

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri. in der Beschwerdesache N.N., Adr.Bf., vertreten durch C.C. GesmbH, Adr.stV, über die Beschwerde des Abgabepflichtigen vom 22. April 2014 gegen die Bescheide des Finanzamtes Judenburg Liezen [nunmehr Finanzamt Österreich, Dienststelle Judenburg Liezen], betreffend *Einkommensteuer 2006 bis 2008*, Steuernummer xxx, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 Bundesabgabenordnung (BAO) teilweise Folge gegeben. Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Einkommensteuer 2006 wird mit 8.952,49 Euro festgesetzt (bisher: 10.603,57 Euro)

Die Einkommensteuer 2007 wird mit 12.662,56 Euro festgesetzt (bisher: 11.769,87 Euro)

Die Einkommensteuer 2008 wird mit 10.307,01 Euro festgesetzt (bisher: 9.835,44 Euro)

Die Bemessungsgrundlagen sind dem Ende der Entscheidungsgründe den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf.) erklärte in den Beschwerdejahren 2006 bis 2008 Einkünfte aus selbständiger Arbeit und aus Vermietung und Verpachtung.

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2012 richtete die belangte Behörde ein Ergänzungsersuchen betreffend die Veranlagungsjahre 2006 bis 2008 an den Bf. Darin wurde dem Bf. mitgeteilt, dass dem Finanzamt Unterlagen vorliegen würden, welchen zufolge er Geldanlagen bei Herrn XY bzw. bei der XYF getätigt habe und die Zinsen aus diesen Anlagen thesauriert worden seien. Folgende Fragen wurden an den Bf. gerichtet:

- „- In welcher Höhe und wann haben sie Geld bei Hrn. XY bzw. der XYF veranlagt?
 - Bitte erklären sie die Mittelherkunft dieser veranlagten Gelder.
 - Welche Vereinbarungen haben sie mit Hrn. XY betreffen die Zinsen ihrer Anlage getroffen?
 - In welcher Höhe haben sie die Zinsen aus dieser Geldanlage wiederveranlagt?
 - Wann haben sie von Hrn. XY Übernahmebestätigungen bzw. Treuhandverträge erhalten und über welchen Beträge wurden diese ausgestellt? Bitte legen sie diese Übernahmebestätigungen bzw. Treuhandverträge in Kopie mit ihrer Antwort auf dieses Schreiben vor.
 - Haben sie sich auch Zinsen in bar auszahlen lassen und wenn ja, wann und in welcher Höhe?“

Der Bf. beantwortete durch seinen steuerlichen Vertreter den Vorhalt mit Schreiben vom 17. Jänner 2013 wie folgt:

In den Jahren 1999 - 2004 seien in Summe 19 ZZ-Genussscheine mit Anschaffungskosten von insgesamt 26.613,29 Euro erworben worden. Diese seien von der Raiffeisenbezirksbank Gericht² auf dem Depot-Nr. 60.026.556 verwaltet worden. In den Jahren 2002 - 2003 habe der Bf. wiederum 13 Stück der Genussscheine verkauft, weshalb im Jahr 2008 ein Depotstand von 6 Stück mit einem Depotwert von rd. 19.000,00 Euro vorhanden gewesen seien. Die entsprechenden Kursgewinne seien bei Veräußerung der Anteilsscheine realisiert worden. Im April 2006 sei bei Herrn XY direkt bzw. der XYF XY Finanzberatung GmbH die Anlage in ZZ-Genussscheine mit einem Betrag von 58.485,20 Euro (Zertifikat Nr. 4176) erfolgt und wurden folgende Zukäufe bzw. Verkäufe getätigt:

Erstauflage	4/2006	58.485,20 Euro
Zukauf	6/2006	5.000,00 Euro
Zukauf	1/2007	5.000,00 Euro
Zukauf	5/2007	6.000,00 Euro
Verkauf	9/2007	8.198,60 Euro
Zukauf	10/2007	10.000,00 Euro
Verkauf	12/2007	3.636,44 Euro
Verkauf	3/2008	14.000,00 Euro
Zukauf	4/2008	10.000,00 Euro
Zukauf	7/2008	6.000,00 Euro
Kapitalanlagen gesamt		74.650,16 Euro

Der Depotwert per August 2008 habe sich auf 99.909,93 Euro belaufen. Es seien keine Verkäufe von Anteilsscheinen innerhalb der Spekulationsfrist von 1 Jahr erfolgt, weshalb daraus keine steuerlichen Konsequenzen beim Bf. zu ziehen seien. Der Bf. sei seit dem Jahr 2001 Geschäftsführer der N.N. GmbH und erziele Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Das Beteiligungsmaß an der N.N. GmbH betrage 75%.

Ab dem Jahr 2004 seien Gewinnausschüttungen an den Bf. iHv gesamt netto 102.937,50 getätigt worden, weiters habe er im Zeitraum 2003 bis 2008 Einkünfte aus der Vermietung einer Wohnung erzielt.

Dem Schreiben waren als Anhänge ein Depotauszug per 01. August 2008 und die monatlichen Bestätigungen (Mitteilungen) ab dem Jahr 2006 der XYF GmbH bzw. von Herrn XY beigelegt.

Die belangte Behörde führte in der Folge beim Bf. eine Außenprüfung betr. Einkommensteuer 2006 bis 2008 durch. Am 22. Jänner 2014 fand eine Besprechung im Finanzamt statt, über welches ein Protokoll errichtet wurde. Auf die Frage der Prüferin, was der Anlass im Jahr 2006 neben den vorhandenen 6 Stück ZZ Genussscheinen in der sog. „Barschiene“ bei der XYF XY einen Barbetrag zu investieren, gewesen sei und wie der Barbetrag in der Höhe von 58.485,20 Euro zustande gekommen sei, gab der Bf. an, dass für ihn ausschlaggebend gewesen sei, dass er keine Gebühr zahlen habe müsse. Für ihn war diese Art der Veranlagung immer die gleiche, wie die direkte Schiene über Bank1. Er habe im Zusammenhang mit dieser Veranlagung nie persönlich Kontakt mit Herrn XY gehabt. Mit Herrn Q. sei er befreundet und dieser habe gesagt, im Hintergrund gebe es für diese Veranlagungsform originale Zertifikate. Der im Jahr 2006 veranlagte Betrag habe sich aus dem Verkauf der 13 ZZ Zertifikate (deshalb unrunder Betrag) und der Entnahme eines größeren Betrages aus dem Sparbuch zusammengesetzt. Der Bf. gab weiters an, dass er erstmalig in der Barschiene 2006 begonnen habe. Neben den Geldern für die Übernahmebestätigung und den spätere Treuhandauftrag Nr. 4176 habe er keine weiteren Gelder Herrn XY zur Veranlagung übergeben.

Bezüglich der Zusammensetzung der Teilbeträge, welche zur Auszahlung gelangten, gab der Bf. an: Wie bereits schriftlich beantwortet worden sei, seien im September 2007 8.198,60 Euro bar ausbezahlt worden. Dieser Wert habe sich ermittelt, indem vom Depotwert in Höhe von 88.198,60 Euro ein Teilbetrag von 8.198,60 Euro zur Auszahlung gelangte, womit letztlich ein runder Betrag von 80.000,00 Euro zur Veranlagung verblieben sei. Im Dezember 2007 sei diese Vorgangsweise gleichgeblieben. Im März 2008 sei eine Auszahlung von 14.000,00 Euro erfolgt.

In der Niederschrift über die Schlussbesprechung anlässlich der Außenprüfung vom 14. März 2014 führte die Prüferin unter „Allgemeines zur Barschiene XY“ aus: Bei den Geldhingaben an XY handelte es sich um die sogenannte „Barschiene“, deren Bezeichnung sich in Gerichtsakten und auch im Gutachten des Sachverständigen Dr. GU finde. Bei dieser angeführten Direktveranlagung handle es sich weiters um eine Privatveranlagung bei XY. Anleger hätten an Hrn. XY Geldbeträge übergeben und mit diesem mündlich eine Verzinsung vereinbart. Als Dokument für die Geldübergabe habe Hr. XY an seine Anleger Übernahmebestätigungen bzw. später dann Treuhandverträge ausgestellt. In diesen sei vereinbart worden, dass Hr. XY für diese Beträge ZZ-Zertifikate anschaffen sollte. Die Anleger die ihr Geld bei Hrn. XY angelegt und nicht direkt bei Z. ZZ-Zertifikate erworben hätten, hätten vorerst wirtschaftliche Vorteile daraus gehabt. So haben sie sich u.a. die Nebenkosten wie ein Agio erspart, sie hätten einen beliebigen Geldbetrag veranlagern können und seien so nicht an den jeweiligen Marktpreis eines ZZ-Zertifikates gebunden gewesen, sie hätten jederzeit einen beliebigen Geldbetrag wieder aus der Veranlagung abziehen können und wären ebenfalls nicht an den jeweiligen Marktpreis eines ZZ-Zertifikates gebunden gewesen etc. Im Vordergrund sei daher für die Anleger des Hrn. XY die einfachere und flexiblere Abwicklung und natürlich auch die

vereinbarten Zinszahlungen in der Höhe von ca. 12% p.a. gewesen. Die Zinsen hätten sich angeblich an der Wertentwicklung der ZZ-Zertifikate orientiert.

In Folge wurde hinsichtlich der Veranlagung des Bf. auf die Vorhaltsbeantwortung vom 17. Jänner 2013 und die Besprechungen im Zuge der Betriebsprüfung verwiesen. Demnach habe der Bf. bei Herrn XY einen Treuhandvertrag mit der Nr. 4176 eingerichtet. Die einbezahlen Beträge stammten aus der Tätigkeit als Geschäftsführer bei der N.N. GmbH. Die Erstveranlagung sei im April 2006 mit einem Betrag von 58.485,20 Euro erfolgt. Durch die Wertsteigerung bemessen am ZZ Index und Entnahmen 2007 und 2008 habe der Depotwert per Oktober 2008 (Treuhandauftrag Oktober 2008) 93.614,76 Euro betragen.

Zwischen April 2006 und September 2008 seien von Herrn XY in Summe 32.835,04 Euro in bar rückbezahlt worden.

Der Ansicht des Abgabepflichtigen in seiner Stellungnahme vom 17. Jänner 2013, dass es sich bei den Auszahlungen von XY an ihn um Verkäufe gehandelt habe, könne nicht zugestimmt werden, weil Unterlagen wie Verkaufsaufträge und Verkaufsabrechnungen nicht vorgelegt werden konnten, zumal der Bf. nie ein ZZ-Zertifikat (mit der Nr. 4176) und auch nie Substanzgenussscheine an der ZZ Invest AG besessen habe. Festgehalten werde, dass Genussscheine/Zertifikate entsprechend ihrem aktuellen Wert gehandelt würden und daher sei der Kauf bzw. Verkauf eines Genussscheines zu einem beliebigen Geldbetrag nicht denkbar. Stelle man nun dem Depotstand per Oktober 2008 iHv 93.614,76 Euro der Kaufsumme iHv 58.485,20 Euro gegenüber, würden sich daraus ausbezahlte Zinsen iHv 26.623,61 Euro ergeben. Im Zuge des Konkursverfahrens sei ein Betrag von 93.614,76 Euro und Zinsen (01. November 2008-11. Mai 2010) iHv Höhe von 5.712,64, Euro also eine Gesamtforderung von 99.327,40 Euro angemeldet worden.

Bezüglich des Zinszuflusses stellte die Prüferin fest, dass bis zum Zusammenbruch des Anlagemodells jedenfalls die Beträge laut monatlichen Mitteilungen jederzeit zu Geld gemacht hätte werden können. Durch den freiwilligen Entschluss, die Kapitaleinkünfte zu reinvestieren, zum Teil seien die Erträge bar ausbezahlt worden (Teilauszahlungen in Höhe von 8.198,60 Euro im September 2007, 3.636,44 Euro im Dezember 2007 und 14.000,00 Euro im März 2008, 7.000,00 im September 2008), habe der Bf. über den Betrag verfügt und sei dieser im Sinne des § 19 EStG 1988 persönlich zugeflossen. Der Zufluss der Einkünfte erfolge gem. § 19 EStG dann, wenn der Investor rechtlich und wirtschaftlich darüber verfügen könne. Bei Zinsauszahlungen sei dies der Zeitpunkt der Geldannahme. Entscheide sich der Investor für die Wiederveranlagung liege ein Zufluss durch Verfügung vor, und zwar zum Zeitpunkt der Willensbildung, das Geld im Veranlagungstopf zu belassen. Konkret hätten die Geldanleger jederzeit die Möglichkeit gehabt, sich die Gelder auszahlen zu lassen. Dies werde auch von Herrn XY so bestätigt. Mit der Weiterveranlagung der Gelder nach Übermittlung der periodischen Kapitalentwicklung sei jener Willensakt erfolgt, der den Zufluss der Zinsen auslöst. Spätestens mit Ausfertigung des jeweils weiteren Treuhandvertrages, liege der Zeitpunkt des Zuflusses der bis dahin thesaurierten Zinsen vor. Der Zufluss der Einkünfte sei selbst bei einem Schneeballsystem anzunehmen, bei dem der Anleger vom Betrüger zur

„Wiederveranlagung überredet“ werde. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerlich eingesetzten Kapitals sei steuerlich unbeachtlich. Nach dem BFH gelten Zinszahlungen auf ein Sperrkonto im Zeitpunkt der Gutschrift als zugeflossen. In einem solchen Modell sei zumindest ein darlehensähnliches Geschäft zu erblicken und wären diese Gelder daher zum Tarif zu versteuern gewesen. Ob ein Anleger Einkünfte aus Kapitalvermögen erziele, sei nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Die Vertragsbezeichnung sei nicht relevant. Jedem Anleger sei bekannt gewesen, dass mit dem Geld, sprich Zeichnungsbetrag keine herkömmlichen ZZ Zertifikate von XY treuhändig erworben worden seien. Nachdem der Bf. seine erste Einzahlung aus dem Veräußerungserlös von „echten“ ZZ-Wertpapieren gemacht habe, wäre ihm der Unterschied und die Gepflogenheiten und die damit verbundenen persönlichen Vorteile der sog. „Barschiene“ sehr wohl bekannt gewesen (Kaufauftrag, Agio, Depotauszüge, Verkaufsauftrag, Spesen) In wirtschaftlicher Betrachtungsweise liege somit ein darlehensähnliches Geschäft vor, dessen Erträge Zinsen seien.

Mangels Aufzeichnungen über die tatsächlichen Einzahlungen noch über erhaltene Zinszahlungen wurden die monatlichen Zinszahlungen von der Prüferin aufgrund der vorhandenen Urkunden (insbesondere Mitteilungen laut Beilage, Vorhaltsbeantwortung) gemäß § 184 BAO geschätzt, wobei die monatlichen Zinsen - wie vertraglich vereinbart - unter Anwendung des veröffentlichten ZZ-Index ermittelt wurden.

