

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Helmut Mittermayr in der Beschwerdesache N Beteiligungs GmbH, Adresse, vertreten durch Geschäftsführer G N, Adr, vertreten durch Wirtschaftstreuhand GmbH Z & Partner, Adress , über die Beschwerden vom 12.03.2013 gegen die Bescheide der belangten Behörde FA Braunau Ried Schärching vom 10.02.2013 und 20.02.2013, betreffend Festsetzung von Kapitalertragsteuer für den Zeitraum 2009, 2010 und 2011

zu Recht erkannt:

1. Den Beschwerden wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden – ersatzlos – aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensablauf

Die beschwerdegegenständlichen Kapitalertragsteuerhaftungsbescheide ergingen infolge der Feststellungen durch die Betriebsprüfung bei der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG, bei der die N Beteiligungs GmbH (im Folgenden abgekürzt Bf) als Kommanditistin, mit einer 100%igen Gewinn- und Substanzbeteiligung, beteiligt ist.

Hinsichtlich der Beurteilung der beschwerdegegenständlichen Optionsgeschäfte bei der R V GmbH und Co KG (als gewillkürtes Betriebsvermögen) und des Verfahrensablaufes wird auf das Erkenntnis

GZ betreffend die R V GmbH und Co KG verwiesen.

Im **Bescheid über die Festsetzung der Kapitalertragsteuer für den Zeitraum 2009 vom 20.02.2013** wurden vom Finanzamt gemäß § 93 EStG 1988 steuerpflichtige Kapitalerträge für diesen Zeitraum in Höhe von 325.412,40 € angenommen und die Kapitalertragsteuer mit 33% in Höhe von 107.386,09 € festgesetzt. Begründend wurde angeführt, dass der Steuersatz von 33% zur Anwendung komme, da die KEST von der GmbH getragen werde. Empfängerin bzw. Begünstigte sei Frau Mag. S N-R.

Weiters wurde zur Begründung auf den BP-Bericht hinsichtlich der R V GmbH und Co KG vom 21.01.2013, insbesondere auf die Textziffern 1 und 3 verwiesen. Eine Ausfertigung des Berichtes liege dem Bescheid bei. Gemäß § 95 Abs. 2 EStG sei der Empfänger der Kapitalerträge Schuldner der Kapitalertragsteuer. Die Kapitalertragsteuer sei von dem gemäß § 95 Abs. 3 EStG 1988 zum Abzug Verpflichteten einzubehalten.

Für die Jahre 2010 und 2011 ergingen mit 10.02.2013 ebenfalls Bescheide über die Festsetzung der Kapitalertragsteuer. Zur Begründung wurde vom Finanzamt angeführt, dass für das Jahr 2009 bei der R V GmbH durchgeführt worden sei. Dabei sei festgestellt worden, dass die Aufwendungen für ein Devisenoptionsgeschäft nicht betrieblich veranlasst seien. Es sei ein Darlehen aufgenommen worden, um den Verlust aus diesem Geschäft zu finanzieren. Die Zinsen dieses Darlehens seien daher keine Betriebsausgaben. Die Höhe der entsprechenden Zinsen (2010: 8.118,11 €, 2011: 6.925,73 €) seien vom Berater bekannt gegeben worden. Es werde auch auf den BP-Bericht R V GmbH & Co KG vom 21.01.2013 verwiesen. Eine Ausfertigung des Berichtes liege den Bescheiden bei.

Mit drei gleichlautenden Berufungen (nunmehr Beschwerden) vom 11.03.2013

wandte sich die Bf mit folgender Begründung gegen die Vorschreibung der Kapitalertragsteuer in den Bescheiden vom 10.02.2013 und 20.02.2013 für die Jahre 2009, 2010 und 2011:

