



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Hofrätin Dr. Gabriele Krafft und die weiteren Mitglieder Hofrätin Dr. Monika Kofler, Mag. Michael Schiller und Susanne Fazekas über die Berufung der X_Versicherung AG, Adresse, vertreten durch Ernst & Young Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft m.b.H., 1220 Wien, Wagramerstraße 19, vom 11. September 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 1/23 vom 6. August 2008 betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich Umsatzsteuer 2002 und Umsatzsteuer 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

Entscheidungsgründe

Bei der X_Vers, Sparte Aktiengesellschaft, nunmehr X_Versicherung AG, in der Folge mit Bw. bezeichnet, fand in den Jahren 2007 und 2008 eine u.a. die Umsatzsteuer 2002 umfassende Betriebsprüfung statt.

Laut Punkt 1 der Niederschrift wurde unter dem Titel „Beratungsaufwendungen gemäß § 3a Abs. 10 Z 4 UStG 1994 – BANK-Aufwand“, festgestellt, die BANK AG Stadt berate die Bw. quartalsweise bei der Asset Allocation und der Auswahl der Investmentfonds (aus einem von der x zur Verfügung gestellten Fonds-Universum) für die vier durch die x vordefinierten Veranlagungsstrategien (konservativ, dynamisch, offensiv, spekulativ) indem Portfoliomanagementempfehlungen abgegeben würden. Ein Änderungsvorschlag (Switch)

werde vom Vorsitzenden des Vorstandes der X-Vers geprüft und frei gegeben. Danach werde die neue Verteilung von administrativen Mitarbeitern der x Holding AG in das EDV-System der x eingegeben und die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge würden automatisch generiert. Die Aufwendungen, die vom geprüften Unternehmen an die Schweizer Gesellschaft BANK AG, Stadt, bezahlt werden, stellten Beratungsaufwendungen im Sinne des § 3 a Abs. 10 Z 4 UStG 1994 dar und seien daher in Österreich der Umsatzsteuer zu unterziehen. Die Steuerschuld gemäß § 19 UStG 1994 erhöhe sich daher im Jahr 2002 um den Betrag von 25.564,60 €. Ab 2003 bestehe zwischen der x Holding AG (Organmutter) und der Bw. (Organtochter) eine umsatzsteuerliche Organschaft. Daher würden die Umsatzsteuerfeststellungen ab 2003 in der x Holding AG angeführt und verarbeitet.

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung, nahm das Verfahren betreffend Umsatzsteuer 2002 wieder auf und setzte die Umsatzsteuer in Höhe von 307.937,04 € fest. Die errechnete Abgabennachforderung von 25.564,60 € entspricht der auf die o.a. Leistung entfallenden Umsatzsteuer.

Gegen den Bescheid, mit welchem das Verfahren wieder aufgenommen wurde und gegen den Sachbescheid erhob die Bw. Berufung und beantragte, den Wiederaufnahmebescheid und den Umsatzsteuerbescheid aufzuheben und die Umsatzsteuer laut Erklärung festzusetzen. Weiters beantragte die Bw. die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat. Begründend führte die Bw. aus, sie biete ihren Anlegern unter anderem fondsgebundene Lebensversicherungen an. Bei diesen wähle der Anleger aus, welche Fonds seiner Lebensversicherung zugrunde gelegt werden sollten. Am Ende der Laufzeit erhalte der Anleger keine Geldsumme, sondern jene Fondsanteile, welche er seiner Lebensversicherung zugrunde gelegt habe. Für jene Anleger, die ihre Fondsauswahl nicht selbst vornehmen möchten, biete x vier „gemanagte Portfolios“ an, wobei je nach Risikofreudigkeit des Anlegers verschiedene Portfolios zur Auswahl ständen. Das Management dieser Portfolios werde nicht von x selbst durchgeführt, sondern an Dritte ausgelagert. Zu diesem Zwecke habe x im berufsgegenständlichen Jahr mit der in Deutschland ansässigen Y AG, in der Folge mit Y_kurz bezeichnet, eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen. x habe dabei das „Investmentuniversum“ vorgegeben, das heißt eine Liste von Investmentfonds, welche grundsätzlich für den Deckungsstock in Betracht kommen. Weiters seien verschiedene Anlagestrategien vorgegeben worden. Aus der durch den Anleger gewählten Strategie habe sich ergeben, in welche Art von Fonds beim gemanagten Portfolio grundsätzlich investiert werden sollte. Die Y_kurz sollte die optimale Veranlagung in den einzelnen Fonds dieses Investmentuniversums vornehmen (optimales Portfoliomanagement). Y_kurz habe laufend den Markt beobachtet und regelmäßige Portfolio-Umschichtungen

veranlasst. Bei einer derartigen Umschichtung („Switch“) sei es zu folgenden Schritten gekommen:

BANK avisiert den Switch.

Y_kurz erhält eine Liste der Fonds, die grundsätzlich für das jeweilige Portfolio zur Auswahl stehen.

x klärt intern, wann die Umschichtung in das x-interne Verwaltungssystem eingegeben werden kann.

BANK schickt die Switch-Übersicht mit der neuen Portfoliozusammensetzung und entsprechenden Kommentaren (Marktanalyse, Erläuterung der Umschichtung) an x.

Dabei werden die aktuelle Zusammensetzung des Portfolios (d.h. der prozentuelle Anteil jedes Fonds im Portfolio) und die vorzunehmenden Umschichtungen dargestellt). Insgesamt wird so die neue prozentuelle Portfoliozusammensetzung von BANK festgelegt.

Der Switch wird formal von x geprüft und freigegeben.

Eine administrative Mitarbeiterin von x gibt die neue Portfoliozusammensetzung in das System ein.

Das System ordert automatisch die erforderlichen Fondsanteile, um die neue Portfolioverteilung zu erreichen.

Die neue Portfoliozusammensetzung und der Switch-Kommentar werden veröffentlicht.

Im gegenständlichen Fall liege keine Beratungsleistung vor, da Y_kurz de facto die Veranlagungsentscheidungen getroffen habe. Von Beratungsleistungen könne nur ausgegangen werden, wenn unbezifferte Empfehlungen hinsichtlich Wertpapierveranlagungen abgegeben werden, und die konkreten Entscheidungen, die sich auf die Portfoliozusammensetzung auswirken, noch getroffen werden müssen. Treffe aber der externe Portfoliomanager de facto die Veranlagungsentscheidung, indem er bei der Erarbeitung seiner „Empfehlungen“ bereits die im Einzelfall geltenden Anlagebeschränkungen beachte und die Empfehlungen, ohne dass weitere inhaltliche Überlegungen angestellt werden müssten, unmittelbar in die Kauf- und Verkaufsentscheidungen einfließen, so liege keine Beratungsleistung vor. Vielmehr handle es sich diesfalls um eine Verwaltungsleistung, auch wenn die Leistung des Dritten aus rechtlichen Gründen als „Beratungsleistung“ bezeichnet werde und die formale Letztentscheidung über die Veranlagung vom Auftraggeber getroffen werde. Y_kurz habe derart bezifferte „Empfehlungen“ unter Beachtung der Veranlagungsbeschränkungen abgegeben, die es der Bw. ermöglichten, die „Empfehlung“ ohne weitere inhaltliche Überprüfung unmittelbar umzusetzen. Die finale Entscheidung über die Umsetzung der Empfehlungen müsse aus rechtlichen Gründen bei der Bw. verbleiben, sei jedoch rein formaler Natur. Es sei nie eine Anlageempfehlung der Y_kurz abgelehnt oder abgeändert worden. Bei der Bw. wären die

erforderlichen Experten nicht vorhanden, um eine inhaltliche Prüfung der Empfehlungen vorzunehmen. Die Eingabe der neuen Verteilung in das EDV-System stelle eine administrative Tätigkeit dar, die sicherstelle, dass die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge automatisch, basierend auf dem von Y_kurz vorgegebenen Umschichtungsplan generiert werden. Es sei seitens der Bw. keine Entscheidung hinsichtlich der Veranlagung mehr zu treffen, die weiteren Schritte erfolgten automatisch aufgrund der Empfehlungen. Die von Y_kurz erbrachte Leistung sei daher nicht als Beratungsleistung, sondern als Vermögensverwaltung zu qualifizieren, welche ihren Leistungsort nach § 3 a Abs. 12 UStG am Ort des Leistungserbringers in der Schweiz habe, weshalb es zu keiner Besteuerung in Österreich komme.

Selbst wenn man annehmen würde, dass der Leistungsort in Österreich liegen würde, käme es zu keiner Besteuerung, da die Verwaltung von Investmentfonds nach dem Investmentfondsgesetz gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i UStG von der Umsatzsteuer befreit sei. Im Hinblick auf die EuGH-Judikatur müsse die Veranlagungsform des „gemanagten“ Portfolios im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherungen gleich beurteilt werden wie das Management eines Dachfonds. Der Versicherungsnehmer erhalte bei Ablauf der vereinbarten Laufzeit nämlich grundsätzlich keine Barauszahlung sondern das jeweilige Portfolio, in welches im Zuge der fondsgebundenen Lebensversicherung investiert worden sei. Er trage ebenso wie der Investor eines Dachfonds das Veranlagungsrisiko. Der einzige Unterschied zum Direktinvestment in einen Dachfonds bestehe darin, dass das (sonst im Dachfonds befindliche) gemanagte Fonds-Portfolio „formal in eine Lebensversicherung eingebettet“ sei.

Soweit es sich um die Verwaltung der „gemanagten Portfolios“ handle, liege zwar keine Verwaltung eines Fonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes vor, es werde jedoch wirtschaftlich gesehen die gleiche Tätigkeit erbracht und befinde sich auch der Investor in einer ähnlichen Stellung. Weder aus Sicht des Dritten (Y_kurz) noch aus Sicht des Anlegers bestehe ein Unterschied zwischen dem Management von „gemanagten Portfolios“ im Rahmen fondsgebundener Lebensversicherungen und dem Management von Dachfonds, weshalb aus umsatzsteuerlicher Sicht in EU-konformer Interpretation für beide Leistungen die Umsatzsteuerbefreiung iSd „§ 6 Abs. 8 Abs. 1 lit. i“ (gemeint offenbar Abs. 1 Z 8 lit. i UStG) anwendbar sein müsse. Der EuGH habe in seinem Urteil *Abbey National*, Rs C-169/04 vom 4.5.2006 erkannt, dass all jene Verwaltungsleistungen, die spezifisch für Organismen zur gemeinsamen Geldanlage seien, als steuerfrei zu behandeln seien, um Kleinanlegern die Geldanlage in derartige Organismen zu erleichtern. In der Rechtsache *JP Morgan Fleming Claverhouse*, Rs C-363/05 vom 28.6.2007, habe der EuGH erkannt, dass es das Mehrwertsteuersystem nicht zulasse, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigten, bei der Erhebung der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden. Diese Aussage sei im konkreten Fall zur Aus-

legung des Begriffes „Sondervermögen“ getätigt worden. Art. 13 Teil B Buchstabe D Nr. 6 der Sechsten Richtlinie räume den Mitgliedstaaten zwar die Befugnis ein, nach ihrem innerstaatlichen Recht die Fonds zu definieren, die unter den Begriff des Sondervermögens fallen. Nach ständiger Rechtsprechung folge jedoch, dass diese Befugnis unter Beachtung der Ziele der EU-Richtlinienbestimmung ausgeübt werden müsse. Dazu müsse einerseits das mit der Befreiungsbestimmung verfolgte Ziel beachtet werden, welches darin bestehe, den Anlegern die Anlage über gemeinsame Organismen für Anlagen zu erleichtern. Andererseits verlange der Grundsatz der steuerlichen Neutralität, dass auch die Verwaltung von Sondervermögen, das nicht unter die OGAW-Richtlinie falle, steuerfrei sein müsse, wenn es sich um vergleichbare Anlageformen handle. Ein Investor einer fondsgebundenen Lebensversicherung mit gemanagtem Portfolio dürfe nicht schlechter gestellt werden als ein Investor eines Dachfonds. In EU-konformer Interpretation müsse daher von einer umsatzsteuerbefreiten Leistung gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i ausgegangen werden. Auch bei dieser Betrachtungsweise komme es zu keinem Übergang der Steuerschuld.

Die Großbetriebsprüfung Wien-Körperschaften führte in einer Stellungnahme dazu aus, der Außenprüfung seien folgende maßgeblichen Unterlagen vorgelegt worden: Eine Rechnung der BANK Stadt über den Zeitraum vom 1.7.2002 bis 31.12.2002 in Höhe von 63.911,49 € und eine Verbuchung auf dem „Konto 6565 Fund management fees“ unter der Bezeichnung „Beratung für den Zeitraum 1.1.2002 bis 30.6.2002“ in Höhe von 63.911,49 €; also insgesamt in Höhe von 127.822,98 €. Ausgehend von diesen Unterlagen ergebe sich bei Ansatz des Normalsteuersatzes von 20 % eine Nachforderung von 25.564,60 €. In der angeführten Rechnung werde als Zahlungsgrund Beratungshonorar 2. Halbjahr 2002 angegeben. Die Verrechnung sei aus der Großbetriebsprüfung nicht bekannten Gründen durch die BANK AG, Stadt, erfolgt, obwohl für den Verrechnungszeitraum eine Kooperationsvereinbarung mit der Y AG (in der Folge Y_kurz), einem Konzernunternehmen der BANK, bestanden habe. Die Kooperationsvereinbarung mit der Y_kurz sei im Oktober 1999 abgeschlossen worden und habe bis April 2003 gegolten, da zu diesem Zeitpunkt eine neue Vereinbarung mit der BANK AG unterfertigt worden sei. In der Kooperationsvereinbarung sei angeführt, dass die Y_kurz die x bei der Asset Allocation und der Auswahl der Investmentfonds für die gemanagten Fondspolizzen beraten werde und zwar in der Form, dass einmal pro Quartal eine schriftliche Stellungnahme zur aktuellen Markteinschätzung abgegeben werde, bei Änderungen ein Allocations- und Fondsselektionsvorschlag unterbreitet werde, das Management für die Portfolios auf Basis gewissenhafter fachlicher Beratung in Verantwortung der x durchgeführt werde. Als Beratungshonorar der Y_kurz für die gemanagten Fondspolizzen sei ein Fixbetrag von 300.000,00 DM **zuzüglich Mehrwertsteuer** für die erbrachten Leistungen vereinbart worden. Dazu sei anzuführen, dass eine Fixbetragsvereinbarung in der Regel für eine

Beratungsleistung spreche, während das Honorar in einem Vermögensverwaltungsvertrag im Normalfall in Abhängigkeit zum verwalteten Vermögen vereinbart werde.

Zwei Auskünfte des Steuerberaters „Europa Treuhand – Ernst & Young“ seien vorgelegt worden. In der älteren Auskunft werde die gegenständliche Leistung als Beratungsleistung qualifiziert, in der jüngeren Auskunft werde angeführt, dass es sich hier nicht um eine bloße Beratungsleistung handle, sondern um Portfoliomanagement. Es werde also in einer jüngeren Auskunft eine andere Schlussfolgerung gezogen, obwohl sich die Leistung seit Oktober 1999 nicht geändert habe. Gemäß der später eingefügten Rz 1017 der Umsatzsteuerrichtlinien gelte § 6 Z 28 UStG 1994 nicht mehr, wenn die Umsätze zwischen Unternehmen erbracht werden, bei denen ein Unternehmen seinen Sitz im Ausland habe, da dieser regelmäßig nicht überwiegend steuerbare begünstigte Umsätze erbringe.

