



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Alfred Peschl und die weiteren Mitglieder Dr. Wolfgang Six, Mag. Ralf Artner und Gottfried Haselmayer über die Berufung der Privatstiftung-A, Adresse, vertreten durch B-Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.m.b.H, vom 12. Jänner 2005 gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 23. Bezirk vom 16. Dezember 2004 betreffend Körperschaftsteuer 1997 und 1999 nach der am 1. Juni 2010 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

Entscheidungsgründe

Im Zuge einer Betriebsprüfung bei der Privatstiftung-A (im folgenden Bw.) betreffend die Jahre 1996-2001 wurden die von der Bw. in den Jahren 1997, 1998, 1999 und 2000 erzielten Kapitalerträge aus ausländischen Kapitalanlagefonds, die in den betreffenden Jahren gegenüber dem Finanzamt offen gelegt und als steuerfrei angesehen wurden, als körperschaftsteuerpflichtig behandelt. Mit Bescheiden vom 11. Juni 2003 wurden daher ausschüttungsgleiche Erträge und Substanzgewinne aus weißen ausländischen

Investmentfonds und ausschüttungsgleiche Erträge aus schwarzen Investmentfonds nach Abzug von anteiligen Gemeinkosten als Einkünfte aus Kapitalvermögen angesetzt.

Mit Eingabe vom 18. Juli 2003 erhob die Bw. Berufung gegen die Körperschaftsteuerbescheide 1997, 1998, 1999 und 2000 vom 11. Juni 2003 sowie gegen den Wiederaufnahmebescheid betreffend die Körperschaftsteuer 1998 vom 11. Juni 2003 und stellte gleichzeitig den Antrag auf Aussetzung der Einhebung gem. 212a BAO.

Die Großbetriebsprüfung Wien Körperschaften übermittelte mit Schreiben vom 3. Oktober 2003 eine Stellungnahme zur Berufung. In der Stellungnahme der Betriebsprüfung wurde empfohlen, der Berufung hinsichtlich der Besteuerung der weißen Fonds stattzugeben. Es wurde angeführt, dass es im Juli 2003 zu einer Abänderung der bisherigen Verwaltungspraxis gekommen sei, wonach Erträge (gleichgültig ob ausgeschüttet oder ausschüttungsgleich) aus weißen ausländischen Investmentfonds im Zuflusszeitraum vom 1. Jänner 1998 bis 31. Dezember 2000 unter § 13 Abs. 2 Z 2 KStG idF vor dem Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, zu subsumieren und somit steuerfrei seien. Hinsichtlich der schwarzen Investmentfonds wurde allerdings die Ansicht vertreten, dass gem. § 13 Abs. 2 Z 2 KStG idF vor dem Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, Kapitalerträge aus ausländischen Kapitalanlagefonds nur mehr steuerfrei wären, wenn sie mit jenen aus inländischen Investmentfonds gem. § 13 Abs. 2 Z 1 KStG vergleichbar sind.

Eine Vergleichbarkeit mit inländischen Investmentfonds sei nach Ansicht der Betriebsprüfung nur dann gegeben, wenn alle wesentlichen Merkmale eines inländischen Investmentfonds gegeben sind:

- a) Es müsse sich um ein nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegtes Vermögen handeln.
- b) Der Fonds müsse im Inland zum öffentlichen Angebot zugelassen sein bzw. zur öffentlichen Zeichnung aufliegen.
- c) Es müsse einen steuerlichen Vertreter im Inland geben.
- d) Die Kapitalerträge müssten von diesem steuerlichen Vertreter nachgewiesen werden.

Nach Ansicht der Betriebsprüfung sei eine Vergleichbarkeit schwarzer ausländischer Investmentfonds mit inländischen Investmentfonds keinesfalls gegeben, da bei schwarzen ausländischen Investmentfonds nur das Merkmal der Risikostreuung erfüllt sei. Für das Jahr 1997 wurde die Nichtvergleichbarkeit weiters damit begründet, dass es sich bei den betreffenden Investmentfonds um thesaurierende Fonds handle und inländische thesaurierende Investmentfonds erst seit der Novelle des Investmentfondsgesetzes 1998 zulässig seien.

Die Bw. brachte mit Schreiben vom 10. November 2003 eine Gegenäußerung zur Stellungnahme der Betriebsprüfung ein.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 16. Dezember 2004 wurde seitens des Finanzamtes, der Empfehlung der Betriebsprüfung folgend, hinsichtlich der Besteuerung der weißen Fonds der Berufung stattgegeben. Hinsichtlich der schwarzen Investmentfonds wurde allerdings auf die Stellungnahme vom 3. Oktober 2003 verwiesen und die ausschüttungsgleichen Erträge der 34%igen Besteuerung unterworfen.

