

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Vorsitzenden Dr. Romuald Kopf und die weiteren Senatsmitglieder Mag. Armin Treichl, Herbert Steiner, MBA MSc, sowie Mag. Michael Kühne im Beisein der Schriftführerin Jennifer Reinher in der Beschwerdesache des Bf, vertreten durch WTG, gegen die Bescheide des Finanzamt Feldkirch vom 26.07.2011 betreffend Einkommensteuer 2007 und 2008 in der Sitzung am 11.11.2015

### I. zu Recht erkannt:

Der Beschwerde gegen den **Einkommensteuerbescheid 2007** wird Folge gegeben. Der Bescheid vom **2.2.2009** wird **vollinhaltlich** bestätigt.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Weiters hat der Senat

### II. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde gegen den **Einkommensteuerbescheid 2008** wird gemäß § 256 Abs. 3 BAO iVm § 278 BAO als gegenstandslos erklärt.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 9 iVm Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### Verfahrensrechtliches

Das Finanzamt hat im Vorlagebericht auch die Bescheide betreffend Wiederaufnahme der Verfahren hinsichtlich der Einkommensteuer 2007 und 2008 als angefochten bezeichnet. Der Beschwerdeführer, nachfolgend Bf abgekürzt, hat gegen diese Bescheide tatsächlich auch Beschwerde erhoben. Gegen die diesbezüglich abweisliche Berufungsvorentscheidung (Seite 1, 22 und 23) wurde allerdings kein

Vorlageantrag eingebracht. Deshalb hatte der Senat auch nicht über die Rechtmäßigkeit der Wiederaufnahme zu befinden.

Das Finanzamt hat im Vorlagebericht die Fragen nach einer mündlichen Verhandlung und einer Entscheidung durch den gesamten Senat verneint. Dabei hat es offensichtlich die abschließende Antragstellung in der Beschwerde vom 16.8.2011 übersehen.

## **I.) Sachverhalt**

### **1.) Hintergrund (allgemein):**

Der für die konkreten Beschwerdeverfahren maßgebliche Sachverhalt ist im Zusammenhang mit den nachfolgend (vereinfachend und zusammenfassend) dargestellten Vorkommnissen zu sehen, die mit dem Verkauf der Hypo Alpe-Adria-Bank International AG (HAAG) an die Bayern Landesbank, auch bayerische Landesbank genannt, (BLB) stehen. Der erkennende Senat übernimmt in diesem Zusammenhang vor allem die Feststellungen der vom Ministerrat am 25.3.2014 eingesetzten Untersuchungskommission und Wertungen. Der von der Untersuchungskommission erstattete Bericht ("Griss-Bericht", [www.untersuchungskommission.at](http://www.untersuchungskommission.at)) wurde von unabhängigen und renommierten Experten nach gründlicher Befassung mit der Causa, gestützt auf zahlreiche in den Fußnoten angeführte Quellen, verfasst. Er ist ausführlich und schlüssig. Dem Senat sind keinerlei substantiierten Einwände bekannt geworden. Die Parteien des gegenständlichen Verfahrens haben keine Bedenken geäußert. Der Senat hat auch von sich aus keine entgegenstehenden Fakten oder Wertungen vorgefunden:

### **2.) Hypo Alpe-Adria-Bank International AG (HAAG)**

Die HAAG war die Holdinggesellschaft der Hypo Group Alpe-Adria. Die HAAG verfolgte als Bank eine Politik des ungebremsen Wachstums. Sie expandierte rasant. Dies führte zu chronischer Eigenkapitalknappheit. Um dringend benötigtes Kapital zu beschaffen, aber auch um ebenso dringend benötigtes Know-how zu gewinnen, strebte das Bankmanagement eine strategische Partnerschaft mit anderen Banken an. Nachdem entsprechende Kontakte nicht zum gewünschten Erfolg geführt hatten, wurde 2005 beschlossen, die HAAG in naher Zukunft an die Börse zu bringen. Das Bekanntwerden von SWAP-Verlusten im März 2006 machte diese Hoffnung aber zunichte. Dadurch erwuchs großer Druck, auf andere Weise Kapital zu beschaffen. Um Investoren zu gewinnen, wurde die HAAG potenziellen Kapitalgebern vorgestellt und ein Bieterverfahren durchgeführt.

### **3.) Berlin & Co Capital S.à.r.l. (BCCS)**

Die BCCS, eine luxemburgische Kapitalgesellschaft vergleichbar der österreichischen GmbH (Z 1 lit. p der Anlage 2 zu § 94 Z 2 EStG), wurde am 30.11.2006 gegründet und ins Luxemburger Firmenbuch eingetragen. Gemäß Artikel 3 ihrer Verfassung (Constitution, T/1/33) war - abstrakt und allgemein formuliert - der Betrieb des Beteiligungsgeschäftes (Erwerb, Halten und Verkauf von Beteiligungen sowie alles, was damit im Zusammenhang

steht) ihr Ziel bzw Unternehmensgegenstand. Die BCCS, deren Geschäfte von einem in der regionalen Bankenszene bestens vernetzten Bankmanager geführt wurden, welchem die Pläne der HAAG bekannt waren, erwarb im Dezember 2006 in drei Verpflichtungsgeschäften mit unterschiedlichen Erwerbs- bzw Übergabemodalitäten insgesamt ein Aktienpaket, bestehend aus alten und neu begebenen Aktien, und erreichte damit die Sperrminorität (Griss 353 – 362) Die Anschaffungskosten des gesamten Aktienpaketes betrugen 635 Mio €. Die Finanzierung des Erwerbes erfolgte zum einen durch die Emission von Genussrechten (236 Mio €), was noch detailliert darzustellen ist. Zum anderen wurde der Erwerb des Aktienpaketes durch die BCCS von der BLB finanziert. Insoweit war die BCCS verpflichtet, die Aktien der HAAG nicht zu veräußern (mit Ausnahme des Weiterverkaufs an die BLB) und nicht über sie zu verfügen. Auch hat sich die BCCS verpflichtet, das durch die "restlichen" Aktien vermittelte Stimmrecht in Abstimmung mit dem Investor auszuüben (KPMG an die Luxemburger Administration vom 22.10.2007, T/11/61).

#### **4.) Emission von Beteiligungsrechten (Equity Participation Rights, EPR)**

Vor dem dargestellten Hintergrund des Erwerbs des HAAG-Aktienpaketes durch die BCCS ist die Emission von Beteiligungsrechten (Equity Participation Rights, EPR, zum Teil missverständlich als Genussscheine übersetzt) zu sehen, welche von der BCCS zur Finanzierung des Aktienpaket-Erwerbes in drei Serien begeben worden sind. Der Bf hat 1 Genussrecht der ersten Serie im Februar 2007 durch Annahme seiner Zeichnung erworben. Die dritte Serie wurde Anfang Juli 2007 begeben. Für die Beurteilung dieser Rechte bzw des allein intern geltenden Rechtsverhältnisses zwischen den Bf und der BCCS sind nach Überzeugung des Senates, die sich mit der Auffassung der Parteien des Beschwerdeverfahrens und im Wesentlichen auch mit dem Standpunkt von Gutachtern (Karollus vom 20.1.2010, T/17/3ff; Torggler vom 20.6.2013, T/21/1ff) deckt, die Genussrechtsbedingungen (GB) maßgeblich (Terms and Conditions, T/26/8ff, bzw. übersetzt T/26/22ff, fälschlich als allgemeine Geschäftsbedingungen übersetzt).

#### **5.) Genussrechtsbedingungen (Terms & Conditions)**

Für die Beschwerdefälle ist das durch die Genussrechtsbedingungen (GB, Englisch: T/26/8ff; Deutsch: T/26/22ff) geprägte Rechtsverhältnis zwischen den Inhabern der Beteiligungsrechte (Genussrechte) und der sie emittierenden BCCS mit unbefristeter Laufzeit (Punkt 8 GB) von entscheidender Bedeutung: Nach den GB haben sich die Zeichner der Rechte verpflichtet, eine bestimmte Kapitaleinlage in bar zu erbringen (Pkt. 3 GB, Karollus Seite 5, Torggler 3.1 und 3.2). Mit dieser war die BCCS gehalten, den Erwerb der HAAG-Aktien zu finanzieren (Einleitung D, Pkt. 6 GB; Karollus 5). Im Gegenzug waren die Zeichner nach im Detail vereinbarten Regeln (Waterfall) im Innenverhältnis am wirtschaftlichen Erfolg des Zielgeschäftes beteiligt (Karollus, Seite 6; Beschwerde Seite 6, Abs. 3). Der aus dem Verkauf der Zielaktien erzielte Gewinn war nach Begleichung aller angefallenen Kosten nach einem festgelegten Schlüssel an die Inhaber der Genussrechte auszubezahlen (Punkt 13.2 GB; Karollus, Seite 6 unten). Der (den Zeichnern gebührende) Ausstiegobetrag war innerhalb von 10 Tagen nach vollem

Erhalt der Ausstiegserträge (Erlös aus dem Verkauf der Zielaktien) zu berechnen und den Zeichnern mitzuteilen (Pkt. 13.3 GB). Der errechnete Betrag durfte keinesfalls vor Ablauf eines Jahres ab Ausgabe der letzten Charge der Genussrechte ausbezahlt werden (Pkt. 13.5 GB, Torggler Pkt. 3.2.). Mit Eintritt der Fälligkeit und dem Eingang aller Erlöse aus der Verwertung der HAAG-Anteile bei der BCCS (also nach dem Abschluss des sogenannten Zielgeschäftes) erwarben die Inhaber der Genussrechte den Anspruch auf Abschichtung (Punkt 13 GB; Beschwerde, Seite 6 unten).

Das Zielgeschäft war als Verkauf eines noch zu erwerbenden qualifizierten Anteiles (25% + 1 Aktie) an der HAAG definiert (B, Pkt 1 und 13.1 GB; Gutachten Torggler). Die BCCS bezeichnet sich in den GB als "*Special Purpose Vehicle*" und war danach (im Innenverhältnis) eine reine Zweckgesellschaft, die nur Geschäfte betreiben sollte, welche mit dem Erwerb, dem Halten und der Veräußerung der Zielaktien (Aktienpaket der HAAG) im Zusammenhang stehen (Pkt. 1 GB). Die zeichnenden Bf erhielten keine gesellschaftsrechtliche bzw mitgliedschaftliche Rechtsposition in der BCCS, sondern lediglich im Innenverhältnis wirksame schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung [Punkt 13 GB; Torggler 3.2, 5.13 und 5.15; (im Widerspruch dazu bzw korrektur- und ergänzungsbedürftig Torggler 5.7) Karollus, Seite 6]. Die Beteiligungsrechte waren je Serie als Sammelzertifikat dargestellt. Ansprüche auf individuelle Registrierung oder Emission von individuellen Zertifikaten waren ausgeschlossen (Pkt. 3 GB). Weder eine Beteiligung am Substanzwert der BCCS noch eine Beteiligung am laufenden Gewinn, geschweige denn am Liquidationsgewinn der BCCS war im Falle des Ausstiegs (Verkaufs aller Zielaktien vor Ablauf von drei Jahren) vereinbart (Pkt. 13.2 GB). Eine Beteiligung am Liquidationsgewinn war nach den GB nur für den Fall vorgesehen, dass die Liquidationserträge gemäß einem Beschluss der Aktionäre im Verhältnis zum Gesamtbetrag aller Kapitalbeteiligungsrechte auszubezahlen gewesen wären (GB 9.3), was gegenständlich nicht der Fall war. Eine Gleichstellung der Genussrechtsinhaber mit den Aktionären war nur **insoweit** gegeben, als die Aktionäre selbst Genussrechtsinhaber waren und den GB unterlagen (Pkt. 9 GB).

Die Zeichner wurden selbst nicht Aktionäre der HAAG (Pkt. 10 GB). Sie waren auch nicht Vertragspartner bei den Transaktionen über den Erwerb und die nachfolgende Veräußerung der Aktien (Verträge, Sitzungsprotokolle, Karollus, 6). Die emittierende BCCS konnte ihre Rechte am Zielunternehmen nach eigenem und uneingeschränktem Ermessen ausüben (Art. 10 GB). Den Inhabern der emittierten Genussrechte standen in diesem Zusammenhang keine Gestaltungsrechte zu. In sehr eingeschränktem Umfang waren solche Rechte nur für den nicht eingetretenen Fall vorgesehen, dass innerhalb von drei Jahren kein Ausstieg (Verkauf des HAAG-Aktienpaketes) stattfindet (Pkt. 14 ff GB).

## **6.) Verkauf aller Zielaktien durch die BCCS (Exit gem. Punkt 13 GB)**

Die BCCS veräußerte die Zielanteile unter Erzielung eines Mehrerlöses von rund 175 Mio € bereits wenige Monate nach dem Erwerb, nämlich am 22.5.2007 mit zwei verzahnten Kaufverträgen (SPA 1 und 2), deren wesentliche Unterschiede zum einen im Ausmaß der veräußerten Aktien und zum anderen im Closing-Zeitpunkt lagen, an die BLB.

Das Spitting hatte für die BCCS (in der Luxemburger Rechtslage gelegene) steuerliche Gründe (Griss 431). Der Kaufpreis je Aktie war ident (Griss 430). Mit insgesamt vier, am 22.5.2007 unterfertigten, sich wechselseitig bedingenden Kaufverträgen hatte somit die BLB eine Mehrheit von 50,22 % an der HAAG erworben (Griss 423, 424). Mit Schreiben vom 30.5.2007 teilte die BCCS im Rahmen ihrer Berichtspflicht einer privaten Inhaberin von EPR ua. Folgendes mit:

*"Auf dieser Grundlage und durch zusätzliche Stabilisierungsmaßnahmen unsererseits kam es erheblich schneller als erwartet, nicht nur von Investorenseite sondern vor allem durch international tätige Banken zu erheblichem Interesse an der Hypo Alpe-Adria. Das Angebot der Bayerischen Landesbank in Höhe von EUR 1,65 Mrd. für 50% + 1 Aktie haben wir dann gemeinsam mit dem Land Kärnten und der Mitarbeiterstiftung angenommen. [...] Die Frage nach dem potentiellen Gewinn für unsere Investoren können wir auf gegenwärtiger Basis nur grob dahingehend beantworten, dass es nach Einrechnung aller Kosten in den wenigen Monaten der Mittelbindung auf jeden Fall mehr als 50% des eingesetzten Kapitals sein werden, in Aussicht gestellt war ein "Verdoppler" nach drei Jahren".*

Das Closing des Kaufvertrages über 1.201.593 Stückaktien (SPA 1) fand (ua nach Einlangen diverser behördlicher Genehmigungen) am 9.10.2007 statt (Griss 430 und 444). Das Closing des Vertrages über 10.580 Stückaktien (SPA 2) fand zum vereinbarungsgemäß frühest zulässigen Zeitpunkt, nämlich am 2. bzw 3.7.2008, statt (Griss 431).

## **7.) Änderung der Genussrechtsbedingungen**

Der wesentliche Teil des Zielgeschäftes ist mit dem Closing von SPA 1 rascher als erwartet mit großem wirtschaftlichem Erfolg abgeschlossen worden. Dies erzeugte bei gewerblichen Anlegern den wirtschaftlich begründeten und unschwer nachvollziehbaren Druck, *"möglichst hohe Anteile des getätigten Investments frühzeitig zurückzuerhalten"* (BCCS vom 21.11.2007), zumal sie mit den Erlösen aus dem Verkauf unabhängig von der Haltedauer steuerpflichtig waren, während man überzeugt war, bei den privaten Investoren durch Beachtung der Spekulationsfrist eine Steuerpflicht zu vermeiden. Die BCCS wandte sich daher mit folgenden Ausführungen an die Genussrechtsinhaber (Schreiben vom 21.11.2007):

*"Wie im Schreiben vom 11. Oktober 2007 mitgeteilt, konnte der Beteiligungsverkauf mit dem Closing am 9. Oktober 2007 wesentlich schneller als erwartet abgeschlossen werden. Nun geht es schrittweise an die Abwicklung.*

*Diejenigen Genussscheinzeichner, deren Investmentbetrag weniger als 1 % der Zeichnungssumme der Tranche 1 bzw des gesamten ausgegebenen Genussrechtskapitals (Tranche 3) ausmachte, haben die Möglichkeit, Ihren Gewinn steuerfrei zu realisieren, sofern die Haltedauer 1 Jahr überschreitet. In diesem Sinne soll das Gesamtinvestment voraussichtlich erst ab Mitte nächsten Jahres liquidiert und verteilt werden.*

*Für diejenigen Anleger, die aufgrund Ihres Investments nicht in den Genuss des Steuervorteils kommen können, ist es attraktiver, möglichst hohe Anteile des getätigten Investments frühzeitig zurückzuerhalten. Für diese Gruppe, der das Zustandekommen des Deals vornehmlich zu verdanken ist, ist es nun gelungen, eine Vorabzahlung zu strukturieren, die sich auf die bereits feststehenden Ertragsanteile stützt. Um eine solche Vorabzahlung zu ermöglichen, sind die Genussscheinbedingungen ("EPR's") allerdings mit einer Mehrheit von 75 % (siehe Schedule II) abzuändern und eine Hauptversammlung (siehe die Vollmacht dafür als Schedule II) durchzuführen.*

*Durch die Vorabzahlung entstehen für die davon nicht betroffenen Genussscheinzeichner keine Nachteile. Wir bitten daher um Zustimmung."*

Dem **Schreiben vom 21.11.2007 (T/17/25)** waren folgende Beilagen angeschlossen:

- Antwortbrief an die BCCS (Schedule I, T/19/1) mit zwei Optionen, wovon der Bf die zweite mit dem Text *"Ich nehme an der Vorabzahlung nicht teil"* ankreuzte, sowie mit dem von dem Bf unterfertigten Vermerk: *"Ich bestätige weiterhin meine Zustimmung zu den geänderten EPRs. Anbei finden Sie die unterschriebene Vollmacht."*
- Vollmacht (T/19/2-3), mit der der Bf als rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer von Genussrechten einen Vertreter zur Stimmausübung betreffend Abänderung der GB durch Einfügung von zusätzlichen Klauseln bevollmächtigte, mit denen der BCCS das Recht eingeräumt wurde, jederzeit nach eigenem und alleinigem Dafürhalten zu entscheiden, ob sie Anzahlungen auf die Ausstiegserlöse leisten will.
- Anhang (Annex, T/19/4) mit drei neu zu beschließenden Punkten (13.7, 17.11 und 26.1), mit denen der BCCS als Emittentin der EPR das *"Recht"* eingeräumt wurde, *"jederzeit nach eigenem und alleinigem Dafürhalten zu entscheiden, ob er Anzahlungen für Beträge leisten will"*. Punkt 26 GB, der die emittierende Gesellschaft u.a. zum Kauf ihrer eigenen Genussscheine berechnete, sollte dahingehend ergänzt werden, dass dies auch in Form eines Terminkaufes erfolgen könne.

