

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache DDr. P. W., vertreten durch Intertreu Steuerberatungsgesellschaft m.b.H., Lainzerstraße 11/4, 1130 Wien, über die Beschwerde vom gegen den Bescheid der belangten Behörde FA Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 06.06.2012, betreffend Einkommensteuer 2008 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.03.2018 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

### Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) DDr. P. erklärt für das Jahr 2008  
Einkünfte aus selbständiger Arbeit in Höhe von € 460,00,  
Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit in Höhe von € 3.727,82,  
Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von - € 44.988,23 (inkl. Änderung  
gemäß § 295 BAO) und  
Einkünfte aus Leistungen in Höhe von € 40.000,00.

Die Veranlagung der Einkommensteuer 2008 erfolgte erklärungsgemäß.

Für die Jahre 2007 bis 2009 erfolgte betreffend Umsatzsteuer und Einkommensteuer eine  
Betriebsprüfung.

Schwerpunkte der Betriebsprüfung waren Unterlagen aus einer Vorprüfung bei der H Vermögensverwaltungs GmbH (Bf. als Gesellschafter und Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen): € 150.000.- aus Verzicht auf eingeräumte Rechte, die nicht in der Einkommensteuererklärung 2008 enthalten sind. Sie wurden nach Angaben des Bf. mit Spekulationsverlusten ausgeglichen und nicht in der Erklärung eingetragen.

**Im Zuge der Betriebsprüfung legte der Bf. folgendes Schreiben vor:**

**"Punkt 1) Beurteilung der ertragsteuerlichen Qualifikation des Handels mit Optionen durch DDr. G. X. im Jahr 2008.**

*Sachverhalt*

*DDr. P hat die Ag im Jahr 2008 bevollmächtigt, entsprechend einer abgestimmten Strategie für seine Rechnung Optionen auf Aktien zu "schreiben". Dies beinhaltet die Verpflichtung, einen Basiswert zu einem bestimmten Preis innerhalb einer gewissen Frist erwerben zu müssen. Dafür erhält der Stillhalter Optionsprämien, die im Zeitpunkt der Verpflichtung gutgeschrieben werden.*

*Je nach Entwicklung des Kurses der zu Grunde liegenden Aktien entwickeln sich die Optionsprämien, wobei auch die Zeit bis zum Verfall mitbestimmend für den Preis der Option ist. Entsprechend der Strategie der Ag, die das Optionsmodell aufsetzte und betreute, sollten die Optionen durch entsprechende Auswahl der zu Grunde liegenden Titel zum Verfallstermin wertlos auslaufen. Um Optionen schreiben und damit Prämien lukrieren zu können, war von DDr. Gerold X. eine Sicherheit in Form von Bankgarantien zu Gunsten der Deutsche Bank in Höhe von EUR 140.000 beizubringen.*

*Im Jahr 2008 hat der Vorstandsvorsitzende der Ag, Mag. (FH) A. R., zahlreiche Optionen im Namen von DDr. Gerold X. geschrieben. Da sich die Märkte schlecht entwickelt haben, hat Mag. (FH) A. R. die Optionen immer wieder zurückgekauft, wobei für den Rückkauf regelmäßig mehr bezahlt werden musste als die ursprünglich vereinbarten Prämie und die Differenz durch das Schreiben von höheren Kontraktzahlen oder riskanteren Titeln ausgeglichen wurde.*

*Durch die Weltwirtschaftskrise im Jahr 2008 kam hinzu, dass die Aktienmärkte in wenigen Wochen um mehr als 50% einbrachen. Dadurch waren die von DDr. P gestellten Sicherheiten nicht mehr ausreichend. Aufgrund der vielen Geschäftsfälle und der damit einher gehend stetig wachsenden Verpflichtung wurden die Verluste schließlich so groß, dass sie die von DDr. P in Form der Bankgarantien gestellten Sicherheiten überstiegen. Am 10. Juli 2008 stellte die Deutsche Bank schließlich alle Optionen glatt. Dies resultierte in einem Verlust von EUR 168.876,92. Hierauf zog die Deutsche Bank die Bankgarantien von DDr. P in Höhe von EUR 140.000-. Den übersteigenden Betrag von EUR 28.876,92 stellte die Deutsche fällig und klagte diesen samt Zinsen und Kosten bei DDr. P ein.*

*Insgesamt wurden im Jahr 2008 über 20 Geschäftsfälle (Kauf und Verkauf von Optionen) von Mag. (FH) R. für DDr. P durchgeführt.*

*DDr. P war von 2006 bis 28.11.2008 Prokurist der der Ag und für Networking und Kundenansprache im Raum Wien zuständig.*

*Einkommensteuerliche Beurteilung des Sachverhaltes:*

*Gemäß § 23 Z. 1 EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbetrieb Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist. Nachhaltig ist eine Tätigkeit, wenn mehrere aufeinander folgende gleichartige Handlungen unter Ausnutzung derselben Gelegenheit und derselben Verhältnisse ausgeführt werden (VwGH 25.Februar 1997, 95/14/0115).*

*Nachhaltigkeit liegt nicht nur dann vor, wenn die Tätigkeit auch tatsächlich wiederholt (dauernd) ausgeübt wird; auch eine einmalige Tätigkeit ist nachhaltig, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist oder wenn aus den Umständen auf die Wiederholung oder Fortsetzung dieser Tätigkeit geschlossen werden kann (vgl. VwGH 10. März 1993, 91/13/0189).*

*Eine umfangreiche Kauf- und Verkaufstätigkeit ist ein weiteres Indiz für ein planmäßiges Vorgehen und damit eine nachhaltige zu gewerblichen Einkünften führende Tätigkeit (vgl. VwGH 31. Mai 1983, 82/14/0188). Entscheidend ist nicht die absolute Zahl an An- und Verkaufsvorgängen, sondern das sich im Einzelfall bietende Gesamtbild der Verhältnisse. (vgl. VwGH 7. November 1978, 2085, 2139/78).*

*Bei Beurteilung der für die Gewerblichkeit notwendige Anzahl der Käufe und Verkäufe, nimmt die österreichische Rechtsprechung einen strengen Standpunkt für Personen ein, die sich auch berufsmäßig mit der Materie befassen.*

*Neben der Anzahl der veräußerten Objekte ist auch auf den Zeitraum zwischen Erwerbs- und Veräußerungsvorgängen Bedacht zu nehmen (vgl. VwGH 25. März 1999, 94/15/0171).*

#### *Ergebnis*

*DDr. P hat in einem Zeitraum von wenigen Monaten mehr als 20 Optionen mit Gewinnabsicht verkauft und gekauft und damit eine werbende Tätigkeit entfaltet. Bereits der Umfang der Geschäfte spricht gegen die Annahme bloßer Vermögensverwaltung. Aber nicht nur der Umfang der Geschäfte lässt auf das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit schließen, sondern auch die Art ihrer Durchführung lässt ein planmäßiges Vorgehen und somit Wiederholungsabsicht erkennen. Unter Bedachtnahme auf die Vielzahl der Geschäftsfälle ist daher eine nachhaltige Betätigung entfaltet worden.*

*Da DDr. P auch beruflich als Prokurist beim Organisator des Optionsmodells, Ag, tätig war, ist daher ein weiteres Indiz für die Gewerblichkeit der Betätigung anzusehen. Der Umstand, dass ein Abgabepflichtiger auch beruflich mit Optionen befasst war (Prokurist der Ag) ist geeignet, das Bild der Planmäßigkeit des Vorgehens zu verstärken (vgl. abermals VwGH 31. Mai 1983).*

*Auch die Betrachtung der Optionsgeschäfte rundet das Bild eines planmäßigen Vorgehens ab, da sie alle in derselben Art abgewickelt worden seien. Dies lässt sich schon an den jeweils gleich gestalteten Geschäftsfällen erkennen, die standardisiert mit den verschiedenen Handelsplätzen abgewickelt wurden. Damit war auch die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gegeben, da die Tätigkeit so beschaffen war, dass sie ihrer Art nach Geschäftsbeziehungen mit mehr als einem einzigen Partner ermöglichte (vgl. VwGH 13. Februar 1991, 90/13/0161).*

*Die Art des Tätigwerdens von DDr. P ist daher als gewerblich einzustufen, es lag daher ein gewerblicher Handel mit Optionsrechten vor.*

**Punkt 2)** Beurteilung des Verzichts auf ein Optionsrechts gegen Entgelt und der Vereinnahmung einer Optionsprämie durch DDr. P im Jahr 2008.

*Sachverhalt:*

*DDr. P hat am 31.1.2008 mit der ZT GmbH, der P. GmbH und der HV GmbH (nachfolgend kurz Eigentümer) eine Option abgeschlossen, das im jeweiligen 1/3 Eigentum der genannten Gesellschaften stehende Liegenschaft 1100 Wien, Platz zum Preis von jeweils EUR 200.000, insgesamt sohin EUR 600.000, zu erwerben. Bei einer Option handelt es sich um ein dem Vorvertrag verwandtes Rechtsinstrument, durch das eine Partei das Recht erhält, ein inhaltlich vorausbestimmtes Rechtsverhältnis in Geltung zu setzen (vgl. z.B. Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I 13, 143). Das DDr. P eingeräumte Optionsrecht war nicht auf dessen persönliche Verhältnisse abgestellt und mit 31.12.2008 befristet.*

*Ende des Jahres 2008 wurde von DDr. P eine Mitunternehmergruppe namhaft gemacht, die sich bereit erklärt haben, die Liegenschaft zum Preis von EUR 750.000 zu erwerben. Da auch DDr. X. dieser Mitunternehmergruppe angehörte, war der ursprünglich angedachte Erwerb der Liegenschaft durch DDr. P und der Weiterverkauf an die Miteigentümergruppe nicht tunlich, da damit die von DDr. P vereinnahmte Kaufpreisdifferenz für die anderen Miteigentümer offenkundig geworden wäre. DDr. P kam daher auf die Eigentümer der Liegenschaft mit dem Vorschlag zu, den Erwerbsprozess wie folgt zu gestalten: Die Eigentümer der Liegenschaft verkaufen diese direkt an die von Dr. P namhaft gemachte Miteigentümergruppe zum Preis von EUR 750.000. Die Differenz zwischen dem von den Miteigentümern bezahlten Kaufpreis und dem zwischen den derzeitigen Eigentümern und DDr. P vereinbarten Kaufpreis in Höhe von EUR 150.000, wird von den jeweiligen Eigentümern zu jeweils einem Drittel (EUR 50.000 pro Gesellschaft) direkt an DDr. P ausbezahlt. Die Vorgangsweise stellt die Eigentümer exakt gleich wie ein direkter Verkauf an DDr. P. Dieser hat den Vorteil der Lukrierung der Preisdifferenz sowie des Entfalls der Notwendigkeit, die von ihm vereinnahmte Preisdifferenz mit den anderen Miteigentümern offen legen zu müssen. Die Vertragsparteien haben daher vereinbart, dass DDr. P auf sein Optionsrecht verzichtet wenn die Kaufpreisdifferenz bis spätestens 31.12.2008 an diesen ausbezahlt wird. Der Verzicht hat innerhalb eines Jahres stattgefunden. Im Jahr 2008 sind DDr. P EUR 100.000 auf Grund des Verzichtes zugeflossen. Hinsichtlich des Verzichts gegenüber der H Vermögensverwaltungs GmbH wurde in weiterer Folge vereinbart, dass kein Entgelt für den Verzicht bezahlt wird.*

#### **Einkommensteuerliche Beurteilung des Sachverhaltes:**

*Gemäß § 21 BAO ist für die Beurteilung abgabenrechtlicher Fragen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Da der Sachverhalt in diesem Fall den Kauf und Verkauf einer Liegenschaft abbildet, der lediglich aus Gründen des Verhältnisses von DDr. P zu den anderen Miteigentümern und der Vereinfachung der Übertragung der Liegenschaft durch das Einsparen eines Erwerbsvorganges als direkter Verkauf zivilrechtlich als Verzicht auf das Recht die Liegenschaft zu kaufen unter gleichzeitiger Auszahlung der Kaufpreisdifferenz an DDr. P abgebildet wurde, ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise von einem Kauf und einem Weiterverkauf der Liegenschaft auszugehen.*

## **Subsumierung unter § 29 Z 3 EStG 1988**

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (vgl. E vom 23.5.2000, 95/14/0029, oder vom 3.7.2003, 99/15/0003 oder E vom 25.11.1986, 86/14/0072, VwSlg. 6.173/F) kann eine Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen. Eine Leistung iSd zitierten Bestimmung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist einem anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Leistungen im Sinne des § 29 Z 3 legt.cit. sind nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dadurch charakterisiert, dass sie einem Verhältnis aus Leistung und Gegenleistung entspringen bzw./und ist darunter jedes Verhalten zu verstehen, das einem anderen wirtschaftlichen Vorteil verschafft. In der Aufgabe liegt daher nur dann ein Tun, Dulden bzw. Unterlassen gegen Entgelt vor, wenn dadurch einem anderen ein wirtschaftlicher Vorteil eingeräumt wurde. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung darf sich jedoch nicht auf die Übertragung von Wirtschaftsgütern oder Ausgleich von Vermögensnachteilen, sondern nur auf ein sonstiges Handeln, Unterlassen oder Dulden beziehen. (Quantschnigg-Schuch, ESt-Handbuch, Tz 18 zu § 29; VwGH vom 30.9.1999, 98/15/0117; 25.11.1986, 86/14/0072).

Entsprechend der Judikatur des VwGH kann die Veräußerung von Vermögensgegenständen bzw. die einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung nicht auch als Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 angesehen werden (vgl. VwGH 3.7.2003; 99/15/0003).

Da dem Begriff der "Leistung" im Sinne des § 29 Z 3 EStG 1988 gemäß dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. November 1986, 86/14/0072, die Bedeutung beizumessen ist, die der Sprachgebrauch des Wirtschaftslebens mit dem Worte "Leistung" zu verbinden pflegt, kann in diesem Sinn das Verhalten von DDr. P insofern, als es nicht darauf gerichtet war, den Eigentümern durch den Verzicht auf die Ausübung des Optionsrechtes gegen Entgelt einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, ohne die Liegenschaft in der Substanz und dem Umfang nach zu verändern, nicht unter den Begriff Leistung subsumiert werden.

## **Subsumierung unter § 30 EStG 1988**

Veräußerungsgewinne von Liegenschaften fallen grundsätzlich nicht unter die Besteuerung nach § 29 Z 3 EStG. Maßgeblich ist, ob eine Entgeltszahlung für den endgültigen Verlust in der Substanz oder für den Verzicht auf eine Nutzungsmöglichkeit bezahlt wird. Maßgeblich ist dabei die Sicht des Leistenden (aaO, ESt-Handbuch, Tz 18 zu § 29).

Auch nach der von Doralt auf der Grundlage der Rechtsprechung des deutschen Bundesfinanzhofes vertretenen Rechtsmeinung ist für die Abgrenzung des nicht steuerbaren Vermögensbereiches vom steuerpflichtigen Nutzungsbereich entscheidend, ob das Entgelt als Ausgleich für den endgültigen Verlust eines Wirtschaftsgutes in seiner Substanz oder für die Gebrauchsüberlassung zur Nutzung, den Verzicht auf eine Nutzungsmöglichkeit oder deren Beschränkung (beispielsweise durch Belastung) gezahlt

wird, während der Vermögenswert, aus dem die Nutzungen fließen, in seiner Substanz erhalten bleibt; die Abgrenzung erfolgt nach dem wirtschaftlichen Gehalt der zugrunde liegenden Vereinbarung (vgl. Doralt, Einkommensteuerkommentar, Band II, 4. Auflage, Tz 37 zu § 29, Seite 19 samt den dort zitierten Urteilen des deutschen Bundesfinanzhofes (zu der hinsichtlich des Inhaltes des § 29 Z 3 des österreichischen EStG 1988 gleichen Bestimmung des § 22 Z 3 des deutschen Einkommensteuergesetzes, BStBl 1977 II 26; 1998 II 133).

Es fand keine Aufgabe der Rechtsposition statt, da DDr. P nicht auf sein Optionsrecht verzichtet, sondern dieses vielmehr - in wirtschaftlicher Betrachtungsweise - ausgeübt hat. Es wurde den Eigentümern durch den Verzicht auch kein Vorteil verschafft, da dieser nur Zug um Zuge gegen Übertragung der Liegenschaft an die von DDr. X. genannten Miteigentümergruppe und Auszahlung der Differenz zwischen dem mit den Miteigentümern vereinbarten Kaufpreis und dem Ausübungspreis gewährt wurde.

Die Zahlung der Eigentümer wurde im Ergebnis nicht für den Verzicht auf die Ausübung des Optionsrechts bezahlt, sondern um den direkten Eigentumserwerb einer vom Optionsberechtigten namhaft gemachten Miteigentümergruppe zu ermöglichen. Daher ist dieser Vorgang gem. § 30 EStG 1988 als Erlös aus der Veräußerung von Vermögensgegenständen unter dort im Einzelnen festgelegten Voraussetzungen einkommensteuerlich zu erfassen.

