

§ 27 Einkünfte aus Kapitalvermögen*

(1) **Einkünfte aus Kapitalvermögen** sind Einkünfte aus der Überlassung von Kapital (Abs. 2), aus realisierten Wertsteigerungen von Kapitalvermögen (Abs. 3) und aus Derivaten (Abs. 4), soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 gehören.

(2) Zu den Einkünften aus der Überlassung von Kapital gehören:

1. a) **Gewinnanteile (Dividenden) und sonstige Bezüge aus Aktien oder Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung;**
b) **Gleichartige Bezüge und Rückvergütungen aus Anteilen an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften;**
c) **Gleichartige Bezüge aus Genussrechten und Bezüge aus Partizipationskapital im Sinne des Bankwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes;**
d) **Bezüge aus Anteilen an körperschaftlich organisierten Personengemeinschaften in den Angelegenheiten der Bodenreform (Agrargemeinschaften) im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Z 3 des Bundes-Verfassungsgesetzes;**
2. **Zinsen, und andere Erträge aus Kapitalforderungen jeder Art, beispielsweise aus Darlehen, Anleihen, Hypotheken, Einlagen, Guthaben bei Kreditinstituten und aus Ergänzungskapital im Sinne des Bankwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes, ausgenommen Stückzinsen;**
3. **Diskontbeträge von Wechseln und Anweisungen;**
4. **Gewinnanteile aus der Beteiligung an einem Unternehmen als stiller Gesellschafter sowie aus der Beteiligung nach Art eines stillen Gesellschafters, soweit sie nicht zur Auffüllung einer durch Verluste herabgeminderten Einlage zu verwenden sind.**

(3) Zu den Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen von Kapitalvermögen gehören Einkünfte aus der Veräußerung, Einlösung und sonstigen Abschichtung von Wirtschaftsgütern, deren Erträge Einkünfte aus der Überlassung von Kapital im Sinne von Abs. 2 (einschließlich Nullkuponanleihen) sind.

(4) Zu den Einkünften aus Derivaten gehören

1. **der Differenzausgleich,**
2. **die Stillhalterprämie,**
3. **Einkünfte aus der Veräußerung und**
4. **Einkünfte aus der sonstigen Abwicklung**

bei Termingeschäften (beispielsweise Optionen, Futures und Swaps) sowie bei sonstigen derivativen Finanzinstrumenten (beispielsweise Indexzertifikaten).

(5) Als Einkünfte aus der Überlassung von Kapital im Sinne von Abs. 2 gelten auch:

1. **Besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den im Abs. 2 bezeichneten Einkünften oder an deren Stelle gewährt werden, beispielsweise Sachleistungen, Boni und nominelle Mehrbeträge auf Grund einer Wertsicherung.**
2. **Vom Abzugsverpflichteten (§ 95 Abs. 2) oder Dritten übernommene Kapitalertragsteuerbeträge.**

* § 27 in der ab 1.4.2012 in Geltung stehenden Fassung.

3. Unterschiedsbeträge zwischen der eingezahlten Versicherungsprämie und der Versicherungsleistung, die

- a) im Falle des Erlebens oder des Rückkaufs einer auf den Er- oder Er- und Ablebensfall abgeschlossenen Kapitalversicherung einschließlich einer fondsgebundenen Lebensversicherung,
- b) im Falle der Kapitalabfindung oder des Rückkaufs einer Rentenversicherung, bei der der Beginn der Rentenzahlungen vor Ablauf von fünfzehn Jahren ab Vertragsabschluss vereinbart ist,

ausgezahlt werden, wenn im Versicherungsvertrag nicht laufende, im Wesentlichen gleich bleibende Prämienzahlungen vereinbart sind und die Höchstlaufzeit des Versicherungsvertrages weniger als fünfzehn Jahre beträgt.² Im Übrigen gilt jede Erhöhung einer Versicherungssumme im Rahmen eines bestehenden Vertrages auf insgesamt mehr als das Zweifache der ursprünglichen Versicherungssumme gegen eine nicht laufende, im Wesentlichen gleich bleibende Prämienzahlung als selbständiger Abschluss eines neuen Versicherungsvertrages.

4. Ausgleichszahlungen und Leihgebühren, die der Verleiher eines Wertpapiers vom Entleiher oder der Pensionsgeber vom Pensionsnehmer erhält.**5. (aufgehoben; BGBl I 76/2011)****6. (aufgehoben; BGBl I 76/2011)****7. Zuwendungen jeder Art**

- von nicht unter § 5 Z 6 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 fallenden Privatstiftungen,
- von Privatstiftungen im Sinne des § 4 Abs. 11 Z 1 lit. c bis zu einem Betrag von 1 460 Euro jährlich, sowie
- von ausländischen Stiftungen oder sonstigen Vermögensmassen, die jeweils mit einer Privatstiftung vergleichbar sind.

² Als Zuwendungen gelten auch Einnahmen einschließlich sonstiger Vorteile, die anlässlich der unentgeltlichen Übertragung eines Wirtschaftsgutes an die Privatstiftung, ausländische Stiftung oder sonstige Vermögensmasse, die jeweils mit einer Privatstiftung vergleichbar sind, vom Empfänger der Zuwendung erzielt werden.³ Dies gilt nicht hinsichtlich der bei der Zuwendung von Grundstücken mitübertragenen Belastungen des Grundstückes, soweit sie mit dem Grundstück in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.

8. Nicht zu den Einkünften im Sinne der Z 7 gehörnen Zuwendungen, soweit sie nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen eine Substanzauszahlung von gestiftetem Vermögen darstellen:

- a) Zuwendungen gelten insoweit als Substanzauszahlung, als sie den maßgeblichen Wert im Sinne der lit. b übersteigen und im Evidenzkonto im Sinne der lit. c Deckung finden.

b) ¹ Als maßgeblicher Wert gilt der am Beginn des Geschäftsjahres vorhandene Bilanzgewinn zuzüglich der gebildeten Gewinnrücklagen gemäß § 224 Abs. 3 A III und IV des Unternehmensgesetzbuches und zuzüglich der steuerrechtlichen stillen Reserven des zugewendeten Vermögens. ² Der am Beginn des Geschäftsjahres vorhandene Bilanzgewinn ist um Beträge zu erhöhen, die zu einer Verminderung auf Grund des Ansatzes des beizulegenden Wertes gemäß § 202 Abs. 1 des Unternehmensgesetzbuches geführt

- haben. ³Zuwendungen im Bilanzerstellungszeitraum gelten nicht als Substanzauszahlung, solange der im Jahresabschluss ausgewiesene Bilanzgewinn nicht vom Abschlussprüfer bestätigt ist.
- c) ¹Voraussetzung für die Behandlung einer Zuwendung als Substanzauszahlung ist die laufende ordnungsgemäße Führung eines Evidenzkontos. ²Es erhöht sich um sämtliche Stiftungseingangswerte und vermindert sich um Substanzauszahlungen.
- d) ¹Stiftungseingangswert ist der Wert des gestifteten Vermögens zum Zeitpunkt der Zuwendung. ²Dabei sind § 6 Z 5 zweiter Satz, § 6 Z 9 und § 15 Abs. 3 Z 1 anzuwenden.
- e) Soweit Zuwendungen Substanzauszahlungen darstellen, vermindern sie das Evidenzkonto in Höhe der in § 15 Abs. 3 Z 2 lit. b genannten Werte.
- f) ¹Zuwendungen einer Stiftung (Vermögensmasse) an eine von ihr errichtete Stiftung (Vermögensmasse) gelten abweichend von lit. a als Substanzauszahlung, soweit sie im Evidenzkonto (lit. c) Deckung finden. ²Die empfangende Stiftung (Vermögensmasse) hat die als Substanzauszahlungen geltenden Beträge als Stiftungseingangswert in gleicher Höhe anzusetzen; dieser Stiftungseingangswert ist um den bei der zuwendenden Stiftung (Vermögensmasse) vorhandenen maßgeblichen Wert im Sinne der lit. b zu vermindern.
- g) ¹Abweichend von lit. f gelten Zuwendungen einer Stiftung (Vermögensmasse) an eine von ihr errichtete Stiftung (Vermögensmasse) als Substanzauszahlung, soweit sie Vermögen betreffen, das in einer unternehmensrechtlichen Vermögensaufstellung zum 31. Juli 2008 erfasst ist. ²Die empfangende Stiftung (Vermögensmasse) hat die steuerlich maßgebenden Werte fortzuführen. ³Diese Zuwendungen erhöhen nicht die Stiftungseingangswerte und fließen nicht in das Evidenzkonto bei der empfangenden Stiftung (Vermögensmasse) ein. ⁴Dies gilt nur insoweit, als die Zuwendung im Stiftungszweck der zuwendenden Stiftung (Vermögensmasse) Deckung findet.
- h) Soweit Zuwendungen als Substanzauszahlung gelten, sind sie in die Kapitalertragsteuer-Anmeldung aufzunehmen.
9. ¹Ist ein Stifter im Falle des Widerrufs einer nicht unter § 4 Abs. 11 Z 1 fallenden Privatstiftung Letztbegünstigter gemäß § 34 des Privatstiftungsgesetzes, sind die Einkünfte auf seinen Antrag um die steuerlich maßgebenden Werte seiner vor dem 1. August 2008 getätigten Zuwendungen an die Privatstiftung zu kürzen. ²Dies gilt nur dann, wenn der Stifter diese Werte nachweist. ³Für Zuwendungen nach dem 31. Juli 2008 erfolgt die Kürzung um den Letztstand des Evidenzkontos gemäß Z 8 lit. c. ⁴Die Kürzung gilt sinngemäß für den Widerruf einer ausländischen Stiftung oder sonstigen Vermögensmasse, die jeweils mit einer Privatstiftung vergleichbar sind, mit der Maßgabe, dass die nach österreichischem Steuerrecht ermittelten Werte anzusetzen sind. ⁵Voraussetzung für die Kürzung bei Widerruf einer ausländischen Stiftung (Vermögensmasse) ist, dass für die Zuwendung an die ausländische Stiftung (Vermögensmasse) Stiftungseingangssteuer oder Erbschafts- oder Schenkungssteuer entrichtet wurde.
- (6) Als Veräußerung im Sinne der Abs. 3 und 4 gelten auch:
1. a) Die Entnahme und das sonstige Ausscheiden aus dem Depot. ²Sofern nicht lit. b anzuwenden ist, liegt in folgenden Fällen keine Veräußerung vor:
- Bei der Übertragung auf ein anderes Depot desselben Steuerpflichtigen bei derselben depotführenden Stelle.

