

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Richterin \*\*\*1\*\*\*, den Richter \*\*\*2\*\*\*, sowie die fachkundigen Laienrichterinnen \*\*\*3\*\*\* und \*\*\*4\*\*\* in der Beschwerdesache \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*Bf1-Adr\*\*\*, vertreten durch \*\*\*26\*\*\* über die Beschwerde vom 7. Mai 2013 und vom 25. Juni 2013, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 1/23 vom 20. März 2013 und vom 04. Juni 2013 betreffend Körperschaftsteuer 2010 und 2011, Steuernummer \*\*\*BF1StNr1\*\*\*, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 12. Juli 2023 im Beisein der Schriftführerin \*\*\*5\*\*\*, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerden gegen die Körperschaftsteuerbescheide 2010 und 2011 werden gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Körperschaftsteuerbescheide bleiben unverändert.

II. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang

#### A) Darstellung der zivilrechtlichen Beteiligungsverhältnisse

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist eine Privatstiftung, sie erwarb mit **Kaufvertrag vom 29.08.2007** (Share Purchase Agreement (kurz: SPA) einen 15%igen Anteil an der \*\*\*6\*\*\* (idF \*\*\*7\*\*\*) in Zypern. Der Kaufpreis für den Anteil betrug 250,000.000 US \$.

Am **08.07.2007** erwarb die \*\*\*7\*\*\* 51% der Anteile an der weißrussischen Mobilfunkgesellschaft (\*\*\*8\*\*\*) und war infolgedessen 100% Gesellschafterin dieser Gesellschaft.

Der am 29.08.2007 von der Bf. durchgeführte Anteilskauf hatte den Einstieg des \*\*\*9\*\*\* in den Märkten Ost- und Südeuropas vorbereitet. Dies wurde infolge des am **03.10.2007**

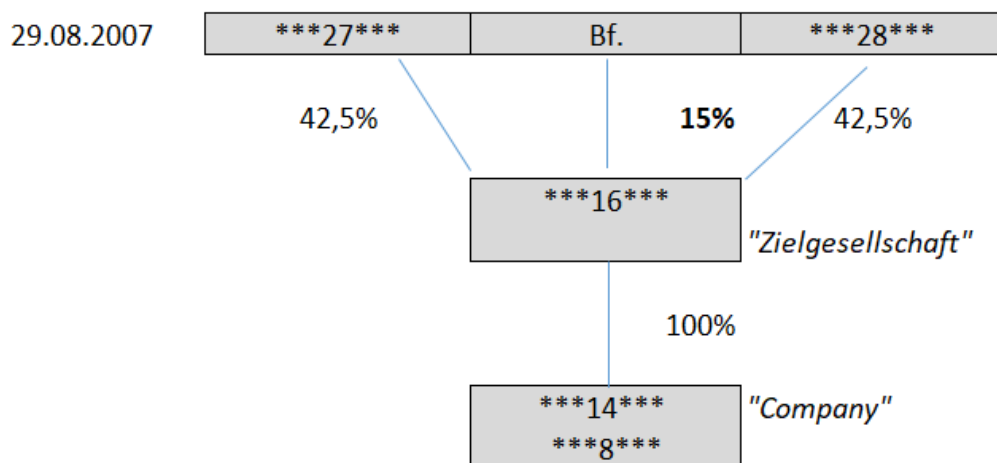
abgeschlossenen Unternehmenskaufes umgesetzt, wodurch die \*\*\*10\*\*\* GmbH (idF \*\*\*11\*\*\*) 70% der Anteile an der \*\*\*7\*\*\* (Share Purchase Agreement, SPA v. 03.10.2007) erworben hat (vgl. Seite 2 der Erklärung der belangten Behörde vom 03.02.2023).

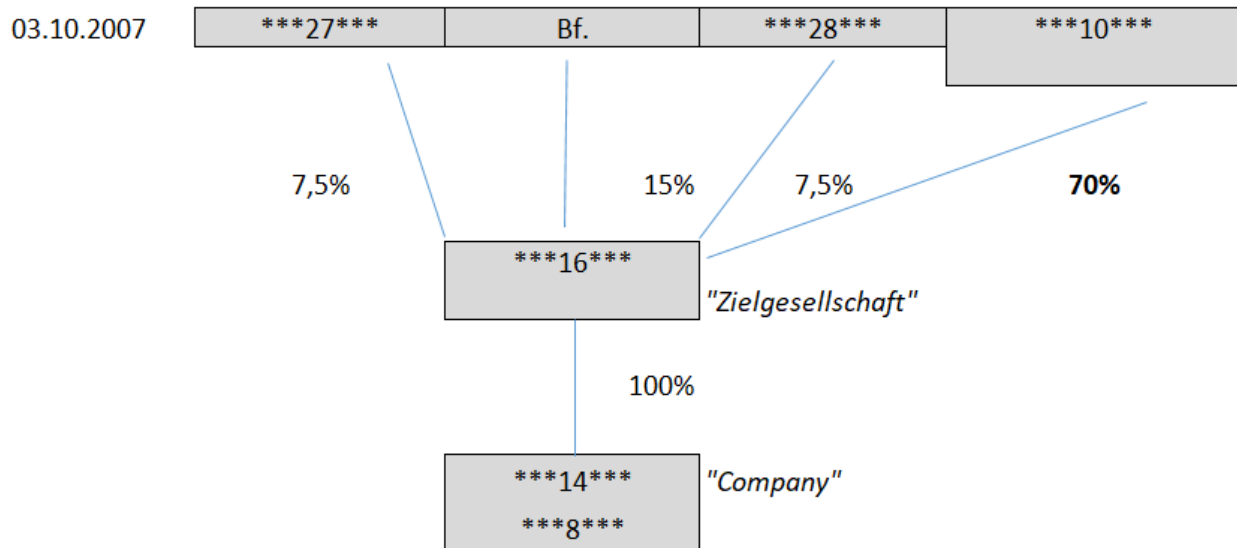
Die \*\*\*11\*\*\* ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der \*\*\*12\*\*\* GmbH, die wiederum eine 100%ige Tochtergesellschaft der \*\*\*13\*\*\* AG war.

Ebenfalls datiert mit **03.10.2007** wurde ein **Shareholder`s Agreement (SHA)**, eine **Gesellschaftervereinbarung** abgeschlossen. Vertragsparteien dieser Vereinbarung waren die Minderheitsgesellschafter, nämlich die zypriotischen Gesellschaften (die \*\*\*27\*\*\* Holding Ltd. und die \*\*\*28\*\*\* \*\*\*29\*\*\* Ltd.) und die Bf. sowie als Mehrheitsgesellschafter die \*\*\*11\*\*\*. Weitere Vertragspartner der Gesellschaftervereinbarung waren die \*\*\*34\*\*\* AG als „Garant“ und die \*\*\*7\*\*\* als Zielgesellschaft.

Die Minderheitsgesellschafter hielten gemeinsam 30% der Anteile an der \*\*\*7\*\*\*, wovon 15% auf die Bf. entfielen. Die restlichen 70% der Anteile entfielen auf den Mehrheitsgesellschafter.

Darstellung der Beteiligungsverhältnisse durch die belangte Behörde (Stellungnahme vom 03.02.2023):





## B) Shareholder`s Agreement (SHA) vom 03.10.2007

Punkt 3.1. SHA beschreibt den Zweck dieser Gesellschaftervereinbarung:

- die Bereitstellung eines Rahmens für die Unternehmensführung der Zielgesellschaft
- die Ausübung der Stimmrechte in den Organen der Zielgesellschaft zu regeln
- die Ausübung der anderen Gesellschaftsrechte in Zusammenhang mit den Anteilen zu regeln
- die Einführung von Nominierungsrechten bezüglich Direktoren und der Leitung der Gesellschaft
- die Begründung von Übertragungsbeschränkungen und Optionsrechten in Zusammenhang mit den Anteilen und
- die Erleichterung der Finanzierung der Verkaufsoption durch die Minderheitsgesellschafter im Voraus und/oder des Mechanismus bezüglich der Vorzugsdividende, welche hierin eingeräumt wurde.

Inhalt der Gesellschaftervereinbarung ist zudem **eine Kauf- und Verkaufsoption**. Diesbezüglich legt Punkt 14.1. SHA zur Verkaufsoption fest, dass mit Eintritt eines Verkaufsoptions-Ereignisses die Minderheitsgesellschafter das Recht haben, alle ihre Anteile, aber nicht weniger als alle von ihnen gehaltenen Anteile, entsprechend der Bestimmungen wie in Abschnitt 14. festgelegt, an den Mehrheitsgesellschafter zu verkaufen (Put option).

Die Verkaufsoption (Punkt 14.2. SHA) kann von den Minderheitsgesellschaftern ausgeübt werden:

1. jederzeit nach dem dritten Jahrestag des Stichtags des Wirksamwerdens;
2. bei einer Verletzung von Abschnitt 10.1. dieser Vereinbarung (Verfügungsbeschränkung) durch den Mehrheitsgesellschafter, welche nicht binnen 4 Wochen ab Verlangen durch die Minderheitsgesellschafter (zugestellt gem. Abschnitt 19.8. dieser Vereinbarung) geheilt wurde;
3. über Änderung der Kontrolle bei \*\*\*34\*\*\* oder wenn der Mehrheitsgesellschafter keine 100%ige Tochtergesellschaft mehr von \*\*\*34\*\*\* ist;
4. soweit ein Minderheitsgesellschafter die Voraus-Finanzierung (vgl. Abschnitt 18) erfüllt hat und der Mehrheitsgesellschafter oder ein mit diesem verbundenen Unternehmen mit einer Verbindlichkeit im Betrag von 35 Millionen € im Einzelfall in Verzug ist;

Im Falle von 3. und 4. ist der Mehrheitsgesellschafter von den Minderheitsgesellschaftern sofort über das Verkaufs-Ereignis zu informieren.

Die Kaufoption (Punkt 14.3. SHA) berechtigt den Mehrheitsgesellschafter bei Eintritt eines Kaufoptions-Ereignisses alle Anteile der Minderheitsgesellschafter, aber nicht weniger als alle von diesen gehaltenen Anteile, entsprechend der Bestimmungen dieser Vereinbarungen von den Minderheitsgesellschaftern zu kaufen.

Die Kaufoption kann vom Mehrheitsgesellschafter ausgeübt werden

1. jederzeit nach dem dritten Jahrestag des Stichtags des Wirksamwerdens
2. wenn es bei einem Minderheitsgesellschafter zu einer Änderung der Kontrolle kommt;

Über das Kaufoptions-Ereignis im Falle von 2. sind die Minderheitsgesellschafter vom Mehrheitsgesellschafter sofort zu informieren.

Pkt. 14.5. SHA regelt die Unwiderruflichkeit der Optionen (Verkauf- und Kaufoption). Die Optionen sind für die Parteien verbindlich und unwiderruflich, vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Abschnitts 14. Die Parteien vereinbaren hiermit, der Ausübung der Optionen durch die jeweiligen anderen Gesellschafter Wirksamkeit entsprechend Abschnitt 14. zu verleihen.

Im Prüfungsbericht vom 13.03.2013 sind bezüglich der Körperschaftsteuer 2010 unter Tz 12 Spekulationseinkünfte der Bf. in Höhe von 63,844.779,26 € errechnet und dem streitgegenständlichen Körperschaftsteuerbescheid 2010 zugrunde gelegt worden. Der Prüfer ging bei der Berechnung der Spekulationsfrist im Sinne des § 30 EStG 1988 idF vor BudBG 2011 davon aus, dass im Beschwerdefall bereits die Vereinbarung der Doppeloption (Kreuzoption)

den Anschaffungs- bzw. Veräußerungsvorgang auslöste, sodass die Veräußerung der 15% Anteile der Bf. an den Mehrheitsgesellschafter innerhalb der Spekulationsfrist erfolgt wäre.

Außerdem sei die Vereinbarung der Zahlung (Ausschüttung) einer Vorzugsdividende (Pkt. 12. SHA) vom Mehrheitsgesellschafter an die Minderheitsgesellschafter in Höhe von 415.000,00 US \$ auf Basis von der Zielgesellschaft (\*\*\*7\*\*\*) erwirtschafteten Nettogewinnen nach Ansicht der Außenprüfung als Kaufpreisbestandteil zu beurteilen gewesen. Im Falle von Geldfehlbeträgen, wurde in Pkt. 11.2. SHA geregelt, dass der Mehrheitsgesellschafter zu veranlassen habe, der Zielgesellschaft für die Ausschüttung der Vorzugsdividende Mittel zur Verfügung zu stellen. Pkt. 1 der Niederschrift über die Schlussbesprechung am 31.01.2013 enthält diesbezüglich im Wesentlichen:

*„Mit Kaufvertrag vom 29.8.2007 wurde die \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*22\*\*\* mit einer Quote von 15 % Gesellschafter der \*\*\*6\*\*\*. Der Kaufpreis für den 15 % igen Anteil an der \*\*\*6\*\*\* betrug \$ 250 Mio. Die zypriotische Gesellschaft war 100% Gesellschafter der weißrussischen Mobilfunkgesellschaft \*\*\*8\*\*\* (vormals \*\*\*14\*\*\*), die der zweitgrößte Mobilfunkanbieter am weißrussischen Markt ist. Der Kauf von 15 % der Anteile an der \*\*\*6\*\*\* durch die \*\*\*Bf1\*\*\* war dem Einstieg des \*\*\*9\*\*\*, durch Kauf von 70 % der Anteile an der \*\*\*6\*\*\* mit einer Zeitspanne von rund einem Monat, vorgelagert. Die \*\*\*10\*\*\* GmbH, \*\*\*15\*\*\* erwarb mit Abschluss des Share Purchase Agreement vom 3.10.2007 70 % der Anteile an der \*\*\*16\*\*\*. Ebenfalls mit Datum 3.10.2007 wurde das Shareholder's Agreement zwischen dem nunmehr 70 % Gesellschafter \*\*\*10\*\*\* GmbH, \*\*\*17\*\*\* und den Minderheitsgesellschaftern \*\*\*18\*\*\*, \*\*\*19\*\*\*, \*\*\*20\*\*\*, \*\*\*21\*\*\* und \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*22\*\*\* abgeschlossen. Das Shareholder's Agreement vom 3.10.2007 beinhaltet in seinem Kern die Vereinbarung einer Kreuzoption zwischen dem Mehrheitsgesellschafter und den Minderheitsgesellschaftern über das Recht auf Verkauf (Verkauf der 30 % Quote durch die Minderheitsgesellschafter - Put Option) und dem Recht auf Kauf (Kauf der 30 % Quote durch den Mehrheitsgesellschafter - Call Option). Weiters regelt dieser Vertrag:*

- *Erstmöglicher Ausübungszeitpunkt der Put Option und der Call Option*
- *Syndizierung der Stimmrechte der Gesellschafter*
- *Rechte für die Nominierung des Managements der Gesellschaft*
- *Zahlung einer Preferred Dividend im Gesamtbetrag von \$ 415.000.000, -- an die Minderheitsgesellschafter ergänzt durch die Garantie des Mehrheitsgesellschafters diesen Betrag zu erfüllen, wenn die \*\*\*6\*\*\* diesen Betrag aus ihren Gewinnen nicht leisten kann*
- *Verzinsung des Kaufpreises für die 30 % Quote (\$ 450 Mio) und Verzinsung der Preferred Dividend (\$ 415 Mio) ab dem 3.10.2007 bis zum Ausübungstichtag. “*

Das Finanzamt erließ am 30.03.2013 und am 04.06.2013 die **Körperschaftsteuerbescheide 2010 und 2011**, denen sonstige Einkünfte (Spekulationsgewinn) aus der Veräußerung der Beteiligung der Bf. an der \*\*\*7\*\*\* für 2010 in Höhe von 64,578.395,88 € und für 2011 in Höhe von 12,909.630,32 € zugrundegelegt wurden.