Als Einkünfte aus Kapitalvermögen wurde für 2006 ein Betrag iHv. 6.899,21, für das Jahr 2007 ein Betrag iHv 11.157,98 und für das Jahr 2008 ein Betrag iHv 8.566,42 festgesetzt.

Im Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung gem. § 150 BAO vom 24. März 2014 wurden, ergänzend zu den Ausführungen in der Niederschrift, der Text des Treuhandauftrages Nr. 4176 auszugsweise wiedergegeben und beispielhaft Angaben aus den Mitteilungen dargestellt. In Folge wurden aus dem Gerichtsgutachten Dr. GU – welcher anlässlich des Strafprozesses gegen XY zur Erstattung eines Gutachtens beauftragt wurde – die Passagen über die sog. Barschiene (Tz 127, 173, 227, 261, 262, 263, 266, 272, 276 Gutachten), den Ablauf über Geldhingaben und Rückzahlungen (Tz 274 Gutachten) und den wahren Gehalt hinter der Übernahmebestätigung und des Treuhandauftrages (Tz 292 Gutachten) zitiert. Daran anschließend wurde zum System der Barschiene ein Teil des Urteils des LG Gericht1 XY betreffend und die deutsche Rechtsprechung bzgl. Zufluss bei einem Schneeballsystem angeführt, weiters hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit des XY auf das Urteil des OGH xxx1 (Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit Oktober 2008) Bezug genommen, und darauf verwiesen, dass lt. Information des Masseverwalters die Forderungsanmeldung des Bf. im Konkursverfahren des XY mit 99.327,40 Euro (darin enthalten der Betrag für die Verzinsung für den Zeitraum 01. November 2008 – 11. Mai 2010 in Höhe von 5.712,64 Euro) anerkannt worden sei.

In der rechtlichen Würdigung stellte die Prüferin fest, dass der Bf. nie ein ZZ-Zertifikat mit der Nr. 4176 von Herrn XY erhalten habe. Der Bf. habe tatsächlich Zertifikate der ZZ Invest AG besessen. Über die Mittelhingabe an Herrn XY musste dem Bf. bewusst gewesen sein, dass er

nie einzelne bzw. mehrere Genussscheine über seinen Treuhänder, Herrn XY, erworben habe, da die Höhe der hingegebenen Gelder keinerlei Identität mit dem Tageskurs des an der Börse gehandelten Zertifikats hatte. Genussscheine/Zertifikate würden entsprechend ihrem aktuellen Wert gehandelt und sei daher der Kauf eines Genussscheines zu einem beliebigen Geldbetrag nicht denkbar. Umgekehrt sei auch der Verkauf eines Genussscheines an den aktuellen Marktwert gebunden und könne daher der Genussschein bzw. Zertifikat (Nr. 4176) nicht zu einem beliebigen Betrag verkauft werden. Im Übrigen hätten keine Verkaufsunterlagen (Abrechnungen) vorgelegt werden können. Mit jeder Ausfertigung einer neuen Übernahmebestätigung bzw. eines neuen Treuhandauftrages wäre demzufolge ein bisher vorhandener Substanzgenussschein verkauft und der Auftrag zum Kauf neuer Genussscheine erteilt worden. Diese Vorgehensweise hätte jedes Mal die Verrechnung eines Agios ausgelöst. Die Höhe des Agios hätte allerdings die Substanzgewinne etlicher Monate aufgezehrt. Umso weniger verständlich sei, dass der Bf. trotzdem monatliche Erträge (bemessen am nicht verminderten Kapitalstamm) laut monatlicher Mitteilung aus der gewählten Veranlagungsform erhalten habe. Fakt sei, dass der Bf. zu keinem Zeitpunkt ein Agio bezahlen musste. In Kenntnis dieser Vorgehensweise sei die Geldhingabe an XY, seinem wahren wirtschaftlichen Gehalt nach, als ein darlehensähnliches Geschäft zu beurteilen. Über die gewählte Vorgehensweise musste zwischen den Vertragspartnern Einigkeit darüber bestanden haben, dass über die Treuhandaufträge XY nicht beauftragt worden sei, eigene Zertifikate für den Bf. anzuschaffen, sondern dass sich der Bf. immer an den Erträgen jener Genussscheine beteiligen wollte, die sich bereits vorher im Vermögen des Herrn XY befunden hätten. Diese Einigkeit werde noch zusätzlich dadurch untermauert, dass der Bf. 16 seiner 19 ZZ Zertifikate veräußerte um mit den Erlösen die Barschuld des Herrn XY zu bedienen. Auch die Rechtsmeinung der steuerlichen Vertretung, dass keine Verkäufe von Anteilsscheinen innerhalb der Spekulationsfrist von 1 Jahr erfolgt seien, würde an der Qualifizierung der an den Abgabepflichtigen durch XY ausbezahlten Erträge (Zinsen) als Einkünfte aus Kapitalvermögen nichts ändern, da der Bf. nicht mit der „ZZ“ in Rechtsbeziehung gestanden sei, sondern mit XY. Der Bf. habe zu keinem Zeitpunkt ein Wertpapier, das eine Beteiligung (in Form eines Genussscheines) an einem Unternehmenswert des XY begründet hätte, gehabt. Dies bestätige auch, dass die Erträge von der Indexanpassung der ZZ Wertpapiere berechnet worden seien, sich jedoch der Kapitalstamm niemals verringert habe. Daraus ergebe sich, dass es tatsächlich zu keiner Substanzauskehr in Form von Kapitalrückzahlungen gekommen sei. Dieser Ertrag stelle folglich keinen Substanzgewinn dar, sondern handle es sich bei den ausbezahlten Beträgen lediglich um Zinsen als Entgelt für die Überlassung eines Geldbetrages. Die Erträge aus diesem darlehensähnlichen Geschäft würden Zinserträge darstellen, deren Berechnung auf Basis der Indexentwicklung der ZZ erfolgt sei. Diese Zinsen seien daher in der Einkommensteuererklärung gesondert zum Tarif zu erfassen gewesen. Der Bf. hätte bis zum Zeitpunkt der festgestellten Zahlungsunfähigkeit des Herrn XY im Herbst 2008 jederzeit die Möglichkeit gehabt, seinen Kapitalstamm einzufordern, und habe von dieser Option letztmalig im Oktober 2008 Gebrauch gemacht. Der Zufluss werde sowohl vom Konkursgericht als auch vom gerichtlich beeideten Sachverständigen Dr. GU

angenommen. Der Zufluss der Einkünfte sei selbst bei einem Schneeballsystem anzunehmen, bei dem der Anleger vom Betrüger zur „Wiederveranlagung überredet“ werde. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerlich eingesetzten Kapitals sei steuerlich unbeachtlich. Nach dem BFH würden Zinszahlungen auf ein Sperrkonto im Zeitpunkt der Gutschrift als zugeflossen gelten.

Auf Grund der genannten Feststellungen der Prüferin nahm die belangte Behörde mit Bescheiden vom 26. März 2014 die Verfahren betreffend Einkommensteuer wieder auf und erließ die belangte Behörde ebenfalls mit 26. März 2014 neue Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2006 bis und 2008, in denen nicht endbesteuerte Einkünfte aus Kapitalvermögen in Höhe von 6.899,21 Euro (2006), 11.157,98 (2007) und 8.566,42 Euro angesetzt und die Einkommensteuer im Jahr 2006 mit 10.603,75 Euro (bisher 7.594,18 Euro), im Jahr 2007 mit 11.769,87 Euro (bisher 6.853,48 Euro) und im Jahr 2008 mit 9.835,44 Euro (bisher 6.099,91 Euro) festgesetzt wurde.

Gegen diese Bescheide wurde mit Schreiben vom 22. April 2014 Beschwerde erhoben und nach Darstellung des Verfahrensganges zur Begründung ausgeführt:

Im Strafprozess gegen Herrn XY habe dieser keinen nennenswerten Eigenbestand an ZZ-Genussscheinen nachweisen können. Aus diesem Grund ziehe die Abgabenbehörde nunmehr in einer Ex-post-Betrachtung den Schluss, dass es sich bei den Veranlagungen der Barschiene um ein darlehensähnliches Geschäft zwischen Herrn XY und den jeweiligen Kunden gehandelt haben müsse. Die Zinsen dieses Darlehens hätten ausbezahlt oder auf Wunsch des Darlehensgebers wieder reinvestiert werden können. In diesem Zusammenhang führe die Abgabenbehörde aus, dass die Zahlungsunfähigkeit von Herrn XY im OGH Urteil xxx1 mit Anfang Oktober 2008 festgestellt worden sei. In diesem Urteil sei es darum gegangen, ob die geschädigten Anleger als Privatbeteiligte im Strafverfahren zugelassen würden. Die vom OGH getätigte Aussage beziehe sich nach Meinung des Bf. auf den Zeitpunkt, ab dem Herr XY keine Auszahlungen mehr an Kunden tätigte, da er keine Veranlagungsgelder von Neukunden mehr bekommen habe. Dieser Zeitpunkt sei jedoch nicht mit dem Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit laut Insolvenzordnung gleichzusetzen. Die Zahlungsunfähigkeit laut Insolvenzordnung, welche im vorliegenden Fall maßgeblich sei, sei vom Gutachter Dr. GU im Strafverfahren am LG Gericht1 seit dem Jahr 1996 angegeben worden. Sinngemäß habe Herr Dr. GU ausgesagt, dass Herr XY am dritten Tag nach der Hereinnahme der ersten Gelder - also bereits im Jahr 1996 - zahlungsunfähig gewesen sei. Der Argumentation als darlehensähnliches Geschäft sei folgendes entgegenzuhalten: Gemäß § 861 ABGB komme ein Vertrag durch eine übereinstimmende Willenserklärung zustande. Eine Schriftform für Verträge sei nur in bestimmten Bereichen gesetzlich vorgesehen. Zwischen Herrn XY und dem Bf. sei ein Treuhandvertrag schriftlich abgeschlossen worden, obwohl dies gesetzlich nicht erforderlich wäre. Der Vertragswille sei damit deutlich und auch Dritten gegenüber dokumentiert. Gemäß § 24 Abs. 1 lit. c BAO würden Wirtschaftsgüter, die zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden seien, dem Treugeber zugerechnet. Diese Zurechnung gelte auch für

steuerliche Belange. So seien die Genussscheine steuerlich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise beim Bf. zu erfassen. Das Finanzamt stelle fest, dass der Bf. nie ein ZZ-Zertifikat mit der Nummer 4176 erhalten habe. Fakt sei, dass Herr XY in den Treuhandaufträgen beauftragt worden sei, die hingegebenen Gelder zur Veranlagung in Substanzgenussscheine zu verwenden. Aus diesen Feststellungen ziehe das Finanzamt nun den Schluss, dass es sich bei der Geldhingabe an Herrn XY um ein Privatdarlehen bzw. ein darlehensähnliches Geschäft handeln solle. Diese Umdeutung widerspreche dem deutlich ausformulierten Vertragswillen im Treuhandauftrag. Eine konkludente Begründung könne dem BP-Bericht nicht entnommen werden. Es werde nicht erwähnt, warum der Treuhandauftrag nicht dem Vertragswillen entsprochen haben soll. Um nun zum vom Finanzamt offenbar gewünschten steuerlichen Ergebnis zu kommen, nämlich zu Einkünften aus Kapitalvermögen, werde ein klarer, schriftlicher Treuhandauftrag ohne nähere Begründung in ein Privatdarlehen umgedeutet. Wertsteigerungen der Substanzgenussscheine würden zu Zinszahlungen und diese würden der Einkommensteuer unterworfen. Es werde, ohne weitere Begründung, aus einer im Wirtschaftsleben durchaus der Norm entsprechenden Treuhandschaft ein Privatdarlehen ohne Vertrag – was eine absolut unübliche Form darstelle (noch dazu unter Fremden) – gemacht. Ein Darlehen sei im Regelfall ein Vertrag, in dem eine bestimmte Geldsumme zu einem bestimmten Zweck einem Schuldner überlassen werde. Vereinbart würden im Regelfall Laufzeit, Zinssatz, Sicherheiten und Rückzahlungsmodalitäten. Diese Punkte seien an sich zwischen den Vertragspartnern frei verhandelbar, jedoch hätten sich im Geschäftsverkehr bestimmte Usancen bei einem Kreditgeschäft eingebürgert:

- Laufzeit und Rückzahlung: Wann und wie eine Rückzahlung des Darlehens erfolge, sei immanenter Bestandteil des Darlehensvertrages. Bei Darlehen werde eine Laufzeit vereinbart. Beiderseitige vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten könnten vereinbart werden, jedoch bestehe dabei im Regelfall für beide Vertragspartner eine relativ lange Kündigungsfrist bzw. sei die Rückzahlung des Darlehens erst nach einer gewissen Frist möglich. Denn es müsse natürlich dem jeweils anderen Vertragspartner die Möglichkeit gegeben werden, die bestehende Finanzierung umzuschichten und die Darlehenssumme überhaupt neu zu finanzieren. Nahezu undenkbar erscheine ein Darlehensvertrag, der eine Darlehensrückzahlung quasi täglich über den gesamten Betrag vorsehe.
- Zinssatz: Variable Zinssätze seien derzeit durchaus die Regel. Eine Verzinsung erfolge dabei meist auf Basis eines veröffentlichten, variablen Zinssatzes zuzüglich eines entsprechenden Aufschlages. Der variable Zinssatz stelle für Banken beispielsweise sehr oft die Refinanzierungskosten dar, der Aufschlag das Risikopotential. Darlehen würden in der Regel als Fremdkapital gelten. Somit würden für Verzinsung bzw. als Grundlage für den Zinssatz auch die Basiszinssätze für Fremdkapitalfinanzierung zugrunde gelegt.
- Sicherheiten: Je nach Zweck und Höhe des Darlehens sei es durchaus üblich, den Kredit mit Sicherheiten durch den Schuldner abzusichern.