- Bei der Übertragung auf ein Depot desselben Steuerpflichtigen bei einer inländischen depotführenden Stelle, wenn der Steuerpflichtige die übertragende depotführende Stelle beauftragt, der übernehmenden depotführenden Stelle die Anschaffungskosten mitzuteilen.
 - Bei der Übertragung von einer inländischen depotführenden Stelle auf ein Depot desselben Steuerpflichtigen bei einer ausländischen depotführenden Stelle, wenn der Steuerpflichtige die übertragende depotführende Stelle beauftragt, dem zuständigen Finanzamt innerhalb eines Monats seinen Namen und seine Steuer- oder Sozialversicherungsnummer, die übertragenen Wirtschaftsgüter, deren Anschaffungskosten sowie jene Stelle mitzuteilen, auf die die Übertragung erfolgt.
 - Bei der Übertragung von einer ausländischen depotführenden Stelle auf ein Depot desselben Steuerpflichtigen bei einer anderen ausländischen depotführenden Stelle und bei der unentgeltlichen Übertragung von einer ausländischen depotführenden Stelle auf ein Depot eines anderen Steuerpflichtigen, wenn der Steuerpflichtige dem zuständigen Finanzamt innerhalb eines Monats die übertragenen Wirtschaftsgüter, deren Anschaffungskosten sowie jene Stelle und jenen Steuerpflichtigen mitteilt, auf die die Übertragung erfolgt.
 - Bei der unentgeltlichen Übertragung von einer inländischen depotführenden Stelle auf das Depot eines anderen Steuerpflichtigen, wenn
 - der depotführenden Stelle anhand geeigneter Unterlagen (insbesondere Notariatsakt, Einantwortungsbeschluss, Schenkungsmeldung) die unentgeltliche Übertragung nachgewiesen wird, oder
 - der Steuerpflichtige die depotführende Stelle beauftragt, dem zuständigen Finanzamt innerhalb eines Monats seinen Namen und seine Steuer- oder Sozialversicherungsnummer, die übertragenen Wirtschaftsgüter, deren Anschaffungskosten und gegebenenfalls jene Stelle mitzuteilen, auf die die Übertragung erfolgt.
- b) Umstände, die zum Verlust des Besteuerungsrechtes der Republik Österreich im Verhältnis zu anderen Staaten hinsichtlich eines Wirtschaftsgutes im Sinne des Abs. 3 oder eines Derivats im Sinne des Abs. 4 führen.

²Bei Wegzug

- in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder
- in einen Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes, sofern eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich besteht, ist auf Grund eines in der Steuererklärung gestellten Antrages über die durch den Wegzug entstandene Steuerschuld im Abgabenbescheid nur abzusprechen, die Steuerschuld jedoch bis zur tatsächlichen Veräußerung des Wirtschaftsguts bzw. Derivats nicht festzusetzen.³ Als Wegzug gelten alle Umstände im Sinne der lit. b.⁴ Ein späterer Wegzug
- in einen Staat, der nicht der Europäischen Union angehört oder
- in einen Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe mit der Republik Österreich nicht besteht, gilt als Veräußerung.⁵ Die Veräußerung gilt als rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 295a der Bundesabgabenordnung.⁶ § 205 der Bundesabgabenordnung ist nicht anzuwenden.

⁷Im Falle des Eintritts in das Besteuerungsrecht der Republik Österreich im Verhältnis zu anderen Staaten gilt der gemeine Wert als Anschaffungskosten.

⁸Erfolgt in den Fällen nicht festgesetzter Steuerschuld oder auf Grund einer Umgründung im Sinne des Umgründungssteuergesetzes ein Wiedereintritt in das Besteuerungsrecht der Republik Österreich, dann sind die Anschaffungskosten vor dem Wegzug maßgeblich. ⁹Die spätere Veräußerung gilt nicht als rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 295a der Bundesabgabenordnung. ¹⁰Weist der Steuerpflichtige nach, dass Wertsteigerungen im EU/EWR-Raum eingetreten sind, sind diese vom Veräußerungserlös abzuziehen.

2. Der Untergang von Anteilen auf Grund der Auflösung (Liquidation) oder Beendigung einer Körperschaft für sämtliche Beteiligte unabhängig vom Ausmaß ihrer Beteiligung.
3. Die Veräußerung von Dividendenscheinen, Zinsscheinen und sonstigen Ansprüchen, wenn die dazugehörigen Wirtschaftsgüter nicht mitveräußert werden.
4. Der Zufluss anteiliger Einkünfte aus der Überlassung von Kapital gemäß Abs. 2 Z 2 anlässlich der Realisierung der dazugehörigen Wirtschaftsgüter (Stückzinsen).

(7) ¹Steuerfrei sind Ausschüttungen aus Anteilen und aus Genussrechten (§ 174 des Aktiengesetzes) bis zu einem Nennbetrag von insgesamt höchstens 25 000 Euro, die von Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften im Sinne des § 5 Z 14 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 ausgegeben worden sind. ²Die Befreiung erfolgt im Wege der Anrechnung (Erstattung) der Kapitalertragsteuer im Rahmen der Veranlagung. ³Die Befreiung gilt nicht für Ausschüttungen von solchen Mittelstandsfiranzierungsgesellschaften, die auf Grund von Ausschüttungsbeschlüssen nach dem Zeitpunkt einer Veröffentlichung im Sinne des § 6b Abs. 3 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 erfolgen, in der die Kapitalgesellschaft, die die Voraussetzungen des § 5 Z 14 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 nicht mehr erfüllt, nicht mehr genannt ist.

(8) ¹Der Verlustausgleich ist nur nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zulässig:

1. Verluste aus Einkünften nach Abs. 3 und 4 können nicht mit Zinserträgen aus Geldeinlagen und sonstigen Forderungen bei Kreditinstituten sowie mit Zuwendungen gemäß Abs. 5 Z 7 ausgeglichen werden.
2. ¹Verlustanteile aus der Beteiligung an einem Unternehmen als stiller Gesellschafter sowie aus der Beteiligung nach Art eines stillen Gesellschafters dürfen nicht mit anderen Einkünften ausgeglichen werden. ²Sie sind in Folgejahren mit Gewinnanteilen aus derselben Beteiligung zu verrechnen.
3. Einkünfte aus Kapitalvermögen, auf die der besondere Steuersatz gemäß § 27a Abs. 1 anwendbar ist, können nicht mit Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeglichen werden, für die dieser gemäß § 27a Abs. 2 nicht gilt.
4. Nicht ausgeglichene Verluste aus Kapitalvermögen dürfen nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden.

²Die vorstehenden Regelungen über den Verlustausgleich gelten auch im Falle der Regelbesteuerung gemäß § 27a Abs. 5.

