

Im Namen der Republik

Das **Bundesfinanzgericht** hat durch

die Richterin	Dr. Maria-Luise Wohlmayr
über die Beschwerde	
der Beschwerdeführerin	Bf.
vertreten durch	LeitnerLeitner Salzburg GmbH, Hellbrunner Straße 7, 5020 Salzburg
vom	15. Juni 2009
gegen den Bescheid	
des Finanzamtes	Salzburg – Stadt, Aigner Straße 10, 5026 Salzburg vertreten durch Mag. Johann Ausweger
vom	11. Mai 2009
betreffend	Einkommensteuer 2007

zu Recht erkannt:

1. Der Einkommensteuerbescheid für 2007 vom 11. Mai 2009 wird abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgabe sind dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

A. Darstellung des Verfahrens

Die Beschwerdeführerin (kurz: Bf.) erzielte im Streitjahr 2007 Kapitalerträge, die u.a. aus ausländischen Investmentfonds, die keinen inländischen Vertreter haben, also sogenannten „schwarzen Fonds“ stammen. Mit Bescheid vom 11. Mai 2009 setzte das Finanzamt die Einkommensteuer für 2007 fest.

Im Zuge des sich daran anschließenden Berufungsverfahrens (nunmehr: Beschwerdeverfahren) führte das Finanzamt eine Außenprüfung durch. Dabei stellte der Prüfer fest, dass der Berufung in einigen Punkten vollinhaltlich stattzugeben sei, andere Berufungspunkte aber abzuweisen seien. Das Finanzamt erließ daher am 4. Mai 2010 eine Berufungsvorentscheidung, mit der der angefochtene Einkommensteuerbescheid abgeändert wurde.

Im dagegen erhobenen Vorlageantrag wurden weitere, bisher nicht vorgebrachte Einwendungen vorgetragen, denen nach Ansicht des Finanzamtes teilweise Berechtigung zukam. Aus diesem Grund erließ das Finanzamt mit Zustimmung der Bf. am 29. September 2011 eine zweite Berufungsvorentscheidung, die dem Berufungsbegehren teilweise Folge gab.

Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2011 erhob die Bf. einen neuerlichen Vorlageantrag, der sich nunmehr auf zwei – unter **Pkt. B** näher dargestellte - Beschwerdepunkte fokussiert. Im Vorlageantrag wurde die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat sowie die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Mit Vorlagebericht vom 8. November 2011 wurde der Vorlageantrag dem Unabhängigen Finanzsenat übermittelt. Somit ist die gegenständliche Berufung gemäß § 323 Abs 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs 1 B-VG zu erledigen.

Mit Schreiben vom 4. März 2015 zog die Vertreterin der Bf. den Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Senat sowie auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zurück.

B. Sachverhalt

Der folgende unstrittige Sachverhalt ist dem Akt des Finanzamtes sowie dem Vorbringen der Bf. zu entnehmen und wird der gegenständlichen Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Bf. bezog im Streitjahr Kapitalerträge aus verschiedenen Quellen. Unter anderem hielt sie auch Anteile an diversen ausländischen Investmentfonds ohne steuerlichen Vertreter im Inland (sogenannte „schwarze Fonds“). Im Falle eines dieser Fonds erbrachte sie einen Selbstnachweis, der vom Finanzamt nicht anerkannt wurde. Hinsichtlich der anderen Fonds legte sie selbst dar, dass ihr die Erbringung von Selbstnachweisen nicht möglich sei. Daher erfolgte eine pauschale Ermittlung von ausschüttungsgleichen Erträgen gemäß

§ 42 Abs 2 Investmentfondsgesetz (InvFG), gegen die sich die vorliegende Beschwerde wendet.

Darstellung im Einzelnen:

B/1. Ausschüttungsgleiche Erträge „ M_1 Fund“

B/1.1. Der Prüfer stellte in seinem Außenprüfungsbericht Folgendes fest:

„Im Zuge der Berufung erfolgte die Vorlage einer Berechnung der ausschüttungsgleichen Erträge unter Verwendung des Formulars **E1d** und Anschluss eines Rechenschaftsberichtes des Fonds für das Geschäftsjahr 1.12.2006 bis 30.11.2007. Im vorgelegten Rechenschaftsbericht für das Fondsgeschäftsjahr 2007 (Fondsbericht Seite 82) sind zwar die ordentlichen Erträge und Aufwendungen des Fonds aufgelistet. Die gesamten Substanzergebnisse (realisierte und nicht realisierte) (angeführt unter "Net Losses/Gains on Investments") sind nur in einer Summe dargestellt. Das heißt, es kann aus diesem Rechenschaftsbericht nicht ersehen werden wie hoch die im Fondsgeschäftsjahr tatsächlich realisierten Substanzgewinne sind.

Als Teil der der Einkommensbesteuerung unterliegenden ausschüttungsgleichen Erträge gem. § 42 iVm § 40 InvFG 1993 gelten auch Substanzgewinne. Als Substanzgewinne werden dabei Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds verstanden. Nicht realisierte Substanzgewinne sind nicht in die Besteuerungsgrundlage mit einzubeziehen.

Der Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge hat grundsätzlich durch einen steuerlichen Vertreter des Fonds zu erfolgen, wobei dieser Nachweis in qualifizierter Form im Rahmen eines standardisierten Offenlegungsverfahrens zu erbringen ist. Im Rahmen dieses Offenlegungsverfahrens sind unter anderem die (realisierten) Substanzgewinne/-verluste darzustellen.

§ 40 Abs 2 InvFG 1993 sieht vor, dass, sofern ein Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge durch einen steuerlichen Vertreter des Fonds nicht erfolgt, der Anleger selbst den Nachweis in gleicher Form erbringen kann. Im vorliegenden Fall wurden zwar von der Berufungswerberin die ordentlichen Erträge des Fonds nachgewiesen, nicht jedoch die ebenfalls der Besteuerung unterliegenden (realisierten) Substanzgewinne. Aufgrund dessen sind der Besteuerung nicht die aus dem Rechenschaftsbericht im Formular E1d abgeleiteten Zahlen zu Grunde zu legen, sondern die ausschüttungsgleichen Erträge unter Anwendung der in § 42 Abs 2 InvFG 1993 festgelegten Schätzungsmethode wie folgt zu ermitteln:

*Rücknahmepreis (RNP) des Fonds zum Zeitpunkt des Verkaufs am 30.11.2007: Euro 2,23
0,8% des RNP zum Verkaufszeitpunkt x Anzahl der Monate: 6,4% von 2,23 = 0,14272 x
Anzahl der Fondsanteile: 473.000*

ausschüttungsgleicher Ertrag gem. § 42 Abs 2 InvFG: Euro 67.507“

B/1.2. In der **Berufung** und im **Vorlageantrag** wird dagegen vorgebracht:

„Im Rechenschaftsbericht der oa Fondsgesellschaft für das Jahr 2007 werden die **Substanzgewinne in einer Summe** in der Position "Net Gains/Losses on Investments" mit einem Verlust iHv JPY 4.926.324.000,00 ausgewiesen. Diese Position beinhaltet **sowohl realisierte als auch unrealisierte Substanzergebnisse**. Ein getrennter Ausweis der realisierten Substanzergebnisse von den unrealisierten Substanzergebnissen erfolgt im Rechenschaftsbericht für das Jahr 2007 nicht. Nach Auskunft der Fondsgesellschaft ist ein separater Ausweis der realisierten Substanzergebnisse nach regionalen Reporting-Standards (statement of recommended practice des accounting standard board, kurz: SORP) nicht erforderlich. Aus diesem Grund erfolgt seitens der Fondsgesellschaft kein entsprechender Ausweis im Rechenschaftsbericht für 2007. Aufgrund der strengen Informationspolitik der Kapitalanlagegesellschaft des oa Fonds, die sicherstellen soll, dass alle Anleger ihre Investitionsentscheidungen auf derselben Informationsgrundlage treffen können, konnte uns die Kapitalanlagegesellschaft diesbezüglich - trotz intensiver Bemühungen und mehrmaliger Anfragen (siehe Emails in der Beilage) - keine Auskunft hinsichtlich des Anteils an den realisierten Substanzergebnissen erteilen.

