

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Mag. Marco Laudacher in der Beschwerdesache EAOT, vom 29.3.2012, vertreten durch KAT gegen die Bescheide des Finanzamtes L vom 22.2.2012 hinsichtlich Feststellung Gruppenmitglied 2007 bis 2009

### **zu Recht erkannt:**

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb werden für 2007 mit 612.085,94 € festgestellt.

Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb werden für 2008 mit 1.184.838,76 € festgestellt.

Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb werden für 2009 mit 4.673.595,74 € festgestellt.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

### **A. Im Betriebsprüfungs- und Beschwerdeverfahren dargestellter Sachverhalt**

1. Im Rahmen einer Betriebsprüfung (Niederschrift vom 11.11.2011; BP-Bericht vom 28.11.2011) wurden von der Bf. steuerfrei belassene Erträge aus ausländischen Subfonds, in die inländische Investmentfonds investiert hatten, nach § 42 Abs 3 InvFG 1993 (idF BGBI I Nr. 9/2005) in den Jahren 2007 bis 2009 als steuerpflichtige ausschüttungsgleiche Erträge behandelt (Verweis auf InvFR 2008 Rz 195).

2. Gegen die Feststellungsbescheide Gruppenmitglied 2007 bis 2009 vom 22. Februar 2012 wurde mit Schreiben vom 29. März 2012 Berufung eingelegt:

- a. Die Feststellungsbescheide seien wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben und die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, vermindert um die ausschüttungsgleichen Erträge iSd § 42 Abs 3 InvFG 1993 idF vor dem BBG 2011, neu festzusetzen.
- b. Die Bf. habe Anteilscheine an inländischen Investmentfonds iSd § 1 InvFG 1993 gehalten, diese Fonds hätten in ausländische Investmentfonds (Zielfonds, Subfonds) investiert. Bei der steuerlichen Behandlung der inländischen Fonds seien dadurch ausschüttungsgleiche Erträge ausländischer Subfonds ausgewiesen worden.

Entgegen den Bestimmungen des § 42 Abs 3 InvFG 1993 habe man die Erträge nicht als steuerpflichtige Einkünfte angesetzt, da diese Einkünfte (Substanzgewinne) nur dann der Steuerpflicht unterliegen, wenn es sich um ausländische Investmentfonds handle. Die Steuerpflicht bestehe unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung, dh. auch im Thesaurierungsfall. Der Gesetzgeber sehe aber keine Steuerpflicht vor, wenn die Substanzgewinne von inländischen Investmentfonds (direkt) erzielt und thesauriert würden.

Gegen diese Ungleichbehandlung der ausländischen gegenüber den inländischen Investmentfonds richte sich die Berufung.

- c. Ausgeschüttete bzw ausschüttungsgleiche Erträge seien nicht als Ertrag sui generis zu erfassen, sondern als Summe aus dem im Investmentfonds erwirtschafteten Ertrag. Ob die in Rede stehenden ausschüttungsgleichen Erträge der Bf. durch Direktbeteiligung oder über inländische Investmentfonds zugerechnet würden, habe auf die Steuerpflicht keine Auswirkung.
- d. Bezuglich der Substanzgewinne (Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds, einschließlich von Bezugsrechten - § 40 Abs 1 InvFG 1993), habe der Gesetzgeber im Geltungsbereich des InvFG 1993 idF vor dem BBG 2011 vorgesehen, dass diese unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung als Bestandteil der ausschüttungsgleichen Erträge zu werten seien, wenn sie von einem ausländischen Investmentfonds erzielt würden (§ 42 Abs 3 InvFG 1993).

Dagegen seien thesaurierte Substanzgewinne inländischer Investmentfonds gemäß § 40 Abs 2 Z 1 InvFG 1993 nicht als Bestandteil der ausschüttungsgleichen Erträge gewertet worden und erst im Rahmen der Ausschüttung der Substanzgewinne bzw der Veräußerung der Investmentfondsanteile steuerlich erfasst worden.

