

Gewerblicher Wertpapierhandel doch ein Verlustmodell?

Eine Replik zu *Neuber*, ÖStZ 1998, 98

■ *Neuber*¹⁾ hat sich nochmalig mit der Subsumtion des gewerblichen Wertpapierhandels unter die Bestimmung des § 2 Abs 2 Satz 2 und 3 EStG 1988²⁾ und dabei insb mit der Geltung der VO BGBl 1996/734 auseinandergesetzt. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß seit dem AbgÄG 1989³⁾ unter Verwaltung unkörperlicher Wirtschaftsgüter auch der gewerbliche Handel mit Wertpapieren zu verstehen ist. Die Argumentation ist jedoch inhaltlich verfehlt und daher zurückzuweisen.

Dr. Christian Prodingner
Wien

1) ÖStZ 1998, 98.

2) Verlustausgleichsverbot für die Verwaltung unkörperlicher Wirtschaftsgüter.

3) BGBl 1989/806.

1. Problemstellung

Nach § 2 Abs 2 EStG sind Verluste aus Betrieben, deren Unternehmensschwerpunkt im Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter liegt (...), weder ausgleichs- noch vortragsfähig. Nach ganz einhelliger Meinung der Verwaltung⁴⁾ und in der Lit⁵⁾ war der gewerbliche Wertpapierhandel mangels „Verwalten“ nicht vom Verlustausgleichsverbot umfaßt.

Nach der zit VO vom 10. 12. 1996 soll unter Verwalten sowohl das Verwalten von Anlage- als auch von Umlaufvermögen zu verstehen sein; darunter soll insbesondere der gewerbliche Handel mit Wertpapieren fallen.

Als Motiv für die VO gab das BMF bekannt, daß ihm in letzter Zeit Modelle bekannt geworden seien, bei denen Anschaffungskosten von Wertpapieren eines Wertpapierhändlers, der seinen Gewinn nach § 4 Abs 3 EStG ermittelt, sofort abgesetzt wurden. Durch die VO sei klargestellt worden, daß auch das Verwalten von Umlaufvermögen umfaßt sei. Da in § 2 Abs 2 EStG keine Einschränkung auf Anlagevermögen gegeben sei, erscheine⁶⁾ die VO gesetzeskonform.

Die VO wurde in der Lit zu Recht als gesetzeswidrig kritisiert⁷⁾. Gerade *Beiser/Farmer* haben ausführlich begründet, daß zunächst die private Vermögensverwaltung vom gewerblichen Handel abzugrenzen sei. Weiters sei zwischen außerbetrieblichem (privatem) und betrieblichem Verwalten zu unterscheiden. Liege aber tatsächlich gewerblicher⁸⁾ Handel vor, so könne eine Handelstätigkeit nicht mehr unter das Verwalten von Wirtschaftsgütern subsumiert werden.

2. Die Argumentation von *Neuber*

Neuber zitiert zuerst die Erläuterungen⁹⁾ zum AbgÄG 1989 und weist darauf hin, daß die für die Modelle mit gewerblichem Wertpapierhandel üblichen Erwerbsgesellschaften¹⁰⁾ noch nicht genannt waren. Überzeugend kommt er zu dem Ergebnis, daß die Begründung darin zu finden ist, daß im Jahre 1989 Erwerbsgesellschaften noch kein geregelter Gesellschaftstyp waren, sodaß eine Erwähnung schon deshalb unterblieben ist.

Über diese Erkenntnis hinaus ist jedoch zu erwähnen, daß im Jahr 1989 Modelle mit gewerblichem Wertpapierhandel gänzlich unbekannt waren oder jedenfalls nicht einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich waren. Die Erläuterungen sprechen auch ausdrücklich von Gesellschaften, die stille Beteiligungen, Forderungen und Filmrechte verwalten, wobei die Verluste aus Teilwertabschreibungen und Pauschalabschreibungen und aus der Sofortabschreibung von unentgeltlich erworbenen (selbst geschaffenen) unkörperlichen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens resultieren. Es zeigt

sich daher klar, daß es keineswegs beabsichtigt war, mit der Wartetastenregelung auch den gewerblichen Wertpapierhandel zu treffen, da derartige Modelle noch nicht existent waren. Dies wird auch durch das BMF selbst klargestellt, wenn ausgeführt wird¹¹⁾, daß erst in letzter Zeit derartige Modelle dem BMF bekanntgeworden seien¹²⁾. Die Historie spricht also keinesfalls für die Meinung *Neubers*, der argumentiert hat, daß der Inhalt der VO (schon vor der formellen Erlassung der VO) schon seit dem AbgÄG 1989 in Rechtsgeltung war.

