

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter, Mag. Dieter Fröhlich über die Bescheidbeschwerde vom 9.7.2015 des Bf. - Bf-Tf1, Steuernummer X1, in USA, O. situiert, vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand GmbH, 1090 Wien, Porzellangasse 51, gegen die Bescheide des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 8.5.2015, ErfNr.: E1 und E2, betreffend die Abweisung der Anträge vom 16.12.2014 auf Rückerstattung der im Jahr 2013 und 2014 entrichteten Kapitalertragsteuer gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 nach der am 26.9.2017 durchgeführten mündlichen Verhandlung **zu Recht erkannt:**

I. Der Beschwerde betreffend die Rückzahlung der im Jahr 2013 entrichteten Kapitalertragssteuer wird gemäß § 279 BAO stattgegeben und der angefochtene Bescheid abgeändert.

II. Die Kapitalertragssteuer ist gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 in der beantragten Höhe von insgesamt EURO 58.151,79 zurückzuzahlen.

III. Die Beschwerde betreffend Rückzahlung der im Jahr 2014 entrichteten Kapitalertragssteuer wird gemäß § 279 Abs. 1 BAO in Verbindung mit § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 und § 188 InvFG 2011 idF BGBl 135/2013 als unbegründet abgewiesen und die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestätigt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der beschwerdeführende Bf. – Bf-Tf1 (in der Folge kurz Bf. oder Bf;-Bf-TF1) hat aufgrund von österreichischen Portfoliobeteiligungen (Beteiligungen unter 10% an der ***A*** sowie der

B) im Jahr 2013 Dividenden von € 387.679 erhalten, wovon die 25%ige KESt in Höhe von € 96.920 einbehalten worden ist. Im Jahr 2014 flossen dem Bf;-Bf-TF1 aus österreichischen Portfoliobeteiligungen Dividenden von € 1.436.901 zu und wurde KESt in Höhe von € 359.225 im Abzugswege entrichtet.

Der Bf; beantragte beim Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart (FA) auf Grundlage des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Republik Österreich und den USA eine KESt-Herabsetzung auf den Quellensteuersatz von 15% und die Rückerstattung dieses Differenzbetrages gemäß Art. 10 DBA-USA. Vom FA wurde dem DBA-Rückerstattungsantrag Folge gegeben und der Teilbetrag einer 10%igen KESt (2013: € 38.768 u. 2014: € 143.690) antragsgemäß refundiert.

Des Weiteren stellte der Bf; mit Formular ZS-RE1 vom 16.12.2014 jeweils einen Antrag auf Rückzahlung der gesamten (restlichen) 15%igen KESt gemäß des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 für das Jahre 2013 in Höhe von € 58.151,79 und für 2014 in Höhe von € 215.535,09. Diesen Anträgen wurde eine ausführliche Begründung samt Anlagen angeschlossen.

Von der Abgabenbehörde wurde auf Grund der Rückerstattungsanträge eine Außenprüfung gemäß § 147 BAO durchgeführt. Im BP-Bericht vom 8.5.2015 wurde festgestellt, dass die Bf. als US-Investmentfonds die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 nicht erfülle.

Das Finanzamt (FA) folgte dem Ergebnis der Außenprüfung und hat mit den Bescheiden vom 8.5.2015 (2013: ErfNr. E1 und 2014: ErfNr. E2) – entsprechend einer Erlassregelung des BMF - die Rückerstattungsanträge mit der Begründung abgewiesen, dass der Bf; für eine Rückzahlung der KESt von Inlandsdividenden gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG nicht antragsberechtigt sei.

Das Bundesfinanzgericht hat mit Erkenntnis vom 1.09.2016, RV/7103986/2015, die gegen diese Bescheide form- und fristgerecht erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen, weil durch die anzuwendenden Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes (§§ 186ff InvFG2011) die Kapitalerträge aus den Portfoliobeteiligungen nicht der Bf. als ein nach ausländischem Recht körperschaftlich organisierter Kapitalanlagefonds, sondern direkt den Anteilsinhabern zuzurechnen seien und bei diesen steuerpflichtige Einnahmen bilden. Auf Grund der Gleichheit der maßgeblichen Geschäftstätigkeit eines Kapitalanlagefonds sei es sachlich berechtigt, dass durch § 188 InvFG eine direkte Zurechnung der Fondserträge an die Anteilhaber normiert werde und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen inländischen oder ausländischen Investmentfonds handle und welche Rechtsform und Rechtspersönlichkeit dieser Publikumsfonds habe, weshalb die Anwendung dieser Regelung des InvFG 2011 auf die Bf. nicht gemeinschaftswidrig sei.

Diese Beurteilung implizierte die Vergleichbarkeit dieses als Steuersubjekt und Körperschaft in den USA ansässigen Investmentfonds mit einer inländischen juristischen Person und die Zurechnung der Kapitalerträge nach den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen der Einkünftezurechnung an die Investmentfondsgesellschaft.

Auf die Ausführungen dieses Erkenntnisses des BFG wird hinsichtlich des darin festgestellten Sachverhaltes (Seite 1 bis 4 und Seite 21) zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen und liegen diese Sachverhaltsfeststellungen der gegenständlichen Entscheidung zu Grunde.

Der VwGH hat im Erkenntnis vom 13.01.2021, Ro 2018/13/0003, mit folgender Rechtsanschauung das Erkenntnis des BFG, vom 1.09.2016, RV/7103986/2015 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben:

„Zu prüfen ist, ob die Revisionswerberin ein Rechtsgebilde ist, das Subjekt der Steuer auf das Einkommen sein kann, oder ob dies von vornherein ausgeschlossen ist. Diese Prüfung erfolgt nach dem so genannten Typenvergleich, der auch vor dem Hintergrund der Regelung des § 1 Abs. 3 Z 1 KStG 1988 für die Einordnung ausländischer Gesellschaftsformen in das Gefüge des KStG und EStG anzustellen ist.

Beim Typenvergleich kommt es darauf an, ob das ausländische Rechtsgebilde nach seinem im Ausland geregelten rechtlichen Aufbau und seiner wirtschaftlichen Stellung in seinen wesentlichen Strukturmerkmalen einer österreichischen Körperschaft entspricht (vgl. Hohenwarter Mayr in Lang u.a., KStG2, § 1 Tz 65).

Der erste Schritt des Typenvergleichs besteht darin, die gesellschaftsrechtliche Struktur des konkreten ausländischen Rechtsgebildes zu ermitteln. Danach wird das ausländische Rechtsgebilde in seiner konkreten Ausgestaltung mit dem Typus jener inländischen Körperschaft verglichen, die dem ausländischen Gebilde (am ehesten) ähnlich ist (vgl. Hohenwarter Mayr, a.a.O., § 1 Tz 65a; Achatz/Bieber in Achatz/Kirchmayr, KStG § 1 Tz 264; VwGH 23.6.2009, 2006/13/0183, VwSlg. 8452/F; siehe auch BFH 20.8.2008, I R 34/08).

Sollte die Revisionswerberin nach österreichischem Steuerrecht als Körperschaft zu werten sein, ist in einem nächsten Schritt die Frage nach der Einkünftezurechnung zu beantworten. Soweit es um Passiveinkünfte in Form von Kapitaleinkünften geht, wird die Einkünftezurechnung mit der Frage des wirtschaftlichen Eigentums am Kapitalvermögen zusammenhängen (siehe dazu etwa VwGH 25.2.2015, 2011/13/0003; 25.3.2015, 2012/13/0033).

Sollte keine Vergleichbarkeit mit einer Körperschaft bestehen und sollten zudem die Voraussetzungen für die Zurechnung der Einkünfte an die beteiligten natürlichen Personen nicht vorliegen, ist es auch möglich, dass der Trust als Zweckvermögen iSd § 3 KStG 1988 eingestuft

wird (vgl. VwGH 20.9.1988, 87/14/0167; Pinetz in Lang u.a., KStG2, § 3 Tz 21; Hohenwarter Mayr, a.a.O., § 1 Tz 68a).

Nur wenn der Typenvergleich zu dem Ergebnis führt, dass die Revisionswerberin nach österreichischem Steuerrecht mit einer Körperschaft vergleichbar oder als Zweckvermögen iSd § 3 KStG einzustufen ist, und wenn die Einkünfte nach den allgemeinen Grundsätzen der Einkünftezurechnung solche der Revisionswerberin sind, stellt sich die Frage nach der Anwendung des § 188 InvFG 2011. Dabei geht es dann darum, ob (erst) die Vorschriften des InvFG 2011 eine Zurechnung der hier in Rede stehenden Kapitaleinkünfte an die hinter der Revisionswerberin stehenden natürlichen Personen (Anteilsinhaber) bewirken.

Für diesen Fall ist auf das Erkenntnis vom 12. September 2018, Ra 2017/13/0027, zu verweisen, in welchem der Verwaltungsgerichtshof zu § 188 InvFG 2011 in der bis 2013 geltenden Fassung (und zur inhaltlich gleichartigen Bestimmung des § 42 InvFG 1993) zum Ausdruck gebracht hat, dass diese Regelung im Konflikt mit der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit steht, soweit eine inländische Körperschaft gegenüber einer gleichartigen ausländischen Einrichtung bevorzugt wird, weil sie ein Körperschaftsteuersubjekt ist, während die gleichartige ausländische Einrichtung als transparent behandelt wird (vgl. auch VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006).

Für den gegenständlichen Revisionsfall bedeutet dies: Wenn einer österreichischen Körperschaft Kapitalerträge zuzurechnen sind, bei einem (gegebenenfalls) mit der Körperschaft vergleichbaren Trust hingegen die Zurechnung an ihn im Ergebnis durch § 188 InvFG 2011 untersagt und die Transparenz dieses Gebildes angeordnet wird, so beschränkt diese Schlechterstellung des ausländischen Gebildes die Kapitalverkehrsfreiheit. Wenn kein Rechtfertigungsgrund für diese Beschränkung vorliegt, ist die Bestimmung des § 188 InvFG 2011 als verdrängt anzusehen.

Anderes gilt für das Jahr 2014, zumal mit dem AIFMG, das für Geschäftsjahre von Kapitalanlagefonds gilt, die nach dem 21. Juli 2013 beginnen, die Besteuerung ausländischer Investmentfonds den Vorgaben des Unionsrechts entsprechend neu geregelt worden ist. § 186 Abs. 1 InvFG 2011 wurde dahingehend geändert, dass die investmentfondsspezifische transparente Besteuerungssystematik bei inländischen Kapitalanlagefonds - das sind OGAW und AIF - unabhängig von deren Rechtsform zur Anwendung kommt. Auch die Besteuerung ausländischer Kapitalanlagefonds wurde angepasst, indem in § 188 Abs. 1 InvFG 2011 bei der Definition des ausländischen Kapitalanlagefonds nunmehr OGAW und AIF unabhängig von der Rechtsform als ausländische Kapitalanlagefonds eingestuft werden.

Österreichische Körperschaften, die materiellrechtlich ein OGAW oder AIF sind, werden demnach seit 2014 gleich behandelt wie ausländische OGAW oder AIF und die in § 188 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 näher definierten ausländischen Strukturen, die keine OGAW und AIF sind. Im fortzusetzenden Verfahren wird für das Jahr 2014 - nach Durchführung des Typenvergleichs -

daher auch zu prüfen sein, ob es sich bei der Revisionswerberin um einen AIF oder um eine der besagten Strukturen handelt (ein OGAW kann mangels Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nicht vorliegen). Dazu wird angemerkt, dass es für das Vorliegen eines ausländischen AIF - entgegen dem in der Revision vertretenen Standpunkt - keiner diesbezüglichen Qualifikation durch eine Aufsichtsbehörde bedarf (vgl. Bodis/Polivanova-Rosenauer in Bollenberger/Kellner (Hrsg.), InvFG Investmentfondsgesetz, 1. Aufl., § 188 Rz 15 f).“

Das gemäß § 323b Abs. 1 BAO seit 1.1.2021 im fortgesetzten Verfahren als Amtspartei zuständige gewordene Finanzamt für Großbetriebe brachte in der ergänzenden Stellungnahme vom 3.05.2021 Folgendes vor:

Die beiden zitierten Erkenntnisse des VwGH (12.09.2018, Ra 2017/13/0027 und 11.09.2020, Ra 2020/13/0006) hätten reguläre Körperschaften betroffen (eine kanadische Crown Corporation und eine liechtensteinische Aktiengesellschaft). Diese Gesellschaften seien auch nach ausländischem Aufsichtsrecht als gewöhnliche Körperschaften und nicht als Investmentfonds zu qualifizieren gewesen. Außerdem seien in diesen beiden Verfahren keine Rechtfertigungsgründe für die Anwendbarkeit des § 188 InvFG geltend gemacht worden.

