

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Senatsvorsitzenden, Mag. Dieter Fröhlich, den Richter Mag. Christian Seywald und die Beisitzer, Ing. Dr. Martin Jilch und Mag. Ulrike Richter, über die Bescheidbeschwerde vom 24.05.2016 der Bf. Public Limited Company, Investmentfondsgesellschaft, Registrierungsnummer: XX., Irland, Stadt , Str. situiert, vertreten durch Rechtsanwaltskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Zweigniederlassung Wien, Seilergasse 16, gegen die Bescheide des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart, vom 21.04.2016, zugestellt am 25.04.2016, betreffend Abweisung der beantragten KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 für die Jahre 2008 bis 2012, EVNr.: Xa bis Xb, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 4.05.2018 unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Katharina Frech

zu Recht erkannt:

Die Bescheidbeschwerde wird gemäß § 279 Abs. 1 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art 133 Abs. 4 B VG i.V.m. § 25a VwGG eine Revision zulässig.

Entscheidungsgründe

Zur Person der Beschwerdeführerin:

Die beschwerdeführende Bf. Public Limited Company (in der Folge Bf. genannt) wurde im Jahr 2000 gemäß dem irischen Companies Act errichtet. Sie ist eine in Irland ansässige Kapitalgesellschaft. Ihr ausschließlicher Zweck ist, das Investmentgeschäft für die gemeinsame Anlagen in Wertpapiere gemäß Vorschriften der Europäischen Gemeinschaften über OGAW zu betreiben (insb. der OGAW-Richtlinie, 2009/65 idgF). Entsprechend den Regelungen für OGAW wurde die Bf. von der irischen Zentralbank unter der Registrierungsnummer XX. als Investmentgesellschaft zugelassen und unterliegt ihre Tätigkeit der regulatorischen Aufsicht der irischen Zentralbank.

Die Bf. ist eine sogenannte Umbrella-Investmentgesellschaft mit variablem Kapital. Unter ihrem Dach wurden in den Jahren 2008 bis 2012 33 offene Teilfonds gemanagt. Diese Teilfonds sind börsengehandelte Indexfonds (sogenannte Exchange Traded Funds – ETFs), die an der London Stock Exchange (LSE) sowie an den Börsen in Italien, Deutschland, Niederlande und der Schweiz notieren. Jeder ETF bildet ein selbständiges Sondervermögen mit getrennter Haftung. Die Indexfonds richten sich sowohl an institutionelle Anleger (z.B. Pensionskassen, Versicherungen, Privatbanken, staatliche Einrichtungen) als auch an Privatanleger. Die ETF's sind je nach Anlageziel physisch replizierend oder derivativbasiert gestaltet. An den von der Bf. im Streitzeitraum aufgelegten und verwalteten Teilfonds waren nach Angaben des steuerlichen Vertreters (StV) ungefähr 2000 Anteilsinhaber mit einem schwankenden Nettovermögen von rund 40 Mrd. Euro beteiligt.

Die Bf. hat seit ihrer Gründung keine Angestellten. Die Aufgaben der Geschäftsleitung werden von den Mitgliedern des Verwaltungsrats, dem Gesellschaftsmanager (D.) sowie dem Anlageverwalter (E. [UK] Ltd) und dem Verwalter (G. [IE] Ltd) wahrgenommen.

Auf die Investmentgesellschaft sind 30.000 Zeichneranteile im Nennwert von je £ 1 ausgegeben, die sich im Besitz des Managers befinden. Die Zeichneranteile sind nicht Bestandteil des Kapitals irgendeines Fonds der Gesellschaft. Des Weiteren hat die Gesellschaft 500 Mrd. nennwertlose Anteile für die Anteilsinhaber der Fonds.

Die Antragsteller müssen zur Zeichnung einen Kontoeröffnungsantrag, der einer Anti-Geldwäsche-Prüfung unterzogen wird, ausfüllen. Die Anteile der Anleger sind Namensanteile, die in unverbriefter Form (elektronisch) ausgegeben werden. Die Anteile werden im Rahmen des gesetzlich möglichen Clearingsystems „CREST“ verwaltet.

Die Anteile an den Fonds können an jedem Handelstag gekauft und verkauft, bzw. zurückgenommen werden.

Zur Besteuerung der Bf. und Anteilsinhaber in Irland:

In den Anlegerprospekten werden von der Bf. sinngemäß folgende Steuerinformationen gegeben:

„Nach Abschnitt 739 (B)(1) des irischen Tax Consolidation Act unterliegt eine in Irland ansässige Investmentgesellschaft keiner Steuer auf ihre Erträge und Kapitalgewinne. Die Bf. ist als irische Investmentgesellschaft somit in Irland nicht ertragssteuerpflichtig. So wie beispielsweise für bestimmte Versorgungseinrichtungen, Pensionsfonds, Lebensversicherungsgesellschaften oder Genossenschaftsbanken normiert das irische Steuerrecht eine generelle persönliche Einkommensteuerbefreiung für irische Investmentgesellschaften.“

Das irische Steuersystem besteuert bei Investmentgesellschaften ungeachtet ihrer körperschaftlichen Rechtsform direkt die Anleger (Anteilsinhaber) der Fonds und erhebt soweit keine Steuerbefreiung für gebietsfremde Anleger besteht, von diesen eine Kapitalertragsteuer.

Nur unter bestimmten Umständen ist als Sicherungsmaßnahme für die KEST der Anleger eine Abzugs- und Haftungsverpflichtung der Investmentgesellschaft vorgesehen.

Der KEST unterliegen grundsätzlich bestimmte steuerlich relevante Ereignisse bei den in Irland ansässigen Anteilhabern: Das sind Ausschüttungen und der Verkauf, die Einlösung, Rücknahme oder Übertragung von Anteilen und überdies auch der Ablauf eines achtjährigen Anlagezeitraumes. In letzterem Fall wird eine KEST-Vorauszahlung auf ausschüttungsgleiche Erträge erhoben.

Die nicht in Irland ansässigen Anleger sind unter bestimmten Voraussetzungen KEST-befreit. Sie trifft jedoch dann eine KEST-Pflicht, wenn sie keine oder keine gültige Ansässigkeitserklärung gegenüber der Investmentgesellschaft abgeben. Die Abgabe einer entsprechenden Ansässigkeitserklärung der Anleger entfällt, wenn die Fonds der Investmentgesellschaft nicht aktiv für irische Anleger vermarktet werden und die irische Steuerbehörde der Investmentgesellschaft eine Genehmigung über angemessene Ausgleichsmaßnahmen erteilt hat. Fehlt eine maßgebende Erklärung zur Ansässigkeit der Anleger oder fehlt die Ausnahmegenehmigung der irischen Steuerbehörde über Ausgleichsmaßnahmen der Investmentgesellschaft, gilt der Anleger kraft Gesetz unwiderlegbar als in Irland ansässig und ist KEST-pflichtig.

Für natürliche Personen beträgt die KEST auf Ausschüttungen 25% und auf Einlösung, Verkauf und Rückgabe der Anteile 28%.

Für sogenannte PPIU-Investmentgesellschaften gelten Sonderregeln und höhere Steuersätze. Es handelt sich dabei um risikogestreuete Vermögensanlagen, bei denen nach den Bedingungen des Anlegers der An- und Verkauf der Vermögensgegenstände erfolgt.

Werden die Anteile des Fonds in einem Clearingsystem gehalten ist die Investmentgesellschaft von ihren Pflichten und Haftungen zur Sicherstellung der KEST der nicht steuerbefreiten Anteilsinhaber entlastet. Die Teilfonds der Bf. werden in dem Clearingsystem CREST gehalten. Der Irish Courts Service (ICS) übernimmt an Stelle der Investmentgesellschaft die Verantwortung für die gesetzmäßige KEST-Abfuhr bei steuerlich relevanten Ereignissen der Anteilsinhaber. Zu diesem Zwecke nimmt der ICS unter anderem periodische KEST-Meldungen betreffend die Anteilhaber an die irische Steuerbehörde vor.

Ein Informationsaustausch auf Grundlage der EU-Zinsrichtlinie erfolgt bei Ausschüttungen bestimmter Fonds, wenn mehr als 15% seiner Vermögenswerte direkt oder indirekte in

verzinsliche Wertpapiere investiert werden, sowie bei Erträgen aus Verkauf, Erstattung oder Rücknahme von Anteilen, sofern der Fonds zumindest 40% seiner Vermögenswerte in verzinsliche Wertpapiere investiert hat.