ESTR: Rz 6101 bis Rz 6305; **InvFR 2008; StiftR 2009:** Rz 199 bis Rz 233

Literatur 2011: *Aichwalder*, Indexzertifikate: Besteuerung nach dem BudgBG 2011 iVm AbgÄG 2011, taxlex 11, 285; *Cserny*, Genussrechte und Kapitalertragsteuer, ZUS 2011/38 (127); *Bachl/Bucek*, Unternehmensbewertung und VermögenszuwachsSt, SWK 11, W 25; *Beiser*, Die Zurechnung von Zinsen nach §§ 27 und 27a EStG, RdW 11/647 (613); *Beiser*, Ein Vorschlag zur Vereinfachung der Besteuerung der Einkünfte aus KapVerm, SWK 11, T 59; *Bergmann H.*, Das neue Besteuerungsregime, persaldo 11, 10; *Bergmann H./Staringer*, Die neue Besteuerung von Kapitaleinkünften, RdW 11/646 (607); *Bergmann S.*, AbgÄG 2011: Kein „besonderer StSatz“ (§ 27a EStG) bei Abschichtung und Veräußerung stiller Beteiligungen!, GES 11, 405; *Bergmann S.*, Besteuerung der echten stillen Ges nach dem BudgBG 2011, GES 11, 30; *Bertl/Hirschler*, Bilanzielle Behandlung der Veräußerung sowie des Erwerbs von Bezugsrechten auf Aktien, RWZ 11/23 (72); *Bodis*, Die steuerl Behandlung von Tilgungsträgern nach dem BudgBG 2011, RdW 11/111 (111); *Brugger*, Zurechnung von Zinsen nach der Neuordnung der Kapitaleinkünftebesteuerung, ecolex 11, 748; *Cerha/Haunold/Huemer/Schuch/Wiedermann*, Stiftungsbesteuerung² (2011); *Cserny*, Genussrechte und KEST, ZUS 11/38 (127); *Daxkobler/Pamperl*, Der Dividendenbegriff im OECD-MA, SWI 11, 474; *Eiselsberg*, Jahrbuch Stiftungsrecht (2011), darin: *Bergmann H.*, Einkünfte aus ausl Lebensversicherungen im Spannungsfeld zw StPfl und StFreiheit, 193 ff, *Kirchmayr-Schliesselberger*, Änderungen der Stiftungsbesteuerung durch das BudgBG 2011: Die Auswirkungen der Reform der Einkünfte aus KapVerm, 113 ff; *Endfellner*, BFH: Ringweise Anteilsveräußerungen und -erwerbe zur Verlustnutzung grds kein Gestaltungsmisbrauch, FJ 11, 185; *Escher*, Gemeinschaftsrechtswidrige Qualifikation einer dt KapGes als ausl Kapitalanlagefonds iSd österr InvFG, IStR 11, 686; *Fraberger/Petritz*, Handbuch Estate Planning (2011), darin: *Hepberger*, Die Vergleichbarkeit ausl Stiftungen (insb liechtensteinischer Familienstiftungen) mit der österr Privatstiftung, 581 ff, *Marschner*, „Umgründungen“ von Stiftungen nach dem SchenkMG 2008, 417 ff, *Petritz*, Die Besteuerung von ausl Stiftungen und Trusts im österr StRecht, 599 ff, *Fritz-Schmied/Schwarz*, Die ertragstl Beurteilung von Arealgebühren unter Beteiligung von KÖR, ÖStZ 11/641 (376); *Grangl/Rohner*, BudgBG 2011 – Kapitaleinkünfte im betriebl Bereich, taxlex 11, 73; *Grün*, Anteilsveräußerung nach dem BudgBG 2011, taxlex 11, 37; *Grün*, Leitfaden vA (2011); *Gunacker-Slawitsch*, Veräußerungsgewinne aus KapVerm, SWK 11, S 804; *Hack/Polster-Grüll/Pernegger/Zöchling*, Internationale Steuer-Fallstudien (2011), darin: *Aigner G./Hack*, Ausländische InvFonds – Anwendungsbereich des § 42 InvFG, 301 ff, *Vlasits*, Grenzüberschreitende Genussrechtsfinanzierung, 237 ff; *Haisch/Krampe*, Überschusserzielungsabsicht bei der Kapitalanlage unter der AbgeltungsSt, DStR 11, 2178; *Hasanovic/Spies*, SWI-Jahrestagung: Wegzugsbesteuerung, SWI 11, 207; *Hasch/Wolfgreuber*, Substiftungen – Voraussetzungen, Einsatz und rechtl Problembereiche, ZFS 2012 (in Druck); *Hofstätter*, Depotübertragungen nach dem BudgBG 2011, taxlex 11, 82; *Jann/Habersack/Rasner/Strobach/Steinbauer*, Die neue Besteuerung von KapVerm (2011), darin: *Dorda/Jann*, Verlustverwertung und Teilwertabschreibungen, 53 ff, *Ebner/Prendinger/Weber*, Auswirkungen auf Körperschaften, 80 ff, *Fischer/Ungersböck/Höbling*, Besteuerungsverfahren, 28 ff, *Koppensteiner D.*, Übergangsbestimmungen zur Vermögenszuwachsbesteuerung, 84 ff, *Rasner/Rauch*, Änderungen im System der Kapitalbesteuerung, 8 ff, *Jann/Koppensteiner*, VermögenszuwachsSt – Verlustverrechnung bei betriebl gehaltenen Kapitalanlagen, SWK 11, S 478; *Jann/Rasner/Wittmann*, Quo vadis, VermögenszuwachsSt?, SWK 11, S 797; *Kirchmayr*, § 10 KStG: Ausschüttungen in Fremdwährung, taxlex 11, 357; *Kirchmayr/Mayr/Schlager*, Besteuerung von KapVerm (2011), darin: *Adametz/Habersack/Schwarzinger*, Besteuerung von InvF, 207 ff, *Adametz/Polivanova-Rosenauer*, Besteuerung von Immobilienfonds, 253 ff, *Bodis*, Depotüberträge nach dem BudgBG 2011, 313 ff, *Herzog*, Regelbesteuerungsoption und Antragsrecht auf Miteranlagung von Kapitaleinkünften – Merkmale der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, 363 ff, *Hofbauer-Steffel*, Zuzugs- und Wegzugsbesteuerung, 295 ff, *Hofstätter/Truschnegg*, Besteuerung von Versicherungen, 277 ff, *Kirchmayr/Allgäuer*, Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren, 89 ff, *Lachmayer*, Verlustausgleich bei Einkünften aus KapVerm, 347 ff, *Polivanova-Rosenauer*, Besteuerung von Derivaten, 155 ff, *Mayr G./Schlager*, Kapitalbesteuerung im betriebl Bereich, 375 ff, *Schlager C./Mayr*, Einführung in die Besteuerung von KapVerm, 1 ff, *Schuchter*, Strukturierte Finanzprodukte, 103 ff, *Sedlacek/Züger*, Wertpapierdarlehen und Pensionsgeschäft, 187 ff, *Kirchmayr-Schliesselberger/Achaz*, Kein Verlustvortrag im außerbetriebl Bereich?, taxlex 11, 1; *Konezny/Tumpel*, Genussrechte im KonzernSt-Recht, in *Achaz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung (2011) 13; *Lang*, Steuerl „Durchgriff“ durch liechtensteinische Stiftungen?, ÖStZ 11/172 (107); *Lenz/Stiegлиз*,

Genussrechte im Ertragsteuerrecht – Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital, ZUS 11/37 (124); *Macher*, Fondsbesteuerung neu: Sind „ausschüttungsgleiche Erträge“ noch zeitgemäß, ÖStZ 11/268 (149); *Marschner*, Behandlung von internationalen Beteiligungserträgen und Ausgaben bei natürl Personen, in *Stefaner/Schrabl*, Grenzüberschreitende Beteiligungserträge (2011) 169; *Marschner*, Die Besteuerung von KapVerm einer Privatstiftung – letzter Stand nach Verabschiedung des AbgÄG 2011, ZFS 11, 114; *Marschner*, Die Optimierung der Familienstiftung² (2011); *Marschner*, Gewinnfreibetrag und KapVerm, vwt 11, 224; *Marschner*, InvF in Fallbeispielen² (2011); *Marschner*, VermögenszuwachsSt – ein Streifzug durch verschiedene Aspekte der Neuregelung, SWK 11, S 839; *Marschner*, VermögenszuwachsSt – erste Gedanken zum beschlossenen Gesetz, SWK 11, S 37; *Marschner*, VermögenszuwachsSt – grenzüberschreitende Aspekte, SWK 11, S 353; *Marschner*, VermögenszuwachsSt – Grundsätzliches zu Derivaten und Spekulativem, SWK 11, S 752; *Marschner*, VermögenszuwachsSt – Neuerungen bei Wertpapieren des BV, SWK 11, S 79; *Melzer*, Österr Privatstiftungsrecht und neues liechtensteinisches Stiftungsrecht (2010); *Moser G.*, Die Mitarbeiterbeteiligung im Lichte der VermögenszuwachsSt, SWK 11, S 533; *Moshammer*, Zweifelsfragen zu § 6 Z 2 lit c EStG, SWK 11, S 715; *Mühlehner/Cserny/Petritz/Plott*, Die Besteuerung von KapVerm nach dem BudgBG 2011-2014 (2011), darin: *Brugger/Fürnsinn*, Wegzug und Zuzug 83 ff, *Cserny*, Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die Einkünfte aus KapVerm, 51 ff, *Haslinger S.*, Die neuen Bestimmungen zur KESt – Anforderungen an Banken, 95 ff, *Mühlehner*, Einzelfragen zur Neuregelung der Besteuerung von KapVerm iSd § 27 EStG, 1 ff, *Papst*, Depotentnahme: Fiktive Einkünfteralisierung, 73 ff, *Plott*, Änderungen der Besteuerung von Kapitalprodukten im BV durch das BudgBG 2011, 31 ff, *Plott*, Ausgewählte Sonderprobleme bei der Besteuerung von Derivaten nach dem BudgBG 2011, 19 ff, *Rümmele*, Die Fondsbesteuerung nach dem BudgBG 2011, 107 ff, *Vaishor*, Verlustausgleich im PV, Regelbesteuerungsoption und Veranlagungsoption, 65 ff; *Niemeyer/Stock*, Notleidende Ges'terdarlehen im Lichte der AbgeltungsSt, DStR 11, 445; *Novacek*, Verfassungsrechtl Bedenken gegen die Bruttoposteuerung bei der neuen VermögenszuwachsSt, ÖStZ 11/549 (321); *Obermann R.*, Neue Zweifelsfragen bei spekulationsverfangenem (Kap)Verm, SWK 11, S 867; *Papst*, Indexzertifikat: Wertverluste vor dem BudgBG 2011, RdW 11/379 (366); *Petuschning*, (K)eine Durchgriffsbesteuerung bei liechtensteinischen Familienstiftungen, JEV 10, 114; *Philipowski*, Die asymmetrische Besteuerung von Stillhaltergeschäften ist nicht gerechtfertigt, DStR 11, 1298; *Plott*, Gutschrift von KESt bei nachträgl gekürzten Kapitalerträgen, ÖStZ 11/505 (291); *Polivanova-Rosenauer*, Steuerl Behandlung von Private-Equity-Einzelfonds nach dem BudgBG 2011, taxlex 11, 79; *Polivanova-Rosenauer/Treutner*, Überblick zur steuerl Behandlung ausgewählter Finanzprodukte für natürl Personen im PV, taxlex 11, 42; *Puchinger/Marschner*, BudgBG 2011 reloaded, FJ 11, 15; *Rath/Wilhelm*, Offene Fragen und Chancen der neuen Fondsbesteuerung, vwt 2/11, 75; *Rath/Wilhelm*, Optimierungsmöglichkeiten für Anleihekäufer, vwt 11, 146; *Rath/Wilhelm*, Steueroptimierung für Anleger, vwt 3/11, 1; *Rohn*, BudgBG 2011 – Inkrafttreten der VermögenszuwachsSt und Übergangsbestimmungen nach dem AbgÄG 2011, JEV 11, 78; *Rohn*, BudgBG 2011 – Änderungen bei der Besteuerung von Beteiligungsveräußerungen, JEV 11, 6; *Urnik/Fritz-Schmied*, BilanzStRecht – Jahrbuch 2011, darin: *Rohn*, Das Besteuerungssystem der realisierten Wertänderungen von KapVerm nach dem BudgBG 2011, 11 ff, *Urnik/Fellinger*, BudgBG 2011 – Auswirkungen der Neuregelung auf die Verlustverrechnung, 41 ff, *Urnik/Lang*, „Bewertungseinheiten“ in Form von geschlossenen Positionen im StRecht, 133 ff; *Varro*, Verlustverwertung bei Einkünften aus KapVerm – verfassungsrechtl Bedenken, taxlex 11, 75; *Varro/Ebner*, Fruchtgenuss an Ges-Anteilen ohne Stimmrechtsübertragung?, RdW 11/786 (762); *Watzinger*, Zur Forderungseinziehung im außerbetriebl Bereich, SWK 11, S 671; *Wurm*, Einbringung von „Zwerganteilen“: Bestandsschutz für Gegenleistungsanteile?, SWK 11, S 678.