#### Ergebnis

DDr. P erzielte im gegenständlichen Fall keine Einnahmen durch den Verzicht auf das Optionsrecht, da die Eigentümer die Bezahlung durch das Auslaufen der Optionsfrist am 31.12.2008 die Zahlung hätten vermeiden können. Die Eigentümer wurden durch den Verzicht auf das Optionsrecht durch DDr. P nicht in die Lage versetzt, über die Liegenschafts(anteile) frei zu verfügen. Damit wurden den Eigentümern durch den Optionsverzicht auch kein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 29 Z 3 EStG 1988 verschafft.

Der Subsumtion unter § 29 Z 3 leg.cit. steht daher entgegen, dass der Vorgang als Veräußerung eines Vermögensgegenstandes bzw. als diesem gleichzuhaltenden Vermögensumschichtung zu beurteilen ist.

Der Vorgang hat, A. als das etwa beim Verzicht auf Nachbarrechte, eine Veräußerungs- und Belastungsverbot oder auf Vorkaufsrechte der Fall ist, eine als Veräußerung von Vermögen zu Folge gehabt, weil das Vermögen (Liegenschaft) in seiner Substanz den Eigentümern nicht erhalten geblieben ist. Damit ist den Liegenschaftseigentümern durch den Verzicht von DDr. P kein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen.

Im gegenständlichen Fall ist durch den Verzicht auf die Geltendmachung des Optionsrechtes keinem anderen als DDr. P ein wirtschaftlicher Vorteil eingeräumt worden. Der Verzicht ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Veräußerung eines Vermögensgegenstandes oder eine einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung anzusehen. Daher bleibt für die Subsumtion unter § 29 Z 3 EStG 1988 kein Raum.

*Es liegt somit eindeutig eine Veräußerung von Vermögen bzw. eine Vermögensumschichtung vor, wodurch eine Besteuerung nach § 29 Z 3 EStG 1988 ausgeschlossen ist. Daher ist dieser Vorgang gemäß § 30 und 31 EStG 1988 als Erlös aus der Veräußerung von Vermögensgegenständen unter dort im Einzelnen festgelegten Voraussetzungen einkommensteuerlich zu erfassen.“*

**Im Zuge der Betriebsprüfung wurde zu Punkt 1)**

ein Schreiben der Deutsche Bank vom 15.07.2008 vorgelegt in dem der Bf. aufgeforderte wurde, sein Konto glattzustellen mit dem Betrag von 167.680,28 EUR.

In dem Schreiben vom 14.8.2008 an die Deutsche Bank, nahm Bf. Stellung zu dem "Schadensfall". Der Bf. führte aus, dass die Investmentstrategie betreffend die sogenannten "Short Puts" vom Herrn R., Vorstandsvorsitzende der Ag, erfolgt sei. Dieser habe das "I.-Modell" erfunden.

Nach weiteren Aussagen, arbeite die Ag auf reiner Leistungsentgeltsbasis und partizipiere nur vom nachgewiesenen Erfolg ihrer Klienten.

Den Kunden wurde suggeriert, dass einlangende Prämien eigentlich schon ihm gehörten, da es möglich sei, mit der Bankgarantie über den Kapitalmarkt Prämien aus der Aktienkaufvereinbarung zu erwirtschaften.

Die Ag habe auch die Bankverbindungen mit der Deutsche Bank hergestellt.

Eine persönliche Kontaktaufnahme mit Mitarbeitern der Deutsche Service Bank GmbH hinsichtlich der Eröffnung des Kontos und der Aufklärung des Risikos sei niemals erfolgt. Herr R. riet dem Bf. eine Bankgarantie mit € 140.000 als Sicherheit beizubringen Über das Konto sei ohne vorherige Zustimmung und Aufklärung des Kunden verfügt worden.

Herr N. von der Deutsche Bank habe dem Bf. mitgeteilt, dass er dem I.-Modell vertraue. Dieses Vertrauen habe den Bf. veranlasst, dass auch er dem Modell vertraute.

Die Deutsche Bank habe jedoch auch erkennen müssen, dass die Art und Weise des Handelns und des ständigen Ausnützung bzw. Überschreitung des Marginlimits gemessen am Risikoprofile der Kunden und er Fremdfinanzierung untragbar gewesen sei.

Eine dem Finanzamt vorgelegte Klage des Bf. gegen die Deutsche Bank AG betreffend den den Bf. sich ergebenden Schaden sämtliche Order aus der Geschäftsbeziehung zwischen dem Bf. und der Bank offen zulegen, wurde stattgegeben.

Aus dem vorgelegten Beschluss des Landesgericht für ZRS Wien geht hervor, dass der Bf. Bankgarantien in Höhe von € 140.000,- beigebracht habe.

Die Ag habe keine Order geben können, da sie keine Vollmacht für das Konto bekommen habe. Der Bf. musste jede Order unterschreiben.

Herr N. führte zu der Einstufung des Bf. als Privatkunden aus, das der Bf. kein professioneller Kunde sein konnte, da die Einstufung als professioneller Kunde eine bestimmte Volumensgröße und eine bestimmte Ordertätigkeit voraussetze.

Der Privatkunde könne weiters einen besseren Schutz genießen.

**zu Punkt 2)**

geht laut dem vom Bf. vorgelegten Kaufvertrag vom 9. Oktober 2007 hervor, dass die HV GmbH, P. GmbH und ZT GmbH die gegenständliche Liegenschaft in Favoriten um 500.000,- Euro gekauft habe.

Die drei genannten GmbHs (Berechtigende) nahmen einen Kontokorrentkredit in Höhe von 500.000 Euro auf.

Folgende Vereinbarung vom 31.01.2008 zwischen dem Bf., dem Berechtigten und der HV GmbH, P. GmbH und ZT GmbH, nachfolgend kurz Berechtigende wurde vorgelegt.

*"Die Berechtigenden sind zu je einem 1/3-idellen Anteil Eigentümer der Liegenschaft EZ 1349, KG 01101 Favoriten, nachfolgend kurz Liegenschaft.*

*Da sich der Verkauf der Liegenschaft schleppend gestaltet, erklärte sich der Berechtigte bereit, sich um die Veräußerung der Liegenschaft zu kümmern. Im Gegenzug räumen ihm die Berechtigenden jeweils das Recht ein, ihren 1/3-idellen Liegenschaftsanteil bis spätestens 31.12.2008 um jeweils EUR 200.00, insgesamt sohin zu einem Kaufpreis von EUR 600.000 zu erwerben."*

Der Bf. hat im November 2008 eine Investorengruppe gefunden, die € 750.000,- für das Grundstück bezahlen würden.

Vom Bf. wurden die zwischen ihm, dem Berechtigten, und den Berechtigenden besprochene zivilrechtlichen drei Möglichkeiten bekanntgegeben:

1. Der Bf. kauft die Liegenschaft an und verkauft diese an die Investorengruppe weiter.
2. Der Bf. verkauft die Optionsrechte jeweils direkt an die Investorengruppe und diese zieht das Optionsrecht
3. Der Kaufpreis gegenüber den Investoren wird seitens der Eigentümer im Kaufvertrag mit EURO 750.000,- festgelegt. Der Bf. verkauft sein Optionsrecht an die Optionsgeber um € 150.000,-.

Der Bf. führte aus, dass er die 3. Variante favorisiere, da er den Gewinn aus dem Verkauf der Liegenschaft den Investoren nicht offen legen wollte. ...Wirtschaftlich ergebe sich für die Optionsgeber kein Unterschied, da sie in allen drei Varianten den vereinbarten Kaufpreis erhalten.

Auf Grund weiterer Vereinbarungen vom 30.11.2008 zwischen den Berechtigten und den Berechtigenden erklärte der Berechtigte auf das ihm eingeräumte Recht zu verzichten . Im Gegenzug verpflichteten sich die Berechtigenden bis spätesten 31.12.2008 einlangend EUR 50.000 für den Verzicht zu bezahlen.

Dezember 2008 wurde das Grundstück von den Eigentümern, den Berechtigenden, an 10 Käufer um 750.000 Euro, a 75.000 verkauft, von denen einer der Bf. war.

Der **3. strittige Punkt**, der im Zuge der Betriebsprüfung aufgegriffen wurde, war das Honorar, das der Bf. von der ZT GmbH für die Einräumung eines bis 30.9.2009 befristete Recht, eine im Eigentum des Bf. befindliche Wohnung um € 130.000,00 zu erwerben in Rechnung gestellt hat.

Vorgelegt wurde die Honorarnote über 46.000,- € vom 15.12.2008.

**In dem Betriebsprüfungsbericht über das Ergebnis der Außenprüfung wurden von der Betriebsprüfung folgende steuerliche Feststellungen getroffen:**

**zu Punkt 1:** die Verluste aus dem I.-Modell sind nicht auf Grund einer gewerblichen Tätigkeit entstanden daher nicht mit anderen Einkünften ausgleichsfähig und weiters da die Verluste auf Grund von Spekulation entstanden sind auch mit den anderen Einkünften nicht ausgleichsfähig.

**zu Punkt 2:** der Verzicht des "Optionsrechtes" für € 150.000,00 stellen sonstige Einkünfte gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 dar.

**zu Punkt 3:** das Honorar für Einräumung des befristeten Rechtes in Höhe von € 46.000,00 ebenfalls sonstige Einkünfte darstellt.

**Die Feststellungen betreffend die in diesem Verfahren strittigen Punkte wurden folgendermaßen begründet:**

**"Zu dem Verlust aus I.-Modell (Handel mit Optionen)**

**Einkommensteuerrechtliche Beurteilung**

**I. Vermögensverwaltung oder gewerblicher Wertpapierhandel**

*DDr. X. führt betreffend Annahme der Gewerblichkeit iZh mit I.-Modell (Handel mit Optionen) laut Schreiben aus: DDr. X. hat in einem Zeitraum von wenigen Monaten mehr als 20 Optionen mit Gewinnabsicht verkauft und gekauft und damit eine gewerbl. Tätigkeit entfaltet. Bereits der Umfang der Geschäfte spricht gegen die Annahme bloßer Vermögensverwaltung. Aber nicht nur der Umfang der Geschäfte lässt auf das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit schließen, sondern auch die Art ihrer Durchführung lässt ein planmäßiges Vorgehen und somit Wiederholungsabsicht erkennen. Unter Bedachtnahme auf die Vielzahl der Geschäftsfälle ist eine nachhaltige Betätigung entfaltet worden.*

DDr. P war auch beruflich als Prokurist beim Organisator des Optionsmodell, Ag, tätig. Dies ist als weiteres Indiz für die Gewerblichkeit der Betätigung anzusehen. Der Umstand, dass ein Abgabepflichtiger auch beruflich mit Optionen befasst war (Prokurist der Ag) ist geeignet, das Bild der Planmäßigkeit des Vorgehens zu verstärken.

Auch die Betrachtung der Optionsgeschäfte rundet das Bild eines planmäßigen Vorgehens ab, da sie alle in derselben Art abgewickelt worden seien. Dies lässt sich schon an den jeweils gleich gestalteten Geschäftsfällen erkennen, die standardisiert über verschiedene Handelsplätze abgewickelt wurden. Damit war auch die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gegeben, da die Tätigkeit so beschaffen war, dass sie ihrer Art nach Geschäftsbeziehungen mit mehr als einem einzigen Partner ermöglichte.

Nach Ansicht von DDr. X. ist die Art seines Tätigwerdens als gewerblich einzustufen (gewerblicher Handel mit Optionsrechten).

Diese Ansicht wird seitens der Finanzamts nicht geteilt.

**Erläuterung Funktionsweise des I.-Modells:**

Aus Klagschrift von H. Partner Rechtsanwälte GmbH vom 11.07.2011:

Kläger DDr. X. an das Handelsgericht Wien:

...

DDr. X. wurde die Investmentstrategie der Ag derart erklärt, dass man Aktien über so genannte Short-Puts einkauft, indem man für zuvor sorgfältig ausgesuchte Werte Kaufverpflichtungen eingeht. Angegeben wurde, dass es sich dabei um rund 60 handverlesene Aktienwerte von Weltmarktführern und vergleichbaren Unternehmungen handelt, bei denen mit Renditen von zumindest 3% zu rechnen sei. Die Auswahl der Aktien erfolge dermaßen, dass man die Aktien auch kaufen könnte und als soliden langfristigen Wert ins Portfolio aufnehmen könnte, dies aber nicht unmittelbar tut, da zuvor die Short-Put-Prämie lukriert wird. In weiterer Folge sind zwei Szenarien denkbar:

a) Wenn die Werte über dem gewählten Tagespreis bleiben, laufen die Optionen wertlos aus.

b) Falls es zu einer Andienung käme, würden die Aktien ins Portfolio angeliefert werden.

Im zweiten Fall würden dem Konto wiederum Dividenden gutgeschrieben und weiters bestand die Möglichkeit zusätzliche Prämien durch Short-Calls in Höhe von ca. 6% des Andienungswertes zu lukrieren (s. Seiten 4 u. 5).

#### Einstufung als Privatkunde

Laut obig genannter Klagschrift vom 11.07.2011 war DDr. X. Kunde der AG (Graz). Bei der Ag handelt es sich um eine Wertpapierfirma (S. 4). Herr R. (Ag) teilte dem DDr. X. mit, dass das Geschäftsmodell der Ag von der Deutsche Bank AG (Deutschland, Deutschland) hausintern geprüft wurde und für valide befunden wurde. Aufgrund dieser internen Prüfung habe sich die Deutsche Bank AG bereit erklärt, mit der Ag zusammen zu arbeiten und Herr R. empfahl dem DDr. X. ein Konto bei der Deutsche Bank AG zu eröffnen. Wie bereits erwähnt machte das Geschäftsmodell es erforderlich, Bankgarantien als Sicherheit für die Einräumung eines Kredites beizubringen.

DDr. X. eröffnete ein Depotkonto bei der Deutsche Bank AG und schloss mit dieser einen Kreditvertrag i. Höhe von € 140.000,-- ab (S. 7 u. 8).

Der Deutsche Bank kommt somit eine Doppelrolle zu. Zum einen war sie Depotbank und zum anderen Kreditgeber (S. 9).

Von der Deutsche Bank AG wurde DDr. X. als Privatkunde eingestuft. Er wäre aber jederzeit berechtigt gewesen eine andere Einstufung zu verlangen. Allerdings steht dann nicht mehr das volle Schutzniveau für Privatkunden nach den Vorschriften des Wertpapierhandelsgesetztes zu. Ein Antrag auf Umstufung durch DDr. X. hat nie stattgefunden (s. S 13).

Laut Firmenbuch war DDr. X. als Prokurist, mit Eintragung vom 03.12.2005, bei der Ag tätig. Die Funktion wurde mit 13.03.2008 gelöscht.