Abzulehnen ist auch die Begründung für die Einführung der VO. *Neuber* führt nämlich aus, daß es „wegen vermehrter Fälle von Mißbräuchen“ zur VO kam. Von einem Mißbrauch kann jedoch grundsätzlich nicht deswegen die Rede sein, weil jemand mit Wertpapieren handelt. Der Mißbrauch ist wohl im Einzelfall nachzuweisen, wobei durchaus auch außersteuerliche Gründe gefunden werden können, warum mit Wertpapieren – in Gewinnerzielungsabsicht – gehandelt wird. Wenn aber tatsächlich jedenfalls Mißbrauch vorliegen würde, so wäre die VO unerklärlich, da dem Mißbrauch bekanntlich mit § 22 BAO zu begegnen ist.

Unter „III. Zum Begriff Wirtschaftsgut“ bringt *Neuber* schließlich das einzige inhaltliche Argument, daß für die Anwendung von § 2 Abs 2 EStG (auch vor der VO) auf den Wertpapierhandel sprechen soll. Der Autor führt nämlich unter ausführlicher Berufung auf Judikatur und Schrifttum aus, daß unter „Wirtschaftsgütern“ nicht nur Anlagevermögen, sondern vielmehr auch Umlaufvermögen zu verstehen ist. Diesem Schluß ist vollinhaltlich beizupflichten. Soweit ersichtlich, wurde auch in der bezüglichen Diskussion niemals ausgeführt, daß Wirtschaftsgüter nicht zum Umlaufvermögen zählen können.

Neuber kommt aber zu dem abzulehnenden Schluß, daß sich daher das „Verwalten von Wirtschaftsgütern“ nicht nur auf Anlagevermögen beziehen könne. Er übersieht dabei jedoch, daß gerade das Tatbestandsmerkmal „Verwalten“ für das Auslegungsergebnis entscheidend ist. Verwalten bedeutet die gewinnbringende Nutzung von Wertpapieren¹³⁾. Wer jedoch mit Wertpapieren handelt, verwaltet diese eben nicht. Daher können selbstverständlich Wertpapiere Umlaufvermögen darstellen. Ein gewerblicher Händler, der somit den Bereich der bloßen Vermögensverwaltung überschreitet, kann aber Umlaufvermögen nicht verwalten. Daher ist das gesamtheitlich zu betrachtende Tatbestandsmerkmal „Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter“ beim Wertpapierhändler nicht erfüllt, ja hinsichtlich eben seines Handels mit Wertpapieren auch gar nicht erfüllbar. Genau dies war ja auch die bisherige Meinung nicht nur der Literatur, sondern auch der Finanzverwaltung¹⁴⁾. Daher ist aus der Erkenntnis, daß Wirtschaftsgüter auch Umlaufvermögen

4) BMF 12. 4. 1991, RdW 1991, 220.

5) *Prodingner*, ÖStZ 1993, 298; *Doralt*, EStG⁹, 3. Aufl; § 2 Tz 176.

6) Es ist nicht näher zu werten, was es bedeuten soll, wenn einer Behörde, die natürlich an Art 18 B-VG gebunden ist, eine VO als gesetzeskonform „erscheint“.

7) *Kotschnigg/Waldhäusl*, *ecolex* 1997, 146; *Beiser/Farmer*, RdW 1997, 100.

8) Nur eine gewerbliche Tätigkeit kann von § 2 Abs 2 EStG überhaupt erfaßt sein.

9) FA 1162 BlgNR XVII GP 2 und 3.

10) Es darf keine Gewinnermittlung nach § 5 Abs 1 EStG (ebenso nicht § 4 Abs 1 EStG) vorliegen.

11) S SWK 1996, A 637.

12) Natürlich ist aus den Motiven für die Einführung der Wartetastenregelung bzw der VO nichts für die eigentliche Klärung der Rechtsfrage zu gewinnen; es ist aber doch instruktiv zu sehen, daß ursprünglich der Problembereich nicht einmal angedacht war. Nochmals ist zu beachten, daß das BMF von 1991 bis 1996 selbst der Meinung war, daß der gewerbliche Wertpapierhandel nicht unter § 2 Abs 2 EStG fällt.

13) Vgl nochmals *Beiser/Farmer*, aaO 106.

14) Nochmals BMF 12. 4. 1991, aaO; *Prodingner*, aaO.

darstellen können, für die Rechtskonformität der VO bzw für die Frage der bereits vor der VO geltenden Subsumtion des Wertpapierhandels unter § 2 Abs 2 EStG rein gar nichts zu gewinnen.