Auf Basis aller verfügbaren Unterlagen und Informationen über oa Fonds wurden die ausschüttungsgleichen Erträge aus oa Fonds in qualifizierter Form nachgewiesen. Dieser Selbstnachweis ist - trotz fehlender Information über die tatsächlich realisierten Substanzgewinne - aus folgendem Grund anzuerkennen:

Die Anteile des oa Fonds wurden im Jahr 2007 vor Ende des Fondsgeschäftsjahres (30. November 2007) **veräußert**. Der von der Finanzverwaltung nicht anerkannte Selbstnachweis der ausschüttungsgleichen Erträge für oa Fonds für das Fondsgeschäftsjahr 2006/2007 wurde für die ausschüttungsgleichen Erträge erstellt, die der Bf. im Rahmen der unterjährigen Veräußerung der Anteile zugeflossen sind. Bei unterjähriger Veräußerung von Investmentfondsanteilen sind die **Substanzgewinne auf Fondsebene** nach der Verwaltungspraxis **nicht Bestandteil** der steuerpflichtigen ausschüttungsgleichen Erträge (zur Begründung siehe Punkt 1; vgl auch Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen (2006), 80). Demzufolge ist der Betrag der tatsächlich realisierten Substanzgewinne für vorliegenden Selbstnachweis nicht von Relevanz. Auf diese Information kann daher für die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen aus dem Fonds verzichtet werden. Von einer Heranziehung der Schätzungsmethode nach § 42 Abs 2 InvFG für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge betreffend das Geschäftsjahr 2006/2007 für oa Fonds ist Abstand zu nehmen, weil im Rahmen des übermittelten Selbstnachweises iSd § 40 Abs 2 Z 2 InvFG der ausschüttungsgleichen Erträge aus oa Fonds durch die Abgabepflichtige **alle relevanten "Besteuerungsgrundlagen" offengelegt wurden**. Dazu kommt, dass abgabenrechtliche Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten ausschließlich abgabenrechtlich bedeutsame Umstände betreffen (Ritz, BA0, § 119, Tz 1; Ritz, Ausländische Besteuerungs nachweise – Mitwirkungspflichten bei abgabenrechtlich nicht bedeutsamen Umständen, SWI 2003, 109 ff). Demnach kann der Nichtnachweis der realisierten Substanzergebnisse basierend auf den Angaben des Rechenschaftsberichtes des oa Fonds nicht zur Anwendung der für oa

Mandantin deutlich nachteiligeren Pauschalmethode gem § 42 Abs 2 InvFG zur Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge führen.

Wir beantragen daher hiermit **den Ansatz der ausschüttungsgleichen ordentlichen Erträge aus oa Fonds betreffend das Fondsgeschäftsjahr 2006/2007 (Fondsgeschäftsjahresende: 30. November 2007} gemäß dem vorliegenden qualifizierten Selbstnachweis“.**

B/1.3. Zu diesem Beschwerdepunkt teilte das Finanzamt mit Mail vom 26. Jänner 2015 mit, dass es den vorgelegten Selbstnachweis anerkenne und der steuerlichen Beurteilung, wonach die ausschüttungsgleichen ordentlichen Erträge für den Zeitraum 1.12.2006 bis zur Veräußerung am 22.8.2007 mit Null anzusetzen seien, ausdrücklich zustimme. Damit wurde dieser Beschwerdepunkt außer Streit gestellt.

B/2. Ausschüttungsgleiche Erträge für die Investmentfonds

- A_Fonds
- P_Fonds
- B_Fonds
- S_Fonds

B/2.1. Zu diesen Fonds hielt der Prüfer im Außenprüfungsbericht fest:

„Für die genannten ausländischen Investmentfonds wurden die ausschüttungsgleichen Erträge für das Jahr 2007 weder vom steuerlichen Vertreter des Fonds noch durch die Berufungswerberin selbst nachgewiesen. In der Berufung wird beantragt die ausschüttungsgleichen Erträge nicht unter Anwendung des § 42 Abs 2 InvFG 1993 zu besteuern, sondern nur die maximal realisierten Erträge der Besteuerung zu Grunde zu legen, d.h. dass nur die Wertsteigerungen der Fonds während der Behaltezeit als maximaler ausschüttungsgleicher Ertrag angesetzt werden. Es wird dabei davon ausgegangen, dass aus der Gegenüberstellung der Anschaffungskosten der einzelnen Fonds im Jahr 2006 und der Verkaufserlöse im Jahr 2007 ersehen werden kann, dass die während der Behaltezeit tatsächlich erzielten Substanzgewinne wesentlich unter den unter Anwendung des § 42 Abs 2 InvFG 1993 ermittelten ausschüttungsgleichen Erträgen liegen. Soweit der Verkaufserlös eines Fonds unter dessen Anschaffungskosten gelegen ist, wurden daher in der Berufung die ausschüttungsgleichen Erträge mit Null angesetzt, da in diesen Fällen davon auszugehen ist, dass tatsächlich keine ausschüttungsgleichen Erträge erzielt wurden.

Nach § 42 Abs 1 InvFG 1993 sind die Bestimmungen des § 40 InvFG 1993 auch für ausländische Investmentfonds anzuwenden. Gem § 40 Abs 2 Z 2 InvFG sind die ausschüttungsgleichen Erträge eines Investmentfonds unter Anschluss der notwendigen Unterlagen nachzuweisen. Der Nachweis hat durch den steuerlichen Vertreter des Fonds zu erfolgen. Soweit ein Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge nicht durch den steuerlichen Vertreter erfolgt, kann der Anteilinhaber die Besteuerungsgrundlagen im Veranlagungswege in gleichartiger Form selbst nachweisen.

§ 42 Abs 2 InvFG 1993 sieht für ausländische Investmentfonds vor, dass, soweit für ausländische Kapitalanlagefonds ein Nachweis unterbleibt, der ausschüttungsgleiche Ertrag mit 90% des Unterschiedsbetrages zwischen dem ersten und dem letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis, mindestens aber mit 10% des letzten im Kalenderjahr angesetzten Rücknahmepreis anzusetzen ist. Wird der Fondsanteil veräußert, ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Rücknahmepreis bei Veräußerung und dem letzten im abgelaufenen Kalenderjahr angesetzten Rücknahmepreis als ausschüttungsgleicher Ertrag anzusetzen, mindestens aber 0,8% des bei Veräußerung festgesetzten Rücknahmepreises für jeden angefangenen Monat des im Zeitpunkt der Veräußerung laufenden Kalenderjahres.

Da ein Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge weder durch den steuerlichen Vertreter der Fonds, noch durch die Steuerpflichtige im Wege eines Selbstnachweises erfolgte und bei Unterbleiben eines derartigen qualifizierten Nachweises der ausschüttungsgleichen Erträge § 42 Abs 2 InvFG 1993 zwingend anzuwenden ist, wurden die ausschüttungsgleichen Erträge der oben angeführten ausländischen Investmentfonds unter Anwendung der Schätzungsmethode des § 42 Abs 2 InvFG ermittelt und der Besteuerung zu Grunde gelegt.“

Der Prüfer ermittelte die folgenden steuerpflichtigen Erträge:

Ausschüttungsgleiche Erträge

*Depot X*** :*

A_Fonds	1.077.697,12
P_Fonds	382.196,24
B_Fonds	102.439,90
S_Fonds	206.030,67
Gesamt = ausschüttungsgleicher Ertrag gem § 42 Abs 2 InvFG	1.784.509,69

*Depot Y*** :*

A_Fonds	206.030,57
P_Fonds	70.269,62
Gesamt = ausschüttungsgleicher Ertrag gem § 42 Abs 2 InvFG	276.300,29

B/2.2. Diesen Prüfungsfeststellungen halten die Berufung und der Vorlageantrag Folgendes entgegen:

„Zur Versteuerung von nicht realisierten Gewinnen durch die Schätzungsmethode des § 42 Abs 2 InvFG