Die von der BCCS vorgeschlagene Änderung der GB wurde von den Haltern der Genussrechte beschlossen. Während die institutionellen bzw gewerblichen Anleger, die zur Leistung von Vorabzahlungen optierten, deren Berechnung dem Senat und laut Vorbringen der Bf auch diesen im Detail nicht bekannt ist, auch entsprechende Anzahlungen (Vorabzahlungen) erhielten, veranlagte die BCCS die nicht liquidierten Ausstiegserlöse gemäß Punkt 10.2 lit. b GB in Geldmarktinstrumenten (Schreiben der BCCS vom 22.7.2008, T/17/35).

## **8.) Liquidierung der Ansprüche der Inhaber von Beteiligungsrechten durch Kaufverträge**

Bereits mit **Schreiben vom 22.10.2007** wandte sich die BCCS sinngemäß wie folgt an die Luxemburger Steuerverwaltung: Zur Finanzierung des in drei Schritten erfolgten Erwerbs der HAAG-Aktien habe sie drei Tranchen von Genussscheinen begeben. Die Zielaktien habe sie in zwei vom 22.5.2007 datierenden Vereinbarungen (**Sale**

and **Purchase Agreement**, SPA I und II) veräußert. Im Hinblick darauf werde sie den Genussscheininhabern den Abschluss von Termin(rück)käufen zu einem Preis vorschlagen, der im Juli 2008 (Completion Date) bestimmt werde. Wer von dieser Option Gebrauch mache, werde eine Anzahlung auf den Kaufpreis erhalten. Wer von der Option keinen Gebrauch mache, könne später einen Rückkauf anstreben. Im Hinblick auf die Modalitäten von SPA II werde sie (die BCCS) bis zum Ablauf der Behaltefrist wirtschaftliche Eigentümerin dieses (kleinen) Aktienpaketes bleiben. Dies habe ihrer Auffassung zur Folge, dass die Gewinne aus der Veräußerung aller HAAG-Aktien in Luxemburg steuerfrei seien.

Mit **Schreiben vom 25.10.2007** berichtete die KPMG-Luxemburg der KPMG-Wien unter inhaltlichem Bezug auf das Schreiben vom 22.10.2007, dass die Luxemburger Steuerverwaltung bei der Besprechung am 22.10.2007 die Rechtsansicht betreffend die steuerfreie Veräußerung aller HAAG-Aktien bestätigt habe. Im Hinblick auf die Modalitäten von SPA II gelte daher die BCCS bis 2.7.2008 als wirtschaftliche Eigentümerin der davon erfassten Aktien. Der Rückkauf der Genussscheine im Wege von Termingeschäften (und damit verbundenen Anzahlungen) werde als Liquidierung der BCCS behandelt. Die Bezahlung weder des "Forward price" noch des "advance payments on the Forward price" unterlägen der Luxemburger Einkommensteuer.

Mit **Schreiben vom 22.7.2008** (T/17/35) wandte sich die BCCS an den Bf mit folgenden Ausführungen:

*"Es ist uns eine Freude, nun mit der Abwicklung des gemeinsamen Investments beginnen zu können. Der Gesamterfolg wird nach Abzug aller Kosten wie zuletzt in Aussicht gestellt bei rund 50 % liegen.*

*Ihre individuelle Kalkulation finden Sie in der Anlage.*

*Es ist nun das Ziel, mit der Auszahlung· schnellstmöglich zu beginnen. Voraussetzung dafür ist der vollständige Rücklauf der beigefügten Dokumente aller Investoren, um die komplexe Abwicklung sicherzustellen. Lediglich für einen Restbetrag in Höhe von 0,7% des Transaktionsvolumens besteht ein befristeter Rückstellungsbedarf.*

*Im Einzelnen sind die folgenden Punkte beachtenswert:*

- *Seit dem Closing der Transaktion im Oktober 2007 wurde der Verkaufserlös in Geldmarktinstrumenten angelegt. Die genaue Darstellung findet sich in Annex 3 der angeschlossenen individuellen Kalkulation.*
- *Wie im Schreiben vom 26.05.2008 angekündigt, wurden Anfang Juli 2008 die verbliebenen 10.580 Aktien der Hypo Alpe-Adria-Bank International AG mit der Bayerischen Landesbank final abgewickelt. Der entsprechende Erlös in Höhe von EUR 7,091.613,00 wurde an die Berlin & Co Capital S.à.r.l. überwiesen.*
- *Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften der Hypo Consultants Holding GmbH verhandelt werden. Für das von Berlin & Co Capital S.à.r.l. gehaltene Aktienpaket ergab sich ein Anteil von rund EUR 4, 5 Mio. [...]. Im Falle der für uns positiven richterlichen Entscheidung,*

wird der Betrag nach Berücksichtigung aller Zinserträge bzw. etwaiger Kosten (z.B. Quellensteuer) an die Investoren ausgezahlt.

- Die Liquidation des Investments wird durch Rückkauf der Genussrechte durch die Berlin & Co Capital S.à.r.l. erfolgen. Voraussetzung für die Auszahlung ist, dass der Berlin & Co Capital S.à.r.l. die Zustimmungen zum Rückkauf aller Investoren vorliegen. Wir sind darum bemüht, jeden einzelnen Investor im Sinne einer zügigen Abwicklung zusätzlich telefonisch zu kontaktieren."

Die dem **Schreiben vom 22.7.2008** angeschlossene individuelle **Kalkulation** mit gleichem Datum (T/17/38) sah im Falle der Zeichnung eines EPR zum Nominale von 500.000,00 € durch einen nicht optierenden privaten Investor (frei übersetzt und in €) wie folgt aus:

Berechnung der Ausstiegserlöse entsprechend Art. 13.2 (a) und (b) der GB	
Bruttoerlöse vom Ausstieg (Gross proceeds from the exit)	1.786.144,99
Abzügl. der anteiligen Kosten gem. Art. 13.2 (a) (i) GB	40.479,20
Abzügl. Rückzahlungen von Fremdmitteln gem. Art. 13.2 (a) (ii) bis (iv) GB	926.393,41
Abzügl. Zahlungen gem. Art. 13.2 (b) (ii) und (iii) GB	55.645,48
Netto-Ausstiegserlöse (Net proceeds from the exit)	763.626,90
Der Netto-Ausstiegserlös setzt sich wie folgt zusammen:	
Nominale des EPR (Nominal amount)	500.000,00
Zinsen (Interest) gem. Art. 13.2 (a) (vi) GB vom 28.2.2007 bis 9.10.2007	32.434,36
Zahlungen gem. Art. 13.2 (b) (i) GB einschließlich Zinsen (interest) für Geldmarktinvestment	231.192,54

Im Vergleich zur obigen Berechnung hatte die **Kalkulation**, die einen gewerblichen Anleger, der 10 Genussscheine erworben hat und für die Leistung von Vorabzahlungen optiert hat, als Beilage zu einem Schreiben vom 22.7.2008 (T/1/166) mitgeteilt worden ist, folgenden Inhalt:

Berechnung der Ausstiegserlöse entsprechend Art. 13.2 (a) und (b) der GB	
Bruttoerlöse vom Ausstieg	17.723.679,76



Abzügl. der anteiligen Kosten gem. Art. 13.2 (a) (i) GB	404.792,00
Abzügl. Rückzahlungen von Fremdmitteln gem. Art. 13.2 (a) (ii) bis (iv) GB	9.263.934,05
Abzügl. Zahlungen gem. Art. 13.2 (b) (ii) und (iii) GB	556.454,79
Netto-Ausstiegserlöse	7.498.498,92
Abzügl. Vorabzahlung gemäß Forward Sale Option	6.494.807,17
Verbleibende Netto-Ausstiegserlöse	1.003.691,75
Der Netto-Ausstiegserlös setzt sich wie folgt zusammen:	
Nominale der EPR	5.000.000,00
Zinsen gem. Art. 13.2 (a) (vi) GB vom 28.2.2007 bis 9.10.2007	324.343,56
Zahlungen gem. Art. 13.2 (b) (i) GB einschließlich Zinsen für Geldmarktinvestment	2.174.155,36

Die wiedergegebenen Gewinnberechnungen zeigen, dass bei beiden unterschiedlichen Ausstiegsformen, grundsätzlich gleich vorgegangen worden ist. Das diesbezügliche Vorbringen in den Stellungnahmen der Bf zum BFG-Aktenvermerk vom 18.8.2015, untermauert mit entsprechenden Beilagen (T/1/79-94, Forward Sale Option, Part A, Part B, Amendment Agreement, Calculation bei Option, Calculation ohne Option) wird dadurch bestätigt. Der Unterschied liegt in der Bezahlung eines - gemessen am wirtschaftlichen Erfolg und am getätigten Investment – relativ hohen, gemessen an der hohen Wahrscheinlichkeit, mit der dem Grunde und der Höhe nach der wirtschaftliche Erfolg gesichert war, angemessenen) Betrages, der als Anzahlung bezeichnet worden ist. In beiden Fällen wurde das eingegangene Investment durch Abschluss eines von BCCS einerseits und den Genussrechtsinhabern andererseits im Juli 2008 gefertigten Kaufvertrages (T/17/40) liquidiert.

## 9.) Schlussabrechnung

Mit **Schreiben vom 24.11.2008** (T/17/47) informierte die BCCS ua mit folgenden Ausführungen die Inhaber der Genussrechte darüber, dass es gelungen ist, *"nunmehr noch in diesem Jahr unser gemeinsames Investment bei der Hypo Alpe-Adria abschließen zu können. Die Hypo Alpe-Adria Gruppe konnte kürzlich eine außergerichtliche Einigung mit der Gegenpartei erzielen. Dies ermöglicht uns nun die einbehaltene Sonderdividende von EUR 4.545.459,23 (zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen) in voller Höhe auszahlen zu können."*

## II.) Streitpunkte und Verfahrensgang

### 1.) Streitpunkt

Strittig ist, wie der oben dargestellte Sachverhalt steuerlich zu beurteilen ist. Insbesondere ist strittig, ob und inwieweit der Bf in den Streitjahren im Rahmen der Beendigung seines Investments einkommensteuerpflichtig geworden sind.

### 2.) Standpunkt der Finanzbehörde

Die Abgabenbehörde vertrat zunächst folgendem Standpunkt (Bescheidebegründung vom 26.7.2011, T/4/3):

*"Dem Finanzamt [...] wurde im Rahmen einer Kontrollmitteilung [.....] bekannt, dass Sie sozietäre Genussscheine an der Berlin & Co Capital s.a.r.l. erworben und in der Folge wieder gewinnbringend veräußert haben. [.....]"*

*Im Schreiben vom 21.11.2007 wurde den Anteilsscheinzeichnern die Möglichkeit geboten, erst ab Mitte 2008 auszusteigen, um die vermeintliche Spekulationsfrist zu umgehen. Also konnten die Investoren bereits zu diesem Zeitpunkt entscheiden, ob sie abgeschichtet werden oder nicht. Daraus ergibt sich, dass, dass die einzelnen Genussscheinzeichner die Möglichkeit hatten, sich ihren Gewinnanteil - oder zumindest einen Großteil davon ("... ist es gelungen, eine Vorauszahlung zu strukturieren, die sich auf die bereits feststehenden Ertragsanteile stützt.") auszahlen zu lassen. Damit gilt aber der "Gewinn" als zugeflossen. Es kommt nicht auf die tatsächliche Zahlung, sondern auf die Verfügungsmacht über den "Gewinn" an. Und diese ist bereits im November 2007 gegeben gewesen. Nur aus steuerlichen Gründen wurde auf eine formelle Abschichtung - und dies auch nur für die "Kleinanleger" - verzichtet. Für die Erzielung eines Veräußerungsgewinnes durch Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte ist nicht der Besitz und die tatsächliche Verfügungsgewalt entscheidend, dazu genügt der obligatorische Anspruch. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung (Zufluss, Abfluss) ist für die Verwirklichung des Spekulationstatbestandes (Berechnung der Spekulationsfrist) nicht entscheidend. Es ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise (§§ 21 bis 24 BAO) anzuwenden.*

*Der Gewinnanteil von 263.626,90, der formell erst am 22.7.2008 zur Auszahlung kam, gilt daher bereits im Jahr 2007 und daher innerhalb der Spekulationsfrist als zugeflossen und löst die Einkommensteuerpflicht aus.*

*Etwas anders verhält es sich mit dem "Purchase Price Part B" (€ 10.961,12). Hierbei handelt es sich nach den vorgelegten Unterlagen um Nachzahlungen aus der Abwicklung eines rechtlichen Disputs über den Verkauf von Tochtergesellschaften der HAAG, die dann als "Sonderdividende" bei der BCC vereinnahmt wurde. Nach dem genau festgelegten Schlüssel wurde pro Genussrecht (per issued EPR, € 500.000) ein weiterer Betrag von € 9.630,21 per 27.11.2008 ausgeschüttet "plus the*

*interest earned (on the Purchase Part A accrued from 10. July 2008 to one business day prior to the Purchase Date including)".*

*Während im Zweifel die Lukrierung der "Sonderdividende" (€ 9.630,21) außerhalb der Spekulationsfrist liegt (weil aus rechtlichen Streitigkeiten nicht sogleich im obigen Sinn darüber verfügt werden konnte), waren die zusätzlichen Zinsen (€ 1.330,91) im Jahr 2008 als Kapitaleinkünfte zu erfassen. "*

### **3.) Beschwerde**

Hingegen vertrat der Bf in der Beschwerde vom 16.8.2011 folgenden Standpunkt:

*"Kurz zusammengefasst unterstellt das Finanzamt, dass ich mit meinem Investment in EPR der BCC im Jahr 2007 den Spekulationstatbestand des § 30 EStG verwirklicht und im Jahr 2008 zusätzlich aus diesem Investment Zinsen erwirtschaftet hätte. Beidem ist entschieden zu widersprechen. Vorweg möchte ich den Sachverhalt ausführlich darlegen, zumal die Bescheidebegründung den Sachverhalt verkürzt und teilweise nur lückenhaft wiedergibt und die Finanzbehörde offenbar nicht über sämtliche Informationen verfügt. Im Anschluss daran wird der vollständige Sachverhalt einer steuerlichen Beurteilung unterzogen.*

#### *I. ad Einkommensteuerbescheid 2007*

##### *1. Sachverhalt*

##### *1.1 Zeichnung der EPR*

*Im Herbst 2006 ist Herr Dr. Tilo Berlin an mich herangetreten, um mir eine Investitionsmöglichkeit im Zusammenhang mit der Kärntner Hypo Alpe-Adria-Bank International AG (in der Folge kurz: "HAAG") vorzustellen. Zu diesem Zweck wurde mir ein gemeinsames Informationsmemorandum von Berlin & Co AG und Kingsbridge Capital Advisors Limited übergeben (Beilage 1). Ziel von Dr. Berlin war, dass über eine luxemburgische Gesellschaft (BCC) 25% + 1 Aktie an der HAAG erworben werden. Anteilseigner der BCC waren zu 51% die deutsche Berlin & Co AG und zu 49% die britische Kingsbridge Capital/Hard Group. Zur Finanzierung der BCC sollten aktienähnliche Substanzgenussscheine (= die späteren EPRs) ausgegeben werden.*

*Der dieser Veranlagung zugrunde gelegte Business Case, der in der Zwischenzeit allgemeines öffentliches Interesse geweckt hat, schien mir damals interessant, wenngleich auch mit einem nicht zu unterschätzenden Anlegerrisiko verbunden. Dieses Anlegerrisiko, welches bis zu einem Totalverlust des eingesetzten Kapitals führen kann, war mir bewusst. Warum ich diese Veranlagung letztendlich gezeichnet habe, hatte drei Gründe:*

*a) Die Vision, eine österreichische Bank durch Kapitalzufuhr österreichischer Investoren zu unterstützen, erachtete ich damals als ein ansprechendes Vorhaben, es deckte sich mit meiner Veranlagungsphilosophie.*

*b) Die Höhe des Investments entsprach einer vernünftigen Risikostreuung in meinem Gesamtportfolio.*

*c) Dem Verlustrisiko stand eine Gewinnchance im Rahmen des zum damaligen Zeitpunkt angedachten Börsenganges (IPO) der HAAG gegenüber (insbesondere auch vor dem Hintergrund des zu diesem Zeitpunkt medial präsenten und erfolgreich abgewickelten Verkaufs der BAWAG).*

