



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Adr, vertreten durch Dr. E. Igerz & Co Wirtschaftstreuhand, Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mbH, 6850 Dornbirn, Goethestraße 5, vom 27. August 2004 gegen die Bescheide des Finanzamtes Feldkirch vom 30. Juli 2004 betreffend Einkommensteuer für den Zeitraum 1994 bis 2000 sowie gegen den Bescheid betreffend Anspruchszinsen vom 30. Juli 2004 nach der am 25. April 2007 in 6800 Feldkirch, Schillerstraße 2, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

1) Die Berufungen gegen die Einkommensteuerbescheide für die Jahre **1995 bis 1999** werden als unbegründet abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

2) Der Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für **1994** wird Folge gegeben.

Der Berufung gegen den Einkommensteuerbescheid für **2000** wird teilweise Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den am Ende der folgenden Entscheidungsgründe als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen, die einen Bestandteil dieses Bescheidspruches bilden.

3) Die Berufung gegen den **Anspruchszinsenbescheid** wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Allgemeines zum Anlagemodell EACC

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

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

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

Im Platzierungsmemorandum, das Prospektcharakter hatte und – wie später von der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde beanstandet wurde – zum Teil unklare und unrichtige Angaben enthielt, wurde das Anlageprodukt wie folgt dargestellt: EACC sei eine internationale Geschäftsfirma, die zu dem Zweck gegründet worden sei, in europäische und amerikanische Industriefirmen zu investieren. Einziger Platzierungsmakler sei die VTH GmbH. Vorgesehen sei eine vierteljährlich auszuschüttende Dividende von 4% des Anlagekapitals. Um die Einlösung der Vorzugsaktien dem Investor gegenüber zu garantieren, kaufe und halte die EACC T-Bills, Aktien, Vorzugsaktien und Wandelschuldverschreibungen in einer Höhe, die die Gesamtheit der ausgegebenen Vorzugsaktien wertmäßig um 100% übersteige. EACC bevorzuge den mittel- bis langfristig orientierten Investor. Die Dividende von 16% p.a. gelte nach einer Laufzeit von 5 Jahren als verdient. Eine Stornierung sei jederzeit möglich, allerdings mit

Gewinnabschlägen für den Investor verbunden. Im Falle der Stornierung erfolge die Rückzahlung des Anlagebetrages nach 60 Tagen. Werde die EACC-Beteiligung innerhalb des ersten Jahres zurückgegeben, kämen 10% p.a. zur Anrechnung, bei einer Laufzeit bis 3 Jahren 12% p.a., bei einer Laufzeit bis 5 Jahren 14% p.a., schließlich, ab 5 Jahren, 16% p.a. Die vorschüssig erhaltenen Dividenden würden bei einer Kündigung vor Ablauf von 5 Jahren der tatsächlichen Laufzeit entsprechend beim Auszahlungskapital in Abzug gebracht. Nach Ablauf des 6. Jahres bis maximal zum 10. Jahr erhalte der Investor 1% pro Jahr als Treuebonus seinem Kapital hinzugerechnet. Die Anlage sei für den Investor "zinssteuerfrei", da die Dividende im Ausland erwirtschaftet werde. EACC sei nicht verpflichtet, einen bestimmten Prozentsatz von Anlagen in einem bestimmten Bereich oder in einer bestimmten Industrie zu halten. Eine Anlage in EACC biete Personen die Gelegenheit, hohe Renditen durch Wahrnehmung von Wachstumsmöglichkeiten in der innovativen Industrie zu verdienen bzw. durch die Anlagepolitik daran zu partizipieren. Alle Zeichnungen für Vorzugsaktien würden durch Ausfüllen der Zeichnungsvereinbarung gemäß dem Zeichnungsschein und vorbehaltlich der Annahme derselben durch den Platzierungsmakler im Namen der EACC erfolgen. Jeder Investor könne in periodischen Abständen die Bewertung der EACC-Vorzugsaktie vom Platzierungsmakler abrufen. Als weiteres Investmentprodukt wurden die "Units" angeboten. Es handelte sich dabei um Aktienpakete verschiedener US-Gesellschaften, die zum Firmengeflecht des IA zählten. Mit dem Zeichnungsbetrag wurden die Aktien der Units zu einem Fixpreis erworben, der unter dem aktuellen Tageskurs lag. Die Aktien waren für eine gewisse Zeit für jeden Kapitalverkehr gesperrt. Während dieser Sperrfrist erhielten die Zeichner eine halbjährlich ausbezahlte "Dividende". Nach Ablauf dieser Frist sollten die Aktien in ein Treuhandkonto der VTH GmbH, später der EACF, eingeliefert werden und konnten über die VTH GmbH verkauft werden. Die EACC garantierte den Rückkauf der Units zum Bezugspreis.

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

Streitfall

Im Betrieb des Berufungswerbers fand eine abgabenbehördliche Prüfung statt. Der Prüfer stellte in deren Verlauf fest, dass der Berufungswerber in den Jahren 1994 bis 2000 Kapitalerträge aus einer Beteiligung an der EACC bezogen habe, die gegenüber der Abgabenbehörde nicht deklariert worden seien. In der Folge ergingen Wiederaufnahmebescheide und neue Sachbescheide, alle vom 30. Juli 2004, die für die

genannten Jahre folgende Beträge als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Besteuerung unterwarfen:

1994	30.618,00 S
1995	55.111,00 S
1996	104.305,00 S
1997	123.774,00 S
1998	295.246,00 S
1999	562.444,00 S
2000	430.577,00 S

Die neuen Sachbescheide sowie der Abspruchszinsenbescheid vom 30. Juli 2004 wurden mit **Berufung** angefochten und die Festsetzung der in die Bescheide eingeflossenen Einkünfte aus Kapitalvermögen mit Null beantragt.

A.) Der Berufungswerber führte durch seinen steuerlichen Vertreter näher aus, es habe nach Beendigung der Betriebsprüfung keine **Schlussbesprechung** stattgefunden. Aus den Bescheidbegründungen gehe hervor, dass die Abgabenbehörde davon ausgegangen sei, der Berufungswerber hätte Zinsen bezogen. Dies sei – in Ermangelung näherer Ausführungen – nicht nachvollziehbar.

B.) Bei IA handle es sich um einen Wertpapierbetrüger, er sei am 22. April 2004 von einem New Yorker Gericht zu einer unbedingten Haftstrafe von 10 Jahren, zusätzlich einer bedingten Haftstrafe von 3 Jahren sowie Wiedergutmachungszahlungen von 20 Millionen \$, verurteilt worden. Weiters sei verfügt worden, er habe nach Haftverbüßung die USA zu verlassen und nach Israel, dessen Staatsbürger er sei, zurückzukehren (Anm.: Eine Abschrift des Urteils wurde der Berufung in amerikanischem Originalenglisch beigelegt. In einem Telefongespräch vom 26.2.2007 wurde der steuerliche Vertreter von der Referentin des unabhängigen Finanzsenates darauf hingewiesen, dass Anbringen an die Behörde auf Deutsch, dh allenfalls in beglaubigter Übersetzung einzureichen sind. In der Folge langten weitere Schriftstücke, allerdings weiterhin auf Englisch und ohne beglaubigte Übersetzung ein). Kein einziges der von IA beherrschten und kontrollierten Unternehmen habe jemals Gewinn gemacht. Spätestens ab 1994/95 habe IA seine Wertpapierbetrügereien planmäßig durchgeführt. Die von ihm kontrollierte Brokerfirma EAS habe die Aktienkurse diverser A – Companies künstlich in die Höhe getrieben und verkauft. Eine ganze Reihe von Brokern sei nur damit beschäftigt gewesen, mit derartigen Wertpapieren zu handeln. Als Gegenleistung hätten sie sogenannte

"Kick-Backs" in der Höhe von 20 bis 40% der erzielten Wertpapierumsätze erhalten. Die normale Brokerprovision betrage in den USA in diesem Segment ca. 5%.