B/2.2.1. Allgemeines/ Darstellung der Problematik

Wie in der Berufung dargestellt wurde, kam es bei der Bf. aufgrund der pauschalen Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge gem § 42 Abs 2 InvFG bei einigen ausländischen Investmentfonds ohne steuerlichen Vertreter im Inland (sog "schwarze Fonds") **zu einer Besteuerung von tatsächlich nicht realisierten Erträgen und zu einer Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen in Jahren, in denen der Fonds einen Verlust erzielt hat, der sich in sinkenden Rücknahmepreisen widerspiegelt.**

Für die betreffenden Investmentfonds konnte für die jeweiligen Fondsgeschäftsjahre kein Selbstnachweis erstellt werden, weil die Kapitalanlagegesellschaften die zur Erstellung eines qualifizierten Nachweises der tatsächlichen Fondserträge gem § 40 Abs 2 Z 2 InvFG benötigten Informationen aus rechtlichen oder aus compliance-Gründen nicht zur Verfügung stellen konnten, oder weil ausländische Reporting-Standards zur Anwendung kamen, die von den österreichischen Vorschriften abweichen, und somit die benötigten Informationen nicht erhebbar waren. Es ist daher für die Bf. faktisch nicht möglich, für oa Fonds entsprechende Selbstnachweise für die ausschüttungsgleichen Erträge zu erstellen. Unsere Mandantin konnte nämlich bei den Rechtsträgern der ausländischen Fonds nicht veranlassen, die in Österreich geforderten Unterlagen und Informationen betreffend die im Fonds erzielten Einkünfte bereit zu stellen.

Konkret handelt es sich dabei um Anteile, die an folgenden Fonds gehalten wurden:

- A_3_Fonds
- G_Fonds
- F_Fonds
- P_3_Fonds

§ 42 Abs 2 InvFG sieht sowohl im Fall des ganzjährig gehaltenen Fondsanteils als auch im Fall der unterjährigen Veräußerung der Fondsanteile eine **Mindestbemessungsgrundlage** vor: So ist bei einem ganzjährig gehaltenen Fonds gem § 42 Abs 2 InvFG der ausschüttungsgleiche Ertrag mit 90% des Unterschiedsbetrages zwischen dem ersten und letzten im Fondsgeschäftsjahr festgesetzten Rücknahmepreises mindestens aber mit 10% des letzten im Fondsgeschäftsjahr festgesetzten Rücknahmepreises anzunehmen. Bei der unterjährigen Veräußerung und dem unterjährigen Erwerb eines Fondsanteils ist als ausschüttungsgleicher Ertrag der Unterschiedsbetrag zwischen dem bei der Veräußerung und dem letzten im abgeschlossenen Fondsgeschäftsjahr festgesetzten Rücknahmepreis, mindestens aber 0,8% des bei der Veräußerung festgesetzten Rücknahmepreises für jeden angefangenen Monat des im Zeitpunkt der Veräußerung laufenden Fondsgeschäftsjahres anzusetzen.

Aufgrund der in § 42 Abs 2 InvFG festgelegten pauschalen Schätzungsmethode der ausschüttungsgleichen Erträge für schwarze Fonds erfolgt auch dann eine Besteuerung

von ausschüttungsgleichen Erträgen, wenn sich der Rücknahmepreis des Fonds über die Behaltedauer wie in den betreffenden Fällen verringert bzw der Fondsanteil letztlich unter Realisierung eines Vermögensverlusts veräußert wird.

Folgende Aufstellung stellt die besteuerten ausschüttungsgleichen Erträge im Vergleich zu den tatsächlich realisierten Vermögensverluste oder -gewinne im Rahmen der Veräußerung der Fondsanteile dar. Dabei ist insb hervorzuheben, dass die Bf. diese Fondsanteile nur ein - 1,5 Jahre im Bestand hatte.

Fondsname	Anteile	agE gem § 42 Abs 2 InvFG kumuliert über die Behaltedauer (in EUR)	realisierter Substanz gewinn oder -verlust bei Veräußerung (ohne Abzug der agE; in EUR)
A_1_Fonds Nr._10	58.424,26	1.482.567,49	-180.840,45
	11.169,34	283.432,33	-34.568,22
P_2_Fonds Nr._20	3.601,112	526.763,47	-182.706,68
	720	99.185,05	-36.842,11
	1.682,986	28.843,26	31.476,11

Fondsname	Anteile	agE gem § 42 Abs 2 InvFG kumuliert über die Behaltedauer (in EUR)	bisher nicht realisierte Substanzverluste (in EUR)
F_Fonds, ISIN Nr._30 *J	15.181,313	553.309,73	-101.006,52
	3.105,268	113.177,30	-20.660,42

*) Der Fonds wurde erst nach dem 31. Dezember 2007 veräußert.

Aus dieser Tabelle ist ersichtlich, dass es bei oa Fonds zu einer Besteuerung von tatsächlich nicht realisierten und somit von fiktiven Erträgen kam.

Die Rücknahmepreise der Fonds haben sich wie folgt entwickelt (Angaben in EUR):

A_3_Fonds, ISIN Nr._10

28.2.2006 (Erwerbszeitpunkt)	31.12.2006 in EUR	31.12.2007 (Veräußerungszeitpunkt)
97,87	93,48	94,77

P_2_Fonds Nr._20

28.2.2006 (Erwerbszeitpunkt)	31.12.2006 in EUR	31.12.2007 (Veräußerungszeitpunkt)
586,93	547,02	535,76/536,30

F_Fonds, ISIN Nr._30*)

1.3.2006 (Erwerbszeitpunkt)	31.12.2006 in EUR
242,45	235,80

Alle oa Fonds haben im Vergleich zum Erwerbskurs während der Haltezeit Verluste erzielt. In allen Fällen wurde hinsichtlich der pauschalen Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge der Fonds dennoch von einer Rendite von mindestens 9,6% ausgegangen.

B/2.2.2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Höhe der Mindestbesteuerung

§ 42 Abs 2 InvFG regelt die Besteuerung der Erträge ausländischer Kapitalanlagefonds, bei denen ein qualifizierter Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge iSd § 40 Abs 2 Z 2 InvFG nicht erfolgt oder nicht möglich ist. Die Bestimmung des § 42 Abs 2 InvFG ist derart ausgestaltet, dass mindestens 10% des Rücknahmepreises (bei unterjährigem Erwerb bzw unterjähriger Veräußerung mindestens 0,8% des Rücknahmepreises für jeden angefangenen Behaltomonat) als ausschüttungsgleicher Ertrag anzusetzen ist. Somit unterstellt die materielle Schätzungsmethode des § 42 Abs 2 InvFG für schwarze ausländische Investmentfonds eine **jährliche Mindest-Rendite von 10%** (bzw 9,6% bei unterjährigem Erwerb/Verkauf).

Gegen eine pauschale Schätzung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden, *"sofern die Schätzungsmethode geeignet erscheint, im typischen Fall und auf längere Sicht gesehen die tatsächlichen Erträge der Besteuerung zu unterwerfen"* (VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua).

Die Pauschalierungsmethode als typisierende Betrachtungsweise ist demnach am (verfassungsmäßigen und gemeinschaftsrechtlichen) **Sachlichkeitsgebot** und daher am **Leistungsfähigkeitsprinzip** zu messen (vgl *Kirchmayr*, GeS 2004, 109 ff). In diesem Zusammenhang müsste der pauschale Ansatz von ausschüttungsgleichen Erträgen im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung den tatsächlichen Einkünften aus den betreffenden ausländischen Investmentfondsanteilen entsprechen. **Wie der konkrete Fall zeigt, stellt die in § 42 Abs 2 InvFG geregelte Schätzungsmethode hingegen nicht sicher, dass die tatsächlichen erzielten Erträge aus den gehaltenen schwarzen Investmentfondsanteilen der Besteuerung unterworfen werden. Vielmehr führt die**

Schätzungsmethode gem § 42 Abs 2 InvFG dazu, dass fiktive Erträge besteuert werden.

