

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat (UFS) hat über die Berufung des mittlerweile verstorbenen Berufungswerbers, dieser repräsentiert durch die aus 1.Erbin, 2.Erbin, 3.Erbin und 4.Erbin gebildete, eingeantwortete Erbengemeinschaft als dessen Rechtsnachfolgerin, diese vertreten durch die mit Bescheid des UFS vom 19. Jänner 2012 gemäß [§ 81 Abs. 2 BAO](#) bestellte 1.Erbin, diese vertreten durch WP/StbGmbH, gegen den Bescheid des Finanzamtes X betreffend Einkommensteuer 1999 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Im anhängigen Verfahren war im Zusammenhang mit einem Sachverhalt mit Drittlandsbezug die Unionsrechtskonformität der Bestimmungen des § 42 Abs.3, 3. und 4. Satz Investmentfondsgesetz 1993 (InvFG) idF BGBl I Nr. 41/1998 zu klären.

Der zwischenzeitig verstorbene Berufungswerber (Bw.) versteuerte im Streitzeitraum 1999 im Rahmen seiner Einkünfte aus Kapitalvermögen unter anderem Erträge aus Anteilen an der Kapitalanlagegesellschaft AAA-Investmentfonds – Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien (WKN 123.456), im Folgenden kurz AAA- Fund. Der Sitz des AAA- Fund und seiner Verwaltungsgesellschaft befindet sich auf der Kanalinsel Jersey.

Im Zuge einer Außenprüfung (AP) bezog das Finanzamt X. (FA) einen Anteil von 20% der dem Bw. im Jahr 1999 aufgrund dieser Fondsanteile zugeflossenen, bis dahin unversteuert gebliebenen Substanzgewinne auf Basis des § 42 Abs.3, 3. und 4. Satz InvFG idF BGBl I Nr.41/1998 in die Besteuerung ein.

Dagegen richtete sich die Berufung des Bw.

Über die Höhe der besteuerten Substanzgewinne herrschte zwischen den Verfahrensparteien Einvernehmen.

Der Bw. bekämpfte, unter direkter Berufung auf Art. 73 b des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) in der ab 1994 geltenden Fassung, die Anwendbarkeit der Sätze 3 und 4 des § 42 Abs.3 InvFG idF BGBl I Nr.41/1998 wegen Verletzung der Grundfreiheit des Kapitalverkehrs, welche durch die genannte Bestimmung des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber Drittstaaten garantiert werde.

Im EU-Recht vorgesehene Ausnahmen, die eine derartige Grundrechtsverletzung rechtfertigen könnten, seien auf die Bezug habenden Bestimmungen des InvFG nicht anwendbar. So käme die Ausnahmebestimmung des Art. 73 d Abs 1 lit a EG nicht zum Tragen, weil die bekämpften Bestimmungen des InvFG weder nach dem Wohnort noch nach dem Kapitalanlageort differenzierten sondern auf die Nationalität des Investmentfonds abstellten. Die Rechtfertigungsgründe des Art. 73 d Abs.1 lit b EG seien - mit Verweis auf *Sedlacek*, Die EG-Rechtsverträglichkeit der unterschiedlichen Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds, Linde 1998, S.56 f. - ebenfalls nicht anwendbar. Auch die Ausnahmebestimmung des Art 73 c Abs.1 EG entfalte aufgrund der Stillstandsklausel für die – ohne Vorgängerbestimmung - erstmals mit BGBl I Nr.41/1998 in Kraft gesetzten Sonderregelungen für *Nicht-OGAW-Fonds* keine Wirkung.

Den Gesetzesmaterialien zu den mit Budgetbegleitgesetz (BBG) 2003 eingeführten Änderungen des § 42 InvFG sei zu ersehen, dass der österreichische Gesetzgeber die unzulässige Diskriminierung selbst erkannt und massive Zweifel an der EU-Konformität der unterschiedlichen Besteuerung in- und ausländischer Fonds nach der bis dahin geltenden Rechtslage gehabt habe. In Bezug auf die konkret inkriminierten Bestimmungen des § 42 Abs.3, 3. und 4. Satz InvFG idF BGBl I Nr.41/1998 sei diesen Bedenken bereits mit der Novelle des InvFG durch BGBl I Nr.106/1999 begegnet worden, durch welche die Sonderregelungen für *Nicht-OGAW-Fonds* ab 2001 wieder beseitigt worden seien.

Das FA bestätigte im Vorlageantrag die Bedenken des Bw. in Bezug auf die „normative Reichweite der Bestimmungen der Art 73 b und Art 73 c EGV“, die nach dem 31.12.1993 Beschränkungen des Kapitalverkehrs nur mehr auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zuließen. Die zwischenzeitig auch für inländische Investmentfonds eingeführte, 20%ige

---

Substanzgewinnbesteuerung sah das FA ebenfalls als Indiz für eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber *Nicht-OGAW-Fonds* durch die Rechtslage im Verfahrenszeitraum. Allerdings sei im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Erledigung die in der Literatur vertretene Frage der Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaateneinkünfte vom EUGH noch nicht eindeutig entschieden gewesen.

In Hinblick auf die Vorabentscheidungsersuchen des VwGH in der Rechtssache (Rs.) *Holböck* bzw. des UFS in den Rs. *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH* und *Österreichische Salinen AG* an den Europäischen Gerichtshof (EUGH) wurde die Entscheidung im anhängigen Verfahren zunächst nach [§ 281 BAO](#) ausgesetzt.

In dem nach Ergehen der EUGH-Entscheidung vom 18. Februar 2011 in den verbundenen Rs. *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH* und *Österreichische Salinen AG*, C-436/08 und C-437/08 (Rs. *Haribo/Salinen*) fortgesetzten Verfahren vertrat das FA den Standpunkt, die zwischenzeitig ergangene Judikatur des EUGH habe keine hinreichende Klärung für das anhängige Verfahren gebracht, da die Frage der Nachweispflichten bei Kapitaleinkünften aus Drittstaaten nach wie vor offen sei.

Die das Rechtsmittelverfahren des Bw. fortführenden Erben sahen dagegen den in der Berufung vertretenen Standpunkt durch die aufgrund des angeführten EUGH-Urteils in den Rs. *Haribo/Salinen* ergangene Entscheidung des VwGH vom 25. Oktober 2011, [2011/15/0070](#) insofern bestätigt, als darin die volle Wirksamkeit der Kapitalvertragsfreiheit auch für Drittstaatensachverhalte festgestellt worden sei.

In der Berufungsverhandlung vom 23. Mai 2012 bekräftigte der Vertreter des Bw diese Rechtsmeinung noch einmal und verwies ergänzend darauf, dass sich der EUGH zur Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten für den Bereich der Substanzgewinne bisher noch nicht geäußert habe.

Der Vertreter der Erstbehörde erinnerte zunächst daran, dass die im Verfahrenszeitraum geltende Rechtslage auch für inländische Investmentfonds eine (sogar volle) Substanzgewinnbesteuerung vorgesehen hatte, soweit diese Anteile im Betriebsvermögen gehalten worden waren. Im Übrigen sei die in der Berufung eingewendete Stillhalteklausel auf die strittigen Portfoliobeteiligungen nicht anwendbar. Durch die EUGH-Judikatur sei mittlerweile die Zulässigkeit von staatlich auferlegten Nachweispflichten speziell bei Umgehungs- und Missbrauchssachverhalten geklärt. Den Gesetzesmaterialien zum BGBI I Nr. 41/1998 sei zu ersehen, dass das Ziel der strittigen Bestimmungen die Vermeidung von Missbrauch und Steuerumgehung gewesen sei. Fraglich sei, ob der gewählte Weg dafür angemessen, zielgerichtet und sachgerecht und damit verhältnismäßig im Sinne der

EUGH-Judikatur gewesen sei. Die gesetzliche Nachfolgebestimmung sei jedenfalls nicht als „Schuldeingeständnis des Gesetzgebers“ zu interpretieren.

Schließlich wurde auf die Entscheidung des UFS vom 30. November 2007, RV/0071-W/05 verwiesen, in welcher die Substanzgewinnbesteuerung unstrittig anerkannt worden sei.

Die vor dem Hintergrund der EUGH-Judikate in den Rs. *Haribo/Salinen* bzw.

Rs. *Santander Asset Management SGIIIC SA* vom 10. Mai 2012, C-338/11, C-339/11 u.a. (Rs. *Santander*) in der Berufungsverhandlung erörterte Frage nach der objektiven Vergleichbarkeit bzw. Unterschiedlichkeit der Situation von OGAW- und Nicht-OGAW-Fonds brachte in Bezug auf die Kriterien der strittigen Bestimmungen keine relevanten Unterschiede zu Tage.

Dem Rechtfertigungsgrund einer fehlenden Amtshilfemöglichkeit zur Wahrung der staatlichen Kontrolle zwecks Missbrauchsvermeidung hielt der Vertreter des Bw in der Berufungsverhandlung entgegen, dass für Fonds mit Sitz in Österreich dieselben Umgehungsmöglichkeiten bestanden hätten wie für Drittstaatenfonds. Zudem habe der Bw als Portfoliobeteiligter eines von einer internationalen Prüfgesellschaft kontrollierten Publikumsfonds auf die Geschäftstätigkeit des Fonds keinerlei Einfluss nehmen können. Im Übrigen sei das Fehlen einer Amtshilfeverpflichtung der staatlichen Einrichtungen in Jersey lediglich ein „formelles Argument“, da auch bei einer behördlichen Überprüfung im Wesentlichen die Übernahme der Angaben aus den Jahresberichten des AAA- *Fund* zu erwarten gewesen wären.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

1. Die Besteuerung im Zusammenhang mit Investmentfonds befand sich im Verfahrenszeitraum in einer Umbruchssituation. Die durch das InvFG 1993 in der Stammfassung geschaffene, im Wesentlichen unverändert bis 1997 geltende Rechtslage sollte grundlegend im Sinne einer Angleichung der rechtlichen Situation inländischer und ausländischer Investmentfonds geändert werden.