Ihrem Charakter nach seien die EACC-Papiere stimmrechtslose Vorzugsaktien. Derartige Papiere berechtigten zu einem Vorzug bei der Verteilung des Bilanzgewinnes. Mache eine Gesellschaft immer nur Verluste, so könne der Anleger, der Vorzugsaktien halte, niemals Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen. Erfolgten dennoch Zahlungen, so seien diese als Kapitalrückzahlungen einzustufen.

Es wurden mehrere Gesellschaften, an denen die EACC Beteiligungen hielt, als Beispiele für "Companies" angeführt, die niemals Gewinne erwirtschaftet hätten (American Telecom, Multimedia Concepts, Playco Toys & Entertainment Corp, American Toys Inc, Hollywood Productions).

Zusammenfassend sei die EACC von Anfang an ein einziger **Anlagebetrug** gewesen. Den Investoren sei vorgegaukelt worden, dass das Aktienkapital aufgrund einer 200%-igen Besicherung risikofrei sei. Dass es trotz aller Umstände zu Auszahlungen gekommen sei, sei auf die lang vorbereitete Betrugsabsicht des IA zurückzuführen.

C.) Der Berufungswerber beantragte im Weiteren, ein **Gutachten** über die Rechtsnatur der EACC-Veranlagung einzuholen.

D.) Sollte die Abgabenbehörde entgegen der Ansicht des Berufungswerbers zu der Ansicht gelangen, dass ausländische Kapitalerträge im Sinne des § 93 Abs. 1 lit. e EStG vorlägen und auch zugeflossen seien, beantrage er die Anwendung des Hälftesteuersatzes gemäß § 37 Abs. 1 EStG, für den Fall der Einstufung als zugeflossene Kapitalerträge gemäß § 93 Abs. 3 die Besteuerung mit dem besonderen Steuersatz von 25% gemäß § 37 Abs. 8 EStG.

Der Berufungswerber erläuterte hiezu näher, das Urteil Lenz des EuGH vom 15.7.2004, C-315/02, habe ausgesprochen, dass die Verweigerung der **Endbesteuerungswirkung** für ausländische Kapitalerträge mit der gemeinschaftsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit in Widerspruch stehe. Die EACC sei im Übrigen mit einer nach inländischem Recht errichteten Kapitalgesellschaft vergleichbar.

Folge man dem Erkenntnis des unabhängigen Finanzsenates vom 7. Juni 2004, RV/0216-F/02, wonach in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Kreditgeschäft vorliege, dann handle es sich um Wertpapiere, die ein Forderungsrecht verbriefen. Es würden daher Kapitalerträge gemäß § 93 Abs. 3 EStG 1988 vorliegen, welche mit dem besonderen Steuersatz von 25% zu

versteuern wären. Die streitgegenständlichen Wertpapiere seien einem unbestimmten Personenkreis angeboten worden.

Für den Fall einer Vorlage an die Abgabenbehörde II. Instanz wurde eine mündliche Verhandlung gemäß § 284 Abs. 1 Z 1 BAO beantragt.

Folgende Anträge wurden am Tag vor der Verhandlung (24.4.2007) erst per E-Mail, dann auch per Post übersandt:

„Im Namen und im Auftrage unseres oben angeführten Klienten stellen wir die folgenden Anträge:

1. Der Unabhängige Finanzsenat möge die folgenden Zeugen zum Sachverhalt einvernehmen:

1.1. Herr IMA

Herr A verbüßt derzeit in den USA eine Gefängnisstrafe.

1.2. Frau RM

Frau M ist Staatsanwältin in New York und war bei dem in den USA gegen Herrn IA durchgeführten Prozess Vertreterin der Anklage.

1.3. Herrn LG, Richter in New York

Herr LG war jener Richter, welcher die Verhandlung gegen Herrn IA durchgeführt hat.

1.4. Herrn JB, Rechtsanwalt in New York (zuletzt bekannte Adresse: NYTA v)

Der Rechtsanwalt Herr JB hat mehrere von der EACC bzw Herrn IA betrogene Anleger in den USA vor Gericht (Supreme Court of the State of New York) vertreten. In der Anklageschrift gegen Arbel wird die Entwicklung und Strategie der EACC von 1990 bis zum Niedergang der Gesellschaft ausführlich dargestellt.

1.5. Herrn HH bzw. ein Vertreter der PWC Deutsche Revision AG, 60322 Frankfurt a Main

Von PWC bzw Herrn HH wurden Prüfarbeiten in Bezug auf die von der Europe American Capital Corporation ausgegebenen Vorzugsaktien durchgeführt.

1.6. Frau BR, whft WZstr

Frau R war Geschäftsführerin der Vermögenstreuhand GmbH

2. Der Unabhängige Finanzsenat möge die folgenden Unterlagen als Beweismittel zulassen und allenfalls eine Übersetzung vom Englischen in Deutsche vornehmen lassen:

2.1 Die dem Unabhängigen Finanzsenat bereits übergebenen Protokolle der Gerichtsverhandlungen gegen Herrn IA

2.2 Die vom Rechtsanwalt JB erstellte Anklageschrift (Table of Contents vom 31. März 2003) gegen IA.

2.3 Pressemitteilung der Staatsanwalt New York

3. Der Unabhängige Finanzsenat möge von einem Sachverständigen ein Gutachten erstellen lassen, in welchem die Rechtsnatur der "EACC"-Veranlagung und die wirtschaftliche Situation der Europe American Capital Corporation bzw. deren Beteiligungen untersucht wird.

Begründung

Damit beurteilt werden kann, ob im gegenständlichen Fall Einkünfte im Sinne des § 2 EStG vorliegen und allenfalls der richtigen Einkunftsart zugeordnet werden können, ist es unerlässlich, dass die rechtliche Natur der "EACC-Veranlagung" von einem Spezialisten beurteilt wird. Damit geklärt werden kann, ob allfällige Gutschriften auch zu einem Zufluss beim Abgabepflichtigen im Sinne des § 19 EStG geführt haben, ist eine Prüfung der wirtschaftlichen Situation der "EACC" Gruppe unerlässlich. Diesbezüglich verweisen wir auch auf unsere Ausführungen vom 27. August 2004.

Anbei noch ein paar kurze Auszüge aus der Pressemitteilung der New Yorker Staatsanwaltschaft (Eigenübersetzung):

Das Geständnis von IA beendete die Anklage gegen 16 weitere Angeklagte zu verschiedenen Anklagepunkten, inklusive Angehörigen der Familie C, die zur Cosa Nostra gehört. Die ausgeführten Handlungsmuster, unter der Führung von A und weiterer Führungspersonen von "Euro Atlantic Securities" führten dazu, dass tausende unschuldige Opfer um Millionen betrogen wurden. Die Opfer wurden durch falsche und irreführende Angebote durch die Broker dazu gebracht Aktien bei Arbels Firmen Aktien zu kaufen, welche in betrügerischer Weise als initial public offerings getarnt waren. Die Broker setzen ihre Kunden zu diesem Zweck unter Druck und verbreiteten Fehlinformationen und Unterlagen, in denen der Wert der Anteile enorm überzogen dargestellt wurde. Sobald die IPO Anteile von IA verkauft waren, verhinderten die Broker die Verkaufsaufträge ihrer Klienten indem sie Telefonate nicht

entgegennahmen, sich weigerten Verkaufsaufträge durchzuführen bzw. Verkaufsaufträge erst dann ausführten, wenn ein anderer Kund ein ähnlichen Betrag dieser Anteile kaufte."

Am 25. 4. 2007 wurde eine Berufungsverhandlung abgehalten:

Der steuerliche Vertreter beantragte in der Verhandlung die Einvernahme zweier weiterer Personen als Zeugen, nämlich des PWC –Prüfers Dkfm. BK und des Feldkircher Staatsanwaltes Dr. RF.

