Jahr 2003 von € 3,86 Mio. war der Nachweis der Ausfinanzierung des Hotelprojektes in einer betriebswirtschaftlich vertretbaren Weise erforderlich. Auch für die Erlangung angemessener Kreditkonditionen (die Kreditverbindlichkeiten betrugen in der Schlussbilanz 2003 € 12,4 Mio.) war eine höhere Eigenkapitalausstattung als die vorhandene Stammeinlage erforderlich.

Die Direktförderung hat im maßgebenden Beurteilungszeitpunkt noch keinen Eigenkapitalcharakter gehabt. Sie wurde unter nur Bedingungen (insb. einer Betriebsführungspflicht) geleistet und hätte bei nachträglichem Wegfall der Fördervoraussetzungen innerhalb des Verpflichtungszeitraumes (z.B. bei Eintritt der

Insolvenz), u.U. zuzüglich einer Verzinsung, wieder zurückbezahlt werden müssen. Zudem waren die Einlagen der Stillen insoweit erst die Voraussetzung für den Erhalt der Förderungen, als die Verpflichtung des Nachweises einer betriebswirtschaftlich erfüllbaren Projektfinanzierung bestand.

In dem Gesellschaftsvertrag über die stillen Gesellschaften wurde – über die bestehende gesetzliche Regelung hinaus – eine vertragliche Rangrücktrittsvereinbarung getroffen und damit haftungsrechtlich der Eigenkapitalcharakter der stillen Einlage zweifelsfrei hergestellt. Damit haben die Gesellschafter ihre Einlage durch ausdrückliche Erklärung mit Eigenkapitalcharakter ausgestattet und dies ist auch für die steuerrechtliche Beurteilung bedeutend.

Unter den vorliegenden gesamten Umständen aber ist es nicht entscheidend, dass Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich Dispositionsfreiheit gegeben ist, das notwendige Kapital durch Erhöhung des gesellschaftsvertraglich gebundenen Eigenkapitals oder auf einem anderen Weg zu beschaffen; denn im gegenständlichen Fall ist auf Grund der aufgezeigten Sachlage eindeutig erwiesen, dass die GmbH-Gesellschafter auf dem bloßen Umweg einer Einlage in eine gegründete unechte stille Gesellschaft in Wahrheit das für die Erfüllung des vorgesehenen Unternehmenszweckes in wirtschaftlicher Sicht unbedingt erforderliche Eigenkapital der GmbH zur Verfügung stellten. Die durch vertragliche Regelung mit Eigenkapitalcharakter ausgestatteten Einlagen in die unechten stillen Gesellschaften waren Voraussetzung um weiteres Kapital – einerseits leistbare Kredite und andererseits die Direktsubventionen für ein betriebswirtschaftlich realisierbares Hotelprojekt – zu erhalten.

Die vereinbarte Form der Einlagen hatte daher objektiv nur den wirtschaftlichen Zweck, Eigenkapital der P. zu ersetzen und trat somit an die Stelle einer wirtschaftlich gebotenen Kapitalzuführung als Gesellschafterzuschüsse.

Dass in der praktischen Umsetzung des Vorhabens die Finanzierungsentscheidungen schon vor dem Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages getroffen wurden und zudem die Zinsbelastung für die Kredite auch mit den erhaltenen Subventionen in einem Zusammenhang stand, ändert nichts an der steuerrechtlichen Beurteilung des Vorliegens einer verdeckten Einlage in die Körperschaft.

Die Treuhandvereinbarung zwischen der K-GmbH und ihren Gesellschaftern bedeutet lediglich, dass es sich bei ihren Kapitalzuführungen um mittelbare Kapitaleinlagen handelte (Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 8 Tz 29ff und 251ff).

---

Die Auffassung der Bw, dass die Sanierungsbedürftigkeit oder Überschuldung der Körperschaft Tatbestandsvoraussetzung für eine verdeckte Einlage sei, ist in dieser Allgemeingültigkeit nicht zutreffend (Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 8 Tz 54).

Die essentiellen Tatbestandsmerkmale der verdeckten Einlage wurden durch Zuwendung von Vermögensvorteilen im Wege der Rechtsgestaltung einer GmbH&Still an die Körperschaft durch ihre Anteilsinhaber oder gleichzuhaltende nahestehende Personen, welche durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind, eindeutig erfüllt.

Weil – wie nachstehend noch näher ausgeführt wird – die konkrete Rechtsgestaltung der GmbH&Still einem Fremdvergleich nicht standhält und klar erkennbar ist, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (25.7.2003) die Eigenkapitalausstattung der Körperschaft nicht ausreichend war, um ihren Unternehmenszweck zu erreichen, bildete die Mittelzufuhr über den Umweg der atypisch stillen Beteiligung verdecktes Eigenkapital der Gesellschafter (Hochedlinger/Fuchs, Stille Gesellschaft [2007], Rz. 2/169). Diese zwingende rechtliche Beurteilung von Gesellschaftseinlagen kann durch die Erklärung allein, der Gesellschaft die erforderlichen Mittel nicht in der Eigenschaft als Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, sondern in der Eigenschaft als unechter stiller Gesellschafter (Mitunternehmer) zuführen zu wollen, keine Änderung erfahren.