Die Umstellung erfolgte beginnend mit 28.2.1998 (BGBl I Nr.41/1998) in mehreren Schritten, verteilt über einen mehrjährigen Zeitraum. Im Verfahrenszeitraum 1999 waren deshalb unterschiedliche Fassungen der maßgeblichen Bestimmungen in Kraft:

1.1. Bis 14.Juli 1999 lauteten die verfahrensrelevanten Passagen des § 40 InvFG, der die Besteuerung für inländische Investmentfonds regelt, idF BGBl I Nr.41/1998 bzw. BGBl I Nr.28/1999 wie folgt:

*(1) Die Ausschüttungen eines Kapitalanlagefonds an die Anteilsinhaber sind bei diesen steuerpflichtige Einnahmen. Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen bleiben Ausschüttungen*

aus Substanzgewinnen außer Ansatz. Substanzgewinne sind Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds, einschließlich von Bezugsrechten.

(2) 1. Spätestens vier Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres gelten die nach Abzug der dafür anfallenden Kosten nicht ausgeschütteten vereinnahmten Zinsen, Dividenden, ausschüttungsgleiche Erträge von im Fondsvermögen befindlichen Anteilen an anderen in- oder ausländischen Kapitalanlagefonds und sonstige Erträge an die Anteilinhaber in dem aus dem Anteilsrecht sich ergebenden Ausmaß als ausgeschüttet (ausschüttungsgleiche Erträge). Werden nachweislich diese Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, so sind sie steuerfrei. ....

2. Die ausschüttungsgleichen Erträge sind durch einen steuerlichen Vertreter den Abgabenbehörden unter Anschluß der notwendigen Unterlagen nachzuweisen.....

(3) Für eine allfällige Besteuerung der Anteilinhaber gemäß § 30 Abs. 1 Z 1 lit b des Einkommensteuergesetzes 1988 ist der Zeitpunkt des Erwerbes und der Veräußerung der Anteilscheine maßgebend.....

Durch das BGBl I Nr.106/1999 erhielt die Bestimmung folgenden Wortlaut:

(1) Die Ausschüttungen eines Kapitalanlagefonds an die Anteilsinhaber sind bei diesen steuerpflichtige Einnahmen. Bei nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen gelten Ausschüttungen aus Substanzgewinnen, soweit diese nicht aus Forderungswertpapieren gemäß § 93 Abs. 3 Z 1 oder 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 und aus damit im Zusammenhang stehenden Produkten im Sinne des § 21 resultieren, im Ausmaß von einem Fünftel als Einkünfte im Sinne der § 30 Abs. 1 Z 1 lit. b oder § 30 Abs. 1 Z 2 des Einkommensteuergesetzes 1988; die übrigen Ausschüttungen aus Substanzgewinnen bleiben sowohl bei Einkünften aus Kapitalvermögen als auch bei Einkünften im Sinne des § 30 des Einkommensteuergesetzes 1988 außer Ansatz. Substanzgewinne sind Gewinne aus der Veräußerung von Vermögenswerten eines Fonds, einschließlich von Bezugsrechten.

(2) 1. Spätestens vier Monate nach Ende des Geschäftsjahres gelten die nach Abzug der dafür anfallenden Kosten vereinnahmten Zinsen, Dividenden, ausschüttungsgleiche Erträge von im Fondsvermögen befindlichen Anteilen an anderen in- oder ausländischen Kapitalanlagefonds, Substanzgewinne bei nicht in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilscheinen, und sonstige Erträge an die Anteilinhaber in dem aus dem Anteilsrecht sich ergebenden Ausmaß als ausgeschüttet (ausschüttungsgleiche Erträge). Dabei können bei den nach Abs. 1 mit einem Fünftel zu erfassenden Wertpapieren die Substanzverluste bis zur Höhe der Substanzgewinne des laufenden oder eines späteren Geschäftsjahres abgezogen werden. Werden nachweislich diese Erträge später tatsächlich ausgeschüttet, so sind sie steuerfrei. ....

2. Die ausschüttungsgleichen Erträge sind durch einen steuerlichen Vertreter den Abgabenbehörden unter Anschluß der notwendigen Unterlagen nachzuweisen....

(3) Für eine allfällige Besteuerung der Anteilinhaber gemäß [§ 30 Abs. 1 Z 1 lit. b des Einkommensteuergesetzes 1988](#) ist der Zeitpunkt des Erwerbes und der Veräußerung der Anteilscheine maßgebend. (...) Bei der Veräußerung ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Veräußerungserlös und den Anschaffungskosten um tatsächlich ausgeschüttete steuerfreie Substanzgewinne zu erhöhen sowie um im Veräußerungserlös enthaltene als zugeflossen geltende ausschüttungsgleiche Erträge insoweit zu kürzen, als diese beim Veräußerer steuerpflichtige Einnahmen gebildet haben. ...

Bis zum BGBl I Nr.106/1999 war eine Substanzgewinnbesteuerung bei im Privatvermögen gehaltenen Anteilen an inländischen Investmentfonds nicht vorgesehen gewesen. Die Bestimmung des § 40 Abs.3 InvFG hatte zudem einen Durchgriff auf die Anteilinhaber bei der Besteuerung von ausschließlich auf der Ebene des Fonds realisierten Spekulationstatbeständen verhindert. Hintergrund dieser weiten Substanzgewinnbefreiung war nach den Gesetzesmaterialien das Abzielen auf eine einfache Handhabung der Spekulationsgewinnbesteuerung gewesen (vgl. Regierungsvorlage zu BGBl. I Nr.41/1998, Erläuterungen zu § 42 InvFG).

Mit BGBl I Nr.106/1999 sollte bei privat gehaltenen, inländischen Investmentfonds erstmals eine Substanzgewinnbesteuerung eingeführt werden.

Durch § 49 Abs.9 und Abs.12 InvFG wurden die neuen Bestimmungen des § 40 Abs.1, zweiter Satz InvFG idF BGBl I Nr.106/1999 tatsächlich allerdings erst ab 2001 anwendbar.

1.2. Die in § 42 InvFG normierte Besteuerung ausländischer Investmentfonds war mit BGBl I Nr. 41/1998 - soweit für das anhängige Verfahren relevant - wie folgt geregelt worden:

(1) Die Bestimmungen der §§ 40 und 41 sind 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.....

(2)...

(3) Substanzgewinne ausländischer Kapitalanlagefonds gelten als sonstige Erträge im Sinne des § 40 Abs. 2 Z 1. Diese und tatsächlich ausgeschüttete Substanzgewinne ausländischer Kapitalanlagefonds bleiben nur bei Nachweis sowie bei Zulassung und der tatsächlichen Auflage zur öffentlichen Zeichnung bei Einkünften aus Kapitalvermögen außer Ansatz. Bei nicht der Richtlinie des Rates Nr. 85/611/EWG vom 20. Dezember 1985 (ABl. EG L 375) unterliegenden Kapitalanlagefonds muß darüber hinaus nachgewiesen werden, daß auf Grund der Bewirtschaftung des Fondsvermögens die Erzielung von Substanzgewinnen durch Anschaffung und Veräußerung von Wirtschaftsgütern innerhalb des im [§ 30 Abs. 1 Z 1 lit. b](#)

des Einkommensteuergesetzes 1988 festgesetzten Zeitraumes nur einen untergeordneten Nebenzweck darstellt. Kann ein Nachweis im Sinne des vorstehenden Satzes nicht erbracht werden, so sind bei Einkünften aus Kapitalvermögen 20% der Substanzgewinne als steuerpflichtige Einnahmen anzusetzen.

Die durch BGBI I Nr. 106/1999 normierte Nachfolgebestimmung des § 42 InvFG lautete, soweit verfahrensrelevant:

(1) *Die Bestimmungen des § 40 sind 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....*

(2)...

(3) *Substanzgewinne ausländischer Kapitalanlagefonds gelten als Einkünfte im Sinne des § 30 des Einkommensteuergesetzes 1988. § 40 Abs. 1 zweiter Satz ist nur bei Nachweis sowie bei Zulassung und der tatsächlichen Auflage zur öffentlichen Zeichnung anzuwenden. Bei in einem Betriebsvermögen gehaltenen Anteilen gelten Substanzgewinne als sonstige Erträge im Sinne des § 40 Abs. 2 Z 1.*

(4) .....

Die Änderungen des § 42 InvFG durch BGBI I Nr.41/1998 traten zunächst per 28.Februar 1998 nur teilweise in Kraft. Die Neuregelungen betreffend *nicht der Richtlinie des Rates Nr. 85/611/EWG vom 20. Dezember 1985 (ABl. EG L 375) unterliegenden Kapitalanlagefonds* (Nicht-OGAW-Fonds) erlangten erst per 1.Jänner 1999 Wirksamkeit (§ 49 Abs.7 InvFG).

Durch die auf Basis einer Verordnungsermächtigung nach § 49 Abs.9 InvFG erlassene Verordnung des Bundesministerium für Finanzen (BMF) vom 7.März 2000, BGBI II Nr.79/2000 löste § 42 Abs.3 idF BGBI I Nr.106/1999 die Fassung des BGBI I Nr.41/1998 bereits mit 15.Juli 1999 ab und eliminierte damit die Sonderregelungen für Nicht-OGAW-Fonds ab diesem Datum wieder aus dem Rechtsbestand.

Der Anwendungszeitraum der Sätze 3 und 4 des § 42 Abs.3 InvFG in der Fassung BGBI I Nr.41/1998 – und damit der im Verfahren allein strittigen Sonderregelung für Nicht-OGAW-Fonds - beschränkte sich somit auf die Zeit vom 1.Jänner 1999 bis 14.Juli 1999.

Spezielle Regelungen zur Besteuerung von Anteilinhabern dieser Gruppe von Kapitalveranlagungsgemeinschaften finden sich weder in den vor dem 1.Jänner 1999 geltenden Fassungen, noch in den späteren Fassungen des InvFG.