### C) Beschwerden

Die steuerliche Vertretung erhob gegen die Körperschaftsteuerbescheide 2010 und 2011 Beschwerden und beurteilte die Rechtsansicht der Außenprüfung als unrichtig:

*„Wie die Abgabenprüfung ausführt, wurde mit Datum 03.10.2007 ein Shareholder Agreement zwischen dem 70 %igen Gesellschafter \*\*\*11\*\*\* \*\*\*32\*\*\* Beteiligungsverwaltungs GmbH und den Minderheitsgesellschaftern \*\*\*18\*\*\*, \*\*\*20\*\*\* und \*\*\*Bf1\*\*\* abgeschlossen. Es ist auch richtig, dass dieses Shareholder Agreement sowohl eine Put- als auch eine Call-Option enthält und daher sowohl der neue Mehrheitseigentümer als auch die verbliebenen Minderheitseigentümer die Möglichkeit haben, die restlichen Anteile aufzukaufen bzw. zu verkaufen. Zu der von der Abgabenprüfung so bezeichneten "Kreuzoption" gibt es unseres Wissens nach keine österreichische Höchstgerichtshofrechtssprechung und auch keine bekannten diesbezüglichen Ausführungen in den Einkommensteuerrichtlinien oder von anerkannten Kommentatoren. Wie die Abgabenprüfung auch selbst ausführt, enthält das Shareholder Agreement einen frühesten Ausübungszeitpunkt der drei Jahre nach Abschluss des Shareholder Agreements liegt. Bis zum Zeitpunkt des tatsächlichen Abschlusses der entsprechenden Abtretungsverträge blieben die Minderheitseigentümer und somit auch die \*\*\*Bf1\*\*\* wirtschaftlicher und zivilrechtlicher Gesellschafter der \*\*\*6\*\*\*. Da die tatsächlichen Abtretungsverträge somit außerhalb der zwölfmonatigen Spekulationsfrist abgeschlossen wurden liegt grundsätzlich kein Spekulationstatbestand vor. Die Abgabenprüfung vermeint weiters, dass die sogenannte "Preferred Dividend" Dividenden zukünftiger Geschäftsjahre betrifft, die erst nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an der Beteiligung auf den Käufer beendet werden. Diese "Preferred Dividend" stellen daher nach Ansicht der Abgabenprüfung einen Teil des Kaufpreises dar. Auch diese Ansicht ist unserer Rechtsauffassung nach unrichtig. Die Minderheitsgesellschafter sind bis zum Abschluss der tatsächlichen Abtretungsverträge im Jahre 2010 Gesellschafter geblieben. Die "Preferred Dividend" beruhen auf den Budgets der Geschäftsjahre bis zum frühestmöglichen Ausübungszeitpunkt der Optionen. Um zu verhindern, dass von Seiten des Käufers und somit Mehrheitseigentümers, dem auch die Geschäftsführung übertragen wurde, diese noch gemeinsam beschlossenen bzw. von beiden Seiten akzeptierten Planungen negativ verändert werden, wurde eine "Preferred Dividend" vereinbart. Zumindest jene Gewinne, die bis zur Abtretung der Minderheitsanteile erwirtschaftet wurden, stellen daher Gewinnanteile und Dividenden im Sinne des § 27 Abs. 2 Ziffer EStG in der damals geltenden Fassung dar.“*

## D) Beschwerdeverentscheidung

In der abweisenden Beschwerdeverentscheidung vom 12.12.2016 führte die belangte Behörde nachfolgende Rechtsansicht aus, welche auch der mit 30.10.2013 datierten Stellungnahme der Außenprüfung zur Beschwerde zu entnehmen war:

*„Gem. § 24 Abs 1 lit d BAO werden Wirtschaftsgüter über die jemand die Herrschaft gleich einem Eigentümer ausübt diesem zugerechnet. Strittig ist die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum an der 30% Quote bereits mit der Vereinbarung der Doppeloption (3.10.2007) übergegangen ist oder erst mit deren Ausübung (3.10.2010). Die Judikatur des BFH (BFH 11.7.2006, BStBl, 296 ff) führt folgende Voraussetzungen an, die zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, auch wenn die zivilrechtlichen Verträge noch nicht abgeschlossen wurden: Wirtschaftlicher Eigentümer ist, wer den zivilrechtlichen Eigentümer auf Dauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Im Fall des Verkaufs einer Beteiligung ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Käufer des Anteils*

*1. aufgrund eines bürgerlich rechtlichen Rechtsgeschäftes bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und*

*2. die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie*

*3. das Risiko einer Wertminderung und der Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist. Eine von der zivilrechtlichen Inhaberstellung abweichende Zuordnung eines Wirtschaftsgutes kann deshalb auch anzunehmen sein, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht im vollen Umfang erfüllt sind.*

*Ad1): Im Shareholders" Agreement wurden inhaltlich deckungsgleiche bindende Kauf- bzw. Verkaufsangebote hinsichtlich des 30 %igen Gesellschaftsanteiles an der \*\*\*6\*\*\* vereinbart. Bei Vorliegen einer Doppeloption, die wie im gegenständlichen Fall derart ausgestaltet ist, dass der gleiche Ausübungspreis, dieselben Ausübungsmodalitäten und übereinstimmende Laufzeiten vereinbart sind, unterstellt die Rechtsprechung in der Regel einen Übergang wirtschaftlichen Eigentums an der Beteiligung (BFH 27.1.1977, BStBl II 1977, 754). Genau diese Anforderungen für das Vorliegen des wirtschaftlichen Eigentums an der 30 % Quote an den Anteilen an der \*\*\*6\*\*\* wurden im Shareholders" Agreement im Vertragspunkt 14 „PUT OPTION AND CALL OPTION" vereinbart. Es gibt keinen Dissens über die Tatsache, dass von Beginn an die Absicht seitens \*\*\*34\*\*\* AG bestand 100% des weißrussischen Mobilfunkunternehmens zu erwerben. So heißt es auch auf Seite 6 (F) des Shareholders"*

Agreement: ...."The intent of the Majority Shareholder by requesting the Minority Shareholders to retain a participation in Target is to facilitate the implementation of the transactions governed by and contemplated in the Share Purchase Agreement and this Agreement and to assist Majority Shareholder to successfully further develop the business of the Company." „Dadurch ist ersichtlich, dass das Interesse des Mehrheitsaktionärs an der weiteren Beteiligung des Minderheitsaktionärs in der Erleichterung der Durchführung des Share Purchase Agreement liegt. Sowohl das Share Purchase Agreement als auch das Shareholders'Agreement wurden am selben Tag abgeschlossen.

Ad2) Im Shareholders'Agreement wurden umfangreiche Vereinbarungen hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte (Syndizierung) getroffen, die dem Käufer die wesentlichen Rechte über den 30% igen Geschäftsanteil der Minderheitsgesellschaft einräumen. \*\*\*34\*\*\* konnte alle Mitglieder der operativen Geschäftsführung bei der eigentlichen Zielgesellschaft \*\*\*14\*\*\* (\*\*\*30\*\*\*, \*\*\*32\*\*\*) bestellen und hatte Zugriff auf den Free Cash Flow und die Dividendenzahlungen.

Ad 3) Weiteres musste, nachdem der Kaufpreis für die restlichen 30 % der Anteile sich nach der Bewertung des 70 % Anteils berechnet, entweder die Verkäufer zur Abwendung eines Vermögensverlustes oder die Käuferin zur Realisierung eines Vermögenszuwachses von ihren Optionsrechten Gebrauch machen. Der BFH nimmt in diesem Fall die Begründung des wirtschaftlichen Eigentums an (BFH v. 11.7.2006-VIII R 32/04). Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des VwGH, wonach bei Einräumung einer Option die Zurechnung des Optionsgegenstandes möglich ist, wenn die Nichtausübung der Option wider jegliche wirtschaftliche Vernunft wäre (VwGH v. 22.11.2001, 98/15/0198). Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse konnte demnach die \*\*\*34\*\*\* bereits wie ein 100%iger Eigentümer operieren. Aus diesem Grund wurde von der Abgabenbehörde der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums mit 3.10.2007 festgelegt. Die „Preferred Dividend“ stellt einen Kaufpreisbestandteil dar, da die Minderheitsgesellschaft 100 % der Dividende (in Höhe eines Fixbetrages von \$ 415.000.000,-) erhalten, die erst ab dem 3.10.2010, oder in einer der Fälle der vorzeitigen Put-Option vorher, ausbezahlt wird. Bis zum Auszahlungstag ist eine Verzinsung vorgesehen. Selbst wenn man wie die Beschwerdewerberin vom Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem 3.10.2010 ausgeht, ist klar, dass die vorbehaltene Dividende im offenkundigen Zusammenhang mit dem Verkauf steht und daher in wirtschaftlicher Betrachtungsweise einen Teil des Kaufpreises darstellt. Wie oben angeführt, geht aus Sicht der Abgabenbehörde das wirtschaftliche Eigentum aber am 3.10.2007 über. Nach Ansicht der Finanzverwaltung könnte die Befreiung des § 10 KStG für einen Dividendenvorbehalt nur greifen, wenn dem Veräußerer die nächste erst zu beschließende Dividende für das im Veräußerungszeitpunkt bereits abgelaufene Geschäftsjahr zukommen soll. Dies trifft aber im Fall der Beschwerdewerberin nicht zu. Die Vereinbarung über die „Preferred Dividend“ umfasst Dividenden zukünftiger

*Geschäftsjahre, die erst nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an der Beteiligung auf den Käufer beendet werden.*

*Der Hinweis der Bf., dass die Vereinbarung der „Preferred Dividend“ zum Zweck der Kontrolle der Minderheitsgesellschafter an „gemeinsam beschlossenen bzw. von beiden Seiten akzeptierten Planungen“ waren, kann nicht gefolgt werden, da die Minderheitsgesellschafter nicht 30 % sondern 100 % am Ergebnis der \*\*\*14\*\*\* teilhaben. In der Beschwerde wurde zudem auch nicht näher bzw. konkret auf die angeführten „gemeinsam beschlossenen bzw. von beiden Seiten akzeptierten Planungen“ eingegangen.“*

Am 13.01.2017 beantragte die steuerliche Vertretung der Bf. die Vorlage der Beschwerden.

Die belangte Behörde verfasste am 03.02.2023, nach Durchführung eines Erörterungstermins vor dem Bundesfinanzgericht am 07.12.2022, eine Erklärung zur Beschwerdergänzung mit nachfolgendem wesentlichen Inhalt:

*„Der vorliegende Sachverhalt ist geprägt durch die Strategie der \*\*\*34\*\*\* auf den Märkten Ost- und Südosteuropas zu wachsen. Die Übernahme der \*\*\*14\*\*\* („\*\*\*30\*\*\*“, \*\*\*32\*\*\*, Marke \*\*\*8\*\*\*“, zweitgrößter weißrussischer Mobilkommunikationsanbieter mit Marktanteil iHv 42 %) über mehrere Transaktionen war Ausfluss dieser Strategie. Durch diese Übernahme sichert sich die \*\*\*34\*\*\* den Eintritt in den weißrussischen Mobilkommunikationsmarkt (vgl. Konzernmitteilung vom 3.10.2007).*

*Im Ergebnis ist zu beurteilen, ob nach dem Gesamtbild der Verhältnisse nach den Vorgaben der Judikatur das wirtschaftliche Eigentum am 15 % Anteil der \*\*\*Bf1\*\*\* an der Zielgesellschaft mit Abschluss des SHA auf die inländische \*\*\*10\*\*\* GmbH, FN\*\*\* übergegangen ist. Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums findet, wie im Folgenden ausgeführt, seine rechtliche Begründung in der Ausgestaltung der sogenannten „Doppeloption“ sowie den anderen Vertragspunkten im SHA und der damit einhergehenden Einschränkungen der Herrschaftsrechte der Bf an ihrem 15 % Anteil an der Zielgesellschaft.*

#### **a) Das Shareholder's Agreement (SHA)**

*Der zu beurteilende Sachverhalt ist geprägt durch den Erwerb von 70 % der Anteilsrechte an der \*\*\*16\*\*\* LtD (im folgenden Zielgesellschaft) durch die \*\*\*10\*\*\* GmbH im Wege des Abschlusses eines Kauf- und Abtretungsvertrages (im folgenden SPA) datiert mit 3.10.2007. Am selben Tag wurde uno actu ein Share Holder Agreement (kurz SHA) zwischen den nunmehrigen Gesellschaftern der Zielgesellschaft, nämlich • Bf, FN\*\*\*\* (15 %, Minderheitsgesellschafter)*

- \*\*\*18\*\*\*, HE\*\*\* (7,5 %; Minderheitsgesellschafter)

- **\*\*\*20\*\*\*, \*\*\*21\*\*\* (7,5 % Minderheitsgesellschafter)**
- **\*\*\*10\*\*\* GmbH, FN\*\*\* (70 %, Mehrheitsgesellschafter), Aquisitionsvehikel der \*\*\*34\*\*\* AG und der \*\*\*34\*\*\* AG, FN\*\*\* als Garant abgeschlossen.“**

Die belangte Behörde stützte ihre Rechtsansicht auf nachfolgende Ausführungen, und kommt zum Ergebnis, dass nach dem Gesamtbild der Verhältnisse sowie nach Maßgabe der Judikatur des VwGH und des BFH der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Zeitpunkt der Unterfertigung des SHA anzunehmen gewesen wäre.

### **„b) Gekreuzte Optionen (Doppelooptionen) Substanzverwertungsmöglichkeit, Chancen/Risiken**

#### **b.a. Allgemeines**

*Gegenständlicher verwirklichte Sachverhalt ist ursächlich durch den Abschluss des SHA vom 3.10.2007 geprägt. Das SHA wird im Folgenden von der Abgabenbehörde dahingehend untersucht, ob der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums durch den Abschluss des SHA nach dem Gesamtbild der Verhältnisse bewirkt wurde. Nach der Judikatur des VwGH 29.7.2010, 2007/15/0248 und des BFH 11.7.2006, BStBl 2007, 296ff ist bei Einräumung einer „Doppelooption“ entscheidend, ob die Optionsvereinbarung einen*

- *identen fixen Ausübungspreis für Put- und Call-Option vorsieht, sowie ob ein*
- *identer Ausübungszeitpunkt bzw Ausübungszeitraum vereinbart wurde.*

*Liegt diese Konstellation in der Optionsvereinbarung vor, entspricht die wirtschaftliche Position der Vertragsparteien jener wie bei einem Terminverkauf (vgl. VwGH 29.7.2010, 2007/15/0248). Mit dem Abschluss der Optionsvereinbarung führt dies, wenn nicht gewichtige Elemente dagegenstehen, zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilsrechten. Denn es liegt eine sehr enge Bindung der Vertragspartner vor, wenn gleicher Basispreis der Optionen, dieselben Ausübungsmodalitäten und übereinstimmende Laufzeiten vereinbart sind. Dann unterstellt die Rechtsprechung in der Regel einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an der Zielgesellschaft, sobald die Put- und Call Option einander gegengleich gegenüberstehen (Überschneidungsbereich). Der BFH rechtfertigt den Übergang wirtschaftlichen Eigentums damit, dass kein vernünftiger Grund bestehe, warum die Parteien hinsichtlich der zu übertragenden Anteilsrechte derartige erhebliche Restriktionen in der Verfügungsgewalt dauerhaft hinnehmen sollten, außer dass für beide Parteien die Ausübung der Optionsrechte von vornherein klar war (entnommen aus Fraberger, RdW 2008/123). Diese gegengleiche Optionseinräumung erfordert für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach Fraberger jedoch zudem den vertraglichen Übergang der wesentlichen Gesellschafterrechte auf den*

*Käufer wie die abgesicherte koordinierte Willensbildung womit eine Interessenwahrnehmung des Verkäufers gegen den Willen des Käufers unmöglich ist.*

*Diesen Ausführungen Frabergers in Interpretation der prägenden BFH Entscheidung vom 11.7.2006, BStBl II 2007, 296ff folgend, zeigt die Abgabenbehörde die Einschränkungen der Herrschaftsrechte der Minderheitsgesellschafter durch den Abschluss des SHA hinsichtlich:*

- Gewinnbezugsrecht
- Ausübung der Stimmrechte
- Verfügungsrecht über die Anteile auf.

***b.b. Festlegung eines Fixkaufpreises im SHA durch Verweis auf den SPA vom 3.10.2007.***

*Wie sich aus der Judikatur erschließt, ist unter anderem eine wesentliche Bedingung für den zeitlich vorgelagerten Übergang des wirtschaftlichen vor dem zivilrechtlichen Eigentum der Zeitpunkt des Übergangs der Chancen und Risiken (Wertsteigerungen/Wertminderungen) an den Anteilsrechten. Durch die Festlegung eines Fixkaufpreises, dies falls fixen Ausübungspreis der Put- / Call - Option für den Verkauf/Kauf der Anteilsrechte, sind die Chancen auf Wertsteigerung und Wertminderung an den Anteilsrechten ab Abschluss der Optionsvereinbarung im Rahmen des SHA vom 3.10.2007 auf den Käufer übergegangen.*

*Das Vorliegen eines Fixkaufpreises und damit das Risiko der Wertsteigerung-/Minderung der Anteilsrechte ergibt sich aus folgenden Passagen des SHA vom 3.10.2007 sowie des SPA vom 3.10.2007:*

- Punkt 14.8. SHA vom 3.10.2007
- Punkt 2.5.3. SPA vom 03.10.2007
- Punkt 2.2.1. SPA vom 03.10.2007 und
- Punkt 2.5.1. SPA vom 03.10.2007.

*Diese Vertragsbedingungen, entnommen aus dem SHA bzw. dem SPA jeweils vom 3.10.2007, bringen unzweifelhaft die Tatsache zur Kenntnis, dass ein Fixkaufpreis für 100 % der Anteilsrechte an der \*\*\*16\*\*\* iHv US\$ 1,5 Milliarden vereinbart ist (vgl. Seite 5 Definitionen, die den Begriff „Floor“ erklärt und Punkt 2.2.1 des SPA vom 29.8.2007 zw. Bf. und \*\*\*28\*\*\* und \*\*\*27\*\*\*). Dieser Gesamtpreis iHv US\$ 1,5 Milliarden wird anteilig zur Ermittlung des Kaufpreises/Ausübungspreises für die 15 % der Anteilsrechte der Bf an der Zielgesellschaft herangezogen.*

*Nach Abschluss des SPA vom 3.10.2007 ergeben sich an der Zielgesellschaft folgende Beteiligungsverhältnisse:*

- 15 % Bf (Minderheitsgesellschafter)
- 7,5 % \*\*\*28\*\*\* (Minderheitsgesellschafter)
- 7,5 % \*\*\*27\*\*\* (Minderheitsgesellschafter)
- 70 % \*\*\*11\*\*\* \*\*\*32\*\*\* Bet. Verwaltungs GmbH (Mehrheitsgesellschafter).