Die in § 42 Abs 2 InvFG verankerte Schätzungsmethode führt weiters dazu, dass die Steuerpflichtige **positive Einkünfte auch dann zu versteuern hat, wenn der Fonds keine oder wesentlich niedrigere (laufende) Erträge erzielt hat und wenn somit bei Beteiligung an inländische oder weißen Fonds keine oder wesentlich niedrigere Einkünfte zu versteuern wären (VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua). Dies widerspricht dem Sachlichkeitsgebot und dem Leistungsfähigkeitsprinzip.**

Nach der ständigen Rsp des VfGH ist eine im Gesetz definierte Schätzungsmethode weiters verfassungswidrig, **wenn die Mehrzahl der Fälle gar nicht darunter fallen kann oder wenn der gewählte Maßstab Anlass zu Bedenken gibt** (vgl zB VfSig. 4409/1963, 4930/1965, 4958/1965, 5022/1965, 5160/1965). Bei einer Annahme einer jährlichen Rendite von ca 10% (!) ist - wie die Lebenserfahrung und im Speziellen auch der konkrete Fall zeigt – davon auszugehen, dass die Mehrzahl der Fälle nicht unter diese Erwartung fallen kann. Denn eine Rendite von 10% kann auf Basis der derzeitigen Marktlage durch Investitionen am Geld- oder Kapitalmarkt nur in Ausnahmefällen erzielt werden. Somit bestehen auch hinsichtlich der Höhe der in § 42 Abs 2 InvFG definierten Prozentsätze verfassungsrechtliche Bedenken. Diese Rechtsauffassung wurde auch vom BFH in der Entscheidung vom 25.8.2009, I R 88, 89/07 zur vergleichbaren alten deutschen Rechtslage vertreten. In dieser Entscheidung ging der BFH nicht zuletzt wegen der Höhe der in § 18 Abs 3 Sätze 1 und 4 deutsches AuslinvestmG aF davon aus, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip bei der Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage von schwarzen ausländischen Investmentfonds nicht gewährleistet ist (in diesem Zusammenhang äußerte der BFH auch unionsrechtliche Bedenken).

Dass die in § 42 Abs 2 InvFG definierten Prozentsätze für die pauschale Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge überhöht sind, zeigt sich ua auch durch die verwaltungsbehördliche Herabsetzung der Prozentsätze für die Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge für schwarze Fonds ohne steuerlichen Vertreter in Österreich für ausschüttungsgleiche Erträge, die vor dem 5. Dezember 2004 zugeflossen sind, im Rahmen des internen Informationsschreibens des BMF vom 3. Juni 2006 (GZ SZK-010203/0330-ESt/2009). In diesem finanzbehördlich internen Informationsschreiben wurde festgelegt, dass bei einem ganzjährig gehaltenen Investmentfonds, **70% (anstatt 90%)** des Unterschiedsbetrages zwischen dem Rücknahmepreis am Ende und am Anfang des Fondsgeschäftsjahres angesetzt werden, mindestens sind aber **6%** (anstatt 10%) des Rücknahmepreises am Ende des Fondsgeschäftsjahres anzusetzen. Beim unterjährigen Erwerb oder Verkauf eines Investmentfondsanteils ist die Differenz zwischen dem Rücknahmepreis des Investmentfonds zum Ende des Fondsgeschäftsjahres und dem Rücknahmepreis zum Anschaffungszeitpunkt anzusetzen; als ausschüttungsgleicher Ertrag ist mindestens **0,5%** (anstatt 0,8%) des Rücknahmepreises des Investmentfonds zum Ende des Kalenderjahres multipliziert mit

der Anzahl der angefangenen Kalendermonate, in denen der Investmentfondsanteil vom Anleger gehalten wurde, anzusetzen.

Für die angeführten Fonds konnte kein qualifizierter Selbstnachweis nach § 40 Abs 2 Z 2 InvFG erstellt werden, weil es für die Bf. **nicht möglich** war, bei den Rechtsträgern der oa Fonds die relevanten Unterlagen und Informationen für den Nachweis der tatsächlichen ausschüttungsgleichen Erträge zu erlangen. Bei oa Fonds handelt es sich um **Dachfonds**, die va in Hedge-Fonds bzw Private-Equity-Fonds investiert haben. Ein qualifizierter Selbstnachweis iSd § 40 Abs 2 Z 2 InvFG ist aus praktischer Sicht jedoch **nur bei sog "Singlefonds"** möglich. Denn für die Erstellung eines qualifizierten Selbstnachweises nach § 40 Abs 2 Z 2 EStG für Dachfonds benötigt der Anleger detaillierte Informationen zB über die im Fondsgeschäftsjahr getätigten Anschaffungen und Veräußerungen der Subfonds. Dies erfordert detaillierte Einblicke in die Fondsbuchhaltung der Fondsgesellschaft. Einem Anleger bleiben diese Einblicke bzw Informationen - anders als für einen steuerlichen Vertreter, der von der Kapitalanlagegesellschaft bestellt wird - in der Regel aber verwehrt.

Diese Problematik steigt aufgrund des anzuwendenden **Transparenzprinzips bei Dachfonds**, das zu einem Doppel- oder Mehrfachdurchgriff auf die Subfonds führt (InvFR 2008 Rz 98), für jede Subfondsebene exponential an. Die Nachweisproblematik erhöht sich wiederum um ein Vielfaches, wenn im Fondsvermögen des Dachfonds schwarze Investmentfonds gehalten werden. Der Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge der Subfonds hat wiederum im Wege eines qualifizierten Selbstnachweises zu erfolgen, andernfalls ist die für den Anleger nachteilige Pauschalbesteuerung des § 42 Abs 2 InvFG für den Subfonds anzuwenden. Die Erstellung eines qualifizierten Selbstnachweises für einen schwarzen Subfonds ist problematisch, weil der Privatanleger gegenüber den Kapitalanlagegesellschaften der Subfonds kein Auskunftsrecht hat. Die Rechte aus den Anteilen an Subfonds kommen nämlich nur dem Dachfonds als zivilrechtlicher Eigentümer der Anteilsscheine an den Subfonds zu.

Aus diesen Gründen stößt ein Privatanleger bei der Erstellung eines Selbstnachweises für die ausschüttungsgleichen Erträge für einen Dachfonds (oder aber auch für Hedgefonds) auf **unüberwindbare praktische Schwierigkeiten** (vgl dazu auch *Polivanova-Rosenauer*, GeS 2004, 460 ff). Ein Privatanleger wie die Bf. kann - wie praktische Erfahrungen zeigen - weder die ausländische Fondsgesellschaft dazu zwingen, die relevanten Unterlagen und Informationen herauszugeben und die Fondsbuchhaltung unter Berücksichtigung der Aspekte des österreichischen Abgabenrechts zu führen, noch in Österreich einen steuerlichen Vertreter für den Fonds zu bestellen. Wie die Praxis zeigt, sind aufgrund unterschiedlicher Offenlegungs- und Buchhaltungs- sowie Bilanzierungsvorschriften für Fonds in den verschiedenen Jurisdiktionen die für Zwecke des österreichischen Ertragsteuerrechts benötigten Informationen häufig gar **nicht verfügbar** (siehe dazu auch die unter Punkt 3 angeführte Problematik zu den realisierten und nicht realisierten Substanzgewinnen). Bei einem inländischen oder bei einem im Inland zugelassenen ausländischen Fonds bereitet hingegen der Nachweis der ausschüttungsgleichen

Erträge keine Schwierigkeiten, weil diese ohnehin in aller Regel über einen inländischen steuerlichen Vertreter verfügen. **Dadurch kommt es zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung von Privatanlegern, die in ausländische Dachfonds investieren, die keinen steuerlichen Vertreter im Inland haben.**

Selbst wenn die praktischen Schwierigkeiten hinsichtlich der Beschaffung der relevanten Informationen für die Erstellung eines Selbstnachweises überwunden werden könnten, ist die Erstellung eines Selbstnachweises für einen Dachfonds mit **unverhältnismäßigen und untragbaren hohen Beratungskosten für den Anleger** verbunden. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass Selbstnachweise für Dachfonds auf dem Grundsatz des Transparenzprinzips aufbauen. Somit müsste bei Dachfonds für jede Subfondsebene ein Selbstnachweis gerechnet werden. Dies ist vor dem Hintergrund der dafür erforderlichen Informationen, die von den ausländischen Fondsgesellschaften benötigt werden und die oa praktischen Probleme, die sich aufgrund der oa Probleme in der Informationsbeschaffung ergeben, äußerst zeitaufwendig. Diese Problematik könnte nur dadurch vermieden werden, indem das Transparenzprinzip auf Subfondsebene unterbrochen wird und die relevanten Erträge der Subfonds auf Basis der tatsächlichen Ausschüttungen ermittelt werden könnten.