Die Bw. stellte daraufhin einen Vorlageantrag und beantragte auch die Kapitalerträge aus „schwarzen Fonds“ steuerfrei zu stellen. Weiters wurde die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat sowie die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Strittig ist daher im gegenständlichen Verfahren nur mehr die Steuerpflicht folgender ausschüttungsgleicher Erträge aus schwarzen Investmentfonds:

	ATS	€
1997	2.453.483,-	178.301,78
1999	106.184	7.716,69

Zur Begründung ihres Berufsbegehrens führt die Bw folgendes aus:

Im Fall von Erträgen aus Forderungswertpapieren richte sich die In- und Auslandseigenschaft aufgrund der Anknüpfung in § 13 KStG nach der Systematik des § 93 EStG 1988 (Kirchmayr, Zur Besteuerung von Erträgen ausländischer Investmentfonds im Rahmen der Besteuerung von Privatstiftungen nach dem Strukturanpassungsgesetz 1996, SWI 1998). Anteilsrechte an ausländischen Investmentfonds hätten nach Meinung des BMF den Rechtscharakter eines Forderungswertpapiers (Quantschnigg, Die neue Besteuerung bei ausländischen Investmentfonds, ÖStZ 1995, 7).

Für den Fall, dass sie im Inland bezogen würden, unterlägen sie daher dem Kapitalertragsteuerabzug. Letzteres treffe dann zu, wenn sich die kuponauszahlende Stelle im Inland befinde. Nach Maßgabe der allgemeinen Regelung des § 93 EStG 1988 richte sich die In- oder Auslandseigenschaft von Kapitalerträgen aus Forderungswertpapieren, nach der kuponauszahlenden Stelle und nicht nach der Ansässigkeit des Schuldners. Davon erfasst wären auch Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds.

Das Abstellen auf die kuponauszahlende Stelle bei Kapitalerträgen aus in- und ausländischen Investmentfonds für die Frage der Besteuerung komme auch in einer nicht veröffentlichten Einzelerledigung des BMF vom 28.3.2001 zum Ausdruck: „Gemäß § 42 Abs. 3 InvFG 1993 idF

BGBI I 2001/2 kommt es bei Substanzgewinnen ausländischer Fonds nur dann zu einem besonderen Steuersatz von 25 Prozent, wenn der gleiche Substanzgewinn bei einem inländischen Fonds dem Abzug der (österreichischen) Kapitalertragsteuer unterliegen würde. Dies sei bei einem Anteilschein eines inländischen Fonds, der sich in einem ausländischen Depot befindet, nicht der Fall" (Hallas, Vollbesteuerung von Substanzgewinnen ausländischer Investmentfonds im Ausland, ÖStZ 2001, 1139).

Nach Meinung von Rief (Rief in Doralt-Nowotny-Kalss, Privatstiftungsgesetz Rz 55 und SWI 1993, 313ff) wäre daher für die Ausschüttungen aus ausländischen Investmentfonds eine Befreiung bereits nach § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988, der auf die Systematik des § 93 EStG 1988 abstelle, gegeben. „Vergleichbare ausländische Kapitalerträge" iSd § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 könnten bei Forderungswertpapieren nur angenommen werden, wenn keine inländische kuponanzahlende Stelle vorliege. Es könne davon ausgegangen werden, dass sich die Befreiungstatbestände des § 13 Abs. 2 KStG 1988 nicht überschneiden würden.

Die vorliegenden Investmentfondsanteile seien ausschließlich auf inländischen Depots gehalten worden. Nachdem es sich im vorliegenden Fall jedoch nicht um Ausschüttungen sondern um ausschüttungsgleiche Erträge handle, könnte entgegen gehalten werden, dass diese mangels kuponanzahlender Stelle nicht von § 93 Abs. 3 Z 5 erfasst sind. Wie jedoch bereits dargelegt, sei nicht zu erkennen, dass auf die Auslandseigenschaft des Emittenten, sondern bei Forderungswertpapieren generell auf die kuponanzahlende Stelle abgestellt werde. Dies müsse wohl sowohl für ausschüttende als auch für thesaurierende Fonds gelten.

Zum Kriterium der Vergleichbarkeit im Hinblick auf § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 führte die Bw. folgendes aus:

Teile man die Rechtsauffassung, wonach für die Frage der Auslandseigenschaft bei Kapitalerträgen aus ausländischen Investmentfonds auf die kuponanzahlende Stelle abzustellen sei und eine Befreiung nach § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988 gegeben sei, nicht, so sei nach Auffassung der Bw. eine Befreiung nach § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 jedenfalls gegeben.

Die Frage der Vergleichbarkeit in- und ausländischer Kapitalanlagefonds sei Gegenstand des VfGH Erkenntnisses vom 7. März 2002, G 278/01 gewesen. In dem zugrunde liegenden Verfahren sei es um die Frage gegangen, ob ein „vergleichbarer ausländischer Kapitalanlagefonds" iSd § 93 Abs. 3 Z 4 EStG 1988 in der im Jahr 1993 geltenden Stammfassung, BGBl 400/1988 vorliege und ob die Nichtendbesteuerung von ausländischen Investmentfonds verfassungswidrig wäre.

