



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Peter Steurer und die weiteren Mitglieder Dr. Gerhild Fellner, Prok. Bernd Feldkircher und Mag. Gerda Danzl-Gabl über die Berufungen des Adr, vertreten durch Dr. E. Igerz & Co, WTH GmbH, 6850 Dornbirn, Goethestraße 5, vom 19. April 2001, vom 26. April 2001 und vom 1. September 2004 gegen die Bescheide des Finanzamtes Feldkirch, vertreten durch Mag. Thomas Huemer, vom 11. April 2001 und vom 25. August 2004 betreffend Einkommensteuer für die Jahre 1997 bis 2000 nach der am 3. April 2008 in 6800 Feldkirch, Schillerstraße 2, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Entscheidungsgründe

#### Das Anlagemodell EACC

Die in Bregenz angesiedelte VTH GmbH trat ab Ende 1990 als Vermittlerin diverser Investmentprodukte auf. Vornehmlich wurde das Anlageprodukt EACC (Europe American Capital Corporation) in Österreich, Deutschland und der Schweiz vermittelt. Die EACC war eine Offshore-Gesellschaft mit Sitz auf den British Virgin Islands. Sie wurde am 18.12.1990 als International Business Company registriert. Die EACC hatte ein genehmigtes Kapital von 100,010.000 US\$, bestehend aus 20,000.000 Stück "rückzahlbarer Vorzugsaktien" mit einem Nominalwert von je 5 US\$ und 10.000 Stammaktien zu je 1 US\$. Alleiniger Vorsitzender, Direktor und Geschäftsführer der EACC war IA, mit Wohnsitzen in Israel und in den USA.

Die VTH GmbH schloss mit dem jeweiligen Anleger eine Zeichnungsvereinbarung ab, wonach dieser sein Einverständnis abgab, so viele Vorzugsaktien der EACC zu erwerben, wie für den hingegebenen Zeichnungsbetrag erworben werden könnten. Der Anleger konnte auf der Zeichnungsvereinbarung frei wählen, ob die vierteljährliche Dividendengutschrift von 4% des Zeichnungsbetrages ausbezahlt oder bis auf Weiteres reinvestiert werden sollte.

Wiederveranlagte Dividenden sollten wie neue Zeichnungen verbucht und dem Konto des Zeichners gutgeschrieben werden. Die Zeichnungsvereinbarung enthielt den Passus, der Zeichner erkläre und gewährleiste, sich auf die Richtigkeit der Angaben von EACC im "Privaten Platzierungsmemorandum" zu verlassen und dieses sorgfältig durchgelesen zu haben. Nach Zahlungseingang des Zeichnungsbetrages erhielt der Zeichner von der VTH GmbH eine Bestätigung über die Beteiligung sowie eine Kopie des "Aktienzertifikates" über die Anzahl der "fully paid and non assessable shares", während das Original bei einem Notar bzw. ab 1995 bei einem liechtensteinischen Treuhandunternehmen verwahrt wurde.

Im Platzierungsmemorandum, das Prospektcharakter hatte und – wie später von der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde beanstandet wurde – zum Teil unklare und unrichtige Angaben enthielt, wurde das Anlageprodukt wie folgt dargestellt: EACC sei eine internationale Geschäftsfirma, die zu dem Zweck gegründet worden sei, in europäische und amerikanische Industriefirmen zu investieren. Einziger Platzierungsmakler sei die VTH GmbH. Vorgesehen sei eine vierteljährlich auszuschüttende Dividende von 4% des Anlagekapitals. Um die Einlösung der Vorzugsaktien dem Investor gegenüber zu garantieren, kaufe und halte die EACC T-Bills, Aktien, Vorzugsaktien und Wandelschuldverschreibungen in einer Höhe, die die Gesamtheit der ausgegebenen Vorzugsaktien wertmäßig um 100% übersteige. EACC bevorzuge den mittel- bis langfristig orientierten Investor. Die Dividende von 16% p.a. gelte nach einer Laufzeit von 5 Jahren als verdient. Eine Stornierung sei jederzeit möglich, allerdings mit Gewinnabschlägen für den Investor verbunden. Im Falle der Stornierung erfolge die Rückzahlung des Anlagebetrages nach 60 Tagen. Werde die EACC-Beteiligung innerhalb des ersten Jahres zurückgegeben, kämen 10% p.a. zur Anrechnung, bei einer Laufzeit bis 3 Jahren 12% p.a., bei einer Laufzeit bis 5 Jahren 14% p.a., schließlich, ab 5 Jahren, 16% p.a. Die vorschüssig erhaltenen Dividenden würden bei einer Kündigung vor Ablauf von 5 Jahren der tatsächlichen Laufzeit entsprechend beim Auszahlungskapital in Abzug gebracht. Nach Ablauf des 6. Jahres bis maximal zum 10. Jahr erhalte der Investor 1% pro Jahr als Treuebonus seinem Kapital hinzugerechnet. Die Anlage sei für den Investor "zinssteuerfrei", da die Dividende im Ausland erwirtschaftet werde. EACC sei nicht verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz von Anlagen in einem bestimmten Bereich oder in einer bestimmten Industrie zu halten. Eine Anlage in EACC biete Personen die Gelegenheit, hohe Renditen durch Wahrnehmung von Wachstumsmöglichkeiten in der innovativen Industrie zu verdienen bzw.