Übersicht

Rz

I. Allgemeines

1. Neue Besteuerung von KapVerm	1–6
a) Entwicklung	1
b) Grundsätze der neuen Besteuerung	2
c) Überblick über § 27	3
d) Verfügungsbeschränkungen	4
e) Rückzahlung von Kapital	5
f) Irrtüml Zahlung von Zinsen	6

2. Kapitalerträge und Vermögensstamm	8, 9
a) Quellentheorie (Altbestand)	8
b) Neubestand	9
3. Subsidiarität	11–18
a) Allgemeines	11
b) Abgrenzung zum GewBetr	12, 13
c) Vermögensverwaltende PersGes	14
d) Notwendiges Betriebsvermögen	15
e) Tilgungsträger	16
f) Abgrenzung zu selbständiger Arbeit	17
g) Abgrenzung zu nichtselbständiger Arbeit	18
4. Persönl und zeitl Zurechnung	21, 22
5. Schätzung	23
II. Einkünfte aus der Überlassung von Kapital	
1. Beteiligungserträge	36–51
a) Gewinnanteile aus KapGes	36, 37
b) Gleichartige Gewinnanteile aus Genossenschaften	38
c) Gleichartige Gewinnanteile aus Genussrechten und Partizipationskapital	39, 40
d) Anteilsrecht an Agrargemeinschaft	41
e) In- und ausl Ges	42
f) Ausschüttungen	43
g) Zurechnung nach der sog „Dividendenlogik“	44, 45
h) Ges’terstellung	46
i) Verdeckte Ausschüttungen	47–51
2. Zinsen	56–74
a) Laufende Zinsen	57–61
b) Unterschiedsbeträge Ausgabewert/Einlösungs Wert	62–69
c) Stückzinsen	71–74
3. Sonderatbestand Diskontbeträge	80
4. Gewinnanteile aus echten stillen Gesellschaften	81–85
a) Abgrenzung zur unechten stillen Ges	82
b) Definition der stillen Ges	83
c) Klare und eindeutige Begründung der stillen Ges	84
d) Einlage	85
5. Investmentfonds	91–100
a) Gesetzl Grundlagen	91
b) Begriffe	92
c) Transparenzprinzip	93
d) Substanzgewinne	94
e) Laufend stpfl Erträge	95
f) Inl InvFonds	96
g) Ausl InvFonds	97–99
h) Selbstnachweis	100
6. Immobilieninvestmentfonds	101–106
a) Inl ImmobilienInvFonds	102–104
b) Weitere inl ImmobilienFonds	105
c) Ausl Immobilienfonds	106
III. Kursgewinne	
1. Einleitung und Inkrafttreten	121
2. Geltungsbereich	122–126
a) Bestehende qualifizierte Beteiligungen	122
b) Neubestände	123, 124
c) Altbestand	125
d) Anwendungsbereich des Spekulationsgeschäfts	126

3.	Realisierung von WG, deren Erträge Einkünfte aus Überlassung von Kapital sind.....	127–129
4.	Veräußerung	131–134
a)	Entgeltlichkeit	132
b)	Einlösung und sonstige Abschichtung	133
c)	Realisierung in Euro.....	134
5.	Kursgewinn/-verlust	136
6.	Besonderheiten bei den einzelnen WG.....	141–164
a)	Beteiligungen	141–143
b)	Wertpapier InvFonds.....	146–149
c)	Immobilienfonds	151
d)	Anleihen und Forderungen.....	156–158
e)	Echte stille Ges.....	161–164
IV.	Derivate	
1.	Allgemeines	181–183
2.	Definition	186–188
3.	Formen der Realisierung	191–196
a)	Differenzausgleich	191
b)	Stillhalterprämie	192, 193
c)	Veräußerung Derivat	194
d)	Sonstige Abwicklung	195
e)	Nicht iRd Derivatbesteuerung erfasste Fälle	196
4)	Offene und geschlossene Geschäfte	201
V.	Derivative Finanzinstrumente und Ähnliches	
1.	Einordnung für die steuerl Erfassung	211
2.	Indexzertifikate	212–219
a)	Abgrenzung Forderungswertpapier	212
b)	Drei steuerl Arten	213
c)	Begriff	214, 215
d)	Neubestand	216
e)	Konservativer Altbestand	217
f)	Spekulativer Altbestand	218, 219
3.	Optionsanleihe	221
4.	Wandelanleihen	222
5.	Aktienanleihe	223, 224
6.	Callabel yield notes	225
VI.	Nebentatbestände zu den Früchten	
1.	Besondere Entgelte oder Vorteile	242–245
a)	Nominelle Mehrbeträge auf Grund einer Wertsicherung	243
b)	Eröffnung eines (Haben)Kontos oder besondere Anlässe	244
c)	Ersparter Zinsaufwand	245
2.	Übernommene KESt-Beträge	248
3.	Versicherungsverträge	251–260
a)	Tatbestand	252–255
b)	Bemessungsgrundlage und Ablöse	256, 257
c)	Gebrauchte Lebensversicherung	258
d)	Fremdfinanzierte Rentenversicherung	259
e)	Ausl Versicherungen	260
4.	Ausgleichszahlungen und Leihegebühren	266–270
a)	Begriffe	267
b)	Wirtschaftl Eigentum	268
c)	Übertragungsakt	269
d)	Weitergeleitete Kapitalerträge	270
5.	Zuwendungen von Stifungen	271–294
a)	Allgemeines	271, 272

b)	Steuerl Erfassung der Zuwendung	273
c)	Von § 27 Abs 5 Z 7 bis 9 erfasste Stiftungen.....	274–280
d)	Zuwendungen	286–288
e)	Höhe der Kapitaleinkünfte	289
f)	Fiktive Zuwendungen.....	291–294
6.	Steuerneutrale Substanzauszahlung einer Stiftung.....	301–315
a)	Allgemeines.....	302
b)	Regelungsinhalt	303–314
c)	Ausl Stiftungen.....	315
7.	Errichtung einer Folgestiftung (Tochter- oder Substiftung).	321–328
a)	StPfl gem § 27 Abs 5 Z 7	321
b)	StFreiheit gem § 27 Abs 5 Z 8 lit f und g	322–327
c)	Anwendbarkeit bei ausl Stiftung.....	328
8.	Widerruf der Stiftung iSv § 27 Abs 5 Z 9	331–336
a)	Nicht erfasste Fälle.....	333
b)	Wechselwirkung mit § 27 Abs 5 Z 8.....	334
c)	Bewertung und Empfänger.....	335
d)	Ausl Stiftung	336
VII. Nebentatbestände zu den Substanzgewinnen		
1.	Abgrenzung Depotübertragung und Wegzug	352–365
2.	Depotentnahme und Depotübertrag	353
a)	Depotentnahme.....	354
b)	Depotübertrag	355–364
c)	Entnahme eines zinsbringenden Wertpapiers des Altestands.....	365
3.	Verlust des Besteuerungsrechts (Wegzug)	371–384
a)	Allgemeines.....	371
b)	Wegzug.....	372–377
c)	Aufschub der Besteuerung	378–381
d)	Zuzug.....	383, 384
4.	Liquidation	386–388
5.	Veräußerung von Dividendenscheinen, Zinsscheinen und sonstigen Ansprüchen	390–393
a)	Veräußerer	392
b)	Erwerber	393
6.	Stückzinsen	396
VIII. Steuerbefreiungen		
1.	MittelstandsfinanzierungsGes.....	402
2.	Genusscheine, junge Aktien	403
3.	Förderung des Wohnbaus	404
4.	Tilgungspläne	405, 406
IX. Verrechnung von Verlusten		
1.	Allgemeines	411
2.	Einschränkungen der Verlustverwertung	412–420
a)	Verschiedene Verlusttöpfe	412–415
b)	Betrieb/außerbetrieb Substanzgewinne	416
c)	Spezielle Ausgleichsverbote	417–419
d)	Verlustvortrag	420
3.	Optimierung der Verlustverwertung	421–424
a)	Mehrheitsges'ter einer KapGes	421
b)	Dividenden aus ausl Beteiligungen	422
c)	Gezielte Realisierungen	423
d)	Mehrere Depots	424

I. Allgemeines

1 1. Neue Besteuerung von KapVerm. a) Entwicklung. Mit dem BudBG 2011 sowie den nachfolgenden Änderungen durch das AbgÄG 2011 sowie das BudBG 2012 wurde das System der Besteuerung von KapVerm vollkommen neu geschaffen; die vorliegende Kommentierung geht (nur) auf dieses neue System ein; Bestimmungen aus dem früheren System werden weiterhin beschrieben, soweit diese auch für VA ab 2012 noch von Bedeutung sind. Zu einem Überblick über den bisherigen § 27 s 4. Aufl § 27 Rz 1. Anfang Dezember 2011 hat das BMF den **Begutachtungsentwurf** eines 200-seitigen **Erlasses** zur „Besteuerung von KapVerm nach dem BBG 2011“ herausgegeben; die endgültige Version (bei Drucklegung noch nicht verhanden) soll in einem weiteren Schritt in die EStR eingebaut werden (idF KapVerm-Erlass-Entw.). Mit 1.4.12 tritt der durch das BudBG 2011 neu erlassene § 27 EStG in Kraft (§ 124b Z 185 idF AbgÄG 2011). § 27 Abs 5 Z 5 f sind mit dem AbgÄG 2011 entfallen. Die Vorschrift wird zur Gänze neu erlassen. Allerdings werden einige Inhalte aus dem bisherigen § 27 sowie aus anderen Bestimmungen des EStG (§§ 30, 31, 37, 93) teilweise in (un)veränderter Form übernommen. Die Kommentierung zu § 27 beantwortet die Frage nach dem Inhalt der Einkünfte aus KapVerm. § 27 trifft keine Unterscheidung, ob der Kapitalertrag der KESt unterliegt (s §§ 93 ff). Der anwendbare StSatz sowie die Ermittlung der Bemessungsgrundlage sind in § 27a geregelt, der durch das BudBG 2011 neu geschaffen wurde. Der Abzug der KESt wird unter den §§ 93 ff behandelt. Die KapVermBesteuerung iSd § 27 gilt über § 13 Abs 3 KStG grds auch für *Privatstiftungen* (Marschner Optimierung, 951 ff; ders ZFS 11, 114).

2 b) Grundsätze der neuen Besteuerung von KapVerm:

- Erfassung aller gängigen Kapitaleinkünfte durch den Abzug der KESt, soweit dies möglich ist (InlBezug der Kapitalerträge erforderl.).
- Übergang zur Reinvermögenstheorie (Rz 8).
- Die Besteuerung erfolgt grds mit flat tax iHv 25% (§ 27a Abs 1); für bestimmte Kapitalanlagen gilt aber weiterhin der progressive StSatz (§ 27a Abs 2).
- Auch die Kapitalerträge des BV werden iRd flat tax iHv 25% erfasst (§ 27a Abs 6); für diese bestehen Vorteile ggü dem PV (Marschner SWK 11, S 79).
- Bisherige „echte Spekulationsgeschäfte“ (Veräußerung innerhalb eines Jahres, Derivate) werden durch Halbierung des StSatzes günstiger.
- Eine Verlustverrechnung erfolgt bei Kapitalanlagen bei ders Bank durch diese (§ 93 Abs 6); ansonsten im Wege der VA.
- Ein Verlustvortrag ist im außerbetriebl Bereich ausgeschlossen; im BV jedoch mögl. InvFonds können innerhalb des Fonds Verluste vortragen.
- Die Kapitalveranlagung im Versicherungsmantel ist weiterhin stfrei mögl. Versicherungen sind die „relativen Gewinner“ der Reform.
- „Altbestände“, dh vor einem bestimmten Datum entgeltl erworbene Kapitalanlagen des PV, bleiben im alten Besteuerungssystem (grds StFreiheit von Kursgewinnen); damit besteht für die nächsten Jahr(zehnt)e eine Parallelität der Rechtsordnungen.