Zum Verfahrensablauf und Streitgegenstand:

Die Bf. beantragte mit Schreiben vom 16.12.2013 und den Formularen ZS-RE1 und ZS-RE1a vom 17.12.2013 gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG die Rückerstattung der gesamten Kapitalertragsteuer (KESt), die von ihren inländischen Portfoliodividenden in den Jahren 2008 bis 2012 einbehalten worden ist. In ihrem Anbringen wird Folgendes ausgeführt:

Die Bf. habe in österreichische, börsennotierte Aktiengesellschaften investiert. Von den erhaltenen Dividendenausschüttungen sei 25% KESt einbehalten worden. Gemäß Art. 8 Abs. 5 des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Österreich und Irland (DBA-Irland) können diese Dividenden – ungeachtet des Besteuerungsrechts in Irland - auch in Österreich mit einer finalen Quellensteuer von 10% belastet werden.

Gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG sei beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften, die in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat, mit dem umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, ansässig sind, die Kapitalertragsteuer für die von ihnen bezogenen Gewinnanteile rückzuerstatten, soweit diese im Ansässigkeitsstaat nicht angerechnet werden kann.

Die finale Quellensteuer in Höhe von 10% aus den erhaltenen Dividenden betrage in den Jahren 2008 bis 2012 insgesamt € 383.137,37. Da von der Bf. die Voraussetzungen für eine Rückerstattung der gesamten KESt gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG erfüllt seien, werde die Rückzahlung dieser Steuer auf das angeführte Konto beantragt.

Mit Bescheiden vom 21.4.2016, EVNr.: Xa bis Xb, hat das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart (FA) diese Rückzahlungsanträge mit folgender Begründung abgewiesen:

Nach österreichischem Recht sei ein Investmentfonds kraft Gesetz steuerlich transparent. Die aus den Kapitalanlagen des Fonds lukrierten Erträge würden daher nicht dem Fonds als Einkünfteempfänger, sondern unmittelbar den Inhabern der Fondsanteile als deren Einkünfte zugerechnet (InvFR Rz. 4). Dies gelte nicht nur für die österreichischen Fonds, sondern gemäß § 188 InvFG 2011 auch für ausländische Kapitalanlagefonds. Diese Gleichbehandlung aller Kapitalanlagefonds hat nach dem Gesetzeswortlaut ungeachtet der Rechtsform des ausländischen Fonds zu erfolgen. Der Umstand, dass die inländischen Kapitaleinkünfte den Anteilinhabern der ausländischen Teilfonds über eine nach irischem Recht steuerlich intransparente Investmentgesellschaft zufließen, sei somit für die Einkünftezurechnung nicht bedeutsam.

Die irische Investmentfondsgesetzgebung könne dem § 188 InvFG 2011 nicht derogieren. Österreich sei nicht dazu verhalten, sich dem irischen oder einem anderen ausländischen Rechtssystem bei der steuerlichen Zurechnung inländischer Dividenden anzupassen.

Da somit nach österreichischem Recht die von inländischen Kapitalgesellschaften für ihre ausgeschütteten Dividenden einbehaltene KEST keine Steuer der ausländischen Fondsgesellschaft, sondern eine Steuer der Anteilsinhaber der Fonds sei, könne der Fondsträger, auch wenn er eine körperschaftliche Organisationsstruktur hat, keine Steuerrückerstattung für eine vom ihm gar nicht erhobene Steuer geltend machen. Die besteuerten Inlandsdividenden seien nämlich nach österreichischem Recht stets unmittelbar den Anteilsinhabern eines Investmentfonds und nicht dem Fonds oder einem organisationsrechtlich zugeordneten Rechtsträger der Fonds zuzurechnen.

Gegen die Abweisungsbescheide betreffend KEST-Rückerstattung erhob die Bf. durch ihren steuerlichen Vertreter (stV) form- und fristgerecht Bescheidbeschwerde. Im Schriftsatz vom 24.5.2016 beehrte sie mit folgender Begründung die volle Stattgabe ihrer Rückzahlungsanträge:

Die Bf. sei nach irischem Recht ein eigenes Steuerrechtssubjekt und unterliege in Irland der Körperschaftsteuer. Die in Österreich einbehaltene Quellensteuer könne in Irland weder angerechnet werden noch stünden diesbezüglich andere Steuerbegünstigungen zu. Nach irischem Steuerrecht sei eine irische PLC steuerlich nicht transparent. Die Ansässigkeit der Bf. in Irland sei durch Ansässigkeitsbescheinigungen der irischen Steuerbehörde nachgewiesen worden.

In den angefochtenen Bescheiden werde die Rechtsauffassung vertreten, dass die aus den Kapitalanlagen des Fonds erzielten Erträge direkt den Anteilhabern zuzurechnen sind und ebendiese seien bei Vorliegen der diesbezüglichen Voraussetzungen zur Rückerstattung der Quellensteuer antragsberechtigt. Auf Fondsebene komme daher keine Rückerstattung österreichischer Quellensteuer gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG in Frage.

Diese Rechtsansicht werde für nicht gemeinschaftskonform erachtet. Bei der Antragstellerin handle es sich um eine steuerlich intransparente Körperschaft nach irischem Recht. Einer solchen Investmentgesellschaft stehe, nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zur Kapitalverkehrsfreiheit, wie einer inländischen Kapitalgesellschaften, eine vollständige Entlastung der Quellensteuer auf Dividenden zu (u.a 10.05.2012, Rs C-338/11 bis C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA; 18.06.2009, Rs C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy; 20.05.2008, Rs C-194/06, Orange Smallcap Fund NV; 14.12.2006, Rs C-170/05, Denkavit Int) .

Auch der Unabhängige Finanzsenat sei in seiner Entscheidung (UFS Wien 21.10.2013, RV/1703-W/07) dieser unionskonformen Rechtsansicht gefolgt und habe festgestellt, dass die

Besteuerung ausländischer Kapitalgesellschaften als ausländischer Investmentfonds in Hinblick auf die Besteuerung vergleichbarer Kapitalgesellschaften in Österreich eine unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs darstelle. Die automatische Anwendung des Transparenzprinzips bei ausländischen Kapitalgesellschaften sei unzulässig, da bei inländischen Kapitalgesellschaften, die ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung anlegen, das Transparenzprinzip keine Anwendung finde.

Es werde daher von der Bf. die volle Rückzahlung der Quellensteuer in Höhe von € 383.137,37 begehrt.

In der abweisenden Beschwerdevorentscheidung vom 5.9.2016, zugestellt am 9.9.2016, hielt das FA an seiner bisherigen Rechtsmeinung – die im Einklang mit den Investmentfondsrichtlinien des BMF steht – fest.

Nach rechtswirksamer Verlängerung der Rechtsmittelfrist bis 11.11.2016 wurde von der Bf. mit Anbringen vom 10.11.2016 binnen offener Frist ein Vorlageantrag eingebracht. Es wurde die Entscheidung über die Berufung durch einen Senat des Bundesfinanzgerichts und die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung beantragt. Zudem wurde folgende, ergänzende Begründung vorgebracht:

„Nach Auffassung des FA werde durch § 188 InvFG, der die vollständige Gleichbehandlung von österreichischen und ausländischen Investmentfonds bewirke, gleichgültig in welcher Rechtsform der Fonds auftrete, weder durch irisches Recht, noch durch DBA-Recht noch durch EU-Recht derogiert. EU-Recht greife nicht in die Ertragssteuersysteme der Mitgliedstaaten und damit auch nicht in deren Zurechnungsvorschriften ein, solange keine Diskriminierung stattefinde. Eine solche diskriminierende Ungleichbehandlung werde gerade durch § 188 InvFG 2011 für die regulierten Investmentfonds vermieden.

Im Ergebnis hat sich somit das Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart der Auffassung des BMF angeschlossen, dass inländische Dividendenausschüttungen an ausländische Körperschaften dann nicht von der Kapitalertragsteuer zu befreien sind, wenn der ausländische Rechtsträger als Investmentfonds iSd § 188 InvFG anzusehen ist.