Ziel der Sonderregelungen für Nicht-OGAW-Fonds war nach den Gesetzesmaterialien zu § 42 InvFG idF BGBl I Nr.41/1998 die Verhinderung einer „gezielten steuerfreien Durchrechnung von Spekulationsgewinnen bei weder nach EU-Recht noch nach nationalem Recht zulässigen Fondsmodellen“ gewesen. Damit werde die Steuerfreiheit von Substanzgewinnen wieder in ihre ursprüngliche Funktion „der einfacheren Handhabung des Spekulationstatbestandes“ rückgeführt (vgl. RV 26.11.1997 zu § 42 InvFG, 917 der Beilagen XX.GP).

2. Die für das Verfahren maßgeblichen Bestimmungen im *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)* – ab 1.1.1994 *Vertrag über die Gründung der Europäischen Union (EUV)*, seit dem 1. Dezember 2009 „*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*“ (AVEU) – in der ab 1.1.1994 geltenden Fassung lauteten:

*Artikel 73 b EUV:*

*(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.*

*Artikel 73 c EUV:*

*(1) Artikel 73 b berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher oder gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen.*

*(2) Unbeschadet der anderen Kapitel dieses Vertrags sowie seiner Bemühungen um eine möglichst weitgehende Verwirklichung des Ziels eines freien Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern kann der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit Maßnahmen für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten beschließen. Maßnahmen nach diesem Absatz, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts für die Liberalisierung des Kapitalverkehrs mit dritten Ländern einen Rückschritt darstellen, bedürfen der Einstimmigkeit.*

*Artikel 73 d EUV:*

*(1) Artikel 73 b berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten,*  
*a) die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln,*

*b) die unerlässlichen Maßnahmen zu treffen, um Zu widerhandlungen gegen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften, insbesondere auf dem Gebiet des Steuerrechts und der Aufsicht über Finanzinstitute, zu verhindern, sowie Meldeverfahren für den Kapitalverkehr zwecks administrativer oder statistischer Information vorzusehen oder Maßnahmen zu ergreifen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind.*

*(2) Dieses Kapitel berührt nicht die Anwendbarkeit von Beschränkungen des Niederlassungsrechts, die mit diesem Vertrag vereinbar sind.*

*(3) Die in den Absätzen 1 und 2 genannten Maßnahmen und Verfahren dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs im Sinne des Artikels 73 b darstellen.*

Eine ergänzende *ERKLÄRUNG* vom 29. Juli 1992 zu *Artikel 73 d des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* konkretisierte zur Reichweite des in Artikel 73 d formulierten Diskriminierungsvorbehalts:

*„Die Konferenz bekräftigt, daß das in Artikel 73 d Absatz 1 Buchstabe a des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erwähnte Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, nur für die einschlägigen Vorschriften gilt, die Ende 1993 bestehen. Diese Erklärung betrifft jedoch nur den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten.“*

Da die Zulässigkeit der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit für Direktinvestitionen bereits durch Artikel 73 c EUV geregelt war, beschränkt sich der Anwendungsbereich der angeführten Erklärung auf den Kapital- und Zahlungsverkehr außerhalb von Direktinvestitionen.

Analog den Vereinbarungen für Direktinvestitionen sollte demnach auch für diesen Bereich eine unterschiedliche Besteuerung je nach dem Wohnort oder Kapitalanlageort in innerstaatlichen Rechtsvorschriften nur insoweit zulässig sein, als diese zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neufassung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bereits existiert hatten.

Wenn auch der Inhalt dieser Erklärung nicht in den Vertragstext übernommen worden war, so scheint für das anhängige Verfahren doch bemerkenswert, dass diese *Stand-Still-Klausel* außerhalb von Direktinvestitionen ausdrücklich nur für den Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und damit nicht für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten gelten sollte. Macht die gewählte Einschränkung auf den Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten doch im Umkehrschluss deutlich, dass der Begriff der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittländern differenzierter verstanden wurde, als nach dem Wortlaut des Art 73 b

EUV anzunehmen wäre, und den Mitgliedstaaten Beschränkungen in diesem Bereich auf nationaler Ebene auch nach dem 31.12.1993 möglich sein sollten.

2.3. Der EUGH hat in der Rs. *Holböck*, C-157/95 am 24. Mai 2007 zur Reichweite der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten auf Basis der Art. 56 und 57 Abs.1 EGV (= Art. 73 b und Art. 73 c EUV) bestätigt, dass einzelstaatliche Beschränkungen des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten im Zusammenhang mit *Direktinvestitionen* zulässig sind, soweit die betreffenden nationalen Regelungen *bereits zum 31.12.1993 bestanden* haben (Stand-Still-Klausel).

Den Begriff der „*Direktinvestition*“ leitete der EUGH aus der Nomenklatur für den Kapitalverkehr in Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung des (inzwischen nicht mehr im Rechtsbestand befindlichen) [Art. 67 EGV](#) ab. Demnach „*bezieht sich der Begriff der Direktinvestitionen auf Investitionen jeder Art durch natürliche oder juristische Personen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind.*“

*Bei Beteiligungen an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen setzt das Ziel der Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen, wie auch aus den Begriffsbestimmungen hervorgeht, voraus, dass die Aktien ihrem Inhaber entweder nach den nationalen aktienrechtlichen Vorschriften oder aus anderen Gründen die Möglichkeit geben, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen*“ (EUGH, Rs *Holböck*, Rn 34f).

Als entscheidendes Merkmal von *Direktinvestitionen* sieht der EUGH die dem Anteilinhaber durch eine Beteiligung vermittelte Möglichkeit, tatsächlich auf die Verwaltung und Kontrolle der betreffenden Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

Investmentfonds zielen mit ihren Beteiligungen an Unternehmen auf eine reine Kapitalanlage in der Form ab, dass regelmäßig in Wertpapieren verbrieftete Minderheitenanteile (so genannte Portfoliobeteiligungen) erworben werden, um damit einerseits über die Dividendenausschüttungen an den Unternehmenserträgen zu partizipieren bzw. anderseits Gewinne durch einen Weiterverkauf der Wertpapiere nach einem Kursanstieg zu lukrieren.

Die Anteile an Investmentfonds vermitteln den Anteilinhabern des Fonds nach herrschendem Rechtsverständnis keine Möglichkeit der Beteiligung an der Verwaltung oder Kontrolle jener Gesellschaften, in welchen die Fondsgelder veranlagt wurden. Dies ergibt sich aus dem Grundkonzept von Investmentfonds als Instrumente der bloßen Kapitalveranlagung auf der Grundlage der Risikostreuung. Die Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter

---

Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Kapitalanlegern und den Unternehmen, in die investiert wird, gehört regelmäßig nicht zum Ziel von Investmentfonds.

Der VwGH hat im ersten Rechtsgang in den Verfahren *Haribo/Salinen* festgestellt, dass der Erwerb und das Halten von Beteiligungen an gebietsfremden Gesellschaften, die keinen erheblichen Einfluss auf diese Gesellschaften ermöglichen, in den Anwendungsbereich des Grundrechts der Kapitalverkehrsfreiheit fallen, und zwar auch dann, wenn diese Beteiligungen über einen Investmentfonds gehalten werden (VwGH 17. April 2008, [2008/15/0064](#)).

Der EUGH hat diese Aussage in seiner Judikatur zu den Rs. *Haribo/Salinen* bestätigt, indem er ausführte, dass „*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, ausschließlich im Hinblick auf den freien Kapitalverkehr zu prüfen*,“ sind. Beteiligungen im Ausmaß von weniger als 10 % am Kapital (gebietsfremder) Gesellschaften ermöglichen es nicht, einen sicheren Einfluss auf die Entscheidungen der betreffenden Gesellschaften auszuüben und deren Tätigkeiten mitzubestimmen.

Für derartige Beteiligungen seien die Bestimmungen des Art. 64 Abs.1 AVEU (= Art.73 c Abs.1 EUV) - betreffend zulässige Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch am 31.12.1993 bereits bestehende, nationale Regelungen bei Direktinvestitionen - nicht anwendbar (EUGH Rs. *Haribo/Salinen*, Rn 35f und Rn 137).

2.4. In diesem Sinn bezieht sich die zur Harmonisierung von Kapitalanlagegesellschaften im Gemeinschaftsgebiet erlassene, so genannte „OGAW-Richtlinie“ (*Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft 85/611/EWG vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW)*) gemäß Artikel 1 Abs. 2 auf Organismen, - deren ausschließlicher Zweck es ist, beim Publikum beschaffte Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren anzulegen, und - deren Anteile auf Verlangen der Anteilsinhaber unmittelbar oder mittelbar zu Lasten des Vermögens dieser Organismen zurückgenommen oder ausbezahlt werden.

Nach Art. 4 Abs. 1 der OGAW-Richtlinie bedarf der OGAW zur Ausübung seiner Geschäftstätigkeit der Zulassung durch die Stellen des Mitgliedstaats, in dem der OGAW ansässig ist. Die Tätigkeit des OGAW muss sich auf die Verwaltung von Investmentfonds und Investmentgesellschaften beschränken (Art. 6 der OGAW-Richtlinie).

OGAW-Fonds müssen demnach zwingend einen Sitz im Gemeinschaftsgebiet haben und dürfen sich ausschließlich mit dem Verwalten von Investmentfonds betätigen.

Dem Einleitungsteil der OGAW-Richtlinie ist das Ziel zu entnehmen, eine Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften für OGAW mit Sitz im Gemeinschaftsgebiet zu schaffen, um einerseits Wettbewerbsstörungen aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Standards für derartige Organismen in den Mitgliedstaaten zu vermeiden und anderseits einen angemessenen Schutz für die Anleger zu gewährleisten. Zu diesem Zweck legten die Mitgliedsstaaten in der Richtlinie gemeinsame Mindestregelungen bezüglich der Zulassung, der Aufsicht, der Struktur, der Geschäftstätigkeit und der Informationspflicht fest.

Die dem österreichischen InvFG 1993 unterliegenden Kapitalanlagefonds entsprechen den Vorgaben der OGAW-Richtlinie 1985.

3. Nach dem im UFS-Verfahren vorgelegten Prospekt des AAA- *Fund* handelt es sich um eine seit 1984 mit (ausschließlichm) Sitz in Jersey tätige „*offene Investmentgemeinschaft*“, einen so genannten „*Umbrella-Fonds*“, der sich aus einer breiten Palette von Teifonds mit Investitionen in Aktien-, Renten- und Geldmarktwerten zusammensetzt.

