



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch AICO Treuhand- und Revisionsgesellschaft m.b.H., gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 12., 13. 14. Bezirk und Purkersdorf in Wien betreffend Bescheide über die einheitlich und gesonderte Feststellung von Einkünften sowie Gewerbesteuer für die Jahre 1990 bis 1992 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sowie die getroffenen Feststellungen sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Hinweis

Diese Berufungsentscheidung wirkt gegenüber allen Beteiligten, denen gemeinschaftliche Einkünfte zufließen (§§ 191 Abs. 3 lit. b BAO). Mit der Zustellung dieser Bescheidausfertigung an eine nach § 81 BAO vertretungsbefugte Person gilt die Zustellung an alle am Gegenstand der Feststellung Beteiligten als vollzogen (§ 101 Abs. 3 BAO).

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (=Bw.) bilanziert zum 31.12. jedes Jahres. An der Bw. waren im Zeitraum 1990 bis 1992 neben der E. GmbH als der einzigen Komplementärin 4 natürliche Personen als Kommanditisten beteiligt. Bei der Bw. fand über den genannten Zeitraum eine Betriebsprüfung statt.

Von den dabei getroffenen Änderungen sind nur die unter Tz. 24 angeführten Berichtigungen der "außerbilanziellen Hinzurechnungen und Kürzungen" gemäß Tz. 24.1.1 (steuerfreie Anteile gemäß Investmentfondsgesetz) strittig. Die Prüferin führt dazu unter der angeführten Textziffer Folgendes aus:

"In den Wirtschaftsjahren 1990 – 1992 wurden vom Unternehmen Wertpapiererträge außerbilanziell abgerechnet und damit steuerfrei gestellt. Die Betriebsprüfung stellte fest, dass es sich bei den genannten Beträgen um Ausschüttungen von Investmentfonds handelt.

Zuflüsse auf Grund von Ausschüttungen derartiger Fonds sind insoweit ertragswirksam zu erfassen, als im Fondsvermögen innerhalb des Behaltezeitraumes der Wertpapiere aus der Sicht des Erwerbers der Investmentzertifikate ein Ertragszuwachs zu verzeichnen ist; in diesem Fall wären entsprechende Ausschüttungen steuerfrei.

Im gegenständlichen Fall ist davon auszugehen, dass es zwischen dem Erwerb der Wertpapiere und dem Ausschüttungsstichtag zu keinem Ertragszuwachs im Fondsvermögen im beantragten Ausmaß gekommen ist. Die Ausschüttung wird daher nicht als steuerfreier Wertpapierertrag , sondern als Kapitalrückzahlung des Fonds beurteilt (siehe hiezu Punkt 3.1. der Niederschrift über die Schlussbesprechung.)"

Die Prüferin führte die dem jeweiligen Gewinn hinzuzurechnenden Beträge in der Folge an.

Gegen die auf Grund der Ergebnisse der Betriebsprüfung erlassenen Bescheide erhob die Bw. durch ihren steuerlichen Vertreter Berufung und führte darin aus:

" ... Unsere Berufung richtet sich gegen die durch die Betriebsprüfung nicht anerkannten steuerfreien Gewinnanteile gemäß § 23 InvFG, die von der Betriebsprüfung mit S 3.367.964,00 im Jahr 1990, mit S 15.256.353,00 im Jahr 1991 und mit S 8.308.729,00 im Jahr 1992 außerbilanzmäßig dem steuerpflichtigen Gewinn hinzugerechnet wurden.

Bei den von der Betriebsprüfung nicht als steuerfreie Substanzgewinne im Sinne von § 23 InvFG, sondern als Kapitalrückzahlung an den Fonds beurteilten Teil der Ausschüttungen der R.KAG handelt es sich um an die Fondsinhaber ausgeschüttete Erträge des R.Kapitalfonds. Die Wertpapiere wurden teilweise bis zu drei Monate im Betriebsvermögen der Bw. gehalten, wobei die im InvFG vorgesehene Ausschüttungen an die Fondsinhaber während der Zugehörigkeit der Wertpapiere zum Betriebsvermögen erfolgten und von unserer Mandantin in Höhe der in den Ausschüttungen enthaltenen Substanzgewinnen (dieser Anteil an der Ausschüttung wurde von der R.KAG mitgeteilt) gemäß § 23 InvFG steuerfrei behandelt wurde.