Nach § 188 InvFG 2011 gilt als ausländischer Investmentfonds nämlich - ungeachtet der Rechtsform - jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Diese Rechtsauffassung geht somit von einem Vorrang des Investmentfondsregimes gegenüber der Körperschaftsbesteuerung - auch für ausländische „corporate funds“ - aus. Die Anwendung des § 21 Abs. 1 Z 1a KStG sei mangels Zurechenbarkeit der Fondserträge (nämlich der antragsgegenständlichen Inlandsdividenden) an die als körperschaftsteuerliches Rechtssubjekt organisierte Investmentgesellschaft ausgeschlossen.

Demgegenüber wird festgehalten, dass die Bf. eine offene Kapitalanlagegesellschaft ist, die eine Vielzahl von der OGAW Richtlinie unterliegenden Investmentfonds hält. Es handelt sich um eine nach irischem Recht gegründete und eingetragene Kapitalgesellschaft in der Rechtsform einer Public Limited Company (plc). Die Bf. hat ihren Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Irland. Sie ist ein eigenes Steuersubjekt nach irischem Recht und unterliegt der Körperschaftsteuer. Die in Österreich einbehaltene Quellensteuer konnte in Irland nicht angerechnet werden. Es stehen diesbezüglich generell auch keine anderen Steuerbegünstigungen zu, die einer solchen Anrechnung im Ergebnis gleich kämen. Im Ergebnis ist die Bf. in ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung als plc nicht mit einem österreichischen Investmentfonds, sondern vielmehr mit einer österreichischen Aktiengesellschaft, die als Investmentgesellschaft bestimmte Investmentstrategien verfolgt und deren Aktien mehreren Investoren angeboten werden, vergleichbar.

In Österreich errichtete Investmentgesellschaften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft unterliegen aber jedenfalls nicht den Regelungen des InvFG 2011, selbst dann nicht, wenn sie die in § 188 InvFG 2011 normierten Voraussetzungen (Risikostreuung ect.) erfüllen. Eine Qualifikation der Bf. als ausländischer Investmentfonds iSd § 188 InvFG 2011 bewirkt eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von irischen und österreichischen Aktiengesellschaften in vergleichbaren Situationen. Die Bf. als EU-ausländischer Investmentfonds wäre mit einer finalen österreichischen Kapitalertragsteuer von 25% belastet, während österreichische Kapitalgesellschaften, die solche Dividenden beziehen, aufgrund der allgemeinen Beteiligungsertragsbefreiung des § 10 Abs. 1 Z 1 KStG vollständig befreit sind und die gesamte Kapitalertragssteuerbelastung der Dividende auf die Körperschaftsteuer anrechnen können, bzw. sich den die Körperschaftsteuer übersteigenden Betrag erstatten lassen können. Die unterschiedliche steuerliche Behandlung in- und ausländischer Aktiengesellschaften (Trennungsprinzip vs Transparenzprinzip) in vergleichbaren Situationen stellt offensichtlich ein Hindernis hinsichtlich der Kapitalanlage in ausländischen Kapitalgesellschaften dar und ist mit den EU-Grundfreiheiten nicht vereinbar.

Die gegenständliche Beschränkung kann auch nicht mit Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken gerechtfertigt werden, wenn das spezifische Ziel der Beschränkung die Verhinderung von Verhaltensweisen ist, die darin bestehen, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen zu dem Zweck zu errichten, die Steuer zu umgehen, die üblicherweise auf die durch die Tätigkeiten im Inland erzielten Gewinn zu zahlen ist. Die generelle Versagung einer Rückerstattung von Quellensteuern an ausländische Kapitalgesellschaften ist nicht geeignet, diesem Rechtfertigungsgrund gerecht zu werden.

Auch andere Rechtfertigungsgründe, wie die Notwendigkeit, die Kohärenz des Steuersystems zu gewährleisten, die ausgewogene Verteilung der Steuerhoheit zwischen den Mitgliedsstaaten oder die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle rechtfertigen die Diskriminierung nicht.

In diesem Sinne hat der EuGH in der Rs C-303/07 festgehalten, dass eine unterschiedliche Behandlung von gebietsfremden Investmentgesellschaften (im konkreten Fall eine luxemburgische SICAV) und einer gebietsansässigen Investmentgesellschaft bei der Befreiung der von den gebietsansässigen Gesellschaften an sie ausgeschütteten Dividenden von der Quellensteuer eine ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, die nach den Art 49 AEUV (ex Art 43 EGV) und Art 54 (ex Art 48 EGV) verboten ist. Gleiches gilt vor dem Hintergrund der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art 63 AEUV (ex Art 56 EGV) in Verbindung mit Art 65 AEUV (ex Art 58 Abs. 1 EGV). Die Behandlung der Bf. als transparenter, ausländischer Investmentfonds stellt daher eine Beschränkung der unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten dar, die unter dem AEUV verboten ist.

In den verbundenen Rs C-338/11 und C-347/11 hat der EuGH bestätigt, dass eine unterschiedliche Behandlung gebietsansässiger kollektiver Anlageorganismen, die eine Steuerbefreiung für die Dividenden inländischer Herkunft genießen, und gebietsfremder kollektiver Anlageorganismen, die einer Quellensteuer auf solche Dividenden unterliegen, durch keine in der Situation der Anlageorganismen oder ihrer Anteilsinhaber begründeten Unterschiede gerechtfertigt sind und daher einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit darstellen. Dabei darf insbesondere auch nicht auf die Situation der hinter dem ausländischen Fonds stehenden Anteilsinhaber abgestellt werden, da die Beurteilung des diskriminierenden Charakters der Regelung allein auf Ebene des Anlageorganismus zu erfolgen hat.

Auch der Unabhängige Finanzsenat (UFS) ist dieser unionskonformen Rechtsansicht gefolgt und hat festgestellt, dass die Besteuerung ausländischer Kapitalgesellschaften als ausländischer Investmentfonds in Hinblick auf die Besteuerung vergleichbarer Kapitalgesellschaften in Österreich eine unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs darstellt.

Die automatische Anwendung des Transparenzprinzips bei ausländischen Kapitalgesellschaften sei unzulässig, weil bei inländischen Kapitalgesellschaften, die ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung anlegen, das Transparenzprinzip keine Anwendung findet.

Im Ergebnis ist daher aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts § 188 InvFG 2011 auf die Bf. nicht anwendbar, sodass es zu keiner Durchbrechung der steuerlichen Abschirmwirkung dieser ausländischen Kapitalgesellschaft kommt. Eine entsprechende KEST-Entlastung hat daher bereits auf Ebene der beschwerdeführenden Bf. plc zu erfolgen. Der Anspruch auf Rückerstattung österreichischer Quellensteuer gemäß § 21 Abs 1 Z. 1 a KStG wurde zu Recht erklärt.

Sollte das Verwaltungsgericht die Beschwerde abweisen, ist die Revision zuzulassen, da hierzu eine einschlägige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes noch nicht besteht und daher eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.“

Mit Vorlagebericht vom 19.4.2017 wurde die Bescheidbeschwerde unter Anschluss des Verwaltungsaktes dem BFG zur Entscheidung vorgelegt.

In der E-Mail vom 18.4.2018 weist der StV bezüglich der Besteuerung der Bf. in Irland, ergänzend zu den Ausführungen im Anlagerprospekt, darauf hin, dass die Bf. plc als eine in Irland steuerlich ansässige Kapitalgesellschaft abkommensberechtigt nach dem DBA-Irland sei. Gemäß Art. 8 dieses Doppelbesteuerungsabkommens dürfen Dividenden, die eine in Irland ansässige Person von einer in Österreich ansässigen Person erhält, in Irland besteuert werden. Nach der gegenwärtigen irischen Rechtslage unterliege die Bf. keiner irischen Steuer auf ihre Erträge und Kapitalgewinne, weil sie als steuerlich ansässige Investmentgesellschaft gemäß Abschnitt 739B des Taxes Consolidation Act 1997 steuerbefreit sei. Daher sei jede Quellensteuer eine tatsächliche finanzielle Belastung für die beschwerdeführende Kapitalgesellschaft. Auf Grund der umfassenden persönlichen Steuerbefreiung gebe es keine irische Steuer, auf die die österreichische KEST angerechnet werden könne. Es bestünde auch keine andere Möglichkeit einer Refundierung der österreichischen Quellensteuer in Irland.