Anders verhalte sich dies im gegenständlichen Fall. Die Bf. sei in ihrem Herkunftsstaat (USA) aufsichtsrechtlich als Investmentgesellschaft eingestuft. Es handle sich eben nicht um eine „reguläre“ Körperschaft, sondern um einen dem Aufsichtsrecht unterliegenden Publikumsfonds in der Rechtsform eines US-amerikanischen Trusts, dessen Tätigkeit somit innerhalb der EU nach der OGAW-RL genehmigungspflichtig wäre (vgl. hierzu Bodis, VwGH zur ertragsteuerlichen Behandlung ausländischer Investmentfonds, SWK, 2021, 609ff).

Ein Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit durch die Anwendung des § 188 InvFG sei zu verneinen, weil als Vergleichspaar nicht eine reguläre inländische Körperschaft einem aufsichtsrechtlich genehmigungspflichtigen Publikumsaktienfonds, der nach ausländischem Recht eine körperschaftliche Rechtsform aufweise, gegenübergestellt werden könne. In den beiden angeführten VwGH-Entscheidungen (Ra 2020/13/0006, 11.9.2020 u. Ra 2017/13/0027, 12.9.2018), seien eine reguläre inländische Körperschaft mit einer regulären ausländischen Körperschaft verglichen worden. Genau dieser entscheidende Umstand, treffe im gegenständlichen Fall aber nicht zu. Es müsse daher die spezielle Situation der Bf. als ein der Kapitalmarktaufsicht unterliegender Investmentfonds mit jener eines inländischen Investmentfonds verglichen werden.

Unter diesem Aspekt liege gar keine Ungleichbehandlung vor, weil auch inländische Gebilde, die aussichtsrechtlich als Investmentfonds qualifiziert werden, im streitgegenständlichen Zeitraum einer transparenten Fondsbesteuerung gemäß § 186 InvFG unterlegen seien und damit kein Steuersubjekt der Zurechnung der Kapitaleinkünfte waren. Im Ergebnis sei eine Vergleichspaarbildung der Bf; – Bf-TF1 mit einer inländischen Körperschaft mangels objektiver

Vergleichbarkeit überhaupt nicht möglich, weshalb schon aus diesem Grunde eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht gegeben sei.

Aber selbst wenn die objektive Vergleichbarkeit der Situation der Bf. als aufsichtsrechtliche Investmentgesellschaft mit einer inländischen Körperschaft bejaht würde, wäre ein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch die Durchgriffsbesteuerung gemäß § 188 InvFG 2011 aus folgenden Gründen gegeben:

1. Die Regelung sei notwendig, um die Kohärenz der Steuersysteme zu gewährleisten. Denn werde Bf;-Bf-TF1 in seinem Herkunftsstaat USA nicht als Steuersubjekt behandelt oder habe die Bf. die Möglichkeit in die Transparenz zu optieren (Check-the-Box), sei eine durchgängige Zwei-Ebenen-Besteuerung hinsichtlich der Anteilsinhaber nicht sichergestellt, wenn eine Rückerstattung der Kapitalertragssteuer an die Bf. erfolge. Ein solcher Steuervorteil müsse daher durch einen entsprechenden steuerlichen Nachteil, nämlich die Verweigerung der KEST-Rückerstattung ausgeglichen werden. Andernfalls unterbliebe wirtschaftlich gesehen eine Besteuerung auf der Anteilhaberebene bei Bf;, während auf Gesellschafterebene bei inländischen Körperschaften die Belastung mit KEST sichergestellt sei (sofern es sich um eine natürliche Person handle). Die Beschränkung in Form der Verweigerung der KEST-Rückerstattung sei ein erforderliches und geeignetes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. Es gebe statt der Verweigerung der KEST-Rückerstattung bei nach ausländischem Recht körperschaftlich organisierten Kapitalanlagefonds kein gelinderes Mittel, um die Kohärenz der Steuersysteme zu wahren.
2. Zudem sei die Beschränkung zur Aufteilung der Besteuerungsbefugnis notwendig. Dies könne nach ständiger Rechtsprechung des EuGH insbesondere dann bejaht werden, wenn mit der betreffenden Regelung Verhaltensweisen verhindert werden sollen, die geeignet sind, das Recht eines Mitgliedstaats auf Ausübung seiner Steuerhoheit für die in seinem Hoheitsgebiet durchgeführten Tätigkeiten zu gefährden (z.B. EuGH, 10.04.2013, *Emerging*, Rs C-190/12, 10.05.2012, C-338/11, *Santander* u.a.).

Nach österreichischem Recht werden Dividenden, die von inländischen Kapitalgesellschaften an inländische OAGW ausgeschüttet werden – auch im streitgegenständlichen Zeitraum 2013 – nicht von der KEST entlastet und die KEST nicht an diesen rückerstattet. Damit liege genau eine andere Situation vor, als jene, in der nach Ansicht des EuGH (Rs C-190/12, Rn 99, *Emerging*) eine Berufung auf die Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis ausscheidet (Blum/Pinetz, SWI 2016, 224). Würde die KEST für derartige Dividendenausschüttungen hingegen an ausländische Investmentfonds rückerstattet werden – und zwar rein aufgrund der Tatsache, dass diese im Ausland als Kapitalgesellschaft organisiert sind – würden Veranlagungen von in- und ausländischen Anlegern über derartige Gebilde deutlich bevorzugt werden; dies insbesondere, wenn dieses Gebilde im Ausland selbst keiner (nennenswerten) Ertragsbesteuerung unterliegt. Auch aus Wettbewerbsgründen muss daher der Grundsatz „same business, same rules“ Geltung haben. Auf Grund dieser Realität sei die

Verweigerung der KEST-Rückerstattung an ausländische Investmentfonds nicht nur geeignet, sondern sogar geboten, um die Steuerhoheit der Republik Österreich zu sichern. Um derartige „Versuche einer KEST-Vermeidung durch die Kapitalanlage in ausländische körperschaftliche Investmentfonds“ zu verhindern, bestehe kein gelinderes Mittel, als die Verweigerung der KEST-Rückerstattung, zumal diese KEST-Rückerstattungen inländischen Investmentfonds ebenso nicht zustehe.

3. Weiters erscheine auch zur Vermeidung von Missbrauch eine Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dahingehend gerechtfertigt, dass die KEST-Rückerstattung verweigert wird, wenn es sich auch nach ausländischem Steuerrecht nicht um eine reguläre Körperschaft, sondern einen Investmentfonds handelt. Würde ausschließlich auf das Vorliegen einer ausländischen Körperschaft abgestellt, hätte die inländische Fondsbesteuerung im streitgegenständlichen Zeitraum (vor BGBl. 135/2013) alleine dadurch umgangen werden können, dass die Tätigkeit (risikogestreuete Kapitalanlage) im Ausland im Rahmen einer Körperschaft ausgeführt wird, unabhängig davon, ob es sich aufsichtsrechtlich um einen Investmentfonds handelt. Die Verweigerung der KEST-Rückerstattung sei ein notwendiges und gelindes Mittel, um das Ziel der Vermeidung von Missbrauch durch Umgehung der nationalen Fondsbesteuerung zu erreichen.

Der VwGH räume in seiner Rechtsprechung zur Besteuerung der Investmentfonds der aufsichtsrechtlichen Einstufung großen Stellenwert ein. Ist die ausländische Einrichtung in ihrem Herkunftsstaat als Investmentfonds von der zuständigen Aufsichtsbehörde eingeordnet, habe nach Ansicht des FA ebenso wie bei inländischen Investmentfonds die Besteuerung nach den Bestimmungen des InvFG 2011 zu erfolgen, mit der Konsequenz, dass in jedem Fall – also auch bei körperschaftlicher Organisationsstruktur – das Transparenzprinzip zur Anwendung gelange. Das habe zur Folge, dass die Kapitalerträge den Anteilsinhabern direkt zugerechnet werden und ein Anspruch der Investmentgesellschaft auf KEST-Rückerstattung nicht bestehe.

Hinsichtlich des Rückerstattungsantrages betreffend der im Jahr 2014 einbehaltener KEST sei auf Grund der Änderung der §§ 186, 188 InvFG idF BGBl 135/2013 zu prüfen, ob der Bf; – Bf-TF1 unter den Begriff der Alternativen Investment Fonds gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 AIFMG und § 3 Abs. 2 Z. 31 InvFG 2011 falle. Da die Bf. ein Organismus für gemeinsame Anlagen darstelle, an eine maßgebliche Anzahl an Anlegern gerichtet sei, die Kapitalbeschaffung bezwecke, um diese Kapital nach einer festgelegten Anlagestrategie zu investieren und keine operative Tätigkeit ausübe und kein OGAW sei, erfülle sie alle Kriterien eines AIF, weshalb gemäß § 186 i.V.m. § 188 InvFG die im Jahr 2014 ausgeschütteten Dividenden aus den Portfoliobeteiligungen des beschwerdeführenden Kapitalanlagefonds, Bf; – Bf-TF1, den Anteilsinhabern zuzurechnen seien und bei diesen steuerpflichtige Einnahmen bilden.

Die Bf. hat durch ihren steuerlichen Vertreter (StV) mit der Stellungnahme vom 21.03.2022 ihr Vorbringen im Hinblick auf das aufhebende Erkenntnis des VwGH (Ro 2018/13/0003) wie folgt ergänzt:

„Die Gesellschaftsrechtliche Struktur der Beschwerdeführerin:

Wie vom BFG bereits in der Entscheidung vom 3.10.2017, RV/7103986/2015, Seite 1 bis 4 und Seite 21 als aktenkundiger unstrittiger Sachverhalt festgestellt, handelt es sich beim Bf. (folgend „Bf;“) um einen Delaware Statutory Trust, der aus mehreren eigenständigen Teilvermögen besteht (sog „Series“). Der Bf; wurde nach dem US-amerikanischen Recht (dem sog Delaware Statutory Trust Act, Title 12, Chapter 38, §§ 3801 ff, folgend „DSTA“) errichtet, wodurch diesem in zivilrechtlicher Hinsicht eine eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt.

Gesellschaftsvertragliche Grundlage des Bf; ist ein „Agreement and Declaration of Trust“ (folgend „ADT“), das durch sog „By-Laws“ ergänzt wird. Der Bf; kann selbständiger Träger von Rechten und Pflichten sein und ist auch zivilrechtlicher Eigentümer des ihm zuzurechnenden Vermögens; der Bf; kann als eigenständige juristische Person klagen und geklagt werden. Klagen und Verfahren sind allerdings im Falle mehrerer „Series“ im Namen der jeweiligen „Series“ (Teilvermögen) zu führen. Antragstellerin und Beschwerdeführerin ist also der Bf; im Namen des Teilvermögens „Bf-Tf1“ (folgend „Bf-TF1“).

Die Beschwerdeführerin wurde ferner nach dem US-Investmentrecht (Investment Company Act of 1940; Registration Number: N1) im Jahr 2001 eingerichtet und ist eine in den USA ansässige Investmentgesellschaft (sog „open-end registered investment company“). Die Identifikationsnummer (CUSIP) der Beschwerdeführerin, durch die diese international identifiziert werden kann, lautet N2. Die Beschwerdeführerin unterliegt der Finanzaufsicht durch die US Securities & Exchange Commission (SEC) und damit einem, dem europäischen und österreichischen Investmentgesellschaftsrecht vergleichbarem, Regelwerk.

