

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Dieter Fröhlich über die Bescheidbeschwerde vom 29.06.2015 der ***Bf1***, ***Bf1-Adr*** Luxemburg, Steuernummer: X1, vertreten durch KPMG Alpen-Treuhand GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, Porzellangasse 51, 1090 Wien, gegen die Bescheide des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart (nunmehr Finanzamt für Großbetriebe) vom 3.11.2014 betreffend die Anträge auf Rückzahlung von in den Jahren 2008 bis 2012 einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer gemäß § 21 Abs. 1 Z 1a KStG 1988, Antragsnummern: A1-A5

zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (in der Folge Bf.) beantragte mit Anbringen vom 16.12.2013, eingebracht am 30.12.2013, durch ihren steuerlichen Vertreter (StV) gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a Körperschaftsteuergesetz (KStG 1988) die vollständige Rückzahlung folgender Kapitalertragssteuern auf ausgeschüttete Dividenden von österreichischen börsennotierten Kapitalgesellschaften:

Jahr/KEst- Entrichtung	Antragsnummer	Beantragte KESt-Rückzahlung in Euro
2008	A1	177.255,58
2009	A2	54.690,88
2010	A3	30.057,44
2011	A4	117.263,09
2012	A5	323.525,09

Mit den Bescheiden vom 3.11.2024 gab die belangte Behörde nach Durchführung einer Außenprüfung den Anträgen auf vollständige Rückerstattung der KESt gemäß § 21 Abs. 1 Z.1 a KStG 1988 keine Folge und führte zur Begründung der Abweisung Folgendes aus:

„Die Bf. ist ein luxemburgischer Fonds, der Aktien an verschiedenen österreichischen börsennotierten Aktiengesellschaften in seinem Portefeuille hielt und dem im Zeitraum 01.01.2008 bis 31.12.2012 daraus mit 25%iger Kapitalertragsteuer (KESt) vorbelastete Dividenden zugeworfen sind. Die Bf. beantragte gemäß Artikel 10 des österreichisch-luxemburgischen Doppelbesteuerungsabkommens die Rückerstattung der österreichischen Kapitalertragsteuer im Ausmaß von 10% und begehrte darüber hinaus auf der Grundlage des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 auch die Rückerstattung der restlichen 15% Kapitalertragsteuer.

Beschränkt Steuerpflichtigen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, 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.

Nach österreichischem Recht ist ein Investmentfonds kraft Gesetzes steuerlich transparent. Die aus den Kapitalanlagen des Fonds lukrierten Erträge werden daher nicht dem Fonds als Einkünfteempfänger, sondern unmittelbar den Inhabern der Fondsanteile als deren Einkünfte zugerechnet (Rz 4 InvFR), Dies gilt nicht nur für die österreichischen Fonds, sondern gemäß §188 InvFG 2011 auch für ausländische Kapitalanlagefonds; diese Gleichbehandlung mit den österreichischen Kapitalanlagefonds hat nach dem Gesetzeswortlaut ungeachtet der Rechtsform des ausländischen Fonds zu erfolgen, also auch ungeachtet des Umstandes, dass die österreichischen Einkünfte den Kapitalanlegern über einen Fonds zufließen, der nach luxemburgischen Recht als nicht steuerlich transparent und somit als Kapitalgesellschaft behandelt wird.

Die luxemburgische Investmentfondsgesetzgebung kann aber nicht den § 188 InvFG 2011 derogieren und Österreich zwingen, sich das luxemburgische System bei der steuerlichen Zurechnung der aus Österreich stammenden Kapitalerträge zu eigen zu machen. Da nach österreichischem Recht der von den österreichischen Kapitalgesellschaften von den Dividendenausschüttungen vorgenommene Kapitalertragssteuerabzug keine Steuer des ausländischen Fonds, sondern eine Steuer des Anteilsinhabers des Fonds ist. Weil somit der ausländische Fonds gar nicht in Österreich besteuert wird, kann er aus eigenem Recht auch keine Rückerstattung einer von ihm gar nicht erhobenen Steuer geltend machen. Er kann dies genauso wenig tun wie ein österreichischer Investmentfonds. Haben daher ein luxemburgischer

Fonds und ein österreichischer Wertpapierfonds Fondsvermögen in Aktien einer österreichischen Kapitalgesellschaft investiert, so kann weder der luxemburgische Fonds noch der österreichische Investmentfonds eine Entlastung von der Kapitalertragsteuer erlangen, die die österreichische Kapitalgesellschaft einbehalten und abgeführt hat. Eine solche Entlastung kann aber gegebenenfalls von österreichischen und im EU-Ausland errichteten Kapitalgesellschaften in ihrer Eigenschaft als Fondsbeteiligte in Anspruch genommen werden. Denn ist Anteilsinhaber eines österreichischen Investmentfonds eine österreichische Kapitalgesellschaft, steht ihr für die bezogenen Dividenden die Beteiligungsertragsbefreiung und damit die Entlastung von der Kapitalertragsteuer zu. Ist eine in einem EU-Mitgliedstaat ansässige ausländische Kapitalgesellschaft an dem inländischen Fonds beteiligt, ist sie ebenfalls berechtigt, eine Vollentlastung von der österreichischen Kapitalertragsteuer geltend zu machen; denn ist diese EU-Kapitalgesellschaft bloß ein Portfolioinvestor hat sie Anrecht auf Entlastung nach Maßgabe des nach Gemeinschaftsrecht konzipierten § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988, ist sie ein Direktinvestor (bei durch den Fonds durchgereichter mindestens 10%iger Beteiligung an der österreichischen dividendenzahlenden Kapitalgesellschaft) steht ihr die Entlastungsberechtigung nach § 94a EStG 1988 zu. Sind EU-Kapitalgesellschaften nicht über einen österreichischen Investmentfonds, sondern über einen luxemburgischen Fonds an der österreichischen Aktiengesellschaft beteiligt, gelten genau die gleichen Regeln, die eine Vollentlastung von der österreichischen Kapitalertragsteuer bewirken.

*Die Anträge auf KEst-Erstattung der Bf. waren folglich als unbegründet abzuweisen, weil gemäß §188 InvFG 2011 die Dividendenausschüttungen der österreichischen Kapitalgesellschaften den Anteilscheininhabern eines ausländischen Investmentfonds und nicht dem Fonds zuzurechnen sind und weil sie daher nicht Einkünfte des Fonds, sondern Einkünfte der Anteilsinhaber darstellen. Der Vorschrift des §188 InvFG 2011, die die vollständige Gleichbehandlung von österreichischen und ausländischen Investmentfonds bewirkt, gleichgültig in welchem Rechtskleid der Fonds auftritt, wird weder durch luxemburgisches Recht noch durch DBA-Recht, noch durch EU-Recht derogiert. EU-Recht greift nicht in die Ertragssteuersysteme der Mitgliedstaaten und damit auch nicht in deren Zurechnungsvorschriften ein, solange keine Diskriminierung stattfindet; diese wird gerade durch § 188 InvFG 2011 für die regulierten Investmentfonds, wie ***Bf1***, vermieden.“*

Durch die StV wurde nach Fristverlängerung mit Schreiben vom 29.06.2015 gegen die oben genannten Abweisungsbescheide, binnen offener Frist formgerecht Bescheidbeschwerde erhoben, mit dem Begehren, das Bundesfinanzgericht möge den Anträgen stattgeben und die Rückzahlung der beantragten Quellensteuern festsetzen. Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

„Die Bf. ist eine luxemburgische Körperschaft, die Steuersubjekt ist und sie unterliegt in Luxemburg der Steuerpflicht. Hierzu wurden die Ansässigkeitsbescheinigungen der

luxemburgischen Steuerbehörde für die gegenständlichen Jahre 2008 bis 2012 bereits mit dem Antrag miteingereicht.