- e. Diese vorgezogene Besteuerung führe zu einem vorzeitigen Kapitalabfluss und damit zu einer Schlechterstellung ausländischer Investmentfonds. Es liege ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art 63 AEUV vor. Der grenzüberschreitende Kapitalverkehr dürfe durch nationales Recht keinen Beschränkungen unterworfen werden. Beschränkung sei jede Behinderung des Kapitalverkehrs, auch solche durch steuerliche Vorschriften. Die Behinderung betreffe sowohl den ausländischen Anbieter, als auch

den inländischen Investor, der in der Entscheidung über die Wahl des Investitionsortes eingeschränkt werde (EuGH 6.6.2000, Rs C-35/98, „Verkooijen“ und EuGH 13.4.2000, Rs C-251/98, „Baars“).

f. Die unterschiedliche Besteuerung in- und ausländischer Kapitalerträge sei eine steuerliche Beschränkung des freien Kapitalverkehrs. Die Besteuerung müsse **notwendig und geeignet** sein und dürfe nicht über das hinausgehen, was zur Verwirklichung des angestrebten Ziels erforderlich sei. Zu wählen sei immer die am wenigsten belastende Maßnahme.

Eine **Rechtfertigung** für die Ungleichbehandlung sei nicht ersichtlich. Das Argument der Wirksamkeit der Steueraufsicht und Bekämpfung der Steuerhinterziehung gelte nicht, weil die betroffenen ausländischen „weißen und blütenweißen“ Subfonds vergleichbaren Informationspflichten unterliegen würden, wie inländische Fonds. Die steuerlichen Werte habe ein steuerlicher Vertreter an ÖKB bzw BMF melden müssen.

Zwar könnten neben dem allgemeinen Rechtfertigungsgrund des Allgemeininteresses nach Art 65 Abs 1 lit a AEUV steuerrechtliche Vorschriften angewendet werden, die **Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort** unterschiedlich behandelten. Diese Ausnahme vom Grundprinzip des freien Kapitalverkehrs sei jedoch eng auszulegen. Sie werde auch durch Abs 3 der Bestimmung wieder eingeengt, wonach die Maßnahmen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs iS des Art 65 AEUV darstellen dürften. Eine solche Diskriminierung liege aber vor, weil Substanzgewinne nur dann als Bestandteil ausschüttungsgleicher Erträge anzusehen seien, wenn es sich um einen ausländischen Investmentfonds handle.

g. Die Besteuerung halte weder einer unionsrechtlichen noch einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand (Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und den Gleichheitssatz). Der Gesetzgeber habe selbst dargelegt, dass § 42 Abs 3 InvFG 1993 unionsrechtswidrig sei. Die EB zur Neufassung des § 40 InvFG idF BBG 2011 laute: „Bei im Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen gilt hingegen im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung von in- und ausländischen Investmentfonds ein Anteil von 100% als ausgeschüttet“.

h. Das Einkommen der Bf. sei daher wie folgt zu kürzen: Einkünfte 6.798,12 € betreffend 2007, Einkünfte 15.218,95 € betreffend 2008 und Einkünfte 34.217,82 € betreffend 2009.

3. Mit Schreiben vom 16. April 2012 wurden die Berufungen zu den Feststellungsbescheiden 2007 bis 2009 dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Gemäß Art. 151 Abs 51 Z 8 B-VG wurde mit 1. Jänner 2014 der Unabhängige Finanzsenat aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei dieser Behörde anhängigen Verfahren ging auf das Verwaltungsgericht über.

Gemäß § 323 Abs 38 BAO sind am 31. Dezember 2013 anhängige Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs 1 B-VG zu erledigen.

Das Verfahren betreffende Anbringen wirken ab 1. Jänner 2014 auch gegenüber dem Bundesfinanzgericht.

## **B. Der Entscheidung zugrunde gelegter Sachverhalt**

Das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen geht von folgenden festgestellten (und im gegenständlichen Fall unbestrittenen) Sachverhalten aus:

Die Bf. hielt Anteilscheine an inländischen Investmentfonds, die sich an ausländischen Investmentfonds beteiligten, sodass Substanzgewinne ausländischer Subfonds anfielen. Diese wurden von der Bf. (entgegen § 42 Abs 3 InvFG 1993 idF vor BBG 2011) nicht der Steuerpflicht als ausschüttungsgleiche Erträge unterzogen.