In der mündlichen Verhandlung vom 4.5.2018 wurde von den Parteien Folgendes vorgebracht:

Von der Bf. wurde festgehalten, dass der vorgetragene Sachverhalt der wahren Sachlage entspräche und dieser auch nicht strittig sei. Der Bf. sei es wichtig hervorzuheben, dass eine Nichtbesteuerung der Fondserträge nicht eintreten könne, weil die Besteuerung jedenfalls auf Ebene der Anteilsinhaber erfolge. Auf Grund der unterschiedlichen Zurechnung der Fondserträge durch die beteiligten Staaten (Quellenstaat Österreich und die Ansässigkeitsstaaten der Anleger und der Bf.) würde aber bei den Anlegern eine Doppelbesteuerung dieser Kapitaleinkünfte eintreten, weil eine Anrechnung der österr. Quellensteuer idR nicht möglich sei.

Es gebe in Österreich eine Reihe von Kapitalgesellschaften, die ähnlich einem Investmentfonds die Kapitaleinlage der Anleger risikogestreut veranlagten, ohne sich als Investmentfonds zu organisieren. Durch die differenzierte Durchgriffsregelung bei inländischen und ausländischen, risikogestreuten Vermögensveranlagungen (formelle Anknüpfung an OGAW im Inlandsfall gegenüber materieller Anknüpfung bei ausländischen risikogestreuten Vermögensveranlagungen) im Investmentfondsgesetz 2011 würden diese, in der Realität des Investmentgeschäftes bestehende, Umstände eben nicht gleich behandelt und bestünde eine Begünstigung der Inlandsinvestitionen.

Das FA hielt mit ausführlicher rechtlicher Begründung an seiner Rechtsauffassung entsprechend den Investmentfondsrichtlinien des BMF fest.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Der vorstehende Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Parteivorbringen. Die Parteien stimmen mit den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen überein. Der Sachverhalt liegt widerspruchsfrei vor und steht mit den allgemeinen Erfahrungssätzen im Einklang. Der oben angeführte Sachverhalt wird daher der rechtlichen Beurteilung zu Grunde gelegt.

Strittig ist die Rechtsfrage, wem die inländischen Dividendeneinkünfte aus dem veranlagten Fondsvermögen zuzurechnen sind: der Bf., als körperschaftlich organisierte Investmentgesellschaft in der Rechtsform einer Public Limited Company oder den Anteilshabern der Fonds.

Gemäß dem Investmentfondsgesetzes 2011 (InvFG 2011), insbesondere nach den steuerrechtlichen Bestimmungen der §§ 186 i.V.m. 188 InvFG 2011 sind Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 EStG 1988 eines Kapitalanlagefonds beim Anteilshaber steuerpflichtige Einnahmen. Diese Bestimmung über die Zurechnung von Einkünften eines Fonds ist auch für ausländische Kapitalanlagefonds ungeachtet ihrer Rechtsform anzuwenden.

Die Gemeinschaftsrechtskonformität dieser Bestimmung des InvFG 2011 ist im Lichte der Einwendungen der Bf. zu prüfen.

Von der Lösung dieser Rechtsfrage, hängt die weitere Beurteilung ab, ob der Bf. - soweit sie die materiellen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 erfüllt – die beantragte Quellensteuer zurückzuzahlen ist.

1. Einkünftezurechnung und DBA-Zurechnungskonflikt:

Die Zurechnung von Einkünften im Quellenstaat an die steuerpflichtige Person hat nach dem nationalen Recht des Quellenstaates zu erfolgen. Die Frage der Zurechnung der gegenständlichen Inlandsdividenden kann schon deshalb nur unilateral nach dem nationalen Steuerrecht beantwortet werden, weil das DBA-Recht überhaupt keine Regeln über die Einkünftezurechnung enthält (Kofer, in Bendlinger/Kandduth-Kristen/Kofler/Rosenberger, Internationales Steuerrecht, X/42, Bayer/Ortner, § 21 Abs. 1 Z 1a KStG – Neue Steuerentlastung für Outbound-Dividenden - „Corporate funds“ als entlastungsberechtigte Körperschaften, in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung, Linde 2011, Seite 123 mit Hinweis auf EAS 2996 und BFH 4.4.2007, IR110/05).

In dem Aufsatz von H.Loukota/H. Jirousek, Die vergessenen Grundbausteine des OECD-Partnership-Reports, SWI 2015, S. 319f heißt es dazu in klaren Worten:

„Die primäre Rechtsgrundlage für die Besteuerung internationaler Sachverhalte ist nicht Abkommensrecht, sondern innerstaatliches Recht. Denn Abkommensrecht kann keine

Besteuerungsrechte begründen, die im innerstaatlichen Recht nicht vorgesehen sind. Daraus folgt, dass jeder internationale Steuerfall in einem ersten Schritt ausschließlich auf der Grundlage des innerstaatlichen Steuerrechts daraufhin geprüft werden muss, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang inländische Steuern zu erheben sind. Erst in einem zweiten Schritt ist sodann auf der Grundlage des Abkommensrechts zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diese im ersten Schritt festgestellten Besteuerungsansprüche auch abkommensrechtlich aufrecht bleiben.

Denn es hat dann „wenn der Zusammenhang nichts anderes erfordert, jeder im Abkommen nicht definierte Ausdruck die Bedeutung, die ihm [...] nach dem Recht dieses Staates [...] zukommt [...]“(Art 3 Abs 2 OECD-MA)“.

Solange sich daher aus dem DBA keine Einkünftezurechnungsregeln ergeben, wird die Einkünftezurechnung auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts zu erfolgen haben. Die bloße Aussage, dass eine im Errichtungsstaat als intransparent behandelte Personengesellschaft dort ansässig ist, enthält noch keine Anweisung, dass ihr auch alle Einkünfte zuzurechnen sind. Denn die Einkünftezurechnung erfolgt nach Maßgabe der Regelungen des nationalen Steuerrechts; sie ist grundsätzlich nicht Gegenstand der DBA. 6

Sollte künftig im Fall hybrider Personengesellschaften durch den von der OECD angedachten neuen Absatz 2 in Art 1 OECD-MA allerdings eine *abkommensrechtliche* Einkünftezurechnung an die im Errichterstaat steuerlich intransparente Gesellschaft erfolgen müssen, würde insoweit wohl der Anwendung von Art 3 Abs 2 OECD-MA der Boden entzogen. Doch würde dies lediglich auf der *Abkommensebene* eine Zurechnungswirkung auslösen, nicht aber auf der Ebene des innerstaatlichen Rechts. 7 In einem solchen Fall gäbe es dann eine gespaltene Zurechnung, mit dem Effekt, dass die im Errichterstaat ansässige intransparente Gesellschaft – ungeachtet der Ansässigkeit der Gesellschafter – jedenfalls eine 100%ige DBA-Entlastung im Quellenstaat erwirken kann, und zwar auch dann, wenn im Quellenstaat das Transparenzprinzip gilt.“

Somit besteht kein Zweifel, dass die Beurteilung der Zurechnung der gegenständlichen Inlandsdividenden ausschließlich auf Grundlage des innerstaatlichen Steuerrechts zu erfolgen hat und hierbei die steuerrechtlichen Sonderregelungen des Investmentfondsgesetzes 2011, insb. die §§ 186 und 188, maßgeblich sind.

Bei der Einkünftezurechnung nach den Regeln des nationalen Steuerrechts kann ein Widerspruch mit dem DBA-Recht nicht auftreten, weil dieses überhaupt keine Zurechnungsregeln enthält. Die Ansässigkeit und Abkommensberechtigung der Bf. in Irland hat für die Frage, welcher Person die inländischen Dividendeneinkünfte für die Ausübung des Besteuerungsrechtes des Quellenstaates (Österreich) zuzurechnen sind, keine Bedeutung.

Der in der Literatur auch angesprochene abkommensrechtliche Zurechnungskonflikt, weil eine nach ausländischem Recht intransparente Gesellschaft nach nationalen Steuerrecht transparent behandelt wird, betrifft ausschließlich DBA-Ansprüche (nämlich die bereits durchgeführte Herabsetzung auf den DBA-Quellensteuersatz von 10% sowie die Anrechnungsverpflichtung des Ansässigkeitsstaates des Einkünfteempfängers). Die DBA-Ansprüche sind aber nicht Inhalt dieses Verfahrens, weshalb auf eine die Abkommensrechte wahrende Lösung eines möglichen Zurechnungskonflikts nicht weiter einzugehen war. Die streitgegenständliche vollständige Rückerstattung der Quellensteuer basiert nicht auf DBA-Recht, sondern ausschließlich auf dem innerstaatlichen Steuerrecht.