Die Körperschaft hält Aktien/Portfolioanteile (jeweils unter 10 % des Nennkapitals) an verschiedenen österreichischen börsennotierten Aktiengesellschaften. Aus diesen Anteilen erhielt sie im relevanten Zeitraum (2008 bis 2012) Dividendenzahlungen. Auf diese Dividendenzahlungen wurde von Seiten der Dividenden ausschüttenden Gesellschaften eine österreichische Kapitalertragsteuer (Quellensteuer) iHv 25 % einbehalten und abgeführt. Die diesbezüglichen Dividendenabrechnungen sowie der Nachweis des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen am cum-Tag wurden bereits übermittelt. Weiters wurde die „Declaration of Widely-Held foreign investmentfunds“ übermittelt.

Nach Artikel 10 Abs 2 lit b des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen Österreich und Luxembourg ist Österreich dazu berechtigt Quellensteuer im Ausmaß von 15 % der Bruttodividenden einzubehalten. Für den durch das DBA herabgesetzten Steuersatz von 15 % übersteigenden Betrages (= 10 %) kann demnach eine Rückerstattung erfolgen. Gemäß § 21 Abs 1 Z 1a KStG ist beschränkt Steuerpflichtigen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, ansässig sind, die Quellensteuer 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 Quellensteuer nicht auf Grund eines Doppelbesteuerungsabkommens im Ansässigkeitsstaat angerechnet werden kann.

Der Antragsteller hat folglich gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG mit Antragschreiben vom 16.12.2013 für die Jahre 2008 bis 2012 eine Rückerstattung der restlichen einbehaltenen österreichischen Quellensteuer (15 %) in Höhe von insgesamt € 702.792,08 beantragt, da diese im Ansässigkeitsstaat (Luxembourg) nicht angerechnet werden kann.

Gemäß § 21 Abs 1 Z 1a KStG sind beschränkt steuerpflichtige Körperschaften, die in einem Mitgliedstaat der EU oder einem Staat des EWR, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, ansässig sind, antragsberechtigt.

Die Anträge gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG wurden mit der Begründung abgelehnt, dass es sich bei der Antragstellerin um einen „Investmentfonds“ und nicht um eine Kapitalgesellschaft oder sonstiger Körperschaft handle. Bei der Antragsstellerin handelt es sich um eine in Luxemburg ansässige „public limited Company“ mit variablem Grundkapital „SICAV“ (societe d'investissement ä Capital variable). Nach luxemburgischen Recht ist eine SICAV eine Körperschaft. Als solche stellt sie in Luxembourg ein eigenes Körperschaftsteuersubjekt dar und unterliegen der Steuerpflicht. Nach Artikel 161 des Luxemburger Income Tax Act sind SICAVs allerdings mit ihren Einkünften (inkl Kapitalgewinnen) von der Steuer befreit. Es wird jedoch eine jährliche Steuer auf das Nettovermögen des Fonds sowie eine Registrierungsgebühr erhoben. Die Antragsstellerin ist demnach eine steuerlich intransparente Körperschaft und steht

nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (ua 10.05.2012, Rs C-338/11 bis C-347/11, Santander Asset Management SG1IC 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) unter Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit wie einer inländischen Kapitalgesellschaften eine vollständige Entlastung der Quellensteuer auf Dividenden zu.

Auch der Unabhängige Finanzsenat ist in seiner Entscheidung (UFS Wien 21.10.2013, RV/1703-W/07) 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, da bei inländischen Kapitalgesellschaften, die ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung anlegen, das Transparenzprinzip keine Anwendung findet.“

Gegen die abweisenden Beschwerdevorentscheidungen vom 12.01.2024 brachte der StV rechtzeitig den Vorlageantrag vom 19.04.2024 ein und brachte ergänzend Folgendes vor:

„Mit den Beschwerdevorentscheidungen vom 12.01.2024 wurde die Abweisung der Anträge auf Rückzahlung österreichischer Quellensteuer gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG betreffend die Jahre 2008 bis 2012 in den angefochtenen Bescheiden bestätigt. Innerhalb offener, verlängerter Frist gem. § 264 BAO wird nun die Vorlage an das Bundesfinanzgericht beantragt. Betreffend die Beschwerdegründe wird auf die Ausführungen in der Beschwerde vom 29.06.2015 sowie unter Bezugnahme auf die einschlägigen EuGH-Urteile „Denkavit“, „Armurta“, „Fortis“ und Group FII Litigation“ und auf die in der Zwischenzeit ergangene Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes über die Rückerstattung österreichischer Quellensteuer an luxemburgische SICAV verwiesen (BFG, RV/7100668/2010 vom 28.04.2021).

Gemäß § 42 InvFG 1993, BGBl, Nr 532/1993, waren die Bestimmungen des § 40 leg. cit. ("Steuern vom Einkommen, vom Ertrag und vom Vermögen") auch für ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solcher galt, 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 war. Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien iSd § 14 des Kapitalmarktgesetzes waren ausgenommen.

Nach Art. 63 Abs 1 AEUV (ex Art 56 Abs 1 EGV) sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

Art. 63 Abs 1 AEUV enthält ein eindeutiges und nicht an Bedingungen geknüpftes Verbot, das keiner Durchführungsmaßnahmen bedarf und das den Einzelnen Rechte verleiht, die sie

gerichtlich geltend machen können. Die Bestimmung ist also unmittelbar wirksam und unmittelbar anwendbar (BFG 21.11.2019, RV/7102891/2012, mit Verweis auf EuGH 18.12.2007, C-101/05, und VwGH 17.4.2008, 2008/15/0064).

Zur Bestimmung des § 42 InvFG 1993 hat jedoch der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung (z.B. VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006; VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003) bereits dessen Unionsrechtswidrigkeit ausgesprochen, da jene Norm gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoße.

So hat das Höchstgericht im Erkenntnis VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006, ausgeführt:

Das Finanzamt macht weiters geltend, die mitbeteiligte Partei sei als ausländischer Kapitalanlagefonds gemäß § 42 InvFG 1993 einzustufen. Nach dieser, hier noch anwendbaren (vgl. § 198 Abs 2 Investmentfondsgesetz 2011) Bestimmung galt, ungeachtet der Rechtsform, als ausländischer Kapitalanlagefonds jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist.

Zu dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass sie als gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoßend zu beurteilen ist, da (jedenfalls im hier zu beurteilenden Zeitraum) Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung im Inland auch im Wege einer (auch steuerlich als solcher behandelten) Kapitalgesellschaft angelegt werden konnte (vgl. z.B. Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen², Rz 4506; Mühlehner in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Kommentar zum Investmentfondsgesetz², vor§ 186-188, Rz 60; vgl. auch Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, österreichisches Bankvertragsrecht V/2, Rz 3/8). Dass ausländischem Recht unterstehendes Vermögen hingegen nur im Wege eines Kapitalanlagefonds angelegt werden kann, führt zu einer Ungleichbehandlung, die Gebietsfremde von Investitionen in Österreich abhalten könnte (vgl. näher VwGH 12.9.2018, Ra 2017/13/0027; vgl. auch VwGH 11.12.2003, 99/14/0081, VwS/g. 7885/F).