Für die verwalteten Aktienteilfonds definiert der Prospekt als Anlageziel „*ein langfristiges Gesamtergebnis aus Kapitalgewinnen und Erträgen, das über einem festgesetzten Vergleichswert bei intensiv verwalteten Portefeuilles liegt*“. Rententeilfonds verfolgen demnach als Anlageziel „*ein langfristiges Gesamtergebnis aus Erträgen und Kapitalgewinnen, das über einem festgesetzten Vergleichswert liegt*“, indem sie „*Erträge und Substanzerhöhungen ausbalancieren*“. Geldmarktteilfonds verfolgen das Anlageziel, „*Sicherheit mit der wettbewerbsfähigen Rendite des Interbanken-Geldmarktes für die betreffende Währung*“ hauptsächlich durch Investition in *kurzfristige, termingeldähnliche Bankeinlagen* zu kombinieren.

Der Teifonds Kontinentaleuropa-Aktien, an dem der Bw im Verfahrenszeitraum Anteile hielt, ist nach den vorgelegten Unterlagen einer der Aktienteilfonds des AAA- *Fund*.

Das Fondsvermögen besteht weitaus überwiegend aus Aktienbeständen. Der Jahresbericht zum 26. März 1999 zeigt umfangreiche Umschichtungen des Portefeuilles innerhalb des Bilanzjahres auf, darunter auch zahlreiche Kauf- und Verkaufstransaktionen identer Aktienpakete, welche die Realisierung von Spekulationstatbeständen im Sinne des § 30 Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG) nahelegen. Die realisierten Gewinne aus dem Verkauf von Kapitalanlagen sind im Jahresbericht zum 26. März 1999 mit 87.525.907,- DEM ausgewiesen. Dem stehen Dividendenerträge von 8.153.780,- DEM gegenüber. Das Ergebnis des Teifonds Kontinentaleuropa-Aktien unterlag in diesem Geschäftsjahr keiner Quellensteuerbelastung.

Nach den Prospektangaben bedient sich die Investmentgesellschaft AAA- *Fund* zur Geschäftsführung einer Verwaltungsgesellschaft, ebenfalls mit Sitz in Jersey. Beide

Gesellschaften sind demnach als Aktiengesellschaften nach dem in Jersey geltenden Recht gegründet. Hauptzweck der Investmentgesellschaft sei das „*Halten von Kapitalanlagen*“, jener der Verwaltungsgesellschaft das Verwalten von „*Offshore-Investmentfonds*“.

Die Reingewinne der Teilfonds würden „*vorbehaltlich der Regeln für einen „ausschüttenden Fonds“ „im wesentlichen“* zur Gänze ausgeschüttet. Dabei dürften die Dividenden der Teilfonds nicht aus Gewinnen aus der Realisierung von Anlagen oder aus nicht realisierten Kursgewinnen resultieren. Doch dürften realisierte Kursgewinne aus Anlagen im notwendigen Umfang zur Realisierung der Politik der vollständigen Ausschüttung im Sinne des britischen Einkommensteuergesetzes verwendet werden (vgl. Punkt 38.02 des Satzung des AAA- Fund).

Das nach den vorgelegten Prospektunterlagen des AAA- Fund ursprünglich jeweils am letzten Freitag des Monats Februar endende Geschäftsjahr war mit Beschluss der Anteilinhaber vom 25. Februar 1999 auf einen Abschlussstichtag am letzten Freitag im Monat März geändert worden. Als Konsequenz dieses Wechsels war in der Folge auch der Zeitpunkt der Dividendenzahlungen an die Anteilinhaber vom 15. März auf „*jährlich am oder um den 15. April*“ verlegt worden (vgl. „*Ergänzung zum Prospekt vom 1. Mai 1998*“ vom 29. März 1999 bzw. 16. November 1999).

Der erste Jahresabschluss zum geänderten Stichtag hatte den Zeitraum 1998/1999 betroffen und war zum 26. März 1999 erstellt worden.

Als mit Genehmigung der Steuerbehörde steuerbefreiter Investmentfonds bezahlt der AAA- Fund nach den Prospektangaben in Jersey „*keine Ertragssteuern auf außerhalb von Jersey angefallene Erträge und in Jersey (...) anfallende Bankzinsen*“ (stattdessen Abgabe von „*gegenwärtig 600,- GBP per annum*“). Für die Anteilinhaber gebe es auf Jersey keine Kapitalertragsteuer, Erbschaftsteuer oder Schenkungsteuer. Lediglich für auf Jersey gebietsansässige Anteilinhaber werde von Dividenden eine 20%ige Einkommensteuer einbehalten und an die Steuerbehörden abgeführt. Ausgabe, Tausch und Rückgabe der Anteile würden ohne Besteuerung in Jersey erfolgen.

Für in der EU ansässige Anteilinhaber wird im Prospekt ausdrücklich festgehalten, dass Jersey keinen steuerlichen Bestimmungen der EU unterliegt und auch nicht verpflichtet ist, die Richtlinien der Europäischen Union zu befolgen. Allerdings würden in der Regel von den an den Fonds zu zahlenden Dividenden und möglicherweise auch von Zinserträgen im Ursprungsland Quellensteuern abgezogen.

In Österreich unterliege der AAA- Fund keiner staatlichen Aufsicht. Doch sei der öffentliche Vertrieb der Anteile dem BMF nach § 30 InvFG angezeigt worden und erfolge seit 25. Februar 1997 mit staatlicher Genehmigung.

Als österreichischer Repräsentant des AAA- *Fund* im Sinne des § 25 Z.1 InvFG sei die Österreich-Bank AG bestellt, die auch als gesetzliche Vertreterin und Zustellbevollmächtigte (§ 29 InvFG), als Zahlstelle (§ 25 Abs.3 InvFG) und Steuerrepräsentantin (§ 42 Abs.2 Z.3 InvFG) fungiere und zudem den Prospekt der Investmentgesellschaft prüfe. Am Sitz der Österreich-Bank AG könnten die rechtserheblichen Unterlagen des AAA- *Fund* während deren Geschäftszeiten eingesehen und teilweise kostenlos bzw. gegen angemessene Gebühr bezogen werden (gemäß Punkt 41.03 des Statuts des AAA- *Fund* muss der Jahresabschluss der Gesellschaft samt Beilagen jedem Anteilinhaber spätestens 21 Tage vor der Jahreshauptversammlung zugänglich gemacht werden).

Die Erträge aus den Investmentfonds seien für österreichische Anleger nach § 42 Abs.2 InvFG zu versteuern. Einkommensteuerfrei seien für die Anleger „*sämtliche auf eine Anlage anfallenden Kursgewinne*“, sofern sie von einem österreichischen Vertreter nachgewiesen würden und nicht zu einem Betriebsvermögen gehörten. „*Die Zusammensetzung der Erträge in steuerpflichtige Zins- und Dividendenerträge und steuerfreie Kursgewinne*“ werde „*von Zeit zu Zeit*“ durch das BMF veröffentlicht. Beim Verkauf von „*Investmentanteilen*“ komme es „*im Rahmen der Einkommensteuererklärung*“ zu einer pauschalen Ertragsbesteuerung ausschüttungsgleicher Erträge. Die für die österreichische Besteuerung erforderlichen Nachweise stelle man sorgfältig zusammen, übernehme aber keine Haftung für den Eintritt einer bestimmten steuerlichen Behandlung der „*Gewinne und Erträge aus den Investmentanteilen*“.

Vom BMF wurde zum AAA- *Fund* für das Jahr 1999 ein Substanzgewinn von 16,5 ATS je Anteil und ein (steuerpflichtiger) ausschüttungsgleicher Ertrag von - 2,10 ATS je Anteil veröffentlicht.

4. Nach dem dargestellten Inhalt der übermittelten Unterlagen des AAA- *Fund*, deren Richtigkeit von den Verfahrensparteien nicht angezweifelt wurde und wofür auch aus der Sicht des UFS das Verfahrensergebnis keine Veranlassung bot, handelt es sich in der Sache um einen Organismus *für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere* im Sinne der OGAW-Richtlinie. Wenn dennoch von einem *Nicht-OGAW-Fonds* auszugehen ist, so insbesondere deshalb, weil die OGAW-Richtlinie nur für *Organismen* mit einem satzungsmäßigen (Haupt-) Sitz in einem EU-Mitgliedstaat gilt (Art 3 OGAW-Richtlinie).

Der Sitz des AAA- *Fund* befindet sich, wie erwähnt, nach dessen Statut ausschließlich auf der Insel Jersey.

Die Kanalinsel Jersey ist gemäß einem Zusatzprotokoll zum Beitrittsvertrag Großbritanniens zur Europäischen Gemeinschaft im Jahr 1973 war Teil des Zollgebiets aber nicht Mitglied der Europäischen Union.

Investmentfonds mit Sitz auf Jersey sind daher von der genannten OGAW-Richtlinie nicht erfasst und fielen – wie alle außerhalb des Gebiets der Europäischen Union, somit in Drittstaaten ansässige Investmentfonds – grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 42 Abs.3 Satz 3 und 4 InvFG idF BGBl I Nr.41/1998.

5. Als im anhängigen Verfahren entscheidend für die steuerliche Behandlung der aus Veräußerungsgewinnen stammenden Erträge des AAA- *Fund* stellte sich nach dieser Bestimmung neben dem Sitz des Fonds außerhalb des Unionsgebiets, das Ausmaß der von diesem angestrebten Erträge aus spekulationsverfangenen Substanzgewinnen dar.

Während bei im Privatvermögen befindlichen Anteilen an unionsrechtlich harmonisierten Fonds mit Sitz im Unionsgebiet spekulationsverfangene Veräußerungsgewinne des Fonds unabhängig von deren Ausmaß im Rahmen der Gesamtbetätigung des Fonds und von ihrem Anteil am Ergebnis des Fonds beim Anteilinhaber steuerfrei blieben, waren diese bei Beteiligungen an Drittstaatenfonds zu 20% steuerpflichtig, sobald Spekulationsgewinne i.S.d. § 30 EStG beim Fonds nicht nur gleichsam als unbeabsichtigter Nebenerfolg anfielen.