*Die unter Punkt 2.5.1. des SPA 3.10.2007 angeführten Anpassungen des Kaufpreises / Ausübungspreises der Optionen sind vom Betrag her nicht nennenswert und stellen auf einen Vermögensstatus hinsichtlich der genannten Vermögenswerte der weißrussischen Gesellschaft (im SPA vom 3.10.2007 als „Company“ bezeichnet) zum Stichtag 30. September 2007 ab. Damit ändert dieser Vertragspassus im SPA vom 3.10.2007 nichts an der Tatsache, dass ein Fix - Kaufpreis iHv US\$ 1,5 Milliarden vereinbart wurde, da der zu einer Kaufpreisanpassung eventuell führende Status zum Stichtag 30. September 2007 zu erstellen ist und somit vor dem Datum des Signing des SPA am 3.10.2007 liegt. Dahingehend kann der Status zum 30.9.2007 keine in der Zukunft liegende Anpassung des Kaufpreises darstellen, denn gerade zukünftig eintretende Ereignisse sind nicht Gegenstand der Anpassung des Kaufpreises (keine Earn - Out Vereinbarung).*

#### ***b.c. Sonderdividende samt Verzinsung***

*Als Kaufpreisbestandteil für die mittels Optionsausübung zivilrechtlich zu erwerbenden 30 % der Anteilsrechte an der \*\*\*16\*\*\* davon 15 % im Besitz der Bf, 7,5 % im Besitz der \*\*\*28\*\*\* und 7,5 % im Besitz der \*\*\*27\*\*\* wurde unter Punkt 12 SHA eine sogenannte „Vorzugsdividende“ zum Fixpreis von US\$ 415.000.000,00 vereinbart.*

*Dies ergebe sich aus Punkt 12 des SHA vom 03.10.2007;*

*„Diese vertraglichen Vereinbarungen tragen unzweifelhaft den Schluss, dass die als Vorzugsdividende bezeichneten Zahlungen der Zielgesellschaft an die Verkäufer/Optionsberechtigten in steuerlicher Sicht Kaufpreis und nicht Dividendenzahlung (steuerlich Beteiligungsertrag) darstellen. Denn die Vereinbarung einer vorweg Dividende an den Verkäufer, stellt nur dann steuerlich einen Beteiligungsertrag des Verkäufers dar, wenn das Datum des Ausschüttungsbeschlusses vor dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilsrechten an den Käufer zu liegen kommt (vgl. BFG 26.08.2021, RV/4100568/2016). Genau dieser Voraussetzung der zeitlichen Abfolge nach der Judikatur - Ausschüttungsbeschluss muss vor dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums liegen - entspricht die Vertragsbestimmung im SHA gerade nicht. Denn es wird über Dividenden abgesprochen, die in der Zukunft liegen und die möglicherweise durch die Zielgesellschaft gar nicht erzielt werden. Der SHA spricht über zukünftige Dividenden ab, die noch gar nicht von der Zielgesellschaft*

erzielt wurden, ein Ausschüttungsbeschluss daher im Zeitpunkt des Abschlusses des SHA nicht vorliegen kann. Zudem ist die „Sonderdividende“ durch den Mehrheitsgesellschafter garantiert, was bedeutet, dass die „Sonderdividende“ im Betrag von US\$ 415 Mio gar nicht von der Zielgesellschaft erzielt werden muss, der Verkäufer/Optionsberechtigte aber jedenfalls anteilig diese „Sonderdividende“ erhält. Im Extremfall vom kaufenden indirekten Mehrheitsgesellschafter \*\*\*34\*\*\* AG zur Gänze als Garant gem. SHA. Die „Sonderdividende“ stellt Kaufpreisbestandteil dar, denn Ausschüttungsbeschlüsse können nur zeitlich nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, sofern überhaupt Gewinne erzielt wurden, gefasst werden. Der von der Judikatur geforderte Fix-Kaufpreis der den Übergang der Chancen und Risiken im Zeitpunkt des Abschlusses des SHA auf den Käufer bedingt, ist erfüllt. Die „Sonderdividende“ gem. Punkt 12 des SHA ist lediglich eine Begrifflichkeit für den Anteil der Minderheitsgesellschafter am Gesamtkaufpreises für 100 % der Anteilsrechte an der Zielgesellschaft iHv US\$ 1,5 Milliarden und repräsentiert in Wirklichkeit den Gewinn der Minderheitsgesellschafter aus der Transaktion, wie zu Beginn gezeigt. Im Zusammenhang mit einer steuerlichen Beurteilung ist die Bezeichnung „Sonderdividende“ irreführend, da eben keineswegs eine Dividendenvereinbarung vorliegt, sondern den Minderheitsgesellschaftern ein fixer Kaufpreisbestandteil unter dem Titel „Sonderdividende“ zuerkannt wurde. Dafür spricht umso mehr die vertragliche Vereinbarung im Punkt 12.2.1 SHA, dass

**die Vorzugsdividende zuzüglich Zinsen ab dem Stichtag des Wirksamwerdens bis zum ersten Zahlungsdatum, berechnet auf Basis des LIBOR-Satzes zuzüglich 50 Basispunkte, halbjährlich aufgezinst; ....**

Denn die Verzinsung der „Sonderdividende“, mehr noch die Aufzinsung (Zinseszinsen) kann nur für eine Kaufpreisschuld stehen, die der Käufer in der Zukunft samt Zinseszinsen zu begleichen hat (TERMINKAUF).

#### **b.d. Identer Ausübungszeitpunkt bzw. Ausübungszeitraum (Überlappungsbereich) der Put- und Call Option**

Auch hinsichtlich der Laufzeit ist eine völlige Identität der Optionsbedingungen gegeben. Sowohl die Put (Verkaufs) als auch die Call (Kaufs) Option kann jederzeit nach dem dritten Jahrestag des Stichtages des Wirksamwerdens (3.10.2007, Vertrag SHA), d.h. ab dem 3.10.2010 ausgeübt werden, (siehe SHA, Pkt. 14.1 und 14.2 sowie Pkt 14.3. und 14.4.) Die Laufzeit der Option (Put- und Call Option) ist nach dem dritten Jahrestag des Stichtages des Wirksamwerdens des SHA bis zum zehnten Jahrestag des Stichtags der Wirksamkeit des SHA (SHA, Pkt. 17.1) gültig und kann nochmals um fünf Jahre unter denselben Bedingungen verlängert werden. Die von der Judikatur geforderte Überlappung des Ausübungszeitraumes ist im SHA Punkt 14. KAUF- UND VERKAUFSOPTION vereinbart.

**b.e. Die Optionen sind für die Parteien verbindlich und unwiderruflich (Punkt 14.5. SHA).**

### **c. Gewinnbezugsrecht**

Unter Punkt 11.1. SHA „Beschränkte Abtretbarkeit von Dividendenrechten“ ist vereinbart, dass der Mehrheitsgesellschafter unwiderruflich seine gesamten Ansprüche auf eine Dividende bezüglich seiner Anteile an der Zielgesellschaft, welche nach dem Stichtag des Wirksamwerdens (festgelegt in Punkt 3.2. des SPA vom 3.10.2007) fällig und zahlbar werden, bis zu einem Betrag welcher der Vorzugsdividende (Punkt 12 SHA) entspricht, an die Minderheitsgesellschafter überträgt.

Unter Punkt 11.2. SHA „Dividendenpolitik“ wird wie folgt ausgeführt: Der Mehrheitsgesellschafter hat sein Stimmrecht bezüglich der Zielgesellschaft und der Gesellschaft (=Company) so auszuüben, dass am oder nach dem ersten Zahlungsdatum veranlasst wird, dass alle von der Gesellschaft erwirtschafteten Nettogewinne an die Zielgesellschaft ausgeschüttet werden und alle von der Zielgesellschaft erwirtschafteten Nettogewinne an die Minderheitsgesellschafter bis zur Höhe der Vorzugsdividende ausgeschüttet werden. Diese Formulierung **impliziert, dass der Gewinnanteil der Minderheitsgesellschafter auf Ebene der Zielgesellschaft von dieser Vertragspassage erfasst ist.** Denn alle Gewinne sind bis zum Erreichen der Vorzugsdividende von der Zielgesellschaft an die Minderheitsgesellschafter auszuschütten.

Mit anderen Worten, die Vorzugsdividende umfasst **ebenso den aliquoten Dividendenanspruch der Minderheitsgesellschafter, da im SHA vereinbart ist, dass sämtliche Gewinne bis zur Höhe der Vorzugsdividende an die Minderheitsgesellschafter auszuschütten sind, somit auch die aliquoten eventuell entstehenden Gewinnanteile der Minderheitsgesellschafter.** Andererseits verpflichtet sich der Mehrheitsgesellschafter bei nicht ausreichend verfügbaren Geldmitteln aus den Nettogewinnen, wie folgt gem. Punkt 11.2. SHA vorzugehen:

**... für den Fall dass die Zielgesellschaft nicht ausreichend verfügbare Geldmittel hat, um die Vorzugsdividende auf Basis des Nettogewinns ganz oder teilweise am oder nach dem ersten Zahlungsdatum zu bezahlen, hat der Mehrheitsgesellschafter im Fall eines Geldfehlbetrages zu veranlassen, dass Mittel für die Zielgesellschaft oder die Gesellschaft -je nach Situation - zur Verfügung gestellt werden, um die Zielgesellschaft in die Lage zu versetzen, dass der Geldfehlbetrag bezahlt wird.**

Unter Punkt 12. SHA „VORZUGSDIVIDENDE“ verpflichtet sich der Mehrheitsgesellschafter, dass die Minderheitsgesellschafter eine Vorzugsdividende im Betrag von insgesamt US\$ 415 Mio von der Zielgesellschaft erhalten.

Mit der Wortfolge in Punkt 11.2 SHA „...und alle von der Zielgesellschaft erwirtschafteten Nettogewinne an die Minderheitsgesellschafter bis zur Höhe der Vorzugsdividende ausgeschüttet werden...“ wird zum Ausdruck gebracht, dass die **Dividendenansprüche der Minderheitsgesellschafter vom Betrag der Vorzugsdividende** umfasst sind. Mit der Fixierung der Vorzugsdividende iHv US\$ 415 Mio, die auch dann -im Extremfall - zu bezahlen ist, wenn die Zielgesellschaft keine Dividenden von der Company empfangen konnte, **ist offensichtlich ein Eingehen im SHA auf Gewinnansprüche der Minderheitsgesellschafter entbehrlich**. Der Anspruch der Minderheitsgesellschaft aus dem Titel „Vorzugsdividende“ umfasst eventuell entstehende Gewinnansprüche der Minderheitsgesellschafter. Die Minderheitsgesellschafter haben daraus aber folgend keinen Anspruch auf Gewinnausschüttungen aus der Zielgesellschaft, denn wie ausgeführt diese - sofern überhaupt entstanden - in der Vorzugsdividende untergehen. Die Vorzugsdividende ist jedoch, wie oben unter Punkt 4.2. ausgeführt, Teil des fixen Kaufpreises für die Anteilsrechte der Minderheitsgesellschafter. Im Ergebnis steht den Minderheitsgesellschaftern kein aliquoter Gewinnanspruch aus den jährlichen Gewinnen der Zielgesellschaft zu. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Vorzugsdividende einer Verzinsung ab Wirksamkeitsdatum des SPA vom 3.10.2007 unterliegt.

Mit anderen Worten, die Minderheitsgesellschafter verzichten auf eventuell erzielte zukünftige Dividenden an der Zielgesellschaft im Optionszeitraum und erhalten im Gegenzug die „Vorzugsdividende“ fix und garantiert samt Verzinsung.

Sollten die Dividenden im Optionszeitraum höher als die Vorzugsdividende ausfallen, enthält der SHA keine Regelung. Es kann daher mit hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Vertragspartner diesem Fall keine Eintrittswahrscheinlichkeit eingeräumt haben.

Dies auch deshalb, da im anderen Fall (Dividenden erreichen nicht die Höhe der Vorzugsdividende) der SHA umfangreiche Regelungen aufweist, wie vorzugehen ist. Insbesondere der Vertragsbeitritt der \*\*\*34\*\*\* AG als Garant sichert die Minderheitsgesellschafter gänzlich gegen das Risiko zu geringer Dividenden ab, die zur „Speisung der Vorzugsdividende“ primär heranzuziehen sind. Somit ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Vertragsparteien des SHA vom Eintreten dieses Falles ausgegangen sind. Dieser Fall ist auch eingetreten.

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse der vertraglichen Vereinbarungen im SHA ist mit überragender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Minderheitsgesellschafter über keinen Gewinnanspruch verfügten, sondern diesen zugunsten der fixen Vorzugsdividende aufgegeben haben.

#### **d. Ausübung der Stimmrechte / Syndikatsvertrag des SHA**

**d.a. Das oberste Organ der Zielgesellschaft / Mehrheitsregel:**

*Gem. Punkt 5.1. SHA ist das oberste Organ der Zielgesellschaft die Gesellschafterversammlung.*

*Gem. Punkt 5.2. SHA bedürfen Entscheidungen dieses Organs der einfachen Mehrheit der Stimmrechte, sofern gem. Punkt 5.3. SHA eine qualifizierte Mehrheit nach dem Recht von Zypern erforderlich ist.*

**d.b.** *Wichtige Angelegenheiten der Zielgesellschaft werden in Punkt 6.1. SHA bezüglich der Zielgesellschaft geregelt, die der einstimmigen Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen.*

*Der Passus 6.1. SHA „Wichtige Angelegenheiten betreffend die Zielgesellschaft“ erfasst all jene Fälle, die der einstimmigen Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen, womit keine Einschränkung der Herrschaftsrechte der Minderheitsgesellschafter auf den ersten Blick zu vermuten wäre. Es ist jedoch so, dass die Transaktionsstruktur nur ein zeitlich begrenztes Verbleiben der Minderheitsgesellschafter als zivilrechtliche Eigentümer vorsieht, im Grunde ein Terminkauf, wie oben gezeigt, vorliegt. Daher kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass das Auftreten dieser „Wichtigen Angelegenheiten“ nicht ernsthaft von den Vertragspartnern des SHA in Betracht gezogen worden sind. Diese Vertragsbestimmungen sind Ausfluss genereller Vertragspunkte in Transaktionsverträgen. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse war von den Gesellschaftern keineswegs beabsichtigt, die genannten „Wichtigen Angelegenheiten“ eintreten zu lassen. Die erstmalige Zusammenarbeit der Gesellschafter im Wege des SPA und des SHA ist mit 3.10.2007 entstanden, wobei im Vorfeld die Transaktionsstruktur zwischen den Gesellschaftern bereits lang vor den rechtsgeschäftlichen Abschlüssen erfolgt ist (vgl. Vorstandsprotokolle der \*\*\*34\*\*\* AG). Aus diesen Akteninhalten ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass eine der „Wichtigen Angelegenheiten“ von den Gesellschaftern im Optionszeitraum ernsthaft in Erwägung gezogen worden wäre. Die Zustimmungsrechte der Minderheitsgesellschafter für die genannten „Wichtigen Angelegenheiten“ daher typischerweise nach der vorgegebenen Transaktionsstruktur quasi bedeutungslos sind, da eben ein Terminkauf vorliegt. Die „Wichtigen Angelegenheiten“ stellen quasi standardisierte Vertragspunkte von Transaktionsverträgen dar und haben nach dem Gesamtbild der Verhältnisse keine Wahrscheinlichkeit für sich, einzutreten. Die den Minderheitsgesellschaftern eingeräumten Zustimmungsrechte erweisen sich daher - mangels „Wichtiger Angelegenheiten“ im Optionszeitraum - als bedeutungslos. Damit hindern die Zustimmungsrechte der Minderheitsgesellschaft nach dem Gesamtbild nicht den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (vgl. BFH 11.7.2006 -VII R 32/04 BStBl 2007 II, unter 5. dd). Der BFH beurteilt die Wahrscheinlichkeit des Eintretens von Vertragsbestimmungen nach der gegebenen Transaktionsstruktur und beurteilt ob diese den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums ausschließen können oder mangels Relevanz eben nicht.*

#### **d.e. Zusammenarbeit der Parteien**

Unter Punkt 3.2.2. SHA wird die Zusammenarbeit der Parteien, wie folgt, geregelt:

*„...bestätigen die Minderheitsgesellschafter,..., dass...die Rechte des Mehrheitsgesellschafters in Bezug auf die Zielgesellschaft und die Gesellschaft nicht eingeschränkt sind und dass die Gesellschafterrechte der Minderheitsgesellschafter auf die in dieser Vereinbarung und in den Artikeln der Zielgesellschaft (in 10.2.3 geregelt) angeführten Rechte eingeschränkt sind und ....dass die unbeschränkte Umsetzung der Rechte der Mehrheitsgesellschaft...gewährleistet ist.“*

*Die Rechte des Mehrheitsgesellschafters in Bezug auf die Zielgesellschaft und Company sind nicht eingeschränkt (mit Ausnahme der im SHA eigens benannten Zustimmungsrechte der Minderheitsgesellschafter unter Punkt 6.1 SHA; siehe obige Beurteilung). Betreffend aller „Nicht-Wichtigen Angelegenheiten“ (siehe Pkt. 6.3. SHA) sind die Rechte der Minderheitsgesellschafter gänzlich eingeschränkt. **Die Minderheitsgesellschafter stimmen zu, ihre Gesellschafterrechte so ausüben, dass der Mehrheitsgesellschafter die Geschäfte der Zielgesellschaft und der Gesellschaft lenken kann.** In den Punkten 6.3.1. und 6.3.2. SHA werden die Pflichten der Minderheitsgesellschafter umfassend angeführt. Die Minderheitsgesellschafter verpflichten sich ihre Stimmrechte nach den Anweisungen des Mehrheitsgesellschafters auszuüben sowie auch die Vertretung der Minderheitsgesellschafter in allen Organen der Zielgesellschaft und Gesellschaft zu veranlassen, die Anweisungen des Mehrheitsgesellschafters zu befolgen. **Im Ergebnis wird dem Mehrheitsgesellschafter gänzlich die operative Führung der Zielgesellschaft und der Company überlassen.** Dies entspricht vollends dem Telos der Transaktionsstruktur, im Grunde liegt ein Terminverkauf vor. Chancen, Risiken und Herrschaftsrechte sind ab ovo auf die Käuferin übergegangen, lediglich die Zahlung des Kaufpreises samt Zinseszinsen ist in die Zukunft geschoben.*

#### **d.f. Vertretung der Zielgesellschaft nach Außen**

*In Punkt 7.2. SHA ist ausgeführt, dass nur der Mehrheitsgesellschafter die Zielgesellschaft gegenüber Dritten zu vertreten hat. Der Vorstandsvorsitzende (\*\*\*23\*\*\* / Eigentümer der beiden Cypriotischen Minderheitsgesellschafter) ist nur bei allen Kontakten zu den weißrussischen Regierungsbehörden vorab zu kontaktieren.*