Die Betriebsprüfung stützte ihre Argumentation gegen die Steuerfreiheit der in den Ausschüttungen enthaltenen anteiligen Substanzgewinne auf die Behauptung, dass Zuflüsse aufgrund von Ausschüttungen derartiger Fonds nur insoweit ertragswirksam zu erfassen sind, als im Fondsvermögen innerhalb des Behaltezeitraumes der Wertpapiere aus der Sicht des Erwerbers der Investmentzertifikate ein Ertragszuwachs zu verzeichnen ist. Die Betriebsprüfung stellte ferner fest, dass es bei (der) Bw. zwischen dem Erwerb der Wertpapiere und dem Ausschüttungsstichtag zu keinem Ertragszuwachs im Fondsvermögen im beantragten Ausmaß gekommen ist und die Ausschüttung daher nicht als (steuerfreier) Wertpapierertrag, sondern als "Kapitalrückzahlung an den Fonds" zu beurteilen sei.

Der Argumentation der Behörde ist entgegenzuhalten, dass

1. es nicht richtig ist, dass es während der Behaltefrist der Wertpapiere zu keinem Ertragszuwachs im Fonds gekommen ist. Die Wertpapiere wurden teilweise bis zu drei Monaten im Betriebsvermögen gehalten und es ist in dieser Zeit sehr wohl zu Wertpapiertransaktionen innerhalb des Fonds gekommen, die zu einem realisierten Substanzgewinn und damit zu einem Vermögenszuwachs im Fonds geführt haben. Folgte man der diesbezüglichen Argumentation der Behörde, hätte der von der R. KAG aufgelegte R. Kapitalfonds innerhalb von drei Monaten keinen Wertzuwachs verzeichnet und wäre daher eine glatte Fehlinvestition gewesen. Davon kann jedoch keine Rede sein. Die Behörde hat sich im Rahmen ihrer amtswegigen Pflicht zur Ermittlung der richtigen steuerlichen Bemessungsgrundlagen nicht damit beschäftigt, den Wertzuwachs im Fonds während der Behaltefrist von drei Monaten festzustellen, sondern hat lediglich behauptet, dass im gegenständlichen Fall davon auszugehen ist, dass es zu keinem Ertragszuwachs gekommen ist (vgl. Niederschrift zur Schlussbesprechung vom 10.3.1998).
2. die Differenzierung der Ausschüttung eines Investmentzertifikates nach Wertzuwachs während der Behaltefrist einerseits und Kapitalrückzahlung an den Fonds andererseits im Vergleich zur Aktienbesteuerung gleichheitswidrig und daher verfassungswidrig ist.

Wir ersuchen daher im Auftrag der Bw. um Abänderung der angefochtenen Bescheide insofern, als die Einkünfte aus Gewerbebetrieb um die gemäß § 23 InvFG steuerfreien Teile der Ausschüttungen des R. Kapitalfonds im Jahr 1990 um S 3.367.964,00, und im Jahr 1991 um 15.256.353,00 und im Jahr 1992 um S 8.308.729,00 zu vermindern sind."

Seitens des Finanzamtes wurde eine Stellungnahme der Prüferin zur Berufung eingeholt und in der Folge der Bw. zwecks Gegenäußerung vorgehalten.

"1. Rückstellung für Jubiläumsgelder

....

2. Steuerfreie Ausschüttungen gemäß Investmentfondsgesetz 1963

2. 1 . Rechtliches Umfeld

Das Unternehmen vereinnahmte in den Jahren 1990 - 1992 Erträge aus der Ausschüttung eines Kapitalanlagefonds. Gemäß § 23 InvFG 1963 können nur diese Ausschüttungen bei den Anteilsinhabern steuerpflichtige Einnahmen darstellen. Nicht ausgeschüttete Fondserträge stehen zwar auch im Miteigentum der Anteilsinhaber, werden jedoch auf Grund der Sonderbestimmung des § 23 leg cit vor dem Zeitpunkt der Ausschüttung steuerlich nicht erfaßt.

Ausschüttungen setzen sich aus Zinserträgen, Dividenden und Substanzgewinnen zusammen. Die Fondsbestimmungen sehen im allgemeinen vor, dass die im Fondsvermögen erzielten Erträge aus Dividenden und Zinsen zur Gänze auszuschütten sind. In welcher Höhe Substanzgewinne zur Ausschüttung gelangen, steht im Ermessen des Fonds.