2. Steuerliche Zurechnung von Fondseinkünften

Die nachstehenden Artikel der OGAW-Richtlinie (2009/65/EG vom 13. Juli 2009) lauten:

„Art. 1 Abs. 2: Für die Zwecke dieser Richtlinie und vorbehaltlich des Artikels 3 bezeichnet der Ausdruck „OGAW“ Organismen,

a) deren ausschließlicher Zweck es ist, beim Publikum beschaffte Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren und/oder anderen in Artikel 50 Absatz 1 genannten liquiden Finanzanlagen zu investieren, und

b) deren Anteile auf Verlangen der Anteilinhaber unmittelbar oder mittelbar zu Lasten des Vermögens dieser Organismen zurückgenommen oder ausgezahlt werden. Diesen Rücknahmen oder Auszahlungen gleichgestellt sind Handlungen, mit denen ein OGAW sicherstellen will, dass der Kurs seiner Anteile nicht erheblich von deren Nettoinventarwert abweicht.

(3) Die Organismen im Sinne von Absatz 2 können die Vertragsform (von einer Verwaltungsgesellschaft verwaltete Investmentfonds), die Form des Trust („unit trust“) oder die Satzungsform (Investmentgesellschaft) haben.

Im Sinne dieser Richtlinie

a) gilt ein „unit trust“ als Investmentfonds,

b) gelten Aktien von OGAW als Anteile von OGAW.

Art. 3 Diese Richtlinie gilt nicht für folgende Organismen:

a) Organismen für gemeinsame Anlagen des geschlossenen Typs,

b) Organismen für gemeinsame Anlagen, die sich Kapital beschaffen, ohne ihre Anteile beim Publikum in der Gemeinschaft oder einem Teil der Gemeinschaft zu vertreiben,

Art. 4 Ein OGAW im Sinne dieser Richtlinie ist in seinem Herkunftsmitgliedstaat als niedergelassen anzusehen.

Art. 5 Abs. 1 Ein OGAW bedarf zur Ausübung seiner Geschäftstätigkeit der Zulassung gemäß dieser Richtlinie. Diese Zulassung gilt für sämtliche Mitgliedstaaten.“

Die maßgebenden Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes 2011 (InvFG) idF vor dem AIFMG, BGBl. 135/2013 lauten:

„§ 1 Dieses Bundesgesetz legt Bedingungen fest, zu denen OGAW (§ 2) in Österreich aufgelegt, verwaltet und vertrieben werden dürfen. Weiters wird festgelegt, zu welchen Bedingungen andere Sondervermögen, Pensionsinvestmentfonds und Spezialfonds in Österreich aufgelegt, verwaltet und vertrieben werden dürfen sowie die Bedingungen für die Zulassung zum öffentlichen Vertrieb Alternativer Investmentfonds aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten in Österreich.

§ 2 (1) Ein Organismus zur gemeinsamen Veranlagung in Wertpapieren (OGAW)

1. dient dem ausschließlichen Zweck der Veranlagung der beim Publikum beschafften Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung in die in § 67 genannten liquiden Finanzanlagen und

2. seine Anteile werden auf Verlangen der Anteilinhaber unmittelbar oder mittelbar zu Lasten des Vermögens des OGAW zurückgenommen und ausgezahlt; diesen Rücknahmen und Auszahlungen gleichgestellt sind Handlungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der Kurs der Anteile des OGAW nicht erheblich von deren Nettoinventarwert abweicht; und

3. er ist gemäß § 50 bewilligt oder gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/65/EG in seinem Herkunftsmitgliedstaat bewilligt.

(2) Ein OGAW kann in Österreich nur als Sondervermögen gemäß § 46, das in gleiche, in Wertpapieren verkörperte Anteile zerfällt und im Miteigentum der Anteilinhaber steht, errichtet werden. Sofern in diesem Bundesgesetz Pflichten des OGAW festgelegt werden, bezieht sich eine daraus folgende Handlungspflicht auf die diesen OGAW verwaltende Verwaltungsgesellschaft.

(3) Ein OGAW kann sich aus verschiedenen Teilfonds zusammensetzen; für die Zwecke des 2. Teiles 3. Hauptstück 3. Abschnitt gilt jeder Teilfonds eines OGAW als eigener OGAW. Für die Zwecke des 2. Teiles 3. Hauptstück 6. Abschnitt und 4. Hauptstück schließt ein OGAW die dazugehörigen Teilfonds ein.

§ 46 (1) Ein OGAW in der Form eines Sondervermögens gemäß § 2 Abs. 2 hat keine eigene Rechtspersönlichkeit; es zerfällt in gleiche, in Wertpapieren verkörperte Anteile

(Anteilscheine). Die Anteilscheine sind Finanzinstrumente (§ 1 Z 6 lit. c WAG 2007); sie verkörpern die Miteigentumsanteile an den Vermögenswerten des OGAW und die Rechte der Anteilinhaber gegenüber der Verwaltungsgesellschaft sowie der Depotbank. Die Anteilscheine können auf den Inhaber oder auf Namen lauten. Lauten sie auf Namen, so gelten für sie die §§ 61 Abs. 2 bis 5, 62 und 63 Aktiengesetz – AktG (BGBl. Nr. 98/1965) sinngemäß.

§ 186 (1) Die ausgeschütteten Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 abzüglich der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen eines Kapitalanlagefonds sind beim Anteilinhaber steuerpflichtige Einnahmen. Ergibt sich aus den Einkünften im Sinne des § 27 Abs. 3 und 4 des Einkommensteuergesetzes 1988 nach Abzug der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen ein Verlust, ist dieser mit anderen Einkünften des Fonds auszugleichen. Ist ein solcher Ausgleich nicht möglich, hat eine Verrechnung mit Einkünften des Fonds in den Folgejahren, vorrangig mit Einkünften des Fonds im Sinne des § 27 Abs. 3 und 4 des Einkommensteuergesetzes 1988 zu erfolgen.

Erfolgt eine Ausschüttung, gelten für steuerliche Zwecke zunächst die laufenden und die in den Vorjahren erzielten Einkünfte im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 und danach Beträge, die keine Einkünfte im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 darstellen, als ausgeschüttet.

§ 188 Die Bestimmungen des § 186 sind auch für ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solche gilt, ungeachtet der Rechtsform, jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Veranlagungsgemeinschaften im Sinne des § 42 des Immobilien-Investmentfondsgesetzes sind ausgenommen.“

Die §§ 2, 46, 186 Abs. 1 und § 188 InvFG 2011 normieren, dass die Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 EStG 1988 eines Kapitalanlagefonds beim Anteilinhaber steuerpflichtige Einnahmen sind. Die an die Bf. ausgeschütteten Inlandsdividenden sind nach diesen Bestimmungen direkt den Anteilsinhabern zuzurechnen und sie sind die Steuerschuldner der österreichischen Quellensteuer.

Diese spezielle Einkünftezurechnung hat ihren Grund darin, dass ein Investmentfonds nur ein Vehikel ist, um eine risikogesteuerte, professionell gemanagte Kapitalveranlagung, einer zu einer Veranlagungsgemeinschaft gebündelten Anzahl von Anlegern zu erreichen. Das Fondsvermögen behält jedoch weiterhin seinen wirtschaftlichen Zweck zu Gunsten der Anleger und nicht zu Gunsten des Fonds veranlagt zu werden. In der dem Steuerrecht immanenten wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird deshalb im InvFG bestimmt, dass für die steuerrechtliche Zurechnung der Kapitalerträge durch das Vehikel des Investmentfonds durchzugreifen ist und zwar gleichgültig, ob es sich um einen Inlands- oder Auslandsfonds

handelt und welche Rechtsform der Fonds hat (nach dem Prinzip „same business same rules“).

Eine körperschaftlich organisierte Investmentgesellschaft (hier irische plc) als Rechtsträger der von ihr aufgelegten und gemanagten Teilfonds, kann auf Grund der dargestellten innerstaatlichen Rechtslage niemals das Steuerrechtssubjekt der aus ihrem Fondsvermögen stammenden Kapitalerträge sein, auch wenn sie in ihrem Ansässigkeitsstaat ein körperschaftssteuerpflichtiges Rechtssubjekt ist (vgl. Adametz/Habersack/Schwarzinger, Besteuerung von Investmentfonds, Seite 209 u. 211 in Kirchmayr/Mayr/Schlager, Besteuerung von Kapitalvermögen).