Gemäß § 17a Versicherungsaufsichtsgesetz hätten Versicherungsunternehmen, die wesentliche Teile der Geschäftsgebarung (insbesondere Vertrieb, ... oder die Vermögensverwaltung) zur Gänze oder in wesentlichem Umfang mit sogenannten Ausgliederungsverträgen anderen Unternehmen übertragen, dies der FMA unverzüglich anzuzeigen bzw. bestimmte Voraussetzungen zu erfüllen. Um nicht unter diese Bestimmungen zu fallen, hätte sich die Bw. die Vermögensverwaltung vorbehalten müssen. Dies erfolge in der Form, dass der Vorsitzende des Vorstandes der Bw. jeden Änderungsvorschlag der BANK, Stadt, erst prüfen und danach freigeben könne. Ebenso sei mit der BANK, BANK, aus diesem Grund ein Beratervertrag geschlossen worden und kein „Vermögensverwaltungsvertrag“. Dazu werde in der Berufung ausgeführt, dass – nachdem diese Anlageempfehlung nie abgelehnt oder abgeändert worden sei – de facto eine Vermögensverwaltung vorliege. Dem sei entgegen zu halten, dass eine Beratungsleistung nur dadurch, dass sie immer befolgt werde, keine andere Leistung darstelle.

In der Berufung werde angeführt, dass es sich um bezifferte Empfehlungen handle, welche ohne weitere inhaltliche Überprüfung unmittelbar umzusetzen seien. Dem werde entgegen gehalten, dass die Empfehlung nur bestimmte Prozentsätze enthalte (wie zB in der Quartalsempfehlung vom Anfang 2006 beim Fidelity Funds – European Growth Fund im „offensiv“ gemanagten Portfolio eine Änderung des Fondsvolumens von bisher 5 % auf nun 6 % vorgeschlagen werde). Tatsächlich bezifferte Kauf- und Verkaufsaufträge entstanden erst in der Bw.. Vorausgesetzt der Vorsitzende des Vorstandes schließe sich dem Vorschlag der Y_kurz an, werde dieser Änderungsprozentsatz in die EDV der Bw. eingegeben. Erst dadurch könnten tatsächliche bezifferte Verkaufs- oder Kaufaufträge erstellt werden, die genaue Beträge enthielten (zB 100 Stk. Fondsanteile in Höhe von 35.000,00 € an dem Fonds Fidelity Funds – European Growth Fund seien zu kaufen, weil diese Angabe die Erhöhung um 1 % des Fondsvolumens ausmache). Die Höhe des zu veranlagenden Fondsvolumens ändere sich fast

täglich durch neu hinzukommende oder wieder aufgelöste Lebensversicherungen, diese Änderungen seien nur der Bw. bekannt. Die Bezifferung der Verkaufs- und Kaufempfehlung erfolge nach Meinung der Betriebsprüfung somit erst in der Bw., denn eine externe Fondsvertriebsstelle könne nur mit der Angabe eines Prozentsatzes nichts anfangen. In dem in der Berufung angeführten Artikel werde über den Unterschied zwischen Beratungsleistung und Vermögensverwaltung unter Beachtung des EU-Rechts abgesprochen. Hier würden unter „Punkt IV. Ausgelagerte Verwaltungsleistungen im Wertpapierfonds“ drei unterschiedliche Fallkonstellationen angeführt.

Fall 1 beziehe sich auf das Sammeln finanzwirtschaftlicher Informationen. Solche Dienstleistungen seien laut EuGH keine befreiten Umsätze, da sie nicht die Verwaltung eines Investmentvermögens zum Inhalt hätten.

Fall 2 beziehe sich auf die Erarbeitung von Kauf- und Verkaufsempfehlungen, wobei zwei Formen der Auslagerung unterschieden würden. Unbezifferte Empfehlungen könnten zum Inhalt haben, Aktien von genau bezeichneten Emittenten zu kaufen oder zu verkaufen. In diesem Fall müssten die konkreten Entscheidungen erst noch getroffen werden. Diesfalls liege nach Ansicht des Autors eine Beratungsleistung vor.

Im Fall der Bw. erhalte diese von der Y_kurz Mitteilungen darüber, in welchen Prozentsatz das vorhandene Portfolio zu ändern sei. Die tatsächlichen Kauf- und Verkaufsbeträge würden erst durch die EDV-Eingabe der Prozent-Empfehlungen ermittelt, weil erst da die geänderten Werte mit den vorhandenen Volumen an zu veranlagenden Vermögen zum Änderungsstichtag verglichen würden. Dieser Fall liege gegenständlich vor.

Im Fall 3 nämlich bei bezifferten Empfehlungen werde der Dritte börsetäglich über den Bestand des Fondsvermögens (der sich durch Ausgabe und Rücknahme von Anteilen ändern könne) informiert. Ebenso werde der Dritte über die bereits ausgeschöpften Anlagegrenzen informiert. Bei einer solchen Gestaltung sei gemäß dem Artikel der Dienstleister unmittelbar an den Wertpapiergeschäften beteiligt. Er treffe faktisch die Kauf- oder Verkaufsentscheidung. In diesem Fall liege eine steuerfreie Vermögensverwaltung eines Investmentfonds vor. Im Fall der Bw. würde dieser Anwendungsfall bedingen, dass Informationen darüber, wie viele Prämien die Bw. zu veranlagen habe bzw. Informationen darüber, welche Verträge in welcher Prämienhöhe dazu gekommen bzw. weggefallen seien, weiter gegeben werden. Die Y_kurz/BANK, Stadt, erhalte laut Sachverhaltsdarstellung der Bw. eine Liste der Fonds (Fondsuniversum) und kenne die Zusammensetzung dieser in den einzelnen gemanagten Portfolios in Prozent. Es würden allerdings keine Informationen über das gesamte zu veranlagende Vermögen, das durch die Prämienzahlungen der Versicherungskunden vorhanden sei, weiter gegeben. Daher könnten auch keine bezifferten Verkaufs- bzw. Kaufempfehlungen von der Y_kurz an die Bw. erbracht werden.

Die Befreiung nach § 6 Abs. 1 8 lit. i UStG komme nicht zum Tragen, weil es sich bei der Bw. um eine Lebensversicherungsgesellschaft handle, die unterschiedliche Portfolios anbiete. In der angeführten Befreiung sei jedoch gefordert, dass Leistungen im Rahmen des Investmentgeschäftes durch Unternehmen erfolgten, die jeweils eine Konzession für dieses Geschäft besitzen. Weiters sei die Verwaltung von Kapitalanlagefonds gemäß § 3 Abs. 3 Investmentfondsgesetz befreit. Bei der Bw. liege jedoch kein dieser Bestimmung entsprechender Kapitalanlagefonds bzw. kein Unternehmen mit entsprechender Konzession vor.

Die Großbetriebsprüfung ging daher abschließend nach dem Gesamtbild der Verhältnisse weiterhin vom Vorliegen einer Beratungsleistung aus.

Zur Stellungnahme der Betriebsprüfung gab die Bw. eine Gegenäußerung ab und führte aus, dass die Kooperationsvereinbarung zwischen x und Y_kurz 1999 geschlossen worden sei.

Y_kurz und BANK hätten schon länger kooperiert und Y_kurz sei später von BANK übernommen worden. Im Jahr 2002 sei x schon von der BANK, Stadt, betreut worden, das Vertragswerk mit BANK aber noch verhandelt worden. Anfang 2003 sei die Kooperationsvereinbarung zwischen x und der BANK abgeschlossen worden.

Der Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Bw. und der Y_kurz entspreche im Wesentlichen jenem mit der BANK. Inhaltlich läge de facto eine Vermögensverwaltungsleistung vor.

Aus versicherungsrechtlichen Gründen sei es erforderlich gewesen, den Vertrag formell nicht als Vermögensverwaltungsvertrag sondern als Beratungsvertrag zu bezeichnen. Abgabenrechtlich komme es auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes an.

Die Feststellung der Großbetriebsprüfung, eine Fixbetragsvereinbarung würde in der Regel für eine Beratungsleistung sprechen, sei nicht nachvollziehbar. Beratungsleistungen würden in der Praxis großteils nach Zeitaufwand abgerechnet und nicht als fixe Pauschale.

Vermögensverwaltungen mögen zwar gegenüber privaten Anlegern häufig als prozentueller Satz vom verwalteten Vermögen berechnet werden, es gebe bei Verwaltungsverträgen aber auch andere Formen von Gebührenvereinbarungen. Die mit Y_kurz vereinbarte jährliche Pauschale werde von Zeit zu Zeit angepasst, womit die Möglichkeit bestehe, bei steigendem Volumen eine Steigerung der Verwaltungsgebühr zu verhandeln. Aus dieser Gebührenvereinbarung könne für die Einstufung der Tätigkeit nichts gewonnen werden.

Die ursprüngliche Auskunft des Steuerberaters aus dem Jahr 1999 habe sich nur auf die Anwendung der so genannten Zwischenbankbefreiung bezogen. Aufgrund der Anwendbarkeit der Zwischenbankbefreiung hätte ohnehin von einer Steuerfreiheit ausgegangen werden können. Die Qualifizierung der Leistung sei nicht von Bedeutung gewesen und nicht näher analysiert bzw. hinterfragt worden.

Die von der Großbetriebsprüfung angeführten gesetzlichen Beschränkungen erklärten, warum die Leistung im Vertrag mit Y_kurz als „Beratungsleistung“ bezeichnet werde. Zum Vorbringen der Betriebsprüfung, dass eine Beratungsleistung nur dadurch, dass sie immer befolgt werde, keine andere Leistung darstelle, sei zu entgegnen, dass es in der Einstufung der Leistung einen Unterschied mache, wer de facto die Entscheidung treffe. Jemand, der sich beraten lasse, werde den Ratschlag prüfen und dann entscheiden. Jemand, der einen Verwalter beauftrage, werde sich auf dessen Entscheidungen verlassen. Die aus versicherungsrechtlichen Gründen erforderliche „Letztentscheidung“ durch x stelle kein derartiges „Prüfen und Entscheiden dar“, sondern einen rein formalen Akt, welcher der Umsetzung der „vom Verwalter entschiedenen Portfoliozusammensetzung“ diene. Die Bw. habe keine personellen Ressourcen, um selbst die Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen.

Betreffend die Ausführungen der Großbetriebsprüfung hinsichtlich der bezifferten Empfehlung führte die Bw. aus, in der zitierten Literatur würden als Beispiele für unbezifferte Empfehlungen generelle Empfehlungen, wie zB Aktien statt Anleihen oder eine Über- bzw. Untergewichtung von Aktien genannt. Weiters falle die Empfehlung, bestimmte Arten von Wertpapieren zu erwerben oder zu verkaufen in diese Kategorie. x müsse nicht erst überlegen, wie viel Geld sie in die empfohlenen Titel investieren wolle, da sich dies aus der Prozentangabe, umgelegt auf den Fonds, rechnerisch bereits eindeutig ergebe. Es würden bei der Bw. von einem administrativen Mitarbeiter die von Y_kurz mitgeteilten Prozentsätze in das EDV-System eingegeben und daraus generiere das System automatisch die zu tätigen Kauf- und Verkaufsaufträge, ohne dass hier seitens der Bw. irgendeine inhaltliche oder betragsmäßige Entscheidung getroffen werden müsste. Schon aus diesem Grund liege eine bezifferte Empfehlung vor. In der Literatur werde argumentiert, dass bei „bezifferten Empfehlungen“ die geforderte Streuung des Fondsvermögens durch den Dritten berücksichtigt werde, somit brauche sich der Leistungsempfänger keine Gedanken mehr über die ausreichende Streuung des Fondsvermögens zu machen. Auch dieses Erfordernis sei durch Angabe der jeweiligen Prozentangaben durch die Y_kurz erfüllt, da die Empfehlungen den vordefinierten Anlagestrategien der Bw. entsprechen müssten. In dem Fachartikel werde unter dem Punkt „bezifferte Empfehlungen“ auf die vorliegende Fallkonstruktion Bezug genommen: ... *„Eine formelle Auslagerung von Entscheidungen wurde aber aufsichtsrechtlich nicht für zulässig gehalten. Die KAG behelfen sich damit, dass sie sich vom Dienstleister Empfehlungen geben lassen ... in dessen Rahmen nehmen die KAG qualifizierte Anlageberater in Anspruch; das Fondsmanagement der KAG vertraut alleine auf deren Expertise und entscheidet ausschließlich auf Grundlage dieser Vorgaben. Bei einer solchen Gestaltung ist der Dienstleister unmittelbar an den Wertpapiergeschäften der KAG beteiligt. Faktisch ist er es, der die Kauf-*

oder Verkaufsentscheidung trifft und dadurch auf Bestand und Zusammensetzung des Sondervermögens einwirkt" ... Genau diese Konstellation liege auch im vorliegenden Fall vor. Die Tätigkeit der Y_kurz gehe über eine bloße Beratung weit hinaus; faktisch treffe die Y_kurz die Kauf- oder Verkaufsentscheidungen. Damit liege keine Beratungs-, sondern eine Vermögensverwaltungsleistung vor.

Zur Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. a UStG führte die Bw. aus, die Großbetriebsprüfung bringe vor, dass die Befreiung nicht zur Anwendung komme, da es sich bei der Bw. um eine Lebensversicherungsgesellschaft handle. Die Befreiung komme jedoch nur für Unternehmen zur Anwendung, die eine Konzession für dieses Geschäft besäßen oder die Verwaltung von Kapitalanlagefonds gemäß § 3 Abs. 3 InvFG betrieben. Hiezu wiederhole die Bw. ihr Berufungsvorbringen. Art 13 Teil B Buchst. D Nr. 6 der Sechsten Richtlinie räume den Mitgliedstaaten zwar die Befugnis ein, nach ihrem innerstaatlichen Recht die Fonds zu definieren, die unter den Begriff des Sondervermögens fallen, nach ständiger Rechtsprechung folge jedoch, dass diese Befugnis unter Beachtung der Ziele der EU-Richtlinienbestimmung ausgeübt werden müsse. Dazu müsse einerseits das mit der Befreiungsbestimmung verfolgte Ziel beachtet werden, welches darin bestehe, den Anlegern die Anlage über gemeinsame Organismen für Anlagen zu erleichtern, andererseits verlange der Grundsatz der steuerlichen Neutralität, dass auch die Verwaltung von Sondervermögen, das nicht unter die OGAW Richtlinie falle, steuerfrei sein müsse, wenn es sich um vergleichbare Anlageformen handle. Nach Ansicht der Bw. könne unter Beachtung dieser vom EuGH aufgestellten Grundsätze ein Investor einer fondsgebundenen Lebensversicherung mit gemanagtem Portfolio nicht schlechter gestellt werden als ein Investor eines Dachfonds.

Der Unabhängige Finanzsenat hielt der Bw. Folgendes vor:

„Bei der Bw. handelt es sich um kein Unternehmen, welches eine Konzession für die im § 3 a Abs. 10 Z. 4 UStG angeführten Geschäfte besitzt. Die Bw. erbringt vielmehr Versicherungsumsätze. Diese unterliegen anderen gesetzlichen Bestimmungen. Selbst wenn das angebotene Produkt der fondsgebundenen Lebensversicherung Elemente enthält, die einer Kapitalveranlagung vergleichbar sind, liegt doch keine mit wirtschaftlichem Eigentum gleichzusetzende Beteiligung an einem Investmentfonds bzw. Dachfonds vor.