In organisatorischer Hinsicht weist die Beschwerdeführerin folgende Merkmale auf:

- *Die Beschwerdeführerin wird durch ein sog „Board of Trustees“ (Verwaltungsrat), das durch die Anteilsinhaber gewählt wird, verwaltet. Der Board of Trustees ist für die Verwaltung und das Management zum Wohle der Anteilsinhaber letztverantwortlich. Die Mitglieder des Board of Trustees werden von den Anteilsinhabern gewählt und es hat die Vertretungsmacht, um alle erforderlichen Handlungen zu setzen und Verträge abzuschließen. Das Tagesgeschäft wird gegebenenfalls delegiert. Anteilsinhaber haben die Möglichkeit, ihre Stimme abzugeben und Beschlüsse zu fassen, soweit dies die Trusturkunde oder US-Recht vorsehen und falls ihnen eine Frage vom Board zur Abstimmung vorgelegt wird. Zu bestimmten Fragen verlangt das US-Recht eine Zustimmung der Anteilsinhaber.*

- *Die Beschwerdeführerin verfügt als wirtschaftliche Eigentümerin über ein separates – von anderen Series abgrenzbares – Vermögen, das aus einem eigenen Pool von Vermögenswerten und dazugehörigen Verbindlichkeiten besteht.*
- *Forderungen, die in Bezug auf die Beschwerdeführerin eingegangen wurden, können nur gegen Vermögenswerte vollstreckt werden, die der Beschwerdeführerin zuzurechnen sind.*
- *Die Anteilsinhaber haften nur beschränkt mit ihrem Vermögensanteil an der Beschwerdeführerin. Für Verbindlichkeiten eines Teilvermögens haftet nur das jeweilige Teilfondsvermögen und nicht auch Vermögen des Trusts und der anderen Teilfonds.*
- *Die Anteile an der Beschwerdeführerin sind frei handelbar. Sie bietet laufend Geschäftsanteile über Wertpapierhändler zum Kauf an. Die Anteilsinhaber können ihre Anteile verkaufen, verschenken oder vererben.*
- *Die Anteile an der Beschwerdeführerin werden durch Ausgabe von Anteilscheinen verbrieft.*
- *Die Einkünfte (Gewinne/Verluste) werden nach US-Steuerrecht direkt der Beschwerdeführerin – und nicht dem Trust oder anderen Series oder direkt den Anteilinhabern – zugerechnet. Die Beschwerdeführerin ist nach US-Steuerrecht eine steuerpflichtige Körperschaft. Es besteht keine Transparenz.*
- *Die Anteilsinhaber sind entsprechend dem Ausmaß ihrer Beteiligung an den Einkünften der Beschwerdeführerin beteiligt. Ebenso steht das Stimmrecht der Anteilsinhaber im Verhältnis zu ihrem Fondsanteil.*
- *Die Gewinne der Beschwerdeführerin werden nicht automatisch an die Anteilsinhaber ausgeschüttet, sondern es bedarf dazu eines Ausschüttungsbeschlusses.*

*Unstrittig ist schließlich, dass die Beschwerdeführerin im Geschäftsjahr 2013 Portfoliobeteiligungen (<10%) an der ***A*** und der ***B*** hielt und von diesen Gesellschaften Dividenden iHv insgesamt EUR 387.679 erhalten hat und KEST iHv EUR 96.920,00 einbehalten worden ist.*

Auf Grund dieses nachgewiesenen Sachverhaltes ergibt sich folgende rechtliche Beurteilung:

1. Typenvergleich

Die Rechtsform der Beschwerdeführerin („Delaware Statutory Trusts“) ist dem österreichischen Recht fremd. Für den Typenvergleich und die Erfüllung der Vergleichbarkeit mit einer inländischen juristischen Person ist es nach dem Vorerkenntnis des VwGH ausreichend, dass die Beschwerdeführerin nach dem rechtlichen Aufbau und ihrer wirtschaftlichen Stellung in ihren wesentlichen Strukturmerkmalen einer österreichischen Körperschaft entspricht (maßgeblich ist dabei eine individuell-konkrete Betrachtungsweise¹).

Die Vergleichbarkeit nach dem Gesamtbild der Verhältnisse ist somit entscheidend.² Ein völlig identer Aufbau mit einer inländischen juristischen Person wird nicht gefordert.³ Für die Beschwerdeführerin bietet sich dabei der Vergleich mit einer österreichischen Kapitalgesellschaft an. Merkmale, die für eine Vergleichbarkeit mit einer österreichischen Kapitalgesellschaft sprechen, sind nach stRsp und Schrifttum etwa:⁴

Merkmal	Erfüllung durch Bf;
eigene Rechtspersönlichkeit nach ausländischem Recht	Bf; hat eigene Rechtspersönlichkeit (vgl DSTA, 12 § 3810(a)) und kann Träger von Rechten und Pflichten sein; Bf; ist zivilrechtlicher Eigentümer des ihm zuzurechnenden Vermögens; Bf; kann klagen und geklagt werden (DSTA, 12 § 3804 bzw ADT, Art II); Klagen/Verfahren sind im Falle von Bf; aber im Namen der betreffenden „Series“ zu führen, hier also Bf-TF1
Festes, im Eigentum der Gesellschaft stehendes Gesellschaftskapital	Das aufgebrachte Kapital steht im zivilrechtlichen Eigentum von Bf; (vgl ADT, Art II); innerhalb von Bf; bestehen mehrere wirtschaftlich und in Rechnungskreise getrennte „Series“; es besteht kein festes Kapital, weil Fondsanteile jederzeit neu gekauft oder von den Anteilsinhabern eingelöst werden können (ADT, Art 3 Sec 3 und Art 6 Sec 2)
Beteiligung einer oder mehrerer Personen am Gesellschaftskapital	Es sind mehrere Personen im Verhältnis ihrer Anteile am Kapital von Bf; beteiligt (vgl DSTA, 12 § 3805); die Beteiligung bezieht sich aber – wie im

¹ Vgl VwGH 23.06.2009, 2006/13/0183. Siehe auch Achatz/Bieber, in Achatz/Kirchmayr, KStG § 1 Tz 263 f; Hohenwarther-Mayr, in Lang/Rust/Schuch/Staringer, KStG² § 1 Tz 65a.

² Achatz/Bieber, in Achatz/Kirchmayr, KStG § 1 Tz 258; Marschner, in Lachmayer/Strimitzer/Vock, KSt³⁰ § 1 Tz 27.

³ Marschner, in Lachmayer/Strimitzer/Vock, KSt³⁰ § 1 Tz 27.

⁴ Vgl zB VwGH 27.4.2006, 2003/16/0110; VwGH 20.9.2006, 2005/14/0124; BFH 20.8.2008, I R 34/08; KStR 2013 Rz 134; Achatz/Bieber, in Achatz/Kirchmayr, KStG § 1 Tz 256; Graussam/Haselsteiner, taxlex 2015, 323; Hohenwarther-Mayr, in Lang/Rust/Schuch/Staringer, KStG² § 1 Tz 66; W. Loukota, SWI 2021, 308; Marschner, in Lachmayer/Strimitzer/Vock, KSt³⁰ § 1 Tz 30 f; Pinetz/Steiner, Typenvergleich 31 ff.

	<i>Fälle von Bf-TF1 – jeweils auf die einzelnen „Series“ (ADT, Art III Sec 1, Art III Sec 6 lit c und Art VI)</i>
<i>Anspruch auf den jährlichen (Rein-)Gewinn und Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös bzw Anteil am Liquidationsverlust</i>	<i>Anteilsinhaber von Bf; sind entsprechend dem Ausmaß ihrer Beteiligung an den jeweiligen „Series“ – wie im Falle von Bf-TF1 – an den Einkünften der Beschwerdeführerin beteiligt (vgl DSTA, 12 § 3805 bzw ADT, Art III Sec 1, Art III Sec 6 lit c und Art VI Sec 1 lit c); ein etwaiger Liquidationserlös/-verlust kommt den Anteilsinhabern im Verhältnis ihrer Beteiligung zu (vgl DSTA, 12 § 3805(e) bzw (g) für einzelne „Series“; ADT, Art III Sec 6 lit c und Art VIII Sec 1)</i>
<i>Haftung für Gesellschaftsschulden ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt</i>	<i>Die Haftung ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt (vgl DSTA, 12 § 3803(a) bzw ADT, Art III Sec 4 und Art III Sec 7); die Anteilsinhaber trifft keine etwaige Nachschusspflicht; innerhalb des Gesellschaftsvermögens von Bf; bestehen mehrere „Series“ (Teilvermögen) – wie etwa Bf-TF1 – wobei ein Teilvermögen nicht für Schulden eines anderen Teilvermögens haftet (ADT, Art III Sec 6 lit a und b); umgekehrt haftet das Vermögen des Bf; nicht für Schulden eines Anteilsinhabers (vgl DSTA, 12 § 3805(b)).</i>
<i>Willensbildung unter Gesellschaftermitwirkung</i>	<i>Anteilsinhaber haben die Möglichkeit, ihre Stimme abzugeben und Beschlüsse zu fassen, soweit dies die Trusturkunde und das US-Recht vorsehen und falls ihnen eine Frage vom Board zur Abstimmung vorgelegt wird (vgl DSTA, 12 § 3806); zu bestimmten Fragen verlangt das US-Recht eine Zustimmung aller Anteilsinhaber; insoweit nur eine oder mehrere „Series“ betroffen ist, haben nur diese Anteilsinhaber Stimmrechte (vgl ADT, Art III Sec 6 lit d und Art V)</i>
<i>Möglichkeit der Drittorganschaft</i>	<i>Die Anteilsinhaber wählen einen „Board of Trustees“ (Verwaltungsrat), der für die Verwaltung, Vertretung und das Management (letzt-)verantwortlich ist (ADT, Art IV; zur Haftung ADT, Art VII); das Tagesgeschäft kann delegiert</i>

	werden (vgl DSTA, 12 § 3806); eine Drittorganschaft ist daher gegeben
<i>ungehinderte Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile an Nichtgesellschafter (kein gesetzliches Zustimmungserfordernis der anderen Gesellschafter)</i>	<i>Anteile an der Beschwerdeführerin werden durch Ausgabe von Anteilscheinen verbrieft (By-Laws Art VII Sec 3), sind frei handelbar und können ohne Zustimmung anderer verkauft, verschenkt oder vererbt werden (ADT Art VI Sec 4 iVm By-Laws Art VII Sec 6) bzw ggü Bf; eingelöst werden (ADT Art VI Sec 2)</i>
<i>Erfordernis der Aufbringung des Gesellschaftskapitals durch Einlagen der Gesellschafter (keine Verzichtsmöglichkeit und auch kein Ersatz durch die Erbringung von Dienstleistungen)</i>	<i>Es besteht kein Mindestkapital; Einlageversprechen sind jedoch verpflichtend zu erfüllen und ggf durchsetzbar (vgl DSTA, 12 § 3802 bzw ADT Art III Sec 3 und 4)</i>
<i>Erfordernis der Eintragung in einem öffentlichen Buch (Handelsregister, Firmenbuch oder sonstige Bestätigung der Durchführbarkeit des Gesellschaftervertrages durch eine „öffentliche Instanz“) für die Entstehung der Gesellschaft</i>	<i>Die Gründung eines DST erfordert die Übermittlung eines „Certificate of Trust“ an das Büro des/der „Secretary of State“; der/die „Secretary of State“ prüft die notwendigen (Mindest-)Erfordernisse und hat eine Eintragung im „Delaware Corporation Information System“ vorzunehmen; dies wird vom „Secretary of State“ wiederum durch eine schriftliche Urkunde bestätigt (vgl DSTA, 12 §§ 3810 ff);⁵ die rechtliche Existenz beginnt, sobald das „Certificate of Trust“ eingereicht wird (sofern kein späterer Zeitpunkt darin genannt wird)</i>
<i>Unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft bzw Unabhängigkeit des Bestands der Gesellschaft vom Bestand der Gesellschafter</i>	<i>Bf; und die „Series“ Bf-TF1 sind zeitlich unbegrenzt und bestehen unabhängig vom Bestand der Anteilsinhaber (vgl DSTA, 12 § 3808 bzw ADT, Art III Sec 4)</i>

Anhand dieses Vergleichs zeigt sich, dass die Beschwerdeführerin alle wesentlichen Merkmale einer inländischen Kapitalgesellschaft grds erfüllt, wenngleich keine völlige Identität zu einer österreichischen Kapitalgesellschaft besteht. Unter Berücksichtigung der genannten Merkmale handelt sich bei der Beschwerdeführerin aber um ein nach Art einer inländischen Kapitalgesellschaft konzipiertes rechtliches Konstrukt (Investmentgesellschaft); nach dem

⁵ Auch diese Unterlagen liegen unseres Wissens nach dem Bundesfinanzgericht vor; bei Bedarf können diese jedoch nachgereicht werden.