Würde das unterstellte Darlehen zwischen Herrn XY und dem Bf. im Sinne der obigen Punkte betrachtet, so bliebe folgendes festzuhalten: Der Bf. als Gläubiger hätte Herrn XY ein

Privatdarlehen zur Verfügung gestellt. Laufzeit und Rückzahlung wären nicht vereinbart gewesen bzw. es hätte sich um ein täglich fälliges Darlehen gehandelt. Zur Verdeutlichung: Der Bf. habe im Jahr 2006 einen Betrag von 58.485,20 Euro veranlagt. Laut Abgabenbehörde sei die Darlehensgewährung zwischen zwei Privatpersonen erfolgt. Nunmehr wäre, um der Argumentation der Abgabenbehörde zu folgen, der Gläubiger jederzeit in der Lage gewesen, diesen Betrag einzufordern. Die Verzinsung wäre auf Grundlage der Wertsteigerungen des ZZ-Index vereinbart gewesen. Gesonderter Risikoaufschlag wäre keiner vereinbart worden. Es wäre somit - nach Argumentation der Abgabenbehörde - Fremdkapital zu einem Eigenkapitalkostenersatz verzinst worden. Der Bf. hätte somit – laut Argumentation der Abgabenbehörde – an eine Privatperson ein Darlehen gegeben und als Zinssatz das Veranlagungsergebnis eines Wertpapierindex vereinbart. Das ZZ-Indexzertifikate habe sogar an der Börse notiert. Von ZZ seien die Wertsteigerungen monatlich veröffentlicht worden. Die Argumentation der Abgabenbehörde und die Einordnung des Sachverhaltes in ein Privatdarlehen bzw. darlehensähnliches Geschäft widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung. Ein Darlehen wäre erstens zu anderen Bedingungen und zweitens mit Vereinbarung dieser Bedingungen abgeschlossen worden. Die Einordnung als Darlehen erfolge offenbar ausschließlich, um Früchte aus der Kapitalüberlassung besteuern zu können. Es bleibe somit festzuhalten, dass es sich bei der gewählten Veranlagung des Bf. um kein Darlehen, sondern um einen treuhändigen Erwerb von ZZ-Genussscheinen bzw. Indexzertifikaten durch Herrn XY gehandelt habe. Dem Argument des Finanzamtes im Betriebsprüfungsbericht, dass der Kauf eines Genussscheines zu einem beliebigen Geldbetrag nicht denkbar sei, könne nicht gefolgt werden. In Form einer Unterbeteiligung sei es sehr wohl möglich, abhängig von der konkreten Ausgestaltung, sich auch quotenmäßig an einem Wertpapier zu beteiligen. Zur Untermauerung der Sichtweise, dass es sich um kein Privatdarlehen und um kein direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Bf. und Herrn XY gehandelt habe, sei am 11. Februar 2014 ein Urteil des Landesgerichts Gericht2, zzz, ergangen. Dabei ging es darum, dass die Anlagesumme eines Anlegers der Barschiene von Herrn XY als Insolvenzforderung bei der ZZ Gruppe AG und der ZZ Invest AG anerkannt worden sei. Konkret sei darüber verhandelt worden, ob die beklagte Partei (Insolvenzverwalter der ZZ Gruppe AG und ZZ Invest AG) für das Verhalten ihres Vorstandsmitgliedes (bis Jänner 2008) und Finanzdienstleistungsassistenten XY haftbar sei. Die Kernfrage sei gewesen, ob der Anleger bei Herrn XY (als Privatperson) veranlagt oder ZZ-Genussscheine erworben haben soll. Das Gericht komme zu folgenden Feststellungen:

„Ausdrücklich wird festgehalten, dass es glaubwürdig ist, dass der Kläger ohne Einschränkung und Zweifel davon überzeugt war, bei ZZ zu investieren, was hiermit auch ausdrücklich festgestellt wird, zumal gerichtsbekannt ist, dass die gesamte Promotion darauf ausgerichtet war, kauflustigen Anlegern zu suggerieren, dass sie bei der besonders erfolgreichen ZZ Gruppe investieren, was gerichtsbekannt ist, und worum kein Gericht hinwegkommen wird. Es ist absolut glaubwürdig, dass (Name geschwärzt) vollkommen davon überzeugt war, bei ZZ zu investieren und nicht den geringsten Anlass dafür hatte, davon auszugehen, dass seine Investition bei XY (direkt) getätigt werde. (...)

Außerdem - und darauf ist ausdrücklich hinzuweisen - konnte (Name geschwärzt) ohne jeden Zweifel davon ausgehen, nicht bei XY zu investieren, weil er agiofrei veranlagt hat.

Hier wäre jede andere Auslegung unlogisch und weltfremd.“

Im folgendem erörtere das Gericht die rechtlichen Grundlagen für die Gehilfenhaftung bzw. der Organ- wie auch der Repräsentantenhaftung. In den letzten Absätzen komme das Gericht zu folgendem Schluss:

„Wie aus dem Urteil des Landesgerichtes Gericht1 zu xyz hervorgeht, wurde die klagende Partei von XY getäuscht. XY gab vor, für die klagende Partei ZZ Genussscheine zu erwerben beziehungsweise sie an seinen ZZ Genussscheinen zu beteiligen. Dieses Täuschungsverhalten rief bei der klagenden Partei den Irrtum hervor, über XY tatsächlich werthaltige ZZ-Genussscheine zu erwerben und veranlasste sie dazu, XY Geld zum Erwerb der werthaltigen Genussscheine beziehungsweise zur Beteiligung an den von ihm vermeintlich gehaltenen Genussscheinen zu überlassen. Ausdrücklich stellt das Gericht fest, dass von einem Eigengeschäft des XY nicht ausgegangen werden kann, denn, wenngleich XY zwar zum Zeitpunkt des Abschlusses des Treuhandauftrages im Oktober 2008 nicht mehr Vorstandsmitglied der beklagten Partei war, beendete er einerseits nicht die Vermittlung und den Vertrieb von ZZ-Genussscheinen für die beklagte Partei und andererseits tätigte die geschädigte klagende Partei aus ihrer Sicht immer ein Investment in ZZ-Genussscheine, wobei ihr XY lediglich als Erfüllungsgehilfe der beklagten Partei behilflich war. Ein Mitverschulden der klagenden Partei ist auszuschließen. (...)“

Übertragen auf den Bf. würden die Aussagen des Gerichtes Folgendes bedeuten: Der Bf. habe davon ausgehen können, ZZ-Genussscheine zu erwerben. Es habe sich keinesfalls um eine Direktveranlagung bei XY und schon gar nicht um ein darlehensähnliches Geschäft gehandelt. Umso mehr (wie das LG Gericht2 argumentiert), da Herr XY bis Jänner 2008 Vorstandsmitglied in der ZZ-Gruppe war.

Zusammenfassend werde zur steuerlichen Behandlung der Genussscheine festgestellt, dass es sich um kein darlehensähnliches Geschäft und um keine Direktveranlagung bei Herrn XY gehandelt habe. Herr XY habe mit den entgegengenommenen Geldern ZZ-

Substanzgenussscheine zu erwerben oder die Anleger an seinen im Eigenbesitz befindlichen Genussscheinen zu beteiligen gehabt. Die Feststellung im Strafprozess, dass Herr XY keinen nennenswerten Eigenbestand gehabt hätte, wurde erst im Nachhinein getroffen. Gemäß § 24 Abs. 1 lit c BAO seien die Substanzgenussscheine dem Treugeber (Bf.) zuzurechnen. Dies gehe unter Anderem aus dem zitierten Urteil des Landesgerichtes Gericht2 hervor. Somit sei für den Bf. die steuerliche Behandlung der Substanzgenussscheine maßgeblich. Die Wertsteigerungen der Genussscheine seien im Privatbereich nach Ablauf der Spekulationsfrist von einem Jahr steuerfrei gewesen. An den Bf. seien zwischen 2007 und 2008 in 4 Tranchen ein Teilbetrag von insgesamt rd. 33.000,00 Euro ausbezahlt worden. Dabei handle es sich um Substanzauszahlungen bzw. um Auszahlungen eines Teilbetrages der thesaurierten Wertsteigerungen. Die Auszahlungen seien gemäß § 30 EStG alte Fassung nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist erfolgt. Eine Besteuerung nach § 31 EStG alter Fassung komme mangels Überschreitens eines Beteiligungsausmaßes von 1 % an der ZZ ebenfalls nicht in

Betracht.

Bezüglich der steuerlichen Behandlung der Anleger im Zuge eines Anlagebetruges verwies der Bf. darauf, dass Herr XY als Anlagebetrüger verurteilt worden sei und derzeit seine Haftstrafe absitze. Wenn Herr XY nunmehr treuhandvertragswidrig keine Genussscheine für die Treugeber erworben, sondern stattdessen bereits in seinem Besitz befindliche Genussscheine an die Treugeber abgetreten hätte, ergebe sich in der steuerlichen Beurteilung der Genussscheine keine Änderung. Herr XY wäre seinem Treuhandauftrag zumindest so lange sinngemäß nachgekommen, solange er nicht mehr als die von ihm behaupteten 12.000 Genussscheine „weiterverkauft“ hätte. Hätte er mehr Geldmittel hereingenommen, als mit den behaupteten eigenen Genussscheinen abzudecken gewesen wären, so handle es sich um Betrug. Jene Genussscheine jedoch, die Herr XY zuerst selbst erworben habe und dann an die Anleger weiterverkauft habe, habe er aufgrund des Treuhandauftrages für die Anleger treuhändig gehalten. Wenn Herr XY ein Depot eröffnet hätte und seine vermeintlich im Eigenbesitz befindlichen Genussscheine übertragen hätte wollen, wäre wohl früher aufgefallen, dass er über diese Genussscheine nicht verfügen habe hätte können. Wenn es zu einer Übertragung auf ein Depot gekommen wäre, welches auf den Anleger N.N. gelautet hätte, so wären die Genussscheine nicht mehr treuhändig gehalten worden. Es stünde aber außer Zweifel, dass die Anleger die Genussscheine direkt gehalten hätten. Herr XY wäre dann lediglich als Vermittler - womöglich mit weitreichenden Vollmachten - aufgetreten. Den Anlegern sei es - und das gelte wohl als Indiz eines gelungenen Anlagebetruges bis zuletzt nicht bekannt bzw. bewusst gewesen, dass Herr XY möglicherweise betrügerisch handle. Denn wer gebe schon einem Betrüger Geld zur treuhändigen Veranlagung?

> Wenn das System XY von vornherein auf den Betrug der Anleger ausgerichtet gewesen sei, so gelte, dass ein Anlagebetrüger kein leistungswilliger und leistungsfähiger Schuldner sei.

Allfällige Zahlungen vom Anlagebetrüger an den Anleger seien somit als Kapitalrückzahlung zu werten. Durch eine Gutschrift von „Zinsen“ (allenfalls auch in den Büchern des Anlagebetrügers) könne hier auch kein Zufluss erfolgen. Eine durch Gutschrift entstandene Anlageforderung sei nach einkommensteuerlichen Vorschriften zu bewerten. Forderungen gegen einen Anlagebetrüger seien nicht werthaltig, auch wenn der Betrug noch nicht aufgedeckt sei.

> Durch einen Anlagebetrug werde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anlegers nicht vermehrt, sondern dramatisch vermindert. Eine Novation (Austausch einer Zahlungs- gegen eine Kapitalforderung) sei der Ausdruck der gelungenen bzw. erfolgreich aufrecht erhaltenen Täuschung des Anlegers.

> Steuergegenstand der Ertragssteuern sei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen. Eine Besteuerung könne nur tatsächlich vollzogene und nicht hypothetische Lebenssachverhalte (wie hier vom Finanzamt „gewünscht“) betreffen.

> Käme es zu einer Besteuerung von Zahlungen des Anlagebetrügers an den betrogenen Anleger (sei es auch in Form von Gutschriften), so würde damit ein gelungener Anlagebetrug besteuert und gleichzeitig die ohnehin bereits verminderte Leistungsfähigkeit des

Steuerpflichtigen weiter vermindert.

Steuergegenstand der Einkommensteuer seien erzielte Einkünfte. Wurden nunmehr Zahlungen an Kunden getätigt, so könne es sich lediglich um Kapitalrückzahlungen handeln. Erst für den (hier nicht eingetretenen Fall), dass das gesamte Kapital und Veranlagungsergebnis zurückbezahlt worden wäre, wäre eine Steuerpflicht überhaupt erst zu untersuchen bzw. könnten den Anlegern Einkünfte erwachsen. In diesem Sinn habe das Finanzgericht Saarland mit Urteil vom 10. Mai 2012 1 K 2327/03 abgesprochen.

Zusammenfassend werde festgestellt, dass ein schriftlicher Treuhandvertrag und kein Darlehensvertrag vorliege, der Bf. immer davon ausgegangen sei, dass er sich am ZZ-Anteilsbestand des Herrn XY beteiligt bzw. dieser das Geld treuhändig zum Erwerb von ZZ-Genussscheinen übernehme, es sich um kein Privatdarlehen des Bf. an Herrn XY handle, laut Feststellung des Gerichtssachverständigen Dr. GU die Zahlungsunfähigkeit des Herrn XY bereits 1996 - kurz nach Beginn der Barschiene – eingetreten sei und es sich bei den Rückzahlungen an die Kunden der Barschiene somit lediglich um Kapitalrückzahlungen handeln könne. Der Beschwerde wurde das Urteil des FG Saarbrücken, 1 K 2327/03, und das Urteil des LG Gericht2, zzz, beigelegt.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 08. September 2014 wies die belangte Behörde die Beschwerde als unbegründet ab. Was die angesprochene „indirekte quotenmäßige Beteiligung“ anbelange, sei auszuführen, dass eine derartige Unterbeteiligung weder in der Übernahmebestätigung noch in den Treuhandaufträgen vereinbart worden sei. Auch sei im bisherigen Verfahren eine eventuelle Unterbeteiligung erstmalig in der Beschwerde angesprochen worden. Der diesbezügliche Einwand werde daher als reine Schutzbehauptung gesehen. Vielmehr sei offensichtlich die lukrative Verzinsung im Vordergrund gestanden und seien die Geldbeträge in darlehensähnlicher Weise bei der Privatperson XY veranlagt worden, wobei die Zinsen an die Wertentwicklung der ZZ-Genussscheine gekoppelt gewesen seien. Was das in der Beschwerde angesprochenen Argument betreffe, der Bf. hätte, unter Zugrundelegung des Urteils des LG Gericht2 vom 11. Februar 2014 (zzz), davon ausgehen können direkt bei ZZ Genussscheine zu erwerben, werde ausgeführt, dass sowohl der Treuhandauftrag als auch die Bestätigungen der Wertsteigerungen auf dem Briefpapier des XY gedruckt und teilweise von XY unterfertigt worden seien. Aus der Gestaltung und dem Inhalt der Mitteilungen zur Wertsteigerung aus dem Jahre 2006-2008, die direkt von XY an den Bf. übermittelt worden seien, ergebe sich, dass XY mit dem Bf. im eigenen Namen kontrahierte. Weiters sei das Argument des LG Gericht2 in seinem Urteil, dass ohne jeden Zweifel davon auszugehen gewesen sei direkt bei ZZ und nicht bei XY zu investieren, weil agio-frei veranlagt worden sei, nicht nachvollziehbar. Gerade der Umstand, dass agio-frei veranlagt worden sei spreche für ein Direktinvestment bei XY, decke doch normalerweise das Agio die Vertriebskosten der Emittenten und sei daher auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Emittenten auf ihr Agio verzichten sollten.