## **C. Rechtslage**

1. Ein Investmentfonds ist kein Steuersubjekt und unterliegt daher selbst keiner Ertragsbesteuerung. Die Besteuerung der Erträge eines Investmentfonds erfolgt direkt beim einzelnen Anleger nach dem Transparenzprinzip. Der Anteil am Investmentfonds gilt als Forderungswertpapier. Besteuert wird nicht der Fondsertrag als solcher, sondern dieser wird in die einzelnen Ertragskomponenten zerlegt, die dann besteuert werden

- Zinsen,
- Dividenden aus Aktienwerten
- und Substanzgewinne.

Zwischen inländischen und ausländischen Investmentfonds ist zu unterscheiden (Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen, 2. Auflage, S. 23, Rz 12).

2. Substanzgewinne sind Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten einschließlich Bezugsrechten eines Kapitalanlagefonds. Die Substanzgewinne ergeben sich aus dem Differenzbetrag zwischen Anschaffungskosten und Veräußerungserlös (InvFR 89).

Zu den ausschüttungsgleichen Erträgen zählen die in § 40 Abs 2 InvFG aufgezählten (Sonder)Erträge (wie Zinsen, Dividenden usw.).

3. Rechtslage vor dem BBG 2011:

Zentrale Rechtsgrundlagen für die Besteuerung von Anteilen an ausländischen Investmentfonds sind § 42 InvFG und § 42 ImmolInvFG (InvFR 2008 Rz 250). Systematisch ist § 42 InvFG Spezialnorm zu § 40 InvFG 1993. § 40 InvFG gilt daher auch für Anteile an ausländischen Investmentfonds.

Nach § 42 Abs 1 InvFG idF vor dem BBG 2011 sind die Bestimmungen des § 40 InvFG auch für **ausländische Kapitalanlagefonds** anzuwenden. Nach § 42 Abs 3 InvFG gelten Substanzgewinne aus in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilen als sonstige Erträge iSd § 40 Abs 2 Z 1 InvFG und damit als ausschüttungsgleiche Erträge.

Substanzgewinne inländischer Investmentfonds, die im Prüfungszeitraum (vor dem BBG 2011) thesauriert werden, sind nicht Bestandteil der ausschüttungsgleichen Erträge.

#### 4. Rechtslage nach dem BBG 2011, BGBI 2010/111:

Mit 1. Oktober 2011 wurden die §§ 40 und 42 InvFG neu gefasst. § 42 InvFG enthält seither nur mehr die Definition des ausländischen Investmentfonds, aber keine inhaltliche Regelung zur Besteuerung ausländischer Fonds (Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen, 2. Auflage, S. 28, Rz 21a). In § 40 Abs 2 Z 1 InvFG wird folgendes geregelt: **Bei in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen gilt der gesamte positive Saldo aus Einkünften im Sinne des § 27 Abs 3 und 4 des EStG 1988 abzüglich der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen als ausgeschüttet. Werden die als ausgeschüttet geltenden Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, sind sie steuerfrei.**

Ab 1. Oktober 2011 ist damit die Substanzbesteuerung in § 40 InvFG erstmals in gleicher Weise für inländische und ausländische Fonds geregelt.

#### **D. Rechtliche Erwägungen zum festgestellten Sachverhalt**

1. Das Bundesfinanzgericht geht aufgrund des festgestellten Sachverhalts und der im Beschwerdezeitpunkt bestehenden Rechtslage davon aus, dass die bis zum BBG 2011 geltenden Bestimmungen eine unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten darstellten und nicht unionsrechtskonform waren:

a. (1) Nach ständiger Rspr des EuGH gehören zu den Maßnahmen, die Art 63 Abs 1 AEUV (vormals Art 56 EGV) als Beschränkungen des Kapitalverkehrs verbietet, solche, die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten (EuGH 10.2.2011, Rs C-436/08 und C-437/08, Rn 50, „Haribo/Saline“).