Es ist mit größter Bestimmtheit erwiesen, dass auf Grund der aufgezeigten Finanzierungslücke ohne die verdeckten Einlagen als stille Gesellschafter die vollständige Finanzierung des Hotelprojektes von außen nicht möglich gewesen wäre. Eine echte Fremdfinanzierung an Stelle der mit Eigenkapitalcharakter ausgestatteten stillen Einlagen war keine betriebswirtschaftlich gangbare Option zur Verwirklichung des Hotelprojektes und ist auch in keinen der Investitionskalkülen enthalten gewesen.

Für das Vorliegen von verdecktem Eigenkapital spricht zudem, dass die Einlagen aller Gesellschafter immer in proportionaler Relation zu ihrer Kapitalbeteiligung erfolgt sind (VwGH, 4.3.1983, 81/17/0102).

Die von den Bw. vorgebrachten Einwendungen erwiesen sich im Lichte der stRsp des VwGH daher als unberechtigt.

## 2.2. Erfüllung der „Nahen-Angehörigen-Kriterien“

Die Wertung von Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaften und ihren (unmittelbaren oder mittelbaren) Anteilsinhabern als betriebliche Vorgänge setzt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa die Erkenntnisse vom 21. Oktober 2004, 2000/13/0179, vom 14. Dezember 2006, 2006/14/0025, und vom 17. April 2008,

---

2005/15/0073) voraus, dass die Leistungsbeziehung unter auch gegenüber gesellschaftsfremden Personen üblichen Bedingungen erfolgen. Andernfalls liegen Ausschüttungs- bzw. Einlage-Vorgänge vor, auch wenn die Vorgänge in zivilrechtliche Geschäfte gekleidet werden.

Verträge zwischen Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern finden nur dann steuerliche Anerkennung, wenn sie nach außen ausreichend zum Ausdruck kommen, einen klaren und eindeutigen Inhalt haben und auch zwischen Fremden unter den gleichen Bedingungen abgeschlossen worden wären.

Die Vermögenszuwendung des Gesellschafters einer GmbH an diese ist dahin zu untersuchen, ob die Zuwendung nach ihrem inneren Gehalt - ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Ausgestaltung - ihre Ursache in einer fremdüblichen schuldrechtlichen Beziehung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder im Gesellschaftsverhältnis hat. Die Veranlassung durch eine schuldrechtliche Beziehung darf nur angenommen werden, wenn feststeht, dass auch mit einem fremden Dritter unter den gleichen Bedingungen die stille Beteiligung zu Stande gekommen wäre; andernfalls ist die Leistung - ungeachtet einer allfälligen Bezeichnung als Darlehen oder stille Beteiligung - als verdeckte Einlage anzusehen (VwGH 10.7.1996, 94/15/0114; 25.06.1997, 94/15/0118; 18.12.2008, 2006/15/0208).

Von den Bw. wird bestätigt, dass das ursprüngliche Betriebskonzept (Aparthotel mit der Therme Q als Hotelbetreiber) mit betriebswirtschaftlich wesentlichen Auswirkungen nicht verwirklicht werden konnte und daher ein abweichender Unternehmensplan (Umstrukturierung zum klassischen Thermal- und Wellnesshotel mit Betriebsführung durch die eigene Gesellschaft) realisiert wurde. Diese Umstände und ihre Konsequenzen mussten den Gesellschaftern im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages Ende Juli 2003 mit Sicherheit bekannt gewesen sein.

Die A-GmbH, die 40% der Anteile an der P. hielt, hat bereits für das Kalenderjahr 2003 ihre Beteiligung zur Gänze abgeschrieben. Die maßgebenden Ursachen für diesen Wertverlust der Beteiligung mussten daher schon im Jahr 2003 vorgelegen sein. Die der Teilwertabschreibung zu Grunde gelegte Plan-Gewinn- und Verlustrechnung (bzw. strukturierte Gewinn- und Verlustrechnung) stellt eine deutlich realistischere Kalkulation dar, als die von den Bw. vorgelegten Wirtschaftlichkeitsberechnungen, mit denen sie ihre Ertragserwartungen aus der stillen Beteiligung begründen.

Aus dem Umstand einer ertragswirksamen Änderung des Hotel- und Betriebsführungskonzeptes sowie der Teilwertabschreibung eines bedeutenden Gesellschafters bereits im Jahr 2003 ist zu schließen, dass auch schon im Zeitpunkt der

---

Vertragsunterzeichnung, im Juli 2003 mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen war, dass aus dem Hotelbetrieb hohe Verluste – noch höher als ursprünglich erwartet – eintreten werden.