durch die Anlagepolitik daran zu partizipieren. Alle Zeichnungen für Vorzugsaktien würden durch Ausfüllen der Zeichnungsvereinbarung gemäß dem Zeichnungsschein und vorbehaltlich der Annahme derselben durch den Platzierungsmakler im Namen der EACC erfolgen. Jeder Investor könne in periodischen Abständen die Bewertung der EACC-Vorzugsaktie vom Platzierungsmakler abrufen. Als weiteres Investmentprodukt wurden die "Units" angeboten. Es handelte sich dabei um Aktienpakete verschiedener US-Gesellschaften, die zum Firmengeflecht des IA zählten. Mit dem Zeichnungsbetrag wurden die Aktien der Units zu einem Fixpreis erworben, der unter dem aktuellen Tageskurs lag. Die Aktien waren für eine gewisse Zeit für jeden Kapitalverkehr gesperrt. Während dieser Sperrfrist erhielten die Zeichner eine halbjährlich ausbezahlte "Dividende". Nach Ablauf dieser Frist sollten die Aktien in ein Treuhandkonto der VTH GmbH, später der EACF, eingeliefert werden und konnten über die VTH GmbH verkauft werden. Die EACC garantierte den Rückkauf der Units zum Bezugspreis.

Bis in das 3. Quartal des Jahres 2000 funktionierte das dargestellte Modell ohne Probleme. Viele Anleger ließen sich die "Dividenden" auszahlen, viele reinvestierten sie aus freier Entscheidung. Im Herbst 2000 kam es zu Zahlungsstockungen und in der Folge zum Konkurs der VTH GmbH.

### **Streitfall**

Der Berufungswerber beteiligte sich am Anlagemodell EACC. Nach Wiederaufnahme des Verfahrens und Erlassung neuer Sachbescheide für die Streitjahre 1997 bis 1999 (alle vom 11.4.2001) bzw. Erlassung eines Erstbescheides für 2000 vom 25.8.2004 wurden ihm hieraus Einkünfte aus Kapitalvermögen in nachstehender Höhe steuerlich zugerechnet (Beträge in ATS):

<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>
5.076,00	10.572,00	10.475,50	4.987,50

**Anm.:** Für das Jahr 1999 ergab sich durch den Ansatz als Einkünfte aus Kapitalvermögen keine steuerliche Auswirkung.

In seinen gegen die neuen Sachbescheide 1997 bis 1999 eingebrachten Berufungen führte der Berufungswerber aus, es lägen keine Einkünfte aus Kapitalvermögen vor, weil

- die als „Dividende“ bezeichneten Gutschriften niemals ausbezahlt worden seien (Anm.: Reinvestments),
- die EACC am 1.5.1998 im Firmenregister gelöscht worden sei,

- die EACC niemals Gewinne erwirtschaftet habe und daher auch nichts ausschütten habe können,
- das Beteiligungsmodell darauf aufgebaut gewesen sei, möglichst viele Investoren zu akquirieren, um trotz laufender Verluste die Liquidität der Gesellschaft aufrechterhalten zu können.

Die Abgabenbehörde I. Instanz wies die Berufungen gegen die Einkommensteuersachbescheide 1997 bis 1999 als unbegründet ab und erläuterte hiezu: Es habe sich bei der in Streit stehenden Anlage um ein darlehensähnliches Geschäft gehandelt. Die daraus erfließenden Erträge stellten daher trotz der Bezeichnung als „Dividenden“ Zinsen im Sinne des § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 dar. Auch hinsichtlich der reinvestierten Beträge sei ein Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988 zu bejahen, weil es den Investoren freigestanden sei, sich die gutgeschriebenen Beträge auszahlen zu lassen oder zu reinvestieren. Insofern sei die rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht gegeben und die Nichtauszahlung der Beträge nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Schuldners zurückzuführen gewesen. Die Gutschriften hätten bis zum Zusammenbruch des Anlagemodells im 3. Quartal 2000 jederzeit zu Geld gemacht werden können.

Der Berufungswerber brachte einen Antrag auf Vorlage seiner Berufungen an die Abgabenbehörde II. Instanz und einen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem gesamten Berufungssenat ein. Gleichzeitig reichte er eine Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für 2000 ein. In beiden Eingaben wurde gleichlautend ausgeführt:

- 1) IA habe von Anfang an geplant, die Anleger zu betrügen; er sei inzwischen in Amerika des Wertpapierbetruges für schuldig befunden und zu einer hohen Haftstrafe verurteilt worden; die für ihn arbeitenden Broker hätten durch falsche und irreführende Angaben Anleger gewonnen; sie hätten mit Manipulationen von Aktienkursen in den zahlreichen, von IA kontrollierten Unternehmen gearbeitet;
- 2) die Erwerber von EACC-Papieren hätten die Stellung von stimmrechtslosen Vorzugsaktionären; als solche seien sie bei der Verteilung des Bilanzgewinnes bevorzugt; mache die Gesellschaft, an der die Beteiligung bestehe, immer nur Verluste, so könne der Vorzugsaktionär niemals Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen; fänden dennoch Zahlungen statt, so seien diese als steuerneutrale Kapitalrückzahlungen zu werten;
- 3) aus den von der EACC an A-Gesellschaften gehaltenen Beteiligungen seien niemals Gewinne erflossen;

- 4) den Investoren sei eine Besicherung des Aktienkapitals im Ausmaß von 200% durch amerikanische Staatsanleihen vorgegaukelt worden;
- 5) zusammenfassend sollten daher die Einkünfte aus Kapitalvermögen mit Null festgesetzt werden; im Übrigen werde angeregt, ein Gutachten über die Rechtsnatur der EACC-Veranlagung einzuholen.

