

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das **Bundesfinanzgericht** hat durch die Vorsitzende R1 und die weiteren Senatsmitglieder R2, Mitglied3 und Mitglied4 im Beisein der Schriftführerin XY in der Beschwerdesache des Bf., (vormals) vertreten durch ECL Wirtschaftsprüfung- und Steuerberatungs GmbH, Schreyvogelgasse 2/4, 1010 Wien, gegen die Bescheide des Finanzamtes Graz-Umgebung vom 06.12.2012 betreffend **Wiederaufnahme des Verfahrens** hinsichtlich Einkommensteuer der Jahre 2007 und 2008 sowie betreffend **Einkommensteuer 2007 und 2008** in der Sitzung am 1.3.2016

I. zu Recht erkannt:

Der Beschwerde gegen den **Wiederaufnahmebescheid hinsichtlich Einkommensteuer 2007** wird *Folge gegeben* und der angefochtene Wiederaufnahmebescheid wird *aufgehoben*.

Die Beschwerde gegen den **Wiederaufnahmebescheid hinsichtlich Einkommensteuer 2008** sowie gegen den **Einkommensteuerbescheid 2008** wird *abgewiesen*.

Die **Einkommensteuer für 2008** wird mit **€ 109.117,73** festgesetzt.

Die Ermittlung der maßgeblichen Bemessungsgrundlage bzw. die Berechnung der Abgabe sind aus dem beiliegenden Berechnungsblatt ersichtlich; dieses bildet einen Spruchbestandteil.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) *nicht zulässig*.

sowie II. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde gegen den **Einkommensteuerbescheid 2007** wird gemäß § 261 Abs. 2 BAO *als gegenstandslos erklärt*.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) *nicht zulässig*.

Entscheidungsgründe

(1) Der Beschwerdeführer (Bf.) wurde für die Streitjahre zunächst mit Bescheiden vom 27.4.2009 bzw. vom 7.4.2010 – jeweils erklärungsgemäß - zur Einkommensteuer veranlagt.

(2) Mit Eingabe vom 16.3.2010 informierte der Bf. das Finanzamt „*zusätzlich zu der bereits elektronisch eingereichten Einkommensteuererklärung 2008 (...) über folgende Transaktion:*

(...) Die BCC emittierte Genussrechte, die sogenannten BC Equity Participation Rights - Series 1, welche [vom Bf.] am 26.2.2007 iHv. EUR 500.000,-- erworben wurden. Steuerlich handelt es sich um Substanzgenussrechte (Beteiligung am Gewinn und Liquidationsgewinn bzw. Vermögen der Emittentin).*

Der Kaufpreis für die am 26.2.2007 erworbenen Genussrechte wurde am 16.2.2007 überwiesen.

Diese Genussrechte wurden am 14.8.2008 an den Emittenten, die BCC wiederum verkauft, der Veräußerungserlös wurde in 2 Raten, am 18.8.2008 iHv. EUR 763.626,90 und am 28.11.2008 iHv. EUR 10.961,12 auf das Konto [des Bf.] überwiesen.

Da bei der vorliegenden Transaktion die im § 30 EStG vorgesehene Spekulationsfrist von einem Jahr überschritten ist, liegen keine Einkünfte gemäß § 30 EStG vor. Der erzielte Veräußerungsgewinn unterliegt somit nicht der Besteuerung. (...).

(3) Im Jahr 2012 fand beim Bf. eine abgabenbehördliche Prüfung statt. In ihrem Bericht vom 5.12.2012 traf die Prüferin (unter Tz 1) folgende Feststellungen:

[Der Bf.] zeichnete am 10. Februar 2007 den Erwerb von Genussscheinen (Subscription of participation rights to be issued by BC S.a.r.l) an der BC** ., einer Gesellschaft nach luxemburgischen Recht (im Folgenden: BCC), im Nominale von € 500.000,00. --*

Die BCC wurde ausschließlich zu dem Zweck gegründet, Anteile an der H (HAAG) zu erwerben und zu verwerten. Die BCC war eine reine Zweckgesellschaft, ein sogenanntes "special purpose vehicle". Um den Kauf der HAAG finanzieren zu können, wurden von der BCC in drei Tranchen sozietäre Genussscheine ausgegeben.*

Der Inhalt der Rechtsbeziehungen wurde in den "Terms and Conditions BC Equity Participation Rights - Series 1 - of BCC ("Genussscheinrechtsbedingungen") getroffen.*

Nach diesen Genussrechtsbedingungen haben sich die Zeichner zur Leistung einer Kapitaleinlage in die BCC verpflichtet, mit der die BCC den Erwerb von Aktien der HAAG finanzieren sollte. Im Gegenzug dazu sind die Zeichner nach dem vereinbarten Schlüssel (vgl. Punkt 13 der Genussrechtsbedingungen) am wirtschaftlichen Erfolg der BCC beteiligt. Dabei geht es um den wirtschaftlichen Erfolg aus dem Erwerb, Besitz und nachfolgenden gewinnbringenden Verwertung dieser Aktien. Aus diesem Genussrecht resultiert keine gesellschaftsrechtliche Rechtsposition in der BCC, sondern es bestehen

lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung.

Bereits kurz nach der Zeichnung der HAAG-Aktien durch die BCC wurden diese am 22.5.2007 an die X-Bank (BLB) verkauft. Das Closing war am 11.11.2007, der Kaufpreis ist bereits im Oktober 2007 an die BCC geflossen. Damit war der Zweck der BCC erfüllt.

Die Aufteilung der von der BCC erzielten Erlöse im Falle eines "exit" (Ausstieg der BCC aus dem Investment in die Aktien) wurde in Punkt 13.1. der Genussrechtsbedingungen näher geregelt. Danach sollten zuerst alle externen Kosten bezahlt werden, danach sollten die Genussrechtsinhaber ihr eingesetztes Kapital und eine 8%-ige Verzinsung pro Jahr erhalten und danach allenfalls verbleibende Erlöse sollten zu 8/10 der Gesamtheit der Genussrechtsinhaber zugewiesen werden.

Nach Punkt 13.5. soll in keinem Fall vor dem ersten Kalendertag nach dem vollen Vergehen einer 12-monatigen Periode folgend der Emission der letzten Serie von Kapitalgewinnberichtigungen der Emittent den relevanten Ausstiegssausschüttungsbetrag auf das Konto des entsprechenden Inhabers senden. Diese 12-monatige Periode diene nur der vermeintlichen Vermeidung der Spekulationsfrist.

Durch "glückliche Umstände" erfolgte der Verkauf der BLB wesentlich früher als geplant, nämlich noch weit innerhalb eines Jahres ab Zeichnung der Genussrechte.

a) In einem ersten Schreiben der BCC vom 11.10.2007 wurden die Anteilsscheinzeichner darüber informiert, dass das "Closing" am 9.10.2007 erfolgt sei und der Kaufpreis von der BLB bezahlt worden sei. (...)

b) In einem weiteren Schreiben vom 21.11.2007 an die Anteilsscheinzeichner wurden diese über die steuerlichen Folgen informiert:

"Wie im Schreiben vom 11. Oktober 2007" mitgeteilt, konnte der Beteiligungsverkauf mit dem Closing am 9.10.2007 wesentlich schneller als erwartet abgeschlossen werden. Nun geht es an die schrittweise Abwicklung.

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

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

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

Im Sinne einer möglichst einfachen Abwicklung bitten wir Sie, den vorformulierten Antwortbrief (Schedule 1) und die Zustimmung, die Vollmacht zur Änderung der Equity Participation Rights (Schedule II) zu unterschreiben und spätestens bis zum 23. November 2007 an die BCC zurückzuschicken."

Die BCC als "special purpose vehicle" hatte nach dem Verkauf der HAAG-Aktien an die BLB ihren Zweck erfüllt. Mit dem Verkauf hatten die Anleger (Genussscheinbesitzer) Anspruch auf ihren anteiligen Gewinn. (...)

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

Der Gewinnanteil von € 763.626,90, der formell erst am 14.8.2008 zur Auszahlung kam, gilt daher bereits im Jahr 2007 und daher innerhalb der Spekulationsfrist als zugeflossen und löst die Einkommensteuerpflicht aus.

D.h. es sind nunmehr € 263.626,90 im Jahr 2007 als Einkünfte aus Spekulationsgeschäften anzusetzen.

Die Zinsen in Höhe von € 10.961,12, welche im Jahr 2008 zugeflossen sind, stellen Einkünfte aus Kapitalvermögen dar."

Bezüglich der Wiederaufnahme verwies die Prüferin unter Tz 2 des Berichtes darauf, dass dem Finanzamt die unter Tz 1 näher dargestellten Umstände auf Grund der Kontrollmitteilung eines anderen Finanzamtes vom 25.5.2011 bekannt geworden seien. Die in dieser Mitteilung geschilderten Umstände seien neue Tatsachen iSd. § 303 Abs. 4 BAO, die die Verfahrenswiederaufnahme rechtfertigen würden.

Auf Grund dieser Prüfungsfeststellungen verfügte das Finanzamt am 6.12.2012 die Wiederaufnahme der zunächst mit Bescheiden vom 27.4.2009 sowie vom 7.4.2010 abgeschlossenen Einkommensteuerverfahren 2007 und 2008 und erließ neue Sachbescheide, in denen im Jahr 2007 die (bislang erklärten) Spekulationseinkünfte um € 263.626,90 erhöht sowie im Jahr 2008 Einkünfte aus Kapitalvermögen iHv. € 10.961,12 angesetzt wurden.