Selbst die Investitionsberechnungen des dem UFS vorgelegten „Wirtschaftlichen und Touristischen Konzeptes vom 1.10.2001 zum Aparthotel“ sehen für die ersten sechs Betriebsjahre nicht unbeträchtliche Verluste vor. Die dabei kalkulierten Aufwendungen (AfA, Personal, Zinsen, Betriebskosten) liegen aber beträchtlich unter den realistischen Betriebsausgaben, die im Juli 2003 schon absehbar waren. Dies verdeutlicht beispielsweise der Investitionsbedarf für die Hotelerrichtung, der für das ursprüngliche Konzept mit € 15,7 Mio. ermittelt wurde. Im Jahresabschluss zum 31.12.2003 ist das Hotel samt Ausstattung mit einem Anlagevermögen von € 19,8 Mio. aktiviert. Anstelle des projektierten Personalbedarfes von 43 Personen ist im Jahresabschluss 2003 und den Folgejahren ein Personalstand von 64 Personen angegeben.

Für den Fremdvergleich ist auf eine gesellschaftsfremde Person abzustellen, die für ihre Unternehmenseinlage einen angemessenen Gewinn erzielen will. Ein solcher fremder Dritter hätte ohne eine zeit- und realitätsnahe Betriebskalkulation über den gegenwärtigen Hotelbetrieb keine Einlage geleistet. Eine solche fremdübliche „Wirtschaftlichkeitsberechnung“, wurde weder im erstinstanzlichen Verfahren der Betriebsprüfung oder dem Finanzamt noch im Berufungsverfahren dem UFS nachgewiesen. Es ist daher als erwiesen anzusehen, dass eine solche – die aktuellen Verhältnisse im Juli 2003 berücksichtigende - Betriebskalkulation den Gesellschaftern im Zeitpunkt ihrer stillen Beteiligung nicht vorgelegen ist. Der Umstand, dass die Bw. hohe Einlagen als Stille leisteten, ohne eine solche den aktuellen Gegebenheiten entsprechende Ertragsberechnung einzufordern, zeigt dass fremdunübliche Gestaltungsverhältnis auf. Für die Bw. waren realitätsnahe Investitionsberechnungen für ihre Einlagenentscheidung im Juli 2003 nicht mehr relevant, weil für sie ohnehin schon seit der Anfangsphase des Hotelprojektes feststand, einen wesentlichen Teil ihrer Investition im Wege unecht stiller Einlagen (als verdecktes Eigenkapital) leisten zu wollen.

Der Umstand, dass für die Gesellschafter schon geraume Zeit (z.B. in der Treuhandvereinbarung vom Juli 2002) vor Vertragsabschluss (Juli 2003) gleichsam unverrückbar feststand, einen wesentlichen Teil des Kapitalbedarfes für den Hotelbetrieb ihrer Kapitalgesellschaft im Wege stiller Einlagen zu finanzieren, beweist schon die Fremdüblichkeit und die Veranlassung *causa societatis*. Bei Gesellschaftsfremden ist eine solche vorzeitige Finanzierungszusage nicht vorstellbar.

Die vorgelegten Wirtschaftlichkeitsberechnungen vom Juni und September 2001 entsprachen nicht den Verhältnissen des Unternehmens im Juli 2003 und enthalten erheblich unzutreffende

Umsatz- und Aufwandspositionen. Die Planumsätze des Verkehrswertgutachtens (ab 2006 € 4 Mio.) weichen – ohne dass eine plausible Erklärung erkennbar wäre – stark von den Planumsätzen der Ertragsberechnung, die der Abgabenbehörde mit der Replik der Bw. zur Stellungnahme der BP vorgelegt wurde, ab (ab 2006 € 3 Mio.). In einer Wirtschaftlichkeitsberechnung vom Dezember 2003 wurde ab 2005 mit Umsatzerlösen von € 5,2 Mio. +2% jährlich kalkuliert.

Schwer wiegt vor allem der Umstand, dass Aufwandsposten, die im Juli 2003 mit ziemlicher Genauigkeit hätten ermittelt werden können, wie insbesondere die Personalkosten, die Abschreibung, der Zinsaufwand, deutlich zu niedrig angesetzt wurden. Niemals hätte ein fremder Dritter, der mit einer stillen Beteiligung eine Rendite anstrebt, auf Grundlage dieser mangelhaften Ertragskalkulationen – die den Abgabenbehörden zum Nachweis der berechtigten Ertragserwartungen der Gesellschafter vorgelegt wurden – sich in dieser konkreten Art und Weise an dem Unternehmen beteiligt. Ein gewinnstrebender fremder Dritter hätte im Juli 2003 das hohe Risiko drohender nachhaltiger Betriebsverluste, die seine Einlage aufzehren, erkannt und sich daher mit dem Aspekt einer Gewinnerzielung nicht an dem Unternehmen beteiligt.

