



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Adr, vertreten durch Gantner Steuerberatung GmbH, 6700 Bludenz, Färberstraße 10a, vom 24. September 2004 gegen die Bescheide des Finanzamtes Feldkirch vom 26. August 2004 betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Einkommensteuer 1994 bis 1998 und betreffend Einkommensteuer für den Zeitraum 1994 bis 2000 entschieden:

- 1) Die Berufungen gegen die Bescheide betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Einkommensteuer 1994 bis 1998 und betreffend Einkommensteuer 1994 bis 1999 werden als unbegründet abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.
- 2) Der Berufung gegen den Bescheid betreffend Einkommensteuer 2000 wird teilweise Folge gegeben. Die Bemessungsgrundlage und die Höhe der Abgabe sind dem am Ende der folgenden Entscheidungsgründe als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen, die einen Bestandteil dieses Bescheidspruches bilden.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber investierte in das Anlagedmodell EACC. Im Zuge abgabenbehördlicher Ermittlungen im Jahr 2001 stellte sich heraus, dass ihm hieraus resultierend Beträge gutgeschrieben worden waren, die er jeweils reinvestiert hatte. Für die Streitjahre 1994 bis 1998 ergingen in der Folge – je vom 26.8.2004 – Wiederaufnahmbescheide und neue Einkommensteuersachbescheide. Für die Streitjahre 1999 und 2000 wurden nach vorläufigen Bescheiden im Jahr 2001 per 26.8.2004 endgültige Einkommensteuerbescheide erlassen. In

den neuen Bescheiden wurden die Kapitalerträge aus der EACC-Veranlagung der steuerlichen Bemessungsgrundlage hinzugerechnet.

Der Berufungswerber legte Berufungen sowohl gegen die Wiederaufnahmebescheide als auch gegen die Einkommensteuersachbescheide ein und begründete letztere wie folgt:

- IA habe sich des Wertpapierbetruges schuldig bekannt,
- Keines der Unternehmen, in die er die Anlegergelder investierte, habe je Gewinn gemacht,
- Das Rechtsverhältnis zwischen der EACC und den Anlegern sei gesellschaftsrechtlicher Natur und beruhe nicht auf einem Darlehensvertrag,
- Die 16%-ige Festrendite aus der Beteiligung sei bloß in Aussicht gestellt worden,
- Die „Dividendengutschriften“ seien nicht werthaltig gewesen, „Gewinnanteile“ seien aus den Geldern neuer Anleger gespeist worden,
- Die Bewertung der Gutschriften mit 100% des Nennbetrages sei abzulehnen,
- Zumindest in der Endphase sei die EACC zahlungsunfähig und zahlungsunwillig gewesen,
- Die „Dividenden“ seien als steuerneutrale Kapitalrückzahlungen gemäß § 4 Abs. 12 EStG 1988 einzustufen,
- Die Zahlungsmodalität der „Saldierung“ (Gegenverrechnung) indiziere, dass niemals Gelder, die aus etwaigen Veranlagungen stammten, ausgezahlt worden seien,
- Denkmöglich wäre es im Weiteren, das EACC-Geschäft als Glücksspiel einzustufen.

In einem nachgereichten Schreiben verwies der Berufungswerber auf das Urteil C-315/02, Lenz, des EuGH vom 15.7.2004. Unter Stützung auf dieses Erkenntnis beantragte er in eventu eine Anwendung des 25%-igen Steuersatzes analog zu § 37 Abs. 8 EStG 1988.

Die Abgabenbehörde I. Instanz legte die Berufungen ohne Erlassung von Berufungsvorentscheidungen direkt der Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Hinsichtlich der **Wiederaufnahmebescheide** teilt der Unabhängige Finanzsenat die in der Begründung der angefochtenen Bescheide dargelegte Rechtsmeinung, wonach das nachträgliche Hervorkommen der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen neue Tatsachen darstellte, die zur amtswegigen Wiederaufnahme berechtigten. In Bezug auf die erforderliche Ermessensübung war vor allem der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der

Besteuerung zu beachten und dem Prinzip der Rechtsrichtigkeit der Vorrang vor dem der Rechtsbeständigkeit einzuräumen. Der Berufungswerber hat im Übrigen keinerlei Argumente dargetan, die einer amtsweigigen Wiederaufnahme entgegenstehen sollten.