„1. Anfechtungspunkte

An der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG (Steuer-Nr. Z1) ist die R Werbegesellschaft m.b.H. (Steuer-Nr. Z3) als vollhaftende Arbeitsgesellschafterin und die Bf (Steuer-Nr. Z2) als Kommanditistin, mit einer 100%igen Gewinn- und Substanzbeteiligung, beteiligt. Mit 24.02.2006 schloss die R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG mit der Bank B AG ein Devisenoptionsgeschäft (mit einer Laufzeit bis zum 26.02.2007) über Isländische Kronen (ISK) ab. Unmittelbar nach dem Abschluss des Devisenoptionsgeschäftes floss der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG eine Optionsprämie iHv EUR 21.000,00 zu. Mit 26.02.2007 wurde durch Abschluss eines neuen, bis 27.02.2008 laufenden Devisenoptionsgeschäftes in wirtschaftlicher Betrachtungsweise das mit 24.02.2006 abgeschlossene Devisenoptionsgeschäft verlängert. Zu den Stichtagen 27.02.2008, 26.06.2008 sowie 29.07.2008 erfolgte mittels Abschluss von neuen Devisenoptionsgeschäften eine weitere Verlängerung des mit 24.02.2006 abgeschlossenen Optionsgeschäftes. Mit 31.10.2008 erfolgte sodann ein Ankauf der im Devisenoptionsgeschäft vereinbarten ISK sowie im Laufe des Wirtschaftsjahres 2008/2009 über einen schrittweisen Verkauf der ISK in der Folge eine Realisierung des aus dem Devisenoptionsgeschäftes resultierenden endgültigen Verlustes.

Aufgrund der laufenden Devisenoptionsgeschäfte wurde zu folgenden Bilanzstichtagen in den Bilanzen der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG eine Rückstellung für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften in folgender Höhe passiviert bzw. noch nicht rückgestellte Verluste bei Verkauf der ISK im Jahr 2009 realisiert:

Aufwand ISK It.		
Jahr	GuV	Rückstellung
2005/2006	114.331,00	135.931,00
2006/2007	25.303,00	161.234,00
2007/2008	116.393,52	277.627,52
2008/2009	191.573,04	

Zur Finanzierung des Ankaufs der ISK wurde im Wirtschaftsjahr 2008/2009 ein Kredit aufgenommen, für den folgende Zinszahlungen geleistet wurden:

Jahr	Zinsaufwand
2008/2009	11.711,84
2009/2010	8.118,11
2010/2011	6.925,73

Gemäß Bericht über das Ergebnis der Außenprüfung vom 21.01.2013 wurde vom FA das gegenständliche Devisenoptionsgeschäft als nicht betrieblich veranlasst angesehen, weshalb mit 12.02.2013 in einem wiederaufgenommenen Bescheid über die Feststellung von Einkünften gem. § 188 BAO eine Hinzurechnung der jeweiligen ISK-Verluste sowie der hierfür angefallenen Fremdfinanzierungszinsen zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb erfolgte. Die Hinzurechnung wurde vom FA mit folgenden Argumenten gerechtfertigt: Wirtschaftsgüter sind dann nicht dem Betriebsvermögen einer Gesellschaft zuzurechnen, wenn deren Anschaffung gesellschaftsrechtlich veranlasst ist (VWGH 98/15/0169, 20.06.2000). Auch bei Risikogeschäften ist zu untersuchen, ob deren Veranlassung eine betriebliche oder gesellschaftsrechtliche ist. Es ist dabei zu prüfen, ob dadurch private Interessen und private Neigungen der Gesellschafter befriedigt werden. Als ein wesentliches Indiz dafür gilt, wenn die Risiken die Gewinnchancen so übersteigen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter ein derartiges Geschäft nicht übernommen hätte. Als Abgrenzungsmaßstab gilt also das Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Bei den gegenständlichen Devisenoptionsgeschäften handelt es sich grundsätzlich um hochspekulative Geschäfte. (..) Eine betriebliche Veranlassung wird in einem solchen Fall nur dann angenommen werden können, wenn das Termingeschäft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, das Betriebskapital zu stärken. Es ist gegenständlich davon auszugehen, dass jedenfalls ab dem zweiten der zeitlich hintereinander jeweils zum gleichen Ausübungspreis abgeschlossenen Devisenoptionsgeschäfte der Abschluss nur deswegen erfolgte, um die schon erlittenen Spekulationsverluste aus dem ersten Optionsgeschäft wieder wettzumachen. Dabei wurde wissentlich ein weiteres unabsehbares Verlustrisiko in Kauf genommen, das ja schließlich

auch eingetreten ist. (..) Der Abschluss der Optionsgeschäfte erfolgte allein durch den Gesellschaftergeschäftsführer und wurden dabei sämtliche Regeln der kaufmännischen Vorsicht über Bord geworfen und wurde durch die aus den Devisenoptionen drohenden Verluste die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet. Ein fremder gewissenhafter und ordentlicher Geschäftsleiter hätte derartige Geschäfte niemals ausgeübt. Die Ursache des Eingehens dieser Geschäfte ist ausschließlich in der Gesellschafterstellung - die Gattin des Geschäftsführers hält über die N Beteiligungs GmbH 100% am Vermögen der KG - gelegen. Dadurch wurde es erst ermöglicht, dass der Geschäftsführer diese Geschäfte abschließen konnte. Es sollte mit der gewählten Vorgangsweise das hohe Risiko aus diesen Geschäften in den betrieblichen Bereich verlagert werden.