Die in der Berufung aufgestellte Behauptung, wonach der Versicherungsnehmer bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit „grundsätzlich“ keine Barauszahlung erhält, sondern das Portfolio, in welches investiert wurde, ist aufgrund der im Arbeitsbogen der Betriebsprüfung vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehbar. Einem im Akt erliegenden Versicherungsvertrag mit den Versicherungsbedingungen von X-Vers AG, Sparte-Aktiengesellschaft (Stand: 1.10.2007) – Bez ist unter Punkt 2.2. zu entnehmen, dass die Übertragung der diesem Vertrag zurechenbaren Fondsanteile nicht

möglich ist. Es wird ein Wert zu einem bestimmten Stichtag ausbezahlt. Dies ist auch aus Unterlagen über bereits abgewickelte Verträge, welche die Betriebsprüfung in Kopie zum Akt genommen hat, zu ersehen. Unter Punkt 8.1. der Versicherungsbedingungen wird festgehalten, dass die Versicherungsleistungen als Geldleistungen erbracht werden.

*Wie sich den Musterversicherungsbedingungen entnehmen lässt, werden unterschiedliche Versicherungsprodukte (zB mit Kapitalgarantie, mit Höchststandsgarantie etc.) angeboten. Im Fall einer Kapitalgarantie ist die Risikotragung durch den Versicherungsnehmer gegenüber Beteiligten an einem Fonds atypisch eingeschränkt. Im Falle eines Rückkaufes müssen Abschläge hingenommen werden. Werden bestimmte, verhältnismäßig lange Fristen eingehalten, kommt es zu einer steuerlichen Begünstigung des Versicherungsnehmers, im Falle eines Rückkaufes zu einer Nachversteuerung. Eine Übertragung der Anteile ist nicht möglich. Auch im Fall einer Beteiligung an ausschüttenden Fonds erlangt der Versicherungsnehmer keine Verfügungsmacht über die ausgeschütteten Erträge. Diese werden vielmehr wieder investiert. Während Kapitalanlagegesellschaften die Kosten für die Verwaltung tragen, **erhält** die Bw. laut Vertrag mit den Kapitalanlagegesellschaften eine Bestandsprovision und **bezahlt keine** Depotgebühr.*

Eine Gegenüberstellung von Verträgen, bei welchen der Versicherungsnehmer sich von vornherein für bestimmte Fondsanteile entscheidet und von Verträgen, bei denen die Bw. Umschichtungen vornimmt, ist bisher noch nicht erfolgt. Es wird auch anhand der im Akt erliegenden Unterlagen davon ausgegangen, dass die Kosten des von der Bw. angenommenen Portfoliomanagements im Verhältnis zur Prämie gering sind und den Versicherungsnehmern gegenüber nicht ziffernmäßig offen gelegt wurden, sodass insgesamt vom Vorliegen eines Versicherungsproduktes ausgegangen werden kann. Bei Verträgen mit Elementen verschieden zu beurteilender Umsätze ist umsatzsteuerlich zu beurteilen, welche Elemente das Wesen des Umsatzes prägen, wenn nicht eine Trennung erfolgen kann. (Prinzip der Einheitlichkeit der Leistung). Im Hinblick auf die Geringfügigkeit der Kosten und die mangelnde Offenlegung geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass die Umsätze nicht zu trennen sind und die Vermögensverwaltung als Nebenleistung zu beurteilen ist, die nur das angebotene Produkt abrundet. Ein reines Anlageprodukt liegt daher nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht vor.

Die Bw. hat keinen tatsächlichen Vergleich ihrer Produkte mit von Kapitalanlagegesellschaften vertriebenen Produkten vorgenommen. Ein Gleichsetzen der von der Bw. angebotenen Versicherungsverträge in der fondsgebundenen Lebensversicherung mit Anteilen an Kapitalanlagegesellschaften im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise würde eine fundiertere Auseinandersetzung mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden voraussetzen, als dies bisher erfolgt ist. Ein Vergleich könnte anhand von jeweils im Berufszeitraum ver-

wendeten Prospekten oder abgeschlossenen Verträgen erfolgen (im Akt erliegt lediglich ein von der Betriebsprüfung eingesehener Vertrag vom 5.10. 2007, welcher nach Ergehen des OGH-Beschlusses vom 20.6.2007, 7 Ob 82/07 w abgeschlossen worden ist).

Die tatsächlich von der Y_kurz bzw. BANK zugekaufte Leistung ist nach vorläufiger Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht als Vermögensverwaltung zu beurteilen.

Zum einen haben die Y_kurz bzw. die BANK die in Betracht kommenden Vermögenswerte nicht selbst ausgewählt, diese wurden vielmehr von x im Rahmen des so genannten „Investment-Universums“ vorgegeben (auf der aktuellen Web-Site von x.at findet sich zu x Portfolios folgende Beschreibung: „Die x Portfolios sind für jene Anleger bestimmt, die ihre Fondsauswahl nicht selbst vornehmen wollen. Es stehen Ihnen 6 Veranlagungsstrategien von konservativ bis spekulativ zur Auswahl. Hier können Sie sich auf das umfassende Know-How internationaler Investmentspezialisten der x-Gruppe und das strenge 4P-Prinzip von x bei der Fondsauswahl verlassen“). Die Auswahl des „Investment-Universums“ und die Vorgabe einer Streuung hat auf die Entwicklung des Vermögens einen mindestens ebenso großen möglichen Einfluss wie die Allocation innerhalb dieses Rahmens. Selbst wenn daher die Vorschläge der Vertragspartner eins zu eins umgesetzt werden, kann nicht von einer Auslagerung der Verwaltung von Vermögen ausgegangen werden.

Eine laufende Wartung der Versicherungsverträge fand seitens der Y_kurz bzw. der BANK nicht statt. Die laufenden Anpassungen erfolgen durch die Bw., wobei Vertragsanpassungen (Wechsel der Strategie) auf Wunsch des Kunden möglich waren. Die Vertragspartner der Bw. kannten daher das Volumen des nach Ansicht der Bw. von ihnen „verwalteten“ Vermögens nicht. Dieses war ständigen Anpassungen unterworfen, weil laufend Verträge ausgeschieden (durch Eintritt des Versicherungsfalles, Ablauf und Rückkäufe) bzw. angepasst wurden und neue hinzukamen.

Die Vertragspartner gaben der Bw. gegenüber lediglich quartalsmäßig eine schriftliche Stellungnahme zur aktuellen Markteinschätzung ab und unterbreiteten bei Änderung der Allocation oder Selektion einen Allocations- und Fondsselektionsvorschlag. Die Markteinschätzung und der Allokationsvorschlag wurden vierteljährlich bzw. halbjährlich mündlich in einer Sitzung erörtert. Darüber hinaus stellten die Vertragspartner eine Person für Sales-Veranstaltungen der Bw. zur Verfügung. Die Kosten dafür waren im Honorar inbegriffen. Darüber hinaus wurden gewisse Marktanalysen zur Verfügung gestellt, die bei der Beratung der Kunden verwendet werden durften. Punkt 1.4 der Vereinbarung mit der BANK AG hielt Folgendes fest: „Die BANK Leistungen umfassen lediglich die Beratungstätigkeit sowie die auf Wunsch von x zur Verfügung gestellten BANK Analysen. Die Entscheidung, ob die BANK-Empfehlungen berücksichtigt werden, liegt allein bei x. Die BANK tritt im Verhältnis zwischen

der x und ihren Kunden nicht auf, doch dürfen beide Parteien auf die im Rahmen dieses Vertrages von der BANK geleistete Beratungstätigkeit gemäß § 1.5 verweisen." Aktuellen, im Internet abrufbaren Informationen zu x Portfolios ist ein Hinweis „advised by BANK " zu entnehmen. Die von der Bw. behaupteten „Verwaltungskosten" sind als Kalkulationsbestandteil in die Versicherungsprämie eingegangen. Versicherungsprodukte werden nicht auf demselben Markt angeboten wie Fondsanteile, weshalb die von der Bw. behauptete umsatzsteuerliche Analogie zu Veranlagungsprodukten nicht offensichtlich ist.

Das für die erbrachten Leistungen verrechnete Honorar wurde in einem Pauschalbetrag ausbezahlt und diente der Abgeltung verschiedener Leistungen, die auch die Imagepflege umfassten. Die Teilnahme der von den Vertragspartnern zur Verfügung gestellten Personen an Sales-Veranstaltungen der Bw. hatte nicht im Entferntesten etwas zu tun mit der Verwaltung des Vermögens der Versicherungsnehmer und diente den Eigeninteressen der Bw.. Es handelte sich um typische Kosten des Vertriebes. Eine Trennung der Leistungen ist aufgrund des einheitlich verrechneten Entgeltes nicht möglich. Nach außen hin wurde der Eindruck erweckt, dass die BANK lediglich Beratungsleistungen erbringt (arg.: „advised by BANK"). Dieser Eindruck wurde nicht nur den Behörden sondern auch den Versicherungsnehmern gegenüber erweckt. Insgesamt herrschte der Eindruck vor, dass eine Beratungsleistung erbracht wurde. Die gegenteilige Argumentation lässt sich nur damit erklären, dass das Entstehen einer Umsatzsteuerschuld vermieden werden soll."

Die Bw. führte dazu in einer Stellungnahme ergänzend aus, dass im Hinblick auf Art. 13 Teil B Buchst. D Nr. 6 der Sechsten Richtlinie in Verbindung mit der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) durch die Richtlinie gewährleistet werden solle, dass die Entscheidung eines Anlegers zwischen unmittelbarer Geldanlage in Wertpapieren oder mittelbarer Anlage in Investmentfonds nicht beeinflusst werde. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität verlange, dass auch die Verwaltung von Sondervermögen, das nicht unter die OGAW-Richtlinie falle, steuerfrei sein müsse, wenn es sich um vergleichbare Anlageformen handle.

Nach diesen vom EuGH aufgestellten Grundsätzen dürfe ein Investor einer fondsgebundenen Lebensversicherung mit gemanagtem Portfolio nicht schlechter gestellt werden als ein Investor eines Dachfonds, ohne dass diese Ungleichbehandlung unionsrechtswidrig wäre. Der Versicherungsnehmer der „gemanagten" fondsgebundenen Lebensversicherung habe eine vergleichbare Stellung wie der Investor eines Dachfonds. Er könne sich am Ende der Laufzeit anstelle des Geldbetrages jene Fondsanteile, in die er im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung investiert hat, „ausbezahlen lassen". Lediglich bei Vertragsabschlüssen ab dem Jahr 2007 werde dem Anleger jedenfalls der Geldbetrag ausbezahlt. Auch bei Veranlagung in einen Dachfonds werde dem Anleger letztlich Geld ausbezahlt.

Der einzige Unterschied zwischen Dachfonds und Lebensversicherung in dieser Hinsicht sei, dass die Laufzeit bei Veranlagung in eine „gemanagte“ fondsgebundene Lebensversicherung vorgegeben sei, bei einem Dachfonds hingegen der Anleger selbst über die Ablaufzeit entscheide.

Der einzige Unterschied zum Direktinvestment in einen Dachfonds bestehe darin, dass das Fonds-Portfolio formal in eine Lebensversicherung eingebettet sei. Ein Anleger könne sein Risiko auch bei der Veranlagung in einen Fonds minimieren, indem er einen Fonds mit Kapitalgarantie wähle (sog. Garantiefonds).

Auch bei einer Veranlagung in einen Dachfonds seien Spesen zu entrichten. Eine Übertragung der Anteile per se sei nicht möglich, jedoch sei „die Versicherung übertragbar“. Im Fall eines Dachfonds könne auch nur der Anteil am Dachfonds übertragen werden und nicht die „Unterfonds“. Im Rahmen der Veranlagung in „gemanagte“ fondsgebundene Lebensversicherungen ergebe sich aus den Versicherungsbedingungen, dass der Kunde bei ausschüttenden Fonds Ausschüttungen/Erträge der Investmentfonds seinem Vertrag gemäß den Versicherungsbedingungen gutgeschrieben erhalte, welche dann in die gewählten Fonds/Portfolios investiert würden.

Die Kosten der Verwaltung eines Investmentfonds würden im Regelfall auch nicht von den KAG getragen, sondern dem Fondsvermögen angelastet. Die Bw. verrechne die Kosten der Versicherungsvertragsverwaltung (und damit auch die Kosten für das Portfoliomanagement) den Versicherungsverträgen. Die Bw. erhalte prinzipiell für ihre Bestände an Investmentfonds von Fondsgesellschaften eine marktübliche Bestandsprovision, da im vorliegenden Fall keine Vermittler tätig würden sondern institutionelle Anleger, welche die Provision an Vermittler statt bekommen. Diese Art von Bestandsprovision erhielten Vermittler auch bei Investmentfonds im Regelfall für die jeweiligen Kundenbestände unabhängig davon, ob die Bestände im Rahmen einer Vermögensverwaltung gemanagt werden oder durch Einzelkundenkäufe erfolgten. Bei einigen Depotlagerstellen für Fonds entrichte die Bw. Depotgebühren. In beiden Fällen werde also die Provision dem Fondsvermögen „angelastet“. Wie auch ein Dachfonds investiere der Anleger im Rahmen des gemanagten Portfolios in Aktienfonds, Anleihenfonds bzw. einzelne Wertpapiere.

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise verlange das Management eines Dachfonds genau die gleiche Tätigkeit wie das Management eines „gemanagten“ Portfolios einer fondsgebundenen Lebensversicherung auch wenn die Verwaltung des „gemanagten“ Portfolios formal keine Verwaltung eines Fonds iSd Investmentfondsgesetzes darstelle. In beiden Fällen werde nicht allgemein der Kauf von Wertpapieren, sondern der Kauf eines oder mehrerer Wertpapiere in einer bestimmten Stückzahl unter Berücksichtigung der vom Anleger gewünschten Anlagestrategie, seiner Anlageziele, seiner verfügbaren Mittel und der Zusammensetzung des

jeweiligen Wertpapiervermögens vorgenommen.

Da kein Unterschied zwischen dem Management von „gemanagten“ Portfolios im Rahmen fondsgebundener Lebensversicherungen und dem Management eines Dachfonds bestehe, müsse aus umsatzsteuerlicher Sicht in unionskonformer Interpretation für beide Leistungen die Umsatzsteuerbefreiung iSd § 6 Abs. 8 Z 1 lit i anwendbar sein.

Die von Y_kurz/BANK erbrachte sonstige Leistung sei nicht als Beratungsleistung sondern als Vermögensverwaltung einzustufen, deren Leistungsort sich nach geltendem Recht im berufsgegenständlichen „Zeitpunkt“ in der Schweiz befinde und in Österreich nicht steuerbar sei.

Die Auswahl der konkreten Vermögenswerte erfolge durch Y_kurz/BANK selbst. x gebe lediglich das „Investment-Universum“ vor, also eine Liste von Investmentfonds, welche grundsätzlich für die Veranlagung durch die Dachfonds sowie für den Deckungsstock der fondsgebundenen Lebensversicherungen in Betracht kämen. Der Anleger könne aus vier von x vorgegebenen Anlagestrategien wählen, woraus für Y_kurz/BANK erkennbar sei, in welche der möglichen Investmentfonds je nach Anlagestrategie veranlagt werden könne. Die Auswahl der im Rahmen der Anlagestrategie geeigneten Investmentfonds nehme Y_kurz/BANK vor, welche für ein optimales Portfoliomanagement zuständig sei. Die Zusammensetzung der Portfolios basiere auf der Einschätzung der Finanzmärkte sowie der Ertragsaussichten einzelner Fonds seitens Y_kurz/BANK.