Ausgeschüttete Substanzgewinne sind gemäß § 23 (1) leg cit nicht steuerpflichtig.

Werden neue Anteilsscheine ausgegeben, zahlt der Erwerber den Rechenwert gegebenenfalls zuzüglich eines Ausgabezuschlages in das Fondsvermögen ein. Zur Ermittlung dieses Rechenwertes wird das Fondsvermögen durch die Zahl der vorhandenen Anteilsscheine dividiert. Ein Teil der Zahlung wird als "Ertragsausgleich" in den Rechenkreis der im Fondsvermögen erwirtschafteten, noch nicht ausgeschütteten Erträge aufgenommen. Vor dem Zeitpunkt der Ausschüttung beinhaltet das Fondsvermögen noch die nicht ausgeschütteten Erträge (hohes Fondsvermögen), nach der Ausschüttung sinkt das Fondsvermögen und damit auch der Rechenwert entsprechend ab.

Der Verwaltungsgerichtshof beurteilte in seinem Erkenntnis vom 21. 11. 1995, 95/14/0035 - 0036 den Sachverhalt, dass der Beschwerdeführer im November 1991 Fondsanteile erwarb, im Dezember 1991 die ausgeschütteten Erträge als teilweise steuerfrei vereinnahmte und dem

Absinken des Rechenwertes bei der Bilanzierung zum 31. 12. 1991 durch eine steuerwirksame Teilwertabschreibung Rechnung trug. Der Verwaltungsgerichtshof erkannte den Ertragsausgleich als "Einsatz" des Erwerbers, der in der nachfolgenden Ausschüttung zurückgezahlt wurde. Nur insoweit können steuerbare Einkünfte vorliegen, als ein Ertrag ab dem Zeitpunkt des Fondsanteilserwerbes im Fondsvermögen erwirtschaftet wird.

Nicht anders kann aber eine Beurteilung ausfallen, wenn der Fondsanteil vor dem Bilanzstichtag wieder veräußert wird.

2.2. Sachverhalt

Aus der Anlage 1, die eine mit Hilfe der vom geprüften Unternehmen zur Verfügung gestellten Unterlagen erarbeiteten Übersicht über Erwerbs-, Ausschüttungs- und Veräußerungszeitpunkte darstellt, ist erkennbar, daß zwischen Anschaffungs- und Ausschüttungszeitpunkt durchschnittlich weniger als 20 Tage liegen. Weiters ist festzuhalten, dass die Anschaffungsvorgänge sogar nach jenem Bilanzstichtag des Fonds (15. Oktober) erfolgten, auf den die streitgegenständlichen Ausschüttungen Bezug haben.

2.3. Verfahren

Da es sich bei dieser Bestimmung um eine Begünstigung handelt, wurde das geprüfte Unternehmen während der Betriebsprüfung mündlich mehrmals aufgefordert, eine Aufstellung beizubringen, in der der im Rechenwert enthaltene Ertragsausgleich in Substanzgewinn- und sonstige Ertragszuwächse aufgegliedert ist. Eine derartige oder vergleichbare Unterlage wurde jedoch mit dem Hinweis nicht beigebracht, der Fonds könne eine entsprechende Unterlage nicht zur Verfügung stellen.

Im gegenständlichen Fall war aber seitens der Behörde sogar davon auszugehen, dass zwischen der Anschaffung der Fondsanteile und dem Ausschüttungsstichtag kein steuerfreier Ertragszuwachs im Fondsvermögen im beantragten Ausmaß erfolgt sein kann, da die Frist zwischen Kauf und Ausschüttung sehr kurz ist bzw. der Anschaffungszeitpunkt der Fondsanteile sogar nach dem Stichtag des Fonds liegt (siehe dazu Niescher/Peterseil, Die steuerliche Behandlung von Einnahmen aufgrund der Ausschüttung von inländischen Investmentfondsanteilen; ÖStZ 1996 S. 362 ff, Beispiel 1).