Investmentfonds zielen als primäre Instrumente der Geldveranlagung ihrer Konzeption nach auf die bestmögliche Verzinsung des veranlagten Kapitals ab. Diese wird durch Erwerb, Halten und Veräußern von Kapitalbeteiligungen angestrebt. Mit welchem Anteil das erzielte Fondsergebnis auf Substanzgewinne bzw. Zins-/Dividendenerträge zurückzuführen ist, hängt von verschiedenen, nur zum Teil in den Händen der Fondsmanager gelegenen Umständen ab. Neben der grundsätzlichen Investitionsausrichtung des Fonds (bei Investments mit höherem Risiko, wie dies insbesondere bei Aktienfonds der Fall ist, spielen Gewinne aus kurzfristigen An- und Verkaufsgeschäften eine größere Rolle als bei Rentenfonds mit weniger hohem Veranlagungsrisiko) gehören dazu etwa auch das gesamtwirtschaftliche Umfeld und insbesondere die Verhältnisse am Kapitalmarkt.

Generell ist festzuhalten, dass der Erwerb und das Veräußern von Wertpapieren unter Ausnutzung sich kurzfristig bietender Marktchancen zu den grundlegenden Geschäftsfeldern von Investmentfonds gehört und gerade die daraus resultierenden Möglichkeiten der Ertragsteigerung zu den Aspekten zählen, die Veranlagungen in Investmentfonds für Anleger attraktiv machen. Insbesondere Aktienfonds, bei welchen die Erzielung spekulationsverfangener Veräußerungsgewinne lediglich einen untergeordneten Nebenzweck darstellen, kommen in der Realität daher nur ausnahmsweise vor.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass tatsächlich nahezu alle, jedenfalls aber die weitaus überwiegende Mehrheit der Drittstaaten-Aktienfonds allein wegen ihres Sitzes in einem Drittland unter die 20%ige Substanzgewinnbesteuerung des § 42 Abs.3, 4.Satz InvFG idF BGBl I Nr.41/1998 fielen.

In Hinblick auf die im Prospekt formulierten Ziele der Aktienteilfonds des AAA- *Fund*, den Inhalt des vorgelegten Jahresabschlusses für 1999 bzw. des Halbjahresabschlusses zum 24. September 1999 und nicht zuletzt den vom BMF für 1999 veröffentlichten Ertrags- und Substanzgewinnwerten je Anteil, geht der UFS in Übereinstimmung mit den Verfahrensparteien davon aus, dass auch beim Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien das Erzielen spekulationsverfangener Veräußerungsgewinne im Sinne des § 30 EStG nicht zu den untergeordneten Nebenzwecken des Investmentfonds gehörte. Auf die per 26. März 1999 an den Bw ausgeschütteten „*Dividenden*“ des AAA- *Fund* hatten daher die Bestimmungen des § 42 Abs.3 Satz 3 und 4 InvFG idF BGBI I Nr.41/1998 zur Anwendung zu kommen, vorausgesetzt ein Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliches Primärrecht stand deren Vollzug durch die österreichischen Abgabenbehörden nicht entgegen.

6. Nach der ständigen Rechtsprechung des EUGH gehören zu den Maßnahmen, die [Art. 56 EGV](#) (= Art. 73 b EUV bzw. [Art. 63 Abs. 1 AEUV](#)) als Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs verbietet, solche, die geeignet sind, Gebietsfremde von Investitionen in einem Mitgliedstaat oder die dort Ansässigen von Investitionen in anderen Staaten abzuhalten (z.B. EUGH-Urteil Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 60 mit Verweis auf Vorjudikatur)

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass eine Besteuerung der Substanzgewinne bei Aktienfonds mit Sitz in Drittstaaten, in welchem Umfang auch immer, einen Nachteil gegenüber jenen Fonds darstellte, deren Substanzgewinne zur Gänze steuerfrei lukriert werden konnten. Sowohl eine Beschränkung des Geschäftszwecks, wie nach der strittigen Bestimmung zur Wahrung der vollen Steuerfreiheit erzielter Substanzgewinne erforderlich, als auch die 20%ige Substanzgewinnbesteuerung machten die davon betroffenen Investmentfonds für in Österreich ansässige Kapitalanleger weniger attraktiv. Da, wie dargestellt, Aktienfonds mit Sitz in Drittstaaten von der Sonderregelung für *Nicht-OGAW-Fonds* (nahezu) immer betroffen waren, stellten sich diese als Mittel zur (indirekten) Beschränkung des freien Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten dar, welches grundsätzlich geeignet war, gegen Art.73 b EUV zu verstößen.

7. Im nächsten Schritt war zu prüfen, ob für diese Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit anerkannte Ausnahmen oder Rechtfertigungsgründe vorlagen.

7.1. Zunächst ist festzuhalten, dass - entgegen dem in der Berufung vertretenen Standpunkt – die unterschiedliche steuerliche Behandlung nicht an der „Nationalität“ des AAA- *Fund* ansetzte, sondern am Ort, an dem der Bw sein Kapital veranlagt hatte (in diesem Sinn auch EUGH im Urteil *Haribo/Salinen*, Rn. 116).

Laut Prospektinhalt ist die Ausgabe von Inhaberzertifikaten nach dem Recht von Jersey nicht möglich ist. Die Investmentanteile des *AAA-Fund* werden daher in der Regel nicht in Zertifikaten ausgegeben sondern lediglich im Anteilinhaberregister des Unternehmens in Jersey eingetragen. Dazu ist bei der Zeichnung das Kaufantragsformular im Original an die Verwaltungsgesellschaft in Jersey zu senden.

Verfahrensgegenständlich ist die Besteuerung der Früchte aus jenem Kapital, das der Bw auf diese Weise in Jersey veranlagt hatte. In diesem Verfahren stellt die Insel Jersey daher den *Kapitalanlageort* im Sinne des Art. 73 d EUV dar. Die in der Berufung angestellte Betrachtung wäre allenfalls in einem Besteuerungsverfahren des *AAA-Fund* durchzuführen.

7.2. Grundsätzlich kann, wie dargestellt wurde, eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von Erträgnissen aus Portfolioveranlagungen in Drittstaaten durch Art. 73 d Abs.1 EUV gedeckt sein (und zwar, auch wenn die Bezug habenden nationalen Regelungen erst nach dem 31. Dezember 1993 geschaffen wurden).

Als Ausnahmeregel ist diese Bestimmung nach ständiger EUGH-Judikatur eng auszulegen und findet ihre Grenzen insbesondere in Art. 73 d Abs.3 EUV, der den Einsatz der nach Abs.1 und Abs.2 zulässigen Beschränkungen als „*ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung*“ oder als „*eine verschleierte Beschränkung des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs*“ im Sinne des Artikels 73 b EUV verbietet.

Der EUGH konkretisiert in seiner Judikatur das Verhältnis der Bestimmungen des Art. 73 d Abs.1 und Abs.3 EUV zueinander in der Weise, dass eine unterschiedliche steuerliche Behandlung nach dem Kapitalveranlagungsort zulässig ist, wenn sie sich auf Situationen bezieht, die entweder nicht objektiv miteinander vergleichbar oder durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind (vgl. Urteil Rs. *Haribo/Salinen*, Rn 58 mit Verweis auf umfangreiche Vorjudikatur).

7.2.1. Dabei ist einerseits zu beachten, dass sich der EUGH in den Rs. *Haribo/Salinen* deutlich für die von *Zorn* (in RdW 2011, 171) als „*vertikaler Vergleich*“ bezeichnete Gegenüberstellung der steuerlichen Situation (konkreter) ausländischer Portfoliobeteiligungen mit (konkreten) inländischen Portfoliobeteiligungen ausgesprochen hat (Urteil Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 48) und in der Folge auch der VwGH im Erkenntnis vom 25. Oktober 2011, Zl. [2011/15/0070](#) darauf aufmerksam machte, dass es Sache der nationalen Gerichte sei, zu klären, „*ob in Bezug auf die einzelne konkrete Kapitalveranlagung, für welche eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit festzustellen ist, ein Rechtfertigungsgrund greift.*“

Anderseits hat der EUGH zuletzt in der Rs. *Santander* ausgeführt, dass bei der Beurteilung der objektiven Vergleichbarkeit von Situationen nur die von der betreffenden Regelung

aufgestellten und maßgeblichen Unterscheidungskriterien zu berücksichtigen sind (EUGH Rs. *Santander*, Rn. 27f).

Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutete dies, dass – vor dem Hintergrund der im Zeitpunkt der „*Dividendausschüttung*“ des AAA- *Fund* im Jahr 1999 geltenden Rechtslage – die Auswirkungen der Realisierung von spekulationsverfangenen Substanzgewinnen im Sinne des § 30 EStG bei einem Aktienfonds mit Sitz in Österreich, mit jenen der Realisierung von spekulationsverfangenen Substanzgewinnen im Sinne des § 30 EStG bei einem Aktienfonds mit Sitz in einem Drittland auf die Besteuerung eines in Österreich ansässigen Steuerpflichtigen, der diese Fondsanteile im Privatvermögen hält, zu vergleichen waren.

Ein Vergleich der Besteuerungssituation von im Betriebsvermögen gehaltenen Fondsanteilen mit jener von privaten Fondsanteilen würde dem Gedanken des „*vertikalen Vergleichs*“ wie vom EuGH im Urteil zur Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 48 dargelegt, nicht gerecht werden.

Zwar trifft es zu, dass OGAW aufgrund der Reglementierung durch die Richtlinie 85/611 EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 in verschiedenen Bereichen Beschränkungen bei der Ausübung ihrer Geschäfte unterliegen, welche für nicht harmonisierte OGAW ohne Relevanz sind. Insofern befinden sich OGAW und *Nicht-OGAW-Fonds* grundsätzlich nicht in einer objektiv vergleichbaren Situation. Da nach dem Urteil in der Rs. *Santander* für den aktuellen Vergleich aber nur Kriterien heranzuziehen sind, welche die konkrete Bestimmung als maßgeblich festlegt, kommt diesem Umstand im anhängigen Verfahren keine Bedeutung zu.