2. Beantragte Änderungen

Es wird eine ersatzlose Aufhebung des Bescheides über die Festsetzung der Kapitalertragsteuer iHv 107.386,09 EUR für das Veranlagungsjahr 2009 (2.678,98 EUR für das Veranlagungsjahr 2010, EUR 2.285, 49 für das Veranlagungsjahr 2011) beantragt.

3. Begründung

Das FA versagt die Anerkennung der aus dem Devisenoptionsgeschäft resultierenden Verluste gemäß den Ausführungen des Prüfungsberichtes vom 21.01.2013 zusammengefasst mit folgenden Argumenten:

- Wenn die Risiken die Gewinnchancen so übersteigen, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter ein derartiges Geschäft nicht übernommen hätte, ist von einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung auszugehen;
- Eine betriebliche Veranlassung setzt eine objektive und subjektive Eignung des Termingeschäftes zur Stärkung des Betriebskapitals voraus. Durch das Eingehen der Stillhalterposition kann maximal die Optionsprämie lukriert werden, während das damit verbundene Verlustrisiko um ein Vielfaches höheres und damit unüberschaubar ist.
- Der Abschluss der Optionsgeschäfte erfolgte allein durch den Gesellschaftergeschäftsführer und dabei wurden sämtliche Regeln der kaufmännischen Vorsicht über Bord geworfen und die aus den Devisenoptionen drohenden Verluste gefährdeten die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft. Ein fremder gewissenhafter und ordentlicher Geschäftsleiter hätte derartige Geschäfte niemals ausgeübt.
- Mit der gewählten Vorgangsweise sollte das hohe Risiko aus diesen Geschäften in den betrieblichen Bereich verlagert werden.

Diesen Ausführungen bzw. Argumenten für eine Nichtanerkennung der entstandenen Verluste ist nun folgendes entgegenzuhalten:

3.1 Die gesellschaftsrechtliche Veranlassung

Von Seiten der Finanzverwaltung wird die Nichtanerkennung des aus dem Devisenoptionsgeschäft resultierenden Verlustes unter Verweis auf das Judikat des VwGH 98/15/0169 vom 20.6.2000 als Investition im Interesse des Gesellschafters und

somit als gesellschaftsrechtlich veranlasst argumentiert. In dem gegenständlichen Judikat wurde vom VwGH eine von einer in der In-Vitro-Fertilisierung tätigen GmbH angeschaffte Penthouse-Wohnung dem außerbetrieblichen Bereich zugeordnet, da nach den Ausführungen des VwGH diese Wohnung in der vorliegenden Art, Größe und Lage nicht auch für Zwecke der Nutzungsüberlassung an einen fremden Arbeitnehmer angeschafft worden wäre. Als Konsequenz der Zuordnung zum außerbetrieblichen Bereich wurde die Anschaffung der Penthouse-Wohnung als KEST-pflichtige verdeckte Gewinnausschüttung an der Wurzel angesehen. Der vom VwGH in diesem Judikat gesehene außerbetriebliche Bereich von Kapitalgesellschaften wurde im Erkenntnis 2005/14/0083 vom 16.5.2007 jedoch wieder wesentlich eingeschränkt. Gemäß diesem Judikat ist zwischen jederzeit im betrieblichen Geschehen (zB durch Vermietung) einsetzbare Gebäude einerseits und Gebäude, die schon ihrer Erscheinung nach (etwa besonders repräsentative Gebäude oder speziell auf die Wohnbedürfnisse des Gesellschafters abgestellte Gebäude) für die private Nutzung durch den Gesellschafter bestimmt sind, andererseits, zu unterscheiden. Werden erstere Gebäude zwar dem Gesellschafter vermietet, aber zu einem unangemessen niedrigen Mietzins, spricht dies in rechtlicher Hinsicht nicht gegen deren Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen, sondern führt zum Ansatz fremdüblicher Betriebseinnahmen (Mieterträge) der Kapitalgesellschaft. In der Literatur wird aus dem Urteil vom 16.5.2007 nun insbesondere abgeleitet, dass eine Ausscheidung von Gebäuden aus dem Betriebsvermögen nur auf ganz bestimmte Fälle, nämlich in denen das Wirtschaftsgut aufgrund seiner Beschaffenheit nur für die private Nutzung bestimmt sein kann, eingeschränkt (Urtz, Neueste VwGH-Judikatur: Die Privatsphäre von Kapitalgesellschaften, GeS 2007, 396ff). Da das streitgegenständliche Devisenoptionsgeschäft einerseits wohl kaum mit einer Luxusimmobilie vergleichbar ist und andererseits aufgrund seiner Ausgestaltung keine ausschließliche private Nutzung untersteilt werden kann, kann unseres Erachtens die gesellschaftliche Veranlassung nicht mit Verweis auf die bestehende VwGH-Judikatur zum außerbetrieblichen Bereich gerechtfertigt werden. Das Erkenntnis 2005/14/0083 vom 16.5.2007 spricht unseres Erachtens dafür, dass aufgrund einer nicht vorliegenden ausschließlichen privaten Nutzungsmöglichkeit der Optionsvereinbarungen eine Zuordnung zum Betriebsvermögen zu erfolgen hat.