Da ein Selbstnachweis der ausschüttungsgleichen Erträge gerade bei Dachfonds in der Praxis für Privatanleger nicht möglich ist, ist der Privatanleger an die pauschale Schätzung der Besteuerungsgrundlagen nach § 42 Abs 2 InvFG aus faktischen Gründen **unwiderlegbar gebunden**. Denn ein Anleger, der in einen ausländischen Investmentfonds ohne steuerlichen Vertreter im Inland investiert hat, kann einzig durch Erbringung eines Selbstnachweises gem § 40 Abs 2 Z 2 InvFG die Anwendung der Pauschalmethode gem § 42 Abs 2 InvFG verhindern. Nur mit einem Selbstnachweis iSd § 40 Abs 2 Z 2 InvFG hat der Anleger die Möglichkeit, die gesetzlich angeordnete Vermutung hinsichtlich der Performance des ausländischen Fonds zu widerlegen. Eine Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge nach den allgemeinen Grundsätzen des § 184 BAO steht dem Anleger bei ausländischen Fonds hingegen nicht zu; diese Möglichkeit besteht offenbar nur für inländische Fonds (InvFR 2008 Rz 49; vgl auch Jakom³/Marschner, § 27 Rz 112). In diesen Fällen hat der Anleger daher **keine Möglichkeit, eine Besteuerung nach der tatsächlichen Leistungsfähigkeit zu ermöglichen**. Dies erscheint mit Blick auf das Erkenntnis des VfGH vom 15.10.2004, G49/04 ua nicht verfassungskonform (vgl auch Polivanova-Rosenauer, GeS 2004, 460 ff; Kirchmayr in GS Quantschnigg, 170, insb FN 52) und verstößt außerdem gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (vgl dazu Punkt 5.3): Denn insb für Dachfonds, aber auch für Hedgefonds, steht der Privatanleger vor dem Problem, dass - die an sich zulässigen - Nachweisforderungen in diesem Zusammenhang so gestaltet sind, dass der Nachweis (nur) durch einen steuerlichen Vertreter des Fonds erbracht werden kann (VfGH vom 15.10.2004, G49/04 ua und VwGH 18.12.2008, 2006/15/0053). Demzufolge haben die formal gleichartigen Nachweisanforderungen bei in- und ausländischen Fonds inhaltlich eine ganz unterschiedliche Bedeutung. Im Ergebnis läuft der Privatanleger bei einer Investition in einen ausländischen (Dach-

oder Hedge)Fonds ohne steuerlichen Vertreter im Inland wie im vorliegenden Fall **Gefahr, unter Verstoß gegen das für die ESt tragende Leistungsfähigkeitsprinzip unwiderlegbare Einkünfte versteuern zu müssen, die er nicht erzielt hat.** Dies insb vor dem Hintergrund, dass inländischen Fonds eine Schätzung nach den allgemeinen Grundsätzen iSd § 184 BAO offen steht, falls diese keinen steuerlichen Vertreter haben, während bei ausländischen Fonds nur ein qualifizierter Selbstnachweis iSd § 40 Abs 2 Z 2 InvFG zur Verfügung steht, um der Pauschalbesteuerung nach § 42 Abs 2 InvFG zu entgehen (VfGH 15.10.2004, G 49/04 ua; vgl auch *Kirchmayr* in GS Quantschnigg, 170). Diese Ungleichbehandlung kann sachlich nicht gerechtfertigt werden.

B/2.2.3. Unionsrechtliche Bedenken gegen die Höhe der Mindestbesteuerung

Die Ertragserzielung aus Investmentfonds fällt in den Anwendungsbereich der **Kapitalverkehrsfreiheit** des Art 56 EG (vgl zB RL 88/361/EWG, Nomenklatur des Richtlinienanhangs I unter Tz IV; EuGH 4.3.2004, Rs C-334/02, Kommission - Frankreich, Tz 2); VwGH 11.12.2003, 99/14/0081; BFH 18.11.2008, VIII R 24/07; *Polivanova-Rosenauer*, Ges 2004, 460; *Widhalm*, Die Besteuerung von Investmentfonds und die Kapitalverkehrsfreiheit, in Lechner/Staringer/Tumpel (Hrsg.), Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht, 146; *Mühlehner*, Vor Abschnitt IV Rz 63, in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz (Hrsg.), Investmentfondsgesetz). Die Kapitalverkehrsfreiheit wirkt sowohl gegen die Mitgliedstaaten der EU und des EWR als auch gegenüber Drittstaaten.

Der VwGH ging im Judikat vom 11. Dezember 2003 (VwGH 99/14/0081) unzweifelhaft davon aus, dass § 42 InvFG idF BGBl 1993/181 gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt. In Bezug auf § 42 InvFG idF AbgÄG 2004 (BGBl I 2004/180) können nach wie vor folgende unionsrechtlich bedenkliche Punkte aufgelistet werden:

- **Zwingende Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge, wenn kein qualifizierter Selbstnachweis möglich ist**

Die Pauschalbesteuerung von ausländischen Investmentfonds (insb Dach- und Hedgefonds) ohne steuerlichen Vertreter in Österreich, für die aus faktischen Gründen kein Selbstnachweis durchgeführt werden kann, ist eine nicht zu rechtfertigende **Beschränkung des freien Kapitalverkehrs**. Denn ein Anleger, der in einen "schwarzen Fonds" investiert hat, für den kein Selbstnachweis erstellt werden kann, hat **keine Möglichkeit**, die typisierend auf Basis von § 42 Abs 2 InvFG geschätzte Steuerbemessungsgrundlage, die aufgrund der Annahme einer Mindestrendite von 10 % pa dazu führt, dass in Verlustsituationen ausschüttungsgleiche Erträge zu versteuern sind, zu widerlegen. **Während inländische Fonds ohne steuerlichen Vertreter die Möglichkeit haben, die Besteuerungsgrundlagen auf Basis von § 184 BAO zu schätzen** (InvFR 2008 Rz 43; vgl dazu auch Jakob³/Marschner, § 27 Rz 112). Demzufolge wird dem Privatanleger bei faktischer Unmöglichkeit der Erbringung eines Selbstnachweises der Nachweis der tatsächlichen Erträge abgeschnitten. Die ausschüttungsgleichen Erträge werden zwingend der typisierenden Schätzung des § 42 Abs 2 InvFG unterworfen, ohne dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen,

Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass die tatsächlich erzielten Erträge niedriger sind als die nach § 42 Abs 2 InvFG anzusetzenden Pauschalbeträge (vgl auch BFH 18.11.2008, VIII R 24/07 mwH).

Dies vor dem Hintergrund, dass die **objektive Situation** des Inhabers von Anteilen an einem ausländischen Investmentfonds, dem Nachweis der Besteuerungsgrundlagen nicht nachkommt bzw nachkommen kann, mit der des Anteilseigners an einem inländischen Fonds, der seine entsprechenden Pflichten verletzt, **vergleichbar** ist. In beiden Fällen müssen die Steuerbehörden die jeweils aus dem Fonds erzielten Kapitalerträge ermitteln und ggf schätzen; insoweit besteht **objektiv kein Unterschied zwischen der Situation des Steuerpflichtigen mit ausländischen und der eines Steuerpflichtigen mit inländischen Fondserträgen** (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07).

Die pauschale Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge von schwarzen ausländischen Investmentfonds ist dazu geeignet österreichische Anleger von der Investition in einen ausländischen Fonds abzuhalten. Diese Bestimmung führt weiters dazu, dass Kapitalanlagegesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten daran gehindert werden, sich an österreichische Anleger für die Sammlung von Kapital zu wenden (vgl BFH 18.11.2008, VIII R 24/07). Das gilt insb für Dach- und Hedgefonds.

Für diese Beschränkung des Kapitalverkehrs liegen **keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses** vor, die diese Beschränkung ausnahmsweise rechtfertigen (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07; vgl *Widhalm* in Lechner/Staringer/Tumpel, 154 ff).