(4) Der Bf. brachte sowohl gegen die Wiederaufnahmebescheide als auch gegen die neuen Einkommensteuerbescheide 2007 und 2008 das Rechtsmittel der Berufung (nunmehr: Beschwerde) ein und begründete diese im Wesentlichen wie folgt:

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse überwiege beim gegenständlichen Genussrecht der Eigenkapitalcharakter und sei daher von einem Substanzgenussrecht (iSd. § 8 Abs. 3 Z 1 KStG) an der B** auszugehen. Die Genussrechtsinhaber hätten – gleich wie die Gesellschafter – Anspruch auf Zahlung einer Dividende sowie auf einen Anteil am Liquidationsgewinn. Damit sei das Kriterium der Beteiligung am laufenden Gewinn und am Liquidationsgewinn erfüllt. Außerdem kämen den Genussrechtsinhabern Mitsprache- und Kontrollrechte zu: Sie seien berechtigt an Hauptversammlungen teilzunehmen und über Änderungen abzustimmen. Zudem habe der Emittent regelmäßig Berichte über die aktuelle Geschäftslage zu übermitteln. Diese Kriterien würden gegen den Fremdkapitalcharakter der Genussrechte sprechen. Auch die vereinbarte Mindestverzinsung könne keine schädliche Auswirkung auf die Beurteilung als Substanzgenussrecht haben, da diese nur im Falle eines Gewinnes auszuzahlen gewesen wäre.

Für die Berechnung der Spekulationsfrist könnten nicht die Anschaffung der Genussrechte und die Veräußerung der Aktien herangezogen werden. Maßgeblich könne nur die Veräußerung bzw. Abschichtung der Genussrechte sein. Die Genussrechte an der B** und die H-Aktien seien zwei unterschiedliche Wirtschaftsgüter. Die Veräußerung der H-Aktien durch die B** berühre in keiner Weise die Berechnung der Spekulationsfrist für die Genussrechte des Bf. Die Einkünfte aus der Veräußerung der Aktien seien allein der B** zuzurechnen.

Für die Abschichtung sei überdies ein Gesellschafterbeschluss erforderlich gewesen. Die einzelnen Genussrechtsinhaber hätten daher nicht selbst über den Zeitpunkt der Abschichtung entscheiden können.

Nach der Genussrechtsvereinbarung sei das Genussrechtskapital nach Veräußerung der Aktien grundsätzlich zurückzuzahlen gewesen, frühestens jedoch ein Jahr nach Ausgabe der Genussrechte. Der Anspruch auf Abschichtung habe daher erst ein Jahr nach Ausgabe der Genussrechte bestanden. Mangels eines Verfügungsgeschäftes zwischen dem Bf. und der B** vor Ende der Spekulationsfrist sei der Spekulationstatbestand nicht erfüllt.

Neue Tatsachen iSd. § 303 Abs. 1 lit. b BAO würden nicht vorliegen. Bereits im Schreiben vom 16.3.2010 sei dem Finanzamt offen gelegt worden, dass der Bf. Genussrechte an

der B** gekauft bzw. verkauft habe. Im Rahmen der Außenprüfung sei dieser Sachverhalt daher bereits offenkundig gewesen, da der Prüfungsauftrag (erst) am 14.6.2012 ausgestellt worden sei. Die Veranlagung sei erklärungsgemäß erfolgt und die Einkünfte aus der Veräußerung der Genussrechte seien von der Abgabenbehörde steuerfrei behandelt worden.

(5) Mit Eingabe vom 3.4.2013 legte der Bf. weitere Unterlagen vor (ein Schreiben der Stb Luxemburg vom 11.7.2011 sowie den Jahresabschluss der B** zum 31.12.2007) und führte ergänzend aus: Die B** habe die H-Aktien in zwei Tranchen veräußert. Der Großteil sei mit *Closing* im Herbst 2007 verkauft worden. Die verbleibenden 10.580 Aktien seien jedoch erst mit *Closing* im Juli 2008 veräußert worden. Aus dem vorgelegten (und geprüften) Jahresabschluss der B** sei ersichtlich, dass noch 10.580 H-Aktien per 31.12.2007 mit Anschaffungskosten von € 6.057.755,-- ausgewiesen seien. Darüber hinaus habe die B** im November 2008 aus der Abwicklung eines Rechtsstreits über den Verkauf von Tochtergesellschaften der H eine Zahlung erhalten, die auf Ebene der B** als „Sonderdividende“ aus ihrem H-Investment vereinnahmt worden sei. Erst mit dem Erhalt dieser „Sonderdividende“ im November 2008 habe die B** die H-Aktien vollständig verwertet und somit ihren Zweck erfüllt. Ein Anspruch auf Abschichtung habe auf Seiten der Genussrechtsinhaber erst im Falle des Einganges der „exit proceeds in full“ (also sämtlicher Erlöse aus der Verwertung der H-Aktien) bei der B** bestanden (Punkt 13.3. der Genussrechtsbedingungen). Somit sei der Anspruch auf Abschichtung für den Bf. erst im November 2008 begründet worden.

Mangels Erfüllung der Voraussetzungen für eine Abschichtung im Juli 2008 sei zunächst nur ein „*Repurchase*“ (Rückkauf) der Genussrechte möglich gewesen (Punkt 15. der Genussrechtsbedingungen). Dieser sei nur mit Zustimmung aller Genussrechtsinhaber möglich gewesen. Der Bf. habe den Rückkaufvertrag Ende Juli 2008 unterzeichnet. In der Folge sei der erste Teil des Rückkaufpreises iHv. € 763.626,90 an den Bf. überwiesen worden („*Purchase Price Part A*“).

Im November 2008 habe die B** dem Bf. mitgeteilt, dass der oa. Rechtsstreit beendet sei und die daraus resultierende „Sonderdividende“ den Rückkaufpreis für die Genussrechte entsprechend erhöhe. Erst durch Beendigung dieses Rechtsstreits seien die „exit proceeds in full“ bei der B** eingegangen. Zu einem geringen Teil handle es sich bei dem zugeflossenen Betrag um eine Teilhabe an der Verzinsung auf Ebene der B**. Bis zu ihrem Ausscheiden hätten die Genussrechtsinhaber an der Vermögensentwicklung der B** – und damit an deren ertragbringenden Veranlagung des Vermögens – teilgenommen. Auch diese Zinsen stellten aus Sicht des Bf. einen Teil des Veräußerungserlöses dar, der – wie der restliche Veräußerungsgewinn – steuerfrei zu behandeln sei. Mit der Zahlung dieses „*Purchase Price Part B*“ (iHv. € 10.961,12) habe das Investment des Bf. in die B** geendet.

(6) Mit Eingabe vom 5.8.2013 übermittelte der Bf. weitere Unterlagen, nämlich zwei Hauptversammlungsprotokolle der HAAG vom 18.3.2008 sowie vom 30.4.2008, ein Schreiben der Stb Luxemburg an die luxemburgische Finanzbehörde vom 22.10.2007

(samt erläuterndem E-Mail vom 25.10.2007) und ein Rechtsgutachten DDris. Torggler vom 20.6.2013 (zur Frage der Anforderungen an eine „Verfügung“ über Ansprüche aus einem Genussschein), welches von einem Investor, der die idente Genussrechtsbeteiligung an der BCC wie der Bf. eingegangen ist, in Auftrag gegeben wurde (dieses Gutachten liegt auch den BFG-Erkenntnissen RV/1100324/2011 und RV/1100326/2011 zugrunde). Mit diesen Unterlagen sollte in erster Linie belegt werden, dass die vollständige Verwertung der H-Aktien durch die B** erst am 3.7.2008 erfolgt sei und davor auf Grund der Bestimmung in Punkt 13.3. der Genussrechtsbedingungen kein Anspruch der Genussrechtsinhaber auf Abschichtung bestehen habe können.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Im abgabenbehördlichen Verfahren bestand vorrangig Streit darüber, ob der Tatbestand des Vorliegens von Spekulationseinkünften iSd. § 30 EStG (in der für den Streitfall maßgeblichen Fassung) – insbesondere der Zufluss binnen der gesetzlichen Ein-Jahres-Frist – erfüllt ist oder nicht. Während der Bf. davon ausgeht, die „Abschichtung“ seiner Genussrechte (und damit der Zufluss der daraus resultierenden Einkünfte) sei erst nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist erfolgt, vertritt das Finanzamt demgegenüber die Auffassung, der Bf. habe schon vor Ablauf der Frist wirtschaftlich über den Abschichtungs- bzw. Auszahlungszeitpunkt verfügen können, womit steuerlich die Verwirklichung des Spekulationstatbestandes eingetreten sei.

Daneben wurde auch die Frage nach der steuerrechtlichen Qualität der gegenständlichen Genussrechte aufgeworfen, wobei nach Ansicht des Bf. die Eigenkapitalkriterien überwiegen würden und die Genussrechte daher steuerlich wie Aktien zu behandeln seien (s. zB die Ausführungen in der Berufungsschrift vom 4.1.2013, S. 11f. bzw. 16).

Dieser Ansicht vermag der Senat des BFG aus den nachfolgend (unter Punkt 2.) ausführlich dargelegten Gründen nicht zu folgen. Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse liegt vielmehr eine *obligationenartige* Genussrechtsbeteiligung vor und sind die daraus resultierenden Erträge als Kapitaleinkünfte im Zeitpunkt des Zuflusses mit dem Sondersteuersatz nach § 37 Abs. 8 EStG (aF) zu erfassen. Der Senat stützt sich dabei auf jene Rechtsmeinung, die das BFG bereits in mehreren Erkenntnissen (zB RV/1100324/2011 vom 10.12.2015; RV/1100326/2011 vom 18.12.2015) vertreten hat. Diesen Erkenntnissen lagen Sachverhalte zugrunde, in denen sich die jeweiligen Beschwerdeführer zu genau denselben Bedingungen an der BCC beteiligt hatten wie der Bf. (des hier zu beurteilenden Falles).

