

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Senat XYZ am 19. Mai 2004 über die Berufungen des Bw., vertreten durch RTG Dr. Rümmele Treuhand GmbH, gegen die Bescheide des Finanzamtes Bregenz, vertreten durch Dr. Walter Blenk, betreffend Einkommensteuer für die Jahre 1997 bis 1999 nach in Feldkirch durchgeföhrter Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Die in B angesiedelte VTH trat ab Ende 1990 als Vermittlerin diverser Investmentprodukte auf. Vornehmlich wurde das Anlageprodukt 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 Wohnsitzten in Israel und in den USA.

Die VTH schloss mit dem jeweiligen Anleger eine Zeichnungsvereinbarung ab, wonach dieser sein Einverständnis abgab, so viele Vorzugsaktien der EACC zu erwerben, wie für den hingebenen 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 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. 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 Gewinnausschlägen 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, später der EACF, eingeliefert werden und konnten über die VTH 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. Die Anleger müssen mit dem Verlust des Anlagekapitals rechnen.

Der Berufungswerber beteiligte sich per 23.4.1997 mit einer Anlage von 250.000 S am Unit 1997/I. Mit den halbjährlich gutgeschriebenen Renditen erwarb er im Wege des Reinvestments jeweils Anteile an der EACC. Die Gutschriften aus dieser Veranlagung wurden wieder reinvestiert. Eine steuerliche Erklärung erfolgte nicht. Erst im wiederaufgenommenen Verfahren, welches zu den Einkommensteuerbescheiden vom 2. April 2001 führte, wurden die reinvestierten Beträge (für 1997 zusammen 35.065 S, für 1998 zusammen 57.992 S, für 1999 zusammen 67.846 S) als Einkünfte aus Kapitalvermögen den Einkünften des Berufungswerbers aus nichtselbständiger Arbeit, sowie aus Vermietung und Verpachtung hinzugerechnet.

Die Bescheide wurden mit Berufungen, vorerst sowohl hinsichtlich der Wiederaufnahme, als auch in der Sache angefochten. Mit Schreiben vom 10. Juli 2001 erfolgte eine Zurücknahme der Berufungen in Bezug auf die Wiederaufnahme. In der Sache wurden sie aufrechterhalten.

Es wurde im Wesentlichen vorgebracht: Die als "Dividenden" bezeichneten Beträge seien tatsächlich als steuerneutrale Kapitalrückzahlungen gemäß § 4 Abs. 12 EStG 1988, dh. nicht als aus eigener Leistungskraft erwirtschaftete Beträge, sondern als bloße Vermögensumschichtungen zu werten, eine Einstufung als steuerlich unbeachtliche Liebhaberei sei zu erwägen, und ein in amtsweiger Ermittlungspflicht wahrheitsgemäß festgestellter Sachverhalt sei auch zugunsten des Abgabepflichtigen zu würdigen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12. Juli 2001 wies das Finanzamt B die Berufungen als unbegründet ab und führte aus, es handle sich bei den sogenannten "Dividenden" um "Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art" gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988. Ein "Pyramidenspiel" oder "Schneeballsystem" liege nicht vor. In der teilweisen Reinvestition der Kapitaleinkünfte seien Verfügungen der Anleger über die gutgeschriebenen Beträge zu sehen, insofern gälten diese als zugeflossen. Nach dem Vertragsverhältnis und dem eindeutigen Parteiwillen lägen keine Kapitalrückzahlungen vor. Von Liebhaberei könne nicht gesprochen werden, da einerseits der Verlust des Kapitalstammes steuerlich irrelevant sei, andererseits tatsächliche Auszahlungen und reinvestierte Beträge zugeflossen seien. Es sei entbehrlich, den Ausgang des Strafverfahrens gegen BR und IA abzuwarten. Eine gänzliche Entflechtung der internationalen Verwicklungen könne realistischerweise wohl nicht erwartet werden. Der vorliegende Sachverhalt reiche aus, um die Beteiligungen als darlehensähnliche Geschäfte zu qualifizieren.

