

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Michael Mandlmayr in der Beschwerdesache Bf, vertreten durch die Vertreterin, gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 21. Jänner 2011 betreffend die Einkommensteuer für das Jahr 2008 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (in der Folge kurz Bf) beteiligte sich 1994 an der GmbH (in der Folge kurz GmbH) als Gesellschafter.

Mit Anteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 12. Juni 2008 veräußerte der Bf (wie seine Mitgesellschafter) seinen Geschäftsanteil an der genannten GmbH, der einer Beteiligung iHv 5% entspricht, an die **HoldingGmbH** (in der Folge kurz Holding GmbH) und an die Zweitkäuferin. Der Kauf- und Abtretungspreis setzte sich aus einem fixen und einem variablen Kaufpreisanteil zusammen, wobei ein Teilbetrag des fixen Kaufpreisanteiles durch neue Aktien der TEL **AG** (TAG – in der Folge kurz AG) abgegolten werden sollte.

Im **Anteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 12. Juni 2008** wurden in Pkt. 4.1 und 4.2 hinsichtlich des Kaufpreises und der Kaufpreiszahlung folgende Vereinbarungen getroffen:

Der Kauf- und Abtretungspreis besteht aus einem **fixen Kaufpreisanteil von insgesamt 11,520.000,00 €** und einem variablen Kaufpreisanteil. Der fixe Kaufpreisanteil ist am Tag des Closing zur Zahlung fällig. Ein Teilbetrag von 9.570.000,00 € des fixen Kaufpreisanteiles (der „Baranteil“) ist von den Käuferinnen in bar durch spesen- und abzugsfreie Überweisung mit Valuta des Tages der Vertragsunterfertigung auf ein Treuhandkonto zu bezahlen. Zum Closing ist der Baranteil samt angefallener Zinsen

vom Treuhänder durch spesen- und abzugsfreie Überweisung mit Valuta des Tages des Closing auf die Konten der Verkäufer auszuzahlen.

Die Forderung der Verkäufer auf den Restbetrag („weiteren Teilbetrag“) von **1,950.000,00 € des fixen Kaufpreisanteiles**, die bei Vertragsunterfertigung entsteht und nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung bei Closing fällig wird, wird **auf Basis des Sacheinlagevertrages** gemäß Pkt. 4.3 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages gegen Ausgabe von insgesamt **600.000 nennbetraglosen Stückaktien an der** genannten **AG** mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital von **1 €** und einem **Ausgabekurs von 3,25 €** je Stückaktie in diese AG eingebracht. Die Zuteilung und Übertragung dieser neuen Aktien an die Verkäufer hat am Tag des Closing durch Übergabe entsprechender Zwischenscheine zu erfolgen.

Die AG verpflichtet sich und sichert zu, dass die gemäß dem vorstehenden Absatz an die Verkäufer zu übertragenden und in Zwischenscheinen verbrieften Aktien an der AG unverzüglich gegen Rückgabe der Zwischenscheine auf von den Verkäufern bekanntzugebende Wertpapierkonten eingebucht und innerhalb einer Woche ab Einbuchung zum Handel im Prime Market der Wiener Börse zugelassen werden; sofern eine Zulassung dieser Aktien zum Handel im Prime Market der Wiener Börse nicht fristgerecht möglich ist, kann die AG diese Verpflichtung auch durch Austausch der den Verkäufern zustehenden Aktien gegen andere, zum Handel im Prime Market der Wiener Börse zugelassene lastenfreie Aktien der AG erfüllen (etwa auch durch Austausch mit zum Handel im Prime Market der Wiener Börse zugelassenen lastenfreien Aktien sonstiger Aktionäre der AG).

Gemäß Pkt. 4.3 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages verpflichteten sich die Verkäufer einerseits und die AG andererseits dazu, im Rahmen des Pre-Closing den Sacheinlagevertrag abzuschließen.

Im Pkt. 8 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages wurden die aufschiebenden Bedingungen („Pre-Closing Bedingungen“) und der Vollzug (Closing) für die Anteilsabtretung im Detail geregelt. Nach Pkt. 8.11 war am fünften Werktag nach Erfüllung der aufschiebenden Bedingungen oder zu einem anderen einvernehmlich festgelegten Zeitpunkt eine Zusammenkunft der Vertragsparteien für das Closing (Vertragserfüllung) vereinbart.

Im Rahmen des **Closing** waren nach Pkt. 8.12 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages Zug um Zug folgende Handlungen vorzunehmen:

1. Zuteilung und Übertragung der Aktien (wie im Sacheinlagevertrag definiert) in Form von Zwischenscheinen an die Verkäufer gemäß Pkt. 4.1 des Sacheinlagevertrages
2. Auszahlung des fixen Kaufpreisanteiles durch den Treuhänder
3. Unterfertigung eines Closing Protokolls, in dem der Eintritt der aufschiebenden Bedingungen und die Durchführung der Handlungen (Übertragung der Zwischenscheine und Auszahlung des fixen Kaufpreisanteiles) gemäß Pkt. 8.12 schriftlich bestätigt wird

In Pkt. 8.13 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages wurde für den Fall, dass nicht spätestens am 30. Oktober 2008 das Closing stattgefunden hat und bis dahin nicht sämtliche vorgesehenen Handlungen durchgeführt worden sind, vereinbart, dass die Verkäufer berechtigt sind, durch schriftliche Erklärung vom Vertrag zurückzutreten.

Mit dem **Sacheinlage- und Einbringungsvertrag vom 18. August 2008** hat der Bf seine aus dem Anteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 12. Juni 2008 entstandene, aber **noch nicht fällige Forderung** an die Holding GmbH in Höhe von 97.500,00 € (5% von 1.950.000,00 €) in die AG eingebbracht. Gemäß Pkt. 4.1 des Sacheinlage- und Einbringungsvertrages erfolgte die Einbringung und Übertragung der einbringungsgegenständlichen Forderungen **im Rahmen einer Kapitalerhöhung der AG**. Dabei verpflichtete sich die AG, als Gegenleistung für die als Sacheinlage einzubringenden Forderungen an die Übertragenden (aufgrund einer vom Vorstand am 29. Juli 2008 beschlossenen und am 14. August 2008 vom Aufsichtsrat der AG genehmigten Kapitalerhöhung) 600.000 neue auf den Inhaber lautende Stammaktien ohne Nennbetrag (Stückaktien) der AG mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital von 1 € zu übertragen, und **zwar an jeden einzelnen der Übertragenden auf gesondert bekanntzugebende Wertpapierdepots**. Die Übertragenden verpflichteten sich, diese Aktien als Gegenleistung anzunehmen. Weiters verpflichtete sich die AG in Pkt. 4.2 als übernehmende Gesellschaft, den Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung ehestmöglich beim Firmenbuch einzubringen und alles ihr mögliche zu unternehmen, um eine Eintragung der Kapitalerhöhung bis zum 25. Oktober 2008 zu erwirken.

Im **Closing Protokoll vom 5. September 2008** wurde unter Pkt. 2.1 festgehalten, dass die Aktien „... in Form von Zwischenscheinen an die Verkäufer und die Fruchtgenussberechtigten ordnungsgemäß übertragen“ wurden. Am **5. September 2008** betrug der **Kurs der Aktie 2,71 €** (Eröffnungskurs).

Am **27. Oktober 2008** erfolgte die **Einbuchung der Aktien der AG auf dem Wertpapierdepot des Bf**. Zu diesem Stichtag betrug der **Kurs der Aktie 1,53 €**. Da die neuen Aktien aus der Kapitalerhöhung nicht zum Handel an der Wiener Börse zugelassen waren, erfolgte die Einbuchung auf den Wertpapierdepots der Verkäufer und damit die tatsächliche Übertragung der Aktien der AG mit Aktien, die von der VermögensverwaltungsgmbH gehalten wurden.

Laut **Firmenbuch** wurde das **Kapital der AG** von 14.993.556,00 € (Eintragung vom 8. Mai 2008 über am 6. Mai 2008 eingelangten Antrag auf Änderung) über am 22. August 2008 eingelangten Antrag auf Änderung **am 5. September 2008** auf 15.593.556 € und damit das Kapital um 600.000,00 € erhöht. **Die Anzahl der Stückaktien erhöhte sich ebenfalls um 600.000** von 14.993.556 auf 15.593.556.

In der mit FinanzOnline am 3. Februar 2010 elektronisch eingebrochenen **Einkommensteuererklärung 2008** wies der Bf außer nichtselbständigen Einkünften auch sonstige Einkünfte aus der Veräußerung von Beteiligungen nach § 31 EStG 1988 in Höhe von 357.914,41 € aus.

Unter Hinweis auf ein telefonisches **Ergänzungersuchen** des **Finanzamtes** vom **8. Februar 2010** legte der Bf mit **Schriftsatz** vom **10. Februar 2010** eine Kopie des bereits oben genannten Anteilskauf- und Abtretungsvertrages vom 12. Juni 2008 und sinngemäß folgende Berechnung der Kennzahl KZ 802 vor:

Einkünfte aus der Veräußerung von Beteiligungen (5%) KZ 802

fixer Kaufpreis T	479.678,08	
variabler Kaufpreis	45.522,73	
30.000 Stück Aktien (a' 1,53)	45.900,00	
Veräußerungserlös		571.100,81
- Anschaffungskosten (gemeiner Wert zum 1.1.2001 gem. § 124 b Z 57 EStG 1988)		205.000,00
- Werbungskosten für		
Steuerberatung		3.000,00
Rechtsberatung		5.186,40
Einkünfte Veräußerung Beteiligung	357.914,41	

Mit **Bescheid** vom **24. Februar 2010** veranlagte das Finanzamt den Bf erklärungsgemäß zur Einkommensteuer für das Jahr 2008 unter Anwendung des Hälftesteuersatzes auf die Einkünfte nach § 31 EStG von 357.914,41 €.