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass Art. 63 AEUV Maßnahmen verbietet, die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten (vgl. etwa EuGH 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel und österreichische Salinen, C-436/08 und C-437/08, Rn. 50; 10.5.2012, Santander Asset Management u.a., C-338/11 bis C-347/11, Rn. 15; 26.2.2019, X (In Dritt/ändern ansässige Zwischengesellschaften), C-135/17, Rn. 55; vgl. auch VwGH 26.1.2017, Ro 2015/15/0022, Rn. 21).

Im Erkenntnis VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, hat das Höchstgericht dazu ausgeführt: Für diesen Fall [in dem erst die Vorschriften des InvFG 2011 (bzw. des InvFG 1993) eine Zurechnung der hier in Rede stehenden Einkünfte an die hinter der Revisionswerberin stehenden natürlichen Personen bewirken] 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} [...] so beschränkt diese Schlechterstellung des ausländischen Gebildes die Kapitalverkehrsfreiheit.

Unsere Mandantin als luxemburgische Kapitalgesellschaft ist mit einer österreichischen (vermögensverwaltenden) Kapitalgesellschaft vergleichbar und ist daher für steuerliche Zwecke auch wie eine solche österreichische Kapitalgesellschaft zu behandeln. Darüber hinaus ist die Beschwerdeführerin zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümerin der Aktien bzw Anteile an österreichischen Kapitalgesellschaften und kann als solche über die relevante Einkunftsquelle wirtschaftlich frei disponieren, sodass die österreichischen Dividendeneinkünfte steuerlich (wirtschaftlich) ihr zuzurechnen sind. Eine Anrechnung bzw Verwertung der in Abzug gebrachten österreichischen Quellensteuer im Ansässigkeitsstaat Luxemburg ist aufgrund der nationalen Befreiungsbestimmung in Luxemburg nicht möglich. Die österreichische Quellensteuer führt daher zu einer endgültigen Steuerbelastung, während vergleichbare Dividendenzahlungen von einer österreichischen Kapitalgesellschaft an eine andere österreichische Kapitalgesellschaft hingegen quellensteuerfrei gewesen wäre, weshalb eine Diskriminierung vorliege.

Hinsichtlich der Vergleichbarkeit ausländischer Körperschaften mit inländischen Körperschaften ist zu beachten, dass ausländische Körperschaften nicht genau dem inländischen Typus entsprechen müssen, sie müssen aber in der Gesamtheit unter Beachtung der wirtschaftlichen Stellung und des rechtlichen Aufbaues mit einer inländischen Körperschaft vergleichbar sein (vgl. KStR 2013 Rz 133). Vor diesem Hintergrund wird ein „Corporate Fund“ in der Rechtsform eines luxemburgischen SICAVs in der Literatur als vergleichbar mit einer inländischen Kapitalgesellschaft angesehen (vgl. BFG vom 28.04.2021, RV/7100668/2010; Loukota, Rückerstattung österreichischer Kapitalertragsteuer an ausländische Investmentfonds im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2012, 305 ff; Ortner/Strobach, Die Abkommensberechtigung ausländischer Investmentfonds in Österreich in Lang/Weinzierl, Europäisches Steuerrecht (2010) 692 ff; Vergleichbarkeit muss nicht in allen Facetten vorliegen in Jakom/ Marschner EStG, 2020, § 94 Rz 10, unter Verweis auf EuGH 18.6.2009, C-303/07 " Aberdeen", Rn 50). Zur Vergleichbarkeit von SICAVs mit österreichischen Kapitalgesellschaften ist insbesondere festzuhalten: Die SICAV ist eine Gesellschaft nach Luxemburger Recht und ein Investmentfonds nach dem nach österreichischem Recht (InvFG 1993) nicht vorgesehenen "Gesellschaftsmodell". Die SICAV besitze anders als inländische Investmentfonds nach dem "Miteigentumsmodell" eine eigene Rechtspersönlichkeit. Das Fondsvermögen steht nicht im Miteigentum der Anteilsinhaber, sondern ist zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum der SICAV und wird

von der SICAV ebenso wenig treuhändig für die Anteilsinhaber gehalten, wie eine österreichische Aktiengesellschaft ihr Vermögen treuhändig für ihre Aktionäre hält. Weiters ist die SICAV nicht verpflichtet, alle eingehenden Gewinne an ihre Anteilsinhaber weiterzuleiten. Formalrechtlich halten die Anteilseigner keine Investmentfondsanteile, sondern Aktien an einer luxemburgischen Gesellschaft. Die Anteilsinhaber der SICAV verfügen über die mit dem Anteilsbesitz gewöhnlich verbundenen Gesellschafterrechte.

Das österreichische Steuerrecht trifft keine grundsätzlichen Aussagen darüber, welche rechtlichen Merkmale Körperschaften, die nach ausländischem Recht errichtet worden sind, aufweisen müssen, um als Körperschaften behandelt zu werden. Nach der herrschenden Meinung sind aber folgende Kriterien für die Vergleichbarkeit ausschlaggebend (vgl zB Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly, KStG-Kommentar, Band II, 5. Lieferung, § 10 Rz 43.1):

- Die Körperschaft ist nach der ausländischen Rechtsordnung mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet.
- Die Körperschaft weist ein gebundenes Gesellschaftskapital auf, das im Eigentum der Gesellschaft als solcher steht.
- Am Gesellschaftskapital der Gesellschaft sind grundsätzlich andere Personen beteiligt.
- Die beteiligten Personen haften nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.
- Die beteiligten Personen können in irgendeiner Form an der Willensbildung der Gesellschaft mitwirken.
- Die Organe der Gesellschaft müssen nicht zwingend aus dem Kreis der Gesellschafter gestellt werden.

Eine SICAV nach luxemburgischen Recht ist daher als Körperschaft iSd österreichischen Körperschaftsteuergesetzes zu werten. Nach der EuGH-Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung nicht nur dann vor, wenn in allen oder in der überwiegenden Zahl der Fälle eine Schlechterstellung vergleichbarer Situationen vorliegt. Vielmehr reicht für den diskriminierenden Charakter einer Regelung bereits aus, dass überhaupt in vergleichbaren Situationen eine Schlechterstellung vorliegt, (vgl. Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlussanträgen vom 13.1.1993 in der Rs. C-19/02, Kraus, Rn. 7.) Die Tatsache, dass Dividenden häufiger von österreichischen Investmentfonds als von österreichischen Kapitalgesellschaften bezogen werden, könnte an der Tatsache der Diskriminierung innerhalb des Vergleichspaares körperschaftlich organisierter Investoren (ausländischer SICAV versus österreichische Kapitalgesellschaft) bei der Besteuerung von heimischen Dividenden nichts ändern. Dagegen existieren auch in Österreich Kapitalgesellschaften, deren überwiegendes Geschäft (ohne unter die regulierten Investmentfonds zu fallen) darin besteht, nachhaltige Vermögensanlagen im In- und Ausland durchzuführen. Solche vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften sind eindeutig gegenüber ausländischen Investmentfonds in dergleichen Rechtsform bessergestellt, wenn sie Dividenden anderer österreichischer Kapitalgesellschaften beziehen. Wenn daher inländische Körperschaften gem. § 10 iVm § 24 KStG iVm § 46 Abs 2 EStG die KEST auf

Beteiligungserträge aufgrund von Portfoliobeteiligungen erstattet erhalten, soweit diese ihre Körperschaftsteuerschuld übersteigt, dürfte eine verbotene versteckte Diskriminierung im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen, wenn Gleiches nicht auch für vergleichbare ausländische Investmentfonds in der Form von Kapitalgesellschaften gilt, (vgl Loukota, Rückerstattung österreichischer Kapitalertragsteuer an ausländische Investmentfonds im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2012, 305ff).