Zudem spielt es im Fall von Drittstaaten-Fonds keine Rolle, ob der rechtliche Rahmen für deren Investmentgeschäfte den gemeinschaftsrechtlichen Standards der OGAW-Richtlinie tatsächlich erreicht oder nicht. Allein der (Haupt-) Sitz außerhalb des Gemeinschaftsgebietes schließt diese Organismen vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus.

Die zu überprüfenden Bestimmungen sahen auch keine Möglichkeit für Investoren in Drittstaaten-Fonds vor, das Erreichen der Mindeststandards der OGAW-Richtlinie nachzuweisen.

Als einziges Kriterium für den Vergleich im Sinne der zuvor zitierten Aussage im EUGH-Urteil zur Rs. *Santander* enthielten die im anhängigen Verfahren zu beurteilenden Bestimmungen des § 42 Abs.3, Sätze 3 und 4 InvFG idF BGBI I Nr.41/1998 das aus der (tatsächlichen) Bewirtschaftung des Fonds abzuleitende Ausmaß der angestrebten Spekulationsgewinne im Sinne des § 30 EStG. In anderen Worten, maßgeblich war die Gewichtung der Gewinnmaximierung durch kurzfristigen (unterjährigen) An- und Verkauf von Wertpapieren im Rahmen der Kapitalveranlagungspolitik des Fonds.

Dass sich die Situation von Aktieninvestmentfonds mit Sitz im Unionsgebiet gegenüber vergleichbaren Organismen mit Sitz in einem Drittland in Bezug auf das Ausmaß ihrer

Spekulationsgeschäfte im Sinne des § 30 EStG im Verfahrenszeitraum grundsätzlich unterschied, hat das Verfahrensergebnis nicht hervorgebracht. Weder beschränkte die OGAW-Richtlinie noch das InvFG 1993 Aktienfonds mit Sitz in Österreich beim Umfang ihrer kurzfristigen Wertpapieran- und –verkaufstätigkeit.

Der UFS geht daher mit der übereinstimmenden Beurteilung der Verfahrensparteien in der Berufungsverhandlung konform, dass sich im Verfahrenszeitraum private Anteilinhaber von gemeinschaftsrechtlich harmonisierten Investmentfonds und solche von Drittstaaten-Fonds - bezogen auf das in den strittigen Bestimmungen herangezogene Kriterium des Abzielens auf die Realisierung von Spekulationsgewinnen im Sinne des § 30 EStG - in einer objektiv vergleichbaren Situation befunden haben.

Vor diesem Hintergrund war eine divergierende Besteuerung aufgrund des unterschiedlichen Kapitalveranlagungsortes durch Art. 73 d Abs.1 lit. a EUV nicht gedeckt.

Wenn dennoch bei privat gehaltenen Anteilen an rechtlich harmonisierten Aktienfonds mit Sitz im Unionsgebiet die Realisierung von Spekulationsgewinnen im Sinn des § 30 EStG unabhängig vom Ausmaß der damit verbundenen Tätigkeit des Fonds jedenfalls ohne Besteuerung geblieben war, während die gleiche Situation bei Nicht-OGAW-Fonds im Anwendungsbereich der strittigen Bestimmung regelmäßig bei 20% der erzielten Substanzgewinne zu einer Steuerbelastung geführt hatte, war dieser Substanzgewinnbesteuerung im Sinne der zitierten EUGH-Grundsätze eine unzulässige Beschränkung der - durch Art 73 b EUV auch gegenüber Drittstaaten garantierten – Kapitalverkehrsfreiheit zu Grunde gelegen.

Die zeitlich nur sehr begrenzte Existenz der Bestimmungen über eine Sonderbesteuerung von *Nicht-OGAW-Fonds*, welche bereits mit der durch BGBl I Nr. 106/1999 in Kraft getretenen Folgebestimmung durch eine gleichwertige Behandlung von OGAW und Drittstaaten-Fonds ersetzt wurden, ist nach der EUGH-Judikatur für das laufende Verfahren unerheblich (vgl. EUGH in der Rs. *STEKO Industriemontage GmbH* vom 22.Jänner 2009, C-377/07, Rn. 29).

Gleichwohl (wenn auch vom FA – in der Berufungsverhandlung ohne nähere Erläuterung und entgegen den Ausführungen im Vorlagebericht – bestritten) kann dieser Umstand als ein Indiz dafür gewertet werden, dass der österreichische Gesetzgeber der unionsrechtlichen Problematik der Regelungen bald gewahr worden war.

8. Entgegen der vom Bw vertretenen Meinung, hat der EUGH bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass seine Rechtsprechung zur Beschränkungen der Ausübung der Verkehrsfreiheiten innerhalb der Union nicht in vollem Umfang auf den Kapitalverkehr zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten übertragen werden kann, da sich dieser in einen

anderen rechtlichen Rahmen einfügt. Unter diesen Umständen sei es nicht ausgeschlossen, dass eine Beschränkung des Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten gerechtfertigt sein könne, vorausgesetzt die gewählte Maßnahme sei zur Erreichung des angeführten Ziels geeignet und gehe nicht über das hierzu erforderliche Maß hinaus (z.B. EUGH, Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 119f und Rn 122).

8.1. Von Seiten des FA wurde dazu auf die Notwendigkeit einer wirksamen steuerlichen Kontrolle zur Vermeidung von Missbrauch und Steuerumgehung verwiesen. Weshalb – vor dem Hintergrund der Steuerfreiheit von vergleichbaren Spekulationsgewinnen für private Kapitalveranlagungen in Fonds mit Sitz in Österreich – die Erzielung von Spekulationsgewinnen durch Fonds mit Sitz im Drittland einen Missbrauch bzw. eine Steuerumgehung darstellen sollte, wurde nicht dargetan.

Im Erfordernis, die *Wirksamkeit der Steueraufsicht* und der *Bekämpfung von Steuerhinterziehung* zu gewährleisten, sah der EUGH in der Vergangenheit tatsächlich wiederholt zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung der vom Unionsvertrag garantierten Grundfreiheiten rechtfertigen können, sofern die beschränkenden Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Auch hier betont der Gerichtshof, dass diese Maßnahmen zur Erreichung des damit verfolgten Ziels geeignet sein müssen und nicht über das dazu Erforderliche hinausgehen dürfen (z.B. EUGH, Rs. *Etablissement Rimbaud* vom 28. Oktober 2010, C-72/09, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

8.2. In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der steuerlichen Kontrolle hat der EUGH bereits in mehreren Entscheidungen darauf verwiesen, dass Staaten berechtigt sind, „*von den Steuerpflichtigen die Nachweise zu verlangen, die sie für die zutreffende Festsetzung der betreffenden Steuern und Abgaben als erforderlich ansehen, und gegebenenfalls bei Nichtvorlage dieser Nachweise die beantragte Steuerbefreiung zu verweigern*“ (z.B. EUGH, Rs. „A“ vom 18. Dezember 2007, C-101/05, Rn. 58)

Insofern erscheinen die vom FA geäußerten Bedenken in Bezug auf die „*angemessene, zielgerichtete und sachgerechte*“ Ausgestaltung der den Abgabepflichtigen in den strittigen Bestimmung des § 42 InvFG idF BGBI I Nr. 41/1998 auferlegten Nachweispflichten unbegründet, zumal der EUGH in der Rs. „A“ auch an die Möglichkeit der Informationsbeschaffung aus Unternehmensdaten erinnert hat, zu deren Veröffentlichung an der Börse notierende Gesellschaften gesetzlich verpflichtet sind (EUGH, a.a.O., Rn. 57).

8.2.1. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die (partielle) Substanzgewinnbesteuerung für *Nicht-OGAW-Fonds* im anhängigen Verfahren nicht Konsequenz der speziellen - die Anteilinhaber allenfalls überfordernden und damit unverhältnismäßigen -

Nachweisverpflichtung in § 42 Abs.3 , Satz 3 InvFG idF BGBI I Nr.41/1998 gewesen ist, sondern Ausfluss des grundsätzlichen Geschäftsmodells von Investmentfonds, unabhängig vom Ort ihres Sitzes und vom Grad ihrer rechtlichen Harmonisierung im Sinne der OGAW-Richtlinie. Die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit des Gegenbeweises scheiterte, zumal bei Aktienfonds, in aller Regel am Umstand, dass bei Organismen zum Betrieb des (Aktien-) Investmentgeschäfts kurzfristige Umschichtungen im Portfeuille geradezu „systemimmanent“ sind (so offenbar auch in der vom FA in der Berufungsverhandlung angesprochenen UFS-Entscheidung RV/0071-W/05, wobei anzumerken ist, dass die unionsrechtlichen Konformität der Substanzgewinnbesteuerung in diesem Verfahren nicht releviert worden war).

In Hinblick darauf erübrigte sich eine nähere Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Bezug habenden Nachweisverpflichtung.

8.3. Neben dem Recht Nachweise zu verlangen, betont der EUGH in seiner Judikatur zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit wegen des zwingenden Allgemeininteresses an einer wirksamen Steueraufsicht insbesondere, dass die Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle auch funktionierende Überprüfungsmöglichkeiten für die Behörden erfordert. Die Staaten müssten befähigt sein, den Wert vorgelegter Nachweise bzw. erteilter Auskünfte zu überprüfen. Gerade hier sei zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern zu unterscheiden, weil innerhalb der Mitgliedstaaten aufgrund der Amtshilferichtlinie 77/799 eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden bestehe, während im Verhältnis zu den zuständigen Behörden eines Drittstaats ein derartiger Rahmen für das behördliche Zusammenwirken fehle, wenn Letzterer keine Verpflichtung zu gegenseitiger Amtshilfe eingegangen sei (vgl. z.B. EUGH, Rs. *Etablissements Rimbaud*, Rn. 44 und Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 65ff mit weiteren Judikaturverweisen).