Die Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für 2000 wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung direkt der Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

In der am 3. April 2008 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde **ergänzend** ausgeführt:

Der **steuerliche Vertreter** stellte die Anträge, folgende, in einem ebenfalls von ihm vertretenen, gleichgelagerten Fall (UFS-Entscheidung vom 5.2.2008, RV/0205-F/04) eingereichten Beweise in den Streitfall einzubeziehen:

- Das Gutachten des Prof. Dr. CN über die rechtliche Qualifikation der Anlage; ergänzend regte er an, eine klärende Stellungnahme von Prof. Dr. N dahingehend einzuholen, ob er mit seiner Qualifikation bloß das Investmentprodukt „Units“ oder die EACC-Zeichnungsscheine generell gemeint habe;
- die deutsche Übersetzung der in den USA gegen IA angestregten Zivilklage;
- das in englischer Sprache vorliegende Protokoll der Strafverhandlung in den USA;
- die diversen Jahresabschlüsse der Tochterunternehmen (Anm.: Englisch).

Im Weiteren führte der steuerliche Vertreter aus, dass die reinvestierten Beträge infolge Zahlungsunfähigkeit der EACC nicht zugeflossen seien. Er verwies diesbezüglich auf die OGH-Entscheidung 19.11.1981, EvBl 82/164. Darin komme zum Ausdruck, dass im Falle eines unredlichen Schuldners, der in Täuschungsabsicht handle – könne dieser auch den laufenden Zahlungsverkehr aufrechterhalten – ein **Zufluss** im Sinne der Konkursordnung zu verneinen sei. Über Befragung durch den Vorsitzenden, ab wann seiner Meinung nach die Zahlungsunfähigkeit eingetreten sei, gab er an, diese sei von Anfang an, spätestens jedoch ab Mitte der 90-er Jahre vorgelegen. Dies lasse sich aus den Bilanzen der zahlreichen, insolvent gewordenen A-Companies ablesen.

Der **Amtsanwalt** vertrat die Auffassung, der Zufluss müsse zeitraum-, personen- und geschäftsfallbezogen gesehen werden. Die Zinsen, die viele Anleger sich ab Anfang der 90-er Jahre bis Mitte 2000 auszahlen ließen, seien natürlich steuerpflichtig gewesen. Es sei nicht einsichtig, warum für Reinvestierende oder später Anlegende diese Steuerpflicht verneint werden solle. Das Reinvestment sei ein Auftrag zur Verwendung des Geldes, diese Verfügung bedeute steuerlich einen Zufluss.

Für den Fall, dass der Unabhängige Finanzsenat entgegen der von ihm vertretenen Rechtsmeinung von einem Zufluss ausgehen sollte, beantragte der steuerliche Vertreter die Einstufung der EACC-Papiere als **Forderungswertpapiere** gemäß § 93 Abs. 3 EStG. Prof. Dr. CN habe in seiner rechtlichen Qualifikation die Forderungswertpapiereigenschaft bejaht. Die in der Entscheidung vom 5.2.2008, RV/0205-F/04, durch den Unabhängigen Finanzsenat angezweifelte freie Übertragbarkeit der EACC-Zeichnungsscheine durch Indossament sei nicht plausibel. Die Hinterlegung von Wertpapieren sei nichts Ungewöhnliches. Der Terminus „darlehensähnlich“, den der VwGH im Zusammenhang mit der in Streit stehenden Anlage gewählt habe, sage nichts aus und sei kein Rechtsbegriff.

Über Befragung durch den Vorsitzenden, ob ihm Fälle von Übertragungen der EACC-Zeichnungsscheine bekannt seien, antwortete der steuerliche Vertreter, solche seien ihm nicht bekannt.

Der **Amtsanwalt** führte aus, die Forderung sei jeweils in die Bücher eingetragen worden. Nach dem auf den Zeichnungsscheinen befindlichen Text (Anm.: ...transferable only on the books of the Corporation...) könne eine Übertragung nur in den Büchern stattfinden, nicht jedoch über das Papier. Keine andere Person könne das Recht aus dem Papier ausüben. Ginge der Zeichnungsschein verloren, würde das nicht bedeuten, dass der Zeichner seine Zinsen nicht mehr bekäme. Sein Name sei ja aus den Büchern ersichtlich, er könne seine Ansprüche zivilrechtlich geltend machen. Anders sei dies etwa bei einem Sparbuch, auch ein gestohlenes Sparbuch könne eingelöst werden, wenn das Lösungswort bekannt sei bzw. es kein Lösungswort gebe.

Ein Papier werde nicht deshalb zu einem Forderungswertpapier, weil es bestätige, dass eine Person Anteile gezeichnet habe.

Der Senat entschied, die **beantragten Beweismittel zu berücksichtigen**, hielt jedoch die Einholung einer weiteren Stellungnahme des Prof. Dr. CN für entbehrlich, zumal die dadurch angestrebte Klärung für die rechtliche Würdigung nicht ausschlaggebend sei.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Im Juni 2004 ergingen sieben Berufungsentscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates, die ebenfalls EACC-Anleger als Berufungswerber betrafen (RV/0304-F/02, RV/0219-F/02, RV/0220-F/02, RV/0218-F/02, RV/0217-F/02, RV/0216-F/02, RV/0205-F/02). In diesen gelangte die erkennende Behörde zu dem Schluss, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen vorlägen und zwar sowohl im Fall der ausbezahlten, als auch der reinvestierten Beträge. Vier Berufungswerber legten Beschwerde beim VwGH ein; dieser bestätigte in der Sache die

Entscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates ohne Abstriche (2004/15/0111-5, 2004/15/0110-5, 2004/15/0164-8 und 2004/15/0163-8, alle vom 19.12.2006).