In den ergangenen Beschwerdeentscheidungen wurde angeführt, dass mit Ersuchen um Ergänzung vom 16.01.2023 die Bankdaten/Kontodaten, Depotauszüge sowie die Transaktionslisten der Aktien für welche die Rückerstattung der Kapitalertragsteuer begehrt wurde, vom Beschwerdeführer abverlangt wurden. Bis dato seien die geforderten Unterlagen nicht eingetroffen. Eine ordnungsgemäße Überprüfung der beantragten Rückerstattung der Kapitalertragsteuer sei daher nicht möglich gewesen. Die abverlangten Unterlagen gemäß dem Ersuchen um Ergänzung vom 16.01.2023 sind diesem Antrag beigelegt. Wir ersuchen um stattgebende Erledigung.“

Von der Abgabenbehörde wurde auf Grundlage des Vorbringens und der Urkundenvorlagen der Bf. folgende Stellungnahme zum Typenvergleich der Antragstellerin mit einer inländischen juristischen Person abgegeben:

*„Die Beschwerdeführerin „***Bf1***“ (nunmehr Bf-neu) stellte – vertreten durch die KPMG Alpentreuhand AG – am 19.12.2013 (eingelangt am 30.12.2013) den Antrag auf Rückerstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG für die Jahre 2008-2012 beim zuständigen Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 03.11.2014 (zugegangen am 11.11.2014) abgewiesen. Die Bf. erhob – vertreten durch die KPMG Alpentreuhand AG (StV) - am 29.06.2015, unter Einhaltung der verlängerten Rechtsmittelfrist, das Rechtsmittel der Beschwerde. Die Bf. begehrt die Rückerstattung folgender einbehaltener Kapitalertragsteuer:*

2008: iHv 177.255,58 EUR

2009: iHv 54.690,88 EUR

2010: iHv 30.057,44 EUR

2011: iHv 117.263,09 EUR

2012: iHv 323.525,09 EUR

Somit insgesamt eine Quellensteuerrückerstattung von € 702.792,68.

Die Bf. ist laut Beschwerde und Antrag eine Société d'Investissement à Capital Variable (SICAV) und verfügt aufgrund dessen über variables Kapital, welches jederzeit herab- und heraufgesetzt werden kann. Der Ansässigkeitsstaat der Beschwerdeführerin ist Luxemburg (Book 1 Prospectus, p 17).

Die Bf. verfügt laut Beschwerde über eine eigene Rechtspersönlichkeit und wird nach luxemburgischen Recht als Steuersubjekt qualifiziert, ist aber aufgrund einer dortigen Besonderheit von der luxemburgischen Steuer befreit.

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um einen Umbrella Fonds, zu welchem mehrere Sub-Fonds gehören. Die einzelnen Sub-Fonds haften nur für die von ihnen geschafften Verbindlichkeiten und nur mit dem ihnen jeweils zugewiesenen Vermögen, dies führt zu einer haftungsrechtlichen Vermögenstrennung innerhalb der Beschwerdeführerin. Die Anteilinhaber beteiligen sich durch die Beschwerdeführerin an einem Sub-Fonds und können zwischen diesen jederzeit ohne großen, bzw. keinen Kostenaufwand wechseln. (Book 1 Prospects, p 17).

Die Bf. ist bei der luxemburgischen Finanzmarktaufsichtsbehörde der Commission de Surveillance du Secteur Financier (CSSF) als Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) registriert. Demnach unterliegt die Bf. auch dem Teil I des Gesetz 2010, welches in Luxemburg der Umsetzung der OGAW-RL (2009/65/EG) dient. Um seine Tätigkeit aufnehmen zu können muss die Bf. gem. Art 129 iVm Art 2 Gesetz 2010 von der CSSF zugelassen worden sein (Vorhaltebeantwortung Teil 1 S 80, Frage 24).

Alle Anteilinhaber der Beschwerdeführerin haben jederzeit die Möglichkeit ihre Anteile an der Beschwerdeführerin zurückzugeben und dafür Zahlung von dieser zu erhalten (Art 8 Articles of Association, Prospectus, p 24). Der Rücknahmepreis der Anteile wird durch den Nettoinventarwert pro Anteil bestimmt. Dieser errechnet sich mittels Teilung des gesamten Fondsvermögens (Vermögen abzüglich etwaiger Verbindlichkeiten) durch die Anzahl der ausgegebenen Anteile (Art 9 Gesetz 2010)

Gemäß Art 25 Gesetz 2010 besteht der ausschließliche Zweck der Beschwerdeführerin darin, die ihm zur Verfügung stehenden Mittel nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren und/oder andere liquide Finanzanlagen gemäß Artikel 41 Abs 1 Gesetz 2010 anzulegen und ihren Anteilhabern, die aus der Verwaltung der Vermögenswerte resultierenden Ergebnisse zugutekommen zu lassen (Vorhaltebeantwortung Teil I, S 78, Frage 15).

Gemäß Art 41 Abs 2 Gesetz 2010 muss die Beschwerdeführerin 90 % ihres Vermögens in die in Abs 1 lit a-h genannten Finanzanlageprodukte investieren. Sie darf höchstens 10 % ihres Nettovermögens in die von ein und derselben Einrichtung ausgegebenen Wertpapiere oder Geldmarktinstrumente veranlagen. Außerdem darf sie gem Art 43 Abs 1 Gesetz 2010 maximal 20 % ihres Nettovermögens in Einlagen von ein und derselben Einrichtung investieren. Das Kontrahentenrisiko bei OTC-Derivaten darf höchstens 10 % ihres Nettovermögens betragen, ist der Kontrahent kein Kreditinstitut liegt diese Grenze bei maximal 5 %. Der Beschwerdeführerin ist es gem. Art 50 Gesetz 2010 untersagt Kredite aufzunehmen. Zudem darf sie nach Art 51 Gesetz 2010 keine Kredite vergeben oder für Dritte als Bürge eintreten.

Die Versammlung der Anteilhaber entscheidet auf Vorschlag des Verwaltungsrats über die Verwendung des Gewinns des Beschwerdeführers. Die Versammlung der Anteilhaber wird für jeden Sub-Fonds einzeln abgehalten, wobei nur die Anteilhaber des jeweiligen Sub-Fonds über dessen Gewinnverwendung entscheiden (Vorhaltebeantwortung Teil, S 78, Frage 18 Book 1 prospectus, p 21f).

Die Beschwerdeführerin verfügt mit „Bf-VG“ über eine Verwaltungsgesellschaft, welche die Form einer société anonyme hat. Diese übernimmt die Administration, das Portfoliomanagement und die Marketingfunktionen der Beschwerdeführerin (Vorhaltebeantwortung S 76, Book 1 prospectus, p 7).