Im Beschluss zur Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens vom 21. Juni 2001 sei der VfGH vorläufig davon ausgegangen, dass im Jahr 1993 ein „vergleichbarer" ausländischer

Kapitalanlagefonds dadurch geprägt war, dass es sich – unabhängig von der Rechtsform – um ein nach dem Grundsatz der Risikostreuung angelegtes Vermögen handelte. (Zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens betreffend die Nichtendbesteuerung von Investmentfonds siehe Kirchmayr- Schragl, Nicht-Endbesteuerung von Erträgen aus ausländischen Fonds verfassungswidrig? RdW 2001/579, Haidinger-Kainberger, Gesetzesprüfungsverfahren durch den VfGH hinsichtlich Endbesteuerung ausländischer Investmentfonds, SWK 2001, S 605 ff)

Die Bundesregierung habe in der Gegenschrift hingegen die Auffassung vertreten, dass der Begriff „vergleichbarer“ ausländischer Kapitalanlagefonds sehr viel enger zu verstehen sei und ein ausländischer Kapitalanlagefonds nur dann „vergleichbar“ sei, wenn er die wesentlichen Merkmale eines inländischen Investmentfonds aufweise.

Auf die Frage der Definition der „vergleichbaren“ ausländischen Kapitalanlagefonds im Zeitpunkt der Erlassung des Endbesteuerungsgesetzes sei der VfGH in seinem Erkenntnis nicht weiter eingegangen. Er habe allerdings ausgeführt, dass selbst wenn der Begriff „vergleichbarer“ ausländischer Kapitalanlagefonds im Endbesteuerungsgesetz 1993 sehr viel enger zu verstehen sei als jener in § 42 Abs. 1 InvFG 1993 (mit BGBl 1993/818 (Wirkung ab 1994) wurde in § 93 Abs. 3 für Kapitalerträge aus Anteilsrechten an ausländischen Kapitalanlagefonds eine eigene Teilziffer geschaffen – Tz 5 – die sich auf § 42 Abs. 2 InvFG 1993 bezieht) es unbestritten sei, „dass § 93 Abs. 3 EStG 1988 in der Stammfassung eine KEST-Pflicht auch für bestimmte Erträge bestimmter ausländischer Kapitalanlagefonds anordne, während der einfache Gesetzgeber im Steuerreformgesetz 1993, BGBl 818/1993, durch die Neufassung des § 97 Abs. 1 erster Satz iVm § 93 Abs. 3 EStG 1988 diese Wirkung der ausländischen Kapitalanlagefonds generell ausgeschlossen hat“.

Der Ausschluss von Erträgen aus ausländischen Kapitalanlagefonds von der Abgeltungswirkung, der durch den einfachen Gesetzgeber mit dem Steuerreformgesetz 1993 vorgenommen wurde, indem im ersten Satz des § 97 Abs. 1 EStG 1988 nunmehr auf die Ziffern 1 - 4 des § 93 Abs. 3 EStG 1988 verwiesen wurde, sei daher vom VfGH für verfassungswidrig befunden worden. Ebenso verfassungswidrig wäre eine Steuerfreistellung von Kapitalerträgen aus inländischen Investmentfonds und ausländischen Investmentfonds, deren Erträge von einem steuerlichen Vertreter nachgewiesen werden („weiße“ Fonds) und eine Besteuerung von Kapitalerträgen aus „schwarzen“ Fonds.

Hinsichtlich der Vergleichbarkeit ausländischer Thesaurierungsfonds führte die Bw. aus, dass eine Vergleichbarkeit vor der Novelle des Investmentfondsgesetzes 1998 zweifellos auch bei ausschüttungsgleichen Kapitalerträgen aus ausländischen Thesaurierungsfonds gegeben gewesen sei; denn auch diese resultieren ihrem Wesen nach aus den für inländische Kapitalanlagefonds maßgeblichen Ertragstypen (Wertpapiere, Bankeinlagen) und differieren lediglich

in der zeitlichen Modalität des Ertragszuflusses. Dieser rein temporäre nicht substantielle (inhaltliche) Aspekt könne die „Vergleichbarkeit“ von ausländischen Thesaurierungsfonds mit inländischen Investmentfonds nicht ausschließen.

Hinsichtlich einer teleologischen und verfassungskonformen Interpretation des § 13 Abs. 2 KStG idF des Strukturanpassungsgesetzes 1996 führte die Bw. aus, dass nach dem Ziel des Gesetzgebers und nach der herrschenden Auffassung in der Literatur, bei den Privatstiftungen jene Kapitalerträge steuerfrei sein sollten, die bei natürlichen Personen halb- oder endbesteuert sind (Wiedermann, Steuerfreiheit der Erträge aus Anteilen ausländischer Anlagefonds bei Privatstiftungen, *ecolex* 1996, 878, Wiesner, Die steuerliche Zielsetzung des Privatstiftungsgesetzes in Bank Austria (Hrsg), Privatstiftungsgesetz (1998), 26 ff). Dies sei u.a aus den Gesetzesmaterialien zum Budgetbegleitgesetz 2001, BGBl. I Nr. 142/2000, ersichtlich, wonach festgehalten wird, dass die bei natürlichen Personen halbsatz- oder endbesteuerten Einkünfte bei der Privatstiftung bis zum Budgetbegleitgesetz 2001 steuerfrei gestellt waren um mit jeder Zuwendungsbesteuerung das der natürlichen Person für unmittelbare erzielte Einkünfte entsprechende Steuerniveau zu erreichen.