Gesamtbild der Verhältnisse ist eine Vergleichbarkeit mit einer österreichischen Körperschaft gegeben.

*In diesem Zusammenhang ist im Übrigen auch auf den Beschluss des VwGH betreffend eine kanadische „Crown Corporation“ zu verweisen.⁶ Darin führte der VwGH aus, dass sich ausgehend von der Rechtsgrundlage der mitbeteiligten Partei (***C***) keine Zweifel daran ergeben hätten, dass die mitbeteiligte Partei einer inländischen juristischen Person vergleichbar ist. Sie wurde als „corporation“ (in der französischen Fassung: „personnalité morale“), also nicht etwa als bloße („transparente“) „partnership“ gegründet. Das Gesellschaftskapital wurde mit 100 Dollar festgesetzt, das vom Finanzminister einzuzahlen war. Das Kapital wurde in zehn Aktien (zu je zehn Dollar) zerlegt; alle Aktien werden an den Finanzminister ausgegeben. Es bestanden Regeln über die Geschäftsführung und Vertretung und die Bestellung dieser Vertreter („board of directors“).⁷ Alle vom VwGH in dieser Entscheidung genannten Kriterien werden von der Beschwerdeführerin in zumindest gleichwertiger Weise erfüllt, weshalb kein Zweifel an der Vergleichbarkeit mit einer inländischen Kapitalgesellschaft bestehen kann.*

Ferner ähnelt die Beschwerdeführerin in ihrer Ausgestaltung den britischen „open-ended investment companies“ oder den „investment companies with variable or fixed capital“ (z.B. SICAVs bzw. SICAFs); auch diese werden im Schrifttum als mit österreichischen Körperschaften vergleichbar angesehen.⁸ Selbiges wird etwa auch für eine deutsche Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital gelten (§§ 108 ff dKAGB).

Schließlich sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass ein US-amerikanischer „closed-end investment fund“, der als „Delaware Statutory Trust“ strukturiert war, auch vom höchsten finnischen Verwaltungsgericht als mit einer finnischen Kapitalgesellschaft vergleichbar qualifiziert worden ist.⁹

2. Einkünftezurechnung

Nachdem die Beschwerdeführerin nach österreichischem Steuerrecht als eine Körperschaft zu werten ist, gilt es in einem nächsten Schritt die Frage nach der Einkünftezurechnung zu beantworten. Soweit es um Passiveinkünfte in Form von Kapitaleinkünften geht, hängt die Einkünftezurechnung – entsprechend dem Vorerkenntnis und der stRsp des VwGH – mit der Frage des wirtschaftlichen Eigentums am Kapitalvermögen zusammen.¹⁰

⁶ VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006.

⁷ VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006, Rn 17.

⁸ Bendlinger, Offshore-Strukturen 71 (dort in FN 145); W. Loukota, SWI 2021, 308.

⁹ Korkein hallinto-oikeus (KHO) 13.1.2015, KHO:2015:9,

<https://www.kho.fi/fi/index/paatokset/vuosikirjapaatokset/1421049915200.html> (abgerufen am 27.1.2022). Eine englische Zusammenfassung der Entscheidung ist dieser Stellungnahme beigelegt.

¹⁰ VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, Rn 34 mit Verweis auf VwGH 25.2.2015, 2011/13/0003 und VwGH 25.3.2015, 2012/13/0033.

Wirtschaftsgüter werden im Allgemeinen demjenigen zugerechnet, der über sie Herrschaft gleich einem Eigentümer ausübt (§ 24 Abs 1 lit d BAO). Wirtschaftlicher Eigentümer ist somit idR der zivilrechtliche Eigentümer. Zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum fallen ausnahmsweise dann auseinander, wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die positiven Befugnisse, die Ausdruck des zivilrechtlichen Eigentums sind, wie insb Gebrauch, Verbrauch, Veränderung, Belastung und Veräußerung, auszuüben in der Lage ist, und wenn er zugleich den negativen Inhalt des Eigentumsrechtes, nämlich den Ausschluss Dritter von der Einwirkung auf die Sache, geltend machen kann.¹¹

Bei Einkünften iSd § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG richtet sich die persönliche Zurechnung nach hM nach der Möglichkeit zur Ausübung von Stimmrechten – dh anhand der Gesellschafterstellung – weil sich danach der Anspruch des Gesellschafters auf eine Gewinnausschüttung richtet.¹² Einkünfte iSd § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG werden somit im Allgemeinen demjenigen zugerechnet, der am Tag der Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung der ausschüttenden Kapitalgesellschaft das Stimmrecht ausüben konnte, dh wer an diesem Tag Gesellschafterstellung innehatte. Nur in Ausnahmefällen kann eine Dividende einem Dritten zugerechnet werden, der keine Gesellschafterstellung innehatte (bspw durch umfassende Fruchtgenussvereinbarungen¹³).

Wie oben erwähnt war es bereits im Vorverfahren unstrittig, dass die Beschwerdeführerin im Geschäftsjahr 2013 die verfahrensgegenständlichen Portfoliobeteiligungen an der ***A*** und der ***B*** hielt – dies ist auch im Geschäftsbericht ersichtlich – und von diesen Gesellschaften Dividenden iHv insgesamt EUR 387.679 erhalten hat. Die Dividenden sind der Beschwerdeführerin somit zweifellos zuzurechnen.

3. Anwendbarkeit des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013

Nach § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 gilt § 186 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 auch für ausländische Kapitalanlagefonds. Als solcher 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. Diese Bestimmung wäre auf die Beschwerdeführerin anzuwenden, was sich etwa anhand der Vielzahl an gehaltenen (Aktien-)Beteiligungen lt Geschäftsbericht 2013 erkennen lässt.

Nach § 186 Abs 1 und 2 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 wären die ausgeschütteten bzw ausschüttungsgleichen Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 EStG daher unmittelbar beim Anteilinhaber steuerpflichtige Einnahmen. Dementsprechend wäre die

¹¹ Vgl zB VwGH 27.11.2020, Ra 2019/15/0162; VwGH 25.1.2006, 2002/13/0042; ausführlich jüngst BFG 20.7.2021, RV/7102008/2017. Vgl im Übrigen mwN Ritz, BAO⁷ § 24 Tz 3.

¹² Kirchmayr, in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 27 Tz 30; Jakom/Marschner, EStG¹⁴ § 27 Tz 45 mwN. Vgl auch Information des BMF 18.9.2014, BMF-010203/0314-VI/1/2014. Siehe jüngst auch BFG 20.7.2021, RV/7102008/2017.

¹³ Siehe dazu Kirchmayr, in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG § 27 Tz 30 ff.

Beschwerdeführerin hinsichtlich der Dividendeneinkünfte aus dem Jahr 2013 steuerlich transparent zu behandeln.

Dadurch würde eine Anwendbarkeit des § 21 Abs 1 Z 1a KStG idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 im Ergebnis ausscheiden, weil die Einkünfte kraft der Sonderregelungen der §§ 186, 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 nicht der Beschwerdeführerin zuzurechnen wären, obwohl sie einer inländischen Körperschaft vergleichbar ist. Bei einer inländischen Körperschaft hingegen wären die Dividendenerträge gem § 10 Abs 1 KStG 1988 von der KSt befreit und eine allfällig einbehaltene KEST wäre anzurechnen, bzw zurückzuerstatten gewesen. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass eine inländische Körperschaft im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt 2013 selbst dann nicht der transparenten Besteuerung des § 186 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 unterlegen wäre, wenn diese nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt war. Daraus ergibt sich also die vom VwGH angesprochene Schlechterstellung ausländischer Körperschaften gegenüber inländischen Körperschaften.

Allerdings hat der VwGH im Vorerkenntnis festgehalten, dass ebendieses Ergebnis nicht im Einklang mit der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit steht (Art 63 AEUV). Nach mittlerweile stRsp¹⁴ beschränkt diese Schlechterstellung des ausländischen Gebildes die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn einer österreichischen Körperschaft Kapitalerträge zuzurechnen sind, bei einem mit der Körperschaft vergleichbaren Trust hingegen die Zurechnung durch § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 untersagt und die Transparenz dieses Gebildes angeordnet wird. Wenn kein Rechtfertigungsgrund für diese Beschränkung vorliegt, ist die Bestimmung des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 als verdrängt anzusehen.¹⁵ Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen sind dabei für die Rechtslage vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 nicht von Relevanz.

Somit stellt sich lediglich die Frage, ob etwaige Rechtfertigungsgründe für diese Beschränkung einschlägig sind. Dazu ist anzumerken, dass sich das BFG in einem Parallelverfahren bereits umfassend damit auseinandergesetzt hat, ob etwaige Rechtfertigungsgründe für die vom VwGH aufgezeigte Beschränkung vorliegen:¹⁶

- *So hat das BFG festgehalten, dass eine Rechtfertigung aus Gründen der Kohärenz der Steuersysteme nicht in Betracht kommt, weil in die Kohärenzbetrachtung die Besteuerung der Beschwerdeführerin und die der Anteilsinhaber in ihren jeweiligen Ansässigkeitsstaaten nicht einbezogen werden darf. Maßgebendes Faktum sei, dass die ausländische Körperschaft mit (finaler) KEST belastet wird, wohingegen dies nicht auf inländische Körperschaften zutrifft (§ 10 Abs 1 KStG). Ein Verweis auf die Sicherstellung einer „Zwei-*

¹⁴ VwGH 12.9.2018, Ra 2017/13/0027; VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006; VwGH 30.6.2021, Ro 2018/13/0011.

¹⁵ VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, Rn 37.

¹⁶ BFG 23.8.2021, RV/7101805/2021.

Ebenen-Besteuerung“ würde dem Normzweck des § 21 Abs 1 Z 1a KStG idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 zuwiderlaufen. Dies entspricht uE auch der stRsp des EuGH, wonach eine Beurteilung der Vergleichbarkeit allein auf der Ebene des Anlageinstruments zu erfolgen hat, wenn die in Rede stehende Regelung die steuerliche Situation der betreffenden Anteilsinhaber nicht berücksichtigt.¹⁷

- Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis ist darauf hinzuweisen, dass – wie im Vorerkenntnis des VwGH explizit festgehalten wird¹⁸ – im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung ein [horizontaler] Vergleich zwischen einer inländischen Körperschaft und einer ausländischen Körperschaft anzustellen ist und nicht jener zwischen einem inländischen OGAW und einem ausländischen Gebilde, welches materiell die Kriterien eines OGAW erfüllen würde. Auch dabei ist daran zu erinnern, dass eine Beurteilung der Vergleichbarkeit der Situationen allein auf der Ebene des Anlageinstruments zu erfolgen hat, wenn die in Rede stehende Regelung die steuerliche Situation der betreffenden Anteilsinhaber nicht berücksichtigt. Deren Situation ist somit für die Beurteilung nicht zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist aber nicht ersichtlich, welche Verhaltensweisen durch § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 verhindert werden sollen, die das Recht der Republik Österreich auf Ausübung seiner Besteuerungshoheit gefährden. Denn bei inländischen Körperschaften, die – im verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt im Jahr 2013 – nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt waren, erhebt die Republik Österreich ebenso keine KöSt hinsichtlich der fraglichen Dividendeneinkünfte aus Portfoliobeteiligungen (§ 10 Abs 1 KStG 1988). Es wäre dementsprechend schon alleine die bloße Eignung der Regelung des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 zu verneinen, das Ziel der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zu verwirklichen. Das beweist auch – wie vom BFG festgehalten – die Tatsache, dass § 21 Abs 1 Z 1a KStG 1988 idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 gerade eben eine Gleichbehandlung in- und ausländischer Körperschaften sicherstellen soll.*
- Was schließlich die Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass eine Beschränkung nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn das spezifische Ziel der Beschränkung darin liegt, rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen zu verhindern, die den Zweck verfolgen, der Steuer zu entgehen, die normalerweise für durch Tätigkeiten im Inland erzielte Gewinne geschuldet wird.¹⁹ Dabei ist schon fraglich, welche konkrete Art von Gestaltungen der Gesetzgeber durch die Regelung des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 verhindern hätte wollen.*

¹⁷ Vgl EuGH 10.5.2012, verb C-338/11 ua, Rs Santander Asset Management Rn 32, 39 ff; EuGH 10.4.2014, C-190/12, Rs Emerging Markets Rn 63 f.