Das vorgelegte Verkehrswertgutachten – das vom damaligen steuerlichen Vertreter der P. - erstellt wurde, weist keinen fachgerechten Standard auf.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass das Unternehmen einen Substanzwert von rund € 5000 habe und stellt dazu im Befund zur Beurteilung der Verkehrswerte Folgendes festgestellt:

„Als Untergrenze für den Unternehmenswert ist jedoch der Substanzwert zu berücksichtigen. Das Unternehmen war zum 31.10.2002 noch nicht operativ tätig, sondern hat kurz davor das Grundstück zu einem fremdüblichen Preis erworben. Die Gebäudeinvestitionen wurden nach dem Baufortschritt aktiviert. Der Substanzwert entspricht daher dem buchmäßigen Eigenkapital.“

Der Gutachter wusste oder hätte wissen müssen, dass dieses Grundstück erst im Okt. 1999 um € 450.000 von der A-GmbH erworben und im Juli 2002 dann um € 950.000 an die P., deren Besitzwerte zu begutachten waren, verkauft wurde.

Da eine Wertsteigerung einer Liegenschaft von mehr 100% in zweieinhalb Jahren nicht marktüblich ist, ist eine bloße behauptende Feststellung eines fremdüblichen Preises – ohne Erwähnung der näheren Umstände und deren Erklärung – keine fachgerechte Beurteilung. Das Bewertungsgutachten ist daher nicht geeignet, den behaupteten positiven Substanzwert des Unternehmens nachzuweisen.

Für die steuerrechtliche Beurteilung besteht kein Unterschied, ob sich bei einer Einmann-GmbH der Gesellschafter zu 85% (95%) als atypisch stiller Gesellschafter beteiligt oder ob sich alle (z.B. 10) Gesellschafter einer GmbH, die an dieser zwischen 5% und 40% beteiligt sind, sich abgesprochen im selben Beteiligungsverhältnis im Rahmen ihres GmbH-Anteils zu 85% (95%) gleichzeitig als atypisch stille Gesellschafter an ihrer Körperschaft beteiligen. In beiden Fällen sind alle GmbH-Gesellschafter im gleichen Verhältnis zu 85% (95%) am Unternehmensertrag und Unternehmensvermögen ihrer Körperschaft als Mitunternehmer beteiligt. Der Einmann-Gesellschafter eben zu 85% an seinem 100%-Gesellschaftsanteil und der 10%-GmbH-Gesellschafter eben zu 85% an seinem 10%-Gesellschaftsanteil. Im ersten Fall liegt eine Alleinentscheidung des Gesellschafters vor, im zweiten Fall eine einstimmige Absprache aller Gesellschafter. Eine steuerrechtliche Differenzierung folgt aus diesen Umständen nicht. Ebenso ist es für die steuerrechtliche Beurteilung der GmbH&Still bei proportionalen Beteiligungsverhältnissen, wie im vorliegenden Fall, nicht von Bedeutung, ob die Stillen unmittelbar oder mittelbar – durch Zwischenschaltung einer weiteren GmbH - Gesellschafter des Geschäftsinhabers sind.

In der Begründung wird daher der Einfachheit halber regelmäßig gleich von der Gesamtheit der Stillen, den gesamten Einlagen und dem gesamten Beteiligungsausmaß aller Stillen und undifferenziert von den Gesellschaftern der P. gesprochen.

Die Gesellschafter haben im Gesellschaftsvertrag folgende Gewinn- und Verlustverteilung vereinbart:

„Am Schluss eines jeden Geschäftsjahres wird der Gewinn oder Verlust berechnet. Die Ergebnisbeteiligung der stillen Gesellschafter wird im Verhältnis der unter Punkt 4. angeführten Prozentsätze vom Jahresergebnis vor Steuern unter Berücksichtigung der eingezahlten Einlagen vom Jahresergebnis vor Steuern unter Berücksichtigung einer angemessenen Vorweggewinnzuweisung für die X-GmbH und unter Berücksichtigung der in den folgenden Absätzen geregelten Verzinsung erfolgen.“

Die Einlagen der Gesellschafter werden als Kapitalanteile auf fixe/starre Kapitalkonten verbucht. Die fixen Kapitalkonten werden verzinst (Sechs-Monate-Euribor + 1%).