Durch die Rechtsprechung des VfGH (7.3.2002, G 278/01; siehe oben) und des EuGH zu Verkooijen (6.6.2000, RsC-35/98) und Baars (13.4.2000, Rs C-251/98) sowie durch den Schlussantrag des Generalanwaltes Tizzano zur Rs Schmid sei es notwendig gewesen, die Besteuerung ausländischer Kapitaleinkünfte zu reformieren. Die entsprechenden Abänderungen des EStG und des InvFG seien im Rahmen des Budgetbegleitgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 71/2003, erfolgt. Dadurch wären in- und ausländische Kapitaleinkünfte ertragsteuerlich (größtenteils) gleich gestellt worden. Diese Gleichbehandlung sei durch die Ausweitung der begünstigten Besteuerung mit dem halben Durchschnittsteuersatz auf in- und ausländische Kapitaleinkünfte und durch die Einführung eines der KEST nachgebildeten linearen Steuersatzes in Höhe von 25 Prozent erreicht worden.

Nachdem der Gesetzgeber noch vor Ergehen des Lenz-Urteils (15.7.2004, C-315/02) erkannt habe, dass es aus verfassungsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Sicht geboten sei, Erträge aus ausländischen Kapitalanlagefonds den inländischen gleichzustellen, habe dies ebenso für Privatstiftungen zu gelten.

Sowohl eine verfassungskonforme als auch eine teleologische Interpretation würden gebieten, dass Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds – unabhängig davon ob die Erträge nachgewiesen werden oder nicht – als vergleichbare ausländische Kapitalerträge iSd § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 idF des Strukturanpassungsgesetzes 1996 gelten und daher steuerfrei behandelt würden.

Die Notwendigkeit der Gleichbehandlung in- und ausländischer Kapitalerträge ergäbe sich auch aus dem EuGH Urteil Lenz (15.7.2004 C-315/02). Art 56 Abs. 1 EG bestimme, dass im Rahmen der Bestimmungen des Kapitels über den Kapital- und Zahlungsverkehr alle Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten sind. Der EuGH habe diese Regelung als eindeutiges und nicht an Bedingungen geknüpft Verbot beurteilt, das unmittelbar anwendbar sei (Widhalm, in Die Besteuerung von Investmentfonds und die Kapitalverkehrsfreiheit mit Verweis auf EuGH 14.12.1995, Rs C-163/94 Sanz de Lera)

Der EuGH habe im Urteil vom 15.7.2004, C-315/02, Lenz ausgesprochen, dass die Verweigerung der einkommensteuerlichen Endbesteuerungswirkung für ausländische Kapitalerträge mit der gemeinschaftsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit in Widerspruch steht.

Durch das Budgetbegleitgesetz 2003, BGBl I Nr. 71/2003, seien ausländische Kapitalerträge, die ab 1.4.2003 zufließen, inländischen gleichgestellt worden (§ 37 Abs. 8, § 97 Abs. 4 EStG 1988). Das gegenständliche Urteil habe daher auf Einkünfte Auswirkungen, die noch nicht im zeitlichen Anwendungsbereich des Budgetbegleitgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 71/2003, zu erfassen sind.

Nach dem BMF Erlass vom 30. Juli 2004 habe die Gleichstellung für Veranlagungszeiträume ab 1994 analog zur Regelung nach dem Budgetbegleitgesetz 2003, BGBl I Nr. 71/2003 zu erfolgen.

Nachdem die Kapitalverkehrsfreiheit auch gegen Drittstaaten gelte und die diskriminierende Besteuerung in- und ausländischer Kapitalerträge gemeinschaftswidrig ist, sei auch im vorliegenden Fall eine Gleichbehandlung „schwarzer“ Fonds mit „weißen“ bzw. inländischen Investmentfonds geboten.

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Überlegungen zur Besteuerung von Kapitalerträgen aus in- und ausländischen Investmentfonds werde auch auf das Erkenntnis des VwGH vom 11.12.2003, 99/14/0081, verwiesen. Der VwGH habe darin festgestellt, dass die Besteuerung „ausschüttungsgleicher“ Erträge nach § 42 InvFG bei einer luxemburgischen Kapitalgesellschaft, die als geschlossener Kapitalanlagefonds ausgestaltet war, gegen die gemeinschaftsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit verstößt und daher § 42 InvFG insoweit als aufgehoben gilt.

Da der VwGH im Rahmen der Entscheidungsfindung die diskriminierende Wirkung des § 42 InvFG durch Vergleich der ausländischen Kapitalgesellschaft mit einer inländischen Kapitalgesellschaft feststellte, dürften nach Meinung des VwGH strenge Anforderungen an die Vergleichbarkeit des ausländischen Rechtsgebildes mit einem inländischen Investmentfonds bestehen. Die Vergleichbarkeit des ausländischen Rechtsgebildes müsse demnach nicht nur hinsichtlich der Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung bestehen,

sondern - entgegen dem derzeitigen Wortlaut des § 42 InvFG - auch hinsichtlich der Rechtsform.