Für die Zurechnung des Devisenoptionsgeschäftes zum Betriebsvermögen ist im vorliegenden Sachverhalt von Relevanz, dass es sich sowohl bei der Komplementärin R Werbegesellschaft m.b.H. als auch bei der zu 100% beteiligten Kommanditistin, N Beteiligungs GmbH, um unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaften iSd § 7 Abs. 3 KStG handelt, bei denen sämtliche Einkünfte den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnen sind. Eine Rechtsfolge des § 7 Abs. 3 KStG ist, dass keine außerbetrieblichen Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 4 bis 7 EStG vorliegen können (Lang/Schuch/Staringer, KStG Kommentar, § 7 T2 169; UFSL, GZ RV/1126-L/07 vom 14.01.2011). Fallen von natürlichen Personen im Rahmen der Vermögensverwaltung getätigte Termingeschäfte in den Bereich der außerbetrieblichen Einkünfte, sind hingegen solche Einkünfte bei Kapitalgesellschaften auf Grund der Einkünftetransformation des

§ 7 Abs. 3 KStG stets den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnen. Gegen eine Zuordnung der Optionsverträge in das Privatvermögen der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG unter Heranziehung der in RZ 545 der EStR 2000 getätigten Ausführungen (branchenuntypische Termin- und Optionsgeschäfte sind dem betrieblichen Bereich regelmäßig auch dann nicht zuzuordnen, wenn generell die Möglichkeit besteht, damit Gewinne zu erzielen) sprechen unseres Erachtens vor allem die bereits vom UFS Wien in seinem Urteil GZ RV/1529-W/08 vom 15.02.2010 geäußerten Feststellungen. Nach den Ausführungen des UFS Wien sind die in RZ 545 der EStR 2000 dargelegten Grundsätze in erster Linie darauf ausgerichtet, bei der Einkünfteermittlung natürlicher Personen dem Versuch, riskante Geschäfte etwa zur steuerlichen Geltendmachung daraus resultierender Verluste in den betrieblichen Bereich zu verlagern, entgegenzuwirken. Bei einer eigenständigen Kapitalgesellschaft sind hingegen nach Meinung des UFS der Kapitalgesellschaft zurechenbare Rechtsgeschäfte, und so auch von ihr eingegangene Risikogeschäfte, in aller Regel ihrer betrieblichen Sphäre zuzurechnen. Es ist Sache der jeweiligen unternehmerischen Entscheidung, ob solche Geschäfte und die damit verbundenen Chancen, zugleich aber auch Verlustgefahren wahrgenommen werden. Die mehr oder minder stark ausgeprägte Risikoträchtigkeit von Geschäften gehört zum Wesen einer jeden unternehmerischen Betätigung. An der objektiven Eignung eines Geschäfts, den Betrieb zu fördern, fehlt es daher nicht schon deshalb, weil es Risiken in sich birgt. Es kann dabei grundsätzlich auch nicht darauf ankommen, ob der Abschluss von Devisentermingeschäften durch eine Kapitalgesellschaft für deren Branche typisch ist oder nicht (UFS GZ RV/1529-W/08 vom 15.02.2010). Ferner kommt es nach Meinung des VwGH für die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen einer § 7 Abs. 3-Körperschaft nicht darauf an, ob es sich um ein branchentypisches Geschäft handelt (VwGH 2007/14/0053 vom 13.12.2007).