Der Berufungswerber brachte rechtzeitig einen Antrag auf Vorlage der Berufungen an die Abgabenbehörde 2. Instanz ein. In seinen nachgereichten Ergänzungen zum Vorlageantrag, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, führte er zusammengefasst aus, die Einstufung als darlehensähnliches Geschäft gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 sei unzutreffend, die 16%ige Dividende sei nicht für die Überlassung von Kapital zur Nutzung versprochen worden, sondern als Rendite eines Aktieninvestments bloß in Aussicht gestellt worden. Es handle sich bei der streitigen Veranlagung daher nicht um ein schuldrechtliches, sehr wohl aber um ein gesellschaftsrechtliches Geschäft. Wenn auch kein klassisches Pyramidenspiel vorliege, sei doch die Glücksspielvariante zu prüfen und zu bejahen, da jener Anleger, der sich laufend die Dividende plus das Anlagekapital habe auszahlen lassen und rechtzeitig mit dem Spiel aufgehört habe, durchaus einen attraktiven Spielgewinn erzielen habe können. Die ab 1996 geübte Gegenverrechnung von investiertem Kapital mit Erträgen widerspreche den Gepflogenheiten des Wirtschaftslebens und deute auf eine Verschlechterung der Liquiditätslage der EACC hin. Was die gutgeschriebenen und reinvestierten Dividenden angehe, so liege kein Zufluss im Sinne des § 19 EStG 1988 vor, da sowohl von

Zahlungsunfähigkeit, als auch von Zahlungsunwilligkeit des Schuldners auszugehen sei. Die Zahlungsfähigkeit müsse nämlich in Anlehnung an § 66 KO abstrakt, dh. am Ende jeden Quartals zu dem ja der Anspruch auf Auszahlung der Dividende erworben werde, geprüft werden. Im Streitfall sei es aber evident, dass, wenn alle Anleger jeweils die Auszahlung verlangt hätten, die bereitstehenden Mittel nicht ausgereicht hätten. Die Zahlungsunwilligkeit könne im EACC-Modell generell vorausgesetzt werden. In Bezug auf die Kapitalrückzahlungen argumentierte der Berufungswerber, die Entscheidung der FLD für Kärnten vom 17.7.2000, ÖStZ 2001, 293, basiere offenbar auf der Rechtsprechung des BFH, der gemäß § 366 BGB vom Leistungsbestimmungsrecht des Schuldners ausgehe. Er verwies diesbezüglich auf den Fall Ambros S. A. und die Kritik von Beiser (RdW 1998, 302) hiezu. § 4 Abs. 12 EStG 1988 sei entgegen der in der Berufungsvorentscheidung geäußerten Meinung auch im Bereich der außerbetrieblichen Einkünfte anzuwenden. Weiters brachte der Berufungswerber vor, dass es der "Auffassung des Finanzamtes" folgend, möglich sein müsste, eine Gewinnausschüttung als Kapitalrückzahlung zu bezeichnen und damit eine Steuerpflicht zu vermeiden. Einige Anleger hätten mit Vertretern der VTH vereinbart, die 16%ige, als Dividenden bezeichnete Auszahlung solle zunächst, dh. bis zur vollständigen Tilgung, eine Kapitalrückzahlung darstellen. Erst nach vollständiger Kapitalrückzahlung sollten Dividenden vorliegen. Auch habe das Finanzamt die amtswegige Ermittlungspflicht verletzt, indem es keine Erhebungen dahingehend anstellt habe, ob die EACC jemals ausschüttbare Gewinne erwirtschaftet habe. Einer Mitwirkungspflicht der Partei komme im Rahmen der amtswegigen Ermittlungspflicht nur untergeordnete Bedeutung zu. Im Hinblick auf eine mögliche Beurteilung als Liebhaberei dürfe kein Unterschied hinsichtlich Vortäuschung eines Darlehensvertrages und Vorgabe einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gemacht werden. In beiden Fällen müsse eine steuerlich unbeachtliche Liebhaberei angenommen werden.

Abschließend beantragte der Berufungswerber die Einvernahme des IA mit 3 Adressen in New York und einer in Tel Aviv, des AB mit Adresse in New York und des BK, Prüfer der PWC-Frankfurt, ohne Adressangabe. Beweisthema ist in allen Fällen die finanzielle Gebarung der EACC, insbesondere die Werthaltigkeit und Ertragsfähigkeit der EACC-Aktien.