Mit **Bescheid** vom **21. Jänner 2011** hob das Finanzamt den eben genannten Bescheid gemäß **§ 299 BAO** wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit unter Hinweis auf die Begründung des neuen Sachbescheides und die nicht bloß geringfügigen Auswirkungen, weshalb der Rechtsrichtigkeit gegenüber der Rechtsbeständigkeit einzuräumen sei, auf.

Im am 25. Jänner 2011 zugestellten **neuen Einkommensteuerbescheid 2008** vom **21. Jänner 2011** erhöhte das Finanzamt die Einkünfte aus der Veräußerung der Beteiligung durch Ansatz der 30.000 Aktien a' 2,71 € und sohin mit 81.300,00 € (bisher 45.900,00 €) um 35.400,00 € auf 393.314,41 €, woraus sich eine Abgabennachforderung von 8.906,69 € ergab, und führte dazu in der am 28. Jänner 2011 zugestellten Bescheidbegründung sinngemäß Folgendes aus:

Die Veräußerung der GmbH-Beteiligungen stelle einen gem. § 31 Abs. 1 EStG 1988 steuerpflichtigen Vorgang dar. Die Ermittlung der Einkünfte gem. § 31 EStG 1988 habe sich auf den Veräußerungszeitpunkt zu beziehen. Die Besteuerung des Veräußerungsgewinnes richte sich nach dessen Zufluss iSd § 19 EStG 1988.

Im vorliegenden Fall sei im Abtretungsvertrag vereinbart, dass ein Teil des Fixkaufpreises von 1.950.000,00 € durch Einbringung der (anteiligen) Kaufpreisforderung gegen die Holding GmbH in die AG gegen Erhalt von 600.000 Stückaktien dieser AG berichtigt werde. Dabei werde im Sacheinlagevertrag als Gegenleistung ein Preis von 3,25 € je Stückaktie fixiert (entspreche insgesamt 1.950.000,00 €).

Als Veräußerungszeitpunkt der Kapitalbeteiligung sei der Zeitpunkt anzusehen, zu dem die im Anteilsabtretungsvertrag festgelegten aufschiebenden Bedingungen eingetreten sind (lt. Vertrag „Pre-Closing-Bedingungen“).

Die Besteuerung des Veräußerungsgewinnes richte sich nach dem Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses iSd § 19 EStG 1988. Ein Zufluss müsse sich wirtschaftlich in einer Vermehrung des Vermögens des Steuerpflichtigen niederschlagen, Einnahmen gelten dann als zugeflossen, wenn die volle Verfügungsmacht über diese Einnahmen gegeben ist. Bei Sachbezügen sei eine Vereinnahmung dann anzunehmen, wenn der Steuerpflichtige das wirtschaftliche Eigentum an den Wirtschaftsgütern erlangt.

Im gegenständlichen Fall sei die Vertragserfüllung (=Closing) lt. Pkt. 8.11 des Anteilkauf- und Abtretungsvertrages am fünften Werktag um 10.00 Uhr nach Erfüllung der vertraglich vereinbarten aufschiebenden Bedingungen konkret am 5. September 2008 erfolgt und zu diesem Zeitpunkt auch die Zuteilung und Übertragung der Aktien in Form von Zwischenscheinen an die Verkäufer (Hinweis auf Pkt. 2.1 des vorliegenden Closingprotokolls) erfolgt.

Bei Zwischenscheinen iSd § 8 Abs. 6 AktG handle es sich um von der AG ausgestellte Urkunden, die die Mitgliedschaft in vollem Umfang bis zur Aktienausgabe verkörpern (Geist in Jabornegg-Strasser, AktG, § 8 Rz 31). Es sei daher davon auszugehen, dass dieser Teil der Kaufpreisforderung aus der Beteiligungsveräußerung mit Zuteilung der Zwischenscheine an die Veräußerer als zugeflossen iSd § 19 EStG 1988 anzusehen ist. Für die Ermittlung des Überschusses aus der Beteiligungsveräußerung sei daher nicht der vom Steuerpflichtigen angesetzte Kurswert der Aktien zum Zeitpunkt der Verbuchung des Aktienzuganges auf dem Wertpapierdepot des Veräußerers am 27. Oktober 2008 von 1,53 € je Aktie anzusetzen, sondern der Kurswert zum Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe der Zwischenscheine, das sei der Kurs per 5. September 2008 um 10.00 Uhr. Lt. historischem Börsenchart der Wiener Börse stelle sich der Kurs dieser Aktie am Übergabestag, dem 5. September 2008, wie folgt dar: Eröffnungskurs 2,71 €; Höchst- und Schlusskurs 2,81 €.

Bei der Ermittlung der Einkünfte gem. § 31 Abs. 1 EStG 1988 aus der Veräußerung der Stammanteile an der GmbH sei daher der in Form von Aktien zugeflossene anteilige Veräußerungspreis nicht mit 1.53 € je Aktie, sondern mit 2,71 € je Aktie anzusetzen. Das entspreche bei 600.000 Aktien einem zugeflossenen Kaufpreisanteil von 1.626.000,00 €. Die zwischen dem Übergabetag der Zwischenscheine und dem Zeitpunkt der Einbuchung der Aktien auf den Wertpapierdepots der Empfänger eingetretenen Wertminderungen der Aktie stellten im außerbetrieblichen Bereich steuerneutrale Vermögensänderungen dar.

Mit am 22. Februar 2011 beim Finanzamt eingelangten **Schriftsatz** vom **18. Februar 2011** er hob der Bf **Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid 2008** vom 21. Jänner 2011, beantragte, die sonstigen Einkünfte aus der Veräußerung der Beteiligung erklärungsgemäß mit 357.914,41 € anzuerkennen, und begründete dies nach Darstellung des Sachverhaltes (wie eingangs in diesem Erkenntnis vor Erwähnung des Firmenbuches, S 3 letzter Abs.) und einer Zusammenfassung der Begründung des bekämpften Bescheides sinngemäß im Wesentlichen wie folgt:

Zuflusszeitpunkt bei Aktienübertragung

Gem. § 19 Abs. 1 erster Satz EStG 1988 seien Einnahmen in jenem Kalenderjahr bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind. Zugeflossen sei lt. Judikatur des VwGH eine Einnahme dann, wenn der Empfänger über sie rechtlich und wirtschaftlich verfügen kann, sobald er also die **volle Verfügungsmacht** über sie erhält (Hinweis auf EStR 2000, Rz 4601; VwGH 17.10.1984, 82/13/0266; 22.02.1993, 92/15/0048). Eine Einnahme müsse also tatsächlich in das Vermögen des Steuerpflichtigen übergegangen sein und der Steuerpflichtige müsse tatsächlich über die Einnahme frei verfügen können (Hinweis auf Doralt, EStG 10. Auflage, 19 Tz 8). Während die subjektive Kenntnis über die Verfügungsmöglichkeit und die Fälligkeit einer Forderung für die Annahme eines Zuflusses nicht maßgeblich sei, sei **entscheidend, ob die Verfügungsmöglichkeit objektiv und tatsächlich besteht** (Hinweis auf Taucher, Zu- und Abflussprinzip, 20; VwGH 07.12.1982, 82/14/0088).

Der Zeitpunkt der Einnahme beim Empfänger und der Zeitpunkt der Ausgabe beim Leistenden stehen in einer zeitlichen Wechselbeziehung (Hinweis auf VwGH 05.10.1988, 84/13/0044). Die zeitliche Zuordnung von Einnahmen und Ausgaben sei also der gestalt verknüpft, dass der Zeitpunkt des Zufließens von Einnahmen beim Empfänger grundsätzlich ident sei mit dem Zeitpunkt, zu dem die entsprechende Ausgabe vom Leistenden erbracht werde. Diese Wechselwirkung werde ua nur dann unterbrochen, wenn der Wechsel der Verfügungsmacht noch an **bestimmte Bedingungen** geknüpft sei oder zu seiner Durchführung eines Zeitraumes bedarf (z.B. bei Banküberweisungen oder bei Fremdgeldern auf Treuhandkonten eines Rechtsanwaltes oder Notars, deren Weitergabe von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig ist).

Die vorstehenden Ausführungen zu den maßgeblichen Kriterien für die Annahme des Zuflusszeitpunktes gelten grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich bei den Einnahmen um Geld oder um Sachbezüge bzw. geldwerte Vorteile (Vorteile, die einem Steuerpflichtigen anstelle von Geld, aber mit Geldeswert eingeräumt werden) handelt.

Wie in der Begründung des Einkommensteuerbescheides bereits ausgeführt, sei bei Sachbezügen dann von einer Vereinnahmung bzw. einem Zufluss auszugehen, wenn der Steuerpflichtige **wirtschaftlicher** Eigentümer wird.

Nach RZ 216f LStR sei bei Mitarbeiterbeteiligungen entscheidend, wann der Arbeitnehmer wirtschaftlicher Eigentümer der Mitarbeiterbeteiligung wird. Diesbezüglich werde unterschieden:

Keine Übertragung liege vor, wenn der Arbeitnehmer über die Beteiligung nicht frei verfügen kann oder ein Verkauf oder die Weitergabe an Dritte durch Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber auf Dauer eingeschränkt wird oder dem Arbeitnehmer wirtschaftlich gesehen nur ein Verfügen über die Erträge aus der Beteiligung für eine bestimmte Zeit (z.B. während der Dauer des Dienstverhältnisses) eingeräumt wird. Der Arbeitnehmer werde daher nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Beteiligung, wenn z.B. dem Arbeitgeber ein Rückkaufsrecht zu einem von vornherein vereinbarten Preis eingeräumt wird. Sei der Arbeitnehmer wirtschaftlich betrachtet nicht Eigentümer der Beteiligung, seien die Erträge aus der Beteiligung als Ausfluss aus dem Dienstverhältnis als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit zu erfassen.