Weiters wurde von DDr. X. ein Klagsvorbringen (Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, vom 22.06.2011) vorgelegt. Kläger: Deutsche Bank AG, Beklagter: DDr. X.. Hierin wird folgender Sachverhalt dargestellt:

*DDr. X. ist seit 19.12.2006 (Antrag auf Eröffnung eines Kontos/Depots vom 19.12.2006) Kunde der Deutsche Bank AG. DDr. X. wickelte über die Deutsche Bank Finanztermingeschäfte ab. Dazu hat die Deutsche Bank eine Kreditlinie über € 140.000,-- eingeräumt, die durch 2 Bankgarantien besichert war. Am 19.12.2006 schlossen die Deutsche Bank und DDr. X. zugleich mit der Kontoeröffnung einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte. Dieser Rahmenvertrag diente als Grundlage für weitere einzelne Finanztermingeschäfte, die die Deutsche Bank im Auftrag der beklagten Partei als Kommissionsgeschäft abschloss.*

**Kommentar 2011, zu § 23 Tz 49ff) Abgrenzung gewerbl. Wertpapierhandel / Vermögensverwaltung (Jakom EStG)**

a) *Der Rahmen der Vermögensverwaltung ist erst überschritten, wenn das Tätigwerden des StPfl nach Art und Umfang deutl. jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerbl. Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen GewBetr. - eine „bankentypische Tätigkeit“ - ausmacht.*

b) *Die Umschichtung von Papieren gehört grds. noch zur privaten Vermögensverwaltung. Bei Wertpapieren liegt es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren.*

*Bedient sich der StPfl. für den An- und Verkauf von Papieren der Dienste von Banken (als Kommissionäre), kann er die für eine allg. Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt entfalten; diese Art der Kaufabwicklung deutet daher für sich nicht auf einen GewBetr.*

c) Zu den Kriterien, die für die Gewerblichkeit sprechen, gehören

a. *der Umstand, dass Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden.*

b. *Die Anzahl der jährl. An- und Verkäufe sowie die Höhe der Umsätze. Liegt die Anzahl der An- und Verkäufe im Durchschnitt der Jahre für sich betrachtet jeweils unter 30, spricht dies nicht für Gewerblichkeit.*

c. *Die Fremdfinanzierung der angeschafften Papiere stellt zwar ein weiteres iRd Gesamtbetrachtung zu würdigendes Kriterium dar. Es kommt ihm allerdings kein entscheidendes Gewicht mehr zu, da sich in jüngerer Zeit, zunehmend neue Formen der privaten Vermögensbildung entwickelt haben, die den anfänglichen Einsatz von Fremdkapital zum Einsatz haben.*

d. *Nicht unbedeutend ist schließlich der Umstand, ob der StPfl. einen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf, insb. den des Wertpapiermaklers ausübt.*

d) *Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Bei der Beurteilung des Sachverhalts ist eine Gesamtbetrachtung heranzuziehen. Aus Jakom EStG 2011, II. Abgrenzung ggü der Vermögensverwaltung.*

*Aufgrund der obig dargestellten Sachverhalte wie geringe Anzahl von Umschichtungen (Käufe, Verkäufe), keine Transaktionen auf fremde Rechnung, Auftreten der Deutsche Bank als Kommissionär, Art und Umfang des Tätigwerdens überschreitet nicht deutlich übliche Vermögensverwaltung (d.h. keine banktypische Tätigkeit), Einstufung als Privatkunde, kein entscheidendes Gewicht der Fremdfinanzierung für Gesamtbetrachtung, geht das Finanzamt im Rahmen der Gesamtbetrachtung nicht von einem gewerblichen Handel mit Optionsrechten, sondern von Vermögensverwaltender Tätigkeit (außerbetriebl. Einkünfte) aus.*

## *II. Verluste Spekulationsgeschäfte (§ 30) iZh mit I.-Modell*

*Spekulationsgeschäfte bei Wertpapieren sind Veräußerungsgeschäfte, bei denen ein Zeitraum zwischen der Anschaffung und Veräußerung von nicht mehr als einem Jahr besteht. Verluste aus Spekulationsgeschäften sind nur mit Überschüssen aus anderen Spekulationsgeschäften ausgleichsfähig (rel. Verlustausgleichsverbot).*

*Per mail vom 09.03.2012 wurden von Seiten der BP von DDr. X. folgende Unterlagen/ Informationen abverlangt:*

- 1) Zum Verlust die Depotauszüge: Beginn, alle Bewegungen dazwischen und Ende muss ersichtlich sein.*
- 2) Den Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte vom 19.12.2006 (s. Schriftstück v. Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, 22.06.2011).*
- 3) Wo sind die Prämien aus Optionen eingegangen?*

*Hierauf wurde von DDr. X. das Protokoll der Vernehmung von Herrn N., leitender Angestellter der Deutsche Bank, übermittelt. Weiters wurde bekannt gegeben, dass DDr. X. nicht über eine genaue Aufstellung aller einzelnen Geschäftsfälle die durchgeführt wurden, verfügt, da diese von Hr. R. (dem Initiator des I.-Modells) großteils ohne Autorisierung des DDr. X. erfolgt sind. Die Erhebung wie genau der Verlust entstanden ist, ist lt. DDr. X. Gegenstand der Gerichtsverfahren (mail vom 13.03.2012).*

*Auszüge aus der Einvernahme des Günther N., Landesgericht für ZRS Wien, vom 26.01.2012:*

*Seite 7: „Über die Frage der Richterin, aus welchen Gründen der Beklagte als Privatkunde eingestuft worden sei: Der Beklagte konnte nicht professioneller Kunde sein, dafür waren die Voraussetzungen nicht gegeben. Die Einstufung als professioneller Kunde setzt eine bestimmte Volumensgröße und eine bestimmte Ordertätigkeit (Stückzahl) voraus.“*

*Seite 8: „Der Privatkunde genießt den höchsten Schutz. Wie gesagt gibt es diesen Klassifizierung seit 1.11.2007, das Konto wurde aber bereits im Dezember 2006 eröffnet.“*

*Seite 9: „Es gab Kunden, die nie eine Provision bezahlt haben, obwohl Prämien geflossen sind. Das war z.B. beim Beklagten der Fall.“*

*Seite 11: „Bis Mai 2007 war das Portfolio des Beklagten im positiven Bereich. Vom 1.6.2007 bis 20.9.2007 wurde es im negativen Bereich geführt, dann vom 20.9 bis*

*9.11.2007 wieder im positiven Bereich. Ab 9.1.2008 bis zum Schluss war das Depot durchgehend negativ.“*

### *Entstehung und Höhe des Schadens*

*Der Schaden bei DDr. X. trat ein, als die Deutsche Bank AG die Glattstellung, aufgrund negativer Kursentwicklung, des bei ihr geführten Kontos am 10.07.2008 durchgeführt hat (s. Seite 20 der Klagschrift vom 11.07.2011). Von der Deutsche Bank AG wurden die Bankgarantien, die zur Finanzierung des Wertpapiergeschäfts übergeben wurden, in Höhe von € 140.000,— verwertet (s. Seite 19 der Klagschrift vom 11.07.2011).*

*Weiters wurde der BP ein Schreiben, vom 15.07.2008, von der Deutsche Bank, adressiert an DDr. X., vorgelegt. In diesem wird obiger aufgefordert sein Konto, per 15.07.2008 mit einem Saldo von € -167.680,28, davon Verlust durch Glattstellen der Bank per 15.07.2008 von € -167.396,19, auszugleichen oder mitzuteilen, wie er sich einen zeitnahen Kontoausgleich vorstellt.*

*Von Seiten der BP können die Verluste aus obigen Spekulationsgeschäften nicht anerkannt werden, da aufgrund fehlender Depotauszüge (Eröffnung des Kontos/Depots bei der Deutsche Bank bereits im Dez. 2006, ausländischer Sachverhalt) nicht nachvollzogen werden kann, ob die bei den An- und Verkäufen entstandenen Verluste aus Spekulationsgeschäften innerhalb der Einjahresfrist entstanden sind.*

### **Tz 2 (Punkt 2.)**

#### ***Einkommensteuerrechtliche Beurteilung des Verzichts auf ein Recht gegen Entgelt***

*Im Jahr 2008 hat DDr. X. mit der „HV-GmbH, der P.GmbH und der ZT GmbH eine Vereinbarung abgeschlossen*

*(vom 31.01.2008) sich um die Veräußerung der Liegenschaft Platz, 1100 Wien, zu kümmern, da sich der Verkauf schleppend gestaltete. Im Gegenzug räumten ihm die Berechtigenden jeweils das Recht ein, ihren 1/3-idellen Liegenschaftsanteil bis spätestens 31.12.2008 um jeweils € 200.000,- insgesamt somit zu einem Kaufpreis von € 600.000 zu erwerben.*

*Mit Vereinbarung vom 30.11.2008 verzichtete der Berechtigte (DDr. X.) auf das ihm eingeräumte Recht. Im Gegenzug verpflichteten sich die Berechtigenden bis spätestens 31.12.2008 einlangend jeweils € 50.000 für den Verzicht zu bezahlen.*

*Ende des Jahres 2008 sind DDr. X. die € 150.000 (dreimal je € 50.000,—) zugeflossen.*

*Nach Ansicht des Finanzamtes handelt es sich in diesem Fall um Einkünfte aus Leistungen (§ 29 Z 3 EStG), da der obig dargestellte Sachverhalt einem entgeltlichen Verzicht auf die Ausübung eines Vorkaufsrechtes entspricht.*

*Nach Doralt ist der Verzicht auf ein höchstpersönliches Recht kein Veräußerungsvorgang, sondern eine Leistung im Sinne des § 29 Z 3 EStG, weil höchstpersönliche Rechte zivilrechtlich nicht übertragen werden können, und deshalb keine Wirtschaftsgüter darstellen. Beispiele für höchstpersönliche Rechte sind Veräußerungs- u.*

*Belastungsverbote und das Vorkaufsrecht. Daher stellt der Verzicht auf ein Vorkaufsrecht nicht eine Veräußerung eines Wirtschaftsgutes dar, sondern eine Leistung im Sinne des § 29 Z 3 EStG. Nicht jeder Verzicht auf ein höchstpersönliches Recht ist allerdings eine Leistung im Sinn des § 29 Z 3 EStG; es muss gleichzeitig ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft werden (s. Doralt, EStG Kommentar, Einkünfte aus Leistungen, 8. Lfg (Jänner 2004).*

*Eine Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 kann in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen. Eine Leistung im Sinne der zitierten Bestimmung ist somit jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, einem anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen (VwGH 3.7.2003, 99/15/0003).*

*Im jüngeren Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass das Entgelt für den Verzicht auf ein Vorkaufsrecht einen Ersatz für den endgültigen Verlust eines Wirtschaftsgutes in seiner Substanz darstellt und damit nicht unter § 29 Z 3 EStG zu subsumieren ist. Doralt verweist in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des BFH, wonach nach deutscher Rechtslage das Entgelt für die Abtretung eines Rückkaufsrechtes keine Einkünfte aus Leistungen darstellt, sondern der Anspruch auf Rückkauf vielmehr ein Wirtschaftsgut ist, über das ein Veräußerungsgeschäft abgeschlossen wurde. Die Rechtslage in Deutschland kann jedoch nicht unreflektiert auf die Österreichs übertragen werden. Denn in Deutschland sind sowohl das Wiederkaufsrecht als auch das Vorkaufsrecht einer Übertragung zugänglich, während beide Rechte in Österreich nach hA unübertragbar sind (VwGH 3.7.2003, 99/15/0003).*

*In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob ein Vorkaufsrecht trotz der Tatsache, dass es nach hA in Österreich nicht übertragbar ist, ein Wirtschaftsgut und somit einen Vermögenswert darstellt, sodass es zu einer veräußerungsgeschäftlichen Vermögensumschichtung kommen kann. Der Wirtschaftsgutbegriff setzt nach der Rechtsprechung des VwGH zwar keine Einzelveräußerbarkeit, jedoch eine Übertragbarkeit in dem Sinne voraus, als es Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs sein können muss. Dem Vorkaufsrecht fehlt es jedoch bereits an dieser Eigenschaft (VwGH 3. 7. 2003, 99/15/0003). Damit kann mangels Übertragbarkeit kein Spekulationsgeschäft iSd. § 30 EStG vorliegen.*

*Zusätzlich ist noch folgendes Argument zu bedenken: Dem Vorkaufsrecht haftet selbst in dem Sinne kein Wert an, als es sowohl bei Inanspruchnahme als auch bei unentgeltlicher Nichtausübung zu keiner Vermögensänderung kommt.*

*Dem Vorkaufsberechtigten bietet sich lediglich die Möglichkeit, in den Vertrag des Vorkaufsverpflichteten mit einem Dritten einzutreten und die Liegenschaft durch Bezahlung des entsprechenden Kaufpreises zu erwerben. Auch bei unentgeltlicher Nichtausübung kommt es zu keiner Verminderung der Vermögenssubstanz (VwGH 3. 7. 2003, 99/15/0003). Somit wird durch das Entgelt für den Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechtes kein Nachteil in der Vermögehsphäre ausgeglichen, sondern das Handeln - nämlich das Unterlassen der Ausübung - abgegolten (VwGH 3.7.2003, 99/15/0003).*

*Die Verschaffung eines wirtschaftlichen Vorteils wurden den Berechtigenden - „HV-GmbH, P. GmbH und ZT GmbH - zuteil, da DDr. X. laut Vereinbarung vom 31.1.2008 das Recht den jeweiligen Anteil der Berechtigenden bis spätestens 31.12.2008 zu erwerben besaß. Da DDr. X. auf dieses Recht verzichtet hat, war es den Berechtigenden möglich ihre Liegenschaftsanteile im Dezember 2008 um € 750.000,- zu veräußern.*

### **Tz 3 Einkünfte aus Leistungen 2009**

...

### **Tz 4 (Punkt 3.)**

#### **HN an die ZT GmbH**

*Die von DDr. X. an die ZT GmbH ausgestellte Honorarnote (Re. vom 15.12.2008) in Höhe von € 46.000 wurde nicht versteuert. Diese ist in die Einkommensteuerjahreserklärung 2008 aufzunehmen. Es handelt sich um erhaltenes Entgelt für die Einräumung eines Vorkaufsrechtes an einem privaten Grundstück - Einkünfte aus Leistungen.*

*Entgelte für die Einräumung eines Vorkaufsrechts an einem privaten Grundstück fallen unter § 29 Z 3 EStG (Sicht Finanzverwaltung siehe RZ 6611 EStRL). § 30 EStG kommt nur dann in Frage, wenn ein bereits eingeräumtes Vorverkaufsrecht weiterverkauft werden würde, was hier nicht der Fall ist.*

*Die Wiederaufnahme erfolgte unter Bedachtnahme auf das Ergebnis der durchgeföhrten abgabenbehördlichen Prüfung und der sich daraus ergebenden Gesamtauswirkung. Im vorliegenden Fall können die steuerlichen Auswirkungen nicht als geringfügig angesehen werden. Bei der im Sinne des § 20 BAO vorgesehenen Interessensabwägung war dem Prinzip der Rechtsbeständigkeit (Gleichmäßigkeit der Besteuerung) der Vorrang vor dem Prinzip der Rechtsbeständigkeit (Parteiinteresse an der Rechtskraft) einzuräumen."*

In weiterer Folge nahm das Finanzamt die Verfahren betreffend Einkommensteuer für die Jahre 2008 und 2009 wieder auf und erließ gleichzeitig die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2008 und 2009.

**Rechtzeitig brachte der Bf. gegen den Einkommensteuerbescheid 2008 Berufung (nunmehr Beschwerde ) ein.**

Bekämpft wurden die Feststellungen der Tz 1, Tz 2 und Tz 4 des Berichtes vom 4.6.2012.

#### **"Zu Tz. 1 Verlust aus I. Modell:**

I. Abgrenzungskriterien gewerbl. Wertpapierhandel / Vermögensverwaltung

Die Betriebsprüfung bringt unter Bezugnahme auf Jakom, EStG-Kommentar 2011 vor, dass der Rahmen der Vermögensverwaltung erst überschritten ist, wenn das Tätigwerden des StPfl nach Art und Umfang deutl. jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. Dazu ist fest zu stellen wie folgt:

Art des Tätigwerden:

DDr X. hat Wertpapiere gehandelt und ist hierbei insbesondere auch Stillhalte-Positionen („Short-Positionen“) eingegangen. Dadurch verpflichtete sich DDr. X., zu einem vorbestimmten Preis während einer vorbestimmten Laufzeit Aktien zu kaufen bzw. zu verkaufen. Dafür erhielt er als Stillhalter eine Prämie für das übernommene Risiko („Prämienkredit“). Weiters hat DDr. X. auch Indexoptionen als Stillhalter gehandelt. Dabei wurde dafür, dass ein gewisser Wert eines Aktienindex zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunktes nicht unterschritten wird (Put) oder überschritten wird (Call-Option) von DDr. X. eine Stillhalteprämie vereinnahmt. Je nach tatsächlichem Indexwert zu diesem Zeitpunkt verfällt die Option entweder wertlos oder die Differenz muss in Geld ausgeglichen werden.

Diese Art des Geschäftes ist aufgrund des unbegrenzten Verlustpotenzials besonders risikoreich und wird von einer typischen österreichischen Geschäftsbank für Privatkunden gar nicht angeboten. Aus diesem Grund musste sich DDr. X. einer deutschen Bank, der Deutsche Bank AG in Deutschland, als depotführendes Bankinstitut bedienen. Bei typischen österreichischen Bankinstituten und Österreichischen Beratern ist die Möglichkeit, als Stillhalter Prämien am Aktienmarkt lukrieren zu können, nicht bekannt. Es können lediglich Optionsscheine gekauft werden, die mit dem Risiko auf den Verlust der bezahlten Summe begrenzt ist (sog. „Long Position“).

Aus diesem Grund ist schon die Art des Tätigwerdens im Sinne der Abgrenzung zwischen gewerbl. Wertpapierhandel und Vermögensverwaltung ungewöhnlich.

Beweis: Kontoauszüge (Beilagenkonvolut ./1), Umsatzliste (Beilage ./2), Herr N. per Adresse Deutsche Bank AG als Zeuge

Umfang der Tätigkeit:

im Jahr 2007 wurden ca. 90 An- und Verkäufe, vom 1.1.2008 bis zur Zwangsschließung des Kontos durch die Deutsche Bank aufgrund der Verlustsituation am 16.7.2008 wurden sogar 145 An- und Verkäufe durchgeführt. Dies übertrifft die durchschnittliche Anzahl von 30 An- und Verkäufen pro Jahr, bis zu der Vermögensverwaltung anzunehmen ist, um ein vielfaches.

Daher ist bereits nach Art und Umfang deutlich das Maß der Vermögensverwaltung überschritten. Auf die Zweifelsregel der bankentypischen Tätigkeit muss daher nicht zurückgegriffen werden.

Der Kauf und Verkauf von Optionen wird über standardisierte Börsen (zB- CBOT, EUREX) abgewickelt. Zu diesen haben nur gewisse Marktteilnehmer Zugang. Alle anderen müssen sich notgedrungen dieser Marktteilnehmer bedienen, um am Handel teilnehmen zu können.

DDr. X. hatte durch Setzen von Limits sehr wohl Einfluss auf den zu zahlenden bzw. zu erhaltenden Optionspreis und hat von der Möglichkeit, Limits zu setzen, auch bei jedem einzelnen Auftrag Gebrauch gemacht.

