

VwGH: Beteiligungsbezogenes Verlustausgleichsverbot gem § 2 Abs 2a EStG

Bilanz- und Konzernsteuerrecht



In seinem Erkenntnis vom 21.02.2018 ([Ro 2016/13/0027](#), [Ro 2016/13/0028](#), [Ro 2016/13/0029](#)) beschäftigt sich der VwGH mit dem Verlustausgleichsverbot gem § 2 Abs 2a EStG bei Verlustmodellen und hält entgegen der bisherigen Ansicht der Finanzverwaltung fest, dass im Falle der Bewerbung der Beteiligung mit steuerlichen Vorteilen nicht jedenfalls von einem im Vordergrund stehenden steuerlichen Vorteil auszugehen ist. Vielmehr bedarf es einer Abwägung der Intensität der Bewerbung des steuerlichen Vorteils mit anderen in Aussicht gestellten Vorteilen der Beteiligung. Des Weiteren schließt nach Ansicht des VwGH ein hohes außersteuerliches Risiko die Anwendung des Verlustausgleichsverbotes nicht per se aus.

Die Rechtsprechung des VwGH ([Ro 2016/13/0027](#), [Ro 2016/13/0028](#), [Ro 2016/13/0029](#)) wurde mit dem Wartungserlass 2018 vom 07.05.2018 (BMF-010203/0171-IV/6/2018) in die EStR 2000 eingepflegt (vgl EStR 2000, Rz 165 ff, idF Wartungserlass 2018).

Sachverhalt

Dem vorliegenden VwGH-Erkenntnis liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Atypisch stille Gesellschafter erhoben Beschwerde gegen die Bescheide des Finanzamtes, da dieses die Verluste aus den Beteiligungen gem § 2 Abs 2a EStG als nicht ausgleichsfähig erachtete.

Die atypisch stillen Beteiligungen wurden mit steuerlichen Vorteilen aus den Anteilen am Verlust der Anfangsjahre beworben. Die Beteiligungsmodelle wurden in Kenntnis der damals neu eingeführten Bestimmung (Einführung des § 2 Abs 2a EStG mit dem Steuerreformgesetz 2000, BGBl I 1999/106) und der dazu vertretenen Verwaltungsmeinungen gestaltet. Die Prospekte nahmen darauf Bezug, hoben jedoch hervor, dass mit den zu erwartenden Verlusten nicht geworben werde. In einem Fall soll aber sogar die Höhe der in Aussicht gestellten Verluste im Veranlagungsprospekt beziffert worden sein.

Nach Ansicht des Finanzamtes stand das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund. Die Verluste waren daher nicht ausgleichsfähig.

Das BFG gab den Beschwerden der atypisch stillen Gesellschafter statt. In seiner Begründung bestätigte das BFG zwar, dass die atypisch stillen Beteiligungen mit steuerlichen Vorteilen aus den Anteilen am Verlust der Anfangsjahre beworben wurden, stellte jedoch unter Hinweis auf EStR 2000, Rz 166, idF vor Wartungserlass 2018, fest, dass der Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit des Unternehmens in der EDV-Technologie (mit großen Chancen und Risiken) lag und daher keine ex-ante Rendite-Vergleichsrechnung vorgenommen werden konnte.

Infolge der Revision des Finanzamtes hob der VwGH die angefochtenen Entscheidungen wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit auf.

Rechtslage

Gem § 2 Abs 2a EStG dürfen Verluste aus Beteiligungen an Gesellschaften oder Gemeinschaften nicht mit anderen (positiven) Einkünften ausgeglichen werden, wenn das Erzielen steuerlicher Vorteile im Vordergrund steht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn

der Erwerb oder das Eingehen derartiger Beteiligungen allgemein angeboten wird

und auf der Grundlage des angebotenen Gesamtkonzeptes aus derartigen Beteiligungen ohne Anwendung dieser Bestimmung Renditen erreichbar wären, die nach Steuern mehr als das Doppelte der entsprechenden Renditen vor Steuern betragen.

Verluste aus solchen Beteiligungen sind in den Folgejahren mit positiven Einkünften aus diesen Beteiligungen frühestmöglich zu verrechnen.