Falls dennoch zwingende Gründe des Allgemeininteresses hervorgebracht werden würden, wäre die Schlechterstellung der Anteilseigner von ausländischen schwarzen gegenüber inländischen Investmentfonds **unverhältnismäßig**. Gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss eine Maßnahme geeignet sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen und sie darf nicht über das hinaus gehen, was dazu objektiv notwendig ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dabei jeweils das gelindeste zur Verfügung stehende Mittel anzuwenden. Die Vermutung einer Rendite iHv mindestens 10% (!) des Rücknahmepreises am Ende des Fondsgeschäftsjahres ist vor allem vor dem Hintergrund von sinkenden Wertpapiermärkten nicht verhältnismäßig (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07; *Hahn*, DStZ 2005, 513 f; *Kirchmayr*, GeS 2004, 109 ff). Eine derart hohe Rendite kann nur in Ausnahmefällen am Markt erzielt werden. Verhältnismäßig wäre in diesen Fällen eine Schätzung anhand von tatsächlich erzielten **Durchschnittsrenditen** eines vergleichbaren Investmentfonds (*Kirchmayr*, GeS 2004, 109 ff). In diesem Zusammenhang führt der **BFH** in der Entscheidung vom 18.11.2008, VIII R 24/07 zu § 18 Abs 3 Sätze 1 und 4 deutsches AuslInvestmG aF, der mit § 42 Abs 2 InvFG vergleichbar war, wie folgt aus: *"Bedenken bestehen insoweit insbesondere gegen die Koppelung der Mindestbesteuerung an den letzten Rücknahmepreise, die auch dann eingreift, wenn [...] der Wert des Anteils im Lauf des Jahres gesunken ist; dies kann im Einzelfall zu einer Substanzbesteuerung führen."* Auch aufgrund der **Anwendung von überhöhten Pauschalsätzen** für die Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge von schwarzen ausländischen Investmentfonds äußerte

der BFH in der oa Entscheidung unionsrechtliche (wie auch verfassungsrechtliche) Bedenken (vgl zB auch *Dörr*, FR 2009, 555 ff).

Die Unverhältnismäßigkeit der Anwendung der pauschalen Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen gem § 18 Abs 3 AuslInvestmG aF wurde vom BFH auch im Verhältnis zu **Drittstaaten** als nicht verhältnismäßig erachtet (BFH 25.8.2009, I R 88, 89/07).

- **Wirtschaftlicher Fondsbegriff bei ausländischen Investmentfonds**

Bei inländischen Investmentfonds gilt auch im Abgabenrecht eine **formale** Betrachtungsweise. Der ausländische Investmentfondsbegriff ist hingegen **wirtschaftlich** definiert. Die daraus resultierende Ungleichbehandlung beschränkt den freien Kapitalverkehr iSd Art 56 EG (vgl *Kirchmayr*, GeS 2004, 111; *Kirchmayr*, RdW 2004, 641; *Polivanova-Rosenauer*, GeS 2004, 460 ff; *Furherr*, SWI 2004, 200; *Bödecker/Binger*, IBW 2009, 607).“

B/3. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Außer Streit steht, dass die Bf. Anteile an vier ausländischen schwarzen Investmentfonds hielt, für die sie keinen Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge erbringen kann, weil ihr die dafür nötigen Informationen nicht zugänglich sind. Unstrittig ist auch die rechnerische Richtigkeit der gemäß § 42 Abs 2 InvFG ermittelten Besteuerungsgrundlagen. Bekämpft wird die zwingende pauschale Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge gemäß § 42 Abs 2 InvFG, gegen die verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Bedenken vorgetragen werden.

Die Beschwerdepunkte, denen das Finanzamt bereits mit Beschwerdevorentscheidung Rechnung getragen hat, stehen ebenso außer Streit wie der im gegenständlichen Beschwerdeverfahren außer Streit gestellte Punkt „Ausschüttungsgleiche Erträge „M_1 Fund“.

C. Rechtliche Würdigung des Sachverhaltes

C/1. Rechtslage

Nach der im Jahr 2007 geltenden Rechtslage, nämlich **§ 40 Abs 1 InvFG 1993 idF BGBl. I Nr. 180/2004** sind Ausschüttungen eines Kapitalanlagefonds an die Anteilsinhaber bei diesen steuerpflichtige Einnahmen. Bei nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen gelten Ausschüttungen aus Substanzgewinnen, soweit diese nicht aus Forderungswertpapieren gemäß § 93 Abs 3 Z 1 oder 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 und aus damit im Zusammenhang stehenden Produkten im Sinne des § 21 resultieren, im Ausmaß von einem Fünftel als Einkünfte im Sinne der § 30 Abs 1 Z 1 lit. b oder § 30 Abs 1 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988; die übrigen Ausschüttungen aus Substanzgewinnen bleiben sowohl bei Einkünften aus Kapitalvermögen als auch bei Einkünften im Sinne des § 30 des Einkommensteuergesetzes 1988 außer Ansatz. Substanzgewinne sind Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds, einschließlich von Bezugsrechten.

Abs 2 Z 1 : Soweit eine tatsächliche Ausschüttung des Jahresgewinnes unterbleibt, gelten mit der Auszahlung der Kapitalertragsteuer (§ 13 dritter Satz) und nach Abzug der dafür anfallenden Kosten sämtliche im abgelaufenen Geschäftsjahr angefallene, nicht ausgeschüttete Zinsen, Dividenden, ausschüttungsgleiche Erträge von im Fondsvermögen befindlichen Anteilen an anderen in- oder ausländischen Kapitalanlagefonds, Substanzgewinne bei nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen und sonstige Erträge an die Anteilinhaber in dem aus dem Anteilsrecht sich ergebendem Ausmaß als ausgeschüttet (ausschüttungsgleiche Erträge). Wird diese Auszahlung nicht innerhalb von vier Monaten nach Ende des Geschäftsjahres vorgenommen, gelten die nicht ausgeschütteten Jahresgewinne nach Ablauf dieser Frist als ausgeschüttet. Dabei können bei den nach Abs 1 mit einem Fünftel zu erfassenden Wertpapieren die Substanzverluste bis zur Höhe der Substanzgewinne des laufenden oder eines späteren Geschäftsjahres abgezogen werden. Werden nachweislich diese Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, so sind sie steuerfrei. In den Fällen des § 13 dritter und vierter Satz gelten die nicht ausgeschütteten Jahreserträge für Zwecke der Kapitalertragsteuer als ausgeschüttet. Wird vor diesen Zeitpunkten oder während des Geschäftsjahres das Anteilsrecht veräußert, so ist für Zwecke der Kapitalertragsteuer mit Ausnahme der Kapitalertragsteuer auf Substanzgewinne im Sinne des Abs 1 zweiter Satz die Ausschüttung mit dem Veräußerungszeitpunkt anzunehmen. Die Bestimmungen des § 20 Abs 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 und des § 12 Abs 2 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 sind auf Abschreibungen auf den niedrigeren Teilwert und auf Verluste aus der Veräußerung der Anteilscheine anzuwenden.

Abs 2 Z 2: Die ausschüttungsgleichen Erträge sind unter Anschluss der notwendigen Unterlagen nachzuweisen. Der Nachweis ist im Wege eines steuerlichen Vertreters zu erbringen. Steuerlicher Vertreter ist ein inländisches Kreditinstitut oder ein inländischer Wirtschaftstreuhänder. Die Kapitalertragsteuer auf die direkt oder indirekt vereinnahmten Zinserträge gemäß § 93 Abs. 2 Z 3 sowie § 93 Abs. 3 Z 1 bis 3 Einkommensteuergesetz 1988 inklusive Ertragsausgleich sind durch die Kapitalanlagegesellschaft auf täglicher Basis im Wege der Meldestelle nach § 6 Abs. 3 zu veröffentlichen. Die Kapitalertragsteuer auf die ausgeschütteten Jahresgewinne sowie auf die ausschüttungsgleichen Erträge im Sinne der Z 1 sind im Zuflusszeitpunkt durch die Kapitalanlagegesellschaft im Wege der Meldestelle nach § 6 Abs. 3 zu veröffentlichen. Erfolgt der Nachweis der ausschüttungsgleichen Erträge nicht durch den steuerlichen Vertreter, kann der Anteilinhaber die Besteuerungsgrundlagen in gleichartiger Form im Veranlagungswege selbst nachweisen. Das Erfordernis des steuerlichen Vertreters entfällt bei Nachweis durch ein inländisches Kreditinstitut für einen von ihm selbst verwalteten inländischen Kapitalanlagefonds. Der Bundesminister für Finanzen kann durch Verordnung festlegen, dass die für den Nachweis erforderlichen Daten innerhalb einer bestimmten Frist im Wege des Datenaustausches oder der automationsgestützten Datenübertragung bekanntgegeben werden. Es kann dabei auch die Mitübermittlung anderer im Rechenschaftsbericht enthaltener oder daraus ableitbarer abgabenrechtliche relevanter Umstände angeordnet werden. In der Verordnung kann vorgesehen werden, sich einer

bestimmten geeigneten privaten oder öffentlich-rechtlichen Übermittlungsstelle zu bedienen.