Die Verhandlung vor dem gesamten Berufungssenat fand im Hinblick auf den komplexen Sachverhalt und die besonderen Schwierigkeiten der zu entscheidenden Fragen, sowie aus verfahrensökonomischen Gründen – in Parallelfällen war über Antrag der Berufungswerber eine mündliche Verhandlung anberaumt worden – gemäß § 282 Abs. 1 Z 2 BAO auf Verlangen der Referentin statt.

Der Senat hat erwogen:

Gemäß § 27 Abs. 1 Z 1 lit. a EStG 1988 gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen Gewinnanteile (Dividenden), Zinsen und sonstige Bezüge aus Aktien oder Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Gemäß § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zählen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch Zinsen und andere Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, zum Beispiel aus Darlehen, Anleihen, Einlagen, Guthaben bei Kreditinstituten und aus Ergänzungskapital im Sinne des Bankwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

Gemäß § 19 Abs. 1 EStG 1988 sind Einnahmen in jenem Kalenderjahr bezogen, in dem sie dem Steuerpflichtigen zugeflossen sind. Als zugeflossen ist eine Einnahme dann anzusehen, wenn der Empfänger rechtlich und wirtschaftlich über sie verfügen kann (VwGH 22.2.1993, 92/15/0048).

Strittig ist, ob im Berufungsfall steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen überhaupt vorliegen, welcher Art sie sind und in weiterer Folge, ob auch die gutgeschriebenen und reinvestierten Beträge als zugeflossene Kapitalerträge zu beurteilen sind.

Der Berufungswerber ist einer von vielen Anlegern, die im Spannungsfeld des EACC–VTH–Anlagemodells möglicherweise endgültig ihr eingesetztes Kapital verloren haben. Sowohl in den Medien als auch in diversen Fachartikeln standen die Erörterungen zum Thema zumeist unter Überschriften, die das Wort "Betrug" im Text führten. Bei Gericht sind Strafverfahren gegen BR und IA wegen Betrug, Veruntreuung und Verstoß gegen § 15 KMG anhängig. Laut Rücksprache mit dem Untersuchungsrichter beim Landesgericht F befindet sich die Causa noch nicht im Anklagestadium, sondern nach wie vor im Voruntersuchungsstadium. Mit einem Gerichtsurteil ist nicht in Bälde zu rechnen. Dies steht einer abschließenden Beurteilung der steuerlich relevanten Frage, ob bei den Investoren Einkünfte aus Kapitalvermögen vorliegen, jedoch nicht entgegen.

Der in den Materialien zum Streitfall vielfach angesprochene PWC-Bericht gelangte der Abgabenbehörde 2. Instanz über das Landesgericht F als Beilage zur Strafanzeige vom 11. April 2003 zur Kenntnis. Er ist mit 5. Oktober 2000 datiert. Der als "Entwurf" überschriebene Bericht richtet sich an IA als Adressaten und ist laut PWC als Information für die österreichische Wertpapieraufsichtsbehörde bestimmt. Auftragsgemäß sind folgende Punkte untersucht worden:

- Feststellung der Beträge, die durch die VTH für dritte Personen in Aktien investiert sind;

- Feststellung der Höhe der Dividenden, die von der EACC für die Aktien seit ihrer Ausgabe ausgeschüttet wurden;
- Feststellung des Wertes der Vermögensgegenstände, die von der EACC und der EACF gehalten werden und Feststellung, ob die Höhe (des Wertes) dieser Vermögensgegenstände ausreicht, um die Rückzahlungsforderungen der Inhaber der Aktien abzudecken.

Als Gesamterlöse aus gezeichneten Aktien im Prüfungszeitraum 30. November 1990 bis 31. Dezember 1999 stellt PWC 57,184.927 US\$ fest. Die insgesamt gutgeschriebenen Dividenden belaufen sich auf 36,3 Millionen US\$. 16,7 Millionen davon (das sind 46 %) sind bar ausbezahlt worden, 19,6 Millionen (das sind 54 %) sind reinvestiert worden. Im Zuge von Rückkäufen/Stornierungen sind 11,9 Millionen US\$ zurückbezahlt worden. Für reinvestierte Dividenden gibt es keinen Zahlungsstrom, da diese nicht ausgeschüttet, sondern unverzüglich in EACC-Aktien umgewandelt wurden.