Ergänzend zur Verfahrensrüge, die Behörde wäre der ihr obliegenden Pflicht zur amtswegigen Sachverhaltsermittlung nicht ausreichend nachgekommen, wird darauf verwiesen, dass die Sachverhaltsfeststellung der Behörde schlüssig ist. Besondere Umstände sind nicht erkennbar. Sollten jedoch ungewöhnliche Sachverhalte vorliegen, wurden sie jedenfalls durch den Abgabepflichtigen nicht behauptet. Im übrigen sei noch auf die Rechtsprechung des VwGH

verwiesen, der eine (konkludente) gesetzliche Beweislastumkehr in Fällen von Begünstigungstatbeständen annimmt (zB VwGH v. 16. 4. 1971, ZI. 1814/69). Die objektive Behauptungslast betreffend abgabenanspruchsvermindernder oder -verneinender Tatsachen (zB die Steuerfreiheit von Ausschüttungen) trifft aber den Abgabepflichtigen (siehe Vogel, Die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast im Abgabenverfahren; ÖStZ 1974 S. 142ff).

Zur Frage, ob und inwieweit eine Begünstigung im Zusammenhang mit der Veräußerung der Fondsanteile zum Tragen kommen kann, fehlt es ebenfalls an einer entsprechenden Parteienbehauptung. Diesbezüglich gilt das im obigen Absatz Gesagte.

2.4. Beurteilung durch die Prüferin

Die Ausschüttungen des R. Kapitalfonds sind nicht als steuerfreier Ertrag, sondern als Rückzahlung des "Einsatzes" durch den Fonds zu qualifizieren. Die außerbilanziellen Kürzungen stehen daher nicht zu, die steuerlichen Korrekturen erhöhen den steuerpflichtigen Gewinn.

Seitens des steuerlichen Vertreters erging folgende Gegenäußerung:

1. Auflösung der Rückstellung für Jubiläumsgelder im Jahr 1996:

....

2 . Steuerfreie Anteile gemäß § 23 InvFG in den Jahren 1990 bis 1992

Wie bereits in der Berufung vom 23.12.1998 ausgeführt, wird die Verfassungsmäßigkeit der im VwGH-Erkenntnis vom 25.11.1995, 95/14/0035-0036, enthaltenen Interpretation der Ausschüttungen von Investmentfonds (Trennung der Ausschüttung in tatsächliche Einkünfte einerseits und einkommensneutralen Ertragsausgleich andererseits) vom VfGH geprüft. Eine diesbezügliche Entscheidung des Höchstgerichtes liegt derzeit noch nicht vor.

Unabhängig von der endgültigen Entscheidung des VfGH halten wir jedoch noch einmal fest, dass die Fondsanteile teilweise bis zu drei Monaten im Betriebsvermögen unserer Mandantin gehalten wurden und es den Erfahrungen des täglichen Lebens widerspricht, dass in dieser Zeit keine Ertragszuwächse im Fonds zu verzeichnen waren, die auf (steuerfreie) Substanzgewinne zurückzuführen sind. Die Sachverhaltsfeststellung der Behörde, dass zwischen Anschaffung der Fondsanteile und dem Ausschüttungstichtag bzw. Veräußerungszeitpunkt kein steuerbarer Ertragszuwachs erfolgt sein kann, kann daher nicht als schlüssig interpretiert werden.

Wenn nun die Behörde unter Hinweis auf das VwGH-Erkenntnis vom 16.4.1971, ZI. 1814/69 bzw. ÖStZ 1974, S.142ff. meint, der Steuerpflichtige allein müsse den Beweis erbringen, dass

die Voraussetzungen für die Begünstigung des § 23 InvFG vorliegen, so darf daran erinnert werden, dass nach Auskunft der Kapitalanlagegesellschaft (R. KAG) in den Jahren 1990 bis 1993 umfangreiche Prüfungen seitens der Finanzbehörde bei der KAG stattgefunden haben und die Fondsentwicklung in diesem Zeitraum im einzelnen durchleuchtet wurde. Die diesbezüglichen Ziffern müssten daher der Behörde zugänglich sein. Der von uns im Zuge der Betriebsprüfung und nach Rücksprache mit der R. KAG wiederholt vorgetragene Hinweis, dass die Finanzbehörden umfangreiche Recherchen bei der KAG vorgenommen haben und die Ergebnisse daher den Prüfungsorganen zur Verfügung stehen müssten, blieb zur Gänze unbeachtet. Der Hinweis der Prüfer, dass den Steuerpflichtigen allein die objektive Behauptungslast betreffend abgabenanspruchsvermindernder oder -verneinender Tatsachen (zB die Steuerfreiheit von Ausschüttungen) treffe, obwohl die Finanzbehörde die Einschau in die Gebarung der KAG vorgenommen hat und dem Steuerpflichtigen diese Möglichkeit selbstverständlich nicht zur Verfügung steht, muss daher relativiert werden.