Zu der Frage, ob aus Devisenoptionsgeschäften resultierende Verluste dem außerbetrieblichen Bereich zuzurechnen sind, stellte der UFS Linz fest, dass es für die betriebliche Veranlassung von Termingeschäften ausreicht, wenn die Risikogeschäfte von vornherein als betriebliche Geschäfte behandelt werden, nach Art, Inhalt und Zweck des Geschäftes ein Zusammenhang mit dem Betrieb besteht und das Geschäft objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt ist, das Betriebskapital zu verstärken. Die objektive Eignung zur Stärkung des Betriebskapitals ergibt sich aus den Umständen, unter denen das Geschäft abgeschlossen wird. Wird ein externer und professioneller Händler mit der Abwicklung beauftragt, ist diese objektive Eignung zu bejahen. Ist das Geschäft aus objektiven Gründen der Kapitalgesellschaft zuzurechnen, werden die Verluste anzuerkennen sein (UFW GZ RV/1126-L/07 vom 14.01.2011).

Ferner verwies der UFS Linz in seinem Urteil RV/1126-L/07 vom 14.01.2011 auch auf eine Information des Fachbereichs Einkommensteuer vom 27.1.2009 (SZK-010216/0003-ESt/2009). In dieser stellte der Fachbereich für eine im Baugewerbe tätige GmbH, die Devisenoptionsgeschäfte abgeschlossen hat, folgendes fest:

Die X-GmbH hat ihren Gewinn gemäß § 5 EStG 1988 zu ermitteln, demgemäß kann ihr Betriebsvermögen sowohl notwendiges als auch gewillkürtes sein. Daneben kann

eine Kapitalgesellschaft über einen außerbetrieblichen Bereich verfügen. (...) Für die Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen einer § 7 Abs. 3-Körperschaft kommt es daher nicht darauf an, ob es sich um ein branchentypisches Geschäft handelt. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um ein Optionsgeschäft, das mit einem Bankinstitut abgeschlossen wurde. Daraus folgt, dass Optionsgeschäfte wie die gegenständlichen im Wirtschaftsleben nicht allgemein als unüblich anzusehen sind. Überdies ist zu bedenken, dass die X-GmbH auch eine Einnahme aus diesem Geschäft erzielt hat. Der bundesweite Fachbereich Einkommensteuer kommt daher zum Schluss, dass ein Ausscheiden der in Rede stehenden Optionsgeschäfte aus dem Betriebsvermögen der GmbH nicht zulässig ist. Im gegenständlichen Sachverhalt liegt eine Zuordnung des abgeschlossenen Devisenoptionsgeschäftes zum Betriebsvermögen der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG aufgrund von folgenden Tatbeständen unstrittig vor:

- Das Devisenoptionsgeschäft wurde zwischen der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG und der Bank B, in der Funktion als externer und professioneller Händler, abgeschlossen.
 - Unmittelbar nach Abschluss des Devisenoptionsgeschäftes wurde die Optionsprämie von EUR 21.000,00 einem Konto der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG gutgeschrieben.
 - In den Jahresabschlüssen der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG wurden ab dem Wirtschaftsjahr 2006 entsprechende Rückstellungen für drohende Verluste passiviert.
- Beruhend auf diesen Umständen handelt es sich beim gegenständlichen Devisenoptionsgeschäft um ein eindeutig der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG zuordenbares Rechtsgeschäft, weshalb kein im privaten Bereich der Gesellschafter verursachter Verlust in den betrieblichen Bereich verlagert wurde, sondern vielmehr ein im betrieblichen Bereich abgeschlossenes Rechtsgeschäft zu einem betrieblichen Verlust führte.

3.2 Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz

Zu dem von der Finanzbehörde im Prüfungsbericht gemachten Vorwurf die Geschäftsführung habe mit dem Abschluss und den anschließenden Verlängerungen des Devisenoptionsgeschäftes die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet, ist festzuhalten, dass es sich hierbei um kein die tatsächlichen Gegebenheiten widerspiegelndes Argument handelt. Insbesondere bei Betrachtung der Eigenkapitalquote sowie der Schuldentilgungsdauer gemäß Unternehmensreorganisationsgesetz in den betreffenden Veranlagungsjahren ist festzuhalten, dass die Gesellschaft trotz der berücksichtigten Verluste niemals in seinem Bestand gefährdet war:

Jahr /Eigenkapitalquote/Schuldentilgungsdauer

2005/2006 23,93% 2,04 Jahre

2006/2007 33,04% 1,97 Jahre

2007/2008 18,27% 2,45 Jahre

2008/2009 19,93% 2,42 Jahre

2009/2010 28,32% 1,83 Jahre

2010/2011 33,58% 0,20 Jahre

Gemäß Unternehmensreorganisationsgesetz ist von einem Reorganisationsbedarf auszugehen, wenn die Eigenkapitalquote geringer als 8% und die Schuldentilgungsdauer länger als 15 Jahre ist. Insbesondere aufgrund der trotz der erlittenen Verluste sehr kurzen Schuldentilgungsdauer (max. 2,45 Jahre im Jahr 2007/2008) ist die Behauptung einer wirtschaftlichen Gefährdung des Unternehmens durch den Abschluss bzw. Verlängerung der Optionsgeschäfte nicht nachvollziehbar und unseres Erachtens auch fachlich nicht rechtfertigbar. Aus den Unternehmenskennzahlen ist hingegen abzuleiten, dass die Geschäftsführung der R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG in ihrer Tätigkeit höchst erfolgreich ist und deshalb regelmäßig auch Gewinne in beträchtlicher Höhe erzielt werden. Eine konstante Erwirtschaftung von positiven Unternehmensergebnissen setzt wohl eine ordentliche und gewissenhafte Leitung des Unternehmens durch die Geschäftsführung voraus.

3.3 Handlungen eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsleiters Zu dem Vorwurf, dass der Geschäftsführer bei Abschluss des Devisenoptionsgeschäftes sämtliche Regeln der kaufmännischen Vorsicht über Bord geworfen habe und das abgeschlossene Optionsgeschäft aufgrund seiner Ausgestaltung (lukrieren der Stillhalterprämie und Eingehen eines um ein vielfacheres höheres Verlustrisiko) nicht zur Stärkung des Betriebskapitals geeignet war, ist festzuhalten, dass die Beurteilung hinsichtlich Gewinnchance und Verlustrisiko wohl nur im Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Optionsgeschäftes (per 24.2.2006) und der zu diesem Zeitpunkt am Markt erwarteten Entwicklungen erfolgen kann.

Im Rahmen der Beantwortung des Ergänzungsersuchen vom 28.06.2011 wurde dem Finanzamt sowohl eine Präsentation des Geschäfts durch die Bank B als auch ein durch die Bank B erstelltes Chart über die ISK-Entwicklung für den Zeitraum Oktober 1998 bis Jänner 2006 vorgelegt. Aus diesem Chart leitete die Geschäftsführung ihre subjektive Einschätzung von Risiko und Gefahr sowie der Ertragschance ab (die Beantwortung samt Beilagen vom 25.07.2011 liegt in der Anlage bei). Bei Abschluss des Optionsgeschäftes mit 24.2.2006 war die bevorstehende Währungskrise der ISK für den Geschäftsführer nicht absehbar (es wurden ja sogar facheinschlägige Experten von dieser Krise überrascht). Insbesondere wurde bei Abschluss des Optionsvertrages mit Betrachtung der Entwicklung der ISK in der Vergangenheit (also vor Abschluss des Vertrages am 24.2.2006) ein geringes Risiko gesehen, insbesondere war von keinem Missverhältnis zwischen Ertragschancen und Verlustrisiken auszugehen. Vielmehr wurde der Optionsvertrag mit der Bank B abgeschlossen und folglich stützte sich der Geschäftsführer bei der Investitionsentscheidung auf den Rat von erfahrenen Experten. Durch den Abschluss des Optionsvertrags mit 24.2.2006 und dem zu diesem Zeitpunkt bestehenden Kenntnistand ist dem Geschäftsführer wohl kaum eine bewusste Verletzung der Regeln der kaufmännischen Vorsicht vorzuwerfen. In den Augen der Geschäftsführung wurde nur ein standardisiertes Veranlagungsprodukt einer vertrauenswürdigen österreichischen Bank erworben, mit dem das Betriebskapital der Gesellschaft gestärkt hätte werden sollen.