*Ich habe im Februar 2007 an der BCC ein EPR erworben, wodurch sich meine Gesamtinvestitionssumme auf EUR 500.000,00 belaufen hat. In der Folge habe ich mich um das Investment selbst nicht gekümmert bzw kümmern müssen, da ich ohnehin von einer mehrjährigen "Laufzeit" ausgegangen bin und ich selbst "aktiv" aus den EPR gar nicht aussteigen konnte (zu den der Behörde bereits vorliegenden Genussrechtsbedingungen siehe sogleich).*

### *1.2 Genussrechtsbedingungen*

*Die BCC beabsichtigt nach den Genussscheinbedingungen (Pkt 13.1 ), die Aktien an der HAAG vorzugsweise durch die Einführung der an einer Börse oder durch Freihandverkauf innerhalb von drei Kalenderjahren ab dem Emissionsdatum der ersten EPR-Tranche zu verkaufen. Die BCC war nach ihrem alleinigen und uneingeschränkten Ermessen berechtigt, die HAAG-Anteile zu. veräußern (ob durch Börsengang, Freihandverkauf oder anderweitig). Sie hatte vernünftige Anstrengungen zu unternehmen, um einen Börsengang oder einen Freihandverkauf innerhalb von drei Kalenderjahren ab dem Begeben der ersten Tranche durchzuführen. Anders formuliert: Die BCC sagte vernünftige Bemühungen hinsichtlich einer Verwertung der Aktien innerhalb der ersten drei Jahre zu. Eine Verpflichtung, einen Verkauf innerhalb dieser Zeit durchzuführen, ist sie nicht eingegangen. **Sie war in ihrer Entscheidung frei, ob und wann und wie sie verkaufen will.***

*Sollte die BCC einen Verkauf der HAAG-Aktien innerhalb dieser Zeit von drei Jahren durchführen, dann war sie nach bestimmten Regeln nach Erhalt des vollständigen Veräußerungserlöses ("exit proceeds in full") angehalten, den Erlös an die EPR-Inhaber zurückzuführen (frühestens nach 12 Monaten nach der Emission der letzten Tranche der Genussrechte). Damit wären die EPR beendet (Punkt 13. der Genussrechtsbedingungen).*

*Weil die Veräußerung der Aktien im alleinigen und uneingeschränkten Ermessen der BCC stand, dh sie in ihrer Entscheidung frei war, ob und wann sie verkaufen will, gab es auch keine feste Zusage an die EPR-Inhaber, ob und wann es innerhalb der ersten drei Jahre zu einer Rückführung des Kapitals kommt. Für den Fall, dass in den ersten drei Jahren kein Verkauf stattfinden sollte, hatten die EPR-Inhaber die Möglichkeit, in einem abgestuften Verfahren (mit qualifizierter Mehrheit) einen Rückkauf zu verlangen, wobei die BCC nur Rückkaufbemühungen zusagte (basierend auf einer Bewertung der BCC). Für den Fall, dass die*

Rückkaufbemühungen scheitern sollten, konnten die EPR-Inhaber die BCC mit qualifizierter Mehrheit auffordern, in Verkaufsverhandlungen hinsichtlich der Aktien an der HAAG einzutreten. Nach Finalisierung der Verhandlungen hinsichtlich der wesentlichen Elemente eines solchen Verkaufs hatte die BCC alle Inhaber von EPR darüber zu informieren. Die EPR-Inhaber waren berechtigt, einen Bestätigungsbeschluss (mit einfacher Mehrheit) zu fassen und die Emittentin aufzufordern, die Verhandlungen zu Ende zu führen. Anschließend wäre es zu einer Rückführung der Genussrechte gekommen.

Die EPR waren auf unbestimmte Zeit ausgegeben. Außer den angeführten Beendigungsmöglichkeiten bestanden **keine weiteren Ausstiegsmöglichkeiten**.

Einen **Anspruch auf Abschichtung** hatten die EPR-Inhaber erst dann, wenn die **"exit proceeds in full"** (also sämtliche Erlöse aus der Verwertung der HAAG-Anteile) bei der BCC **eingegangen** sind (vgl Punkt 13.3 der Genussrechtsbedingungen).

### 1.3 Veräußerung der HAAG-Anteile durch die BCC

Die HAAG-Anteile wurden von der BCC in zwei Tranchen veräußert: Der Großteil der Aktien wurde mit Closing im Herbst 2007 veräußert; die bei der BCC verbleibenden 10.580 Aktien, die einen Transaktionswert in Höhe von EUR 7,1 Mio repräsentierten, wurden mit Closing im Juli 2008 veräußert. Darüber hinaus erhielt die BCC im November 2008 aus der Abwicklung eines rechtlichen Disputs über den Verkauf von Tochtergesellschaften der HAAG eine Zahlung, die auf Ebene der BCC als Sonderdividende aus ihrem HAAG-Investment vereinnahmt wurde. Mit dem Erhalt der Sonderdividende im November 2008 waren somit die von der BCC erworbenen HAAG-Aktien vollständig verwertet, ihr Zweck erfüllt, da die **"exit proceeds in full"** bei der BCC eingegangen waren.

### 1.4 Schreiben vom 24. November 2007 (laut Bescheidbegründung Schreiben vom 21. November 2007)

Im November 2007 wurde ich darüber informiert, dass die Verwertung der HAAG-Anteile größtenteils wesentlich schneller als erwartet abgeschlossen werden konnte und dass den Investoren eine Vorabzahlung angeboten wird. Dafür war eine Änderung der Genussrechtsbedingungen mit einer Mehrheit von 75% erforderlich. Ich habe dieser Änderung der Genussrechtsbedingungen zugestimmt, das **Anbot auf Vorabzahlung jedoch nicht angenommen** (Beilage 2).

### 1.5 Rückkauf der EPR

Im Juli 2008 habe ich von der BCC ein Schreiben erhalten, wonach die Abwicklung meines Investments durch Rückkauf der EPR durch die BCC erfolgen soll. Diese Vorgehensweise war insofern notwendig, als die BCC noch in einen Rechtsstreit hinsichtlich des von ihr gehaltenen Aktienpakets involviert war, dessen Ausgang und Kosten zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbar waren. Ein Rückkauf der

*Genussrechte war nur mit der Zustimmung aller Investoren möglich (Beilage 3). Ich habe diese Zustimmung erteilt, den Rückkaufvertrag am 22. Juli 2008 unterfertigt und am 14. August 2008 den ersten Teil des Rückkaufpreises erhalten ("Purchase Price Part A"). Im November 2008 erhielt ich von der BCC die Mitteilung, dass nunmehr auch der oben genannte Rechtsstreit beendet sei, die BCC eine Sonderdividende aus der HAAG erhält und diese den Rückkaufpreis der EPR-Inhaber entsprechend erhöht ("Purchase Price Part B"). Zusätzlich wurden noch Verzinsungsbeträge für den Zeitraum vom 10.7.2008 bis zum Purchase Date 14. August 2008 ausbezahlt. Somit war mein Investment in die BCC beendet und der für die steuerliche Beurteilung maßgebliche Sachverhalt ist nunmehr evident.*

## *2. Steuerliche Beurteilung*

*Zur Bescheidbegründung der Behörde ist festzuhalten, dass der darin dargestellte Sachverhalt unvollständig ist und darauf basierend eine unrichtige steuerliche Beurteilung erfolgte.*

*Richtig ist, dass gemäß Punkt 1.1 der Genussrechtsbedingungen der ausschließliche Zweck der BCC darin bestand, die Anteile an der HAAG zu erwerben und zu verwerten. Richtig ist auch, dass die EPR-Inhaber eine schuldrechtliche Rechtsbeziehung der BCC eingegangen sind, aufgrund derer sie am wirtschaftlichen Erfolg der BCC beteiligt waren. Den EPR-Inhabern standen keine gesellschaftsrechtlichen Rechte zu, sondern lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung. Daraus ergeben sich zwei wesentliche Konsequenzen für die steuerliche Beurteilung:*

- 1. Es ist ausschließlich das **Rechtsverhältnis zwischen der BCC und mir** zu beurteilen (und keinesfalls zwischen mir oder der BCC und der HAAG).*
- 2. Ich konnte weder auf die Gebarung der BCC noch auf die Ausgestaltung der EPR Einfluss nehmen, sondern konnte lediglich, wie alle anderen Investoren auch, Änderungen der Genussrechtsbedingungen meine Zustimmung erteilen bzw. verweigern.*

*Nicht richtig ist jedoch, dass - wie in der Bescheidbegründung mehrfach behauptet wird (Seite 2, Absatz 2; Seite 3 Abs 4) - mit dem Closing des ersten Aktienpakets am 11. November 2007 der Zweck der BCC erfüllt sei. Die Behörde verkennet, dass die Verwertung der HAAG-Anteile auf Ebene der BCC erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt im Jahr 2008 abgeschlossen wurde. Wie auch in den Genussrechtsbedingungen in Punkt 13. verankert entstanden die Ansprüche der EPR-Inhaber erst dann, wenn die "exit proceeds in full" bei der BCC eingegangen sind. Tatsächlich ist der Verkauf der HAAG Anteile durch die BCC zweistufig erfolgt, wobei das Closing für die zweite Tranche und somit die Veräußerung der gesamten HAAG-Anteile erst im Juli 2008 stattgefunden hat. Überdies bestand noch ein weiterer strittiger Anspruch seitens der BCC, sodass erst im November 2008 die "exit proceeds in full" bei der BCC eingegangen waren. Der in der*

Begründung angeführte Punkt 13. der Genussrechtsbedingungen ist daher betreffend der "Abschichtung" nicht einschlägig, sondern hat nur mittelbar für die Berechnung des Rückkaufpreises Bedeutung. Dies ist insofern wesentlich, als nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Punkt 13. der Genussrechtsbedingungen ein **Rechtsanspruch** des jeweiligen EPR-Inhabers auf Abschichtung besteht.

**Diesen Anspruch gab es innerhalb der Spekulationsfrist des § 30 EStG nie.** Ein Rückkauf im Juli 2008 war mangels Vorliegens aller Voraussetzungen für einen Anspruch nur im Wege eines "Repurchase" - wie auch in Punkt 15. der Genussrechtsbedingungen vorgesehen - möglich, wodurch für das Zustandekommen ein Rückkaufvertrag (Repurchase Agreement) erforderlich war. **Erst der Abschluss dieses schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes (Kaufvertrag) ist für die Berechnung der Spekulationsfrist des § 30 EStG maßgeblich.**

Nicht richtig ist zudem, dass das Schreiben vom 24. November 2007 (laut Bescheidbegründung Schreiben vom 21. November 2007) die Möglichkeit geboten haben soll, die Spekulationsfrist zu umgehen. Vielmehr handelt es sich bei diesem Schreiben einerseits um die Anfrage, ob einer Änderung der Genussrechtsbedingungen zur Schaffung einer rechtlichen Grundlage für eine Vorabzahlung zugestimmt wird, und andererseits um ein **Anbot** auf Teilnahme an einer Vorabzahlung. Die Frage, ob eine Vorabzahlung überhaupt eine Steuerpflicht nach § 30 EStG zur Folge gehabt hätte, muss an dieser Stelle nicht erörtert werden, zumal ich das Anbot nicht angenommen habe. **Ein Anbot alleine kann ohnehin den Spekulationstatbestand des § 30 EStG nie verwirklichen.** Hierzu bedürfte es einer beide Vertragsparteien bindenden, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmenden Vereinbarung (vgl dazu VwGH 7.4.1981, 3294/80; 8.2.1989, 88/13/0049, 88/13/0050; 20.11.1997, 96/15/0256). Das Bestehen einer solchen Vereinbarung kann weder aus einer angeblichen Bereitschaft des Eigentümers eines Wirtschaftsgutes, dieses nach Ablauf der "Spekulationsfrist" allenfalls verkaufen zu wollen, noch aus einem Kaufpreisanbot der präsumtiven Käuferin abgeleitet werden (VwGH 8.2.1989, 88/13/0049, 88/13/0050). Auch ein (unwiderrufliches) Kaufanbot oder eine bloße Kaufoption sind hierfür nicht ausreichend (VwGH 7.4.1981, 3294/80, 20.11.1997, 96/15/0256). Mit einfachen Worten ergibt sich daraus Folgendes:

Selbst wenn jemand (BCC) an einen Eigentümer (mich) eines Wirtschaftsgutes (EPR) herantreten sollte und die Möglichkeit anbietet, dieses Wirtschaftsgut (EPR) abzukaufen, der Eigentümer (ich) dies aber ablehnt, dann liegt keinesfalls eine beide Vertragsparteien bindende unwiderrufliche, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmende Vereinbarung vor. **Eine bloße Verkaufsmöglichkeit erfüllt den Spekulationstatbestand nämlich nicht.** Die Situation ist vergleichbar mit der eines Aktionärs, der sich einem verbindlichen

Übernahmeangebot gegenübersteht, welches einen fixen Preis beinhaltet, der Aktionär dieses aber nicht annimmt.

Derzeit lässt sich nicht erkennen, **wann und wodurch** nach Meinung der Finanzverwaltung eine beide Vertragsparteien bindende, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmende Vereinbarung geschlossen worden sein soll. Eine beide Vertragsparteien (BCC und mich) bindende, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmende Vereinbarung hat es nämlich nicht gegeben.

Für die Fristberechnung des § 30 EStG ist daher mangels Vorliegens einer wirtschaftlich vorwegnehmenden **Vereinbarung der Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes maßgeblich**. Da die Rückkaufvereinbarung nachweislich am 22. Juli 2008 abgeschlossen wurde und die Zeichnung meines EPR im Februar 2007 erfolgte, liegt kein Spekulationsgeschäft iSd § 30 EStG vor. Selbst die Behörde verneint letztlich das Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes, da sie Purchase Price Part B, der laut Behörde - richtigerweise - eine Nachzahlung aus der Abwicklung des Investments darstellt, als nicht steuerpflichtig qualifiziert. Kaufpreisnachzahlungen teilen steuerlich das Schicksal des Kaufpreises, zumal beide Zahlungen (Purchase Price Part A und B) auf dem für die Spekulationsfrist maßgeblichen Verpflichtungsgeschäft (Repurchase Agreement) basieren. Die unterschiedliche Qualifikation der beiden Kaufpreisteile eines einzelnen, unteilbaren Wirtschaftsgutes ist daher in sich widersprüchlich.

In der Bescheidbegründung wird weiters die Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemäß §§ 21 bis 24 BAO - ohne explizite Nennung, welche der genannten, durchaus unterschiedlichen Bestimmungen anwendbar sein soll - gefordert. Genau diese wirtschaftliche Betrachtungsweise dokumentiert im vorliegenden Fall das fehlende Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes:

In der Bescheidbegründung unterstellt das Finanzamt, dass eine Verfügungsmacht über den "Gewinn" für den Zufluss erforderlich ist und diese bereits im November 2007 gegeben wäre. Dazu ist festzuhalten, dass eine Verfügungsmacht über den "Gewinn" nur denkbar wäre, wenn die EPR-Inhaber nicht nur über einen allfälligen Gewinn, sondern über das Vermögen der BCC verfügen hätten können. Nach den Genussrechtsbedingungen hatten die EPR-Inhaber jedoch keinerlei Zugriffsrechte auf das Vermögen der BCC, was von der Behörde laut Bescheidbegründung auch nicht behauptet wird. Eine Mitwirkungsmöglichkeit, in welcher Form das Vermögen der BCC veranlagt wurde, bestand für mich als EPR-Inhaber zu keinem Zeitpunkt. Die EPR-Inhaber hatten - soweit für den konkreten Zeitraum relevant - kein Kündigungsrecht und kein Recht, einen Rückkauf verlangen. Daraus ergibt sich auch, dass die EPR-Inhaber nach dem Verkauf der HAAG-Anteile durch die BCC keine Verfügungsmacht über den erzielten und veranlagten Erlös hatten. Es bestand auch keine Weisungsbefugnis der EPR-Inhaber, weshalb sie nur dann wirtschaftlicher Eigentümer des Vermögens der BCC wären, wenn sie nach dem Inhalt einer getroffenen Abrede alle mit dem Vermögen der BCC verbundenen



wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte, Dividendenbezugs- und Stimmrecht) - zumindest im Innenverhältnis- ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen hätten können. Eine solche Abrede gab es jedoch niemals. Die EPR-Inhaber hatten auch kein Recht auf Rückgabe bzw Herausgabe des Vermögens der BCC und seiner Früchte, was aber für das Vorliegen von wirtschaftlichem Eigentum an einem von einem anderen gehaltenen Vermögen begriffsnotwendig ist (VwGH 19.12.1990, 86/13/0136, VwGH 9.12.2004, 2000/14/0153). Ihre Rechte nach Rückkauf bestanden nur in einer Geldforderung gegenüber der BCC. **Damit ist auszuschließen, dass eine Vermögenszurechnung der BCC an mich als EPR-Inhaber im Sinne von wirtschaftlichem Eigentum / im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfolgen kann.** Wie bereits erwähnt ist ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen der BCC und mir maßgebend.

Auch vor diesem Hintergrund kann das Vorliegen eines Spekulationsgeschäftes im Sinne des § 30 EStG ausgeschlossen werden. Die Spekulationseinkünfte in Höhe von EUR 263.626,90 wurden daher zu Unrecht bescheidmäßig festgestellt.