*Diese Auffälligkeit in der Vertretung nach Außen gründet sich in der Transaktionsstruktur und dem politischen System in Weißrussland iJ 2007, da der syrische Geschäftsmann \*\*\*23\*\*\* ein enger Vertrauter des Präsidenten ist (Quelle: Wirtschaftsblatt vom \*\*\*Datum\*\*\*).*

*„Die Rolle des Vorstandes ist es, das Tagesgeschäft und die Angelegenheiten der Zielgesellschaft (\*\*\*16\*\*\*, Ltd.) zu leiten, einschließlich der Ausübung der Gesellschafterrechte*

*bezüglich der Gesellschaft. Der Vorstand hat das Recht, alle Entscheidungen zu treffen, welche nicht in die Entscheidungskompetenz eines anderen Gesellschaftsorgans der Zielgesellschaft fallen, vorbehaltlich ..."*

*Die operative Führung der Company (\*\*\*14\*\*\* \*\*32\*\*\*) obliegt ebenso dem Mehrheitsgesellschafter (SHA, Pkt 9.1). Nur in Bezug auf die Beziehungen der Gesellschaft mit der Regierung, Regierungsorganisationen und andern amtlichen Stellen ist der Minderheitsgesellschafter zu kontaktieren bzw. informieren.*

*Sowohl bei der Zielgesellschaft als auch bei Company liegt das alleinige Vertretungsrecht nach Außen sowie die Geschäftsleitung bei der Käuferin.*

#### **d.g. Verfügungsbeschränkung der Anteile**

*Unter Punkt 10. SHA „VERFÜGUNG ÜBER ANTEILE“ des SHA bzw. Punkt 10.1.1. SHA wird wie folgt vereinbart:*

*....dass keine der Parteien ihre Anteile direkt oder indirekt, freiwillig oder unfreiwillig, übertragen, verkaufen, abtreten, verpfänden oder in anderer Weise darüber verfügen.*

*Unter Punkt 10.1.2. SHA „Treuhand“ wird zur Sicherung der Verfügungsbeschränkungen, lediglich mit Wirkung für die Minderheitsgesellschafter, folgendes vereinbart:*

*„Die Minderheitsgesellschafter haben ihre Anteile an der Zielgesellschaft frei von Belastung, Pfandrecht, Beschluss, Urteil Schiedsspruch, einstweiliger Verfügung oder irgendeiner sonstigen Beschränkung, mit Ausnahme der in dieser Vereinbarung festgesetzten Optionen oder sofern nicht ausdrücklich anderweitig in diese Vereinbarung und/oder im Anteilskaufvertrag geregelt und zwar in der im Anteilskaufvertrag festgesetzten Weise, beim Treugeber zu erlegen und zwar in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Treuhandvertrages“.*

*Diese Vertragsklausel des SHA, insbesondere die Übergabe der Anteile der Minderheitsgesellschafter an den Treugeber, gibt dem Käufer absolute Gewissheit, dass alle denkmögliche Gestionierungen der Minderheitsgesellschafter hinsichtlich ihrer Anteile rechtlich und faktisch während der Optionsausübungszeit unmöglich sind.*

#### **e. Gesamtbild der Verhältnisse**

##### **e.a. Besonderheiten des Falles**

*Beim Kauf des zweitgrößten weißrussischen Mobilfunkanbieters (\*\*\*14\*\*\*, \*\*32\*\*\* - Marke „\*\*8\*\*“) hat sich die \*\*\*34\*\*\*, wie beim Kauf der bulgarischen Mobiltel, der Expertise von \*\*\*31\*\*\* (\*\*Bf1\*\*\*) bedient.*

Der syrische Geschäftsmann \*\*\*23\*\*\* war vor dem Einstieg der \*\*\*34\*\*\* Alleineigentümer der \*\*\*7\*\*\* Telekom, die wiederum 100 % der Anteile an der \*\*\*14\*\*\*, \*\*\*32\*\*\* hielt. \*\*\*23\*\*\* gilt als enger Vertrauter des dortigen Präsidenten. (Quelle: Wirtschaftsblatt vom \*\*\*Datum\*\*\*).

Der Vorstand der \*\*\*13\*\*\* hat den Erwerb von 100 % an der \*\*\*14\*\*\*, \*\*\*32\*\*\* („Projekt \*\*\*8\*\*\*“) in zwei Phasen am 25.6.2007 beschlossen. (Quelle: Vorstandsbeschluss vom 25.6.2007).

Im Vorstandsbeschluss vom 21.8.2007 wird der Exit der drei Minderheitsgesellschafter von Beginn an über eine Call-/Put-Option sowie über eine Deferred Consideration definiert. Diese Vorgehensweise wird aufgrund der Kontinuität im Management und zum Aufbau von Beziehungen zur Regierungsstellen gewählt (Quelle: Vorstandsbeschluss vom 21.8.2007).

Um das verbleibende allgemeine politische Risiko abzusichern, hat die \*\*\*34\*\*\* eine Transaktionsstruktur gewählt, in der die bisherigen Eigentümer (Bf. 15 %, \*\*\*28\*\*\* 7,5 %, \*\*\*27\*\*\* 7,5%) noch 3 Jahre für die Kontinuität in der Beziehung zu den Regierungsstellen sorgen und damit das Risiko entschärfen sollen. Der Vorstand der Austria AG wurde zur Verhandlung der Verträge ermächtigt (Share Purchase Agreement und Shareholder Agreement). (Quelle; Protokoll 52. Aufsichtsratssitzung der \*\*\*11\*\*\* AG am 18.9.2007).

Die „Präamabel“ im SHA vom 3.10.2007 unter (F) Seite 7 gibt, unter Bedachtnahme auf die angeführten Pressemitteilungen und Informationen, die Motive von Seiten der \*\*\*34\*\*\* AG in vertragsjuristischer Diktion wieder, die zivilrechtliche Übernahme der Zielgesellschaft erst nach drei Jahren zu vollziehen.

#### **e.b. Die Käuferin bilanziert zum 31.12.2007 100 % der Anteilsrechte**

Die Käuferin geht rechtlich davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum der von den Minderheitsgesellschaftern gehaltenen Anteile bereits mit Abschluss des SHA erworben wurde. Dies bringt die Käuferin (\*\*\*10\*\*\* GmbH) nach außen hin durch die Bilanzierung im JA zum 31.12.2007 zum Ausdruck. Denn bereits in der Bilanz zum 31.12.2007 wurden 100 % der Anteilsrechte an der Zielgesellschaft bilanziert (Siehe KPMG-Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31.12.2008 - mit Ausweis des Bilanzansatzes zum 31.12.2007). Im Anlagevermögen bilanziert die Käuferin in der Bilanz zum 31.12.2007 unter der Bilanzposition „Anteile an verbunden Unternehmen“ besagte 100 % der Anteilsrechte an der Zielgesellschaft mit € 1.330.459.653,37.

Mit dieser unternehmensrechtlichen Bilanzierung bringt die Käuferin zum Ausdruck, dass sie mit Abschluss des SHA wirtschaftliche Eigentümerin an jenen 30 % der Zielgesellschaft geworden ist, die zu diesem Zeitpunkt im zivilrechtlichen Eigentum der Minderheitsgesellschafter stehen.

*Es liegt die Bilanzierung durch ein vollkonsolidiertes Unternehmen eines börsennotierten Konzerns vor.*

### ***e.c. Doppeloption und Einschränkung der Gesellschafterrechte***

*Gem. § 24 Abs 1 lit d BAO werden Wirtschaftsgüter über die jemand die Herrschaft gleich einem Eigentümer ausübt diesem zugerechnet. Strittig ist die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum an der 30% Quote bereits mit der Vereinbarung der Doppeloption (3.10.2007) übergegangen ist oder erst mit deren Ausübung (3.10.2010).*

*Die Judikatur des BFH (BFH 11.7.2006, BStBl II, 296 ff) führt folgende Voraussetzungen an, die zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führen, auch wenn die zivilrechtlichen Verträge noch nicht abgeschlossen wurden: Wirtschaftlicher Eigentümer ist, wer den zivilrechtlichen Eigentümer auf Dauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Im Fall des Verkaufs einer Beteiligung ist dies jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Käufer des Anteils*

- 1. aufgrund eines bürgerlich rechtlichen Rechtsgeschäftes bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und*
- 2. die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie*
- 3. das Risiko einer Wertminderung und der Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind.*

*Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist. Eine von der zivilrechtlichen Inhaberstellung abweichende Zuordnung eines Wirtschaftsgutes kann deshalb auch anzunehmen sein, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht im vollen Umfang erfüllt sind.*

### ***e.d. Zusammenfassung der Tatsachen, die für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stehen***

*„• Fixer Ausübungspreis für Call-und -Put-Option, dadurch sind die Chancen und Risiken auf Wertsteigerungen und Wertminderungen auf den Käufer übergegangen.*

- Zahlung eines fixen Optionspreises, nämlich 30 % von US\$ 1,5 Mrd., somit US \$450 Mio.)*
- Gesamtkaufpreis für 100 % der Anteile US\$ 1.500.000.000,- Vertrag 8.7.2007 29.8.2007 SPA\_MS, Seite 5 unter „Floor“, Pkt.2.21 3.10.2007 SPA, Pkt. 2.2.1*

- *Identer Ausübungszeitraum - Laufzeit der Call- und Put-Option (Überlappungsbereich) die Option kann jederzeit nach dem dritten Jahrestag des Stichtages des Wirksamwerdens d.h. ab dem 3.10.2010 ausgeübt werden*
- *Verzinsung der Sonderdividende und der Option ab Ausübungszeitpunkt US\$ 415 Mio wurden als Sonderdividende den Verkäufern eingeräumt. Es liegt insoweit Kaufpreisbestandteil vor. Die Sonderdividende in Höhe von US\$ 415 Mio. wird durch die \*\*\*34\*\*\* AG als Garant garantiert*
- *Minderheitsgesellschafter haben kein Gewinnbezugsrecht / aliquote Gewinnanteile der Minderheitsgesellschafter werden gegen die Sonderdividende getauscht*
- *Chancen und Risiken an der Substanz (Wertsteigerung/Wertverluste an den Anteilen) gehen mit Abschluss des SHA vom 3.10.2007 auf den Mehrheitsgesellschafter über.*
- *Option ist verbindlich und unwiderruflich und gilt gegengleich für Alle*
- *Minderheitsgesellschafter haben die Anteile beim Treuhänder zu hinterlegen, sie begeben sich damit Ihrer Dispositionsrechtes an den Anteilen*
- *Mehrheitsgesellschafter hat bei der Zielgesellschaft und der Company das alleinige Vertretungsrecht nach außen*
- *Mehrheitsgesellschafter obliegt bei der Zielgesellschaft und der Company die Geschäftsführung/ operatives Geschäft.*

*Diese Transaktionsform wurde gewählt um das politische Risiko zu minimieren \*\*\*23\*\*\* ist Vertrauensperson des Präsidenten. Der Vorstandsvorsitzende vertritt die Zielgesellschaft bzw. Gesellschaft gegenüber den Regierungsstellen Der Vorstands Vize-Vorsitzende wird vom Mehrheitsgesellschafter ernannt und vertritt gegenüber Dritten Die Zustimmungsrechte der Minderheitsgesellschafter im Falle „Wichtiger Angelegenheiten“ sind nach dem typischen Geschäftsverlauf und dem Telos der Transaktionsstruktur bedeutungslos \*\*\*32\*\*\* Beteiligungsverwaltung GmbH (\*\*\*34\*\*\* AG) hat im JA zum 31.12.2007 bereits 100 % der Anteil an der \*\*\*16\*\*\* (Zielgesellschaft) in der Bilanz aktiviert. Mit anderen Worten, der Mehrheitsgesellschafter geht davon aus, das wirtschaftliche Eigentum an den 30 % der Minderheitsgesellschafter erworben zu haben. Die Transaktionsstruktur für den Einstieg in den Weißrussischen Markt, mit zumindest einem 3 Jährigen zivilrechtlichen Verbleib der Minderheitsgesellschafter, insbesondere des Herrn \*\*\*23\*\*\*, der das wirtschaftliche Fortkommen der Company durch seine besonderen Beziehungen zum Präsidenten des autokratischen Systems Weißrusslands sicherstellen soll, impliziert eindrücklich, dass ein Gesamtplan Vorgelegen hat, der lediglich den Übergang des zivilrechtlichen Eigentums in eine vordefinierte Zukunft zu einem vereinbarten Gesamtkaufpreis verlagert hat. Während die*

*Käuferin sämtliche Herrschaftsrechte eingeräumt bekommen hat, wobei die Käuferin mit 70 % der Anteilsrechte eine manifeste gesellschaftsrechtliche Herrschaftsposition im Zeitpunkt des Abschlusses des SHA bereits innehatte. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse konnte die Käuferin mit Abschluss des SHA wie ein 100 %iger Eigentümer agieren. Aus diesem Grund ist das wirtschaftliche Eigentum am 30 % Anteil der Minderheitsgesellschafter an der \*\*\*16\*\*\* bereits am 3.10.2007 übergegangen. Die Käuferin selbst geht im Zuge ihres JAb zum 31.12.2007 davon aus, dass 100% der Anteilsrechte an der Zielgesellschaft ihr zuzurechnen sind. Damit hat die Verkäuferin, \*\*\*Bf1\*\*\*, ein Veräußerungsgeschäft gern. § 30 Abs 1 Z 1b EStG idF 2007 verwirklicht, denn zwischen Ankauf der Anteilsrechte an der Zielgesellschaft per 29.8.2007 und dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an diesen Anteilsrechten auf die Käuferin per 3.10.2007 war die Jahresfrist noch nicht verstrichen.“*

### **E. Stellungnahme der steuerlichen Vertretung**

Die steuerliche Vertretung bekräftigte in einem Schreiben vom 11.04.2023 ihre Rechtsansicht, dass das wirtschaftliche Eigentum der Bf. an den Anteilsrechten der \*\*\*7\*\*\* erst mit Ausübung der Option im Jahre 2010 übergegangen wäre.

Unter Hinweis auf die Entscheidung des BFH vom 11.07.2006 (BStBl II, 296ff) und die Ausführungen in der Beschwerdeverentscheidung der belangten Behörde sei eine Doppeloption risikoreich, wenn

1. für den Fall der Optionsausübung bereits in der Optionsvereinbarung ein fester Kaufpreis vorgesehen sei, da hierdurch die Chancen und Risiken zukünftiger Wertveränderungen der optionsbehafteten Anteile bereits auf den Erwerber übergehen;
2. rechtlich oder faktisch im Optionsausübungszeitraum keine Ausschüttungen oder Entnahmen des Gewinns von „Noch“-Gesellschafter durchgesetzt werden können;
3. die Stimm- und Kontrollrechte im Optionszeitraum nicht oder nicht vollständig vom verkaufenden Altgesellschafter ausgeübt werden können.

Bei Doppeloptionen finde unter Anderem dann nicht ein Übergang der wirtschaftlichen Verfügungsmacht statt, wenn

- die Optionen nicht innerhalb der Optionsfrist ausgeübt werden oder
- die Optionsbedingungen nicht ident sind, sondern in Abhängigkeit vom Ausübungszeitpunkt für den jeweils Ausübenden wirtschaftliche Risiken verbleiben oder

- der zivilrechtliche Eigentümer ohne Bindung oder Koordinationserfordernis die gesellschaftsähnlichen Rechte bis zum Ziehen der Option ausübt.