Beim Kundenvertrag mit gemanagten Portfolio würden Umschichtungen gemäß den Vorgaben des Portfoliomanagers durchgeführt. Seit 2011 sei BANK nicht mehr für die gemanagten Portfolios zuständig. Das Fondsmanagement erfolge nunmehr innerhalb der x-Gruppe durch die x_z GmbH, deren Mitarbeiter bisher vorwiegend in der Vermarktung eigener Fondsprodukte tätig gewesen wären sowie bei der Definition der dem externen Fondsmanager vorgegebenen Investmentuniversen.

Es sei Ausfluss des versicherungsrechtlichen Erfordernisses, dass die formale Letztentscheidung über die Veranlagung durch x erfolgen müsse, diese sei jedoch „rein formaler Natur“. In der Vergangenheit sei nie eine Anlageempfehlung der Y_kurz/BANK abgelehnt oder abgeändert worden. Dieser Formalakt könne keinesfalls mit einem „Prüfen und Entscheiden“ gleichgesetzt werden. Es sei der letzte, formal erforderliche Schritt für die Umsetzung der „von Y_kurz/BANK entschiedenen Portfoliozusammensetzung“.

Selbst wenn aus versicherungsrechtlichen Gründen von „Investmentspezialisten der x-Gruppe“ die Rede sei, müsse abgabenrechtlich der wahre wirtschaftliche Gehalt der Leistungsbeziehung ausschlaggebend sein. x habe keine personellen Ressourcen gehabt, um selbst eine Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen. Die Auffassung des UFS, wonach keine Auslagerung der Vermögensverwaltung

erkennbar sei, da die Auswahl des „Investment-Universums“ und die Vorgabe einer Streuung auf die Vermögensentwicklung einen mindestens ebenso großen Einfluss wie die „Allocation“ innerhalb eines Rahmens selbst habe, sei nicht nachvollziehbar. Y_kurz/BANK übernehme inhaltlich die Aufgabe der Vermögensverwaltung und entscheide innerhalb eines vorgegebenen Rahmens darüber, welche Wertpapiere zu welchem Zeitpunkt in welcher Zusammensetzung gekauft werden. Die „Investment-Universen“ seien lediglich Ausdruck möglicher Risikokategorien. Dadurch würde lediglich die Information vermittelt, welche Risikobereitschaft die Anleger verfolgten.

Die Entwicklung der „Investment-Universen“ seitens x sei auch aus Werbe- und Verkaufsgründen erforderlich gewesen, um Produkte für potentielle Kunden der jeweiligen Kategorien auf dem Markt zu positionieren. Die Vorgabe der Risikokategorien sei nicht Ausdruck der Beteiligung an der Investmententscheidung durch x sondern Mittel zum Zweck für die übersichtliche Darstellung möglicher Veranlagungsformen für Anleger. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise schmälere die Vorgabe der Risikokategorien nicht die Vermögensverwaltungsleistung der Y_kurz/BANK

Dass der wesentliche Anteil an der Vermögensentwicklung Y_kurz/BANK zuzurechnen sei, ändere sich auch nicht dadurch, dass Anpassungen der fondsgebundenen Lebensversicherungen in administrativer Hinsicht durch Mitarbeiter von x erfolgten. Die Eingabe neuer Verteilungen in das EDV-System stelle lediglich sicher, dass die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge automatisch aufgrund des vorgegebenen Umschichtungsplans generiert würden. Eine „Wartung der Versicherungsverträge durch BANK“ erfolge somit durch die regelmäßige Übermittlung der neuen Zusammensetzungen der Portfolios und damit der Veranlagung der Kundenmittel. Administrative Tätigkeiten wie Prämienbuchungen oder Wertberechnungen seien durch Mitarbeiter der Bw. erfolgt. BANK sei von der Bw. laufend über die Höhe des verwalteten Vermögens unterrichtet worden.

Die Bw. wies darauf hin, dass die Unionsrechtskonformität einer „entsprechenden Ungleichbehandlung offenbar auch vom deutschen BFH angezweifelt“ werde, weshalb er das zugrundeliegende Verfahren ausgesetzt und dem EuGH vorgelegt habe. Im Ausgangssachverhalt habe eine Kapitalanlagegesellschaft (KAG), die einen Publikumsfonds als Sondervermögen nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) verwaltet habe, ein Beratungsunternehmen, das selbst keine KAG ist, beauftragt, sie bei der Verwaltung des Fondsvermögens zu beraten. Das Beratungsunternehmen habe laut Anlageberatungsvertrag unter ständiger Beobachtung des Fondsvermögens Empfehlungen für den Kauf oder Verkauf von Vermögensgegenständen zu erteilen und dabei den Grundsatz der Risikomischung sowie die gesetzlichen Anlagebeschränkungen und die Anlagebedingungen zu berücksichtigen. Das Beratungsunternehmen habe als Vergütung einen vom Wert des Sondervermögens berech-

neten Prozentsatz erhalten. Hinsichtlich der Vermögenswerte habe die KAG keine eigene Auswahl getroffen, ihr sei aber die Letztentscheidung und Letztverantwortung verblieben. Das Beratungsunternehmen habe Rückmeldungen zur Ausführung der Empfehlungen sowie tägliche Aufstellungen über die Zusammensetzung des von ihm beratenen Investmentvermögens erhalten. Der EuGH habe nun zu entscheiden, wann die Leistung eines außenstehenden Verwalters als steuerfreie Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalgesellschaften zu qualifizieren sei.

Auch hinsichtlich der Frage der umsatzsteuerlichen Behandlung der Vermögensverwaltung sei auf die Rechtsprechung des BFH zu verweisen, nach dessen Ansicht Leistungen einer Bank, die Wertpapiere im Namen und für Rechnung ihrer Anleger unter Berücksichtigung deren Anlagestrategie aber ohne vorherige Einholung von Weisungen kaufe oder verkaufe, und dabei als Portfoliomanager aufgrund ihrer Entscheidungsbefugnis und der ihr eingeräumten Abschlussvollmacht handle, steuerfrei sei und deshalb einen Antrag auf Vorabentscheidung beim EuGH gestellt habe. Für die Steuerfreiheit von Finanzdienstleistungen sei nach Ansicht des EuGH entscheidend, ob sie nach ihrer Art Änderungen der rechtlichen und finanziellen Situation herbeiführten. Umsätze, die sich auf Wertpapiere bezögen, seien demnach steuerfrei, wenn sie Rechte und Pflichten der Parteien betreffend Wertpapiere begründen, ändern oder zum Erlöschen bringen könnten. Hinsichtlich der Vermögensverwaltung mit Wertpapieren könne dies dadurch gegeben sein, dass die Bank durch ihre Entscheidung über Kauf und Verkauf von Wertpapieren und die folgende Umsetzung dieser Entscheidung im Namen und für Rechnung ihrer Kunden unmittelbar Rechte und Pflichten in Bezug auf die ge- oder verkauften Wertpapiere begründe, ändere oder zum Erlöschen bringe und diese Rechtsfolgen sodann beim Kunden einträten. Die Steuerfreiheit ergebe sich nicht aus der Verwaltungstätigkeit an sich, sondern aus deren spezifischem Bezug zu Wertpapieren. Der Grundsatz der Neutralität der Umsatzsteuer gebiete es laut BFH, individuelle Vermögensverwaltung mit Wertpapieren für Anleger durch Banken gleich zu behandeln wie die Vermögensverwaltung mit Wertpapieren als Verwaltung eines Sondervermögens. Die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen sei steuerfrei. Insofern würde es dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität widersprechen, wenn die Wertpapierauswahl als Teil einer einheitlichen Leistung im Rahmen der Veranlagung in einen Investmentfonds (Sondervermögen) steuerfrei wäre, nicht aber bei individueller Vermögensverwaltung für einzelne Anleger. In diesem Fall wären die Anleger bei Investitionen in Sondervermögen klar bevorzugt. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe sich jedoch eindeutig, dass umsatzsteuerliche Konsequenzen keinen Einfluss auf die Wahl der Veranlagungsform haben dürften.

Bei den Leistungen, die der Imagepflege dienten, handle es sich um Nebenleistungen zur Vermögensverwaltung. Die neben der Vermögensverwaltung erbrachten sonstigen Leistungen

seien keine besonderen, eigenständigen Leistungen. Sie dienten der Ergänzung und Abrundung der Vermögensverwaltungsleistung. Für x seien diese Nebenleistungen nur im Gefolge der Hauptleistung, d.h. der Vermögensverwaltung, von Interesse. Der Leistungsort liege im berufsgegenständlichen Zeitraum gemäß § 3a Abs. 12 UStG am Ort des Leistungserbringers in der Schweiz. Weder Haupt- noch Nebenleistungen seien daher in Österreich steuerbar.

Y_kurz/BANK und nicht x erbringe die Vermögensverwaltungsleistung. Die Bw. übernehme die Rolle der Kapitalanlagegesellschaft eines Dachfonds und beauftrage Y_kurz/BANK mit dem Fondsmanagement. Die Frage, ob eine Nebenleistung zu den Versicherungsprodukten der x vorliege, stelle sich daher nicht, da die Prämie dem Portfolio angelastet werde und somit keine Haupt- und Nebenleistung vorliege, sondern zwei unterschiedliche Leistungsbeziehungen: Zum einen die Vermögensverwaltung zwischen Y_kurz/BANK und

x und zum anderen zwischen x und dem Anleger.

Abschließend erklärte die Bw., die seitens Y_kurz/BANK erbrachten sonstigen Leistungen seien ihrer Ansicht nach nicht als Beratungsleistung einzustufen sondern als Vermögensverwaltungsleistung. Der Ort der Leistung liege demnach im Ausland. Darüber hinaus komme die Steuerbefreiung nach § 6 Abs. 1 Z 8 lit i (Fondsmanagement) bzw. nach § 6 Abs. 1 Z 8 lit f (Umsätze iZm Wertpapieren) zur Anwendung.

Mit der Vorhaltsbeantwortung legte die Bw. folgende Unterlagen vor:

- „Informationsblatt x – Fondgebundene Lebensversicherung“ (Stichtag 1.5.2002), Auszüge des Verwaltungssystems jeweils für einen Kundenvertrag mit und ohne Portfolio, ein Schreiben an einen Kunden vom Februar 2005 mit angeschlossenem Depotauszug zum Jahresende 2004,
- Jahresrückblicksinfo betreffend x Portfolios für das Jahr 2004, Zusammensetzung eines gemanagten Portfolios (spekulativ) vor und nach Umschichtung „gemäß BANK-Vorgabe“ sowie
- eine Umschichtungsempfehlung per 5.12.2005 (laut Vorhaltsbeantwortung, S 4, 3. Absatz unter dem Stichwort „Vorliegen einer Vermögensverwaltung“ – aus dieser Anlage IV ist nicht ersichtlich, wer diese erstellt hat – kein Hinweis auf BANK).

Im Zuge eines Erörterungstermines mit dem Finanzamt brachte die steuerliche Vertreterin vor, dass in der Schweiz durch BANK bzw. den Vorgängerberater nicht bloß allgemeine Empfehlungen über den Kauf und Verkauf von Beteiligungen abgegeben worden wären, sondern eine genaue prozentuelle Zusammensetzung errechnet worden wäre, in welcher genau dargestellt worden wäre, welche Anteile im welchem Ausmaß zu verkaufen und dafür andere Anteile im entsprechenden Prozentausmaß aufzunehmen wären. Diese genauen prozentuellen Berechnungen wären nach Wien mitgeteilt worden und in Wien wäre dann lediglich ein

„Einklopfen“ in das System der x erfolgt, wobei zuvor die offizielle Genehmigung, wie im Beratungsvertrag vereinbart, durchgeführt worden wäre. Den Switchvorschlag der BANK an x kenne der Kunde nicht, sondern dieser werde lediglich der x mitgeteilt und im Rahmen der x erfolge dann die tatsächliche Umschichtung.

Laut Ausführungen von Mag. N1 von x, sei bisher nie ein Switch nicht durchgeführt worden, es wäre aber denkbar gewesen, dass ein vorgeschlagener Switch nicht umgesetzt würde, wenn beispielsweise das Mail gelöscht worden wäre. Der Switchvorschlag komme mittels E-Mail von BANK an den Leiter des jeweiligen Investments, der als Prokurist namens der x die Entscheidung treffe oder gegenzeichne und an die Fondsadministration weiterleite. In der Fondsadministration würden dann die genauen zu ordernden oder zu verkaufenden Stückzahlen berechnet und dann im Vier-/Sechsaugenprinzip eingegeben bzw. freigegeben. Zum Abschluss werde kontrolliert, ob die Eingabe und der Switchvorschlag rechnerisch übereinstimmten. BANK kenne die genauen Beträge nicht, sondern gebe lediglich die neue prozentuelle Zusammensetzung bekannt, welche je nach Veranlagungsfonds konservativ bis spekulativ variere.

OR Mag. Osojnik vom Finanzamt wies ausdrücklich darauf hin, dass die BANK als Berater das genaue Volumen des zu veranlagenden Vermögens niemals gekannt habe.

Herr VM N2 von x bestätigte, dass der BANK das genaue Vermögen nicht bekannt gewesen sei, das wäre auch gar nicht möglich gewesen, da sich der Umfang des Vermögens täglich geändert habe, allerdings sei das Portfolio genau vorgegeben gewesen.

Die Steuerberaterin brachte ergänzend vor, dass die Risikostreuung welche durch die BANK vorgeschlagen worden sei, der wesentliche Bestandteil der Vermögensverwaltung sei und es daher nicht darauf ankomme, ob der Beraterin das zu veranlagende Gesamtvermögen bekannt gewesen wäre. Das Know-how über diese Risikostreuung sei im Streitzeitraum im Unternehmen der Bw. nicht vorhanden gewesen, daher habe es zugekauft werden müssen. Das sei über den strittigen Vertrag mit BANK geschehen.

Eingeräumt werde, dass die letzte Entscheidung über den Zukauf immer tatsächlich bei x liege und auch liegen müsse, was aber für die Frage der Risikostreuung und die umsatzsteuerliche Beurteilung nicht wesentlich sein könne.

Über Frage von HR Dr. Kofler, wie das Fondsuniversum zustande käme und wie die Fonds für spekulativ bzw. konservativ ausgesucht würden, erklärte Mag. N1, dass in diesem Fondsuniversum lediglich solche Fonds enthalten wären, mit denen x einen Vertrag habe. Diese Verträge würden jeweils über Head of Investment seitens der x mit der jeweiligen Fondsgesellschaft abgeschlossen und nach Abschluss des jeweiligen Vertrages werde dieser Fonds in das Fondsuniversum aufgenommen. Es würden aber der BANK keine Vorschriften gemacht, welche Fonds im Bereich spekulativ bzw. konservativ anzusteuern wären.

Über Frage von Frau Hr. Dr. Kofler, ob es ähnlich den Kapitalanlagegesellschaften eine gesetzliche Bestimmung über die Risikostreuung gäbe, antworten Mag. N1 und Herr N2, dass sie nicht klar wüssten, ob eine gesetzliche Bestimmung bestehe, den Kunden sei aber je nach Anlageprodukt natürlich bekannt, in welchem Ausmaß im Rahmen des Portfolios reine Aktienbeteiligungen, beispielsweise hoch spekulativ, oder Anleihen im Bereich der klassischen oder konservativen Veranlagung im Portfolio enthalten wären.