Die Beschwerdeführerin unterliegt dem Luxembourg „law of 10 August 1915 on commercial companies“, wodurch auch die Bestimmungen über die Änderung der Satzung und Auflösung der Gesellschaft geregelt werden (Art 15 Articles of Association). Die Auflösung der Beschwerdeführerin ist laut Prospekt auf Vorschlag des Verwaltungsrats durch die Versammlung der Anteilhaber zu beschließen. Für diesen Beschluss bedarf es laut Prospekt keiner vertretenen Mehrheit des Kapitals, allerdings entscheidet dieselbe Mehrheit, die auch über die Änderung der Satzung entscheidet über die Auflösung der Gesellschaft. Gem Art 67-1 Abs 2 company act bedarf es daher einer 2/3 Mehrheit, es sei denn es handelt sich um die zweite Versammlung zu denselben Tagesordnungspunkten und es wurden bei deren Ladung alle gesetzlich vorgeschriebenen Regelungen eingehalten. Die Auflösung ist weiters nach Prospekt bzw Gesetz 2010 an die Versammlung der Anteilhaber durch den Verwaltungsrat heranzutragen, wenn das Kapital des Beschwerdeführers unter zwei Drittel des gesetzlich festgelegten Mindestkapitals fällt. Dafür bedarf es keines Präsenzquorums und die Entscheidung wird durch ein Viertel der anwesenden Anteilhaber beschlossen. Die Auflösung eines einzelnen Sub-Fonds kann dahingegen vom Verwaltungsrat allein – und damit ohne Einwilligung der Anteilhaber des jeweiligen Sub-Fonds – entschieden werden. (Book 1 prospectus, p 54, Vorhaltebeantwortung S 79, Frage 19).

Die Bf. verfügt sowohl über thesaurierende wie auch ausschüttende Anteile (Vorhaltebeantwortung Teil I, S 78, Frage 17 & 18).

Vergleich der Beschwerdeführerin mit einer österreichischen Körperschaft

Damit die Bf- die Rückerstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG beantragen kann, muss sie in den Anwendungsbereich des KStG fallen. Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 KStG ist der Anknüpfungspunkt bei inländischen Gebilden das österreichische Privatrecht. Gemäß § 1 Abs 3 Z 1 lit a KStG ist für ausländische Gebilde die Vergleichbarkeit mit einer inländischen Körperschaft maßgeblich. Diese Vergleichbarkeit wird durch einen individuell-konkreten Typenvergleich ermittelt. Hierfür werden zunächst die wesentlichen Strukturelemente des Beschwerdeführers aufgezeigt und in weiterer Folge den wesentlichen Strukturelementen einer österreichischen Körperschaft gegenübergestellt. Auf eine Übereinstimmung kommt es hierbei

nicht an; vielmehr ist eine grundsätzliche Vergleichbarkeit maßgeblich. Wenn keine Vergleichbarkeit gegeben ist, ist auch der Anwendungsbereich des KStG nicht eröffnet und damit keine Möglichkeit für die Rückerstattung nach § 21 Abs 1 Z 1a KStG gegeben. In weiterer Folge wird die Beschwerdeführer mit einer österreichischen Aktiengesellschaft (AG) verglichen, da sie mit dieser am ehesten vergleichbar erscheint.

Sowohl die Bf. als auch eine österreichische AG verfügen über eine eigene Rechtspersönlichkeit nach aus- bzw inländischem Recht. Die Rechtspersönlichkeit eines ausländischen Gebildes ist nach hA allerdings bloßes Indiz für die Vergleichbarkeit (Staringer, doppelt ansässige Körperschaften, 111 mwN, Mühllehner, RdW 2001, 124 etc; vgl Achatz/Biber in Achatz/Kirchmayr, KStG, Typenvergleich Rz 259). Ein Typenvergleich ist somit mehr als nur die Vergleichbarkeit der Rechtspersönlichkeit.

Der ausschließliche Zweck der Bf. besteht wie bereits erwähnt in der Anlage der zur Verfügung gestellten Mittel in Wertpapiere und/oder andere liquide Finanzanlagen nach den Grundsätzen der Risikostreuung, sowie die daraus resultierenden Ergebnisse seinen Anteilhabern zukommen zu lassen. Im Gegensatz dazu ist der Zweck einer österreichischen AG nicht vom Gesetz von vorneherein determiniert, bzw. eingeschränkt. Eine dahingehende, gesetzliche Einschränkung bei einer österreichischen AG besteht gem. § 216 Abs 1 Z 2 AktG lediglich darin, dass der satzungsmäßig oder tatsächlich verfolgte Zweck weder sittenwidrig noch rechtswidrig sein darf. Da die Bf. im Gegensatz zu einer österreichischen AG einer gesetzlich auferlegte, eng definierten Einschränkung seines Gesellschaftszwecks unterliegt, liegt hier keine Vergleichbarkeit vor.

Die Bf. muss ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung veranlagen. Sie hat dabei die oben angeführten gesetzlich festgelegten wertmäßigen Grenzen einzuhalten. Dahingegen ist eine AG in der Veranlagung ihres Vermögens frei. Aufgrund dessen ist hier eine Vergleichbarkeit zu verneinen.

Weiters ist der Bf. grundsätzlich untersagt, Kredite aufzunehmen. Wohingegen eine österreichische AG zur Erfüllung des Unternehmenszwecks sowohl Eigenkapital als auch Fremdkapital einsetzen kann. Bei der Aufnahme von Krediten durch eine AG muss diese lediglich die Aufbringung des notwendigen Grundkapitals durch die Gesellschafter beachten. Zudem kann eine österreichische AG im Gegensatz zur Bf. mit Genehmigung des Aufsichtsrats gem. § 95 Abs 5 Z 6 AktG auch Kredite gewähren, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört. Der Bf. ist die Gewährung von Krediten dagegen gesetzlich verboten. Daher kann hier nicht von einer Vergleichbarkeit gesprochen werden.

Die Bf. verfügt über variables Kapital, dessen Höhe immer der Höhe des Nettoinventarwerts entspricht (Art 93 Gesetz 2010). Demnach besteht jederzeit die Möglichkeit das Kapital der Beschwerdeführerin hinunter- oder hinaufzusetzen. Dahingegen verfügt eine österreichische AG gem. § 7 AktG über ein Mindestkapital von 70.000 EUR, dieses ist grundsätzlich starr. Es kann

zwar – unter Wahrung des zumindest erforderlichen Grundkapitals – verändert werden, allerdings ist dies nur durch eine Satzungsänderung gem. § 149 möglich, bei welcher zumindest die einfache Mehrheit des vertretenen Grundkapitals gem. § 146 Abs 1 AktG (sonst $\frac{3}{4}$ Mehrheit) entscheidet. Weiters ist die Satzungsänderung und damit die Kapitalerhöhung/herabsetzung gem § 148 AktG im Firmenbuch einzutragen (Bertl, Deutsch-Goldoni, Hirschler in Bertl, Deutsch-Goldoni, Hirschler (Hrsg), Buchhaltungs-und Bilanzierungshandbuch 2019, S 632). Eine jederzeitige einfache, eventuell sogar tägliche Änderung des Grundkapitals einer AG ist daher nicht vorgesehen. Aufgrund der Gegensätzlichkeit der zu vergleichenden Strukturen des Beschwerdeführers und einer österreichischen AG liegt eine Vergleichbarkeit nicht vor.