Im Hinblick auf die **Sachbescheide** wird ausgeführt:

Im Juni 2004 ergingen sieben Berufungsentscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates betreffend Berufungswerber, die ebenfalls in das Anlagemodell EACC investiert hatten (RV/0304-F/02, RV/0219-F/02, RV/0220-F/02, RV/0218-F/02, RV/0217-F/02, RV/0216-F/02, RV/0205-F/02). In diesen gelangte die erkennende Behörde zu dem Schluss, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen vorlägen und zwar sowohl im Fall der ausbezahlten als auch der reinvestierten Beträge. Nahezu alle vom Berufungswerber streitgegenständlich aufgeworfenen Zweifelsfragen wurden darin einer hinlänglichen Analyse unterzogen. Vier Berufungswerber legten in der Folge Beschwerde beim VwGH ein; dieser bestätigte in der Sache die Entscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates ohne Abstriche (2004/15/0111-5, 2004/15/0110-5, 2004/15/0164-8 und 2004/15/0163-8, alle vom 19.12.2006).

Der Unabhängige Finanzsenat verweist auf die genannten Erkenntnisse und gibt auszugsweise wider:

*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** (Anmerkung: „Saldierung“) 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 stillen 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

Erträgnisse 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. Gleicher 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 inkonsistent, 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.

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 Finanzsenat 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).

ad Bericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PWC:

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 (Anmerkung: „**Saldierung**“), 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\$.

VwGH:

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..... Wenn die belangte Behörde davon ausgegangen ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt der Beschwerdeführer jedenfalls die Gutschrift jederzeit zu Geld hätte machen können, kann ihr nicht mit Erfolg entgegengetreten werden.

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 veranlagen, 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.

Dass IA sich der Verschwörung zur Begehung von Wertpapierbetrug und der tatsächlichen Begehung von Wertpapierbetrug in zwei Fällen schuldig bekannte und deshalb inzwischen in den USA zu einer Gefängnisstrafe verurteilt wurde, 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. An der bisherigen rechtlichen Würdigung durch den Unabhängigen Finanzsenat ändert die Verurteilung von IA nichts, kommt es doch – wie in den erwähnten Berufungsentscheidungen ausführlich erläutert – letztlich nicht auf die Frage einer „Werthaltigkeit“ an, sondern lediglich darauf, ob die Auszahlungsansprüche im Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit werthaltig waren. Soweit 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, eine Rechtsmeinung die, wie bereits dargelegt, vom VwGH bestätigt wurde.

Wie aus vorstehenden Ausführungen erhellit, konnte eine einen Zufluss bewirkende Verfügung im Reinvestment von „Dividenden“ ab dem 3. Quartal 2000 verneint werden. Die Faktenlage spricht dafür, dass erstmals ab diesem Zeitpunkt die Gutschriften nicht mehr zu Geld gemacht hätten werden können. Für den Berufungswerber war daher eine Bereinigung seines Kapitalertrages für 2000 insofern durchzuführen, als nach dem 30.6.2000 auf den Kontoauszügen aufscheinende Gutschriften auszuscheiden waren. Es war ihm daher nicht ein Betrag von 78.067,00 S, sondern von lediglich 53.264,00 S zuzurechnen.

Zur Frage des – in eventu – anzuwendenden Steuersatzes von 25%:

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.