¹⁸ VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, Rn 37.

¹⁹ EuGH 12.9.2006, C-196/04, Rs Cadbury Schweppes Rn 55.

Selbst wenn dies aber der Fall wäre, dann geht die Regelung des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 zweifellos über das hinaus, was erforderlich ist, um missbräuchliche Gestaltungen zu verhindern. Denn die in dieser Bestimmung genannten objektiven Kriterien umfassen in pauschaler Weise sämtliche Gestaltungen, dh auch solche, bei denen es gerade nicht um eine etwaige Umgehung der nationalen Steuerregelungen geht. Dies betrifft auch die verfahrensgegenständlichen Portfoliobeteiligungen der Beschwerdeführerin an den inländischen AGs, deren Ziel es ist, für die – mehrheitlich US-amerikanischen Anleger – langfristige Erträge zu erzielen; darin kann keine künstliche Gestaltung erblickt werden.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass ein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit, die durch die Regelung des § 188 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 bewirkt wird, in keiner Weise ersichtlich ist. Diese Regelung ist daher iSd Vorerkenntnisses des VwGH als durch die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängt anzusehen.²⁰

4. Keine Einschränkung des § 21 Abs 1 Z 1a KStG auf EU-/EWR-Körperschaften

Da die Beschwerdeführerin als mit einer inländischen Körperschaft vergleichbar anzusehen ist, ihr die verfahrensgegenständlichen Dividenden im Jahr 2013 persönlich zuzurechnen sind und die transparente Besteuerung gemäß § 188 iVm § 186 InvFG 2011 idF vor AIFMG BGBl I Nr 135/2013 aufgrund der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit als verdrängt anzusehen ist, kommt für die Beschwerdeführerin eine KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs 1 Z 1a KStG 1988 idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 grundsätzlich in Betracht.

Nach dem Wortlaut dieser Regelung würde eine KEST-Rückerstattung aber auch deshalb ausscheiden, weil es sich bei der Beschwerdeführerin um eine in einem Drittstaat ansässige Körperschaft handelt; denn der persönliche Anwendungsbereich ist auf Körperschaften eingeschränkt, die in einem EU-/EWR-Staat ansässig sind. Dazu genügt der Hinweis, dass diese Einschränkung in der Rechtsprechung des VwGH und des BFG21 – unter Verweis auf die stRsp des EuGH22 – ebenso als ungerechtfertigte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 AEUV) angesehen wurde, soweit zwischen den beteiligten Staaten Verpflichtungen bestehen, die einen rechtlichen Rahmen für die Zusammenarbeit und Mechanismen zum Austausch von Informationen begründen, die es den Steuerbehörden tatsächlich ermöglichen, ggf die Richtigkeit der Informationen in Bezug auf die im Ausland ansässige Gesellschaft zu überprüfen. Besteht ein solcher rechtlicher Rahmen, ist die Einschränkung des § 21 Abs 1 Z 1a KStG idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 auf EU-/EWR-Körperschaften als verdrängt anzusehen.²³

²⁰ VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, Rn 37.

²¹ VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006, Rn 21 ff; BFG 21.11.2019, RV/7102891/2012. Siehe dazu auch Franke/Schilcher, SWK 2020, 1667 ff.

²² Siehe zB EuGH 10.4.2014, C-190/12, Rs Emerging Markets Rn 71 ff; EuGH 26.2.2019, C-135/17, Rs X Rn 94 ff. Vgl ferner zum Inbound-Fall EuGH 10.2.2011, verb Rs C-436/08 ua, Haribo und Salinen, Rn 69 ff.

²³ Ebenso Franke/Schilcher, SWK 2020, 1669 ff.

Im Verhältnis zwischen Österreich und den USA wird derzeit (noch) das multilaterale Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen von 1988 angewendet (nicht das geänderte Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen idF des am 1. 6. 2011 in Kraft getretenen Protokolls, BGBl III Nr 193/2014).²⁴ Vor diesem Hintergrund bestehen keine Zweifel daran, dass zwischen Österreich und den USA ein ausreichender rechtlicher Rahmen für eine umfassende Amtshilfe bestand bzw besteht.²⁵

Damit ist auch die Einschränkung des § 21 Abs 1 Z 1a KStG idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 auf EU-/EWR-Staaten gegenüber der Beschwerdeführerin als durch die Kapitalverkehrsfreiheit verdrängt anzusehen.

5. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin für die Dividendeneinkünfte betreffend das Jahr 2013 vor dem Hintergrund des Unionsrechts sämtliche Voraussetzungen des § 21 Abs 1 Z 1a KStG idF seit BBG 2011 BGBl I Nr 111/2010 erfüllt. Die KEST (15%ige Quellensteuer gem. DBA) für das Jahr 2013 ist daher wie ursprünglich beantragt zurückzuerstatten.“

Zu der vom VwGH im aufhebenden Erkenntnis ausgesprochenen Rechtsauffassung über die Anwendung der §§ 186 und 188 InvFG idF nach AIFMG, BGBl 135/2013 auf die inländischen Kapitalerträge der Bf. im Jahr 2014, wurde vom StV in der Stellungnahme zum fortgesetzten Verfahren keine Äußerung vorgenommen.

In der am 26.9.2017 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde die Sache vor dem BFG vollständig mit den Verfahrensparteien erörtert und sind seitdem auch keine neuen Tatsachen oder Beweise hervorgekommen oder Anträge gestellt worden. Da eine entscheidungsrelevante Sachverhaltsaufklärung von einer weiteren Verhandlung nicht zu erwarten war, wurde im fortgesetzten Verfahren über dieselbe Sache nicht nochmals eine mündliche Verhandlung vor dem BFG abgeführt.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Der Bf; wurde 2001 nach dem US-amerikanischen Recht (dem sog Delaware Statutory Trust Act, Title 12, Chapter 38, §§ 3801 ff, folgend „DSTA“) errichtet, wodurch diesem eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt. Gesellschaftsvertragliche Grundlage des Bf; ist ein „Agreement

²⁴ Siehe die Info des BMF vom 18.2.2020, 2020-0.110.777, Information über die Anwendung des Übereinkommens über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen im Verhältnis zu den Vereinigten Staaten von Amerika.

²⁵ Vgl Info des BMF vom 13.12.2021, 2021-0.451.594, Umfassende Amtshilfe im Bereich Steuern vom Einkommen (1.1.2022).

and Declaration of Trust“ (folgend „ADT“), das durch sog „By-Laws“ ergänzt wird. Die Bf. wurde als eine der Aufsicht der US Securities & Exchange Commission (SEC) unterliegende Investmentgesellschaft gegründet (sog „open-end registered investment company“ (gemäß Investment Company Act of 1940; Registration Number: N1 und Identifikationsnummer: CUSIP N2). Der Bf; besteht aus mehreren Teilfonds, die jeweils ein eignes Sondervermögen bilden. Einer dieser gegenwärtig sechs Teilfonds ist der Bf-Tf1 (Bf-TF1), ein Publikumsfonds mit einem Kapitalanlagevolumen von rund US\$ 800 Mio. (31.12.2021). Jeder Teilfonds bildet einen eigenen Rechnungskreis und ist ein eigenständiges in den USA ansässiges Steuerrechtssubjekt.

Der Bf; ist selbständiger Träger von Rechten und Pflichten und auch zivilrechtlicher Eigentümer des ihm zuzurechnenden Vermögens. Er kann als eigenständige juristische Person klagen und geklagt werden, soweit die Verfahren Sondervermögen der Teilfonds betreffen, werden sie vom Bf; für das jeweilige Teilvermögen geführt.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin des KEST-Rückerstattungsverfahrens ist der Bf; betreffend das Teilvermögen des „Bf-Tf1“ (Bf-TF1). Mit Ansässigkeitsbestätigungen wurde für die Jahre 2013 und 2014 nachgewiesen, dass die Bf. (Bf; – Bf-TF1) eine in den USA ansässige und steuerpflichtige Körperschaft ist (TIN: 22-3455236).

Wie von der Bf. dargelegt und nachgewiesen weist der Bf; – Bf-TF1 folgende gesellschaftsrechtliche Strukturen auf:

Die Gründung erforderte, dass das „Secretary of State“ das übermittelte „Certificate of Trust“ als rechtsgemäß geprüft und urkundlich die Eintragung im „Delaware Corporation Information System“ bestätigt hat.

Bf; und die „Series“ (u.a. Bf-TF1) sind zeitlich unbegrenzt und bestehen unabhängig vom Bestand der Anteilsinhaber.

Der Bf; verfügt als wirtschaftliche Eigentümerin über ein separates – von anderen Series abgrenzbares – Vermögen, das aus einem eigenen Pool von Vermögenswerten und dazugehörigen Verbindlichkeiten besteht. Forderungen, die in Bezug auf die Bf. eingegangen wurden, können nur gegen Vermögenswerte vollstreckt werden, die der Bf. zuzurechnen sind.

Das aufgebrachte Kapital steht im zivilrechtlichen Eigentum von Bf;. Innerhalb von Bf; bestehen mehrere wirtschaftlich und in Rechnungskreise getrennte „Series“; es besteht kein festes Kapital, weil Fondsanteile jederzeit neu gekauft oder von den Anteilsinhabern eingelöst werden können.

Die Anteilsinhaber wählen einen „Board of Trustees“ (Verwaltungsrat), der für die Verwaltung, Vertretung und das Management (letzt-)verantwortlich ist; eine für Kapitalgesellschaften kennzeichnende Drittorganschaft ist daher gegeben. Das Board hat die notwendige Vertretungsmacht, um alle erforderlichen Handlungen zu setzen und Verträge abzuschließen.

Das Tagesgeschäft wird gegebenenfalls delegiert. Anteilsinhaber haben die Möglichkeit ihre Stimme abzugeben und Beschlüsse zu fassen, soweit dies die Trusturkunde oder US-Recht vorsehen und falls ihnen eine Frage vom Board zur Abstimmung vorgelegt wird. Zu bestimmten Fragen verlangt das US-Recht eine Zustimmung der Anteilsinhaber.

Es besteht kein Mindestkapital; Einlageversprechen sind jedoch verpflichtend zu erfüllen und gegebenenfalls durchsetzbar.

Die Anteile der Anleger am Bf-TF1, bzw. den anderen Teilfonds wird durch Ausgabe von Anteilscheinen (Investmentzertifikate) verbrieft. Es besteht ein freier Handel mit den Anteilscheinen zu deren Kurswert. Ebenso können die Fondsanteile uneingeschränkt verschenkt oder vererbt werden. Die Anteilinhaber sind nicht Miteigentümer der Kapitalanlagen der Bf., sondern Inhaber der im Anteilschein verbrieften Rechte.