#### *II. ad Einkommensteuerbescheid 2008*

Die Behörde behauptet, dass bei mir im Jahr 2008 "zusätzliche Zinsen" als Kapitaleinkünfte zu erfassen wären, ohne dies näher zu begründen. Dazu ist festzuhalten, dass es sich hierbei zwar inhaltlich um eine Verzinsung des Purchase Price Part A handelt, diese Verzinsung **jedoch auf Ebene der BCC** erfolgte. Die Verzinsung umfasste den Zeitraum vom 10. Juli 2008 bis zum sog. Purchase Date 14. August 2008. Bis zu ihrem Ausscheiden nahmen die EPR-Inhaber - zu Recht - an der Vermögensentwicklung der BCC und damit an deren ertragbringenden Veranlagung des Vermögens teil. Die auf Ebene der BCC erwirtschafteten Zinsen stellen daher aus Sicht der EPR-Inhaber einen Teil des Veräußerungserlöses dar und sind steuerlich wie der restliche Veräußerungserlös zu behandeln. Da die Veräußerung meiner EPR außerhalb der Spekulationsfrist erfolgte, ist auch dieser Teil des Veräußerungserlöses in Höhe von EUR 1.330,91 steuerfrei."

#### **4.) Ergänzungen**

In der Folge reichte der Bf noch zwei vom **26.1.2012 und 19.7.2013 datierende Ergänzungen** zur Beschwerde samt folgenden Unterlagen ein:

- Jahresabschluss der BCCS zum 31.12.2007 mit dem Ausweis von 10.580 HAAG-Aktien
- Schreiben der KPMG-Luxemburg vom 11.7.2011 an die KPMG-Wien, in dem die Vorgänge chronologisch dargestellt und steuerlich beurteilt worden sind, was von der Luxemburger Steuerverwaltung anerkannt worden sein soll.
- Hauptversammlungsprotokolle der HAAG vom 18.3. und 30.4.2008, nach denen die BCCS als Inhaberin von 10.580 Aktien an den Sitzungen teilgenommen hat.
- Schriftverkehr der KPMG-Luxemburg vom 22. und 25.10.2007 mit Hinweisen auf ein Advance Tax Agreement mit der luxemburgischen Steuerverwaltung, wonach die BCCS bis 2.7.2008 rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer von HAAG-Aktien war.

- Rechtsgutachten Torggler mit der zusammengefassten Schlussfolgerung, dass das Ankreuzen der Option 2 im Antwortbrief zum Schreiben der BCCS vom 21.11.2007 und die damit verbundene Erklärung gegenüber der BCCS, an der Vorabzahlung nicht teilzunehmen, keine Verfügung über einen allfälligen, aus dem Genussrechtsverhältnis resultierenden Zahlungsanspruch gegen die BCCS oder über das Genussrecht selbst darstellt.

## 5.) Vorbesprechung

Das BFG führte am **14.8.2015 eine informelle Vorbesprechung** durch, über deren Inhalt ein vom 18.8. datierender Aktenvermerk (T/1/43ff) erstellt worden ist, der den Parteien des Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gebracht worden ist. Im Rahmen der Vorbesprechung wurde den Bf bzw ihren Vertretern vom Senatsvorsitzenden unvorgreiflich der Senatsentscheidung mitgeteilt, dass die bekannt gegebenen Gutachter-Standpunkte im Ergebnis überzeugten, dass auch die Kernüberlegungen der Bf geteilt werden könnten, wonach ein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft nicht vorliege.

Die Gutachter-Überlegungen wurden vom Vorsitzenden in der Vorbesprechung wie folgt ergänzt: Nach Punkt 13 der GB sei vorgesehen, dass der Emittent innerhalb bestimmter Fristen nach vollem Erhalt der aus dem Ausstieg resultierenden Erträge den Ausstiegsberechnungsbetrag ermittelt und den Inhabern bekannt gibt, und zwar ohne dass diese ihrerseits tätig werden müssten. Es stelle sich die Frage, warum die Liquidation des Investments durch Rückkauf der Genussrechte erfolgt sei. Gemäß Punkt 13.5. GB sollte die Auszahlung des Ausstiegsbetrages **in keinem Fall** vor dem vollen Ablauf einer 12-monatigen Periode folgend der Emission der letzten Serie von EPR auf das Konto des EPR-Inhabers erfolgen, wobei die Inhaber-Rechte bis zur Überweisung des Ausstiegsausschüttungsbetrages bei diesen verblieben. Den Bf wurde bei der Besprechung am 14.8.2015 auch mitgeteilt, dass und weshalb entgegen ihrer Ansicht, die nach dem Beschwerdevorbringen von der luxemburgischen Steuerverwaltung geteilt werde, das wirtschaftliche Eigentum am Zwerganteil gleichzeitig mit dem weitaus überwiegenden Teil des Aktienpaketes auf die BLB übergegangen sein dürfte. Auch wurde festgehalten, dass die EPR nach übereinstimmender Meinung genussrechtsähnlichen Charakter, der im Detail nicht völlig unumstritten sei, hätten.

Der Bf nahm zum AV mit **Schreiben vom 8.9.2015** ausführlich Stellung. Er beantwortete die vom BFG aufgeworfenen Fragen, reichte die erbetenen Unterlagen ein, wiederholte seinen Standpunkt und hielt zusammenfassend fest, dass jene Investoren, welche die Vorabzahlung erhalten haben, entgegen der im Aktenvermerk geäußerten Vermutung, "ihr Geld ohne Weiteres erhalten zu haben" gleich wie die nicht zur Vorabzahlung optiert habenden Beschwerdeführer EPR-Inhaber bis zum Rückkauf im Sommer 2008 geblieben seien.

## 6.) Abgabenbehördliche Stellungnahme zum AV

Das Finanzamt Bregenz (das mit Zustimmung des Bf an der Vorbesprechung teilgenommen hat) nahm zum BFG-Aktenvermerk mit **Schreiben vom 8.9.2015** (T/1/59ff) wie folgt Stellung:

**"A. Gutachten Karollus**

*Dem diesbezüglichen Gutachten kann durchaus gefolgt werden.*

**B. Gutachten Torggler**

*Dieses Gutachten stellt ausschließlich auf die zivilrechtliche Sicht der Verfügung über die Genussrechte (EPR) ab und kann daher im Hinblick auf § 21 BAO im Steuerrecht und Steuerverfahren nicht übernommen werden.*

**C. Spekulationsgeschäft**

*Bei entsprechend gebotener wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 21 Abs 1 BAO) – ohne sich allzu sehr an die Buchstaben der "Terms and Conditions" einer luxemburgischen Kapitalgesellschaft zu klammern – kann durchaus von einem (steuerpflichtigen) Spekulationsgeschäft innerhalb eines Jahres ausgegangen werden:*

*Die BCCS war ein SPV (special purpose vehicle), der alleinige Gesellschaftszweck bestand darin, 25% und eine Aktie der HGAA zu erwerben und dann wieder möglichst gewinnbringend zu veräußern. Das hierfür notwendige Kapital sollte durch Ausgabe von Genussrechten ("Equity Participation Rights", EPR) aufgebracht werden. Die Beschwerdeführer SW zeichneten mit Datum 9.2.2008 jeweils zwei solcher EPR a EUR 500.000 (= je 1 Mio). Durch "glückliche Umstände" (!?) konnte der Weiterverkauf der Aktien an die BLB bereits nach kurzer Zeit (Verkauf 22.5.2008 [richtig 2007 ], Closing 9.10.2008) vorgenommen werden. Nach den Terms and Conditions für die Begebung der EPR (Punkt 13.3.) sollte die BCCS binnen 10 Tagen nach Erhalt des Erlöses den Gewinnanteil errechnen, diesen binnen zweier weiterer Tage den Investoren zur Kenntnis bringen und die Investoren binnen weiterer drei Tagen nach Erhalt der Abrechnung ihr Konto bekanntgeben und die BCCS binnen weiterer drei Tagen nach Erhalt des Bankkontos den Gewinnanteil überweisen. **Ein förmlicher Rückkaufvertrag der EPR an die BCCS war ursprünglich nicht vorgesehen, die Genussrechte hätten auch so durch Auszahlung des Erfolges nach der Formel in Punkt 13.2 der T & C (siehe Punkt 13.6. der T & C) geendet!***

*Da das Anlagemodell darauf ausgelegt war, zumindest eine einjährige Frist plus einen Tag ab Begebung der dritten Tranche, sohin bis 2.7.2008, mit der Gewinnverteilung abzuwarten (als Voraussetzung für die Steuerfreiheit des Gewinnes auf Ebene BCCS in Luxemburg!), gerade aber die institutionellen Anleger (die sowieso versteuern mussten) auf eine rasche Auszahlung drängten, wurde allen Investoren das Angebot einer "Vorauszahlung" unterbreitet, die privaten (österreichischen) Investoren aber ausdrücklich auf die einjährige*

Spekulationsfrist hingewiesen. Die Höhe des Gewinnanteils stand zu diesem Zeitpunkt bereits fest. Auch die privaten Investoren konnten sich sohin entscheiden, früher aus dem Invest auszustiegen. Die Beschwerdeführer SW entschieden sich (aus steuerlichen Gründen) mit **Schreiben vom 24.11.2008** dagegen [aus], gaben aber ihre Zustimmung zur Änderung der T & C, damit überhaupt eine vorzeitige Abrechnung derjenigen Investoren möglich war, die früher aussteigen wollten. **In wirtschaftlicher Betrachtungsweise konnten sie sohin bereits zu diesem Zeitpunkt über ihren Gewinnanspruch verfügen**, hatten sohin die Verfügungsmacht über den Gewinnanteil bzw. allergrößten Teil des Gewinnanteils (ausgenommen Anteil am Verkauf des verbliebenen Zwerganteils von 10.580 Aktien und "Purchase Part B"), ließen diesen aber aus steuerlichen Gründen (einjährige Spekulationsfrist) "stehen". Nachdem sie also in wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Verfügungsmacht über den weitaus größten Gewinnanteil und dahingehend disponierten, dass dieser über die Jahresfrist stehengelassen wird, kann ihnen dieser auch mit steuerlicher Wirkung bereits 2007 zugerechnet werden. Auf eine tatsächliche Auszahlung (im Juli 2008) kann es dabei nicht ankommen. Allenfalls wären die Einkünfte zu splitten: Fixverzinsung 8% plus Gewinnanteil in 2007 einerseits und Zwerganteil plus Purchase Part B (Anteil Verkauf "Consultents") plus Zinsen in 2008 andererseits.

Hinsichtlich des Argumentes, dass ein Ausstieg nur bei "exit proceeds in full" (sohin erst nach Veräußerung auch der 10.580 Aktien [= 0,22%] im Juli 2008 möglich gewesen wäre, wird ausdrücklich die Meinung des Verfassers des Aktenvermerkes geteilt: Der Verkauf erfolgte bereits mit dem Hauptverkauf per 22.5.2007, nur die Zahlung (diesbezügliches Closing) erfolgte im Juli 2008, und dies nur aus steuerlichen Gründen (Beibehaltung eines Zwerganteiles wegen der Steuerfreiheit des Gewinnes aus dem Aktienverkauf auf Ebene der BCCS in Luxemburg). Die Abschichtung in Form von "Vorauszahlungen" konnte jedenfalls auch zu organisiert werden.

Ein förmlicher Rückkauf der Genussrechte (Purchase Agreement vom 22./25.7.2008) war in den ursprünglichen T & C (Punkt 13) so nicht vorgesehen (dort bloße Abschichtung durch Auszahlung des Gewinnanteiles bei gleichzeitigem Erlöschen sämtlicher Rechte und Pflichten), weshalb die diesbezüglichen Ausführungen im Schreiben vom 22.7.2008 an die verbliebenen Investoren nicht nachvollziehbar sind. Allenfalls sollte dadurch der Charakter von aktienähnlichen Genussrechten bekräftigt werden (siehe dazu Schreiben der KPMG vom 22.10.2007, Punkt 2.2: "Although all EPR are vested **in global certificate**, the Forward Purchase by BerlinCo of all EPR subscribedd [richtig: subscribed] by one investor will be treated as a partial liquidation and related payments will therefore not be subject to any Luxembourg withholding tax on income of capital ..." ).

Überlegenswert wäre auch die Variante, dass die Abschichtung aufgespaltet wird in eine (steuerfreie) Rückzahlung des Nominales und in eine (steuerpflichtige)

*"Ausschüttung". Auch die T & C sehen eine derartige gesonderte Berechnung vor, auch wenn die tatsächliche Auszahlung in einem Betrag erfolgte.*

#### ***D. Equitiy Participation Rights (EPR) und deren rechtliche Einordnung:***

*Das Finanzamt Bregenz hat die Berufung (nunmehr Beschwerde) der Eheleute SW im Jahr 2011 direkt, ohne Erlassung einer BVE, dem damaligen UFS vorgelegt, dies deshalb, weil mit einer abweislichen BVE wohl kein Ende des Verfahrens zu erwarten war, und weil die (nachträglich als trügerisch erwiesene) Hoffnung bestand, dass nicht das Finanzamt Bregenz Amtspartei in einem Musterverfahren der vielen österreichischen Investoren sein werde. Deshalb, und weil nunmehr nach vier Jahren auch der Sachverhalt wesentlich erhellte wurde, wurde seinerzeit der rechtlichen Qualifikation der EPR keine besondere und entscheidungswesentliche Beachtung geschenkt und unkritisch und undifferenziert die Vorgaben des luxemburgischen Modells der BCCS übernommen, nämlich dass – nach luxemburgischem Recht – Substanzgenussrechte (aktienähnliche Genussrechte) vorliegen.*

*Siehe **Schreiben KPMG vom 22.10.2007**, Punkt 1.1.: " In Order to finance the acquisition of shares in Hypo Alpe-Adria Bank International AG ("Target") in 3 steps (in contrary to he intended two steps) BerlinCo issued 3 tranches of **Equity Participation Rights ("EPR") but no Debt Participation Rights ("DPR")** to individual als well as institutional investors in Austria, Germany and other European countries as well as in Jordan."*

*Substanzgenussrechte (aktienähnliche Genussrechte) waren deshalb von Nöten, damit die Steuerfreiheit aus der Veräußerung der EPR (als "partial liquidation of BerlinCo") nach luxemburgischem Recht (keine Quellensteuer) in Anspruch genommen werden konnte (siehe Schreiben KPMG 22.10.2007, Punkt 2.2) und damit in Österreich ein steuerfreies Spekulationsgeschäft (und keine Kapitaleinkünfte aus sonstigen Forderungen aller Art nach § 27 Abs 1 Z 4 EStG 1988 aF) vorliegen sollten.*

*Die rechtliche Qualifikation der EPR und die Einkünfte hieraus sind für die in Österreich unbeschränkt steuerpflichtigen Personen jedoch nicht nach luxemburgischem Recht, sondern – unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise – ausschließlich nach österreichischem Recht vorzunehmen.*

*Die Beschwerde (Seite 3 oben) geht – ohne jede Differenzierung – von aktienähnlichen Substanzgenussrechten aus, setzt sich dann aber (Seite 6 3. Absatz) damit in Widerspruch, wenn ausgeführt wird: " ...Richtig ist auch, dass die EPR-Inhaber eine schuldrechtliche Rechtsbeziehung mit der BCC eingegangen sind, aufgrund derer sie am wirtschaftlichen Erfolg der BCC beteiligt waren. Den EPR-Inhabern standen keine gesellschaftsrechtlichen Rechte zu, sondern lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung."*

Auf Seite 9, 2. Absatz, der Beschwerde wird weiter angeführt: "...Nach den Genussrechtsbedingungen hatten die EPR-Inhaber jedoch keinerlei Zugriffsrechte auf das Vermögen der BCC, was von der Behörde laut Bescheidbegründung auch nicht behauptet wird. Eine Mitwirkungsmöglichkeit, in welcher Form das Vermögen der BCC veranlagt wurde, bestand für mich als EPR-Inhaber zu keinem Zeitpunkt.....Daraus ergibt sich auch, dass die EPR-Inhaber nach dem Verkauf der HAAG-Anteile durch die BCC keine Verfügungsmacht über den erzielten und veranlagten Erlös hatten."

Seite 10, 1. Absatz: "Die EPR-Inhaber hatten kein Recht auf Rückgabe bzw Herausgabe des Vermögens der BCC und seiner Früchte, was aber für das Vorliegen von wirtschaftlichem Eigentum an einem anderen gehaltenen Vermögen begriffsnotwendig ist."

**Das spricht dann aber eindeutig für obligationenähnliche Genussrechte!**

Auch das Karollus-Gutachten vom 20.1.2010 sieht das so:

#### VII. Zusammenfassung

1. Mit den EPR wurde eine schuldrechtliche Rechtsbeziehung zwischen der Berlin Co Capital S.a.r.l. und den Zeichnern begründet, die sich aus österreichischer Sicht mit einem **Genussrecht (§ 174 AktG)** vergleichen lässt. Die Zeichner haben sich zur Leistung einer Kapitaleinlage in die BCC verpflichtet, die mit diesen Mitteln Aktien der Hypo Alpe Adria erwerben sollte. Im Gegenzug dazu sind die Zeichner nach dem in den Genussrechtsbedingungen (Terms and Conditions) festgelegten Schlüssel am wirtschaftlichen Erfolg der BCC – d.h. vor allem: dem erhofften Erlös aus der späteren gewinnbringenden Verwertung der Hypo Alpe Adria-Aktien – beteiligt. Aus dieser rechtlichen Konstruktion folgt insbesondere, dass die Genussrechtsinhaber selbst nicht Aktionäre der Hypo Alpe Adria wurden und auch nicht Vertragspartner bei den Transaktionen über den Erwerb und über den nachfolgenden Verkauf dieser Aktien waren. Sie waren vielmehr am diesbezüglichen Ergebnis lediglich im Innenverhältnis mit der BCC wirtschaftlich beteiligt.