PWC geht von folgenden "Transaktionsphasen" aus:

- **A)** von Dezember 1990 bis September 1993, Empfänger des investierten Kapitals: EACC;
- **B)** von September 1993 bis Jänner 1996, Empfänger des Kapitals: VTH/EACC;
- **C)** von Jänner 1996 bis Juli 1999, Empfänger des Kapitals: VTH;
- **D)** ab Juli 1999, Empfänger des Kapitals: EACF.

Innerhalb der Transaktionsphasen unterscheidet PWC zwischen "Transaktionstypen"

- **1)** investiertes Kapital (Eingang von Geldern) und
- **2)** Dividendenauszahlungen;
- **3)** Rückzahlung von Kapital und
- **4)** Provision für VTH und Gebühr für Treuhänder (alle: Ausgang von Geldern).

In der Transaktionsphase **B)** wandelten sich die finanziellen Beziehungen der Investoren zur EACC von direkten zu indirekten, weil der von der VTH empfangene Zahlungsstrom 1 in Übereinstimmung mit der EACC um die Provision für die VTH reduziert wurde (= Zahlungsstrom 4), bevor er an die EACC weiterüberwiesen wurde. Die Zahlungsströme 2 und 3 gelangten von der EACC an die VTH, die sie sodann an die Investoren überwies. In der Transaktionsphase **C)** erlosch auch die indirekte finanzielle Verbindung der Investoren zur EACC. Diese und die VTH vereinbarten nämlich, um Transaktionskosten zu sparen, dass letztere die Zahlungsströme 2, 3 und 4 soweit möglich direkt aus dem Zahlungsstrom 1 bedienen sollte.

Ab der Transaktionsphase **D**) liefern die Zahlungsströme 1 bis 3 über die Konten der durch den Stiftungsrat RW vertretenen EACF. Unter der Überschrift "Cashflow ein und aus" verzeichnet PWC die Eingänge bei der VTH, die Dividendenauszahlungen und Rückzahlungen, die Provisionen und Verwaltungsgebühren, sowie die von der EACF einbehaltenden Beträge. Als "erwartete Barzahlungen" an die EACC über den Prüfungszeitraum ermittelte PWC zusammenfassend rd. 26 Millionen US\$:

| | |
|---|-------------------|
| Gesamterlöse in US\$ | 57,184.927 |
| davon ab (jeweils in US\$): | |
| Dividenden | 13,137.620 |
| Rückkäufe | 9,007.824 |
| Gebühren und Provisionen | 6,493.479 |
| von EACF zum 31.12.1999 gehaltene Barbeträge | 2,500.000 |
| erwartete Zahlung | 26,046.004 |

Die in Abzug gebrachten Dividenden, Rückkäufe, Gebühren und Provisionen sind jene, die den Zeitraum 1996 bis 1999 betreffen, als vereinbarungsgemäß eine Gegenverrechnung der Zahlungsausgänge mit den Zahlungseingängen durch die VTH erfolgte (= Transaktionsphase C).

PWC stellt fest, dass die Prüfung der Bankauszüge, Überweisungsunterlagen und internen Aufzeichnungen der VTH ergeben habe, dass der errechnete Betrag von 26,1 Millionen US\$ im Prüfungszeitraum tatsächlich an die EACC gegangen sei, dies entweder direkt durch Investoren auf EACC-Konten oder über die VTH-Konten. Der so ermittelte Betrag entspreche ziemlich genau der "erwarteten Zahlung" an die EACC (= 26 Millionen US\$). Der Unterschied könne sich aus Wechselkursdifferenzen erklären. Die Zahlungen sind detailliert aufgegliedert in Barzahlungen an IA, Zahlungen an 4 Schweizer Banken, sowie einer Zahlung auf das Konto der American Telekom.