Die Rückgabe von Anteilen durch die Anteilhaber an den Beschwerdeführer ist jederzeit möglich, dahingegen ist eine Rückgabe bzw. Rücknahme von Aktien durch die Aktionäre bzw. die AG nicht möglich. § 52 AktG statuiert das Verbot der Einlagenrückgewähr, wonach die Aktionäre, bei Weiterbestehen der Gesellschaft ausschließlich Anspruch auf den Bilanzgewinn haben. Alle anderen Vergütungen, die von der AG an ihre Aktionäre gezahlt werden, sind unzulässig. Die Wichtigkeit des Verbots der Einlagenrückgewähr wird auch dadurch ausgedrückt, dass davon nicht einmal durch die Satzung abgewichen werden darf (Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG3 § 52 Rz 1ff). Das Verbot der Einlagenrückgewähr dient dazu das Kapital der Gesellschaft auch bei dieser zu halten und die Gläubiger und übrigen Aktionäre zu schützen. Eine Abweichung des Verbots der Einlagenrückgewähr ist wie bereits erwähnt nicht zulässig. Die Aktien der AG dürfen grundsätzlich nicht an diese zurückgegeben werden. Nur in den, taxativ aufgezählten Fällen des § 65 AktG darf eine AG ihre eigenen Aktien halten, jede andere Rücknahme von Aktien durch die AG ist unzulässig. Dies dient vor allem dem Gläubigerschutz und dem Schutz der übrigen Gesellschafter (Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG3 § 65 Rz 1). Die Bf. verpflichtet sich hingegen die ausgegebenen Anteile gegen Zahlung an die Anteilhaber zurückzunehmen, wobei sowohl das zentrale Verbot der Einlagenrückgewähr wie auch das Verbot des Haltens der eigenen Aktien nicht eingehalten würde. Aufgrund der derartig gegensätzlichen Ausgestaltung kann bei diesem Merkmal nicht von einer Vergleichbarkeit ausgegangen werden.

Wie bereits ausgeführt, benötigt die Bf. um ihre Tätigkeit ausüben zu können eine Genehmigung der CSSF. Im Gegensatz dazu benötigt eine österreichische AG keine Genehmigung, um ihre Tätigkeit aufnehmen zu können. Dies spricht daher gegen eine Vergleichbarkeit der Beschwerdeführerin mit einer österreichischen AG.

Die Bf. verweist in ihrer Beschwerde darauf, dass für die Vergleichbarkeit mit einer österreichischen AG das Vorliegen der zentralisierten Geschäftsführung durch ein gesellschaftsrechtliches Organ spricht. Die Bf. verfügt mit der „Bf-VG“ über eine Verwaltungsgesellschaft, welche laut Prospekt die „operativen“ Tätigkeiten (also die Administration, Managementtätigkeiten etc.) der Bf. wahrnimmt. Damit würde zwar eine Art gesellschaftsrechtliches Organ vorliegen, allerdings ist die Verwaltungsgesellschaft eine

juristische Person. Dahingegen statuiert das österreichische AktG mit § 70 Abs 2 AktG zunächst, dass ein oder mehrere Personen als Vorstand der AG zu benennen sind, diese fungieren als Leitungsorgan der AG. § 75 Abs 2 AktG stellt in weiterer Folge klar, dass weder eine juristische Person noch eine Personengesellschaft als Vorstand der AG eingesetzt werden kann. Aufgrund der Tatsache, dass die Leitungstätigkeiten des Beschwerdeführers aber durch eine solche juristische Person ausgeführt werden ergibt sich auch hierbei, dass eine Vergleichbarkeit nicht vorliegen kann.

Die Bf. führt in der Beschwerde weiter aus, dass - um eine Vergleichbarkeit herzustellen - die Mitwirkung der Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaft zu berücksichtigen sei. Die Anteilinhaber der Bf. verfügen laut Prospekt über Mitbestimmungsrechte bei der Ausschüttung von Dividenden und bei der Auflösung der Beschwerdeführerin. Die konkrete Zielführung und Anlagepolitik der Bf., bzw. jene der ihr untergeordneten Sub-Fonds werden allerdings durch den Verwaltungsrat bzw. der Verwaltungsgesellschaft wahrgenommen. Dem Verwaltungsrat obliegt auch die Auflösung einzelner Sub-Fonds, und zwar ohne jegliches Zustimmungserfordernis der Anteilsinhaber des jeweiligen Sub-Fonds. Da die Anteilinhaber, nicht an der Umbrella-Konstruktion der Bf. selbst, sondern durch ihr am Sub-Fonds beteiligt sind, würde die Auflösung eines Sub-Fonds auch das Ende des Bestehens dieser Anteile bedeuten.

Eine solche Möglichkeit besteht nach österreichischem AktG nicht, da ein Anteilinhaber einer österreichischen Körperschaft nicht durch diese an anderen Körperschaften oder anderen Gesellschaften beteiligt sein kann. Das österreichische AktG sieht ja gerade keinen Durchgriff durch die Körperschaft auf die Gesellschaften, an denen diese beteiligt ist vor. Bei einer AG handelt es sich um eine eigene juristische Person, die selbst an anderen Gesellschaften beteiligt ist, bzw. beteiligt sein kann. Weiters kann eine Beendigung der Mitgliedschaft nicht durch den Vorstand oder mit ihm vergleichbaren Organ erfolgen. Eine solche Beendigung der Mitgliedschaft ergibt sich allerdings durch die Auflösung eines Sub-Fonds der Bf. Daraus folgt, dass eine Vergleichbarkeit der Bf. mit einer österreichischen AG nicht vorliegen kann.

Die Bf. verfügt sowohl über ausschüttende wie auch über thesaurierende Anteile. Im Gegensatz dazu gilt bei der österreichischen AG grundsätzlich das Vollausschüttungsgebot (Eckert/Schopper/Setz in Eckert/Schopper, AktG-ON § 104 Rz 15). Überdies wirkt der Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung gegenüber sämtlichen Aktionären. Es wäre daher gar nicht möglich sowohl thesaurierende wie auch ausschüttende Aktien auszugeben. Unter Berücksichtigung der gesamten aufgezeigten Umstände ist eine Vergleichbarkeit der Bf. mit einer österreichischen AG daher zu verneinen.

Vergleichbarkeit der Bf. mit einem österreichischen Investmentfonds, bzw OGAW

Der ausschließliche Zweck der Bf. besteht gem. Art 25 Gesetz 2010 in der Anlage der ihr zur Verfügung gestellten Mittel nach den Grundsätzen der Risikostreuung in Wertpapiere und/oder

andere liquide Finanzanlagen sowie darin das, daraus resultierende Ergebnis ihren Anteilhabern zukommen zu lassen. Dem entspricht der Wortlaut des § 2 InvFG, wonach ein OGAW den ausschließlichen Zweck der Veranlagung der, beim Publikum beschafften Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung in liquide Finanzanlagen, verfolgt. Daher ist hier nicht nur die Vergleichbarkeit der Bf. mit einem österreichischen Investmentfonds, sondern vielmehr die Übereinstimmung der beiden gegeben.