Sei daher nach Meinung der Finanzverwaltung ein ausländischer (geschlossener) Fonds mit einem inländischen Fonds vergleichbar (dh. im Rahmen der Beurteilung nach § 42 InvFG wird die Vergleichbarkeit bejaht) und unterliege dieser daher der Investmentfondsbesteuerung, dann wäre dies wohl zweifelsohne gemeinschaftsrechtswidrig, diesen anders als inländische bzw. andere als „weiße“ (ausländische) Investmentfonds zu behandeln, mit der Begründung, dass dessen Kapitalerträge nicht mit inländischen Kapitalerträgen vergleichbar wären (mit anderen Worten, im Rahmen der Beurteilung nach § 13 KStG wird eine Vergleichbarkeit verneint).

Des Weiteren könne das oa. VwGH-Erkenntnis als Bestätigung dafür gesehen werden, dass auch diskriminierende Besteuerungsfolgen des § 42 InvFG (die Steuerfreistellung von inländischen und „weißen“ (ausländischen) Investmentfonds und die Besteuerung von „schwarzen“ Investmentfonds wäre wohl diskriminierend) für ausländische Fonds im Vergleich zur Besteuerung inländischer Investmentfonds als Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit und insoweit als aufgehoben gelten (Furherr, SWI 2004, 200)

Die Gleichbehandlung von ausländischen Fonds mit inländischen Fonds an die Bestellung eines steuerlichen Vertreters und an den Nachweis der Erträge durch den steuerlichen Vertreter zu knüpfen, scheine nach Ansicht der Bw. auch im Hinblick auf das VfGH Erkenntnis vom 15.10.2004, G 49, 50/04-8 überholt. So teilte der VfGH die Meinung der Bundesregierung nicht, dass die pauschale Ermittlung ausschüttungsgleicher Erträge bei Nichterfüllung der Nachweispflichten verfassungsrechtlich unbedenklich sei. Nach dem VfGH sei es verfassungswidrig eine pauschale Besteuerung vorzunehmen, die nicht dem für die Einkommensteuer tragenden Leistungsfähigkeitsprinzip entspricht, weil kein steuerlicher Vertreter bestellt wurde.

Im vorliegenden Fall komme es nicht nur zu einer überschießenden Besteuerung im Vergleich zum inländischen bzw. weißen Investmentfonds, sondern es werde über die Frage der Besteuerung und Nichtbesteuerung entschieden. Im Hinblick auf das VfGH Erkenntnis scheine es daher verfassungsrechtlich geboten, die Kapitalerträge aus ausländischen Fonds – unabhängig vom Vorliegen eines steuerlichen Vertreters – gleich zu behandeln und die Kapitalerträge aus „schwarzen“ Fonds ebenso wie die Kapitalerträge aus „weißen“ Fonds steuerfrei zu stellen.

Die Bw beantragte die Körperschaftsteuer für das Jahr 1997 in der vorläufig festgesetzten Höhe lt. Bescheid vom 29.9.1999 endgültig sowie die Körperschaftsteuer für das Jahr 1999 mit ATS 600.390,19 (€ 43.922,75) festzusetzen.

In der am 28. Mai 2008 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung verwiesen die Parteien auf ihr bisheriges Vorbringen und erläuterten es näher.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 13 Abs. 2 KStG 1988 idF des Strukturanpassungsgesetzes 1996 sind Privatstiftungen im Sinne des Abs. 1, die nicht unter § 5 Z 6 fallen, befreit:

1. mit Kapitalerträgen

- aus Geldeinlagen und sonstigen Forderungen bei Kreditinstituten (§ 93 Abs. 2 Z 3 des Einkommensteuergesetzes 1988) sowie

- aus Forderungswertpapieren im Sinne des § 93 Abs. 3 Z 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 sowie diesen entsprechenden Genussrechten, wenn sie bei ihrer Begebung sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht einem unbestimmten Personenkreis angeboten werden, sowie

- aus Forderungswertpapieren im Sinne des § 93 Abs. 3 Z 4 des Einkommensteuergesetzes 1988, die zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 gehören,

2. mit ausländischen Kapitalerträgen, wenn sie den in Z 1 genannten vergleichbar sind und wenn für sie keine Steuerentlastung auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen erfolgt,

3. mit ausländischen Beteiligungserträgen, wenn sie den in § 10 Abs. 1 genannten vergleichbar sind und wenn für sie keine Steuerentlastung auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen erfolgt, und

4. mit Einkünften im Sinne des § 31 des Einkommensteuergesetzes 1988.

Gemäß § 93 Abs. 1 EStG 1988 wird bei inländischen Kapitalerträgen (Abs. 2) sowie bei im Inland bezogenen Kapitalerträgen aus Forderungswertpapieren (Abs. 3) die Einkommensteuer durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben (Kapitalertragsteuer).

Gemäß Abs. 2 liegen inländische Kapitalerträge vor, wenn der Schuldner der Kapitalerträge Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat oder Zweigstelle im Inland eines Kreditinstituts ist und es sich um folgende Kapitalerträge handelt:

1. a) Gewinnanteile (Dividenden), Zinsen und sonstige Bezüge aus Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

b) Gleichartige Bezüge und Rückvergütungen aus Anteilen an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ausgenommen jene nach § 13 des Körperschaftsteuergesetzes 1988.

c) Gleichartige Bezüge aus Genussrechten und aus Partizipationskapital im Sinne des Kreditwesengesetzes oder des Versicherungsaufsichtsgesetzes.

d) Zuwendungen jeder Art von nicht unter § 5 Z 6 des Körperschaftsteuergesetzes 1988 fallenden Privatstiftungen an Begünstigte und Letztbegünstigte. Als Zuwendungen gelten auch Einnahmen einschließlich sonstiger Vorteile, die anlässlich der unentgeltlichen Übertragung eines Wirtschaftsgutes an die Privatstiftung vom Empfänger der Zuwendung erzielt werden. Dies gilt nicht hinsichtlich der bei der Zuwendung von Grundstücken mitübertragenen Belastungen des Grundstückes, soweit sie mit dem Grundstück in unmittelbarem wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.