Speziell auf die vorgebrachten Berufungspunkte eingehend wird aus den zitierten Erkenntnissen, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, auszugsweise entnommen:

### **Gutachten über die Rechtsnatur, Stellung eines Vorzugsaktionärs, Gewinnsituation**

**VwGH:** „Die belangte Behörde hat sich mit diesen unterschiedlichen Rechtsauffassungen des privaten Platzierungsmemorandums auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass ungeachtet der verwendeten Bezeichnung der ausgestellten Bescheinigung über die Beteiligung als „Vorzugsaktie“ bzw. „Units“ **weder eine Beteiligung als stiller Gesellschafter noch als Aktionär vorliegt**. Wenn die belangte Behörde ausgehend von den Vereinbarungen laut dem privaten Platzierungsmemorandum unter dem Punkt „Geschäftsphilosophie und Laufzeit“ sowie der tatsächlichen Durchführung dieser Beteiligung davon ausgegangen ist, **dass von einem einem Darlehen ähnlichen Geschäft auszugehen ist, kann ihr nicht mit Erfolg entgegengetreten werden**. Die im privaten Platzierungsmemorandum unter diesem Titel versprochene fixe Verzinsung wurde den Anlegern tatsächlich gewährt und die Auszahlung entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht in Einzelfällen, sondern laut PWC-Bericht in 46%, entsprechend einer Summe von US\$ 16,7 Mio. tatsächlich durchgeführt. Diese fixe Verzinsung war lediglich von der Dauer der Beteiligung abhängig, nicht jedoch von irgendeiner Gewinn/Verlustsituation der EACC. Gleiches gilt für die Erträge der „Units“; für diese ist auch der Rücknahmewert ungeachtet eines allfälligen anderen Kurswertes zum Bezugspreis garantiert und eingehalten worden. Die Zusicherung und Gewährung von fixen Erträgen aus einer Geldhingabe, abhängig lediglich vom Faktor Zeit, **entspricht nicht einer Beteiligung eines Aktionärs oder eines stillen Gesellschafters. Die belangte Behörde konnte daher zu Recht von einer Erörterung der Rechtsnatur der EACC bzw. deren Gewinnsituation absehen.**“

### **Zufluss**

**UFS:** „ Zu Recht hat das Finanzamt daher auch hinsichtlich der reinvestierten „Dividenden“ den **Zufluss** im Sinne des § 19 EStG 1988 bejaht und kann somit an dieser Stelle auf die ausführliche Darlegung in der Berufungsvorentscheidung verwiesen werden. Bei als gegeben angenommenem Sachverhalt wäre es inkonsequent, die gutgeschriebenen und reinvestierten Beträge als nicht zugeflossen interpretieren zu wollen. Niemand wurde im Laufe von 10 Jahren gehindert, sich Gutschriften auszahlen zu lassen und erfolgten diese auch tatsächlich regelmäßig über den gesamten Zeitraum hinweg, wie die Zahlen des PWC-Entwurfes belegen. Die direkten Reinvestments wurden nicht von der VTH oder EACC angeregt, sondern beruhten auf freien Entscheidungen der Anleger. Insofern kann nicht mit Nachdruck vorgebracht

werden, die Nichtauszahlung sei auf eine Zahlungsunfähigkeit oder –unwilligkeit bzw. betrügerische Absicht des Schuldners zurückzuführen. Eine "Zahlungseinstellung" des Schuldners, wie sie im Abs. 2 des § 66 KO, diese Gesetzesstelle wird in den Ergänzungen zum Vorlageantrag zitiert, umschrieben ist, lag somit (ohne die Eignung der KO zum Vergleich näher hinterfragen zu wollen) nicht vor. Abs. 3 leg.cit. geht von einer Wahlmöglichkeit des Schuldners hinsichtlich Auszahlung oder Nichtauszahlung von Forderungen aus. Im Streitfall lag diese Wahlmöglichkeit aber bei den Gläubigern (Investoren), die von der ihnen eingeräumten Option auf Reinvestment Gebrauch gemacht hatten. Auch wurde nie vorgebracht, dass Reinvestments etwa nur deshalb erfolgt wären, weil die Auszahlung der Erträge verweigert worden wäre."