Zum vom Bf. angeführten und beigelegten Urteil des FG des Saarlandes werde festgehalten,

dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs für eine Zuordnung der zugeflossenen Beträge zu den Einkünften i.S. des deutschen EStG ohne Belang sei, ob die Beträge tatsächlich erwirtschaftet worden seien und ob die Anleger einen zivilrechtlich durchsetzbaren Anspruch besitzen würden. Auch wenn Kapital zum Aufbau oder Erhalt eines sogenannten "Schneeballsystems" verwendet werde und dem Anleger aus dem Kapital anderer getäuschter Anleger oder gar aus seinem eigenen Kapital eine "Scheinrendite" gezahlt werde, würden Einkünfte aus Kapitalvermögen vorliegen. Ungeachtet dessen sei in der gegenständlichen Beschwerde auf das Urteil des FG des Saarlandes vom 10. Mai 2012, 1 K 2327/03, verwiesen worden, wonach auch bei Schneeballsystemen ein Zinszufluss nur anzunehmen sei, wenn der Schuldner leistungsfähig und -willig sei. Der BFH hat in zahlreichen Entscheidungen zu erkennen gegeben, wonach entscheidend für die Annahme eines Zuflusses sei, ob der Steuerpflichtige in seinem konkreten Fall eine Auszahlung hätte erreichen können. Die demgegenüber angestellte Überlegung, dass Schneeballsysteme zusammenbrechen, wenn alle Anleger gleichzeitig die Rückzahlung ihrer Gelder verlangen würden, habe der BFH als nicht aussagekräftig für den Zufluss beim einzelnen Anleger angesehen. Das Urteil des FG des Saarlandes vom 10. Mai 2012 widerspreche somit der ständigen Rechtsprechung des BFH und sei auch genanntes Revisionsverfahren anhängig. Zudem sei es im vorliegenden Fall weder zutreffend und in seiner Darstellung auch nicht dienlich, da erwiesenermaßen die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit jedenfalls bis Ende September 2008 gegeben gewesen sei. Dies werde insofern untermauert, als Herr XY bis zu diesem Zeitpunkt laufende „Zinsen“ und „Kapitalforderungen“ an seine Kunden tatsächlich ausbezahlt bzw. beglichen habe. Die Zahlungsunfähigkeit des XY werde im Urteil des OGH xxx1 mit Anfang Oktober 2008 benannt. Das sei der Zeitpunkt, in dem die Gutschriften erstmals nicht mehr zu Geld gemacht werden konnten. Zwar bestätigte der Gutachter Dr. GU die Zahlungsunfähigkeit im Jahr 1996, im Fall, dass sämtliche Gläubiger zum selben Zeitpunkt ihre Einlage zurückfordern. Es sei aber darauf hinzuweisen, dass bis Oktober 2008 Hr. XY zahlungsfähig und zahlungswillig war und darüber hinaus auch seine Kunden nach deren persönlichen Wünschen immer ausgezahlt habe. Auch der OGH geht in seinem Erkenntnis xxx1 vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des XY mit Anfang Oktober 2008 aus. Das sei der Zeitpunkt in dem die Kunden des Hrn. XY erstmalig ihrer veranlagten Gelder nicht mehr ausbezahlt bekommen hätten. Ebenso habe das LG Gericht1 in seinem Strafverfahren gegen XY den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit mit Oktober 2008 angenommen, wenn es in seinem Urteil ausführt: *„Zum Zusammenbruch dieses Systems kam es im Oktober 2008, als es zu einem Überhang von Kunden die von XY ihr Kapital zurückverlangten, d.h. somit von Rückkäufen und einem völligen Ausbleiben von neuen Kunden bzw. Kapitalanlagen kam, weshalb kein entsprechender Fond für die nötigen Rückzahlungen vorhanden war, sodass es zu einem abrupten Anhalten des Karussells kam.“* Eine Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO liege erst dann vor, wenn die fälligen Zahlungen nicht mehr geleistet werden können. Im Übrigen werde hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit auf das VWGH Erkenntnis 2004/15/0110 verwiesen.

Der Bf. habe auch direkt bei ZZ Gelder veranlagt und musste ihm daher auch aus persönlicher

Anschauung der Unterschied zwischen der Veranlagung in ZZ-Genussscheinen und der „Barschienenveranlagung“ bewusst gewesen sein. Weiters habe der Bf. unbestrittener Weise, seit der Veranlagung in der „Barschiene“ des XY, nie Genussscheine in Händen gehabt. In Abwägung der dargestellten Überlegungen sei das Finanzamt in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss gekommen, dass die gegenständliche Veranlagung zwar äußerlich in einen Treuhandvertrag gekleidet gewesen sei, dass die gelebte Praxis, also der wahre wirtschaftliche Gehalt, dem Erwerb von Genussscheinen und damit einhergehenden Wertsteigerungen widerspreche und daher Gelder in darlehensähnlicher Art und Weise bei XY veranlagt und dafür auch Zinsen lukriert worden seien.

Der Bf. brachte durch seinen steuerlichen Vertreter mit Schreiben vom 06. Oktober 2014 fristgerecht den Antrag gem. § 264 Abs. 1 BAO (Vorlageantrag) ein und verwies auf die Ausführungen in der Beschwerde.

In einem ergänzenden Schriftsatz vom 05. März 2019 teilte der Bf. durch seinen steuerlichen Vertreter mit, dass zur gegenständlichen Beschwerde beim VwGH zwei idente Verfahren anhängig seien und die gegenständliche Beschwerde *„inhaltlich hiermit um die Beschwerden zu den oben genannten Verfahren ergänzt“* würden.

Die belangte Behörde legte die Bescheidbeschwerde gemäß § 265 Abs. 1 BAO dem Bundesfinanzgericht am 31. März 2015 vor. In der im Vorlagebericht enthaltenen Stellungnahme, in welcher die Abweisung der Beschwerde beantragt wurde, verwies die belangte Behörde zusätzlich zur Begründung im BP-Bericht und in der Beschwerdevorentscheidung darauf, dass es sich aus der Sicht des Finanzamtes bei den Veranlagungen in Form der sog. "Barschiene" unabhängig davon ob die Zinsen bar ausgezahlt oder thesauriert würden, um dahrlehensähnliche Geschäfte die Zinsen abwerfen würden, handle. Der Bf. habe sich teilweise Beträge in bar auszahlen lassen und teilweise die auflaufenden Zinsen thesauriert. Da der Bf. auch in ZZ-Genussscheinen sein Geld angelegt gehabt hat, sei davon auszugehen, dass ihm der Unterschied zwischen der direkten Veranlagung bei ZZ und der Veranlagung bei Hrn. XY persönlich bekannt gewesen sei.

Mit Eingabe vom 31. Jänner 2022 zog der Bf. durch seinen steuerlichen Vertreter den Antrag auf mündliche Verhandlung zurück.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Beschwerdegegenständlich ist das „Anlagesystem“ des Herrn XY, konkret jene Veranlagungsform, bei welcher der jeweilige Anleger Geld, welches in der Regel bar übergeben wurde, im Rahmen der so genannten „Barschiene“ („XY Barschiene“) direkt bei der XYF- XY

Finanzberatung (bis 2005), der XY Finanzberatung GmbH (XYF-GmbH ab 2006) bzw. bei XY (ab 2008) veranlagt hat. Dieses „XY Barschiene“-System war schon Gegenstand mehrerer Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht, so BFG vom 18.02.2019, RV/2100750/2014; vom 02.01.2017, RV/2100438/2015; vom 04.04.2017, RV/2100777/2014; vom 04.04.2017, RV/2100778/2014; vom 07.07.2017, RV/2100346/2014, vom 18.11.2021, RV/2100883/2014 und vom 13.01.2022, RV/2100341/2015. Wie in diesen genannten Verfahren festgestellt und im gegenständlichen Beschwerdeverfahren ebenfalls vorliegend (vgl. BFG-Akt OZ 1, Beschwerde, Seite 2 und 3) hat der Finanzberater XY zwei Arten von Kapitalveranlagungen angeboten. Einerseits den Erwerb von börsennotierten Substanzgenussscheinen der ZZ Invest-AG, bei dem den Anlegern ZZ-Zertifikate übergeben wurden. Andererseits die Veranlagung in der so genannten „Barschiene“, bei der die Anleger Bargeld an XY bzw. an die XYF GmbH übergaben und im Gegenzug dafür an 12.000 angeblich in XY persönlichen Besitz befindlichen ZZ-Genussscheinen beteiligen konnten. Dabei wurden bis 2007 Übernahmebestätigungen einer Kapitalanlage ausgestellt, ab dem Jahr 2008 Treuhandverträge abgeschlossen (vgl. OGH 07.06.2011, 12 Os60/11g). Die Zertifikatsnummer die bei der Erstveranlagung vergeben wurde änderten sich weder bei Veränderungen in der Veranlagung noch bei der Umstellung der Übernahmebestätigung auf den Treuhandvertrag (vgl. BFG-Akt OZ 1, Beschwerde, Seite 3). Bei der Veranlagung im Rahmen der „Barschiene“ konnte jederzeit Gelder in beliebiger Höhe eingezahlt, aber auch wieder herausgenommen werden. Weder bei der Ein- noch bei der Rückzahlung fielen Kosten oder Spesen (z.B. Agio) an. Die „Wertsteigerungen“ aus dieser Veranlagung orientierten sich an den Erträgen, die die Substanzgenussscheine der ZZ-AG erbrachten (vgl. Urteil des LG Gericht 2 27.05.2015, zzz, Seite 6). Hinsichtlich der Zuwächse konnten die Anleger jederzeit wählen, ob sie sich diese in bar auszahlen lassen – Variante mit laufender Auszahlung – oder sie weiter veranlagten – Ansparungs-, bzw. Thesaurierungsvariante – wollten.

Über die Höhe ihrer Erträge erhielten die Anleger von XY / XYF GmbH monatliche Mitteilungen. Im Beschwerdefall liegen solche Mitteilungen zum Zertifikat Nr. 4176 für den Zeitraum September 2006 bis einschließlich September 2008, ausgenommen Jänner 2007 und die „erste“ Mitteilung März 2008 (zur „ersten“ Mitteilung siehe weiter unten), vor. Ebenfalls nicht vorhanden sind die Mitteilungen für April 2006 – d.i. jener Monat in welchem laut Bf. der Erstankauf erfolgte – bis August 2006.

Im Beschwerdefall hat der Bf. somit in das „Anlagesystem“ des Herrn XY investiert und beide Veranlagungsformen gewählt (Erwerb von 19 ZZ Zertifikaten, davon 13 wieder verkauft, und Investition in das „Barschiene“-System).

Der zwischen Herrn XY und dem Bf. im Rahmen des „Barschiene“-Systems abgeschlossene Treuhandvertrag Nr. 4176 wurde im Oktober 2008 ausgestellt und dieser als Kopie vorgelegt. Aus den ebenfalls vorliegenden monatlichen Mitteilungen, mit welchen der Bf. über die „Wertsteigerung“ der Investition informiert wurde, ist ersichtlich, dass Einzahlungen von Beträgen zum Zertifikat Nr. 4176 schon seit April 2006 erfolgten.

Dem Bundesfinanzgericht liegen wie dargestellt Mitteilungen des XY bzw. der XYF GmbH zum Zertifikat Nr. 4176 vor. Stellt man die Informationen aus den Mitteilungen in Tabellenform mit den Spalten

- “Monat” = Monat der jeweiligen Mitteilung;
- “Kaufdatum” = Jeweils jener Monat in den Mitteilungen, in welchem es zu einer Änderung der Kaufsumme gekommen ist, wobei dies entweder aufgrund
 - einer Erst- oder Neuausstellung eines Treuhandauftrags bzw. vor 01. Jänner 2008 einer Übernahmebestätigung, oder
 - einer Ein- oder Auszahlung, welche in der jeweiligen Mitteilung immer in Handschrift vermerkt wurde, erfolgen konnte.

Aus dem „*Kaufdatum*“ ist also jener Monat ersichtlich, in welchem eine neue Veranlagungsperiode beginnt. Der Zeitpunkt der ersten Investition eines Anlegers kann aus dieser Information grundsätzlich nicht herausgelesen werden. Auch aus dem Treuhandauftrag ist grundsätzlich nicht ersichtlich, wie hoch die ursprüngliche Kaufsumme war, bzw. wann die Erstinvestition stattgefunden hat, da ein ausgestellter Treuhandauftrag lediglich anstelle einer früheren Übernahmebestätigung oder eines früheren Treuhandauftrags trat. Eine Ausnahme bilden jene Fälle, wo noch die erste ausgestellte Mitteilung an den Anleger, welche nach der ersten Investition (vor 2008 bestätigt durch eine Übernahmebestätigung, ab 2008 durch einen Treuhandauftrag) übermittelt wurde, vorhanden ist.

Im Beschwerdefall datiert die erste vorhanden Mitteilung vom September 2006 (btr. Monat August 2006) und wird in dieser als Kaufmonat April 2006 angegeben. Somit hat es jedenfalls auch Mitteilungen für den Zeitraum April 2006 bis August 2006 gegeben, welche aber nicht vorhanden sind. Ob bereits vor April 2006 Investitionen getätigt wurden, kann aufgrund der fehlenden Mitteilung btr. April 2006 nicht überprüft werden.