Zwar können nach Art 65 AEUV (vormals Art 58 EGV) Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandelt werden, nach Abs 3 dürfen die Maßnahmen und Verfahren aber weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Art 63 AEUV (vormals Art 56 EGV) darstellen.

(2) Anteile an Investmentfonds vermitteln Anteilsinhabern des Fonds nach herrschendem Rechtsverständnis keine Möglichkeit der Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle jener Gesellschaften, in welchen die Fondsgelder veranlagt werden. Die Schaffung und Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen zwischen Kapitalanlegern und Unternehmen, in die investiert wird, gehört regelmäßig nicht zum Ziel von Investmentfonds (UFS 25.6.2012, RV/0353-G/04). Nationale Bestimmungen über Beteiligungen, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage erfolgen, ohne dass auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss genommen werden soll, sind daher ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen (EuGH 10.2.2011, Rs C-436/08 und C-437/08, Rn 35, „Haribo/Saline“).

(3) In der nationalen Regelung wird im Prüfungszeitraum bezüglich der Substanzbesteuerung thesaurierender Fonds zwischen ausländischen und inländischen

Fonds unterschieden. Während Substanzgewinne thesaurierender inländischer Fonds nicht (vorläufig) steuerpflichtig sind, werden Substanzgewinne ausländischer Fonds – ohne dass dafür ein wirtschaftlicher Grund erkennbar wäre – den ausschüttungsgleichen Erträgen gleichgehalten und besteuert. Damit könnte eine Investition in ausländische Fonds für traditionelle Anleger weniger attraktiv sein, als Investitionen in Gesellschaften aus Österreich. Die Regelung des § 42 Abs 3 iVm § 40 Abs 2 Z 1 InvFG stellt damit grundsätzlich eine verbotene Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar.

(4) Einen maßgeblichen Rechtfertigungsgrund kann das Bundesfinanzgericht nicht erkennen:

- Die Ungleichbehandlung könnte nur gerechtfertigt sein, wenn sie Situationen betreffen würde, die objektiv nicht miteinander vergleichbar sind (EuGH 10.2.2011, Rs C-436/08 und C-437/08, Rn 58, „Haribo/Saline“). Der Bezug von Substanzgewinnen aus ausländischen und inländischen Investmentfondsgesellschaften, an denen sich Anteilseigner beteiligen können, ist aber zweifellos miteinander vergleichbar.
  - Zwingende Gründe des Allgemeininteresses (zB Vermeidung von Missbrauch oder Steuerumgehung) liegen weder vor, noch wurden solche Gründe vom Finanzamt nachvollziehbar dargelegt. Entsprechende Maßnahmen müssen geeignet sein und dürfen nicht über das Erforderliche hinausgehen (EuGH 10.2.2011, Rs C-436/08 und C-437/08, Rn 70, „Haribo/Saline“). Da Staaten nach der ständigen Judikatur des EuGH berechtigt sind, entsprechende Nachweise für die zutreffende Festsetzung der Steuern und Abgaben zu verlangen, erscheint die Wirksamkeit der erforderlichen Steueraufsicht gegeben.
  - Auch der Rückgang von Steuereinnahmen kann nach der Rspr des EuGH nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses angesehen werden, der zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstößenden Maßnahme angeführt werden kann (EuGH 10.2.2011, Rs C-436/08 und C-437/08, Rn 126, „Haribo/Saline“), ebenso nicht die weiters im Urteil Haribo/Saline erörterten Rechtfertigungsgründe zB die „Aufteilung der Besteuerungsbefugnis“.
  - Besondere Gründe für unterschiedliche Maßstäbe bei der Besteuerung von Substanzgewinnen (bei thesaurierenden Investmentfonds) sind aus der Judikatur des EuGH nicht ableitbar. Insoweit schließt sich das BFG den Darstellungen des UFS an, wonach für die Besteuerung von Substanzgewinnen dieselben Rechtfertigungsgründe gelten, wie bei der Besteuerung von Dividendenerträgen (UFS 25.6.2012, RV/0353-G/04). Ebenso übertragbar ist die Rspr zur Niederlassungsfreiheit, wonach sich ein Staat auf das Ziel der Vermeidung von Missbrauch und Steuerumgehung zur Rechtfertigung einer Beschränkung von Grundfreiheiten nicht berufen kann, wenn er sich dafür entschieden hat, im Hoheitsgebiet ansässige Gesellschaften mit derartigen Einkünften nicht zu besteuern (UFS 25.6.2012, RV/0353-G/04, unter Verweis auf EuGH 18.6.2007, Rs C-303/07, „Aberdeen“).
- b. In den EB betreffend BGG 2011, BGBI 2010/111, mit dem § 40 InvFG neu geregelt wurde, heißt es zur Begründung der Neuregelung: Bei im Betriebsvermögen gehaltenen