Die ErlRV des BudBG 2011 nennen drei wesentl Zielsetzungen der Reform der KapVerm-Besteuerung (RV 981 BlgNR XXIV. GP, 26 [BMF-Teil]): (1) Der Vermögenszuwachs soll stets steuerl erfasst werden. (2) Betriebl und außerbetriebl Kapitalerträge von natürl Personen sollen grds einheitl erfasst werden (vgl § 27a Abs 6, aber auch abweichend § 6 Z 2 lit c). (3) Die Vorschriften über die Besteuerung des KapVerm sollen neu geordnet werden.

3 c) Überblick über § 27. Abs 1 zählt *drei Gruppen von Einkünften* aus KapVerm (Abs 2 bis 4) auf, die durch Nebentatbestände in den Abs 5 und 6 ergänzt werden. Abs 7

enthält StBefreiungen, Abs 8 Regelungen über die Verlustverrechnung. **aa)** Die erste Gruppe der Kapitaleinkünfte betrifft die **Überlassung von Kapital** (Rz 35 ff). Die Haupttatbestände des Abs 2 betreffen Einkünfte, die bisher grds in ders Weise besteuert wurden; dies sind Beteiligererträge (Z 1; Rz 36 ff), Zinsen (aber ohne Stückzinsen; Z 2, Rz 72 ff, einschließlich Diskontbeträge gem Z 3) sowie Einkünfte aus echten stillen Ges (Z 4, Rz 81 ff). Die Regelung über die Verlustverwertung von echten stillen Ges findet sich nunmehr in § 27 Abs 8 Z 2. Zu den Nebentatbeständen des Abs 5 s Rz 241 ff. **bb)** Die zweite Gruppe betrifft „realisierte Wertsteigerungen aus KapVerm“; darunter fallen Kursgewinne aus WG, welche für den StPfl Einkünfte aus der Überlassung von Kapital abwerfen; dieser Tatbestand tritt mit 1.4.12 in Kraft, betrifft jedoch teilweise auch schon davor angeschaffte Beteiligungen und Fonds (Rz 121 ff). Zu den Kursgewinnen gehören auch die Nebentatbestände des Abs 6, einschließlich Stückzinsen (Rz 351 ff). **cc)** Die dritte Gruppe erfasst Einkünfte aus **Derivaten**, einschließlich Indexzertifikate (Rz 181 ff). Derivate wurden bisher iRd § 30 Abs 1 Z 2 und ggf auch § 29 Z 3 besteuert.

d) Verfügbungsbeschränkungen. Die Eigenschaft einer Kapitalanlage als solche wird durch Beschränkungen nicht beseitigt, wie etwa die Erschwerung der Weitergabe oder den Zwang zum Verkauf in bestimmten Situationen. Aktien bleiben auch dann bei den Einkünften aus KapVerm, wenn sie der Geschäftsführer iRe Management-Buy-outs de facto kaufen musste (VwGH 27.3.02, 96/13/0069).

e) Die Rückzahlung von Kapital selbst gehört grds *nicht* zu den Einkünften aus KapVerm (EStR 6105). Die Abgrenzung zw Kapitalrückzahlung und Kapitalerträgen erfolgt nach der konkreten vertragl Beziehung. Allerdings unterliegen Kursgewinne der Besteuerung. Im Zweifel unterstellt die FV, dass Zahlungen zu den Einkünften aus KapVerm gehören (EStR 6171). Die sog *Einlagenrückzahlung* bei KapGes ist in § 4 Abs 12 eigens geregelt und führt ggf zu Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen. Die gesellschaftsrechtl verbotene Einlagenrückgewähr stellt ebenfalls eine Kapitalrückzahlung dar (VwGH 19.2.91, 87/14/0136).

f) Werden Zinsen irrtümlich gezahlt, weil fälschlicherweise eine Zahlungspflicht angenommen worden ist, liegen beim Empfänger dennoch Einkünfte aus KapVerm vor. **Freiwillige** Zinszahlungen zählen zu den Einkünften aus KapVerm, soweit ein Zusammenhang mit der Einkunftsquelle besteht und andere Motive für die Zinszahlung ausgeschlossen sind (Doralt/Kirchmayer § 27 Rz 16 f).

2. Kapitalerträge und Vermögensstamm. **a) Quellentheorie (sog „Altbestand“).** Die Quellentheorie gilt nur mehr für Kapitalanlagen, die vor einem bestimmten Datum angeschafft wurden und daher als sog „Altbestand“ (Rz 125) weiterhin der bisherigen KapVerm Besteuerung unterliegen. Einkünfte aus KapVerm gem § 27 aF entstanden aus der *Fruchtziehung* aus KapVerm. § 27 erfasste grds nur die Erträge des Kapitalstamms und der damit zusammenhängenden Aufwendungen (VwGH 11.3.92, 92/13/0030). Veräußerungen der Einkunftsquelle selbst stellen keine Einkünfte aus KapVerm dar und waren ggf nach den §§ 30 und 31 zu beurteilen. Die „Quellentheorie“ setzt eine exakte Trennbarkeit des Vermögensstamms und der erzielten Früchte voraus (ausführlich Twardosz Besteuerung von Zinseinkünften, 3 ff). Allerdings ist es nicht immer mögl, eine scharfe Trennlinie zw Kapitaleinkünften und Stammgewinnen zu ziehen (daher krit *Beier* ÖStZ 00/791; *ders* ÖStZ 07/624).

b) Neubestand, dh Anschaffung nach einem bestimmten Datum oder qualifizierte Beteiligungen des Altbestandes (Rz 122 f). Die Quellentheorie wird für Einkünfte aus KapVerm des Neubestandes aufgegeben. Sowohl Früchte als auch der Vermögens-

stamm unterliegen der Besteuerung. Zu beachten ist, dass Kapitalerträge und Wertveränderungen des Stammes oftmals wirtschaftl nicht getrennt gesehen werden können. Ein hoher Anleihezins spricht für ein hohes Verlustrisiko am Stamm. Wenn das Marktzinsniveau steigt, fallen idR die Kurse der im Umlauf befindl Forderungswertpapiere, da deren Zinssatz im Vergleich zum Marktzins an Attraktivität verliert. Umgekehrt steigen die Kurse der am Sekundärmarkt befindl Anleihen, wenn das Marktzinsniveau sinkt. Zu Gestaltungspotential s 3. Aufl § 27 Rz 7.

- 11 3. Subsidiarität. a) Allgemeines.** Die Einkünfte aus KapVerm gehören zu den Nebeneinkünften. Die Besteuerung gem § 27 erfolgt nach dem Einleitungssatz nur dann, „soweit sie nicht zu den Einkünften des § 2 Abs 3 Z 1 bis 4 gehören“. Die Subsidiaritätsklausel erfasst den gesamten § 27 (HR/Büsser § 27 Rz 2). Werden daher Einkünfte aus KapVerm im BV oder iRd Einkünfte aus nsA erzielt, scheidet eine Besteuerung aus KapVerm aus. Allerdings sind die Regelungen über den StSatz gem § 27a Abs 6 auch auf die Haupteinkunftsarten anzuwenden. Im Gegensatz dazu gehen die Einkünfte aus KapVerm jenen aus VuV sowie aus sonstigen Einkünften vor (s § 2 Rz 105). Zinsen aus rückständigen Mietforderungen gehören daher zu den Einkünften aus KapVerm. Ist die Miete wertgesichert, gehört die Miete mE zur Gänze zu den Einkünften aus VuV. Realisierte Wertsteigerungen von KapVerm fallen ggf unter § 27 Abs 3 und 4 und sind daher in weiterer Folge nicht mehr von § 30 erfasst. Allerdings wird keine Subsidiarität ggü den Funktionsgebühren gem § 29 Z 4 angenommen (EStR 6108; Q/Sch § 27 Rz 3.3).
- 12 b) Abgrenzung zum GewBetr** (s näher § 23 Rz 49 ff). Vorab ist anzumerken, dass dieser Abgrenzung iRd neuen Rechtslage erhöhte Bedeutung zukommt, da das BV dem Investor steuerl Vorteile bietet (Marschner SWK 11, S 79). Die Verwaltung eigenen Vermögens wird idR zu Einkünften aus KapVerm führen. „Eine Tätigkeit, die selbstständig, nachhaltig, mit Gewinnabsicht und Beteiligung am allg wirtschaftl Verkehr unternommen wird, ist erst dann gewerbl, wenn sie den *Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet*.“ In Zweifelsfällen ist die Verkehrsauffassung über das Bild eines GewBetr entscheidend (VwGH 29.7.97, 94/14/0115; Baldauf SWK 97, S 596). Gewerblichkeit wird nur dann begründet, wenn besondere Umstände vorliegen, etwa wenn eine Person als Makler auch für andere Personen Anlageentscheidungen trifft oder Wertpapiergeschäfte auf fremde Rechnung abgeschlossen werden (VwGH 26.7.05, 2003/14/0050: Online-Abwicklung führt nicht zu Einkünften aus GewBetr). Dazu gehört die Absicht der „Erzielung eines besonderen Gewinnes“ durch Entfaltung einer berufsmäßigen, nach außen hin hervortretenden und den Beteiligten erkennbaren Tätigkeit (EStR 6109).
- 13** Grds **keine gewerbl Tätigkeit** liegt vor, wenn bereits bei Hingabe des Darlehens nicht mehr mit einer Rückzahlung gerechnet werden kann und die Beweggründe für die Darlehenshingabe einem gewerbl Geldverleih fremd sind (VwGH 17.9.97, 93/13/0036). Entscheidend ist, ob das Tätigwerden des StPfl deutl jenes Maß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist. Die Fremdfinanzierung oder die Anzahl von Kauf- bzw Verkaufsaufträgen stellen keine entscheidenden Kriterien, allenfalls Indizien dar (Beiser/Farmer RdW 97, 104; Djanani/Kapferer SWK 91, A I 314; Q/Sch § 27 Rz 3.2, auf einen Vergleich mit InvFonds abstellend BMF 19.7.94 RdW 94, 420). Dieselben Kriterien gelten auch für den privaten Handel über das Internet (Thiele ÖStZ 01/953).