Genussrechte im Sinn des § 174 AktG gelten aber nach österreichischem Recht in aller Regel als ein Darlehen an die Kapitalgesellschaft, welches durch Begebung eines Wertpapiers (Genussschein) verbrieft werden kann. Dieses Wertpapier ist ohne Vorliegen besonderer Umstände (Beteiligung am **gesamten Gewinn/Verlust, Vermögen und Liquidationsgewinn**) stets ein Forderungswertpapier (obligationenähnliche Genussrechte). Derartige Genussrechte sind (sonstige) Kapitalforderungen im Sinn des § 27 Abs 1 Z 4 EstG 1988 aF (nunmehr § 27 Abs 2 Z 2 EstG 1988 idF BudBG 2012, BGBl 2011/112, siehe Rz 6112 EstR). Auch das Fehlen jeglicher Mitwirkungs- und Kontrollrechte, die Vereinbarung von Mindestzinsen und die Beschränkung der Laufzeit auf wenige Jahre sprechen für Fremdkapital.

*Kapitalerträge (aus diesen sonstigen Kapitalforderungen jeder Art) sind sämtliche Ansprüche des Genussrechtsinhabers, die er neben dem Anspruch auf Rückzahlung des ursprünglich einbezahlten Kapitals auf Rechtsgrundlage der Genussscheinbedingen gegen den Emittenten hat.*

*Da wirtschaftlich bei den EPR laut "Berlin-Modell" keine Beteiligung am gesamten Betriebsvermögen (ja nicht einmal am gesamten Gewinn) der BCCS vorliegt (siehe Karollus-Gutachten), handelt es sich aus österreichischer Sicht um obligationenähnliche Genussrechte.*

- *Nicht einmal dem äußeren Anschein nach wurden die EPR in Wertpapiere gekleidet (KPMG 22.10.2007: "Although all EPR are vested **in global certificate**, the Forward Purchase by Berlin Co of all EPR subscribed by one investor will be treated as a partial liquidation...").*
- *Es gab beim Erwerb nur einen "subscription letter", laut Punkt 13 der Terms and Conditions war nur eine lose Abschichtung vorgesehen, später im Juli 2008 wurden dann offizielle Rückkäufe ("Purchase Agreement") durchgeführt.*
- *Die EPR-Inhaber waren nur am (Teil)Erfolg aus dem Verkauf/Verwertung der Aktien gemäß Punkt 13 AGB (8% Fixverzinsung und anteilig zu **8/10 des Erfolges**) beteiligt (2/10 behielten sich die Anteilseigner B & Co Privatstiftung und Kingsbridge vor). Eine Beteiligung am Vermögen oder Liquidationsgewinn der BCCS lag nicht vor, im Gegenteil: die BCCS schüttete – nach Abschichtung der EPR – ihren verbliebenen Gewinnanteil (aus 4/30 für "Shareholder I" laut Punkt 13.2.b.(ii) an die Berlin & Co Privatstiftung aus!!*
- *Auch bestanden nahezu keine Mitwirkungs- und Kontrollrechte ähnlich einem Aktieninhaber.*

*In wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegt sohin bei den gegenständlichen EPR laut "Berlin-Modell" keine Beteiligung (am Vermögen der BCCS) vor, die einer Aktie vergleichbar ist.*

*Die Erträge aus der Kapitalforderung der Investoren – 8%ige Fixverzinsung des eingesetzten Kapitals in der Zeit vom Erwerb am 12.2.2007 bis zum Closing 9.10.2007 plus verbleibender Gewinnanteil laut Punkt 13.2.b.i der Genussscheinbedingungen plus Zinsen aus der Veranlagung des Erlöses plus Erträge laut "Purchase Part B" – sind sohin **Kapitaleinkünfte nach § 27 Abs 1 Z 4 EstG 1988 aF** und daher (spätestens) im (tatsächlichen) Zuflusszeitpunkt (Juli und November) 2008 zu erfassen. Allenfalls ist der feste Steuersatz des § 37 Abs 8 EstG 1988 aF anzuwenden.*

*Die Frage eines Spekulationsgewinnes nach § 30 EstG 1988 aF stellt sich sohin nicht.*

**E. zu den Eckpunkten der rechtlichen Überlegungen des Richters:**

*Punkt 5:*

*Der (rechtliche) Charakter der EPR ist für den vorliegenden Fall essentiell: Aktienähnlich (Substanzgenussrecht), wobei der Überschuss bei einem An- und Verkauf außerhalb der Jahresfrist steuerfrei wäre, oder obligationenähnlich, damit wären die Erträge aus der (bloßen) Kapitalforderung – über der Rückzahlung des Nominales hinaus – stets steuerpflichtig (§ 27 Abs 1 Z 4 EStG 1988 aF).*

*Ein Zahlungsanspruch auch am Vermögen/Liquidationserlös bestand nicht! Die BCCS wurde auch nicht liquidiert (sondern schlussendlich grenzüberschreitend verschmolzen mit der österreichischen B & Co Beteiligungs GmbH).*

*Allenfalls nach Luxemburger Recht lag eine Beteiligung am Liquidationserlös vor:*

*Punkt A der Terms and Conditions: "BCCS intends to issue participation rights **representing equity for tax and accounting purposes in certain jurisdiction**"*

*Nach Punkt 13.2. der T & C bestand nur Anspruch auf Rückzahlung des Nominales, eine 8%ige Fixverzinsung (von der Einzahlung des Nominales bis zum Eingehen des Aktienverkaufserlöses) und eines allfälligen Gewinnanteiles.*

*Unmissverständlich dann Punkt 2.2. des KPMG-Schreibens vom 22.10.2007: "As the EPR represent equity of BerlinCo **for Luxembourg tax purposes** (please refer section 2.3 of den TAA) the repurchase of EPR can be assimilated to the repurchase of shares." Sowohl die "Vorauszahlungen" als auch die späteren Abschichtungen an die verbliebenen Investoren sollten als "partial liquidation at the level of BerlinCo" gelten und damit (nach Luxemburger Steuerrecht) steuerfrei sein.*

*Aus österreichischer steuerlicher Sicht bestand aber nur ein schuldrechtlicher Anspruch an einem Teil des Erfolges (8/10) aus der Verwertung der HAA-Aktien. Am Vermögen der BCCS (und damit an den Hypo-Aktien) oder gar am Liquidationsgewinn waren die EPR-Inhaber nicht, auch nicht mittelbar, beteiligt!*

*Punkt 8:*

*Die Frist in Punkt 13.5 (keine Abschichtung vor dem 2.7.2008) hatte ihren Grund im Luxemburger Steuerrecht: Für die Steuerfreiheit des Erfolges aus dem Verkauf der Hypo-Aktien musste die BCCS mindestens ein Jahr lang ab Ausgabe der letzten EPR (Tranche 3 per 30.6.2007) Aktien im Wert von mindestens 6 Mio EUR halten (siehe TAA).*

*Punkt 10:*

*Dies trifft allenfalls zu, wenn man von der Aktienähnlichkeit der EPR ausgeht, was aber bestritten wird. Zudem war ursprünglich ein förmliches "Purchase Agreement" gar nicht vorgesehen, sondern eine lose monetäre Abschichtung nach der Formel des Punktes 13.2 der T & C. Wenn man aber diese Abschichtung bereits früher in Anspruch nehmen hätte können (nachdem die 75%-Mehrheit für eine Änderung der T & C zustande kam), könnte in dem Verzicht und in dem Stehenlassen des Anspruches über die Jahresfrist hinaus (Schreiben vom 24.11.2007) eine Verfügung gesehen werden, die zu einem Spekulationsgewinn führen würde, wenn man von*



eine Aktienähnlichkeit der EPR ausgeht und nicht von "bloßen" obligationenähnliche Genussrechten (Darlehen).

## **F. Weitere Fragen**

*Frage 1 – kann ho nicht beantwortet werden.*

*Frage 2 – neben der Fixverzinsung von 8% in der Zeit von der Zeichnung/Bezahlung des EPR-Anteiles (bei SW 12.2.2007) bis zum Erhalt des Erlösen aus dem Aktienverkauf durch BCCS (Closing 9.10.2007) wurden weitere Zinsen lukriert aus der Veranlagung des verbliebenen Aktienverkaufserlösen ab 9.10.2007 bis Juli 2008, die anteilige Höhe dieser Zinsen ergab sich aus dem tatsächlichen Ertrag (Veranlagung in der Schweiz) und ist daher zufällig.*

*Frage 3 – kein Risiko mehr, außer BCCS hätte die angelegten verbliebenen Erlöse aus dem Aktienverkauf verzockt, die verbliebenen Investoren hatten nur die Chance, an Erfolg der Veranlagung des restlichen Verkaufserlöses mitzupartizipieren. Zur Übertragbarkeit oder Vererbbarkeit der EPR kann nichts gesagt werden.*

*Frage 4 – kann nicht beantwortet werden."*

## **7.) BFG-Info über informelles Gespräch mit Bf-Vertretung**

Mit E-Mail vom 25.9.2015 setzte das BFG die Parteien über den Inhalt eines mit Dr. Wilpinger geführten informellen Gesprächs wie folgt in Kenntnis:

*"Die Frage, ob die Beschwerdeführer obligationen- oder aktienähnliche Rechte erworben haben, dürfte insbesondere unter Bedachtnahme auf die Terms & Conditions, den Gesellschaftsvertrag (Constitution vom 30.11.2006), die Berechnung des Ausstiegsbetrages (Calculation of exit proceeds) und die Bilanz der Berlin & Co. Capital S.à.r.l. (Balance Sheet samt Profit and Loss Account) zu erfolgen haben. Dabei zeigt sich u.a.:*

*Die Berlin & Co. Capital S.à.r.l. ist nur im Innenverhältnis als ein "special purpose vehicle" gegründet worden. Der eingetragene Gesellschaftszweck ist viel weiter und abstrakter. Die Gesellschaft wurde tatsächlich auch nach Abschluss des sogenannten "Zielgeschäftes" weitergeführt, hatte also auch Zwecke, die über das Zielgeschäft hinausgehen. Für das Zielgeschäft wurde eine Art eigener Rechnungskreis gebildet. Die Inhaber der Genussrechte erhielten nur Erlöse, die mit dem Zielgeschäft in Zusammenhang standen. Gleiches gilt für die Aufwendungen (zB Managementgebühren). Hinweise darauf, dass die Genussscheininhaber am Unternehmenswert der emittierenden Gesellschaft beteiligt gewesen sein sollen, fehlen. Die Geschäftsbedingungen stellen die EPR-Holder in Teilbereichen denjenigen Aktionären gleich, die den Geschäftsbedingungen unterliegen, also selbst (auch) Genussscheine halten. Die Mitgestaltungs- und Kontrollrechte der EPR-Holder sind knapp. Ein nennenswerter Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ist es praktisch nicht feststellbar.*

*Zur Vermeidung von Missverständnissen: Wenn die T & C von Liquidation sprechen, ist nicht die Liquidation des Unternehmens, sondern lediglich der Verkauf der Zielaktien, also der Abschluss des Zielgeschäftes, gemeint.*

*Punkt 11. der Geschäftsbedingungen (das in der Übersetzung verwendete Wort allgemein ist mE irreführend und falsch) sieht bestimmte Berichtspflichten der emittierenden Gesellschaft gegenüber den EPR-Haltern vor. Ich ersuche um Vorlage der an die Beschwerdeführer ergangenen Quartals- und Halbjahresberichte.*

*Die Auffassungen der Finanzbehörden einerseits und der Beschwerdeführer andererseits über die Bedeutung von SPA 2 im Verhältnis zu SPA 1 (Verkauf der HAAG-Anteile an die BLB in zwei Tranchen, beide Vereinbarungen getroffen am 22.5.2007) divergieren. Ich ersuche daher um Vorlage beider Verträge vom 22.5.2007."*

## **8.) Replik**

Mit **Schreiben vom 12.10.2015**(T/1/108) nahm der Bf zur BFG-E-Mail vom 25.9.2015 und zu den Stellungnahmen der Finanzämter zum BFG-Aktenvermerk vom 18.8.2015 wie folgt Stellung:

*"Die beiden Stellungnahmen der Finanzämter Bregenz und Feldkirch versuchen weiterhin, eine Steuerpflicht meines Investments in von der Berlin & Co Capital S. à.r.l (in der Folge „BCC“) ausgegebenen Equity Participation Rights (in der Folge „EPR“) zu begründen. Dies einerseits — wie bisher — dadurch, dass ein Spekulationsgeschäft gegeben sei, und andererseits — neu — dass (möglicherweise) nicht von einem Substanzgenussrecht auszugehen sei. Nach allgemeinen Ausführungen zu beiden Stellungnahmen werde ich daher getrennt auf die beiden Aspekte "Spekulationsgeschäft" und „steuerliche Qualifikation der EPR“ eingehen.*

### **1. Allgemeines**

*Einleitend ist festzuhalten, dass die Stellungnahmen der Finanzämter zwar das Vorliegen unterschiedlicher steuerpflichtiger Tatbestände in den Raum stellen, jedoch **keines der Finanzämter eine Meinung vertritt, welcher Tatbestand im konkreten Fall überhaupt anwendbar sein soll**. In beiden Stellungnahmen werden Varianten (Spekulationsgeschäft, obligationenähnliches Genussrecht) dargelegt, die je nach Sichtweise in jedem Fall eine Steuerpflicht begründen würden. Dass sich diese Varianten jedoch gegenseitig ausschließen, wird nicht erwähnt. Es werden lediglich teilweise die unbegründeten Behauptungen der Vorbescheide (vorzeitige Verfügung über den Gewinnanspruch) wiederholt und nunmehr eine bis dato unzweifelhafte steuerliche Qualifikation der EPR in Frage gestellt, um für den Fall des Nichtvorliegens einer Verfügung innerhalb eines Jahres dennoch eine Steuerpflicht zu kreieren. Darüber hinaus ist sich das Finanzamt Bregenz nicht einmal sicher, welchen Steuersatz es zur Anwendung bringen soll (vgl. Seite 7 - "Allenfalls ist der feste Steuersatz des § 37 Abs. 8 ESIG 1988 aF*

anzuwenden“). Dies alles vermittelt den Eindruck, als würden die Finanzämter krampfhaft doch (noch) (irgend-)eine Steuerpflicht zu begründen versuchen bzw **nicht akzeptieren wollen, dass der Überschuss aus der Veräußerung meiner EPR an der BCC nicht steuerbar ist, da die Realisation außerhalb der damals geltenden einjährigen Spekulationsfrist erfolgte.**

## **2. Spekulationsgeschäft**

In den Stellungnahmen der Finanzämter wird zum wiederholten Male das Vorliegen von Einkünften aus Spekulationsgeschäften als erfüllt angesehen. Dies mit der Begründung, wonach die Beantwortung des Schreibens, ob Interesse an der Teilnahme einer Vorabzahlung bestünde, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Verfügung darstelle (vgl Finanzamt Bregenz Seite 2 f, Finanzamt Feldkirch Seite 3: „**In wirtschaftlicher Betrachtungsweise konnten sie sohin bereits zu diesem Zeitpunkt über ihren Gewinnanspruch verfügen**, hatten sohin die Verfügungsmacht über den Gewinnanteil bzw allergrößten Teil des Gewinnanteils (ausgenommen Anteil am Verkauf des verbliebenen Zwerganteils von 10.580 Aktien und 'Purchase Part B'), ließen diesen aber aus steuerlichen Gründen (einjährige Spekulationsfrist) 'stehen'. “). Worin an meinem Verhalten (kein Interesse an einer Vorabzahlung und Zustimmung zu den Änderungen der Genussrechtsbedingungen) eine Verfügung erblickt werden soll, wird allerdings - weiterhin - von keinem der Finanzämter erörtert. Vielmehr habe ich bereits in den von mir eingebrachten Stellungnahmen mehrfach ausführlich dargelegt und durch das Gutachten von Prof. Torggler auch nochmals von dritter Seite belegt, dass das im November 2007 gesetzte Verhalten keine Verfügung ist und damit auch kein Spekulationsgeschäft ausgelöst werden kann.

Wie schon in meiner Stellungnahme vom 08. September 2015 zu Ihrem Aktenvermerk (mit Verweis auf die Ausführungen in meiner Berufung) hingewiesen, liegt im konkreten Fall nicht zuletzt deshalb kein Spekulationsgeschäft im Sinne des § 30 EStG idF vor BBG 2011 vor, da innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist die „exit proceeds in full“ aus dem Verkauf der Aktien an der HAAG noch nicht bei der BCC eingegangen waren und gemäß Pkt 13.3 der Genussrechtsbedingungen erst der Erhalt („receipt“) der „exit proceeds in full“ einen Anspruch auf Abschichtung der EPR-Inhaber begründet hätte. Zudem war nach Pkt 13.5 der Genussrechtsbedingungen eine Abschichtung innerhalb eines Jahres nicht möglich.

Ich darf (nochmals) festhalten, dass die Frage, ob ein Spekulationsgeschäft vorliegt, keine Frage der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist, sondern zivilrechtlich zu beurteilen ist. Die Spekulationsfrist läuft dabei „von Verpflichtungsgeschäft zu Verpflichtungsgeschäft“, dh entscheidend sind zwei zivilrechtlich zu bestimmende Zeitpunkte. Entgegen der vom Finanzamt Feldkirch in diesem Fall nicht einschlägigen VwGH-Judikatur („Verschiebung einer (offenbar) fälligen Auszahlung“), ist nach einhelliger höchstgerichtlicher Auffassung für die Frage,

ob ein Spekulationstatbestand verwirklicht ist, der Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes (bzw eines beide Parteien bindenden Rechtsgeschäfts, das das Ergebnis eines Verkaufs wirtschaftlich vorwegnimmt) maßgeblich (vgl dazu VwGH 7.4.1981, 14/3294/80; 8.2.1989, 88/13/0049, 88/13/0050; 20.11.1997, 96/15/0256; UFSI vom 20.9.2011, GZ. RV/0614-I/07). Auch ein „mögliches Interesse“ an einem Kauf/Verkauf oder ein „in Betracht ziehen“, kann eine derartige Vereinbarung nicht ersetzen (VwGH 23.2.2011, 2010/ 13/0201). Auch eine bloße Erklärung, einen Erwerb zu beabsichtigen, ist noch kein derartiges Verpflichtungsgeschäft (VwGH 1.7.1976, 108/75; 8.5.1980, 1043/79). Das Bestehen einer solchen Vereinbarung kann schlüssig weder aus einer angeblichen Bereitschaft des Eigentümers eines Wirtschaftsgutes, dieses nach Ablauf der Spekulationsfrist allenfalls verkaufen zu wollen und einem Kaufpreisanbot des präsumtiven Käufers abgeleitet werden (VwGH 8.2.1989, 88/13/0049, 88/ 13/0050). Auch ein (unwiderrufliches) Kaufanbot oder eine bloße Kaufoption sind hierfür nicht ausreichend (VwGH 7.4.1981, 3294/80, 20.11.1997, 96/15/0256).