Die Zinsen sind spätestens neun Monate nach Ende des Geschäftsjahres nach Maßgabe der vorhandenen Liquidität auszubezahlen.“

Die Stillen erhalten in Form einer Verzinsung ihrer Einlage einen gewinnunabhängigen Mindestgewinn. Die Vereinbarung eines Mindestgewinnes kommt grundsätzlich einem Verlustausschluss gleich, weil die Absicht auf einen Mindestgewinn für die Einlage, nicht widerspruchsfrei mit der gleichzeitigen Übernahme von Verlusten vereinbar ist. Nicht unbedenklich ist dabei, dass die Verzinsung der Einlagen – wie bei einem Darlehen – auch dann zu leisten ist, wenn das Unternehmen überhaupt keinen Gewinn erzielt hat. Dazu kommt, dass die Stillen nicht nur unabhängig vom Betriebsergebnis garantierte Einlagenzinsen

erhalten, sondern auch dann noch, wenn ihre Einlage durch Verlustzuweisung bereits gänzlich aufgebraucht ist (also bei negativen Einlagestand). Eine derartig ambivalente Vereinbarung (gewinnunabhängige Einlagenverzinsung und gleichzeitig volle Unternehmensbeteiligung im Ausmaß von 85% und ab 2006 95%) erscheint nicht fremdüblich und ist nur aus dem Verhältnis der GmbH-Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft erklärbar.

Durch diese Form der gewinnunabhängigen Verzinsung hat die Einlage (€ 4,4 Mio. bzw. 5,4 Mio.) gleichzeitig Darlehenscharakter und besteht der Vorteil des Geschäftsinhabers bloß in einer Zinsersparnis gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung. Dieser Vorteil steht aber in keinem angemessenen Verhältnis der zusätzlichen vollen Unternehmensbeteiligung der Stillen im Umfang von 85% und ab 2006 von 95% (Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 8 Tz 74 mwH auf VwGH, 20.03.1974, 1157/72, Slg 4660F).

Es ist auch nicht üblich und angemessen, dass der Geschäftsinhaber den atypisch stillen Gesellschafter ohne jede Beschränkung auf seine Einlage unbegrenzt an den Verlusten teilhaben lässt und keine Nachschlusspflicht für den stillen Gesellschafter vereinbart wird. Das bedeutet nämlich, dass bei negativem Einlagestand dem stillen Gesellschafter reine „Buchverluste“, die dieser wirtschaftlich gar nicht zu tragen hat, zum steuermindernden Verlustausgleich unlimitiert überlassen werden. Der Geschäftsinhaber hingegen, den diese Verluste wirtschaftlich tatsächlich treffen, kann sie zum Ausgleich mit späteren Gewinnen nicht mehr verwenden. Als Draufgabe leistet der Geschäftsherr dem atypisch Stillen noch eine ergebnisunabhängige Verzinsung (6-Monats-Euribor + 1%) für seine durch Verluste aufgebrauchte Einlage.

Andererseits hätte ein gesellschaftsfremder Investor, der sich an der P. für das gegenständliche Hotelprojekt im Juli 2003 mit einer Einlage von € 4,4 als stiller Mitunternehmer beteiligen wollte, vertraglich geregelte Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die ihm eine seiner Leistung und seinem Risiko angemessene Einflussnahme ermöglichen, eingefordert, wie sie in den vorliegenden Gesellschaftsverträgen zwischen Gesellschafter und eigener Gesellschaft nicht enthalten sind. Auch darin zeigt sich die fehlende Fremdüblichkeit der Gestaltung der Rechtsbeziehung. Für die Bw. ist die Einheit zwischen GmbH-Gesellschafter und gleichzeitiger stiller Gesellschafter nie in Frage gestanden und an eine mögliche Trennung dieser Einheit wurde auch nicht gedacht.

Die Fremdüblichkeit der Rechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft war bei der vereinbarten stillen Beteiligung daher nicht erfüllt.

## 2.3. Prüfung des Gestaltungsmisbrauches gemäß § 22 BAO

---

Gesellschaftsrechtlich und steuerrechtlich ist es möglich, dass sich der Gesellschafter oder die Gesellschafter einer GmbH an dieser bis zu 100% als unecht stille Gesellschafter beteiligen (GmbH&Still). Dies hat aber zur Folge, dass nach außen hin eine Körperschaft als Unternehmer auftritt, während der wahre Herr des Unternehmens der stille Gesellschafter ist. Die GmbH hat nur mehr die Stellung in Art eines Treuhänders und steuerrechtlich liegt ein Einzelunternehmen oder eine Mitunternehmerschaft vor.

Eine undifferenzierte Gleichsetzung mit der GmbH&CoKG ist nicht berechtigt, weil grundsätzliche Unterschiede zur GmbH&Still bestehen. Die stille Gesellschaft hat keine nennenswerte Publizität, trifft keine eigene Rechnungslegungspflicht (Buchführungspflicht), hat kein gemeinsames Gesellschaftsvermögen und haftet nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und idR. auch nicht für Abgabenschulden der Kapitalgesellschaft.

Eine für die jeweilige Situation jeweils optimale, flexible Kombination zwischen Körperschaft und Personengesellschaft hat im Steuerrecht ihre Grenzen jedenfalls in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß § 21 BAO und im Gestaltungsmisbrauch nach § 22 BAO.