Die Zahlungsströme und –abläufe wurden von PWC kommentarlos dargestellt. Auffälligkeiten oder Verdachtsmomente lassen sich dem Bericht nicht entnehmen. Seitens der VTH sind Ein- und Ausgänge dokumentiert und nachvollziehbar. Besondere Modalitäten – so die ab der

Transaktionsphase C) gepflogene Gegenverrechnung, wonach die Anlegergelder erst nach Reduktion um zu zahlende Dividenden und Provisionen an die EACC überwiesen wurden – beruhten auf gegenseitigem Einvernehmen ("Agreement" vom 1.1.1996) und waren damit begründet, dass man auf diese Weise Auslandsüberweisungsspesen in sechsstelliger Höhe gespart habe. Laut Aussage der BR bei einer ihrer Einvernahmen wurden aber auch ab dieser Phase bei Nichtausreichen der Guthaben, Überweisungen der EACC an die EACF und von dieser auf ein Konto in B getätigt. Als es im 3. Quartal des Jahres 2000 zu Zahlungsschwierigkeiten kam und das bisher gute Einvernehmen zwischen EACC und VTH sich trübte, wurde seitens IA der Verdacht geäußert, die VTH hätte Anlegergelder nicht weitergeleitet. Dagegen sprechen obige, von PWC gesichtete Zahlen, und das Ergebnis einer finanzbehördlichen Betriebsprüfung bei der VTH, bei der keine unrechtmäßige Bereicherung festgestellt werden konnte. Es existiert überdies eine schriftliche "Confirmation" (Bestätigung) IA's, in der er per 25.11.1999 bestätigt, dass die Anzahl der ausgegebenen Vorzugsaktien der EACC 15.824.041 (dies sind sogar mehr als die von PWC festgestellten rund 11 Millionen Aktien; die Diskrepanz ist möglicherweise auf eine Nichteinbeziehung der reinvestierten Beträge durch PWC zurückzuführen) betrage. Damit erklärt er indirekt den Eingang von 79.120.205 US\$. BR gab bei einer Einvernahme im Dezember 2000 an, die VTH habe regelmäßig Listen der neuen Veranlagungen erstellt, sogenannte "Closing-Listen", und diese an IA übermittelt. Anhand derer habe er die Geldeingänge überprüfen können. Während der gesamten Geschäftsverbindung sei es nie vorgekommen, dass IA Differenzen zwischen Closing-Listen und Geldeingängen bemängelt habe. Mehrere Personen, Angestellte der VTH, ein Bankdirektor, bei dessen Institut eine Reihe von Konten der VTH geführt wurde und RW gaben im Rahmen ihrer Einvernahmen an, BR und DR, mit denen sie zumeist lange Zeit zusammengearbeitet hatten, als seriöse und gewissenhafte Menschen kennengelernt zu haben, die um das Wohl ihrer Kunden bemüht gewesen seien und an das von ihnen beworbene Produkt geglaubt hätten. Dies äußerte sich nicht zuletzt darin, dass Berater und Angestellte der VTH selbst in EACC- Papiere investierten.

Beanstandungen gab es jedoch von der Bundeswertpapieraufsichtsbehörde (BWA): So enthalte das "Platzierungsmemorandum" teilweise unvollständige, unrichtige und missverständliche Informationen. Insofern wurde die am 30.12.1999 durch die BWA erteilte Konzession für die Erbringung verschiedener, näher umschriebener Finanzdienstleistungen unter bestimmte Auflagen gestellt.

Die Untersuchungen und Informationen in ihrer Gesamtheit vermögen den Verdacht auf eine Veruntreuung von Geldern durch die VTH und ihre Betreiber nicht zu erhärten.

Vielschichtiger präsentierte sich die EACC mit ihrem Hauptakteur IA, einem diplomierten Wirtschaftsfachmann, der als Kenner der internationalen Finanzmärkte galt (siehe hiezu Aufzeichnungen von DR, Einvernahmen von BR und Angestellten der VTH, Einvernahme von KM, Zusammenfassung der Ermittlungsergebnisse der Kriminalabteilung B). Die geschäftlichen Kontakte mit DR und BR funktionierten 10 Jahre lang problemlos. In der Anfangsphase der geschäftlichen Beziehung mit der VTH kam er 14-täglich von New York nach B, unterzeichnete selbst die Zertifikate und wies die Dividenden an. Vor Beginn der "Unit"-Platzierung zeigte er DR und BR mehrmals vor Ort die börsennotierten Unternehmen, stellte ihnen das jeweilige Management vor und ließ sie in Geschäftsberichte Einblick nehmen. Diese Kontakte und Präsentationen wirkten auf die Geschäftspartner aus B - DR hat hierüber eine chronologische Aufzeichnung ("Entstehung der Direktbeteiligung an der EACC") angefertigt - stets überzeugend. IA rief täglich in B an und erkundigte sich nach der Zufriedenheit der Investoren. Als sein Ziel gab er gegenüber DR und BR an, er wolle in Europa einen zufriedenen Investorenkreis aufbauen, um langfristige geschäftliche Beziehungen pflegen zu können.