Wie die Bf. den in Art 41 Abs 2 und Art 43 Abs 1 Gesetz 2010 wertmäßig definierten Grenzen und Grundsätzen der Risikostreuung unterliegt, unterliegt auch ein österreichischer Investmentfonds wertmäßig definierten Einschränkung hinsichtlich der Anlage seines Vermögens. Gemäß § 74 Abs 1 InvFG dürfen maximal 10 % des Fondsvermögens in Wertpapiere und Finanzanlagen desselben Emittenten veranlagt werden, wobei der Gesamtwert der Wertpapiere und Geldmarktinstrumente von Emittenten, in deren Wertpapieren und/oder Geldmarktinstrumenten mehr als 5 vH des Fondsvermögens angelegt sind, 40 vH des Fondsvermögens nicht übersteigen dürfen. Aufgrund dessen ist auch hierbei einer Vergleichbarkeit der Bf. mit einem österreichischen Investmentfonds gegeben.

Die Bf. verfügt über variables Kapital, welches immer dem Nettoinventarwert entspricht. Dieses kann damit beliebig hinauf und herabgesetzt werden. Auch ein österreichischer Investmentfonds verfügt laut InvFG über ein solches variables Kapital. Weiters können die Anteilhaber der Bf. ihre Anteile jederzeit an diesen zu ihren Lasten zurückgeben. Auch ein österreichischer Investmentfonds ist gem. § 2 Abs 1 Z 2 InvFG dazu verpflichtet die Anteile seiner Anteilhaber zu seinen Lasten zurückzunehmen. Daher ist auch hier eine, über die Vergleichbarkeit hinausgehende, Übereinstimmung von Beschwerdeführer und österreichischen Investmentfonds gegeben.

Die Bf. muss, um ihre Tätigkeit aufnehmen zu können, von der zuständigen Finanzmarktaufsichtsbehörde (in dem Fall die CSSF) zugelassen werden. Auch ein österreichischer Investmentfonds muss gem. § 50 Abs 1 InvFG von der österreichischen Finanzmarktaufsicht (FMA) genehmigt werden, damit er seine Tätigkeit aufnehmen darf. Aufgrund dessen kann von Vergleichbarkeit bzw. sogar wesentlichen Übereinstimmung der Beschwerdeführerin und einem österreichischen Investmentfonds gesprochen werden.

Der Rücknahmepreis der Beschwerdeführerin bemisst sich nach dem Nettoinventarwert pro Anteil. Auch beim österreichischen Investmentfonds wird der Ausgabe- bzw. Rücknahmepreis der Anteile mittels Teilung des Fondsvermögens durch die Anzahl der ausgegebenen Anteile errechnet. Daher liegt auch hier Übereinstimmung und damit jedenfalls Vergleichbarkeit vor.

Die Bf. ist als Umbrella-Fonds ausgestaltet, welcher über mehrere Sub-Fonds bzw. Teilfonds verfügt. Gemäß § 47 InvFG kann auch ein österreichischer Investmentfonds in Form einer Umbrella-Konstruktion ausgestaltet werden, daher ist auch hierbei eine Vergleichbarkeit von österreichischem Investmentfonds mit der Bf. gegeben.

Die Bf. ist es nach Art 50 Gesetz 2010 grundsätzlich gesetzlich untersagt Kredite aufzunehmen, auch ein österreichischer Investmentfonds unterliegt durch § 80 Abs 1 InvFG derartigen Restriktionen. Weiters unterliegen sowohl die Bf. gem. Art 51 Gesetz 2010 als auch ein österreichischer Investmentfonds gem. § 80 Abs 2 InvFG einer gesetzlichen Einschränkung bei der Gewährung von Krediten.

Gesamtbild der Verhältnisse

Nach Durchführung des individuell-konkreten Typenvergleichs kann eine Vergleichbarkeit der Beschwerdeführerin mit einer österreichischen AG nicht bestätigt werden. Die Bf. verfügt nicht über die notwendigen wesentlichen Strukturmerkmale, die bei einer österreichischen AG vorliegen müssen, teilweise ist die Bf. sogar gänzlich anders ausgestaltet, als es das österreichische Gesellschaftsrecht erlauben würde. Aufgrund dessen ist keine Vergleichbarkeit mit einer österreichischen AG und auch nicht anderen inländischen Körperschaft gegeben. Die Bf. weist dahingegen ausgeprägte Merkmale eines österreichischen Investmentfonds auf. Hierbei gibt es fast gänzliche Übereinstimmungen. Die Bf. hat daher keinen Anspruch auf Rückerstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 21 Abs 1 Z 1a KStG. Sie ist – wie einer österreichischer Investmentfonds auch – transparent zu besteuern.“

Mit Vorlagebericht vom 10.12.2024 wurden die Beschwerden mitsamt den Verwaltungsakten dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf. ist eine in Luxemburg ansässige offene Investmentgesellschaft. Sie ist ein frei handelbarer Publikumsfonds, der in internationale Wertpapiere investiert. Für sie gilt ein dem nationalen Aufsichtsrecht im Wesentlichen vergleichbares Aufsichtsrecht, deren Einhaltung durch staatliche Behörden überwacht wird.

Bei der Bf. handelt es sich um eine sogenannte Umbrella-Fondskonstruktion, die aus mehreren selbständigen Teilfonds besteht. Jeder Teilfonds bildet einen eigenen Rechnungskreis und ein eigenes Sondervermögen. Die Bf. ist auf Grund ihrer Rechtsform in Luxemburg ein eigenes Körperschaftssteuersubjekt und unterliegt als solches der Steuerpflicht. Nach Art 161 des Luxemburger Income Tax Act sind SICAVs allerdings mit ihren Einkünften einschließlich den Kapitalgewinnen von der Einkommensteuer befreit.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig aus den Unterlagen des Verwaltungsaktes und es wird sein Vorliegen von den Parteien nicht bestritten.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Strittig ist die Rechtsfrage, ob die beschwerdeführende Investmentfondsgesellschaft zu einer Antragstellung auf KESt-Rückzahlung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 idF BGBl 52/2009 berechtigt ist, weil durch die Bestimmungen des § 40 und 42 Investmentfondsgesetzes 1993 (bzw § 186 und 188 InvFG 2011 für Fondsjahre ab 1.4.2012) durch in- und ausländische Kapitalanlagefonds ungeachtet ihrer Rechtsform durchgegriffen wird, sodass die ausgeschütteten Erträge des Fonds direkt den Anteilhabern zuzurechnende steuerpflichtige Einnahmen sind. Auf Grund dieser Durchgriffsnormierung durch alle Kapitalanlagefonds im Investmentfondsgesetz kommen nur die Anteilhaber des Kapitalanlagefonds als „Steuerpflichtige der Kapitalerträge“ in Betracht und können daher nur sie dieses Tatbestandsmerkmal des § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG verwirklichen, sofern sich nicht aus einer unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechtes ein anderer Norminhalt ergeben würde.