Die Anteilsinhaber haften nur beschränkt mit ihrem für die Anteilscheine hingegebenen Vermögen am jeweiligen Teilfonds (Bf-TF1). Es besteht keine Nachschusspflicht. Für Verbindlichkeiten des Fonds haftet nur das jeweilige Teilfondsvermögen und nicht auch Vermögen des Bf; und der anderen Teilfonds.

Die Einkünfte (Gewinne/Verluste) aus den Kapitalanlagen der Bf. werden im Sitzstaat direkt dem jeweiligen Teilfonds zugerechnet. Jeder Teilfonds der Bf. ist nach US-Steuerrecht ein selbständiges Steuerrechtssubjekt. Es besteht keine Transparenz.

Die Gewinne der Bf. werden nicht automatisch an die Anteilsinhaber ausgeschüttet, sondern es bedarf dazu eines Ausschüttungsbeschlusses.

Die Anteilsinhaber sind entsprechend dem Ausmaß ihrer Beteiligung (gemäß der Zahl ihrer Anteilscheine) an den Einkünften des Bf-TF1 beteiligt. Ein etwaiger Liquidationserlös/-verlust kommt den Anteilsinhabern ebenfalls im Verhältnis ihrer Beteiligung zu. Auch das Stimmrecht der Anteilsinhaber steht im Verhältnis zu ihrem Fondsanteil.

Nach dem US-Steuerrecht hat die Bf. ein Wahlrecht, die Einkünfte aus den Kapitalanlagen bezogen auf den jeweiligen Teilfonds der Einkommensbesteuerung zu unterziehen oder durch Ausschüttung von mindestens 90% der Erträge (ohne realisierten Wertsteigerungen) an die Anteilsinhaber von einer Steuerbefreiung Gebrauch zu machen. Im Falle einer mindestens 90%-igen Ausschüttung kann diese als abzugsfähig behandelt werden und sich dadurch die zu zahlende US-Bundeseinkommenssteuer auf bis zu Null reduzieren.

Entsprechend seiner Anlagestrategie hat die Bf. betreffend den Bf-TF1 für die Jahre 2013 und 2014 und auch für die nachfolgenden Wirtschaftsjahre eine Vollausschüttung vorgenommen, sodass keine US-Bundeseinkommenssteuer zu entrichten war. Da somit die US-Bundeseinkommensteuer für die Jahre 2013 und 2014 Null betragen hat, konnte die

österreichische Abzugssteuer – nämlich die eingehaltene Kapitalertragssteuer (KESt) von den zugeflossene Dividenden - nicht auf eine US-Steuerschuld angerechnet werden.

Für den europäischen Markt wurde mit dem Bf-Tf1, ISIN: ****, der von ***Int.*** herausgegeben wurde und gehalten wird, ein in Organisations- und Anlagestruktur weitgehend ähnlicher Aktienfonds aufgelegt.

2. Beweiswürdigung

Die obigen Sachverhaltsfeststellungen sind allesamt aktenkundig und die Sachverhaltsangaben der beschwerdeführenden Partei sind widerspruchsfrei. Dies betrifft insbesondere die gesellschaftsrechtliche Beschaffenheit der Bf., den Ort ihrer Ansässigkeit, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit, ihre Eigenschaft als steuerpflichtige Körperschaft im Ansässigkeitsstaat, die von ihr getätigten Portfoliobeteiligungen an österreichischen börsennotierten Aktiengesellschaften sowie die dafür erhaltenen Dividendenausschüttungen und das Vorliegen einer Steuerbefreiung auf Grund der Vollausschüttung des Fondsertrages 2013 und 2014 an die Anteilinhaber der Bf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Rückzahlung der im Jahr 2013 entrichteten KESt gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988

§ 21 Abs. 1 Z 1 und 1a KStG 1988 lautet:

„Z 1. Die Steuerpflicht erstreckt sich nur auf Einkünfte im Sinne des § 98 des Einkommensteuergesetzes 1988. Wie die Einkünfte zu ermitteln sind, bestimmt sich nach dem Einkommensteuergesetz 1988 und diesem Bundesgesetz. § 5 Z 6 ist sinngemäß anzuwenden, wenn die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse

– ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im übrigen Gemeinschaftsgebiet der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes hat oder

– der Förderung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke im Sinne des § 34 der Bundesabgabenordnung zumindest überwiegend im Bundesgebiet dient.

§ 10 ist nicht anzuwenden. Von den Einkünften sind nach Maßgabe des § 8 Abs. 4 Sonderausgaben abzuziehen; § 102 Abs. 2 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 ist anzuwenden.“

Z 1a Beschränkt Steuerpflichtigen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes ansässig sind, ist die Kapitalertragsteuer für

die von ihnen bezogenen Einkünfte gemäß § 27 Abs. 2 Z 1 lit. a, b und c des Einkommensteuergesetzes 1988 auf Antrag zurückzuzahlen, soweit die Kapitalertragsteuer nicht auf Grund eines Doppelbesteuerungsabkommens im Ansässigkeitsstaat angerechnet werden kann. Der Steuerpflichtige hat den Nachweis zu erbringen, dass die Kapitalertragsteuer ganz oder teilweise nicht angerechnet werden kann.“

1. Beschränkte Steuerpflicht des Bf; – Bf-TF1 gemäß § 1 Abs. 3 Z 1 KStG

Gemäß § 1 Abs. 3 Z 1 KStG sind beschränkt steuerpflichtig:

„1. Körperschaften, die im Inland weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz (§ 27 der Bundesabgabenordnung) haben, mit ihren Einkünften im Sinne des § 21 Abs. 1. Als Körperschaften gelten:

a) Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die einer inländischen juristischen Person vergleichbar sind.

b) Nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen (§ 3).“

Gemäß § 3 KStG sind nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen körperschaftsteuerpflichtig, wenn ihr Einkommen weder nach diesem Bundesgesetz noch nach dem Einkommensteuergesetz 1988 unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen zu versteuern ist.

Nach einem Typenvergleich wird ein ausländisches Rechtsgebilde ertragsteuerlich als Körperschaft behandelt, wenn es dem Typus einer inländischen Körperschaft vergleichbar ist. Es geht somit um die Frage, ob die ausländische Gesellschaft aus österreichischer Sicht Personen- oder Kapitalgesellschaft, somit Einkommen- oder Körperschaftsteuersubjekt ist. Die Beurteilung des ausländischen Rechtsgebildes erfolgt hierbei aus dem Blickwinkel des österreichischen Steuer- und Gesellschaftsrechts.

In einem individuell-konkreten zweistufigen Typenvergleich ist im ersten Schritt die gesellschaftsrechtliche Struktur des Rechtsgebildes zu ermitteln; dabei ist auf die betreffende Gesetzeslage und auf die konkrete Ausgestaltung (insbesondere Satzung) des Rechtsgebildes abzustellen. In einem zweiten Schritt ist das konkrete ausländische Rechtsgebilde mit dem Typus jener Körperschaft zu vergleichen, die dem ausländischen Gebilde am nächsten kommt.

Nach herrschender Auffassung sind folgende maßgeblichen Kriterien zu prüfen:

1. die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft nach der ausländischen Rechtsordnung (Rechtspersönlichkeit);
2. das Vorliegen eines gebundenen Eigenkapitals, das im Eigentum der Gesellschafter steht;

3. die Beteiligung anderer Personen am Gesellschaftskapital;
4. der grundsätzliche Ausschluss der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten;
5. die Beschränkung der Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen;
6. die Teilnahme der Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaft;
7. die Möglichkeit einer Drittorganschaft;
8. die im Grundsatz freie (ungehinderte) Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile an Nichtgesellschafter (kein gesetzliches Zustimmungserfordernis der anderen Gesellschafter);
9. die Unabhängigkeit des Bestandes der Gesellschaft vom Bestand der Gesellschafter;
10. der Anspruch auf einen verhältnismäßigen Anteil an dem aufgrund der Jahresbilanz ermittelten reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesetz und den Statuten zur Verteilung an die Gesellschafter bestimmt ist;
11. das Recht auf einen verhältnismäßigen Anteil bei Auflösung der Gesellschaft, wenn die Statuten es nicht anders bestimmen;
12. die Unbefristete Existenz der Gesellschaft und
13. das Erfordernis der Eintragung in ein öffentliches Buch (Handelsregister, Firmenbuch oder sonstige Bestätigung der Durchführbarkeit des Gesellschaftsvertrages durch eine „öffentliche Instanz“) für die Entstehung der Gesellschaft.

Die Beurteilung ist nach Gesamtbild der Verhältnisse zu entscheiden, wobei schwächer ausgebildete Merkmale durch stärker ausgeprägte kompensiert werden können.

Delaware Statutory Trusts (DST) sind eine in den USA gebräuchliche Rechtsform für Investmentgesellschaften. Entscheidend für die Beurteilung der Vergleichbarkeit mit einer inländischen juristischen Person des privaten Rechts ist die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Bf. auf Grund ihrer Satzung (Agreement and Declaration of Trust – ADT).

Die Bf. ist als selbständiges Rechtssubjekt vollständig rechts- und handlungsfähig und die von ihr gehaltenen Teilfonds sind eigenständige köperschaftliche Steuerrechtssubjekte. Nach der im Sachverhalt dargestellten Gesellschaftsstruktur zeigt sich, dass von der Bf. alle 13 oben angeführten Prüfkriterien einer Kapitalgesellschaft erfüllt werden. Der Umstand, dass die Bf. als Investmentgesellschaft neben dem eigenen fixen Gesellschaftskapital für das Sondervermögen der Teilfonds bewegliche Kapitalkonten hält, ergibt sich aus der Natur ihres

Geschäftes und steht der Vergleichbarkeit mit einer inländischen juristischen Person nicht entgegen.

Nach diesem Typenvergleich besteht kein Zweifel, dass die Bf. mit einer inländischen juristischen Person des privaten Rechts gemäß § 1 Abs. 3 Z 1 lit. a KStG vergleichbar ist. Auf die in der o.a. Stellungnahme des StV vom 21.03.2022 ausführlich dargestellten, weiteren Argumente für die Vergleichbarkeit der Bf. mit einer inländischen Kapitalgesellschaft, die vom BFG als zutreffend bestätigt werden, wird verwiesen.

Angemerkt wird, dass mit dem in den USA aufgelegten beschwerdeführenden Bf;-Bf-TF1 ein im Wesentlichen identischer körperschaftlicher Aktienfonds (Bf-TF1, ISIN: ****) für die europäischen Anleger in Luxemburg aufgelegt wurde. Dieser Umstand indiziert auch, dass diese beiden Aktienfonds nicht nur die gleiche Investitionstätigkeit für die US- und EU-Anleger vorgenommen haben, sondern die nach US-Gesellschaftsrecht errichtete Bf. und das nach luxemburgischen Recht organisierte Fonds-Pendant eine ebensolche körperschaftliche Struktur, die einer inländischen Körperschaft vergleichbar ist, erhalten haben.

Der im Erkenntnis des VwGH, 20.09.1988, 87/14/0167, behandelte Trust war wesentlich anders ausgestaltet und hatte auch eine ganz andere Funktion, nämlich die Verwaltung eines Familienvermögens in der Art einer Privatstiftung für eine Steuerpflichtige. Dazu ist anzumerken, dass selbst dieser Trust als Zweckvermögen ein gemäß § 3 KStG körperschaftssteuerpflichtiges Zurechnungssubjekt bildete, weil das Vermögen dauerhaft, nicht beliebig widerrufbar für eine bestimmte Zweckverwendung gewidmet war. Wesentlich ausgeprägter als in diesem Fall – ist auf Grund der gesellschaftsvertraglich ausgestalteten Körperschaftsstruktur – die eigenständige zweckgerichtete Vermögensveranlagung durch die Bf., sodass sie zumindest jedenfalls als selbständiges körperschaftspflichtiges Zweckvermögen zu qualifizieren wäre.