Demgegenüber spreche ein Vorkaufsrecht des Arbeitgebers zum Marktpreis oder eine bestimmte Sperrfrist (bis zu fünf Jahren) hinsichtlich einer Verwertung der Beteiligung für sich allein nicht gegen ein wirtschaftliches Eigentum des Arbeitnehmers.

Bei einer Beschränkung der wirtschaftlichen Verfügungsmöglichkeit (z.B. bei nicht handelbaren Optionen) ist **für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums und den Zuflusszeitpunkt entscheidend, wie weitgehend die Verfügungsbeschränkungen sind**. Die bloße Einräumung eines Optionsrechtes an einen Mitarbeiter, dass er zu einem späteren Zeitpunkt Aktien zu einem bestimmten Wert kaufen kann, führe grundsätzlich noch nicht zu einem Zufluss im Zeitpunkt der Optionseinräumung, wenn das eingeräumte Recht nur persönlich durch den Arbeitnehmer ausgeübt werden kann, nicht handelbar ist oder von einer aufschiebenden Bedingung abhängt (Hinweis auf VwGH 15.12.2009, 2006/13/1036). In diesem Fall liege mangels einer uneingeschränkten Verfügbarkeit kein Wirtschaftsgut im Zeitpunkt der Einräumung der Option vor (Hinweis auf UFS 25.02.2005, RV/081-W/04; UFS 09.03.2009, RV/0422-S/06).

Ausgehend von der Definition des wirtschaftlichen Eigentums iSd § 24 Abs. 1 lit. d BAO, wonach Wirtschaftsgüter, über die jemand die Herrschaft gleich einem Eigentümer ausübt, auch diesem zugerechnet werden, sei idR dem zivilrechtlichen Eigentümer eines Wirtschaftsgutes dieses auch steuerlich zuzurechnen. Ein Auseinanderfallen von zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum sei aber lt. ständiger Rechtsprechung des VwGH dann anzunehmen, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die positiven Befugnisse, die Ausdruck des zivilrechtlichen Eigentums sind, nämlich Gebrauch, Verbrauch, Veränderung, Belastung, Veräußerung auszuüben in der Lage ist, und wenn er zugleich den negativen Inhalt des Eigentumsrechtes, nämlich den Ausschluss Dritter von der Einwirkung auf die Sache auch gegenüber dem Eigentümer auf Dauer, dh auf die Dauer der voraussichtlichen wirtschaftlichen Nutzung, geltend machen kann.

Weiters wies der Bf auf das Erkenntnis des VwGH 22.09.1992, 92/14/0083, hin, wonach eine Nachsicht aufgrund sachlicher Unbilligkeit geboten sein könne, wenn sich aus dem Zu- und Abflussprinzip (insbesondere im Hinblick auf den fehlenden Verlustvortrag) anormale Belastungswirkungen und atypische Vermögenseingriffe ergeben, die der Steuerpflichtige praktisch nicht beeinflussen habe können.

Steuerliche Würdigung des Sachverhaltes

Nach eingehender Prüfung des vorliegenden Sachverhaltes sei unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Judikatur aufgrund nachstehender Tatsachen als maßgebender Stichtag für den Zufluss des nicht in bar zu begleichenden Kaufpreisteiles nicht der Tag des Closings (5. September 2008), sondern der Tag der Einbuchung der Aktien auf dem Wertpapierdepot des Bf (27. Oktober 2008) heranzuziehen. Als Folge daraus sei für die Ermittlung des Veräußerungsgewinnes nicht der Börsenkurs zum 5. September 2008, sondern der Börsenkurs zum 27. Oktober 2008 zu berücksichtigen.

Der Anteilskauf- und Abtretungsvertrag habe in Pkt. 4.2 zwar die Zuteilung und Übertragung der neuen Aktien am Tag des Closings durch Übergabe entsprechender Zwischenscheine vorgesehen, im Detail sei ergänzend im Pkt. 8.12.1 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages aber darauf verwiesen worden, dass die **Zuteilung und Übertragung der Aktien wie im Sacheinlagevertrag definiert** zu erfolgen habe. Der Sacheinlage- und Einbringungsvertrag regle in Pkt. 4.1 als Gegenleistung für die Sacheinlage, dass neue Aktien dieser AG an jeden einzelnen der (die noch nicht fällige Forderung) Übertragenden auf gesondert bekanntzugebende Wertpapierdepots zu übertragen seien. Bei einer detaillierten Durchsicht des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages und der näheren Regelungen des Sacheinlage- und Einbringungsvertrages ergebe sich folglich, dass die **Begleichung der Schuld aus dem betreffenden Kaufpreisteil erst mit der Einbuchung der Aktien auf den Wertpapierdepots** erfolgt sei.

Für die Verkäufer der Geschäftsanteile an der GmbH dienten die **ausgegebenen Zwischenscheine** bloß als Sicherstellung für die zu gewährenden Aktien. Dies sei auch dem Anteilskauf- und Abtretungsvertrag eindeutig zu entnehmen, weil in Pkt. 4.2. letzter Absatz die **unverzügliche Einbuchung der Aktien gegen Rückgabe der Zwischenscheine** auf von den Verkäufern bekanntzugebenden Wertpapierkonten vereinbart gewesen sei. Es sei dabei sogar vereinbart worden, dass die Erfüllung der Verpflichtung zur Einbuchung der Aktien auf Wertpapierkonten auch mit anderen Aktien dieser AG („alte“ zum Börsenhandel zugelassene Aktien sonstiger Aktionäre dieser AG) erfolgen könne.

Nach den vorliegenden Verträgen ergebe sich zweifelsfrei, dass die Veräußerer stets davon ausgegangen seien, dass die betreffende Kaufpreisschuld erst mit der Einbuchung zum Börsenhandel zugelassener Aktien dieser AG und nicht mit Zwischenscheinen aus der Kapitalerhöhung beglichen seien. Zwischenscheine verbrieften nach den aktienrechtlichen Vorschriften zwar bereits Mitgliedschaftsrechte an einer AG, die gegenständlichen Zwischenscheine, die an die Veräußerer im Zuge des Closings übertragen wurden, seien aber **nicht handelbar** gewesen.

Aus den vertraglichen Vereinbarungen in Pkt. 4.2 des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages seien die Verkäufer de facto zur Rückgabe der Zwischenscheine bei Einbuchung der Aktien auf ihren Wertpapierdepots an die AG verpflichtet gewesen, wodurch eine Veräußerung der Zwischenscheine ausgeschlossen gewesen sei. Diese Bindung an

die vertraglichen Vereinbarungen sei eine wesentlich weitergehende **Einschränkung der Verfügungsmacht** als eine bloß befristete Sperrfrist, da eine Übertragung der Zwischenscheine an Dritte nicht nur zeitlich befristet sondern gar nicht möglich gewesen sei. Wären – so wie lt. Pkt. 8.13. des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages vereinbart – bis 30. Oktober 2008 nicht sämtliche für die Vertragsabwicklung vorgesehenen Handlungen, nämlich auch die Einbuchung der Aktien auf den Wertpapierdepots, durchgeführt worden, wäre ein Rücktritt vom Vertrag möglich gewesen. Damit sei eine Übertragung der Zwischenscheine praktisch ausgeschlossen gewesen.

Auf den an die Veräußerer übertragenen **Zwischenscheinen seien Aktiennummern angeführt** gewesen, die **nicht handelbar** gewesen und die auch nicht an die Veräußerer übertragen worden seien. Bis zum vereinbarten Endtermin 30. Oktober 2010 seien die **neuen Aktien nicht zum Handel an der Wiener Börse zugelassen** gewesen. Aus diesem Grund sei die Einbuchung auf den Wertpapierdepots der Veräußerer mit bestehenden Aktien der VermögensverwaltungsgmbH erfolgt.

Als Nachweis hierüber werde ein Auszug aus der Veröffentlichung der Director's Dealings 2008 der Österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA) übermittelt.

Dem weiters beiliegenden Auszug aus dem Lagebericht vom 3. September 2009 des veröffentlichten Jahresabschlusses 2008 der AG in der Berichterstattung gem. § 243 UGB sei zu entnehmen, dass zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2008 die aus der gegenständlichen Kapitalerhöhung der AG stammenden 600.000 jungen Aktien nicht zum Handel zugelassen waren; die Zulassung zum Handel sei lt. Lagebericht bis zum 3. September 2009 nach wie vor nicht gegeben gewesen.

Von einem Kaufpreiszufluss zum 5. September 2008 könne daher nicht ausgegangen werden. Würde man allerdings unterstellen, dass mit diesem Tag tatsächlich der Zuflusszeitpunkt anzunehmen wäre, so könnte der **Börsekurs zum 5. September 2008 nicht als Wert der übertragenen Zwischenscheine** herangezogen werden.

Grundsätzlich sei für die Ermittlung des geldwerten Vorteiles von zum Börsehandel zugelassenen Beteiligungen zwar der Börsekurs am Tag der Übertragung der Beteiligung heranzuziehen; handle es sich aber um nicht zum Börsenhandel zugelassene Beteiligungen, sei der gemeine Wert zu ermitteln., wobei im Regelfall das Wiener Verfahren zur Anwendung komme (Hinweis auf RZ 218 LStR).

Im gegenständlichen Fall sei den Zwischenscheinen eindeutig nicht die Eigenschaft von zum Börsenhandel zugelassenen Beteiligungen zugekommen, sodass der **Börsenkurs zum 5. September 2008 selbst bei Annahme des Zuflusses an diesem Stichtag keinen tauglichen Wert** für die Ermittlung des Veräußerungsgewinnes darstelle.

Überdies wären bei einer Bewertung des gemeinen Wertes der Zwischenscheine nach dem Wiener Verfahren, die wohl zum nächstgelegenen Stichtag 31. Dezember 2008 durchzuführen wäre, die vorstehend näher beschriebenen Verfügungsbeschränkungen und die wirtschaftliche Entwicklung der AG zu berücksichtigen.