Die Prüferin Frau Conrad wies darauf hin, dass gerade der Umstand, dass das Know-how zugekauft werden musste, dafür spreche, dass es sich um einen Beratungsvertrag handle, denn dieses Vorgehen sei vergleichbar mit Steuerberatungstätigkeit wo das entsprechende Fachwissen im Unternehmen fehle und ein Steuerberater als Berater zugekauft werde.

Die Steuerberaterin wies darauf hin, dass Beratung ihrer Ansicht nach ein Vorgang wäre, der in einem Vorschlag resultiere, der dann in weiterer Folge befolgt werden könne oder auch nicht. Der Umstand dass ein Vorschlag jedes Mal umgesetzt würde, sei für die Einstufung als Beratung oder Vermögensverwaltung kein Argument hinsichtlich Beratung.

Der Vertreter der Bw., Herr N2 führte weiters an, dass seiner Meinung nach eine Beratungsleistung im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Portfolios relativ einfach erkennbar sei, wenn nämlich beraten werde, welche Titel im Portfolio aufzunehmen wären. Davon sei aber die Portfolioverwaltung zu unterscheiden, die eine tägliche Entscheidung bzw. Umentscheidung im Bereich der genauen momentanen Zusammensetzung des Portfolios darstelle.

Das Finanzamt verwies darauf, dass keine tägliche Beratung erfolgt sei, sondern eine quartalsweise Beratung stattgefunden habe.

Der Vertreter der Bw. räumte ein, dass tatsächlich quartalsweise Switchvorschläge eingelangt wären.

Über Frage von HR Dr. Kofler, wie die Verträge mit den Kapitalanlagefonds zustande gekommen wären bzw. was Inhalt der Kapitalanlagefondsverträge gewesen wäre, führt Mag. N_1 aus, dass ein Direktkauf von Fondsanteilen nicht möglich wäre, sondern dass zum Kauf von Fondsanteilen ein Broker oder ein dazwischengeschaltetes Unternehmen notwendig sei, das mit der jeweiligen Fondsanlagegesellschaft einen Vertrag habe. Die Verträge zwischen der Fondsgesellschaft und der x würden jeweils regeln, zu welchen Bedingungen das Depot bei der Fondsanlagegesellschaft geführt würde, welche Kosten bei Kauf oder Verkauf anfallen würden bzw. ob allenfalls auch Bestandsprovisionen ausgezahlt würden. Die Depots der x beinhalteten die Anteile aller Kunden, die x bei der jeweiligen Fondsanlagegesellschaft verwalte. Der Kunde habe keinen direkten Zugriff auf das Depot der x bei dem jeweiligen Kapitalanlagefonds, er könne lediglich im Rahmen der zur Verfügung stehenden Fonds sein Portfolio bei der x umschichten.

Betreffend das gemanagte Portfolio, welches von BANK betreut werde, könne der Kunde die Zusammensetzung nicht ändern, sondern werde hier entsprechend den Vorschlägen der BANK die Zusammensetzung des Portfolios seitens der x geändert. Das Einzige was der Kunde tun könne sei wählen, ob er überhaupt einen gemanagten Fonds haben wolle oder aber die Aufteilung z.B. dergestalt ändern, dass er 90 % gemanagt haben und 10 % selbst entscheiden wolle. Grundsätzlich seien die Kosten für die Order bzw. die Einnahmen aus Bestandsprovisionen in die Prämie einkalkuliert.

Über Vorhalt des Datenblattes zum Tarif Bez_Tarif, dass jeder eigene Switch den Kunden 0,5 % des Fondswertes, mindestens 30,52 Euro kosten würde, wird ausgeführt, dass ein Großteil der Kunden - bei 90 % und mehr - keine eigenen Switches vornehme, sondern im Rahmen der gemanagten Fonds von BANK betreut werde, d.h. in diesem Bereich würden keine Kosten anfallen. Der restliche %-Satz der Kunden würde durch regelmäßige Switches Kosten verursachen und müssten sie daher auch an diesen Kosten beteiligt werden. Den Kunden würden dann die mindestens 30,52 Euro verrechnet werden.

Weiters wurde die Tätigkeit der x im Bereich der Lebensversicherungsveranlagungen seitens Herrn N2 dargestellt. Es handle sich bei dieser Form der fondsgebundenen Lebensversicherung um eine Art der Vermögensbildung, die in eine Versicherung eingebettet sei.

Grundsätzlich bestehe eine Er- und Ablebensversicherung, allerdings nicht in Form einer Risikoversicherung, sondern zum Vermögensaufbau in Form einer Sparvariante, wobei dem Kunden im Falle seines Ablebens eine gewisse garantierte Summe ausbezahlt werde. Da es sich nicht um eine klassische Lebensversicherung handle, würde x einen bestimmten Betrag zum Ablauf des Vertrages garantieren, zusätzlich die Chance, dass sich das vom Kunden gewählte Portfolio nach oben oder nach unten entwickelt haben könnte.

Nach Ablauf der Versicherung erhalte der Kunde den vereinbarten Fixbetrag plus den Wert der Anteile den seine Fondsbeteiligungen gerade eben repräsentierten. Bis zum Jahr 2007 habe die Möglichkeit bestanden, die Fondsanteile auf ein vom Kunden bekanntgegebenes Depot bei einer Bank übertragen zu erhalten und diese Anteile weiter zu behalten. Eine weitere Möglichkeit wäre, die Versicherung zu verlängern. Einen bestimmten Garantiewert gebe es nur im Ablebensfall, im Erlebensfall bestehe nur ein entsprechender Fondswert, der zwischen Null und jedem Betrag nach oben betragen könne.

Die steuerliche Vertreterin wies darauf hin, dass genau dieser Umstand die Vergleichbarkeit mit einem Dachfonds darstelle, dass nämlich in beiden Fällen je nach Risikobereitschaft und Investitionsvolumen am Ende der Versicherungslaufzeit bzw. im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile am Dachfonds „entweder 0 oder 100“ vorhanden sein könnten.

Über Frage der Vorsitzenden, warum man dann eine solche Lebensversicherung zeichnen

würde, wird erklärt, dass mit diesem Produkt noch zusätzlich ein Ablebensschutz verbunden sei, welcher bei einer Dachfondsveranlagung nicht gegeben sei.

Die steuerliche Vertreterin verwies hinsichtlich Vergleichbarkeit der Tätigkeit der Bw. mit einem Dachfonds auch darauf, dass es Dachfonds gebe, welche eine Kapitalgarantie vergleichbar der Tätigkeit der Bw. abgeben würden.

Die Vertreterin des Finanzamtes verwies darauf, dass es keinen Dachfonds gebe, der eine Ablebensgarantie übernehme.

Die Vorsitzende verwies ausdrücklich auf Seite 22, 23 der vorgelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in welchen im Bereich des Rentenauszahlungsmodells nicht ersichtlich sei, wie vorzugehen wäre, wenn der Rentenberechtigte vor Erreichen des Rentenwertes stirbt. So wie es sich aus der Beilage ergebe, scheine der nicht ausbezahlte Rentenwert bei x zu verbleiben. Diesen Vorhalt konnten die Vertreter der Bw. nicht beantworten und kündigten ein ergänzendes Schreiben an.

Die Prüferin hielt der Bw. vor, dass Dachfondsanteile relativ einfach von einem Depot auf ein anderes Depot übertragen werden könnten. Bei dem strittigen Produkt könnte die Versicherung gekündigt werden, was mit Kosten verbunden wäre und zu einer Rückabwicklung führen würde.

Die Bw. führte dazu aus, dass es möglich wäre, den Versicherungsnehmer zu wechseln, wobei der Versicherungsnehmer unabhängig von der Prämienzahlung gewechselt werden könne. Ein Direktzugriff auf die Fondsanteile wäre nicht möglich. Bei einzelnen Versicherungsverträgen alter Natur (vermutlich bis 2007) wäre das Mitnehmen des Fondsdepots möglich gewesen. Ab 2007 bestehe diese Möglichkeit nicht mehr.

Die Prüferin beharrte darauf, dass das Übertragen eines Fonds wesentlich einfacher wäre, als das Übertragen der Fondsanteile aus dieser fondsgebundenen Lebensversicherung.

Unabhängig davon würden natürlich in beiden Bereichen Kosten anfallen.

Die Vertreterin des Finanzamtes wies darauf hin, dass auch aus den Ausführungen der Bw. eindeutig ersichtlich wäre, dass es Unterschiede zwischen Dachfonds bzw. den hier strittigen Versicherungsprodukten gebe.

Die Referentin verwies darauf, dass bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung die Auszahlungen nicht der KEST unterliegen würden, anders bei einem Dachfonds wo KEST anfallen würde. Lediglich bei der fondsgebundenen Versicherung würde Versicherungssteuer abgezogen werden, wobei die Berechnungsbasis von KEST und Versicherungssteuer völlig unterschiedlich wäre.

Das Finanzamt legte ergänzend den Erlass des BMF GZ. BMF 010 203/0260-VI/6/2010 vom 23.4.2010 „Wirtschaftliche Betrachtungsweise bei ausländischen Versicherungsprodukten“ vor. Dieser wurde zum Akt genommen.

Aufgrund verschiedener Vorhalte im Zuge des Erörterungstermines erklärte die Bw., sie werde noch verschiedene, genau bezeichnete Unterlagen vorlegen.

Die Bw. gab in der Folge eine weitere Stellungnahme ab. Sie führte unter dem Stichwort „Bekanntgabe eines Dachfonds, der auch Garantieelemente beinhaltet“ das Produkt „DWS Flex Profit 90“ an. Es gebe eine Höchststandsgarantie von 90 % auf den höchsten jemals erreichten Netto-Inventarwert. Zusätzlich wurden weitere Produkte genannt.

Das Veranlagungsrisiko liege beim Versicherungsnehmer, so als würde dieser in einen Dachfonds investieren. Der Unterschied zu einem entsprechenden Direktinvestment bestehe darin, dass das gemanagte Fonds-Portfolio formal in eine Lebensversicherung eingebettet sei. Der Anleger könne sein Risiko auch bei Veranlagung in einen Dachfonds mit Kapitalgarantie (Garantiefonds) minimieren.

Das Portfolio werde im Rahmen der Fondsgebundenen Versicherung angeboten und dürfe daher nur aus Investments bestehen, die in dieser Form angeboten werden dürfen, also in Fonds. Die „von x gemanagten Portfolios“ würden nach bestimmten Veranlagungsmerkmalen gemanagt. Stehe die Sicherheit der Anlage im Vordergrund, erfolge die Veranlagung hauptsächlich in Fonds, deren Vermögen überwiegend in festverzinslichen Wertpapieren guter Bonität investiert werde. Ein Teil der Portfolios werde in Aktienfonds veranlagt, bei Währungen werde v.a. in Euro angelegt. Eine Beimischung von alternativen Investments aus Diversifikationsgründen sei möglich. Die Investmentvorgaben spiegelten sich auch in der Risikoneigung wider. Die Zusammensetzung der x Portfolios sei monatlich auf der x Homepage abrufbar. Primäre rechtliche Quellen seien das Investmentfondsgesetz und die Kapitalanlageverordnung der FMA. Hinsichtlich der Vorschriften der Risikostreuung liege eine Vergleichbarkeit zu Dachfonds vor.

Grundsätzlich zahle x die Ablaufleistung aus. Ein Depotübertrag werde nur auf ausdrücklichen Wunsch und entsprechenden Versicherungsbedingungen durchgeführt.

Im Fall einer Verrentung falle der Restfondswert nach dem Ableben eines Versicherungsnehmers an die Risikogemeinschaft. Im Gegenzug bekomme jeder Rentenvertrag monatlich aus der Risikogemeinschaft die sogenannte Vererbung zugewiesen, die den Fondswert des Vertrages erhöhe.

Solange der Versicherungsnehmer lebe, komme es dadurch bei einer lebenslangen Rente nie dazu, dass der Fondswert auf 0 gehe. Die monatliche Berechnung der Rentenauszahlung basiere auf dem aktuell vorhandenen Fondswert und zahle davon anhand der aktuellen Restlebenserwartung einen Teil aus. Dabei bleibe immer etwas übrig.

Ein Wechsel des Versicherungsnehmers sei möglich. Die Durchführung des Wechsels sei für den neuen Versicherungsnehmer kostenfrei, es änderten sich lediglich die Kosten, die für die Absicherung des Ablebensschutzes (Mindesttodesfallleistung) entnommen werden. Dazu sei es

notwendig, einen entsprechenden Änderungsantrag inklusive Gesundheitsfragen etc. auszufüllen.

Eine Übertragung der dem Vertrag zugerechneten Fondsanteile auf ein Privatdepot des Kunden sei nur dann möglich, wenn dies in den dem Vertrag zugrunde liegenden Versicherungsbedingungen geregelt sei. x verrechne für diese Leistung keinerlei Gebühren. Allerdings könnten auf Seite der jeweiligen Depotgesellschaften Kosten für die Aus- bzw. Einlieferung entstehen, die an den Kunden verrechnet würden.

Nach Ansicht der Bw. liege unabhängig von der Vergleichbarkeit von Dachfonds mit der fondsgebundenen Lebensversicherung eine Vermögensverwaltungs- und keine Beratungsleistung vor. Die abgabenrechtliche Einschätzung habe sich rein nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach der äußeren Erscheinungsform eines Sachverhalts zu richten. Nach § 17a Versicherungsaufsichtsgesetz würden Verträge, mit welchen die Vermögensverwaltung zur Gänze einem anderen Unternehmen übertragen werde, einer Genehmigung durch die FMA bedürfen. Da diese Genehmigung nur sehr aufwändig oder gar nicht erreichbar gewesen wäre, habe sich x formell das Letztentscheidungsrecht vorbehalten. Auch wenn, aufgrund der erläuterten regulatorischen Bestimmungen, die Letztentscheidung formell von Verantwortlichen der x getroffen werde, liege „faktisch die Entscheidung bei Y_kurz/BANK“. Dies ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass x keine personellen Ressourcen gehabt habe, um selbst eine Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen.

Ergänzend zur Niederschrift des Erörterungstermins führte die Bw. aus, auf Bitte der BANK seien Fonds aufgenommen worden. Die x-Fondspalette habe sich somit entsprechend den Wünschen der BANK mitverändert, so dass die BANK Fonds verwenden konnte, die dem BANK-Fondsresearch besonders zugesagt hätten. Es seien auch Marktmeinungen der BANK in die Portfolios eingeflossen, während x keine eigene Marktmeinung eingebracht habe. Die Kommunikation zu den Kunden und ihren Beratern sei immer klar darauf ausgerichtet gewesen, dass es sich hier um „BANK-Portfolios“ handle. Daher sei ein Abweichen von den Vorschlägen nicht in Frage gekommen.

Es sei dann geswicht worden, wenn sich die Marktmeinung der BANK in größerem Umfang geändert habe. Im Allgemeinen sei es nicht monatlich gewesen, aber keinem strengen Quartalsrhythmus unterlegen, es konnte auch nach zwei oder vier Monaten der Fall sein.