Im Ergebnis sieht der EUGH das öffentliche Interesse an einer wirksamen Steuerkontrolle als nicht hinreichend gewahrt an, wenn zwar der Abgabepflichtige alle Unterlagen vorlegt, um den Verdacht einer Steuerflucht bzw. einer missbräuchlichen Steuerumgehung zu widerlegen oder das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Steuervorteil darzulegen, die Abgabenbehörde deren Richtigkeit mangels entsprechender Amtshilfeabkommen aber nicht überprüfen kann.

8.3.1. Im Urteil in den Rs. *Haribo/Salinen* hat der EUGH allerdings ergänzt, dass das Fehlen eines Amtshilfeabkommens zur Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs gegenüber Drittstaaten dann nicht geeignet sein kann, wenn die zu beurteilende Norm eine bestimmte steuerliche Behandlung vom Bestehen eines Amtshilfeabkommens gar nicht abhängig macht (EUGH Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 132f).

Der VwGH hat dazu in der aufgrund des EUGH-Urteils in den Rs. *Haribo/Salinen* ergangenen Entscheidung vom 25. Oktober 2011, 2011/15/0070 darauf verwiesen, dass die zuvor angeführte Aussage des EUGH auf die allgemein formulierte bzw. auf eine generelle Norm abstellende Vorlagefrage des in den Verfahren *Haribo/Salinen* anfragenden UFS zurückzuführen gewesen sei. Wenn/da eine einzige Sachverhaltskonstellation denkbar gewesen sei, in der trotz Amtshilfe keine Dividendenbefreiung erfolgen konnte, sei eine solche generelle Norm als unionsrechtswidrig zu beurteilen gewesen.

Dagegen sei es, wie bereits erwähnt, Aufgabe der nationalen Gerichte im konkreten Einzelfall zu prüfen, „*ob in Bezug auf die einzelne konkrete Kapitalveranlagung, für welche eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit festzustellen ist, ein Rechtfertigungsgrund greift.*“

Durch die Aussagen des EUGH in den Urteilen zu den Rs. „A“ (insbes. Rn. 63), *Persche* (EUGH vom 27. Jänner 2009, C-318/07, insbes. Rn. 70) und *Kommission gegen Italien* (EUGH vom 19. November 2009, C-540/07 insbes. Rn. 72) hielt es der VwGH für erklärt, „*dass bei Beurteilung des einzelnen konkreten Vorganges Rechtfertigungsgründe greifen können, die in der Rechtsvorschrift des Mitgliedstaates nicht ausdrücklich angeführt sind.*“

Der VwGH zog in der zitierten Entscheidung aus den dargestellten Grundsätzen der EUGH-Judikatur den Schluss, dass bei Sachverhalten mit Drittstaatenbezug eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit auch ohne die explizite Nennung einer Amtshilfeverpflichtung als Voraussetzung für eine Steuerbegünstigung in der anzuwendenden, nationalen Norm gerechtfertigt sein könne, sofern die behördliche Überprüfung der Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung eine Mitwirkung der zuständigen Behörden im Drittland erfordere, für deren rechtsverbindliche Einforderung es an einer entsprechenden Amtshilfevereinbarung mit dem Drittland fehle. Sofern die Mitwirkung des Drittlandes beim Vollzug einer nationalen Bestimmung nicht erforderlich ist, wäre die Berufung auf eine fehlende Amtshilfevereinbarung dagegen unverhältnismäßig.

Die Differenzierung durch den VwGH unterstreicht, dass auch der Rechtfertigungsgrund einer wirksamen steuerlichen Kontrolle nicht zu einer Aushöhlung des Art 73 b EUV führen darf.

9. Für die im anhängigen Verfahren zu klärende Verhältnismäßigkeit einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch eine Besteuerung der Erträge des Bw aus dessen Beteiligung am AAA- Fund soweit diese aus im Rahmen des Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien realisierten Spekulationsgewinnen i.S.d. § 30 EStG resultieren, ergeben sich aus der angeführten Judikatur folgende Konsequenzen:

9.1. Zunächst ist festzuhalten, dass für den UFS aus der bisherigen Judikatur des EUGH Gründe für unterschiedliche Maßstäbe bei der Besteuerung von Substanzgewinnen im Gegensatz zu einer Besteuerung von Zins- /Dividendenerträgen nicht ableitbar erscheinen.

Auch der Bw hat nicht dargelegt, weshalb für die Zulässigkeit einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bei der Besteuerung von Substanzgewinnen andere Rechtfertigungsgründe gelten sollten, als bei der Besteuerung von Dividendenerträgen.

Der UFS geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass die Grundsätze der zitierten Judikatur für die Beurteilung der unionsrechtlichen Konformität der strittigen Bestimmungen im anhängigen Verfahren uneingeschränkt aussagekräftig sind.

9.2. Mit § 42 Abs.3 , Satz 3 und 4 InvFG idF BGBI I Nr.41/1998 sollten, wie erwähnt, Maßnahmen zur Vermeidung einer gezielten steuerfreien Durchreicherung von Spekulationsgewinnen bei unionsrechtlich nicht harmonisierten Kapitalanlagegesellschaften geschaffen werden.

Die verfahrensgegenständlichen Bestimmungen machten die steuerliche Sonderbehandlung von Substanzgewinnen aus *Nicht-OGAW-Fonds* nicht explizit von der Existenz eines Amtshilfeabkommens oder anderer gleichwertiger Instrumente zur Sicherung der staatlichen Kontrolle abhängig.

Grundsätzlich ist für eine Überwachung der ordnungsgemäßen Besteuerung von Spekulationstatbeständen im Sinne des § 30 EStG die Prüfung verschiedener Daten erforderlich, wie etwa des Zeitpunkts von Erwerb und Veräußerung der einzelnen Wirtschaftsgüter des Fondsvermögens und des jeweiligen Erwerbs- bzw. Veräußerungspreises (einschließlich allfälliger Nebenkosten).

Im Falle des AAA- *Fund* hätten die österreichischen Steuerbehörden für diese Überprüfung einer Mitwirkung der zuständigen Behörden in Jersey bedurft. Mangels entsprechender Amtshilfevereinbarung konnte darauf allerdings nicht zurückgegriffen werden.

Unter diesen Umständen konnte das Fehlen einer Amtshilfeverpflichtung für die Verwaltung der Insel Jersey gegenüber den österreichischen Abgabenbehörden eine unterschiedliche Besteuerung von Substanzgewinnen des AAA- *Fund* im Vergleich zu OGAW-Fonds im Sinne der erörterten Judikatur prinzipiell rechtfertigen.

Allerdings machte die in § 42 Abs 3 Satz 4 InvFG idF BGBI. I Nr.41/1998 vorgesehene Pauschalbesteuerung diese Überprüfung im konkreten Fall entbehrlich.

Auch für die Feststellung des Überschreitens eines untergeordneten Nebenzwecks wäre an sich eine Mitwirkung der zuständigen Behörden in Jersey notwendig gewesen, doch konnte auf diese durch das Außerstreichstellen des Bw und den damit korrespondierenden Inhalt der vorgelegten Unterlagen bzw. in Hinblick auf die vom BMF veröffentlichten Ertrags- und Substanzgewinnwerte ebenfalls verzichtet werden.

Der Bedarf nach behördlicher Überprüfung im Wege der Amtshilfe beschränkte sich somit im verfahrensgegenständlichen Fall auf die Bemessungsgrundlage für den pauschal zu berechnenden Spekulationsgewinn, somit auf die Höhe der vom Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien erzielten Substanzgewinne. Insofern waren die österreichischen Abgabenbehörden bei der Überprüfung der Angaben im Jahresbericht des AAA- *Fund* aber auf die Mitwirkung der Steuerbehörden von Jersey angewiesen. Insofern konnte die fehlende Amtshilfeverpflichtung tatsächlich einen Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen.

9.2.1. Wenn auch das Jahresergebnis des AAA- *Fund* vor dessen Veröffentlichung einer Überprüfung durch eine anerkannte, internationale Prüfgesellschaft (XXXX) unterzogen wird und es auch zutreffen mag, dass für den Bw als Inhaber von Minderheitenbeteiligungen an einer international tätigen Publikumsgesellschaft für Kapitalveranlagungen, eine Einflussnahme auf das Jahresergebnis des AAA- *Fund* wenig realistisch ist, ändert dies nichts daran, dass die österreichischen Abgabenbehörden, unabhängig davon, ob der Bw oder die Fondsgesellschaft die Höhe und Zusammensetzung der an die Anteilinhaber ausgeschütteten Erträge des AAA- *Fund* festlegt, eine grundsätzliche, von Privatinteressen losgelöste Möglichkeit der Überprüfung von erklärten Daten ihrer Steuerbürger haben müssen, um ihre Kontrollaufgaben im Einzelfall angemessen wahrnehmen zu können.

Inwieweit ein im Wege der Amtshilfe ersuchter Staat in der Folge tatsächlich über effiziente Kontrolleinrichtungen verfügt, um seinen Amtshilfeverpflichtungen wirksam nachkommen zu können, ist ein bei der Ausgestaltung von Amtshilfeabkommen zu berücksichtigender Aspekt. Der Mangel einer fehlenden Amtshilfevereinbarung zwischen der Republik Österreich und der Kanalinsel Jersey im Verfahrenszeitraum kann damit nicht entkräftet werden.

9.3. Nun verlangt der EUGH, wie erwähnt, als Maßstab für die Verhältnismäßigkeit einer einzelstaatlichen Maßnahme, durch welche eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bewirkt wird, dass diese auch geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das dafür Erforderliche hinaus zu gehen.

Das mit den Bestimmungen des § 42 Abs 3 Satz 3 und 4 InvFG idF BGBl I Nr. 41/1998 verfolgte Ziel war die Verhinderung einer planmäßigen, steuerfreien Durchreichung von Spekulationsgewinnen bei nicht harmonisierten Fondsformen.

Nach dem Vorbringen der Erstbehörde sollte damit eine missbräuchliche Steuerumgehung verhindert werden.

9.3.1. Die Bekämpfung der Steuerhinterziehung anerkennt der EUGH als Rechtfertigungsgrund nur, wenn die Maßnahme der nationalen Gesetzgebung auf „*rein*

*künstliche Gestaltungen*" abzielt, „die auf eine Umgehung des Steuerrechts gerichtet sind.“

Eine allgemeine Vermutung der Steuerflucht oder Steuerhinterziehung genüge dagegen nicht, um eine steuerliche Maßnahme zu rechtfertigen, die die Ziele des Vertrages beeinträchtigt (vgl. EUGH, Rs. *Etablissement Rimbaud*, Rn. 34).