In der Folge wird das zum Wertpapierhandel ergangene Erk des VwGH¹⁵⁾ dargestellt¹⁶⁾. Im Erk geht es jedoch ausschließlich um die Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung zum gewerblichem Wertpapierhandel. Der VwGH hat ein Modell als Vermögensverwaltung eingestuft und dadurch die intendierten Folgen eines gewerblichen Handels verworfen. Die Abgrenzung ist aber letztlich nur eine Sachverhaltsfrage, wobei nicht übersehen werden darf, daß sich der VwGH im letzten Erk wohl von seiner früheren Judikatur¹⁷⁾ gelöst hat und nunmehr offensichtlich eine engere Linie verfolgt. Aus diesem Erk ist jedoch für die Frage der Subsumtion des Wertpapierhandels wiederum nichts zu gewinnen¹⁸⁾.

Abzulehnen sind auch die Folgerungen, die *Neuber* unter „VI. Gewerblicher Wertpapierhandel über Verlustabschreibungs-gesellschaften ist mißbrauchsverdächtig“¹⁹⁾ zieht.

Der Autor meint zunächst, daß eine mit Aktien und Wertpapieren²⁰⁾ handelnde Erwerbsgesellschaft nur den Zweck haben kann, Verlustzuweisungen zu konstruieren, die nicht möglich wären, wenn jeder Anleger privat in Wertpapieren veranlagt.

Nun ist zwar richtig, daß eine private Veranlagung nicht zu Verlustzuweisungen führen kann; dabei wird jedoch ein Wertpapierhandel mit einer privaten Vermögensverwaltung verglichen, woraus sich notwendigerweise unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben müssen. Warum aber ein gewerblicher Wertpapierhandel nur als Erwerbsgesellschaft (also allgemeiner als Mitunternehmerschaft) und nicht als Einzelunternehmer möglich sein soll, bleibt unergründlich.

Von großer Bedeutung sind die nun folgenden Argumente von *Neuber*:

Die Steuervermeidungsabsicht²¹⁾ soll sich schon aus den Erklärungen über einheitlich und gesondert festzustellende Einkünfte gem § 188 BAO ergeben. Würde man nämlich die sich ergebende Verlustzuweisung wegdenken, so wäre die Erwerbsgesellschaft vollkommen entbehrlich.

Versucht man dieses Argument zu verallgemeinern und setzt man – wie ausgeführt – voraus, daß eine gewerbliche Tätigkeit sowohl als Einzelunternehmer als auch als Mitunternehmer ausgeübt werden kann, so erhellt, daß offensichtlich sämtliche Mitunternehmerschaften, deren Einkünfte aufgrund von § 188 BAO festzustellen sind, einen Mißbrauch iSd § 22 BAO darstellen. Dies kann aber nicht

richtig sein, da selbstverständlich die unternehmerische Tätigkeit im Rahmen einer Mitunternehmerschaft dem Gesetz bestens bekannt ist²²⁾, schon deshalb keineswegs ein ungewöhnlicher und sohin mißbrauchsverdächtiger Weg ist²³⁾, und § 188 BAO eine Verfahrensvorschrift darstellt, die per se keinen – und schon gar keinen unzulässigen – Steuervorteil bietet. Es müssen daher nicht sämtliche Mitunternehmerschaften schon wegen ihrer Mitunternehmerschaft die Anwendung der Mißbrauchsvorschriften fürchten.

Weiters kann *Neuber* entgegengehalten werden, daß selbst dann, wenn dem einzelnen Anleger aufgrund seiner persönlichen berufsmäßigen (etc) Situation die alleinige Tätigkeit eines Wertpapierhändlers nicht zugänglich ist, in dem Zusammenschluß mit anderen Personen zu einer Mitunternehmerschaft kein Mißbrauch zu erblicken ist. Gerade die Mitunternehmerschaft stellt doch einen Weg dar, bei dem sich verschiedene Personen zur gemeinsamen Betreibung einer bestimmten (betrieblichen) Tätigkeit zusammenschließen. Aus dem Unvermögen der alleinigen Tätigkeit kann also gerade das außersteuerliche Argument für den Beitritt zu einer Mitunternehmerschaft gewonnen werden. Weiters ist es nach der Judikatur des VwGH²⁴⁾ für die Annahme einer Mitunternehmerstellung ausreichend, wenn entsprechende Gewinn-, Verlust- und Vermögensbeteiligung gegeben ist. Die Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben ist wiederum nicht notwendig, sodaß auch „Kapitalgeber“ unter den beschriebenen Voraussetzungen Mitunternehmerstellung haben. Schließlich müßte die Auffassung von *Neuber* auch zur Annahme von Mißbrauch bei sämtlichen sog Verlustbeteiligungsmodellen führen, da stets argumentiert werden kann, daß ohne (größere) Mitunternehmerschaft der Anleger sich nicht an Leasing-, Hotel- oder Fremdenverkehrsprojekten beteiligen hätte können oder derartige Projekte nicht allein betreiben hätte können.