Die steuerliche Vertretung verwies auf die einzelnen Punkte des SHA vom 03.10.2007 und führte darüber hinaus aus:

**„Zu Punkt 1)**

*Aufgrund der aktenkundigen Sachlage erfolgte die Optionsausübung innerhalb der Optionsfrist*

**Zu Punkt 2)**

*Die Optionsbedingungen sind nicht deckungsgleich und somit auch nicht völlig ident. Nur der Stichtag der erstmöglichen Ausübung ist gem. Punkt 14.2.1 iVm § 14.4.1 SHA ident.*

*Insbesondere die Punkte 14.2.3 und 14.2.4 erweitern die Rechte des Verkaufsberechtigten erheblich.*

*Punkt 14.2.3. ermöglicht eine vorzeitige Ausübung der Verkaufsoption, sofern sich die Beteiligungsverhältnisse des Käufers sowohl innerhalb des Konzerns als auch bei auf der Ebene der Anteilsinhaber des Konzerns wesentlich ändert. Diese Bedingung ist wesentlich strikter geregelt als der Punkt 14.4.2. der Kaufoptionsbedingungen. Diese Klausel war eine der wesentlichen Vertragsbedingungen für die Minderheitsbeteiligte \*\*\*Bf1\*\*\*. Es war unserem Mandanten ein besonderes Anliegen, dass es sich bei dem Erwerber um einen österreichischen Konzern im Mehrheitsbesitz der Republik Österreich handelt. Man wollte hiermit sicherstellen, dass der Kauf der Republik Österreich zugutekommt und den Käufer daran bindet diese Eigentumsverhältnisse auch beizubehalten. Bereits zu dem damaligen Zeitpunkt bestand eine Wahrscheinlichkeit, dass der mexikanische Konzern \*\*\*35\*\*\* an einer Übernahme des Konzerns interessiert sei. Im Jahr 2012 ist dies auch passiert und mittlerweile hält der ausländische Konzern rd. 51% an der \*\*\*34\*\*\* AG.*

*Punkt 14.2.4. soweit ein Minderheitsgesellschafter die Voraus-Finanzierung lt. Punkt 18 erfüllt hat und der Mehrheitsgesellschafter mit einer Verbindlichkeit iHv. 35 Mio in Verzug gerät. Es war somit der Verkäuferseite möglich, die Option jederzeit auszuüben, sofern die Käufer insbesondere mit der Vorzugsdividende in Verzug geraten wären.*

*Aufgrund der vorgenannten Punkte verblieben insbesondere auf Seiten der Käufer nicht abschätzbare wirtschaftliche Risiken. Besonders Punkt 14.2.3. konnte von der Käuferseite nur innerhalb des Konzerns beeinflusst werden. Die Eigentumsverhältnisse der*

*Konzernmutter waren jedoch nur bedingt beeinflussbar und es bestand daher ein reales Risiko durch einen Kontrollwechsel eine vorzeitige Ziehung der Verkaufsoption auszulösen.*

**Zu Punkt 3)**

*1. In der Präambel unter (F) wird angeführt, dass der Minderheitsgesellschafter wegen der leichteren Transaktionsumsetzung ABER auch zur Unterstützung des Mehrheitsgesellschafters bei der erfolgreichen Weiterentwicklung des Geschäfts beteiligt bleibt.*

*a. Der Großteil der Kundschaft der Gesellschaft bestand zum Zeitpunkt der Übernahme aus staatlichen Institutionen. Ein politisches Wohlwollen nach Gesellschafterwechsel war daher absolut entscheidend für den zukünftigen Erfolg der Gesellschaft.*

*2. Bei der Gesellschafterversammlung unter Punkt 5.1. ist immer ein Anwesender des Mehrheitsgesellschafters verlangt.*

*a. In den Unterpunkten 5 wird das Stimmrecht der Minderheitsgesellschafter nicht eingeschränkt.*

*b. Insbesondere wird in Punkt 5.3. eine qualifizierte Mehrheit neben zwingenden Zypriotischen Recht auf gesondert definierte Punkte in Paragraph 6 erweitert, (siehe Formulierung Pkt. 5.3. „auf Grund dieser Vereinbarung einer qualifizierten Mehrheit bedürfen (insbesondere aber nicht ausschließlich die Wichtigen Angelegenheiten, welche eine qualifizierte Mehrheit benötigen).*

*c. Gemäß Punkt 5.4 ist sowohl bei Streitigkeiten der Gesellschafterversammlung als auch der Vorstandsentscheidungen das Thema dem Vorstand der \*\*\*11\*\*\* austria AG und dem Vertreter der Minderheitsgesellschafter vorzulegen. Aus diesem Punkt ist auch ersichtlich, dass für die Ausübung der Rechte immer auch der Minderheitsgesellschafter miteinbezogen werden muss.*

*3. Gemäß Punkt 6 wird bei wichtigen Angelegenheiten der Zielgesellschaft (Pkt. 6.1) oder der Gesellschaft (Pkt. 6.2.) eine einstimmige Zustimmung erfordert.*

*a. Gemäß Punkt 6.1.5 bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn Geschäfte mit verbundenen Parteien (inklusive dem Mehrheitsgesellschafter und/oder seinen verbundenen Unternehmen), mit Ausnahme von im Businessplan genannten Unternehmen eingegangen werden. Hierdurch sollte durch den Minderheitsgesellschafter sichergestellt werden, dass durch das Hinzuziehen von konzerninternen Unternehmen keine fiktiven Aufwände generiert, werden können, welche den Gewinn der Zielgesellschaft mindern.*

b. Gemäß Punkt 6.1.6 bedarf der Verkauf, Übertragung und Belastung von Vermögensgegenständen der Zielgesellschaft der Einstimmigkeit, auch wenn es sich dabei um den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb handelt. Hierdurch war es dem Mehrheitsgesellschafter nicht möglich jegliche Vermögensgegenstände der Zielgesellschaft ohne Zustimmung des Minderheitsgesellschafters zu belasten.

c. Gemäß Punkt 6.1.7. war der Abschluss von Transaktionen, einschließlich der Aufnahme von Finanzschulden, die Ausstellung von finanziellen Garantien, Verschmelzungen, Spaltungen oder einer Börseneinführung ohne Zustimmung des Minderheitsgesellschafters nicht möglich.

d. Auch auf Ebene der Gesellschaft war es gleichlautend Punkt 6.1. dem Mehrheitsgesellschafter nicht möglich Geschäfte mit verbundenen Unternehmen, ohne der Zustimmung des Minderheitsgesellschafters durchzuführen.

e. Außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes war zudem der Verkauf, Übertragung und Belastung von Vermögenswerten und der Abschluss von Transaktionen, einschließlich der Aufnahme von Finanzschulden, die Ausstellung von finanziellen Garantien, Verschmelzungen, Spaltungen und ein Börsengang ohne die Zustimmung des Minderheitsgesellschafters nicht möglich.

f. Argumente der Abgabenbehörde, wonach es sich bei den in Punkt 6 definierten „wichtigen Angelegenheiten“ nur um standardisierte Vertragspunkte von Transaktionsverträgen handelt, erachten wir als nicht substantiiert und nur als spekulative Erwägung. Wäre den obigen Punkte keine Eintrittswahrscheinlichkeit beigemessen worden, hätten man sich ausschließlich auf die gesetzlich vorgesehenen einstimmigen Zustimmungspflichten verlassen. Insbesondere die Punkte 6.1.5. und 6.2.5. eröffneten dem Minderheitsgesellschafter die Möglichkeit sämtliche konzerninterne Unternehmen des Mehrheitsgesellschafters außerhalb des Businessplans auszuschließen. Es wurden in laufenden Abständen ein Businessplan durch beide Parteien erarbeitet und jährlich in der Gesellschafterversammlung besprochen und freigegeben.

4. Gemäß Punkt 7.1. werden 5 Vorstandsmitglieder vom Mehrheitsgesellschafter und 2 von den Minderheitsgesellschaftern bestellt. Der Vorstandsvorsitzende wird vom Minderheitsgesellschafter bestellt - Herr \*\*\*23\*\*\* und das zweite Vorstandsmitglied ist \*\*\*31\*\*\*.

a. Gemäß Punkt 7.2. ist zwar der Vizevorsitzende für die Vertretung nach Außen verantwortlich aber ist der Vorsitzende bzgl. aller Kontakte mit Regierung und Aufsichtsbehörden verpflichtend zu kontaktieren und einzubeziehen. Diese Regelung war für

den Erfolg der Gesellschaft von absoluter Bedeutung. Wie bereits eingangs erwähnt lag der Erfolg der Gesellschaft im Wesentlichen an den staatlichen Kunden. Ohne den Kontakten von Herrn \*\*\*25\*\*\* zu den staatlichen Behörden wäre ein wirtschaftlicher Erfolg der Gesellschaft nicht möglich gewesen. Dies zeigt sich auch daran, dass nicht die \*\*\*34\*\*\* mit den staatlichen Behörden in Verhandlungen zu neuen UMTSLizenzen getreten ist, sondern Herr \*\*\*25\*\*\*.

b. Gemäß Punkt 7.5. müssen mind. 3 Vorstandsmitglieder des Mehrheitseigentümers und 1 des Minderheitseigentümers anwesend sein. Bei gewöhnlichen Geschäften ist aufgrund dieser Regelung eine Durchsetzung des Minderheitsgesellschafters nicht möglich. ALLERDINGS gemäß Punkt 7.5. letzter Absatz muss für wichtige Vorstandsangelegenheiten eines der Mitglieder des Minderheitsgesellschafters zustimmen. Bei wichtigen Angelegenheiten war es dem Mehrheitseigenschaftler daher nicht möglich ohne Zustimmung des Minderheitsgesellschafters weiter vorzugehen.

5. Gemäß Punkt 9.1. bestellt der Mehrheitseigenschaftler unter vorheriger Beratung mit den Minderheitsgesellschaftern den Generaldirektor der Tochterfirma.

a. Gemäß Punkt 9.3. wird ausdrücklich festgehalten, dass der Minderheitsgesellschaftler im Bezug zu der Beziehung zur Regierung, Regierungsorganisation und anderen amtlichen Stellen zu informieren und zu konsultieren ist und in alle wesentlichen Schritte, Entscheidungen und Kontakt zur Regierung einbezogen werden MUSS.

6. Die Bilanzierung von 100% der Geschäftsanteile durch den \*\*\*9\*\*\* bereits zum 31.12.2007 erscheint für uns als kein geeignetes Indiz. Gemäß IFRS 10 sind Tochterunternehmen bei ausreichender Beteiligungshöhe vollständig in den Konzernabschluss mitaufzunehmen (Vollkonsolidierung). Laut herrschender Literaturmeinung besteht das Control-Konzept des IFRS 10 aus einer Mischung von einem System abstrakter Prinzipien und Kriterien einerseits und einer großen Zahl von einzelfallorientierten Konkretisierungen andererseits. Dadurch ist der Standard komplex und aufwendig. Es bestand schon aufgrund der Beteiligungshöhe von 70% eine Vollkonsolidierungspflicht.

Gesamtbild der Verhältnisse/Besonderheiten des Falles:

Wie bereits bei vergangenen Projekten war es der \*\*\*34\*\*\* (\*\*\*34\*\*\*) nicht möglich ohne Partner mit entsprechenden politischen Kontakten am weißrussischen Mobilfunkmarkt Fuß zu fassen. Hierfür wurden die umfangreichen politischen Kontakte des Minderheitsgesellschafters, insbesondere Herrn \*\*\*31\*\*\* und \*\*\*25\*\*\* benötigt. Aufgrund der unsicheren politischen Lage des Landes wäre es ohne die Einflussnahme des Minderheitsgesellschafters bzw. der sofortigen Übernahme von 100% der Anteile mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Entzug der bestehenden Lizenzen und somit einem wirtschaftlichen Totalverlust gekommen.

Um die Jahrtausendwende waren in den osteuropäischen Staaten die Telekomlizenzen überwiegend vergeben. Allerdings waren die jeweiligen Regierungen bei manchen dieser

*Gesellschaften mit den Eigentümern nicht zufrieden bzw. beschuldigten diese kriminellen Machenschaften“*

*Bulgarien:*

*Gegen den vormaligen Eigentümer bestand in Bulgarien ein Einreiseverbot, da er angeblich Verbindungen zur organisierten Kriminalität hatte. Nach der Übernahme der bulgarischen Telekomfirma durch die \*\*\*36\*\*\* GmbH (100% Tochtergesellschaft der \*\*\*Bf1\*\*\*) wurde der gesamte Vorstand und viele Personen der mittleren Managementebene ausgetauscht. Vor Verkauf an die \*\*\*34\*\*\* wurden die ursprünglichen Lizenzen erneuert bzw. neue zusätzliche Lizenzen vergeben. Ohne dieser Bereinigung, die ausschließlich auf die Beziehungen von Herrn \*\*\*31\*\*\* und seiner Berater zurückzuführen waren, hätte keine namhafte westliche Telekommunikationsfirma den bulgarischen Telekommunikationsanbieter erworben.*

*Aus diesen Gründen war es dem Minderheitsgesellschafter bis zur Ausübung der Option im Jahr 2010 möglich ihre Rechte weiterhin auszuüben. Teilweise durch die Gesellschaftervereinbarung getroffenen Einschränkungen des Minderheitsgesellschafter wurden wiederum durch Restriktionen des Mehrheitsgesellschafter ausgeglichen. Es bestand insbesondere auf Seiten der Käuferseite ein erhebliches Risiko durch nur teilweise beeinflussbare Faktoren die frühzeitige Optionsausübung durch die Verkäufer auszulösen. Auf der anderen Seite bestand eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bei Verfehlen des Businessplans als Minderheitsgesellschafter weiterhin beteiligt zu bleiben aufgrund der besonderen Beziehung des Minderheitsgesellschafter zur \*\*\*34\*\*\*.“*

In einer weiteren schriftlichen Stellungnahme vom 07.07.2023 legte die steuerliche Vertretung erneut dar, dass kein Übergang wesentlicher Rechte auf den Mehrheitsgesellschafter vereinbart worden wäre. Die im SHA angeführte Syndizierung hätte die Umsetzung der Vereinbarung des SHA betroffen, jedoch nicht die im SHA eingeräumten Rechte beschränkt:

*„Es kann also nicht von einem vertraglichen Übergang der wesentlichen Gesellschafterrechte gesprochen werden. Denn in den erwähnten gesetzlich festgelegten, sowie auch den vertraglich vereinbarten Materien, konnte der Mehrheitsgesellschafter eben nur nach Genehmigung durch die Minderheitsgesellschafter handeln. Diese Rechte dienen den Minderheitsgesellschaftern zur Interessenswahrung und verhindern, dass der Mehrheitsgesellschafter seinen Einfluss ausschließlich im eigenen Interesse ausüben. Anders gesprochen: Bis zur Ausübung der Optionen konnten die Minderheitsgesellschafter ihre gesetzlichen Gesellschafterrechte, ebenso die darüber hinaus eingeräumten vertraglichen Rechte völlig uneingeschränkt ausüben.*

*Insbesondere durch die vertraglich eingeräumten Rechte wurde auch eine völlige Integration des Unternehmens mit der Mehrheitsgesellschafterin verhindert: Geschäfte mit verbundenen Unternehmen, also mit Unternehmen der Mehrheitsgesellschafterin, ebenso die Änderung der Bilanzierungsgrundsätze oder -praxis waren erst nach Genehmigung durch die Minderheitsgesellschafter erlaubt.*

In der am 12.07.2023 durchgeführten mündlichen Senatsverhandlung wurde vorgebracht:

*„Die belangte Behörde verweist auf ihr bisheriges Vorbringen und führt insbesondere aus, dass es einen Überlappungsbereich gibt, der dazu führt, dass eine Doppeloption vorliegt. Bezüglich der Bereiche Stimmrecht und Gewinnbezugsrecht wird auch auf die bisherigen Ausführungen verwiesen und eine weitere schriftliche Stellungnahme vorgelegt, die zu den Akten genommen wird. Die belangte Behörde trägt den vorgelegten Schriftsatz vor.*

*Der steuerliche Vertreter: Die \*\*\*34\*\*\* war immer interessiert daran, Dividenden zu erwirtschaften und diese auch auszuschütten. Bezogen auf den konkreten Fall sieht die steuerliche Vertretung die Ausführungen der belangten Behörde, für den Fall, dass es zu einem Übergewinn gekommen wäre, als nicht zu treffend. Die Beschwerdeführerin hat nicht auf ihr Gewinnbezugsrecht verzichtet, im Falle von Übergewinnen hätte es vielmehr, wie in den Jahren davor, einen Ausschüttungsbeschluss gegeben.*

*Die belangte Behörde verweist auf Punkt 11.2 SHA und leitet daraus ab, dass nicht mehr ausgeschüttet wird als an Vorzugsdividende vereinbart wurde, solange der Minderheitsgesellschafter zivilrechtlicher Eigentümer ist.*

*Der steuerliche Vertreter bringt zu Punkt 11.2 SHA vor, dass es richtig ist, dass in diesem Punkt nichts ausgeführt ist, was passiert, wenn die Ausschüttungen höher sind als die Vorzugsdividenden.*

*Der steuerliche Vertreter: Die Übergabe des Anteils der Bf. an einen Treuhänder war eine Sicherheitsmaßnahme die von der \*\*\*34\*\*\* AG gefordert war. Dies schränkt jedenfalls die Verfügungsmacht der Beschwerdeführerin über ihren Anteil nicht ein.*

*Die belangte Behörde führt zu Punkt 12.2.1. aus, dass die Bezahlung der Vorzugsdividende unabhängig von der Ausübung der Option auszubezahlen war.*

*Der steuerliche Vertreter entgegnete, dass unabhängig davon, ob die Zielgesellschaft eine Dividende an die Bf. ausschüttete, es zwischen den Vertragsparteien so gehandhabt worden wäre, als ob es zu einer Ausschüttung gekommen wäre.*

*Die belangte Behörde führt dazu noch aus, dass es diese Garantenstellung unabhängig von der Erklärung einer Option gibt.*

*Die belangte Behörde will mit ihren Ausführungen zum Ausdruck bringen, dass die Gesellschaftervereinbarung diesbezüglich ein „Kuriosum“ darstellt.*

*Der steuerliche Vertreter bringt vor, dass die Bf. zwischen 2007 und Ende 2010 an acht Gesellschafterversammlungen der Zielgesellschaft teilgenommen hat, es wurden Budgets ausgearbeitet und die aktuellen Verhandlungen mit dem weißrussischen Staat thematisiert.*

*Auf die Frage der belangten Behörde, wie denn die Bf. in diesen Gesellschafterversammlungen gestimmt habe, antwortete die steuerliche Vertretung, man habe sich schon davor geeinigt bzw. im Sinne des Mehrheitsgesellschafters gestimmt.*

*Der steuerliche Vertreter führt zum Übergang der wesentlichen Gesellschaftsrechte aus, dass die \*\*\*34\*\*\* nicht über 100 % der Anteile verfügte, sondern nur über 70 % der Anteile.*

*Festgehalten wird, dass die Bf. auf Grundlage der Gesellschaftervereinbarung erweiterte Rechte hatte, diese wären nicht eingeschränkt worden. Dies kam effektiv in den vorhin genannten Gesellschafterversammlungen mit der Zielgesellschaft zum Ausdruck.*

*Die belangte Behörde verneint eine Erweiterung der Rechte der Bf. und verweist auf den letzten Absatz der SHA 3.2.2. und Punkt 6.3.1.“*

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **1. Sachverhalt/Beweiswürdigung**

Die Bf., eine Privatstiftung, erwarb mit Kaufvertrag vom 29.08.2007 einen 15%igen Anteil an der \*\*\*7\*\*\*. Die \*\*\*7\*\*\* war seit dem 08.07.2007 und dem Erwerb von 51% der Anteile an der \*\*\*8\*\*\* an dieser zu 100% beteiligt. Die \*\*\*8\*\*\* war damals die zweitgrößte weißrussische Mobilfunkgesellschaft, ihr Marktanteil betrug 42%.

Nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der belangten Behörde in ihrer Stellungnahme vom 03.02.2023 waren nachfolgende Feststellungen durch die Strategie der \*\*\*34\*\*\* AG geprägt, auf den Märkten in Ost- und Südosteuropa Fuß zu fassen und zu wachsen. Teil dieses Planes war die Übernahme der \*\*\*8\*\*\*, wodurch sich die \*\*\*34\*\*\* AG den Eintritt in den weißrussischen Mobilkommunikationsmarkt sicherte (vgl. Konzernmitteilung vom 03.10.2007).

Der Umsetzung dieses Vorhabens diene ebenso der Abschluss des Share Purchase Agreement (SPA) vom 03.10.2007, mit welchem die \*\*\*11\*\*\* 70% der Anteile an der \*\*\*7\*\*\* erworben hatte.

Die \*\*\*11\*\*\* ist ein österreichisches Tochterunternehmen der \*\*\*11\*\*\* \*\*\*32\*\*\* \*\*\*33\*\*\* GmbH, ein österreichisches Unternehmen, das eine 100%ige Tochtergesellschaft der \*\*\*13\*\*\* AG war.

#### **a. Shareholders' Agreement (SHA) vom 03.10.2007**

Die Bf. unterzeichnete am Tag des 70%igen Anteilskaufes der \*\*\*11\*\*\*, am 03.10.2007, als Minderheitsgesellschafterin der \*\*\*7\*\*\* gemeinsam mit der \*\*\*11\*\*\* als Mehrheitsgesellschafter und den weiteren Minderheitsgesellschaftern der \*\*\*7\*\*\*, der \*\*\*27\*\*\* und der \*\*\*28\*\*\* das Shareholders' Agreement (SHA). Die \*\*\*34\*\*\* AG unterzeichnete das SHA als Garant und die \*\*\*7\*\*\* als Zielgesellschaft:

Das SHA beinhaltet im Wesentlichen die Vereinbarung einer **Doppelooption** zwischen den Minderheitsgesellschaftern und dem Mehrheitsgesellschafter über das Recht auf Verkauf (Put-

Option) der 30% Quote durch die Minderheitsgesellschafter und dem Recht auf Kauf (Call-Option) dieser Quote durch den Mehrheitsgesellschafter (vgl. Pkt 14 SHA).

Festgehalten wird, dass die Verkaufs- (Kauf)-Options Ereignisse betreffend den Zeitpunkt ihrer Ausübung (frühestens drei Jahre nach Abschluss des SHA) und bezüglich der Festlegung des Erwerbspreises deckungsgleich vereinbart wurden.

Die Verkaufsoption konnte demgegenüber auch vorzeitig ausgeübt werden und zwar bei wesentlicher Änderung der Beteiligungsverhältnisse seitens des Käufers sowohl innerhalb des Konzerns als auch auf der Ebene der Anteilshaber des Konzerns (vgl. Pkt. 14.2.3 SHA).

Die Pkte. 14.2.2 und 14.2.4 SHA enthalten bei der Verkaufsoption weitere Regelungen, wonach ein Verkaufsoptionsereignis eintritt, wenn der Mehrheitsgesellschafter die in Pkt. 10.1 festgelegte Verfügungsbeschränkung der Anteile nicht einhält. Außerdem war von der Verkäuferseite eine Option jederzeit möglich, wenn der Minderheitsgesellschafter die Vorausfinanzierung in Pkt. 18 SHA bereits erfüllt, und der Mehrheitsgesellschafter mit einer Verbindlichkeit in Höhe von 35.000.000,00 € in Verzug geraten ist.

Nach Pkt. 14.4.2. SHA kann zudem die Kaufoption vom Mehrheitsgesellschafter ausgeübt werden, wenn es bei einem Minderheitsgesellschafter zu einer Änderung der Kontrolle kommt.

Der Pkt. 14.5 SHA legt die Unwiderruflichkeit der Put- und Call Option fest: Die Optionen sind für die Parteien verbindlich und unwiderruflich.

Der Ausübungspreis einer Option (Pkt. 14.8 SHA) ist ein Fixkaufpreis. Aus Pkt. 14.8 SHA in Verbindung mit Punkt 2.5.3 SPA vom 03.10.2007 (70%iger Anteilskauf der \*\*\*11\*\*\* an der \*\*\*7\*\*\*) ergibt sich unstrittig, dass der Gesamtkaufpreis für 100% Anteilsrechte an der \*\*\*7\*\*\* 1.500.000.000,00 US \$ betragen hat. Demnach errechnete sich der Ausübungspreis für die 15% Anteilsrechte der Bf. an der \*\*\*7\*\*\* nach Pkt. 14.8 SHA aus 30% der angepassten Bewertung der Zielgesellschaft und einer halbjährlichen Verzinsung (LIBOR Zinssatz zuzüglich 35 Basispunkte pro Jahr) für den Zeitraum 03.10.2007 bis zum Erfüllungsdatum.

Die Ausführungen der belangten Behörde auf Seite 7 und 8 in ihrer Stellungnahme vom 03.02.2023, wonach für die im SHA unter Pkt. 14.8 angeführte „angepasste Bewertung der Zielgesellschaft“ der Stichtag 30.09.2007 gelte, welcher vor dem Signing des SPA am 3.10.2007 lag, blieb unbestritten. Infolgedessen ist es als erwiesen anzunehmen, dass Anpassungen des Kaufpreises der Option als nicht nennenswert zu beurteilen waren, somit vom Vorliegen eines Fixkaufpreises für den 15%igen Anteil der Bf. auszugehen war.

## **b. Vorzugsdividende**

Der Pkt. 12.1. SHA regelt, dass die Minderheitsgesellschafter von der \*\*\*7\*\*\* eine Vorzugsdividende in Höhe von 415,000.000 US \$, ausschließlich auf Basis der konsolidierten Nettogewinne der Zielgesellschaft unter Anwendung der IFRS-Standards erhalten. Die Vorzugsdividende ist an die Minderheitsgesellschafter unabhängig davon zu zahlen, ob die Gesellschaft Dividenden an die Zielgesellschaft erklärt und/oder gezahlt hat (Pkt. 12.2. SHA). Am dritten Jahrestag des Stichtags der Wirksamkeit oder mit Eintritt eines Verkaufsoptions-Ereignisses (das „erste Zahlungsdatum“) hat die Zielgesellschaft den niedrigeren Betrag wie folgt an die Minderheitsgesellschafter auszuschütten (Pkt. 12.2.1 SHA):

- die Vorzugsdividende zuzüglich Zinsen ab dem Stichtag des Wirksamwerdens bis zum ersten Zahlungsdatum, berechnet auf Basis des LIBOR-Satzes zuzüglich 50 Basispunkte, halbjährlich aufgezinst; und
- den gesamten Nettogewinn für den Zeitraum von dem Stichtag des Wirksamwerdens bis zum ersten Zahlungsdatum.

Der Pkt. 12.2.2. SHA enthält eine Regelung für den Fall, dass die Vorzugsdividende zuzüglich Zinsen nicht vollständig zum ersten Zahlungsdatum bezahlt ist, weil die Nettogewinne niedriger sind. Diesfalls hat die Zielgesellschaft den restlichen Saldo des in Punkt 12.2.1. SHA genannten Betrages zuzüglich der hiervon aufgelaufenen Zinsen ab dem ersten Zahlungsdatum bis zur Zahlung des Betrags, berechnet auf Basis des LIBOR-Satzes zuzüglich 150 Basispunkte, halbjährlich aufgezinst, sowie den Betrag der Nettogewinne seit der letzten Zahlung gem. Pkt. 11.2.1. oder 12.2.2. SHA an die Minderheitsgesellschafter auszuschütten, bis die Vorzugsdividende zuzüglich der Zinsen vollständig bezahlt wurde.

Aus Pkt. 11.1. und 11.2. SHA geht im Ergebnis hervor, dass der Mehrheitsgesellschafter verpflichtet ist, den Minderheitsgesellschaftern direkt die Vorzugsdividende auch bei Geldfehlbeträgen auszubezahlen. Der Mehrheitsgesellschafter hat unwiderruflich seine gesamten Ansprüche auf eine Dividende bezüglich seiner Anteile an der Zielgesellschaft, welche nach dem Stichtag des Wirksamwerdens fällig und zahlbar sind, bis zu einem Betrag, welcher der Vorzugsdividende entspricht an die Minderheitsgesellschafter zu übertragen.

Tatsächlich waren die erwirtschafteten Dividenden im Optionszeitraum nicht höher als die an die Minderheitsgesellschafter ausbezahlte Vorzugsdividende. Dies wurde auch vom steuerlichen Vertreter in der mündlichen Verhandlung bestätigt, indem dieser ausführte, dass es im Falle von Übergewinnen zu Ausschüttungen an die Minderheitsgesellschafter gekommen wäre.

Die vorstehenden Feststellungen sind erwiesen, sie ergeben sich aus dem SHA vom 03.10.2007, aus dem Bericht der Außenprüfung vom 13.03.2013, dem Ergänzungsschreiben

der belangten Behörde vom 03.02.2023, der schriftlichen Stellungnahme der steuerlichen Vertretung vom 11.04.2023 und der mündlichen Verhandlung am 12.07.2023.

**Streitgegenständlich ist,**

- ob die Bf. als Minderheitsgesellschafterin ihren Anteil an der \*\*\*7\*\*\* bereits mit der Vereinbarung der Doppeloption am 03.10.2007 an die \*\*\*11\*\*\* verkauft hat, weil das wirtschaftliche Eigentum der Minderheitsgesellschafter im Ausmaß von 30% bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses übergegangen ist. Diese Rechtsansicht vertritt die belangte Behörde, während die steuerliche Vertretung der Bf. den Verkauf der Minderheitenanteile erst mit der Ausübung der Doppeloption, am 03.10.2010, also drei Jahre später, angenommen hatte. Im letzten Fall wäre nach der Rechtslage vor dem BudBG 2011 der in § 30 Abs. 1 Z 1 lit b EStG 1988 geregelte Spekulationstatbestand im Jahre 2010 nicht erfüllt worden;
- ob die Ausbezahlung von Vorzugsdividenden, als Bestandteil des Kaufpreises ebenfalls, ein Spekulationsgeschäft darstellte. Dies hätte zur Konsequenz, dass diese Dividenden in den Jahren ihres Zuflusses steuerpflichtig zu behandeln gewesen wären.

## **2. Rechtliche Beurteilung**

### **2.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)**

§ 30 EStG 1988 idF vor dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I. Nr. 111/2010 lautet:

(1) Spekulationsgeschäfte sind

1. Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung beträgt:

a) Bei Grundstücken und anderen Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, nicht mehr als zehn Jahre. Für Grundstücke, bei denen innerhalb von zehn Jahren nach ihrer Anschaffung Herstellungsaufwendungen in Teilbeträgen gemäß § 28 Abs. 3 abgesetzt wurden, verlängert sich die Frist auf 15 Jahre.

b) Bei anderen Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren im Sinne des § 1 Abs. 1 des Depotgesetzes, bei sonstigen Beteiligungen und Forderungen, nicht mehr als ein Jahr.

.....

(3) Spekulationsgeschäfte liegen nicht vor:

1. Soweit die Einkünfte aus den Veräußerungsgeschäften zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 6 gehören.

2....

§ 31 EStG 1988 idF vor dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I. Nr. 111/2010, bestimmt in Bezug auf die Veräußerung von Beteiligungen:

(1) Zu den sonstigen Einkünften gehören die Einkünfte aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens einem Prozent beteiligt war. Eine solche Beteiligung liegt auch dann vor, wenn der Veräußerer mittelbar, zum Beispiel durch Treuhänder oder durch eine Körperschaft, beteiligt war. Hat der Veräußerer Anteile unentgeltlich erworben, tritt die Steuerpflicht auch dann ein, wenn der Veräußerer zwar nicht selbst, aber der Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens einem Prozent beteiligt war.

.....

(6) Die Abs. 1 bis 5 sind nicht anzuwenden, soweit die veräußerte Beteiligung zu einem Betriebsvermögen gehört oder wenn es sich um ein Spekulationsgeschäft (§ 30) handelt.

Aus § 31 Abs. 6 EStG 1988 ergibt sich, dass eine Anteilsveräußerung aus dem Privatvermögen innerhalb der Spekulationsfrist von einem Jahr ein Spekulationsgeschäft gem. § 30 EStG 1988 ist. Die diesbezüglich festgestellten Einkünfte sind sonstige Einkünfte und mit 25% Körperschaftsteuer zu besteuern.

§ 22 KStG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 57/2004, lautet:

(1) Die Körperschaftsteuer vom Einkommen (§ 7 Abs. 2) oder vom Gesamtbetrag der Einkünfte beschränkt Steuerpflichtiger im Sinne des § 21 beträgt 25%.

(2) Die Körperschaftsteuer beträgt 12,5% für nach § 13 Abs. 3 und 4 zu versteuernde Kapitalerträge und Einkünfte einer Privatstiftung.“

In § 22 Abs. 2 und § 24 Abs. 5 Z 3 KStG jeweils in der Fassung vor dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I. Nr. 111/2010, betrug der Prozentsatz für die Zwischenbesteuerung bei Privatstiftungen 12,5%, der mit Wirkung ab Veranlagung 2011 auf 25 % angehoben wurde.

Unter die Zwischensteuer fallen bestimmte Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 27 EStG 1988 (§ 13 Abs 3 Z 1 KStG 1988).

Sonstige Einkünfte aus der gegenständlichen Veräußerung der Beteiligung an der \*\*\*7\*\*\* unterliegen, wenn sie spekulationsverfangen waren der Körperschaftsteuer von 25% und sind in der allgemeinen Überschussrechnung zu erfassen. Der Zwischenbesteuerung im Sinne des § 13 Abs. 3 Z 2 KStG würden sie dann unterliegen, wenn sie Einkünfte außerhalb der Spekulationsfrist im Sinne des § 31 EStG 1988 in der Fassung vor dem BudBG 2011 darstellten (vgl. Achatz/Kirchmayr, KStG<sup>1</sup>, §13 Tz 88, 92).

Ein Spekulationsgewinn, der in mehreren Jahren zugeflossen war, ist nicht voll im Jahre der Veräußerung zu besteuern, sondern auf die Jahre verteilt, in denen dem Steuerpflichtigen Teile des Entgelts zufließen (BFH 13.4.1962, BStBl III, 306, idS auch VwGH 27.1.1981, 2379/77, 1981, 286; insbesondere bei Veräußerung gegen Raten- oder Rentenzahlung von Bedeutung; vgl. VwGH 14.12.1979, 377/79, VwGH 1980, 213, vgl. auch Mayr/Hayden in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn (Hrsg), Kommentar zum EStG (18. Lfg 2016) Zeitliche Zuordnung von Einnahmen (Zufluss) Rz 30).

### 2.1.1. Doppeloption

Ein Optionsvertrag ist ein Vertrag, durch den eine Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen (VwGH 24.10.2019, Ro 2019/15/0177).

Im Beschwerdefall ist der Erwerb und der Verkauf der Beteiligung der Bf. an der \*\*\*7\*\*\* an den Mehrheitsgesellschafter \*\*\*11\*\*\* aus der Sicht des § 30 Abs. 1 lit b EStG 1988, in der oben zitierten Fassung, zu beurteilen.

In dieser Bestimmung wird die Spekulationsfrist für andere Wirtschaftsgüter festgelegt. Das Gesetz zählt beispielhaft nur Wertpapiere iSd DepotG, sonstige Beteiligungen und Forderungen auf (dazu zählen insbesondere Aktien, Substanzgenussrechte, Partizipationsscheine, GmbH-Anteile, Gen Anteile, echte stille Beteiligungen und Forderungs-wertpapiere, s ErlRV zum StRefG 2000, 1766 BlgNR XX. GP, zu Art I Z 16 bis 18). Für andere WG gilt eine Spekulationsfrist von einem Jahr (vgl. *Kanduth-Kristen* in Jakom<sup>4</sup>, 2011, § 30 Tz 10, 11).

Demnach lägen im konkreten Fall die Voraussetzungen für ein Spekulationsgeschäft vor, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Beteiligung eine Zeitspanne von einem Jahr (sog Spekulationsfrist) nicht übersteigt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind unter Anschaffung und Veräußerung im Sinne des § 30 EStG 1988 die schuldrechtlichen, auf die Eigentumsübertragung ausgerichteten Rechtsgeschäfte zu verstehen. Für die Berechnung der Spekulationsfrist ist daher der Zeitpunkt des Zustandekommens dieser schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte, und nicht das Verfügungsgeschäft oder die Zahlung des Kaufpreises maßgeblich (vgl. VwGH 23.09.2005,

2003/15/0105). Allerdings wird ausnahmsweise nicht auf den Zeitpunkt des Zustandekommens eines solchen Rechtsgeschäfts abgestellt, wenn die Vertragsparteien bereits vorher eine Vereinbarung geschlossen haben, aufgrund derer das wirtschaftliche Eigentum übergegangen ist (vgl. VwGH 20.11.1997, 96/15/0256, VwGH 23.01.2019, Ra 2018/13/0052). Hierzu bedarf es einer beide Vertragsparteien bindenden, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmenden Vereinbarung, wobei ein Kaufanbot oder eine bloße Kaufoption dafür nicht ausreichend sind (vgl. VwGH 20.11.1997, 96/15/0256).

Der Ankauf der Beteiligung durch die Bf. erfolgte mit Kaufvertrag vom 29.08.2007 und der Verkauf der Beteiligung am 04.10.2007, wenn davon auszugehen ist, dass bereits zu diesem Zeitpunkt das wirtschaftliche Eigentum an der Beteiligung auf die \*\*\*11\*\*\*, der Käuferin, übergegangen ist. Andernfalls wäre der Verkauf am 03.10.2010 anzunehmen gewesen und außerhalb der Spekulationsfrist von einem Jahr gelegen. Es wäre demnach das zivilrechtliche und das wirtschaftliche Eigentum zu diesem Zeitpunkt an die \*\*\*11\*\*\* übertragen worden.