- “Wertsteigerung des jeweiligen Monats in %” = in der Überschrift der von Herrn XY an den Bf. gerichteten aktuellen monatliche Mitteilung jeweils als „*Wertsteigerung im [Monat] ...*“ ausgewiesen. Die ausgewiesenen monatlichen Wertsteigerungen bewegten sich im Beschwerdezeitraum zwischen 0,390 % und 1,550 %. Die Wertsteigerungen in den Mitteilungen entsprachen den monatlichen Wertsteigerungen des ZZ Index (vgl. ZZ Newsletter Oktober 2008);
- “Wertsteigerung kumuliert in %” = in den Mitteilungen als „*Wertsteig.*“ ersichtlich. Dabei wurden die monatlichen %-ellen Wertsteigerungen ab dem jeweiligen Kaufdatum bis zur nächsten Verfügung des Anlegers summiert;
- “Kaufsumme” = „*Kaufsumme*“ in den Mitteilungen;
- “Zugang/Abgang in Euro” = In dieser Spalte ist entweder
 - die Wertsteigerung in Euro, in den Mitteilungen als „*Depotgewinn*“ ausgewiesen, oder
 - jene Summe einer Ein- oder Auszahlung ersichtlich, welche immer als handschriftlicher Vermerk in den Mitteilungen aufscheint;
- “Summe Monatsende” = „*Depotwert*“ in den Mitteilungen und
- “mtl. [monatlicher] Zuwachs” = Differenzbetrag zwischen den Endsummen des jeweils

aktuellen Monats zum Vormonat – die monatlichen Differenzbeträge werden zeitraumbezogen summiert und in der Spalte „Σ nach Jahren“ dem jeweiligen Jahr zugeordnet – dar, ergibt sich für das Zertifikat Nr. 4176 folgendes Bild:

DEPOT	Nr 4176	Stand Okt. 2008: Euro 93.614,76					2006-2008	
Monat	Kauf-datum	Wertsteigerung Monat in %	Wertsteigerung kumuliert in %	Kauf-summe	Zugang / Abgang	Summe Monats-ende (= Σ)	mtl. Zuwachs = Σ lfd. Monat - Σ Vormonat	Σ nach Jahren
(Apr.06	Apr.06	1,270	1,270	58.485,20	742,76	59.227,96	742,76	2006
Mai.06	Apr.06	0,670	1,940	58.485,20	1.134,61	59.619,81	391,85	
Juni.06	Apr.06	1,050	2,990	58.485,20	1.748,71	60.233,91	614,09	
Juli.06	Apr.06	1,210	4,200	58.485,20	2.456,38	60.941,58	707,67	Apr.-Aug. =
Aug.06	Apr.06	1,270	5,470	58.485,20	3.199,14	61.684,34	742,76	3.199,14
Sep.06					5.000,00	66.684,34		
Sep.06	Sep.06	1,370	1,370	66.684,34	913,58	67.597,92	913,58	
Okt.06	Sep.06	1,240	2,610	66.684,34	1.740,46	68.424,80	826,88	
Nov.06	Sep.06	1,130	3,740	66.684,34	2.493,99	69.178,33	753,53	Sep.-Dez. =
Dez.06	Sep.06	1,320	5,060	66.684,34	3.374,23	70.058,57	880,24	2007
Jän.07	Jän.07				5.000,00	75.058,57		3.374,23
Jän.07	Jän.07	1,060	1,060	75.058,57	795,62	75.854,19	795,62	
Feb.07	Jän.07	1,340	2,400	75.058,57	1.801,41	76.859,98	1.005,79	
Mär.07	Jän.07	1,370	3,770	75.058,57	2.829,71	77.888,28	1.028,30	Jän.-Apr. =
Apr.07	Jän.07	1,550	5,320	75.058,57	3.993,12	79.051,69	1.163,41	3.993,12
Mai.07	Jän.07				6.000,00	85.051,69		
Mai.07	Mai.07	1,270	1,270	85.051,69	1.080,16	86.131,85	1.080,16	
Jun.07	Mai.07	1,090	2,360	85.051,69	2.007,22	87.058,91	927,06	
Jul.07	Mai.07	0,950	3,310	85.051,69	2.815,21	87.866,90	807,99	Mai-Aug. =
Aug.07	Mai.07	0,390	3,700	85.051,69	3.146,91	88.198,60	331,70	3.146,91
Sep.07	Mai.07				-8.198,60	80.000,00		Sep. =
Sep.07	Sep.07	0,670	0,670	80.000,00	536,00	80.536,00	536,00	536,00
Okt.07	Sep.07				10.000,00	90.536,00		
Okt.07	Okt.07	1,050	1,050	90.536,00	950,53	91.486,53	950,53	Okt.-Nov. =
Nov.07	Okt.07	1,270	2,320	90.536,00	2.100,44	92.636,44	1.149,91	2.100,44
Dez.07	Okt.07				-3.636,44	89.000,00		
Dez.07	Dez.07	1,340	1,340	89.000,00	1.192,60	90.192,60	1.192,60	2008
Jän.08	Dez.07	0,510	1,850	89.000,00	1.646,50	90.646,50	453,90	Dez.-Feb. =
Feb.08	Dez.07	1,070	2,920	89.000,00	2.598,80	91.598,80	952,30	2.598,80
Mär.08					-14.000,00	77.598,80		Mär. =
Mär.08	Mär.08	1,210	1,210	77.598,80	938,95	78.537,75	938,95	938,95
Apr.08	Mär.08				10.000,00	88.537,75		
Apr.08	Apr.08	1,420	1,420	88.537,75	1.257,24	89.794,99	1.257,24	
Mai.08	Apr.08	1,270	2,690	88.537,75	2.381,87	90.919,62	1.124,63	Apr.-Jun. =
Jun.08	Apr.08	1,100	3,790	88.537,75	3.355,68	91.893,43	973,81	3.355,68
Jul.08	Apr.08				6.000,00	97.893,43		
Jul.08	Jul.08	0,910	0,910	97.893,43	890,83	98.784,16	890,83	
Aug.08	Jul.08	1,150	2,060	97.893,43	2.016,60	99.909,93	1.125,77	Jul.-Sep. =
Sep.08	Jul.08	0,720	2,780	97.893,43	2.721,43	100.614,76	704,83	2.721,43
Sep.08					-7.000,00			
Okt.08						93.614,76		
							Gesamt:	25.964,70

Diese Tabelle unterscheidet sich bezüglich der Ein- und Auszahlungsmonate teilweise von der Auflistung des Bf. in seiner Vorhaltsbeantwortung vom 17. Jänner 2013, nicht aber hinsichtlich der Summen (BFG-Akt OZ 13, Seite 2). So wird etwa der erste Zukauf iHv. 5.000,00 Euro in der Vorhaltsbeantwortung mit Juni 2006 angegeben, in den Mitteilungen erst mit September 2006. Das Bundesfinanzgericht geht in freier Beweiswürdigung davon aus, dass die jeweiligen Ein- und Auszahlungen in den Monaten laut Mitteilungen erfolgten, da diese zeitnah ausgestellt

wurden, während die Liste laut Vorhaltsbeantwortung erst nachträglich erstellt wurde bzw. werden konnte.

Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass das Zertifikat Nr 4176 – ausgehend von der Information des Bf. – im April 2006 (= „*Kaufdatum*“) um einen Betrag iHv. 58.485,20 Euro erworben wurde. Zwar fehlen die Mitteilungen für den Zeitraum April bis einschließlich August 2006, allerdings konnten aufgrund der Erstkaufsumme, welche auf der Mitteilung von September 2006 ausgewiesen wurde, und der in anderen „XY Barschiene“-Fällen aufliegenden Tabellen über die prozentuellen Wertsteigerungen auch für diese Monate die entsprechenden Beträge errechnet werden (d.s. in der Tabelle die ersten fünf Zeilen, welche „kursiv geschrieben“ und in Klammer gesetzt wurden).

Der Betrag iHv. 58.485,20 Euro (als „*Kaufsumme*“ in den Mitteilungen ausgewiesen) stellt die erste Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Zugangs/Abgangs (= „*Depotgewinn*“ in den Mitteilungen) dar.

Im Zeitraum 2006 bis 2008 gab es folgende Bemessungsgrundlagen („*Kaufsummen*“):

Von April 2006 bis August 2006 den Betrag iHv. 58.485,20 Euro,
 von September 2006 bis Dezember 2006 den Betrag iHv. 66.684,34 Euro,
 von Jänner 2007 bis April 2007 den Betrag iHv. 75.058,57 Euro,
 von Mai 2007 bis August 2007 den Betrag iHv. 85.051,69 Euro,
 im September 2007 den Betrag iHv. 80.000,00 Euro,
 von Oktober 2007 bis November 2007 den Betrag iHv. 90.536,00 Euro,
 von Dezember 2007 bis Februar 2008 den Betrag iHv. 89.000,00 Euro,
 im März 2008 den Betrag iHv. 77.598,80 Euro,
 von April 2008 bis Juni 2008 den Betrag iHv. 88.537,75 Euro, und
 von Juli 2008 bis September 2008 den Betrag iHv. 97.893,33 Euro.

Der Zugang/Abgang bzw. „*Depotgewinn*“ lt. Mitteilungen errechnet sich entweder mittels der jeweiligen kumulierten Wertsteigerung (= „*Wertsteig.*“ in den Mitteilungen) oder durch Ein- bzw. Rückzahlungen.

Beispielsweise wurde im Dezember 2006 die Wertsteigerung dieses Monats mit 1,32% ausgewiesen. Seit dem letzten Kaufdatum September 2006 ergab sich eine kumulierte Wertsteigerung von gesamt 5,06 % bzw. ein Eurobetrag von 3.374,23 Euro (= „*Depotgewinn*“ laut Mitteilung). Aus der „*Kaufsumme*“ iHv. 58.485,20 Euro zuzüglich „*Depotgewinn*“ (= kumulierte Wertsteigerung) iHv. 3.374,23 Euro ergab sich im Monat Dezember der Wert von 70.058,57 Euro, welcher in der Mitteilung als „*Depotwert*“ ausgewiesen wurde.

Beginnend mit Jänner 2007 bis einschließlich April 2007 wurden die monatlichen Wertsteigerungen wieder summiert, sodass sich mit April 2007 eine kumulierte Wertsteigerung von 5,320 % ergeben hat. Entsprechend errechnete sich im April 2007 der „*Depotwert*“ von 79.051,69 Euro.

Im Mai 2007 wurden zwei Mitteilungen vorgelegt. Auf der ersten Mitteilung ist in Handschrift

der Vermerk „+6.000,00 Euro; 85.051,69 Euro“ angefügt. In der obigen Tabelle ist dieser Vorgang in der ersten „Mai.07“-Zeile und den Einträgen 6.000,00 in den Spalten „Zugang/Abgang“ und 85.051,69 in „Summe Monatsende“ ersichtlich. Der nach der Einzahlung neue Betrag von 85.051,69 Euro stellt gleichzeitig – wie aus der zweiten Mitteilung und in der Tabelle in der zweiten „Mai.07“-Zeile ersichtlich – die neue Bemessungsgrundlage (= „Kaufsumme“ in den Mitteilungen) ab Mai 2007 dar.

Mit Einzahlung der 6.000,00 Euro wurde auch ein neuer Zeitraum für die Wertsteigerung(en) begonnen: Die kumulierte Wertsteigerung im April 2007 iHv 5,320 % wurde zurückgesetzt und begann im Mai 2007 mit der für diesen Monat angegebenen 1,270% Wertsteigerung auch die kumulierte Wertsteigerung neu zu laufen (kumulierte Wertsteigerung Mai 2007: 1,270%).

Ebenso wurden neue Mitteilungsperioden aufgrund der jeweiligen Ein- oder Auszahlung begonnen und finden sich entsprechend zwei Mitteilungen

für den September 2006 (erste Mitteilung: Einzahlung von 5.000,00 Euro, neue Kaufsumme 66.684,34 Euro),

Mai 2007 (erste Mitteilung: Einzahlung von 6.000,00 Euro, neue Kaufsumme 85.051,69 Euro),

September 2007 (erste Mitteilung: Auszahlung von 8.198,06 Euro, neue Kaufsumme 80.000,00 Euro),

Oktober 2007 (erste Mitteilung: Einzahlung von 10.000,00 Euro, neue Kaufsumme 90.536,00 Euro),

Dezember 2007 (erste Mitteilung: Auszahlung von 3.636,44 Euro, neue Kaufsumme 89.000,00 Euro),

März 2008 (erste Mitteilung: Auszahlung von 14.000,00 Euro, neue Kaufsumme 77.598,80 Euro),

April 2008 (erste Mitteilung: Einzahlung von 10.000,00 Euro, neue Kaufsumme 88.537,75 Euro), und

Juli 2008 (erste Mitteilung: Einzahlung von 6.000,00 Euro, neue Kaufsumme 97.893,43 Euro).

Für den Jänner 2007 liegen zwar keine Mitteilungen vor, aufgrund der Mitteilung vom Februar 2007 ist aus den soeben dargelegten Gründen davon auszugehen, dass auch für den Jänner 2007 zwei Mitteilungen ergangen sind (Einzahlung von 5.000,00 Euro und neue Kaufsumme 75.058,57 Euro).

Für September 2008 liegt nur eine Mitteilung vor, nach welcher der „Depotwert“ 100.614,76 Euro beträgt und eine Auszahlung von 7.000,00 Euro geleistet wurde, sodass sich der „Depotwert“ auf 93.614,76 Euro verringerte.

Der in der obigen Tabelle in der vorletzten Spalte als monatlicher Zuwachs (mtl. Zuwachs) ausgewiesene Wert ergibt sich aus der Differenz zwischen der Summe am Ende des laufenden Monats abzüglich der Summe am Ende des Vormonats. Im Beispiel Dezember 2006: Summe Ende Dezember 2006 (= laufender Monat) iHv. 70.058,57 Euro abzüglich Summe Ende November 2006 (= Vormonat) iHv 69.178,33 ergibt einen Zuwachs für den Monat Dezember 2006 iHv 880,24 Euro.

In der letzten Spalte „Σ nach Jahren“ werden die zeitraumbezogenen Beträge in Jahresbeträgen zusammengefasst, wobei die zweite Summe iHv 3.374,23 Euro dem Jahr 2007 zugerechnet wurde, da laut Mitteilung Februar 2007 als Kaufdatum „Jän. 07“ angeführt wurde und daher davon auszugehen ist, dass der Zufluss im Jänner 2007 stattgefunden hat.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bf. durch die Mitteilungen regelmäßig über die Höhe der „Wertsteigerung“ und des jeweiligen „Depotwerts“ informiert wurde.

Für das Zertifikat sind im Beschwerdezeitraum in den Monaten September 2006, Jänner 2007, Mai 2007, September 2007, Oktober 2007, Dezember 2007, März 2008, April 2008, Juli 2008 und September 2008 Ein- oder Rückzahlungen erfolgt.

In den genannten Monaten ergaben sich auch die Änderungen der Kaufsummen, welche in Folge als neue Bemessungsgrundlagen für die weiteren Mitteilungen dienten. Im Oktober 2008 – jener Monat in welchem das XY-System zusammengebrochen ist – wurden keine Mitteilungen mehr ausgestellt.

2. Rechtliche Beurteilung

Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

Der Bf. vertritt die Ansicht, dass er über dem Weg der „Barschiene“ auf Grundlage eines schriftlichen Treuhandvertrages anteilig ZZ-Substanzgenusscheine bzw. Indexzertifikaten bei XY bzw. der XYF GmbH erworben bzw. sich am ZZ-Anteilsbestand des Herrn XY beteiligt habe und es sich nicht um ein Privatdarlehen an Herrn XY oder um ein darlehnsähnliches Geschäft, aber auch nicht um eine Direktveranlagung bei Herrn XY handle, da dieser bis Jänner 2008 Vorstandmitglied in der ZZ-Gruppe gewesen sei. Die Kursgewinne der Substanzgenusscheine seien gem. §§ 30 und 31 EStG 1988 aF nach Ablauf der Spekulationsfrist von einem Jahr steuerfrei gewesen. Wenn es sich bei dem System XY von vornherein um Anlagebetrug gehandelt habe, gelte, dass ein Anlegerbetrüger nicht leistungswillig und leistungsfähig sei, sodass allfällige Zahlungen als Kapitalrückzahlungen zu werten seien. Zudem sei laut Feststellung des Gerichtssachverständigen Dr. GU die Zahlungsunfähigkeit des Herrn XY bereits 1996 – kurz nach Beginn der Barschiene – eingetreten.