Sollte es daher rechnerisch nicht möglich sein, die exakte Trennung der Ausschüttung eines Investmentfonds in tatsächlichen Ertragszuwachs einerseits und Ertragsausgleich andererseits zu trennen, dann müsste die Aufteilung wohl im Schätzungswege ermittelt werden. Es liegt daher auf der Hand, als plausible Schätzmethode das kontinuierliche Entstehen der Fondserträge zu unterstellen und demnach die Ausschüttung linear auf die Rechnungsperiode des Fonds zu verteilen. Diese in der Beilage dargestellte Zuordnung wurde jedoch im Zuge der Schlussbesprechung ebenfalls mit der Begründung abgelehnt, für so eine kurze Behaltesdauer der Anteile (Anm: beim Kauf 27.10.1992 immerhin drei Monate) könne eine Steuerfreiheit von Ausschüttungen nicht zustehen.

Die vom VwGH entwickelte Theorie des Ertragsausgleiches ist daher tatsächlich in der Praxis nicht durchführbar und daher verfassungswidrig.

(Der Vertreter schloss eine Tabelle mit den von ihm genannten, im Schätzungswege erfolgten Aufteilungen an.)

Über die Berufung wurde erwogen:

§ 23 Investitionsfondsgesetz 1963 (BGBl. 1963/192) sah vor, dass die Ausschüttungen eines Kapitalanlagefonds an die Anteilinhaber bei diesen steuerpflichtige Einnahmen sind, soweit sie nicht Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds, einschließlich von Bezugsrechten enthalten. Das Vermögen eines Fonds befindet sich im Miteigentum der

einzelnen Fondsanteilseigentümer. Der Fonds wird von einer Kapitalanlagegesellschaft (=KAG) geführt, deren Einkünfte von den Einkünften des Fonds strikt getrennt sind.

Dies bedeutet, dass die – jährlich ausgeschütteten - Erträge von im Betriebsvermögen gehaltene Fonds, soweit diese laufende Erträge aus den im Fonds befindlichen Wertpapieren enthalten, steuerpflichtig, soweit sie jedoch Erträge aus der Veräußerung von Vermögenswerten enthalten gemäß der zitierten Bestimmung steuerfrei sind.

Bei der Anschaffung von Fondsanteilen vor dem Binanzstichtag des Fonds bzw. vor der jährlichen Ausschüttung werden von der den Fonds verwaltenden Fondsanlagegesellschaft die vom Beginn des Wirtschaftsjahres des Fonds bis zur Herausgabe erwirtschafteten Erträge ermittelt. Diese Beträge, die den vor der Anschaffung erwirtschafteten, anteiligen Beträge entsprechen und als "Ertragsausgleich" bezeichnet werden, sind zusätzlich zu den Anschaffungskosten an den Fonds zu bezahlen, damit die bisherigen Fondsmiteigentümer durch die Herausgabe der neuen Fondsanteile nicht anteilmäßig schlechter gestellt werden (sog. "Verdünnungsverbot"). Im Zuge der ersten Ausschüttung des Fonds erhält der neue Fondsmiteigentümer wiederum den "Ertragsausgleich" zugleich mit den anderen, teils steuerpflichtigen, teils steuerfreien Erträgen ausbezahlt.

Im Rahmen von später in der Literatur als sogenannte "Blasebalgmodelle" bezeichneten Steuersparmodellen wurden im Betriebsvermögen Fondsanteile in erheblichen Umfang kurz vor dem Ausschüttungszeitpunkt angeschafft, wobei jeweils ein erheblicher "Ertragsausgleich", nämlich in Höhe der von der KAG bis zum Zeitpunkt der Anschaffung aus dem Rechenwerk ermittelten anteiligen Erträge, zusätzlich zu den Anschaffungskosten zu leisten war. Bereits kurze Zeit nach der erfolgten Ausschüttung wurden die Fonds wieder verkauft. Die in der Ausschüttung enthaltenen, auf gemäß § 23 Abs. 1 Investitionsfondsgesetz entfallenden steuerfreie Erträge aus der Veräußerung von Fondsvermögen und Bezugsrechten wurden außerbilanziell vom Gewinn abgerechnet. Von den verbleibenden Erträgen inklusive dem "Ertragsausgleich" wurde eine Teilwertabschreibung aus dem Grund des durch die Ausschüttung entsprechend gesunkenen Rechenwertes - analog zur Teilwertabschreibung einer GmbH nach erfolgter Gewinnausschüttung - vorgenommen. Aus diesem Vorgang resultierte eine ganz erhebliche außerbilanzielle Kürzung des Bilanzgewinnes.