Zeugen

Die Referentin richtete die Frage an den steuerlichen Vertreter, ob er bereit sei, namens des Berufungswerbers für die beantragten amerikanischen Zeugen samt Begleitpersonen Reise-, Aufenthalts- und Dolmetscherkosten zu tragen und für diese Sicherheit zu leisten und ob er weiters bereit sei, die Kosten für eine beglaubigte Übersetzung der vorgelegten amerikanischen Prozess- und Pressematerialien zu übernehmen. Er meinte, dies müsse er erst mit seiner Mandantschaft besprechen, er ersuche um Vertagung. Es wurde ihm angeboten, im Büro der Referentin ungestört mit seinem Mandanten telefonieren zu können. Er lehnte dies ab. Die Referentin stellte fest, dass das Beweisthema jeweils nicht hinlänglich konkretisiert sei. Die Bezeichnung „zum Sachverhalt“ genüge nicht. Der steuerliche Vertreter konkretisierte wie folgt:

- 1.1 IA: Dieser könne über den Sachverhalt, der nicht zur Gänze bekannt sei, Auskunft geben. Er könne sagen wohin die Gelder geflossen seien. Er könne über die Bilanzen der EACC Aufschluss geben. Die Referentin stellt die Frage, ob der steuerliche Vertreter tatsächlich damit rechne, dass der in New York inhaftierte IA mit den Bilanzen in Feldkirch erscheinen und bereitwillig Auskunft erteilen werde. Darauf meinte er, man werde ihn wohl nicht aus dem Gefängnis herauslassen, sondern – im Gegenzug – nach New York reisen müssen.
- 1.2 RM , Staatsanwältin, New York: Diese befinde sich gewiss im Besitz ausschlaggebender Urkunden, die eventuell beweisen könnten, dass die EACC-Papiere nie werthaltig gewesen seien.
- 1.3 LG , Richter, New York: Er habe als Leiter des Prozesses betreffend IA sicher eine tiefgreifende Kenntnis von dessen Persönlichkeit und könne darlegen, dass dieser von Anfang an betrügerische Absichten gehabt habe.
- 1.4 JB , Rechtsanwalt, New York: Für diesen gelte Ähnliches wie für den Richter und die Staatsanwältin.
- 1.5 HH , PWC – Prüfer, Frankfurt: Von dieser Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sei die EACC geprüft worden. HH könne daher sicher zur Rechtsnatur der Anlage Auskunft geben.

1.6 BR : Sie sei Geschäftsführerin der VTH gewesen und habe daher mit Bestimmtheit gewusst, welche Art von Wertpapieren sie verkauft habe.

1.7 BK, Dkfm.: Er möge als Prüfer von PWC befragt werden zur Rechtsnatur der Anlage und zur Zahlungsfähigkeit der EACC.

1.8 RF , Dr.: Als Staatsanwalt könnte er darüber Aufschluss geben, welche Schritte die Staatsanwaltschaft in Österreich gesetzt hat und welche Informationen ihr im Hinblick auf IA zugekommen sind.

Unterlagen

Anhand dieser könnten die betrügerischen Absichten und Geschäfte der EACC dokumentiert werden.

Sachverständigengutachten

Die bisherige Beurteilung der Rechtsnatur der EACC-Anlage durch unabhängigen Finanzsenat und VwGH sei ungenügend, die EACC sei sicher seit Mitte der 90-er Jahre zahlungsunfähig gewesen. Aus einer Vermögensaufstellung von PWC könne man erschließen, dass die Beteiligungen an den diversen Companies wertlos gewesen seien, die Schulden habe man jeweils immer wieder nur durch Neuaufnahmen getilgt. Insofern sei die Rechtsnatur der Anlage ungeklärt.

Der steuerliche Vertreter reichte in der Verhandlung ein:

- Ergänzung zum Vorlageantrag vom 25.4.2007 (darin wird im Wesentlichen erläutert, es sei im Hinblick auf eine allfällige **Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 66 KO** die gesamte finanzielle Situation der EACC zu überprüfen. Dies habe durch Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven zu erfolgen. Daraus könnte schließlich auf die Wert-/Nichtwerthaltigkeit der Zinsgutschriften geschlossen werden).
- Eine Auswahl von EACC-Zeichnungsscheinen in Kopie
- Bericht der Wirtschaftsfahndung, datiert mit 12.10.2002, (bereits amtsbekannt)
- SEC – Bericht betreffend Play Co Toys & Entertainment Corp.

Hinsichtlich in eventu angestrebter **Endbesteuerungswirkung** verwies der steuerliche Vertreter auf die „Ergänzung der Berufung“ vom 28.10.2004. Er zitierte aus Lenz-Borchert, EU- und EG-Vertrag, Artikel 56 Abs. 1 und 2, dass alle Beschränkungen des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs verboten seien und eine Diskriminierung darstellten. Der Finanzanwalt erinnerte an den Charakter als darlehensähnliches Geschäft in der Art eines Privatdarlehens. Da käme es nicht automatisch zu einer Endbesteuerung. Der Zeichnungsschein allein stelle noch kein Forderungswertpapier dar. Er sei ein Beleg, eine

Urkunde über das Darlehen. Ein solches sei auch im Inland nicht KEST-pflichtig. Er führte weiter aus, seiner Meinung nach käme es für die Auszahlung der Zinsen nicht auf die Innehabung des Papiers an, weil die Geschäftsgrundlagen ja in die Bücher eingetragen seien. Aus dem (englischen) Text des Papiers lasse sich ablesen, dass die Ausübung der Rechte aus dem Papier nicht an den Besitz des Papiers gebunden sei. Das Papier sei bloß ein Beleg, der Darlehensnehmer keine Bank. Der steuerliche Vertreter unterstrich seine Zweifel an der Einstufung als Darlehen und betonte nochmals die Notwendigkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Rechtsnatur.

Weiters brachte der steuerliche Vertreter vor, die Wiederaufnahmen für die Jahre 1994, 1995 und 1996 seien rechtswidrigerweise ergangen, weil bereits **Verjährung** eingetreten war. Befragt, warum der Berufungswerber die Kapitalerträge steuerlich nicht erklärt habe, gab er zur Auskunft, dieser habe immer nur Kontengutschriften, nie eine Auszahlung erhalten. Im Übrigen habe er auf die im Platzierungsmemorandum enthaltene Information vertraut, wonach die Anlage in Österreich nicht steuerpflichtig wäre.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Referentin **lehnte die Beweisanträge mit Beschluss ab** und begründete dies wie folgt:

Zeugen

ad 1.1 Alles, was man über IA wissen muss, ist bereits amtsbekannt. Die Bilanzen der EACC sind für die Beurteilung der Streitfrage nicht von Relevanz. Der Häftlingsstatus des IA erlaubt den Schluss, dass dieser – selbst wenn sein Erscheinen als Zeuge im Streitfall wichtig wäre – ohnehin nicht ausreisen dürfte.

ad 1.2 Es wurde in den bereits entschiedenen und gleichgelagerten Fällen eine Fülle von Unterlagen und Urkunden die EACC betreffend gewürdigt. Die Frage der Werthaltigkeit wurde als letztlich nicht ausschlaggebend für die Entscheidung eingestuft. Papiere wie die genannten könnten im Übrigen ohne weiteres übersandt werden. Das Erscheinen von RM ist daher in keiner Weise erforderlich.

ad 1.3 Die Persönlichkeit von IA ist aus zahlreichen Unterlagen hinlänglich bekannt. Der Verlauf des Prozesses vor dem Richter LG samt weiterer Beleuchtung der Verantwortung des Beschuldigten ist der Referentin durch Lektüre des – wenn auch nicht übersetzten – Verhandlungsprotokolls zur Kenntnis gelangt. Ein Erscheinen von LG würde nichts Neues ergeben.