§ 37 Abs. 8 Z 2 bis 5 EStG 1988 nimmt bestimmte taxativ aufgezählte ausländische Kapitalerträge von der allgemeinen Einkommens- und Einkunftsvermittlung aus und unterwirft sie einer gesonderten Einkommensteuer in Höhe von 25%, somit einer Art von Endbesteuerung. Streitgegenständlich kommt allenfalls eine Subsumtion der Kapitalerträge unter die **Z 3 leg. cit.** in Betracht, welche weiter auf § 93 Abs. 2 Z 3 sowie § 93 Abs. 3 EStG 1988 verweist. Anlass zu Bedenken gibt allerdings die Formulierung „*nicht im Inland bezogene Kapitalerträge...*“ in der **Z 3** des **§ 37 Abs. 8 EStG 1988**. Die streitgegenständlichen ausländischen Kapitalerträge wurden sehr wohl im Inland bezogen, nämlich durch Auszahlung seitens des in Bregenz angesiedelten inländischen Platzierungsmaklers VTH-GmbH, der somit

als kuponauszahlende Stelle im Sinne der §§ 93 ff EStG 1988 anzusehen ist. Dieser Umstand hätte gegebenenfalls (dh im Falle des Vorliegens grundsätzlich kapitalertragsteuerpflichtiger Erträge) eine Einbehaltung und Abfuhr von KEST durch die VTH gemäß § 95 EStG 1988 indiziert. Wie sich aber aus dem Platzierungsmemorandum ablesen lässt, wurde die in Streit stehende Anlage seitens der Initiatorin EACC und in weiterer Folge des inländischen Platzierungsmaklers VTH-GmbH als „zinssteuerfrei“ verstanden, eine Wortwahl, die von den Anlegern als generelle Einkommensteuerfreiheit bzw. Freiheit von allen Steuern missdeutet wurde, die aber tatsächlich wohl eine KEST-Freiheit meint.

Wenn daher nicht schon a priori davon auszugehen ist, dass die strittigen Kapitalerträge unter keine der Ziffern 2 – 5 des § 37 Abs. 8 EStG 1988 subsumierbar sind, wodurch eine Stützung auf das Urteil Lenz des EuGH zu verwerfen wäre, gilt:

§ 93 Abs. 2 Z 3 EStG 1988 ist naturgemäß auszuschließen, weshalb letztlich lediglich **§ 93 Abs. 3 Z 1 und 2 EStG** zu analysieren bliebe. Dieser normiert, dass Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren Kapitalerträge aus Wertpapieren sind, die ein Forderungsrecht verbrieften 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. Auf die nähere Untersuchung, ob ein für die Endbesteuerung von Forderungswertpapieren grundsätzlich erforderliches „public placement“ vorlag wird verzichtet, weil nach herrschender Praxis bei Erwerb eines Papiers binnen 6 Monaten nach Emission durch mehr als 250 Käufer vom Vorliegen eines öffentlichen Angebots auszugehen ist. Aus der Aktenlage lässt sich diese Mindestzeichneranzahl erschließen.

Untersucht man nun 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 eine Urkunde oder ein Beleg über das darlehensähnliche Geschäft als festverzinsliche Anlage. Ein Darlehen ist gemäß § 983 ABGB die Übertragung einer verbrauchbaren Sache ins Eigentum des Darlehensnehmers durch den Darlehensgeber. § 27 EStG 1988 erfasst jedoch nur Zinsen für die Überlassung von Geld (Gelddarlehen). Wird ein Darlehen durch ein Wertpapier verbrieft, ändert dies nichts am Darlehenscharakter an sich.

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 hiefür erforderliche Berechtigung Bankgeschäfte betreibt (vgl. auch: Koppensteiner wie oben, S 248, unten: "*Zinsen aus Geldforderungen an andere Schuldner als Banken*", **keine KESt-Pflicht**, oder Doralt, Einkommensteuergesetz, Kommentar, Band III, WUV-Universitätsverlag, Wien 2005, § 93, TZ 41: „*Bei einem Darlehensnehmer, der keine Bank ist, fällt keine KESt an. Derartige Erträge unterliegen in der Folge der Normalbesteuerung und nicht der Endbesteuerung*“).

Auf den Streitfall bezogen heißt dies:

- 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 Hälftesteuersatz 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.

Die Frage der **Verjährung** wurde unter Zugrundelegung des § 207 Abs. 2, 1. Satz BAO von Amts wegen überprüft und hiebei festgestellt, dass Verjährung nicht eingetreten ist.

Insgesamt war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 2 Berechnungsblätter (Berechnung jeweils in ATS und in €)

Feldkirch, am 4. Jänner 2008