Nach dem **BFH** gehören Wertpapiergeschäfte auf eigene Rechnung in größerem Umfang im Allg noch zur privaten Vermögensverwaltung; einschlägige berufl Kenntnisse alleine machen Wertpapiergeschäfte nicht zu einer gewerbl Tätigkeit. *Kriterien für die Gewerblichkeit* sind das Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften, der marktori-

enterte Einsatz berufl Erfahrungen oder andere bei einer privaten Vermögensverwaltung ungewöhnl Verhaltensweisen (BFH 19.2.97, XI R 1/96).

c) Vermögensverwaltende PersGes. Die Ges'ter einer ausschließl vermögensverwaltend tätigen PersGes beziehen Einkünfte aus KapVerm, soweit es sich beim verwalteten Vermögen um KapVerm handelt. Daran ändert auch die Einsetzung einer KapGes als Kompl einer KG nichts (BMF 31.5.91 SWK 1991, A I 266). Nach Ansicht der FV liegt eine betriebl Tätigkeit einer PersGes vor, „wenn die Gesamtheit der Aktivitäten obj erkennbar auf Wiederholung gerichtet ist, die planmäßige Ausnutzung des Vermögens durch Umschichtung, Veräußerung, Wiederbeschaffung und Wiederveräußerung haupt-sächl im Vordergrund steht und daher im Vermögen Umlaufwerte sind“ (BMF 14.2.03 RdW 03/309). Sog „*carried interest*“, welche ein Ges'ter einer vermögensverwaltenden PersGes zusätzl erhält, weil er sich um ein erfolgreiches Management der Vermögensanlagen verdient gemacht hat, gehören nach Ansicht der FV zu den Einkünften aus KapVerm (EAS 2698 v 6.2.06; BMF 15.12.08, BMF 010221/3364-IV/4/2008 [StDialog international], dazu *Loukota W.* FJ 09, 142 f; vgl weiters *Anzinger/Jekula* IStR 08, 821).

d) Wertpapiere gehören jedenfalls zum **notwendigen Betriebsvermögen**, wenn sie zur Deckung der Pensionsrückstellung erforderl sind (EStR 554), bzw zur Bildung des invGFB angeschafft wurden. Auch aus Betriebsmitteln angeschaffte Wertpapiere gehören zum notwendigen BV (UFS 17.3.11, RV/2800-W/10). Wertpapiere gehören grds zum PV, wenn sie nicht aus Betriebsmitteln angeschafft bzw nicht unmittelbar für Zwecke des Betriebes eingesetzt worden sind (EStR 554). Werden Wertpapiere eines § 5-Gewinnermittlers dem **gewillkürten BV** zugeordnet, liegt BV vor, auch wenn Überliquidität im Unternehmen besteht (VwGH 30.9.04, 2004/16/0074). S weiter auch § 4 Rz 173 „Wertpapiere“.

e) Tilgungsträger. Bei endfälligen Darlehen oder Krediten verlangt die finanzielle Bank vom Schuldner idR den Aufbau eines Tilgungsträgers, wofür in der Praxis entweder Er- und Ablebensversicherungen oder Wertpapiere verwendet werden. Wird das Darlehen bzw der Kredit selbst dem BV zugeordnet, stellt sich die Frage, ob der Unternehmer einen Tilgungsträger im PV aufbaut oder ob (notwendiges) BV vorliegt. *Er- und Ablebensversicherungen* zählen in diesem Fall unter bestimmten Voraussetzungen zum BV (EStR 1268, s § 4 Rz 173). Wertpapiere zählen (noch) zum PV, wenn sie ledigl verpfändet werden; eine Zuordnung zum BV kommt bei Hinzutreten weiterer Voraussetzungen in Betracht (s § 4 Rz 122; *Marschner/Lehner* SWK 08, S 343). Tilgungsträger, die zur Besicherung der Fremdfinanzierung einer nicht betriebl genutzten Immobilie dienen, gehören jedenfalls zu den Einkünften aus KapVerm; eine Zuordnung zu VuV kommt aufgrund des Subsidiaritätsprinzips nicht in Betracht (UFS 30.7.03, RV/0202-I/03). Für vor 1.11.10 abgeschlossene Tilgungspläne sieht § 124b Z 185 lit d für iRd neuen Rechtslage angeschaffte KapVerm eine Befreiung von der Kursgewinnbesteuerung vor (Rz 405 f).

f) Abgrenzung zu selbständiger Arbeit. Eine Beteiligung gehört zum PV, auch wenn diese für die Erzielung von betriebl Einkünften als GesGeschäftsführer förderl erscheint. Selbständige Einkünfte liegen nur dann vor, wenn die Einkünfte ein echtes Leistungsentgelt bilden und nicht bloß nach Art einer vA aufgrund der gesellschaftsrechtl Stellung als Früchte des eingesetzten Kapitals abreifen (VwGH 25.10.94, 94/14/0071).

g) Abgrenzung zu nicht selbständiger Arbeit. Zinsen aufgrund ausständiger Lohnforderungen gehören zu den Einkünften aus nsA, solange keine Darlehensvereinbarung getroffen wird (*Doralt/Kirchmayr* § 27 Rz 6). Werden einem ArbN für beim ArbG ver-

anlagtes Geld auf Grund seiner Dienstnehmerstellung höhere Zinsen gezahlt, wird der Mehrbetrag den Einkünften aus nsA zugerechnet. Sind die erzielten Zinsen vorrangig Frucht des eingesetzten Kapitals, liegen Einkünfte aus KapVerm vor. Zinsen aus bei Banken vertragtem Lohn stellen jedenfalls Einkünfte aus KapVerm dar (Q/Sch § 27 Rz 3.2). Gem § 26 Z 8 werden Zuwendungen einer Belegschaftsbeteiligungsstiftung gem § 4 Abs 11 Z 1 lit c an ArbN iHv max 1.460 € jährl ex lege den Einkünften aus KapVerm zugeordnet. Der geldwerte Vorteil aus Aktienoptionen erschöpft sich aus dem Erwerb von Aktien unter dem aktuellen Marktpreis (VwGH 4.2.09, 2006/15/0227: Kurssicherungskosten gehören nicht zu den WK bei den Einkünften aus nsA).

21 4. Persönl und zeitl Zurechnung. Einkünfte aus KapVerm sind grds dem *wirtschaftl Eigentümer* zuzurechnen. Das ist derjenige, der das Kapital zur Verfügung stellt (EStR 6106). Die Zurechnung eines *Fruchtgenusses* betr Einkünfte aus KapVerm beim Fruchtnießer setzt voraus, dass diesem die Disposition über die Einkünfteerzielung mögl ist. Fruchtgenuss ist ggf nur bei GesAnteilen (Stimmrechtsübertragung), nicht jedoch bei sonstigen Kapitalanlagen mögl (EStR 118; s § 2 Rz 54; *Varro/Ebner* RdW 11/786 zu gesellschaftsrechtl Problemen). Ob ein Anleger Einkünfte aus KapVerm erzielt, ist nach *wirtschaftl Gesichtspunkten* zu beurteilen. Die Vertragsbezeichnung ist nicht relevant. Der StPfl handelt regelmäßig mit dem Ziel, einen *Überschuss zu erzielen*, sodass Liebhaberei nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann (*Haisch/Krampe* DStR 11, 2178); zur Vereinbarung negativer Zinsen s Rz 57.

22 Der Zufluss der Einkünfte iSD § 19 erfolgt dann, wenn der Investor rechtl und wirtschaftl darüber verfügen kann. Ist eine Auszahlung grds mögl, entscheidet sich der Anleger aber für die *Wiederveranlagung*, so liegt ein Zufluss durch Verfügung vor. Dies gilt auch bei einem Schneeballsystem, bei dem der Anleger vom Betrüger zur „Wiederveranlagung überredet“ wird. Ein nachfolgender Verlust auch des neuerl eingesetzten Kapitals ist steuerl unbeachtl (VwGH 19.12.06, 2004/15/0110; 6.7.06, 2003/15/0128; 25.11.02, 97/14/0094; aA *Kopf* SWK 01, S 782; krit *Kirchmayer/GedS* Quantschnigg, 163 ff; *Beiser* RdW 98, 302; BFH 16.3.10, VIII R/07; 28.10.08, VIII R 36/04; krit *Schmidt-Liebig* FR 07, 409). Nach dem BFH gelten Zinszahlungen auf ein Sperrkonto im Zeitpunkt der Gutschrift als zugeflossen (BFH 28.9.11, VIII R 10/08).

Izdem dem Betrugsfall *Madoff*“ (aufgedeckt am 12.12.2008) hingegen hat das BMF dem Vernehmen nach eine interne Information herausgegeben, wonach zu Unrecht bezahlte Steuern (KESt auf Ausschüttungen bzw ausschüttungsgleiche Erträge bestimmter InvFonds; bis Fondsgeschäftsjahr 2003) auf Antrag gem § 240 Abs 3 BAO erstattet werden können (*Kirchmayer-Schliesselberger/Achaz* taxlex 09, 453: blütenweiße InvFonds nicht von oben zit Rspr erfasst). Dazu bedarf es eines Nachweises des Verlustes (dh kein Verkauf der Fondsanteile vor Aufdeckung des Skandals; dazu krit *Kirchmayer/GedS* Quantschnigg, 170 f). Vgl dazu weiters *Frei* SWK 09, S 751.

23 5. Schätzung. Für endbesteuerte Kapitaleinkünfte besteht *keine gesetzl Verpflichtung zur Aufzeichnung*. Will das FA Einkünfte aus KapVerm annehmen und ggf der Höhe nach schätzen, hat es das Vorliegen einer Einkunftsquelle von Amts wegen festzustellen. Das FA kann nicht im Schätzungswege „ohne jeden Hinweis“ auf eine tatsächl Erzielung von „nicht endbesteuerten Kapitaleinkünften“ Einkünfte gem § 27 EStG im Schätzungswege des nicht aufgeklärten Betrags an privater Einkommensverwendung ansetzen (UFS 10.4.09, RV/0424-I/05 in Abgrenzung zur Rechtslage vor Einführung der Endbesteuerung, wonach das FA nach der allg Lebenserfahrung von einer ertragbringenden Anlage von KapVerm ausgehen konnte). Ggf steht § 186 Abs 2 Z 3 InvFG bei Vorliegen eines InvFonds als besondere gesetzl Schätzungsregel zur Verfüzung (Rz 95).