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 IA's, 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 angestrengten Verfahrens nicht beantworten zu können. Ein Staatsanwalt beim Landesgericht F 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 angestrengte 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 IA's investiert (siehe SEC-Berichte) und haben auch Erträge abgeworfen. Als Beispiel eines zumindest vorübergehend erfolgreichen Börsegangs – es wurden mindestens 22,864.000 US\$ Nettoerlöse erzielt - hat das Finanzamt B in seiner Berufungsvorentscheidung das Initial Public Offering von Toys International Com. Inc. am SMAX - Segment der Frankfurter Börse im November 1999 angeführt.

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

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

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 hiezu 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 B 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.

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 einzuhören, 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.

Insgesamt erübrigt sich mangels Gesellschafterstellung und Einlagencharakters daher eine weitere Auseinandersetzung mit den Einwänden im Zusammenhang mit § 4 Abs. 12 EStG 1988.

Ebenso kann folglich die Frage der Werthaltigkeit der der EACC bzw. dem Firmenimperium des IA zuzurechnenden und der Sicherung des Kapitals der Investoren dienenden Wertpapiere dahingestellt bleiben, ist diesfalls doch allein ausschlaggebend, ob die Auszahlungsansprüche im Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit werthaltig waren. Soweit die Auszahlungen aber tatsächlich erfolgt sind, kann die Werthaltigkeit wie auch der Zufluss wohl nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden. Gleches gilt aber auch bezüglich der reinvestierten Beträge, stand doch zum jeweiligen Zeitpunkt des Reinvestments die Möglichkeit der Auszahlung offen und die Zahlungsfähigkeit – ungeachtet, woher die Gelder letztlich stammten – nie in Frage. Dass es bei Fälligstellung aller Ansprüche der Investoren und der gleichzeitigen Rückforderung des Kapitals wohl zum Zusammenbruch gekommen wäre, steht dem nicht entgegen, würde ein derartiges Verhalten auf dem Kapitalmarkt doch zu zahllosen Zusammenbrüchen führen und muss mit einem solchen Verhalten im Wirtschaftsleben auch nicht gerechnet werden.

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

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

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

Die Berufungen im Streitfall richten sich gegen die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1997, 1998 und 1999. Der Berufungswerber hat in diesen Jahren die ihm gutgeschriebenen Beträge jeweils reinvestiert. Sie sind ihm, wie oben ausgeführt, zugeflossen.

Keine Handhabe sieht der unabhängige Finanzsenat schließlich auch dafür, die vereinnahmten Beträge wie in der Literatur zum Teil vertreten, als **Kapitalrückzahlungen** einzustufen (vgl. SWK 32/2001, S 782). Von einer Tarnung wahrer wirtschaftlicher Gegebenheiten kann nicht gesprochen werden: dass Geldanlagegeschäfte grundsätzlich mit Risiko verbunden sind, musste den Anlegern klar sein, dass im speziellen Fall größere Vorsicht am Platz gewesen wäre, war durch gewisse, ins Auge stehende Merkmale indiziert – so sind Renditen von mehr als 10% nur mit hochriskanten Anlageformen zu erreichen, bei denen auch der Totalverlust droht, Firmensitze in exotischen Ländern erschweren Nachforschungen und gerichtliche Auseinandersetzungen (www.boersenlexikon.de, faz.net). Das letztlich eingetretene Risiko, welches in dem möglicherweise endgültigen Verlust des Anlagekapitals zu sehen ist, muss daher als Folge und Ausfluss privatautonomer Entscheidungen von den Investoren getragen werden. Die Aussagen des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 7.4.1976, 1413/75, können, ohne näher auf § 1416 ABGB und das Leistungsbestimmungsrecht des Schuldners eingehen zu wollen, nicht auf den Berufungsfall übertragen werden. In dieser Entscheidung stehen einander der endgültige Ausfall einer Forderung und eine im selben Jahr erfolgte Zahlung eines Teilbetrages gegenüber, die letztlich vom VwGH in wirtschaftlicher