Anteilscheinen gilt **hingegen im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlich gebotene Gleichbehandlung von in- und ausländischen Investmentfonds** ein Anteil von 100% als ausgeschüttet.

Damit hat der Gesetzgeber selbst eingeräumt, dass die dem BBG 2011 vorangehende unterschiedliche Besteuerung der Substanzgewinne, je nachdem ob ein ausländischer oder inländischer Fonds vorliegt, dem Unionsrecht widersprochen hat.

c. Auch die Lehre ist von einer bestehenden Unionsrechtswidrigkeit ausgegangen, wie unter anderem Marschner in Investmentfonds in Fallbeispielen, 2. Auflage, S. 30, Rz 25a ausführt: „Im betrieblichen Bereich sind auch bei inländischen Inv (Fondsgeschäftsjahre, die ab 2012 beginnen) stets 100% der Substanzgewinne laufend zu besteuern.

**Dadurch kann die laufende Besteuerung von 100% (auch) der (thesaurierten) Substanzgewinne von ausländischen Inv nicht mehr als unionsrechtswidrig angesehen werden.“**

2. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die lediglich auf den Status als ausländische Investmentgesellschaft abstellende Regelung eine Behinderung des freien Kapitalverkehrs darstellt. Die Regelung stützende Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar.

Aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes haben Gerichte das Gemeinschaftsrecht anzuwenden, wenn es anzuwendendem innerstaatlichem Recht widerspricht. Da eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt, waren die innerstaatlichen Bestimmungen nicht anzuwenden.

Gemäß dem Beschwerdeantrag waren 6.798,12 € (2007), 15.218,95 € (2008) und 34.217,82 € (2009) aus der Bemessungsgrundlage für das Bilanzergebnis auszuscheiden.

Ergebnis laut BP	618.884,06	1.200.057,71	4.707.813,56
Kürzung	-6.798,12	-15.218,95	-34.217,82
Ergebnis laut BFG (Einkünfte)	612.085,94	1.184.838,76	4.673.595,74

3. Da zweifelsfrei eine unionsrechtswidrige innerstaatliche Bestimmung vorliegt, war kein Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH zu beantragen.

## **E. Zulässigkeit einer Revision**

Die Revision an den VwGH ist zulässig. Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG kann gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes Revision erhoben werden, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere wenn eine Rspr des VwGH fehlt.

Im vorliegenden Fall ist die Frage der Unionsrechtswidrigkeit der §§ 40 iVm 42 InvFG idF 1993 vor BBG 2011 strittig. Zu dieser Frage existiert bislang weder Rechtsprechung des UFS, noch des VwGH. Vereinzelte Entscheidungen zum InvFG (zB UFS 21.10.2013, RV/1703-W/07; UFS 25.6.2012, RV/0353-G/04) bezogen sich auf andersgelagerte Sachverhalte. Es handelt sich auch um eine Rechtsfrage, die das abstrakte Interesse

der Allgemeinheit an der einheitlichen Handhabung des Rechts für die vor der Erlassung des BBG 2011 anfallenden Fallkonstellationen in Bezug auf die Besteuerung von Substanzgewinnen berührt.

Linz, am 7.2.2014