Wie schon ausgeführt, hat auch bei Sachverhalten mit internationalem Bezug die steuerrechtliche Zurechnung von Einkünften ausschließlich auf Grundlage des nationalen Steuerrechts zu erfolgen.

Die gesetzlich normierte Zurechnung der inländischen Dividendeneinkünfte unmittelbar an die Anteilsinhaber der Fonds und nicht an die Investmentfondsgesellschaft bedeutet, dass die einzelnen Anteilsinhaber die Empfänger der Kapitalerträge und somit die Steuerschuldner der österr. KEST sind und eben nicht die beschwerdeführende Investmentgesellschaft (§§ 27 Abs. 2 Z. 1 und 95 Abs. 1 EStG i.V.m. §§ 186 und 188 InvFG 2011).

Beschränkt Steuerpflichtigen ist - unter den weiteren im § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG genannten Voraussetzungen - für die von ihnen bezogenen Kapitaleinkünfte gemäß § 27 Abs. 2 Z. 1 des Einkommensteuergesetzes die KEST zurückzuzahlen.

Nachdem die mit dem Fondvermögen erwirtschafteten Kapitaleinkünfte auf Grund der innerstaatlichen Zurechnungsregel von den Anteilsinhabern der Fonds und nicht von der Investmentfondsgesellschaft bezogen wurden, können auch nur die Anteilsinhaber unter den weiteren Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG einen Anspruch auf KEST-Rückerstattung haben. Die Prüfung dieser Tatbestandsvoraussetzungen und gegebenenfalls die Rückzahlung der KEST kann nur gegenüber der Person erfolgen, die als Steuerpflichtiger dieser Inlandsdividenden antragsberechtigt ist.

Diese Rechtsauffassung über die an sich unstrittige nationale Rechtslage, wird von der Bf. auch grundsätzlich geteilt. Der steuerliche Vertreter moniert jedoch, eine Unionsrechtswidrigkeit durch das im InvFG 2011 normierte weitreichende Durchgriffsprinzip bei ausländischen Investmentgesellschaften („corporate fund“). Eine gemeinschaftsrechtskonforme Abgabenvollziehung erfordere im gegenständlichen Fall, dass der steuerrechtliche Durchgriff durch die körperschaftlich organisierte Investmentfondsgesellschaft (PLC) direkt auf die Anteilsinhaber im Zusammenhang mit den inländischen Dividendenausschüttungen unterbleibe und die Abschirmwirkung der

körperschaftlichen Organisation genauso anerkannt werde, wie das bei einer inländischen Kapitalgesellschaft (insb. einer vergleichbaren AG oder GmbH) der Fall ist.

3. Gemeinschaftsrechtliche Prüfung

§ 188 InvFG 2011 im Zusammenhang mit der von der Bf. beantragten KEST-Rückerstattung verstoße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (EuGH, Rs C-347/11; C-303/07; C-194/06 sowie Rs C-170/05) und werde deshalb unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht verdrängt, mit dem Ergebnis, dass die Bf. ungeachtet ihrer ausschließlichen Geschäftstätigkeit als Investmentfondsgesellschaft gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KSG antragslegitimiert sei.

Dazu ist einleitend festzustellen, dass der Gesetzgeber selbstverständlich sachlich berechtigt ist, rechtsformunabhängig eine steuerrechtliche Zurechnung der Kapitalerträge von Investmentfonds direkt an die Anteilsinhaber vorzunehmen und damit auch bei Fonds in Rechtsform einer Körperschaft (sogenannten Investmentgesellschaften) das Trennungsprinzip zu durchbrechen (z.B. Tumpel, SWI 10/2004, 501ff).

Die gemeinschaftsrechtliche Kritik richtet sich gegen den unterschiedlichen Wortlaut bei der steuerrechtlichen Zurechnungsregel für inländische Kapitalanlagefonds (§ 186 InvFG) und für ausländische Kapitalanlagefonds (§ 188 InvFG). Während mit § 186 InvFG eine formalrechtliche Anknüpfung an OGAW erfolge, würde mit § 188 InvFG materiell an alle risikogestreuten ausländischen Vermögensveranlagungen angeknüpft und damit über OGAW hinausgegangen. Diese aus der historischen Gesetzesentwicklung entstandenen Unterschiede in der Anknüpfungstechnik bei §§ 186 und 188 InvFG würden zu abweichenden Ergebnissen im steuerrechtlichen Durchgriff bei inländischen und ausländischen Investmentfonds führen.

Im Inlandsfall werde entsprechend des Anwendungsbereiches des InvFG nur auf OGAW-Kapitalanlagefonds, die im Miteigentum der Anteilsinhaber stehen, abgestellt und damit kein Durchgriff bei vermögensverwaltenden inländischen Kapitalanlagegesellschaften normiert. Anders hingegen die weitergehende materielle Anknüpfung im Auslandsfall, die alle ausländischen risikogestreuten Vermögensveranlagungen ungeachtet ihrer Rechtsform erfasse.

Ergebniswirksam werde diese unterschiedliche Anknüpfung bei vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften (z.B. Holdings oder Private-Equity-Gesellschaften und Venture-Capital-Investitionen), die im Inlandsfall nicht von der formalen Definition des InvFG 2011 (Vorliegen eines OGAW gem. §§ 1, 2 und 186 InvFG 2011) erfasst seien, sodass es in diesen Fällen risikogestreueter Vermögensveranlagung nicht zum Durchgriff auf die Gesellschafter komme, während auf Grund der materiellen Anknüpfung im vergleichbaren Auslandsfall die Einkünfte direkt den Gesellschaftern zugerechnet werden.

3.1. Beurteilung des objektiven Vergleichspaares

Fraglich ist, ob die Bf. als OGAW-Investmentgesellschaft mit einer solchen vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft objektiv vergleichbar ist. Als Argument führt der StV das Erkenntnis des BFG, RV/7105109/2016 ins Treffen. In dieser Entscheidung wurde die Abschirmwirkung von zwei liechtensteinischen AG's, welche das Vermögen ihrer 100% Gesellschafterin, einer österreichischen Privatstiftung, risikogestreut veranlagte, beurteilt.

Die Bf. ist Rechtsträgerin von zahlreichen OGAW-Teilfonds. Die Bf. und die von ihr verwalteten börsennotierten Indexfonds stellen Organismen für die gemeinsame Anlage in Wertpapiere gemäß der OGAW-Richtlinie (2009/65EG) dar. Nach der OGAW-Richtlinie können OGAW-Fonds auch die Rechtsform einer körperschaftlichen Investmentgesellschaft haben. Von der Rechtsform abgesehen sind diese in anderen Herkunftsmitgliedstaaten ansässigen OGAW-Investmentgesellschaften und die von ihnen als Rechtsträger verwalteten ausländischen Kapitalanlagefonds mit inländischen Investmentfonds gemäß dem österreichischen Investmentfondsgesetz 2011 vollkommen vergleichbar.

Die Bf. als Investmentgesellschaft und ihre nach den Regeln der OGAW-Richtlinie aufgelegten und verwalteten Teilfonds wurden von der nationalen Aufsichtsbehörde im Ansässigkeitsstaat Irland zugelassen und diese Zulassung gilt für den gesamten EU-Binnenmarkt. Die besondere Tätigkeit einer OGAW-Investmentfondsgesellschaft, wie es die Bf. ist, unterliegt aus Gründen der Kapitalmarktstabilität und des Anlegerschutzes einer umfassenden Regulierung und der strengen Kontrolle der nationalen Aufsichtsbehörde, in gleicher Weise wie das bei inländischen OGAWs der Fall ist.

Bei jedem OGAW-Fonds sind die Anteilsinhaber die wirtschaftlichen Eigentümer des Fondsvermögens. Dieses bildet unabhängig von der Rechtsform des Fonds ein Sondervermögen, das vom Fondsmanagement auf Rechnung der Anteilinhaber gemeinschaftlich nach detaillierten, gesetzlichen Vorgaben veranlagt wird. Die Anteilinhaber können ihren Fondsanteil – ungeachtet der Rechtsform des OGAW-Fonds – jederzeit wieder in seinen Geldwert einlösen.

Nach der OGAW-Richtlinie ist daher nicht die Rechtsform eines Fonds sondern seine Tätigkeit für die Qualifikation als OGAW und für dessen Regulierung maßgeblich.