1. Zur Wiederaufnahme:

Ein durch Bescheid abgeschlossenes Verfahren kann gemäß § 303 Abs. 1 lit. b BAO auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen wiederaufgenommen werden, wenn Tatsachen oder Beweismittel im abgeschlossenen Verfahren neu hervorgekommen sind, und die

Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Das Finanzamt begründet die Wiederaufnahme mit den in Tz 1 des Prüfungsberichtes näher angeführten Umständen, welche aus seiner Sicht durch Einlangen der Kontrollmitteilung eines anderen Finanzamtes vom 25.5.2011 und sohin erst *nach* Erlassung der Erstbescheide neu hervor gekommen sind.

Der Bf. bekämpft die Wiederaufnahme im Wesentlichen mit der Begründung, er habe dem Finanzamt gegenüber mit Schreiben vom 16.3.2010 offen gelegt, dass er Genussrechte an der BCC erworben bzw. in weiterer Folge wieder verkauft habe. Der maßgebliche Sachverhalt sei daher im Rahmen der Außenprüfung bereits offenkundig gewesen, neue Tatsachen, die eine Wiederaufnahme rechtfertigen könnten, seien sohin nicht hervorgekommen. Die Möglichkeit einer Wiederaufnahme diene nicht dazu, die Folgen einer unzutreffenden Würdigung eines offen gelegten Sachverhaltes zu beseitigen.

Dem ist Folgendes zu erwidern:

Die in der Beschwerde behauptete Offenlegung mit Eingabe vom 16.3.2010 beschränkte sich auf die Mitteilung, der Bf. habe am 26.2.2007 von der BCC emittierte Genussrechte erworben und diese am 14.8.2008 wiederum an den Emittenten verkauft. Der Veräußerungserlös sei in 2 Raten am 18.8.2008 und am 28.11.2008 an ihn zur Auszahlung gelangt. Da die im § 30 EStG vorgesehene Spekulationsfrist von einem Jahr überschritten sei, unterliege der Erlös nicht der Besteuerung.

Zum Zeitpunkt der Erlassung des ursprünglichen Einkommensteuerbescheides für 2008 am 7.4.2010 lagen dem Finanzamt nur diese Angaben in der Information des Bf. vom 16.3.2010 vor. Unterlagen, auf Grund derer eine Beurteilung der Richtigkeit dieser Angaben, der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung der Genussrechte, deren rechtlicher Einstufung, des maßgeblichen Zuflusszeitpunktes etc. möglich gewesen wäre, lagen dem Finanzamt zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Erst im Zuge der Außenprüfung, welche auf Grund der bereits erwähnten Kontrollmitteilung vom 25.5.2011 eingeleitet wurde, sind der Abgabenbehörde die näheren Umstände der Beteiligung des Bf. (Art und Eigenschaft der Genussrechtsbeteiligung, Auszahlungsmodalität etc.) insbesondere durch Vorlage der maßgeblichen „Genussrechtsbedingungen“ (*Terms and Conditions*) sowie der weiteren im Prüfungsbericht genannten Unterlagen (Schreiben der BCC vom 11.10.2007 und vom 21.11.2007 etc.) bekannt geworden. Durch die Vorlage dieser Unterlagen im Rahmen der Außenprüfung (und sohin *nach* Ergehen des Erstbescheides vom 7.4.2010) war dem Finanzamt erstmals eine steuerliche Qualifikation der Genussrechte sowie der näheren Bedingungen der Beteiligung möglich.

Es sind daher aus Sicht der Behörde jedenfalls Tatsachen iSd. § 303 BAO neu hervor gekommen. Die Kenntnis dieser Umstände hätte hinsichtlich des Jahres 2008 jedenfalls zu einem im Spruch anders lautenden Bescheid geführt (siehe dazu nachfolgenden Punkt 2.), weshalb die Wiederaufnahme betreffend Einkommensteuer 2008 letztlich zu Recht erfolgt ist.

Im Gegensatz dazu führen die unzweifelhaft neu hervorgekommenen Tatsachen bei zutreffender rechtlicher Würdigung (s. Punkt 2.) zu keiner Änderung im Spruch des ursprünglich ergangenen Einkommensteuerbescheides für 2007 (vom 27.4.2009), weshalb der gegen den Wiederaufnahmebescheid betreffend Einkommensteuer 2007 gerichteten Beschwerde im Ergebnis Folge zu leisten und der Wiederaufnahmebescheid aufzuheben war.

2. Einkommensteuer:

2.1. Einkommensteuer 2007:

Durch die Aufhebung des Wiederaufnahmebescheides betreffend Einkommensteuer 2007 scheidet der neue Sachbescheid ex lege aus dem Rechtsbestand aus (s. die bei *Ritz*, BAO 5. Auflage, § 307 Tz 8 zitierte Judikatur). Gemäß § 261 Abs. 2 BAO war daher die Bescheidbeschwerde, soweit sie gegen den neuen Sachbescheid 2007 gerichtet war, als gegenstandslos zu erklären.

Damit lebt der alte Sachbescheid vom 27.4.2009 wieder auf (s. nochmals *Ritz*, aaO) und wird die im alten Sachbescheid erfolgte Abgabefestsetzung für 2007 rechtswirksam.

2.2. Einkommensteuer 2008:

2.2.1. Sachverhalt:

Der im Folgenden dargestellte, entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich primär aus dem Inhalt der der Rechtsbeziehung des Bf. mit der BC**. (BCC) zugrunde liegenden *Terms and Conditions* (in der Folge: Genussrechtsbedingungen oder GB). Soweit Wortlaut und Inhalt einzelner Bestimmungen dieser GB für die vorliegende Entscheidung maßgeblich sind, wird der Inhalt dieser – meist recht umfangreichen – Regelungen in der folgenden rechtlichen Würdigung sinngemäß dargelegt. Zudem beruhen die maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen auf dem Vorbringen des Bf. sowie den weiteren vom Bf. im Zuge des Verfahrens vorgelegten Unterlagen (wie zB dem Schreiben der BCC an den Bf. vom 21.11.2007). Schließlich konnte sich das BFG auch ganz maßgeblich auf die Erkenntnisse des BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011 bzw. vom 18.12.2015, RV/1100326/2011, stützen. In den genannten Erkenntnissen sind die näheren Umstände der hier zur Beurteilung stehenden Rechtsbeziehung (Genussrechtsbeteiligung) des Bf. mit der BCC umfassend dargestellt. Das BFG brachte dem Bf. die angeführten Entscheidungen (insbesondere die darin aus den vorliegenden Genussrechtsbedingungen gezogenen rechtlichen Schlüsse) mit Schreiben vom 4.2.2016 zur Kenntnis. Auf den Inhalt dieser Entscheidungen wird daher ergänzend verwiesen.

a) BCC und deren „Zielgeschäft“:

Die BCC (mit Sitz in Luxemburg) wurde am 30.11.2006 gegründet. Ihr Unternehmensgegenstand war laut Gründungsvertrag ganz allgemein der Betrieb des Beteiligungsgeschäftes (Erwerb, Halten und Verkauf von Beteiligungen und alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten).

Die BCC erwarb in der Folge Aktien an der H* (in der Folge: H oder HAAG). Dieser Erwerb wurde zum Teil durch die Emission von Beteiligungsrechten (*Equity Participation Rights*, EPR; übersetzt mit: „Genussrechten“) finanziert. Die Genussscheine wurden in drei Serien begeben, wobei der Bf. – durch Zeichnung eines *subscription letters* im Februar 2007 - ein Genussrecht der ersten Serie erworben hat.

b) Terms and Conditions (Genussrechtsbedingungen oder GB) :

Für den Beschwerdefall ist das durch die Genussrechtsbedingungen (GB) geprägte Rechtsverhältnis zwischen den Inhabern der Beteiligungsrechte (Genussrechte) und der sie emittierenden BCC von entscheidender Bedeutung: Nach den GB haben sich die Zeichner der Rechte verpflichtet, eine bestimmte Kapitaleinlage in bar zu erbringen (Pkt. 3 der GB). Mit dieser war die BCC gehalten, den Erwerb der HAAG-Aktien zu finanzieren (Einleitung Pkt. D sowie Pkt. 6 GB). Im Gegenzug waren die Zeichner nach im Detail vereinbarten Regeln („*Waterfall*“) im Innenverhältnis am wirtschaftlichen Erfolg des Zielgeschäftes beteiligt. Der BCC war die Entscheidung über die Veräußerung der Zielanteile frei gestellt, sie konnte diese Veräußerung nach ihrem eigenen und uneingeschränkten Ermessen vornehmen (Pkt. 10.1. und 13.1. der GB). Der aus dem Verkauf der Zielaktien („Ausstieg“) erzielte Gewinn war nach Begleichung aller angefallenen Kosten nach einem festgelegten Schlüssel an die Inhaber der Genussrechte auszubezahlen (Punkt 13.2 GB). Der (den Zeichnern gebührende) Ausstiegsertrag war innerhalb von 10 Tagen nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge (Erlös aus dem Verkauf der Zielaktien) zu berechnen und den Zeichnern mitzuteilen (Pkt. 13.3 GB). Der errechnete Betrag durfte keinesfalls vor Ablauf eines Jahres ab Ausgabe der letzten Charge der Genussrechte ausbezahlt werden (Pkt. 13.5 GB). Mit Eintritt der Fälligkeit und dem Eingang aller Erlöse aus der Verwertung der HAAG-Anteile bei der BCC (also nach dem Abschluss des sogenannten „Zielgeschäftes“) erwarben die Inhaber der Genussrechte den Anspruch auf Abschichtung (Punkt 13 GB).

Das Zielgeschäft war als Verkauf eines (zu erwerbenden) qualifizierten Anteiles (25% + 1 Aktie) an der HAAG definiert (B, Pkt 1 und 13.1 GB; s. auch Gutachten Torggler). Die zeichnenden Genussrechtsbeteiligten erhielten keine gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Rechtsposition in der BCC, sondern lediglich im Innenverhältnis wirksame schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung (Punkt 13 GB). Die Beteiligungsrechte waren je Serie als Sammelzertifikat dargestellt. Ansprüche auf individuelle Registrierung oder Emission von individuellen Zertifikaten waren ausgeschlossen (Pkt. 3 GB). Weder eine Beteiligung am Substanzwert der BCC noch eine Beteiligung am laufenden Gewinn, geschweige denn am Liquidationsgewinn der BCC war im Falle des „Ausstiegs“ (Verkaufs aller Zielaktien vor Ablauf von drei Jahren) vereinbart (Pkt. 13.2 GB). Eine Beteiligung am „Liquidationsgewinn“ war nach den GB nur für den Fall vorgesehen, dass die Liquidationserträge gemäß einem Beschluss der Aktionäre im Verhältnis zum Gesamtbetrag aller Kapitalbeteiligungsrechte auszubezahlen gewesen wären (GB 9.3), was gegenständlich nicht der Fall war. Eine Gleichstellung der Genussrechtsinhaber mit

den Aktionären war nur insoweit gegeben, als die Aktionäre selbst Genussrechtsinhaber waren und den GB unterlagen (Pkt. 9 GB).

Die Zeichner wurden selbst nicht Aktionäre der HAAG (Pkt. 10 GB). Sie waren auch nicht Vertragspartner bei den Transaktionen über den Erwerb und die nachfolgende Veräußerung der Aktien. Die emittierende BCC konnte ihre Rechte am Zielunternehmen nach eigenem und uneingeschränktem Ermessen ausüben (Pkt. 10 GB). Den Inhabern der emittierten Genussrechte standen in diesem Zusammenhang keine Gestaltungsrechte zu. In sehr eingeschränktem Umfang waren solche Rechte nur für den (allerdings nicht eingetretenen) Fall vorgesehen, dass innerhalb von drei Jahren kein Ausstieg (Verkauf des HAAG-Aktienpaketes) stattfindet (Pkt. 14 ff GB). Die Inhaber hatten nach Pkt. 3.3 der GB keine Möglichkeit, ihre Genussrechte ohne vorherige, schriftliche Zustimmung der BCC zu übertragen. Die BCC sollte eine solche Zustimmung frühestens erst nach Ablauf von drei Jahren sowie unter der Bedingung einräumen dürfen, dass die entsprechenden Genussrechte an einen vorhandenen Inhaber von Beteiligungsrechten übertragen wird.

c) Verkauf der Zielaktien durch die BCC („Exit“ gemäß Pkt. 13. der GB):

Am 22.5.2007 erfolgte der Verkauf der „Zielaktien“ durch die BCC („Exit“ bzw. „Ausstieg“ gemäß Punkt 13 GB), nämlich mit zwei verzahnten Kaufverträgen (*Sale and Purchase Agreement*, abgekürzt SPA 1 und 2), deren wesentliche Unterschiede zum einen im Ausmaß der veräußerten Aktien und zum anderen im *Closing*-Zeitpunkt lagen, an die BLB (s. die Ausführungen im BFG-Erkenntnis RV/1100324/2011, Punkt B.I.6., auf S. 4f., unter Hinweis auf den H-Bericht der staatlich eingesetzten Untersuchungskommission). Das *Spitting* hatte für die BCCS (in der Luxemburger Rechtslage gelegene) steuerliche Gründe. Der Kaufpreis je Aktie war ident. Mit insgesamt vier, am 22.5.2007 unterfertigten, sich wechselseitig bedingenden Kaufverträgen hatte somit die BLB eine Mehrheit von 50,22 % an der HAAG erworben. Mit Schreiben vom 30.5.2007 teilte die BCC im Rahmen ihrer Berichtspflicht ua. Folgendes mit:

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

Das *Closing* des Kaufvertrages über 1.201.593 Stückaktien (SPA 1) fand am 9.10.2007 statt. Das *Closing* des Vertrages über die restlichen 10.580 Stückaktien (SPA 2) fand zum vereinbarungsgemäß frühest zulässigen Zeitpunkt, nämlich am 2. bzw. 3.7.2008, statt (s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, Punkt B.I.6., S. 4f.). Diese Restaktien (0,22% des Gesamtinvestments) blieben zunächst im Oktober 2007 lediglich "aus technischen

Gründen" noch bei der BCC (s. Schreiben der BCC vom 11.10.2007; im zitierten BFG-Erkenntnis wird als Grund für das Zurückbehalten dieses Zwerganteiles die Erhaltung/Begründung der Steuerfreiheit in Luxemburg angenommen).

d) Änderung der Genussrechtsbedingungen (s. dazu auch BFG RV/1100324/2011, S. 5f.):

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

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

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

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

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

Dem Schreiben vom 21.11.2007 waren ua. folgende Beilagen angeschlossen:

-- Antwortbrief an die BCC (Schedule I) mit zwei Optionen, wovon der Bf. die zweite mit dem Text *„Ich nehme an der Vorabzahlung nicht teil"* wählte, sowie mit dem von dem Bf. unterfertigten Vermerk: *„Ich bestätige weiterhin meine Zustimmung zu den geänderten EPRs. Anbei finden Sie die unterschriebene Vollmacht."*

-- Anhang (Annex) mit drei neu zu beschließenden Punkten (13.7, 17.11 und 26.1), mit denen der BCC als Emittentin der EPR das "Recht" eingeräumt wurde, *„jederzeit nach eigenem und alleinigem Dafürhalten zu entscheiden, ob sie Anzahlungen für Beträge leisten will"*. Punkt 26 GB, der die emittierende Gesellschaft u.a. zum Kauf ihrer eigenen

Genussscheine berechnete, sollte dahingehend ergänzt werden, dass dies auch in Form eines Terminkaufes erfolgen könne.

Die von der BCC vorgeschlagene Änderung der GB wurde von den Inhabern der Genussrechte in der Folge beschlossen. Während die institutionellen bzw. gewerblichen Anleger, die zur Leistung von Vorabzahlungen optierten, auch entsprechende Anzahlungen (Vorabzahlungen) erhielten, veranlagte die BCC die „nicht liquidierten“ Ausstiegserlöse gemäß Punkt 10.2 lit. b der GB in Geldmarktinstrumenten (Schreiben der BCCS vom 22.7.2008).

e) „Liquidierung“ der Ansprüche der Genussrechts-Inhaber (s. BFG RV/1100324/2011, S. 6ff.):

Mit Schreiben vom 22.7.2008 wandte sich die BCC an die „privaten Investoren“ (ua. an den Bf.) wie folgt:

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

Ihre individuelle Kalkulation finden Sie in der Anlage.

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

Im Einzelnen sind die folgenden Punkte beachtenswert:

- *Seit dem Closing der Transaktion im Oktober 2007 wurde der Verkaufserlös in Geldmarktinstrumenten angelegt. Die genaue Darstellung findet sich in Annex 3 der angeschlossenen individuellen Kalkulation.*
- *Wie im Schreiben vom 26.05.2008 angekündigt, wurden Anfang Juli 2008 die verbliebenen 10.580 Aktien der H Alpe-Adria-Bank International AG mit der BLB final abgewickelt. Der entsprechende Erlös in Höhe von EUR 7,091.613,00 wurde an die BCC überwiesen.*
- *Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften der H Consultants Holding GmbH verhandelt werden. Für das von BCC gehaltene Aktienpaket ergab sich ein Anteil von rund EUR 4,5 Mio. (...) Im Falle der für uns positiven richterlichen Entscheidung, wird der Betrag nach Berücksichtigung aller Zinserträge bzw. etwaiger Kosten (z.B. Quellensteuer) an die Investoren ausgezahlt.*
- *Die Liquidation des Investments wird durch Rückkauf der Genussrechte durch die BCC erfolgen. Voraussetzung für die Auszahlung ist, dass der BCC die Zustimmungen zum Rückkauf aller Investoren vorliegen. (...)"*

Das Investment wurde durch Abschluss eines von der BCC einerseits und den Genussrechtsinhabern andererseits im Juli 2008 gefertigten Kaufvertrages „liquidiert“ (s. BFG RV/1100324/2011, S. 9).

Mit einem weiteren Schreiben vom 24.11.2008 informierte die BCC die Inhaber der Genussrechte darüber, dass es gelungen ist, *"nunmehr noch in diesem Jahr unser gemeinsames Investment bei der H-Alpe-Adria abschließen zu können. Die H-Alpe-Adria Gruppe konnte kürzlich eine außergerichtliche Einigung mit der Gegenpartei erzielen. Dies ermöglicht uns nun die einbehaltene Sonderdividende von EUR 4.545.459,23 (zuzüglich der aufgelaufenen Zinsen) in voller Höhe auszahlen zu können."* (s. oa. BFG-Erkenntnis, S. 9).

f) Schilderung der näheren Umstände der Genussrechtsbeteiligung durch einen (anderen) EPR-Inhaber:

Wie bereits erwähnt lag (ua.) dem bereits mehrfach zitierten Erkenntnis des BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, exakt dieselbe Beteiligung an der BCC zugrunde wie dem hier zu beurteilenden Beschwerdefall. Im do. Beschwerdeverfahren schilderte der (do.) Bf. die näheren Umstände der Beteiligung auszugsweise wie folgt:

„Ich habe im Februar 2007 an der BCC zwei EPR erworben, (...). In der Folge habe ich mich um das Investment selbst nicht gekümmert bzw. kümmern müssen, da ich ohnehin von einer mehrjährigen "Laufzeit" ausgegangen bin und ich selbst "aktiv" aus den EPR gar nicht aussteigen konnte (...)

Die BCC beabsichtigt nach den Genussscheinbedingungen (Pkt 13.1), die Aktien an der HAAG vorzugsweise durch die Einführung der an einer Börse oder durch Freihandverkauf innerhalb von drei Kalenderjahren ab dem Emissionsdatum der ersten EPR-Tranche zu verkaufen. Die BCC war nach ihrem alleinigen und uneingeschränkten Ermessen berechtigt, die HAAG-Anteile zu veräußern (ob durch Börsengang, Freihandverkauf oder anderweitig). Sie hatte vernünftige Anstrengungen zu unternehmen, um einen Börsengang oder einen Freihandverkauf innerhalb von drei Kalenderjahren ab dem Begeben der ersten Tranche durchzuführen. (...) Sie war in ihrer Entscheidung frei, ob und wann und wie sie verkaufen will.

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

(...) Für den Fall, dass in den ersten drei Jahren kein Verkauf stattfinden sollte, hatten die EPR-Inhaber die Möglichkeit, in einem abgestuften Verfahren (mit qualifizierter Mehrheit) einen Rückkauf zu verlangen, wobei die BCC nur Rückkaufbemühungen zusagte (basierend auf einer Bewertung der BCC). Für den Fall, dass die Rückkaufbemühungen scheitern sollten, konnten die EPR-Inhaber die BCC mit qualifizierter Mehrheit auffordern, in Verkaufsverhandlungen hinsichtlich der Aktien an der HAAG einzutreten. Nach

Finalisierung der Verhandlungen hinsichtlich der wesentlichen Elemente eines solchen Verkaufs hatte die BCC alle Inhaber von EPR darüber zu informieren. Die EPR-Inhaber waren berechtigt, einen Bestätigungsbeschluss (mit einfacher Mehrheit) zu fassen und die Emittentin aufzufordern, die Verhandlungen zu Ende zu führen. Anschließend wäre es zu einer Rückführung der Genussrechte gekommen.

(...) Außer den angeführten Beendigungsmöglichkeiten bestanden keine weiteren Ausstiegsmöglichkeiten.

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

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

(...)

Im Juli 2008 habe ich von der BCC ein Schreiben erhalten, wonach die Abwicklung meines Investments durch Rückkauf der EPR durch die BCC erfolgen soll. Diese Vorgehensweise war insofern notwendig, als die BCC noch in einen Rechtsstreit hinsichtlich des von ihr gehaltenen Aktienpakets involviert war, dessen Ausgang und Kosten zu diesem Zeitpunkt noch nicht absehbar waren. Ein Rückkauf der Genussrechte war nur mit der Zustimmung aller Investoren möglich (Beilage 3). Ich habe diese Zustimmung erteilt, den Rückkaufvertrag am 25. Juli 2008 unterfertigt und am 14. August 2008 den ersten Teil des Rückkaufpreises erhalten ("Purchase Price Part A"). Im November 2008 erhielt ich von der BCC die Mitteilung, dass nunmehr auch der oben genannte Rechtsstreit beendet sei, die BCC eine Sonderdividende aus der HAAG erhält und diese den Rückkaufpreis der EPR-Inhaber entsprechend erhöht ("Purchase Price Part B"). Zusätzlich wurden noch Verzinsungsbeträge für den Zeitraum vom 10.7.2008 bis zum Purchase Date (14. August 2008) ausbezahlt. Somit war mein Investment in die BCC beendet (...).

Steuerliche Beurteilung

(...) Den EPR-Inhabern standen keine gesellschaftsrechtlichen Rechte zu, sondern lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung. (...)

Ich konnte weder auf die Gebarung der BCC noch auf die Ausgestaltung der EPR Einfluss nehmen, sondern konnte lediglich, wie alle anderen Investoren auch, Änderungen der Genussrechtsbedingungen meine Zustimmung erteilen bzw. verweigern.

(...) Nach den Genussrechtsbedingungen hatten die EPR-Inhaber jedoch keinerlei Zugriffsrechte auf das Vermögen der BCC, was von der Behörde laut Bescheidbegründung auch nicht behauptet wird. Eine Mitwirkungsmöglichkeit, in welcher Form das Vermögen der BCC veranlagt wurde, bestand für mich als EPR-Inhaber zu keinem Zeitpunkt. Die EPR-Inhaber hatten - soweit für den konkreten Zeitraum relevant - kein Kündigungsrecht und kein Recht, einen Rückkauf zu verlangen. Daraus ergibt sich auch, dass die EPR-Inhaber nach dem Verkauf der HAAG-Anteile durch die BCC keine Verfügungsmacht über den erzielten und veranlagten Erlös hatten. Es bestand auch keine Weisungsbefugnis der EPR-Inhaber, weshalb sie nur dann wirtschaftlicher Eigentümer des Vermögens der BCC wären, wenn sie nach dem Inhalt einer getroffenen Abrede alle mit dem Vermögen der BCC verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte, Dividendenbezugs- und Stimmrecht) - zumindest im Innenverhältnis ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen hätten können. Eine solche Abrede gab es jedoch niemals. Die EPR-Inhaber hatten auch kein Recht auf Rückgabe bzw. Herausgabe des Vermögens der BCC und seiner Früchte (...). Ihre Rechte nach Rückkauf bestanden nur in einer Geldforderung gegenüber der BCC. Damit ist auszuschließen, dass eine Vermögenszurechnung der BCC an mich als EPR-Inhaber im Sinne von wirtschaftlichem Eigentum / im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfolgen kann. (...)“ (im Detail s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, S. 11ff.).

2.2.2. Rechtliche Beurteilung des BFG:

§ 27 Abs. 1 EStG 1988 (in der für die Streitjahre geltenden Fassung) lautet – soweit gegenständlich relevant – wie folgt:

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

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

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

(...)

Bei den Genussrechten unterscheidet man so genannte Substanzgenussrechte (*aktienähnliche* Genussrechte) und *obligationenähnliche* Genussrechte. Während schuldrechtliche Ansprüche aus Substanzgenussrechten von § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG 1988 aF erfasst sind, zählen Erträge aus obligationsähnlichen Genussrechten zu den Einkünften gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 aF (Jakom/Marschner, EStG, 2009, § 27 Rz 39 sowie 73).

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

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

§ 30 Abs. 1 EStG (in der hier maßgeblichen Fassung) definiert steuerpflichtige Spekulationseinkünfte als Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung beträgt:

a) bei Grundstücken (...)

b) bei anderen Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren, bei sonstigen Beteiligungen und Forderungen, nicht mehr als ein Jahr.

Als Einkünfte sind nach § 30 Abs. 4 EStG 1988 aF der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös einerseits und den Anschaffungskosten sowie den Werbungskosten andererseits anzusetzen.

§ 37 Abs. 8 EStG aF sah für näher angeführte Kapitalerträge - ua. für ausländische Kapitalerträge - eine gesonderte Besteuerung mit einem 25%-igen Steuersatz vor.

Der Bf. ging davon aus, seine Erträge aus der oben beschriebenen Genussrechtsbeteiligung wären nach Art und Inhalt grundsätzlich als Spekulationseinkünfte gemäß § 30 EStG 1988 (in der für die Streitjahre maßgeblichen Fassung) anzusehen; da jedoch die gesetzlich verankerte Frist von einem Jahr (zwischen

Erwerb und Veräußerung) abgelaufen sei, würden diese Einkünfte nicht (mehr) der Besteuerung unterliegen (s. Eingabe vom 16.3.2010). Das Finanzamt übernahm diese grundsätzliche Einordnung der Einkünfte unter § 30 EStG (alte Fassung), vermeinte aber, diese seien dem Bf. sehr wohl binnen der gesetzlich Jahresfrist zugeflossen, und unterzog die strittigen Beträge in den beiden Streitjahren jeweils der Tarifbesteuerung. Eine nähere Überprüfung, ob die fraglichen Einkünfte allenfalls unter eine andere Einkunftsart zu subsumieren seien, nahm das Finanzamt augenscheinlich nicht vor.

Im vorliegenden Fall sind die strittigen Einkünfte nach Ansicht des BFG jedoch aus folgenden Gründen als Kapitaleinkünfte gemäß § 27 EStG 1988 (aF) zu qualifizieren (s. dazu auch die Ausführungen im – dem Bf. bekannt gegebenen - Erkenntnis RV/1100324/2011 des BFG vom 10.12.2015, S. 22ff. bzw. 34ff., auf die hier ergänzend verwiesen sei):

Mit den EPR wurde eine schuldrechtliche Rechtsbeziehung zwischen der BCC und den Zeichnern begründet. Die Zeichner haben sich gegenüber der BCC zur Leistung einer Kapitaleinlage verpflichtet, die mit diesen Mitteln Aktien der H Alpe Adria erwerben sollte. Im Gegenzug dazu waren die Zeichner nach dem in den Genussrechtsbedingungen festgelegten Schlüssel am wirtschaftlichen Erfolg der BCC – konkret: am erhofften Erlös aus der späteren gewinnbringenden Verwertung der H Alpe Adria-Aktien – beteiligt. Aus dieser rechtlichen Konstruktion folgt, dass die Genussrechtsinhaber selbst nicht Aktionäre der H Alpe Adria wurden und auch nicht Vertragspartner bei den Transaktionen über den Erwerb und über den nachfolgenden Verkauf dieser Aktien waren. Sie waren vielmehr am diesbezüglichen Ergebnis lediglich im Innenverhältnis mit der BCC wirtschaftlich beteiligt (s. zB obigen Punkt 2.2.1. lit. f).

Der Bf. geht im Übrigen selbst davon aus, dass es sich bei seiner Beteiligung an der BCC um eine solche nach Genussrechtsart handelt (s. zB die Ausführungen auf S. 11 der Berufung).

In Punkt 13.2 der GB waren die Zahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber nach erfolgreicher Verwertung der „Zielaktien“ detailliert geregelt: Zunächst bestand (nach Unterpunkt „v“) ein Anspruch auf Rückzahlung des (bloßen) Nominales. In der Regelung ist explizit vom bloßen (nicht valorisierten oder sonstwie erhöhten) „Nennbetrag“ die Rede. Über den Nennbetrag hinaus standen den Genussrechtsinhabern eine 8%-ige Fixverzinsung (13.2. Unterpunkt „vi“ der GB) sowie ein allenfalls verbleibender Gewinnanteil („Ausstiegsdividendensumme“ nach Pkt. 13.2.b i der GB) zu. Dieser Anspruch auf den Gewinnanteil („Dividendensumme“) bestand an einem 8/10-Anteil des „Überbleibenden Ausstiegsbetrages“ (s. dazu nochmals die umfassenden Ausführungen des BFG im Erkenntnis RV/1100324/2011).

Allein aus der Bestimmung 13.2. der GB und der darin geregelten Zahlungsansprüche der Genussrechtsinhaber geht klar hervor, dass es sich bei den über den Nennbetrag hinausgehenden Zahlungsansprüchen um Erträge aus der Kapitalüberlassung – und

nicht etwa um Wertsteigerungen der Genussrechte oder einen Teil eines allfälligen Veräußerungsgewinnes aus dem Verkauf der Genussrechte – handelt.

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

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

Nach Punkt 13.2. der GB bestand im Falle eines Ausstiegs ein Anspruch auf Rückzahlung des Nominales, eine 8%ige Fixverzinsung (von der Einzahlung des Nominales bis zum Eingehen des Aktienverkaufserlöses) und einen allfälligen Gewinnanteil. Ein förmlicher Rückkauf („*Repurchase*“) war ursprünglich im Falle eines erfolgreichen Ausstiegs gar nicht vorgesehen, sondern eine lose monetäre Abschichtung nach der Formel des Punktes 13.2 der GB. Der Anspruch der Genussrechtsinhaber auf diese Auszahlung/Abschichtung bestand aber völlig unabhängig von der in der Folge förmlich abgeschlossenen Rückkaufvereinbarung. Lediglich hinsichtlich der Berechnungs- und Auszahlungsmodalitäten sahen die GB in Pkt. 13.3 den Ablauf bestimmter Fristen nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge vor. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass ein „voller Ausstieg“ erst mit Beendigung des noch offenen Rechtsstreites bzw. der Bekanntgabe sowie Auszahlung der „Sonderdividende“ im November 2008 erfolgt sein sollte, sind die Gewinnansprüche auf Grund der Regelungen in den GB dem Grunde nach spätestens mit dem *Closing* im Juli 2008 entstanden. Da aber die Auszahlungs- und Fälligkeitsregelung des Pkt. 13.3 der GB der bereits im Juli 2008 intendierten Abschichtung – offenbar nach Meinung der BCC (bzw. auch der Genussrechtsinhaber) – entgegen zu stehen schien, wurde die Auszahlung der Erträge in die Form eines Rückkaufvertrages gekleidet.

Dass die Abschichtung der Genussrechtsinhaber nachträglich in die Form eines Rückerwerbes gekleidet wurde, ändert jedoch nichts daran, dass die Gewinnansprüche der Genussrechtsinhaber auf Grund der Regelung in den maßgeblichen GB bereits zuvor entstanden waren. Ein (förmlicher) Rückerwerb der Genussrechtsbeteiligungen durch die BCC war nur für den hier nicht eingetretenen Fall vorgesehen, dass innerhalb der ersten drei Jahre der Laufzeit kein Ausstieg stattfindet (s. Punkt 14. iVm. 15. der GB). Ein formalrechtlicher „Rückkauf“ war daher auf Grund der erfolgreichen Verwertung der H-Aktien grundsätzlich gar nicht erforderlich und vermag auch die bereits begründeten Gewinnansprüche der Genussrechtsinhaber – soweit sie über den Nennbetrag hinausgehen – steuerlich nicht in einen Erlös aus der Veräußerung der Genussrechte umzuwandeln.

Dazu kommt, dass ein Rückkauf der Genussrechte (zumal zu einem weit über dem Nennbetrag liegenden Preis) nach erfolgter Verwertung der „Zielaktien“ aus Sicht der BCC

(bzw. eines Dritten) auch völlig sinnlos erscheinen würde, da diese nach Abschluss des Zielgeschäftes, für dessen Finanzierung und Verwirklichung sie begeben wurden, – für sich gesehen – wohl keinen Wert mehr verkörpert haben.

Die strittigen Einkünfte sind daher nach Auffassung des Senates als solche gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG aF zu qualifizieren.

Die Meinung des Bf., es handle sich bei seiner Beteiligung an der BCC um Substanzgenussrechte, ist aus folgenden Gründen nicht zu teilen:

Lehre (*Doralt*, EStG16, § 27 Tz 49 und 89; *Lang/Schuch/Staringer*, KStG § 8 Rz 183 ff; *Jakom/Marschner*, EStG, 2008, § 27 Rz 39 und 73; *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 8 Tz 452 ff;), Rechtsprechung (VwGH 29.3.2006, 2005/14/0018; VwGH 24.2.2004, 98/14/0131; UFS 25.1.2005, RV/0263-G/03; UFS 2.12.2013, RD/0059-W/13) und Finanzverwaltung (EStR 2000, Rz 6139; KStR 2001, Rz 539) vertreten hinsichtlich der angesprochenen Zuordnungs- bzw. Abgrenzungsfrage, die im systematischen Zusammenhang mit § 8 KStG steht (*Doralt*, EStG16, § 27 Tz 48), im Wesentlichen übereinstimmend folgenden Standpunkt: Sogenannte Substanzgenussrechte liegen vor, wenn der Inhaber des Rechts in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen und am Liquidationsgewinn beteiligt ist. Die in § 8 Abs. 3 KStG genannten Voraussetzungen für die Wertung als Substanzgenussrecht (Beteiligung am [Total-]Gewinn und am Liquidationsgewinn) werden im Schrifttum zu Recht als unabdingbare Voraussetzung für die Wertung als aktienähnliches Genussrecht im Sinne von § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG angesehen (vgl. *Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 8 Tz 452, 456, 464). Erfolgs- und Substanzbeteiligung stellen also grundsätzlich Voraussetzungen für Substanzgenussrechte dar.

Keine ausreichende Gewinnbeteiligung liegt hingegen vor, wenn nur an das Ergebnis *eines* Geschäftsbereiches der emittierenden Gesellschaft angeknüpft wird (*Achatz/Kirchmayr*, KStG, § 8 Tz 459; KStR 2001 Rz 540). Aktionärstypische Mitgliedschaftsrechte (wie insbesondere das Stimmrecht) sind demgegenüber nicht unbedingt erforderlich. Sie können jedenfalls in untergeordnetem Ausmaß vorliegen. Partizipiert der Genussrechtsinhaber lediglich am Ergebnis eines Teilbereiches, liegt keine ausreichende Gewinnbeteiligung vor. Die Beteiligung an den stillen Reserven einzelner Wirtschaftsgüter ist nicht ausreichend.

Ob aus Sicht der emittierenden Gesellschaft Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa eine unbegrenzte Laufzeit, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige - Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten. Ein weiteres Fremdkapitalkriterium ist

das Vorliegen einer (Mindest-)Verzinsungsvereinbarung. Aus ertragsteuerlicher Sicht ist entscheidend, ob der Inhaber von Genussrechten eher als Gesellschafter, denn als bloßer Darlehensgeber fungiert und anzusehen ist. Genussrecht und die Erträge aus ihm sind in einer Totalbetrachtung auf Basis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu würdigen. Entscheidend ist demzufolge der Inhalt der vertraglich getroffenen und auch vollzogenen Vereinbarungen, nicht aber die dabei verwendeten Bezeichnungen.

Wendet man die dargelegte Rechtslage auf den Beschwerdefall an, so zeigt sich: Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse überwiegen in Qualität und Quantität klar jene Kriterien, die für das Vorliegen von obligationenähnlichen Genussrechten sprechen, dies im Einzelnen aus folgenden Gründen:

a.) *Liquidationsbeteiligung*: Wenn die GB von Liquidationserlösen sprechen, ist damit der Erlös aus einem bestimmten Geschäft, nämlich dem Verkauf der Zielaktien gemeint, also nicht etwa der Erlös aus der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft. Dies geht klar und eindeutig aus dem im Beschwerdefall angewendeten Punkt 13 der GB hervor. Hingegen wurden die Punkte 9.3 sowie 15.ff der GB, die den Ausnahmefall regeln, gegenständlich nicht angewendet. Insoweit sind die Ausführungen Torgglers in Punkt 5.7 seines Gutachtens missverständlich bzw. unrichtig. Der an dieser Stelle des Gutachtens angesprochene Liquidationsgewinn nimmt Bezug auf Punkt 13 der GB und handelt somit nicht von der Liquidation der emittierenden Gesellschaft, sondern nur von der Liquidierung bzw. dem erfolgreichem Verkauf der Zielaktien („Ausstieg“). Auch das Schreiben der Stb vom 25.10.2007 macht deutlich, dass die BCC - in Absprache mit der Luxemburger Steuerverwaltung, aber ohne Relevanz nach hier maßgeblichem Recht - den „Rückkauf“ der Genussrechte mit der Bezeichnung „Liquidierung der BCC“ gleichgesetzt hat.

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

Es entspricht auch nicht der Überzeugung des Senates, dass sämtliche stillen Reserven mit dem Verkauf des Aktienpaketes realisiert und an die EPR-Holder weitergeleitet worden sind. Denn es kommt nicht auf die Beteiligung an den stillen Reserven eines (einzelnen) Geschäftes, sondern auf die Beteiligung am Liquidationserlös der (ganzen emittierenden) Gesellschaft an. Wenn aber eine Gesellschaft wie die BCC Geschäfte wie das beschriebene Zielgeschäft in so kurzer Zeit ertragreich abschließen und abwickeln bzw. in relativ kurzer Zeit so viele finanzkräftige Investoren zunächst gewinnen und dann an einem beträchtlichen wirtschaftlichen Erfolg beteiligen konnte, dann zeugt dies von einem erheblichen Know-How-Zuwachs sowie von gewachsener Zufriedenheit bei einem

wertvollen Kundenstock, also von der Generierung von stillen Reserven der Gesellschaft, die nicht im Verkaufserfolg des Aktienpaketes ihren Niederschlag fanden. Es ist für den Senat nicht erkennbar, inwieweit die Inhaber der EPR an diesen stillen Reserven beteiligt gewesen sein sollen.

Der Einwand, die BCC sei nur ein "Zweckfahrzeug" (*Special Purpose Vehicle*) gewesen, also eine Gesellschaft, die nur zum Abschluss des Zielgeschäftes berechtigt gewesen sei, überzeugt nicht: Zum einen galt diese Einschränkung nur im Innenverhältnis. Zum anderen hat die BCC über den Abschluss des Zielgeschäftes hinaus bestanden und weitere Aktivitäten entfaltet. Eine Gleichsetzung der BCC (bzw. deren Tätigkeit) allein mit dem Abschluss des Zielgeschäftes ist daher aus wirtschaftlicher Sicht nicht zutreffend.

Es mag sein, dass die Anschaffungskosten der Genussrechte aus Sicht der BCC und nach Luxemburger Recht als Eigenkapital der Gesellschaft bzw. als sozietäres und nicht als obligationenähnliches Genussrecht (*debt participation right*) zu beurteilen sind. Dies aber hat im gegenständlichen Verfahren keinerlei Relevanz. Denn die gegenständlich strittigen einkommensteuerrechtlichen Fragen sind nach österreichischem Recht (selbstverständlich unter Bedachtnahme auf Gemeinschaftsrecht) zu lösen (vgl. *Doralt/Toifl*, EStG14, § 2 Tz193; *Jakom/Laudacher*, EStG, 2009, § 2 Rz 189).

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

c.) *Vermögensbeteiligung*: Auch eine Beteiligung am Gesamtvermögen der emittierenden Gesellschaft als einer konsolidierten Bilanz-Größe sehen die GB in Punkt 13. nicht vor (ebenso wenig eine andere Regelung der GB). Es ist nicht erkennbar, dass die Genussrechtsinhaber am Firmenwert und an den stillen Reserven der BCC beteiligt gewesen sein sollen. Sie hatten lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung, welche allein an dem oben näher beschriebenen „Zielgeschäft“ bestand. Dies aber ist unzureichend für die Einstufung als aktienähnliches Genussrecht.

Die fehlende Vermögensbeteiligung ergibt sich auch klar aus den Ausführungen eines anderen Genussrechtsinhabers (s. oben unter 2.2.1. lit. f).

d.) Weiters spricht für das Vorliegen von obligationenähnlichen Genussrechten, dass die Genussrechtsinhaber auf Basis der GB faktisch keine, theoretisch nur für den Fall des Nicht-Ausstieges binnen dreier Jahre gewisse (eingeschränkte) *Gestaltungs- und Kontrollrechte* hatten. Pkt. 11. der GB sah lediglich gewisse Berichtspflichten der BCC vor. Im Falle, dass innerhalb von drei Jahren ein Ausstieg nicht zustande kommen sollte, sah Pkt. 15.1 iVm. 14. der GB für die Genussrechtsinhaber die Möglichkeit vor, nach Ablauf bestimmter (weiterer) Fristen eine schriftliche Anforderung bezüglich einer Einberufung einer Vollsitzung an die BCC zu senden.

Dazu kommt die weitgehende Verfügungsbeschränkung gemäß Pkt. 3.3 der GB (keine Möglichkeit für die Genussrechtsinhaber, ihre Rechte ohne vorherige Zustimmung der BCC zu übertragen; Zustimmung überdies erst nach Ablauf von drei Jahren und unter der Bedingung, dass das Genussrecht an „*einen vorhandenen Inhaber von Beteiligungsrechten*“ übertragen wird). Die Möglichkeit, über die Rechte - ähnlich einer Aktie - frei zu verfügen, bestand nahezu nicht.

Die nur marginalen Mitwirkungs- und Verfügungsrechte der Genussrechtsbeteiligten ergeben sich zudem aus der Schilderung eines weiteren Investors unter oa. Punkt 2.2.1. lit. f.

e.) Die *Laufzeit* der Genussrechte war zwar in den GB an sich nicht befristet (Pkt. 8), nach dem Zweck der Beteiligung aber auf den Abschluss *eines* Geschäftes beschränkt. Faktisch dauerte die Laufzeit keine zwei Jahre. Für den Fall, dass binnen drei Jahre der oa. „Ausstieg“ nicht gelingen sollte, sahen die GB nähere Modalitäten für die Einleitung einer „Rückauflösung“ vor. Aus den bezüglichen Regelungen der GB geht daher eine intendierte Laufzeit von (maximal) rund drei Jahren hervor.

Der Vollständigkeit halber sei eingeräumt, dass durchaus auch Kriterien vorliegen, die für die Aktienähnlichkeit der Genussrechte sprechen (zB Nachrangigkeit gegenüber Gläubigern, Fehlen einer Besicherung). Diese sind allerdings im Hinblick auf Qualität und Quantität der zuvor ausgeführten Kriterien von nachrangiger Bedeutung.

Da die Genussrechte aus den dargelegten Gründen als obligationenähnlich einzustufen sind, waren die Erträge aus ihnen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zu erfassen (vgl. (Jakom/Marschner, EStG, 2009, § 27 Rz 73) und nach dem Zuflussprinzip

(Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG16, § 27 Tz 16) zur Gänze im Jahr 2008 mit dem Sondersteuersatz des § 37 Abs. 8 EStG aF zu besteuern (EB zum AbgÄG 1996, 497 BlgNr20.GP 23). Das Investment des Bf. ist zivilrechtlich als Darlehen zu werten. Aus den GB (Punkt 13.2) und der Abrechnung des Investments wird klar, dass es sich bei den dem Bf. zugeflossenen Beträgen – soweit sie das Investment übersteigen (Punkt 13.2 lit a, v; "*any amount required to fully repay each EPR-1 Nominal Amount to holder*") – um Erträge aus einer Forderung handelt.

Da sohin der Teilbetrag von € 263.626,90 (mangels Anspruchsverwirklichung und Zuflusses) nicht im Jahr 2007 zu erfassen ist, war der Beschwerde – soweit sie sich gegen die Einkommensteuerfestsetzung für 2007 richtet - Folge zu leisten (siehe dazu auch ergänzend die folgenden Ausführungen).

Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass letztlich auch die Einstufung als *aktienähnliches* Genussrecht steuerlich zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Denn dann wäre zu beachten gewesen, dass im Beschwerdefall ein Verkauf des Genussrechtes nach den GB gar nicht erforderlich war. Vielmehr sind die dem Bf. gebührenden Liquidationsansprüche bereits mit dem *Closing* von SPA 2 verwirklicht worden und nachfolgend – aus welchen Gründen immer – in Ansprüche aus einem Rückkauf umgewandelt worden. Die nachträgliche Abänderung (Umkleidung) eines bereits verwirklichten Anspruchs ist aber steuerlich unbeachtlich. Fand aber kein steuerlich beachtlicher (Rück- bzw. Ver-)Kauf der Genussrechte statt, so fehlt es auch an einem Spekulationsgeschäft und es wurde auch kein Spekulationsgewinn erzielt. Bei dem bereits mit dem *Closing* von SPA 2 verwirklichten Anspruch handelt es sich also nicht um einen Anspruch auf Verkaufserlös bzw. um einen Anspruch auf Ablösung der Wertsteigerung der Substanz, sondern um einen Anspruch auf Teilnahme am Gewinn (wenn auch nicht am Totalgewinn der Gesellschaft, noch weniger am Liquidationsgewinn bzw. an der Vermögenssubstanz der emittierenden Gesellschaft), am wirtschaftlichen Erfolg, an Zinsen (vgl. Punkt 13 der GB). Das aber sind typischerweise Früchte für die Hingabe von Kapital. Es handelt sich in der Diktion von § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG 1988 um Bezüge, die gleichartig sind den Gewinnanteilen (Dividenden), Zinsen und sonstigen Bezügen aus Aktien.