Das tägliche Management werde vom x Verwaltungssystem (N_Syst) durchgeführt. Jeder Anteilskauf bei Prämieninvestitionen sei exakt nach der Aufteilung erfolgt, welche die BANK übermittelt hatte. Diese Aufteilungen seien als Musterportfolios in das System eingegeben worden und die Investitionen immer nach diesen Aufteilungen erfolgt, egal an welchem Tag sie getätigt worden seien. Anders als bei Dachfonds gebe es im N_Syst-System keinen

täglichen Prozess, dass zugeflossene Mittel nach diskretionärem Ermessen des Fondsmanagers allociert werden könnten. Es handle sich um tausende Einzelportfolios in Kundenverträgen, die alle den gleichen Musterportfolios entsprächen. Dachfonds enthielten nur ein Portfolio, bei welchem die zufließenden Gelder jeden Tag anders investiert werden könnten. Die Musterportfolios würden „vollautomatisiert umgesetzt“. Es handle sich dabei um eine reine IT-technische Umsetzung.

Die Bw. zog den Antrag auf mündliche Verhandlung unter der Bedingung zurück, dass das Finanzamt keine wesentlichen Äußerungen zu den ergänzenden Unterlagen mehr vorbringe.

Die Bw. legte folgende weitere Unterlagen vor:

- 1 Verkaufsprospekt DWS FlexProfit vom 1. September 2011,
- 1 „Fondsreporting“ zum Garantiefonds DWS FlexProfit 90 sowie
- 1 Informationsblatt zum x Portfolio konservativ vom 29.2.2012.

Zum vorgelegten Verkaufsprospekt führte das Finanzamt aus, dass der Fondsanteil des Garantiefonds jederzeit verkauft werden könne, der Garantiewert werde täglich ermittelt. Im Gegensatz dazu werde bei der Lebensversicherung ausschließlich im Ablebensfall eine Garantie mit 105 % des Deckungswertes schlagend, also nur zu einem bestimmten Zeitpunkt. Diese im Ablebensfall garantierte Summe stelle die Risikoübernahme der Versicherung dar und damit den Versicherungsschutz.

Im Fall einer lebenslangen Rente gehe der Restfondswert nach dem Ableben an die Risikogemeinschaft, also die anderen Versicherungsnehmer, über. Damit bestehe ein wesentlicher Unterschied zu einem Dachfonds, bei dem die Fondswerte bei einem Dachfondsanteil verbleiben, wem immer dieser auch gehöre.

Beim Wechsel des Versicherungsnehmers änderten sich die Kosten, die für die Absicherung des Ablebensschutzes entnommen werden. Es sei notwendig einen Änderungsantrag inklusive Gesundheitsfragen auszufüllen. Bei Änderung des Dachfondsinhabers seien ähnliche Schritte nicht notwendig.

Zusammenfassend erklärte das Finanzamt, dass eine Vergleichbarkeit einer fondsgebundenen Lebensversicherung mit einem Dachfonds nicht gesehen werde.

Die steuerliche Vertretung verständigte nach Übermittlung der Stellungnahme des Finanzamtes den Unabhängigen Finanzsenat davon, dass die Bw. auf eine mündliche Verhandlung verzichte.

Über die Berufung wurde erwogen:

Die Bw. hat die Berufung gegen den Wiederaufnahmebescheid nicht gesondert begründet, sondern nur die Rechtswidrigkeit der umsatzsteuerlichen Beurteilung der gegenständlichen

Leistung eingewendet. Im Hinblick darauf, dass die Wiederaufnahme aufgrund der im Zuge der Betriebsprüfung hervorgekommenen Tatsachen erfolgte, welche von der Bw. und vom Finanzamt rechtlich unterschiedlich beurteilt wurden, hängt die Rechtmäßigkeit der Wiederaufnahme im konkreten Fall von der rechtlichen Beurteilung dieser Tatsachen ab. Es wird daher zunächst geprüft, inwieweit die gegenständlichen Umsätze steuerpflichtig sind.

Bei der Bw. handelt es sich um eine Lebensversicherungsgesellschaft. Diese bietet sogenannte fondsgebundene Lebensversicherungen an, bei denen der Versicherungsnehmer zwischen zwei Varianten wählen kann. Entweder er sucht sich selbst jene Fonds aus, in welche die von ihm bezahlte Versicherungsprämie nach Abzug verschiedener Aufwendungen investiert werden soll, wobei im Falle eines Wechsels gesonderte Gebühren verrechnet werden oder er entscheidet sich für ein gemanagtes Portfolio, bei welchem die Zusammensetzung der Portfolios regelmäßig durch die Bw. angepasst wird und er auf diese Zusammensetzung keinen Einfluss hat. Der Versicherungsnehmer trägt grundsätzlich in Zusammenhang mit den Fonds stehende Kapitalmarktrisiken und ist darüber hinaus Teil einer Risikogemeinschaft, in welcher typische Versicherungsrisiken getragen werden, die nur teilweise mit der Entwicklung des Kapitalmarktes zusammenhängen.

Im Zusammenhang mit den gemanagten Fonds hat die Bw. auf das Wissen und Marktbeobachtungen eines Außenstehenden zurückgegriffen, indem sie Leistungen der Y_kurz/BANK in Anspruch genommen hat. Über die umsatzsteuerliche Behandlung dieser Leistungen besteht Streit.

Während das Finanzamt von in Österreich erbrachten Beratungsleistungen ausgeht, welche der Umsatzsteuer zu unterziehen seien, erklärt die Bw. einerseits, die Leistungen der BANK seien als Vermögensverwaltung zu qualifizieren, welche ihren Leistungsort nach § 3 a Abs. 12 UStG am Ort des Leistungserbringers in der Schweiz hätten und geht alternativ davon aus, dass die erbrachten Leistungen als eine der Verwaltung von Investmentfonds nach dem Investmentfondsgesetz gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i UStG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise vergleichbare Leistung von der Umsatzsteuer befreit sein müssten. Außerdem käme die Steuerbefreiung gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit f (Umsätze iZm Wertpapieren) zur Anwendung. Eine andere Beurteilung würde nach Ansicht der Bw. dem EU-Recht widersprechen.

Zur Beurteilung der Verträge, welche die Bw. mit den Versicherungsnehmern abgeschlossen hat, wurden ein im Jahr 2002 gültiges „Informationsblatt x – Fondgebundene Lebensversicherung“ sowie ein im Jahr 2007 abgeschlossener Vertrag (Polizze samt Versicherungsbedingungen), weiters Aufstellungen eines gemanagten und eines nicht gemanagten Portfolios samt einem Schreiben an einen Versicherungsnehmer im Februar 2005 (mit Depotauszug zum Jahresende 2004 und einem Informationsblatt über die Entwicklung der Märkte

2004 sowie der Wertentwicklung der x Portfolios) vorgelegt. Die Bezeichnung der x Portfolios ist jeweils von der Wortfolge **advised by** (*fett hervorgehoben im Original*) x begleitet.

Zu den Verträgen wurden unterschiedliche Angaben gemacht. So wurde in der Berufung erklärt, der Versicherungsnehmer erhalte bei Ablauf der vereinbarten Laufzeit grundsätzlich keine Barauszahlung sondern das jeweilige Portfolio. In Beantwortung eines Vorhaltes im Berufungsverfahren vor dem Unabhängigen Finanzsenat erklärte die Bw., der Versicherungsnehmer der „gemanagten“ fondsgebundenen Lebensversicherung könne sich am Ende der Laufzeit anstelle des Geldbetrages jene Fondsanteile, in die er im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung investiert habe, „ausbezahlen (*übertragen*) lassen“. Lediglich bei Vertragsabschlüssen ab dem Jahr 2007 werde dem Anleger jedenfalls der Geldbetrag ausbezahlt. Im Zuge des Erörterungstermines wurde erklärt, dass die Bw. grundsätzlich die Ablaufleistung auszahle. Ein Depotübertrag werde nur auf ausdrücklichen Wunsch und entsprechenden Versicherungsbedingungen durchgeführt. Dem Informationsblatt ist zu entnehmen, dass für die alten Verträge eine Übertragung der Fondsanteile des Deckungsstockes möglich war, jedoch war dafür laut Punkt 4. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die fondsgebundene Lebensversicherung (AVB) ein formgebundener, fristgerechter Antrag des Versicherungsnehmers oder des Berechtigten erforderlich. Der darüber hinausgehende Versicherungsschutz wurde in jedem Fall ausbezahlt.

Dem Urteil des OGH, Zl. 7 Ob 82/07w ist zu entnehmen, dass mehrere Versicherungsbedingungen eines konkreten, von der Bw. abgeschlossenen Vertrages im Jahr 2007 als nicht transparent beurteilt worden sind. Insbesondere hat der OGH ausgeführt, dass der Umstand, dass die Höhe der Rückkaufswerte in der fondsgebundenen Lebensversicherung maßgeblich von der „Fondsperformance“ abhängen und daher nur prognostizierbar, aber nicht vorhersehbar sei, den Versicherer nicht von der Verpflichtung entbinde, die den Versicherungsnehmer betreffende Gesamtkostenbelastung offen zu legen, weil ihm sonst ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zukäme. Dem Informationsblatt, welches dem Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt worden ist, ist unter Punkt 7. der AVB (Was geschieht mit ihren Prämien) zu entnehmen, dass die zur Deckung des Ablebensrisikos und je nach Tarif auch zur Deckung der Abschluss- und Verwaltungskosten geschäftsplanmäßig bestimmten Prämienanteile monatlich im Vorhinein dem aktuellen Fondswert entnommen werden. Dies könne je nach Entwicklung der Fondsanteile dazu führen, dass der aktuelle Fondswert vor Ablauf der vereinbarten Versicherungsdauer aufgebraucht sei. Der Vertrag trete damit außer Kraft. Dem Informationsblatt ist weiters unter Punkt 10. der allgemeinen Versicherungsbedingungen für fondsgebundene Lebensversicherung zu entnehmen, dass die vorzeitige Beendigung des Vertrages durch Rückkauf oder die Prämienfreistellung wegen der Deckung der Abschlusskosten insbesondere in den ersten Jahren nach Vertragsabschluss für den Versicherungs-

nehmer wirtschaftlich nachteilig ist. Der VKI, der Verbandsklagen gegen mehrere Versicherungen, u.a. die Bw. eingebracht hatte, hat ausgeführt, dass bei Lebensversicherungen am Beginn der Laufzeit hohe Kosten abgezogen werden, so genannte „Abschlusskosten“, bei welchen es sich im Wesentlichen um die Provisionen des Vermittlers handle. Das Versicherungsrechtsänderungsgesetz 2006 bringe für Verträge, die nach dem 1.1.2007 abgeschlossen wurden, eine leichte Verbesserung der Rückkaufswerte. Die Abschlusskosten seien nämlich auf die ersten 5 Jahre der Laufzeit aufzuteilen. Durch diese Neuregelung sollte bei einem Rückkauf im Normalfall zumindest etwa die Hälfte der eingezahlten Prämien zurückgezahlt werden.

Ab dem Jahr 2007 hat die Bw. nur mehr Verträge abgeschlossen, bei welchen nach Ablauf der Vertragslaufzeit eine Übertragung der Fondsanteile nicht mehr möglich war. Bis dahin konnte der Kunde – jedoch nur unter Einhaltung von Fristen und nach ausdrücklichem Antrag – auch die Übertragung der Fondsanteile statt der Auszahlung des erwirtschafteten Fondswertes wählen.

Grundsätzlich handelt es sich bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nach Angaben der Bw. im Zuge des Erörterungstermins um einen Vermögensaufbau in Form einer Sparvariante, wobei dem Kunden im Falle seines Ablebens eine gewisse garantierte Summe ausbezahlt werde. Nach Ablauf der Versicherung erhält der Kunde den vereinbarten Fixbetrag plus den Wert der Anteile den seine Fondsbeteiligungen gerade eben repräsentieren. Dem im Akt erliegenden Vertrag aus dem Jahr 2007 ist eine Variante zu entnehmen, bei welcher der in den Fonds erhaltene Wert in Geld ausbezahlt wird und im Ablebensfall ein Zuschlag von 5 % zum Fondswert erfolgt. Ein Großteil der Kunden – 90 % und mehr – nimmt keine eigenen Switches vor, sondern wählt die gemanagten Fonds. In diesem Bereich fallen für die Versicherungsnehmer keine Kosten für die Switches an, während im Fall selbst gewählter Fonds von der Bw. im Fall eines Wechsels Gebühren verrechnet werden.

Zur Vertragsbeziehung mit Y_kurz/BANK wurde für den Berufszeitraum lediglich der mit Y_kurz abgeschlossene Vertrag vorgelegt. Der mit BANK abgeschlossene Vertrag, die 2002 bereits die Leistungen für die Bw. erbracht hat, wurde erst 2003 unterzeichnet. Es wird – gestützt auf das entsprechende Vorbringen der Bw. – daher davon ausgegangen, dass für die erbrachten Leistungen Y_kurz zu diesem Zeitpunkt dieselben Grundsätze maßgebend waren, wie sie im Vertrag mit Y_kurz vereinbart waren. Zum tatsächlichen Ablauf wurde ein Masterswitch/ Umschichtung Portfolio/BANK aus einem Folgejahr vorgelegt (siehe unten).

Der Kooperationsvereinbarung ist unter Punkt 2) zu entnehmen, dass von der Bw. Benchmarks definiert worden waren, die das Risiko/Ertragsprofil verschiedener Portfolios beschreiben. Investiert werden sollte in Anteile von Investmentfonds nach dem

Investmentfondsgesetz (InvFG 1993). Die Liste der anzuwählenden Fonds wurde von der Bw. vorgegeben (Investment-Universe). Neuaufnahmen konnten in Einzelfällen über Vorschlag der Y_kurz/BANK nach Zustimmung der Bw. vorgenommen werden. Das „Management“ sollte in Form einer Beratung bei der Allocation und Auswahl der Investmentfonds für die gemanagten Fondspolizen erfolgen. Dazu sollte pro Quartal eine schriftliche Stellungnahme zur aktuellen Markteinschätzung abgegeben werden, gegebenenfalls ein Allocations- und Fondsselektierungsvorschlag unterbreitet und die Markteinschätzung und der Allocationsvorschlag viermal jährlich mündlich in einer Sitzung erläutert werden. „Das Management der Fondspolizen und die Auswahl der Investmentfonds für die Portfolios“ sollte „auf Basis gewissenhafter fachlicher Beratung **in Verantwortung der x**“ durchgeführt werden, es sollte für die Bw. in besonderen Fällen der Kontakt zu Analysten der BANK hergestellt werden und es sollte fünf Mal im Jahr ein Mitglied des Portfolio-Management-Teams für diverse Veranstaltungen mit Vertriebspartnern zur Verfügung gestellt werden. Die Gebühren wurden zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart.

Wurden Fonds auf Vorschlag der BANK neu in das Fonds-Universum aufgenommen, konnten diese auch von jenen Versicherungsnehmern ausgewählt werden, die kein gemanagtes Portfolio wollten. Ob 2002 Fonds über Vorschlag der BANK aufgenommen wurden, konnte nicht festgestellt werden.

BANK konnte aus den vorgegebenen Fonds unter Beachtung der Vorgaben betreffend die Zusammensetzung (Benchmarks, die das Risiko/Ertragsprofil verschiedener Portfolios beschreiben) die Fondszusammensetzung vorschlagen, welche die Bw. führen sollte.