In der Regel ist dem zivilrechtlichen Eigentümer des Wirtschaftsgutes dieses Wirtschaftsgut auch steuerlich zuzurechnen. In Ausnahmefällen jedoch kann es gemäß § 24 BAO auch zu einem Auseinanderfallen von zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum kommen (vgl. Marschner, *unmittelbarer Gesellschafter*, 2015, Kap. 4.3.1., VwGH 24.11.1982, 81/13/0021).

Wirtschaftlicher Eigentümer von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft ist, wer die positiven Befugnisse, die Ausdruck des zivilrechtlichen Eigentums sind (Gebrauch, Verbrauch, Belastung, Veräußerung), auszuüben in der Lage ist und zugleich den negativen Inhalt des Eigentumsrechtes, nämlich den Ausschluss von der Einwirkung auf die Sachen, auch gegenüber dem zivilrechtlichen Eigentümer auf Dauer, das heißt auf die Zeit der möglichen Nutzung, geltend machen kann (vgl. VwGH 29.07.2010, 2007/15/0248). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist anhand des Gesamtbildes der Verhältnisse des jeweiligen Falles festzustellen (vgl. VwGH 29.07.2010, 2007/15/0248, BFH 15.10.2013, IB 159/12, wonach für die Annahme von wirtschaftlichem Eigentum nicht alle Kriterien der Rechtsprechung in vollem Umfang erfüllt sein müssen).

Der BFH verlangt für die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an Anteilen von Kapitalgesellschaften grundsätzlich eine rechtlich geschützte Position, somit die Übertragung der Gesellschafterrechte und des Risikos der Wertminderung (BFH 15.12.1999, BStBl 2000 II, 527); das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird bereits bei der Einräumung einer wechselseitigen Option (Doppeloption) angenommen (BFH 11.7.2006, BStBl 2007 II, 296; krit dazu Fraberger, RdW 2008, 170); eine Übertragung von Gesellschafterrechten liegt auch dann vor, wenn der Veräußerer aufgrund einer Vereinbarung zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet ist (BFH 10.3.1988, BStBl 1988 II, 832); wirtschaftliches Eigentum geht selbst bei kurzzeitigem Erwerb von Wertpapieren und zugleich vereinbarter Rückveräußerung über (BFH

15.12.1999, BStBl 2000 II, 527; siehe dazu auch Tschesche, WPg 2002, 965). (*Toifl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg), Kommentar zum EStG (20. Lfg 2018) Allgemeine Grundsätze der Einkommensermittlung Rz 118).

Nach dem Schrifttum sind idente Doppeloptionen ein Fall eines Terminkaufs, daher sei ein a priori Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nur dann zulässig, wenn die gegengleiche Optionseinräumung von einem vertraglichen Übergang der wesentlichen Gesellschaftsrechte begleitet ist, so zB aufgrund einer koordinierten Willensbildung aufgrund eines Syndikatsvertrages, sodass eine effektive Interessenswahrnehmung des Verkäufers gegen den Willen des Käufers nicht mehr möglich ist (vgl. *Fraberger*, Die Doppeloption als steuerliches Gestaltungsinstrument im M&A-Geschäft, RdW 2008, 170; BFH Urteil w.o., VwGH 06.04.1995, 94/15/0194).

Der VwGH stellt bei Beurteilung der Frage, ob die gesellschafterähnlichen Rechte bereits vom Käufer (Call Option) tatsächlich ausgeübt werden konnten, auf die gelebte Praxis ab, auch bei Fehlen einer Schriftform (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/14/0021, zu einer Substanzverfügung des Steuerpflichtigen trotz Vorliegens eines schriftlichen Veräußerungs- und Belastungsverbot).

Zu prüfen ist demzufolge anhand folgender Kriterien:

- Übergang des Gewinnbezugsrecht auf den wirtschaftlichen Eigentümer;
- Ausübung des Stimmrechts durch den wirtschaftlichen Eigentümer;
- Substanzverwertungsmöglichkeit, durch Veräußerung oder Belehnung/Verpfändung, oder Chance der Wertsteigerung oder Risiko der Wertminderung der Anteile beim wirtschaftlichen Eigentümer;
- War die Ausübung der Option von vornherein klar?
- Wäre die Nichtausübung wider jegliche wirtschaftliche Vernunft (vgl. zum Finanzierungsleasing, VwGH 22.11.2001, 98/15/0198)?
- IdR Übergang wirtschaftlichen Eigentums bei bedingungsidenten Optionen;

Kein wirtschaftlicher Übergang wäre demgegenüber anzunehmen, wenn

- die Ausübungspreise der Optionen unterschiedlich gestaltet sind;
- die Fristen der Put- und Call Optionen unterschiedlich lang laufen;
- wenn nicht durch begleitende vertragliche Vereinbarungen die Aktivitäten der Zielgesellschaft wirtschaftlich in das Unternehmen des potenziellen Erwerbers integriert werden. Das Stimmrecht und das Gewinnbezugsrecht sollte in der Interimsphase ohne nennenswerte Einschränkungen dem potentiellen Verkäufer zustehen;

-

- **Gestaltung der Optionsbedingungen**

Die steuerliche Vertretung wandte in der Stellungnahme vom 11.04.2023 ein, dass die Optionsbedingungen nicht deckungsgleich und demnach nicht völlig ident wären, da die Bf. nach Pkt. 14.2.3 SHA vorzeitig die Verkaufsoption ausüben konnte, falls sich die Beteiligungsverhältnisse des Käufers sowohl innerhalb des Konzerns als auch auf Ebene der Anteilsinhaber des Konzerns wesentlich geändert hätten. In Abhängigkeit vom Ausübungszeitpunkt verblieben daher für den jeweils Ausübenden wirtschaftliche Risiken. Ebenso erweitere der Pkt. 14.2.4 SHA die Rechte der Bf., wonach ein Verkaufsoptionsereignis eintritt, wenn der Mehrheitsgesellschafter mit der Vorausfinanzierung der Dividende in Verzug geraten ist.

Der Senat vertritt die Ansicht, dass die erweiterte Möglichkeit der Verkaufsoption nach dem gemeinsamen Verständnis der Bf. und des Mehrheitsgesellschafters der Umsetzung der Transaktion, wie im Pkt. F der Gesellschaftervereinbarung (SHA) festgehalten, nützte und nicht dem Schutz der Minderheitsgesellschaftler diene. Diese erhielten dadurch nicht mehr Individualrechte in Bezug auf ihren Anteil, sondern waren in Bezug auf die Optionsausübung wie der Mehrheitsgesellschafter daran interessiert, dass der Erwerber der Anteile, ein österreichischer Konzern, im Mehrheitsbesitz der Republik Österreich verblieb. Im Ergebnis ging es bei dieser Möglichkeit einer vorzeitigen Ausübung der Option um eine koordinierte Willensbildung zur Interessenswahrnehmung und Unterstützung des Mehrheitsgesellschafters. Der gegengleichen Optionseinräumung liegt deutlich eine koordinierte Willensbildung der Parteien zugrunde, eine Interessenswahrnehmung der Bf. gegen den Willen der \*\*\*11\*\*\* als Käuferin war demnach nach dem SHA nicht mehr möglich, sodass vertraglich vom Übergang der Gesellschaftsrechte mit Abschluss des SHA und von einer Gewinnrealisierung zu diesem Zeitpunkt auszugehen war (vgl. auch VwGH 06.04.1995, 94/15/0194).

In diesem Sinne muss auch der Pkt. 14.2.4. SHA verstanden werden, der auf Pkt. 18 SHA, die Zusammenarbeit der Parteien des Gesellschaftsvertrages bei der Voraus-Finanzierung, verweist. Dieses vorzeitige Verkaufsoptionsereignis verwirklichte letztlich die Umsetzung der Strategie der \*\*\*34\*\*\*, in Osteuropa zu wachsen.

Unstrittig ist außerdem, dass ein fixer Ausübungspreis für den Verkauf/Kauf der Anteilsrechte vereinbart wurde. Dieser setzt sich nach Punkt 14.8 SHA aus einem „Basis-Ausübungspreis“ zusammen, der sich aus 30% der angepassten Bewertung der Zielgesellschaft und den Zinsen vom Stichtag des Wirksamwerdens der Option bis zum Erfüllungsdatum berechnet. Aus 2.2.1. SPA vom 3.10.2007 folgt, dass dieser Ausübungspreis vom Gesamtkaufpreis der Zielgesellschaft in Höhe von 1.500. 000. 000 US \$ errechnet wird. Daraus ist – wie die belangte Behörde zutreffend feststellte, zu schließen, dass ein im Voraus

festgelegter Preis vereinbart wurde. Dies schon deshalb, da der Pkt. 2.5.1. SPA vom 03.10.2007 zwar Anpassungen des Ausübungspreises der Option vorsieht, diese allerdings auf einen Vermögensstatus der \*\*\*8\*\*\* zum 30.09.2007 abstellten. Das bedeutet, dass der Anteilskauf (SPA) am 03.10.2007 hinsichtlich der Definition des Kaufpreises auf keine zukünftigen Entwicklungen Bedacht genommen hatte. Diese Feststellungen blieben während des gesamten Verfahrens unwidersprochen.

Der Senat sieht infolgedessen im gleichen Ausübungspreis und in den übereinstimmenden Laufzeiten der Optionen (vgl. Pkt. 14.2.1, 14.4. und 17.1. SHA betreffen Laufzeit und Kündigung des SHA) eine sehr enge Bindung der Vertragsparteien. Im vereinbarten Optionszeitraum würden entweder die Verkäufer zur Abwendung eines Vermögensverlustes oder die Käuferin zur Realisierung eines Vermögenszuwachses von ihren Optionsrechten Gebrauch machen (vgl. BFH 11.7.2006, VIII R 32/04). Dazu kommt, dass mit der gegengleichen Einräumung der Optionsrechte nach dem konkreten und für die wirtschaftliche Beurteilung maßgebenden Geschehensablauf die Bf. zwar während des Optionszeitraumes beteiligt blieb, die Parteien jedoch insgesamt gesehen von Beginn an in einer gemeinsamen Handlungsweise die Umsetzung der Transaktion garantierten. Demzufolge war im Zeitpunkt des Abschlusses des SHA mit der Ausübung der Option tatsächlich zu rechnen. Der Verwaltungsgerichtshof prüfte bei der abgabenrechtlichen Einordnung von Miet- oder Leasingverträgen mit Kaufoption auch, ob die Optionsausübung die einzige wirtschaftliche rationale Möglichkeit für den Mieter oder Leasingnehmer darstellte (vgl. VwGH 13.9.2018, Ra 2018/15/0055, VwGH 24.10.2019, Ro 2019/15/0177, ebenso VwGH 29.6.1995, 93/15/0107, VwGH 22.11.2001, 98/15/0198, zum Finanzierungsleasing wenn die Nichtausübung der Option wider jegliche wirtschaftliche Vernunft wäre). Genau dies trifft nach dem Vorstehenden auf den konkreten Fall zu; eine Nichtausübung der Option wäre wider jegliche wirtschaftliche Vernunft aller Vertragsparteien gewesen.

Dass das wirtschaftliche Eigentum der Anteile der Bf. an der \*\*\*7\*\*\* bereits mit Abschluss des SHA am 03.10.2007 auf den Erwerber übergegangen ist, zeigt sich überdies wie folgt:

- **Übergang des Gewinnbezugsrechts auf den wirtschaftlichen Eigentümer**

Grundsätzlich hat jeder Gesellschafter eine abstrakte Anwartschaft auf Gewinnbeteiligung. Nach Abschluss des Geschäftsjahres entsteht ein mit dem Geschäftsanteil jedes Gesellschafters verbundenes bedingtes Gewinnbezugsrecht. Dieses wandelt sich zu einem unbedingten durch den Gewinnverteilungsbeschluss der Gesellschafter.

Bis zum Gewinnverteilungsbeschluss ist also das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter aufschiebend bedingt durch das Entstehen von Gewinn, durch Bilanzfeststellung und durch den

Gesellschafterbeschluss auf Ausschüttung des Gewinnes (OGH 7.07.1954, 1 Ob 548/54, SZ 27/195).

Der Punkt 11.1. SHA legt eine beschränkte Abtretbarkeit von Dividendenrechten fest, indem der Mehrheitsgesellschafter unwiderruflich seine gesamten nach dem Stichtag des Wirksamwerdens (3.10.2007) fällig werdenden Dividendenansprüche hinsichtlich seiner Anteile an der \*\*\*7\*\*\* bis zum Betrag der Vorzugsdividende in Höhe von 415,000.000 US\$ an die Minderheitsgesellschafter überträgt und abtritt.

Diese unwiderrufliche bis zur gänzlichen Bezahlung der Vorzugsdividende vereinbarte Übertragung der gesamten Dividendenansprüche auf den Minderheitsgesellschafter war auch der Umsetzung der Doppeloption (des Terminverkaufes) geschuldet und sicherte letztlich die Finanzierung des Erwerbes der Anteile durch den Mehrheitsgesellschafter.

In Pkt. 11.2. SHA hat der Mehrheitsgesellschafter sein Stimmrecht bezüglich der Zielgesellschaft (\*\*\*7\*\*\*) und der weisrussischen Gesellschaft (\*\*\*8\*\*\*) so auszuüben, dass am oder nach dem ersten Zahlungsdatum alle von der Gesellschaft und von der Zielgesellschaft erzielten Nettogewinne an die Minderheitsgesellschafter bis zur Höhe der Vorzugsdividende ausgeschüttet werden. Im Falle von Geldfehlbeträgen hatte der Mehrheitsgesellschafter die zur Verfügung Stellung von Mitteln an die Zielgesellschaft oder an die Gesellschaft zu veranlassen, sodass letztlich die Zielgesellschaft in der Lage war, dass der Geldfehlbetrag an die Minderheitsgesellschafter ausbezahlt wird.

Die belangte Behörde führte dazu zutreffend aus, dass in der Gesellschaftervereinbarung (SHA) auch im Falle höherer als die Vorzugsdividende erzielter Gewinne nichts Ausdrückliches über das Gewinnbezugsrecht der Minderheitsgesellschafter vereinbart wurde.

Dies berechtigt ebenso nach Auffassung des Senates zur Annahme, dass angesichts des Zielvorhabens in der Phase nach dem Abschluss des SHA die Bf. als Minderheitsgesellschafterin auf ihr Gewinnbezugsrecht verzichtete, das vor der Fassung eines Beschlusses über die Ergebnisverwendung der Zielgesellschaft bzw. Feststellung des Jahresabschlusses lediglich ein Anwartschaftsrecht war (vgl. VwGH 25.11.2015, Ro 2015/16/0034). Aus dieser Regelung, die Teil des Gesamtplanes und für dessen Umsetzung unumgänglich war, konnte bereits ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der veräußerten Anteile an die Käuferin abgeleitet werden.

Richtig sind die Ausführungen der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung, dass es geplant war und letztlich auch verwirklicht wurde während des Optionszeitraumes keine höheren Dividenden als die Vorzugsdividenden auszuschütten. Desgleichen ist der ergänzenden schriftlichen Ausführung der belangten Behörde vom 05.07.2023 zu folgen, dass

Dividendenausschüttungen der \*\*\*7\*\*\* an die Gesellschafter laut den Pkt.en 6.1.1. bis 6.1.7. SHA nicht von der Einstimmigkeit erfasst sind. Die Minderheitsgesellschafter hatten daher im Fall des Übersteigens der Dividende über die Vorzugsdividende mangels Ausschüttungsbeschlusses auf diese keinen Anspruch.

Die steuerliche Vertretung räumte in der mündlichen Verhandlung ein, dass in Pkt. 11.2. SHA zwar kein Gewinnbezugsrecht für die Bf. ausdrücklich im Fall von höheren als die Vorzugsdividende erzielten Nettogewinnen geregelt wurde. Allerdings wäre es im Falle von Übergewinnen zu Ausschüttungen an die Bf. gekommen, da die \*\*\*34\*\*\* stets bestrebt war, Gewinne zu erwirtschaften und auszuschütten, weshalb die Bf. nicht auf ihr Gewinnbezugsrecht verzichtet hätte.

Diese Ausführungen sind nach Ansicht des Senates zum einen nicht erwiesen, zum anderen auch nicht dem SHA zu entnehmen. Der aliquote „Gewinnanspruch“ der Bf. bis zur Höhe der Vorzugsdividende muss daher allein als Gegenleistung für die Anteilsveräußerung beurteilt werden. Ein Gewinnbezugsrecht der Bf. hatte diesbezüglich wirtschaftlich betrachtet während des Optionsausübungszeitraumes nicht bestanden.

- **Ausübung der Stimmrechte**

Die Anwesenheit des Mehrheitsgesellschafters in der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der \*\*\*7\*\*\* ist bei Ausübung der Stimmrechte im Zusammenhang mit den gehaltenen Anteilen erforderlich (vgl. Pkt 5. SHA). Grundsätzlich waren Entscheidungen mit einfacher Mehrheit der anwesenden Stimmen zu treffen, soweit nicht in dieser Vereinbarung oder nach zypriotischem Recht eine qualifizierte Stimmenmehrheit bzw. Einstimmigkeit verlangt wird.

Die steuerliche Vertretung brachte vor, dass das Stimmrecht der Minderheitsgesellschafter in Pkt. 5. nicht eingeschränkt wurde.

Das Stimmrecht der Minderheitsgesellschafter ist in wichtigen Angelegenheiten nach zypriotischem Recht und nach dem SHA durch eine qualifizierte Mehrheit oder Einstimmigkeit gewährleistet. So erfolgt beispielsweise die Beschlussfassung über eine freiwillige Auflösung der Zielgesellschaft, eine Änderung des Gesellschaftsvertrages der Zielgesellschaft, welche eine direkte Auswirkung auf die Rechte der Minderheitsgesellschafter haben (vgl. Pkt. 6.1.2 SHA), einstimmig.