Diese - wie erwähnt, lediglich hypothetische - Beurteilung beruht auf folgenden Überlegungen: Mit dem *Closing* von SPA 2 waren nach den GB alle Voraussetzungen für einen Anspruch der EPR-Inhaber auf Liquidierung erfüllt (s. zB das Vorbringen des Bf. unter Punkt 3. der ergänzenden Eingabe vom 3.4.2013 unter Verweis auf Punkt 13.3 der GB). Tatsächlich hat die BCC den Inhabern der Genussrechte mit Schreiben vom 22.7.2008 mitgeteilt: „*Die Liquidation des Investments wird durch Rückkauf der Genussrechte durch die BCC erfolgen.*“ Damit kündigte die BCC an, die Ansprüche der Genussrechtsinhaber abweichend von den GB abzuwickeln, wozu die Genussrechtsinhaber ihre Zustimmung gegeben haben bzw. geben sollten. Ein Rückkauf war nach den GB für den eingetretenen Ausstiegsfall gar nicht vorgesehen (Punkt 13 GB; Schreiben vom 21.11.2007: „*In diesem Sinne soll das Gesamtinvestment*

voraussichtlich erst ab Mitte nächsten Jahres liquidiert und verteilt werden; weiters Schreiben vom 22.7.2008: „Es ist uns eine Freude, nun mit der Abwicklung des gemeinsamen Investments beginnen zu können.“).

Die in den GB vorgesehene Liquidierung bzw. Abschichtung wurde lediglich - aus welchen Gründen immer – in die Form eines Rückkaufs gekleidet. Damit aber wurden die mit dem *Closing* von SPA 2 verwirklichten „Liquidationsansprüche“ (Zahlungsansprüche) in Rückkaufsansprüche umgewandelt bzw. umgedeutet. Dies aber ist für die steuerrechtliche Behandlung unbeachtlich. Ein (steuerlich beachtliches) Veräußerungsgeschäft hat gar nicht stattgefunden, ein steuerpflichtiges Spekulationsgeschäft ebenso wenig. Wären die Genussrechte als aktienähnlich zu beurteilen, so wären die Früchte aus diesem Investment allerdings als Bezüge aus Genussrechten, die Gewinnanteilen, Zinsen und sonstigen Bezügen aus Aktien gleichartig sind (Punkt 13. GB spricht von anteiligen Erträgen, Erlösen und Zinsen; die Abrechnungen weisen Erlöse und Zinsen aus; das BCC-Schreiben vom 30.5.2007 spricht vom potentiellen Gewinn; das BCC-Schreiben vom 21.11.2007 von Ertragsanteilen), gemäß § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG zu erfassen gewesen.

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

Die Ansprüche der zeichnenden Bf. gegenüber der BCC waren unter Beachtung von zwei unterschiedlichen Regelungen fristgebunden zu befriedigen (Fälligkeit). Nach Punkt 13.3 der GB war der Ausstiegsberechnungsbetrag 10 Tage nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge zu berechnen und in weiter Folge auszubezahlen. Zudem war in Punkt 13.5 vereinbart, dass drei Tage nach Erhalt der Ausstiegsberechnungsmitteilung, in keinem Fall aber vor dem ersten Kalendertag nach vollem Vergehen einer 12-monatigen Periode folgend der Emission der letzten Serie von EPR, der Ausschüttungsbetrag den Zeichnern zu überweisen ist. Die Leistung von Anzahlungen (Vorabzahlungen, *Down Payments*) war in der Urfassung der GB zunächst nicht vorgesehen.

Auch unter Bedachtnahme auf diese Fälligkeitsbestimmungen hatte der Bf. seinen Auszahlungs- bzw. Abschichtungsanspruch bereits auf Grund des Abschlusses des Zielgeschäftes mit dem *Closing* von SPA 2 verwirklicht. Oder mit anderen Worten: Mit dem Closing von SPA 2 am 2.7.2008 war der Anspruch der Genussrechtsinhaber

auf Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des abgeschlossenen Zielgeschäftes dem Grunde und der Höhe nach ausreichend konkretisiert (*Kirchmayr*, Besteuerung von Beteiligungserträgen, Seite 147).

Weder die ursprünglich vereinbarten noch die abgeänderten GB sahen für den eingetretenen Fall (des erfolgreichen „Ausstiegs“) einen Rückkauf der EPR vor. Dies war schlicht und einfach nicht vorgesehen und auch nicht erforderlich. Für die Leistung von Vorabzahlungen war eine Änderung der GB erforderlich. Ein Rückkauf des EPR (in welcher Form auch immer) war hingegen nur für den gegenständlich eben nicht eingetretenen Fall vorgesehen, dass innerhalb der ersten drei Jahre der EPR-1-Laufzeit kein „Ausstieg“ (i. e. der Verkauf des Zielaktien-Paketes) erfolgt.

Das aber heißt: Der auf Basis der GB bestehende Auszahlungs- bzw. Abschichtungsanspruch des Bf. wurde entgegen den GB und ohne Notwendigkeit in einen Anspruch auf Grund eines Rückkaufvertrages (um)gekleidet. Dies mag eine technische Erleichterung bei der Abwicklung bewirkt haben (um eine allenfalls auf Grund der Regelung in Pkt. 13.3 GB wegen noch ausstehender Verhandlungen bzw. eines offenen Rechtsstreites noch nicht bestehende Fälligkeit zu umgehen bzw. zu beseitigen). Vor allem aber dürften hierfür rein steuerliche Gründe maßgeblich gewesen sein. Denn dies sollte dazu führen, klar und eindeutig begründete Ansprüche auf Erträge (Erlösbeteiligung, Zinsen) umzudeuten in eine (nicht steuerbare) Wertsteigerung des Genussrechtes. Da der die Steuerpflicht verwirklichende Tatbestand bereits mit dem Abschluss des Zielgeschäftes vollendet war, ist der nachfolgende Rückkauf nach Überzeugung des Senates steuerlich unbeachtlich. Auch vom Standpunkt der BCC macht es im Übrigen nach Abschluss des Zielgeschäftes keinen Sinn, die Genussrechte (zurück) zu erwerben, da diese (für sich gesehen) vollkommen wertlos waren.

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

Bei der lt. Schreiben der BCC vom 24.11.2008 zur Auszahlung gelangten Sonder**dividende** handelt es sich um eine Nachzahlung, nicht aber um Ausstiegserlöse im engeren Sinne. Dies verdeutlichen zum einen die mit Schreiben vom 22.7.2008 einem privaten Investor wie dem Bf. erteilte Abrechnung (*calculation of proceeds from the exit*), zum anderen das Schreiben vom 22.7.2008 selbst (*‘Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften verhandelt werden’*). Auch bei dieser ist im Sinne vorstehender Ausführungen nicht auszumachen, dass es sich hierbei um Erlöse aus der Veräußerung der Genussrechte (!) handeln sollte.

Auf Grund vorstehender Ausführungen ergeben sich folgende Grundlagen für die Abgabeberechnung:

Die im angefochtenen Bescheid angesetzten Kapitaleinkünfte (die laut BFG dem besonderen Steuersatz nach § 37 Abs. 8 EStG unterliegen) sind aus dem Gesamtbetrag der Einkünfte auszuscheiden (Ansatz sohin mit € 0,--). Der Gesamtbetrag der (der Tarifbesteuerung unterliegenden) Einkünfte beläuft sich damit auf € 39.577,70.

Die Erträge aus ausländischen Kapitalanlagen (Kz 754 der Abgabenerklärung) sind hingegen um die beschwerdegegenständlichen Beträge zu erhöhen:

bisher lt. Erklärung: € 83.508,58

Erhöhung BFG: (€ 263.626,90 + € 10.961,12=) € 274.588,02

Kapitalerträge aus ausländischen Kapitalanlagen sohin laut BFG: € 358.096,60

Davon 25% Steuer: € 89.524,15

Hinsichtlich der Berechnung der (insgesamt) festgesetzten Einkommensteuer wird auf das beiliegende *Berechnungsblatt* verwiesen.

Zur Nichtzulassung der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des BFG ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt (s. Art. 133 Abs. 4 B-VG).

Im Beschwerdefall stand die Frage der steuerlichen Einstufung der vom Bf. mit der BCC eingegangenen Rechtsbeziehung sowie die Frage der steuerlichen Erfassung der daraus resultierenden Einkünfte in Frage. Dabei kam es maßgeblich auf den Inhalt der zugrunde liegenden Genussrechtsbedingungen (*Terms and Conditions*) bzw. deren Auslegung an. Die Lösung der Frage, ob die dem Bf. aus dem „Ausstieg“ zustehenden Abschichtungsansprüche als Erlöse aus einem Veräußerungsgeschäft oder eben als Kapitaleinkünfte zu qualifizieren sind, war eine einzelfallbezogene **Tatfrage**, nicht aber eine **Rechtsfrage** von grundsätzlicher Bedeutung. Hinsichtlich der Einstufung als Substanzgenussrecht oder obligationenähnliches Genussrecht konnte sich das BFG zudem auf die zitierte Judikatur und Literatur stützen, sodass auch diesbezüglich eine iSd. Art. 133 Abs. 4 B-VG relevante Rechtsfrage nicht gegeben war. Die Revision an den VwGH war daher nicht zuzulassen.

Hinsichtlich der Beschlussfassung nach § 261 Abs. 2 BAO liegt ebenfalls keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da sich die (zwingende) Gegenstandsloserklärung unmittelbar aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ergibt.

Graz, am 1. März 2016