Aus der Bestimmung des § 21 BAO und der dazu entwickelten Rechtsprechung des VwGH ergibt sich, dass bei Rechtsbeziehungen zwischen Personen, bei denen auf Grund ihres nahen Verhältnisses ein Interessensgegensatz fehlt, besonders sorgfältig geprüft werden muss, ob die formelle Gestaltung von Rechtsgeschäften auch seiner wirtschaftlichen Bedeutung entspricht.

§ 22 Abs. 1 BAO bestimmt, dass durch den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden kann; liegt ein Missbrauch vor, sind nach dem zweiten Absatz der zitierten Gesetzesstelle die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

Demnach ist der Steuerpflichtige grundsätzlich nicht gehindert, Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts so einzusetzen, dass er die geringste Steuerbelastung erzielt. Als Missbrauch anzusehen ist hingegen eine rechtliche Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet; es ist dann zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabenersparenden Effekt wedenkt, oder ob er ohne das Resultat der Steuerminderung einfach unverständlich wäre (vgl. z.B. VwGH, 30.05.1990, 86/13/0046).

---

Ein Gestaltungsmisbrauch kann in der Umgehung eines belastenden Steuertatbestandes (Tatbestandsvermeidung) oder der Erschleichung einer begünstigenden Norm (Rechtsfolgenerschleichung) bestehen.

Im Falle einer Einmann-GmbH&Still hat der VwGH das Vorliegen eines Gestaltungsmisbrauchs bestätigt, weil diese Rechtsgestaltung nur in der Absicht der Steuervermeidung durch Verwertung von Verlusten aus der Kapitalgesellschaft eine verständliche Erklärung fand und der behauptete außersteuerliche Grund nicht stichhaltig war (VwGH 11.12.1990, 89/14/0140; Reinweber/Seiser/Wascher, Praxis-Handbuch der Personengesellschaften, S.54f sprechen von der missbräuchlichen Umgehung der Kapitalgesellschaft als Steuersubjekt).

Im gegenständlichen Fall sind die Stillen an ihrer Kapitalgesellschaft nicht – wie im angeführten Fall - zu 100% aber insgesamt zu 85% und ab 2006 zu 95% beteiligt, sodass eine weitgehend vergleichbare steuerrechtliche Wirkung besteht. Es entspricht zweifellos der wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Missbrauchsprüfung, dass auch bei einem geringeren Beteiligungsausmaß der stillen Gesellschafter an ihrer Kapitalgesellschaft ebenfalls ein Gestaltungsmisbrauch vorliegen kann.

Grundsätzlich steht es jedermann frei, seine Rechtsverhältnisse und wirtschaftlichen Beziehungen so zu gestalten und zu ordnen, dass der günstigste Effekt, nämlich der bestmögliche Erfolg erreicht wird. Im Steuerrecht ist das die geringste, der gesetzlich vorgesehenen Abgabenbelastung. Die Grenzen dieser dem Abgabepflichtigen eingeräumten Gestaltungsfreiheit sind im Abgabenrecht durch die Bestimmungen der §§ 21 bis 24 gezogen. Nur im Bereich der in diesen Gesetzesbestimmungen im Einzelnen umschriebenen Tatbestände ist die Abgabenbehörde berechtigt und verpflichtet, bei der Erhebung der Abgaben von der Gestaltung der Vertragsparteien abzugehen (VwGH 6.11.1991, 89/13/0093).

Die Nutzung gesetzlich eingeräumter Gestaltungsspielräume ist grundsätzlich erlaubte Rechtsausübung. Die Steuerrechtsgestaltung wird aber zum Missbrauch, wenn ungewöhnliche Rechtshandlungen in der Absicht vorgenommen werden – um zwar noch in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Gestaltungsspielraum gebenden Norm, aber in offenen Widerspruch zum Normzweck – einen Steuervorteil zu erzielen.

Im Falle einer GmbH&Still liegt dann ein steuerrechtlicher Gestaltungsmisbrauch vor, wenn der Umweg einer stillen Beteiligung zu dem eigentlichen Zweck erfolgt, die Verluste der GmbH im Wege der stillen Mitunternehmerschaft abzuschöpfen, um sie auf Gesellschafterebene steuermindernd zu verwerten und ein verständlicher außersteuerlicher Grund nicht stichhaltig dargelegt werden kann. Es wird dann die Kapitalgesellschaft als Steuerrechtssubjekt von ihren

---

Gesellschaftern mittels der „flexiblen“ stillen Gesellschaft umgangen, in der Absicht durch Ausgleich ihrer Verluste Steuervorteile zu erlangen.

Für die Gesellschafter ist nach Angaben der Bw. schon in einer frühen Phase ihres Hotelprojektes festgestanden, dass sie das Unternehmen in der Rechtsform GmbH&Still betreiben wollen und dass der größte Teil ihrer Einlagen als stiller Gesellschafter erfolgen soll.