Dem vorgelegten Masterswitch ist zu entnehmen, dass die Bw. der BANK zuvor eine Liste mit dem Fonds-Universum übermittelte, d.h., die Auswahl der Fonds erfolgte durch die Bw.. Wurde ein Fonds in der Liste nicht angeführt, konnte die BANK diesen nicht auswählen. Selbst wenn BANK einen Vorschlag für die Aufnahme in das Fonds-Universum übermittelte, erfolgte die konkrete Aufnahme durch die Bw.. Im Hinblick darauf, dass die Switchvorschläge und damit verbunden auch Vorschläge für die Neuaufnahme von Fonds in das Fondsuniversum in zeitlichen Abständen übermittelt wurden – laut Vertrag jeweils alle drei Monate, laut Erörterungsgespräch alle zwei bis vier Monate – war die Bw. bei der Prüfung nicht unter Zeitdruck und wird davon ausgegangen, dass sie geprüft hat, ob eine Aufnahme sinnvoll wäre. Überdies war es – wie aus den Ausführungen der Bw. im Erörterungsgespräch ersichtlich, notwendig - dass die Bw. mit den jeweiligen Fondsgesellschaften einen Vertrag ausverhandelte und abschloss. Es waren also umfangreiche Maßnahmen seitens der Bw. erforderlich, um das Fondsuniversum über Vorschlag der BANK zu erweitern.

Im Zuge der Betriebsprüfung wurde ein konkreter Switchvorschlag vom 8.3.2006 vorgelegt, welcher mit der Bemerkung „Anbei senden wir Ihnen den offiziellen Switchvorschlag“ übermittelt wurde. Am 13.3.2006 wurde offenbar der Switchkommentar nachgereicht mit den Worten „gern sende ich Ihnen anbei den Switch Kommentar“. Ein weiterer Switchvorschlag wurde im August 2007 von N3 an VS VN übermittelt mit der Bitte um sein „ok“. Es erfolgte eine Bestätigung durch VN VS. Dieser war zu dem Zeitpunkt Vorstandsvorsitzender der Bw. (im Zuge des Erörterungsgesprächs wurde erklärt, Prokuristen nähmen die Bestätigung der Switchvorschläge vor). Es ist aufgrund der Ausbildung und des Vorwissens der Entscheidungsträger davon auszugehen, dass jene Personen, die für die Bw. die Genehmigungen vornehmen, entgegen den Ausführungen der Bw. in der Berufung über das nötige Fachwissen verfügt haben, die Switchvorschläge inhaltlich nachzuvollziehen und zu beurteilen. Hiezu wird auf einen Artikel im Wirtschaftsblatt betreffend den seinerzeitigen Vorstandsvorsitzenden der Bw., VN VS verwiesen, in welchem erklärt wurde, dieser sei diplomierter Betriebswirt. Er wurde weiters als Finanzexperte bezeichnet, der zuletzt beim Bez_Fa in Stadt2 tätig gewesen sei. Dieser war 2006 zum Vorstandsvorsitzenden berufen worden. Es ist davon auszugehen, dass auch in den Jahren davor kompetente Personen die entsprechenden Entscheidungen getroffen haben.

Die Behauptung des fehlenden Fachwissens über Fondsentwicklungen in einem Unternehmen, dessen Hauptgeschäftsfeld die Veranlagung von Vermögen in genau diesem Bereich darstellt, ist vollkommen unglaublich und kann daher auch dann nicht angenommen werden, wenn tatsächlich jeder externe Switchvorschlag umgesetzt würde.

Nach der Überprüfung und Freigabe des Switchvorschlages wurde das von der Bw. verwendete Computersystem von dieser so programmiert, dass sämtliche An- und Verkäufe bis zur nächsten Änderung nach diesem Musterportfolio erfolgten. Unstrittig ist, dass jedenfalls eine Freigabe des Switchvorschlages durch entscheidungsbefugte Personen der Bw. (Prokuristen, Vorstände) vor Umsetzung zu erfolgen hatte und keine direkte Umsetzung der An- und Verkäufe durch BANK/Y_kurz erfolgte. Den Ausführungen, dass diese Freigabe ein reiner Formalakt gewesen wäre, kann nicht gefolgt werden. Als An- und Verkäufer trat die Bw. in Erscheinung, welche als wirtschaftlicher Eigentümer des Deckungsstockes anzusehen war. An- und Verkaufsverträge wurden im eigenen Namen, aber nicht auf eigenes Risiko abgeschlossen.

Es war der Bw. aus versicherungsrechtlichen Gründen nicht möglich, die Zeichnungsberechtigung ohne entsprechende Genehmigung an nicht im Inland oder einem anderen Vertragsstaat zum Betrieb der Vertragsversicherung zugelassene Unternehmen zu übertragen.

BANK hatte keine Kenntnis von der konkreten Zusammensetzung des Vermögens zum jeweiligen Zeitpunkt. Während die Bw. in der ersten Vorhaltsbeantwortung vor dem

Unabhängigen Finanzsenat behauptete, BANK sei von der Bw. laufend über die Höhe des verwalteten Vermögens unterrichtet worden, wurde im Zuge des Erörterungstermines bestätigt, dass BANK das genaue Vermögen nicht bekannt gewesen ist. Das wäre auch nicht möglich gewesen, weil sich der Umfang des Vermögens täglich geändert habe.

Gemäß § 3a Abs. 9 lit. a UStG 1994 idgF werden die im Abs. 10 bezeichneten sonstigen Leistungen wenn der Empfänger ein Unternehmer ist, dort ausgeführt, wo der Empfänger sein Unternehmen betreibt.

Gemäß § 3a Abs. 10 UStG sind sonstige Leistungen iS des Abs. 9:

...

4. die rechtliche, technische und wirtschaftliche Beratung

...

7. die sonstigen Leistungen der in § 6 Abs. 1 Z 8 lit. a bis h ... bezeichneten Art.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 UStG sind von den unter § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 fallenden Umsätzen steuerfrei:

...

f) die Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren und die Vermittlung dieser Umsätze, ausgenommen die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren

...

i) die Leistungen im Rahmen des Kapitalfinanzierungsgeschäftes (§ 1 Abs. 1 Z 15 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993) durch Unternehmen, die eine Konzession für dieses Geschäft besitzen, und die Verwaltung solcher Beteiligungen für derartige Unternehmen sowie die Leistungen im Rahmen des Investmentgeschäftes (§ 1 Abs. 1 Z 13 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993) durch Unternehmen, die eine Konzession für dieses Geschäft besitzen.

Bei den Leistungen im Rahmen des Investmentgeschäftes gemäß § 1 Abs. 1 Z 13 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993 handelt es sich um die Verwaltung von Kapitalanlagefonds nach dem Investmentfondsgesetz – InvFG 1993, BGBl. Nr. 532/1993 Art. II (Investmentgeschäft).

Gemäß § 19 Abs. 1 UStG wird die Steuer bei den im § 3a Abs. 10 genannten Leistungen sowie bei Vermittlungsleistungen vom Empfänger der Leistung geschuldet, wenn der leistende Unternehmer im Inland weder einen Wohnsitz (Sitz) noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Betriebsstätte hat und der Leistungsempfänger Unternehmer ist.

Die Bw. hat zur Begründung für ihren Rechtsstandpunkt auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise verwiesen und einerseits behauptet, der Ort der als Vermögensverwaltung anzusehen-

den Leistung liege in der Schweiz und kämen in Österreich die Befreiungsbestimmungen gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i UStG und § 6 Abs. 1 Z 8 lit f UStG zur Anwendung.

Wird eine Katalogleistung gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i UStG und § 6 Abs. 1 Z 8 lit f UStG angenommen, liegt der Leistungsort im Inland und kommt es zur Steuerbefreiung der erbrachten Umsätze.

Bei der Bw. handelt es sich unstrittig um keinen Kapitalanlagefonds nach dem Investmentfondsgesetz, sodass die Befreiungsbestimmung des § 6 Abs. 1 Z 8 lit. i UStG nach innerstaatlichem Recht selbst dann nicht anwendbar wäre, wenn die Bw. in wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Kapitalanlagefonds vergleichbar wäre, weil die Bw. keine Konzession für dieses Geschäft besitzt.

Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren und die Vermittlung dieser Umsätze iSd § 6 Abs. 1 Z 8 lit f UStG liegen nach Ansicht des Berufungssenates nicht vor, weil die BANK an den jeweiligen Umsätzen nicht beteiligt ist und auch eine Vermittlung dieser Umsätze nicht vorliegt, weil durch die Bw. selbst sowohl die Verträge mit den Kapitalanlagefonds geschlossen werden als auch der eigentliche An- und Verkauf der Wertpapiere erfolgt und die BANK gegenüber den Kapitalanlagefonds nicht in Erscheinung tritt, sodass eine Vermittlungsleistung auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht angenommen werden kann. Die hier nicht vorliegende Verwahrung und die seitens der Bw. behauptete Verwaltung von Wertpapieren durch die BANK sind von der Steuerbefreiung ausdrücklich ausgeschlossen.

Die Bw. beruft sich auf eine Europarechtswidrigkeit der Bestimmungen, weil der EuGH in einem Urteil erkannt habe, dass all jene Verwaltungsleistungen, die spezifisch für Organismen zur gemeinsamen Geldanlage seien, als steuerfrei zu behandeln seien, um Kleinanlegern die Geldanlage in derartige Organismen zu erleichtern. Das Mehrwertsteuersystem lasse es nicht zu, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigten, bei der Erhebung der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden. Zur Begründung der Ähnlichkeit ihrer Tätigkeit mit Kapitalanlagefonds verwies die Bw. auf zwei Vorlagebeschlüsse des BFH.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates lagen den Vorlagebeschlüssen nicht vergleichbare Fälle zugrunde.

Im ersten Fall trat eine Bank als Klägerin auf, die berechtigt war, über Vermögenswerte (Wertpapiere) im Namen und für Rechnung des Anlegers zu verfügen, d.h., die Bank war direkt an dem Umsatz beteiligt. In diesem Fall handelte es sich unstrittig nicht um die Verwaltung von Sondervermögen im Sinne von Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuerrichtlinie. Die Generalanwältin Eleanor Sharpston beurteilte die Umsätze in ihrer Stellungnahme vom 8.5.2012, Rechtssache C-44/11 nicht als steuerfrei und führte unter Tz. 49 aus, kennzeichnend für die Dienstleistung sei die Sammlung und Verwertung von

Markterkenntnissen in Verbindung mit vorhandenem Wissen und Sachkunde, um fundierte Entscheidungen über die Verwaltung jedes Wertpapierportfolios nach Maßgabe der gewählten Strategie treffen zu können. Unstrittig bestehe keine Möglichkeit, diesen letztgenannten Bestandteil als eigenständige Dienstleistung nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. f zu befreien.

Im anderen Fall ließ sich eine Kapitalanlagegesellschaft bei der Verwaltung des Fondsvermögens von der Klägerin beraten. Die Klägerin war selbst keine Kapitalanlagegesellschaft, ihre Vergütung erfolgte nach einem vom Wert des Sondervermögens berechneten Prozentsatz. Selbst in diesen Fällen ist der BFH nicht davon ausgegangen, dass den Klagen ohne weiteres stattzugeben wäre, sondern hat Klärungsbedarf durch den EuGH gesehen und im Zweifel Vorabentscheidungsersuchen gestellt.

Die Bw. ist jedoch nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine Kapitalanlagegesellschaft sondern eine Versicherungsgesellschaft. Nach allgemeinem Verständnis entspricht es dem Wesen eines Versicherungsumsatzes, dass der Versicherer sich verpflichtet, dem Versicherten gegen vorherige Zahlung einer Prämie beim Eintritt des Versicherungsfalles die bei Vertragsabschluss vereinbarte Leistung zu erbringen (vgl. EuGH vom 25.2.1999, C-349/96 Rz. 17). Für den Bereich der fondsgedeckten Lebensversicherungen ist der EuGH ebenfalls vom Vorliegen einer Versicherung ausgegangen (vgl. EuGH vom 1.3.2012, C-166/11).

Auch wenn fondsgedeckte Lebensversicherungen eine Ansparkkomponente beinhalten, wobei die Wertentwicklung des Vermögens auch von der Wertentwicklung der zugrunde liegenden Fonds abhängig ist, bestehen nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates wesentliche Unterschiede zu Investmentfonds.

In Versicherungen gebundenes Kapital ist wesentlich weniger mobil. Die Prämien werden in der Regel meist monatlich entrichtet. Es besteht eine vertragliche Verpflichtung für einen bestimmten Zeitraum. Demgegenüber können Anleger, die in Kapitalanlagegesellschaften investieren, täglich neu entscheiden, ob und wie viel sie investieren möchten. Auch die Kapitalanlagegesellschaften haben das Fondsvermögen täglich zu bewerten und Veranlagungsentscheidungen zu treffen. Während in einem Depot gehaltene Fondsanteile jederzeit entnommen bzw. übertragen werden können, ist der Rückkauf einer Versicherung zwar möglich, jedoch v.a. am Anfang mit großem Verlust verbunden, da eine langfristige Bindung aufgrund der Lebensversicherungskomponente wesentlicher und integrierender Bestandteil der Vertragsbeziehung ist. Eine rasche Flüssigmachung des Kapitals soll möglichst verhindert werden.

Bei Verträgen, bei denen die Auszahlung in Form einer Rente erfolgt – für diese gelten die Switchvorschläge ebenfalls – wird in jedem Fall eine Geldleistung ausbezahlt, deren Höhe sich

am vorhandenen Fondsvermögen ausgerichtet, wobei im Erbfall anfallendes Vermögen der Risikogemeinschaft zufällt. Eine Übernahme der Fondsanteile ist in diesem Fall nicht möglich. Hinzu kommt, dass angespartes, aber nicht als Rente ausbezahltes Kapital weder dem Vertragspartner, noch dem Versicherten noch den Erben zukommt, sondern der Versicherungsgemeinschaft. Eine derartige Vorgehensweise ist bei Investition in einen Dachfonds denkunmöglich.

Ein Wechsel des Versicherungsnehmers ist zwar laut Bw. möglich, doch ist in diesem Fall ein Änderungsantrag inklusive Gesundheitsfragen vom neuen Versicherungsnehmer auszufüllen. Weiters ändern sich die Kosten, die für die Absicherung des Ablebensschutzes (Mindesttodesfallleistung) entnommen werden. Es ist davon auszugehen, dass es keinen Markt dafür gibt, diese Möglichkeit den meisten Versicherungsnehmern nicht bekannt ist und dass es lediglich in Einzelfällen zu einem solchen Wechsel kommt. Bei Investmentfondsanteilen ist eine Weitergabe hingegen ohne derartige Formalitäten möglich.

Versicherungen unterliegen anderen organisations-, aufsichts- und steuerrechtlichen Vorschriften als Investmentfonds und sind von der Kapitalertragsteuer befreit. x wirbt auf ihrer homepage damit, dass man Vermögen aufbauen und dabei Steuern sparen könne. Auch aus diesem Grund liegt keine Vergleichbarkeit mit Kapitalanlagegesellschaften vor.

Die Verträge mit den Fondsgesellschaften, in welchen der Deckungsstock investiert ist, werden von der Bw. abgeschlossen, wobei die Bw. zum Teil auch Bestandsprovisionen erhält. Diese werden nach ihren Angaben in die Prämie eingerechnet, gehen also in die Kalkulationsgrundlagen der Bw. ein. Derartige Möglichkeiten stehen echten Kleinanlegern an Kapitalanlagegesellschaften, für welche die Mehrwertsteuerbefreiung gilt, nicht offen. Ihnen entstehen für das Depot vielmehr Kosten.