Beweis: Kontoauszüge (Beilagenkonvolut ./1), Umsatzliste (Beilage ./2), Herr N. per Adresse Deutsche Bank AG als Zeuge

Art der Finanzierung:

Ein weiteres Kriterium, das für die Gewerblichkeit spricht, ist die Art der Finanzierung. DDr. X. hat zu Beginn der Geschäftsbeziehung lediglich Aktien im Wert von EUR 49.794,93 eingebracht (vgl. Kontoauszug vom 1.2.2007, Beilage ./3). Weiters wurde eine Lombardkreditlinie durch die Deutsche Bank in Höhe von EUR 140.000

eingeräumt um die Optionsgeschäfte durchführen zu können. Es wurde von DDr. X. keinerlei Bargeld zur Durchführung der Geschäfte zur Verfügung gestellt. Das Geschäft war auch so aufgesetzt, dass dieses nicht nur anfänglich sondern über die gesamte Laufzeit fremdfinanziert durchgeführt wird. DDr. X. hat die Kreditlinie in Form von Garantien und den zu Beginn eingebrachten Aktien besichert. Daher spricht auch die Art der Finanzierung für die Gewerblichkeit der von DDr. X. ausgeübten Tätigkeit.

Beweis: Kontoauszüge (Beilagenkonvolut ./1), Umsatzliste (Beilage ./2), Herr N. per Adresse Deutsche Bank AG als Zeuge

Auf den Umsatz von Wertpapieren bezogener Beruf:

DDr. X. war von 3.12.2005 bis 22.11.2007 als Prokurist bei einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, der Ag, tätig und ging daher auch einem auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf nach. Die Funktion wurde mit 13.3.2008 gelöscht. Damit ist ein weiteres Kriterium für die Einstufung der von DDr. X. durchgeföhrten Tätigkeit als gewerblicher Wertpapierhandel erfüllt.

Beweis: offenes Firmenbuch

Zur Einstufung als Privatkunde entsprechend der MIFID

Während der Geschäftsbeziehung zwischen DDr. X. und der Deutsche Bank hat eine neue EU-weite Richtlinie, die MIFID, Banken ab 1.11.2007 verpflichtet, ihre Kunden entsprechend anhand von in dieser Richtlinie normierten Kriterien einzustufen. Im ersten Schritt wurde DDr. X. als Privatkunde eingestuft. Diese Einstufung im Sinne der MIFID hat aber nichts mit der einkommensteuerrechtlichen Beurteilung des Sachverhalts zu tun. Dies ist auch daraus ersichtlich, dass in Judikatur und Literatur diese Einstufung nicht als Abgrenzungskriterium zwischen Vermögensverwaltung und gewerblichem Handel herangezogen wird. Weiters hätte die Deutsche Bank im weiteren Geschäftsverlauf jederzeit eine Umstufung vornehmen können. Dazu kam es aufgrund des Totalverlustes im Rahmen der Schließung aller Positionen durch die Deutsche Bank am 15.7.2008 aber nicht mehr.

Es ergibt sich somit anhand aller Abgrenzungskriterien mit Ausnahme des Tätigwerdens auf fremde Rechnung eindeutig, dass die von DDr. X. ausgeübte Tätigkeit gewerblich war. Auf Grund des an sich ungewöhnlichen Geschäfte, der sehr hohe Zahl an Umschichtungen und eine durchgängige und weitaus überwiegende Fremdfinanzierung liegt im Rahmen der Gesamtbetrachtung des Sachverhalts gewerblicher Wertpapierhandel und nicht bloß Vermögensverwaltung vor.

II. Verluste aus Spekulationsgeschäft (§ 30) iZh dem I.-Modell

Im Zuge der Betriebsprüfung hat DDr. X. mitgeteilt, dass die genaue Klärung des

Hergangs, insbesondere die einzelnen Geschäftsfälle, Gegenstand eines anhängigen Gerichtsverfahrens ist. In erster Instanz wurde DDr. X. mittlerweile verurteilt, den Differenzbetrag zwischen dem Negativsaldo in Höhe von € -167.680,28 und den von der Deutsche Bank bereits verwerteten Sicherheiten in Höhe von Euro 140.000 zuzüglich Zinsen

und Kosten zu bezahlen. Weiters hat DDr. X. die Kontenentwicklung detailliert aus einer Grafik aus dem Gerichtsakten, die von der Deutsche Bank als Beweis vorgelegt wurde, nachvollziehbar dargelegt (vgl. Beilage ./4). Darüber hinaus hat sich DDr. X. über seinen Rechtsvertreter an die Deutsche Bank gewandt, um die von der Betriebsprüfung gewünschten Unterlagen zu bekommen. Die Deutsche Bank hat schließlich eine exakte Aufstellung jeder Bewegung am Konto vom Zeitpunkt der Eröffnung bis zur Schließung erstellt, aus der sämtliche Umsätze ersichtlich sind (Beilagenkonvolut ./1).

Im Rahmen der Schlussbesprechung wurde der Betriebsprüfung diese Liste, der Eröffnungskontoauszug (Beilage ./3), der Kontoauszug zum 31.12.2007 (Beilage ./5) und der Kontoauszug zum 18.7.2008 (Beilage ./6), aus dem die Schließung und der endgültigen Verlust hervorgeht, vorgelegt. Anhand dieser Liste lassen sich sämtliche Details zu den An- und Verkäufen, zu entstandenen Verlusten und Fristigkeiten genau nachvollziehen. Die Betriebsprüfung hat diese Liste und die Kontoauszüge im Rahmen der Schlussbesprechung nicht gewürdigt. Über weitere Kontoauszüge verfügte DDr. X. zum damaligen Zeitpunkt nicht.

DDr. X. hat im Rahmen der Betriebsprüfung trotz des anhängigen Rechtsstreits alles unternommen um zu den geforderten Unterlagen zu kommen und diese vorlegen zu können.

DDr. X. hat weiters auch Herrn N. seitens der Deutsche Bank als Ansprechpartner namhaft gemacht und Anklageschriften, Protokolle und sonstige relevante Aktenbeilagen vorgelegt und ist damit seiner Mitwirkungspflicht umfassend nachgekommen.

Die Betriebsprüfung hat keine weiteren amtswegige Schritte unternommen, um den Sachverhalt zu erheben, bei der kontoführenden Bank nachzufragen oder den angebotenen Zeugen Herrn N. zu befragen. Statt dessen hat die Betriebsprüfung vorgelegtes Beweismaterial zur Schlussbesprechung nicht gewürdigt, weil der Schlussbericht bereits fertig gestellt war und die Betriebsprüfung diesen nicht mehr ändern wollte.

Die Abgabenbehörde verstößt damit gegen die Pflicht des von ihr amtswegig durchzuführenden Ermittlungsverfahrens. Dies ist ein schwerwiegender Verfahrensmangel.

Weiters hat DDr. X. die Betriebsprüfung unter Hinweis auf die laufenden Gerichtsverfahren um Erstreckung der Frist für die Beibringung der Kontoauszüge gebeten, da diese bei der Ag gelagert waren, die mittlerweile in Konkurs gegangen war und deren Vorsitzender, A. R., eine unbedingte Haftstrafe verbüßt. Auch diese Fristerstreckung hat die Betriebsprüfung nicht gewährt. Mittlerweile konnte DDr.

X. sämtliche Kontoauszüge von der Deutsche Bank in Kopie bekommen, die als Beilagenkonvolut ./1 angeschlossen sind.

Aus den Unterlagen geht hervor, dass im Zeitraum von 31.12.2007 (Kontostand EUR 35.541,78 (Beilage ./5) bis zur Schließung am 15.7.2008 (Kontostand - EUR 167.396,19, vgl. (Beilage ./6) insgesamt ein Verlust in Höhe von EUR 202.937,97 entstanden ist. Dieser Verlust ist allerdings nicht als Spekulationsverlust sondern als Verlust aus gewerblichem Wertpapierhandel zu qualifizieren (vgl. die Ausführungen oben unter I.)

**Wir stellen daher den Antrag die Verluste aus gewerblichem Wertpapierhandel mit EURO 202.937,97 festzustellen.**

### **Zu Tz 2 Einkommensteuerrechtliche Beurteilung des Verzichts auf ein Recht gegen Entgelt**

Die Ansicht des Finanzamtes, dass es sich beim Verzicht auf Ankauf einer Liegenschaft der DDr. X. von HV-GmbH, P. GmbH und der ZT GmbH um Einkünfte aus Leistungen gemäß § 29 Z 3 EStG handelt, ist nicht zutreffend. Der Sachverhalt entspricht nicht dem entgeltlichen Verzicht auf die Ausübung eines Vorkaufsrechts. Dazu im Einzelnen:

Abgrenzung zwischen Optionsrecht und Vorkaufsrecht

Ein Optionsrecht ist ein vertraglich eingeräumtes Gestaltungsrecht mit welchem ein inhaltlich bereits festgelegtes Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung in Geltung gesetzt werden kann (vgl. OGH 25.05.2000 1 Ob 318/ 99t). Von Optionen ist die vertraglich vereinbarte Pflicht, jemandem ein Angebot zu machen (Vorkaufsrecht), zu unterscheiden (vgl. Rummel in Rummel, § 862 Rz 6).

Das Vorkaufsrecht ist im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 1072 definiert: „Wer eine Sache mit der Bedingung verkauft, dass der Käufer, wenn er eine solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbieten soll, der hat das Vorkaufsrecht.“

Das Vorkaufsrecht bewirkt, dass der Verpflichtete im Vorkaufsfall (dh wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Vermögensgegenstand abgeschlossen hat oder ein bindendes Offert des Dritten vorliegt) den Vermögensgegenstand dem Berechtigten zur Einlösung anzubieten hat. Dritten gegenüber wirkt ein solches Vorkaufsrecht nur, wenn es im Grundbuch eingetragen ist. Im Fall der Verbücherung gewährt es dem Vorkaufsberechtigten einen "Abforderungsanspruch" gegen jeden Dritten, der das Eigentum oder wenigstens den Besitz an der Sache erlangt hat (vgl. Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1073, VWGH 99/15/0003). Das Vorkaufsrecht kann gemäß § 1074 ABGB weder einem Dritten abgetreten noch auf die Erben des Vorkaufsberechtigten übertragen werden. Damit soll der freie Geschäftsverkehr vor überlangen Bindungen geschützt werden (vgl. Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 1074).

Ein Vorkaufsrecht im Sinne dieser Bestimmung bedeutet daher, dass der Berechtigte im Falle eines Verkaufes die Möglichkeit zu haben, zu denselben Bedingungen zu kaufen, die eine andere Person anbietet. Das Vorkaufsrecht begründet damit die Befugnis zum bevorzugten Erwerb der Sache für den Fall, dass der Verpflichtete die Absicht hat, sie zu verkaufen (OGH 50b28 /94). Das Vorkaufsrecht muss nicht in erster Linie darauf gerichtet sein, einen Vermögensgegenstand zu erwerben, sondern kann auch dazu

dienen, unerwünschte Veräußerungsvorgänge an einen Dritten zu unterbinden, indem der Berechtigte von seinem Vorkaufsrecht, das sich in diesem Zusammenhang als Abwehrrecht darstellt, Gebrauch macht (vgl. VWGH 99/15/0003).

Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist der Eintritt des Vorkaufsfalls, also der Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages über den das Vorkaufsrecht betreffenden Gegenstand zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Drittkauf. Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten (Einlösung, § 1075 ABGB). Der Tatbestand des Vorkaufsrechtes kann daher nur durch den Verpflichteten, nicht aber den Berechtigten herbeigeführt werden.

Optionsverträge hingegen sind Verträge, die einem Beteiligten das Recht einräumen, in inhaltlich schon vereinbartes, in Aussicht genommenes Rechtsgeschäft durch einseitige Erklärung in Gang zu setzen (Bydlinski in Klang 791; wbl 1995, 164).

Es handelt sich daher bei der Einräumung dieses Optionsrechtes von der Verabredung eines künftigen Vertrags im Sinne des § 936 ABGB und nicht um die Einräumung eines Vorkaufsrechtes.

#### Einordnung des DDr. X. gewährten Rechts

Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages hängt nicht vom Willen der vertragschließenden Parteien und von der von ihnen allenfalls gewählten Bezeichnung ab, sondern in erster Linie vom Inhalt ihrer - ausdrücklich oder schlüssig getroffenen - Vereinbarungen (OGH RS 0014509).

Der Wille der Vertragsparteien zeigt, dass die Einräumung des Optionsrechts durch die Eigentümer an DDr. X. gerade kein Vorkaufsrechts sein sollte. Die Eigentümer wollten das Gebäude verkaufen und fanden keinen geeigneten Käufer. DDr. X. bot an, sich um die Verwertung zu kümmern und Käufer zu finden. Im Gegenzug erklärten sich die Eigentümer einverstanden, DDr. X. das Optionsrecht einzuräumen, die Liegenschaft um den Preis von € 600.000 zu erwerben. Damit sollte DDr. X. die Möglichkeit eingeräumt werden, die Differenz zwischen dem Ausübungspreis und einem allfälligen H Verkaufspreis zu lukrieren. Dieses Optionsrecht wurde im Jänner 2008 eingeräumt und war bis zum 31.12.2008 befristet.

Ein Vorkaufsrecht hätte den exakt gegenteiligen Effekt gehabt: Die Eigentümer hätten in diesem Fall nicht nur selbst tätig werden müssen sondern einen allfälligen mit einem Interessenten abgeschlossenen Kaufvertrag DDr. X. zur Einlösung anbieten müssen. Damit wären die Stillhalter zusätzlich durch das Vorkaufsrecht am Verkauf gehindert gewesen. Daher hätte auch kein rational handelnden Marktteilnehmer DDr. X. in dieser Situation ein Vorkaufsrecht eingeräumt.

#### Kein höchstpersönliches Recht, wahrer wirtschaftlicher Gehalt des Verzichts

Weiters war entsprechend dem Vertragswillen der Parteien das Recht auch nicht höchst persönlich. DDr. X. hat das Optionsrecht auch mehrfach an Dritte angeboten (vgl. zB Anbot an Herrn Premeiss, Beilage ./7).

Schließlich hat DDr. X. innerhalb der Optionsfrist eine Gruppe von 10 Investoren zusammengestellt, die bereit waren, die Liegenschaft zu je einem Zehntel zu erwerben. Einer der Käufer war DDr. X. selbst. Da DDr. X. den anderen 9 Investoren nicht offen legen wollte, dass er die Differenz zwischen dem mit den Investoren vereinbarten Gesamtkaufpreis von EUR 750.000 und dem Ausübungspreis in Höhe von EUR 600.000 erhalten sollte, war ein direkter Verkauf der Option an die Investoren nicht tunlich. Die Stillhalter und DDr. X. haben daher mehrere mögliche Abwicklungsvarianten besprochen. Letztlich hat man sich darauf geeinigt, dass die Investoren EUR 750.000 als offiziellen Kaufpreis an die Eigentümer bezahlen sollten und DDr. X. im Gegenzug die Differenz in Höhe von EUR 150.000 direkt von den Eigentümern erhält. Sowohl der zivilrechtliche Verzicht auf die Optionsrechte durch DDr. X. als auch die Auszahlung der jeweils EUR 50.000 (insgesamt EUR 150.000) durch die Eigentümer war daran gebunden, dass die Liegenschaft an die von DDr. X. namhaft gemachten Käufer verkauft wird und dass die Käufer jeweils EUR 75.000 (insgesamt also EUR 750.000) an die Eigentümer bezahlen (vgl. Aktennotiz Beilage ./8).

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise hat DDr. X. seine Option hinsichtlich 9 Investoren an die von ihm namhaft gemachten Käufer verkauft. Der 10. Investor war, wie erwähnt, DDr. X. selbst. DDr. X. hat, ebenso wie alle anderen Käufer, 10% der Liegenschaft um EUR 75.000 erworben. Daher hat DDr. X. den auf sich selbst entfallenden Anteil der Option „an sich selbst verkauft.“ Wirtschaftlich handelt es sich bei diesem Anteil daher um eine Kürzung der Anschaffungskosten des Liegenschaftsanteils von DDr. X..

Mit dem Optionsverzicht fand daher wirtschaftlich der Übergang eines "Optionsrechtes" statt und es wurde nicht lediglich auf dessen Ausübung verzichtet. Der Vorgang ist daher als Veräußerung oder als eine der Veräußerung gleichzuhaltende Vermögensumschichtung anzusehen. Im vorliegenden Fall wurde kein Dritter durch den in Rede stehenden Verzicht auf das Optionsrecht durch den Abgabepflichtigen in die Lage versetzt, über alle Anteile der Liegenschaft frei zu verfügen. Damit wurde dem Dritten durch den Optionsverzicht auch kein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 29 Z 3 EStG verschafft.

Weiters hätte es auch keinen Sinn für die Stillhalter ergeben, DDr. X. im Dezember 2008 EUR 150.000 für den Verzicht zu bezahlen, da die Option ohnehin mit 31.12.2008 befristet war. Die Stillhalter hätten daher durch simples Zuwarten die Zahlung vermeiden können.