2. Einkünfte aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe als stiller Gesellschafter.

3. a) Zinserträge aus Geldeinlagen bei Kreditinstituten (§ 1 des Kreditwesengesetzes). Als Geldeinlagen bei Kreditinstituten gelten auch von Kreditinstituten treuhändig oder zur Verwaltung aufgenommene Gelder, für deren Verlust sie das wirtschaftliche Risiko tragen.

b) Zinserträge aus sonstigen Forderungen gegenüber Kreditinstituten, denen ein Bankgeschäft zugrunde liegt.

Gemäß Abs. 3 sind Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren Kapitalerträge aus

1. Wertpapieren, die ein Forderungsrecht verbriefen und nach dem 31. Dezember 1983 in Schilling oder Euro begeben wurden,

2. Wertpapieren, die ein Forderungsrecht verbriefen und nach dem 31. Dezember 1988 in anderer Währung als Schilling oder Euro begeben wurden,

3. Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen,

4. Anteilscheine an einem Kapitalanlagefonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes 1963 sowie im Sinne des Investmentfondsgesetzes 1993, soweit die ausgeschütteten Beträge aus Kapitalerträgen gemäß Abs. 2 Z 3 und aus Kapitalerträgen gemäß Z 1, 2 und 3 bestehen, und

5. Anteilsrechten an ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 42 Abs. 1 des Investmentfondsgesetzes 1993).

Diese Kapitalerträge sind im Inland bezogen, wenn sich die kuponanzahlende Stelle (§ 95 Abs. 3 Z 2) im Inland befindet.

Gemäß § 42 Abs. 1 InvFG 1993 sind die Bestimmungen des § 40 auch für ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solches gilt, ungeachtet der Rechtsform, jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien im Sinne des § 14 des Kapitalmarktgesetzes sind ausgenommen.

Der Unabhängige Finanzsenat legt seiner Entscheidung den am Beginn der Entscheidungsgründe dargelegten Sachverhalt zu Grunde, der sich aus den Angaben und vorgelegten Unterlagen der Bw. ergibt. Strittig ist die Frage, ob die ausschüttungsgleichen Erträge schwarzer

ausländischer Investmentfonds, die die Bw in den Jahren 1997 und 1999 bezogen hat, mit Kapitalerträgen gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988 vergleichbar sind und somit unter den Befreiungstatbestand des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 fallen.

Mit dem Strukturanpassungsgesetz 1996 wurden in § 13 KStG 1988 die Vorschriften über die Besteuerung von Privatstiftungen zusammengefasst und zum Teil novelliert. In Bezug auf die Steuerbefreiungen von Privatstiftungen kam es bei den Erträgen aus ausländischen Investmentfonds zu Änderungen. Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem Strukturanpassungsgesetz 1996 beinhalten die einzelnen Steuerbefreiungen des § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988 keinen Verweis mehr auf § 93 Abs. 3 Z 5 EStG 1988, der die Kapitalertragsteuerpflicht von ausländischen Investmentfonds regelt.

Erträge aus ausländischen Investmentfonds waren somit nicht mehr unmittelbar steuerbefreit.

Allerdings sieht § 13 Abs. 2 KStG 1988 in seiner Z 2 vor, dass alle ausländischen Kapitalerträge befreit sind, wenn sie den in Z 1 genannten vergleichbar sind und für sie keine Steuerentlastung auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen erfolgt.

I. Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988

Gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988 iVm § 93 Abs. 2 Z 3 und § 93 Abs. 3 Z 1 bis 4 EStG 1988 sind inländische Kapitalerträge aus Bankeinlagen, Forderungswertpapieren und inländischen Investmentfonds (insoweit die Ausschüttungen auf Kapitalerträge aus Bankeinlagen und Forderungswertpapieren beruhen) steuerbefreit.

Die Anteilsrechte an ausländischen Kapitalanlagefonds gelten für kapitalertragsteuerliche Zwecke als Forderungswertpapiere (§ 93 Abs. 3 Z 5 EStG 1988).

Gemäß § 93 Abs. 3 KStG 1988 letzter Satz gelten Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren, als im Inland bezogen, wenn sich die kuponauszahlende Stelle im Inland befindet.

§ 93 Abs. 3 KStG 1988 differenziert zwischen Anteilscheinen - an einem Kapitalanlagefonds im Sinne des Investmentfondsgesetz (InvFG) 1963 sowie im Sinne des InvFG 1993 - in Ziffer 4 und den Anteilsrechten an ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 25 Abs. 2 Z 1 InvFG 1963, § 42 Abs. 2 Z 1 InvFG 1993) in Ziffer 5.