Folgt man der Argumentation der Erstbehörde zum Zweck der im anhängigen Verfahren strittigen Bestimmungen, so legt die Formulierung der Gesetzesmaterialien, wonach die Sonderregelungen zur anteiligen Besteuerung der Substanzgewinne auf „*weder nach EU-Recht noch nach nationalem Recht zulässige Fondsmodelle*“ abzielen, eine derartige Pauschalvermutung gegenüber *Nicht-OGAW-Fonds* nahe. Eine Beschränkung auf *rein künstliche Gestaltungen* zur Steuerumgehung ist weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien abzuleiten, zumal mit der Bezugnahme auf nicht der OGAW-Richtlinie unterliegende Fonds, Kapitalveranlagungsgemeinschaften mit Sitz in Drittstaaten in jedem Fall und unabhängig von den Rechtsstandards im Drittstaat erfasst wurden.

Beim AAA- *Fund* ist nach den vorgelegten Unterlagen von einer rein künstlichen Gestaltung zum Bewirken von Steuerumgehung nicht auszugehen. Auch das FA hat kein Vorbringen in diese Richtung formuliert. Der Sitz des AAA- *Fund* in einem Drittland, wenn auch auf der Kanalinsel Jersey, welche im Verfahrenszeitraum in der OECD-Liste der Steueroasen geführt worden war, vermag für sich einen konkreten Verdacht auf eine auf Steuerumgehung, zumal auf Umgehung der österreichischen Spekulationsgewinnbesteuerung bei privaten Kapitalveranlagungen, gerichtete Gesellschaft nicht zu begründen.

9.3.2. In der zum Bereich der Niederlassungsfreiheit ergangenen Entscheidung im Verfahren *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* (im Folgenden Rs. *Aberdeen*) hat der EUGH zudem darauf verwiesen, dass sich ein Staat auf das Ziel einer Vermeidung von Missbrauch und Steuerumgehung zur Rechtfertigung der Beschränkung einer Grundfreiheit dann nicht berufen kann, wenn es sich dafür entschieden hat, in seinem Hoheitsgebiet ansässige Gesellschaften in Hinblick auf derartige Einkünfte nicht zu besteuern (Urteil Rs. *Aberdeen* vom 18. Juni 2007, C-303/07, Rn. 67).

Diese Sichtweise erscheint auf die Rechtfertigung für eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit übertragbar.

Da der österreichische Gesetzgeber im Verfahrenszeitraum auf die Besteuerung von Spekulationsgewinnen aus Beteiligungen an privat gehaltenen, inländischen Investmentfonds verzichtet hatte (nicht den Standards der OGAW-Richtlinie entsprechende Fonds erfüllen auch die Vorgaben des InvFG nicht und erhalten daher in Österreich keine Zulassung), stellte die Verhinderung von Missbrauch und Steuerumgehung in Bezug auf die zu beurteilenden

Bestimmungen keinen Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit gegenüber Drittstaaten dar.

Dass mit BGBl. I Nr. 106/1999 für sämtliche Investmentfonds eine Gleichbehandlung bei der Substanzgewinnbesteuerung zunächst bereits ab 14. Juli 1999 vorgesehen war (welche aus verschiedenen, v.a. politischen Gründen allerdings erst ab 2001 wirksam wurde), vermochte daran für das anhängige Verfahren nichts zu ändern.

9.3.3. Zuletzt hat der EUGH in der Rs. *Santander* eine weitere Grenze der Verhältnismäßigkeit bei der Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit zur Wahrung der Wirksamkeit der steuerlichen Kontrolle mit dem Hinweis aufgezeigt, dass dieser Rechtfertigungsgrund keine Besteuerung zulässt, *mit der nur und spezifisch Gebietsfremde belastet werden* (EUGH, Rs. *Santander*, Rn. 49).

Gegenstand im Verfahren *Santander* war die Besteuerung von Investmentfonds gewesen. Die Aussage in Rn. 49 des EUGH-Urteils bezog sich demnach auf gebietsfremde Investmentfonds.

Unter Berücksichtigung dieser Feststellung des EUGH in der Rs. *Santander* scheidet im anhängigen Verfahren das Erfordernis einer wirksamen steuerlichen Kontrolle zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bei der Besteuerung der Erträge des Bw aus dessen Beteiligung am AAA- *Fund*, in Hinblick auf die im Verfahrenszeitraum im Bereich privater Portfoliobeteiligungen bestehende, generelle Steuerfreiheit für Spekulationsgewinne von in Österreich ansässigen Investmentfonds, auch aus diesem Grund aus.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Grenzen des Rechtfertigungsgrundes einer wirksamen steuerlichen Kontrolle erscheint das Abstellen auf die im Verfahrenszeitraum fehlende Amtshilfeverpflichtung der staatlichen Einrichtungen der Kanalinsel Jersey zur Rechtfertigung einer Besteuerung von 20% der dem Bw zugeflossenen Substanzgewinne des Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien als unverhältnismäßig. Mit diesem Argument war die Anwendung der Sätze 3 und 4 des § 42 Abs.3 InvFG idF BGBl. I Nr. 41/1998 nicht zu rechtfertigen.

10. Weitere Rechtfertigungsgründe wurden im Verfahren nicht vorgebracht.

Lediglich ergänzend sei daher angemerkt, dass etwa auch die im EUGH-Urteil in den Rs. *Haribo/Salinen* Rn.123f bzw. Rn. 126f erörterten Gründe (Aufteilung der Besteuerungsbefugnis, Rückgang von Steuereinnahmen, fehlende Gegenseitigkeit) nicht zum Tragen kommen konnten.

10.1. Das Erfordernis der *Aufteilung der Besteuerungsbefugnis* zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittland als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Besteuerung von

Portfolioanteile, die über Investmentfonds mit Sitz im Unionsgebiet gehalten werden, gegenüber solchen, die über Investmentfonds mit Sitz in einem Drittland gehalten werden, hat der EUGH für den Fall abgelehnt, dass die betreffende Bestimmung – verglichen mit einer Situation der Gleichbehandlung – nicht zur Verlagerung einer Besteuerungsbefugnis führe (Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 123f).

Dies trifft auf die im anhängigen Verfahren strittigen Bestimmungen zu. Da Österreich im betroffenen Zeitraum bei privat gehaltenen OGAW-Fonds auf die Besteuerung der Substanzgewinne zu Gänze verzichtete, konnte ein Fehlen der strittigen Bestimmungen zu keiner Verlagerung der nationalen Besteuerungsbefugnis führen.

Das Erfordernis der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis bildete daher keinen Rechtfertigungsgrund für die Sonderbesteuerung der Substanzgewinnanteile aus den AAA-Fund-Beteiligungen des Bw.

10.2. Ebenso rechtfertigen nach dem Urteil in den Rs. *Haribo/Salinen* der *Rückgang von Steuereinnahmen* oder *fehlende Gegenseitigkeit* keine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit im Verhältnis zu Drittstaaten (EUGH, Rs. *Haribo/Salinen*, Rn. 126f).

10.3. Schließlich war auch aus dem Gedanken der *Kohärenz des Steuersystems* für die mit dem angefochtenen Bescheid festgesetzte „Sondersteuer“ für *Nicht-OGAW-Fonds* nichts zu gewinnen.

In der Rs. *Santander* hat der EUGH klargestellt, dass das Argument der Kohärenz einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen einem *steuerlichen* Vorteil und dessen Ausgleich durch eine bestimmte *steuerliche* Belastung in Hinblick auf das mit der fraglichen Regelung verfolgte Ziel verlangt (vgl. EUGH, Rs. *Santander*, Rn. 51).

Eine solche Konstellation ist beim anhängigen Sachverhalt nicht erkennbar.

Die Vorteile unionsrechtlich nicht harmonisierter Investmentfonds in Bezug auf ihre Substanzgewinne waren unter der im Verfahrenszeitraum geltenden Rechtslage nicht steuerlicher sondern vielmehr allgemein wirtschaftlicher Natur (nach dem Einleitungsteil der OGAW-Richtlinie sind es insbesondere Wettbewerbsvorteile aus einer nicht reglementierten Geschäftstätigkeit und einem fehlenden Anlegerschutz). Bei privat gehaltenen Fondsanteilen konnte daraus ein steuerlicher Vorteil gerade in Bezug auf die realisierten Substanzgewinne, aufgrund der bereits mehrmals erwähnten, generellen Steuerfreiheit dieser Gewinne bei inländischen Fonds, nicht resultieren.

Da der Ausgleich bzw. zumindest die Verminderung von Wettbewerbsvorteilen, die sich aus der fehlenden Reglementierung von *Nicht-OGAW-Fonds* gegenüber harmonisierten OGAW ergeben, im hier zu beurteilenden Fall kein steuerlicher Vorteil war, rechtfertigte auch der

---

Kohärenzgedanke die durch § 42 Abs 3 Satz 3 und 4 InvFG idF BGBI I Nr. 41/1998 bewirkte Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit bei der Besteuerung der Erträge des Bw aus dessen Beteiligung am AAA- *Fund* nicht.

11. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Bestimmungen des § 42 Abs 3, Satz 3 und 4 InvFG idF BGBI I Nr. 41/1998 bei der Besteuerung der anteiligen Erträge des Bw an den im Geschäftsjahr 1998/1999 beim AAA- *Fund*, Teilfonds Kontinentaleuropa-Aktien erzielten Substanzgewinnen, wegen Verstoßes gegen die mit Art 73 b EUV auch gegenüber Drittstaaten garantierte Kapitalverkehrsfreiheit, aufgrund der unmittelbaren Wirksamkeit des EU-Primärrechts bei der Einkommensteuerveranlagung des Bw für 1999 nicht anzuwenden war.

Der angefochtene Einkommensteuerbescheid 1999 war daher aus dem Rechtsbestand zu entfernen.

Graz, am 25. Juni 2012