#### Prüfung der Subsumption unter § 29 Z 3 EStG 1988

Im vorliegenden Fall wurden die Stillhalter durch den in Rede stehenden Verzicht auf das Optionsrecht durch DDr. X. nicht in die Lage versetzt, über die Liegenschaft frei zu verfügen, da Voraussetzung für den Verzicht der Verkauf an die Investorengemeinschaft war und dieser auch im Dezember 2008 durchgeführt wurde. Damit wurde dem Dritten durch den Optionsverzicht auch kein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des § 29 Z 3 EStG verschafft (vg. VwGH 2007/13/0059).

Zur Tatbestandsmäßigkeit müsste jedenfalls ein Unterlassen gegen Entgelt vorliegen, durch welches einem anderen ein wirtschaftlicher Vorteil eingeräumt wurde. In diesem Fall

steht der Subsumtion unter § 29 Z 3 EStG 1988 daher entgegen, dass der Vorgang als Veräußerung eines Vermögensgegenstandes oder eine einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung anzusehen ist.

Da also der Vorgang, anders als das etwa beim Verzicht auf Nachbarrechte oder auf ein Belastungs- oder Veräußerungsverbot der Fall ist, als Veräußerung von Vermögen oder eine einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung anzusehen ist (vgl. Schubert/Pokorny/Schuch/Quantschnigg, Tz 14 zu § 29 EStG 1972), ist DDr. X. durch die Subsumtion unter § 29 Z 3 EStG in seinen Rechten verletzt worden.

Fazit: Der Verzicht war eine Vermögensumschichtung, da DDr. X. sein Optionsrecht in wirtschaftlicher Betrachtungsweise an die Käufer der Liegenschaft weiterverkauft hat. Für eine Subsumption unter § 29 Z 3 EStG bleibt daher kein Raum.

Wir stellen daher den Antrag, die Einkünfte aus Leistungen im Sinne des § 29 Z 3 EStG mit Null fest zu setzen.

#### **Tz 4 HN an die ZT GmbH**

Am 15.3.2008 räumte DDr. X. der ZT GmbH das Optionsrecht ein, die in seinem Eigentum stehende Liegenschaft Wien Top 17 bis 19 um EUR 130.000 zu erwerben. Dieses Recht war mit 30.9.2009 befristet. Als Optionsprämie wurde ein Betrag von EUR 46.000 vereinbart und von ZT GmbH an DDr. X. bezahlt.

Bei der Einräumung des Optionsrechtes an die ZT GmbH handelt es sich ebenfalls nicht um die Einräumung eines Vorkaufsrechtes (siehe dazu obige Ausführungen zur Abgrenzung unter Tz 2). ZT GmbH hat vielmehr das Optionsrecht eingeräumt erhalten, die Liegenschaft Wien Top 17 bis 19 zum Ausübungspreis über eine vereinbarte Frist zu kaufen. Damit oblag es ZT GmbH dieses Gestaltungsrecht auszuüben und damit ein Rechtsgeschäft in Gang zu setzen. DDr. X. hat dieses Recht gewährt und als Stillhalter eine Optionsprämie vereinnahmt. Keinesfalls wollte DDr. X. ZT GmbH ein Vorkaufsrecht einräumen, da ihn dies in der Verfügung über seine Liegenschaft eingeschränkt hätte.

Gemäß § 30 Abs 1 Z 2 EStG idF 2008 sind Termingeschäfte einschließlich Differenzgeschäfte, weiters innerhalb von einem Jahr abgewickelte Optionsgeschäfte einschließlich geschriebene Optionen und Swaphandelsgeschäfte Spekulationsgeschäfte.

Die Einräumung der Option durch DDr. X. ist daher unter § 30 EStG 1988 zu subsumieren. Da die Optionsfrist mehr als ein Jahr betrug (15.3.2008 bis 30.9.2009) ist die von DDr. X. vereinnahmte Optionsprämie nicht steuerpflichtig.

#### **Subsidiarität von § 29 Z 3 EStG zu §§ 30 und 31 EStG**

Eine Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 kann in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen (vgl. VwGH 98/15/0117). Eine Leistung iSd zitierten Bestimmung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, einem anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen (vgl. VwGH 86/14/0072). Nach §§ 30 und 31 EStG dürfen Erlöse aus der Veräußerung von Vermögensgegenständen unter dort im Einzelnen festgelegten

Voraussetzungen einkommensteuerlich erfasst werden. § 29 Z 3 EStG regelt ausdrücklich die Regelung der Subsidiarität gegenüber den Tatbeständen des § 30 und des 31 EStG. Aus der Gesetzesystematik und dem offenkundigen Willen des Gesetzgebers ergibt sich, dass in Fällen, die durch § 30 und § 31 EStG erfasst werden, nicht eine Besteuerung nach § 29 Z 3 EStG einsetzen soll.

Daraus leitet die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, dass die Veräußerung von Vermögensgegenständen und die einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung nicht auch als Leistung iSd § 29 Z 3 EStG angesehen werden kann. In Fällen, in welchen die Veräußerung von Privatvermögen nicht durch die §§ 30 und 31 EStG erfasst wird, soll nicht eine Besteuerung nach § 29 Z 3 EStG einsetzen. Es bedürfte nämlich nicht der auf bestimmte Vermögensgegenstände und bestimmte Fristen abgestellten und durch Ausnahmebestimmungen eingeschränkten Regelungen der §§ 30 und 31 EStG 1988, wäre ohnedies jegliche Veräußerung von Vermögensgegenständen des Privatvermögens dem Grunde nach im Einkommen zu erfassen (vgl. VwGH 95/14/0029).

Fazit: Die Besteuerung der vereinnahmten Optionsprämie als Leistung iSd § 29 Z 3 ist rechtswidrig, die vereinnahmte Optionsprämie ist als Einkunft iS des § 30 Abs 1 Z 2 EStG aufgrund des Überschreitens der Einjahresfrist nicht steuerbar.

Wir stellen daher den Antrag die steuerbaren Einkünfte aus der vereinnahmten Optionsprämie mit Null festzusetzen."

**In der gegen die Beschwerde erfolgten Stellungnahme der Betriebsprüfung wurde folgendes ausgeführt:**

**"Zu Tz 1**

**Verlust aus IFI-Modell (Handel mit Optionen)**

Einkommensteuerrechtliche Beurteilung

I. Vermögensverwaltung oder gewerblicher Wertpapierhandel

**Art des Tätigwerdens:**

Der VwGH hat in seiner Entscheidung VwGH vom 25.02.1998, 98/14/0005 ausgeführt, dass der An- und Verkauf von Wertpapieren unter Einschaltung von Banken nur unter besonderen Umständen, insbesondere wenn Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden und Dritten gegenüber - etwa im Weg der Unterhaltung eines einschlägigen Büros - Händlerdienste angeboten werden ein Gewerbebetrieb sein kann.

Auch Doralt (Doralt, EStG Kommentar, zu § 23, Tz 107ff) erläutert, dass der regelmäßige An- und Verkauf von Wertpapieren unter Einschaltung von Banken (wie im vorliegenden Fall gegeben) noch keinen Gewerbebetrieb begründet. Wesentliche Kriterien für Gewerblichkeit sind der Abschluss von Geschäften für fremde Rechnung und das Anbieten von Wertpapiergeschäften einer breiten Öffentlichkeit gegenüber. Diese Voraussetzungen sind hier aber nicht gegeben.

Bedient sich der Steuerpflichtige für den An- und Verkauf von Papieren der Dienste von Banken (als Kommissionäre), kann er die für eine allg. Handelstätigkeit typische

Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt entfalten; diese Art der Kaufabwicklung deutet daher für sich nicht auf einen Gewerbebetrieb.

DDr. X. fungierte bei den getätigten Optionsgeschäften auch als Stillhalter und erhielt hierfür Prämien. Laut Berufung sei diese Art der Tätigkeit aufgrund des unbegrenzten Verlustpotentials besonders risikoreich und wird von einer typischen österreichischen Geschäftsbank für Privatkunden gar nicht angeboten. Aus diesem Grund habe sich DDr. X. einer deutschen Bank bedient.

Ob Transaktionen mit hohem Risiko behaftet sind oder nicht, ist nicht entscheidend, weil risikoreiche Transaktionen in gleicher Weise auf eine gewerbliche wie auf eine spekulative Betätigung hinweisen (vgl. E 24.3.2004, 2003/14/0096 ÖStZB 2004, 561, sowie Doralt, EStG Kommentar, zu § 23, Tz 112).

Der Rahmen der Vermögensverwaltung ist erst überschritten, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art- und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb, eine „bankentypische Tätigkeit“ - ausmacht (Jakom EStG 2011, zu § 23, Tz 49). Von einer bankentypischen Tätigkeit ist im vorliegenden Fall schon allein deshalb nicht auszugehen, da eine Bank bei den Abwicklungen involviert war, aufgrund der Einstufung als Privatkunde ein höheres Schutzniveau vorlag und die Bank auch als die Verluste der Positionen von DDr. X. gestiegen sind von sich aus diese Positionen geschlossen hat.

Der An- und Verkauf von Wertpapieren unter Einschaltung von Banken begründet regelmäßig keinen Gewerbebetrieb (E 25.2.1998, 98/14/0005, ÖStZB 1999, 36; Doralt, EStG Kommentar, zu 5 23, Tz 107).

### **Umfang der Tätigkeit:**

Liegt die Anzahl der An- und Verkäufe im Durchschnitt der Jahre für sich betrachtet jeweils unter 30, spricht dies nicht für Gewerblichkeit (siehe Jakom EStG 2011, zu § 23, Tz 51, beruhend auf VwGH 29.7.97, 96/14/0115). In einer weiteren Entscheidung des VwGH (vom 25.02.1998; GZ 98/14/0005) stellt der bloße An- und Verkauf von Wertpapieren ungeachtet von insgesamt 146 Transaktionen im Streitjahr selbst bei erheblichem Fremdmitteleinsatz keine gewerbliche Tätigkeit dar.

Laut Berufung wurden im Jahr 2007 ca. 90 An- und Verkäufe, vom 1.1.2008 bis 16.7.2008 145 An- und Verkäufe durchgeführt. In Anlehnung an obige VwGH-Entscheidung wäre damit schon allein aufgrund der Anzahl der Transaktionen keine Gewerblichkeit gegeben.

### **Transaktionen auf fremde Rechnung**

Gegen Gewerblichkeit spricht weiters der Umstand, dass keine Transaktionen auf fremde

Rechnung durchgeführt wurden.

Nach Doralt (Doralt, EStG Kommentar, zu § 23, Tz 109) sind der Abschluss von Geschäften für fremde Rechnung und das Anbieten von Wertpapiergeschäften einer breiten Öffentlichkeit gegenüber wesentliche Kriterien für die Gewerblichkeit.

Dies ist schlüssig, da um Gewerblichkeit zu erlangen eine bankentypische Tätigkeit gegeben sein muss und diese regelmäßig Transaktionen auf fremde Rechnung einschließt. Wird nur das eigene Vermögen verwaltet spricht dies für private vermögensverwaltende Tätigkeit.

Transaktionen auf fremde Rechnung wurden nicht durchgeführt. Wie auch in der Berufung selbst ausgeführt (siehe Seite 3 letzter Absatz der Berufung ESt 2008 vom 27. September 2012) spricht dies gegen eine gewerbliche Tätigkeit. Selbst eine geringfügige Tätigkeit im Bereich der Fremdverwaltung (gelegentliche für Dritte durchgeführte Transaktionen) führt nicht zu einem gewerblichen Wertpapierhandel hinsichtlich der auf eigene Rechnung betriebenen Transaktionen (E 24.32004, 98/14/0179, ÖStZB 2004, 515 Doralt, EStG Kommentar zu § 23, Tz 109).

#### **Art der Finanzierung:**

Der Fremdfinanzierung der angeschafften Papiere kommt kein entscheidendes Gewicht mehr zu (insbes. seit VwGH 26.6.53, 1862/52), da sich in jüngerer Zeit zunehmend neue Formen der privaten Vermögensbildung entwickelt haben, die den anfängliche Einsatz von Fremdkapital haben (siehe Jakom, EStG Kommentar, zu § 23 Tz 51). Die Fremdfinanzierung ist somit als ein gering zu gewichtendes Kriterium in einer Gesamtbetrachtung zu sehen.

#### **Auf den Umsatz von Wertpapieren bezogener Beruf:**

DDr. X. war (zwischen 2005 und 2008) als Prokurist bei der IFI AG tätig. Die Tätigkeit als Prokurist an sich muss nicht zwingend ein auf den konkreten Umsatz von Wertpapieren bezogener Beruf sein. Die Tätigkeit als Prokurist bei einem Finanzunternehmen wird sicher eher für dieses Kriterium sprechen als die Tätigkeit als Prokurist bei einem Produktionsunternehmen. Der auf den Umsatz von Wertpapieren bezogene Beruf ist jedoch insbesondere jener des Wertpapiermaklers (Jakom, EStG Kommentar, zu § 23, Tz 51).

#### **Zur Einstufung als Privatkunde:**

Im Zuge der Einvernahme (Landesgericht für ZRS Wien, Protokoll vom 26.1.2012 Seite 7) des Dr. N. wurde dieser von der Richterin befragt, aus welchen Gründen

DDr. X. als Privatkunde eingestuft worden sei. Laut Dr. N. konnte

DDr. X. nicht professioneller Kunde sein, dafür waren die Voraussetzungen nicht gegeben. Die Einstufung als professioneller Kunde setzt eine bestimmte Volumensgröße und eine bestimmte Ordertätigkeit (Stückzahl) voraus.

Der Einstufung als Privatkunde entsprechend der MiFID (EU-Richtlinie) kommt insofern Gewicht zu, als dass bei einer Einstufung als Privatkunde ein höheres Schutzniveau vorliegt. Die einzelnen Geschäfte werden über eine Bank und nicht direkt über eine Börse

abgewickelt, die Bank hat auch die Positionen geschlossen als die Verluste zu groß wurden. Dies spricht nicht für Gewerbllichkeit.

## **II. Verluste aus Spekulationsgeschäften (§ 30) iZh IFI-Modell**

Bis zum Datum der Schlussbesprechung war es nicht möglich entsprechende Unterlagen zu erhalten, um ermitteln zu können, ob Einkünfte aus Spekulationsgeschäften vorliegen. Am Tag der Schlussbesprechung wurde eine Umsatzliste vorgelegt, auf dieser ist die namentliche Nennung des DDr. X. nicht ersichtlich. Für die BP war es nicht möglich eine Zuordnung zu DDr. X. vorzunehmen.

Weiters wurden Kontoübersichten vom 01.02.2007, vom 31.12.2007 und vom 18.07.2008 vorgelegt. Die Depotentwicklung X. (Grafik) wurde nochmals vorgelegt. Aus obigen Kontoübersichten und der Depotentwicklung X. sind aber die einzelnen An- und Verkäufe, Bewegungen zwischen Beginn und Ende nicht ersichtlich.

Erst im Rahmen der Berufung konnten die einzelnen Kontoauszüge vorgelegt werden. Bis zum Tag der Schlussbesprechung bestand der Eindruck, dass es DDr. X. nicht möglich ist noch entsprechende Unterlagen vorzulegen. Weiters ist für die BP unverständlich, vor allem, wenn es sich hier um einen Gewerbebetrieb handeln soll, warum entsprechende Unterlagen zur Darstellung der einzelnen An- und Verkäufe vom DDr. X. selbst nicht aufbewahrt wurden und dieser sie von der Bank erst anfordern musste.

Betr. Hr. N. kann sich die Betriebsprüfung nicht daran erinnern, dass dieser als Zeuge „angeboten“ wurde. Herr N. ist der klagenden Partei - Deutsche Bank AG - zugehörig. Übernommen wurde ein Protokoll des Landesgerichts für ZRS Wien - hier wurde Herr N. als Zeuge einvernommen. Zum Vorwurf des Verstoßes gegen die Pflicht des von der BP amtswegig durchzuführenden Ermittlungsverfahrens: Ergibt die Schlussbesprechung auf Grund von Einwendungen oder Beweisanträgen, dass weitere Prüfungshandlungen erforderlich sind, ist die Schlussbesprechung zu unterbrechen. Ob eine Schlussbesprechung zu unterbrechen ist, ist aber ausschließlich die Entscheidung der Behörde (um zB einer Verschleppungsabsicht des Abgabepflichtigen entgegen zu wirken).

Im Zuge der Berufung wurden nun sowieso die entsprechenden den Verlust nachweisenden Unterlagen vorgelegt, die zeigen, wie der Verlust entstanden ist. Da in der Berufung vorgebracht wird, dass es sich bei diesem Verlust um einen Verlust aus Gewerbebetrieb handeln solle, das Finanzamt aber die Auffassung vertritt, dass kein Gewerbebetrieb, und somit auch, kein Verlust aus Gewerbebetrieb vorliegt, sondern, wenn, dann ein Verlust aus Spekulationsgeschäften iSd § 30 EStG (alt), wird eine konkrete Würdigung dieser Unterlagen aufgrund dieser offenen Vorfrage im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens beim UFS durchgeführt werden.