ad 1.4 Auch von einer Befragung des Anwaltes JB ist nichts Erhellendes im Hinblick auf die österreichische, steuerrechtliche Betrachtung zu erwarten.

ad 1.5 Das PWC – Papier – Prüfer war übrigens nicht HH – wurde in den vorangegangenen, gleichgelagerten Verfahren bereits vom unabhängigen Finanzsenat gewürdigt. Diese Würdigung wurde auch vom VwGH nicht beanstandet. Die Bezeichnung als „Vorzugsaktie“ sagt im Übrigen nichts über die Rechtsnatur der Zeichnung aus (*falsa demonstratio non nocet*).

ad 1.6 BR wurde bereits von der Kriminalabteilung B hinlänglich und umfangreich einvernommen. Alle diese Einvernahmen sind aktenkundig und in die bereits ergangenen, gleichgelagerten Entscheidungen eingeflossen. Es ist mit Sicherheit anzunehmen, dass sie alles gesagt hat, was sie weiß.

ad 1.7 Es ist dem unabhängigen Finanzsenat bekannt, dass BK nicht bereit ist, vor Gericht auszusagen. Daher kann davon ausgegangen werden, dass er auch nicht für eine Aussage vor der Abgabenbehörde zu gewinnen ist. Im Übrigen gilt für seine potentielle Hinzuziehung das selbe wie unter **1.5** schon ausgeführt.

ad 1.8 Der Staatsanwalt ist insbesondere mit der strafrechtlichen Komponente befasst und kann zur Streitfrage nichts beitragen.

Unterlagen

Im Hinblick auf die in englischer Sprache eingereichten Unterlagen wurde der steuerliche Vertreter wiederum darauf aufmerksam gemacht, dass Anbringen gemäß § 85 BAO in deutscher Sprache einzureichen sind. Die Parteien haben auf die Wahrung der Amtssprache durch Beiziehung von Dolmetschern, Übersetzern oder sonst Sprachkundigen Bedacht zu nehmen oder durch Vorlage beglaubigter Übersetzungen vorzusorgen (Stoll, BAO Kommentar Band I, Orac Verlag, Wien 1994, S 860 zu § 85). Weil dies im Streitfall nicht erfolgte, konnten die Unterlagen weitgehend nicht gewürdigt werden. Die Referentin setzte den steuerlichen Vertreter aber davon in Kenntnis, das Protokoll des Strafprozesses vor dem Richter LG in New York, der zur Verurteilung von IA führte, selbst übersetzt und gelesen zu haben und dieses entsprechend in ihre Würdigung einzubeziehen.

Eine Zufristung mit dem Zweck, die Zustimmung des Berufungswerbers für beglaubigte Übersetzungen einzuholen, wurde dem steuerlichen Vertreter nicht gewährt. Dies wurde damit begründet, dass von den amerikanischen Unterlagen keine über das schon bisher Bekannte hinausgehenden Informationen zu erwarten sind und das Herzstück – das Protokoll des zur Verurteilung von IA führenden Prozesses – ohnehin von der Referentin selbst übersetzt wurde. Im Übrigen hätten in der seit Berufungseinbringung verstrichenen Frist von annähernd drei Jahren problemlos beglaubigte Übersetzungen angefertigt werden können.

Sachverständigengutachten

Die Referentin richtete die Frage an den steuerlichen Vertreter, warum er, dem die Frage des – wiederholt eingemahnten - Gutachtens offenbar brennend wichtig erscheine, nicht selbst ein

solches bei einer namhaften Gesellschaft in Auftrag gegeben habe. Er antwortete, er habe hierzu keine Zeit gehabt (Anm.: Berufungseinbringung 27.8.2004).

Für die Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen wird keine Notwendigkeit gesehen. Es wird an der - aufgrund der vorhandenen Akten- und Unterlagenlage schon bisher diesbezüglich vertretenen - Rechtsmeinung des unabhängigen Finanzsenates festgehalten.

Die Beweisanträge wurden insgesamt unter sorgfältiger Abwägung der Grundsätze des § 183 Abs. 3 BAO, nämlich dass sie abzulehnen sind,

- wenn die unter Beweis zu stellenden Tatsachen bei der Abgabenbehörde offenkundig sind,
- wenn sie unerheblich sind,
- wenn die Beweisaufnahme mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre, es sei denn, dass die Partei sich zur Tragung der Kosten bereiterklärt und für diese Sicherheit leistet
- und bei offenkundiger Absicht der Partei, das Verfahren zu verschleppen,

verworfen.

ad A.) Schlussbesprechung:

Der unabhängige Finanzsenat hat nach Rücksprache mit dem befassten Prüfer und Einsichtnahme in dessen Aktenmaterial ermittelt, dass die Schlussbesprechung, auf die vorerst einvernehmlich verzichtet worden war, am 22.10. 2004 in den Räumlichkeiten der Großbetriebsprüfung Feldkirch im Beisein des steuerlichen Vertreters und des Betriebsprüfers nachgeholt wurde. Seitens der Großbetriebsprüfung wurde hierbei festgestellt, es seien dem Berufungswerber Zinsen im Sinne des § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zugeflossen, die aus einem darlehensähnlichen Geschäft stammten. Der steuerliche Vertreter blieb bei dem bereits in der Berufung Vorgebrachten.

Der Punkt "Schlussbesprechung" ist aufgrund der geänderten Tatsachenlage als nicht weiter strittig anzusehen.

ad B.) Anlagebetrug:

Es ist bekannt, dass der unabhängige Finanzsenat im Juni 2004 sieben Berufungsentscheidungen (RV/0304-F/02, RV/0219-F/02, RV/0220-F/02, RV/0218-F/02, RV/0217-F/02, RV/0216-F/02, RV/0205-F/02) betreffend Berufungswerber gefällt hat, die ebenfalls in nicht unbeträchtlichem Ausmaß in das Anlagemodell EACC investiert hatten. Der unabhängige Finanzsenat gelangte damals zu dem Schluss, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 vorlägen und zwar sowohl im Fall der

ausbezahlt, als auch der reinvestierten Beträge. Vier der Berufungswerber legten Beschwerde beim VwGH ein; dieser bestätigte in der Sache die Entscheidungen des unabhängigen Finanzsenates ohne Abstriche.

Berufungsentscheidungen des **unabhängigen Finanzsenates 2004** auszugsweise:

"Aus EDOK- und SEC-Mitteilungen geht hervor, dass IA in Amerika wegen Verstoßes gegen die amerikanischen Aktien- und Börsengesetze vor Gericht gestellt wurde und er diesbezüglich einer Geldstrafe zustimmte. Zwei Wiener Anwälte von IA, zumindest einer von ihnen verfügt nach wie vor über ein aufrechtes Mandat, teilten dem unabhängigen Finanzsenat über schriftliche Anfrage mit, seit zwei Jahren nichts von ihrem Mandanten gehört zu haben und daher die Fragen nach dessen derzeitigem Aufenthalt und Tätigkeit, nach seiner Verantwortung hinsichtlich der erhobenen Vorwürfe und nach dem Stand des von der Interessengemeinschaft der Anleger in New York angestrebten Verfahrens nicht beantworten zu können. Ein Staatsanwalt beim Landesgericht Feldkirch erklärte, IA sitze möglicherweise wegen dubioser Geschäfte auf dem Kapitalmarkt in Amerika im Gefängnis, es sei schwierig, aus Amerika gesicherte Informationen zu erhalten. Was das von der Interessengemeinschaft der Anleger in New York angestrebte Verfahren anlange, so sei dies ein Zivil-, kein Strafverfahren. Die Anleger versuchten damit, das investierte Kapital zu retten. Der PWC - Entwurf könne vom Gericht nicht verwertet werden, da sämtliche damit befassten Prüfer eine Einvernahme als Zeuge abgelehnt hätten. Das Gericht sei daher gezwungen, ein neues Wirtschaftsprüfungsgutachten in Auftrag zu geben.