Nach § 93 Abs. 3 KStG letzter Satz iVm § 93 Abs. 3 Z 4 und Z 5 liegen inländische Kapitalanlagen iSd. § 13 KStG vor, wenn:

- sich die kuponauszahlende Stelle im Inland befindet **und**
- sich der Sitz der Kapitalanlagegesellschaft im Inland befindet (inländischer Investmentfonds).

II. Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988

Vergleichsmaßstab für ausländische (iSd § 13 KStG 1988) Kapitalanlagen aus Investmentfonds sind die betreffenden inländischen Kapitalerträge. Wie bereits oben ausgeführt, ist für die Frage des Vorliegens inländischer Kapitalerträge entscheidend, wo sich die kuponanzahlende Stelle befindet. Demnach bleiben für den Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 nur Kapitalanlagen aus in- oder ausländischen Investmentfonds ohne kuponanzahlender Stelle im Inland übrig (die praktische Relevanz der Kombination Kapitalerträge aus inländischen Investmentfonds mit kuponanzahlender Stelle im Ausland ist jedoch fraglich). Dieses Ergebnis ist insofern von Relevanz, da auch bei einer kuponanzahlenden Stelle im Inland, bei ausschüttungsgleichen Erträgen, keine Erträge aus einer kuponanzahlenden Stelle im Inland vorliegen (da es keine Auszahlung gibt kann es auch keine kuponanzahlende Stelle geben). Bei ausschüttungsgleichen Erträgen werden nicht die tatsächlichen Ausschüttungen besteuert, sondern pauschal ermittelte Erträge.

In den Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG fallen daher Kapitalerträge (inklusive ausschüttungsgleiche Kapitalerträge) aus ausländischen Investmentfonds mit kuponanzahlender Stelle im Inland. In weiterer Folge ist nun zu prüfen, ob eine Vergleichbarkeit mit Kapitalerträgen im Sinne des § 13 Abs. 2 Z 1 KStG 1988 gegeben ist.

II a Vergleichbarkeit auf Ebene des Investmentfonds

Bei inländischen Investmentfonds ohne kuponanzahlender Stelle im Inland ist die Vergleichbarkeit auf Ebene des Investmentfonds zu bejahen, es handelt sich immerhin um einen inländischen Fonds.

Handelt es sich jedoch um einen ausländischen Investmentfonds stellt sich die Frage, ob der ausländische Investmentfonds einem inländischen Investmentfonds vergleichbar ist. Analog zu § 10 Abs. 2 Z 1 lit a KStG 1988 ist für die Frage der Vergleichbarkeit jedenfalls keine vollkommene Entsprechung erforderlich, sondern es ist ausreichend wenn die ausländische Gesellschaft die Wesensmerkmale einer inländischen Kapitalgesellschaft erfüllt.

Gem. § 42 InvFG 1993 gilt als ein ausländischer Kapitalanlagefonds, ungeachtet der Rechtsform, mit Ausnahme von Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien iSd. § 14 KMG, jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Das Wesensmerkmal eines Investmentfonds iSd. § 42 InvFG 1993 liegt demnach im Wesentlichen in der Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung.

In den Gesetzesmaterialien zu § 42 InvFG 1993 (EB zu Art VI und VII z 3 Steuerreformgesetz 1993, 1237 BlgNR 18 GP) wird zum Abs. 2 Z 1 sogar ausgeführt, dass von den Neuregelungen nur solche Fondstypen betroffen sein sollen, die von der Veranlagung des Fondsvermögens gesehen eine Vergleichbarkeit zum österreichischen Fondsrecht aufweisen. Die Erläuternden Bemerkungen verweisen explizit darauf, dass durch die Einführung ausschüttungsgleicher Erträge Wettbewerbsnachteile der österreichischen Investmentfonds vermieden werden sollen. Wären die Investmentfonds nicht miteinander vergleichbar, würde es auch keinen Wettbewerb geben, der zu verhindern wäre.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass sich der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht auf § 42 InvFG 1993 bezieht (§ 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 verweist nicht auf § 93 Abs. 3 Z 5 EStG 1988). Es wäre jedoch nicht begreiflich, warum er hinsichtlich der Vergleichbarkeit des ausländischen Investmentfonds nicht auf die Wesensmerkmale des § 42 InvFG anknüpft und nur Fonds zulassen würde, die mit inländischen Investmentfonds iSd. § 1 InvFG vergleichbar sind.

Somit kann davon ausgegangen werden, dass ein ausländischer Investmentfonds aufgrund der Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung die Wesensmerkmale eines inländischen Investmentfonds erfüllt und somit diesem vergleichbar ist. Es gibt auch keine Hinweise dafür, dass § 13 Abs. 2 Z 2 KStG seiner Regelung einen anderen Investmentfondsbegriff als den des § 42 InvFG 1993 zugrunde legt.