Bisherige Ansicht der Finanzverwaltung

Die Finanzverwaltung ging bislang von einem im Vordergrund stehenden steuerlichen Vorteil aus, wenn das Eingehen der Beteiligung (...) mit Steuervorteilen aus einem zu erwartenden Beteiligungsverlust beworben wurde (vgl EStR 2000, Rz 165 ff, idF vor Wartungserlass 2018). Stand danach der steuerliche Vorteil aus der Beteiligung im Vordergrund, waren weitere Überprüfungen des allgemeinen Angebotes der Beteiligung sowie ein Renditevergleich nicht mehr anzustellen.

Wurde die Beteiligung nicht mit steuerlichen Vorteilen beworben, stand nach Ansicht der Finanzverwaltung der steuerliche Vorteil dann nicht im Vordergrund, wenn es sich um eine Beteiligung mit einem hohen außersteuerlichen Risiko handelte. Ein solches hohes außersteuerliches Risiko liegt vor, wenn die Beteiligung folgende Merkmale (kumulativ) aufweist:

- Das Beteiligungsunternehmen ist nach seinem Unternehmensschwerpunkt in einer besonders risikoreichen Branche (Wachstumstechnologie, Hochtechnologie, Forschung und Entwicklung) tätig.
- Die Zuweisung von Verlusten und Gewinnen orientiert sich ausschließlich am Ausmaß der Beteiligung und ist betraglich nicht limitiert.
- Der für den Fall des Ausscheidens des Gesellschafters vorgesehene Abschichtungserlös ist betraglich nicht begrenzt und bestimmt sich ausschließlich nach dem Anteil am Unternehmenswert.

- Es gibt keine Vereinbarungen, die auf eine von vornherein beabsichtigte zeitliche Begrenzung der Beteiligung schließen lassen.

In diesem Fall überlagere das hohe außersteuerliche Risiko den steuerlichen Vorteil.

[VwGH 21.02.2018, Ro 2016/13/0027, Ro 2016/13/0028, Ro 2016/13/0029](#)

Anders als die Finanzverwaltung geht der VwGH im Fall der Bewerbung einer Beteiligung mit Steuervorteilen nicht ohne Weiteres davon aus, dass der steuerliche Vorteil im Vordergrund steht. Nach Ansicht des VwGH kann zwar die Bewerbung einer Beteiligung mit einem zu erwartenden Beteiligungsverlust dazu führen, dass der gesetzliche Tatbestand des § 2 Abs 2a EStG erfüllt ist, es bedarf jedoch einer Abwägung der Intensität der Bewerbung des steuerlichen Vorteils mit anderen in Aussicht gestellten Vorteilen der Beteiligung. Nur, wenn aufgrund der Intensität der Bewerbung der steuerliche Vorteil aus der Beteiligung im Vordergrund steht, sind weitere Überprüfungen des allgemeinen Angebotes der Beteiligung sowie ein Renditevergleich nicht mehr anzustellen. Es liegt dann jedenfalls eine Beteiligung vor, die unter den Anwendungsbereich des § 2 Abs 2a EStG fällt.

Unabhängig davon, ob die Beteiligung mit steuerlichen Vorteilen beworben wird oder nicht, kann nach Ansicht des VwGH der steuerliche Vorteil auch dann im Vordergrund stehen, wenn es sich um eine Beteiligung mit einem hohen außersteuerlichen Risiko handelt. Ein hohes außersteuerliches Risiko kann allerdings ein Indiz dafür sein, dass der steuerliche Vorteil nicht im Vordergrund steht.

Die Rechtsprechung des VwGH ([Ro 2016/13/0027, Ro 2016/13/0028, Ro 2016/13/0029](#)) wurde mit dem Wartungserlass 2018 vom 07.05.2018 (BMF-010203/0171-IV/6/2018) in die EStR 2000 eingepflegt (vgl EStR 2000, Rz 165 ff, idF Wartungserlass 2018).

Im gegenständlichen Fall hat das BFG seine Entscheidungen mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet, weil es nicht darauf einging, ob tatsächlich gegenüber einer großen Anzahl von Anlegern primär mit dem Steuervorteil der Verlustzuweisung argumentiert wurde. Die Ausführungen des BFG gehen einerseits von der Werbung mit Steuervorteilen aus, berufen sich andererseits aber auf EStR 2000, Rz 166, idF vor Wartungserlass 2018, die das Unterbleiben einer solchen Werbung voraussetzt.

Ferdinand Kleemann

Partner, Tax

T +43 1 31332-3306

ferdinandkleemann@kpmg.at

Maja Milekic

Assistant Manager, Tax

T +43 1 31332-3577

mmilekic@kpmg.at

kpmg.at