AB, jener amerikanische Anwalt, der vierteljährlich das EACF - Stiftungsvermögen bewertete und zwar stets in dem Sinne, dass dieses dem doppelten Beteiligungskapital entsprach und damit die von den Investoren gewünschte maximale Sicherheit darstellte, war auf dem amerikanischen Markt in verschiedenste Finanzgeschäfte involviert und steht im Verdacht, sich wiederholter Kapitalmarktmanipulationen schuldig gemacht zu haben. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass sich laut PWC - Entwurf das von der EACF zum Stichtag 31.12.1999 gehaltene Vermögen lediglich auf den im Verhältnis geringen Barbetrag von 2,5 Millionen US\$ belief. Es wurden keinerlei Wertpapiere in der Gewahrsame der EACF vorgefunden. FR von der FB, bestätigte gegenüber PWC schriftlich, dass die FB, Aktienpakete der PlayCo Toys & Entertainment, der ShopNet.Com. Inc. und der Toys International Com. Inc. zugunsten der EACC Vorzugsaktionäre halte. Schließlich erklärte IA, er selbst sei als Treugeber der EACF zugunsten der Vorzugsaktionäre im Besitz größerer Pakete von PlayCo Toys & Entertainment Corp.- sowie von Toys International Com. Inc.- Papieren, außerdem von 11,800.000 Aktien der American Telecom.

Auch wenn die Verdachtsmomente im Zusammenhang mit der EACC und ihren handelnden Personen nicht von der Hand zu weisen sind, kann im Rahmen der steuerrechtlichen Beurteilung nicht davon ausgegangen werden, dass von Anbeginn des Anlagemodells seitens der EACC Zahlungsunfähigkeit und –unwilligkeit vorgelegen wäre. Immerhin flossen den Investoren 10 Jahre lang ohne Verzögerungen oder Auffälligkeiten im Ablauf Erträge zu. Reinvestitionen wurden auf eigenen Wunsch der Investoren veranlagt, Rückkäufe wurden durchgeführt. Unter www.boersenlexikon.de, faz.net, wird etwa gewarnt, von anfänglichen Erträgen auf Seriosität zu schließen. Aussagekräftig sei jedoch ein Beobachtungszeitraum ab 5 Jahren.

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

Ob in dem einen oder anderen Geschäftsvorgang im dichten Netz der im Einflussbereich des IA stehenden Gesellschaften etwa mit manipulativen Methoden vorgegangen wurde, kann dahingestellt bleiben, ändert dies doch letztlich nichts an der steuerlichen Behandlung der den Investoren zugekommenen Beträge. Gemäß § 23 Abs. 2 BAO wird ein Verhalten, das von der Rechts- und Sittenordnung verpönt ist, nicht allein dadurch von der Besteuerung ausgeschlossen (vgl. ÖStZ 2001, 293).

In dem in der Literatur hinlänglich besprochenen Erkenntnis vom 25.11.2002, 97/14/0094, 97/14/0095, hat der VwGH im Erwerb der sogenannten EKC-Letters den einer festverzinslichen Kapitalanlage und in den daraus erflossenen Erträgen Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 erblickt. Dies ungeachtet einer versprochenen Rendite von 70% p.a. und des Fehlens jedweder Erklärung hinsichtlich der Art der Erwirtschaftung solcher Erträge. Die Vermutung, es handle sich um ein klassisches Pyramidenspiel/Schneeballsystem, bei dem kein Gewinne abwerfender Kapitalstock vorhanden ist, sondern die Ausschüttungen der Erträge aus der Substanz erfolgen und nur so lange funktionieren, als immer neue Anlegergelder in das System fließen, teilte der VwGH nicht. Den Verlust des eingesetzten Kapitals (Kaufpreis der Letters) betrachtete er als steuerlich unbeachtlich. Lediglich in der

Endphase, als der EKC seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen konnte und anstelle von Barauszahlungen objektiv wertlose neue Letters ausgegeben wurden, wurde ein tatsächlicher Zufluss nicht mehr angenommen (siehe hierzu schon SWK 18/1997, S 422).

Schließt man nun a maiori ad minus auf den Berufungsfall, wird man auch hier vom Vorliegen steuerpflichtiger Einkünfte aus Kapitalvermögen ausgehen müssen: Die EACC-Anleger mussten keine weiteren Anleger werben (schon allein das Vorliegen dieses Elements erachtet der VwGH als ausschlaggebend) und, was wichtiger erscheint, es wurde tatsächlich eine Geschäftstätigkeit, wenn auch möglicherweise auf riskante Art und unter Einsatz nicht stets legaler Mittel, entfaltet (siehe dazu die Firmenanalysen im PWC Bericht). Weiters ist auf den von der EDOK angesprochenen Verdacht eines "Microcap-fraud" hinzuweisen; die Kriminalabteilung Bregenz fasste zusammen, die festgestellten Abläufe entsprächen nicht diesem Bild.

Der BFH hat sich im Urteil vom 22.7.1997, VIII R 57/95, BStBl 1997 II 755, mit der Frage der Steuerpflicht von Scheinrenditen in einem Fall (sog. Causa "Ambros S.A.") auseinandergesetzt, in dem deutschen Anlegern, die sich als typische stille Gesellschafter an einer Kapitalgesellschaft panamaischen Rechts beteiligt hatten, Renditen von 72% p.a. in Aussicht gestellt worden waren, wobei mit gefälschten Jahresabschlüssen Gewinne vorgetäuscht wurden und Renditen aus dem Kapital neuer Anleger ausbezahlt wurden. Der BFH bejahte den Zufluss von Kapitalerträgen. Das Leistungsbestimmungsrecht stehe dem Schuldner zu, nach dessen eindeutiger Erklärung sollten die streitigen Gutschriften auf die Ansprüche des Klägers auf Gewinnbeteiligung geleistet werden. So seien sie auch vom Empfänger aufgefasst worden.

Auch hier vermag ein Größenschluss die Position des Berufungswerbers nicht zu stützen: Wenn sogar unter derart offensichtlich-betrügerischen Umständen noch ein Zufluss von Kapitalerträgen bejaht wird, müsste dies im Berufungsfall wohl umso mehr gelten. Im Übrigen ist im gegebenen Zusammenhang jedoch auch anzuführen, dass der EACC-Anleger anders als im dem BFH-Urteil zugrundeliegenden Fall, kein stiller Gesellschafter ist."

Der **VwGH** (u.a. 2004/15/0110 vom 19. Dezember 2006) erachtete die rechtliche Würdigung des unabhängigen Finanzsenates in Zusammenhalt mit dem ausreichend festgestellten Sachverhalt als schlüssig: *"Das Beschwerdevorbringen, die belangte Behörde stelle aktenwidrig eine Tarnung wahrer wirtschaftlicher Gegebenheiten in Abrede, negiert die Feststellungen der belangten Behörde, wonach bis zum 3. Quartal des Jahres 2000 keine Probleme bei der Auszahlung der "Dividenden" bzw. von allfälligen Kapitalrückzahlungen aufgetreten sind:"*

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

Selbst wenn, was bisher hinsichtlich betrügerischer Manipulationen nur vermutet wurde, nunmehr weitgehend Bestätigung gefunden hat, hält der unabhängige Finanzsenat an seiner bisherigen rechtlichen Würdigung fest und verweist auf den oben wiedergegebenen Auszug aus der Berufungsentscheidung RV/0216-F/02 (vgl. etwa wie dort erörtert Fall „EKC-Letters“, Causa „Ambros S.A.“ und § 23 Abs. 2 BAO).