Bei einer inhaltlichen Sichtweise (wirtschaftlichen Betrachtungsweise) sind daher ausländische OGAW, auch wenn sie eine körperschaftliche Organisationsform aufweisen, mit inländischen OGAW, die kraft InvFG nur als Miteigentumsgemeinschaft errichtet werden dürfen, objektiv vergleichbar.

Die risikogestreuete Vermögensverwaltung einer österr. Privatstiftung über eine oder mehrere zwischengeschaltete ausländische Kapitalgesellschaften betrifft hingegen einen anders gelagerten Sachverhalt. Aus dieser rechtlichen Beurteilung kann für den gegenständlichen Fall keine vergleichbare Behandlung abgeleitet werden. Nicht die Übereinstimmung in der

Rechtsform sondern die Vergleichbarkeit der speziellen Tätigkeit von in- und ausländischen OGAWs ist für die Bildung des objektiven Vergleichspaares maßgebend.

Im Falle der risikogestreuten Veranlagung des Vermögens einer österr. Privatstiftung über zwei ausländische AGs (BFG, RV/7105109/2016) tritt der relevante Unterschied zum gegenständlichen Sachverhalt anschaulich hervor.

Eine bloße Übereinstimmung der körperschaftlichen Struktur und das Vorliegen einer risikogestreuten Vermögensveranlagung, macht einen Investmentfonds im Sinne eines OGAW, wie die Bf. ist, keinesfalls mit einer vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft vergleichbar.

Als objektives Vergleichspaar für die Beurteilung einer steuerrechtlichen Diskriminierung hinsichtlich der Zurechnung der Inlandsdividenden kann daher nicht die steuerrechtliche Behandlung einer inländischen Kapitalgesellschaft herangezogen werden, sondern die eines inländischen Investmentfonds. Der Umstand, dass der nationale Gesetzgeber inländische Investmentfonds überhaupt nur als Miteigentumsgemeinschaft zulässt und somit auf diese Weise die Fondseinkünfte direkt den Anteilsinhabern zurechnet, führt zu demselben Ergebnis wie der rechtsformunabhängige Durchgriff bei ausländischen Investmentfonds.

Ein ausländischer OGAW gemäß der OGAW-Richtlinie, ist daher unabhängig von seiner körperschaftlichen Organisationsform – aufgrund der näherliegenden Vergleichbarkeit der Situation – mit einem inländischen Investmentfonds und nicht mit einer inländischen Kapitalgesellschaft zu vergleichen. Dieser rechtsformunabhängige Ansatz der Vergleichspaarbildung gilt ebenso für ausländische Investmentfonds aus Drittstaaten, die nach ihren wesentlichen Inhalten mit einem OGAW vergleichbar sind.

Diese auf die übereinstimmende Situation abstellende Vergleichspaarbildung wird auch durch das jüngste Urteil des EuGH in der Rechtssache, Emerging Market Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12 eindeutig bestätigt. Danach sind ein US-Investmentfonds, der dem amerikanischen Aufsichtsrecht unterliegt und ein OGAW im Sinne der Richtlinie 2009/65/EG vom 13. Juli 2009 sowie ein polnischer Investmentfonds nach dem polnischen Investmentfondsgesetz miteinander objektiv vergleichbar. Diese Gebilde befinden sich auf Grund der Ähnlichkeiten bei der Art und Weise der Ausübung der Tätigkeit und beim Tätigkeitsfeld in einer vergleichbaren Situation, sodass eine nachteilige steuerliche Behandlung des in den USA ansässigen Investmentfonds nicht gerechtfertigt ist (Versagung einer Steuerfreiheit).

Daraus folgt aber auch, dass es genauso unzulässig ist, ausländischen Investmentfonds auf Grund ihrer körperschaftlichen Rechtsform einen Steuervorteil zu versagen, der inländischen Investmentfonds, die auf Grund des InvFG zwingend eine Miteigentumsgemeinschaft sind, eingeräumt wird. Maßgebend für die Beurteilung der steuerrechtlichen Gleichbehandlung ist

die objektive Vergleichbarkeit der besonderen Situation, in der sich der ausländische und inländische Investmentfonds befinden. Auf Grund der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise geht bei der Vergleichspaarbildung die Ähnlichkeit der besonderen wirtschaftlichen Situation von Investmentfonds im Sinne eines OGAW vor der Übereinstimmung der Rechtsform der in- und ausländischen Steuersubjekte. Die unterschiedliche Rechtsform von ausländischen und inländischen Investmentfonds im Sinne eines OGAW ist unerheblich und rechtfertigt gerade keine differenzierte Behandlung.

Eine steuerliche Ungleichbehandlung der Bf. gegenüber einem objektiv vergleichbaren inländischen Kapitalanlagefonds gemäß §§ 1, 2, 46, 186 und 188 InvFG, liegt auf Grund der unterschiedlichen gesetzlichen Anknüpfungstechniken im InvFG nicht vor. Beim inländischen wie beim ausländischen OGAW erfolgt aus sachlich gerechtfertigten Erwägungen die steuerliche Zurechnung der Fondserträge immer unmittelbar an die Anteilsinhaber der Investmentfonds, gleichgültig welche Rechtsform diese haben (schlichte Miteigentumsgemeinschaft oder rechtsfähige Körperschaft).

Die Frage, ob eine ausländische vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft, die kein OGAW ist, gegenüber einer inländischen vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft durch die Bestimmung des § 188 InvFG 2011 steuerlich benachteiligt wird, stellt sich im gegenständlichen Fall nicht.

Es steht außer Streit, dass die beschwerdeführende Investmentgesellschaft und die von ihr aufgelegten und verwalteten Teilfonds OGAWs gemäß der OGAW-Richtlinie sind. Auf Grund der vorrangigen situativen Vergleichspaarbildung ist die Bf. nämlich unabhängig von ihrer körperschaftlichen Rechtsform mit einem inländischen Investmentfonds (OGAW) zu vergleichen.

Aufgrund der Übereinstimmung in der besonderen wirtschaftlichen Situation von in- und ausländischen OGAWs ist eine rechtsformunabhängige Gleichbehandlung der Bf. als transparentes Gebilde, so wie ein Inlandsinvestmentfonds, als sachgerecht zu beurteilen.

Der von der Bf. angestrebte Vergleich mit der steuerlichen Behandlung inländischer vermögensverwaltender Kapitalgesellschaften geht ins Leere. Für gemeinschaftliche Publikumsinvestitionen in der Art eines OGAW ist nämlich in Österreich kraft Gesetzes die Rechtsform der schlichten Miteigentumsgemeinschaft normiert und damit eine körperschaftliche Organisationsform von OGAW-Fonds ausdrücklich ausgeschlossen. Die Situation einer vermögensverwaltenden inländischen Kapitalgesellschaft - im Rahmen ihrer gesetzlich zulässigen Geschäftstätigkeit - ist mit jener eines regulierten inländischen OGAW-Fonds objektiv nicht miteinander vergleichbar (ebenso Bayer/Ortner, § 21 Abs. 1 Z 1a KStG – Neue Steuerentlastung für Outbound-Dividenden - „Corporate funds“ als entlastungsberechtigte Körperschaften, in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung, Linde 2011, Seite 117ff mit überzeugenden Argumenten von

Bayer). Eine niemals völlig ausschließbare, mögliche illegale Ausübung des Investmentgeschäfts in der Art eines OGAW durch eine inländische Kapitalgesellschaft kann aber nicht zur Vergleichspaarbildung und als Argument für die steuerliche Gleichbehandlung von ausländischen körperschaftlich organisierten OGAW mit inländischen Kapitalgesellschaften herangezogen werden.

3.2. Vorliegen einer steuerlichen Benachteiligung

Die von der Bf. beantragte volle KEST-Rückerstattung käme einem einseitigen Verzicht der Republik Österreich auf das ihr staatsvertraglich eingeräumte Quellensteuerrecht auf Inlandsdividenden gleich.

Das vor dem rechtlichen Hintergrund, dass in Irland ein OGAW-Fonds zwar als Körperschaft errichtet werden kann, für Investmentgesellschaften aber eine umfassende persönliche Steuerbefreiung auf alle ihre Erträge und Gewinne vorgesehen ist. Eine Steuerpflicht auf die Kapitalerträge des Fonds tritt auch in Irland erst bei den Anteilsinhabern ein. Im Regelfall nur bei den in Irland ansässigen Anlegern. Die Fonderträge der in Drittländern ansässigen Anleger sind – soweit bestimmte Ordnungsvorschriften eingehalten werden – steuerbefreit.