II. Einkünfte aus der Überlassung von Kapital

Einkünfte aus der Überlassung von Kapital sind in § 27 Abs 2 nF ab 1.4.12 geregelt. Diese Bestimmung umfasst die „Früchte“ aus KapVerm, die schon bisher – in modifizierter Form – der Besteuerung gem § 27 aF unterlegen sind. Zu § 27 Abs 2 gehören thematisch auch die Einkünfte gem § 27 Abs 5, die als Nebentatbestände ebenso zu den Früchten gehören (Rz 241 ff). Die Regeln der § 27 Abs 2 und 5 sind ab 1.4.12 unterschiedslos auf alle KapVerm (dh Alt- und Neubestände, s Rz 122 ff) anzuwenden; unterschiedl Regelungen ergeben sich gem § 124b Z 185 lit c nur bei bestimmten Forderungswertpapieren (dazu Rz 62 ff; KapVerm-Erlass-Entw, 40).

1. Beteiligungserträge. a) Zu den **Gewinnanteilen aus KapGes** (Abs 2 Z 1 lit a; 36 inhaltl ab 1.4.12 ggü § 27 Abs 1 Z 1 lit a F grds unverändert) zählen *offene Ausschüttungen* aufgrund eines Gewinnverteilungsbeschlusses, weiters Zwischendividenden (Sulz/Thunshirn ecolex 97, 96). Der Begriff „Zinsen“ ist inhaltsleer (s 1. Aufl § 27 Rz 36) und entfällt ab 1.4.12. Freianteile (Kapitalerhöhung aus Gesmitteln) sind ggf gem § 3 Abs 1 Z 29 stfrei (ESTR 6133). *Sonstige Bezüge* sind andere geldwerte Vorteile, die sich aus der Ges'ter-Stellung ergeben, wozu vor allem die vA zählt (VwGH 16.5.07, 2005/14/0005; ESTR 6136). In zwei Fällen hat Österr gem DBA idR kein Besteuerungsrecht an den Beteiligungserträgen: (1) Bei Zuordnung der Beteiligung zu einer ausl Betriebsstätte sowie (2) bei Vorliegen einer ImmobilienGes, soweit das anzuwendende DBA das Besteuerungsrecht dem Belegenheitsstaat der Immobilien zuweist (*Marschner* in Stefaner/Schragnl Beteiligungserträge, 169).

Die Gewinnausschüttung stellt die Gegenleistung für die Zuverfügungstellung des Kapitals dar. Diese erfolgt daher entgeltl. Aus diesem Grund kann daher *keine Meldepflicht* gem § 121a BAO bestehen; dies gilt grds auch für vA. Eine Schenkung unter den Ges'tern und damit Meldepflicht kann sich jedoch bei einer alinearen Ausschüttung ergeben (*Marschner* SWK 08, S 736). Aufgrund der Entgeltlichkeit stellt die Sachausschüttung von Kapitalanlagen nach dem 31.12.10 bzw 31.3.12 (Rz 123 f) beim empfangenden Ges'ter jedenfalls Neubestand dar (§ 124b Z 185).

Die **Beurteilung** als Einkünfte aus KapVerm hat **unabhängig** von der Behandlung bei der **ausschüttenden KapGes** zu erfolgen. Eine dem Ges'ter zur freien Verfügung gestellte Dividende gilt auch dann als zugeflossen, wenn die KapGes später eine Berichtigung der Ausschüttung vornimmt (VwGH 24.2.00, 99/15/0236). Eine Umqualifizierung von Fremdkapital in verdecktes Eigenkapital kann nur ausnahmsweise erfolgen. Daher sind an den Beweis besonders strenge Anforderungen zu stellen (VwGH 18.12.90, 89/14/0133, zu Mezzaninfinanzierungen *Bertl/Christiner/FS Wiesner*, 87 ff). Die Besteuerung als Anteil an einer KapGes setzt eine Beteiligung am **Gewinn der GesamtGes** voraus. Sog „*Tracking Stocks*“ beteiligen den Ges'ter in wirtschaftl Hinsicht (insb bezügl der Gewinnbeteiligung) nicht am Gesamtunternehmen, sondern mit einem spezifisch abgegrenzten Teil (Rechnungskreis). Derartige Beteiligungen fallen nach der FV nicht unter die Anteile an einer KapGes, sondern sind dem Bereich der Erzielung von Zinsen zuzuordnen (KStR 540; aA *Rödler ua/GedS Quantschnigg*, 343 ff; krit *Moritz* ÖStZ 01/194; s weiters *Tumpel/GedS Quantschnigg*, 503).

b) Gleichartige Gewinnanteile aus Genossenschaften (Abs 2 Z 1 lit b; inhaltl unverändert § 27 Abs 1 lit b aF bis 31.3.12). Zu den Einkünften aus KapVerm gehören auch Bezüge und Rückvergütungen aus Anteilen an Erwerbs- und WirtschaftsGen, die den Gewinnanteilen, Zinsen und sonstigen Bezügen aus AG und GmbH entsprechen (ESTR 6137 mit Beispielen). Mit Bezügen wird vor allem die Geschäftsanteilsverzinsung erfasst. Der Begriff „Rückvergütung“ steht iZm Kaufpreisvergütungen und -nachzahlungen (s *Doralt/Kirchmayer* § 27 Rz 40 ff).

- 39 c) Gleichartige Gewinnanteile aus Genussrechten und Partizipationskapital** (Abs 2 Z 1 lit c; inhaltl grds unverändert § 27 Abs 1 lit c idF Af bis 31.3.12). Unter diese Bestimmung fallen Partizipationsscheine iSd § 23 Abs 4 BWG oder § 73c VAG (nach RV 981 BlgNR XXIV. GP, 26 [BMF-Teil], KapVerm-Erlass-Entw, 19 Klarstellung, dass Bezüge aus Partizipationskapital stets Beteiligungserträge darstellen), Genusscheine iSd § 174 Abs 3 AktG sowie sonstige Genussrechte (EStR 6138). Es handelt sich um schuldrechtliche Ansprüche. Unter § 27 Abs 1 Z 1 lit c fallen aber nur Genusscheine sowie Genussrechte, die „einer Aktie vergleichbar“ sind. Die Rspr und die FV gehen nur dann von einem sog. **Substanzgenusssrecht** aus, wenn in Bezug auf das gesamte GesVermögen eine Beteiligung am Gewinn und Verlust, am Vermögen und am Liquidationsgewinn einer Körperschaft vorliegt (EStR 6141, KStR 537 ff, KapVerm-Erlass-Entw, 23; ausführlich *Kirchmayr* Beteiligungserträge, 55 ff). Darüber hinaus müssen zusätzl. die **Eigenkapitalkriterien** in Qualität und Quantität überwiegen (VwGH 29.3.06, 2005/14/0018: Unbegrenzte Laufzeit, Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, Nachrangigkeit ggü. GesGläubigern, Fehlen einer Besicherung; dazu *Lenz/Stiegitz* in Schragl/Stefaner Genussrechte, 95; *dies* ZUS 11/37; *Konezny/Tumpel* in Achatz ua Unternehmensbesteuerung, 13 ff; *Vlatsits*/Int Fallstudien, 237; *Grau* FJ 07, 250; *Rödler* ua/GedS Quantschnigg, 335 f halten das Heranziehen von über § 8 Abs 3 Z 1 KStG hinausgehenden Kriterien für nicht zul.). Eine Mindestverzinsung ist bei einem Substanzgenusssrecht mögl; diesfalls müssen jedoch die anderen gewinnabhängigen Kriterien stärker ausgestaltet sein (*Günther* FJ 08, 46; s EAS 3104 v 25.11.09, SWI 09, 572 zur Behandlung iRd DBA mit Deutschland).
- 40** Davon sind sog. **obligationenähnliche Genussrechte** abzugrenzen, welche steuerl. Fremdkapital darstellen (ausführlich *Jann* KESt und Endbesteuerung bei Genussrechten, 40 ff, *Marschner* in Schragl/Stefaner Genussrechte, 205; zur Einordnung iRv DBA *Loukota W.* in Schragl/Stefaner Genussrechte, 227). Nach der jüngsten Rspr sprechen die Gleichrangigkeit mit anderen Gläubigern, das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten, eine Vereinbarung über (Mindest)Zinsen und die Beschränkung der Laufzeit (liegt auch bei mehrfacher Prolongation vor) auf wenige Jahre für Fremdkapital (VwGH 29.3.06, 2005/14/0018; den Fall weiterführend VwGH 22.3.10, 2010/15/0020: ggf. Zusammenschau von Vereinbarungen mit mehreren KonzernGes). Die Einordnung von **Partizipationsscheinen** iSd § 23 Abs 4 BWG sowie § 73c VAG erfolgt stets unter § 27 Abs 1 Z 1 lit c. Besserungsscheine, die einen Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös verbrieften, zählen je nach Ausgestaltung zu Substanz- oder obligationenähnlichen Genussrechten (KapVerm-Erlass-Entw, 24). Genusscheine gem § 6 BeteiligungsfondsG zählen zu den obligationenähnlichen Genussrechten (EStR 6145).
- 41 d) Das Anteilsrecht des Nutzungsberchtigten an einer Agrargemeinschaft** bildet die Grundlage der gegenseitigen Beziehungen zw. der Agrargemeinschaft als solcher, ihren Mitgliedern und den agrargemeinschaftl. Grundstücken (*Mamut* ecolex 09, 79 f mwN; EStR 5030 ff). Ob der Agrargemeinschaft (abgabenrechtl.) Rechtspersönlichkeit zukommt, ist an Hand des GrundsatzG (jeweiliges LandesG) zu beurteilen (VwGH 18.10.07, 2005/15/0016 zu Vlbg; krit. *Mamut* SWK 08, S 444; s weiters *Peyerl* SWK 08, S 756). Liegt Rechtspersönlichkeit vor, bestimmt § 27 Abs 2 Z 1 lit d (inhaltl. unverändert § 27 Abs 1 lit d Af ab 2009), dass Ausschüttungen ggf. Einkünfte aus KapVerm darstellen (soweit die Anteile im BV gehalten werden, liegen ggf. Einkünfte aus LuF vor; vgl. *Aigner D.* taxlex 09, 259). Das Ausüben eines Rechts auf bloße Nutzung der Liegenschaften (zB Weide- oder Wegerecht) gehört nach der FV nicht zu den stpfl. Sach-

ausschüttungen (EStR 7723a). Zur KESt s § 93 Rz 11. Zur bis Ende 2008 geltenden Rechtslage s 3. Aufl § 27 Rz 40 sowie UFS 7.9.11, RV/0583-W/11 (Einordnung unter § 27 Abs 1 Z 4 aF).