Abs 3: Für eine allfällige Besteuerung der Anteilinhaber gemäß § 30 Abs 1 Z 1 lit b des Einkommensteuergesetzes 1988 ist der Zeitpunkt des Erwerbes und der Veräußerung der Anteilscheine maßgebend. Als Veräußerung gilt auch die Auszahlung von Anteilscheinen gemäß § 10 Abs 2. Bei der Veräußerung ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös und den Anschaffungskosten um tatsächlich ausgeschüttete steuerfreie Substanzgewinne zu erhöhen sowie um im Veräußerungserlös enthaltene als zugeflossen geltende ausschüttungsgleiche Erträge insoweit zu kürzen, als diese beim Veräußerer steuerpflichtige Einnahmen gebildet haben. Der Umtausch von Anteilen an einem Kapitalanlagefonds auf Grund der Zusammenlegung von Fondsvermögen gemäß § 3 Abs 2 oder eines Anteilserwerbs gemäß § 14 Abs 4 gilt nicht als Tausch. Der Fristenlauf des § 30 Abs 1 Z 1 lit b des Einkommensteuergesetzes 1988 wird durch einen derartigen Umtausch nicht unterbrochen.

Nach **§ 42 Abs 1 InvFG 1993 idF BGBl. I Nr. 9/2005** sind die Bestimmungen des § 40 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.

Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien im Sinne des § 14 des Kapitalmarktgesetzes sind ausgenommen.

Abs 2: Unterbleibt für ausländische Kapitalanlagefonds ein Nachweis, so wird der ausschüttungsgleiche Ertrag mit 90% des Unterschiedsbetrages zwischen dem ersten und letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis, mindestens aber mit 10% des letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreises angenommen. Bei Veräußerung eines Anteilrechtes ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem bei der Veräußerung und dem letzten im abgeschlossenen Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis, mindestens aber 0,8% des bei der Veräußerung festgesetzten Rücknahmepreises für jeden angefangenen Monat des im Zeitpunkt der Veräußerung laufenden Kalenderjahres anzusetzen. Dies gilt sinngemäß auch beim Erwerb eines Anteilrechtes. Anstelle des Rücknahmepreises kann auch der veröffentlichte Rechenwert sowie bei börsennotierten Anteilen der Börsenkurs herangezogen werden. Vom so ermittelten Betrag sind tatsächliche Ausschüttungen mit der Maßgabe abzuziehen, dass kein negativer ausschüttungsgleicher Ertrag entstehen kann. Werden nachweislich die ausschüttungsgleichen Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, sind sie steuerfrei.

C/2. Erwägungen:

C/2.1. Die zitierten Bestimmungen des Investmentfondsgesetzes 1993 (§§ 40 und 42) wurden als Folge eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes im Dezember 2004 neu gefasst und traten am 5.12.2004 bzw. am 31.12.2004 in Kraft.

Im Oktober 2004 hob der Verfassungsgerichtshof **§ 42 Abs 2 InvFG**, BGBl. Nr. 532/1993, in der Fassung **BGBl. I Nr. 41/1998**, als **verfassungswidrig** auf (VfGH 15.10.2004, G 49/04). Die damals geltende Rechtslage zur Besteuerung von Erträgen aus Investmentfonds sah bei ausländischen Investmentfonds ohne steuerlichen Vertreter im Inland (sogenannten „schwarzen“ Fonds) unabhängig davon, ob es sich um thesaurierende oder nicht-thesaurierende Fonds handelt, zwingend die pauschale Besteuerung mit mindestens 10% des Rücknahmepreises vor. Demgegenüber waren und sind die ausschüttungsgleichen Erträge inländischer sowie ausländischer „weißer“ Fonds (das sind solche mit steuerlichem Vertreter im Inland) „*unter Anschluss der notwendigen Unterlagen nachzuweisen*“. Der Verfassungsgerichtshof erachtete diese unterschiedliche Regelung als verfassungsrechtlich bedenklich.

Zunächst sprach er aus, er bleibe bei der im Prüfungsbeschluss vorläufig getroffenen (und begründeten) Annahme, dass der Anwendung der in Prüfung gezogenen Normen der **Vorrang unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts nicht offenkundig entgegensteht** (vgl. VfSlg. 15.215/1998); dies ungeachtet des zwischenzeitig ergangenen Urteils des EuGH in der Rechtssache Lenz (EuGH 15.7.2004, C-315/02), da sich dieses Urteil mit der anders gelagerten Frage der gemeinschaftsrechtskonformen Besteuerung von Auslandsdividenden befasse.

Der Gerichtshof folgte nicht der Auffassung der Bundesregierung, die pauschale Ermittlung ausschüttungsgleicher Erträge nach § 42 Abs 2 InvFG bei Nichterfüllung der Nachweispflichten des § 40 Abs 2 Z 2 i. d. F. sei verfassungsrechtlich unbedenklich. Er stimmte der Bundesregierung zunächst darin zu, dass es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege, an den Nachweis ausschüttungsgleicher Erträge grundsätzlich qualifizierte Anforderungen zu stellen und ein standardisiertes Offenlegungsverfahren vorzusehen, das gleichermaßen einen Qualitätsstandard gewährleistet und der Erhebungsvereinfachung diene. Aus verfassungsrechtlicher Sicht begegneten somit die ersten beiden Sätze des § 40 Abs 2 Z 2 InvFG für sich allein keinen Bedenken.

Der Gerichtshof bezweifelte auch nicht, dass Abgabenbehörden zur Schätzung der Besteuerungsgrundlagen berechtigt sind, wenn die Abgabepflichtigen ihrer Offenlegungspflicht nicht nachkommen. Eine vom Gesetzgeber vorgenommene "Schätzung" erscheint im Hinblick auf die ständige Judikatur des Gerichtshofes dann verfassungswidrig, wenn die Mehrzahl der Fälle gar nicht darunter fallen kann oder wenn der gewählte Maßstab Anlass zu Bedenken gibt. Entziehen sich die zu schätzenden Bemessungsgrundlagen wie im Falle von Investmentfonds einer Durchschnittsbetrachtung, dann darf der Gesetzgeber zwar zunächst von vermuteten Erträgen ausgehen, muss diese **Vermutung aber widerlegbar** gestalten, um eine Besteuerung nach der tatsächlichen Leistungsfähigkeit zu ermöglichen.

Wenn nun der Steuerpflichtige für die Kapitalveranlagung einen Fonds wählt, der in Österreich nicht zugelassen ist und keinen steuerlichen Vertreter bestellt hat, dann darf dies nicht damit verbunden sein, dass der Anleger Gefahr läuft, unter Verstoß gegen

das für die Einkommensteuer tragende Leistungsfähigkeitsprinzip **unwiderlegbar** Einkünfte versteuern zu müssen, die er nicht erzielt hat. Hiefür gäbe es keine sachliche Rechtfertigung. Dem Gesetzgeber stünde es freilich frei (auch um eine Benachteiligung inländischer oder zugelassener ausländischer Fonds zu vermeiden), in solchen Fällen dem Steuerpflichtigen einen **qualifizierten Nachweis** der steuerlich relevanten Einkünfte **abzuverlangen**.