### **Zu Tz 2**

#### **Einkommensteuerliche Beurteilung des Verzichts auf ein Recht gegen Entgelt**

Hier wird auf die Tz 2 des Berichts vom 4.6.2012 verwiesen. Und weiters auf die mit der

P. GmbH, „HV-GmbH und der ZTGmbH abgeschlossenen Vereinbarungen vom 30.11.2008 („Der Berechtigte verzichtet auf das ihm eingeräumte Recht. Im Gegenzug verpflichtet sich die Berechtigende bis spätestens 31.12.2008 einlangend EUR 50.000 für den Verzicht zu bezahlen“). Hier kommt der Wille hervor, dass für den Verzicht bezahlt wird. Ad der im Rahmen der Berufung der BP vorgelegten Beilagen 7 und 8: steuerlich sind konkrete Vereinbarungen und nicht mögliche Varianten relevant (tatsächlich verwirklichter Sachverhalt).

Es fand somit kein Übergang eines „Optionsrechtes“ statt, sondern es wurde gegen Entgelt auf die Ausübung eines Rechtes verzichtet. Der Vorgang ist nicht als Veräußerung oder als eine der Veräußerung gleichzuhaltende Vereinbarung anzusehen (vgl. zum Beispiel VwGH 2007/13/0059 v. 20.10.2009) Da § 30 EStG 1988 nicht anwendbar ist, kommt § 29 Z 3 EStG 1988 zur Anwendung. Die Leistung „Verzicht“ ist entscheidend für die bezahlt wurde und diese war gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 zu versteuern.

#### **Zu Tz 4**

#### **HN an die ZT GmbH**

Auf den Betriebsprüfungsbericht vom 4.6.2012 wird verwiesen. Die Rechtsansicht der Finanzverwaltung ist Tz 4 zu entnehmen.

Entgelte für die Einräumung eines Vorkaufsrechts an einem privaten Grundstück fallen unter § 29 Z 3 EStG 1988. § 30 EStG kommt nur dann in Frage, wenn ein bereits eingeräumtes Vorverkaufsrecht weiterverkauft werden würde, was hier nicht der Fall ist. Das Entgelt wurde für den Vorgang „Einräumung“ des Rechtes gezahlt. Da § 30 EStG nicht anwendbar ist, war § 29 Z 3 EStG anzuwenden.

#### **Folgende Gegenäußerung des Bf. erfolgte:**

#### **"Zu Tz. 1 Verlust aus I. Modell:**

I. Abgrenzungskriterien gewerbl. Wertpapierhandel / Vermögensverwaltung

Art des Tätigwerden: die Argumentation der Betriebsprüfung betrifft den An- und Verkauf von Wertpapieren und verkennt damit die von DDr. X. tatsächlich durchgeführte Tätigkeit. DDr. X. hat keine Wertpapiere an- und verkauft, sondern hat sich im Rahmen von so genannten Optionen berechtigt und verpflichtet. Eine Option kann als ein individueller Vertrag zwischen dem Optionsnehmer und dem Optionsgeber (Stillhalter) abgeschlossen werden. Sie ist als solcher frei gestaltbar. Solche direkt zwischen zwei Vertragsparteien abgeschlossene Optionen nennt man gemeinhin OTC-Optionen. Der größte Teil des weltweiten Handels mit Optionen besteht jedoch aus standardisierten Kontrakten, die an Terminbörsen wie der EUREX in Europa oder der CBOT in den USA gehandelt werden. Die Standardisierung soll die Liquidität der Optionen erhöhen, macht aber aus Optionen kein Wertpapier sondern einen standardisierten Vertrag.

Optionen können durch Emittenten auch als Wertpapier, den so genannten Optionsschein gestaltet werden. Im Gegensatz zu börsengehandelten Optionen „oder OTC-Optionen eignen sich Optionsscheine auch für den Vertrieb am Retail-Markt, denn sie können in kleineren Losgrößen gehandelt werden. Kauf- und Verkaufsorder für Optionsscheine

können - genauso wie bei Aktien - durch Angabe der WKN in einem Ordersystem beauftragt werden. Ein Zugang zu einer Terminbörse ist nicht erforderlich. Optionsscheine verbrieften das Recht, nach einem bestimmten Bezugsverhältnis einen bestimmten Basiswert (englisch underlying) (z.B. Aktien, Anleihen, Währungen, Indizes) zu einem vorher festgelegten Ausübungspreis innerhalb einer festgelegten Bezugsfrist (Amerikanische Option) oder zum Ende einer Bezugsfrist (Europäische Option) zu kaufen (Call-Option) oder zu verkaufen (Put-Option). Bei Optionsscheinen ist immer der Emittent der Stillhalter der verbrieften Optionen.

Wie in der Berufung vom 27. September 2012 ausgeführt, hat DDr. X. keine Optionsscheine und damit keine Wertpapiere gehandelt. DDr. X. ist insbesondere Stillhalte-Positionen („Short-Positionen“) eingegangen. Dadurch verpflichtete sich DDr. X., zu einem vorbestimmten Preis während einer vorbestimmten Laufzeit Aktien zu kaufen bzw. zu verkaufen. Dafür erhielt er als Stillhalter eine Prämie für das übernommene Risiko („Prämienkredit“). Weiters hat DDr. X. auch Indexoptionen als Stillhalter gehandelt. Dabei wurde dafür, dass ein gewisser Wert eines Aktienindex zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunktes nicht unterschritten wird (Put) oder überschritten wird (Call-Option) von DDr. X. eine Stillhalteprämie vereinnahmt. Je nach tatsächlichem Indexwert zu diesem Zeitpunkt verfällt die Option entweder wertlos oder die Differenz muss in Geld ausgeglichen werden.

DDr. X. hat daher eine Rolle übernommen, die normalerweise von Emittenten von Optionsscheinen (zB. Banken) übernommen wird. Daher spricht schon entsprechend der Art des Tätigwerdens gegen die Annahme einer privaten Vermögensverwaltung. Aus diesem Grund ist schon die Art des Tätigwerdens im Sinne der Abgrenzung zwischen gewerbl. Wertpapierhandel und Vermögensverwaltung ungewöhnlich.

Betreffend den Umfang der Tätigkeit und die Art der Finanzierung wird im wesentlichen auf die Ausführungen in der Berufung verwiesen. Im Jahr 2007 wurden ca. 90 An- und Verkäufe, vom 1.1.2008 bis zur Zwangsschließung des Kontos durch die Deutsche Bank aufgrund der Verlustsituation am 16.7.2008 wurden sogar 145 An- und Verkäufe durchgeführt. Auf 12 Monate hochgerechnet sind dies über 267 An- und Verkäufe. Zu weiteren Geschäftsfällen kam es aufgrund der Glattstellung durch die Deutsche Bank nicht mehr. Dies übertrifft die durchschnittliche Anzahl von 30 An- und Verkäufen pro Jahr, bis zu der Vermögensverwaltung anzunehmen ist, um ein vielfaches. Daher ist bereits nach Art und Umfang deutlich das Maß der Vermögensverwaltung überschritten. Auf die Zweifelsregel der bankentypischen Tätigkeit muss daher nicht zurückgegriffen werden. Darüber hinaus bedienen sich auch Banken beim Handel von Optionsrechten wiederum anderer Banken, weil dieses Geschäfts ansonsten nicht durchführbar wäre. Ein Rückgriff auf die Zweifels Regel, dass auf eine "bankentypische Tätigkeit" für eine Qualifikation der Betätigung als gewerblich erforderlich ist, ist daher auch aus diesem Aspekt nicht zielführend.

Betreffend den auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf und zur Einstufung als Privatkunde wird auf die Ausführungen in der Berufung verwiesen.

Es ergibt sich somit anhand aller Abgrenzungskriterien mit Ausnahme des Tätigwerdens auf fremde Rechnung eindeutig, dass die von DDr. X. ausgeübte Tätigkeit gewerblich war: Auf Grund des an sich ungewöhnlichen Geschäfts (kein Wertpapierhandel sondern Eingehen von standardisierten Verträgen), der sehr hohe Zahl an Umschichtungen und eine durchgängige und weitaus überwiegende Fremdfinanzierung liegt im Rahmen der Gesamtbetrachtung des Sachverhalts gewerblicher Wertpapierhandel und nicht bloß Vermögensverwaltung vor.

## II. Verluste aus Spekulationsgeschäft (§ 30) iZh dem I.-Modell

Wie erwähnt hat DDr. X. im Zuge der Betriebsprüfung mitgeteilt, dass die genaue Klärung des Hergangs, insbesondere die einzelnen Geschäftsfälle, Gegenstand eines anhängigen Gerichtsverfahrens ist. In erster Instanz wurde DDr. X. mittlerweile verurteilt, den Differenzbetrag zwischen dem Negativsaldo in Höhe von € -167.680,28 und den von der Deutsche Bank bereits verwerteten Sicherheiten in Höhe von Euro 140.000 zuzüglich Zinsen und Kosten zu bezahlen. Nunmehr wurde dieses Urteil auch in zweiter Instanz bestätigt unter Verweigerung eines weiteren ordentlichen Rechtsmittels bestätigt.

DDr. X. hat die Betriebsprüfung immer offen über den Verlauf des Verfahrens gegen die Deutsche Bank informiert. Weiters hat er die Betriebsprüfung darüber informiert, dass die Ag in Insolvenz gegangen ist und der Vorstandsvorsitzende zu einer mehrjährigen Haftstrafe verurteilt wurde. Die Aufbewahrung der Unterlagen wurde von der Ag für Dr. Dr. X. vorgenommen, daher konnten diese aufgrund der Insolvenz und der strafrechtlichen Verurteilung nur durch direkte Anforderung bei der Deutsche Bank neu beschafft werden. Zu keiner Zeit bestand die von der Betriebsprüfung angedeutete Verschleppungsabsicht seitens DDr. X..

Im übrigen wird auf die Ausführungen in der Berufung verwiesen.

## **Zu Tz 2 Einkommensteuerrechtliche Beurteilung des Verzichts auf ein Recht gegen Entgelt**

Hierzu verweisen wir ebenfalls auf die Ausführungen in der Berufung.

## **Zu Tz 4 HN an die ZT GmbH**

Hierzu verweisen wir ebenfalls auf die Ausführungen in der Berufung.

Im Rahmen der am **15. März 2018** durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde nach Vorbringen des Sachverhaltes durch die Richterin festgehalten, dass im gegenständlichen Fall über folgende strittige Punkte zu verhandeln ist,

- 1.) ob der gegenständliche Verkauf und Kauf von Wertpapieren Vermögensverwaltung oder gewerblichen Wertpapierhandel darstellt,
- 2.) ob der entgeltliche Verzicht des Bf. auf das eingeräumte Recht, dass er die Liegenschaft bis spätestens 31.12.2008 um € 600.000 erwerben könne, in Höhe von € 150.000 sonstige Einkünfte aus Leistungen gem. § 29 Z 3 EStG 1988 sind, und

3) ob die Einräumung des mit 30.9.2009 befristeten Rechts gegen Entgelt in Höhe von € 46.000, die im Eigentum des Bf. stehende Eigentumswohnung um € 130.000 erwerben zu können, sonstige Einkünfte iS d § 29 Z 3 EStG sind.

**Zu Punkt 1)** führte der Bf. wie in den bisherigen Schriftsätze aus und betonte, dass in dem strittigen Jahr ca 145 An- und Verkäufe in seinem Auftrag von der Bank getätigt worden seien. Im Jahr 2007 habe er ca. 90 Aufträge erteilt. Er führte aus, dass er von der Deutsche Bank als Privatkunde eingestuft worden sei, und dies mit der steuerlichen Beurteilung, ob eine gewerbliche Tätigkeit oder Vermögensverwaltungstätigkeit vorliege, nichts zu tun habe.

Alle anderen Kriterien, insbesondere die Fremdfinanzierung und die Anzahl der Transaktionen, würden für die Gewerblichkeit sprechen.

Dem hielt der Finanzamtsvertreter entgegen, dass gegen die Gewerblichkeit spräche,

- 1) dass der Wertpapierhandel nur auf Rechnung des Bf. getätigt wurde,
- 2) die Einstufung des Bf. als Privatkunde bei der Bank und
- 3) das Schreiben betreffend "Schadensfall" vom 14.8.2008 in dem der Bf. erläutert, dass der Schadensfall in Zusammenhang mit der Durchführung von Veranlagungen durch die Ag und die Deutsche Bank resultierte.

DDr. X. führte dazu aus, dass er als Privater keine Lizenz für den Wertpapierhandel (Bank-Lizenz) erhalten könne, allerdings könne dies nicht Voraussetzung für die steuerliche Beurteilung sein, ob eine gewerbliche Tätigkeit oder eine Vermögenstätigkeit vorliege. Im Jakom 2011 werde dazu ausgeführt, dass das nur ein weiteres Merkmal der Abgrenzung sein könne. Weiters, wie bereits vorstehend ausgeführt, sei die Einstufung der MIFID nicht für die steuerliche Beurteilung relevant.

Zu dem Brief an die Deutsche Bank führte der Bf. aus, dass es für ihn um einen allfälligen Schadensersatz der Bank gegangen sei. Diese Vorgangsweise habe eine rein zivilrechtliche Relevanz, keine steuerrechtliche.

Dr. Landl merkte dazu an, dass die Ausführungen auf Seite 6 des Schreibens vom 14.8.2008 - "*steuerlich betrachtet müssen die Positionen nur eine Verpflichtungslaufzeit von 366 Tagen aufweisen, um damit völlig einkommenssteuerfrei (§ 30 EStG) zu sein*" - für Vermögensverwaltung sprächen.

Weiters seien die Verluste in der ursprünglichen Einkommensteuererklärung nicht als gewerbliche Verluste erklärt worden.

DDr. X. hielt dem entgegen, dass dieser oben angeführte Absatz in den Verkaufsunterlagen der Ag gestanden sei. Das habe dafür gesprochen, dass "*im Jahr wenige Transaktionen durchgeführt würden und diese über eine Laufzeit von mehr als einem Jahr zu halten seien.*"

In seinem Fall habe das nicht zugetroffen.

Auf die Frage von Dr. Landl führte DDr. X. aus, dass es keine weiteren Dienstleistungen betreffend Wertpapierhandel gegeben habe, bzw. habe geben können, mangels Lizenz.

Weiters führte der Vertreter des FA aus, dass selbst wenn man von der Gewerblichkeit der Tätigkeit ausgehen würde, der § 2 Z 2a EStG den Verlust nicht zuließe (siehe Jakom 2013 zu § 2 Tz 163 und RV/0087-K/02 vom 9.10.2003, VwGH 2003/14/0096 vom 24.3.2004)

**Zu Punkt 2.)** erläuterte DDr. X., dass er mit den 3 gegenständlichen GmbH's (Stillhalter) vereinbart habe, deren Liegenschaftsanteil um je € 200.000,00, innerhalb der festgesetzten Frist, ankaufen zu können. Dies sei ein Gestaltungsrecht gewesen, das es ihm ermöglicht habe, das Rechtsgeschäft mit einseitiger Erklärung (Ausübung der Option) in Gang zu setzen. Dies hätte er gemacht, um die Liegenschaft anschließend an die von ihm gefundenen Investoren verkaufen zu können (um die 750.000 Euro). Statt des Kaufes und Verkaufes habe er auf die ihm eingeräumte Option verzichtet und dafür jeweils € 50.000,00 erhalten. Damit seien die Verkäufer so gestellt gewesen, als wenn sie die Liegenschaft um € 600.000,00 an ihn verkauft hätten und er im Gegenzug so gestellt gewesen, als hätte er die Liegenschaft um € 600.000,00 angekauft und um € 750.000,00 verkauft hätte. Um nicht offenzulegen, dass er durch den An- und Verkauf der Liegenschaft eine Kaufpreisdifferenz von € 150.000,00 lukriere und zur Vereinfachung der Transaktion, habe er sich entschieden, anstatt des An- und Verkaufs auf das Optionsrecht gegen Entgelt zu verzichten.

Dr. Landl führte dazu aus, dass aus der Sicht des Finanzamtes dies ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 29 Z 3 EStG sei, weil ein Recht eingeräumt worden sei und kein Anschaffungsvorgang stattgefunden habe. Er verwies auf Jakom 2017, § 29 Tz 42 EStG und VwGH vom 7.3.2003, 99/15/0003.

Dem hielt DDr. X. entgegen, dass im gegenständlichen Fall ein Optionsrecht vorliege, da er die Möglichkeit gehabt habe zu gestalten und den Kauf in Gang zu setzen.

Dazu führte der Finanzamtsvertreter aus, dass dem Bf. durch Verzicht auf die Kaufoption Entgelt zugeflossen sei.

Dem Bf. sei in der Vereinbarung vom 31.1.2008 das (nunmehr unterlassene) Recht unentgeltlich eingeräumt worden.

Nach DDr. X. hätte das mit der Einordnung des Rechtsgeschäfts, ob ein Optionsrecht oder Vorkaufsrecht vorliege, jedoch nichts zu tun.