Nachdem die Erwerbsgesellschaft daher keineswegs entbehrlich ist und auch das Faktum des Abschlusses der einzelnen Verträge nicht einfach ignoriert werden kann²⁵⁾, sohin die Existenz einer Erwerbsgesellschaft ohne Mißbrauchsverdacht gegeben ist, ist die Steuer auch nicht nach § 22 Abs 2 BAO²⁶⁾ so zu erheben, als läge keine Erwerbsgesellschaft vor. Die Ausführungen von *Neuber* zum Mißbrauch erweisen sich sohin als haltlos. Nur soweit mangels einer gewerblichen Tätigkeit von Einkünften aus Kapitalvermögen auszugehen ist, hat eine Feststellung nach § 188 BAO zu unterbleiben.

3. Zusammenfassung

Neuber hat versucht zu zeigen, daß die Tätigkeit eines gewerblichen Wertpapierhändlers schon seit dem AbgÄG

15) VwGH 29. 7. 1997, 96/14/0115.

16) S Herzog, RdW 1997, 621.

17) Vgl etwa VwGH 26. 6. 1953, 1862/52 Slg 792; weiters die Hinweise auf BFH und BMF bei *Beiser/Farmer*, aaO.

18) Eine tiefere Erörterung der aktuellen Jud des VwGH würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

19) Zum Erklärungswert eines Rufzeichens in juristischen Abhandlungen s den tiefeschürfenden und instruktiven Beitrag von *Marhold*, *ecolex* 1993, 36.

20) Aktien können auch unter Wertpapiere subsumiert werden.

21) Diese stellt nach Auffassung des Autors den einzigen Grund der Transaktion dar, woraus sich der Mißbrauch ergibt.

22) Man denke etwa an §§ 23 und 24 EStG sowie an das UmgrStG.

23) ZB VwGH 13. 10. 1993, 92/13/0054; vgl auch die weiteren Hinweise zu § 22 bei *Ritz*, BAO-Kommentar, und *Stoll*, BAO.

24) VwGH 23. 2. 1994, 93/15/0163; 29. 6. 1995, 94/15/0103, 0105-0107; 4. 2. 1987, 85/13/0194.

25) Die zivilrechtliche Vertragslage muß auch bei der Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach § 21 BAO und auch des Mißbrauches nach § 22 BAO stets Ausgangslage für die konkrete Anwendung der Bestimmungen sein.

26) Im Beitrag wird § 23 Abs 2 BAO zitiert; es scheint sich aber um einen Druckfehler zu handeln.

1989 unter § 2 Abs 2 EStG fällt und die Ausübung dieser Tätigkeit über eine Erwerbsgesellschaft mißbrauchsverdächtig ist.

Aus dem Argument, daß Wirtschaftsgüter auch Umlaufvermögen darstellen können, ist nichts zu gewinnen, da ein „Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter“ bei einem Händler nicht gegeben ist. Es ist aber Sachverhaltsfrage, ob tatsächlich ein gewerblicher Wertpapierhandel oder aber Vermögensverwaltung vorliegt.

Aus der Beteiligung an einer Erwerbsgesellschaft, die Wertpapierhandel betreibt, kann auch kein Mißbrauch iSd § 22 BAO folgen.

Die neuen Argumente, die von *Neuber* aufgebracht wurden, erweisen sich sohin als unbegründet. Ein gewerblicher Wertpapierhändler fällt daher nicht unter die Bestimmung des Verwaltens unkörperlicher Wirtschaftsgüter nach § 2 Abs 2 EStG. Dies gilt seit dem AbgÄG 1989, sodaß die diesbezügliche VO keine Änderung gebracht hat. Die VO erweist sich daher als gesetzwidrig. Sie ist umso problematischer, als das zugrundeliegende Gesetz ohnehin verfassungsrechtliche Bedenken zeitigt²⁷⁾.

27) Vgl hierzu *Doralt*, aaO; *Prodinger*, ÖStZ 1993, 298, und *ecolex* 1997, 383.