Im folgenden Jahr wurden wiederum kurz vor der Ausschüttung neue Fondsanteile erworben usw.

Seitens der Finanzverwaltung wurde dieser Vorgangsweise einerseits entgegengehalten, dass ein als Miteigentümergemeinschaft gesetzlich konstruierter Fonds nicht mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verglichen werden dürfe, bei der – im Gegensatz zu einem

Investmentfonds – die Gesellschafter einen mehr oder weniger großen Einfluss auf die Gewinnausschüttung haben. Andererseits stellt der bei Anschaffung zu leistende "Ertragsausgleich" gleichsam einen "Einsatz" dar, den der Fondsanteileigentümer im Zuge der nächsten Ausschüttung zugleich mit den ab Anschaffung erwirtschafteten Erträgen wiederum ausbezahlt erhält.

Aus diesen Gründen wurde eine Teilwertabschreibung nicht als den Gewinn mindernde Post anerkannt.

Der in dieser Frage angerufene Verwaltungsgerichtshof schloss sich in den Erkenntnissen vom 21.11.1995, 95/14/0035 sowie vom 14.12.2000, 95/15/0105 der von der Finanzverwaltung vertretenen Meinung an, wonach der "Ertragsausgleich" weder zu den Anschaffungskosten noch zu den Erträgen des Fonds in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu zählen sei. Der Gerichtshof vertrat die Auffassung, dass ein Investmentfonds nicht mit einer GmbH vergleichbar sei, weswegen eine ausschüttungsbedingte Abschreibung nicht zulässig sei.

Der Bw. war das erstgenannte Judikat bekannt. Sie vertrat aber die Ansicht, dass die (vom Verwaltungsgerichtshof im erstgenannten Erkenntnis bestätigte) Rechtsansicht der Finanzverwaltung in der Praxis nicht durchführbar und deswegen verfassungswidrig sei.

Im Erkenntnis vom 17.12.1998, B 571/96, hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit der Frage der Verfassungswidrigkeit der ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung von Investitionsfondsanteilen zu befassen. Er stellte im angeführten Judikat fest, dass die betroffene Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid weder in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht, noch in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm verletzt worden ist.

Aus den Akten ergibt sich, dass das Finanzamt die gesamte von der Bw. vorgenommene außerbilanzmäßige negative Gewinnhinzurechnung (=Gewinnkürzung) hinzugerechnet hat; dies deshalb, weil die Bw. trotz mehrfacher Aufforderung durch die Betriebsprüfung die in den Anschaffungskosten enthaltenen "Ertragsausgleiche" für die 3 Berufungsjahre nicht bekannt gab.

Die Betriebsprüfung vertrat diesbezüglich wie im Sachverhalt dargelegt, die Auffassung, es sei bei Begünstigungstatbeständen ausschließlich Sache der Bw., die für sie günstigen Tatsachen und Umstände nachzuweisen. Die Betriebsprüfung unterließ jedenfalls jeden Versuch, von der KAG die "Ertragsausgleiche" bei Anschaffung zu erfragen. Sie ging auch nicht auf den Vorschlag der Bw. ein, den "Ertragsausgleich" durch Schätzung der bis zur Veräußerung angefallenen Erträge indirekt zu ermitteln.

Der Senat geht dagegen sehr wohl von einer Ermittlungspflicht der Behörde gemäß § 115 BAO aus, zumal es sich diesbezüglich nicht um Umstände handelt, die unter Geheimhaltungspflichten der KAG gegenüber den Finanzbehörden fallen und auch keine Ermittlungen im Ausland erforderlich waren. Nicht gefolgt werden kann dagegen der Bw. insofern sie auf angeblich durchgeführte Prüfungen bei den die Fonds verwaltenden Gesellschaften verweist, deren Ergebnisse Aufschlüsse über die von der Bw. geforderten "Ertragsausgleiche" geliefert hätten.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Ergebnisse beim Fonds selbst von der gesetzlichen Konzeption her immer steuerfrei behandelt werden, weshalb sich eine diesbezügliche Prüfung durch die Finanzbehörden von vornherein erübrigt, da ja keinerlei Verkürzungen an Abgaben durch die Fonds selbst möglich sind. Der diesbezügliche Hinweis auf Prüfungen bei den betroffenen KAG's, deren Ergebnisse der Prüferin zur Verfügung gestanden seien, erscheint daher als unverständlich.