Aufgrund der Unübersichtlichkeit des weitverzweigten Firmenimperiums des IA in Europa und Übersee kann auch nach Bekanntwerden des oberwähnten amerikanischen Strafurteils nicht mit Sicherheit gesagt werden und ist dies nach realistischem Ermessen auch durch zusätzliche Nachforschungen nicht eruierbar, dass und ob gerade die der EACC zuzurechnenden und der Sicherung des Kapitals der Investoren dienenden Wertpapiere der Werthaltigkeit entbehrten (das Schuldeinbekenntnis des IA bezog sich auf Verschwörung zum Wertpapierbetrug und Wertpapierbetrug in zwei Fällen). Dies ungeachtet der vom unabhängigen Finanzsenat grundsätzlich vertretenen Rechtsmeinung, dass die Frage der Werthaltigkeit ohnehin dahingestellt bleiben kann, weil letztlich allein ausschlaggebend ist, ob die Auszahlungsansprüche im Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit werthaltig waren. Soweit die Auszahlungen aber tatsächlich erfolgt sind, kann die Werthaltigkeit wie auch der Zufluss nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Auch hinsichtlich der - auf freier Entscheidung der

Investoren beruhenden - reinvestierten "Dividenden" bejaht der unabhängige Finanzsenat den Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988.

Wenn der steuerliche Vertreter wiederholt, so etwa in seiner in der Verhandlung eingereichten „Ergänzung zum Vorlageantrag“ auf die Zahlungsunfähigkeit laut § 66 KO hingewiesen hat, ist ihm zu entgegnen: Die direkten Reinvestments wurden nicht von der VTH oder EACC angeregt, sondern beruhten auf freien Entscheidungen der Anleger. Insofern kann nicht mit Nachdruck vorgebracht werden, die Nichtauszahlung sei auf eine Zahlungsunfähigkeit oder – unwilligkeit des Schuldners zurückzuführen. Eine „Zahlungseinstellung“ des Schuldners, wie sie im Abs. 2 des § 66 KO umschrieben ist, lag somit nicht vor (dies ohne grundsätzlich die Eignung der KO zum Vergleich näher hinterfragen zu wollen). Abs. 3 leg.cit. geht von einer Wahlmöglichkeit des Schuldners hinsichtlich Auszahlung oder Nichtauszahlung von Forderungen aus. Im Streitfall lag diese Wahlmöglichkeit aber bei den Gläubigern (Investoren), die von der ihnen eingeräumten Option auf Reinvestment Gebrauch machten. Es wurde in keinem Fall vorgebracht, dass Reinvestments etwa nur deshalb erfolgt wären, weil die Auszahlung der Erträge verweigert worden wäre.

VwGH zur Frage der Werthaltigkeit der gutgeschriebenen Beträge:

"Einnahmen sind aber bereits dann als zugeflossen anzusehen, wenn der Empfänger über sie rechtlich und wirtschaftlich verfügen kann. Der Gläubiger verfügt über einen Geldbetrag, wenn die Auszahlung des Geldbetrages auf Wunsch des Gläubigers verschoben wird, obwohl der Schuldner zahlungswillig und zahlungsfähig ist. Der Zufluss ist damit bereits in diesem Zeitpunkt erfolgt. Ist eine Auszahlung grundsätzlich möglich, entscheidet sich der Gläubiger aber – wenn auch nach Überredung durch den Schuldner – die fälligen Erträge wieder zu veranlagern, so ist der Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988 durch die Verfügung der Wiederveranlagung in diesem Zeitpunkt erfolgt. Der wiederveranlagte Ertrag bildet eine neue Einkunftsquelle, deren Untergang auf die Steuerpflicht früher zugeflossener Erträge steuerlich keine Auswirkung hat. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerlich eingesetzten Kapitals ist steuerlich unbeachtlich."

Verneint kann eine einen Zufluss bewirkende Verfügung im Reinvestment von "Dividenden" erst ab dem 3. Quartal 2000 werden, da die Faktenlage dafür spricht, dass die Gutschriften erstmals in diesem Zeitpunkt nicht mehr zu Geld gemacht werden hätten können.

ad C.) Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens, das wiederholt und an verschiedenen Stellen eingefordert wurde, wurde bereits oben Stellung genommen.

Nochmals Berufungsentscheidung auszugsweise:

*"Geteilt wird vom unabhängigen Finanzsenat die in der Berufungsvorentscheidung dargelegte Auffassung des Finanzamtes, dass keine Unternehmensbeteiligung in Form von Aktien ieS vorliegt. Die fixe Verzinsung ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Rahmenbedingungen wie Gewinn und Vermögen - auch die Units wurden während einer Sperrfrist fix verzinst und standen unter Rückkaufgarantie zum Bezugspreis - sprechen vielmehr für ein **darlehensähnliches Geschäft** oder eine Unternehmensanleihe. Die 16%ige jährliche Festrendite, die das Platzierungsmemorandum und weitere, dieses erläuternde Prospekte in Aussicht stellten, wurde auch tatsächlich über Jahre hinweg in eben dieser Höhe ausbezahlt bzw. gutgeschrieben und nicht etwa, wie der Berufungswerber formuliert, bloß "vorgespiegelt". Es findet sich auch in den vorliegenden Papieren keinerlei Hinweis auf eine Gewinnabhängigkeit des Ertrages, eine Verlustbeteiligung, eine Teilnahme an Wertsteigerungen, Auskunfts-, Einsichts-, Kontroll- oder Mitwirkungsrechte des Anlegers, wie sie aus einer Aktionärsstellung erfließen würden. Es ist an keiner Stelle die Rede von einem Stimmrecht in einer Hauptversammlung, dem Recht, an der Hauptversammlung teilzunehmen, dort Auskünfte einzuholen, Anträge zu stellen, oder Widerspruch gegen Beschlüsse einzulegen. Mangels Handels an einer Börse verfügt das EACC-Papier nicht über einen durch Angebot und Nachfrage bestimmten Kurs. Auch die EDOK stellte fest, es handle sich nicht um Aktien, vielmehr um eine Unternehmensanleihe, somit eine festverzinsliche Anlage. KM gab im Rahmen seiner Einvernahme an, er wisse nicht, warum man immer von "Vorzugsaktien" gesprochen habe, die EACC sei schließlich keine AG.*

Auch wenn Dividendengarantien oder Einschränkungen der Aktionärsrechte im Zusammenhang mit Vorzugsaktien im Wirtschaftsleben als solche nicht ungewöhnlich sind, spricht gegenständlich außer den im Platzierungsmemorandum vorgegebenen Bezeichnungen nichts für das Vorliegen von (Vorzugs)Aktien und – als deren Ausfluss – Dividenden. Vielmehr ist die strittige Geldanlage entsprechend ihrer inhaltlichen Ausgestaltung zu interpretieren. Dieser zufolge verbrieft aber der Zeichnungsschein, wie bereits erläutert, nicht eine Miteigentümer- oder Anteilseignerstellung, sondern ein auf einen Geldbetrag gerichtetes Forderungsrecht (als Vergütung für den Gebrauch eines auf Zeit überlassenen Kapitals). In wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegt sohin ein darlehensähnliches Geschäft vor, dessen Erträge Zinsen sind. Dass auch im PWC-Entwurf von "Aktien" und "Dividenden" die Rede ist, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, zumal sich der den Wirtschaftsprüfern erteilte Auftrag auf die Feststellung der investierten und ausgeschütteten Beträge sowie des Wertes der von der EACC und den verbundenen Unternehmen gehaltenen Vermögensgegenstände, nicht aber auf eine Analyse der Rechtsnatur der EACC-Anlagen bezog.

Zudem wären derartige Erträge, selbst wenn man von Dividenden ausgehen wollte, unter § 27 Abs. 1 Z 4 EStG zu subsumieren, da eine als International Business Company registrierte Offshore-Gesellschaft wie die EACC nicht mit einer nach inländischem Recht errichteten Kapitalgesellschaft vergleichbar ist." (Anm.: Eine Vergleichbarkeit aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesellschaftsrechts liegt schon im Hinblick auf die bis auf ein Minimum reduzierten Gründungsanforderungen nicht vor).