Die an den Bf. ausbezahlte (Gesamt)Summe iHv. 32.835,04 Euro sei als Substanzauszahlung bzw. um Auszahlungen eines Teilbetrages der thesaurierten Wertsteigerungen zu werten. Zur Untermauerung seiner Argumente hat der Bf. neben dem den Bundesfinanzgericht übermittelnden Urteil des LG Gericht2 Gz zzz in der Beschwerde auch das Gutachten von Dr. GU, Gerichtssachverständiger im Strafverfahren XY, genannt und aus der diesbezüglichen Strafverhandlung sinngemäß zitiert. Für das Bundesfinanzgericht ist daraus ersichtlich, dass nicht nur die belangte Behörde, sondern auch der Bf. über das Gutachten von Dr. GU und über das (nicht veröffentlichte) Urteil des LG Gericht1 Gz xyz btr. XY verfügte.

Demgegenüber sieht die belangte Behörde in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein darlehensähnliches Rechtsgeschäft vorliegend und setzte zum Zertifikat Nr. 4176 Einkünfte aus Kapitalvermögen für das Jahr 2006 in Höhe von 6.899,21 Euro, für das Jahr 2007 in Höhe von 11.157,98 Euro und für das Jahr 2008 in Höhe von 8.566,42 Euro im Schätzungswege gem. § 184 BAO fest, indem sie die in den monatlichen Mitteilungen von Herrn XY bzw. der XYF GmbH ausgewiesenen „Depotgewinne“ als Zinsen beurteilte.

Der Wille des Bf. sei immer nur auf eine äußerst lukrative, sonst am Finanzmarkt nicht zu lukrierende Verzinsung seines Investments gerichtet gewesen. Zudem sei ein Direktinvestment bei XY vorliegend, da der Treuhandvertrag auf dem Papier von XY errichtet, von XY unterfertigt und die Mitteilungen im Namen von XY ausgestellt worden seien. Auch die agio-freie Veranlagung spreche für die Direktinvestition, da das Agio normalerweise die Vertriebskosten der Emittentin decke. Weiters hätte der Bf. seit der „Barschiene“-Veranlagung nie Genusscheine in den Händen gehabt. Basis für die Nichtanerkennung des Treuhandvertrags sei die tatsächlich gelebte Praxis sowie der wahre wirtschaftliche Gehalt der Veranlagung.

Gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 in der für die Streitjahre geltenden Fassung sind Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, zum Beispiel aus Darlehen, Anleihen, Einlagen, Guthaben bei Kreditinstituten und aus Ergänzungskapital im Sinne des Bankwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes, Einkünfte aus Kapitalvermögen, soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 EStG 1988 gehören.

Nach § 30 Abs. 1 Z 1 lit. b EStG 1988 in der in den Streitjahren geltend Fassung unterliegen Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung bei anderen Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren im Sinne des § 1 Abs. 1 des Depotgesetzes, bei sonstigen Beteiligungen und Forderungen, nicht mehr als ein Jahr beträgt, als Spekulationsgeschäfte der Besteuerung zum laufenden Tarif.

Gemäß § 19 Abs. 1 EStG 1988, erster Satz, werden Einnahmen in jenem Kalenderjahr bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind.

Zufolge § 21 Abs. 1 BAO ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend (wirtschaftliche Betrachtungsweise).

Nach § 167 Abs. 2 BAO iVm. § 2a BAO haben die Verwaltungsgerichte unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (Grundsatz der freien Beweiswürdigung).

Der Tatbestand des § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 ist weit gefasst. Darunter werden die laufenden Kapitalerträge aus Fremdkapitalinstrumenten erfasst (vgl. *Kirchmayr* in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG-Kommentar¹⁶, § 27 Tz 65). Die wichtigsten Kapitalfrüchte

sind Zinsen. Dabei handelt es sich um das wirtschaftliche Nutzungsentgelt für die Kapitalüberlassung, egal wie es im Einzelfall bezeichnet wird (Quantschnigg/Schuch, ESt-Handbuch, § 27 Tz 21). Neben vertraglichen oder gesetzlichen Zinsen zählt auch eine laufend ausbezahlte Wertsicherung dazu (Kirchmayr, a.a.O., Tz 70 mwH).

Bis zum BudBG 2011, BGBl I 2010/111, unterlagen im Bereich der außerbetrieblichen Einkunftsarten lediglich die Früchte aus Kapitalvermögen (Einkünfte aus der Überlassung von Kapital, zB Zinsen oder Dividenden) der Kapitalbesteuerung, nicht hingegen positive wie negative Einkünfte, die aus dem Verkauf, der Einlösung oder sonstiger Abwicklung der Substanz selbst stammen (Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen wie z.B. Gewinne aus der Veräußerung von Aktien, GmbH Anteilen und Forderungswertpapieren). Entsprechend ist bis zur Rechtslage vor BudBG 2011 zwischen laufenden Kapitalerträgen und Substanzgewinnen zu differenzieren, da Wertschwankungen des Vermögensstamms nur in Ausnahmefällen als Einkünfte aus Spekulationsgeschäften erfasst wurden (vgl. Kirchmayr-Schiesselberger/Finsterer/Hofstätter/Polivanova-Rosenauer/Schuchter-Mang, Handbuch der Besteuerung von Kapitalvermögen in der Praxis², Kap. 5.6.1 und 5.6.3, Stand 1.6.2014, rdb.at; Mühlehner in Hofstätter/Reichel, Einkommensteuer: Kommentar⁵⁶, § 27 Abs. 1, Tz 5f und § 27 Abs. 3, Tz 1).

Bezüglich des gegenständlichen Falles bedeutet dies, dass nur die Erträge des Kapitalstammes von Bedeutung sind, nicht hingegen der Kapitalstamm selbst, seine Wertsteigerungen und Wertminderungen (vgl. VwGH 11.11.2008, 2006/13/0088).

Das Anlagesystem des XY bildete auch den Gegenstand von Verfahren vor den ordentlichen Gerichten – wie der Bf. selbst in seiner Beschwerde durch Vorlage und Bezugnahme auf das Urteil des LG Gericht2 zu Gz zzz vorbringt – und dem Verwaltungsgerichtshof (vgl. die Ergänzung des Bf. vom 07. März 2019 mit den angeführten, zu diesem Zeitpunkt erst anhängig gewordenen, Verfahren Ra 2018/15/0090 und Ra 2018/15/0095).

Die ordentlichen Gerichte befassten sich mit dem System des XY und den insolvenzrechtlichen Auswirkungen des ZZ-Genussscheinsystems – XY war bis 14 Jänner 2008 Vorstand der ZZ Invest AG – wie folgt:

Im Verfahren vor dem LG Gericht1, xyz, wurde XY mit Urteil vom 31. März 2011 der Verbrechen des gewerbsmäßigen schweren Betrugs nach §§ 146, 147 zweiter Fall StGB und der betrügerischen Krida nach § 156 Abs 1 und 2 StGB und des Vergehens der Begünstigung eines Gläubigers nach § 158 Abs 1 StGB schuldig erkannt [siehe OGH 07.06.2011, xxx1, abrufbar über das „Rechtsinformationssystem des Bundes“ – RIS]. Der Urteilsfindung zugrunde gelegt wurde das Gutachten des Sachverständigen Dr. GU, in welchem das „XY Barschiene“-System begutachtet wurde. Dieses Gutachten wurde von beiden Verfahrensparteien in ihren jeweiligen Schriftstücken entweder unter Anführung der jeweiligen im Gutachten angegebenen Tz zitiert (so die belangte Behörde), oder inhaltsgemäß wiedergegeben (so der Bf.).

Zum Verfahren LG Gericht1, xyz, erging mit 07. Juni 2011 zu xxx1 [abrufbar über RIS] ein Zurückweisungsbeschluss des OGH, in welchem u.a. den Feststellungen des LG Gericht1, dass die Zahlungsunfähigkeit des XY mit Oktober 2008 eingetreten ist und er danach drei Gläubigern zwischen Anfang Oktober bis 09. November 2008 Auszahlungen leistete, nicht entgegengetreten wurde.

Im Urteil vom 30. Oktober 2014 zu xxx2 [abrufbar über RIS] entschied der OGH, dass keine Insolvenzforderung auf einen Scheingewinn aus einem nichtigen Wertpapiergeschäft zusteht. Die Anleger, die dem ZZ-System zum Opfer fielen, können ihr investiertes Geld –welches sich aus dem Ankaufspreis der Genussscheine zuzüglich dem von den Klägern bezahlten Agio sowie 4 % Zinsen p.a. (bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens) ergibt – nicht jedoch den erhofften Scheingewinn zurückverlangen (dh lediglich Ersatz des Vertrauensschadens). Im Urteil wurde u. a. festgehalten, dass die Methode eines Verkaufs von Wertpapieren an gutgläubige Investoren mit dem werbewirksamen Versprechen, die Papiere zu einem höheren Preis zurückzukaufen (wofür idR die Mittel aus dem Verkauf weiterer Wertpapiere eingesetzt werden), bei entsprechendem Vorsatz den strafrechtlichen Vorwurf des gewerbsmäßigen Betrugs ("Ponzi scheme") und Nichtigkeit nach § 879 ABGB begründet und der Rückkaufsoptionspreis ein reines Fantasieprodukt darstellt, welches zu den Wesenselementen des Betrugssystems gehört.

Im Verfahren vor dem LG Gericht2, zzz [zweiter Rechtsgang], wurde mit Urteil vom 27. Mai 2015 festgestellt, dass der klagenden Partei im Insolvenzverfahren der ZZ Gruppe AG eine Insolvenzforderung zusteht, da nach § 1313a ABGB (Einstandspflicht/Haftung für Erfüllungsgehilfen) iVm § 2 Abs 1 Z 15 WAG 2007 die beklagte Partei zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, da sie für das Verschulden der Finanzdienstleistungsassistenten, deren sie sich bei der Erbringung der Wertpapierdienstleistungen bedient hat, haftet.

Schließlich hat der OGH in einem weiteren Urteil vom 10. Februar 2017, 1 Ob 73/16s, eine Amtshaftung für etwaige Versäumnisse der Aufsicht verneint, weshalb die ZZ-Anleger ihren Vermögensschaden selbst zu tragen haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits in folgende Fällen, welche im Zusammenhang mit dem „Barschiene-System“ des XY stehen, befasst:

- VwGH 22.05.2014, 2012/15/0079: Mit Beschluss vom 22. Mai 2014, lehnte der VwGH eine Behandlung der Beschwerde gemäß § 33a VwGG idF BGBl. I Nr. 51/2012 mit der Begründung ab, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen ist und die gegenständliche Beweiswürdigung der belangten Behörde der Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof standgehalten hat. In der diesem Beschluss zugrundeliegenden Entscheidung des UFS vom 10. Februar 2012, RV/0222-G/11, hat der UFS festgestellt, dass der Berufungswerber offene Forderungen an seinen Geschäftspartner (Schuldner) hatte, von diesem drei Kapitalanlagen mit Kapital -und Rückkaufgarantie (jew. „Übernahmebestätigung einer Kapitalanlage“) erworben hatte und Zinsen für diese Veranlagungsform lukrierte.

▪ VwGH 31.01.2018, Ra 2017/15/0097: Mit Beschluss vom 31. Jänner 2018 wurde die erhobene Revision vom VwGH – ohne in die Sache inhaltlich einzugehen – mangels Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG zurückgewiesen.

▪ VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0090: Im Erkenntnis vom 18. Mai 2020 wurde die Entscheidung des Bundesfinanzgerichts vom 04. April 2017, RV/2100778/2014 (gleich VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0095, btr. BFG 04.04.2017, RV/2100777/2014), aufgehoben. In diesem Erkenntnis setzte sich der Verwaltungsgerichtshof inhaltlich mit der Beurteilung des Barschiene-Systems wie folgt auseinander:

„22 Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören nach § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art. Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen zählen somit alle Vermögensvermehrungen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung Entgelt für eine Kapitalnutzung darstellen. Unerheblich ist es, ob der Überlassung von Kapital ein Darlehensvertrag oder ein anderer Titel zu Grunde liegt (vgl. zu Verzugszinsen VwGH 15.09.2016, Ra 2014/15/0018).

23 Einnahmen sind dann als zugeflossen anzusehen, wenn der Empfänger rechtlich und wirtschaftlich über sie verfügen kann. Der Gläubiger verfügt (auch dann) über einen Geldbetrag, wenn die Auszahlung des Geldbetrages auf Wunsch des Gläubigers verschoben wird, obwohl der Schuldner zahlungswillig und zahlungsfähig ist. Der Zufluss ist damit bereits in diesem Zeitpunkt (Fälligkeitstag) erfolgt. Ist eine Auszahlung grundsätzlich möglich, entscheidet sich der Gläubiger aber - wenn auch nach Überredung durch den Schuldner - die fälligen Erträge wieder zu veranlagern, so ist der Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988 durch die Verfügung der Wiederveranlagung in diesem Zeitpunkt erfolgt. Der wiederveranlagte Ertrag bildet eine neue Einkunftsquelle (oder einen Teil einer Einkunftsquelle), deren Untergang auf die Steuerpflicht früher zugeflossener Erträge steuerlich keine Auswirkung hat. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerlich eingesetzten Kapitals ist steuerlich unbeachtlich (vgl. VwGH 06.07.2006, 2003/15/0128, mwN) ...

29 Welche tragfähigen Feststellungen dafür sprächen, dass sich der Revisionswerber monatlich fällige 'Wertsteigerungen' habe zusagen lassen, die er 'wiederveranlagt' habe, ist dem angefochtenen Erkenntnis allerdings nicht zu entnehmen. Im Prüfungsbericht findet sich die Ablichtung einer jener monatlichen Mitteilungen, mit welcher der Revisionswerber und seine Ehefrau über die 'Wertsteigerung' ihres Treuhandauftrages informiert wurden. Darin sind das Kaufdatum, die Kaufsumme, die Wertsteigerung (die 'monatlichen Wertsteigerungen' offenbar summiert ab dem jeweiligen Kaufdatum, wobei in der Überschrift die aktuelle monatliche Wertsteigerung aufscheint), der Depotgewinn und der Depotwert ausgewiesen. Weiters wird im Prüfungsbericht die Aussage einer Mitarbeiterin des X wiedergegeben, wonach 'sofern der Kunde nur einen Teilbetrag wollte, wurde dieser Betrag vom eingezahlten Betrag inkl. Wertsteigerungen abgezogen und ein neuer Treuhandauftrag mit dem Datum der Auszahlung mit dem nun neuen Betrag ausgefertigt'. Eine monatlich fällige Verzinsung über die der Anleger durch Wiederveranlagung verfügt habe, ist daraus nicht ableitbar.

30 Lediglich für das Jahr 2008 wurden vom Prüfer Feststellungen über erfolgte Auszahlungen verbunden mit der Erteilung eines neuen Treuhandauftrages getroffen, die im Sinne der angeführten Vorjudikatur als Zufluss iSd des § 19 EStG 1988 beurteilt werden durften. Doch liegt auch der Schätzung der Einkünfte aus Kapitalvermögen für das Jahr 2008 offenkundig die Ansicht zu Grunde, dass bereits die bloße Mitteilung von 'Depotgewinnen' zu einem Zufluss führt und - zu Gunsten des Revisionswerbers - 'ohnehin' nur von einem Kapitaleinsatz von 200.000 EUR ausgegangen worden sei.