Im Jahr 2004/2005 wurde von der Gesellschaft ein unternehmensrechtlicher Gewinn von 22 TEUR erzielt, weshalb im Jahr 2006 durch Abschluss des Optionsvertrages und Vereinnahmung der Optionsprämie von EUR 21.000 eine Gewinnerhöhung und somit eine Stärkung des Betriebskapitals beabsichtigt wurde. In diesem Zusammenhang erscheint es auch nicht denkunmöglich, dass auch ein fremder Geschäftsleiter, der in keinem Naheverhältnis zur Gesellschafterin steht, die selbe Veranlagungsentscheidung getroffen hätte. In einem Beitrag des Standard vom 9.3.2013 wird der Geschäftsführer eines namhaften österreichischen Möbelhauses, welches offensichtlich 19 Mio EUR negativen Marktwert aus Devisenoptionsgeschäften für den EUR und ISK ausweist, insofern zitiert als dieser meinte „dies sei zu einer Zeit passiert als viele Firmen auf Swaps setzten“. Die im Anschluss an den Erstvertrag vom 24.2.2006 durch den Abschluss von neuen Optionsverträgen erfolgende Verlängerung des Optionsgeschäftes wurde ebenso auf Empfehlung von Experten der Bank B vorgenommen. Gemäß Erwartung der Experten hätte durch die Verlängerung des Optionsgeschäftes eine Verbesserung des ISK-Kurses abgewartet und somit eine Verringerung der Buchverluste erreicht werden sollen. Mit der Verlängerung der Optionsgeschäfte unter Abstimmung mit den einschlägig versierten Veranlagungsexperten nahm der Geschäftsführer seine Funktion als verantwortungsvoller Geschäftsführer wahr und versuchte einen durch den Abschluss des Optionsvertrages mit 24.2.2006 entstandenen Verlust im Interesse der Gesellschaft zu minimieren. Insbesondere aus dem Umstand, dass durch die Bank B im Wirtschaftsjahr 2011/2012 eine Entschädigung von EUR 134.500,00 für die entstandenen ISK-Verluste an die R V Gesellschaft m.b.H. & Co KG bezahlt wurde, ist abzuleiten, dass das Kreditinstitut für einen aus einer Fehlberatung entstandenen Verlust die Verantwortung zum Teil übernahm. Dies lässt wiederum den Schluss zu, dass die Geschäftsführung bei Abschluss des Optionsgeschäftes auf den Ratschlag sowie die vorgelegten Analysen des Kreditinstitutes vertraute und die Investitionsentscheidung unter Heranziehung von Expertenwissen getroffen wurde. Aus dieser Vorgehensweise kann unseres Erachtens dem Geschäftsführer kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden, weshalb der von der Finanzverwaltung gemachte Vorwurf einer Nichteinhaltung der Regeln der kaufmännischen Vorsicht jeglicher Grundlage entbehrt.

Achatz/Kirchmayr definieren den ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter als Geschäftsleiter, der dafür sorgt, dass der Gesellschaft aus dem Abschluss von Geschäften idR ein angemessener Gewinn verbleibt. Das Verhalten des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters muss darauf abzielen, den Gewinn der Gesellschaft zu mehren, indem er Vorteile für die Gesellschaft wahrnimmt und Schaden nach Möglichkeit von ihr abwendet. Dies schließt aber auch die Möglichkeit unternehmerischer Fehlentscheidungen und Maßnahmen ein (Achatz/Kirchmayr, KöSt-Kommentar, § 8 Tz 304). Mit dem zum 24.2.2006 bestehenden Kenntnisstand ist davon auszugehen, dass die Geschäftsführung mit dem Abschluss des Optionsvertrages den Gewinn der Gesellschaft mehren wollte und die dafür eingegangenen Risiken als nur marginal anzusehen waren. Aufgrund der dann tatsächlich eingetretenen Währungskrise erwies sich der mit 24.2.2006 abgeschlossene Optionsvertrag als unternehmerische Fehlmaßnahme und die daraus

entstandenen Verluste hätten durch die Verlängerung der Optionsverträge reduziert werden sollen. Aufgrund der tatsächlich eingetretenen Währungsschwankungen war eine Verbesserung der ISK-Kurse auch nicht denkunmöglich.

4. Weitere Anträge

Für den Fall das die Berufung gemäß § 276 Abs. 6 BAO der Abgabenbehörde zweiter Instanz - dem UFS - zur Entscheidung vorgelegt wird, wird hiermit entsprechend § 282 Abs. 1 BAO die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat beantragt.