Um langwierige Wiederholungen zu bisherigen Schriftsätzen zu vermeiden: **Da innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist kein Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wurde, kann ein Spekulationsgeschäft nicht vorliegen.**

### **3. Steuerliche Qualifikation der EPR**

Die Finanzämter Bregenz und Feldkirch haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Aktenvermerk erstmalig in den laufenden Verfahren die bis dahin unstrittige steuerliche Qualifikation der EPR als Substanzgenussrechte hinterfragt. Dabei tendiert das Finanzamt Bregenz zu einer steuerrechtlichen Einordnung der EPR als obligationenähnliches Genussrecht. Das Finanzamt Feldkirch nimmt hingegen anscheinend Substanzgenussrechte an (vgl Seiten 1 bis 6) und schlägt lediglich für den Fall, dass das BFG von obligationenähnlichen Genussrechten ausgeht, eine Besteuerung auf Basis von § 27 Abs. 1 Z 4 EStG vor. Daraus ist ersichtlich, dass auch die Finanzämter bei dieser „neuen Linie“ keine einheitliche Sichtweise verfolgen.

Nichtsdestotrotz haben Sie in Ihren E-Mails vom 21. September und 25. September 2015 auf die Bedeutung der Frage hingewiesen, ob es sich bei den EPR steuerlich um Substanzgenussrechte oder um obligationenähnliche Genussrechte handelt. Aus den Stellungnahmen der Finanzämter ist zu entnehmen, dass zivilrechtliche und steuerliche Aspekte nicht klar getrennt und - gewollt oder ungewollt - vermischt werden. Aus diesem Grund darf ich zur rechtlichen Qualifikation der EPR Folgendes darlegen:

#### **3.1. Zivilrechtliche Aspekte**

Genussrechte stellen ihrer rechtlichen Natur nach Gläubigerrechte dar, aus denen die Inhaber schuldrechtliche Ansprüche herleiten können. Diese zivilrechtliche Betrachtungsweise ergibt sich schon daraus, dass Gesellschaftsrechte, die in der

*Rechtsordnung nicht vorgesehen sind, durch Parteienvereinbarung nicht begründet werden können (insofern besteht ein „numerus clausus“ der Gesellschaftsrechte).*

*Genussrechte stellen daher ihrer rechtlichen Natur nach Gläubigerrechte dar, aus denen die Inhaber schuldrechtliche Ansprüche herleiten können. Darüber hinaus können sie aber dem Inhalt nach auch Vermögensrechte, wie sie typischerweise einem Aktionär zustehen, verschaffen, wenn sie vor allem auf Beteiligung am Gewinn und/oder am Liquidationserlös ausgerichtet sind. Von den Gesellschaftsanteilen unterscheiden sie sich jedoch dadurch, dass sie keine Mitverwaltungsrechte gewähren. Sie beinhalten also keine Mitgliederrechte, sondern reine Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art. Die Genussberechtigten stehen der Gesellschaft nur forderungsberechtigt gegenüber. Sie verbriefen keine gesellschaftsrechtliche Beteiligung. Ihnen kann jedoch ein Auskunftsrecht sowie die Befugnis, die Geschäftsführung in ihren Grenzen zu überwachen, eingeräumt werden. Sie sind auf der Gesellschafterversammlung aber ohne Stimme; die Verleihung des Stimmrechtes wäre in jedem Fall nichtig.*

*Gesetzliche Regelungen, die das Institut des Genussrechtes genauer definieren und seine rechtliche Gestaltung regeln, fehlen. Hintergrund für diese gesetzgeberische Zurückhaltung - in Österreich gleichermaßen wie in Deutschland - war das Bestreben, die Entwicklung dieses Instrumentes unter Achtung des Prinzips der Privatautonomie möglichst nicht zu behindern. Genussrechte werden in der Regel als Gegenleistung für Unternehmensfinanzierung eingeräumt und können Ansprüche auf einen Teil des Gewinnes, oft auch eine Beteiligung am Liquidationsergebnis gewähren. Genussrechte können jedoch alle Rechte betreffen, die typischerweise Vermögensrechte eines Aktionärs sein können, nicht aber Verwaltungsrechte, insbesondere weder Stimmrecht noch Anfechtungsbefugnis. Aufgrund eines Genussrechtes bestehen daher grundsätzlich keine mitgliedschaftlichen Rechte. Solche Rechte können auch durch Vertrag nicht eingeräumt werden, wohl aber Informationsrechte, etwa in Form eines Teilnahmerechtes an der Hauptversammlung der Aktionäre (ohne Rede- und Antragsrecht) oder eines Rechtes auf Einsichtnahme in den Jahresabschluss (vgl. Nagele in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 174 Rz 27 ff; Wünsch, Der Genussschein im Sinn des § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche in FS Strasser [1983] 871 ff; Jusits, Genussscheine im österreichischen Zivilrecht, WBI 1987, 81 ff; zur ähnlichen deutschen Rechtslage Lutter in Kölner Kommentar zum dAktG<sup>2</sup> § 221 Rz 196 ff jeweils mwN; 7 Ob 267/02v ua). Im Gegensatz zu Aktien leiten sich Genussrechte also aus keinem Gesellschaftsrechtsverhältnis ab, sondern sind schuldrechtlicher Natur und gewähren reine Gläubigerrechte (vgl. van Husen, Genussrechte, Genussscheine Partizipationskapital [1998] 124)*

*Wenn sich nunmehr das Finanzamt Bregenz auf die Aussagen aus dem „Gutachten Karollus“ stützt, so geht diese Argumentation naturgemäß ins Leere, da dieses Gutachten ausschließlich zivilrechtliche Fragen zum Gegenstand hat (vgl. hierzu*

die durch [.....] vorgelegte Bestätigung von Herrn Univ-Prof. Dr. Martin Karollus). Zivilrechtlich ist **jedes** Genussrecht schuldrechtlicher Natur, weshalb aus den grundlegenden (zivil-)rechtlichen Merkmalen für die steuerliche Beurteilung „nichts zu gewinnen“ ist.

### 3.2. Steuerrechtliche Qualifikation von Genussrechten (im Allgemeinen)

Ertragsteuerrechtlich wird zwischen aktienähnlichen Genussrechten (sozietaire Genussrechte, Substanzgenussrechte) und obligationenähnlichen Genussrechten (Nominalgenussrechte, Fremdkapital) unterschieden. Substanzgenussrechte nach § 8 Abs 3 Z 1 KStG sind dem Grund- oder Stammkapital gleichgestellt und kennzeichnen sich durch die Beteiligung

- am Gewinn und
- am Liquidationsgewinn

der emittierenden Körperschaft, wobei beide Voraussetzungen (Erfolgs- und Substanzbeteiligung) gemeinsam vorliegen müssen.

Die Höhe der Gewinnbeteiligung muss nicht konkret definiert sein (KStR 2013, Rz 1194). Eine gewinnabhängige Bedienung ist auch dann anzunehmen, wenn

- in zeitlicher und/oder
- umfänglicher Hinsicht

Bedingungen und Begrenzungen vereinbart sind (vgl auch Achatz/Kirchmayr, KStG, § 8 Tz 461). Vor diesem Hintergrund ist es für den Charakter als Substanzgenussrecht nicht schädlich, wenn die Höhe der Beteiligung am laufenden Gewinn von der Höhe der Beteiligung am Liquidationsgewinn abweicht. Entscheidend ist einzig, dass **sowohl eine Beteiligung am laufenden Gewinn als auch am Liquidationsgewinn vorliegt**.

Substanzgenussrechte im Sinne des § 8 Abs. 3 Z 1 KStG liegen dann vor, wenn sie auf die Lebensdauer der emittierenden Gesellschaft abgestellt sind, wobei allerdings eine Abschichtung vor der Liquidation der Körperschaft nicht ausgeschlossen ist (KStR 2013, Rz 1195). Die Behandlung der Substanzgenussberechtigten muss in jedem Fall auch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vor der Liquidation jener im Liquidationsfall entsprechen und in diesem Sinne vereinbart sein und auch eingehalten werden. Es darf jedoch **keine von vornherein begrenzte Emission** vorliegen.

Die Rechtsprechung des VwGH vertritt bei der Beurteilung von Genussrechten als steuerliches Eigenkapital folgende Rechtsansicht (vgl zuletzt VwGH 29.03.2006, 2005/14/0018):

'Ob Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa die unbegrenzte Laufzeit,

die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige – Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten. Als Fremdkapitalkriterium ist auch das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung zu nennen (vgl VwGH 24. Februar 2004, 98/14/0131)'.  
'

Die Rechtsprechung stellt somit auf das Überwiegen der Eigenkapitalmerkmale ab, wobei folgende Kriterien für Eigenkapital sprechen:

- Unbeschränkte Laufzeit
- Gewinnabhängigkeit der Vergütung
- Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn
- Nachrangigkeit gegenüber den Gläubigern
- Fehlen einer Besicherung

Hingegen stellen folgende Kriterien ein Indiz für das Vorliegen von Fremdkapital dar:

- Gleichrangigkeit mit übrigen Gläubigern
- Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten
- Fix- oder Mindestzinsvereinbarungen

### 3.3. Steuerrechtliche Beurteilung der EPR

Im konkreten Fall ist die steuerrechtliche Qualifikation der EPR anhand der Genussrechtsbedingungen (in der Folge „T&C“) vorzunehmen:

Die EPR waren **auf unbestimmte Zeit** ausgegeben (vgl Pkt 8 der T&C). Außer den in den T&C angeführten Beendigungsmöglichkeiten (und außer einer Liquidation der Gesellschaft) bestanden keine Kündigungsmöglichkeiten. Das heißt, es stand von vornherein nicht fest, ob und wann es zu einer Beendigung der Genussrechte kommt (vgl VwGH 26.11.2002, 99/15/0159). Das Kriterium der **unbeschränkten Laufzeit** ist somit erfüllt.

**Die Vergütung der EPR-Inhaber erfolgte gewinnabhängig** (vgl Pkt 9.1 iVm Pkt 13, 15 und 17 der T&C). Dieses Kriterium ist somit ebenfalls erfüllt (zur Gewinnverteilungsregelung s. siehe sogleich).

**Die EPR-Inhaber waren am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn beteiligt**

(vgl Pkt 9.2 iVm Pkt 13, 15 und 17 der T&C). Demnach waren die Exit Proceeds bzw Liquid Proceeds nach einer Rangordnung (sog „Waterfall“) zu verwenden. Je nach Verfügbarkeit der Mittel war zunächst das Fremdkapital zu bedienen, dann das Eigenkapital bzw Eigenkapitaläquivalent. Hätten die Mittel nicht ausgereicht oder wäre das Investment fehlgeschlagen bzw weniger erfolgreich gewesen, dann wären die Genussrechte nur teilweise zurückgezahlt worden (Verlustbeteiligung)

bzw wäre es zu keiner positiven Rendite oder zu einer unter 8% liegenden Rendite gekommen (vgl Pkt 13.2 (a) der T&C): („if they are insufficient to pay all those items, in the following order“)).

In Ihrem E-Mail vom 25. September 2015 wird bezweifelt, dass die EPR-Inhaber am Unternehmenswert der BCC beteiligt seien. Vielmehr wird eine Beteiligung bloß an einem Rechnungskreis „HAAG-Investment“ angenommen. Tatsächlich durfte die BCC gemäß Pkt 1.1 der T&C keine andere Geschäftstätigkeit als

- die Ausgabe der EPR,
- die sonstige Finanzierung des Ankaufs der HAAG-Aktien,
- der Erwerb und Halten der HAAG-Aktien sowie
- die Verwertung der HAAG-Aktien

ausüben (Unternehmensgegenstand). Dem wurde auch Folge geleistet, weshalb das gesamte Vermögen der BCC im Zusammenhang mit dem HAAG-Investment verwendet und auch nach dem Verkauf des Großteils der Aktien in 2007 keine andere Geschäftstätigkeit entfaltet wurde. Für einen weiteren Rechnungskreis bestand somit kein Raum. Wenn es nämlich einen Rechnungskreis „HAAG-Investment“ in der Gesellschaft gegeben hätte, müsste es denknotwendigerweise auch zumindest einen weiteren Rechnungskreis gegeben haben. Woraus dieser gebildet wurde, welche Vermögenswerte diesem zuzuordnen sein sollen und wer daran beteiligt gewesen sein soll, woraus sich also die Existenz eines solchen zweiten Rechnungskreises ergeben soll, ist aber nicht erkennbar.

Das Vorliegen ausschließlich eines einzigen Rechnungskreises lässt sich auch durch den Ihnen bereits vorliegenden Jahresabschluss der BCC zum 31.12.2007 belegen. **Aus diesem Grund lag im Ergebnis eine Beteiligung am Unternehmenswert (Liquidationsgewinn) der gesamten BCC vor**, womit auch das Argument des Finanzamtes Bregenz auf Seite 6, dritter Bullet Point, ins Leere geht (die übrigen Bullet Points haben mit der Frage der steuerlichen Qualifikation eines Genussrechts nichts zu tun). Dass der Gesellschaftszweck der BCC allgemein gehalten ist, sagt über die tatsächlichen Aktivitäten der Gesellschaft nichts aus und es ist in der Praxis gängig, dass der Gesellschaftszweck weiter gefasst ist, als es die tatsächliche Geschäftstätigkeit erfordern würde. Entscheidend ist der **Unternehmensgegenstand**, welcher durch Pkt 1.1 der T&C entsprechend konkretisiert ist.

Wie sich aus dem „Waterfall“ des Pkt 13 ergibt, waren die EPR **nachrangig gegenüber dem Fremdkapital**, da die Fremdkapitalgeber gemäß Pkt 13.2 (a) (ii), (iii) und (iv) der T&C prioritär zu bedienen waren. Folglich ist auch das Kriterium der Nachrangigkeit gegenüber den Gläubigern erfüllt.

Die Genussrechte waren unbesichert (vgl Pkt 4 der T&C), wodurch auch das letzte für Eigenkapital sprechende Kriterium gegeben ist.



Im Übrigen sei erwähnt, dass im konkreten Fall bestimmte Informationsrechte (Pkt 11 der T&C) bestanden. So war die BCC verpflichtet, quartalsweise bzw. halbjährlich den EPR-Inhabern Berichte zu erstatten (vgl. Abschnitt 4.2.) Ab Pkt 14 der T&C sind bestimmte **Mitwirkungsrechte** eingeräumt (vgl. auch Pkt 1.2 der T&C), die beispielsweise deutlich weitreichender sind als jene Rechte, die Inhaber von Partizipationskapital gemäß § 23 Abs 5 BWG aF haben. Diese Partizipanten sind nämlich lediglich zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung des Kreditinstituts berechtigt (mit Auskunftsrecht aber ohne Einfluss auf die Geschäftsführung). Weiters sehen die EPR **keine Mindestverzinsung** vor - die in Pkt 13.2 (a) (vi) der T&C erwähnten 8% stellen lediglich einen Schwellenwert für die Gewinnverteilungsregelung dar - sodass keines der für Fremdkapital sprechenden Kriterien erfüllt ist.

Der Umstand, dass es sich um Gläubigerrechte handelt, hat den Steuergesetzgeber nicht davon abgehalten, die Genussrechte unter bestimmten Voraussetzungen den Gesellschaftsanteilen gleichzuhalten. Entscheidend dabei ist insbesondere die Vermögensbeteiligung. Auf Grund der in den T&C vorgesehenen Mechanismen war diese eindeutig gegeben. Nach welcher Gewinnverteilungsmethode die Eigenkapitalgeber (unterschiedlicher Kategorie) einen Überschuss der Aktiva über die Passiva untereinander verteilen, bleibt ihrer Vereinbarung überlassen und kann den Eigenkapitalcharakter nicht beeinträchtigen, wenn dem Grunde nach die Gesellschaft dadurch nicht wie durch Fremdkapital vergleichbar belastet ist.

### 3.4. Ergebnis

Die obigen Ausführungen führen zu folgendem Ergebnis:

- **Die von mir gezeichneten EPR an der BCC sind aus österreichischer steuerlicher Sicht als 'Substanzgenussrechte' zu qualifizieren.**
- **Der Umstand, dass es sich bei Genussrechten zivilrechtlich (immer) um Gläubigerrechte handelt, ist aus steuerlicher Sicht ohne Bedeutung.**
- **Aufgrund des Vorliegens eines Substanzgenussrechtes wäre eine Steuerpflicht nur dann gegeben gewesen, wenn ich die EPR innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist veräußert hätte. Auf Ebene der BCC stattgefundenen Aktionen / Transaktionen sind - in Bezug auf die Fristenberechnung - mir als EPR-Inhaber nicht zuzurechnen (Trennungsprinzip).**
- **Nachdem die Veräußerung außerhalb der einjährigen Spekulationsfrist erfolgt ist, kommt eine Steuerpflicht nicht in Betracht."**

Der Senat hat zu den Beschwerden erwogen:

### III.) Erwägungen:

#### 1.) Beweiswürdigung

Der eingangs dargestellte Sachverhalt deckt sich im Wesentlichen (soweit nicht wertend und schlussfolgernd) mit der Sachverhaltsdarstellung des Bf. Sie fußt auf den und berücksichtigt die den jeweiligen Sachverhaltsfeststellungen in Klammer angefügten, nach Überzeugung des Senates unbedenklichen Beweismittel.