e) In- und ausl Ges. Die Einkünfte aus KapVerm erfassen Gewinnanteile etc aus inl KapGes, das sind im Wesentl AG und GmbH. Vergleichbare ausl Ges werden von dieser Norm formal nicht erfasst. Nach der Rspr werden nach ausl Recht gegründete Ges, welche in Österr ihre Hauptverwaltung und Geschäftsleitung haben, den inl KapGes gleichgestellt (VwGH 20.9.06, 2005/14/0124). Nach der FV zählen auch Gewinnanteile aus ausl Ges, die einer inl GmbH oder AG vergleichbar sind (Typenvergleich), zu den Einkünften gem § 27 Abs 2 Z 1. Gewinnanteile aus nicht vergleichbaren ausl Ges fallen ggf als Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen unter § 27 Abs 2 Z 2 (EStR 6133, zu den einzelnen ausl Formen s EAS 2869 v 20.7.07, SWI 07, 397; Steiner ÖStZ 07/369; ders ÖStZ 07/408; im Zweifel die Maßstäbe von Genusstrechten heranziehend Kirchmayer Beteiligungserträge, 311). Gem Art 10 OECD-MA ist idR ein Teil der im Ausl abgezogenen QuSt auf die österr ESt anzurechnen (zum Dividendenbegriff iRd DBA Daxkobler/Pamperl SWI 11, 474).

f) Ausschüttungen. Werden Gewinne nicht an den Ges'ter ausgeschüttet, sondern thesauriert, liegen keine Einkünfte aus KapVerm vor. Die Realisierung der Gewinne durch Veräußerung der Anteilsrechte ist steuerl nach § 27 Abs 3 zu beurteilen (EStR 6135). Eine Ausschüttung muss nach den Regeln des GesRechts von der Ges'ter-Veranstaltung beschlossen werden. Ein Gewinnverteilungsbeschluss ist daher für das Vorliegen bzw den Zufluss einer Dividende maßgebL (VwGH 18.1.94, 93/14/0169). Sieht der GesVertrag grds die Ausschüttung von Gewinnen vor, außer die Ges fasst einen Nichtausschüttungsbeschluss, liegt bei Einigkeit der Ges'ter trotz Nichteinhaltung von Formalvorschriften für einen Nicht-Ausschüttungsbeschluss kein Zufluss einer Ausschüttung vor (UFS 20.10.11, RV/0325-I/09). Zahlt eine KapGes Einlagen an ihre Ges'ter zurück, liegt eine *Einlagenrückzahlung* gem § 4 Abs 12 (§ 4 Rz 471 ff) vor, die ggf als Veräußerung gem § 27 Abs 3 stpfl sein kann. Ebenfalls keine Fruchtzierung aus einer Aktie stellen sog *Treueboni* dar, die dafür bezahlt werden, dass der Aktionär die Aktie eine gewisse Zeit lang nicht verkauft (EStR 6103). Diese sind ebenso wie *Stimmenkäufe* steuerl nach § 29 Z 3 zu beurteilen, desgleichen Abschläge vom Emissionspreis, die im Zuge einer Aktienemission eingeräumt werden (EStR 6104). *Bezugsrechte* sichern die Erhaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse und gehören daher gleichfalls nicht zu den Einkünften aus KapVerm (Muszynska/KESt, 143).

g) Zurechnung nach der sog „Dividendenlogik“. Die steuerl Zurechnung einer Dividende erfolgt in der Praxis an denjenigen, dem sie ausbezahlt wird (Ex-Tag-Dividende, EAS 707 v 1.9.95). Die „Erwartung“ einer Dividende wird in den Kaufpreis idR eingepreist. Ein Verkauf der GesAnteile (kurz vor der Ausschüttung) bewirkt eine „Umwandlung“ von Kapitalerträgen in einen nach § 27 Abs 3 zu beurteilenden Kursgewinn. Die spätere Ausschüttung der thesaurierten Gewinne wird beim Empfänger besteuert (EAS 2945 v 22.2.08, SWI 08, 192); auch dann, wenn zwischenzeitl eine Umgründung erfolgt ist (EAS 2942 v 22.2.08, SWI 08, 100). Nach dem BFH erlangt auch derjenige wirtschafL Eigentum an der Aktie, der diese „cum Dividende“ erwirbt und (ggf am Tag der Ausschüttung) „ex Dividende“ wieder veräußert (BFH 20.11.07, I R 85/05; 15.12.99, I R 29/97).

Um unerwünschte Gestaltungen zu vermeiden, erfolgt nach der hM die Zurechnung bei demjenigen, der im Zeitpunkt der **Beschlussfassung über die Gewinnverteilung**

wirtschaftl Ges'ter war (*Widhalm/KEST*, 94 f; krit *Mühlehner/FS KWT*, 325; zur dt Rechtslage *Johannemann/Wünschig IStR* 10, 897; zu Ausschüttungen in Fremdwährung *Kirchmayr taxlex* 11, 357). Bei Streubesitzanteilen ist diese Sichtweise jedoch schwer administrierbar. Bei *InvF-Anteilen*, welche Dividendenerträge erzielen, erfolgt die steuerl Zurechnung gem § 186 InvFG abweichend von der allg Regel zeitversetzt bei Zufluss der Ausschüttung (oder fiktiv der ausschüttungsgleichen Erträge) aus dem InvF (s *Moritz taxlex* 07, 604 zum „optimalen Kaufzeitpunkt“). Bei GesAnteilen, bei denen der Gewinnanspruch des Ges'ters **ohne Beschlussfassung** über die Gewinnverteilung entsteht (zB bestimmte GmbH-Anteile, Substanzgenussrechte, evtl ausl Anteile), kommt es für die Einkunftsverwirklichung idR auf die Feststellung des Jahresabschlusses an (*Doralt/Kirchmayr § 27 Rz 26*). IRe *Dividendenvorbehalts* rechnet die FV die Dividende dem Veräußerer zu (KStR 512; krit *Kirchmayr* Beteiligungserträge, 148 ff; vgl auch *Simader SWI* 10, 70 iZm § 94a). Erfolgt eine alineare (schiefe) Ausschüttung in eine stbefreite KapGes (nur) zur StVermeidung, erfolgt die Zurechnung nach der wirtschaftl Betrachtungsweise (UFS 11.3.08, RV/0565-G/05).

46 h) Ges'terstellung. Offene wie verdeckte (Gewinn)Ausschüttungen setzen definiti onsgemäß eine Vorteilszuwendung einer Körperschaft an eine Person mit Ges'terstellung voraus. Ein bloßer „Machthaber“ kann nicht Empfänger von (verdeckten) Gewinn ausschüttungen sein (VwGH 7.4.04, 99/13/0215). Beim bereicherten Nicht-Ges'ter ist zu prüfen, ob und in welchem Rahmen eine Besteuerung bei einer anderen Einkunftsart in Frage kommt (VwGH 28.5.98, 96/15/0114; *Atzmüller RdW* 98, 576). Allerdings kann eine Gewinnausschüttung an eine dem Ges'ter nahe stehende Person erfolgen und dem Ges'ter zugerechnet werden (VwGH 24.11.99, 96/13/0115). Wenn eine KapGes, deren Anteile im Eigentum einer *Privatstiftung* stehen, eine vA ggü dem Begünstigten der Privatstiftung erbringt, ist in einem ersten Schritt ggf eine (kstfreie) vA an die Privatstiftung sowie in einem zweiten Schritt ggf eine stpfl Zuwendung gem § 27 Abs 5 Z 7 an den Begünstigten anzunehmen (UFS 5.5.09, RV/2093-W/07).

47 i) Verdeckte Ausschüttungen sind alle außerhalb der gesrechtl Gewinnverteilung gelegenen Zuwendungen einer Körperschaft an Anteilsinhaber, die das Einkommen der Körperschaft vermindern und ihre Wurzel in der Anteilsinhaberschaft haben (VwGH 16.5.07, 2005/14/0005; 19.12.02, 99/15/0110; 30.5.01, 99/13/0024; ausführl *Kirchmayr* in Leitner, Handbuch vA; *Grün, Leitfaden*). Eine der KapGes fremd ggü stehende Person hätte einen derartigen Vorteil nicht erhalten (VwGH 28.1.03, 99/14/0100, zur Nutzung von Know-how, s § 4 Rz 173). Die FV definiert die vA als „jeden Vorteil, den eine Körperschaft außerhalb der offenen Gewinnverteilung und der Einlagenrückzahlung gem § 4 Abs 12 ihren Ges'tern mit Rücksicht auf deren Eigenschaft als Ges'ter zuwendet“ (EStR 6148). Die steuerl Konsequenzen einer vA kommen unabhängig vom Vor liegen eines Gewinnes der KapGes zur Anwendung. Deshalb hat sich der in Praxis der Begriff „verdeckte Ausschüttung“ statt „verdeckter Gewinnausschüttung“ durchgesetzt; ein inhaltl Unterschied haftet den beiden Begriffen nicht an (VwGH 30.5.01, 99/13/0024). Die vA fallen unter die „sonstigen Bezüge“ gem § 27 Abs 1 Z 1 (VwGH 16.5.07, 2005/14/0005). Die vA unterliegt der KEST (s § 93 Rz 13).

Die estl Behandlung erfolgt unabhängig von der kstl Vorgehensweise bei der KapGes (VwGH 9.7.08, 2005/13/0020; BFH 19.6.07, VIII R 54/05). Werden bei der KapGes BA mangels Nennung des Empfängers gem § 162 BAO nicht anerkannt, rechtfertigt diese Feststellung alleine noch nicht die Annahme einer vA beim Ges'tergeschäftsführer (VwGH 28.10.97, 93/14/0073); ab der VA 2011 ist bei derartigen Fällen gem § 22 Abs 3 KStG ein Zuschlag iHv 25% zu entrichten (*Haider/Schlager S. SWK* 10, S 1015; krit *Bieber/Brandstetter* GeS 10, 281).