VwGH: *"Die im privaten Platzierungsmemorandum versprochene fixe Verzinsung wurde den Anlegern tatsächlich gewährt und die Auszahlung entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht in Einzelfällen, sondern laut PWC –Bericht in 46%, entsprechend einer Summe von US\$ 16,7 Millionen, tatsächlich durchgeführt. Diese fixe Verzinsung war lediglich von der Dauer der Beteiligung abhängig, nicht jedoch von irgendeiner Gewinn/Verlustsituation der EACC. Gleiches gilt für die Erträge der "Units"; für diese ist auch der Rücknahmewert ungeachtet eines allfälligen anderen Kurswertes zum Bezugspreis garantiert und eingehalten worden. Die Zusicherung und Gewährung von fixen Erträgen aus einer Geldhingabe, abhängig lediglich vom Faktor Zeit, entspricht nicht einer Beteiligung eines Aktionärs oder eines stillen Gesellschafters. Die belangte Behörde konnte daher zu Recht von einer Erörterung der Rechtsnatur der EACC bzw. deren Gewinnsituation absehen."*

ad D.) Durch das Budgetbegleitgesetz 2003, BGBl. I Nr. 71/2003, wurden ausländische Kapitalerträge, die ab 1.4.2003 zufließen, inländischen gleichgestellt (§ 37 Abs. 8 EStG 1988, § 97 Abs. 4 EStG 1988).

Das Urteil des EuGH vom 15.7.2004, C-315/02, Lenz, hat daher nur auf Einkünfte Auswirkung, die nicht im zeitlichen Anwendungsbereich des Budgetbegleitgesetzes 2003 zu erfassen sind. Es besagt, dass die Verweigerung der einkommensteuerlichen Endbesteuerungswirkung für ausländische Kapitalerträge mit der gemeinschaftsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit in Widerspruch steht. Jene ausländischen Kapitalerträge, die nach dem Budgetbegleitgesetz 2003 in ihren ertragsteuerlichen Wirkungen inländischen gleichgestellt sind, sind daher im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung für Veranlagungszeiträume ab 1994 analog zu § 37 Abs. 8 EStG 1988 mit einem Steuersatz von 25% (bzw. 22%) zu besteuern. Alternativ dazu kann die Tarifbesteuerung sämtlicher in- und ausländischer Kapitalerträge vorgenommen werden, wobei diesfalls ausländische Dividenden – ebenso wie inländische – mit dem Hälftesteuersatz zu besteuern sind. Die umschriebene Rechtslage ist in allen offenen Fällen anzuwenden.

Nach dem oben Ausgeführten ist für den unabhängigen Finanzsenat die Einstufung der Einkünfte aus Kapitalvermögen als solcher gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 unstrittig. Eine

Qualifikation gemäß **§ 93 Abs. 1 lit e EstG** 1988, wie vom steuerlichen Vertreter in seinen Ergänzungen zur Berufung in eventu zur Diskussion gestellt, bedarf daher keiner weiteren Erörterung. Die Analyse hat von **§ 37 Abs. 8 Z 3 EstG** 1988 auszugehen. Dieser Gesetzesstelle zufolge gehören zu den Einkünften oder Kapitalerträgen, die bei der Berechnung der Einkommensteuer desselben Einkommensteuerpflichtigen weder beim Gesamtbetrag der Einkünfte noch beim Einkommen (§ 2 Abs. 2) zu berücksichtigen und mit einem besonderen Steuersatz von 25% zu versteuern sind, nicht im Inland bezogene Kapitalerträge im Sinne des **§ 93 Abs. 2 Z 3** (Zinserträge aus Geldeinlagen bei Kreditinstituten, Zinserträge aus sonstigen Forderungen gegenüber Kreditinstituten) sowie des **§ 93 Abs. 3** (Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren).

Eine Subsumtion unter **§ 93 Abs. 2 Z 3 EstG** 1988 ist naturgemäß mangels Kreditinstituseigenschaft auszuschließen. Zu prüfen bleibt daher letztlich **§ 93 Abs. 3 Z 1 und 2 EstG** 1988. Dieser normiert, dass Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren Kapitalerträge aus Wertpapieren sind, die ein Forderungsrecht verbriefen und nach dem 31. Dezember 1983 in Schilling oder Euro bzw. nach dem 31. Dezember 1988 in einer anderen Währung als Schilling oder Euro begeben wurden.

Untersucht man näher, was überhaupt unter einem "Forderungswertpapier" zu verstehen ist, findet man – den Hinweisen in *Hofstätter-Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, zu § 93* folgend – die Definition: *"...Umgekehrt bedeutet die Einstufung eines Wertpapiers als Forderungspapier nicht, dass damit eine "Anleihe" im Sinn von Doppelbesteuerungsabkommen vorliegt. Der Begriff "Anleihe" ist vielmehr eigenständig zu interpretieren. Es handelt sich dabei um ein Instrument der mittel- und langfristigen Kapitalaufbringung. Diesem Erfordernis wird in der Regel eine Laufzeit von mindestens fünf Jahren entsprechen. Andere Forderungswertpapiere sind insbesondere auf Namen sowie auf Inhaber lautende (Teil-) Schuldverschreibungen, Pfandbriefe, Kommunalschuldverschreibungen, Schatzscheine, Kassenobligationen, sowie Wertpapiere über Schuldscheindarlehen, weiters sogenannte "Certificates of Deposit", die ihrer Rechtsnatur nach als (Inhaber-) Schuldverschreibungen ausgestattet sind. Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen werden in § 93 Abs. 3 Z 3 ebenfalls den Forderungswertpapieren zugeordnet"* (vgl. auch: Koppensteiner in ÖStZ 20/1990, 247 ff, "Übersicht über die Steuerpflicht von Einkünften aus Kapitalvermögen").

Der EACC-Zeichnungsschein passt nicht in obenstehende Aufzählung. Es ist in seinem Fall nicht davon auszugehen, dass „das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgt“. Der (englische) Text selbst, der auf dem Zeichnungsschein abgedruckt ist, verweist auf die Bücher der Gesellschaft. Allein der Umstand, dass er Zeugnis über ein Geschäft ablegt, das ein

Forderungsrecht begründet, macht den Zeichnungsschein noch nicht zu einem Forderungswertpapier im Sinne des § 93 Abs. 3 EStG 1988. Er ist vielmehr – hierin ist der Argumentation des Finanzanwaltes zu folgen – eine Urkunde oder ein Beleg über das darlehensähnliche Geschäft als festverzinsliche Anlage. Folgt man wiederum *Hofstätter-Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, § 93, Steuerabzugspflichtige Kapitalerträge; Begriff, Punkt 2.*, kann man erschließen, dass im Falle einer Darlehenshingabe an einen Darlehensnehmer, der keine Bank ist, die Zinserträge nicht dem Kapitalertragsteuerabzug unterliegen, was auch dann gilt, wenn der Darlehensnehmer ohne die hierfür erforderliche Berechtigung Bankgeschäfte betreibt (vgl. auch: Koppensteiner wie oben, S 248, unten: „Zinsen aus Geldforderungen an andere Schuldner als Banken“, **keine KEST-Pflicht**). Dies heißt im Weiteren:

- auch bei Hingabe eines Darlehens an eine inländische Nichtbank fällt für den Zinsertrag keine Kapitalertragsteuer an,
- ein Wahlrecht zwischen Endbesteuerung mit 25% oder "normaler" Einkommensbesteuerung mit Halftesteuersatz steht daher überhaupt nicht zur Diskussion,
- die Kapitalerträge sind mit dem Vollsatz nach Tarif zu besteuern,
- die Vollsatzbesteuerung der ausländischen Kapitalerträge gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 stellt keine Diskriminierung im Sinne des EuGH - Urteils Lenz dar.