Von einer Verpflichtung, die "Ertragsausgleiche" notfalls zu schätzen, gehen im übrigen auch Niescher und Peterseil in ihrer Besprechung des zitierten Verwaltungsgerichtshoferkenntnisses, ÖStZB 1996,363 (Fußnote) aus.

Der Senat hält die Annahme der Betriebsprüfung, dass bis zur teilweise erst rd. 3 Monate nach Anschaffung keine Erträge, die die Zurechnung der Betriebsprüfung gekürzt hätten, angefallen sind, für nicht vertretbar, da sie mit den wirtschaftlichen Erfahrungen im Widerspruch steht.

Fest steht, dass die Aufbewahrungspflichten durch die KAG längst abgelaufen sind und die exakten Ertragsausgleiche von den KAG daher nicht mehr beschafft werden können.

Im Berufungsverfahren wurden seitens des steuerlichen Vertreters die im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.11.1995, 95/14/0035 erforderlichen (geschätzten) Beträge hinsichtlich der in den Ausschüttungen und in den Veräußerungsgewinnen enthaltenen aliquoten Substanzgewinne ("Ertragsausgleiche") sowie vorgelegt.

Der Berufung war daher unter Berücksichtigung der geschätzten aliquoten steuerfreien Ertragsanteile sowie nach Anpassung der Gewerbesteuerrückstellungen bzw. -aktivierungen teilweise Folge zu geben.

Neuberechnungen:**1. Gewinnermittlung** (Adaptierung von Tz. 26 des Betriebsprüfung-Berichtes v. 17. September 1998)

Jahr	1990	1991	1992
Gewinn, steuerpfl. lt. Betriebsprüfung	46,653.271,27	26,654.709,21	38,565.096,61
- Kürzung steuerfreie Substanzgewinne	336.542,00	691.606,00	4,655.525,00
= vorläufiger Gewinn	46,316.729,27	25,963.103,21	33,909.571,61
+ Anpassung Gewerbesteuer	42.500,00	87.000,00	570.000,00
Gewinn lt. Berufungsentscheidung	46,359.229,27	26,050.103,21	34,479.571,61
Gewinn w.o., gerundet	46,359.229,00	26,050.103,00	34,479.572,00

2. Gewinnverteilung analog Tz. 26 des Betriebsprüfungsberichtes

1990

Gesellschafter	insgesamt	E. GmbH	C. B.	C. B. als Erbin nach KR B.	H. B.	H. E. B.
Beteiligung in %	100	0,00	33,00	25,50	25,00	16,50
Gewinn lt. BV-Vergleich	47,262.197,27		15,705.065,10	12,138.050,30	11,900.049,32	7,854.032,55
- Vorweggewinn GmbH	20.000,00					
zu verteil. Gewinn	47,600.197,27		15,708.065,10	12,138.050,30	11,900.049,32	7,854.032,55
+ Vorweggewinn GmbH	20.000,00	20.000,00				
= Bilanzgewinn	47,620.197,27	20.000,00	15,708.065,10	12,138.050,30	11,900.049,32	7,854.032,55
- nichtabzugsfähige Kosten und Aufwendungen (<i>erhöht um steuerfreie Substanzgewinne</i>)	2,669.821,00		881.040,92	680.804,36	667.445,25	440.520,47
+ Anpassung Gewerbesteuer	42.500,00	---	14.025,00	10.837,50	10.625,00	7.012,50
+ Vergütungen gemäß § 23 EstG, unverändert	8,254.065,00	5,070.000,00	631.435,00		1,993.000,00	559.630,00
- Sonderbetriebsausgaben,						

unverändert	6.887.712,00	4.962.260,00	142.061,00		1.756.610,00	26.781,00
Einkünfte gem. § 188 BAO	46.359.229,27	127.740,00	15.330.423,18	11.468.083,44	11.479.609,07	7.953.373,58
Verteilung KEST, unverändert	867.356,00		286.227,00	221.176,00	216.839,00	143.114,00
Verteilung Einkünfte gem. § 37 EStG unverändert	258.817,00		85.410,00	65.998,00	64.704,00	42.705,00