II b Vergleichbarkeit auf Ebene der Kapitalerträge

Hier sind nun zwei Punkte zu überprüfen. Erstens, ob ausschüttungsgleiche Erträge überhaupt von der Vergleichbarkeit erfasst sind, da es sich hier nur um eine ertragsteuerliche Fiktion der Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren handelt. Durch diesen Ansatz wird auf Ebene des inländischen Investors die Vollausschüttung aller im ausländischen Fonds erwirtschafteten Erträge ertragsteuerlich fingiert, unabhängig davon, ob sie tatsächlich ausgeschüttet werden oder nicht. Zweck dieser Bestimmung ist die lückenlose Erfassung der Erträge aus ausländischen Investmentfonds. Da inländische Investmentfonds gemäß § 13 InvFG 1993 bis 1998 Zinsen- und Dividenden erträge ausschütten mussten, waren sie bis dahin gegenüber ausländischen thesaurierenden Fonds benachteiligt. Von einer Vergleichbarkeit kann schon aufgrund des § 93 Abs. 3 EStG 1988 ausgegangen werden, da dieser sowohl Erträge aus Anteilsrechten an einem inländischen als auch an einem ausländischen Kapitalanlagefonds als Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren ansieht. An der Qualifikation eines Kapitalertrages kann es wohl kaum einen Unterschied machen, ob die Erträge tatsächlich geflossen sind, oder aufgrund einer ertragsteuerlichen Regelung, als ausschüttungsgleich gelten.

Fraglich ist weiters, ob alle in § 42 Abs. 2 Z 2 ff InvFG 1993 genannten Voraussetzungen auch erfüllt sein müssen, damit ein ausländischer Investmentfonds als mit einem inländischen vergleichbar gilt. Diese betreffen insbesondere die vom Finanzamt angesehenen, wesentlichen Merkmale. Wie bereits oben ausgeführt, führt der Gesetzesverweis gerade nicht zu § 42 InvFG 1993. Der Gesetzgeber hat es in der neuen Rechtslage unterlassen eine Anknüpfung an den § 93 Abs. 3 Z 5 EStG 1988 vorzusehen. Aus diesem Grund sind die von der Betriebsprüfung und dem Finanzamt angenommenen Merkmale, die über die Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung hinausgehen, gerade nicht unter die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 zu subsumieren.

Aufgrund der bisherigen Ausführungen kann von einer Vergleichbarkeit für das Jahr 1999 sowohl auf Ebene der Investmentfonds als auch der Kapitalerträge ausgegangen werden. Der Ansicht der Betriebsprüfung, der auch das Finanzamt gefolgt ist, dass die Vergleichbarkeit über die wesentlichen Merkmale eines ausländischen Investmentfonds hinausgeht ist nicht zu folgen. Die nach Ansicht des Finanzamtes notwendigen zusätzlichen Merkmale, finden in der Verweiskette keine Deckung. Hinsichtlich des Vorbringens der Betriebsprüfung, dass eine Vergleichbarkeit für das Jahr 1997 deswegen nicht gegeben sein kann, weil es zu diesem Zeitpunkt keine inländischen thesaurierenden Investmentfonds gab, vertritt der Unabhängige Finanzsenat folgende Ansicht:

Bis zur Novellierung des InvFG 1993 im Jahre 1998 waren in Österreich ausschließlich ausschüttende Kapitalanlagefonds mit der Verpflichtung zur Ausschüttung des ordentlichen Jahresertrages, abzüglich der darauf entfallenden Aufwendungen, zugelassen. In dem Erkenntnis des VfGH vom 7.3.2002, G 278/01 hatte sich der Gerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, welche ausländischen Fonds mit inländischen Fonds iSd § 93 Abs. 3 Z 4 EStG 1988 idF BGBl Nr.1988/400 vergleichbar sind. In dem Erkenntnis verzichtet der VfGH auf eine Festlegung „vergleichbarer“ ausländischer Fonds iSd § 93 Abs. 3 Z 4 EStG 1988. Der VfGH nimmt somit nicht abschließend zum Kreis der in die Endbesteuerung einzubeziehende ausländischen Fonds Stellung. Er ist davon ausgegangen, dass, in Vorwegnahme der Rechtsentwicklung in Bezug auf ausländische Investmentfonds, bereits im Jahr 1993 der Begriff des ausländischen Investmentfonds durch die Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung determiniert war. Diese Auffassung hat sich inhaltlich letztendlich an § 42 InvFG 1993 orientiert und hat dementsprechend den Kreis der „vergleichbaren“ Investmentfonds weit gezogen. Gestützt auf dieses Erkenntnis, dass den Kreis der Vergleichbarkeit weit zieht, nämlich einzig davon abhängig macht, ob das Vermögen nach dem Grundsatz der Risikostreuung veranlagt ist, können auch thesaurierende Investmentfonds, als mit inländischen Investmentfonds vergleichbar angesehen werden. Der Unabhängige Finanzsenat vertritt die Ansicht, dass auch die ausschüttungsgleichen Erträge

der Bw. aus den schwarzen ausländischen Investmentfonds in den Jahren 1997 und 1999 aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit inländischen Kapitalerträgen unter den Befreiungstatbestand des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG zu subsumieren sind.

Im Hinblick auf die gegenständliche Beurteilung des Sachverhaltes war auf die von der Bw. vorgebrachten gemeinschaftsrechtlichen Bedenken nicht weiter einzugehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

[Beilage: 2 Berechnungsblätter

Wien, am 11. Juni 2010