Betrachtungsweise als Kapitaltilgung eingestuft wurde. Im Berufungsfall wurden über nahezu 10 Jahre hinweg Erträge vereinnahmt, ohne dass es Komplikationen, Verzögerungen oder Auffälligkeiten gegeben hätte. Dem Willen und Verständnis der Parteien entsprechend, handelte es sich um eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals, die als "Dividende" bezeichnet wurde. Aufgrund der irrtümlichen Annahme, die Beträge seien nicht steuerpflichtig, unterblieb ihre Erklärung beim Finanzamt. Die plötzlich im 10. Jahr eintretende Risikoverwirklichung – Dividenden blieben aus, Totalverlust steht im Raum – vermag eine nachträgliche Umdeutung in Kapitalrückzahlungen nicht zu rechtfertigen (vgl. SWK 35/36, 2001, S 844).

Wenn der Berufungswerber in seinen Ergänzungen zum Vorlageantrag die "Gegebenheit" in den Raum stellt, "einige Anleger hätten in weiser Voraussicht.....mit Vertretern der VTH vereinbart, die 16%ige, als Dividende bezeichnete Auszahlung, solle bis zur vollständigen Rückzahlung eine Kapitaltilgung darstellen", so ist dem Aktenmaterial, das dem unabhängigen Finanzsenat vorliegt, keinerlei Hinweis auf derartige Vereinbarungen zu entnehmen und hat der Berufungswerber weder diesbezügliche Nachweise erbracht noch den Inhalt einer solchen Vereinbarung näher konkretisiert. Im Übrigen lässt sich aus der praktizierten Vorgangsweise hinsichtlich der Zinsermittlung nicht der geringste Hinweis dafür entnehmen, dass tatsächlich Kapitalrückzahlungen erfolgt wären.

Es ist abzulehnen, losgelöst vom anzuwendenden Rechtssatz eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" anzuwenden, also einen Seinsvorgang vorweg nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten rechtlich aufzubereiten zu wollen, wenn dieser keiner weiteren Interpretation bedarf. Die Wichtigkeit der Beachtung des § 115 Abs. 3 BAO steht außer Zweifel – jedoch darf diese nicht dazu führen, in Verbindung mit § 21 BAO ein an sich klares Sachgeschehen in der Weise umzudeuten, dass im Endeffekt ein den Steuerpflichtigen begünstigender Tatbestand herausgefiltert wird (siehe hiezu auch Stoll, BAO-Kommentar, Band 1, § 21, S 221). Auch dies widerspricht dem oftmals zitierten Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung.

Differenziert zu betrachten ist überdies die Indikatorfunktion der persönlichen Leistungsfähigkeit. Hier ist als zeitlicher Rahmen das Kalenderjahr heranzuziehen, in dem der Tatbestand verwirklicht wurde, an den das Gesetz gemäß § 4 Abs. 1 BAO die Abgabepflicht knüpft. Jahre später, etwa nach Verlust eines Kapitalstammes, eine Leistungsfähigkeit nach Belieben rückwirkend zu negieren, scheint nicht nachvollziehbar. Auch wäre es im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht zu rechtfertigen, würde, nachdem sich der Verlust des Kapitalstammes herausgestellt hat, derjenige, der die Erträge - aus welchen Gründen immer - nicht erklärt hat, gegenüber demjenigen steuerlich begünstigt

behandelt, der Kapitalerträge jährlich ordnungsgemäß erklärt hat und seines Kapitalstammes zB aufgrund gesunkenen Börsenkurse oder eines Firmenzusammenbruchs verlustig wird.