Zusammenfassend werde daran festgehalten, dass der vereinbarte nicht bar zu begleichende Kaufpreisteil erst zum Stichtag 27. Oktober 2008 mit Einbuchung der Aktien

der AG auf dem Wertpapierdepot des Bf zum Börsenkurs iHv 1,53 € pro Stückaktie zugeflossen sei, weil bis zu diesem Zeitpunkt

- keine vereinbarungsgemäße Begleichung der Kaufpreisschuld mit Aktien dieser AG erfolgt sei und
- keine völlige Verfügungsmacht über die mit dem Closing übertragenen Zwischenscheine vorgelegen sei und der Bf somit nicht wirtschaftlicher Eigentümer von Aktien dieser AG gewesen sei.

Darüber hinaus stelle der Börsenkurs zum 5. September 2008 keinen tauglichen Wert für die Bewertung der nicht handelbaren Zwischenscheine dar.

Aus dem der Berufung angeschlossenen **Auszug aus der Veröffentlichung der Director's Dealings 2008 der Österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA)** ist ersichtlich, dass der Vorstand der genannten AG am 27. Oktober 2008 von der VermögensverwaltungsgmbH 600.000 zum Handel zugelassene Stammaktien durch Tausch gegen noch nicht zum Handel zugelassene durch Zwischenscheine verbrieftete Stückaktien erworben hat.

Dem Berufung ebenfalls angeschlossenen **Auszug aus dem Lagebericht vom 3. September 2009 des veröffentlichten Jahresabschlusses 2008** der AG in der Berichterstattung gem. § 243 UGB ist zu entnehmen, dass zum Bilanzstichtag 31. Dezember 2008 die aus der gegenständlichen Kapitalerhöhung der AG stammenden 600.000 jungen Aktien noch nicht zum Handel zugelassen waren; die Zulassung zum Handel sei lt. Lagebericht bis zum 3. September 2009 nach wie vor nicht gegeben gewesen.

Die seinerzeitige Berufungsbehörde (UFS) übermittelte den beiden Parteien des Verfahrens mit der Ladung zum Erörterungsgespräch nachweislich am 20. Jänner 2014 folgende drei **Auskunftsersuchen** samt der jeweiligen **Antwort**:

Auskunftsersuchen an	Antwortschreiben vom
T - AG 28.07.2011	16.08.2014 samt Beilagen
Wiener Börse AG 28.07.2014	05.08.2014 samt Beilagen
BMF 28.07.2014	04.08.2014

Am **27. Februar 2014** fand ein **Erörterungsgespräch** des Richters mit den beiden Parteien des Verfahrens fem. § 269 Abs. 3 BAO statt, dessen Niederschrift dem Finanzamt am 17. und der Vertreterin des Bf am 20. März 2014 nachweislich zugestellt wurde:

Richter:

Der Bf hat seine Beteiligung an der GmbH gegen einen Baranteil, einen variablen Anteil sowie neue Aktien der AG veräußert und daraus Einkünfte aus Beteiligungsveräußerung nach § 31 EStG 1988 erzielt. Strittig ist im gegenständlichen Fall, wann und in welcher

Höhe der Zufluss betreffend die Beteiligung an der AG an den Bf erfolgt ist. Bisher wird diesbezüglich von den beiden Parteien Folgendes vertreten:

Finanzamt: **Zufluss durch Ausfolgung der Zwischenscheine** iSd § 8 Abs. 6 AktG am **5. Sept. 2008, Bewertung** mit dem **Börsenkurs** von **2,71 €** pro Aktie an diesem Tag.

Bf: **Zufluss** erst bei Einbuchung der **Aktien** auf seinem Wertpapierdepot am **27. Okt. 2008**
Bewertung mit dem **Börsenkurs** von **1,53 €** pro Aktie an diesem Tag

Seitens des Bf wird jedenfalls die Richtigkeit der Bewertung der Zwischenscheine mit dem Börsenkurs der Aktie bestritten und die Ermittlung des gemeinen Werts nach dem Wiener Verfahren gefordert. Dies scheint dem Gericht deshalb nicht praktikabel, weil die AG eine Holding mit vielen Beteiligungen ist.

In Anbetracht der unterschiedlichen Wertansätze weise ich die Parteien auf die Möglichkeit der gütlichen Streitbeilegung gemäß § 300 BAO hin. Eine wechselseitige Annäherung bei Bewertung der Zwischenscheine würde dies ermöglichen.

Vertreterin des FA:

Für mich war, muss ich gestehen, unstrittig, dass der Zuflusszeitpunkt jetzt bei Erlangen der Zwischenscheine ist, weil der Wert der Zwischenscheine heute Gegenstand der Erörterung ist. Ich bin sowieso davon ausgegangen, dass das vom BFG vielleicht unstrittig ist und es nur mehr um die Wertermittlung geht, welchen Wert die Zwischenscheine haben. Ich habe mich bei den Zwischenscheinen schlau gemacht und habe noch ein bisschen mit meinen Kontaktpersonen gesprochen. Wir haben nach wie vor bei diesen Zwischenscheinen das verbrieft Recht auf eine Aktie. Ich kann einstweilen nichts anderes als bisher sagen, dass dieser Zwischenschein das Recht auf diese verbrieft Aktie ist, die als Wert den Börsenwert hat. Auch wenn diese Aktie oder diese Zwischenscheine noch nicht handelbar waren, hat man trotzdem das Eigentum an einer Beteiligung erworben und diese Beteiligung misst sich am Börsenwert. Das BMF hat ua. auch noch mitgeteilt, was der Wert der Zwischenscheine ist. Nachdem die Zwischenscheine der Ausgabe von Aktien vorgelagert sind, sind sie grundsätzlich nach den gleichen Prinzipien wie die Aktien zu bewerten und das ist eben der Wert aus dem Börsenpreis. Entweder der Börsenwert oder der Wert aus dem Bezugspreis. Meiner Ansicht nach, kommen wir nicht darum herum, zu sagen: "Der Zwischenschein verkörpert die Aktie." Es ist das verbrieft Recht, ob handelbar oder nicht, wir müssen vom Börsenwert ausgehen. Ich habe mir das auch mit dem Indossament angesehen. Zwischenscheine werden mit Indossament übertragen, was eigentlich immer üblich ist. Sprich Zwischenscheine sind diese Orderpapiere, die auf einen Namen lauten müssen. Das bedeutet, dass alle Rechte aus dem Papier übertragen werden. Ich sehe noch nicht den Grund, was jetzt anders ist, wenn man die Aktie selber überträgt oder ob man den Zwischenschein mit Indossament überträgt, dessen Wesen es ist, dass sich der Wert hier anders zusammensetzen soll. Aber vielleicht können wir das noch ein bisschen erörtern.

Vertreter des Bf:

Die grundsätzlichen Ausführungen zu den Zwischenscheinen usw. entsprechend § 8 AktG sind ja soweit zutreffend. Nur in unserem Fall gibt es doch einige Besonderheiten zum Thema "Ist mit Zuteilung dieser Zwischenscheine bereits entsprechend der Anspruch, die Erfüllung des Kaufvertrages und damit entsprechend der Zufluss des Beteiligungsabganges nach § 31 EStG gegeben." Das ist irgendwo unser Zugang, den wir auch in der "Berufungsschrift" dargelegt haben, die Abwicklung dieses Verkaufsvorganges, den ich auch mitbegleiten durfte und darum weiß ich das relativ gut. Das umfangreiche Vertragswerk liegt ja vor und war durchaus komplex ua., weil es um eine börsennotierte Aktiengesellschaft usw. als Erwerber gegangen ist. Darum wurden auch diese einzelnen Schritte mit Abschluss des Kaufvertrages, Pre-Closing-Bedingungen usw. entsprechend gewählt. Hier ist sowohl im Punkt 4.2. als auch in den Pre-Closing-Bedingungen 8.13 ein Anknüpfungspunkt, wo wir sagen: Der tatsächliche Zufluss ist in diesem Fall konkret unabhängig davon, ob nicht mit der Zuteilung von Zwischenscheinen bereits der Zufluss nach § 19 anzusehen wäre, jedenfalls erst mit Zuteilung der Aktien gegeben. Wobei es noch eine Besonderheit gibt, weil nicht die ursprünglich vorgesehenen Aktien zugeteilt wurden, sondern anstelle dessen hier Papiere eines Kernaktionäres ausgefolgt wurden. Wir haben es an mehreren Stellen angeführt:

Es wurde festgelegt, dass diese Zwischenscheine de facto ja nur als quasi Sicherstellung für die vorgesehene Übertragung der Aktien der AG gegen Übergabe genau dieser Zwischenscheine zu erfolgen hat. Es war immer im Sacheinlagevertrag Punkt 4.2. vorgesehen, dass es zu einer Zuteilung und Übertragung der Aktien kommen wird und erfolgen soll. Das heißt, diese Zwischenscheine waren in dem Fall tatsächlich nur eine reine vorgelagerte Sicherstellung, die auch dann vertraglich definiert Zug um Zug wieder zurückgegeben werden mussten. Schon rein aus dem Gesichtspunkt heraus, habe ich eine absolute Verfügungsbeschränkung gegen die auszufolgenden Aktien der T. Ich weiß das auch noch sehr gut, dass es ein Megastress war, weil diese ursprünglich vorgesehenen jungen Aktien noch nicht zum Handel zugelassen waren und die kaufvertraglichen Bedingungen vorgesehen hatten, wenn es nicht zur Zuteilung von Aktien und an der Börse zugelassenen handelbaren Aktien kommt, der Verkäufer sofort die Möglichkeit hat, schriftlich wieder vom Vertrag zurückzutreten. Das ist wieder ein Indiz dafür, dass diese kaufvertragliche Bestimmung, wir haben einen fixen und einen variablen Kaufpreis und eben diesen fixen Kaufpreis - wieder in einen Barkaufpreis und in diese jungen Aktien geteilt.