Weiters wird gemäß § 284 Abs. 1 Z 1 BAO die Abhaltung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt.“

Mit **Vorlagebericht vom 03.04.2013** wurde die Berufungen (nunmehr Beschwerden) vom Finanzamt dem damaligen Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Mit **Schreiben vom 13.09.2017** wurden die Anträge auf Entscheidung durch den Senat (§ 272 BAO) sowie auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung (§ 274 BAO) zurückgenommen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Sachverhalt

Hinsichtlich der Beurteilung der beschwerdegegenständlichen Optionsgeschäfte bei der R V GmbH und Co KG (weder notwendiges Betriebsvermögen noch gewillkürtes Betriebsvermögen) und des Verfahrensablaufes wird auf das Erkenntnis RV/5100312/2013 betreffend die R V GmbH und Co KG verwiesen.

Rechtsgrundlage:

Nach § 93 Abs. 1 EStG 1988 wird bei inländischen Kapitalerträgen (Abs. 2) sowie bei im Inland bezogenen Kapitalerträgen aus Forderungswertpapieren (Abs. 3) die Einkommensteuer durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben (Kapitalertragsteuer). Zu den kapitalertragsteuerpflichtigen Kapitalerträgen im Sinne des § 93 Abs. 2 EStG 1988 zählen auch verdeckte Ausschüttungen nach § 8 Abs. 2 KStG 1988.

§ 95 EStG 1988 in der im Beschwerdefall geltenden Fassung normiert:

(2) Schuldner der Kapitalertragsteuer ist der Empfänger der Kapitalerträge. Die Kapitalertragsteuer ist durch Abzug einzubehalten. Der zum Abzug Verpflichtete (Abs. 3) haftet dem Bund für die Einbehaltung und Abfuhr der Kapitalertragsteuer.

(3) Zum Abzug der Kapitalertragsteuer ist verpflichtet:

1. Bei inländischen Kapitalerträgen (§ 93 Abs 2) der Schuldner der Kapitalerträge.

...

(4) Der zum Abzug Verpflichtete hat die Kapitalertragsteuer im Zeitpunkt des Zufließens der Kapitalerträge abzuziehen. ...

(5) Dem Empfänger der Kapitalerträge ist die Kapitalertragsteuer ausnahmsweise vorzuschreiben, wenn 1. der zum Abzug Verpflichtete die Kapitalerträge nicht

vorschriftsmäßig gekürzt hat oder 2. der Empfänger weiß, dass der Schuldner die einbehaltene Kapitalertragsteuer nicht vorschriftsmäßig abgeführt hat und dies dem Finanzamt nicht unverzüglich mitteilt.

(Anmerkung: Durch die mit Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 111/2010 erfolgte Neuregelung der Kapitalertragsteuer erfolgte hinsichtlich der hier relevanten Bestimmungen des § 95 EStG lediglich eine Veränderung der Absatznummerierung)

Erwägungen

Strittig ist das Vorliegen einer verdeckten Ausschüttung.

Verdeckte Ausschüttungen sind alle nicht ohne Weiteres als Ausschüttungen erkennbaren Zuwendungen (Vorteile) einer Körperschaft an die ihr unmittelbar oder mittelbar beteiligten Personen, die zu einer Gewinnminderung (vermögensminderung oder verhinderte Gewinnmehrung) der Körperschaft führen und dritten, der Körperschaft fremd gegenüberstehenden Personen nicht gewährt werden, dh ihre Ursache - welche anhand eines Fremdvergleiches ermittelt wird - in gesellschaftsrechtlichen Beziehungen haben (vgl. Raab/Renner in Renner/Strimitzer/Vock (HrsG), Die Körperschaftsteuer - KStG 1988, 25. Lfg, Rz 109 zu § 8).

Im Beschwerdefall hat der Geschäftsführer Herr N den Gewinn der Bf nach den Feststellungen im Erkenntnis im Verfahren zu GZ RV/5100312/2013 betreffend die R V GmbH und Co KG nicht gemindert. Die darin getroffenen Erwägungen gelten für dieses Verfahren ebenso. Es wird daher zur Begründung auf die Feststellungen dieses Erkenntnisses verwiesen.

Da somit keine verdeckten Ausschüttungen vorliegen, hat die Vorschreibung der Kapitalertragsteuer zu unterbleiben.

Den Beschwerden war daher stattzugeben und die in Beschwerde gezogenen Bescheide betreffend die Festsetzung von Kapitalertragsteuer für den Zeitraum 2009, 2010 und 2011 waren ersatzlos aufzuheben.

Zulässigkeit einer Revision

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

Im gegenständlichen Fall hängt das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage ab, 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.

Die Revision war daher nicht zuzulassen.

Linz, am 18. September 2017