Wie schon ausgeführt, ist es im Rechtsverkehr keine gewöhnliche Rechtsgestaltung, dass die Gesellschafter ihre unternehmerischen Angelegenheiten mit der Gesellschaft nicht direkt innerhalb der gesellschaftsvertraglichen Verhältnisse regeln, sondern zu diesem Zwecke sich (zusätzlich) mit einer stillen Gesellschaft an ihrer Kapitalgesellschaft beteiligen. Die Ungewöhnlichkeit dieses zivilrechtlichen Umweges nimmt bei einem sehr hohen Beteiligungsausmaß – wie hier von 85% und später 95% – als atypisch stiller Gesellschafter zu.

Zur Beurteilung der Angemessenheit ist zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den abgabensparenden Effekt wegdenkt, oder ob diese Rechtsgestaltung ohne das Resultat der Steuerminderung einfach unverständlich wäre.

Da die Körperschaftssteuer lediglich 25% beträgt, wäre die vorgenommene Rechtsgestaltung bei einer frühen Ertragserwartung – wie dies durch eine vorgelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung glaubhaft zu machen versucht wurde – für die meisten beteiligten natürlichen Personen nachteilig gewesen. Die Gewinne hätten in der GmbH thesauriert und dadurch beachtliche Steuerstundungseffekte erzielt werden können. Die Ausschüttungen hätte nach den betriebswirtschaftlich passenden Verhältnissen und dem individuellen Bedarf der Gesellschafter erfolgen können. Die Gesamtsteuerbelastung von KöSt und KESt mit 43,75% liegt deutlich unter dem 50%igen Steuersatz, der von den meisten beteiligten natürlichen Personen für zuzurechnende Gewinnanteile zu leisten gewesen wäre.

Als außersteuerlicher Grund wurde diesem nachteiligen Steueraспект der Gewinnanspruch jedes einzelnen stillen Gesellschafters gegenüber einem für die Gewinnausschüttung in der GmbH notwendigen Mehrheitsbeschlusses ins Treffen geführt.

Die vorgenommene aufwendige Gestaltung einer zusätzlichen Mitunternehmerschaft ist nach Ansicht des UFS vor allem bei einer bedeutenden Verlusterwartung – wie sie dann auch eingetreten ist – unter der Annahme einer sinnvollen Steuerplanung verständlich. Genau aus diesem Grunde haben nach Auffassung des UFS die Gesellschafter der K-GmbH, die bis 2006 nur mittelbar über die K-GmbH an der P. beteiligt waren, bereits im Juli 2002 einen Treuhandvertrag abgeschlossen, wodurch nicht die K-GmbH sondern ihre Gesellschafter (mit

---

Ausnahme der K PSt alles natürliche Personen) steuerrechtlich als Mitunternehmer der P. & Stille zu behandeln wären.

Es entspricht schon der Branchenerfahrung, dass beim Betrieb eines neu errichteten Hotels mittelfristig (insbesondere auf Grund der hohen Abschreibungen und Kreditzinsen sowie der Dauer einer optimalen Marktbeteiligung) in der Regel nicht mit einem Gesamtgewinn zu rechnen ist. Selbst die dem UFS vorgelegte Wirtschaftlichkeitsberechnung vom Sept. 2001 wies für das ursprüngliche „Aparthotel-Projekt“ für die ersten sechs bis sieben Betriebsjahre bedeutende Verluste aus.

Zu den außersteuerlichen Gründe für die Rechtsgestaltung wurde von den Bw. Folgendes erklärt:

„Die Einlage im Wege einer atypisch stillen Gesellschaft, an Stelle eines Gesellschafterzuschusses, wurde gewählt, weil die stille Beteiligung wesentlich beweglicher ist als die GmbH-Beteiligung. Die Aufkündigung einer Stammeinlage ist im Regelfall unmöglich. Im vorliegenden Fall hat eine äußerst heterogene Gesellschafterstruktur bestanden und hat durch die stille Beteiligung, die für das vorliegende Betriebsprojekt notwendige Flexibilität zum damaligen Zeitpunkt bewahrt werden sollen. Zudem ist gegenüber einer stillen Einlage eine Herabsetzung des Stammkapitals nur unter Beachtung der entsprechenden Gläubigerschutzvorschriften möglich. Die als Alternative auch zur Wahl gestandene Rechtsform der GmbH&CoKG ist aus Gründen der schwerfälligeren Willensbildung von einer Gesellschaftergruppe abgelehnt worden.“

Mit diesen allgemeinen gehaltenen Ausführungen des Vorliegens zivilrechtlicher bzw. gesellschaftsrechtlicher Gründe für die Errichtung der konkreten atypisch stillen Gesellschaft gehen die Bw. über die Ebene pauschaler Behauptungen nicht hinaus. Ein verständlicher außersteuerlicher Grund für die gewählte Rechtsgestaltung wird damit nicht glaubhaft dargelegt. Zum einen wäre auch mit der GmbH&CoKG als Mitunternehmerschaft die Verlustverwertung möglich gewesen und wird damit nicht dargetan, aus welchem anderen Grunde als zur Verlustverwertung diese Mitunternehmerschaft habe errichtet werden wollen. Weshalb und wofür die GmbH zu unflexibel sei und wodurch mit zusätzlichen stillen Gesellschaften welche benötigte Flexibilität erhöht werde, konnte von den Bw. nicht plausibel gemacht werden.