Der Berufungswerber bringt in seinen Ergänzungen zum Vorlageantrag weiters vor, man könne die strittige Anlageform als eine Art **Glücksvertrag** gemäß § 1267 ABGB deuten. Dem vermag der unabhängige Finazsenat nicht zuzustimmen. Der Eintritt des versprochenen Vorteils war nicht ungewiss – im Gegenteil, es flossen 10 Jahre lang pünktlich und ohne Stockungen Erträge zu. Dass letztlich das für ein Kapitalanlagegeschäft nicht untypische Risiko, nämlich das Versiegen der Ertragsquelle eintrat, macht das Geschäft nicht rückwirkend zum Glücksvertrag. Die als "Dividenden" bezeichneten Früchte des hingegebenen Kapitals sind im Streitfall somit sehr wohl unter § 27 Abs. 1 Z 4 EStG 1988 zu subsumieren (es ist insoweit auch auf die Ausführungen in der Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes B zu verweisen).

Keiner näheren Erörterung bedarf es nach Auffassung des unabhängigen Finazsenates auch, dass aus den vom Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung bereits aufgezeigten Gründen – auf die diesbezüglichen Ausführungen wird verwiesen – keine **Liebhaberei** vorliegt (vgl. auch SWK 32/2001, S 782 und SWK 35/36/2001, S 844).

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

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

Der Berufungswerber beanstandet in seinen Ergänzungen zum Vorlageantrag, dass das Finanzamt seiner **amtswegigen Ermittlungspflicht** nicht nachgekommen sei. Er relativiert dabei die Mitwirkungspflicht des Abgabepflichtigen und weist auf die "weitaus größeren"

Möglichkeiten der Abgabenbehörden hin, die überdies im Hinblick auf die Vielzahl an gleichgelagerten Fällen zu pflegen seien. Dazu ist grundsätzlich zu sagen, dass das Gesetz gerade bei Sachverhalten, die ihre Wurzel im Ausland haben, eine erhöhte Mitwirkungs- und Offenlegungspflicht der Abgabepflichtigen fordert. Die große Zahl von betroffenen Anlegern im EACC-Anlagemodell hätte auch gewiss stärkere Möglichkeiten zur Sachverhaltaufdeckung als ein Einzelner – dies darf zu bedenken gegeben werden, wenn der Berufungsverber allein an ein verstärktes Tätigwerden der Abgabenbehörden appelliert. Im Übrigen ist klarzustellen, dass es nicht Auftrag der Abgabenbehörden sein kann, weitausholend die Geschäftsvorgänge im amerikanischen Firmennetz des IA zu rekonstruieren, um das Vorliegen von Betrug, Untreue oder anderen strafrechtlich zu ahndenden Sachverhalten zu prüfen. Hier in Konkurrenz mit dem Gericht internationale Erhebungen zu pflegen wäre weder zweckmäßig, noch letztlich notwendig, da die Sachlage, so weit sie bekannt ist, zwar offensichtlich nicht für eine strafrechtliche (siehe Stand des Verfahrens beim Landesgericht F), wohl aber für eine steuerrechtliche Beurteilung ausreicht.

Im Sinne obiger Ausführungen war der unabhängige Finanzsenat auch nicht verhalten, den **Beweisanträgen** auf Einvernahme von IA, AB und BK nachzukommen. Abgesehen von der fehlenden Zweckdienlichkeit, widerspräche es jeglicher Lebenserfahrung, anzunehmen, dass IA, der nicht einmal für seine Anwälte und das Gericht greifbar ist, vor der Abgabenbehörde zweiter Instanz erscheinen und sich, befragt über die finanzielle Gebarung der EACC und Werthaltigkeit der Aktien, selbst beschuldigen würde. Ebensolches gilt für AB. Der PWC-Prüfer BK ist, wie bereits erwähnt, zu keiner Aussage vor Gericht bereit. Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass er der Abgabenbehörde gegenüber nicht anders steht. Das PWC-Papier wurde vom unabhängigen Finanzsenat in freier Beweiswürdigung beurteilt.

Der unabhängige Finanzsenat verkennt nicht, dass die Besteuerung derartiger Kapitalerträge angesichts eines allem Anschein nach verlorenen Kapitalstammes als Härte empfunden wird. Darauf kann jedoch im Rahmen der Abgabenfestsetzung nicht Bedacht genommen werden; allenfalls wird dem im Einzelfall im Wege einer Maßnahme nach § 236 BAO Rechnung zu tragen sein.

Der Berufung konnte aus den dargestellten Gründen nicht Folge gegeben werden.

Feldkirch, 7. Juni 2004