Der Gerichtshof hat weiters ausgesprochen, dass die aufgehobene Vorschrift nicht mehr anzuwenden ist. Hingegen hat er die ersten beiden Sätze des § 40 Abs 2 Z 2 InvFG, BGBl. Nr. 532/1993, in der Fassung BGBl. I Nr. 41/1998, nicht als verfassungswidrig aufgehoben.

Als Reaktion auf dieses Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ergänzte der Gesetzgeber mit dem AbgÄG 2004, BGBl. I Nr. 180/2004 die Regelung des § 40 Abs 2 Z 2 InvFG um die Möglichkeit des Selbstnachweises. Der Anteilinhaber kann nunmehr die Besteuerungsgrundlagen in gleichartiger Form (also wie der steuerliche Vertreter) im Veranlagungswege selbst nachweisen. Mit BGBl. I Nr. 9/2005 verlautbarte der Gesetzgeber die vom VfGH aufgehobene Vorschrift des § 42 Abs 2 InvFG neu und ergänzte sie um die Vorschrift, dass von den ermittelten ausschüttungsgleichen Erträgen tatsächliche Ausschüttungen mit der Maßgabe abzuziehen sind, dass kein negativer ausschüttungsgleicher Ertrag entstehen kann. Werden nachweislich die ausschüttungsgleichen Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, sind sie steuerfrei.

Der Verfassungsgerichtshof hat somit deutlich ausgesprochen, dass der Gesetzgeber bei fehlender Offenlegung von Bemessungsgrundlagen eine Schätzung auch in pauschaler Form vornehmen darf, dass dem Steuerpflichtigen aber die Möglichkeit eröffnet werden muss, diese gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Weiters hat er klar gemacht, dass die vom Steuerpflichtigen zu erbringenden Nachweise den gleichen Umfang und Inhalt haben müssen wie die vom steuerlichen Vertreter vorzulegenden Informationen. Dies deshalb, um – wie der Gerichtshof ausführt – eine Benachteiligung inländischer oder zugelassener ausländischer Fonds zu vermeiden.

Wenn nun ein derartiger Nachweis aus faktischen Gründen nicht erbracht werden kann, weil dem Anleger die dafür erforderlichen Informationen nicht zugänglich sind, so ist es nach Auffassung des Bundesfinanzgerichts nicht verfassungswidrig, wenn die gesetzliche Vermutung greift und die Pauschalbesteuerung des § 42 Abs 2 InvFG zur Anwendung kommt.

Auch der Unabhängige Finanzsenat hat in einem gleichgelagerten Fall dargelegt, dass das Erfordernis eines qualifizierten Einzelnachweises den verfassungsrechtlichen Vorgaben offensichtlich entspricht. Weiters vertrat er die Auffassung, dass keine gemeinschaftsrechtlichen Bedenken bestehen, die Voraussetzungen an einen qualifizierten Einzelnachweis gleich zu gestalten wie den Nachweis durch einen steuerlichen Vertreter, da eine Besserstellung des Einzelnachweises vom Gesetzgeber nicht vorgesehen werden müsse. Wenn daher ein qualifizierter Nachweis unstrittig nicht

erbracht werde, führe die gesetzeskonforme Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge dazu, dass die Berufung dagegen als unbegründet abzuweisen sei (UFS 4.2.2011, RV/0992-W/10).

C/2.2. Den vorgetragenen unionsrechtlichen Bedenken ist zunächst entgegen zu halten, dass der Verfassungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis einen Anwendungsvorrang von unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht nicht offenkundig gegeben sieht.

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH stellen Maßnahmen, die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten, eine Behinderung des freien Kapitalverkehrs dar. Dass die zwingende und **unwiderlegbare** pauschale Besteuerung von Erträgen aus schwarzen Investmentfonds dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, bejahten der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom VwGH 11.12.2003, 99/14/0081 und der Bundesfinanzhof zur insoweit vergleichbaren deutschen Rechtslage des § 18 Abs 3 AuslInvestmG (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07).

Nach der Literatur ist es offen, ob auch der geänderte § 42 InvFG, der die Möglichkeit des individuellen Nachweises von Erträgen vorsieht, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt (Jakom/Marschner, EStG, 2010, § 27 Rz 109).

Der Europäische Gerichtshof traf in einem jüngst ergangenen Urteil zur Frage der pauschalen Besteuerung von Erträgen aus schwarzen Fonds nach der Rechtslage des deutschen Investmentsteuergesetzes einige grundlegende Aussagen, die auch für den vorliegenden Fall aufschlussreich sind. So sprach er aus, dass es dem Grundsatz der Steuerautonomie der Mitgliedstaaten inhärent sei, dass diese bestimmen, welche Angaben gemacht und welche materiellen und formellen Voraussetzungen erfüllt werden müssten, um es der Steuerverwaltung zu ermöglichen, die auf die Erträge aus Investmentfonds geschuldete Steuer richtig festzusetzen. Eine Regelung eines Mitgliedstaates, durch die Steuerpflichtige, die Anteile an ausländischen Investmentfonds gezeichnet haben, **absolut daran gehindert werden, Nachweise vorzulegen**, gehe aber über das hinaus, was erforderlich sei, um die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle zu gewährleisten. Der Inhalt, die Form und das Maß an Präzision, denen die Angaben [des Steuerpflichtigen] genügen müssen, sind von der Finanzverwaltung zu bestimmen, um dieser die ordnungsgemäße Besteuerung zu ermöglichen (EUGH 9.10.2013, C-326/12, RS *van Caster*).

Der EuGH hat somit bestätigt, dass eine gesetzliche Regelung, die es dem Steuerpflichtigen ermöglicht, seine Erträge aus ausländischen Investmentfonds selbst nachzuweisen, unionsrechtskonform ist. Die Art des Nachweises ist von der nationalen Steuerverwaltung festzulegen, weil dies Teil der Steuerautonomie der Mitgliedstaaten ist.

Das Bundesfinanzgericht leitet aus diesem EuGH-Urteil ab, dass die im Streitfall zur Anwendung gelangende österreichische Regelung **nicht dem Gemeinschaftsrecht widerspricht**. Auch Marschner vertritt im BFG-Journal 12/2014, S. 451 die Ansicht,

dass der EuGH in der RS *van Caster* wohl anders entschieden hätte, wenn der deutsche Anleger die Möglichkeit hätte, einen Gegenbeweis zu erbringen.

Die Beschwerde weist schließlich darauf hin, dass in einem Fall wie dem vorliegenden eine Schätzung der ausschüttungsgleichen Erträge nach den allgemeinen Grundsätzen des § 184 BAO vorzunehmen wäre, weil die pauschale Schätzmethode des § 42 Abs 2 InvFG zu unverhältnismäßigen Ergebnissen führe. Nach Auffassung des Bundesfinanzgerichts besteht für eine Schätzung gemäß § 184 BAO bereits deshalb kein Raum, weil die Regelung des § 42 Abs 2 InvFG eine Bestimmung des materiellen Abgabenrechts darstellt, die in der für den Zeitpunkt der Entstehung des Abgabenanspruches geltenden Fassung anzuwenden ist (VwGH 18.12.2008, 2006/15/0053).

Die Beschwerde ist also hinsichtlich der ausschüttungsgleichen Erträge aus jenen Investmentfonds, für die ein Selbstnachweis unstrittig nicht erbracht werden kann, abzuweisen. Der Einkommensteuerbescheid war aber insoweit abzuändern, als die vom Finanzamt außer Streit gestellten Beschwerdepunkte zu einer geringeren Einkommensteuerfestsetzung führen.

D. Zulässigkeit einer Revision

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

Zur gegenständlichen Rechtsfrage, insbesondere zur Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität der Regelungen des § 40 InvFG 1993 idF BGBl. I Nr. 180/2004 sowie des § 42 InvFG 1993 idF BGBl. I Nr. 9/2005 gibt es keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Erkenntnisse vom 11.12.2003, 99/14/0081 und vom 18.12.2008, 2006/15/0053 ergingen zur Rechtslage vor dem AbgÄG 2004.

Zweifel über die Auslegung von Unionsrecht sind als Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu qualifizieren, um dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit zu geben, dem EuGH eine entscheidungsrelevante unionsrechtliche Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen (VfGH 26.9.2014, E 304/2014).

Aus diesem Grund ist die Revision zuzulassen.