Diese Ausführungen weisen das typische (unkonkrete) Erscheinungsbild von Vorwänden auf, die die wahren Beweggründe verbergen sollen.

Die mögliche Umgehung von Gläubigerschutzvorschriften durch unzulässige Rückzahlung von verdecktem Eigenkapital, stellt jedenfalls keinen verständlichen (schutzwürdigen) außersteuerlichen Grund dar, der eine ungewöhnliche und unangemessene Rechtsgestaltung zur Erzielung eines Steuervorteiles zulässig machen würde. Zu einer verdeckten

---

Einlagenkapitalrückzahlung könnte es beispielsweise kommen, wenn ohne Vorliegen eines Gewinnes Einlagenzinsen an die Stillen rückgezahlt würden.

Im Schrifttum bestehen zum Erfordernis einer Umgehungsabsicht unterschiedliche Auffassungen (zur Anwendung der objektiven Theorie oder subjektiven Theorie der Umgehungslehre siehe Tamussino, Die Umgehung von Gesetzes- und Vertragsnormen, S. 11ff und S. 169ff). Für das Steuerrecht wird von der herrschenden Meinung das subjektive Tatbestandsmerkmale der Absicht der Steuervermeidung für maßgebend erachtet (Ritz, BAO<sup>4</sup>, § 22 Tz. 3).

Es besteht kein Zweifel, dass es den Bw. genau darauf ankam, durch die Rechtsgestaltung einer stillen Mitunternehmerschaft die mittelfristig zu erwartenden Verluste aus dem Hotelbetrieb zur Verminderung ihrer Steuerlast zugerechnet zu erhalten. Aus den gesamten Umständen ist mit Eindeutigkeit zu erschließen, dass die Steuerersparnis der Gesellschafter durch Abschöpfung und Ausgleich der GmbH-Verluste im Wege einer stillen Mitunternehmerschaft ein tragender Bestandteil ihres Investitionsplanes war. Diese Absicht hat schon in einer frühen Phase des Hotelprojektes festgestanden. Die Errichtung der stillen Mitunternehmerschaft hatte in Wahrheit keinerlei bestimmende zivil- oder gesellschaftsrechtliche Gründe, sondern erfolgte allein in der Absicht und zu dem Zweck der Steuerersparnis durch Verwertung der GmbH-Verluste. Für diesen Zweck, und weil es ansonsten keinen vernünftigen Grund gab, war die unecht stille Gesellschaft das einfachste und probateste Mittel.

Der Umstand, dass dieser Steuervorteil bei den einzelnen Gesellschaftern unterschiedlich hoch ausfällt oder bei manchen die erwartete Höhe deutlich nicht erreichte (O), ändert nichts am Vorliegen der Missbrauchsabsicht und der sonstigen Tatbestanderfüllung des Gestaltungsmisbrauches.

### 3. Zusammenfassung

In einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung der steuerrechtlich relevanten Umstände gelangte der UFS daher zu dem Ergebnis, dass die angefochtenen Feststellungsbescheide, mit denen gemäß § 188 i.V.m. § 190 Abs. 1 zweiter Satz BAO ausgesprochen wurde, dass eine Feststellung von Einkünften nicht zu erfolgen hat, zu Recht ergangen sind. Die abgeschlossenen Gesellschaftsverträge zur Errichtung unechter stiller Gesellschaften zwischen der P. und ihren Gesellschaftern waren steuerrechtlich insofern nicht anzuerkennen, als dadurch eine Mitunternehmerschaft gemäß § 23 Z. 2 EStG nicht begründet wurde. Die Einlagen hatten ihren „inneren Grund“ im Gesellschaftsverhältnis und stellen verdeckte Gesellschafterzuschüsse dar. Es liegt kein übliche und angemessene Rechtsgestaltung

---

zwischen der P. und ihren Gesellschaftern –wie unter Fremden - vor. Das Erfordernis der Fremdüblichkeit wurde aus mehreren Gründen nicht erfüllt und es wurde diese Rechtsgestaltung in der Absicht der Steuervermeidung (Verlustabschöpfung) ohne erkennbaren verständlichen außersteuerlichen Grund vorgenommen, weshalb auch der Missbrauchstatbestand im Sinne des § 22 BAO verwirklicht wurde.

Wien, am 13. November 2012