Der Kaufvertrag war erst mit Zuteilung dieser jungen Aktien erfüllt, wo es vorgelagert die Zwischenscheine gab. Dass dieser Wertverfall so exorbitant zwischen den einzelnen Monaten war, ist ein Sonderfall, der einfach genau in dieser Periode liegt, die dafür verantwortlich ist, warum diese Dinge überhaupt so gelaufen sind, wie sie gelaufen sind. Unter anderem auch diese jungen Aktien, die bekanntlich erst ein Jahr später zum Handel zugelassen wurden. Das heißt, der Kaufvertrag war erst durch Begleichung der Schuld mit Einbuchung der Aktien aus dem Wertpapierdepot erfüllt. Das hatte zur kaufvertraglichen Bedingung, dass Zug um Zug die ausgegebenen Zwischenscheine wieder zurückgestellt werden müssen. Das wäre in der Zeit gar nicht möglich gewesen und das ist mehr

als eine bloße Verfügungsbeschränkung, sondern eine absolute Beschränkung in den Eigentumsrechten dieser Zwischenscheine hier irgendwelche wirtschaftlichen Gestionierungen diesbezüglich zu treffen. Das war unser Zugang, warum wir ua. gesagt haben: Es kann fraglich aber auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur dieser Zeitpunkt entsprechend relevant sein, um von einem Zufluss nach einkommensteuerlichen Grundsätzen beim Verkäufer zu sprechen. Alles andere wäre, aus meiner Sicht, zusätzlich ein vollkommen unbilliges Ergebnis. Wie gesagt, diese Ausfolgung dieser Zwischenscheine war de facto letztendlich alleinige Absicherung. Wie wesentlich diese Absicherung zum Zustandekommen des ganzen Vertrages war, haben wir auch gesehen, weil eben dann Aktien des Kernaktionärs zugeteilt wurden, was in den Unterlagen belegt ist.

Zum Wert der Zwischenscheine habe ich schon noch eine Anmerkung: Es ist auch in den Anfragebeantwortungen der Wiener Börse tatsächlich de facto zweifelsfrei dargelegt, dass diese Zwischenscheine nicht handelbar sind. Die Frage ist jetzt: Beizulegender Wert? Ein außerbörslicher Handel wäre in eventu möglich gewesen, weil (laut meiner Recherche) diese Zwischenscheine mit diesen Beschränkungen versehen waren und damit auch ein OPC-Verkauf de facto ausgeschlossen gewesen wäre. De facto geht es um den beizulegenden Wert im Sinne von Vermögenszuwachs. Die Auskunft des BMF ist in dem Zusammenhang, meines Erachtens, schon durchaus relevant wie zB Stellung nehmen hinsichtlich einer Lombardierung - wieder irgendwo beizulegender Wert dieser Papiere und hier ausführen, dass die Obergrenze bei börsennotierten Aktien solider Unternehmen bei rund 55 % liegt. Ein Wert, bei dem ich sogar unter diese 1,53 € pro Aktie kommen würde, wenn ich diesen ansetze. Was war denn der beizulegende Wert? Ein Börsenkurs kann es nicht sein, weil es keinen Handel für diese Zwischenscheine gab und einen wirtschaftlichen Zufluss hatte ich zu diesem Kurs nicht, allenfalls Belehnung - wobei, schon in eventu - aus meiner Sicht, nein, weil entsprechend vertraglich de facto eigentlich zivilrechtlich gar nicht möglich gewesen. Weil das ein Vertragsbruch gewesen wäre, diese Zwischenscheine irgendwo anderweitig zu verwenden. Es war ganz klar, dass die Vertragsurkunden nur hier zur Sicherstellung dienen, um gegen die zur Börse zugelassenen handelbaren Aktien ausgegeben zu werden. Wenn ich sage, ich gehe auf diese Belehnungsgrenze hin und trotzdem diesen Gedanken des gemeinen Wertes weiterführe, bin ich im Wert sogar noch unter 1,50. Aus dem Grund halten wir aufgrund der vorliegenden vertraglichen Bedingungen, aber auch der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und aufgrund der Billigkeit des Ergebnisses im Sinne des Zuflussgedankens den Wert zum Zeitpunkt der Zuzählung der tatsächlich handelbaren Aktien als den einzigen richtigen in diesem Zusammenhang.

Vertreterin des FA:

Beim Zufluss sind wir unterschiedlicher Meinung. Wir werden auch bei dem Wert wahrscheinlich unterschiedlicher Meinung bleiben. Man muss darauf achten, auch noch nicht zum Börsenhandel zugelassene Aktien haben sich grundsätzlich doch am Börsenwert zu orientieren, weil das Eigentum an der Beteiligung an sich ja an der Börse zugelassen ist und man hat nur speziell den Zwischenschein. Durch diese Indossamente,

das ist richtig, ist die Verkehrsfähigkeit vielleicht ein bisschen eingeschränkt. Aber die Frage ist, ob es das rechtfertigt, dass man einen geringeren Wert nimmt und welchen Wert? Ich habe noch erforschen können, dass, wenn man Aktien in so einem großen Paket verkauft, es noch einen Paketzuschlag gibt. Also stellt sich die Frage, wie sich hier der Wert erhöht? Es ist richtig, dass diese Zwischenscheine, diese Aktien, damals noch nicht handelbar bei der Börse waren und dass sie dann mit dem sich verpflichtenden Aktionär am 27.10.2008 Zug um Zug getauscht worden sind. Der Aktionär hat 600.000 nicht handelbaren Aktien in Form von Zwischenscheinen genommen und hat 600.000 von ihm bereits handelbare genommen. Wie sieht es denn dann hier mit dem Wert aus? Man hätte ja dann eine Wertungleichheit. Ein Tausch indiziert auch immer, wenn man keine Ausgleichszahlungen hat, dass die Werte gleich sind. Dann hätte der Aktionär, der sich verpflichtet hätte, eigentlich Aktien getauscht (wenn man jetzt Ihren Auslegungen folgen würde) die weniger Wert haben. Das irritiert mich ein bisschen.

Vertreter des Bf:

Diesen Gedankengang kann ich aus diesem Grund nicht ganz nachvollziehen, weil dieses Indossament, die Übertragung dieser Zwischenscheine mittels Indossaments nach meinem Kenntnisstand ua. aus dem Grund wesentlich und wichtig war, weil es ja nicht zum Kaufvertraglich vorgesehenen und immer letztendlich beabsichtigten Austausch dieser Zwischenscheine durch die jungen Aktien der AG gekommen ist, sondern entsprechend durch Ersatzbefriedigung, die auch hauptvertraglich durch bereits zum Handel zugelassene Aktien der AG vorgesehen war. Das heißt, der Kernaktionär musste damit rechtsgültig im Eigentum dieser Zwischenscheine sein, um in seinem Eigentum nicht geschmälert zu werden. Darum möchte ich entgegnen: Zu dem Zeitpunkt, zu dem er seine Aktien bereits handelbarer Natur hingegeben hat und diese Zwischenscheine mittels Indossament – ein Indossament aus dem Grund, weil genau diese Art der Abwicklung die Übertragung durch Indossament erfordert hat – der reine Austausch, der vorgesehen gewesen wäre, hätte ja kein Indossament bedurft, sondern es wäre ein reines Einziehen der Zwischenscheine gegen Ausgabe der Aktien nach dem Aktiengesetz gewesen. Dieser Umweg über die VermögensverwaltungsgmbH erforderte als Modus der Übertragung dieses Indossament. Es gab hier eine Auskunft sowohl von der AG als auch von Herrn Kern, von der Börsen AG, warum und wieso sich das so verzögert hat. Man sieht es auch in der Sitzung vom 27.10.2008, wo man sehr wohl 1:1 den gleichen Wert, nicht für den Bf und für die mitverkaufenden Gesellschafter der GmbH dargestellt hat, sondern für den Kernaktionär. Alles andere wäre ja, aus meiner Sicht, auch nicht schlüssig, oder?

Vertreterin des FA:

Wie gesagt, immer Ausgangspunkt "Zuflusszeitpunkt Zwischenscheine". Da habe ich dann wahrscheinlich das Indossament-Problem auch gar nicht, weil sich das Problem erst stellt, wenn die Zwischenscheine an den Aktionär übergeben werden, mit dem man austauscht. Wenn jetzt nur eventuell das Indossament, welches den Wert schmälern sollte Das ist für mich irgendwie eigenartig, dass für diesen Aktionär hier auf einmal die Schmälerung

keine Rolle spielen soll. Dann bekommt er 600.000, welche durch Indossament vielleicht ein bisschen weniger sind, wie wir es jetzt möchten.

Vertreter des Bf:

Das war Herr Kern, einer der Kernaktionäre, wie aus den Unterlagen ersichtlich. Für den Kernaktionär ist es um mehr gegangen. Ich würde sogar sagen, dass für ihn diese Zwischenscheine vielleicht sogar mehr wert waren, weil man als Kernaktionär andere Zukunftsaussichten hat, als wie der Bf. Diese Hereinnahme, dieser Tausch dieser Zwischenscheine mit eigenen Aktien war das einzig taugliche Mittel, um hier entsprechend kaufvertraglich diesen Kaufvertrag rechtsgültig noch de facto in endgültige Geltung zu bringen. Zu dem Zeitpunkt war der Kaufvertrag erfüllt. Das ist, glaube ich, relevant und unterscheidet das Thema ein bisschen von der reinen abstrakten Beurteilung, wie ein Zwischenschein zu sehen ist. Weil im Kaufvertrag steht Folgendes: "Es hat die Begleichung der Schuld erst mit Einbuchung der Aktien der AG auf dem Wertpapierdepot zu erfolgen. Diese Kaufpreisschuld ist erst dann erfüllt und nicht mit Ausgabe der Zwischenscheine." Das denke ich, ist jetzt noch zusätzlich im Detail, also quasi wie lex specialis hier schon relevant zum Thema "Wie ist per se die Ausgabe von Zwischenscheinen zu beurteilen."

Vertreterin des FA:

Hier bin ich auf jeden Fall an meine Auskunft gebunden. Wie gesagt, habe ich das alles durchbesprechen lassen. Es ist zu der Entscheidung gekommen, dass nicht mit Einbuchung auf den Wertpapierkonten, sondern der Zufluss bereits mit Übergabe der Zwischenscheine am 5.9.2008 stattgefunden hat. Das steht in der Bescheidbegründung.

Vertreter des Bf:

Auf die wir de facto in unserer "Berufungsschrift" reagiert haben. In der Bescheidbegründung wird abstrakt ausgeführt, worum es sich bei Zwischenscheinen usw. handelt und natürlich, dass hier der volle Umfang der Aktienrechte bereits verkörpert wird. Wobei ich denke sehr wohl und darauf wird hier de facto, aus meiner Sicht, wenig bis gar nicht eingegangen: Es gibt nicht nur hier ein Auseinanderklaffen vom zivilrechtlichen Eigentum und wirtschaftlichem Zufluss. Sogar das zivilrechtliche Eigentum möchte ich jetzt noch aufteilen, indem ich sage: "Aufgrund der Regelungen im Kaufvertrag haben wir hier noch nicht die Erfüllung der Kaufpreisforderung, sondern erst aufgrund der Formulierung im Kaufvertrag, verknüpft mit der Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten bei Zuzählung dieser Aktien auf die jeweiligen Wertpapierdepots, wo auch die Depotnummern usw., diese technischen Daten der Verkäufer, Vertragsbestandteil sind." Das heißt, das war aus meiner Sicht de facto schon vertraglich ganz klar so geregelt, dass es erst zu diesem Zeitpunkt zu einer Erfüllung des Kaufvertrages kam, Leistung und Gegenleistung. Die Leistung war in dem Fall beim Bf die Zuzählung von 30.000 Anteilen zu einem Wert von 1,53 auf das Depot. Dass die Aktien in relativ schneller Zeit noch deutlich an Wert verloren haben, hat damit nichts zu tun. Aber natürlich jetzt in Summe schon darum, aus meiner Sicht, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtslage

Zu den sonstigen Einkünften gehören gemäß **§ 31 Abs. 1** Einkommensteuergesetz 1988, BGBI. Nr. 400/1988, in der 2008 geltenden Fassung BGBI. I Nr. 2/2001 (**EStG 1988**), Einkünfte aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens einem Prozent beteiligt war. Eine solche Beteiligung liegt auch dann vor, wenn der Veräußerer mittelbar, zum Beispiel durch Treuhänder oder durch eine Körperschaft beteiligt war. Hat der Veräußerer Anteile unentgeltlich erworben, tritt die Steuerpflicht auch dann ein, wenn der Veräußerer zwar nicht selbst, aber der Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens einem Prozent beteiligt war.

Gemäß **Abs. 3 TS 1** leg. cit. sind im Falle des Abs. 1 als Einkünfte der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös einerseits und den Anschaffungskosten sowie den Werbungskosten andererseits anzusetzen.

Gemäß Abs. 6 leg. cit. sind die Abs. 1 bis 5 nicht anzuwenden, soweit die veräußerte Beteiligung zu einem Betriebsvermögen gehört oder wenn es sich um ein Spekulationsgeschäft (§ 30) handelt.

Gemäß **§ 124b Z 57 EStG 1988** ist § 31 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. I Nr. 2/2001 auf Veräußerungsvorgänge nach dem 31. Dezember 2000 anzuwenden. Hat der Veräußerer oder bei unentgeltlichem Erwerb der Rechtsvorgänger die Anteile vor dem 1. Jänner 1998 angeschafft und war er nach dem 31. Dezember 1997 bis zum 31. Dezember 2000 zu nicht mehr als 10% beteiligt, kann an Stelle der Anschaffungskosten der gemeine Wert der Anteile zum 1. Jänner 2001 angesetzt werden.

Der Bf hat sich 1994 an der gegenständlichen GmbH beteiligt und vom genannten Jahr bis zur Veräußerung im Jahr 2008 eine Beteiligung von 5% und sohin von mehr als 1% und weniger als 10% gehalten. Dies ist im gegenständlichen Fall ebenso unstrittig wie das grundsätzliche Vorliegen sonstiger Einkünfte iSd § 31 Abs. 1 EStG 1988 aus der Veräußerung dieser Beteiligung im Jahr 2008. Da der Bf diese Beteiligung vor dem 1. Jänner 1998 (1994) angeschafft und im Beobachtungszeitraum bis 31. Dezember 2000 ständig mit 5% beteiligt war, wurde im bekämpften Bescheid zu Recht gemäß § 124b Z 57 EStG 1988 als Anschaffungskosten der gemeine Wert zum 1. Jänner 2001 angesetzt.

Die erklärten Werbungskosten für Steuerberatung (3.000,00 €) und Rechtsberatung (5.186,40 €) sind ebensowenig strittig wie die fixen (479.678,08 €) und variablen (45.522,73 €) Anteile des Verkaufspreises.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, wann und in welcher Höhe der Zufluss betreffend die dritte Kaufpreiskomponente - nämlich die Beteiligung (30.000 Aktien) an der AG an den Bf erfolgt ist.

Dazu werden von den beiden Parteien auch nach Durchführung des Erörterungsgespräches am 27. Februar 2014 folgende gegensätzliche Standpunkte (pro Aktie) aufrechterhalten:

	Beschwerdeführer	Finanzamt
Zufluss	Einbuchung der Aktien auf Wertpapierdepot des Bf am 27. Oktober 2008	Ausfolgung der Zwischenscheine an Bf am 5. September 2008
Bewertung	Aktienkurs 27.10.2008 1,53 € pro Aktie	Aktienkurs 05.09.2008 2,71 € pro Aktie

Zuflusszeitpunkt

Gemäß **§ 19 Abs. 1 EStG 1988** sind Einnahmen in jenem Kalenderjahr bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind.

In der Berufung wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 07.12.1982, 82/14/0088; 17.10.1984, 82/13/0266; 22.02.1993, 92/15/0048; s.a. VwGH 29.04.2010, 2007/15/0293; 19.06.2002, 98/15/0142) der Zufluss von Einnahmen dann erfolgt, wenn der Empfänger über sie rechtlich und wirtschaftlich verfügen kann.

Gemäß **§ 8 Abs. 6 AktG**, BGBI. Nr. 98/1965 idF BGBI. I Nr. 125/1998, gelten die in Abs. 1 bis 5 normierten Vorschriften für Aktien auch für Anteilsscheine, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien erteilt werden (**Zwischenscheine**).

Gemäß § 10 Abs. 4 AktG müssen Zwischenscheine auf Namen lauten.

Gemäß **§ 61 Abs. 2 AktG** können Namensaktien durch Indossament übertragen werden, wobei für die Form des Indossaments, den Rechtsausweis des Inhabers und seine Verpflichtung zur Herausgabe Artikel 12, 13 und 16 des Wechselgesetzes 1955, BGBI. Nr. 49, sinngemäß gelten. Nach **Abs. 6** leg. cit. gilt dies sinngemäß für Zwischenscheine.

Die in einem auf Namen lautenden Anteilsschein verkörperte Mitgliedschaft kann nach herrschender Meinung nicht nur durch Indossament, sondern auch durch Abtretung (Zession) übertragen werden (Jabornegg - Geist in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 61 Rz 15f unter Hinweis auf § 61 Abs. 4 AktG:"Die Gesellschaft ist verpflichtet, die Reihe der Indossamente und der Abtretungserklärungen , aber nicht der Unterschriften zu prüfen.").

Im gegenständlichen Fall wurde der vom Vorstand der AG am 5. September 2008 auf den Namen des Bf ausgestellte Zwischenschein Nr. 6 unbestritten gemäß Closing Protokoll vom selben Tag dem Bf am 5. September 2008 ausgefolgt.

Vom Finanzamt wurde im Erörterungsgespräch am 27. Februar 2014 zutreffend darauf hingewiesen, dass der Bf diesen Zwischenschein durch Indossament am 27. Oktober 2008 an die Vermögensverwaltungs GmbH übertragen hat. Dies wird seitens des Bf nicht bestritten und steht auch im Einklang mit dessen Ausführungen in der Berufung vom 18. Februar 2011 (S 6 vorletzter Abs.) und der von der AG der schriftlichen Auskunft vom 16. August 2011 angeschlossenen Beilage E.

Es ist damit erwiesen, dass der Bf die durch § 61 Abs. 2 AktG rechtlich vorgesehene Möglichkeit der Übertragung des ihm am 5. September 2008 ausgefolgten Zwischenscheines am 27. Oktober 2008 tatsächlich genutzt und dadurch über den Zwischenschein verfügt hat.

Der Bf vermeint, dass er auf Grund der im gegenständlichen Fall bestehenden Vertragsbestimmungen vor dem 27. Oktober 2008 noch nicht über den Zwischenschein verfügen hätte können. Der Bf hat jedoch nicht behauptet, geschweige denn nachgewiesen, dass der gegenständliche Zwischenschein bis zum 27. Oktober 2008 von der AG verwahrt worden wäre und ein Syndikatsvertrag, der die Übertragung des Zwischenscheins durch den Bf an Dritte untersagt hätte, bestanden habe (vgl. VwGH 25.06.2009, 2009/16/009; und 05.04.2011, 2009/16/0008).

Der Bf hat dazu auf S 6 der Berufung vom 18. Februar 2011 **Pkt. 4.2 und Pkt. 8.13. des Anteilskauf- und Abtretungsvertrages** vom **12. Juni 2008** ins Treffen geführt und dies am 27. Februar 2014 im Erörterungsgespräch (Niederschrift S 3f) wiederholt:

Die Übergabe der Zwischenscheine habe nur der Sicherstellung der zu gewährenden Aktien gedient. Diese Zwischenscheine wären nämlich bei Ausfolgung der Aktien Zug um Zug zurück zu geben gewesen. Eine andere Verwendung der Zwischenscheine wäre deshalb ein Vertragsbruch gewesen. Waren - so wie in Pkt. 8.13 vereinbart – bis 30.10.2008 nicht sämtliche für die Vertragsabwicklung vorgesehenen Handlungen, nämlich auch die Einbuchung der Aktien auf den Wertpapierdepots, durchgeführt worden, wäre ein Rücktritt vom Vertrag möglich gewesen.

Den aus diesen Vertragsbestimmungen vom Bf gezogenen Schluss, die Zwischenscheine seien deshalb nicht handelbar und die Verfügungsmacht des Bf eingeschränkt gewesen, teilt das erkennende Gericht aus folgenden Gründen nicht:

Im letzten Satz des Abs. 3 von Pkt. 4.2 dieses Vertrages wird ausgeführt:

"Die Zuteilung und Übertragung der neuen Aktien an die Verkäufer und Fruchtgenussberechtigten hat am Tag des Closing durch Übergabe entsprechender Zwischenscheine zu erfolgen."

Die Übergabe der Zwischenscheine wird demnach bereits als Übertragung der neuen Aktien an die Verkäufer und somit auch an den Bf gesehen.

Im nächsten Absatz wird wie folgt fortgesetzt:

"Die AG verpflichtet sich und sichert zu, dass die gemäß dem vorstehenden Absatz an die Verkäufer und die Fruchtgenussberechtigten zu übertragenden und in Zwischenscheinen verbrieften Aktien unverzüglich gegen Rückgabe der Zwischenscheine auf von den

Verkäufern und Fruchtgenussberechtigten bekanntzugebenden Wertpapierkonten eingebucht und innerhalb einer Woche ab Einbuchung zum Handel im Prime Market der Wiener Börse zugelassen werden; ..."

In Pkt. 4.3 verpflichten sich Verkäufer und die Fruchtgenussberechtigten einerseits und die AG andererseits im Rahmen des Pre-Closings den Sacheinlagevertrag in Form gemäß Anlage 2.11 zu unterfertigen.

Aus den zitierten Vertragsbestimmungen ergeben sich das Recht der Verkäufer auf Erhalt der Aktien gegen Rückgabe der Zwischenscheine und ihre Verpflichtung zur Einbringung der Forderungskomponente des Verkaufspreises gegen neue Aktien in die AG.

Der Bf vermeint (Berufung S 5, letzter Abs.), der Verweis in **Pkt. 8.12.1 des Anteilstkauf- und Abtretungsvertrages** vom 12. Juni 2008, dass die Zuteilung und Übertragung der Aktien wie im **Sacheinlage- und Einbringungsvertrag** vom 18. August 2008 definiert und deshalb dessen **Pkt. 4.1** entsprechend zu erfolgen habe, könne seine Rechtsansicht tragen, weil die Begleichung der Schuld aus dem betreffenden Kaufpreisanteil erst mit der Einbuchung der Aktien erfolgt sei.

Dem ist Folgendes zu entgegnen:

Durch die Ausgabe der neuen Aktien a'1 € im Nominale von 600.000 € wurde das Kapital der AG von 14.993.556 € auf 15.593.556 € und damit um nur 4 % erhöht. Von diesen 600.000 Aktien entfallen nur 5% (30.000) auf den Bf.

In Ansehung dieser geringen Beteiligung an der AG interessiert es die Käufer ebenso wenig, was die Verkäufer mit den Aktien machen (diese behalten oder veräußern) wie, was die Verkäufer mit dem Baranteil machen. Dies gilt nach Ansicht des erkennenden Gerichts auch schon für die ausgegebenen Zwischenscheine.

In diesem Zusammenhang wird neuerlich darauf hingewiesen, dass seitens des Bf das Vorliegen eines Syndikatsvertrages, der eine Übertragung der Zwischenscheine durch den Bf untersagt hätte, nicht dargetan worden ist. Bei Übertragung der Zwischenscheine durch den Bf mittels Indossaments wären eben die Aktien nach Bekanntgabe eines Wertpapierkontos des nunmehrigen Gesellschafters gegen Rückgabe des indossierten Zwischenscheines eingebucht worden.

Das erkennende Gericht teilt daher im Ergebnis die Rechtsansicht des Finanzamtes, dass der Bf bereits ab Aushändigung der Zwischenscheine am 5. September 2008 über seine Beteiligung an der AG verfügen konnte.

Der Bf hat im gegenständlichen Fall seine ab 5. September 2008 bestehende Verfügungsmacht durch Übertragung der Zwischenscheine mit Indossament an die VermögensverwaltungsgmbH auch tatsächlich ausgeübt.

Der Zufluss der Beteiligung des Bf an der AG wurde deshalb im bekämpften Bescheid zu Recht mit 5. September 2008 angenommen.

Bewertung der Zwischenscheine

Strittig ist im gegenständlichen Fall auch der Wert des dem Bf am 5. September 2008 übergebenen Zwischenscheines.

Gemäß § 15 Abs. 1 EStG 1988 liegen Einnahmen vor, wenn dem Steuerpflichtigen Geld oder geldwerte Vorteile im Rahmen der Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 Z 4 bis 7 zufließen. Die Veräußerung von Wirtschaftsgütern führt nur dann zu Einnahmen, wenn dies ausdrücklich angeordnet ist.

Geldwerte Vorteile (Wohnung, Heizung, Beleuchtung, Kleidung, Kost, Waren, Überlassung von Kraftfahrzeugen zur Privatnutzung und sonstige Sachbezüge) sind nach Abs. 2 mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsortes anzusetzen.

Die dem Grunde nach unstrittigen Einkünfte aus Beteiligungsveräußerung nach § 31 EStG 1988 (s. o.) gehören gemäß § 29 Z 2 EStG 1988 zu den sonstigen Einkünften iSd § 2 Abs. 3 Z 7 EStG 1988.

Der mit der Überschrift "§ 13 Wertpapiere und Anteile" versehene § 13 Bewertungsgesetz 1955, BGBl. Nr. 148/1955 idF BGBl. Nr. 312/1987 (**BewG 1955**) lautet (Fettdruck durch das erkennende Gericht):

(1) **Wertpapiere, die im Inland einen Kurswert haben, sind mit dem Kurswert, Forderungen, die in das Schuldbuch einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eingetragen sind, mit dem Kurswert der entsprechenden Schuldverschreibungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft anzusetzen.**

(2) **Für Aktien, für Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und für Genussscheine ist, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert (§ 10) maßgebend. Lässt sich der gemeine Wert aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen. Dies gilt sinngemäß für Partizipationsscheine im Sinne des Kreditwesengesetzes, BGBl. Nr. 63/1979, in der jeweils geltenden Fassung, oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes, BGBl. Nr. 569/1978, in der jeweils geltenden Fassung. Der gemeine Wert von Genussscheinen gemäß § 6 des Beteiligungsfondsgesetzes ist, sofern er sich nicht aus Verkäufen ableiten lässt, mit 80 vH des Ausgabepreises anzunehmen.**

(3) **Ist der gemeine Wert einer Anzahl von Anteilen an einer Gesellschaft, die einer Person gehören, infolge besonderer Umstände (zum Beispiel weil die Höhe der Beteiligung die Beherrschung der Gesellschaft ermöglicht) höher als der Wert, der sich auf Grund der Kurswerte (Abs. 1) oder der gemeinen Werte (Abs. 2) für die einzelnen Anteile insgesamt ergibt, so ist der gemeine Wert der Beteiligung maßgebend.**

Der mit der Überschrift "§ 10 Bewertungsgrundsatz, gemeiner Wert" versehene § 10 BewG 1955 lautet (Fettdruck durch das erkennende Gericht):

(1) **Bei Bewertungen ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der gemeine Wert zugrunde zu legen.**

(2) **Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsgutes bei einer Veräußerung zu**

erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen.

(3) Als persönliche Verhältnisse sind auch Verfügungsbeschränkungen anzusehen, die in der Person des Steuerpflichtigen oder eines Rechtsvorgängers begründet sind. Dies gilt insbesondere für Verfügungsbeschränkungen, die auf letztwilligen Anordnungen beruhen.

Gemäß **§ 1 Abs. 1 BewG 1955** gelten für die bundesrechtlich geregelten Abgaben die Bestimmungen des ersten Teiles (§§ 2 bis 17) des BewG 1955, soweit sich aus den abgabenrechtlichen Vorschriften nicht etwas anderes ergibt.

In der Berufung vom 18. Februar 2011 (S 6 letzter Abs.) wird seitens des Bf vertreten, dass bei dem – vom Bf bestrittenen – Zufluss am 5. September 2008 der Börsenkurs nicht herangezogen werden könne. Grundsätzlich sei für die Ermittlung des geldwerten Vorteiles von zum Börsenhandel zugelassenen Beteiligungen zwar der Börsenkurs am Tag der Übertragung der Beteiligung heranzuziehen. Handle es sich aber nicht um zum Börsenhandel zugelassene Beteiligungen, sei der gemeine Wert zu ermitteln, wobei im Regelfall das Wiener Verfahren zur Anwendung komme (Hinweis auf Rz 218 LStR).

Den im gegenständlichen Fall ausgehändigten Zwischenscheinen komme die Eigenschaft von zum Börsenhandel zugelassenen Beteiligungen eindeutig nicht zu. Deshalb stelle der Börsenkurs zum 5. September 2008 selbst bei Annahme des Zuflusses an diesem Tag keinen tauglichen Wert für Ermittlung des Veräußerungsgewinnes dar. Überdies wären bei Bewertung des gemeinen Wertes der Zwischenscheine nach dem Wiener Verfahren, die wohl zum nächstgelegenen Stichtag 31. Dezember 2008 durchzuführen wäre, die in der Berufung beschriebenen Verfügungsbeschränkungen und die wirtschaftliche Entwicklung der AG zu berücksichtigen.