2. Zurechnung der Dividendeneinkünfte

Die steuerrechtliche Frage, wem das Einkommen bzw. Einkünfte oder Einnahmen zuzurechnen sind (§ 2 Abs. 1 EStG 1988), ist in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Maßgebend ist, ob das Zurechnungssubjekt über die Einkunftsquelle verfügt, also wirtschaftlich über diese disponieren und so die Art ihrer Nutzung bestimmen kann. Für Zwecke der Einkünftezurechnung ist nicht zwischen In- und Auslandssachverhalten zu unterscheiden (vgl. VwGH vom 25. Februar 2015, 2011/13/0003).

Zurechnungssubjekt von Einkünften ist derjenige, der die Möglichkeit besitzt, die sich ihm bietenden Marktchancen auszunützen, Leistungen zu erbringen oder zu verweigern. Dabei kommt es auf die tatsächliche, nach außen in Erscheinung tretende Gestaltung der Dinge an. Für die Zurechnung von Einkünften ist entscheidend, wer wirtschaftlich über die Einkunftsquelle und so über die Art der Erzielung der Einkünfte und damit über die Einkünfte

disponieren kann. Die rechtliche Gestaltung ist nur maßgebend, wenn sich in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nichts Anderes ergibt. Bei der Einkünftezurechnung kommt es somit auf die wirtschaftliche Dispositionsbefugnis über die Einkünfte und nicht auf eine allenfalls nach § 24 BAO zu lösende Zurechnung von Wirtschaftsgütern, aber auch nicht - wie etwa im Bereich des § 22 BAO - auf das Vorliegen eventueller "außersteuerlicher Gründe" für eine vorgenommene Gestaltung an (VwGH, 24.01.2013, 2011/16/0156).

Einkünfte aus Kapitalvermögen sind demjenigen zuzurechnen, dem die Befugnis oder auch nur die faktische Möglichkeit zur entgeltlichen Nutzung der fraglichen Wirtschaftsgüter zukommt (vgl. z.B. Ruppe in Ruppe (Hrsg.), Familienverträge², 141). Die Zurechnung von passiven Einkünften (also insbesondere auch solchen aus Kapitalvermögen) erfolgt grundsätzlich an denjenigen, der das (wirtschaftliche) Eigentum an den die Einkünfte generierenden Vermögenswerten hat (dazu etwa VwGH 25.2.2015, 2011/13/0003; 25.3.2015, 2012/13/0033; 23.11.2016, Ro 2015/15/0012; VwGH 25. 4. 2018, Ro 2017/13/0004; VwGH 30. 6. 2015, 2012/15/0165; mit weiteren Hinweisen auf Lechner, Überlegungen zur Einkünftezurechnung an ausländische Stiftungen, in FS Tanzer, Wien 2014, 156, Hammer, Ausländische Stiftungen und vergleichbare Strukturen im österreichischen Steuerrecht, Wien 2012, 72, sowie das Urteil des BFH vom 22. Dezember 2010, I R 84/09, DStR 16/2011,755).

Der VwGH verwies im aufhebenden Erkenntnis auf seine Rechtsprechung zur Einkünftezurechnung bei einer liechtensteinischen Familienstiftung (E. 25.02.2015, 2011/13/0003 mit umfangreichen weiteren Hinweisen):

„Die steuerrechtliche Frage, wem das Einkommen bzw. Einkünfte oder Einnahmen zuzurechnen sind (§ 2 Abs. 1 EStG 1988), ist in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Entscheidend ist, ob das Zurechnungssubjekt über die Einkunftsquelle verfügt, also wirtschaftlich über diese disponieren und so die Art ihrer Nutzung bestimmen kann (vgl. beispielsweise Fuchs in Hofstätter/Reichel, EStG-Kommentar, § 2 Tz 97). Für Zwecke der Einkünftezurechnung ist nicht zwischen In- und Auslandssachverhalten zu unterscheiden. Die Frage, ob Einkünfte einer in Liechtenstein ansässigen Stiftung oder aber den Stiftern oder den Begünstigten zuzurechnen sind, ist nach den dafür maßgeblichen Grundsätzen des österreichischen Rechts zu beurteilen.

Mandatsverträge sind Bevollmächtigungsverträge nach liechtensteinischem Recht, die einem Auftrag nach den §§ 1002 ff öABGB vergleichbar sind. Deren Abschluss führt zu einer Sonderform der Treuhandschaft, wobei es weiters nicht darauf ankommt, ob der Mandatsvertrag "hart" oder "weich" ausgestaltet ist; entscheidend ist, dass die Mandatsverträge den Stifter, bzw. die Begünstigten berechtigen, dem Stiftungsrat jederzeit Weisungen zu erteilen, ohne dass es auf den tatsächlichen Eingriff ankäme. Sind die Stiftungsräte verpflichtet, das Mandat nach den Weisungen der zur Erteilung von Instruktionen Berechtigten auszuüben, und sind sie zu selbständigem Handeln nur dann befugt, wenn dies zur

Wahrung der Interessen des Auftraggebers erforderlich ist, ist in der Regel davon auszugehen, dass das Vermögen im wirtschaftlichen Eigentum des Stifters verbleibt und damit die Einkünfte dem Stifter zuzurechnen sind.“

Von der belangten Behörde wurden keine Argumente gegen die Zurechnung der aus den gegenständlichen Aktienbeteiligungen stammenden Kapitalerträge nach den allgemeinen Grundsätzen der Einkünftezurechnung an die Bf. vorgebracht.

Zutreffend wurde vom StV ins Treffen geführt, dass die Anteilsinhaber des Bf-TF1 keine Einflussmöglichkeit auf die Investitionsentscheidung der Bf. haben, nämlich welche Wertpapiere mit dem Kapitalvermögen gekauft und verkauft wurden. Die Anteilsinhaber sind eindeutig nicht wirtschaftliche Eigentümer des gegen Erwerb der Investmentzertifikate an die Bf. hingegebenen Kapitalvermögens. Über die Einkunftsquelle dieses Kapitalvermögens zu verfügen hatte nur die Bf. die Befugnis. Zurechnungssubjekt der Kapitalerträge aus den mit dem Kapitalvermögen der Bf. von ihr erworbenen inländischen Aktienbeteiligungen ist nach den allgemeinen steuerlichen Grundsätzen der Einkünftezurechnung ohne Zweifel die Bf. Sie war daher die Steuerschuldnerin der von den Dividenden einbehaltenen KEST (§ 95 Abs. 1 EStG 1988). Die Anteilsinhaber waren nicht die Empfänger der Kapitalerträge aus den Portfoliobeteiligungen der Bf. und diese Kapitalerträge sind Ihnen auch nicht zugeflossen. Die Anteilsinhaber erhielten erst durch den Ausschüttungsbeschluss der Bf. von ihr einen Fondsertrag auf Grundlage ihrer Investmentzertifikate.

Eine Vergleichbarkeit mit einer liechtensteinischen Stiftung – wie in VwGH, 25.02.2015, 201/13/0003 – oder mit einer Treuhandschaft, bei der die Anleger (Begünstigten) auf die Investitions- und Geschäftstätigkeit der Gesellschaft durch Weisung Einfluss nehmen können, liegt bei der Bf. eindeutig nicht vor.

Die Bf. ist daher als beschränkt steuerpflichtige Körperschaft Steuerschuldnerin der von ihren Kapitalerträgen (Dividenden) einbehaltenen Kapitalertragssteuer.

3. Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für die Anwendbarkeit des § 188 InvFG 2011

Die EU-Grundfreiheiten gebieten, dass vergleichbare grenzüberschreitende Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen, es sei denn, „dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre“ (zB EuGH 19.10.1977, 117/76, 16/77, Slg 1977, 1753).

In dem aufhebenden Erkenntnis hat der VwGH mit Verweis auf seine Entscheidungen vom 12.09.2018, Ra 2017/13/0027 und 11.9.2020, Ra 2020/13/0006) die Rechtsauffassung vertreten, dass die Regelung des § 188 InvFG 2011 (alte Fassung) im Konflikt mit der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit steht, soweit eine inländische Körperschaft gegenüber einer gleichartigen ausländischen Einrichtung bevorzugt wird, weil sie ein Körperschaftsteuersubjekt ist, während die gleichartige ausländische Einrichtung als

transparent behandelt wird. Wenn einer österreichischen Körperschaft Kapitalerträge zuzurechnen sind, bei der mit einer inländischen Körperschaft vergleichbaren Bf. hingegen die Zurechnung durch § 188 InvFG 2011 untersagt und die Transparenz dieses Gebildes angeordnet wird, so beschränkt diese Schlechterstellung des ausländischen körperschaftlichen Gebildes die Kapitalverkehrsfreiheit. Wenn kein Rechtfertigungsgrund für diese Beschränkung vorliegt, ist die Bestimmung des § 188 InvFG 2011 daher als verdrängt anzusehen (VwGH, 13.01.2021, Ro 2018/13/0003).

Ob es umgekehrt auch möglich ist, dass US-Quellensteuer auf Grund von US-Aktienbeteiligungen in Österreich ansässiger Körperschaften oder anderer Veranlagungsvehikel rückgezahlt wird, um eine wirtschaftlichen Doppelbesteuerung auf Ebene der Gesellschafter/Anleger zu vermeiden, spielt bei diesem Vergleich keine Rolle.

In Bindung an die Rechtsanschauung des VwGH steht fest, dass die nationale Steuernorm des § 188 InvFG 2011 in der bis 2013 geltenden Fassung auf Tatbestandsebene eine relevante diskriminierende Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch eine Ungleichbehandlung der beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaften hinsichtlich der Besteuerung ihrer inländischen Kapitalerträge (konkret Portfoliobeteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften) darstellt, sodass der entscheidende Fokus auf der vom VwGH aufgezeigten Frage liegt, ob diese Beschränkung gerechtfertigt sein kann.

Bei Betrachtung der Rechtsprechung des EuGH zeigt sich, dass die Rechtfertigungsebene streng gehandhabt wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen gerechtfertigte Beschränkungen der Grundfreiheiten folgende vier Voraussetzungen erfüllen:

- Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden,
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).

Als Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere die Kohärenz des Steuersystems, die ausgewogene Aufteilung der Steuerhoheiten sowie die Vermeidung der Steuerumgehung oder -hinterziehung in Betracht.

Von der belangten Behörde wurde im fortgesetzten Verfahren das Vorliegen aller dieser Rechtfertigungsgründe eingewandt²⁶: Durch die persönliche Steuerbefreiung der Bf. von der Körperschaftssteuer sei die Zwei-Ebenen-Besteuerung bei diesen grenzüberschreitenden Kapitalveranlagungen nicht sichergestellt. Lt. Erklärung des StV stellt die Vollausschüttung der

²⁶ In diesem Sinne Bodis in SWK 9/2021, 609, VwGH zur ertragssteuerlichen Behandlung ausländischer Investmentfonds, FN 13)

Fondserträge einen gewinnmindernden Aufwand dar, sodass deshalb bei der Bf. keine US-KöSt anfallt, lt. Vorbringen des FA liege eine Optionserklärung vor (sog. „Check-the-Box“). Die Verweigerung der KEST-Rückerstattung an die Bf. sei nach Auffassung der Abgabenbehörde notwendig um diesen ungerechtfertigten Steuervorteil auszugleichen und sohin die Kohärenz der Steuersysteme zu gewährleisten.