**Zu Punkt 3.)** der Honorarnote an ZT GmbH führte der Bf. aus, dass er der ZT GmbH das Optionsrecht eingeräumt habe, die Wohnung innerhalb der Frist von 15.3.2008 bis 30.9.2009 um € 130.000,00 zu erwerben. Dafür habe er als Stillhalter für die Einräumung dieser Option eine Optionsprämie in Höhe von € 46.000,00 erhalten.

Dazu führte die Betriebsprüferin aus, dass in der Beschwerde die Optionsfrist bereits mit 15.3.2008 bis 30.9.2009 angegeben wurde. Die Honorarnote für die Einräumung dieses Rechts sei datiert mit 15.12.2008. Eine Vereinbarung vom 15.3.2008 sei nicht im Akt.

Die Vereinbarung, ein Optionsvertrag vom 15.03.2008, wurde von DDr. X. nachgereicht und dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht.

Laut dem Vertrag beginnt die Frist zur Ausübung der Option am 15.03.2008 und endet am 30.9.2009. Für die Dauer der Optionsfrist verpflichtet sich der Optionsgeber, die Wohnung nicht ohne Zustimmung des Optionsnehmers zu veräußern oder nur so zu belasten, dass die Lastenfreistellung bei Kaufvertragsabschluss möglich ist.

Gemäß § 323 Abs. 38 Bundesabgabenordnung (BAO, idF des FVwGG 2012, BGBl. I 2013/14 ab 1.1.2014) sind die am 31. Dezember 2013 bei dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Folgender Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde zu legen ist, ergibt sich aus den im Akt aufliegenden Unterlagen, den Feststellungen der Betriebsprüfung, der Beschwerdeausführungen und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung.

#### **zu Punkt 1)**

Der Bf. DDr. X. war ab 03.12.2005 Prokurist bei der Ag .

Die Funktion wurde im Firmenbuch mit 13.03.2008 gelöscht.

Laut seinen Angaben war er für Networking und Kundenansprache im Raum Wien zuständig.

Der Geschäftszweig der Ag war die Vermögensberatung.

Vorstand der Ag war seit 31.08.2002 Herr Mag. R., welchen der Bf. nach eigenen Angaben über Freunde kennengelernt habe.

Dieser habe ihm das Geschäftsmodell der Ag erläutert und erklärt, dass dieses Modell von der Deutsche Bank AG (Deutschland, Deutschland) geprüft und als valide befunden worden sei und dass diese Bank mit der Ag zusammenarbeite.

Das Geschäftsmodell, die Investmentstrategie der Ag, basiere darauf, dass man Aktien über sogenannte Short-Puts einkaufe, die Short-Puts-Prämie lukriere und in weiterer Folge auch die Aktien kaufen könne.

Dem Bf. wurde von Herrn Mag. R. empfohlen, bei der Deutsche Bank AG ein Konto zu eröffnen und einen Kredit aufzunehmen

Der Bf. eröffnete daraufhin bei der Deutsche Bank AG ein Depotkonto und schloss mit dieser einen Kreditvertrag über € 140.000,00.

Die Deutsche Bank war somit die Depotbank und der Kreditgeber.

Der Bf. wurde von der Deutsche Bank wurde als Privatkunde eingestuft.

Der Rahmenvertrag zwischen der Bank und dem Bf. diente als Grundlage für weitere einzelne Finanztermingeschäfte, die die Bank im Auftrag des Bf. als Kommissionsgeschäfte abschloss.

Der Wertpapierhandel wurde nur auf Rechnung des Bf. getätigt.

Der Bf. hat nach eigenen Ausführungen (vgl. Schreiben vom 6.3.2012) 20 Optionen mit Gewinnabsicht gekauft und verkauft.

In der Beschwerde hat der Bf. angegeben, dass im Jahr 2007 ca. 90 An- und Verkäufe, vom 1.1.2008 bis zur Zwangsschließung des Kontos durch die Deutsche Bank auf Grund der Verlustsituation am 16.07.2008 145 An- und Verkäufe durchgeführt worden seien.

In dem Schreiben des Bf. vom 14.08.2008 (betreffend den Schadensfall) führte dieser aus, dass dieses Geschäftsmodell in der Praxis so funktionierte, dass die I.-AG einen Vorschlag gemacht habe und dieser dem Kunden zur Unterschrift geschickt wurde.

Diese Vorgangsweise sei deshalb optimal gewesen, weil die Ag die Feinabstimmung der Limits habe vornehmen können und damit die für alle Kunden bessere Ausführungswerte garantiert hätte.

Der Kauf und Verkauf von Optionen wurde über standardisierte Börsen ( zB CCBOT, EUREX) abgewickelt.

Laut weiteren Ausführungen des Bf. kam es durch die Weltwirtschaftskrise im Jahr 2008 zu einem Einbruch der Aktienmärkte um mehr als 50%. Dadurch waren seine Sicherheiten nicht mehr ausreichend.

Auf Grund der negativen Kursentwicklung entstand eine erhebliche Unterdeckung zu Lasten des Bf.. Die Deutsche Bank stellte am 10.07.2008 die Optionen glatt, daraus resultierte ein Verlust von € 168.876,92. Die Bank zog die Bankgarantie in Höhe von € 140.000,- , betreffend den übersteigenden Betrag in Höhe von € 28.876,92 klagte die Bank den Bf. die Unterdeckung auszugleichen und obsiegte.

Auch in dem Schreiben vom 14.08.2008 betreffend Schadensfall erläuterte der Bf., dass der Schadensfall in Zusammenhang mit der Durchführung von Veranlagungen durch die Ag und die Deutsche Bank resultierte.

In der Einkommensteuererklärung für das Jahr 2008 wurde vom Bf. kein Verlust aus Gewerbebetrieb erklärt.

Laut den Ausführungen des Bf. hat er die Verluste als Verluste aus Spekulation mit anderen Einkünften aus Spekulation gegengerechnet. (siehe Punkt 2 und 3)

Der nunmehr in der Beschwerde geltend gemachte Verlust in Höhe von € 202.937,97 errechnete sich aus dem negativen Konto. (+35.541,78, 000 und - 167.396,19 am Ende im Jahr 2008 vgl. Beschwerdeausführungen)).

**Strittig ist, ob die gegenständliche Tätigkeit, der Kauf und der Verkauf der Optionen, eine gewerbliche Tätigkeit oder Vermögensverwaltung darstellt. (Verlust in Höhe von 202.937,97 EURO).**

## **Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 23 Z 1 EStG 1988 sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die

Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist.

Im Jakom/Peyerl 2018 zu § 23 EStG in Rz 1 wird ausgeführt, dass § 23 EStG 1988 zunächst eine Umschreibung des Gewerbebetriebes enthalte. Die Merkmale der Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnabsicht und der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr müssten auch bei den übrigen betrieblichen Einkunftsarten (§ 21, § 22) gegeben sein. Gewerbliche Einkünfte würden daher nur dann vorliegen, wenn keine Einkünfte aus LuF oder aus selbständiger Arbeit erzielt würden (§ 23 erfüllt die Funktion eines Auffangtatbestands). Der Umfang der Betätigung müsse zudem den Rahmen sog Vermögensverwaltung überschreiten (VwGH 17.12.98, 97/15/0060; Abgrenzung zu den außerbetrieblich Einkunftsarten, §§ 25 bis 31; EStR 5419). § 23 erfordert schließlich eine Abgrenzung gegenüber der nicht steuerbaren (Privat)Sphäre.

Im gegenständlichen Fall ist unbestritten, dass

- 1) der Bf. bei der Ag bis 13.03.2008 als Prokurist tätig gewesen ist,
- 2) die Ag vermögensberatend tätig war,
- 3) der Vorstand der Ag Mag. R. war, der dem Bf. das Geschäftsmodell der Ag zur Kenntnis gebracht hat,
- 4) Mag. R. dem Bf. die Deutsche Bank AG, die Partnerbank der Ag empfohlen hat,
- 5) der Bf. bei der Deutsche Bank AG einen Kredit in Höhe von € 140.000,00 aufgenommen hat,
- 6) der Bf. auf Grund des erläuterten Geschäftsmodells der Ag Wertpapiere über diese Bank an- und verkauft habe,
- 7) im Zuge der Finanzkrise der Bf. mit dem Geschäftsmodell (An- und Verkauf der Wertpapiere (short puts) ) einen Verlust erwirtschaftet hat,
- 8) die Deutsche Bank AG den Kredit fällig gestellt hat und den Bf. betreffend den übersteigenden Betrag geklagt und obsiegt hat.

Das Finanzamt bewertete diese vorstehende Vorgangsweise als Tätigkeit aus Vermögensverwaltung und anerkannte den Verlust nicht als ausgleichsfähig mit anderen Einkünften.

Zur Abgrenzung von Vermögensverwaltung zu gewerblichen Wertpapierhandel wird im Jakom/Peyerl, EStG 2018, § 23 Rz 46 ausgeführt,

"a) dass der Rahmen der Vermögensverwaltung erst überschritten ist, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt werde, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist (VwGH 24.9.14, 2012/13/0107; Göth ecolex 92, 440). In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb – eine „bankentypische Tätigkeit“ (EStR

5427) – ausmacht (VwGH 29.7.97, 96/14/0115; Beiser/ Farmer RdW 97, 100; BFH 30.7.03, X R 7/99, BStBl II 04, 408; zur „Planmäßigkeit“ des Vorgehens vergleichbar einem gewerblichen Händler s VwGH 21.12.05, 2003/14/0046; zur „händlertypischen“ Vorgangsweise s VwGH 26.7.05, 2003/14/0050 und Hofstätter ecolex 05/413, 862). – Zur Abgrenzung des gewerblichen Wertpapierhandels von der privaten Vermögensverwaltung s auch BFH 2.9.08, X R 14/07.

b) dass die Umschichtung von Papieren (Kauf und Verkauf unter Einschaltung von Banken) grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung gehöre (Unterschied zum Liegenschaftsbesitz; VwGH 18.12.01, 99/15/0155). Bei Wertpapieren liege es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren (VwGH 21.12.05, 2003/14/0046; Djanani/ Kapferer SWK 91, A I 314, sowie BMF 28.2.91 ARD 4266/22/91). Bediene sich der Steuerpflichtiger für den An- und Verkauf von Papieren der Dienste von Banken (als Kommissionäre), kann er die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt entfalten; diese Art der Kaufabwicklung deute daher für sich nicht auf einen Gewerbebetrieb. Bei einer solchen Konstellation (Besonderheit der Abwicklung von Geschäften im Hinblick auf die bestehenden gesetzlichen Beschränkungen; VwGH 21.12.05, 2003/14/0046) müssen andere Umstände vorliegen, um die Tätigkeit als Gewerbebetrieb qualifizieren zu können.

c) Zu den Kriterien, die für die Gewerblichkeit sprechen (EStR 5428 und 5431), gehörten nach der Rechtsprechung (1) der Umstand, dass Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden (Auftreten für Rechnung Dritter; Anbot von Händlerdiensten Dritten gegenüber etwa im Wege der Unterhaltung eines Dritten erkennbaren Büros, VwGH 29.7.97, 96/14/0115; Vorhandensein von auf den Handel mit Wertpapieren abgestellten Räumen, VwGH 21.12.05, 2003/14/0046). Eine geringfügige Tätigkeit im Bereich der Fremdverwaltung (insbesondere nur gelegentlich, gleichsam zufällig für Dritte durchgeführte Transaktionen) muss nicht dazu führen, den auf eigene Rechnung betriebenen Wertpapierhandel als gewerblich einzustufen (VwGH 24.3.04, 98/14/0179; es können daher unterschiedliche Einkunftsarten vorliegen, im Bereich der Fremdverwaltung auch sonstige Einkünfte iSd § 29 Z 3. – (2) die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe sowie die Höhe der Umsätze. Liegt die Anzahl der An- und Verkäufe im Durchschnitt der Jahre für sich betrachtet jeweils unter 30, spricht dies nicht für Gewerblichkeit (VwGH 25.2.98, 98/14/0005 146 Transaktionen; 29.7.97, 96/14/0115). Der Umstand, dass mit hohem Risiko behaftete Transaktionen durchgeführt werden, weist für sich genommen in gleicher Weise auf eine gewerbliche wie auf eine spekulative Tätigkeit hin (VwGH 24.3.04, 2003/14/0096). – (3) Die Fremdfinanzierung der angeschafften Papiere stellt zwar ein weiteres iRd Gesamtbetrachtung zu würdigendes Kriterium dar (VwGH 29.7.97, 96/14/0115). Es kommt ihm allerdings kein entscheidendes Gewicht mehr zu, da sich zunehmend neue Formen der privaten Vermögensbildung entwickelt haben (VwGH 26.6.53, 1862/52), die den anfänglich Einsatz von Fremdkapital zum Inhalt haben („eingeschränkte Indizwirkung“, VwGH 21.12.05, 2003/14/0046; 24.3.04,

98/14/0179; EStR 5431 misst der Eigen- bzw Fremdfinanzierung offenbar noch stärkere Bedeutung bei). – (4) Nicht unbedeutend ist schließlich der Umstand, ob der (den „Handel“ mit Wertpapieren betreibende) Steuerpflichtige einen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf, insbesondere den des Wertpapiermaklers ausübt (VwGH 19.3.02, 2000/14/0018, wiederum zur Abgrenzung gegenüber 26.6.53, 1862/52). Diese Voraussetzung ist aber nicht schon dadurch erfüllt, dass der Steuerpflichtige an weiteren GesbR beteiligt ist, die gleichfalls keine Händlerdienste für das Publikum anbieten (VwGH 21.12.05, 2003/14/0046). Bei der Tätigkeit eines Steuerberaters handelt es sich um keinen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf (VwGH 24.3.04, 2003/14/0096)."

Im gegenständlichen Fall wurde dem Bf. von dem Vorstand der Ag, einer Vermögensberatungsgesellschaft, ein Geschäftsmodell vorgestellt, mit dem der Bf. (hohe) Gewinne erzielen könnte.

Der Bf., erläuterte, dass dieses Geschäftsmodell in der Praxis so funktionierte, dass die I.-AG einen Vorschlag gemacht habe und dieser dem Kunden zur Unterschrift geschickt wurde. Diese Vorgangsweise sei deshalb optimal gewesen, weil die Ag die Feinabstimmung der Limits habe vornehmen habe können und damit die für alle Kunden bessere Ausführungswerte garantiert hätte.

Der Bf. hat daraufhin bei der Deutsche Bank AG, der "Partner-Bank" der Ag, einen Kredit aufgenommen, welche auch die An- und Verkäufe von Short-Puts für den Bf. durchführte.

Den Ausführungen des Bf., dass von einer gewerbliche Tätigkeit ausgegangen werden könne, wenn der An- und Verkauf von Wertpapieren unter Ausnutzung von Kursschwankungen sich nicht nur auf die nutzbringende Verwertung eigenen Vermögens beschränke, sondern mit Hilfe von Bankkrediten durchgeführt werde, kann im gegenständlichen Fall nicht gefolgt werden.

In dieser Art der gegenständlichen Vermögensveranlagung des Bf., auch wenn dieses fremdfinanziert wurde, da der Bf. hat einen Kredit aufgenommen hat, kann das Bundesfinanzgericht nicht erkennen, dass durch eine Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit des Bf. ein Bild erzeugt wurde, dass der privaten Vermögensverwaltung fremd ist.

Der Bf. konnte für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflussnahme auf die Höhe der Preise und einzelnen Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt Einfluss nehmen, in dem er zu gegebenen Zeitpunkt den Ankauf oder Verkauf in Auftrag gab.

Eine banktypische Tätigkeit, die einen Gewerbebetrieb begründen könnte, liegt nach Ansicht des Bundesfinanzgericht daher nicht vor.

Auch betreffend die Vielzahl von An- und Verkäufen von Wertpapieren des Bf. kann das Bundesfinanzgericht keine gewerbliche Tätigkeit erkennen.

Den vorstehenden Ausführungen in der Lehre und Rechtsprechung folgend, dass Umschichtung von Papieren (Kauf und Verkauf unter Einschaltung von Banken) grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung gehöre, da es bei Wertpapieren

in der Natur der Sache liege, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren (VwGH 21.12.05, 2003/14/0046; Djanani/ Kapferer SWK 91, A I 314, sowie BMF 28.2.91 ARD 4266/22/91), kann auch im gegenständlichen Fall nicht auf Gewerblichkeit schließen lassen.

Der Bf. bediente sich eines Modells der Ag, einer vermögensberatenden Firma, welche die Investitionsstrategie vorgab, die An- und Verkäufe vorschlug, und dem Bf. zur Unterschrift vorlegte. Gleichzeitig bediente sich der Bf. einer Bank, der Deutsche Bank AG, die mit der Ag - wie dem Schreiben des Bf. vom 03.06.2008 zu entnehmen ist - zusammenarbeitete.

Auch hieraus ist für das Bundesfinanzgericht zu erkennen, dass der Bf. auf die Höhe des Preises und die einzelnen Kaufkonditionen nur eingeschränkt Einfluss nehmen konnte.

Aus dem Klagsvorbringen des Bf. gegen die Deutsche Bank geht hervor, dass der Bf. seit 19.12.2006 ein Konto bei der Deutsche Bank hatte und mit der Bank einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte abgeschlossen hatte.