Diesem Vorbringen des Bf wird Folgendes entgegnet:

Nach Pkt. 2 der Satzung der gegenständlichen AG ist deren Gegenstand neben einer Eigentätigkeit auch die Vermögensanlage und Übernahme anderer Unternehmen aller Art. Die AG ist nach der Satzung generell berechtigt, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland zu errichten. Nach dem Jahresfinanzbericht war die AG 2008 an neun Gesellschaften im In- und Ausland beteiligt.

Beim vom Bf ins Treffen geführten Wiener Verfahren sind zur Schätzung iSd oben zitierten § 13 Abs. 2 BewG neben dem Vermögenswert die zukünftigen Ertragsaussichten (Ertragswert) zu ermitteln (vgl. UFS 07.02.2011, RV/0635-I/09).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 17.02.1992, 90/15/0153) ergibt sich der gemeine Wert einer Holding aus dem gemeinen Wert einer allfälligen Eigentätigkeit zuzüglich der gemeinen Werte des Beteiligungsbesitzes (Kaskadeneffekt). Die Ermittlung des Wertes nach dem Wiener Verfahren wäre im gegenständlichen Fall deshalb wegen der vielen Beteiligungen im In- und Ausland sehr aufwändig und mit großen Unwägbarkeiten behaftet.

Das erkennende Gericht hat deshalb im Erörterungsgespräch am 27. Februar 2014 das Wiener Verfahren für den gegenständlichen Fall als nicht praktikabel bezeichnet.

Dem wurde auch seitens des Bf nicht entgegen getreten. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass die Parteien des Verfahrens vom erkennenden Gericht mit der Ladung zum genannten Erörterungstermin zur Vorlage zweckdienlicher Unterlagen aufgefordert worden sind. Es wäre dem Bf unbenommen geblieben, eine Ermittlung nach dem Wiener Verfahren vorzulegen.

Bewertung der Zwischenscheine wie Aktien?

Die vom Bf ins Treffen geführte Rz 218 der Lohnsteuerrichtlinien 2002 (**LStR 2002**) und die den gemeinsamen Pkt. 4.3.2 Mitarbeiterbeteiligungen zu § 15 EStG 1988 abschließende Rz 219 lauten:

Rz 218 : *Die Bewertung des geldwerten Vorteiles hat mit dem Mittelwert des Verbrauchsortes zu erfolgen. Notieren Beteiligungen (Aktien, Partizipationsscheine) an einer Börse, entspricht der Mittelpreis am Verbrauchsort dem Börsenkurs am Tag der Übertragung der Beteiligung. Notieren Beteiligungen nicht an einer Börse, ist der Mittelpreis am Verbrauchsort analog zum gemeinen Wert zu ermitteln. Die Anwendung des Wiener Verfahrens stellt im Regelfall eine geeignete Ermittlungsform dar, allerdings sind dabei im Betriebsvermögen gehaltene Grundstücke mit dem Verkehrswert anzusetzen und nicht mit einem Vielfachen des Einheitswertes.*

Rz 219 : *Eine vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer verfügte Behaltefrist führt zu keiner anderen Beurteilung. Der Sachbezugswert ist nach den allgemeinen Vorschriften zu ermitteln, ein Bewertungsabschlag auf Grund der Behaltefrist ist nicht zulässig.*

Im gegenständlichen Fall gibt es einen Börsenkurs der Aktie auch zum Stichtag der Übergabe der Zwischenscheine an den Bf vom 5. September 2008. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Wert des Zwischenscheines ein anderer als der der Aktie ist.

Zwischenscheine werden den Aktien im AktG im Wesentlichen gleichgestellt. Durch die Verbriefung der Mitgliedsrechte durch den Zwischenschein besteht auch der Anspruch auf Gewinnbeteiligung durch Dividenden (§ 53 Abs. 1 AktG) und Ausübung des Stimmrechts (§ 114 Abs. 1 AktG). Hinsichtlich der Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg und der Beschlussfassung besteht somit faktisch kein Unterschied, der eine geringere Bewertung des Zwischenscheines gegenüber der Aktie rechtfertigen würde.

Wie bereits oben dargelegt ist auch ein Zwischenschein durch Indossament oder Zession übertragbar und kann deshalb auch veräußert werden.

Über Ersuchen des erkennenden Gerichts vom 28. Juli 2011 (Fragen 7 und 8) teilte die Wiener Börse AG mit Schreiben vom 5. August 2011 mit, keine Kenntnis zum Handel von Zwischenscheinen und dem Verkehrswert von Zwischenscheinen zu haben.

Die für die Bankenaufsicht zuständige Gruppe III/B des Bundesministeriums für Finanzen teilte über Ersuchen des erkennenden Gerichts vom 28. Juli 2011 (Fragen 1 bis 4) mit

Schreiben vom 4. August 2011 mit, dass Zwischenscheine, weil sie den Aktien vorgelagert sind, grundsätzlich nach den gleichen Prinzipien wie Aktien zu bewerten sind. Zur Belehnbarkeit von Zwischenscheinen besitze das BMF keine Informationen.

Das seitens des Bf im Erörterungsgespräch am 27. Februar 2014 (Niederschrift S 5 Abs. 1) ins Treffen geführte Argument, die Auskunft des BMF zur Lombardierung würde für eine Bewertung zum Stichtag 5. September 2008 von sogar unter 1,53 € pro Aktie (Börsenkurs zum 27. Oktober 2008) führen, ist nicht stichhäftig:

Die vom BMF am 4. August 2011 mit dem genannten Schreiben mitgeteilte Praxis der Banken, Aktien börsennotierter solider Unternehmen mit höchstens 55% zu belehnen, entspringt nämlich offensichtlich dem Vorsichtsprinzip, sagt jedoch nichts über die Bewertung von Zwischenscheinen aus.

Wegen des seltenen Gebrauchs von Zwischenscheinen konnten weder die Börse AG noch die Bankenaufsicht des BMF über Erfahrungen mit der Bewertung oder Belehnung von Zwischenscheinen berichten.

Es liegen demnach keine Hinweise vor, dass im Wirtschaftsleben für Zwischenscheine geringere Verkaufserlöse als für Aktien erzielt werden.

Letztlich konnte der Bf den Zwischenschein am 27. Oktober 2008 auch ohne Aufzahlung gegen Aktien der VermögensverwaltungsgmbH tauschen.

Ein geldwerter Vorteil iSd § 15 EStG 1988 liegt auch dann vor, wenn der Vorteil auf Grund einer Verfügungsbeschränkung nicht weitergegeben oder weiterveräußert werden kann (grundsätzlich auch keine Entwertung, Doralt, EStG¹⁴, § 15 Tz 8, unter Hinweis auf BFH, BStBI 1989 II S 608, zu einem befristeten Veräußerungsverbot von Belegschaftsaktien).

Auch von **Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG 11.EL § 15 Anm. 59**, wird vertreten, dass eine vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer verfügte Behaltefrist zu keiner geänderten Beurteilung führt und ein Bewertungsabschlag auf Grund der Behaltefrist nicht zulässig ist.

Diese Rechtsauffassung wird auch in der oben zitierten **Rz 219** der **LStR 2002** vertreten.

Nach diesem offensichtlich Kommentar und Richtlinien zu Grunde liegenden Urteil des **BFH vom 7.4.1989 (VI R 47/88) BStBI. 1989 II S 608**, ist der geldwerte Vorteil nicht deshalb zu mindern, weil die Belegschaftsaktien innerhalb einer **Sperrfrist von zwei Jahren** nicht veräußert werden dürfen.

Die im gegenständlichen Fall gegenüber dem Börsenhandel der Aktien heute nur noch geringfügig erschwerte (Internet und Indossament) Absetzbarkeit der Zwischenscheine ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts gegenüber einer Behaltefrist von zwei Jahren als wesentlich geringere Einschränkung zu qualifizieren.

Die AG hat in der Beilage G zur schriftlichen Auskunft vom 16. August 2011 den Kurs am 5. September 2008 mit 2,81 € beziffert. Das Finanzamt hat im bekämpften Bescheid

hingegen nur den niedrigeren Eröffnungskurs von 2,71 € und nicht den Höchst- und Schlusskurs von 2,81 € oder einen Mittelwert angesetzt.

In Ansehung der aufgezeigten Umstände ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts im bekämpften Bescheid die Bewertung der Zwischenscheine zum 5. September 2008 mit 2,71 € pro Aktie zu Recht erfolgt.

In der Berufung 18. Februar 2011 (S 5 Abs. 3) und im Erörterungsgespräch am 27. Februar 2014 (Niederschrift S 4 und 8) wurde seitens des Bf unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 22.09.1992, 92/14/0083) auch die **Unbilligkeit** auf Grund der durch das Zu- und Abflussprinzip bewirkten anormalen Belastung ins Treffen geführt. Der Bf will damit offensichtlich den aus seiner Sicht atypischen Vermögenseingriff der Besteuerung nach § 31 EStG 1988 durch den Kursverfall zwischen Ausfolgung der Zwischenscheine und Einbuchung der Aktien auf dem Wertpapierdepot berücksichtigt wissen.

Dem wird entgegnet, dass die vom Bf angesprochene Nachsicht gemäß § 236 Abs. 1 BAO nur über einen entsprechenden Antrag möglich ist. Ein derartiger Antrag ist nicht aktenkundig, jedenfalls ist eine Abweisung eines derartigen Antrages nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens.

Aus all diesen Gründen konnte der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein.

Zulässigkeit einer Revision

Mangels Judikatur zu den gegenständlichen grundsätzlichen Rechtsfragen war spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 4. Juli 2014