Verjährung

Gemäß § 207 Abs. 2 BAO beträgt die Verjährungsfrist grundsätzlich fünf Jahre (dies gilt für die auf den Streitfall anzuwendende Fassung BGBl. Nr. 194/1961 idF BGBl. Nr. 681/1994 und idF BGBl. I Nr. 9/1998 gleichermaßen wie für die nach dem Steuerreformgesetz 2005 ab 2005 geltende Fassung BGBl. I 2004/57).

Gemäß § 208 Abs. 1 lit. a BAO beginnt die Verjährung in den Fällen des § 207 Abs. 2 BAO grundsätzlich mit dem Ablauf des Jahres, in dem der Abgabenanspruch entstanden ist.

§ 209 Abs. 1 BAO (in der auf den Streitfall anzuwendenden Fassung BGBl. Nr. 194/1961, idF BGBl. Nr. 312/1987; vgl. ab 1.1.2005 geltende Fassung BGBl. I 2004/180 sowie Übergangsbestimmung § 323 Abs. 18 BAO) bestimmt, dass die Verjährung durch jede nach außen erkennbare, von der Abgabenbehörde zur Geltendmachung des Abgabenanspruches oder zur Feststellung des Abgabepflichtigen unternommene Amtshandlung unterbrochen wird.

Hiebei beginnt die Verjährung mit Ablauf des Jahres, in welchem die Unterbrechung eingetreten ist, neu zu laufen.

Der Abgabenanspruch entsteht bei der Einkommensteuer gemäß § 4 Abs. 2 lit. a Z 2 BAO für die zu veranlagende Abgabe mit Ablauf des Kalenderjahres, für das die Veranlagung vorgenommen wird.

Gemäß § 207 Abs. 2 zweiter Satz BAO beträgt die Verjährungsfrist bei hinterzogenen Abgaben in der auf den Streitfall anzuwendenden Fassung BGBl. 194/1961, idF BGBl. Nr. 681/1994 und idF BGBl. I Nr. 9/1998 (vgl. BGBl. I 2004/57 ab 2005, Übergangsbestimmung § 323 Abs. 16 BAO) zehn Jahre. Ob eine Abgabe hinterzogen ist, ist eine Vorfrage. Insofern verlangt die herrschende Lehre eindeutige bescheidmäßige Feststellungen der Abgabenbehörde. Einer Abgabenhinterziehung im Sinne des § 33 Abs. 1 FinStrG macht sich schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt. Vorsätzlich handelt gemäß § 8 FinStrG, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Gemäß § 304 BAO ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach Eintritt der Verjährung ausgeschlossen.

Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe im Sinne der §§ 7, 9 und 10 FinStrG schließen die Erfüllung des Tatbestandes der Hinterziehung und damit die Anwendung der Zehnjahresfrist aus.

1994

Die Verjährungsfrist gemäß § 207 Abs. 2 BAO begann für die zu veranlagende Einkommensteuer 1994 mit Ablauf des Kalenderjahres 1994 zu laufen. Sie hätte am 31.12.1999 geendet, wenn nicht mit Erlassung des Einkommensteuerbescheides 1994 vom 10. Oktober 1995 ein Unterbrechungstatbestand gesetzt worden wäre. Die fünfjährige Verjährungsfrist endet daher für das Streitjahr 1994 am 31. Dezember 2000. Das Schreiben der Finanzstrafbehörde I. Instanz vom 26. Februar 2001, das grundsätzlich einen weiteren Unterbrechungstatbestand nach § 209 Abs. 1 BAO darstellt, ist daher nach bereits eingetretener Verjährung versendet worden. Dasselbe gilt naturgemäß für den (nicht strittigen) Wiederaufnahmebescheid sowie den neuen Einkommensteuerbescheid, beide vom 30. Juli 2004.

Prüft man weitergehend das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Hinterziehung und davon abgeleitet für die längere, zehnjährige Verjährungsfrist, so ist festzustellen: Wohl hat der Berufungswerber gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG eine abgabenrechtliche Offenlegungspflicht verletzt, jedoch ist ihm ein vorsätzliches Handeln nicht nachzuweisen. Aus der Aktenlage lässt sich ersehen – dies wurde auch in der Verhandlung vom steuerlichen Vertreter bestätigt – dass er der Meinung war, die zur Gänze reinvestierten Beträge lösten keine Steuerpflicht aus. Er war sich, auch im Hinblick auf die Angabe im Platzierungsmemorandum, wonach die Anlage aufgrund ihrer Erwirtschaftung im Ausland "zinssteuerfrei" sei, nicht dessen bewusst, mit seiner Unterlassung gegen die Rechtsordnung zu verstoßen. Selbst ein bedingter Vorsatz im Sinne des zweiten Satzes des § 8 Abs. 1 FinStrG kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Im Hinblick auf den angefochtenen Einkommensteuerbescheid für 1994 vom 30. Juli 2004 ist daher Verjährung eingetreten und war der Berufung insofern Folge zu geben.

Die Überprüfung der Verjährung für die Jahre 1995 bis 2000 ergibt folgendes Bild:

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Erstbescheid	21.11.96	2.2.98	1.4.99	22.2.00	5.10.00	4.10.01
Vj. gem. § 207 Abs. 2	31.12.01	31.12.03	31.12.04	31.12.05	31.12.05	31.12.06
Unterbrechung Schreiben FinStrbehörde	26.2.01	26.2.01	26.2.01	26.2.01	26.2.01	26.2.01
Vj.	31.12.06	31.12.06	31.12.06	31.12.06	31.12.06	31.12.06
angefochtener Bescheid	30.7.04	30.7.04	30.7.04	30.7.04	30.7.04	30.7.04
Ergebnis	nicht verjährt	nicht verjährt	nicht verjährt	nicht verjährt	nicht verjährt	nicht verjährt

Auch die (nicht mit Berufung bekämpften) Wiederaufnahmebescheide stammten im Übrigen vom 30.7.2004.

Betreffend das Jahr 2000 wurden die auf das 3. Quartal entfallenden Kapitalerträge aus der steuerlichen Bemessungsgrundlage ausgeschieden, sodass diese nicht mehr mit 430.577 S, sondern mit 202.791 S in Ansatz zu bringen war.

Anspruchszinsen

Der Berufungswerber beantragte gleichzeitig mit einer ersatzlosen Aufhebung der Einkommensteuerbescheide 1994 bis 2000 die Aufhebung des Bescheides über die Festsetzung von Anspruchszinsen für das Jahr 2000.

Der Bestreitung der Anspruchszinsen lediglich aufgrund einer (vermuteten) Unrichtigkeit des Einkommensteuerbescheides ist grundsätzlich zu entgegnen, dass Anspruchszinsenbescheide an die Höhe der im Bescheidspruch des Einkommensteuerbescheides ausgewiesenen Nachforderung oder Gutschrift gebunden sind. Wegen dieser Bindung ist der Zinsenbescheid nicht (mit Aussicht auf Erfolg) mit der Begründung anfechtbar, der maßgebende Einkommensteuerbescheid sei inhaltlich rechtswidrig. Erweist sich der Stammabgabenbescheid nachträglich als rechtswidrig und wird er entsprechend abgeändert oder aufgehoben, so wird diesem Umstand mit einem an den Abänderungsbescheid (Aufhebungsbescheid) gebundenen Zinsenbescheid Rechnung getragen (zB Gutschriftszinsen als Folge des Wegfalles einer rechtswidrigen Nachforderung). Es ergeht ein weiterer Zinsenbescheid, daher erfolgt keine Abänderung des ursprünglichen Zinsenbescheides (Ritz, Bundesabgabenordnung Kommentar, 3. Auflage, Linde Verlag, Wien 2005, § 205, RZ 35).

Die Berufung gegen den Anspruchszinsenbescheid war daher abzuweisen.

Insgesamt war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 4 Berechnungsblätter (Einkommensteuer für 1994 und 2000, jeweils in ATS und in €)

Feldkirch, am 4. Mai 2007