Der § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 in der Fassung BGBl. 52/2009 lautet:

„Beschränkt Steuerpflichtigen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes, mit dem eine umfassende Amts- und Vollstreckungshilfe besteht, ansässig sind, ist von dem für die Erhebung der Körperschaftsteuer des Schuldners der Kapitalerträge zuständigen Finanzamt die Kapitalertragsteuer für die von ihnen bezogenen Kapitalerträge gemäß § 93 Abs. 2 Z 1 lit. a EStG 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.“

§ 40 Absatz 1 1. Satz und § 42 des InvFG 1993 lauten:

„Werden Erträge abzüglich der damit im Zusammenhang stehenden Aufwendungen eines Kapitalanlagefonds sowie Substanzgewinne ausgeschüttet, sind diese bei den Anteilhabern steuerpflichtige Einnahmen.“

„Die Bestimmungen des § 40 sind auch für ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solches 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 [...].“

Für Geschäftsjahre von Kapitalanlagefonds, die nach dem 1.4.2012 beginnen, werden die Bestimmungen des § 186 Abs. 1 Satz 1 und § 188 Satz 1 und 2 des InvFG 2011 wirksam. Diese lauten:

„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 (§ 186 Abs. 1 1. Satz InvFG 2011).“

„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 (§ 188 1. u. 2. Satz InvFG 2011).“

Durch die Neufassung der Fondsbesteuerung durch das BBG 2011 wurden der Norminhalt der §§ 40 und 42 InvFG 1993 im Wesentlichen unverändert in den Bestimmungen in §§ 186 und 188 InvFG 2011 fortgeführt. Die steuerlichen Bestimmungen des InvFG 2011 treten grundsätzlich mit 1.4.2012 in Kraft. Die bisherigen Regelungen der Fondsbesteuerung (§§ 40 Abs. 1 und 42 InvFG 1993) sind weiterhin für Geschäftsjahre des Kapitalanlagefonds anzuwenden, die im Kalenderjahr 2012 beginnen.

Der VwGH führt in dem Erkenntnis, 28.05.2025, Ro 2022/13/0014 betreffend den im Sachverhalt und der Rechtslage im Wesentlichen identischen Parallelfall einer körperschaftlich konstituierten US-Fondsgesellschaft zur rechtlichen Beurteilung der strittigen Rechtsfrage Folgendes aus:

„§ 188 InvFG 2011 sieht vor, dass bei ausländischen Kapitalanlagefonds unabhängig von der Rechtsform die Einkünfte den Anteileignern zugerechnet werden, weshalb § 21 Abs. 1 Z 1a KStG 1988 nicht anwendbar ist.“

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil festgehalten, dass eine solche Bestimmung nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, wenn der Kapitalanlagefonds in seinem Sitzstaat nicht besteuert wird und die Einkünfte den Anteilhabern zugerechnet werden. Er weist in Rn. 63 des Urteils (30.04.2025, C-602/23) darauf hin, dass dies insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes geprüft werden müsse, dass die mitbeteiligte Partei ihre gesamten Einkünfte für das Jahr 2013 ausgeschüttet habe, so dass sie für jenes Jahr keine US-amerikanische Bundeseinkommensteuer habe entrichten müssen und für die Anteilinhaber seitens der österreichischen Steuerverwaltung eine Ermäßigung des Kapitalertragssteuersatzes nach dem Doppelbesteuerungsabkommen gewährt wurde. Der Gerichtshof geht sohin davon aus, dass der Umstand, dass die Mitbeteiligte aufgrund der Vollausschüttung in den USA im Ergebnis keine Steuern zu entrichten hatte, dazu führt, dass die Erträge der Mitbeteiligten in ihrem Sitzstaat nicht auf ihrer Ebene besteuert wurden.

Nach den unbestrittenen Feststellungen des Bundesfinanzgerichts entrichtete die Mitbeteiligte im Jahr 2013 keine US Bundessteuern. Ebenso unbestritten blieb im Verfahren, dass bei einer

Vollausschüttung im Ergebnis nur die Anteilhaber mit diesen Erträgen in den USA steuerpflichtig sind. Im Jahr 2013 erfolgte nach den Feststellungen des Bundesfinanzgerichts eine Vollausschüttung der Erträge. Zudem ist nicht strittig, dass die erhaltenen Dividenden aus österreichischer Sicht den Anteilhabern der Mitbeteiligten zugerechnet wurden. Die Dividenden wurden auch nicht höher besteuert als Dividenden an gebietsansässige Investmentfonds.“

In einem vergleichbaren KEST-Rückerstattungsfall einer irischen Investmentgesellschaft in der Rechtsform einer Plc hat der VwGH mit Erkenntnis, 25.06.2025, Ra 2021/13/0162, unter Hinweis auf EuGH, 30.04.2025, C 602/23 und VwGH, 28.05.2025, Ro 2022/13/0014, diese Rechtsprechung betreffend KEST-Rückerstattung der Jahre 2008 bis 2012 fortgeführt.

Einhellige Meinung besteht zu dieser Rechtsprechung auch in der Literatur. Unter anderem kommen in dem Fachartikel, „SWK 20-21, Seite 922ff, Stefan Haslinger und Philipp Rümmele, Keine KEST-Erstattung an ausländische Corporate Funds - VwGH spricht das Schlusswort“, die Autoren auf Grund der Rechtsprechung des VwGH zusammenfassend zu Folgendem Ergebnis:

„Die Frage der Quellensteuererstattungsberechtigung ausländischer Corporate Funds nach § 21 Abs 1 Z 1a KStG ist nach dem Erkenntnis des VwGH vom 28.05. 2025, Ro 2022/13/0014, abschließend geklärt. Die Anwendung von § 188 InvFG 2011 idF vor dem AIFMG steht einer solchen Erstattung entgegen, und die Anwendung dieser Norm stellt nach Ansicht des EuGH, dem sich der VwGH anschließt, keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar, wenn schlussendlich die Anleger und nicht der Corporate Funds Steuer bezahlen.“

Für die Streitjahre 2008 bis 2012 besteht nach dem Investmentfondsgesetz inhaltlich die gleiche Rechtslage, wie für Dividendenausschüttungen im Jahr 2013 (vgl. VwGH, 25.06.2025, Ra 2021/13/0162 betreffend KEST 2008 bis 2012). Auf Grund der durch das Investmentfondsgesetz normierten Zurechnung der – im Ansässigkeitsstaat der Bf. steuerbefreiten – Kapitalerträge an die Anteilhaber des Kapitalanlagefonds waren die Anträge der Bf. auf KEST-Rückzahlung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a KStG 1988 vom Finanzamt zu Recht abgewiesen worden.

Die Beschwerde ist im Lichte der im Jahr 2025 ergangenen Rechtsprechung des EuGH und VwGH ohne Aussicht auf Erfolg geworden.

Ein Eingehen auf den von der belangten Behörde angestellten Typenvergleich, mit dem Ergebnis, dass eine luxemburgische Investmentfondsgesellschaft in der Rechtsform einer SICAV mit einer österreichischen juristischen Person gemäß § 1 Abs. 3 Z. 1a KStG 1988 nicht vergleichbar sei, kann im Lichte der oben dargestellten neuern Rechtsprechung des VwGH unterbleiben. Eine ausländische Kapitalanlagegesellschaft hat nämlich - ungeachtet ihrer körperschaftlichen Rechtsform - gemäß den unionsrechtskonformen zitierten Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes keinen Anspruch auf KEST-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z. 1a

KStG 1988. Es waren daher spruchgemäß die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Abweisungsbescheide zu bestätigen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (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. Das BFG folgte in der Entscheidung der zitierten Rechtsprechung des VwGH, weshalb keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorgelegen ist und die ordentliche Revision für nicht zulässig zu erklären war.

Wien, am 3. März 2026