

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Ingrid Enengel in der Beschwerdesache Bf., Adresse1, vertreten durch MOORE STEPHENS ALPEN-ADRIA WP GmbH, August-Jaksch-Straße 2, 9020 Klagenfurt am Wörthersee , gegen den Bescheid des FA Klagenfurt vom 06.02.2012 betreffend Einkommensteuer 2007 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2007 wird Folge gegeben.

Der Einkommensteuerbescheid 2007 wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

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

## Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall die steuerliche Behandlung der vom Beschwerdeführer (Bf.) am 5.12.2006 mit **Genussscheinvertrag („Subsribtion Letter“**, als Beilage dem Erkenntnis beigefügt) **und den Bestandteil der Vereinbarung bildenden „Terms and Conditions“** (in weiterer Folge „Genussscheinbedingungen“ oder „GB“, als Beilage in englischer Sprache dem Erkenntnis beigefügt) zum Nominale von € 500.000,00 erworbenen Genussrechte (in weiterer Folge auch EPR(-1)). Diese waren in drei Tranchen von der BCC (in weiterer Folge „BCC“) zum Erwerb eines Aktienpakets der HAAG (in weiterer Folge „HAAG“ für die X-Bank (in weiterer Folge „X-Bank“) ausgegeben worden. Aufgrund des Verkaufs des Aktienpakets an die X-Bank erhielt der Bf. Auszahlungen von € 763.626,90 und € 10.961,12.

In den **Einkommensteuererklärungen 2007 und 2008** wies der Bf. weder Einkünfte aus Kapitalvermögen, noch Spekulationseinkünfte aus.

Im Zuge einer **abgabenbehördlichen Prüfung** vertrat der Prüfer die Auffassung, dass der Bf. aus den EPR-1 im Jahr 2007 Spekulationseinkünfte in Höhe von € 263.626,90

(€ 763.626,90 abzgl. € 500.000,00) und 2008 als Einkünfte aus Kapitalvermögen Zinsen in Höhe von € 10.961,12 erzielt habe.

Die **Beschwerde** des Bf. richtet sich gegen die Erfassung dieser Einkünfte.

**Im Verfahren sind folgende Schreiben, Vereinbarungen und Daten von Relevanz:**

5.12.2006	<b>Subscription Letter (Genussscheinvertrag) mit „Terms and conditions“ (GB), Erwerb des Genussscheins über € 500.000,00</b>
Dezember 2006	Erste Tranche aufgelegt, € 125 Mio.
7.2.2007	Schreiben betreffend „H-Group, Status Quo, nächste Schritte“
März 2007	Zweite Tranche aufgelegt, € 125 Mio.
22.5.2007	Verkauf der HAAG-Anteile an die X-Bank
Juli 2007	Dritte Tranche aufgelegt, € 437,5 Mio.
9.10.2007	<b>Closing I</b>
Oktober 2007	Kaufpreis von der X-Bank an die BCC geflossen
11.10.2007	Schreiben von BC an die Anteilsinhaber, Betreff „HAAG, Status Quo, nächste Schritte“: Mitgeteilt, dass das Closing am 9.10.2007 war und der Kaufpreis von der X-Bank das Land und BCC überwiesen wurde. Bei BCC bliebe aus technischen Gründen noch ein Anteil von 0,22%, bis zur endgültigen Abwicklung bliebe BCC noch Teil der Aktionärsgruppe
21.11.2007	<b>Schreiben von BC an die Anteilsinhaber, Betreff „HAAG-Investment, Abwicklung, Bitte um Anpassung der GB samt Schedule I, Antwortbrief (Inhalt des Schreibens im Sachverhalt des Erkenntnisses)</b>
21.11.2007	<b>Schedule I – Antwortbrief, in dem der Bf. erklärt, an der Vorabzahlung nicht teilnehmen zu wollen.</b>
6.12.2007	<b>Schreiben von BC betreffend „H-Investment: Abwicklung und Vorabzahlung“ samt Annex 1 und 2, Abrechnung, „calculation of exit proceeds“</b>
19.12.2007	Schreiben von BC betreffend „H-Investment: Zum Jahresabschluss“
26.5.2008	Schreiben von BC betreffend „nächste Schritte“
3.7.2008	<b>Closing II betreffend den Kauf von 10.580 Aktien</b>
22.7.2008	<b>Schreiben von BC an Bf., angeschlossen: „Annex 3, Ihre persönliche Kalkulation samt Kostenaufstellung und Zinsertragsberechnung sowie Rückkaufsdokumentation“ „l. Calculation of Payment Amount (exit proceeds)“ vom 22.07.2008“</b>
12.8.2008	<b>Purchase Agreement/Kaufvertrag, abgeschlossen zwischen dem Bf. und BCC</b>
14.8.2008	Zufluss von € 763.626,90 (Teil A) an den Bf.
21.11.2008	Auszahlung von Zinsen in Höhe von € 10.961,12

-24.11.2008	Schreiben von BCC an den Bf., Betreff „ <b>Sonderdividende und Schlussabrechnung</b> “, darin Ankündigung, dass Teil B zufließen wird
-------------	---

Der hier vorliegende Sachverhalt ist hinsichtlich des „Grundgeschäftes“, dem Erwerb und der Veräußerung der EPR bzw. der jeweils getroffenen Vereinbarungen und des Schriftwechsels mit jenem aus dem Verfahren des **BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011**, und vom **18.12.2015, RV/1100326/2011**, ident, weshalb auch auf diese ergänzend verwiesen wird.

Das BFG hat die zuvor angeführten Entscheidungen des BFG sowie die rechtlichen Schlussfolgerungen den Parteien zur Kenntnis gebracht und haben diese keine Einwendungen erhoben. Daher - und auch im Sinne der dem BFG obliegenden Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung - wird der dort festgehaltene Sachverhalt, soweit auf den vorliegenden zutreffend, auszugsweise dargestellt.

Der entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich primär aus dem Inhalt der Rechtsbeziehung des Bf. mit der BCC zugrunde liegenden GB. Soweit Wortlaut und Inhalt einzelner Bestimmungen dieser GB für die vorliegende Entscheidung maßgeblich sind, wird der Inhalt dieser - meist recht umfangreichen - Regelungen in der folgenden rechtlichen Würdigung sinngemäß dargelegt. Zudem beruhen die maßgeblichen Sachverhaltsfeststellungen auf dem Vorbringen des Bf. sowie den weiteren vom Bf. im Zuge des Verfahrens vorgelegten Unterlagen.

## **1. GENUSSRECHTE des Bf.:**

### **HINTERGRUND ALLGEMEIN:**

Der für die konkreten Beschwerdeverfahren maßgebliche Sachverhalt ist im Zusammenhang mit den nachfolgend (vereinfachend und zusammenfassend) dargestellten Vorkommnissen zu sehen, die mit dem Verkauf der HAAG an die X-Bank stehen.

Der in dem Verfahren RV/1100324/2011 erkennende Senat hat in seiner Entscheidung vor allem die Feststellungen der vom Ministerrat am 25.3.2014 eingesetzten Untersuchungskommission übernommen. Der von der Untersuchungskommission erstattete Bericht ("Griss-Bericht", [www.untersuchungskommission.at](http://www.untersuchungskommission.at)) wurde von unabhängigen und renommierten Experten nach gründlicher Befassung mit der Causa, gestützt auf zahlreiche in den Fußnoten angeführte Quellen, verfasst. Er ist ausführlich und schlüssig (s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

### **HAAG:**

Die HAAG war die Holdinggesellschaft der H- Group. Die HAAG verfolgte als Bank eine Politik des ungebremsten Wachstums. Sie expandierte rasant. Dies führte zu chronischer Eigenkapitalknappheit. Um dringend benötigtes Kapital zu beschaffen, aber auch um ebenso dringend benötigtes Know-how zu gewinnen, strebte das Bankmanagement eine strategische Partnerschaft mit anderen Banken an. Nachdem entsprechende Kontakte

nicht zum gewünschten Erfolg geführt hatten, wurde 2005 beschlossen, die HAAG in naher Zukunft an die Börse zu bringen. Das Bekanntwerden von SWAP-Verlusten im März 2006 machte diese Hoffnung aber zunichte. Dadurch erwuchs großer Druck, auf andere Weise Kapital zu beschaffen. Um Investoren zu gewinnen, wurde die HAAG potenziellen Kapitalgebern vorgestellt und ein Bieterverfahren durchgeführt (s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

## **BCC**

Die BCC, eine luxemburgische Kapitalgesellschaft, vergleichbar der österreichischen GmbH (Z 1 lit. p der Anlage 2 zu § 94 Z 2 EStG), wurde am 30.11.2006 gegründet und ins Luxemburger Firmenbuch eingetragen. Gemäß Artikel 3 ihrer Verfassung (Constitution) war - abstrakt und allgemein formuliert - der Betrieb des Beteiligungsgeschäftes (Erwerb, Halten und Verkauf von Beteiligungen sowie alles, was damit im Zusammenhang steht) ihr Ziel bzw. Unternehmensgegenstand. Die BCC, deren Geschäfte von einem in der regionalen Bankenszene bestens vernetzten Bankmanager geführt wurden, welchem die Pläne der HAAG bekannt waren, erwarb im Dezember 2006 in drei Verpflichtungsgeschäften mit unterschiedlichen Erwerbs- bzw. Übergabemodalitäten insgesamt ein Aktienpaket, bestehend aus alten und neu begebenen Aktien, und erreichte damit die Sperrminorität (Griss 353 - 362) Die Anschaffungskosten des gesamten Aktienpaketes betrugen € 635 Mio. Die Finanzierung des Erwerbes erfolgte zum einen durch die Emission von Genussrechten (€ 236 Mio.), was noch detailliert darzustellen ist.

Zum anderen wurde der Erwerb des Aktienpaketes durch die BCC von der X-Bank finanziert. Insoweit war die BCC verpflichtet, die Aktien der HAAG nicht zu veräußern (mit Ausnahme des Weiterverkaufs an die X-Bank) und nicht über sie zu verfügen. Auch hat sich die BCC verpflichtet, das durch die "restlichen" Aktien vermittelte Stimmrecht in Abstimmung mit dem Investor auszuüben, siehe KPMG an die Luxemburger Administration vom 22.10.2007 (s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

## **EMISSION VON BETEILIGUNGSRECHTEN (Equity Participation Rights, EPR)**

Vor dem dargestellten Hintergrund des Erwerbs des HAAG-Aktienpaktes durch die BCC ist die Emission von Beteiligungsrechten (EPR, zum Teil missverständlich als „Genussscheine“ übersetzt) zu sehen, welche von der BCC zur Finanzierung des Aktienpaket-Erwerbes in drei Serien begeben worden sind. Der Bf. hat ein Genussrecht der ersten Serie im Dezember 2006 durch Annahme seiner Zeichnung erworben. Die dritte Serie wurde Anfang Juli 2007 begeben.

Für die Beurteilung dieser Rechte bzw. des allein intern geltenden Rechtsverhältnisses zwischen den Bf. und der BCC sind nach Überzeugung des BFG, die sich mit der Auffassung der Parteien des Beschwerdeverfahrens und im Wesentlichen auch mit dem Standpunkt von Gutachtern (z. B. Torggler vom 20.6.2013, 1/44ff.) deckt, die Genussrechtsbedingungen maßgeblich (Terms and Conditions, fälschlich als „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ übersetzt) [s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011].

## **SUBSCRIPTION LETTER:**

Der Bf. hat am 5.12.2006 Genussrechte an der BCC zum Nominale von € 500.000,00 erworben (unstrittig).

## **GB - GENUSSRECHTSBEDINGUNGEN (TERMS & CONDITIONS)**

Für die Beschwerdefälle ist das durch die GB geprägte Rechtsverhältnis zwischen den Inhabern der Beteiligungsrechte (Genussrechte) und der sie emittierenden BCC mit unbefristeter Laufzeit (Pkt. 8 GB) von entscheidender Bedeutung: Nach den GB haben sich die Zeichner der Rechte verpflichtet, eine bestimmte Kapitaleinlage in bar zu erbringen (Pkt. 3 GB, Torggler 3.1 und 3.2). Mit dieser war die BCC gehalten, den Erwerb der HAAG-Aktien zu finanzieren. Im Gegenzug waren die Zeichner nach im Detail vereinbarten Regeln (Waterfall) im Innenverhältnis am wirtschaftlichen Erfolg des Zielgeschäftes beteiligt (GB, Ausführungen in der Beschwerde).

Der aus dem Verkauf der Zielaktien erzielte Gewinn war nach Begleichung aller angefallenen Kosten nach einem festgelegten Schlüssel an die Inhaber der Genussrechte auszubezahlen (Pkt. 13.2 GB). Der (den Zeichnern gebührende) Ausstiegsbetrag war innerhalb von 10 Tagen nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge (Erlös aus dem Verkauf der Zielaktien) zu berechnen und den Zeichnern mitzuteilen (Pkt. 13.3 GB). Der errechnete Betrag durfte keinesfalls vor Ablauf eines Jahres ab Ausgabe der letzten Charge der Genussrechte ausbezahlt werden (Pkt. 13.5 GB, Torggler Pkt. 3.2.). Mit Eintritt der Fälligkeit und dem Eingang aller Erlöse aus der Verwertung der HAAG-Anteile bei der BCC (also nach dem Abschluss des sogenannten Zielgeschäftes) erwarben die Inhaber der Genussrechte den Anspruch auf Abschichtung (Pkt. 13 GB).

Das Zielgeschäft war als Verkauf eines noch zu erwerbenden qualifizierten Anteiles (25% + 1 Aktie) an der HAAG definiert (Gutachten Torggler). Die BCC bezeichnet sich in den GB als "Special Purpose Vehicle" und war danach (im Innenverhältnis) eine reine Zweckgesellschaft, die nur Geschäfte betreiben sollte, welche mit dem Erwerb, dem Halten und der Veräußerung der Zielaktien (Aktienpaket der HAAG) im Zusammenhang stehen (Pkt. 1 GB). Die zeichnenden Beschwerdeführer erhielten keine gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftliche Rechtsposition in der BCC, sondern lediglich im Innenverhältnis wirksame schuldrechtliche Ansprüche auf Auszahlung der vereinbarten wirtschaftlichen Beteiligung [Pkt. 13 GB; Torggler 3.2, 5.13 und 5.15; (im Widerspruch dazu bzw. korrektur- und ergänzungsbedürftig Torggler 5.7) in BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011].

Die Beteiligungsrechte waren je Serie als Sammelzertifikat dargestellt. Ansprüche auf individuelle Registrierung oder Emission von individuellen Zertifikaten waren ausgeschlossen (Pkt. 3 GB). Weder eine Beteiligung am Substanzwert der BCC noch eine Beteiligung am laufenden Gewinn, geschweige denn am Liquidationsgewinn der BCC war im Falle des Ausstiegs (Verkaufs aller Zielaktien vor Ablauf von drei Jahren) vereinbart (Pkt. 13.2 GB). Eine Beteiligung am Liquidationsgewinn war nach den GB nur für den Fall vorgesehen, dass die Liquidationserträge gemäß einem Beschluss der

Aktionäre im Verhältnis zum Gesamtbetrag aller Kapitalbeteiligungsrechte auszubezahlen gewesen wären (GB 9.3), was gegenständlich nicht der Fall war. Eine Gleichstellung der Genussrechtsinhaber mit den Aktionären war nur insoweit gegeben, als die Aktionäre selbst Genussrechtsinhaber waren und den GB unterlagen (Pkt. 9 GB).

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

### **VERKAUF ALLER ZIELAKTIEN DURCH DIE BCC ("EXIT" gemäß. Pkt. 13 GB)**

Die BCC veräußerte die Zielanteile unter Erzielung eines Mehrerlöses von rund € 175 Mio. bereits wenige Monate nach dem Erwerb, nämlich am 22.5.2007 mit zwei verzahnten Kaufverträgen (Sale and Purchase Agreement, abgekürzt SPA 1 und 2), deren wesentliche Unterschiede zum einen im Ausmaß der veräußerten Aktien und zum anderen im Closing-Zeitpunkt lagen, an die X-Bank. Das Splitting hatte für die BCC (in der Luxemburger Rechtslage gelegene) steuerliche Gründe (Griss 431). Der Kaufpreis je Aktie war ident (Griss 430). Mit insgesamt vier, am 22.5.2007 unterfertigten, sich wechselseitig bedingenden Kaufverträgen hatte somit die X-Bank eine Mehrheit von 50,22 % an der HAAG erworben [(Griss 423, 424), s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011].

Mit **Schreiben vom 30.5.2007** teilte die BCC im Rahmen ihrer Berichtspflicht den Inhabern von EPRs ua. Folgendes mit:

*"Im Rahmen unserer Berichtspflicht übermitteln wir anbei den Bericht zum 1. Quartal. Die Bank hat sich auch darüber hinaus planmäßig entwickelt, von uns vermutete stille Reserven konnten insbesondere im Bereich des „Consulting-Verkaufes“ gehoben werden.*

*Auf dieser Grundlage und durch zusätzliche Stabilisierungsmaßnahmen unsererseits kam es erheblich schneller als erwartet, nicht nur von Investorenseite sondern vor allem durch international tätige Banken zu erheblichem Interesse an der H\*. Das Angebot der X-Bank in Höhe von EUR 1,65 Mrd. für 50% + 1 Aktie haben wir dann gemeinsam mit dem Land Kärnten und der Privatstiftung angenommen. [.....]*

*Die Frage nach dem potentiellen Gewinn für unsere Investoren können wir auf gegenwärtiger Basis nur grob dahingehend beantworten, dass es nach Einrechnung aller Kosten in den wenigen Monaten der Mittelbindung auf jeden Fall mehr als 50% des eingesetzten Kapitals sein werden, in Aussicht gestellt war ein "Verdoppler" nach drei Jahren".*

Das Closing des Kaufvertrages über 1.201.593 Stückaktien (SPA 1) fand (ua nach Einlangen diverser behördlicher Genehmigungen) am 9.10.2007 statt (Griss 430

und 444). Das Closing des Vertrages über 10.580 Stückaktien (SPA 2) fand zum vereinbarungsgemäß frühest zulässigen Zeitpunkt, nämlich am 2. bzw. 3.7.2008, statt (s. BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, Pkt. B.I.6., S. 4f.).

Diese Restaktien (0,22% des Gesamtinvestments) blieben zunächst im Oktober 2007 lediglich "aus technischen Gründen" noch bei der BCC (s. Schreiben der BCC vom 11.10.2007; im zitierten BFG-Erkenntnis wird als Grund für das Zurückbehalten dieses Zwerganteiles die Erhaltung/Begründung der Steuerfreiheit in Luxemburg angenommen).

## ÄNDERUNGEN DER GENUSSRECHTSBEDINGUNGEN

Der weitaus überwiegende Teil des Zielgeschäftes ist mit dem Closing von SPA 1 rascher als erwartet mit großem wirtschaftlichem Erfolg abgeschlossen worden. Dies erzeugte bei gewerblichen Anlegern den wirtschaftlich begründeten und unschwer nachvollziehbaren Druck, "möglichst hohe Anteile des getätigten Investments frühzeitig zurückzuerhalten" (Schreiben der BCC vom 21.11.2007), zumal sie mit den Erlösen aus dem Verkauf unabhängig von der Haltedauer steuerpflichtig waren. Bei den privaten Investoren war man überzeugt, durch Beachtung der Spekulationsfrist eine Steuerpflicht zu vermeiden (seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen in BFG RV/1100324/2011).

Die BCC wandte sich daher im **Schreiben vom 21.11.2007** mit folgenden Ausführungen an die Genussrechtsinhaber:

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

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

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

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

Dem Schreiben vom 21.11.2007 waren folgende Beilagen angeschlossen:

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

Die von der BCC vorgeschlagene Änderung der GB wurde von den Haltern der Genussrechte beschlossen (unstrittig).

Während die institutionellen bzw. gewerblichen Anleger, die zur Leistung von Vorabzahlungen optierten, auch entsprechende Anzahlungen (Vorabzahlungen) erhielten, veranlagte die BCC die nicht liquidierten Ausstiegserlöse gemäß Pkt. 10.2 lit. b GB in Geldmarktinstrumenten (Schreiben der BCC vom 22.7.2008)

## **LIQUIDIERUNG DER ANSPRÜCHE DER INHABER VON BETEILIGUNGSGEWEIS DURCH KAUFVERTRÄGE**

Bereits mit **Schreiben vom 22.10.2007** wandte sich die BCC sinngemäß wie folgt an die Luxemburger Steuerverwaltung:

Zur Finanzierung des in drei Schritten erfolgten Erwerbs der HAAG-Aktien habe sie drei Tranchen von Genussscheinen begeben. Die Zielaktien habe sie in zwei vom 22.5.2007 datierenden Vereinbarungen (Sale and Purchase Agreement, SPA 1 und 2) veräußert. Im Hinblick darauf werde sie den Genussscheininhabern den Abschluss von Termin(rück)kaufen zu einem Preis vorschlagen, der im Juli 2008 (Completion Date) bestimmt werde. Wer von dieser Option Gebrauch mache, werde eine Anzahlung auf den Kaufpreis erhalten. Wer von der Option keinen Gebrauch mache, könne später einen Rückkauf anstreben. Im Hinblick auf die Modalitäten von SPA II werde sie (die BCC) bis zum Ablauf der Behaltestfrist wirtschaftliche Eigentümerin dieses (kleinen) Aktienpaketes bleiben. Dies habe ihrer Auffassung nach zur Folge, dass die Gewinne aus der Veräußerung aller HAAG-Aktien in Luxemburg steuerfrei seien.

Mit **Schreiben vom 25.10.2007** berichtete die KPMG-Luxemburg der KPMG-Wien unter inhaltlichem Bezug auf das Schreiben vom 22.10.2007, dass die Luxemburger Steuerverwaltung bei der Besprechung am 22.10.2007 die Rechtsansicht betreffend die steuerfreie Veräußerung aller HAAG-Aktien bestätigt habe. Im Hinblick auf die Modalitäten

von SPA II gelte daher die BCC bis 2.7.2008 als wirtschaftliche Eigentümerin der davon erfassten Aktien. Der Rückkauf der Genussrechte im Wege von Termingeschäften (und damit verbundenen Anzahlungen) werde als Liquidierung der BCC behandelt. Die Bezahlung weder des "Forward price" noch des "advance payments on the Forward price" unterlägen der Luxemburger Einkommensteuer (seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen des BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

Mit **Schreiben vom 22.7.2008** wandte sich die BCC an einen privaten Investor wie den Bf. mit folgenden Ausführungen:

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

*Ihre individuelle Kalkulation finden Sie in der Anlage.*

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

*Im Einzelnen sind die folgenden Punkte beachtenswert:*

- *Seit dem Closing der Transaktion im Oktober 2007 wurde der Verkaufserlös in Geldmarktinstrumenten angelegt. Die genaue Darstellung findet sich in Annex 3 der angeschlossenen individuellen Kalkulation.*
- *Wie im Schreiben vom 26.05.2008 angekündigt, wurden Anfang Juli 2008 die verbliebenen 10.580 Aktien der HAAG mit der X-Bank final abgewickelt. Der entsprechende Erlös in Höhe von EUR 7.091.613,00 wurde an die BCC überwiesen.*
- *Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften der H - GmbH verhandelt werden. Für das von BCC gehaltene Aktienpaket ergab sich ein Anteil von rund EUR 4,5 Mio. [.....] Im Falle der für uns positiven richterlichen Entscheidung, wird der Betrag nach Berücksichtigung aller Zinserträge bzw. etwaiger Kosten (z.B. Quellensteuer) an die Investoren ausgezahlt.*
- *Die Liquidation des Investments wird durch **Rückkauf der Genussrechte durch die BCC** erfolgen. Voraussetzung für die Auszahlung ist, dass der BCC die Zustimmungen zum Rückkauf aller Investoren vorliegen. Wir sind darum bemüht, jeden einzelnen Investor im Sinne einer zügigen Abwicklung zusätzlich telefonisch zu kontaktieren."*

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

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

Mit der Unterfertigung am **12.8.2008** kam der nachfolgend angeführte **Kaufvertrag** (im Original in englischer Sprache das „**Purchase Agreement**“ zwischen der BCC und dem Bf. zustande:

„[...]“

*KBR-Kauf: Serie: 1 / Nummer: 1*

*Kaufpreis Teil A: € 763.626,90*

*Kaufpreis Teil B: bezeichnet jenen Betrag, welcher seitens des Käufers nach alleinigem und uneingeschränktem Dafürhalten nach folgender Formel berechnet wurde: (EUR 4.545.459,23 - (minus) etwaiger Rückzahlungen laut der Vereinbarung über die Dividendenauszahlung der HAAG) - (minus) Kosten + (plus) (seit dem 10. Juli 2008 plus einen Werktag vor dem nachfolgenden Zahlungstermin angefallene effektive Zinsen (eingerechnet)) : (dividiert) 472 x (multipliziert) (Anzahl der Kauf-KBRI + (plus) seit dem 10. Juli 2008 plus einen Werktag vor dem nachfolgenden Zahlungstermin angefallene effektive Zinsen (eingerechnet)).*

*Kauftermin:*

ein Tag vor dem nachfolgenden Zahlungstermin, welcher seitens des Käufers genannt und dem Verkäufer per Kurier übermittelt wurde. Es gilt die Annahme, dass eine solche Benachrichtigung bezüglich des Zahlungstermins drei Kalendertage nach deren Versendung seitens des Käufers mithilfe eines Kuriers gemäß dem vorstehenden Satz beim Verkäufer eingegangen ist.

Konto des Verkäufers:, Kontoinhaber:, Kreditinstitut:, IBAN:, BIC:

Nachfolgender Zahlungstermin: -bezeichnet einen Tag nach dem Kauftermin und vor dem 1. Jänner 2010, welcher seitens des Käufers genannt und dem Verkäufer per Kurier übermittelt wurde. Es gilt die Annahme, dass eine solche Benachrichtigung bezüglich des nachfolgenden Zahlungstermins drei Kalendertage nach deren Versendung seitens des Käufers mithilfe eines Kuriers gemäß dem vorstehenden Satz beim Verkäufer eingegangen ist.

1. Der Käufer erklärt sich hiermit gegenüber dem Verkäufer bereit, alle Kauf-KBR (nicht jedoch lediglich einen Teil davon) zu erwerben, und zwar zusammen mit allen dazugehörigen Rechten und Ansprüchen einschließlich jedweder Rechte und Ansprüche gemäß den Allgemeinen Bedingungen für die Kauf-KBR (Aufzählung nicht taxativ) und als Gegenleistung für den Kaufpreis Teil A und den Kaufpreis Teil B, welchen der Käufer dem Verkäufer zu entrichten hat. Falls der Verkäufer dieses Angebot gemäß dem nachstehenden Punkts 2 annimmt, (a) hat der Käufer (i) dem Verkäufer zum Kauftermin den Kaufpreis Teil A durch Überweisung der entsprechenden Gelder auf das Konto des Verkäufers zu überweisen, (ii) dem Verkäufer zum nachfolgenden Zahlungstermin den Kaufpreis Teil B durch Überweisung der entsprechenden Gelder auf das Konto des Verkäufers zu überweisen, und (iii) ist der Käufer mit dem Kauftermin der alleinige rechtmäßige und wirtschaftliche Eigentümer der Kauf-KBR einschließlich aller dazugehöriger Rechte und Ansprüche und besitzt dadurch das Recht auf eine entsprechende Miteigentümerschaft am Sammelzertifikat, welches für die Kauf-KBR steht, und (b) hat der Verkäufer (I) sämtliche erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um die Kauf-KBR sowie sämtliche dazugehörigen Rechte und Ansprüche rechtsgültig zum Kauftermin auf den Käufer zu übertragen, (ii) ist der Verkäufer damit einverstanden, dass der Käufer in seiner Eigenschaft als Emittent der Kauf-KBR den Verkäufer als Besitzer der Kauf-KBR zum Kauftermin aus der Liste der Besitzer von Kapitalbeteiligungsrechten streicht sowie sämtliche Maßnahmen ergreift, welche zur Bestätigung, Eintragung und Aufrechterhaltung der Eigenschaft des Käufers als rechtmäßiger und wirtschaftlicher Eigentümer der Kauf-KBR zum Kauftermin erforderlich sind, und (iii) besitzt der Verkäufer gemäß bzw. in Bezug auf die Kauf-KBR keinerlei Rechte oder sonstige Ansprüche sowie ebenso etwa keinerlei Rechte oder sonstige Ansprüche gemäß den einschlägigen Allgemeinen Bedingungen für die Kauf-KBR (Aufzählung nicht taxativ) und gemäß dem vorliegenden Dokument, ausgenommen jedoch das Recht auf Entgegennahme des Kaufpreises Teil B zum Fälligkeitstermin gemäß diesem Dokument.

2. Vorbehaltlich des nachstehenden Punkts 5 ist der Verkäufer berechtigt, (i) falls es sich bei ihm um eine natürliche Person handelt, das Angebot des Käufers zum Erwerb

der Kauf-KBR gemäß des obenstehenden Punkts 1 durch persönliche Gegenzeichnung des vorliegenden Dokuments in der entsprechenden Unterschriftenzeile auf Seite 3 dieses Dokuments anzunehmen, oder (ii), falls es sich bei ihm nicht um eine natürliche Person handelt, das Angebot des Käufers zum Erwerb der Kauf-KBR gemäß des obenstehenden Punkts 1 durch Gegenzeichnung des vorliegenden Dokuments durch eine ordnungsgemäß zur Vertretung des Verkäufers am Unterzeichnungstage bevollmächtigte Person in der entsprechenden Unterschriftenzeile auf Seite 3 dieses Dokuments anzunehmen. Die Annahme des Angebots gemäß dem vorstehenden Satz ist für den Verkäufer und den Käufer dann verbindlich, wenn der Verkäufer ein Original des vorliegenden, ordnungsgemäß gemäß dem vorstehenden Satz durch den Verkäufer bzw. im Namen des Verkäufers gegengezeichneten Dokuments an die Anschrift Adresse2 Luxemburg übersendet.

3. Mit der Annahme dieses Angebots gemäß dem vorstehenden Punkt 2 erklärt, verspricht und garantiert der Verkäufer zum Gegenzeichnungsdatum dieses Dokuments, zum Kauftermin sowie zum nachfolgenden Zahlungstermin, dass (a) er in vollem Umfang dazu berechtigt und befugt ist, das vorliegende Dokument abzuschließen und vertraglich zu erfüllen und ebenso sämtliche Maßnahmen ergriffen hat, um den Abschluss und die vertragliche Erfüllung dieses Dokuments sowie die darin erwogenen Transaktionen zu veranlassen, (b) sämtliche Bevollmächtigungen, welche im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Erfüllung, der Gültigkeit und Vollstreckbarkeit dieses Dokuments sowie der darin erwogenen Transaktionen erforderlich oder vorteilhaft sind, eingeholt bzw. veranlasst wurden und vollkommen rechtskräftig und gültig sind, (c) der Verkäufer vor der Übertragung der Kauf-KBR an den Käufer gemäß dem vorliegenden Dokument der rechtmäßige und wirtschaftliche Eigentümer der Kauf-KBR zusammen mit sämtlichen dazugehörigen Rechten und Ansprüchen ist und diese frei von Belastungen jeglicher Art sind sowie dass er uneingeschränkt dazu berechtigt ist, die Kauf-KBR nach eigenem Gutdünken an den Käufer zu verkaufen und auf diesen zu übertragen, (d) in Bezug auf den Verkäufer keinerlei Kapitalmaßnahmen, gerichtliche Schritte oder sonstige Verfahren bzw. Maßnahmen ergriffen wurden, welche in einem Zusammenhang mit (i) der Einstellung von Zahlungen, einem Tilgungsaufschub hinsichtlich Schuldenlasten, der Liquidation, Auflösung, Zwangsverwaltung oder Umstrukturierung (aufgrund einer freiwilligen Übereinkunft, eines Vergleichsvorschlags oder auf sonstige Art und Weise), (ii) einem Vergleich, einer gütlichen Einigung, einer Abtretung oder einer Vereinbarung mit einem Schuldner des Verkäufers, und/oder (iii) der Bestellung eines Insolvenz-, Konkurs-, Masse- oder Zwangsverwalters bzw. einer ähnlichen, in Bezug auf den Verkäufer oder sein Vermögen beauftragten Person oder (iv) mit vergleichbaren Verfahren oder Maßnahmen innerhalb eines bestimmten Rechtssystems stehen, (e) der Verkäufer nicht implizit oder zugegebenermaßen zur Begleichung seiner anfallenden Schulden unfähig ist, die Tilgung seiner Schulden nicht einstellt bzw. einen solchen Schritt androht oder angesichts tatsächlicher oder voraussichtlicher finanzieller Schwierigkeiten Verhandlungen mit einem oder mehreren seiner Gläubiger im Hinblick auf eine Umstrukturierung seiner Schulden aufnimmt, und (f) dass die Angaben und Kontendaten des Verkäufers, welche

im Begriffsbestimmungsabschnitt auf Seite 1 des vorliegenden Dokuments angeführt sind, korrekt, vollständig und aktuell sind. Durch Annahme dieses Angebots bestätigt der Verkäufer und nimmt zur Kenntnis, dass er die steuerlichen Folgen der erwähnten Angebotsannahme und des Verkaufs der Kauf-KBR an den Käufer gemäß dieses Dokuments zu tragen hat und auch für diese verantwortlich ist.

4. Verkäufer und Käufer haben jeweils selbst für ihre Kosten aufzukommen, welche ihnen im Zusammenhang mit der Ausverhandlung, Vorbereitung, Erstellung und Erfüllung des vorliegenden Dokuments entstanden sind. Sollte eine Bestimmung dieses Dokuments innerhalb eines Rechtssystems ungültig oder unvollstreckbar sein bzw. werden, so bleiben die Gesetzmäßigkeit, Rechtsgültigkeit oder Vollstreckbarkeit dieser oder anderer Bestimmungen dieses Dokuments innerhalb des betreffenden Rechtssystems bzw. deren Gesetzmäßigkeit, Rechtsgültigkeit oder Vollstreckbarkeit in anderen Rechtssystemen davon unberührt. Sofern eine solche Bestimmung innerhalb dieses Rechtssystems als illegal, ungültig oder unvollstreckbar befunden wird, so gilt die betreffende illegale, ungültige oder unvollstreckbare Bestimmung als durch eine rechtsgültige, legale und vollstreckbare Bestimmung ersetzt, welche dem ursprünglichen Willen der Parteien sowie der illegalen, ungültigen oder unvollstreckbaren Bestimmung am nächsten kommt.

5. Für die Gültigkeit etwaiger Ergänzungen, Modifikationen oder Änderungen dieses Dokuments ist die schriftlich erteilte Zustimmung von Verkäufer und Käufer erforderlich. Diese Bestimmung gilt auch für den vorliegenden Punkt 5. Der Käufer besitzt jedoch das Recht, das Angebot einseitig zurückzuziehen, sofern es seitens des Verkäufers noch nicht angenommen wurde, oder die Vereinbarung einseitig zu widerrufen, falls das Angebot seitens des Verkäufers angenommen wurde, all dies jedenfalls noch vor dem Kauftermin sowie durch Übersendung einer entsprechenden Widerrufsbenachrichtigung an den Verkäufer.

Eine solche Widerrufsbenachrichtigung ist sowohl für den Verkäufer und den Käufer gültig und verbindlich. Es gilt die Annahme, dass solche Widerrufsbenachrichtigungen drei Kalendertage nach Versendung seitens des Käufers mithilfe eines Kuriers gemäß dem vorstehenden Satz beim Verkäufer eingegangen sind.

6. Das vorliegende Dokument stellt die gesamte Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer hinsichtlich des Erwerbs der Kauf-EPR seitens des Käufers vom Verkäufer dar und ersetzt sämtliche vorhergehenden Vorschläge, Erklärungen, Abmachungen und Verhandlungen zwischen den Parteien hinsichtlich des Erwerbs der Kauf-EPR seitens des Käufers vom Verkäufer, wobei unerheblich ist, ob diese mündlich oder stillschweigend erfolgten.

7. Das vorliegende Dokument, eine Annahme durch den Verkäufer sowie etwaige Widerrufsbenachrichtigungen unterliegen luxemburgischem Recht. Zuständig für die Anhörung und Entscheidung von Prozessen, Klagen oder Verfahren sowie für die Beilegung etwaiger aus bzw. im Zusammenhang mit diesem Dokument entstehender Streitigkeiten sind ausschließlich die Gerichte von Luxemburg-Stadt.“

## ZUFLUSS AN DEN BF.

Am 14.8.2008 flossen an den Bf. € 763.626,90 und am 21.11.2008 Zinsen in Höhe von € 10.961,12 zu.

## SCHLUSSABRECHNUNG

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

## 2. GANG DES VERFAHRENS VOR DEM FINANZAMT

### Abgabenbehördliches Verfahren:

Im Zuge einer **abgabenbehördlichen Prüfung** stellt der Prüfer Folgendes fest:

**„Tz. 8 Genussscheinabschichtung "B & Co"**

BCC

*Der Bf. hat Genussscheine der Firma "BCC" im Zusammenhang mit dem Erwerb der H-Group gezeichnet. Die BCC wurde ausschließlich zu dem Zweck gegründet, die Anteile an der HAAG zu erwerben. Es handelt sich um eine so genanntes SPV (Special purpose vehicle).*

*Um den Kauf finanzieren zu können, wurden soziätäre Genussscheine ausgegeben. Dabei wurden 3 Tranchen aufgelegt. Die erste Tranche in Höhe von 125.000.000,- wurde im Dezember 2006 aufgelegt und gezeichnet, die zweite Tranche in Höhe von 125.000.000,- im März 2007 und die 3. Tranche in Höhe von rd. 437.500.000,- Ende Juni 2007 (nach Abschluss des Kaufvertrages mit der X-Bank aber vor Kauf HAAG-Anteile von der Bank Burgenland (in weiterer Folge „H-Z.“). Mit der 1. und 2. Tranche wurden insgesamt 440.795 von der H\* neu ausgegebene Aktien von der BCC gezeichnet. Mit der 3. Tranche wurden 771.383 Aktien von der H-Z. bzw. von der Privatstiftung (Mitarbeiterstiftung der HAAG) erworben (727.304 bzw. 33.499 + 10.580) gekauft.*

*Der Verkauf an die X-Bank erfolgte am 22.5.2007. Das Closing war im Oktober 2007. Der Kaufpreis ist im Oktober 2007 an die BCC geflossen. Der Anteilsscheinzeichner erzielte aus den soziätären Genussscheinen einen erheblichen Veräußerungs-/ Spekulationsgewinn. Diese wurden bisher steuerlich nicht erfasst. Als Begründung wurde angegeben, dass erst nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist das Geld geflossen ist und die Beteiligung weniger als 1% betragen hat. Für die Berechnung der Jahresfrist bei Spekulationstatbeständen im Sinne des § 30 EStG 1988 ist jedoch nicht der Zeitpunkt des Geldflusses relevant, sondern es ist vielmehr der Zeitpunkt des Abschlusses des jeweiligen Verfügungsgeschäftes maßgeblich. Die jeweiligen Verfügungsgeschäfte (Anschaffung und Veräußerung der Anteile an der HAAG durch die BCC) liegen jedenfalls*

innerhalb der Jahresfrist, ebenso die Zeichnungen = Anschaffungen (Dezember 2006 bis Juni 2007) und die Abschichtungen = Veräußerungen der soziären Genussscheine.

**Die Punkte 13.3. bis 13.5. des Genussscheinvertrages** lauten:

„13.3. Im Falle eines Ausstiegs soll der Emittent die Beträge, welche an jeden Empfänger aus Absatz 13.2. der vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergehen, innerhalb von 10 Kalendertagen nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge berechnen (Ausstiegsberechnungsdatum), und soll jeden Inhaber über die Beträge die an solche Inhaber zugeteilt werden (Ausstiegsberechnungsbetrag) und den Zeitpunkt, zu welchem diese Beträge an die Inhaber bezahlt werden in Form einer entsprechenden Mitteilung (Ausstiegsberechnungsmittelung) innerhalb von 2 Kalendertagen nach dem Ausstiegsberechnungsdatum zukommen lassen.

13.4. Jeder Inhaber soll den Emittenten innerhalb von 3 Kalendertagen nach Erhalt des Ausstiegsberechnungsdatums über die Bankkontodaten, an welche der Ausstiegsausschüttungsbetrag durch den Emittenten bezahlt werden soll, benachrichtigen.

13.5. Innerhalb von 3 Kalendertagen nach Erhalt der Mitteilung des Inhabers gem. 13.4. der vorliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in keinem Fall aber vor dem ersten Kalendertag nach vollem Vergehen einer 12-monatigen Periode folgend der Emission der letzten Serie von Kapitalgewinnbeteiligungsrechten welche vor dem Ausstieg emittiert werden, soll der Emittent den relevanten Ausstiegsausschüttungsbetrag auf das Konto des entsprechenden Inhabers senden.“

Ein weiteres Indiz für die Steuerpflicht liegt darin, dass die institutionellen Investoren bereits - zumindest teilweise - im Jahr 2007 abgeschichtet wurden bzw. wurde diesen Investoren bereits 2007 ihr Gewinnanteil ausbezahlt. Bei den natürlichen Personen wurde lediglich die Auszahlung solange aufgeschoben, bis die Jahresfrist abgelaufen war. Der noch nicht an die Investoren ausgezahlte Abschichtungsbetrag wurde in Luxemburg veranlagt.

Im Jahr 2008 erfolgte die endgültige Abrechnung der Genussscheine dergestalt, dass dem Abschichtungserlös noch die in der Zwischenzeit angefallenen Veranlagungszinsen zugewiesen und ausbezahlt wurden. Auch daraus ist ersichtlich, dass die Abschichtung unmittelbar nach Verkauf der HM-Anteile durch die BCC an die X-Bank erfolgt ist und der Betrag bereits dem Genussscheinzeichner zugerechnet wurde. Diese Zinsen sind jedenfalls Einkünfte aus Kapitalvermögen bzw. Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei institutionellen Investoren.

Somit sind die Tatbestandsmerkmale der Spekulation im Sinne des § 30 EStG 1988 erfüllt. Der Zeitpunkt des Geldflusses ist unerheblich, da die Verfügungsmacht bereits mit der Angabe des Kontos, auf das der Betrag überwiesen werden sollte, erlangt wurde.

Die X-Bank hat am 23.5.2007 die HAAG gekauft und im Oktober 2007 ist der Kaufpreis geflossen. Daher hatten die Anteilsscheinzeichner bereits spätestens ab November 2007 die Verfügungsmacht über ihren Gewinn. Dies ergibt sich auch daraus, dass sie bereits

*ihre Kontoverbindung bekannt geben mussten und damit darüber verfügten was mit dem Geld passiert.*

*Weitere Indizien für die Steuerpflicht sind 2 Schreiben an die Genussscheinzeichner:*

*In einem ersten **Schreiben vom 11. Oktober 2007** wurden die Anteilsscheinzeichner darüber informiert, dass das "Closing" am 9.10.2007 erfolgt ist und der Kaufpreis von der X-Bank überwiesen wurde. "Aus technischen Gründen verbleibt ein Anteil von 0.22 % bis auf weiteres bei der BCC.*

*In einem zweiten **Schreiben an die Anteilsscheininhaber vom 21.11.2007** wurden diese über die steuerlichen Folgen informiert. Auszug aus dem Schreiben:*

*[**Diejenigen Genussscheinzeichner ... siehe oben zitiertes Schreiben**]*

*Auch daraus ergibt sich dass die einzelnen Genussscheinzeichner die Möglichkeit hatten, sich ihren Gewinnanteil - oder zumindest einen Großteil davon - ausbezahlen zu lassen. Bei der Abrechnung der institutionellen Investoren die eine Vorabzahlung erhalten haben, wurde diese Vorabzahlung aufgegliedert in Zinsen und Gewinnanteil.*

*Diese Abrechnung erfolgte mit **Schreiben vom 6.12.2007**, in dem unter Pkt.*

*I "Calculation of Exit proceeds" eine genaue Berechnung für die einzelnen Anteilsscheinzeichner erfolgte (und zwar je nach Zeichnungssumme). Bei der endgültigen Abrechnung im Jahr 2008 konnten die Anteilsscheinzeichner auf Grund der verspäteten Auszahlung noch zusätzlich Zinsen lukrieren (da das Geld zwischenzeitlich veranlagt wurde und eine "Sonderdividende" ausbezahlt wurde). Die Auszahlung ein Jahr später erfolgte aus rein steuerlichen Gründen. Damit sollte versucht werden die Abgabenpflicht in Österreich zu umgehen.*

*Aus den oben angeführten Gründen sind daher nach ha. Ansicht die Überschüsse aus den Genussscheinabschichtungen im Jahr 2007 als Spekulationseinkünfte und die Zinsen im Jahre 2008 als Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerpflichtig. Die bisherigen Bemessungsgrundlagen werden daher von der BP, wie nachstehend dargestellt, geändert.*

*Der Bf. hat sich mit insgesamt € 500.000,00 beteiligt.“*

Der Prüfer erfasste 2007 Spekulationseinkünfte in Höhe von € 263.626,90 (€ 763.626,90 abzgl. € 500.000,00) und 2008 Einkünfte aus Kapitalvermögen von € 10.961,12.

Das Finanzamt folgte den Feststellungen des Prüfers und erließ entsprechende **Einkommensteuerbescheide 2007 und 2008**.

**Beschwerde:**

In der **Beschwerde gegen die Einkommensteuerbescheide 2007 und 2008** begehrte der Bf., den Veräußerungsgewinn von € 274.588,02 (lt. Finanzamt € 263.626,90 Spekulationsgewinn) und die Einkünfte aus Kapitalvermögen in Höhe von € 10.961,12 steuerfrei zu stellen.

Die relevanten Verpflichtungsgeschäfte seien der Subscription Letter vom 5.12.2006 und das Purchase Agreement vom 12.8.2008. Der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung der Genussrechte habe somit zwölf Monate weit überschritten.

In Pkt. 13 GB seien verschiedene Rückführungsmöglichkeiten für die Genussscheine vorgesehen. Die Anschaffung und die Veräußerung der Aktien seien nach den GB und auch faktisch im alleinigen und uneingeschränkten Ermessen der Emittentin der Genussscheine gelegen. Die Emittentin sei auch in der Entscheidung frei gewesen, ob und wann die Aktien der HAAG verkauft würden. Sie sei keine Verpflichtung eingegangen, die Aktien innerhalb von drei Kalenderjahren zu verkaufen. Es habe keine feste Zusage an die Genussrechtsinhaber gegeben, ob und wann es innerhalb der ersten drei Jahre nach Emission zu einer Rückführung des Kapitals kommen würde.

Sollte die Emittentin einen Verkauf innerhalb von drei Kalenderjahren durchführen, dann sei sie nach bestimmten Regeln nach Erhalt des vollständigen Veräußerungserlöses angehalten gewesen, den Erlös an die Genussscheininhaber zurückzuführen (frühestens nach zwölf Monaten nach der Emission der letzten Tranche der Genussrechte). Damit würden die Genussrechte beendet.

Lediglich für den Fall, dass in den ersten drei Jahren kein Verkauf der Aktien stattfinden sollte, hätten die Genussrechtsinhaber in einem abgestuften Verfahren (mit qualifizierter Mehrheit) einen Rückkauf verlangen können, wobei die Emittentin nur Rückkaufbemühungen zugesagt habe (basierend auf einer Bewertung der Emittentin). Für den Fall, dass die Rückkaufbemühungen scheitern sollten, hätten die Genussscheininhaber allenfalls eintreten können bzw. weitere Rechte gehabt.

Die Genussscheine seien auf unbestimmte Zeit ausgegeben worden. Außer den angeführten Beendigungsmöglichkeiten hätten keine Kündigungsmöglichkeiten bestanden. Es sei daher nicht von vornherein festgestanden, ob und wann es zu einer Beendigung der Genussrechte komme (vgl. VwGH 26.11.2002, 99/15/0159).

Nach Pkt. 13.3. der GB hätte die Emittentin die Beträge, welche an jeden Empfänger aus Pkt. 13.2 der GB ergehen, innerhalb von 10 Kalendertagen nach vollem Erhalt der Ausstiegserträge (lt. FA „Ausstiegsberechnungsdatum“ „Exit Calculation Date“) den für den einzelnen Genussscheininhaber sich errechnenden Abschichtungsbetrag für das Genussrecht (lt. FA „Ausstiegsberechnungsbetrag“ „Exit Distribution Amount“) und den Zeitpunkt, zu welchem diese Beträge an die Genussscheininhaber ausbezahlt werden, in Form einer entsprechenden Mitteilung (laut FA „Ausstiegsberechnungsmitteilung“ „Exit Calculation Notice“) innerhalb von zwei Tagen nach dem Ausstiegsberechnungsdatum dem Genussscheininhaber zukommen zu lassen gehabt. Dies sei beim Bf. mit **Schreiben der BCC vom 22. 7. 2008** erfolgt.

Erst nach Erfüllung der Bedingungen in Pkt. 13.4 - Meldepflichten des Genussrechtsinhabers über den Erhalt der Ausstiegsberechnungsmitteilung und Bekanntgabe der Bankdaten - konnte nach Pkt. 13.5 die Emittentin den Ausstiegsberechnungsbetrag an den Genussscheininhaber auszahlen, dies

aber nicht vor Ablauf von zwölf Monaten nach der Emission der letzten Serie von Genussscheinberechtigungen. Nach dem Verkauf der restlichen 10.580 Aktien an die X-Bank sei die Abschichtung der Genussscheine durch die Emittentin am 3.7.2008 erfüllt worden (siehe das Schreiben der BCC vom 22.7. 2008 an den Bf.). Der spätere Verkauf dieser Aktien hätte nach Informationsstand des Bf. luxemburgische steuerliche Gründe gehabt. Diese Vorgehensweise sei mit der luxemburgischen Steuerbehörde abgestimmt gewesen.

Das Datum des Purchase Agreement vom 12.8.2008 sei nach den Genussrechtsbedingungen der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Verkaufsgeschäftes und gleichzeitig der Beendigung der Genussscheine.

Unzutreffend sei, dass Investoren zum Teil 2007 abgeschichtet worden seien bzw. an diese ihr Gewinnanteil ausbezahlt worden wäre; die institutionellen Investoren hätten nur eine Vorauszahlung/Abschlagszahlung auf eine spätere Abschichtung erhalten. Selbst wenn man das in rechtlicher Hinsicht als Anbot auf Rückkauf/Abschichtung ansehen würde, wäre dadurch der Spekulationstatbestand nicht erfüllt, weil der Bf. dieses Angebot nicht angenommen habe. Die Möglichkeit eines Verkaufs reiche für die Erfüllung des Spekulationstatbestandes nicht aus. Selbst wenn ein Eigentümer ein Kaufanbot ablehne, liege keinesfalls eine beide Vertragsparteien bindende unwiderrufliche, einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorwegnehmende Vereinbarung vor.

Es sei nicht „*die Auszahlung so lange aufgeschoben worden, bis die Jahresfrist (des § 30 EStG) abgelaufen war*“, sondern sei vor Ablauf der Ein-Jahresfrist keine Rückkaufvereinbarung abgeschlossen worden. Für die Beurteilung einer allfälligen Steuerpflicht sei dies nicht relevant, da es regelmäßig und immer in der freien Entscheidung eines Investors liege, wann er sein Investment veräußere.

Die Entscheidung des Investors, mit der Veräußerung bis zum Ablauf der Ein-Jahresfrist des § 30 EStG zuzuwarten, sei jedenfalls zulässig und die bewusste Anwendung dieser gesetzlichen Regelung kein Missbrauch (vgl. VwGH 13.9.1988, 87/14/0128). Die Erzielung einer Steuerersparnis auf einem vom Gesetzgeber selbst aufgezeigten Weg könne keinesfalls einen Gestaltungsmisbrauch darstellen (siehe auch VwGH 20.6.1995, 92/13/0268; 23.5.1990, 89/13/0272; 28. 4. 1994, 92/16/0161; 9.12.2004, 2002/14/0074; 29.9.2010, 2005/13/0079).

Dass jene Investoren, welche zu einem späteren Zeitpunkt ihre Genussscheine abschichten ließen, einen höheren Abschichtungserlös (kalkulatorisch durch den zwischenzeitlich lukrierten Zinsertrag) erhalten hätten, sei kein Indiz für eine allfällige Steuerpflicht nach § 30 EStG; unterschiedlich hohe Verkaufserlöse zu unterschiedlichen Verkaufszeitpunkten würden jedem Wertpapierinvestment innewohnen.

Die Vorauszahlung, die einige institutionelle Investoren erhielten, dürfte nicht dazu geführt haben, dass diese insoweit keinen Anspruch mehr auf die Veranlagungserträge der Emittentin im Rahmen der späteren Abschichtung gehabt hätten. Der sich für die anderen Genussscheininhaber in Folge der zwischenzeitlichen zinsbringenden Veranlagung

des Vermögens der BCC ergebende höhere Abschichtungserlös stelle rechtlich und wirtschaftlich gesehen „den Abschichtungserlös für das Genussrecht“ und nicht einen auf der Ebene des Genussscheininhabers gesondert festzustellenden und als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandelnden Zinsertrag dar.

Die Ausführungen des Finanzamtes, „... *da Verfügungsmacht bereits mit der Angabe des Kontos, auf das der Betrag überwiesen werden sollte, erlangt wurde*“, würde in Widerspruch zu seinen zutreffenden Ausführungen stehen, dass für § 30 EStG ausschließlich der Zeitpunkt des Abschlusses des jeweiligen Verfügungsgeschäftes maßgeblich sei. Es sei nicht nachzuvollziehen, wieso dann allein die Angabe einer Bankverbindung ein Kriterium für die Erfüllung der 1-Jahresfrist des § 30 EStG sein soll, ebenso wenig zutreffend sei, „*Die Auszahlung ein Jahr später erfolgte aus rein steuerlichen Gründen. Damit sollte versucht werden die Abgabenpflicht in Österreich zu umgehen*“.

Das Schreiben der BCC an die Genussscheininhaber über die steuerlichen Regelungen im Falle der Veräußerung der Genussscheine habe keine Relevanz für eine allfällige Steuerpflicht nach § 30 EStG. Solche Informationen an Investoren würden sich regelmäßig in den Prospektunterlagen diverser Emittenten finden.

Die Finanzverwaltung begründe nicht, welches schuldrechtliche Rechtsgeschäft innerhalb der Jahresfrist ab dem 5.12.2006 zwischen dem Bf. und der Emittentin abgeschlossen worden wäre, das beide Vertragsparteien gebunden und einen späteren Kaufvertrag wirtschaftlich vorweggenommen hätte (vergleiche dazu VwGH 7.4.1981, 14/3294/80; 8.2.1989, 88/13/0049, 88/13/0050; 20.11.1997, 96/15/0256; UFSI vom 20.9.2011, GZ. RV/0614-I/07).

Nach den GB hätten die Genussscheininhaber keinerlei Zugriffsrechte auf das Vermögen der Emittentin, keine Mitwirkungsmöglichkeit und keine Weisungsbefugnis gehabt. Sie hätten - soweit für den konkreten Zeitraum relevant - kein Kündigungsrecht und kein Recht, einen Rückkauf zu verlangen. Daher hätten die Genussscheininhaber nach dem Verkauf der Aktien durch die BCC keine Verfügungsmacht über den durch die Emittentin erzielten und veranlagten Erlös gehabt. Die Genussscheininhaber seien nicht wirtschaftliche Eigentümer des Vermögens der Emittentin gewesen.

Bis zu ihrem Ausscheiden hätten die Genussscheininhaber an der Vermögensentwicklung der Emittentin und damit an deren Ertrag bringenden Veranlagungen deren Vermögens teilgenommen, die Kosten und Risiken der Emittentin zu tragen und alle ihre Rechte und Pflichten aus dem Genussrechtsverhältnis gehabt. Sie hätten an der weiteren Wertentwicklung der Emittentin teilgenommen, insbesondere an der von der HAAG im Mai 2008 ausgeschütteten Sonderdividende bzw. Nachbesserung des Verkaufserlöses. Die Genussscheininhaber hätten vor ihrem rechtlichen Ausscheiden ihre Rechtsposition nicht aufgegeben und damit keine „wirtschaftliche Übertragung“ vorgenommen.

Das Finanzamt legte die Beschwerde dem UFS - nunmehr BFG - zur Entscheidung vor.

### 3. VERFAHREN VOR DEM BFG:

Im Verfahren vor dem BFG legte der Bf. in der Vorhaltsbeantwortung vom 01.7.2013 noch viele der in der oa. Tabelle festgehaltenen Schreiben vor. Der Bf. machte noch ergänzende Ausführungen im Vorhalt vom 8.8.2013.

In seiner **Stellungnahme vom 15.10.2014** blieb das Finanzamt bei seiner Ansicht. Das nachträglich abgeschlossene Purchase Agreement sei nicht als das für die Berechnung der Spekulationsfrist entscheidungsrelevante Verpflichtungsgeschäft anzusehen. In den GB sei ein Verkauf der Genussscheine durch den Genusscheininhaber (Holder) nicht vorgesehen, sie würden auch keine Regelung über ein Purchase Agreement enthalten.

Für den Fall des „Exit“, d.h. der Veräußerung der Aktien der HAAG innerhalb dreier Jahre, sei in Pkt. 13 der GB ein Verpflichtungsgeschäft (Verkauf/Abschichtung) nicht vorgesehen gewesen. Pkt. 13 regle nur die Ermittlung und die Auszahlung des Ausschüttungsbetrages. Für die Realisierung des Gewinnes aus der Beteiligung an der BCC habe es nach den GB nur des Zuflusses des Veräußerungserlöses aus der Veräußerung der HAAG-Aktien bedurft, aber keines gesonderten Verkaufes der Genussscheine durch die Inhaber. Nach den GB habe der Rückkauf/die Abschichtung mit Zufluss des Verkaufserlöses daher als bewirkt gegolten. Der Rückkauf/die Abschichtung sei somit schon mit Zeichnung der Genussscheine und Akzeptierung der GB - also im Zeitpunkt der Anschaffung der Genussscheine - verbindlich vereinbart worden, sei doch der alleinige und einzige Zweck der BCC der Kauf und der Weiterverkauf der HAAG-Aktien gewesen.

Da die GB für die Abschichtung und Gewinnrealisierung kein gesondertes Verpflichtungsgeschäft als erforderlich vorgesehen hätten, sei für die Berechnung der Spekulationsfrist der Zeitpunkt der Verwirklichung des einzigen Zwecks der BCC - nämlich der Zufluss des Verkaufserlöses aus dem Verkauf der HAAG-Aktien - bzw. der Zeitpunkt der Berechnung und Mitteilung des Ausschüttungsbetrages relevant.

Stelle man bei der Beurteilung der Frage, ob ein unterjähriges Verpflichtungsgeschäft vorliege, darauf ab, ob jemand erkläre, an einer Vorabzahlung teilzunehmen oder nicht, so mache man die Erfüllung des Spekulationstatbestandes - entgegen der Rechtsprechung - im Ergebnis vom Zufluss des Veräußerungserlöses abhängig.

Im **Schreiben vom 21.01.2016** teilte das BFG den Parteien mit, dass es in seinen Erkenntnissen vom 03.12.2015, GZ. RV/1100197/2015, vom 10.12.2015, GZ. RV/1100324/2011 und vom 18.12.2015, GZ. RV/1100326/2011, die Ansicht vertreten habe, dass hier obligationsähnliche Genussrechte vorliegen, deren Erträge nach § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 entsprechend dem Zufluss im Jahr 2008 zu erfassen wären.

Gegen diese Ansicht wurden seitens der Parteien keine Einwendungen erhoben.

Im **Schreiben vom 10.5.2016** zog der Bf. die Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2008 zurück. Die Beschwerde betreffend Einkommensteuer

2007 blieb aufrecht, der Bf. verzichtete jedoch auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat.

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

#### **A. MÜNDLICHE VERHANDLUNG VOR DEM SENAT**

Zumal der Bf. seinen Antrag auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit Schreiben vom 10.5.2016 zurückgezogen hat, und für die Einzelrichterin keine Gründe erkennbar sind, die ihren Antrag bedingen würden, erfolgt die Entscheidung durch die Einzelrichterin ohne Abhaltung einer mündlichen Verhandlung.

#### **B. SPEKULATIONSEINKÜNFTEN UND EIGENSCHAFT DER GENUSSRECHTE**

Bezüglich des Sachverhalts darf auf die Ausführungen unter Pkt. 1. und insbesondere die dort angeführten Schriftstücke verwiesen werden. Die maßgeblichen Grundlagen und Fundstellen sind in Klammer angeführt. Des Weiteren auf die Vorbringen der Parteien im Verfahren vor dem Finanzamt (Pkt. 2.) und BFG (Pkt. 3.) sowie die dort vorgelegten Unterlagen.

Strittig ist im vorliegenden Fall primär, ob der Bf. im Jahr 2007 Spekulationseinkünfte iSd § 30 EStG 1988 erzielte, insbesondere auch, ob der Zufluss binnen der gesetzlichen Ein-Jahres-Frist - erfüllt ist oder nicht. Während der Bf. davon ausgeht, die „Abschichtung“ seiner Genussrechte (und damit der Zufluss der daraus resultierenden Einkünfte) sei erst nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist erfolgt, vertritt das Finanzamt die Auffassung, der Bf. habe schon vor Ablauf der Frist wirtschaftlich über den Abschichtungs- bzw. Auszahlungszeitpunkt verfügen können, womit steuerlich die Verwirklichung des Spekulationstatbestandes eingetreten sei.

Mit Bekanntgabe der Entscheidung des BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, ua., wurde noch die Frage nach der steuerrechtlichen Qualität der Genussrechte aufgeworfen, Diesbezüglich haben aber die Parteien keine Stellungnahme abgegeben.

In dem mit Erkenntnis des BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011, entschiedenen Verfahren lagen Sachverhalte zugrunde, in denen sich der jeweiligen Beschwerdeführer zu genau denselben Bedingungen an der BCC beteiligt hatte wie der Bf. in dem hier zu beurteilenden Fall.

In diesem Verfahren haben Torggler und Karollus Gutachten vorgelegt, im vorliegenden Verfahren gibt es nur das Gutachten Torggler. Dieser hat überzeugend dargelegt, dass die nicht zu Vorabzahlungen optierenden Genussrechtsinhaber zivilrechtlich nicht innerhalb der Spekulationsfrist über ihren allfälligen Zahlungsanspruch verfügt haben. Torgglers Ausführungen unter Punkt 5.7 seines Gutachtens sind allerdings missverständlich. Wenn dort vom Anteil der Genussrechtsinhaber am Liquidationserlös die Rede ist, dann ist klarzustellen, dass nicht von der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft die Rede ist, sondern dass als Liquidierung nur der Verkauf (exit) des HAAG-Aktien-Paketes gemeint ist bzw. angesprochen sein kann.

Wenn auch systematisch § 27 EStG 1988 vor den Spekulationseinkünften des §30 EStG 1988 zu beurteilen wäre, so wird hier die für die „Steuerfreistellung“ primär strittige Frage der Spekulationseinkünfte vorweg behandelt.

### **SPEKULATIONSEINKÜNFE:**

Spekulationsgeschäfte sind nach dem für den Fall relevanten **§ 30 Abs. 1 Z. 1 lit.**

**b EStG 1988** Veräußerungsgeschäfte von anderen (als den im lit. a. genannten) Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren im Sinne des § 1 Abs. 1 des Depotgesetzes, bei sonstigen Beteiligungen und Forderungen, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt.

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

Im vorliegenden Fall gehen die Parteien von der Anschaffung der Genussrechte mit dem Subscription Letter vom 5.12.2006 aus. Das Verpflichtungsgeschäft für den Verkauf erblickt der Bf. im Purchase Agreement vom 12.8.2008. Das Finanzamt erachtet die für den Spekulationstatbestand relevanten Ereignisse a) im Zufluss des Veräußerungserlöses an die BCC bzw. b) im Zeitpunkt der Berechnung und Mitteilung des Ausschüttungsbetrages (Stellungnahme des Finanzamtes vom 15.10.2014).

Unstrittig ist der Anschaffungszeitpunkt. Das BFG vermag jedoch dem Bf. nicht zu folgen, das Purchase Agreement als Verfügungsgeschäft für den Verkauf zu sehen:

Bereits mit dem Erwerb der Genussrechte im Dezember 2006 hatte der Bf. den Anspruch des ihm aufgrund 13.2 zustehenden Ausstiegsberechnungsbetrages erworben. Den GB und insbesondere ihrem Pkt. 13 ist keine Bestimmung zu entnehmen, in der von einem „formellen“ Rückkauf in Form des Purchase Agreement die Rede wäre. Ebenso wenig gibt das Schreiben der BCC vom 21.11.2007 einen Anhaltspunkt für einen 2008 vereinbarten Rückkauf, wenn es heißt: *"In diesem Sinne soll das Gesamtinvestment voraussichtlich erst ab Mitte nächsten Jahres liquidiert und verteilt werden."* oder das Schreiben vom 22.7.2008: *"Es ist uns eine Freude, nun mit der Abwicklung des gemeinsamen Investments beginnen zu können."*

Torggler meint, dass - selbst für den Fall, dass der Bf. durch Ankreuzen der Option 1 an der Vorabzahlung teilgenommen hätte - jedenfalls noch ein weiterer Schritt notwendig gewesen wäre, um eine tatsächliche Auszahlung an den Bf. zu bewirken (Pkt. 5.23); erst durch die Gegenzeichnung des Purchase Agreement habe der Bf. das auf den Rückkauf gerichtete Angebot der BCC angenommen. Angesichts des Wortlautes (des Pkt. 13) der GB vermag das BFG für die dem Bf. zustehenden Ansprüche keine „Notwendigkeit“ zum Abschluss eines Purchase Agreement zu erblicken und kann daher diesen Ausführungen Torgglers nicht folgen.

Die Ausführungen des Bf. in der Beschwerde, „*Sollte die Emittentin einen Verkauf innerhalb von 3 Kalenderjahren durchführen, dann war sie nach bestimmten Regeln*

*nach Erhalt des vollständigen Veräußerungserlöses angehalten, den Erlös an die Genussscheininhaber zurückzuführen (frühestens nach 12 Monaten nach der Emission der letzten Tranche der Genussrechte). Damit werden die Genussrechte beendet.“, vermögen nicht dafür zu sprechen, dass von Beginn an zwischen dem Bf. und der BCC für den Fall des „normalen Exit“ der Abschluss eines Purchase Agreement vereinbart gewesen wäre.*

Gegen einen „Rückkauf“ für den Fall des „Exit“ spricht auch der Umstand, dass aus den Unterlagen nicht hervorgeht bzw. die Parteien nicht behaupten, dass bei Inanspruchnahme der „Vorabzahlung“ ein entsprechendes Purchase Agreement abgeschlossen worden wäre.

Wenn der auf Basis der GB bestehende Auszahlungs- bzw. Abschichtungsanspruch des Bf. entgegen den (geänderten) GB und ohne Notwendigkeit in einen Anspruch auf Grund eines Rückkaufvertrages (um)gekleidet wird, so ist der erstmals am 22.7.2008 in den Raum gestellte „Rückkauf“ steuerlich unbeachtlich. Ein „Rückkauf“ war nur für den Fall vorgesehen, dass innerhalb der ersten drei Jahre der EPR-1-Laufzeit kein Ausstieg (= Verkauf des Zielaktien-Paketes) erfolgt wäre. Eine solche Konstellation lag hier aber niemals vor.

Nach Ansicht des BFG ist das Purchase Agreement kein von den Parteien von Beginn an vereinbartes und durchzuführendes „Verpflichtungsgeschäft“ über den Verkauf der Genussrechte vom Bf. an die BCC gewesen. Zumal es - weil nicht von Beginn an vereinbart, sondern nachträglich und ohne Notwendigkeit abgeschlossen - steuerlich irrelevant war, fehlt es hier an einem für den Spekulationstatbestand erforderlichen Verpflichtungsgeschäft.

Was die Ansicht des Finanzamtes anlangt, der Bf. hätte durch die Erklärung, an der Vorabzahlung nicht teilnehmen zu wollen, bereits über seine Genussrechte „verfügt“, so ist Folgendes zu berücksichtigen:

Wie Torggler in seinem Gutachten festhält, hat (auch nach den geänderten GB) die Erklärung des Bf., an der Vorabzahlung nicht teilzunehmen, keine Änderung seines Zahlungsanspruches hinsichtlich Berechnung und Fälligkeitszeitpunkt bewirkt (Pkt. 5.9 und 5.10 des GA), war nicht auf den Abschluss eines Rückkaufsvertrages (Pkt. 26.1) gerichtet (Pkt. 5.11 des GA), war auch im Schreiben vom 21.11.2007 kein Rückkaufsangebot enthalten (Pkt. 5.12 des GA), keinen Verzicht auf seinen Anspruch bewirkt (Pkt. 5.13 des GA) und auch zu keiner Übertragung des Genussrechts bzw. –scheins geführt (Pkt. 5.14 des GA). Der Bf. hat keine „Fähigung“ getroffen, der Zahlungsanspruch des Bf. gegenüber der BCC wurde weder inhaltlich geändert, zum Erlöschen gebracht oder übertragen (Pkt. 5.15 des GA).

Das BFG schließt sich den diesbezüglichen Ausführungen Torgglers an. Demnach kann in der Erklärung des Bf. noch kein „Fähigen“ über seinen Zahlungsanspruch aus dem Subscription Letter erblickt werden. Mangels einer „Fähigung“ über den

Zahlungsanspruch gegenüber der BCC fehlt es nun an einer „Veräußerung“ innerhalb eines Jahres ab Anschaffung.

Wie bereits oben festgehalten, hat Torggler auch eingehend ausgeführt, dass der Bf. als nicht zu Vorabzahlungen optierender Genussrechtsinhaber zivilrechtlich nicht die Möglichkeit hatte, innerhalb der Spekulationsfrist über seinen allfälligen Zahlungsanspruch zu verfügen.

Die vom Finanzamt im angefochtenen Einkommensteuerbescheid 2007 erfassten Spekulationseinkünfte liegen daher nicht vor und sind nicht zu erfassen.

## **EIGENSCHAFT DER GENUSSRECHTE - EINKÜNFTE AUS KAPITALVERMÖGEN - ZEITPUNKT DER STEUERLICHEN ERFASSUNG?**

Es ist nun das Investment - von der Systematik her ohnehin vorrangig - zu prüfen, ob es allenfalls unter einen der Tatbestände des § 27 EStG 1988 zu subsumieren ist. **§ 27 EStG 1988** lautet in der in den Streitjahren geltend Fassung – soweit gegenständlich relevant - wie folgt:

- (1) Folgende Einkünfte sind, soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 gehören, Einkünfte aus Kapitalvermögen:
  1. a) Gewinnanteile (Dividenden), Zinsen und sonstige Bezüge aus Aktien oder Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
  - b) Gleichartige Bezüge und Rückvergütungen aus Anteilen an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.
  - c) Gleichartige Bezüge aus Genussrechten und aus Partizipationskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.
2. Gewinnanteile aus der Beteiligung an einem Unternehmen als stiller Gesellschafter sowie aus der Beteiligung nach Art eines stillen Gesellschafters, soweit sie nicht zur Auffüllung einer durch Verluste herabgeminderten Einlage zu verwenden sind. Verlustanteile aus solchen Beteiligungen sind nicht zu berücksichtigen.
3. Zinsen aus Hypotheken. Bei Tilgungshypotheken ist nur der Teil der Zahlung steuerpflichtig, der als Zinsen auf den jeweiligen Kapitalrest entfällt.
4. Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, zum Beispiel aus Darlehen, Anleihen, Einlagen, Guthaben bei Kreditinstituten und aus Ergänzungskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

### **Eigenschaft der Genussrechte**

Das BFG teilt die Auffassung, dass die strittigen EPR als Genussrechte (Beteiligungsrechte) zu qualifizieren sind. Fraglich ist, ob die Genussrechte als aktienähnlich oder als obligationenähnlich zu qualifizieren sind. Fraglich ist weiters, ob und inwieweit der Bf. mit den Bezügen (iwS) aus dem Genussrecht in den einzelnen Streitjahren der Einkommensteuerpflicht unterliegt.

Lehre (Doralt, EStG16, § 27 Tz 49 und 89; Lang/Schuch/Staringer, KStG § 8 Rz 183 ff; Jakom/Marschner, EStG, 2008, § 27 Rz 39 und 73; Achatz/Kirchmayr, KStG1, § 8 Tz 452 ff;), Rechtsprechung (VwGH 29.3.2006, 2005/14/0018; VwGH 24.2.2004, 98/14/0131; UFS 25.1.2005, RV/0263-G/03; UFS 2.12.2013, RD/0059-W/13) und Finanzverwaltung (EStR 2000, Rz 6139; KStR 2001, Rz 539) vertreten hinsichtlich der angesprochenen Zuordnungs- bzw. Abgrenzungsfrage, die im systematischen Zusammenhang mit § 8 KStG steht (Doralt, EStG16, § 27 Tz 48), im Wesentlichen übereinstimmend auf folgendem Standpunkt, den auch der Bf. in seinem Schreiben vom 12.10.2015 grundsätzlich zutreffend dargestellt hat:

Sogenannte Substanzgenussrechte liegen vor, wenn der Inhaber des Rechts in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen am Gewinn und Verlust sowie am Vermögen und am Liquidationsgewinn beteiligt ist. Die in § 8 Abs. 3 KStG genannten Voraussetzungen für die Wertung als Substanzgenussrecht [Beteiligung am (Total)Gewinn und am Liquidationsgewinn] werden im Schrifttum zu Recht als unabdingbare Voraussetzung (arg. "müssen") für die Wertung als aktienähnliches Genussrecht im Sinne von § 27 Abs. 1 Z 1 lit c EStG angesehen (vgl. Achatz/Kirchmayr, KStG1, § 8 Tz 452, 456, 464).

Erfolgs- und Substanzbeteiligung stellen also grundsätzlich Voraussetzungen für Substanzgenussrechte dar. Das BFG teilt diese Rechtsmeinung.

Keine ausreichende Gewinnbeteiligung liegt hingegen vor, wenn nur an das Ergebnis eines Geschäftsbereiches der emittierenden Gesellschaft angeknüpft wird (Achatz/Kirchmayr, KStG1, § 8 Tz 459; KStR 2001 Rz 540). Aktionärstypische Mitgliedschaftsrechte (wie insbesondere das Stimmrecht) sind demgegenüber nicht unbedingt erforderlich. Sie können jedenfalls in untergeordnetem Ausmaß vorliegen. Partizipiert der Genussrechtsinhaber lediglich am Ergebnis eines Teilbereiches, liegt keine ausreichende Gewinnbeteiligung vor. Die Beteiligung an den stillen Reserven einzelner Wirtschaftsgüter ist nicht ausreichend.

Ob aus Sicht der emittierenden Gesellschaft Genussrechtskapital als Verbindlichkeit oder als Eigenkapital angesehen wird, hängt davon ab, ob die Summe der Fremdkapitalkriterien oder jene der Eigenkapitalkriterien in Qualität und Quantität überwiegt. Für den Eigenmittelcharakter sprechen dabei etwa eine unbegrenzte Laufzeit, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, die Nachrangigkeit gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das Fehlen einer Besicherung. Fremdkapitalkriterien sind etwa die - mit anderen Gesellschaftsgläubigern gleichrangige - Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten. Ein weiteres Fremdkapitalkriterium ist das Vorliegen einer (Mindest)Verzinsungsvereinbarung. Aus ertragsteuerlicher Sicht ist entscheidend, ob der Inhaber von Genussrechten eher als Gesellschafter, denn als bloßer Darlehensgeber fungiert und anzusehen ist. Genussrechte und die Erträge aus ihm sind in einer Totalbetrachtung auf Basis der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu würdigen. Entscheidend ist demzufolge der Inhalt der vertraglich getroffenen und auch vollzogenen

Vereinbarungen, nicht aber die dabei verwendeten Bezeichnungen (siehe auch BFG vom 10.12.2015, RV/4100324/2011).

Wendet man die dargelegte Rechtslage auf den Beschwerdefall an, so zeigt sich:

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse überwiegen in Qualität und Quantität klar jene Kriterien, die für das Vorliegen von obligationenähnlichen Genussrechten sprechen. Dies im Einzelnen aus folgenden Gründen:

**a. Liquidationsbeteiligung:**

Die BCC wurde in den Streitjahren nicht liquidiert. Die Genussrechtsinhaber konnten daher gar keinen Anteil vom Liquidationserlös der BCC erhalten. Wenn die GB von Liquidationserlösen sprechen, ist immer nur der Erlös aus einem bestimmten Geschäft, nämlich dem Verkauf der Zielaktien gemeint, also nicht der hier maßgebliche Erlös aus der Liquidierung der emittierenden Gesellschaft. Dies geht klar und eindeutig aus dem im Beschwerdefall angewendeten Pkt. 13 der GB hervor. Hingegen wurden die Pkt. 9.3 sowie 15ff. der GB, die den Ausnahmefall regeln, gegenständlich nicht angewendet. Insoweit sind die Ausführungen Torgglers in Punkt 5.7 seines Gutachtens missverständlich bzw. unrichtig. Der an dieser Stelle des Gutachtens angesprochene Liquidationsgewinn nimmt Bezug auf Punkt 13 der GB und handelt somit nicht von der Liquidation der emittierenden Gesellschaft, sondern nur von der Liquidierung bzw. dem Verkauf der Zielaktien. Auch das Schreiben der KPMG vom 25.10.2007 macht deutlich, dass die BCC - in Absprache mit der Luxemburger Steuerverwaltung, aber ohne Relevanz nach hier maßgeblichem Recht - den Rückkauf der Genussrechte mit der Liquidierung der BCC gleichgesetzt hat.

Außerdem ist zu beachten:

Im November 2007 (also nach dem Closing von SPA 1 am 9.10.2007) eröffnete die BCC in der Schweiz eine Filiale für "financing and investment operations" (KPMG-Schreiben vom 11.7.2011 an Mr. Muehlehner, 1/22). Im Dezember 2008, also nach dem Abschluss des Zielgeschäftes und nach Abschichtung der Genussrechtsinhaber verlegte die BCC den Ort der Geschäftsleitung nach Österreich. Schließlich wurde die BCC erst am 1.10.2010 mit einer österreichischen Gesellschaft verschmolzen (FN 318500h). Die BCC bestand also erhebliche Zeit über den Abschluss des Zielgeschäftes hinaus. All dies verdeutlicht, dass die Eigendefinition als "Zweckfahrzeug" (Special Purpose Vehicle, SPO) sowohl rechtlich als auch faktisch nur intern Bedeutung hatte (siehe seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen in BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

Was die Beteiligung an den stillen Reserven und am Liquidationsgewinn anlangt, so ist die nach Pkt. 9.3 GB vorgesehene, aber tatsächlich nicht eingetretene, nur im theoretischen Ausnahmefall schlagend werdende Beteiligung am Liquidationsgewinn unbeachtlich, da über die gegenständliche Beschwerde nicht auf Grund eines fiktiven Sachverhaltes abzusprechen ist. Der Umstand, dass nach Punkt 9.3 GB eine Beteiligung am Liquidationsgewinn möglich gewesen wäre, dass aber die eingetretene Abschichtung nach Punkt 13 GB eine solche nicht vorsah, verdeutlicht, dass der Bf. eben nicht am

Liquidationsgewinn beteiligt war (siehe seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen in BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

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

Dem Vorbringen, die BCC sei nur ein "Zweckfahrzeug" (Special Purpose Vehicle) gewesen, also eine Gesellschaft, die nur zum Abschluss des Zielgeschäftes berechtigt gewesen sei, ist entgegenzuhalten, dass zum einen diese Einschränkung nur im Innenverhältnis galt. Zum anderen hat die BCC über den Abschluss des Zielgeschäftes hinaus bestanden und Aktivitäten entfaltet. Eine Gleichsetzung der BCC mit dem Zielgeschäft ist daher unzulässig und auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht zutreffend (siehe seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen in BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

Es mag sein, dass die Anschaffungskosten der Genussrechte aus Sicht der BCC und beurteilt nach Luxemburger Recht als Eigenkapital der Gesellschaft bzw. als sozietares und nicht als obligationenähnliches Genussrecht (dept participation right) zu beurteilen ist. Die gegenständlich strittigen einkommensteuerrechtlichen Fragen sind aber allein nach österreichischem Recht (selbstverständlich unter Bedachtnahme auf Gemeinschaftsrecht) zu lösen (vgl. Doralt/Toifl, EStG14, § 2 Tz193; Jakom/Laudacher, EStG, 2009, § 2 Rz 189).

## **b. Gewinnbeteiligung:**

Eine Beteiligung am Gesamtgewinn (Bilanzgewinn) der emittierenden Gesellschaft als einer konsolidierten Größe, die zeitraumbezogen die Leistungsfähigkeit der BCC bzw. die Entwicklung ihres Vermögens zum Ausdruck bringt, sieht der zur Anwendung gelangte Pkt. 13 der GB nicht vor. Die GB regeln lediglich das Innenverhältnis zwischen der emittierenden Gesellschaft und den Genussrechtsinhabern. Weder der Ausstiegsbetrag nach Pkt. 13.2 GB als Ganzes noch Teile davon sind vom Gesamtgewinn der BCC abgeleitet. Die Genussrechtsinhaber hatten lediglich Anspruch auf einen Teil des Ausstiegserlöses (Erlös aus dem Verkauf des HAAG-Aktienpaketes), von dem wiederum nur Aufwendungen in Abzug gebracht werden durften, die im Zusammenhang mit dem bzw. in Bezug zum Zielgeschäft standen. Auf Basis der maßgeblichen GB stand den

Genussrechtsinhabern kein Anteil am Gewinn der Gesellschaft, sondern nur ein Teil vom wirtschaftlichen Erfolg zu, den die BCC aus dem Erwerb, dem Besitz und der nachfolgenden gewinnbringenden Verwertung der Zielaktien erzielte (siehe auch Karollus, Seite 5). Die Bilanz der BCC wies zum 31.12.2007 einen Gewinn von € 142 Mio. aus. Von diesem Gewinn erhielten die Genussrechtsinhaber keinen Anteil. Dabei wird natürlich nicht in Abrede gestellt, dass für die Abschichtung der Genussrechtsinhaber die Erlöse aus dem Verkauf der Zielaktien Verwendung fanden und dass diese Zahlungen (soweit sie die Rückzahlung des Nominales überstiegen) zu Lasten des Gewinnes der BCC (aber nicht als Anteil am Gewinn) geleistet worden sind. Dies aber ist nach Überzeugung des BFG für eine Qualifizierung als aktienähnlich unzureichend (Jakom/Marschner, EStG, 2008, § 27 Rz 37). Die GB vermittelten unter diesem Gesichtspunkt den Genussrechtsinhabern keine Position, die der eines Aktionärs der BCC, deren Rechte von Gesetz und Gesellschafts-Verfassung definiert waren, auch nur entfernt ähnlich war (siehe seitens der Parteien unwidersprochen gebliebene Ausführungen in BFG vom 10.12.2015, RV/1100324/2011).

**c. Vermögensbeteiligung:**

Auch eine Beteiligung am Gesamtvermögen der emittierenden Gesellschaft als einer konsolidierten Bilanz-Größe sehen die GB in Pkt. 13 nicht vor. Es ist nicht erkennbar, dass die Genussrechtsinhaber am Firmenwert und an den stillen Reserven der BCC beteiligt gewesen sein sollen. Wie Torggler in Pkt. 5.8 des GA festhält, war Inhalt des Genussscheinrechts ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung. Dies aber ist unzureichend für die Qualifizierung als aktienähnliches Genussrecht.

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

e. Die Laufzeit der Genussrechte war zwar in den GB nicht befristet (Pkt. 8), nach dem Zweck der Beteiligung aber auf den Abschluss eines Geschäfts beschränkt. Faktisch dauerte die Laufzeit somit keine zwei Jahre. Dies relativiert das an sich für den Standpunkt des Bf. sprechende Kriterium doch stark.

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

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

Wie ua. in GZ. RV/1100324/2011 festgehalten, waren aus den oben angeführten Gründen die Genussrechte als obligationenähnlich einzustufen und die Erträge aus ihnen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zu erfassen (vgl. Jakom/Marschner, EStG, 2009, § 27 Rz 73) und nach dem Zuflussprinzip (Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG16, § 27 Tz 16) zur Gänze im Jahr 2008 mit dem Sondersteuersatz zu besteuern (EB zum AbgÄG 1996, 497 BlgNr20.GP 23).

Das Investment des Bf. ist zivilrechtlich als Darlehen zu werten. Aus den GB (Pkt. 13.2) und der Abrechnung des Investments wird klar, dass es sich bei den dem Bf. zugeflossenen Beträgen - soweit sie das Investment übersteigen (Pkt. 13.2 lit a, „any amount required to fully repay each EPR-1 Nominal Amount to holder“) - um Erträge aus einer Forderung handelt.

Die strittigen Einkünfte sind mangels Anspruchsverwirklichung und Zuflusses nicht im Jahr 2007 zu erfassen, sondern 2008. Daher ist der Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2007 Folge zu geben und sind die vom Finanzamt als Spekulationseinkünfte erfassten Beträge aus der Besteuerung auszuscheiden.

Was die Erfassung aller zugeflossenen Beträge im Jahr 2008 anlangt, so ist diese dem BFG aufgrund der Zurücknahme der Beschwerde betreffend Einkommensteuer 2008 entzogen.

**Ergänzend darf noch Folgendes angemerkt werden:**

Wie bereits das BFG ua. in seiner Entscheidung GZ. RV/1100324/2011, ausgesprochen hat, hätte auch die Einstufung als aktienähnliches Genussrecht zu keinem anderen Ergebnis geführt. Denn es wäre zu beachten gewesen, dass im Beschwerdefall ein Verkauf des Genussrechtes nach den GB gar nicht erforderlich war. Vielmehr sind die dem Bf. gebührenden Liquidationsansprüche bereits mit dem Closing von SPA 2 verwirklicht und nachfolgend - aus welchen Gründen immer - in Ansprüche aus einem Rückkauf umgewandelt worden. Die nachträgliche Abänderung (Umkleidung) eines bereits verwirklichten Anspruchs ist aber steuerlich unbeachtlich. Fand aber kein steuerlich beachtlicher (Rück- bzw. Ver-)Kauf der Genussrechte statt, so fehlt es auch an einem Spekulationsgeschäft und wurde - wie oben festgehalten - auch kein Spekulationsgewinn erzielt. Bei dem bereits mit dem Closing von SPA 2 verwirklichten Anspruch handelt es sich also nicht um einen Anspruch auf Verkaufserlös bzw. um einen Anspruch auf Ablösung der Wertsteigerung der Substanz, sondern um einen Anspruch auf Teilnahme am Gewinn (wenn auch nicht am Totalgewinn der Gesellschaft und noch weniger am Liquidationsgewinn bzw. an der Vermögenssubstanz der emittierenden Gesellschaft), am wirtschaftlichen Erfolg, an Zinsen (vgl. Pkt. 13 der GB; Calculation). Das aber sind typischerweise Früchte für die Hingabe von Kapital. Es handelt sich in der Diktion von § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG 1988 um Bezüge, die gleichartig sind den Gewinnanteilen (Dividenden), Zinsen und sonstigen Bezügen aus Aktien.

Diese - wie erwähnt, lediglich hypothetisch vorgenommene - Beurteilung beruht auf folgenden Überlegungen:

Mit dem Closing von SPA 2 waren nach den eingangs dargestellten GB alle Voraussetzungen für einen Anspruch der EPR-Inhaber auf Liquidierung erfüllt. Wie bereits oben festgehalten, hat es mangels eines „Rückkaufs“ auch kein Spekulationsgeschäft gegeben.

Wären die Genussrechte als aktienähnlich zu beurteilen, so wären die Früchte aus diesem Investment allerdings als Bezüge aus Genussrechten, die Gewinnanteilen, Zinsen

und sonstigen Bezügen aus Aktien gleichartig sind (Punkt 13 GB spricht von anteiligen Erträgen, Erlösen und Zinsen; die Abrechnungen weisen Erlöse und Zinsen aus; das BCC-Schreiben vom 30.5.2007 spricht vom potentiellen Gewinn; das BCC-Schreiben vom 21.11.2007 spricht von Ertragsanteilen), gemäß § 27 Abs. 1 Z 1 lit. c EStG zu erfassen gewesen.

Aus Artikel 13 der GB ist klar erkennbar:

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

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

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

Bei der lt. Schreiben der BCC vom 24.11.2008 zur Auszahlung gelangten Sonderdividende handelt es sich um eine Nachzahlung, nicht aber um Ausstiegserlöse im engeren Sinne. Dies verdeutlichen zum einen die mit Schreiben vom 22.7.2008 einem privaten Investor wie dem Bf. erteilte Abrechnung („calculation of proceeds from the exit“), zum anderen

das Schreiben vom 22.7.2008 selbst „Zusätzlich zum Verkaufserlös aller Aktien konnte eine Sonderdividende aus dem Verkauf von vier Tochtergesellschaften ..... verhandelt werden“) und schließlich die mit Schreiben vom 24.11.2008 erteilte Schlussabrechnung („Dies ermöglicht uns ... die einbehaltene Sonderdividende ..... in voller Höhe auszahlen zu können.“).

Selbst wenn der Anspruch der Genussrechtsinhaber bereits mit dem Closing von SPA 1 verwirklicht worden wäre, würde dies nichts daran ändern, dass beim Closing von SPA 1 die in Punkt 13.5 GB vereinbarte Fälligkeitsbedingung noch nicht erfüllt war. Und auch die Höhe des Anteiles am Erlös war zu diesem Zeitpunkt noch in erheblichem Ausmaß ungewiss. Dies wird durch die Höhe der geleisteten Vorabzahlung von 86 % des gesamten Ausstiegsbetrages deutlich. Damit fallen (auch unter der Annahme von Substanzgenussrechten) die Tatbestandsverwirklichung (Steuerpflicht dem Grunde nach) und der für die zeitliche Erfassung der Einkünfte maßgebliche Zufluss (Doralt/Kirchmayer/ Mayr/Zorn, EStG16, § 27 Tz 16) zur Gänze in das Jahr 2008.

Das aber heißt:

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

Das bedeutet zusammenfassend:

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

## **C. ZULÄSSIGKEIT EINER REVISION**

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

bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

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

*Beilage:*

1 Berechnungsblatt (Einkommensteuer 2007)

1 Subscription Letter

Allgemeine Geschäftsbedingungen (unbeanstandet gebliebene deutsche Übersetzung der Terms and Conditions)

Klagenfurt am Wörthersee, am 16. Juni 2016