Strittig sind (eigentlich nur) die aus den einzelnen Feststellungen gezogenen Schlüsse

## **2.) Rechtliche Beurteilung (allgemein)**

Die im Verfahren vorgelegten Gutachten wurden im Wesentlichen zu Rechtsfragen erstattet, die der Senat gar nicht (Insiderhandel) bzw nur am Rande (zivilrechtliche Beurteilung, ob die Erklärung, an Vorabzahlungen nicht teilzunehmen einen Akt der Verfügung darstellt) zu beurteilen hatte. In wesentlichen Punkten teilt der Senat die Auffassung der Gutachter (siehe dazu auch den AV vom 18.8.2015). Dies betrifft vor allem zwei Punkte. Karollus (T/17/5ff) stellt den zivilrechtlichen Charakter der Genussrechte korrekt dar. Torggler legt überzeugend dar (T/21/5ff), dass die nicht zu Vorabzahlungen optierenden Genussrechtsinhaber zivilrechtlich nicht innerhalb der Spekulationsfrist über ihren allfälligen Zahlungsanspruch verfügt haben. Torgglers Ausführungen unter Punkt 5.7 seines Gutachtens sind allerdings missverständlich. Wenn dort vom Anteil der Genussrechtsinhaber am Liquidationserlös die Rede ist, dann ist klarzustellen, dass nicht von der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft die Rede ist, sondern dass als Liquidierung nur der Verkauf (exit) des HAAG-Aktien-Paketes angesprochen sein kann.

Aus systematischen Gründen ist zunächst zu prüfen, ob der Bf mit dem in Rede stehenden Investment einen unter § 27 EStG fallenden Tatbestand verwirklicht hat. Diese Bestimmung lautet in der in den Streitjahren geltend Fassung – soweit gegenständlich relevant - wie folgt:

(1) Folgende Einkünfte sind, soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 gehören, Einkünfte aus Kapitalvermögen:

1. a) Gewinnanteile (Dividenden), Zinsen und sonstige Bezüge aus Aktien oder Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung.  
b) Gleichartige Bezüge und Rückvergütungen aus Anteilen an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.  
c) Gleichartige Bezüge aus Genussrechten und aus Partizipationskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.
2. Gewinnanteile aus der Beteiligung an einem Unternehmen als stiller Gesellschafter sowie aus der Beteiligung nach Art eines stillen Gesellschafters, soweit sie nicht zur Auffüllung einer durch Verluste herabgeminderten Einlage zu verwenden sind. Verlustanteile aus solchen Beteiligungen sind nicht zu berücksichtigen.
3. Zinsen aus Hypotheken. Bei Tilgungshypotheken ist nur der Teil der Zahlung steuerpflichtig, der als Zinsen auf den jeweiligen Kapitalrest entfällt.

4. Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, zum Beispiel aus Darlehen, Anleihen, Einlagen, Guthaben bei Kreditinstituten und aus Ergänzungskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

## Eigenschaft der Genussrechte

Der Senat teilt die übereinstimmende Auffassung der Parteien des Beschwerdeverfahrens, dass die strittigen EPR als Genussrechte (Beteiligungsrechte) zu qualifizieren sind.

Fraglich ist, ob die Genussrechte als **aktienähnlich** oder als **obligationenähnlich** zu qualifizieren sind. Fraglich ist weiters, ob und inwieweit der Bf mit den Bezügen (iwS) aus dem Genussrecht in den einzelnen Streitjahren der Einkommensteuerpflicht unterliegt.

Lehre (Doralt, EStG<sup>16</sup>, § 27 Tz 49 und 89; Lang/Schuch/Staringer, KStG § 8 Rz 183 ff; Jakom/Marschner, EStG, 2008, § 27 Rz 39 und 73; Achatz/Kirchmayr, KStG<sup>1</sup>, § 8 Tz 452 ff;), Rechtsprechung (VwGH 29.3.2006, 2005/14/0018; VwGH 24.2.2004, 98/14/0131; UFS 25.1.2005, RV/0263-G/03; UFS 2.12.2013, RD/0059-W/13) und Finanzverwaltung (EStR 2000, Rz 6139; KStR 2001, Rz 539) vertreten hinsichtlich der angesprochenen Zuordnungs- bzw Abgrenzungsfrage, die im systematischen Zusammenhang mit § 8 KStG steht (Doralt, EStG<sup>16</sup>, § 27 Tz 48), im Wesentlichen übereinstimmend auf folgendem Standpunkt, den auch der Bf in seinem Schreiben vom 12.10.2015 grundsätzlich zutreffend dargestellt hat: Sogenannte Substanzgenussrechte liegen vor, wenn der Inhaber des Rechts in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen und am Liquidationsgewinn beteiligt ist. Die in § 8 Abs. 3 KStG genannten Voraussetzungen für die Wertung als Substanzgenussrecht [Beteiligung am (Total)Gewinn und am Liquidationsgewinn] werden im Schrifttum zu Recht als unabdingbare Voraussetzung (arg. "müssen") für die Wertung als aktienähnliches Genussrecht im Sinne von § 27 Abs. 1 Z 1 lit c EStG angesehen (vgl. Achatz/Kirchmayr, KStG<sup>1</sup>, § 8 Tz 452, 456, 464). Diese Auffassung wird auch vom Bf auf Seite 6 der Replik vom 12.10.2015 geteilt (*'Substanzgenussrechte nach § 8 Abs. 3 Z 1 KStG sind dem Grund- und Stammkapital gleichgestellt und kennzeichnen sich durch die Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn der emittierenden Körperschaft, wobei beide Voraussetzungen [Erfolgs- und Substanzbeteiligung] gemeinsam vorliegen müssen. [.....] Entscheidend ist einzig, dass sowohl eine Beteiligung am laufenden Gewinn als auch am Liquidationsgewinn vorliegt. [.....] Die Behandlung der Substanzgenussberechtigten muss in jedem Fall auch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vor der Liquidation jener im Liquidationsfall entsprechen und in diesem Sinne vereinbart sein und eingehalten werden.'*). Erfolgs- und Substanzbeteiligung stellen grundsätzlich Voraussetzungen für Substanzgenussrechte dar. Der Senat teilt diese Rechtsmeinung.

Keine ausreichende Gewinnbeteiligung liegt hingegen vor, wenn nur an das Ergebnis eines Geschäftsbereiches der emittierenden Gesellschaft angeknüpft wird (Achatz/Kirchmayr, KStG<sup>1</sup>, § 8 Tz 459; KStR 2001 Rz 540). Aktionärstypische Mitgliedschaftsrechte (wie insbesondere das Stimmrecht) sind demgegenüber nicht unbedingt erforderlich. Sie können jedenfalls in untergeordnetem Ausmaß vorliegen.

Partizipiert der Genussrechtsinhaber lediglich am Ergebnis eines Teilbereiches, liegt keine ausreichende Gewinnbeteiligung vor. Die Beteiligung an den stillen Reserven einzelner Wirtschaftsgüter ist nicht ausreichend. Ob aus Sicht der emittierenden Gesellschaft Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa eine unbegrenzte Laufzeit, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige - Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten. Ein weiteres Fremdkapitalkriterium ist das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung. Aus ertragsteuerlicher Sicht ist entscheidend, ob der Inhaber von Genussrechten eher als Gesellschafter, denn als bloßer Darlehensgeber fungiert und anzusehen ist. Genussrecht und die Erträge aus ihm sind in einer Totalbetrachtung auf Basis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu würdigen. Entscheidend ist demzufolge der Inhalt der vertraglich getroffenen und auch vollzogenen Vereinbarungen, nicht aber die dabei verwendeten Bezeichnungen.

Wendet man die dargelegte Rechtslage auf den Beschwerdefall an, so zeigt sich: Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse überwiegen in Qualität und Quantität klar jene Kriterien, die für das Vorliegen von obligationenähnlichen Genussrechten sprechen, worauf das Finanzamt Bregenz (mit Zustimmung des Bf, gleichsam in beratender Funktion) in seiner Stellungnahme vom 8.9.2015 hingewiesen hat. Dies im Einzelnen aus folgenden Gründen:

**a.) Liquidationsbeteiligung** : Die BCCS wurde in den Streitjahren nicht liquidiert. Die Genussrechtsinhaber konnten daher gar keinen Anteil vom Liquidationserlös der BCCS erhalten. Wenn die GB von Liquidationserlösen sprechen, ist immer nur der Erlös aus einem bestimmten Geschäft, nämlich dem Verkauf der Zielaktien gemeint, also nicht der hier maßgebliche Erlös aus der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft. Insoweit sind die Ausführungen Torgglers in Punkt 5.7 seines Gutachtens missverständlich bzw. unrichtig. Der an dieser Stelle des Gutachtens angesprochene Liquidationsgewinn nimmt Bezug auf Punkt 13 der GB und handelt somit nicht von der Liquidation der emittierenden Gesellschaft, sondern nur von der Liquidierung bzw. dem Verkauf der Zielaktien.

Außerdem ist zu beachten: Im November 2007 (also nach dem Closing von SPA 1 am 9.10.2007) eröffnete die BCCS in der Schweiz eine Filiale für "financing and investment operations" (KPMG-Schreiben vom 11.7.2011 an Mr. Muehleher, T/10/16). Im Dezember 2008, also nach dem Abschluss des Zielgeschäftes und nach Abschiebung der Genussrechtsinhaber verlegte die BCCS den Ort der Geschäftsleitung nach Österreich (T/10/17). Schließlich wurde die BCCS erst am 1.10.2010 mit einer österreichischen Gesellschaft verschmolzen (FN 318500h). Die BCCS bestand also erhebliche Zeit über den Abschluss des Zielgeschäftes hinaus. All dies verdeutlicht, dass die Eigendefinition als "Zweckfahrzeug" (Special Purpose Vehicle, SPO) sowohl rechtlich als auch faktisch nur intern Bedeutung hatte.

Der Bf räumte im Zuge der mündlichen Senatsverhandlung selbst ein, de jure bzw nach den GB nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, am Liquidationsgewinn beteiligt gewesen zu sein. De facto sei er aber sehr wohl an den stillen Reserven und am Liquidationsgewinn beteiligt gewesen. Denn alles was an stillen Reserven vorhanden gewesen sei, sei mit dem Verkauf des Aktienpaketes auch realisiert und an die Genussrechtsinhaber weitergeleitet worden. Wäre das Geschäftsfeld (über das Zielgeschäft hinaus) erweitert worden, dann hätte Punkt 9.3 der Genussscheinbedingungen entsprechend dem Vorbringen des Bf in der mündlichen Senatsverhandlung eine Regelung vorgesehen, nach der letztlich stille Reserven an die Inhaber der Genussrechte ausbezahlt worden wären. Er sei an den stillen Reserven de facto in der Form beteiligt gewesen, als die entsprechenden stillen Reserven im Rückkaufpreis ihren Niederschlag gefunden hätten.

Der Senat teilt diese Auffassung nicht: Die nach Punkt 9.3 GB vorgesehene, aber tatsächlich nicht eingetretene, nur im theoretischen Ausnahmefall schlagend werdende Beteiligung am Liquidationsgewinn ist unbeachtlich, da über die gegenständliche Beschwerde nicht auf Grund eines fiktiven Sachverhaltes abzusprechen ist. Der Umstand aber, dass nach Punkt 9.3 GB eine Beteiligung am Liquidationsgewinn möglich gewesen wäre, dass aber die eingetretene Abschichtung nach Punkt 13 GB eine solche nicht vorsah, verdeutlicht, dass der Bf eben nicht am Liquidationsgewinn beteiligt war.

Es entspricht auch nicht der Überzeugung des Senates, dass sämtliche stillen Reserven mit dem Verkauf des Aktienpaketes realisiert und an die EPR-Holder weitergeleitet worden sind. Denn es kommt nicht auf die Beteiligung an den stillen Reserven eines Geschäftes, sondern auf die Beteiligung am Liquidationserlös der (ganzen emittierenden) Gesellschaft an. Wenn aber eine Gesellschaft wie die BCCS solche Geschäfte wie das beschriebene Zielgeschäft in so kurzer Zeit mit so viel Ertrag abschließen und abwickeln kann und wenn eine Gesellschaft so wie die BCCS in relativ kurzer Zeit so viele finanzkräftige Investoren zunächst gewinnen und dann an einem beträchtlichen wirtschaftlichen Erfolg beteiligen kann, dann zeugt dies von einem erheblichen Know-How-Zuwachs und gewachsener Zufriedenheit bei einem wertvollen Kundenstock, also von der Generierung von stillen Reserven der Gesellschaft, die nicht im Verkaufserfolg des Aktienpaketes ihren Niederschlag fanden. Es ist für den Senat nicht erkennbar, inwieweit die Inhaber der EPR an diesen stillen Reserven beteiligt gewesen sein sollen.

Wenn der Bf in diesem Zusammenhang für sich ins Treffen führt, dass die BCCS ein "Zweckfahrzeug" (Special Purpose Vehicle) gewesen sei, also eine Gesellschaft, die nur zum Abschluss des Zielgeschäftes berechtigt gewesen sei, so wird ihm nochmals Folgendes entgegengehalten: Zum einen galt diese Einschränkung nur im Innenverhältnis. Zum anderen hat die BCCS über den Abschluss des Zielgeschäftes hinaus bestanden und Aktivitäten entfaltet. Eine Gleichsetzung der BCCS mit dem Zielgeschäft ist daher unzulässig und auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht zutreffend.

Es mag sein, dass die Anschaffungskosten der Genussrechte aus Sicht der Berlin & Co. Capital S.à.r.l. und beurteilt nach Luxemburger Recht als Eigenkapital der Gesellschaft bzw als sozietäres und nicht als obligationenähnliches Genussrecht (debt participation

right) zu beurteilen ist. Dies aber hat im gegenständlichen Verfahren keinerlei Relevanz. Denn die gegenständlich strittigen einkommensteuerrechtlichen Fragen sind allein nach österreichischem Recht (selbstverständlich unter Bedachtnahme auf Gemeinschaftsrecht) zu lösen (vgl. Doralt/Toifl, EStG14, § 2 Tz193; Jakom/Laudacher, EStG, 2009, § 2 Rz 189).

**b.) Gewinnbeteiligung :** Eine Beteiligung am Gesamtgewinn (Bilanzgewinn) der emittierenden Gesellschaft als einer konsolidierten Größe, die zeitraumbezogen die Leistungsfähigkeit der BCCS bzw die Entwicklung ihres Vermögens zum Ausdruck bringt, sieht der zur Anwendung gelangte Punkt 13 der GB (T&C) nicht vor. Die GB regeln lediglich das Innenverhältnis zwischen der emittierenden Gesellschaft und den Genussrechtsinhabern. Weder der Ausstiegobetrag nach Pkt 13.2 GB als Ganzes noch Teile davon sind vom Gesamtgewinn der BCCS abgeleitet. Die Genussrechtsinhaber hatten lediglich Anspruch auf einen Teil des Ausstiegserlöses (Erlös aus dem Verkauf des HAAG-Aktienpaketes), von dem wiederum nur Aufwendungen in Abzug gebracht werden durften, die im Zusammenhang mit dem bzw in Bezug zum Zielgeschäft standen. Auf Basis der maßgeblichen GB stand den Genussrechtsinhabern kein Anteil am Gewinn der Gesellschaft, sondern nur ein Teil vom wirtschaftlichen Erfolg zu, den die BCCS aus dem Erwerb, dem Besitz und der nachfolgenden gewinnbringenden Verwertung der Zielaktien erzielte (siehe auch Karollus, Seite 5). Die Bilanz der BCCS wies zum 31.12.2007 einen Gewinn von 142 Mio € aus. Von diesem Gewinn erhielten die Genussrechtsinhaber keinen Anteil. Dabei wird natürlich nicht in Abrede gestellt, dass für die Abschichtung der Genussrechtsinhaber die Erlöse aus dem Verkauf der Zielaktien Verwendung fanden und dass diese Zahlungen (soweit sie die Rückzahlung des Nominales überstiegen) zu Lasten des Gewinnes der BCCS (aber nicht als Anteil am Gewinn) geleistet worden sind. Dies aber ist nach Überzeugung des Senates für eine Qualifizierung als aktienähnlich unzureichend (Jakom/Marschner, EStG, 2008, § 27 Rz 37). Die GB vermitteln unter diesem Gesichtspunkt den Genussrechtsinhabern keine Position, die der eines Aktionärs der BCCS, deren Rechte von Gesetz und Gesellschafts-Verfassung definiert waren, auch nur entfernt ähnlich war.

**c.) Vermögensbeteiligung:** Auch eine Beteiligung am Gesamtvermögen der emittierenden Gesellschaft als einer konsolidierten Bilanz-Größe sehen die GB in Punkt 13 (T&C) nicht vor. Es ist nicht erkennbar, dass die Genussrechtsinhaber am Firmenwert und an den stillen Reserven der BCCS beteiligt gewesen sein sollen. Sie hatten lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung (Karollus, Seite 5). Dies aber ist unzureichend für die Qualifizierung als aktienähnliches Genussrecht.

**d.)** Weiters spricht für das Vorliegen von obligationenähnlichen Genussrechten, dass die Genussrechtsinhaber auf Basis der GB faktisch keine, theoretisch nur für den Fall des Nicht-Ausstieges binnen dreier Jahre, gewisse **Gestaltungs- und Kontrollrechte** (T&C, Gutachten Torggler, Gutachten Karollus, Beschwerdevorbringen) hatten.

e.) Die Laufzeit der Genussrechte war zwar in den GB nicht befristet (Pkt 8), nach dem Zweck der Beteiligung aber auf den Abschluss eines Geschäftes beschränkt. Faktisch dauerte die **Laufzeit** somit keine zwei Jahre.

Der Vollständigkeit halber wird dem Bf insbesondere unter Bezugnahme auf seine Replik vom 12.10.2015 (T/1/108) eingeräumt, dass auch Kriterien vorliegen, die für die Aktienähnlichkeit der Genussrechte sprechen (zB Nachrangigkeit gegenüber Gläubigern, Fehlen einer Besicherung). Diese sind allerdings im Hinblick auf Qualität und Quantität der zuvor ausgeführten Kriterien von nachrangiger Bedeutung.

Der Senat verweist im Übrigen ergänzend auf die Stellungnahme des Finanzamtes Bregenz vom 8.9.2015 (T/1/59), dessen Vertreter mit Zustimmung des Bf bei der informellen Besprechung am 14.8.2015 und bei der mündlichen Senatsverhandlung gleichsam als Beraterin des zuständigen Finanzamtes zugegen war.

### **Folge der Einstufung der strittigen Genussrechte als obligationenähnlich**

Da die Genussrechte aus den oben angeführten Gründen als obligationenähnlich einzustufen waren, waren die Erträge aus ihnen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zu erfassen (vgl. (Jakom/Marschner, EStG, 2009, § 27 Rz 73) und entsprechend dem Schlussantrag des Finanzamtes in der mündlichen Senatsverhandlung nach dem Zuflussprinzip (Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG<sup>16</sup>, § 27 Tz 16) zur Gänze im Jahr 2008 mit dem Sondersteuersatz zu besteuern (EB zum AbgÄG 1996, 497 BlgNr20.GP 23). Das Investment des Bf ist zivilrechtlich als Darlehen zu werten. Aus den GB (Punkt 13.2) und der Abrechnung des Investments (T/19/37) wird klar, dass es sich bei den dem Bf zugeflossenen Beträgen – soweit sie das Investment übersteigen (Punkt 13.2 lit a, v; *'any amount required to fully repay each EPR-1 Nominal Amount to holder'*) – um Erträge aus einer Forderung handelt.

Allerdings ist zu bedenken, dass der Bf die Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2008 in der mündlichen Senatsverhandlung zurückgezogen hat. Dies aber bedeutet, dass es dem Senat untersagt ist, insofern eine meritorische Entscheidung zu treffen. Vielmehr war insoweit die Beschwerde gemäß § 256 BAO als gegenstandslos zu erklären.

Da aber die strittigen Einkünfte nicht im Jahr 2007 (mangels Anspruchsverwirklichung und Zuflusses) zu erfassen sind, war der Beschwerde insoweit Folge zu leisten (Siehe dazu auch noch ergänzend die folgenden Ausführungen).

### **Einstufung als Substanzgenussrecht**

Der Vollständigkeit halber wird der Bf darauf hingewiesen, dass auch die Einstufung als aktienähnliches Genussrecht zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Denn dann wäre zu beachten gewesen, dass im Beschwerdefall ein Verkauf des Genussrechtes

nach den GB gar nicht erforderlich war. Vielmehr sind die dem Bf gebührenden Liquidationsansprüche bereits mit dem Closing von SPA 2 verwirklicht worden und nachfolgend – aus welchen Gründen immer – in Ansprüche aus einem Rückkauf umgewandelt worden. Die nachträgliche Abänderung (Umkleidung) eines bereits verwirklichten Anspruchs ist aber steuerlich unbeachtlich. Fand aber kein steuerlich beachtlicher (Rück- bzw Ver-)Kauf der Genussrechte statt, so fehlt es auch an einem Spekulationsgeschäft und es wurde auch kein Spekulationsgewinn erzielt. Bei dem bereits mit dem Closing von SPA 2 verwirklichten Anspruch handelt es sich also **nicht** um einen Anspruch auf Verkaufserlös bzw um einen Anspruch auf Ablösung der Wertsteigerung der Substanz, sondern um einen Anspruch auf Teilnahme am Gewinn (wenn auch nicht am Totalgewinn der Gesellschaft und noch weniger am Liquidationsgewinn bzw an der Vermögenssubstanz der emittierenden Gesellschaft), am wirtschaftlichen Erfolg, an Zinsen (vgl. Punkt 13 der GB; Calculation; Karollus 5, 6; Beschwerde 6). Das aber sind typischerweise Früchte für die Hingabe von Kapital. Es handelt sich in der Diktion von § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG 1988 um Bezüge, die gleichartig sind den Gewinnanteilen (Dividenden), Zinsen und sonstigen Bezügen aus Aktien.

Diese (lediglich hypothetisch vorgenommene) Beurteilung beruht auf folgenden Überlegungen: Mit dem Closing von SPA 2 waren nach den eingangs dargestellten GB alle Voraussetzungen für einen Anspruch der EPR-Inhaber auf Liquidierung erfüllt [Beschwerde, Seite 4 unten: *"Einen Anspruch auf Abschichtung hatten die EPR-Inhaber erst dann, wenn die 'exit proceeds in full' (also sämtliche Erlöse aus der Verwertung der HAAG-Anteile) bei der BCC eingegangen sind (vgl. Punkt 13.3 der Genussrechtsbedingen)*]. Tatsächlich hat die BCCS den Inhabern der Genussrechte mit Schreiben vom 22.7.2008 mitgeteilt: *"Die Liquidation des Investments wird durch Rückkauf der Genussrechte durch die Berlin & Co Capital S.à.r.l. erfolgen."* Damit kündigte die BCCS an, die Ansprüche der Genussrechtsinhaber abweichend von den GB abzuwickeln, wozu die Genussrechtsinhaber ihre Zustimmung gegeben haben bzw geben sollten. Ein Rückkauf war nach den GB für den eingetretenen Fall gar nicht vorgesehen (Punkt 13 GB; Schreiben vom 21.11.2007: *"In diesem Sinne soll das Gesamtinvestment voraussichtlich erst ab Mitte nächsten Jahres liquidiert und verteilt werden."* Schreiben vom 22.7.2008: *"Es ist uns eine Freude, nun mit der Abwicklung des gemeinsamen Investments beginnen zu können."*). Die in den GB vorgesehene Liquidierung bzw Abschichtung wurde lediglich - aus welchen Gründen immer – in die Form eines Rückkaufs gekleidet. Damit aber wurden die mit dem Closing von SPA 2 verwirklichten Liquidationsansprüche in Rückkaufsansprüche umgewandelt bzw umgedeutet. Dies aber ist für die steuerrechtliche Behandlung unbeachtlich. Ein (steuerlich beachtliches) Veräußerungsgeschäft hat gar nicht stattgefunden (insoweit wird auch auf das Gutachten Torgglers verwiesen), ein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft ebensowenig. Wären die Genussrechte als aktienähnlich zu beurteilen, so wären die Früchte aus diesem Investment allerdings als Bezüge aus Genussrechten, die Gewinnanteilen, Zinsen und sonstigen Bezügen aus Aktien gleichartig sind (Punkt 13 GB spricht von anteiligen Erträgen, Erlösen und Zinsen; die Abrechnungen weisen Erlöse und Zinsen aus; das BCCS-Schreiben vom 30.5.2007



spricht vom potentiellen Gewinn; das BCCS-Schreiben vom 21.11.2007 spricht von Ertragsanteilen), gemäß § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG zu erfassen gewesen.

Aus Artikel 13 der GB ist klar erkennbar: Zum einen stellt die Veräußerung der Zielanteile durch die BCCS deren Ausstieg (Exit) aus dem Zielgeschäft bzw den Abschluss des Zielgeschäftes (nicht aber die Liquidation der BCCS) dar. Zum anderen vermittelte eben dieser Ausstieg den Genussrechtsinhabern einen Anspruch auf einen im Detail in den GB geregelten Anteil an den "Ausstiegserträgen" (nicht zu verwechseln mit dem hier nicht angesprochenen Erlös aus der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft). Ein Rückkauf der Genussrechte war für diesen Fall nach den GB nicht vorgesehen und auch nicht notwendig. Dies wird im Übrigen auch in der Beschwerde (zumindest zwischen den Zeilen) korrekt dargestellt. Ein Rückerwerb der Genussrechte war nur für den tatsächlich nicht eingetretenen Fall vorgesehen, dass ein Ausstieg im Sinne von Punkt 13 (Verkauf des Zielaktien-Paketes) nicht innerhalb von drei Jahren stattfindet (Pkt. 14, 15 GB). Eine Beschlussfassung auf Rückerwerb war nach Punkt 15.2 lit. c GB u.a. ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft, dass ein Ausstieg (im Sinne eines Verkaufs des HAAG-Aktienpaketes) **nicht** erfolgt ist.

Die Ansprüche der zeichnenden Bf gegenüber der BCCS waren allerdings unter Beachtung von zwei unterschiedlichen Regelungen fristgebunden zu befriedigen. Nach Punkt 13 Abs. 3 der GB war der Ausstiegsberechnungsbetrag 10 Tage nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge zu berechnen und in weiter Folge auszubezahlen. Zudem war in Punkt 13 Abs. 5 vereinbart, dass drei Tage nach Erhalt der Ausstiegsberechnungsmitteilung, in keinem Fall aber vor dem ersten Kalendertag nach vollem Vergehen einer 12-monatigen Periode folgend der Emission der letzten Serie von EPR, der Ausschüttungsbetrag den Zeichnern zu überweisen ist. Die Leistung von Anzahlungen (Vorabzahlungen, Down Payments) war in der Urfassung der GB nicht vorgesehen.

Auch unter Bedachtnahme auf diese Fälligkeitsbestimmungen hatte der Bf seinen Auszahlungs- bzw Abschichtungsanspruch bereits auf Grund des Abschlusses des Zielgeschäftes mit dem Closing von SPA 2 verwirklicht. Oder mit anderen Worten: Mit dem Closing von SPA 2 am 2.7.2008 war der Anspruch der Genussrechtsinhaber auf Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des abgeschlossenen Zielgeschäftes dem Grunde und der Höhe nach ausreichend konkretisiert (Kirchmayr, Besteuerung von Beteiligungserträgen, Seite 147).

Bei der lt. Schreiben der BCCS vom 24.11.2008 zur Auszahlung gelangten Sonderdividende handelt es sich um eine Nachzahlung, nicht aber um Ausstiegserlöse im engeren Sinne. Dies verdeutlichen zum einen die mit Schreiben vom 22.7.2008 dem Bf erteilte Abrechnung (T/17/38: *'calculation of proceeds from the exit'*), zum anderen das Schreiben vom 22.7.2008 selbst (T/17/35: *'Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften ..... verhandelt werden'*) und schließlich die mit Schreiben vom

24.11.2008 erteilte Schlussabrechnung (T/17/47: *'Dies ermöglicht uns ... die einbehaltene Sonderdividende ..... in voller Höhe auszahlen zu können.'*).

Entgegen der zunächst vertretenen, zuletzt ohnedies modifizierten Auffassung des Finanzamtes war der Anspruch der Genussrechtsinhaber nicht bereits mit dem Closing von SPA 1 verwirklicht, wenngleich der Senat die im Aktenvermerk vom 18.8.2015 dokumentierte Auffassung, dass die BLB mit dem Closing von SPA 1 auch wirtschaftliche Eigentümerin der einen Zwerganteil verkörpernden Restaktien geworden ist, im Hinblick auf die dort angesprochenen Gründe (identisches Datum des Vertragsabschlusses, identer Kaufpreis, wechselseitig bedingte Verträge, Verfügungsbeschränkung, Pflicht zur akkordierten Stimmausübung) durchaus für vertretbar erachtet. Allerdings ändert dies nichts daran, dass beim Closing von SPA 1 die in Punkt 13.5 GB vereinbarte Fälligkeitsbedingung noch nicht erfüllt war. Und auch die Höhe des Anteiles am Erlös war zu diesem Zeitpunkt noch in erheblichem Ausmaß ungewiss. Dies wird durch die Höhe der geleisteten Vorabzahlung in Höhe von 86 % des gesamten Ausstiegsbetrages deutlich. Damit fallen (auch unter der Annahme von Substanzgenussrechten) die Tatbestandsverwirklichung (Steuerpflicht dem Grunde nach) und der für die zeitliche Erfassung der Einkünfte maßgebliche Zufluss (Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG<sup>16</sup>, § 27 Tz 16) zur Gänze in das Jahr 2008. Entgegen der zunächst vertretenen Auffassung des Finanzamtes (Bregenz) ist die Judikatur, die zum Investment in European-Kings-Club-Letter ergangen ist (vgl. Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG<sup>16</sup>, § 27 Tz 17) mangels Sachverhaltsidentität nicht auf den Beschwerdefall anwendbar. Denn dort erfolgten die Gutschrift und die nachfolgende Wiederveranlagung vereinbarungsgemäß, während gegenständlich – wie von Beginn an vereinbart - bereits eine Gutschrift unterblieb bzw zu unterbleiben hatte (siehe auch Torggler Punkt 3.2).

Der Bf brachte in seinem Schriftsatz vom 8.9.2015 (T/1/73, 75) sinngemäß vor, da die GB keine Vorabzahlungen vorgesehen hätten, seien die GB entsprechend geändert worden. Als Rechtsgrundlage, welche die rechtliche Position sämtlicher übriger Investoren unberührt gelassen habe, sei der Abschluss einer "Forward Sale Option" für diejenigen geschaffen worden, welche zu einer entsprechenden Vorabzahlung optiert hätten. Im August 2008 sei die Option durch die BCCS ausgeübt worden und eine Rückkaufvereinbarung geschlossen worden, nach welcher die Anzahlung vom endgültigen Kaufpreis in Abzug gebracht worden sei. Die Nicht-Optanten hätten gesellschaftsrechtlich gleich behandelt werden müssen. Deshalb seien auch mit ihnen im August 2008 entsprechende Rückkaufverträge abgeschlossen worden.

Diese Darstellung überzeugt den Senat nicht. Sie wird durch den Umstand widerlegt, dass weder die ursprünglich vereinbarten noch die abgeänderten GB für den eingetretenen Fall einen Rückkauf der EPR vorsahen. Dies war schlicht und einfach nicht vorgesehen und auch nicht erforderlich. Auch die vom Bf hergestellte Verknüpfung von Vorabzahlung und Rückkauf vermag der Senat nicht zu erkennen. Für die Leistung von Vorabzahlungen war eine Änderung der GB zweifelsfrei erforderlich. Ein Rückkauf des EPR (in welcher Form auch immer) war hingegen nur für den gegenständlich eben nicht eingetretenen Fall

vorgesehen, dass innerhalb der ersten drei Jahre der EPR-1-Laufzeit kein Ausstieg (= Verkauf des Zielaktien-Paketes) erfolgt.

Das aber heißt: Der auf Basis der GB bestehende Auszahlungs- bzw Abschichtungsanspruch des Bf wurde entgegen den GB und ohne Notwendigkeit in einen Anspruch auf Grund eines Rückkaufvertrages (um)gekleidet. Dies mag eine technische Erleichterung bei der Abwicklung bewirkt haben. Vor allem aber dürften hierfür rein steuerliche Gründe maßgeblich gewesen sein. Denn dies sollte dazu führen, klar und eindeutig begründete Ansprüche auf Erträge (Erlösbeteiligung, Zinsen) umzudeuten in eine (nicht steuerbare) Wertsteigerung des Genussrechtes. Wenn der Bf in seiner Stellungnahme vom 8.9.2015 (T/1/68) vorbringt, auf Ebene des Investors könne das Investment keine Erträge (Zinsen) abwerfen, auf dieser Ebene gebe es nur ein Entgelt für die Rückübertragung / Abschichtung, dann entspricht dies nicht der durch die GB (T & C) begründeten und in der Abrechnung, aus der die Verzinsung des Investments klar hervorgeht, dokumentierten Faktenlage. Da der die Steuerpflicht verwirklichende Tatbestand bereits mit dem Abschluss des Zielgeschäftes vollendet war, ist der nachfolgende Rückkauf nach Überzeugung des Senates steuerlich unbeachtlich. Auch vom Standpunkt der BCCS macht es im Übrigen nach Abschluss des Zielgeschäftes keinen Sinn, die Genussrechte (zurück) zu erwerben, da diese (für sich gesehen) vollkommen wertlos waren.

Das bedeutet zusammenfassend: Auch bei Beurteilung der Genussrechte als aktienähnlich, wären die Erträge aus ihnen (Ausstiegsumsatz abzüglich des nach Punkt 13.2 lit a (v) GB zurückzubezahlenden Nennbetrages) als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erfassen gewesen. Einen (steuerlich beachtlichen) Erlös aus der Veräußerung von Genussrechten hat der Bf nicht erzielt, eine Wertsteigerung der Substanz des Genussrechtes ist nicht feststellbar.

### **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.

Die strittige Frage, ob die Genussrechte als obligationen- oder aktienähnlich einzustufen sind, wurde vom Senat unter Bedachtnahme auf die von dem Bf zutreffend zitierte Judikatur und Literatur entschieden. Die vom Senat insbesondere nicht im Sinne des Bf gelöste Frage, ob der Bf als Genussrechtsinhaber am Liquidationserlös der emittierenden Gesellschaft beteiligt war, ist eine einzelfallbezogene Tatfrage, aber keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Feldkirch, am 3. Dezember 2015