**VwGH:** „Nach den Feststellungen wurden bis zum 3. Quartal des Jahres 2000 alle Forderungen der Anleger prompt erfüllt. Wenn die belangte Behörde davon ausgegangen ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt der Beschwerdeführer jedenfalls die Gutschrift jederzeit hätte zu Geld machen können, kann ihr nicht mit Erfolg entgegengetreten werden. Anhaltspunkte dafür, dass die jeweiligen Gutschriften in betrügerischer Weise angedient worden wären, gibt es nicht. Einnahmen sind aber bereits **dann als zugeflossen anzusehen, wenn der Empfänger rechtlich und wirtschaftlich über sie verfügen kann.** Der Gläubiger verfügt über einen Geldbetrag, wenn die Auszahlung des Geldbetrages auf Wunsch des Gläubigers verschoben wird, obwohl der Schuldner zahlungswillig und zahlungsfähig ist. Der Zufluss ist damit bereits in diesem Zeitpunkt erfolgt. Ist eine Auszahlung grundsätzlich möglich, entscheidet sich der Gläubiger aber, wenn auch nach Überredung durch den Schuldner, die fälligen Erträge wieder zu veranlagern, so ist der Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988 durch die Verfügung der Wiederveranlagung in diesem Zeitpunkt erfolgt. Der wiederveranlagte Ertrag bildet eine neue Einkunftsquelle, deren Untergang auf die Steuerpflicht früher zugeflossener Erträge steuerlich keine Auswirkung hat. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerlich eingesetzten Kapitals ist steuerlich unbeachtlich.“

Zum in der mündlichen Berufungsverhandlung vom 3.4.2008 erneut angesprochenen **Zeitpunkt des Eintrittes** der Zahlungsunfähigkeit unter Hinweis auf die Konkursordnung wird ausgeführt: Der Konkurs über die inländische Vermittlungsgesellschaft VTH GmbH wurde im 4. Quartal 2000 eröffnet. § 66 KO lautet:

*Die Eröffnung des Konkurses setzt voraus, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. (2) Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. (3) Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, dass Gläubiger andrängen. Der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein nicht die Annahme, dass er zahlungsfähig ist.*



Die Schuldnerin EACC, mittelbar die VTH GmbH, hat ihre Zahlungen objektiv im 3. Quartal 2000 eingestellt. Ab diesem Zeitpunkt lag nicht bloß eine Zahlungsstockung oder die Zurückhaltung einzelner Schulden aus einem bestimmten Grund vor, sondern die Schuldnerin war nicht mehr in der Lage, ihre Verbindlichkeiten regelmäßig zu erfüllen, wie es bis dahin geschehen war. Diese bisherigen Zahlungen waren keine fallweisen oder punktuellen, sondern vollumfängliche für all jene Anleger, die zur Auszahlung optiert hatten (vgl. OGH 23.2.1989, 7 Ob 526/89). Dies wurde wiederholt erläutert und ließ sich u.a. aus dem Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC, der in die oben zitierten UFS-Entscheidungen aus dem Juni 2004 Eingang gefunden hat, erschließen. Auch der VwGH hat die entsprechende Sichtweise in seinen Erkenntnissen aus dem Dezember 2006 (siehe oben) für schlüssig befunden.

### **Jahresabschlüsse diverser Tochterunternehmen**

Die Gewinnsituation der EACC bzw. der Gesellschaften („Companies“) an denen sie beteiligt war, ist für den Streitfall irrelevant, weil die fixe Verzinsung, die einzig vom Faktor Zeit abhängig ist, für ein darlehensähnliches Geschäft, nicht aber für eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung, spricht. Die daraus bezogenen Erträge sind Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988. Insofern bedurften die in englischer Sprache abgefassten, vom steuerlichen Vertreter eingereichten Jahresabschlüsse der Companies keiner weiteren Würdigung durch den Unabhängigen Finanzsenat.

### **Pyramidenspiel**

**UFS:** *„Dass tatsächlich überhaupt keine Erträge erzielt wurden und die Dividendenausschüttungen im Sinne eines klassischen Pyramidenspiels lediglich aus den Geldern neuer Anleger gespeist wurden, ist, auch wenn dies immer wieder angesprochen wurde, nicht erwiesen. Die ab der Transaktionsphase C) gepflogene und bereits erörterte Zahlungsweise (Anm.: Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC) hat plausible ökonomische Hintergründe. Zweifellos wurden Gelder in das weitverzweigte Firmennetz IA´s investiert (siehe SEC-Berichte) und haben auch Erträge abgeworfen. Als Beispiel eines zumindest vorübergehend erfolgreichen Börsegangs – es wurden mindestens 22,864.000 US\$ Nettoerlöse erzielt - hat das Finanzamt B in seiner Berufungsvorentscheidung das Initial Public Offering von Toys International Com. Inc. am SMAX - Segment der Frankfurter Börse im November 1999 angeführt.*

*Ob in dem einen oder anderen Geschäftsvorgang im dichten Netz der im Einflussbereich des IA stehenden Gesellschaften etwa mit manipulativen Methoden vorgegangen wurde, kann dahingestellt bleiben, ändert dies doch letztlich nichts an der steuerlichen Behandlung der den Investoren zugekommenen Beträge. Gemäß § 23 Abs. 2 BAO wird ein Verhalten, das von der*

*Rechts- und Sittenordnung verpönt ist, nicht allein dadurch von der Besteuerung ausgeschlossen (vgl. ÖStZ 2001, 293).“*

## **Löschung**

**UFS:** *„Betreffend den "company status: struck off" ("gelöscht") der EACC per 1.5.1998 im Register auf den British Virgin Islands kann nach den vorliegenden Interpol- und Anwaltsinformationen von einem Formalakt wegen Nichtentrichtung der jährlichen, geringen Registergebühren ausgegangen werden. Inwieweit dies für die zu beurteilende Streitfrage von Relevanz sein sollte, ist nicht erkennbar.“*