Diese einstimmigen bzw. auch qualifizierten Abstimmungen betreffen allerdings Entscheidungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes. Wichtige Angelegenheiten, die erhebliche Auswirkungen auf die Zielgesellschaft hätten betreffen nicht ihr operatives Geschäft. Diese Feststellung wird auch nicht durch Pkt. 5.3. SHA widerlegt, da dieser lediglich ganz allgemein und ohne sie zu präzisieren „nicht ausschließlich wichtige Angelegenheiten“ als

Ausnahme vom Mehrheitsprinzip in Klammer anführt. Daraus ist für den Senat keine wirtschaftliche Bedeutung dahingehend abzuleiten, dass dadurch der Fortbestand des wirtschaftlichen Eigentums der Anteile der Bf. begründet wäre.

Mit der gegengleichen Einräumung der Optionen ist demnach der Bf. im Bereich des gewöhnlichen Geschäfts eine effektive Interessenswahrnehmung ihrer Gesellschaftsrechte gegen den Willen des Mehrheitsgesellschafters als Käufer nicht mehr möglich ist.

Das heißt, dass der Mehrheitsgesellschafter über die laufenden Geschäfte durch die Ausübung des Mehrheitsstimmrechtes entscheiden konnte (vgl. 5.2. SHA).

Hingewiesen wird auf Punkt 3.2. SHA, wonach die unbeschränkte Umsetzung der Rechte des Mehrheitsgesellschafters als oberstes Ziel geregelt wurde und dies der Umsetzung der Vereinbarung betreffend die Zielgesellschaft dient. Derartiges kommt auch in Pkt 6. 3. SHA zum Ausdruck, wonach die Rechte der Minderheitsgesellschafter vereinbarungsgemäß vollständig eingeschränkt und auf die im SHA festgelegten Rechte beschränkt sind. Jegliche andere Gesellschaftsrechte, die ihnen von zwingendem Recht zustünden, sollten sie so ausüben, dass die Umsetzung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gewährleistet ist. Die Lenkung der Geschäfte der Zielgesellschaft und der Gesellschaft obliegt dem Mehrheitsgesellschafter. Die Minderheitsgesellschafter haben dabei die Geschäfte in anderen Angelegenheiten als in wichtigen Angelegenheiten gemäß den Anweisungen des Mehrheitsgesellschafters auszuüben oder ihr Stimmrecht so auszuüben, wie es der Mehrheitsgesellschafter in derartigen Angelegenheiten ausübte.

Das bedeutet, dass der Mehrheitsgesellschafter die operative Führung der Zielgesellschaft übernommen hat, das wirtschaftliche Eigentum daher bereits am 03.10.2007 auf ihn übergegangen ist. Dass, wie im Falle eines Terminverkaufes, die Zahlung des Kaufpreises erst am 04.10.2010 erfolgte, hindert unter den gegebenen Voraussetzungen den früheren Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an die Mehrheitsgesellschafter nicht. Infolge der operativen Führung der Mehrheitsgesellschafter und der mangelnden Mitbestimmung der Minderheitsgesellschafter bei den gewöhnlichen Geschäften der Zielgesellschaft lag die Chance der Wertsteigerung oder das Risiko der Wertminderung der Anteile beim Mehrheitsgesellschafter als wirtschaftlichen Eigentümer (vgl. auch VwGH 27.04.2022, Ra 2020/15/0061).

Dem Einwand der steuerlichen Vertretung in den schriftlichen Stellungnahmen vom 11.04.2023 und vom 07.07.2023, wonach es den Minderheitsgesellschaftern bis zur Ausübung der Option am 04.10.2010 möglich gewesen wäre, ihre Gesellschaftsrechte, die im Verhältnis zum gesetzlichen Ausmaß der Minderheiten nicht beschränkt, sondern ausgeweitet wurden, weiterhin auszuüben, ist zu entgegnen:

Der Senat ist diesbezüglich zur Ansicht gelangt, dass die in den nachfolgenden Pkt.en des SHA geforderte Zustimmung der Minderheitsgesellschafter im Rahmen der Gesamtbildbetrachtung nichts am Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der Anteile an den Mehrheitsgesellschafter änderte.

- Pkt. 5.3 (qualifizierte Mehrheit, insbesondere auch bei nicht ausschließlich Wichtigen Angelegenheiten),
- 5.4. (Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten),
- 6.1., 6.2. (Einstimmigkeit bei wichtigen Angelegenheiten der \*\*\*7\*\*\* oder der Gesellschaft),
- 6.1.5. (Geschäfte mit verbundenen Unternehmen),
- 6.1.6 (Verkauf, Übertragung und Belastung von Vermögensgegenständen der Zielgesellschaft),
- 6.1.7. (zB. Abschluss von Transaktionen, Abschluss von Finanzschulden):

Bei dieser Beurteilung sind auch die Ausführungen zur Gestaltung des Optionsrechts und des Übergangs des Gewinnbezugsrechts sowie die Beschränkung der Rechte der Minderheitsgesellschafter in nicht wichtigen Angelegenheiten (vgl. Pkt. 6.3. SHA) zu berücksichtigen. Die rechtliche Befugnis der Bf. Gesellschafterbeschlüsse zu fassen, durfte nur noch zum Zwecke der vereinbarten Anteilsübertragung ausgeübt werden. In diesem Zusammenhang ist die BFH Judikatur zu beachten, wonach eine Übertragung von Gesellschafterrechten auch dann vorliegt, wenn der Veräußerer aufgrund einer Vereinbarung zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet ist (BFH 10.3.1988, BStBl 1988 II, 832).

Vor diesem Hintergrund sind nach Auffassung des Senates die Ausführungen der steuerlichen Vertretung in ihrer Stellungnahme vom 07.07.2023 Pkt. 1., wonach der Pkt. 6.3 SHA nur verhindern wollte, dass die Minderheitsgesellschafter noch weitere Rechte verlangten und der Klarstellung diene nicht von Erfolg. Denn aus Pkt. 6.3 geht hervor, dass die Minderheitsgesellschafter zustimmen, dass sie jegliche Gesellschafterrechte, die ihnen von zwingendem Recht oder anderweitig, also auf sonstige Weise als durch diese Vereinbarung und die Artikel (Gesellschaftsvertrag) der Zielgesellschaft eingeräumt werden, so ausüben, dass die vollständige Umsetzung der Bestimmungen dieser Vereinbarung und der Artikel (Gesellschaftsvertrag) der Zielgesellschaft gewährleistet ist. Die Pflichten der Minderheitsgesellschafter umfassen insbesondere nach Pkt. 6.3.1. SHA die Stimmrechte in Zusammenhang mit ihren Anteilen, in anderen Angelegenheiten als in Wichtigen Angelegenheiten gemäß den Anweisungen des Mehrheitsgesellschafters auszuüben.

Daraus folgt, dass die Bf. als Verkäuferin, selbst wenn ihr das Stimmrecht bei geforderter Einstimmigkeit oder qualifizierter Mehrheit verblieb, aufgrund der Vereinbarungen im SHA zweifelsfrei zu einem bestimmten Stimmverhalten verpflichtet wurde, das letztlich der

Umsetzung des Gesamtkonzepts diene. Infolgedessen vermögen nach Ansicht des Senates die den Minderheitsgesellschaftern im Rahmen des Einstimmigkeitsprinzips sowie der qualifizierten Mehrheit zustehenden Rechte nicht die enge Bindung der Vertragsparteien aufzuheben, zumal auch in diesen Angelegenheiten ihr gemeinsamer Wille, die Transaktion umzusetzen und dabei den Mehrheitseigentümer zu unterstützen, realisiert wurde. Das gleiche gilt für die vereinbarten Informationsrechte der Bf.

Dies wurde auch in der mündlichen Verhandlung vom steuerlichen Vertreter bestätigt, wonach die Bf. im Zuge ihrer Teilnahme an Gesellschafterversammlungen während der Optionsfrist im Sinne des Mehrheitsgesellschafters gestimmt habe und sie sich im Vorfeld über das Stimmverhalten geeinigt haben. Dass die \*\*\*34\*\*\* nicht über 100% der Anteile, sondern nur über 70% verfügte, änderte für die Bf. nichts an der Verpflichtung zu einem bestimmten Stimmverhalten.

Der Mehrheitsgesellschafter hatte auf diese Weise die Geschäfte von \*\*\*7\*\*\* und der \*\*\*8\*\*\* lenken können, infolgedessen bereits mit Abschluss des SHA die operative Führung der \*\*\*7\*\*\* ausgeübt, die letztlich auf den Erwerb der \*\*\*8\*\*\* durch die \*\*\*34\*\*\* ausgerichtet war und für deren Entscheidungen die Mehrheitsregel in Punkt 5.2. SHA gegolten hatte.

- **Unwiderruflichkeit der Option**

In Punkt 14.5 SHA ist die Unwiderruflichkeit der Option vereinbart. Nach VwGH ist ein Termingeschäft eine Willensäußerung, durch welche sich der Verkäufer unwiderruflich verpflichtet, dem Käufer einen Gegenstand zu verschaffen und der Käufer sich unwiderruflich verpflichtet, den Kaufgegenstand zu einem bestimmten oder bestimmbaren Preis zu übernehmen. Liegen die Voraussetzungen für ein Termingeschäft vor, sind diese bereits ausreichend, den Spekulationstatbestand auszulösen (VwGH 30.10.1964, 1718/63).

Dass die vertraglich vereinbarte Doppeloption den Spekulationstatbestand des § 30 EStG 1988 in der Fassung vor dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010, ausgelöst hat, wurde bereits dargestellt. Die dabei festgestellte enge Bindung der Vertragsparteien zeigt sich in der für sie bestehenden wechselseitigen unwiderruflichen Verpflichtung. Eine Partei hatte jedenfalls für sich allein keine Möglichkeit, sich anders zu entscheiden, sie war demnach vertraglich nicht „frei“, sondern an die Entscheidung der anderen Vertragspartei gebunden. Die „Veräußerung“ war infolgedessen bereits mit der Vereinbarung der Doppeloption im SHA am 03.10.2007 wirksam und nicht mit ihrer Erfüllung am 04.10.2010. Aus dem SHA geht eindeutig hervor, dass die Minderheitsgesellschafter von Anfang an ihre Anteile an die \*\*\*11\*\*\* verkaufen wollten und sich über die Sache und den Preis einig waren. Aus dieser Sicht kann aber unter Veräußerung nicht erst die zivilrechtliche Durchführung des Kaufes gemeint sein,

sondern vielmehr schon die konkrete Vereinbarung der Doppelooption deren Ausübung eine unwiderrufliche Willensäußerung ist, dem Mehrheitseigentümer zivilrechtlich Eigentum an den Anteilen zu verschaffen, sodass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Mehrheitsgesellschafter bereits am 03.10.2007 erfolgt ist.

- **Vertretung der Zielgesellschaft nach Außen**

\*\*\*24\*\*\* \*\*\*25\*\*\* als Vertreter der Minderheitsgesellschafter war Vorsitzender der \*\*\*7\*\*\* und bezüglich aller Kontakte mit den weißrussischen Regierungs- und Aufsichtsbehörden vorab zu kontaktieren sowie in diese miteinzubeziehen. Der Vizevorsitzende war demgegenüber für die Vertretung nach außen verantwortlich (vgl. Pkt.7.2. und 7.5 ). In Pkt. 9. 3 SHA wird festgehalten, dass der Vertreter der Minderheitsgesellschafter in alle wesentlichen Schritte und wesentlichen Entscheidungen mit direktem oder indirektem Kontakt zu amtlichen Stellen miteinbezogen sein muss.

Die steuerliche Vertretung leitet aus Vorstehendem ab, dass es der \*\*\*34\*\*\* ohne die umfangreichen politischen Kontakte des Minderheitsgesellschafters nicht möglich gewesen wäre, am weißrussischen Markt Fuß zu fassen. Aufgrund der unsicheren politischen Lage des Landes wäre es ohne die Einflussnahme des Minderheitsgesellschafters bzw. der sofortigen Übernahme von 100% der Anteile mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Entzug der bestehenden Lizenzen und somit zu einem wirtschaftlichen Totalverlust gekommen.

Der Senat kommt auch in diesem Punkt zum Ergebnis, dass die faktische politische Einflussnahme der Minderheitsgesellschaft zum einen nichts daran ändert, dass die \*\*\*7\*\*\* nach außen hin gegenüber Dritten durch einen Mehrheitsgesellschafter vertreten wurde. Zum anderen hat die Miteinbeziehung der Bf. über ihre politische Einflussnahme die Realisierung des Gesamtplanes und die Wahrnehmung der Interessen des Mehrheitsgesellschafters bezweckt, und dies alles auf Grundlage des SHA. Ein anderes Verhalten der Bf. war wirtschaftlich von allen Parteien des SHA nicht gewollt und wurde von ihr auch nicht umgesetzt.

### **2.1.2. Vorzugsdividende**

Wie bereits zum Gewinnbezugsrecht ausgeführt war der aliquote „Gewinnanspruch“ der Bf. bis zur Höhe der Vorzugsdividende eine Gegenleistung für die Anteilsveräußerung.

In der Gesellschaftervereinbarung wurde zwischen den Parteien Dividenden (preferred Dividend) festgelegt, welche nach dem Prüfbericht in Höhe von 105,078.274,03 € im Jahre 2010, in Höhe von 12,909.630,32 € im Jahre 2011 ausbezahlt worden sind. Diesbezüglich wurde eine unbedingte Bezahlung der Dividenden vom Mehrheitsgesellschafter an die

Minderheitsgesellschafter in den Punkten 12.1. und 12.2 SHA und zwar unabhängig davon festgelegt, ob die \*\*\*8\*\*\*, deren Eigentümerin die \*\*\*7\*\*\* war, Dividenden an diese erklärte oder nicht.

Der Senat erachtete die in Pkt 12.1 SHA geregelte Auszahlung der Vorzugsdividende im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise mit dem Kaufgeschäft in einem derart engen Zusammenhang, dass diese als Teil des Kaufpreises zu qualifizieren und demnach als Veräußerungsgewinn zu versteuern ist. Dies wird zudem durch die Verzinsung (Aufzinsung) der Vorzugsdividende ab dem 03.10.2007 bis zum ersten Zahlungsakt bekräftigt, wodurch diese für eine Kaufpreisschuld steht, die der Käufer in Zukunft samt Zinseszinsen zu begleichen hat.

Diese Rechtsauffassung zeigt sich auch deutlich in den Ausführungen auf der Homepage der \*\*\*34\*\*\* betreffend den Erwerb der \*\*\*8\*\*\*, wonach die \*\*\*34\*\*\* Group beim Vertragsabschluss eine erfolgsabhängige Kaufpreiskomponente vereinbarte, wofür sie im Gegenzug bereits mit Oktober 2007 den 100%igen Zugriff auf den Free Cash-Flow, die Dividendenzahlungen sowie die operative Führung des Unternehmens erhielt. Die erwähnten Zahlungen sind bereits in der Nettoverschuldung der \*\*\*34\*\*\* Group berücksichtigt worden und wirkten sich nicht mehr auf den verlautbarten Ausblick für das Gesamtjahr 2010 aus.

Wird eine Beteiligung veräußert, so zählt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Veräußerungserlös was der Erwerber als Gegenleistung für die Erlangung der Beteiligung aufwendet. Der Berechnung des Veräußerungserlöses für Geschäftsanteile ist somit in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht nur der im Abtretungsvertrag als „Abtretungspreis“ bezeichnete Betrag, sondern auch ein darüber hinaus vereinbarter „Zuschuss“ des Erwerbers, um der Gesellschaft deren Geschäftsanteile abgetreten werden, die Auszahlung einer „Vorzugsdividende“ zu ermöglichen (vgl. VwGH 14.12.2005, 2002/13/0053). Gemäß § 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.

Da im Zeitpunkt des Abschlusses des SHA am 03.10.2007 der Jahresabschluss der Zielgesellschaft noch nicht festgestellt und die Gewinnausschüttung noch nicht per Gewinnverteilungsbeschluss beschlossen war, stand der künftig entstehende Dividendenanspruch bereits dem Erwerber als wirtschaftlichen Eigentümer zu (vgl. BFG 26.08.2021, RV/4100568/2016). Aus der Gesellschaftsvereinbarung (SHA) geht überdies klar hervor, dass die Vorzugsdividende erst zukünftig erwirtschaftet wurde beziehungsweise angesichts der Möglichkeit, dass die Zielgesellschaft diese gar nicht erwirtschaftete dennoch eine Auszahlung garantiert wurde. Hier liegt ein offenkundiger Zusammenhang der Dividendenzahlung mit dem Verkauf der Beteiligung vor, da eine solche Vereinbarung nicht anders als durch die Veräußerung der Beteiligung an den Mehrheitsgesellschafter erklärt

werden kann. Aus diesen Gründen war nicht davon auszugehen, dass der Dividendenvorbehalt einen Gewinnanteil der Bf. betraf, der während der Zeit ihrer Anteilsinhaberschaft erwirtschaftet wurde und ihr deshalb als Beteiligungsertrag zuzurechnen gewesen wäre.

Zusammenfassend ergibt sich aus all den vorstehenden Gründen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums am 15%igen Anteil der Bf. an der \*\*\*7\*\*\* auf die \*\*\*11\*\*\* bereits mit 03.10.2007, sodass der von der Außenprüfung errechnete Veräußerungsgewinn als sonstige Einkünfte (Spekulationsgewinn) in den Jahren 2010 und 2011 zu Recht der Körperschaftsteuer in Höhe von 25% unterworfen wurde. Desgleichen unterlagen die in den Streitjahren ausbezahlten Vorzugsdividenden als Kaufpreisbestandteil der Körperschaftsteuer.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **2.3. Zu Spruchpunkt II. (Revision zulässig)**

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.

Es liegt im Beschwerdefall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes betreffend die Frage, wann bei vereinbarter Call- und Put-Option (Doppeloption) das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen auf den Erwerber übergeht, fehlt.

Wien, am 25. Juli 2023