Dieser Rahmenvertrag diente als Grundlage für einzelne Finanztermingeschäfte, die die Deutsche Bank im Auftrag des Bf. als Kommissionsgeschäft abschloss.

Dem Vorbringen des Bf., dass - wie bei der gewerblichen Tätigkeit Voraussetzung ist - sich diese Tätigkeit als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellte, kann das Bundesfinanzgericht somit auch nicht folgen.

Für das Bundesfinanzgericht ist auch weiters nicht erkennbar, wieso der Bf. dem Verlust, der durch die damaligen Finanzkrise 2008 entstanden ist, nicht entgegensteuerte, in dem er den Vermögensumschichtungen Einhalt bot und "keine Unterschrift" mehr leistete.

Weiteren vorstehenden Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes folgend müssten bei einer solchen Konstellation noch weitere andere Umstände vorliegen, die für die Gewerblichkeit sprechen.

Zu diesen Kriterien gehört auch der Umstand, dass Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden (vgl. Hofstätter/Reichel, § 23 Tz 16 EStG 1988).

Der Bf. ist aber im gegenständlichen Fall nicht für Rechnung Dritter aufgetreten und hat auch nicht - etwa im Wege der Unterhaltung eines für Dritte erkennbaren einschlägigen Büros - Dritten gegenüber Händlerdienste angeboten.

Auch wurde vom Bf. nicht ausgeführt, dass der Umfang der Vermögensverwaltung über das üblicherweise betreffend den Verwaltungsaufwand anfallende Ausmaß hinausgegangen sei.

Im gegenständlichen Fall führte - unbestritten - die Deutsche Bank AG die Bankgeschäfte aus.

Schlussendlich sind der Rechtsprechung folgend entscheidend die Umstände des Einzelfalls. Bei der Beurteilung des Sachverhalts ist eine Gesamtbetrachtung anzustellen (Hofstätter ecolex 05/413, 862; Abwägung der für und gegen das Vorliegen gewerblicher Einkünfte sprechenden Kriterien, VwGH 24.3.04, 98/14/0179).

Zu den Wertpapiergeschäften führt Doralt in § 23 Tz 107 aus, dass die Tätigkeit erst dann zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führt, wenn die Tätigkeit nach Art und Umfang insgesamt ein Bild ergibt, welches der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. Die Geschäfte müssen sowohl ihrem äußeren Erscheinungsbild, als auch in ihrem inneren Gehalt mit Geldgeschäften vergleichbar sein, wie sie am gewerblich orientierten Kapitalmarkt üblich sind.

Im gegenständlichen Fall kommt unter Abwägung der eingangs angeführten Punkte, nämlich dass

- der Bf. zwar bei der Ag, einer vermögensberatenden Firma, bis 13.03.2008 als Prokurist, iVm Networking und Kundenansprache tätig gewesen ist,
- dem Bf. jedoch vom Vorstand der Ag das Geschäftsmodell der Ag zur Kenntnis gebracht worden ist,
- der Bf. bei der Deutsche Bank AG auf Anraten des Vorstandes der Ag einen Kredit aufgenommen hat und
- der Bf. dann auf Grund des vorstehend erläuterten Geschäftsmodells Wertpapiere über diese Bank an- und verkauft hat,

das Bundesfinanzgericht zu dem Schluss, dass der Bf. nicht gewerblich tätig gewesen ist.

Der vorstehend angeführten Rechtsprechung folgend gründet nach Ansicht des BFG der gegenständliche An- und Verkauf von Wertpapieren unter Einschaltung von der Deutsche Bank AG keinen Gewerbebetrieb.

Ein gewerblicher Wertpapierhandel läge nach Ansicht des BFG dann vor, wenn sich der Bf. wie ein Wertpapierhändler verhalten hätte, was hinsichtlich der gegenständlichen Vermögensverwaltung des Bf. vom Bundesfinanzgericht nicht gesehen werden kann.

Auch die Aussage des Bf., dass er den Verlust in der Einkommensteuererklärung nicht erklärt habe, da er von einem Spekulationsverlust ausgegangen sei, der mit den "Spekulationsgewinnen", die sich aus Geschäften, über die folgend unter Punkt 2 und 3 abzusprechen sein wird, gegenzurechnen war, somit auch der Bf. seine Tätigkeit nur als eine vermögensverwaltenden Tätigkeit gesehen hat, lässt das Bundesfinanzgericht zu dem Schluss kommen, dass die Tätigkeit des Bf. keinen Gewerbebetrieb darstellte.

Das Bundesfinanzgericht kann sohin in Anbetracht der gesamten Verhältnisse es nicht als rechtswidrig erkennen, wenn das Finanzamt die obige Tätigkeit des Beschwerdeführers nicht als Gewerbebetrieb qualifiziert hat.

## **zu Punkt 2) Einkommensteuerliche Beurteilung des Verzichts auf ein Recht gegen Entgelt**

Am 9. Oktober 2007 haben die HV GmbH, die Alois Petz GmbH und die ZT GmbH die gegenständliche Liegenschaft um € 500.000,- gekauft.

Am 31.1.2008 hat der Bf., als Berechtigter, mit der HV-GmbH, der P. GmbH und der ZT GmbH, den Berechtigenden, eine Vereinbarung geschlossen, sich um die Veräußerung der Liegenschaft Platz, 1100 Wien, zu kümmern, da sich der Verkauf schleppend gestaltete.

Im Gegenzug räumten ihm die Berechtigenden (unentgeltlich) jeweils das Recht ein, ihren 1/3-idelle Liegenschaftsanteil bis spätesten 31.12.2008 um jeweils € 200.000 insgesamt zu einem Kaufpreis von € 600.000 zu erwerben.

Ende des Jahres 2008 wurde von dem Bf. eine Mitunternehmergruppe namhaft gemacht, die sich bereit erklärte, die Liegenschaft um € 750.000,- zu erwerben.

Dem Vorschlag des Bf. folgend (vgl. Aktenvermerk von DDr. X. vom 30.11.2008) wurde der Kaufpreis gegenüber den Investoren seitens der Eigentümer im Kaufvertrag mit Euro 750.000 festgelegt; der Bf. verzichtete auf sein Optionsrecht (Vereinbarung 30.11.2008) und die Berechtigenden verpflichteten sich im Gegenzug dem Bf. € 150.000,00 zu bezahlen.

Im Dezember 2008 wurde das Grundstück von 10 Käufern, unter ihnen auch der Bf., um € 750.000,- gekauft. Das Optionsrecht wurde nicht übertragen.

Ende des Jahres 2008 haben dann die drei Miteigentümer, die Verkäufer der Liegenschaft, dem Bf. DDr. X. je € 50.000,- somit € 150.000,00 für seinen Verzicht auf die Ausübung des Optionsrechtes überwiesen.

**Strittig ist, ob die Zahlungen von je € 50.000,00 (insgesamt € 150.000,00) im Jahr 2008 durch die 3 Eigentümer-GmbHs sonstige Einkünfte gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 darstellen.**

#### **Rechtliche Beurteilung:**

Gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 sind sonstige Einkünfte nur Einkünfte aus Leistungen, wie insbesondere Einkünfte aus gelegentlichen Vermittlungen und aus der Vermietung beweglicher Gegenstände, soweit sie weder zu anderen Einkunftsarten (§ 2 Abs 3 Z 1 bis 6) noch zu den Einkünften im Sinne der Z 1, 2 oder 4 gehören. Solche Einkünfte sind nicht steuerpflichtig, wenn sie im Kalenderjahr höchstens 220 Euro betragen. Übersteigen die Werbungskosten die Einnahmen, so darf der übersteigende Betrag bei der Ermittlung des Einkommens nicht ausgeglichen werden (§ 2 Abs 2).

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (siehe etwa vom 23.5.2000, 95/14/0029, oder vom 3.7.2003, 99/15/0003)" kann eine Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen. Eine Leistung iSd zitierten Bestimmung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, einem Anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Nach § 30 und 31 EStG 1988 dürfen Erlöse aus der Veräußerung von Vermögensgegenständen unter dort im Einzelnen festgelegten Voraussetzungen einkommensteuerlich erfasst werden. Daraus leitet der VwGH ab, dass die Veräußerung von Vermögensgegenständen bzw. die einem Veräußerungsvorgang gleichzuhaltende Vermögensumschichtung nicht auch als Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 angesehen

*werden kann.*" In Fällen, in welchen die Veräußerung von Privatvermögen nicht durch die §§ 30 und 31 EStG 1988 erfasst sind, soll keine Besteuerung nach § 29 Z 3 EStG 1988 einsetzen.

Entscheidend ist daher, welche Nutzungen oder Rechte dem Bf. zugekommen sind und welche Nutzungen oder Rechte an die Miteigentümergemeinschaft übertragen worden sind.

Wesentlich ist, ob das gegenständliche Optionsrecht (gegenständliche Optionsrechte) verkauft worden, oder ob auf dieses verzichtet worden ist, die Zahlung für die Übertragung der Option oder deren Nichtausübung geleistet worden ist.

Mit der Vereinbarung vom 31.01.2008 wurde dem Bf. die Möglichkeit eingeräumt, sich um den Verkauf zu kümmern, einen Verkauf herbeizuführen oder das Grundstück bis 31.12.2008 um € 600.000,- zu erwerben.

Der Grund für den zwischen den Liegenschaftseigentümern und dem Bf. abgeschlossenen Vertrag am 31.01.2008 war, dass sich der Bf. um eine (schnelle) Veräußerung der Liegenschaft kümmert.

Der Bf. fand bereits im November 2008 eine Investorengruppe, die für die Liegenschaft einen Kaufpreis in Höhe von Euro 750.000,- anbot.

Die Liegenschaft wurde dann bereits im Dezember 2008 um den vorstehenden Preis verkauft, nachdem der Bf. auf sein Recht verzichtet hat, die Liegenschaft um € 600.00,- zu erwerben. Dieser Verzicht wurde von den Miteigentümern um € 150.000,- (je € 50.000,-) abgegolten.

Da der Bf. bereits im November Käufer für die Liegenschaft gefunden hatte, bot er den "alten" Liegenschaftseigentümern an, auf seine Option zu verzichten.

Der Vereinbarung vom 30.11.2008 zwischen dem Bf. und dem (jeweiligen) Eigentümer ist zu entnehmen, dass er auf sein ihm eingeräumtes Recht den Liegenschaftsanteil um € 200.000,- zu erwerben, verzichtet hat und dafür 50.000,- verlangt hat.

Eine Leistung iSd § 29 Z. 3 EStG 1988 kann in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. September 1999, 98/15/0117). Eine Leistung iSd zitierten Bestimmung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, einem anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. November 1986, 86/14/0072, VwSlg.Nr. 6.173/F).

Im gegenständlichen Fall hat der Bf. die Vereinbarung vom 31.1.2008 geschlossen, sich um den Verkauf der Liegenschaft zu kümmern.

Ein (fixes) Entgelt für die Vermittlungsleistungen wurde nicht vereinbart, aber dem Bf. die Option eingeräumt, die Liegenschaft bis 31.12.2008 um 600.000,- selbst zu erwerben und in weiterer Folge einen höheren Verkaufspreis zu lukrieren.

Der Bf. hat, als er bereits im November 2008 Käufer für die Liegenschaft gefunden hat, welche die Liegenschaft um € 750.000,- kaufen würden, auf sein Recht verzichtet, die

Liegenschaft um 600.000,- erwerben. Dafür hat er mit den Liegenschaftseigentümern vereinbart, die Differenz in Höhe von € 150.000,00 als Entgelt für den Verzicht zu erhalten.

Mit dem Verzicht war den Eigentümer GmbH's die Möglichkeit gegeben, die Liegenschaft bereits im November 2008 um Euro 750.000,- zu verkaufen und dem Bf. das Entgelt für den Verzicht der Option aus dem Kaufpreis zu zahlen.

Es fand somit nach Ansicht des BFG kein Übergang eines „Optionsrechtes“ statt, sondern es wurde gegen Entgelt auf die Ausübung eines Rechtes verzichtet. Der Vorgang ist nicht als Veräußerung oder als eine der Veräußerung gleichzuhaltende Vereinbarung anzusehen (vgl. zum Beispiel VwGH 2007/13/0059 v. 20.10.2009) Da § 30 EStG 1988 nicht anwendbar ist, kommt § 29 Z 3 EStG 1988 zur Anwendung.

Die Leistung „Verzicht“, für die bezahlt wurde, war gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 zu versteuern.

Auch handelt es sich nach Ansicht des Bundesfinanzgericht bei dem gegenständlichen Optionsrecht, welches mit dem Verkauf der Liegenschaft verbunden ist, nicht um ein selbständiges Wirtschaftsgut. Das Optionsrecht wurde dem Bf. von den Berechtigenden, den 3 Eigentümern der Liegenschaft, dafür eingeräumt, dass er sich bemüht, einen schnelleren Verkauf der Liegenschaft herbeizuführen. Sie räumten den Berechtigten das Recht ein, ihren 1/3 ideellen Liegenschaftsanteil bis spätestens 31.12.2008 um Euro 200.000,- zu erwerben.

Der entgeltliche Verzicht (je Euro 50.000,-) auf das Optionsrecht erfolgte dann zwischen den jeweilig Berechtigenden und dem Bf..

Da im gegenständlichen Fall somit ein entgeltlicher Verzicht auf ein Optionsrecht des Bf. gegeben war, war der Zufluss der jeweils Euro 50.000,-, insgesamt Euro 150.000,- als sonstige Leistung gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 steuerlich zu erfassen.

### **zu Punkt 3) Honorarnote an die ZT GmbH**

Laut der Honorarnote vom 15.12.2008 räumte der Bf. der ZT GmbH das mit 30.09.2009 befristete Recht ein, die in seinem Eigentum stehende Wohnung im Ausmaß von 130 m<sup>2</sup> für € 130.000,00 zu erwerben.

Für die Einräumung dieses Rechtes stellte der Bf. den Pauschalbetrag von € 46.000,00 in Rechnung. Der Betrag war bis spätestens 31.12.2008 einlangend auf das Konto des Bf. zu überweisen.

**Strittig ist ob das Entgelt in Höhe von € 46.000,00 sonstige Einkünfte iS des § 29 Z 3 EStG sind.**

### **Rechtslage**

Gemäß § 29 Z 3 EStG 1988 sind- wie bereits vorstehend ausgeführt - sonstige Einkünfte nur Einkünfte aus Leistungen, wie insbesondere Einkünfte aus gelegentlichen Vermittlungen und aus der Vermietung beweglicher Gegenstände, soweit sie weder zu anderen Einkunftsarten (§ 2 Abs 3 Z 1 bis 6) noch zu den Einkünften im Sinne der Z 1,

2 oder 4 gehören. Solche Einkünfte sind nicht steuerpflichtig, wenn sie im Kalenderjahr höchstens 220 Euro betragen. Übersteigen die Werbungskosten die Einnahmen, so darf der übersteigende Betrag bei der Ermittlung des Einkommens nicht ausgeglichen werden (§ 2 Abs 2).

Im gegenständlichen Fall handelt es sich bei der Honorarnote in Höhe von € 46.000,- um ein erhaltenes Entgelt für die Einräumung eines Rechtes, die Wohnung, die im Eigentum des Bf. steht, bis 31.12.2008 um den Betrag Euro 130.000,- zu erwerben.

Dem Begünstigten wurde vom Bf. das Recht eingeräumt, die Wohnung um den vereinbarten Preis innerhalb einer gegebenen Frist zu erwerben. Dafür hatte der Begünstigte ein Entgelt in Höhe von € 46.000,- zu zahlen.

Das Einräumen des Rechtes an einen Dritten, dass dieser die Eigentumswohnung um € 130.000,- bis 31.12.2008 kaufen könne, kann nur der Eigentümer der Wohnung verfügen.

Für die Einräumung dieses Recht stellte der Eigentümer im gegenständlichen Fall ein Entgelt in Höhe von € 46.000,- in Rechnung.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH (siehe etwa vom 23.5.2000, 95/14/0029, oder vom 3.7.2003, 99/15/0003)" kann eine Leistung iSd § 29 Z 3 EStG 1988 in einem Tun, einem Dulden oder einem Unterlassen bestehen. Eine Leistung iSd zitierten Bestimmung ist jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, einem Anderen einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.

Im gegenständliche Fall haben die Vereinbarung und das Entgelt (€ 46.000,-) darauf abgezielt, dass der Begünstigte, die ZT GmbH, das Recht (den wirtschaftlichen Vorteil) hatte, die gegenständliche Wohnung bis 31.12.2008 um € 130.000,- zu erwerben.

Das Bundesfinanzgericht sieht daher das vom Begünstigten geleistete Entgelt als Einkünfte aus sonstige Leistung.

### **Zulässigkeit einer Revision**

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

Im vorliegenden Beschwerdefall wurden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Das Bundesfinanzgericht orientierte sich bei den zu lösenden Rechtsfragen an der einheitlichen höchstgerichtlichen Judikatur, darüber hinaus hing die Entscheidung im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles sowie auf der Ebene der Beweiswürdigung zu beantwortenden Sachfragen ab. Die Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher unzulässig.

Wien, am 15. Juni 2018