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise besteht auch bei irischen OGAW-Fonds in der Rechtsform einer Körperschaft das gleiche steuerliche Ergebnis, wie bei den inländischen OGAW-Fonds. Die Versteuerung der Fondserträge erfolgt in beiden Fällen direkt bei den Anteilsinhabern. Nur die Gesetzesmethoden, die zu diesem identischen Steuerergebnis führen sind andere: Im Inlandsfall erfolgt die Zurechnung der Fondserträge direkte an die Anteilsinhaber, im Auslandsfall besteht eine umfassende persönliche Steuerbefreiung für Investmentgesellschaften und wird eine Steuerpflicht für die Fondserträge erst bei den in Irland ansässigen Anteilsinhabern normiert.

Für die Frage der Anrechenbarkeit der österreichischen Quellensteuer, die auf den Fonderträgen lastet, sind auf Grund der irischen Gesetzesregelung (umfassende persönliche Steuerbefreiung für Investmentgesellschaften) ebenso die Ebene und die Verhältnisse der Anteilsinhaber maßgebend.

Die Situation der Anteilsinhaber ist auch bei den in Drittstaaten ansässigen Anlegern relevant. Nur wenn von diesen Drittstaaten keine Ertragsteuer oder nur eine Niedrigsteuer (> als 10%) auf die Kapitalerträge aus dem Fondsvermögen erhoben würde, käme eine Anrechnung der österr. Quellensteuer grundsätzlich nicht in Betracht. Eine Doppelnichtbesteuerung oder Niedrigbesteuerung entspricht weder dem Ziel und Zweck der mit Österreich vereinbarten Doppelbesteuerungsabkommen noch ist das ein aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht erwünschtes Ergebnis.

Bei einer vollständigen Rückerstattung der österr. Quellensteuer an eine generell steuerbefreite Investmentgesellschaft (wie die Bf. begehrt), kann aber die Vermeidung einer Doppelnichtbesteuerung der Kapitalerträge der Anteilhaber nicht mehr gewährleistet werden. Dies entspricht gerade nicht den Intentionen des Gemeinschaftsrechts.

Die Gleichbehandlung von Inlandsfonds und Auslandsfonds im Sinne eines OGAW hinsichtlich der Zurechnung ihrer Einkünfte direkt an die Anteilhaber, ungeachtet der Rechtsform des Investmentfonds, bewirkt grundsätzlich keine steuerliche Benachteiligung.

Bei den in Irland ansässigen Anlegern tritt bei der DBA-Anwendung kein Zurechnungskonflikt ein. Entsprechend dem DBA-Irland ist die österr. Quellensteuer auf die irische KEST der Fondsanleger anrechenbar. Soweit es sich bei den Anlegern um irische Körperschaften handelt und eine Anrechenbarkeit der Quellensteuer bei diesen aus besonderen Umständen nicht möglich wäre, steht ihnen eine KEST-Rückerstattung nach § 21 Abs. 1 Z.1a KStG offen.

Eine allfällige Doppelbesteuerung der Fondserträge wegen eines DBA-Zurechnungskonflikts kann bei den in Drittstaaten ansässigen Anlegern idR auf interpretativen Wege des Abkommensrechts (insb. des Methodenartikels, Art 23, bzw. 23b OECD-MA) oder auf Grundlage des im Ansässigkeitsstaates geltenden nationalen Rechts (in Österr. z.B. § 48 BAO und § 236 BAO) oder durch Verständigungsverfahren vermieden werden.

Die praktischen Schwierigkeiten der Vielzahl der Anteilhaber aber tatsächlich die Doppelbesteuerung ihrer Fondserträge (durch KEST im Ansässigkeitsstaat und Quellensteuer im Quellenstaat) zu vermeiden, sind erkennbar groß. So entfallen beispielsweise im gegenständlichen Fall von den insgesamt € 383.000 in den Jahren 2008 bis 2012 in Österreich einbehaltener Quellensteuer im Durchschnitt nur rund € 190 auf den einzelnen Anteilhaber. Der Aufwand der Anleger zur Durchsetzung ihres Anspruchs auf Vermeidung der Doppelbesteuerung gegenüber der Fondsgesellschaft sowie der nationalen und ausländischen Steuerverwaltung ist meist höher als die anzurechnende oder rückzuerstattende Quellensteuer.

Die Vorteile einer gemeinschaftlichen Vermögensveranlagung durch einen Investmentfonds haben auch eine nachteilige Kehrseite. Die Frage der praktischen Durchführung einer DBA-Anrechnung oder Rückzahlung der Quellensteuern durch die Anteilhaber eines Investmentfonds kann aber für die rechtliche Beurteilung der Antragslegitimation nach § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG nicht maßgebend sein. Auch diesbezüglich stehen die Anleger eines inländischen OGAW steuerlich nicht besser da als bei einem ausländischen OGAW.

3.3. Verdrängungswirkung von Unionsrecht

Die wirtschaftliche Anknüpfung im § 188 2. Satz InvFG lautet: „Als ausländischer Kapitalanlagefonds gilt, *ungeachtet der Rechtsform, jedes einem ausländischen Recht*

unterstehende Vermögen, das nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist.“ Soweit diese – in Konvergenz zur Definition des Inlandsfonds stehende – Begriffsbestimmung bei vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften zu einer ungerechtfertigten steuerlichen Benachteiligung gegenüber einer vergleichbaren inländischen Kapitalgesellschaft führen sollte, verdrängt das Gemeinschaftsrecht nur insoweit – also im geringsten Ausmaß – diese Gesetzesbestimmung und nicht die gesamte Anordnung des § 188 InvFG (VwGH, 19.3.2013, 2010/15/0065).

Soweit durch diese wirtschaftliche Anknüpfung des § 188 InvFG aber lediglich rechtsformunabhängig eine Gleichstellung des ausländischen Kapitalanlagefonds iSd OGAW mit dem inländischen Kapitalanlagefonds hinsichtlich der unmittelbaren Zurechnung der Kapitalerträge an die Anteilsinhaber bewirkt wird, liegt keine Diskriminierung vor und kann die damit verbundene Durchgriffsnormierung daher nicht durch das Gemeinschaftsrecht verdrängt werden.

Im Übrigen wäre auch eine interpretative Reduktion der Reichweite des § 188 InvFG beim Durchgriff durch vermögensverwaltende ausländischen Kapitalgesellschaften (Privat Equity Gesellschaften) im Lichte des im § 1 InvFG normierten gesetzlichen Anwendungsbereiches zu prüfen. Beide Wege – die gemeinschaftlich-rechtliche Verdrängungswirkung im geringsten Ausmaß oder eine interpretative Reduktion der Reichweite des § 188 InvFG bei bestimmten vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften – kommen letztlich zum gleichen Ergebnis.

Da die Bf. und die von ihr verwalteten Teilfonds Organismen zur gemeinsamen Anlage in Wertpapiere gemäß der OGAW-Richtlinie sind, haben diese Überlegungen für ihr Anspruchsberechtigung auf KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG keine Bedeutung. Eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit wird durch die Bestimmung des § 188 InvFG im Anwendungsfall der Bf. nach Auffassung des BFG nicht bewirkt.

4. Zusammenfassendes Ergebnis

Gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG ist beschränkt Steuerpflichtigen die Kapitalertragssteuer für die von ihnen bezogenen Einkünfte gemäß § 27 Abs. 1 Z. 1 lit.a, b, und c des Einkommensteuergesetzes 1988 auf Antrag zurückzuzahlen.

Da gemäß den Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes 2011, insb. § 188 InvFG, die gegenständlichen Inlandsdividenden der beschwerdeführenden Investmentgesellschaft, ungeachtet ihrer körperschaftlichen Struktur als PLC, steuerrechtlich nicht zuzurechnen sind, sondern den Anteilsinhabern, wird von der Bf. der Tatbestand des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG nicht erfüllt.

Die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide war daher zu bestätigen.

5. Zulässigkeit der Revision

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird (Art. 133 Abs. 4 B-VG).

Zur der strittigen Rechtsfrage der Antragsberechtigung von Investmentfonds in der Rechtsform einer Körperschaft zur KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG liegt noch keine Rechtsprechung des VwGH vor, weshalb die Revision für zulässig zu erklären war.

Wien, am 7. Mai 2018