Das Fondsuniversum, aus dem die BANK die Fonds wählen konnte, wurde zunächst von der Bw. vorgegeben. Später flossen laut Bw. auch Vorschläge der BANK ein. Die Aufnahme der Fonds in die Liste der anwählbaren Fonds erfolgte immer und unstrittig durch die Bw.. Es ist davon auszugehen (siehe oben), dass die Vorschläge vor Aufnahme überprüft wurden. Zumindest wäre dem Vorstand der Bw. aufgefallen, wenn Vorschläge gemacht würden, die auch einem aufmerksamen Beobachter des Marktes als nicht sinnvoll erschienen wären.

Auf den Wert des Deckungsstockes haben mehrere Faktoren Einfluss: Zunächst spielt die Auswahl der grundsätzlich anwählbaren Fonds eine Rolle (Fondsuniversum), weiters das Management der einzelnen Fondsmanager und schließlich die Zusammensetzung der Fonds im Rahmen des Portfolios. Auch versicherungstechnische Risiken beeinflussen den Wert des Deckungsstocks.

Aufgrund der bestehenden Risikogemeinschaft und der weiteren angeführten Unterschiede liegt nach Ansicht des Berufungssenates keine direkte Vergleichbarkeit mit der Beteiligung an Kapitalanlagefonds vor.

Eine umsatzsteuerliche Gleichbehandlung mit Kapitalanlagegesellschaften aus europarechtlichen Gründen erscheint daher nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht geboten, auch wenn in bestimmten Fällen allenfalls eine Wettbewerbssituation besteht. So hat auch Eleanor Sharpton in den Schlussanträgen vom 8. Mai 2012, Rechtssache C-44/11 unter der Rz. 60 unter anderem ausgeführt, es würden, wenn alle Tätigkeiten, die teilweise miteinander in Wettbewerb stehen, mehrwertsteuerlich gleich behandelt werden müssten, letztlich sämtliche Unterschiede in der mehrwertsteuerlichen Behandlung beseitigt werden. Dies würde (vermutlich) zur Abschaffung sämtlicher Befreiungen führen, da der einzige Zweck des Mehrwertsteuersystems in der Besteuerung von Umsätzen besteht.

Hinsichtlich des Wesens der gegenständlich erbrachten Leistung, insbesondere der von der Bw. aufgestellten Behauptung, die BANK habe keine wirtschaftliche Beratungsleistung erbracht, sondern Vermögen verwaltet, ist ferner Folgendes zu berücksichtigen:

Die Verwaltung der gegenständlichen Fondsanteile umfasst mehrere Leistungen, welche zusammen den Wert der letztlich erhaltenen Leistung des Versicherungsnehmers beeinflussen. Da die Verfügungen über die Anteile an den Investmentfonds rechtlich bei der Bw. verblieben sind, sind ihr diese auch zuzurechnen. Sie haftet gegenüber den Versicherten. Der Versicherungsnehmer, welcher ein gemanagtes Portfolio wählt, tut dies, weil er nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, um die Entwicklung der Fonds selbst zu überwachen und zu beurteilen. Er schließt den Vertrag über einen Makler – in vielen Fällen seine Bank – ab. Kommt es zu Problemen, wird er sich entweder an den Vermittler wenden oder an die Bw. selbst. Die fehlende Rechtsbeziehung zwischen BANK und dem Versicherungsnehmer schließt die Möglichkeit der direkten Inanspruchnahme für Fehlberatungen aus. Die Stellung der BANK unterscheidet sich daher auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht von anderen Unternehmen, die für Großanleger – im gegenständlichen Fall für die Bw. – Beratungsleistungen erbringen.

Die Verwaltung von Vermögen stellt im Allgemeinen ein Leistungspaket, bestehend aus einer Summe von wesentlichen Teilleistungen dar, die in einem zielgerichteten Zusammenwirken die Wahrung und positive Entwicklung des verwalteten Vermögens verfolgen.

Mit Kaufvertrag vom 1. August 2003 verkaufte die Bw. folgende Abteilungen an die x_Land Holding AG: Buchhaltung, Vertragsverwaltung, betriebliche Altersvorsorge, Kundenbetreuung, Fondsverwaltung, Personalwesen, Institutional Sales, Recht, Main Office & Reception, Marketing, Office Management, Erneuerung & Weiterentwicklung sowie Vertrieb. Mit

demselben Datum wurde der Personalstand der Bw. bis auf wenige behördlich vorgeschriebene Ausnahmen auf die x_Land Holding AG und die SkanAdresse dia Information Technologies GmbH übertragen. Die Bw. schloss mit der x_Land Holding AG einen Dienstleistungs- und Servicevertrag ab, gemäß welchem unter anderem die Fondsverwaltung (Fund Admin) von der x Holding für die Bw. erbracht werden sollte. Diese Leistung wurde wie folgt umschrieben:

Kauf und Verkauf der Fondsanteile für den Deckungsstock der FLV, Prüfung und Auswahl neuer Fonds, Kurspflege, Wiederveranlagung der Fondsausschüttungen im Polizzenverwaltungssystem, Verwaltung der gemanagten Portfolios im Polizzenverwaltungssystem, Performanceberechnungen, Portfolioüberwachung, Fondsresearch, Investmentmarketing, Risikoklassifizierung, Investmentfonds, Produktentwicklung Investment, Investment Controlling.

Dieser Vertrag deckt die üblicherweise von einem Vermögensverwalter erbrachten Leistungen ab. Ein Vermögensverwalter wird von seinem Auftraggeber mit der Verwaltung eines bestimmten Vermögens beauftragt, d.h., er hat Kenntnis über die Höhe des anzulegenden Vermögens, er entscheidet über die Zusammensetzung des Vermögens, wobei er grundlegende, vom Kunden vorgegebene Anweisungen befolgt, er ist in die tägliche Disposition über das Vermögen eingebunden, er verfügt durch An- und Verkäufe im Namen und Auftrag des Kunden über die Vermögenswerte, er führt Aufzeichnungen über den Wert des Vermögens und über Veränderungen dieses Wertes und informiert den Kunden in regelmäßigen Abständen darüber. Er ist auch zu jedem anderen Zeitpunkt in der Lage, dem Kunden über sein Verlangen kurzfristig Auskunft über die genaue Höhe und Zusammensetzung des verwalteten Vermögens zu erteilen und er haftet dem Kunden gegenüber für Vermögensschäden, die aus seinem Verschulden entstehen.

Von der Summe der wesentlichen Teilleistungen wird durch die BANK an die Bw. nur eine Teilleistung erbracht, nämlich die Festlegung der prozentuellen Zusammensetzung eines Portfolios aus bereits vorausgewählten Anlageprodukten (Fondsuniversum). Eine täglich nachvollziehbare Bewertung des Porfolios erfolgt durch die BANK nicht, ebenso wenig alle weiteren mit der Verwaltung des Deckungsstocks erforderlichen Tätigkeiten. Die BANK hat keine Kenntnis vom jeweils im Deckungsstock vorhandenen Gesamtvermögen, welches sich täglich zB durch die Einzahlung von Prämien, den Eintritt von Versicherungsfällen, Neuabschlüsse von Versicherungsverträgen, Rückkäufe oder Prämienstillegungen etc. ändert. Die BANK erstellt lediglich Vorschläge für die Zusammensetzung des Portfolios ohne auf die einzelnen Teilvermögen der Versicherten einzugehen. Die tägliche Wartung der Fondsanteile im Rahmen der Versicherungsverträge erfolgte durch die Bw. nach den vertraglichen bzw. versicherungsrechtlichen Erfordernissen. Auch sind der BANK die Gesamtwerte der von der Bw. gehaltenen Fondsanteile nicht bekannt oder gar die zahlenmäßige Aufteilung auf die

einzelnen Fonds. Sie kennt lediglich die prozentuelle Zusammensetzung in den einzelnen Veranlagungsvarianten.

Darüber hinaus wird das Fondsuniversum, nämlich jene Fonds, in welche angelegt werden kann, von der Bw. vorgegeben. Dies trifft ebenso auf den ursprünglich mit Y_kurz geschlossenen Vertrag zu, wo das erstmalige Fondsuniversum von x bekannt gegeben wurde, aber auch auf die folgenden Änderungen. Wenn die Bw. in diesem Zusammenhang vorbringt, die „Investment-Universen“ seien lediglich Ausdruck möglicher Risikokategorien gewesen, wodurch lediglich die Information vermittelt würde, welche Risikobereitschaft die Anleger verfolgten, so ist dem entgegen zu halten, dass dem vorgelegten Ablauf Masterswitch/Umschichtung Portfolio/ BANK zu entnehmen ist, dass nicht lediglich Risikokategorien sondern namentlich bezeichnete Fonds als Fondsuniversum zugrunde gelegt wurden. Nur die prozentuelle Mischung der vorgegebenen Fonds war in den einzelnen Veranlagungskategorien unterschiedlich.

Wenn BANK einen Vorschlag betreffend die Aufnahme bestimmter Fonds machte, konnten diese in das Fondsuniversum aufgenommen werden, wenn die Bw. mit den entsprechenden Fondsgesellschaften einen Vertrag abgeschlossen hatte. Die Bw. war nicht verpflichtet, einen von BANK angeregten Fonds in das Fondsuniversum aufzunehmen. Die Verwaltung der Fonds selbst erfolgte durch die Fondsmanager, welche bei der Veranlagung der in den Fonds angelegten Mittel ihrerseits gesetzlichen Regelungen unterworfen sind und der staatlichen Aufsicht unterliegen. Die Fonds selbst verfolgen bestimmte Anlagestrategien, welche den Prospekten entnommen werden können. Durch die Vorgabe der Aufteilung auf bestimmte Fonds im Rahmen der einzelnen Strategien je Kundenwunsch in der Veranlagungsform von konservativ bis spekulativ durch die Bw., verblieb BANK nur ein sehr enger Spielraum, innerhalb dessen über die Zusammensetzung des Portfolios entschieden werden konnte.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates gleicht die Tätigkeit der BANK der eines Anlagenberaters, welcher auch ohne Kenntnis des genauen Vermögens – aufgrund der ihm bekannten Marktsituation Empfehlungen abgibt, in welche Aktien, Anleihen, Fonds oder körperliche Wertpapiere investiert werden kann bzw. ob und wann ein Wechsel vorzunehmen ist. Der Versicherungsnehmer selbst steht mit BANK in keiner Vertragsbeziehung und erhält weder von dieser noch von der Bw. Informationen über einlangende Switchvorschläge, von deren Umfang und deren Umsetzung. Er wird nur und ausschließlich von der Bw. über die Zusammensetzung und den Wert des Fondsportfolios des für ihn angelegten Deckungsstockes informiert, wobei nicht jede Änderung der Zusammensetzung eine Information des Versicherungsnehmers auslöst. Dem Versicherungsnehmer gegenüber werden die Fonds als „advised bei BANK“ ausgewiesen. Im Informationsblatt, welches den Versicherungsnehmern anlässlich des

Vertragsabschlusses übergeben wurde und welches von der Bw. vorgelegt wurde, werden gemanagte Portfolios als Leistung der Versicherungsgesellschaft ausgewiesen und dem Versicherungsnehmer mitgeteilt, dass die Portfolios von einem von der Versicherungsgesellschaft beauftragten Portfoliomanager angepasst werden. Dem Informationsblatt ist nicht zu entnehmen, welches Unternehmen diese Anpassungen vornimmt.

Nach Eingehen des Switchvorschlages bei der Bw. wurde dieser nach Angaben der Bw. von den zuständigen Personen nur formal überprüft und sodann das EDV-System entsprechend programmiert, um sicherzustellen, dass das Portfolio gleichsam automatisch an die Vorgaben der BANK angepasst wird. Auch wenn Switchvorschläge laut Bw. immer übernommen worden sind, sind die Umschichtungen dennoch der Bw. zuzurechnen. Dem Versicherungsnehmer, welcher die Bw. wegen einer seiner Ansicht nach schlechten Vermögensverwaltung in Anspruch nehmen könnte, ist zum einen nicht bekannt, welche Switchvorschläge im Einzelnen gemacht worden sind, zum anderen steht er ausschließlich mit der Bw. in einem Vertragsverhältnis. Die mangelnde Fachkenntnis der Entscheidungsträger der Bw. ist wie oben dargestellt nicht glaubhaft, zumal der Bw. nach Übertragung verschiedener Abteilungen und des entsprechenden Personals an die x_Land Holding AG nunmehr mit Dienstleistungs- und Servicevertrag genau derartige Leistungen erbracht werden. Es ist daher davon auszugehen, dass das erforderliche Fachwissen vorher in der Bw. selbst vorhanden war. Zumindest wird davon ausgegangen, dass darauf geachtet wurde, dass die entsprechenden Veranlagungsstrategien der Bw. eingehalten wurden, welche einen wesentlichen Bestandteil sowohl der Vertragsbeziehung zwischen der Bw. und der BANK als auch zwischen der Bw. und ihren Kunden darstellten. Es handelt sich damit nicht um einen bloßen Formalakt. Gerade diese Genehmigung stellte die Rechtsgrundlage für eine allfällige Haftung der Bw. gegenüber ihren Kunden und damit ein wesentliches Kriterium für die Vermögensverwaltung durch sie dar.

Unter diesen Umständen geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass BANK für die Bw. nicht als Vermögensverwalter sondern als Anlageberater tätig war und daher tatsächlich ein Beratungsvertrag abgeschlossen worden war. BANK war in die An- und Verkäufe der Fondsanteile in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht eingebunden. Auch wenn die Ratschläge der BANK seitens der Bw. als Vorgaben für die Programmierung des EDV-Systems gehandhabt und nach Angaben der Bw. nicht weiter überprüft wurden, ist das Vorbringen, BANK habe dieses Sondervermögen verwaltet, nicht zutreffend. BANK hat zu keinem Zeitpunkt als Vertreter der Bw. über deren Fondsanteile verfügt.

Die von der Bw. herangezogene wirtschaftliche Betrachtungsweise kann nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht dafür herangezogen werden, zivilrechtliche Gestaltungen, die im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes gerade noch als zulässig angesehen werden können und deshalb bewusst so gewählt wurden, in solche umzudeuten, die definitiv als

Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anzusehen wären. Diese von der Bw. gewünschte Umdeutung würde bedeuten, dass die Bw. den hier strittigen Vertrag unter bewusster und gewollter Verletzung des Versicherungsaufsichtsgesetzes einging. Im Übrigen wurde die Leistung im ursprünglich mit der Y_kurz abgeschlossenen Vertrag als der Mehrwertsteuer unterliegend und vom steuerlichen Vertreter seinerzeit selbst als Beratungsleistung angesehen. Die Ausführungen der Bw., dass diese Beurteilung bedeutungslos und unrichtig sei, sind dabei nicht wesentlich.

Unter den gegebenen Umständen ist davon auszugehen, dass die Leistungsbeziehung zur BANK keine Vermögensverwaltungsleistung sondern eine wirtschaftliche Beratungsleistung darstellt. Bei dieser handelt es sich um eine nicht steuerbefreite Katalogleistung, deren Leistungsort nach den gesetzlichen Bestimmungen im Inland liegt.

Da nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates die gegenständlichen Umsätze umsatzsteuerpflichtig waren und der zugrunde liegende Sachverhalt erst im Zuge der Betriebsprüfung bekannt wurde, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Recht erfolgt.

Die Berufung war daher sowohl soweit sie sich gegen den Wiederaufnahmebescheid als auch soweit sie sich gegen den Sachbescheid richtet, abzuweisen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 4. Juni 2012