## **Besicherung**

**UFS:** *„Der eventuell zu gewärtigende endgültige Verlust des Anlegerkapitals ist nach der Sachlage auf das Verschwinden der Vermögenswerte zurückzuführen, die dessen Besicherung im 200%-igen Ausmaß dienen sollten. Die EACF, die als Stiftung Werte in diesem Ausmaß zu verwalten bestimmt war, verfügt, wie ausgeführt, nur über die Barsumme von 2,5 Millionen US\$, die FB hat die von ihr gehaltenen Werte offengelegt. Ob IA, der über eine Handlungsvollmacht verfügte, namhafte Werte in überseeische Gefilde transferiert hat, mag dahingestellt bleiben – der Verlust des eingesetzten Kapitals ist steuerlich unbeachtlich (VwGH 25.11.2002, 97/14/0094, 97/14/0095). Bei einer privaten Vermögensanlage werden nur die Erträge (Zinsen) aus dem Kapitalstamm steuerlich erfasst.“*

## **Amerikanische Zivilklage, Protokoll der Strafverhandlung in New York**

Hinsichtlich der in den USA angestregten Zivilklage sowie dem Protokoll der Strafverhandlung in New York wurde bereits in der Entscheidung vom 5.2.2008, RV/0205-F/04, Folgendes ausgeführt:

*„Die in der amerikanischen Zivilklage erhobenen Vorwürfe gegen IA sind für den Unabhängigen Finanzsenat nicht neu. Zum Teil waren sie Verhandlungsgegenstand des bereits gewürdigten, insbesondere die Geschäfte mit der Brokerfirma EAS betreffenden Strafurteils. Insgesamt vermögen sie an der bisherigen Beurteilung nichts zu ändern, da die steuerrechtliche Komponente im Gesamtbild der fragwürdigen Geschäfte des IA nur eine vergleichsweise geringfügige Teilfacette umfasst, die eine lückenlose Aufklärung und Zuordnung der über Jahre in Amerika getätigten Geschäfte und Manipulationen nicht erfordert. Der Unabhängige Finanzsenat ist als Berufungsbehörde aufgerufen, den Rechtsschutzstandard auf dem Abgabensektor zu wahren. Zivil- und strafrechtliche Beurteilungen stehen ihm grundsätzlich nicht zu. Soweit sie sich abgabenrechtlich auswirken, sind sie in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. Dies ist im Streitfall unter steter*

*Bedachtnahme auf ein sauberes Herauslösen des steuerrechtlichen Sachverhalts auch geschehen. Hierzu auszugsweise aus RV/0306-F/04:*

*Dass IA sich der Verschwörung zur Begehung von Wertpapierbetrug und der tatsächlichen Begehung von Wertpapierbetrug in zwei Fällen schuldig bekannte, war zum Zeitpunkt der Erlassung der obgenannten Berufungsentscheidungen noch nicht bekannt, wenngleich bereits damals Verdachtsgründe bestanden. Sie wurden in den ergangenen Entscheidungen auch weder verheimlicht noch beschönigt, sondern flossen in diese ein. Das nunmehr publik gewordene Urteil des US Courthouse, Brooklyn, NY, vom 22.4.2004 wurde von der Referentin des unabhängigen Finanzsenates, wenn es auch nicht in beglaubigter Übersetzung vorliegt, gelesen und gewürdigt. Im Mittelpunkt der strafrechtlichen Anklagepunkte stand die Brokerfirma EAS, zu deren Führungspersonen IA gehörte. Die illegale Vorgehensweise bestand im wesentlichen darin, dass die Broker von EAS die Preise von an der Börse notierten Unternehmen künstlich in die Höhe trieben, danach ihre Anteile sowie die von A und anderen Insidern verkauften und Millionen lukrierten (pump and dump - Geschäfte). Die durch hohe, illegale Kommissionen animierten Broker bewegten mehr und mehr gutgläubige Kunden zum Aktienkauf. In betrügerischer Weise eingenommene Gelder wurden nach off-shore-transfers zB als Kredit getarnt zu EA zurückgeschleust. Wie der erkennende Richter IA attestierte, ist dieser ein hochbegabter, kreativer Mann mit profunden Fachkenntnissen, der gleichzeitig Dutzende von Companies und Finanztransaktionen jonglieren konnte und - hätte er seine enormen Fähigkeiten nicht in den Dienst illegaler Machenschaften gestellt - genausogut legalerweise zu Reichtum und Erfolg hätte gelangen können.“*

Selbst wenn, was bisher hinsichtlich betrügerischer Manipulationen nur vermutet wurde, nunmehr weitgehend Bestätigung gefunden hat, hält der Unabhängige Finanzsenat an seiner bisherigen rechtlichen Würdigung fest (vgl. etwa RV/0216-F/02 und den dort erörterten Fall "EKC-Letters" sowie Causa "Ambros S.A."), ändert dies doch nichts an der Tatsache, dass das System über Jahre funktionierte und die versprochene Verzinsung den Anlegern auch tatsächlich gewährt wurde. Dies geschah nicht nur in Einzelfällen, sondern nach den unwidersprochenen Ausführungen im PWC –Bericht in einem beträchtlichen Ausmaß (46%, entsprechend einer Summe von 16,7 Mio US\$). Von einer Zahlungsunfähigkeit oder – unwilligkeit der EACC kann daher im Einzelfall nicht ausgegangen werden.