1991

Gesellschafter	insgesamt	E. GmbH	C. B.	C. B. als Erbin nach KR B.	H. B.	H. E. B.
Beteiligung in %	100	0,00	33,00	25,50	25,00	16,50
Gewinn lt. BV-Vergleich	50.175.907,21					
- Vorweggewinn GmbH	20.000,00					
zu verteil. Gewinn	50.155.907,21		16.551.449,38	12.789.756,34	12.538.976,80	8.275.724,69
+ Vorweggewinn GmbH	20.000,00	20.000,00				
= Bilanzgewinn	50.175.907,21	20.000,00	16.551.449,38	12.789.756,34	12.538.976,80	8.275.724,69
- nichtabzugsfähige Kosten und Aufwendungen (<i>erhöht um steuerfreie</i>	27.059.501,00		8.929.635,33	6.900.172,76	6.764.875,25	4.464.817,67

<i>Substanzgewinne)</i>						
+ Anpassung Gewerbesteuer	87.000,00		28.710,00	22.185,00	21.750,00	14.355,00
+ Vergütungen gemäß § 23 EStG, unverändert	7.397.529,00	3.700.000, 00	680.038,00		1.993.000,00	1.024.491,00
- Sonderbetriebsausgaben, unverändert	4.550.832,00	3.580.360, 00	147.105,00		606.278,00	217.089,00
Einkünfte gem. § 188 BAO	26.050.103,21	139.640,0 0	8.183.457,06	5.911.768,58	7.182.573,55	4.632.664,02
Verteilung KEST, unverändert	323.740,00		106.834,00	82.554,00	80.935,00	53.417,00
Verteilung Einkünfte gem. § 37 EStG unverändert	70.578,00		23.291,00	17.997,00	17.645,00	11.645,00

1992

Gesellschafter	insgesamt	E. GmbH	C. B.	C. B. als Erbin nach KR B.	H. B.	H.. E. B.
Beteiligung in %	100		33,00	25,50	25,00	16,50
Gewinn lt. BV-Vergleich	62.581.885,61					

- Vorweggewinn GmbH	20.000,00					
zu verteilender Gewinn	62,561.885,61		20,645.422,25	15,953.280,83	15,640.471,40	10,322.711,13
+ Vorweggewinn GmbH	20.000,00	20.000,00				
= Bilanzgewinn	62,581.885,61	20.000,00	20,645.422,25	15,953.280,83	15,640.471,40	10,322.711,13
- nichtabzugsfähige Kosten und Aufwendungen (<i>erhöht um steuerfreie Substanzgewinne</i>)	31,665.356,00		10,449.567,48	8,074.665,78	7,916.339,00	5,224.783,74
+ Anpassung Gewerbesteuer	570.000,00	---	188.100,00	145.350,00	142.500,00	94.050,00
+ Vergütungen gemäß § 23 EstG, unverändert	7,673.773,00	3,670.000,00	717.901,00	-	2,030.722,00	1,255.150,00
- Sonderbetriebsausgaben, unverändert	4,680.731,00	3,593.830,00	161.989,00	-	602.932,00	321.980,00
Einkünfte gem. § 188 BAO	34,479.571,61	96.170,00	10,939.866,77	8,023.965,05	9,294.422,40	6,125.147,39
Einkünfte, w.o., gerundet	34,479.572,00	96.170,00	10,939.867,00	8,023.965,00	9,294.423,00	6,125.147,00
Verteilung KEst, unverändert	35.426,00	-	11.691,00	9.034,00	8.856,00	5.845,00

Verteilung Einkünfte gem. § 37 EStG unverändert	45.229,00	-	14.926,00	11.533,00	11.307,00	7.463,00
--	-----------	---	-----------	-----------	-----------	----------

3. Gewerbesteuerbeechnungen

	1990	1991	1992
Gewinn	46.359.229,00	26.050.103,00	34.479.572,00
Hinzurechnungen lt. Bericht	11.361.657,00	11.935.427,00	13.633.517,00
Kürzungen lt. Bericht	427.147,00	238.908,00	278.539,00
Gewerbeertrag	57.293.739,00	37.746.622,00	47.834.550,00
Steuermessbetrag	2.578.216,00	1.698.597,00	2.152.552,00
Hebesatz in %	321	320	310
Gewerbesteuer, gerundet	8.276.073,00	5.435.510,00	6.672.913,00