Vom FA werde mit diesem Einwand allerdings übersehen, dass die Zwei-Ebenen-Besteuerung bei den gegenständlichen inländischen Kapitalveranlagungen der Bf. jedenfalls gegeben ist und die KEST-Rückerstattung lediglich der Vermeidung einer diskriminierenden Doppelbesteuerung mit Quellensteuer auf der 2. Ebene (Anlegerebene) dient. Die Besteuerung der 1. Ebene (Gesellschaftsebene) durch die Körperschaftssteuer der betreffenden inländischen Aktiengesellschaften, an denen sich die Bf. beteiligt hatte, ist unstrittig gegeben. Ebenso ist gewiss, dass die Ausschüttung des Fondsertrages (darin enthalten sind auch die maßgeblichen inländischen Dividenden) an die Anteilsinhaber des Bf;-Bf-TF1 auch einem US Quellensteuerabzug unterliegt (vgl. Anlegerprospekt). Diese US-Quellensteuer beträgt –je nach persönlichen Verhältnissen und Veranlagungszweck idR zwischen 15% und 20% für US-Bürger und ebenso mindestens 20% für andere Staatsangehörige. Da die inländische KEST auf die von der Bf. bezogenen Inlandsdividenden eine Steuer des körperschaftlichen US-Investmentfonds und nicht seiner Anteilsinhaber ist, können sich diese die österreichische KEST nicht anrechnen oder rückerstatten lassen und tritt somit eine die Harmonisierung des Kapitalverkehrs behindernde wirtschaftliche Doppelbesteuerung ein. Eine solche Doppelbesteuerung auf der Anlegerebene erfolgt hingegen nicht bei Kapitalveranlagungen durch eine inländische vermögensverwaltende Körperschaft (wegen der KEST-Befreiung, bzw. Anrechnung). Ebenso kommt es zu keiner solchen Doppelbesteuerung bei den Inlandskapitalveranlagungen eines österreichischen Investmentfonds. Da diese gemäß § 2 Abs. 2 InvFG 2011 zwingend Miteigentumsgemeinschaften sind, werden die Fondserträge direkt den Anteilsinhabern zugerechnet und sind bei diesen mit dem KEST-Abzug endbesteuert.

Der Verzicht der Republik Österreich auf ihr Quellensteuerrecht bei inländischen Kapitalerträgen in Höhe von 15% dient daher der Vermeidung einer diskriminierenden Doppelbesteuerung bei mehrstufigen grenzüberschreitenden Körperschaftsbeteiligungen –wie sie auch im gegenständlichen Fall vorliegt - und keinesfalls der Kohärenz der Steuersysteme. Ein unmittelbarer Zusammenhang eines Steuervorteils durch die inländische Kapitalveranlagung der beschränkt steuerpflichtigen Bf. mit dem Steuernachteil der Verweigerung der KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 ist eindeutig nicht erkennbar.

Nach der Rechtsprechung des EuGH hat der Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Gesellschaft die wirtschaftliche Doppelbesteuerung auch in grenzüberschreitenden Fällen durch geeignete Maßnahmen auf Körperschaftsebene zu beseitigen, sodass es zu keiner Doppelbesteuerung kommt. Aus diesem Grunde kann auch der Rechtfertigungsgrund einer

ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungssysteme nicht greifen. Die Bedenken der belangten Behörde, dass Kapitalveranlagungen von in- und ausländischen Anlegern über derartige körperschaftliche Gebilde – wie die Bf. ist – deutliche bevorzugt würden, insbesondere wenn die ausländische Körperschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat keiner Ertragsbesteuerung unterliege, sind gänzlich unberechtigt. Die Körperschaftssteuerbefreiung der Bf. in ihrem Ansässigkeitsstaat hat lediglich den gleichen Zweck wie die Beteiligungsertragsbefreiung gemäß § 10 KStG 1988. Es soll damit eine Mehrfachbesteuerung der Kapitalerträge verhindert werden, weil die Besteuerung der Gewinnausschüttung dann bei den Anteilsinhabern/Gesellschaftern erfolgt. Diese Besteuerung ist im Ergebnis die gleiche „2-Ebenen-Besteuerung“ (Gesellschaft u. Gesellschafter) wie bei den vergleichbaren Inlandssachverhalten und kein Steuer- und Wettbewerbsvorteil.

Eine Rechtfertigung der Verweigerung der KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG durch Nichtanerkennung der Intransparenz der beschwerdeführenden ausländischen Körperschaft, zur Vermeidung von Missbrauch durch Umgehung der Fondsbesteuerung kommt – aus dem vorstehend dargelegten Grund – keinesfalls in Betracht. Im gegenständlichen Fall liegt zweifelsfrei keine unangemessene Gestaltung oder eine unangemessene Abfolge von Gestaltungen, deren wesentlicher Zweck die Erlangung steuerlicher Vorteile ist, vor. Für einen in Österreich unbeschränkt Steuerpflichtigen gibt es keine plausiblen Gründe wegen eines Steuervorteils, Anteile an dem zur Bf. gehörenden europäischen Aktienfonds (Bf-TF1) zu erwerben.

Überdies wird auf die im Schreiben des StV vom 21.03.2022 vorgebrachten weiteren Argumente, weshalb ein Rechtfertigungsgrund für diese Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht ersichtlich ist und auf dessen Ausführungen zur Anwendbarkeit des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 auf in Drittstaaten ansässige Körperschaften, wenn eine umfassende Amtshilfe besteht, als zutreffend hingewiesen.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die überschießende Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch § 188 InvFG 2011 in der bis 2013 geltenden Fassung, weder zur Sicherung der Steuerhoheit der Republik Österreich noch zur Vermeidung von Missbrauch erforderlich ist und der steuerlichen Benachteiligung durch die transparente Behandlung der ausländischen Kapitalanlagegesellschaft auch kein kohärenter Steuervorteil gegenübersteht.

Dem Antrag auf KEST-Rückerstattung war unter Berücksichtigung der Rechtsanschauung des VwGH im aufhebenden Erkenntnis somit stattzugeben und die im Jahr 2013 entrichtete Kapitalertragssteuer ist in Höhe der nach dem DBA-USA noch nicht erstatteten 15%igen österreichischen Quellensteuer von € 58.151,79 antragsgemäß nach § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 zurückzuzahlen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Abweisung)

Rückzahlung im Jahr 2014 entrichteter KEST gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988

Hinsichtlich Typenvergleich und Einkünftezurechnung gilt das unter Punkt 3.1. Gesagte.

Auf Grund begründeter Bedenken der Gemeinschaftsrechtskonformität der Regelung über die Besteuerung ausländischer Kapitalanlagefonds hat der Gesetzgeber die §§ 186 Abs. 1 und 188 Investmentfondsgesetz 2011 mit dem Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz – AIFMG, BGBl. 135/2013, für Fondgeschäftsjahre ab Juli 2013 novelliert. Diese Bestimmungen lauten:

§ 186. (1) Die ausgeschütteten Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 abzüglich der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen eines

1. Kapitalanlagefonds, einschließlich eines Gebildes, das eine Bewilligung gemäß § 50 benötigt, oder

2. AIF im Sinne des AIFMG, dessen Herkunftsmitgliedstaat Österreich ist, ausgenommen AIF in Immobilien im Sinne des AIFMG,

sind beim Anteilinhaber steuerpflichtige Einnahmen. Ergibt sich aus den Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 nach Abzug der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen ein Verlust, ist dieser mit Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 in den Folgejahren zu verrechnen, wobei die Verrechnung vorrangig mit Einkünften des Fonds im Sinne des § 27 Abs. 3 und 4 sowie des § 27b Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 zu erfolgen hat. Werden anteilige Einkünfte aus der Überlassung von Kapital gemäß § 27 Abs. 2 Z 2 sowie laufende Einkünfte aus Kryptowährungen gemäß § 27b Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 in der Rechnungslegung des Fonds abgegrenzt, gelten diese bereits als Einkünfte im Sinne des § 27 Abs. 2 sowie des § 27b Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988.

„§ 188 (1) Die Bestimmungen des § 186 sind auch auf ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solche gelten:

1. OGAW, deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich ist, einschließlich Gebilde, die eine Bewilligung gemäß Art. 5 OGAW-RL benötigen;

2. AIF im Sinne des AIFMG, deren Herkunftsstaat nicht Österreich ist, ausgenommen AIF in Immobilien im Sinne des AIFMG;

3. jeder einem ausländischen Recht unterstehende Organismus, unabhängig von seiner Rechtsform, dessen Vermögen nach dem Gesetz, der Satzung oder tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist, wenn er nicht unter Z 1 oder 2 fällt und eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt:

a) Der Organismus unterliegt im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer.

b) Die Gewinne des Organismus unterliegen im Ausland einer der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer, deren anzuwendender Steuersatz um mehr als 10 Prozentpunkte niedriger als die österreichische Körperschaftsteuer gemäß § 22 Abs. 1 KStG 1988 ist.

c) Der Organismus ist im Ausland Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien im Sinne des § 42 des Immobilien-Investmentfondsgesetzes.“

Durch diese Gesetzesänderung kommt die investmentfondsspezifische transparente Besteuerungssystematik inländischer Kapitalanlagefonds – das sind OGAW und AIF – unabhängig von deren Rechtsform zur Anwendung. Auch die Besteuerung ausländischer Kapitalanlagefonds wurde im § 188 InvFG 2011 entsprechend angepasst, indem bei der Definition des ausländischen Kapitalanlagefonds OGAW und AIF unabhängig von ihrer Rechtsform als ausländischer Kapitalanlagefonds eingestuft werden.

Österreichische Körperschaften, die materiellrechtlich ein OGAW oder AIF sind, werden somit seit 2014 gleich behandelt wie ausländische OGAW oder AIF sowie die in § 188 Abs. 1 Z. 3 InvFG 2011 definierten ausländischen Gebilde, die ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung anlegen und keine OGAW oder AIF sind.

Damit wurde eine einheitliche Durchgriffsbesteuerung bei in- und ausländischen Investmentfonds und anderen Organismen, die eine risikogestreuete Vermögensveranlagung betreiben, unabhängig von ihrer Rechtsform, erreicht und wird mit dieser Regelung nach der Rechtsauffassung des VwGH (13.01.2021, Ro 2018/13/0003) den Vorgaben des Unionsrechts entsprochen.

Die aufgezeigte wirtschaftliche Doppelbesteuerung auf der Gesellschafterebene (Anteilsinhaber) mit inländischer und US-Quellensteuer bleibt zwar bestehen, es tritt aber keine Diskriminierung mehr im Vergleich mit inländischen Körperschaften, die ein AIF im Sinne des AIFMG sind, ein.

Gemäß § 2 Abs. 1 Z. 1 AIFMG ist ein „AIF“ jeder Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Teilfonds, der

- a) von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient, und
- b) keine Genehmigung gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt.

Aus der im Sachverhalt beschriebenen Organisationsstruktur und Tätigkeit der Bf. geht klar hervor, dass sie als AIF gemäß § 188 Abs. 1 Z. 2 InvFG 2011 iVm § 2 Abs. 1 Z. 1 AIFMG zu qualifizieren ist.

Der StV hat im Schreiben vom 21.03.2022, im Hinblick auf die im aufhebenden Erkenntnis des VwGH geäußerte Rechtsauffassung betreffend den Rückerstattungsantrag für die 2014 entrichtete KEST und die offenkundige Eigenschaft der Bf. als AIF im Sinne des § 188 Abs. 1 InvFG 2011 idF des AIFMG –wie in der Stellungnahme des FA näher dargestellt wurde - hierzu keine Replik mehr abgegeben.

Da die der Bf. 2014 zugeflossenen inländischen Dividenden gemäß § 188 InvFG 2011 idF AIFMG – ungeachtet der körperschaftlichen Rechtsform der Bf. - in gemeinschaftsrechtskonformer Weise direkt den Anteilsinhabern zuzurechnen und bei diesen steuerpflichtige Einnahmen sind, ist die Bf. nicht Schuldnerin der KEST. Damit wird von der Bf. der Rückzahlungstatbestand des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 „[...] ist die Kapitalertragsteuer für die von ihr bezogenen Einkünfte gemäß § 27 Abs. 2 Z. 2 lit. a, b und c des EStG 1988 auf Antrag zurückzuzahlen [...]“ nicht erfüllt und war vom BFG daher die Rechtmäßigkeit der Abweisung des Rückzahlungsantrages betreffend KEST 2014 von der belangten Behörde zu bestätigen.

3.3. Zu Spruchpunkt III. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes 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.

Da eine Rechtsprechung des VwGH zu der Rechtsfrage fehlt, ob ein Rechtfertigungsgrund besteht, für eine die Kapitalverkehrsfreiheit beschränkende Anwendung des § 188 InvFG idF vor dem AIFMG, BGBl. 135/2013, auf körperschaftlich organisierte ausländische Investmentfondsgesellschaften, war die Revision zuzulassen.

Wien, am 22. April 2022