#### **Rechtliche Qualifikation Prof. Dr. CN**

Zusammengefasst wurde im Gutachten von Prof. Dr. N Folgendes ausgeführt:

Die den Inhabern der Zertifikate eingeräumten Rechte seien gekennzeichnet durch einen Anspruch auf eine fixe Mindestverzinsung. Nach dem Platzierungsmemorandum sei eine Dividende von 16% (4% per Quartal) vorgesehen. Es handle sich um eine Verbriefung

gewisser Ansprüche auf Verzinsung und offenbar auch eines Anspruchs auf eine Beteiligung am Vermögen, die allerdings nicht mit einem Verlustrisiko behaftet sei. Die Qualifikation als „darlehensähnlich“ solle hier nicht weiter hinterfragt werden. Suche man einen Vergleich im österreichischen Recht, so könne diese Form der Rechtseinräumung im Rahmen eines Wertpapiers am ehesten als schuldrechtliches Genussrecht im Sinne des § 8 KStG qualifiziert werden. Bei den obligationenähnlichen Genussrechten fehle es an der Verbindung von Beteiligung am Gewinn und am Liquidationsgewinn (Hinweis auf Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, Die Körperschaftssteuer, Loseblattkommentar, § 8 RZ 90 f). Für die rechtliche Einordnung sei es nicht ausschlaggebend, ob ein obligationenähnliches Genussrecht als darlehensähnlicher Anspruch oder primär gewinnabhängiger Anspruch eingeordnet werde. Folge man der Auffassung des VwGH, so handle es sich bei den „Units“ an der EACC um Forderungsrechte gegenüber der Emittentin, die eine Mindestverzinsung und einen Rückzahlungsanspruch enthalten. Durch die Möglichkeit, bei entsprechenden Erträgen eine höhere Dividende erzielen zu können, werde die Darlehensähnlichkeit bzw. Obligationenähnlichkeit nicht beseitigt. Jedenfalls habe der Käufer derartiger „Units“ Forderungsrechte gegenüber der Emittentin EACC erworben. Zu überprüfen sei, ob diese Forderungsrechte in einem Forderungswertpapier verbrieft seien. Ein Forderungswertpapier liege dann vor, wenn die Rechte in einer Urkunde derart verbrieft seien, dass die Rechte aus dem Papier dem Recht am Papier folgten, also ein Erwerb von Rechten nur durch Übertragung des Papiers, welches die Rechte verbrieft, möglich sei. Die streitgegenständliche Urkunde verbriefe „shares“. Diese könnten nur durch den Besitzer der Urkunde oder durch einen Bevollmächtigten übertragen werden und zwar durch Übergabe der ordnungsgemäß indossierten Urkunde. Der erste Besitzer der Urkunde sei in dieser als Berechtigter genannt, in der Folge seien die verbrieften Rechte durch Übergabe der Urkunde und Indossament zu übertragen. Ohne Urkunde und ohne ordnungsgemäße Indossierung durch den Vormann könnten keine Rechte ausgeübt werden. Demnach seien alle Elemente eines Wertpapiers gegeben (Hinweis auf Roth, Wertpapierrecht, 2. Auflage, 5: ....“Setzt mithin jedes Wertpapier eine Urkunde voraus, so konstruiert aber umgekehrt noch nicht jede Urkunde auch schon ein Wertpapier. Vielmehr ist vom Wertpapier die reine Beweisurkunde zu unterscheiden, zB der Schuldschein, die Quittung, der Anteilsschein über einen GmbH-Anteil. Diese Beweisurkunden verlautbaren oder betreffen ebenfalls ein Recht, aber es fehlt ihnen ein Merkmal, welches die Verlautbarung zur Verbriefung im wertpapierrechtlichen Sinn und damit die Urkunde zum Wertpapier macht“).

Die vorliegende Urkunde stelle im Rahmen der Typologie des österreichischen Wertpapierrechts eindeutig einen kaufmännischen Verpflichtungsschein im Sinne des § 363 HGB dar. Nach dieser Bestimmung könnten von einem Kaufmann Verpflichtungsscheine über

die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt werden, ohne dass darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht werde. Diese kaufmännischen Verpflichtungsscheine könnten auch auf Order lauten und damit mittels Indossament und Übergabe übertragbar sein (Hinweis auf Schuhmacher in Straube, HGB, 1. Band, 3. Auflage, § 363, RZ 11, 13, wonach der wichtigste Anwendungsfall kaufmännischer Orderverpflichtungsscheine Orderschuldverschreibungen darstellt).

Ausgehend von der Beurteilung durch den VwGH handle es sich bei den „Units“, die von der EACC ausgegeben worden seien um kaufmännische Verpflichtungsscheine im Sinne des § 363 HGB, die Forderungsrechte auf Verzinsung bzw Gewinnbeteiligung und Rückzahlung im Falle der Kündigung verbrieften. Dies entspreche der Qualifikation als Forderungswertpapier im Sinne der einkommensteuerlichen Regelungen.

Durch das Budgetbegleitgesetz 2003, BGBl. I Nr. 71/2003, wurden ausländische Kapitalerträge, die ab 1.4.2003 zufließen, inländischen gleichgestellt (§ 37 Abs. 8 EStG 1988, § 97 Abs. 4 EStG 1988). Das Urteil des EuGH vom 15.7.2004, C-315/02, Lenz, hat daher nur auf Einkünfte Auswirkung, die nicht im zeitlichen Anwendungsbereich des Budgetbegleitgesetzes 2003 zu erfassen sind. Es besagt, dass die Verweigerung der einkommensteuerlichen Endbesteuerungswirkung für ausländische Kapitalerträge mit der gemeinschaftsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit in Widerspruch steht.