31 Somit geht auch die Schätzung der Einkünfte für das Jahr 2008 von einer unrichtigen Rechtsansicht aus, wobei nach der Lage des Falles nicht ohne Weiteres gesagt werden kann, dass sich dieser Umstand nur zu Gunsten des Revisionswerbers auswirken konnte ...“

Die Aussagen des Verwaltungsgerichtshofs in diesem Erkenntnis lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Rz 22: Der Verwaltungsgerichtshof stellt seinen weiteren rechtlichen Erwägungen die Definition der Einkünfte aus Kapitalvermögen voran. Zentrales Element bei diesen Einkünften ist die Vermögensvermehrung, unerheblich hingegen der Titel der Kapitalüberlassung (Darlehensvertrag oder ein anderer Titel).

Rz 23: Als Zuflusszeitpunkt der Einnahmen wird jener Zeitpunkt beurteilt, in dem vom Gläubiger (= jeweilige Anleger) über die Wiederveranlagung fälliger Erträge verfügt wird und bildet der wiederveranlagte Ertrag eine neue Einkunftsquelle, deren Untergang auf die Steuerpflicht früher zugeflossener Erträge steuerlich keine Auswirkung hat.

Rz 29 zeigt die vom Bundesfinanzgericht im fortgesetzten Verfahren noch zu eruierenden Punkte auf: So fehlen die Feststellung btr. Zusage für „monatlich fällige Wertsteigerungen“ (die der Revisionswerber dann wiederveranlagt hat), und dass der Anleger über die monatlich fällige Verzinsung durch Wiederveranlagung verfügt hat. Die monatlichen Mitteilungen stellen kein Nachweis einer monatlichen Verzinsung dar.

In Rz 30 wird für das Jahr 2008 festgestellt, dass bzgl. des Zuflusszeitpunktes eine richtige Feststellung getroffen wurde – als Zuflusszeitpunkt wurde die erfolgte Auszahlung verbunden mit der Erteilung eines neuen Treuhandauftrages festgestellt –, allerdings zwei Fehler im Rahmen der Schätzung begangen wurden: Zum einen wurde letztlich ein zu früher Zuflusszeitpunkt herangezogen, da der Prüfer ausführte, dass „bereits die Mitteilung von Depotgewinnen zum Zufluss führt“. Zum anderen wurde vom Prüfer lediglich von einem Kapitaleinsatz von 200.000,00 Euro ausgegangen.

Aus diesen Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs können unter Heranziehung des gesamten Revisions-Sachverhaltes zu Ra 2018/15/0090 hinsichtlich des „XY Barschiene“-Systems folgende rechtliche Schlüsse gezogen werden:

- In den XY „Barschiene-System“-Fällen ist als Gläubiger der jeweilige Anleger, als Schuldner XY anzusehen.

- Der Verwaltungsgerichtshof verweist in seiner Begründung in Rz 22 auf § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 und das Erkenntnis VwGH 15.09.2016, Ra 2014/15/0018. Im Erkenntnis vom 15. September 2016 hat der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass zu den Einkünften aus Kapitalvermögen alle Vermögensmehrungen gehören, die bei wirtschaftlicher Betrachtung Entgelt für eine Kapitalnutzung darstellen und es unerheblich ist, ob der Überlassung von Kapital ein Darlehensvertrag oder ein anderer Titel zu Grunde liegt. Selbst eine vom Schuldner erzwungene Kapitalüberlassung führt zu Einkünften aus Kapitalvermögen.

Infolge dieser Verweise im VwGH-Judikat (auf VwGH 15.09.2016, Ra 2014/15/0018 und auf § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988) ist zu schließen, dass der Verwaltungsgerichtshof im Revisionsfall Ra 2018/15/0090 dem Grunde nach Einkünfte aus Kapitalvermögen als zugeflossen ansieht, da eine Vermögensvermehrung gegeben ist, die Entgelt für eine Kapitalnutzung darstellt.

Damit ist im gegenständlichen Beschwerdeverfahren in Folge auch nicht auf die Frage, ob nun eine Darlehenskonstruktion vorliegt oder nicht, einzugehen, wie (nochmals) aus Rz 22 ersichtlich: „... *Unerheblich ist es, ob der Überlassung von Kapital ein Darlehensvertrag oder ein anderer Titel zugrunde liegt*“.

Im Übrigen judiziert auch der deutsche Bundesfinanzhof, dass es unerheblich ist, ob der Überlassung von Kapital ein Darlehensvertrag oder ein Kaufvertrag oder ein anderer Rechtsgrund zugrunde liegt (vgl. BFH 31.10.1989, VIII R 210/83).

- Zu Rz 23: Wird die Auszahlung eines fälligen Geldbetrags auf Wunsch des Gläubigers verschoben, obwohl der Schuldner zahlungswillig und zahlungsfähig ist, liegt eine Vorausverfügung vor und der Zufluss ist bereits in diesem Zeitpunkt erfolgt (siehe dazu auch *Peyerl* in Jakom EStG¹⁴, § 19 Rz 26 mit Verweis auf VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0090).

- Ist eine Auszahlung grundsätzlich möglich, entscheidet sich der Anleger aber für die Wiederveranlagung, so liegt ein Zufluss durch Verfügung vor. Dies gilt auch bei einem Schneeballsystem, bei dem der Anleger vom Betrüger zur „Wiederveranlagung überredet“ wird (vgl. *Marschner* in Jakom EStG¹⁴, § 27 Rz 22 mwH ua auch auf VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0090).

- In Rz 29 wird angesprochen, dass der Anleger über die monatlich fällige Verzinsung durch Wiederveranlagung verfügt. Da die Verzinsung am Kapital gebunden ist, und sich dieses Kapital im Revisionsfall im Vergleich zur Ersteinzahlung (diese betrug im Revisionsfall 200.000,00 Euro) erhöht hat, hat auch die Verzinsung auf Grundlage des jeweils höher werdenden Kapitals zu erfolgen. Zur Berechnung der Verzinsung ist somit nicht der Kapitalstand der Erstinvestition (im Revisionsfall 200.000,00 Euro) heranzuziehen, sondern der sich durch Thesaurierung bzw. mittels Einzahlung jeweils höhere oder durch Auszahlung niedrigere und damit geänderte Kapitalbetrag.

- Aus der Formulierung in Rz 31 „*Somit geht auch die Schätzung der Einkünfte für das Jahr 2008 von einer unrichtigen Rechtsansicht* [= „Mitteilung“ als Zufluss, Heranziehung nur der

Erstzahlung iHv 200.000,00 Euro bei der Ermittlung des Kapitaleinsatzes] aus, wobei nach der Lage des Falles nicht ohne Weiteres gesagt werden kann, dass sich dieser Umstand nur zu Gunsten des Revisionswerbers auswirken konnte“ ergibt sich, dass bei Ermittlung des korrekten Zuflusszeitpunktes nicht die „Mitteilung von Depotgewinnen“ als Zuflusszeitpunkt zu werten ist und bzgl. der richtigen Schätzung der Höhe der Einkünfte jedenfalls nicht nur der erstmalige Kapitaleinsatz heranzuziehen ist

Auch der deutsche Bundesfinanzhof hat sich in mehreren Entscheidungen mit dem Zufluss von Kapitaleinnahmen aus Schneeballsystemen auseinandergesetzt (vgl. Pressemitteilung BFH vom 14. Mai 2021 zum BFH Urteil vom 29.09.2020, VIII R 17/17).

Im Urteil vom 11. Februar 2014, VIII R 25/12 (ergangen zum vorgebrachten Urteil des LG Saarland 1 K 2327/03) veröffentlichte der BFH zwei Leitsätze:

„1. Gutschriften aus Schneeballsystemen führen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen, wenn der Betreiber des Schneeballsystems bei entsprechendem Verlangen des Anlegers zur Auszahlung der gutgeschriebenen Beträge leistungsbereit und leistungsfähig gewesen wäre (Bestätigung der Rechtsprechung).

2. An der Leistungsbereitschaft des Betreibers des Schneeballsystems kann es fehlen, wenn er auf einen Auszahlungswunsch des Anlegers hin eine sofortige Auszahlung ablehnt und stattdessen über anderweitige Zahlungsmodalitäten verhandelt. Einer solchen Verweigerung oder Verschleppung der Auszahlung steht es nicht gleich, wenn der Betreiber des Schneeballsystems den Anlegern die Wiederanlage nahelegt, um den Zusammenbruch des Schneeballsystems zu verhindern, die vom Anleger angeforderten Teilbeträge jedoch auszahlt.“

Weiters führt der BFH in der Rz 23 aus:

„a) Der Senat hält daran fest, dass auch Gutschriften über wiederangelegte Renditen in Schneeballsystemen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen i.S. von § 20 EStG führen (...), wenn der Schuldner der Erträge leistungsbereit und leistungsfähig ist.“

Somit hält der BFH fest, dass auch Kapitaleinkünfte aus vorgetäuschten Gewinnen im Rahmen eines Schneeballsystems der Besteuerung unterliegen, wenn der Anleger über diese, z.B. durch eine Wiederanlage, verfügen kann und der Schuldner der Kapitalerträge zu diesem Zeitpunkt leistungsbereit und leistungsfähig ist. Dies gilt auch dann, wenn das Schneeballsystem zu einem späteren Zeitpunkt zusammenbricht und der Anleger sein Geld verliert.

Diese ständige Rechtssprechung erfährt auch durch die Urteile vom 29.09.2020, VIII R 17/17, und vom 27.10.2020, VIII R 42/18, keine Änderung. In den zugrundeliegenden Fällen gaben Anlagebetrüger gegenüber den Anlegern an, Kapitalertragsteuer auf die Gewinne an den Fiskus abgezogen, angemeldet und abgeführt zu haben. Der BFH hat in den beiden letztgenannten Urteilen ausgesprochen, dass Scheingewinne aus Schneeballsystemen nicht der Einkommensteuer unterliegen, wenn Anlagebetrüger ihren Kunden die Abführung der Kapitalertragsteuern durch eine falsche Abrechnung vortäuschen. In den Fällen des XY-Systems wurde aber keine solchen Scheinsteuerzahlungen vorgetäuscht, sodass diese Aussagen aus der jüngste Judikatur des BFH auf den Beschwerdefall keine Auswirkung haben.

Nur ergänzend ist festzustellen, dass es sich beim XY- System um ein „Ponzi-Schema“ handelt (siehe OGH 30.10.2014, 8 Ob28/14x). Im Unterschied zu einem Schneeballsystem oder Pyramidenspiel, bei dem zur Wahrung oder Erhöhung der eigenen Gewinnchance die Anwerbung neuer Mitspieler notwendig und durch die Anzahl der vorhandenen Interessenten begrenzt ist, wird das „Ponzi-Schema“ durch den Verkauf von Wertpapieren an gutgläubige Anleger mit dem Versprechen des Rückkaufs zu höherem (nicht mit dem wahren Marktwert korrespondierendem) Preis verwirklicht. Hierzu werden zwar in der Regel die Mittel aus weiteren Verkäufen eingesetzt, doch muss der Käufer keine weiteren Interessenten anwerben (vgl. *Rohrer*, Nichtigkeits Rückkaufsoption des betrogenen Anlegers, in EvBl-LS 2015/54 Heft 7; OGH 30.10.2014, 8Ob28/14x mwH). Ob man nun dieses System der Geldveranlagung, bei dem die von Neukunden eingezahlten Beträge für die Begleichung der Forderungen der Altkunden verwendet werden, als „Schneeballsystem“ (wie der BFH) oder als „Ponzi-Schema“ bezeichnet, ist allerdings für die steuerliche Beurteilung des vorliegenden Falles nicht entscheidend.

Nachdem im Revisionsfall Ra 2018/15/0090 (im gleichen Sinn erledigt VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0095) der Revisionswerber Geld bei XY in Form der „Barschiene“ veranlagt hat und der Verwaltungsgerichtshof über dieses *„betrügerische Genussscheinmodell des Finanzberaters“* (vgl. *Bleyer* in ÖStZB 2020/120, Heft 13 v. 01. Juli 2020, S. 335) abgesprochen hat, sind folglich gleichgeartete Fälle rechtlich ebenso zu behandeln.

Wie im Revisionsfall Ra 2018/15/0090 wurde im Beschwerdefall vom Bf. Bargeldbeträge dem Hrn. XY bzw. der XYF GmbH *„zur bestmöglichen Veranlagung“* (siehe Treuhandauftrag 4176) übergeben.

Das hingegebene Bargeld sollte laut Übernahmebestätigungen dem Ankauf von als „Zertifikate“ bezeichnete Genussscheinen („... ZZ Index Zertifikate gekauft, ...“) bzw. laut den ab 2008 die Übernahmebestätigungen ablösenden Treuhandaufträgen der *„Veranlagung von Substanzgenussscheinen“* [bei der ZZ Invest AG] und damit ebenfalls den Ankauf dienen (VwGH Ra 18.05.2020, 2018/15/0090, mit Verweis auf das Urteil des LG Gericht2 vom 27.05.2015, zzz). Weder aus der Diktion in den Übernahmebestätigungen (siehe LG Gericht2 27.05.2015, zzz, Seite 3), noch aus jenen des Treuhandauftrags (s. BFG-Aktenteil OZ 8) lässt sich wie in der Beschwerde vorgebracht (BFG-Aktenteil OZ 1, Seite 3, 9 und 11) eine „Beteiligung“ an den – angeblich in seinem Eigenbesitz befindlichen 12.000 Stück – ZZ-Substanzgenussscheine des XY erkennen.

Aus dem Verfahrensgang und dem Sachverhalt ist zudem ersichtlich, dass der Bf. in unregelmäßigen Abständen zum Zertifikat Verfügungen in Form von Ein- und Auszahlungen getroffen hat. Aus den Mitteilungen ist für das Bundesfinanzgericht ableitbar, dass bei jeder Ein- und Rückzahlung auch die bis dahin bestandene Übernahmebestätigung (bis Ende 2007), bzw. der bis dahin bestandene Treuhandauftrag (ab 2008) eingelöst und eine neue Übernahmebestätigung / ein neuer Treuhandauftrag abgeschlossen wurde. Die Kaufsumme

der neuen Übernahmebestätigung / des neuen Treuhandauftrags setzte sich – wie oben dargestellt wurde – aus der vorangehenden Kaufsumme zuzüglich/abzüglich der Ein-/Auszahlung zuzüglich des Betrags, welcher sich aus der kumulierten Wertsteigerung ergab, zusammen.

In den erhaltenen Auszahlungen sieht der Bf. Substanzauszahlungen bzw. Auszahlungen eines Teilbetrages der thesaurierten Wertsteigerungen als gegeben an (BFG-Aktenteil OZ 1, Beschwerde, Seite 9).

▪ **Beurteilung der (ausbezahlten und thesaurierten) „Wertsteigerungen“:**

Der Schuldner, XY, verwendete im ausgestellten Treuhandauftrag nicht den Begriff „Wertsteigerung“, sondern wurden im Punkt „Hinweis“ auf Renditen verwiesen („... Renditen der Vergangenheit sind keine Garantie für die Zukunft“).

Die Rendite ist der (jährliche) Gesamtertrag eines angelegten Kapitals. Sie wird in Prozent des angelegten Kapitals gemessen und gibt bei Wertpapieren die effektive Verzinsung an (vgl. <http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/rendite/rendite.htm>).

Im Verfahren vor dem LG Gericht² wurde unter Bezugnahme auf das Verfahren vor dem LG Gericht¹ zu Gz xyz festgestellt, dass XY nicht über die 12.000 Stück ZZ-Substanzgenussschein verfügte. Demzufolge kann es sich bei den in den monatlichen Mitteilungen ausgewiesenen „Wertsteigerungs“-Gutschriften in wirtschaftlicher Betrachtungsweise gem. § 21 BAO mangels tatsächlich gezeichneter Substanzgenussscheine nicht um Wertsteigerungen und somit nicht um einen Substanzgewinn, sondern nur um die Rendite, dh, einkommensteuerlich um den tatsächlichen Ertrag des eingesetzten Kapitals handeln. Diese Erträge sind als Zinsen aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art im Sinne des § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zu subsumieren. Die dem Bf. zugesicherte, monatliche Verzinsung – wenngleich diese anders (= als „Wertsteigerung“) bezeichnet wurde – des hingegebenen Geldbetrages wurde, wie aus den vorliegenden Mitteilungen ersichtlich, tatsächlich gutgeschrieben.

Hinsichtlich des Zuflusses gem. § 19 EStG 1988 ist festzuhalten, dass dieser auf zwei Arten erfolgte: Einerseits wurden Zinsen bar ausgezahlt, andererseits wurde sie wiederveranlagt.

▪ Barauszahlungen erfolgten im September 2007, Dezember 2007, März 2008 und September 2008 ausgehend vom jeweils ausgewiesenen Depotwert, welcher sich aus dem eingezahlten Kapital als auch aus dem Ertrag in Form der bis zu diesem Zeitpunkt thesaurierten Zinsen zusammensetzte [zur Höhe siehe die unten folgende Tabelle].

▪ Andererseits hat der Bf. mit XY hinsichtlich der nicht ausbezahlten Rendite die Thesaurierung vereinbart, wie sich aus der Beschwerde ergibt: „... An Herrn N.N. wurde ... ein Teilbetrag von insgesamt rd. 33 TE ausbezahlt. Dabei handelt es sich ... um Auszahlungen eines Teilbetrages der thesaurierten Wertsteigerungen ...“ (BFG-Aktenteil OZ 1, Beschwerde, Seite 9). In den Monaten September 2006, Jänner 2007, Mai 2007, Oktober 2007, April 2008 und Juli 2008 wurde durch die getätigten Einzahlungen wie dargestellt eine neue Veranlagungsperiode eröffnet. Die jeweilige Kaufsumme setzte sich aus dem Einzahlungsbetrag und den zu diesem

Zeitpunkt bestehenden Depotwert zusammen. In dem Depotwert enthalten war neben der bisherigen Kaufsumme auch die Zinskomponente. Da die Zinsen in diesen Einzahlungsmonaten nicht ausgezahlt, sondern wiederveranlagt wurden, hat der Bf. durch diese Entscheidung zur Wiederveranlagung des nicht ausbezahlten Betrags auch über diese fälligen Erträge verfügt und sind die Zinsen in diesen Monaten gem. § 19 EStG 1994 zugeflossen (vgl. nochmals *Peyerl* in Jakom EStG¹⁴, § 19 Rz 26 mit Verweis auf VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0090).

Die Höhe der im Zuge der *Einzahlungen* thesaurierten Zinsen sind in der Tabelle auf Seite 17 ersichtlich und betrugen gesamt 18.118,50 Euro.

Entsprechend ist zum Zertifikat Nr. 4176 der jeweilige Zufluss der Zinsen gem. § 19 EStG 1988 mit den jeweiligen Ein- bzw. Rückzahlungsmonat erfolgt.

▪ **Darstellung (Teil)Kapitalrückzahlung:**

Zum Argument des Bf. in der Beschwerde, dass es sich bei den bar ausbezahlten Beträgen iHv. gesamt 32.835,05 Euro nicht [nur] um Zinsen, sondern zum Teil um Substanzauszahlungen (siehe BFG-Aktenteil OZ 1, Beschwerde, Seite 9) und damit um Kapitalrückzahlungen handle, ist festzuhalten, dass eine entsprechende Aufteilung vom Bf. nicht vorgenommen wurde und auch keine Belege bzw. Bestätigungen der bar ausbezahlten Beträge vorhanden sind. Da die Rückzahlungen jedoch immer vom jeweiligen Depotwert erfolgten und der Bf. selbst angab, dass ein Teil des ausgezahlten Betrags auf die „Wertsteigerungen“ (= Zinsen) und ein Teil auf die Kapitalrückzahlung entfallen ist, kann die Aufteilung anhand der Mitteilungen geschätzt werden und stellen sich die beiden Komponenten in Tabellenform wie folgt dar:

Betrag	Ein-/Auszahlung (lt. Mitteilungen)	Beginn	Ende	Zinssatz (lt. Mitteilungen)	Zinsen	Kapitalteil d. Rückzahlung	Zufluss
58.485,20		4/06	8/06	5,470	3.199,14		2006
	5.000,00						
66.684,34		09/06	12/06	5,06	3.374,23		2007
	5.000,00						
75.058,57		1/07	4/07	5,32	3.993,12		2007
	6.000,00						
85.051,68		5/07	8/07	3,70	3.146,91		2007
	-8.198,60					5.051,69	
80.000,00		09/07		0,67	536,00		2007
	10.000,00						
90.536,00		10/07	11/07	2,32	2.100,44		2007
	-3.636,44					1.536,00	
89.000,00		12/07	02/08	2,92	2.598,80		2008
	-14.000,00					11.401,20	
77.598,80		03/08		1,21	938,95		2008
	10.000,00						
88.537,74		04/08	06/08	3,79	3.355,58		2008
	6.000,00						
97.893,32		07/08	09/08	2,78	2.721,43		2008
	-7.000,00					7.000,00	
93.614,76		10/08					
Summe Auszahlungen:	-32.835,04						
davon Zinsen:					7.846,15		
davon Kapital:						24.988,89	

Erklärend wird die erste Auszahlung im September 2007 iHv. 8.198,60 Euro herausgenommen: Bemessungsgrundlage zu diesem Zeitpunkt 85.051,00 Euro, zuzüglich Zinsertrag („kumulierte Wertsteigerung“) von 3,70% bzw. 3.146,91 Euro ergibt einen Depotwert von 88.198,60 Euro. Auszahlungsbetrag im September 2007: 8.198,60 Euro. Zieht man nun den Betrag der Zinsen iHv. 3.146,91 Euro ab, verbleibt ein Kapitalrückzahlungsbetrag iHv. 5.031,69 Euro.

Dieser Beurteilung des Bundesfinanzgerichts entspricht auch der zivilrechtlichen Tilgungsregel. Nach § 1416 ABGB ist mangels ausdrücklicher anderer Widmungserklärung des Schuldners – im Beschwerdefall liegt eine solche Erklärung nicht vor – eine Tilgungsreihenfolge vorgesehen. Demnach sind Zahlungen (Leistungen) des Schuldners zuerst auf die Zinsen und dann auf das Kapital zu verrechnen (vgl. *Mair* in Schwimann/Neumayr, ABGB: Taschenkommentar⁵, § 1416 Rz 4).

Wie ersichtlich setzt sich der gesamte *Auszahlungsbetrag* der Monate September 2007, Dezember 2007, März 2008 und September 2008 iHv. 32.835,04 Euro aus einem Zinsanteil von 7.846,15 Euro und einem Kapitalanteil iHv. 24.988,89 Euro zusammen.

▪ **Zur Höhe der zugeflossenen Beträge:**

Die belangte Behörde nahm die Berechnung der zugeflossenen Zinsen mangels Vorhandenseins von Ein- und Auszahlungsbelegen im Wege der Schätzung gem. § 184 BAO vor. Dabei wurden die monatlichen Zinsen unter Anwendung des veröffentlichten ZZ-Index ermittelt.

Diese grundsätzlich nachvollziehbare Vorgangsweise war durch die nunmehr vom Bundesfinanzgericht vorgenommene Berechnung laut Tabellen Seite 17 und 32 wie folgt zu adaptieren:

	Laut FA	Laut BFG	Diff.
Zinsen 2006:	6.899,21	3.199,14	-3.700,07
Zinsen 2007:	11.157,98	13.150,70	1.992,72
Zinsen 2008:	8.566,42	9.614,76	1.048,34
	26.623,61	25.964,60	-659,01

▪ **Zeitpunkt Zahlungsunfähigkeit:**

Zum Argument des Bf., dass bei einem Anlagebetrug der Betrüger kein leistungswilliger und leistungsfähiger Schuldner sei und damit auch kein Zufluss von Zinsen erfolgen könne (BFG-Akt OZ 1, Beschwerde, Seite 10), steht neben der oben zitierten VwGH Judikatur, wonach die Zinsen als zugeflossen gelten, auch wenn der Steuerpflichtige auf Grund eines Anlageschwindels am Ende weniger herausbekommt, als er eingezahlt hat (vgl. Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Einkommensteuergesetz²¹, § 27 Rz 17) – auch die BFH-Judikatur entgegen, wonach „auch Gutschriften über wiederangelegte Renditen in Schneeballsystemen zu Einnahmen aus Kapitalvermögen i.S. von § 20 EStG führen (...), wenn der Schuldner der

Erträge leistungsbereit und leistungsfähig“ ist (nochmals BFH 11.02.2014, VIII R 25/12; vgl. auch Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG § 19 Anm. 18 und die dort genannte BFH-Judikatur).

Hinsichtlich des vom Bf. vorgebrachten Einwands, dass laut dem Gutachter Dr. GU die Zahlungsunfähigkeit schon mit 1996 anzusetzen ist (BFG-Akt OZ 1, Beschwerde, Seite 4 und 11), ist entgegenzuhalten, dass die entsprechende Formulierung wie folgt lautet:

„...Ich möchte dazu noch ergänzen, dass XY mit dem Kapital, das ihm zugeflossen ist, offensichtlich kein Vermögen geschaffen hat oder schaffen konnte, oder was auch immer. Also irgendeine Art von Rückdeckung für die Garantien liegt da nicht vor. Wenn XY von der mangelnden Werthaltigkeit seiner Genussscheine gewusst hat, ist die Zahlungsunfähigkeit mit dem vermutlich dritten Tag der Übernahme von Genussscheinen eingetreten. Der dritte Tag deswegen, weil er die Ersten vielleicht noch zurückzahlen kann aus sonstigen Einkünften, aber dann nicht mehr, das war sohin im Jahr 1996.“ (Hauptverhandlungs-Protokoll zu Urteil des LG Gericht1 Gz xyz, Seite 24. Das Urteil inkl. Protokoll liegt dem Bundesfinanzgericht vor). Die von Dr. GU angesprochene Zahlungsfähigkeit ist unter der Voraussetzung, dass alle Anleger gleichzeitig die Auszahlung ihrer Einlagen gefordert hätten zu sehen.

Auch wenn die den Anlegern gutgeschriebenen Erträge reine „Fantasieprodukte“ waren, die nie erzielbar gewesen wären (vgl. dazu OGH vom 30.10.2014, xxx2) und somit von Anfang an Anlagebetrug vorlag, ändert dies nichts daran, dass den Anlegern diese Erträge im Zeitpunkt ihrer Gutschrift tatsächlich iSd § 19 Abs. 1 EStG 1988 zugeflossen sind, solange der Schuldner der Erträge leistungsbereit und leistungsfähig war. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist im gegenständlichen Fall bis einschließlich September 2008 zweifelsohne dadurch erwiesen, dass an den Bf. noch im September 2008 ein Barbetrag iHv 7.000,00 Euro ausbezahlt wurden. Die für den Bereich des Einkommensteuerrechts relevante Zahlungsunfähigkeit ist daher erst mit Oktober 2008 eingetreten (vgl. OGH 07.06.2011, xxx1). Dies umso mehr, als selbst das Vorliegen einer Deckungslücke in dem Sinn, dass die dem Schuldner zur Verfügung stehenden Mittel nicht ausreichen, die tatsächlich bestehenden Forderungen, wenn diese alle auf einen Schlag zu befriedigen wären, abzudecken der Leistungsfähigkeit eines Schuldners nicht entgegen steht (nochmals BFH 11.02.2014, VIII R 25/12).

Zusammenfassend ist, unter Heranziehung der Rz 22, 23, 29, 30 und 31 des VwGH-Erkenntnis vom 18.05.2020, Ra 2018/15/0090, festzuhalten:

- Bei den in den monatlichen Mitteilungen ausgewiesenen „Wertsteigerungen“ handelt es sich um Zinsen aus sonstigen Kapitalforderungen gem. § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988.
- Die Erträge sind gem. § 19 EStG 1988 zum Zeitpunkt der Verfügungen des Bf. – Barauszahlung von Zinsen erfolgten in den Monaten September 2007, Dezember 2007, März 2008 und September 2008; die Verfügungen bzgl. Wiederveranlagung des nicht ausgezahlten Teils der Zinsen erfolgte im Zuge der Einzahlungen in den Monaten September 2006, Jänner 2007, Mai 2007, Oktober 2007, April 2008 und Juli 2008 – zugeflossen.

- Die aktuelle Kaufsumme – welche sich aus der vorhergehenden Kaufsumme zuzüglich der Einzahlung und der thesaurierten Zinsen oder abzüglich der Auszahlung zusammensetzte –, wurde bis 2008 in den jeweils neu ausgestellten Übernahmebestätigungen bzw. ab Jänner 2008 in den Treuhandaufträgen ausgewiesen.
- Der Schuldner XY war bis jedenfalls September 2008 zahlungswillig und zahlungsfähig, da noch im September 2008 eine Zahlung an den Bf. geleistet wurden.
- Die nicht endbesteuerungsfähigen Einkünfte aus Kapitalvermögen iHv. 3.199,14 Euro (2006), 13.150,70 Euro (2007) und 9.614,70 Euro (2008) berechnen sich aus den jeweils im Schätzungswege ermittelten bar ausgezahlten und thesaurierten Zinsen.

3. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da das vorliegende Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs folgt – insbesondere VwGH 18.05.2020, Ra 2018/15/0090 – liegt keine Rechtsfrage vor, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weshalb im gegenständlichen Fall die Revision als nicht zulässig zu erklären war.

Graz, am 15. Februar 2022