Der Berufungswerber beantragt für den Fall der Annahme eines Zuflusses die Subsumtion seiner Erträge unter § 93 Abs. 3 EStG 1988 und damit die Besteuerung mit dem Hälftesteuersatz.

Hinsichtlich steuerrechtlichem Verständnis eines „**Forderungswertpapiers**“ wird auf die Entscheidung vom 5.2.2008, RV/0205-F/04, und die darin enthaltenen Verweise auf Hofstätter-Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar zu § 93, sowie Koppensteiner in ÖStZ 20/1990, 247 ff, „Übersicht über die Steuerpflicht von Einkünften aus Kapitalvermögen“, verwiesen.

Wenn Professor Dr. CN die Forderungswertpapiereigenschaft darauf stützt, dass die streitgegenständlichen „Shares“ – es ist hiebei ungeklärt, ob er nur das Investmentprodukt „Units“ oder die EACC-Zeichnungsscheine oder beides meint (dies wird aber seitens des Unabhängigen Finanzsenates ausdrücklich offen gelassen, siehe oben) - nur durch den Besitzer der Urkunde oder einen Bevollmächtigten und zwar durch Übergabe der ordnungsgemäß indossierten Urkunde rechtlich übertragen werden könnten, so vermag dies nicht nachdrücklich zu überzeugen. Einerseits heißt es im englischen Zertifikatstext:..., *transferable only on the books of the Corporation by the holder hereof in person or by truly authorized Attorney...*“ Die freie Verfügungsmacht des Zeichners, auf

dessen Namen ja die Urkunde lautet und der somit der erste in der Indossamentkette sein müsste, zeigt sich damit nicht gewährleistet („on the books of the Corporation“), wofür auch spricht, dass dieser das Originalzertifikat nicht in Händen hatte, sondern bloß eine Kopie. Das Original war – siehe oben - verwahrt bei einem Notar bzw einer FL-Treuhandgesellschaft. Abgesehen davon, dass trotz zahlloser Anleger keine Fälle bekannt sind, in denen das Originalpapier dem Zeichner ausgehändigt und von ihm durch Indossament übertragen wurde, enthält auch das Platzierungsmemorandum keinerlei Hinweis auf eine Übertragbarkeit der Zeichnungsscheine. Es spricht unter der Überschrift „Kündigung“ lediglich von einer „Stornierung der Zeichnung“, die gegenüber dem Platzierungsmakler jederzeit mittels eingeschriebenen Briefes möglich sei und zu einer Rückzahlung des Anlagebetrages in der Zeichnungswährung führe. Die Auffassung, dass eine freie Übertragbarkeit durch Indossament in Wahrheit gar nicht gewollt (dh nicht vorgesehen) war, wird dadurch untermauert.

*„Ein Forderungswertpapier liegt dann vor, wenn die Rechte in einer Urkunde derart verbrieft sind, dass die Rechte aus dem Papier dem Recht am Papier folgen, also ein Erwerb von Rechten nur durch Übertragung des Papiers, welches die Rechte verbrieft, möglich ist“ (aus Rechtliche Qualifikation Prof. Dr. CN, 3.).* Hieraus ist zu schließen, dass die Geltendmachung des Rechtes aus einem Forderungswertpapier an die körperliche Vorlage des Papiers gebunden ist. Die in der mündlichen Senatsverhandlung geführte Diskussion erlaubt jedoch den Schluss, dass der EACC-Zeichner (der das Papier im Übrigen, siehe oben, gar nicht körperlich in seiner Gewahrsame hat) für die Geltendmachung seines Rechtes das Papier nicht benötigt, sondern sich auf die Eintragung in die Bücher berufen kann. Das Papier kann daher kein Forderungswertpapier sein. Es ist vielmehr nach Überzeugung des Unabhängigen Finanzsenates eine Beweisurkunde oder ein Beleg über ein darlehensähnliches Geschäft als festverzinsliche Anlage.

**Darlehensähnlichkeit:** Die Darlehensähnlichkeit der Anlage wurde von Prof. Dr. N nicht bestritten. Es ist nicht ersichtlich, was der steuerliche Vertreter mit seinen wiederholten Einwürfen in der mündlichen Senatsverhandlung, wonach „Darlehensähnlichkeit“ kein Rechtsbegriff sei, ausdrücken will. Der VwGH hat in seinen Erkenntnissen (siehe oben) die Darlehensähnlichkeit der Anlage bestätigt, was zu einer Besteuerung der Erträge gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG berechtigte. Für die Zinserträge aus einer Darlehenshingabe (von einer solchen ist demnach auszugehen) an einen Darlehensnehmer, der keine Bank ist, fällt kein Kapitalertragsteuerabzug an. Derartige Erträge unterliegen der **Normalbesteuerung und nicht der Endbesteuerung** (im Übrigen wird auf die Entscheidung vom 5.2.2008, RV/0205-F/04, und die darin enthaltenen Hinweise auf Hofstätter-Reichel, Koppensteiner und Doralt verwiesen).

Die in Streit stehenden Kapitalerträge waren daher auch unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten einer Besteuerung mit dem begünstigten Steuersatz nicht zugänglich.

Da, wie dargestellt, ab dem 3. Quartal 2000 von einem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, wurden im Streitfall für das Jahr 2000 lediglich die laut Kontoauszug für das erste und das zweite Quartal ausgewiesenen Erträge steuerlich erfasst.

Insgesamt war spruchgemäß zu entscheiden.

Feldkirch, am 14. April 2008

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: