



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Hofräatin Dr. Gabriele Krafft und die weiteren Mitglieder Hofräatin Dr. Monika Kofler, Mag. Michael Schiller und Susanne Fazekas im Beisein der Schriftführerin Karin Nowotny über die Berufungen der X-AG, Adresse, vertreten durch Ernst & Young Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft m.b.H., 1220 Wien, Wagramerstraße 19, vom 11. September 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 1/23 vom 6. August 2008 betreffend Umsatzsteuer 2003, 2004, 2005 und 2006 sowie Berufung vom 22. Juni 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 13.5.2009 betreffend Umsatzsteuer 2007 entschieden:

Den Berufungen wird teilweise Folge gegeben.

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

### **Entscheidungsgründe**

Bei der X-AG , in der Folge Bw. fand in den Jahren 2007 und 2008 eine u.a. die Umsatzsteuer 2003 bis 2005 umfassende Betriebsprüfung sowie eine 2006 und 2007 betreffende Umsatzsteuerrevision statt.

Laut Punkt 1 der Niederschrift wurde unter dem Titel „Beratungsaufwendungen gemäß § 3a Abs. 10 Z 4 UStG 1994 – BANK-Aufwand“, festgestellt, die BANK AG Stadt berate die Y-AG, d.i. die Organtochter der Bw., in der Folge kurz mit OT bezeichnet, quartalsweise bei der

Asset Allocation und der Auswahl der Investmentfonds (aus einem von der NAME zur Verfügung gestellten Fonds-Universum) für die vier durch die NAME vordefinierten Veranlagungsstrategien (konservativ, dynamisch, offensiv, spekulativ) indem Portfoliomanagementempfehlungen abgegeben würden. Ein Änderungsvorschlag (Switch) werde vom Vorsitzenden des Vorstandes der OT geprüft und frei gegeben. Danach werde die neue Verteilung von administrativen Mitarbeitern der Bw. in das EDV-System der NAME eingegeben und die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge würden automatisch generiert. Die Aufwendungen, die an die Land\_er Gesellschaft BANK AG, Stadt, bezahlt werden, stellen Beratungsaufwendungen im Sinne des § 3 a Abs. 10 Z 4 UStG 1994 dar und seien daher in Österreich der Umsatzsteuer zu unterziehen. Aufgrund der bestehenden Organschaft sind diese Umsätze der Bw. zuzurechnen.

Laut Punkt 2 der Niederschrift veranstaltete die Bw. Seminare für diverse Versicherungsmakler, die für die OT tätig waren. Jene Versicherungsmakler, die zum Besuch der Seminare einen Bildungsgutschein hätten vorweisen können, bekamen diesen in Höhe von 150,00 € netto je Gutschein angerechnet und hätten daher nur den Restbetrag zur Begleichung des Seminars aufzuwenden. Die Bw. unterzog nur den Restbetrag der Umsatzsteuer. Bildungsgutscheine seien entweder kostenlos durch Vergabe des zuständigen Verkaufsbetreuers oder durch Vermittlung von diversen Versicherungsverträgen erworben worden. Jene Bildungsgutscheine, die die Versicherungsmakler durch Vermittlung von diversen Versicherungsverträgen erwirtschaftet hatten, waren nach Ansicht der Betriebsprüfung in das umsatzsteuerpflichtige Entgelt einzubeziehen, weil hier zwischen der NAME (bestehend aus der Bw. und der OT) und dem Versicherungsmakler ein tauschähnlicher Umsatz vorgelegen sei. Der Versicherungsmakler habe als Gegenleistung für seine Vertragsvermittlung einen Gutschein für einen Seminarbesuch erhalten. Der Wert habe 150,00 € betragen, weil der Versicherungsmakler um diesen Betrag netto weniger für das Seminar habe aufwenden müssen. Für jene Versicherungsmakler, die den Bildungsgutschein nicht in Anspruch nähmen, sei er gleich Null wert, weil er nicht gegen Bargeld eingelöst werden könne. Es seien daher nur jene Gutscheine als tauschähnlicher Umsatz der Umsatzsteuer zu unterziehen, die durch Vermittlung eines Vertrages erwirtschaftet und auch tatsächlich eingelöst worden seien. Dabei ging die Großbetriebsprüfung von folgenden Beträgen aus:

2003	€ 90.600,00	20 % USt	€ 18.120,00
2004	€ 112.350,00	20 % USt	€ 22.470,00
2005	€ 77.100,00	20 % USt	€ 15.420,00
Nachscha 2006	€ 28.200,00	20 % USt	€ 5.640,00

Das Finanzamt folgte den Feststellungen der Betriebsprüfung und setzte die Umsatzsteuer für die Jahre 2003 bis 2007 entsprechend fest. Für das Jahr 2007 wurde keine Umsatzsteuer für

den Bildungsbetrieb hinzugerechnet, es wurde nur ein Vorsteuerbetrag in Höhe von 16.589,76 € nicht anerkannt.

Gegen diese Bescheide erhab die Bw. Berufung und beantragte, die Umsatzsteuerbescheide 2003 bis 2007 so abzuändern, dass keine Umsatzsteuerschuld gemäß § 19 UStG aus den BANK-Leistungen festgesetzt und Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb berücksichtigt würden. Weiters beantragte die Bw. die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat. Begründend führte die Bw. aus, NAME biete ihren Anlegern unter anderem fondsgebundene Lebensversicherungen an. Bei diesen wähle der Anleger aus, welche Fonds seiner Lebensversicherung zugrunde gelegt werden sollten. Am Ende der Laufzeit erhalte der Anleger keine Geldsumme, sondern jene Fondsanteile, welche er seiner Lebensversicherung zugrunde gelegt habe. Für jene Anleger, die ihre Fondsauswahl nicht selbst vornehmen möchten, biete NAME vier „gemanagte Portfolios“ an, wobei je nach Risikofreudigkeit des Anlegers verschiedene Portfolios zur Auswahl ständen. NAME biete den Anlegern auch Dachfonds an, bei welchen dieselbe Anlagestrategie wie beim gemanagten Portfolio außerhalb einer fondsgebundenen Lebensversicherung angeboten werde. Das Management dieser Portfolios und Dachfonds werde nicht von NAME selbst durchgeführt, sondern an Dritte ausgelagert. Zu diesem Zwecke habe NAME ab Mitte 2003 mit der in der Land ansässigen BANK AG, in der Folge BANK, eine Vereinbarung abgeschlossen. Die BANK habe im Wesentlichen die zuvor mit der in Deutschland ansässigen Bank2-AG bestehende Vereinbarung übernommen. NAME habe dabei das „Investmentuniversum“ vorgegeben, das heißt eine Liste von Investmentfonds, welche grundsätzlich für den Deckungsstock der fondsgebundenen Lebensversicherungen in Betracht kommen.

Die Aufgabe von BANK sei die Durchführung der optimalen Veranlagung in den einzelnen Fonds des Investment-Universums (optimales Portfoliomangement). BANK beobachte fortlaufend den Markt und veranlasse regelmäßige Portfolio-Umschichtungen. Bei einer Umschichtung („Switch“) komme es zu folgenden Schritten:

1. BANK *avisiert den Switch.*
2. BANK *erhält eine Liste der Fonds, die grundsätzlich für das jeweilige Portfolio zur Auswahl stehen.*
3. NAME *erklärt intern, wann die Umschichtung in das NAME-interne Verwaltungssystem eingegeben werden kann.*
4. BANK *schickt die Switch-Übersicht mit der neuen Portfoliozusammensetzung und entsprechenden Kommentaren (Marktanalyse, Erläuterung der Umschichtung) an NAME.*

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

*5. Der Switch wird formal von NAME geprüft und freigegeben.*

*6. Eine administrative Mitarbeiterin von NAME gibt die neue Portfoliozusammensetzung in das System ein.*

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

*8. Die neue Portfoliozusammensetzung und der Switch-Kommentar werden veröffentlicht.*

Im gegenständlichen Fall liege keine Beratungsleistung vor, da BANK de facto die Veranlagungsentscheidungen getroffen habe. Von Beratungsleistungen könne nur ausgegangen werden, wenn unbezifferte Empfehlungen hinsichtlich Wertpapierveranlagungen abgegeben würden, und die konkreten Entscheidungen, die sich auf die Portfoliozusammensetzung auswirken, noch getroffen werden müssten. Treffe aber der externe Portfoliomanager de facto die Veranlagungsentscheidung, indem er bei der Erarbeitung seiner „Empfehlungen“ bereits die im Einzelfall geltenden Anlagebeschränkungen beachte und die Empfehlungen, ohne dass weitere inhaltliche Überlegungen angestellt werden müssten, unmittelbar in die Kauf- und Verkaufsentscheidungen einfließen, so liege keine Beratungsleistung vor. Vielmehr handle es sich diesfalls um eine Verwaltungsleistung, auch wenn die Leistung des Dritten aus rechtlichen Gründen als „Beratungsleistung“ bezeichnet werde und die formale Letztentscheidung über die Veranlagung vom Auftraggeber getroffen werde. BANK habe derart bezifferte „Empfehlungen“ unter Beachtung der Veranlagungsbeschränkungen abgegeben, die es NAME ermöglichen, die „Empfehlung“ ohne weitere inhaltliche Überprüfung unmittelbar umzusetzen. Die finale Entscheidung über die Umsetzung der Empfehlungen müsse aus rechtlichen Gründen bei der NAME verbleiben, sei jedoch rein formaler Natur. Es sei nie eine Anlageempfehlung der BANK abgelehnt oder abgeändert worden. Bei der NAME wären die erforderlichen Experten nicht vorhanden, um eine inhaltliche Prüfung der Empfehlungen vorzunehmen. Die Eingabe der neuen Verteilung in das EDV-System stelle eine administrative Tätigkeit dar, die sicherstelle, dass die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge automatisch, basierend auf dem von BANK vorgegebenen Umschichtungsplan generiert werden. Es sei seitens der Bw. keine Entscheidung hinsichtlich der Veranlagung mehr zu treffen, die weiteren Schritte erfolgten automatisch aufgrund der Empfehlungen. Die von BANK erbrachte Leistung sei daher nicht als Beratungsleistung, sondern als Vermögensverwaltung zu qualifizieren, welche ihren Leistungsort nach § 3 a Abs. 12 UStG am Ort des Leistungserbringens in

der Land habe, weshalb es zu keiner Besteuerung in Österreich komme. Selbst wenn man annehmen würde, dass der Leistungsort in Österreich liegen würde, käme es zu keiner Besteuerung, da die Verwaltung von Investmentfonds nach dem Investmentfondsgesetz gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit i UStG von der Umsatzsteuer befreit sei. Im konkreten Fall verwaltete die BANK einerseits NAME-Dachfonds und andererseits gemanagte Portfolios im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherungen. Im Hinblick auf die EuGH-Judikatur müssten beide Veranlagungsformen gleich beurteilt werden. Bei den „gemanagten“ fondsgebundenen Lebensversicherungen sei der Versicherungsnehmer wirtschaftlich in einer vergleichbaren Situation wie ein Investor eines Dachfonds. Der Versicherungsnehmer erhalte bei Ablauf der vereinbarten Laufzeit nämlich grundsätzlich keine Barauszahlung sondern das jeweilige Portfolio, in welches im Zuge der fondsgebundenen Lebensversicherung investiert worden sei. Er trage ebenso wie der Investor eines Dachfonds das Veranlagungsrisiko. Der einzige Unterschied zum Direktinvestment in einen Dachfonds bestehe darin, dass das (sonst im Dachfonds befindliche) gemanagte Fonds-Portfolio „formal in eine Lebensversicherung eingebettet“ sei.

Soweit es sich um die Verwaltung der „gemanagten Portfolios“ handle, liege zwar keine Verwaltung eines Fonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes vor, es werde jedoch wirtschaftlich gesehen die gleiche Tätigkeit erbracht wie beim Management eines Dachfonds und befindet sich auch der Investor in einer ähnlichen Stellung. Weder aus Sicht des Dritten (BANK) noch aus Sicht des Anlegers bestehe ein Unterschied zwischen dem Management von „gemanagten Portfolios“ im Rahmen fondsgebundener Lebensversicherungen und dem Management von Dachfonds, weshalb aus umsatzsteuerlicher Sicht in EU-konformer Interpretation für beide Leistungen die Umsatzsteuerbefreiung iSd „§ 6 Abs. 8 Abs. 1 lit. i“ (gemeint offenbar Abs.1 Z 8 lit i UStG) anwendbar sei. Der EuGH habe in seinem Urteil Abbey National, Rs C-169/04 vom 4.5.2006 erkannt, dass all jene Verwaltungsleistungen, die spezifisch für Organismen zur gemeinsamen Geldanlage seien, als steuerfrei zu behandeln seien, um Kleinanlegern die Geldanlage in derartigen Organismen zu erleichtern. In der Rechtsache JP Morgan Fleming Claverhouse, Rs C-363/05 vom 28.6.2007, habe der EuGH erkannt, dass es das Mehrwertsteuersystem nicht zulasse, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigten, bei der Erhebung der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden. Diese Aussage sei im konkreten Fall zur Auslegung des Begriffes „Sonervermögen“ getätigt worden. Art. 13 Teil B Buchstabe D Nr. 6 der Sechsten Richtlinie räume den Mitgliedstaaten zwar die Befugnis ein, nach ihrem innerstaatlichen Recht die Fonds zu definieren, die unter den Begriff des Sonervermögens fallen. Nach ständiger Rechtsprechung folge jedoch, dass diese Befugnis unter Beachtung der Ziele der EU-Richtlinienbestimmung ausgeübt werden müsse. Dazu müsse einerseits das mit der Befreiungsbestimmung verfolgte

Ziel beachtet werden, welches darin bestehe, den Anlegern die Anlage über gemeinsame Organismen für Anlagen zu erleichtern. Andererseits verlange der Grundsatz der steuerlichen Neutralität, dass auch die Verwaltung von Sondervermögen, das nicht unter die OGAW-Richtlinie falle, steuerfrei sein müsse, wenn es sich um vergleichbare Anlageformen handle. Ein Investor einer fondsgebundenen Lebensversicherung mit gemanagtem Portfolio dürfe nicht schlechter gestellt werden als ein Investor eines Dachfonds. In EU-konformer Interpretation müsse daher von einer umsatzsteuerbefreiten Leistung gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit i ausgegangen werden. Auch bei dieser Betrachtungsweise komme es zu keinem Übergang der Steuerschuld.

Zu den Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb führte die Bw. aus, da von der „NAME“ im Rahmen der „NAME Akademie“ umsatzsteuerpflichtige Umsätze aus der Seminartätigkeit getätigt würden und keine unechte Befreiung vorliege, stehe der Vorsteuerabzug für Vorleistungen, welche im Rahmen des steuerpflichtigen Bildungsbetriebes bezogen und zur Leistungserbringung verwendet worden seien, zu. In den jeweiligen Umsatzsteuererklärungen seien bisher irrtümlicherweise keine Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb geltend gemacht worden. Die Bw. beantragte daher die Anerkennung der direkt zuordenbaren Vorsteuern. Auf die Geltendmachung allgemeiner Vorsteuern wurde verzichtet.

Die Großbetriebsprüfung Wien-Körperschaften führte in ihrer Stellungnahme dazu aus, der Außenprüfung seien folgende maßgeblichen Unterlagen vorgelegt worden: diverse Rechnungen der BANK, Stadt, in denen als Zahlungsgrund „Beratungshonorar“ angegeben worden sei. Die vertragliche Vereinbarung zu dieser Leistung sei vorgelegt worden. Sie sei im April 2003 zwischen der NAME und der BANK abgeschlossen worden, wie im 1. Absatz der Vereinbarung festgestellt werde. Gegenstand dieser Vereinbarung sei die Festlegung der vertraglichen Bedingungen der Beratungstätigkeit durch die BANK. Vor dem April 2003 habe ein Vertrag mit der Bank2-AG vom Oktober 1999 gegolten (einem Konzernunternehmen der BANK). Dieser Vertrag laute auf Beratungstätigkeit mit ähnlichem Inhalt. In der Vereinbarung vom April 2003 sei angeführt, dass die BANK die NAME bei der Asset Allocation und der Auswahl der Investmentfonds für die gemanagten Fondspolizen beraten werde, und zwar in der Form, dass einmal pro Quartal bzw. bei Bedarf eine schriftliche Unterbreitung eines Allocations- und Fondsselektierungsvorschlages für die vier durch die NAME vordefinierten Strategien, ein entsprechender Vorschlag übermittelt werde; schriftliche Erläuterungen der Allocationsvorschläge, sowie eine generelle Markteinschätzung gegeben werden; die BANK-Leistungen lediglich die Beratungstätigkeit umfassten, die Entscheidung, ob die BANK-Empfehlungen berücksichtigt würden jedoch allein bei der NAME lägen. In der Vereinbarung sei vermerkt worden, das Beratungshonorar betrage 130.000,00 € für das erste Jahr und 145.000,00 € in den folgenden Jahren. Eine Fixbetragsvereinbarung spreche in der Regel für

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

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

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

In der Berufung werde angeführt, dass es sich um bezifferte Empfehlungen handle, welche ohne weitere inhaltliche Überprüfung unmittelbar umzusetzen seien. Dem werde entgegen gehalten, dass die Empfehlung nur bestimmte Prozentsätze enthalte (wie zB in der Quartalsempfehlung vom Anfang 2006 beim Fidelity Funds – European Growth Fund im „offensiv“ gemanagten Portfolio eine Änderung des Fondsvolumens von bisher 5 % auf nun 6 % vorgeschlagen werde). Tatsächliche bezifferte Kauf- und Verkaufsaufträge entständen erst in der OT. Vorausgesetzt der Vorsitzende des Vorstandes schließe sich dem Vorschlag der BANK an, werde dieser Änderungsprozentsatz in die EDV der Bw. eingegeben.

Erst dadurch könnten tatsächliche bezifferte Verkaufs- oder Kaufaufträge erstellt werden, die genaue Beträge enthielten (wie zB 100 Stk. Fondsanteile in Höhe von 35.000,00 € an dem Fonds Fidelity Funds – European Growth Fund seien zu kaufen, weil diese Angabe die Erhöhung um 1 % des Fondsvolumens ausmache). Die Höhe des zu veranlagenden Fonds-

volumens ändere sich fast täglich durch neu hinzukommende oder wieder aufgelöste Lebensversicherungen, diese Änderungen seien nur der NAME bekannt. Die Bezifferung der Verkaufs- und Kaufempfehlung erfolge nach Meinung der Betriebsprüfung somit erst in der NAME. Eine externe Fondsvertriebsstelle könne nur mit der Angabe eines Prozentsatzes nichts anfangen.

In dem in der Berufung angeführten Artikel werde über den Unterschied zwischen Beratungsleistung und Vermögensverwaltung unter Beachtung des EU-Rechts abgesprochen. Hier würden unter „Punkt IV. Ausgelagerte Verwaltungsleistungen im Wertpapierfonds“ drei unterschiedliche Fallkonstellationen angeführt.

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

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

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

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

erbracht werden.

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

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

Zu den Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb (NAME Akademie) führte die Betriebsprüfung aus, die im Zuge der Berufung erbrachten Listen, in denen die Ermittlung der einzelnen Vorsteuerbeträge dargestellt werde, hätten zumindest für die Jahre 2003 bis 2005 im Rahmen der Stellungnahme auf deren Schlüssigkeit – Vergleich auch mit den im Zuge der Prüfung erhaltenen Buchhaltungsdaten – überprüft werden können. Gegen die Höhe der angeführten Vorsteuerbeträge gebe es keine Bedenken. Es sei zu beachten, dass im Rahmen des Bildungsbetriebes der NAME Akademie sowohl umsatzsteuerpflichtige Erlöse als auch unecht befreite Erlöse erwirtschaftet würden. In der Broschüre, die die Betriebsprüfung im Rahmen der Besteuerung der Bildungsgutscheine erhalten habe, werde von der NAME Akademie darauf hingewiesen, dass die „Fachliche Kompetenz, der Marktüberblick und der Besitz eines umfassenden Wissens zum entscheidenden Faktor für den künftigen Verkaufserfolg angesehen wird“. Mit Verkaufserfolg sei der Erfolg Lebensversicherungsverträge mit div. Kunden abzuschließen gemeint, und aus diesen Abschlüssen resultierten umsatzsteuerlich betrachtet unecht befreite Provisionserträge und unecht befreite Prämienerträge.

Auch im Schreiben der Steuerberatungskanzlei Ernst & Young vom 19.3.2008 zu den „Bildungsgutscheinen“ werde im vorletzten Absatz auf Folgendes hingewiesen: „Die Motivation der OT für die Ausgabe von Bildungsgutscheinen besteht daher nicht in der zusätzlichen Entlohnung für erbrachte Vertriebsleistungen. Vielmehr sollten die Vertriebspartner dazu angeregt werden, die von der NAME Akademie angebotenen – ausschließlich fachspezifischen Kurse zu besuchen. Dies sei im eigenen Interesse von NAME, da schlecht ausgebildete Vertriebspartner auf dem Markt einen schlechten Eindruck hinterlassen und dies auf den Erfolg und den Ruf der OT Auswirkungen hat.“ Auch hier werde die Verbindung zu den unecht befreiten Umsätzen in Form von Prämien und Provisionen hergestellt.

Der Zusammenhang zu den umsatzsteuerpflichtigen Umsätzen ergebe sich daraus, dass die Verrechnung an die Kursteilnehmer mit Umsatzsteuer erfolge. Im Zuge der Betriebsprüfung seien auch jene Bildungsgutscheine, wo auf Grund von Ausschreibungen ein tauschähnlicher

Umsatz entstanden sei, der Umsatzsteuer unterzogen worden. Gutscheine, welche an Kursteilnehmer bzw. Vertriebspartner ohne direkte Gegenleistung übergeben worden seien, seien nicht erfasst worden. Das vermehrte Wissen schlage sich in weiteren Lebensversicherungsverträgen und sich daraus ergebenden Prämien und Provisionen nieder.

Die Betriebsprüfung vertrat die Auffassung, es müsse gemäß § 12 Abs. 5 Z 1 UStG zu einer Aufteilung der Vorsteuerbeträge nach dem Verhältnis der zum Ausschluss vom Vorsteuerabzug führenden Umsätze zu den übrigen Umsätzen in nicht abziehbare und abziehbare Vorsteuerbeträge erfolgen. Als Maßstab könnten nach Auffassung der Betriebsprüfung die Gesamtumsätze aufgrund der Umsatzsteuerbescheide herangezogen werden. Die Betriebsprüfung errechnete Vorsteuerbeträge, welche wesentlich niedriger waren, als die von der Bw. bekannt gegebenen Beträge.

Zur Stellungnahme der Betriebsprüfung gab die Bw. eine Gegenäußerung ab und führte in dieser aus, dass trotz der Bezeichnung der Leistung als „Beratungsleistung“ in der Vereinbarung zwischen NAME und BANK inhaltlich de facto eine Vermögensverwaltungsleistung vorläge.

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

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

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

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

Die von der Großbetriebsprüfung angeführten gesetzlichen Beschränkungen erklärten, warum die Leistung im Vertrag mit BANK als „Beratungsleistung“ bezeichnet werde. Zum Vorbringen der Betriebsprüfung, dass eine Beratungsleistung nur dadurch, dass sie immer befolgt werde,

keine andere Leistung darstelle, sei zu entgegnen, dass es in der Einstufung der Leistung einen Unterschied mache, wer de facto die Entscheidung treffe. Jemand, der sich beraten lasse, werde den Ratschlag prüfen und dann entscheiden. Jemand, der einen Verwalter beauftrage, werde sich auf dessen Entscheidungen verlassen. Die aus versicherungsrechtlichen Gründen erforderliche „Letztentscheidung“ durch NAME stelle kein derartiges „Prüfen und Entscheiden dar“, sondern einen rein formalen Akt, welcher der Umsetzung der „vom Verwalter entschiedenen Portfoliozusammensetzung“ diene. NAME habe keine personellen Ressourcen, um selbst die Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen.

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

BANK die Kauf- oder Verkaufsentscheidungen. Damit liege keine Beratungs-, sondern eine Vermögensverwaltungsleistung vor.

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

Zu den Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb (NAME Akademie) führte die Bw. aus, dass die „NAME Akademie“ selbst durch Verrechnung entsprechender Seminargebühren nur umsatzsteuerpflichtige Umsätze ausgefüre, welche auch mit Umsatzsteuer fakturiert worden seien. Die geltend gemachten Vorsteuern würden sich unmittelbar auf die NAME Akademie beziehen. Auf die Geltendmachung allgemeiner Vorsteuern sei verzichtet worden. Ein Zusammenhang mit den steuerfreien Umsätzen aus dem Versicherungsgeschäft könnte insoweit gesehen werden, als die OT an selbständige Vertriebspartner kostenlos so genannte Bildungsgutscheine vergabe, um diese zum Besuch der NAME Akademie anzuregen. Durch Einlösung von Bildungsgutscheinen könne der Vertriebspartner die Seminarkosten reduzieren, jedoch dürften pro Seminar und Vertriebspartner maximal 2 Bildungsgutscheine eingelöst werden. Die OT ersetze der NAME Akademie die Kosten der eingelösten Bildungsgutscheine. Ein Teil der Bildungsgutscheine sei nach einem Berechnungsschema ausgegeben worden, welches sich nach den vom Vertriebspartner vermittelten Prämiensummen orientierte. Ein anderer Teil der Bildungsgutscheine sei ohne Zusammenhang mit vermittelten Prämiensummen vergeben worden. Die Bw. habe im Zuge einer Diskussion im Rahmen der Betriebsprüfung die Auffassung vertreten, es läge kein Leistungsaustausch vor. Die Ausgabe der Bildungsgutscheine stelle nämlich keine zusätzliche Entlohnung für erbrachte Vertriebsle-

stungen dar, sondern solle die Vertriebspartner zur Weiterbildung animieren. In der Regel könne sich jeder Vertriebspartner, der ein Seminar besuchen möchte, einen entsprechenden Bildungsgutschein auch ohne entsprechende vermittelte Prämiensumme verschaffen. Diese Auffassung sei von der Großbetriebsprüfung jedoch nicht geteilt worden. Folge man der Auffassung der Großbetriebsprüfung, dann würden konsequenterweise auch die Vorsteuern der NAME Akademie nicht mit den unecht steuerbefreiten Versicherungsumsätzen in Zusammenhang stehen. Die Aufteilung der Vorsteuern nach dem Umsatzverhältnis sei eine Hilfsmethode, die der Unternehmer nicht anwenden müsse. Die dem Akademiebetrieb zuordnabaren Vorsteuern seien eindeutig ermittelbar und abzugsfähig. Ein Zusammenhang mit unecht steuerbefreiten Versicherungsumsätzen könne nach Ansicht der Bw. nur insoweit angenommen werden, als es sich um eingelöste Bildungsgutscheine handle, die außerhalb des von der Großbetriebsprüfung festgestellten tauschähnlichen Umsatzes ausgegeben worden seien. Wertmäßig entfalle etwa ein Drittel der eingelösten Gutscheine auf solche, die ohne Zusammenhang mit vermittelten Prämienvolumina ausgegeben worden seien. Daraus würde sich rechnerisch eine Kürzung der Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb um rund 28 % ergeben. Die eventuelle Kürzung werde dadurch kompensiert, dass kein anteiliger Vorsteuerabzug von den allgemeinen Kosten der Gesellschaft geltend gemacht worden sei. Neben den steuerpflichtigen Akademieumsätzen seien noch steuerpflichtige Umsätze durch die A\_GmbH erzielt worden. Diese steuerpflichtigen Umsätze seien weder in der Vorsteuerschlüsselberechnung berücksichtigt noch seien aus diesem Bereich Vorsteuern geltend gemacht worden. Durch die ausschließliche Berücksichtigung der direkten Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb zu 100 % würde insgesamt ein sachgerechtes Ergebnis erzielt. Gehe man – folgend der Argumentation der Großbetriebsprüfung – davon aus, dass die Kurse mit dem Versicherungsgeschäft in Zusammenhang stehen, könne dies für die Bildungsgutscheine nur bedeuten, dass auch deren Ausgabe durch NAME im eigenen Interesse erfolge. Damit könne kein tauschähnlicher Umsatz vorliegen und sei die Vorschreibung der Umsatzsteuer durch die Großbetriebsprüfung insoweit zu Unrecht erfolgt. Es wäre nicht konsistent, einerseits die Bildungsgutscheine mit dem Argument der Umsatzsteuer zu unterwerfen, die gegen Einlösung der Gutscheine erbrachte Schulungsleistung der Akademie sei Gegenleistung zu einer an NAME erbrachten Vermittlungsleistung, andererseits aber den Vorsteuerabzug aus dem Akademiebetrieb mit dem Argument, die Akademie diene dem Versicherungsgeschäft, praktisch zu verweigern. Wenn die bezogenen Vorsteuern der Akademie in Zusammenhang mit unecht umsatzsteuerbefreiten Umsätzen stehen sollten, dann seien die Vorsteuern nur anteilig abzugsfähig, jedoch unterlägen die eingelösten Bildungsgutscheine insgesamt nicht der Umsatzsteuer. Folglich wären die in den Umsatzsteuerbescheiden 2003 bis 2006 der Umsatzsteuer unterworfenen Bildungsgutscheine als nicht steuerbar zu behandeln.

Der Unabhängige Finanzsenat hielt der Bw. Folgendes vor:

*Umsatzsteuer für Beratungsleistungen:*

*„Die Bw. hat die von der Y-AG im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung erbrachten Leistungen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Verwaltung von Sondervermögen in Sinne des § 6 Abs. 1 Z. 8 lit i und die von der Bank2\_\_AG bzw. der BANK AG Stadt (BANK) erbrachten Vorleistungen trotz der Bezeichnung als Beratungsleistungen als (ausgelagerte) Vermögensverwaltung bezeichnet. Die auf diese Leistungen entfallende Umsatzsteuer wurde der Bw. als Organmutter der Y-AG gemäß § 3 a Abs. 10 Z. 4 UStG in Verbindung mit § 19 Abs. 1 UStG vorgeschrieben. Aufgrund ihrer Würdigung des Sachverhaltes in Zusammenhang mit der von ihr vertretenen Rechtsauffassung ist die Bw. zu der Auffassung gelangt, (zu ergänzen: dass) sie für die erbrachten Leistungen keine Umsatzsteuer schulde.“*

*Dazu wird Folgendes bemerkt:*

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

*Die in der Berufung aufgestellte Behauptung, wonach der Versicherungsnehmer bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit „grundsätzlich“ keine Geldsumme erhält, sondern jene Fondsanteile, welche er seiner Lebensversicherung zugrunde gelegt hat, ist aufgrund der im Arbeitsbogen der Betriebsprüfung vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehbar. Einem im Akt erliegenden Versicherungsvertrag mit den Versicherungsbedingungen von Y-AG\_kurz, Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft (Stand: 1.10.2007) – Life Time ist unter Punkt 2.2. zu entnehmen, dass die Übertragung der diesem Vertrag zurechenbaren Fondsanteile nicht möglich ist. Es wird ein Wert zu einem bestimmten Stichtag ausbezahlt. Dies ist auch aus Unterlagen über bereits abgewickelte Verträge, welche die Betriebsprüfung in Kopie zum Akt genommen hat, zu ersehen. Unter Punkt 8.1. der Versicherungsbedingungen wird festgehalten, dass die Versicherungsleistungen als Geldleistungen erbracht werden.*

*Wie sich den Musterversicherungsbedingungen entnehmen lässt, werden unterschiedliche Versicherungsprodukte (zB mit Kapitalgarantie, mit Höchststandsgarantie etc.) angeboten. Im Fall einer Kapitalgarantie ist die Risikotragung durch den Versicherungsnehmer gegenüber*

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

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

*Die Bw. hat keinen tatsächlichen Vergleich ihrer Produkte mit von Kapitalanlagegesellschaften vertriebenen Produkten vorgenommen. Ein Gleichsetzen der von der Bw. angebotenen Versicherungsverträge in der fondsgebundenen Lebensversicherung mit Anteilen an Kapitalanlagegesellschaften im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise würde eine fundiertere Auseinandersetzung mit den Ähnlichkeiten und Unterschieden voraussetzen, als dies bisher erfolgt ist. Ein Vergleich könnte anhand von jeweils im Berufungszeitraum verwendeten Prospektien oder abgeschlossenen Verträgen erfolgen (im Akt erliegt lediglich ein von der Betriebsprüfung eingesehener Vertrag vom 5.10. 2007, welcher nach Ergehen des OGH-Beschlusses vom 20.6.2007, 7 Ob 82/07 w abgeschlossen worden ist).*

*Die tatsächlich von der Bank2 bzw. BANK zugekauft Leistung ist nach vorläufiger Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht als Vermögensverwaltung zu beurteilen.*

Zum einen haben die Bank2 bzw. die BANK die in Betracht kommenden Vermögenswerte nicht selbst ausgewählt, diese wurden vielmehr von NAME im Rahmen des so genannten „Investment-Universums“ vorgegeben (auf der aktuellen Web-Site von NAME.at findet sich zu NAME Portfolios folgende Beschreibung: „Die NAME Portfolios sind für jene Anleger bestimmt, die ihre Fondsauswahl nicht selbst vornehmen wollen. Es stehen Ihnen 6 Veranlagungsstrategien von konservativ bis spekulativ zur Auswahl. Hier können Sie sich auf das umfassende Know-How internationaler Investmentspezialisten der NAME-Gruppe und das strenge 4P-Prinzip von NAME bei der Fondsauswahl verlassen“). Die Auswahl des „Investment-Universums“ und die Vorgabe einer Streuung hat auf die Entwicklung des Vermögens einen mindestens ebenso großen möglichen Einfluss wie die Allocation innerhalb dieses Rahmens. Selbst wenn daher die Vorschläge der Vertragspartner eins zu eins umgesetzt werden, kann nicht von einer Auslagerung der Verwaltung von Vermögen ausgegangen werden.

Eine laufende Wartung der Versicherungsverträge fand seitens der Bank2 bzw. der BANK nicht statt. Die laufenden Anpassungen erfolgen durch die Bw., wobei Vertragsanpassungen (Wechsel der Strategie) auf Wunsch des Kunden möglich waren. Die Vertragspartner der Bw. kannten daher das Volumen des nach Ansicht der Bw. von ihnen „verwalteten“ Vermögens nicht. Dieses war ständigen Anpassungen unterworfen, weil laufend Verträge ausgeschieden (durch Eintritt des Versicherungsfalles, Ablauf und Rückkäufe) bzw. angepasst wurden und neue hinzukamen.

Die Vertragspartner gaben der Bw. gegenüber lediglich quartalsmäßig eine schriftliche Stellungnahme zur aktuellen Markteinschätzung ab und unterbreiteten bei Änderung der Allocation oder Selektion einen Allocations- und Fondsselektionsvorschlag. Die Markteinschätzung und der Allokationsvorschlag wurden vierteljährlich bzw. halbjährlich mündlich in einer Sitzung erörtert. Darüber hinaus stellten die Vertragspartner eine Person für Sales-Veranstaltungen der Bw. zur Verfügung. Die Kosten dafür waren im Honorar inbegriffen. Darüber hinaus wurden gewisse Marktanalysen zur Verfügung gestellt, die bei der Beratung der Kunden verwendet werden durften. Punkt 1.4 der Vereinbarung mit der BANK AG hielt Folgendes fest: „Die BANK Leistungen umfassen lediglich die Beratungstätigkeit sowie die auf Wunsch von NAME zur Verfügung gestellten BANK Analysen. Die Entscheidung, ob die BANK Empfehlungen berücksichtigt werden, liegt allein bei NAME. Die BANK tritt im Verhältnis zwischen der NAME und ihren Kunden nicht auf, doch dürfen beide Parteien auf die im Rahmen dieses Vertrages von der BANK geleistete Beratungstätigkeit gemäß § 1.5 verweisen.“ Aktuellen, im Internet abrufbaren Informationen zu NAME Portfolios ist ein Hinweis „advised by BANK“ zu entnehmen. Die von der Bw. behaupteten „Verwaltungskosten“ sind als Kalkulationsbestandteil in die Versicherungsprämie eingegangen.

*Versicherungsprodukte werden nicht auf demselben Markt angeboten wie Fondsanteile, weshalb die von der Bw. behauptete umsatzsteuerliche Analogie zu Veranlagungsprodukten nicht offensichtlich ist.*

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

**Bildungsbetrieb:**

*Im Zuge der Betriebsprüfung wurde hinsichtlich gewisser, von der Y-AG ausgegebener Bildungsgutscheine, welche beim Besuch der von der Bw. veranstalteten Seminare eingelöst wurden, ein tauschähnlicher, der Umsatzsteuerpflicht unterliegender Umsatz angenommen. In der Berufung geltend gemachte, im Zusammenhang mit dem Bildungsbetrieb angefallene Vorsteuern wurden nur teilweise anerkannt, weil zum Teil ein Zusammenhang mit nicht steuerpflichtigen Umsätzen angenommen wurde.*

*In den Seminaren wurden Versicherungsmakler geschult. An diese wurden auch die Rechnungen gelegt. Dabei wurde von dem für die Schulung in Rechnung gestellten Betrag der Wert des Bildungsgutscheines abgezogen und die Differenz der Umsatzsteuer unterzogen. Die Gutscheine wurden mit der Y-AG verrechnet.*

*Eine vorliegende Rechnung erweckt den Eindruck, dass ein Makler geschult wurde, welcher den Kurs selbst gebucht hat. Dass durch die Ausgabe von Gutscheinen ein Anreiz geschaffen werden sollte, die Kurse zu besuchen, ändert nichts an der Tatsache, dass die Leistung gegenüber dem Makler erbracht wurde. Bei den ausgegebenen und in der Folge abgerechneten Gutscheinen handelt es sich daher um ein Entgelt von dritter Seite, welches offenbar notwendig war, um die Kosten abdecken zu können.*

*Aufgrund der konkreten Gestaltung ist der gesamte Umsatz der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Da bisher lediglich jener Teil der Gutscheine der Umsatzsteuer unterworfen wurde, hinsichtlich welcher aufgrund einer Ausschreibung ein tauschähnlicher Umsatz angenommen wurde, wird*

*ersucht um Bekanntgabe der gesamten, mit der Y.-AGn den gegenständlichen Jahren jeweils abgerechneten Gutscheine sowie der darauf entfallenden Umsatzsteuer.*

*Vorsteuern, die direkt mit diesen Umsätzen in Zusammenhang stehen, können abgezogen werden (vorausgesetzt, es wurden keine internen Schulungen von Angestellten der Bw. vor- genommen, welche als Innenumsätze nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegen – diesfalls müsste eine Aufteilung erfolgen). Es wird daher ersucht um Bekanntgabe, ob die Bw. auch nicht der Umsatzsteuer unterliegende Schulungen durchgeführt hat.*

*Die Bw. hat erklärt, dass sie bisher hinsichtlich der allgemeinen Kosten keine Vorsteuern geltend gemacht und diese insbesondere nicht in den Vorsteuerschlüssel einbezogen hat. Die mit den im Rahmen des Bildungsbetriebes erbrachten Leistungen in Zusammenhang stehenden direkten Vorsteuerbeträge sind erstmals in der Berufung geltend gemacht worden. Ein überprüfbarer Antrag auf Anwendung eines bestimmten Vorsteuerschlüssels auf die allge- meinen Aufwendungen, welche nach Mehrwertsteuersätzen getrennt bekannt gegeben werden müssten, ist bisher nicht gestellt worden. Sollte die Bw. nach Vornahme der oben angeführten vorzunehmenden Anpassungen (Versteuerung der gesamten in Rechnung gestellten Beträge inklusive der Bildungsgutscheine, Abzug der gesamten mit dem Bildungs- betrieb in Zusammenhang stehenden direkten Vorsteuerbeträge) noch weitere Vorsteuern geltend machen wollen, so wäre ein entsprechendes detailliertes Vorbringen hinsichtlich des Vorsteuerschlüssels zu erstatten, eine ziffernmäßige Erklärung abzugeben und wären ent- sprechende Unterlagen vorzulegen, welche auch der Amtspartei eine Überprüfung der aufgestellten Behauptungen ermöglichen sollen."*

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

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

dem Jahr 2007 werde dem Anleger jedenfalls der Geldbetrag ausbezahlt. Auch bei Veranlagung in einen Dachfonds werde dem Anleger letztlich Geld ausbezahlt. Der einzige Unterschied zwischen Dachfonds und Lebensversicherung in dieser Hinsicht sei, dass die Laufzeit bei Veranlagung in eine „gemanagte“ fondsgebundene Lebensversicherung vorgegeben sei, bei einem Dachfonds hingegen der Anleger selbst über die Ablaufzeit entscheide.

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

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

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

In wirtschaftlicher Betrachtungsweise verlange das Management eines Dachfonds genau die gleiche Tätigkeit wie das Management eines „gemanagten“ Portfolios einer fondsgebundenen Lebensversicherung auch wenn die Verwaltung des „gemanagten“ Portfolios formal keine Verwaltung eines Fonds iSd Investmentfondsgesetzes darstelle. In beiden Fällen werde nicht allgemein der Kauf von Wertpapieren, sondern der Kauf eines oder mehrerer Wertpapiere in

einer bestimmten Stückzahl unter Berücksichtigung der vom Anleger gewünschten Anlagestrategie, seiner Anlageziele, seiner verfügbaren Mittel und der Zusammensetzung des jeweiligen Wertpapiervermögens vorgenommen.

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

Die von Bank2/BANK erbrachte sonstige Leistung sei nicht als Beratungsleistung sondern als Vermögensverwaltung einzustufen, deren Leistungsort sich nach geltendem Recht im berufungsgegenständlichen „Zeitpunkt“ in der Land befindet und in Österreich nicht steuerbar sei.

Die Auswahl der konkreten Vermögenswerte erfolge durch Bank2/BANK selbst. NAME gebe lediglich das „Investment-Universum“ vor, also eine Liste von Investmentfonds, welche grundsätzlich für die Veranlagung durch die Dachfonds sowie für den Deckungsstock der fondsgebundenen Lebensversicherungen in Betracht kämen. Der Anleger könne aus vier von NAME vorgegebenen Anlagestrategien wählen, woraus für Bank2/BANK erkennbar sei, in welche der möglichen Investmentfonds je nach Anlagestrategie veranlagt werden könne. Die Auswahl der im Rahmen der Anlagestrategie geeigneten Investmentfonds nehme Bank2/BANK vor, welche für ein optimales Portfoliomanagement zuständig sei. Die Zusammensetzung der Portfolios basiere auf der Einschätzung der Finanzmärkte sowie der Ertragsaussichten einzelner Fonds seitens Bank2/BANK.

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

Es sei Ausfluss des versicherungsrechtlichen Erfordernisses, dass die formale Letztentscheidung über die Veranlagung durch NAME erfolgen müsse, diese sei jedoch „rein formaler Natur“. In der Vergangenheit sei nie eine Anlageempfehlung der Bank2/BANK abgelehnt oder abgeändert worden. Dieser Formalakt könne keinesfalls mit einem „Prüfen und Entscheiden“ gleichgesetzt werden. Es sei der letzte, formal erforderliche Schritt für die Umsetzung der „von Bank2/BANK entschiedenen Portfoliozusammensetzung“.

Selbst wenn aus versicherungsrechtlichen Gründen von „Investmentspezialisten der NAME-Gruppe“ die Rede sei, müsse abgabenrechtlich der wahre wirtschaftliche Gehalt der Leistungsbeziehung ausschlaggebend sein. NAME habe keine personellen Ressourcen gehabt,

um selbst eine Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen. Die Auffassung des UFS, wonach keine Auslagerung der Vermögensverwaltung erkennbar sei, da die Auswahl des „Investment-Universums“ und die Vorgabe einer Streuung auf die Vermögensentwicklung einen mindestens ebenso großen Einfluss wie die „Allocation“ innerhalb eines Rahmens selbst habe, sei nicht nachvollziehbar. Bank2/BANK übernehme inhaltlich die Aufgabe der Vermögensverwaltung und entscheide innerhalb eines vorgegebenen Rahmens darüber, welche Wertpapiere zu welchem Zeitpunkt in welcher Zusammensetzung gekauft werden. Die „Investment-Universen“ seien lediglich Ausdruck möglicher Risikokategorien. Dadurch würde lediglich die Information vermittelt, welche Risikobereitschaft die Anleger verfolgten.

Die Entwicklung der „Investment-Universen“ seitens NAME sei auch aus Werbe- und Verkaufsgründen erforderlich gewesen, um Produkte für potentielle Kunden der jeweiligen Kategorien auf dem Markt zu positionieren. Die Vorgabe der Risikokategorien sei nicht Ausdruck der Beteiligung an der Investmententscheidung durch NAME sondern Mittel zum Zweck für die übersichtliche Darstellung möglicher Veranlagungsformen für Anleger. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise schmälere die Vorgabe der Risikokategorien nicht die Vermögensverwaltungsleistung der Bank2/BANK.

Dass der wesentliche Anteil an der Vermögensentwicklung Bank2/BANK zuzurechnen sei, ändere sich auch nicht dadurch, dass Anpassungen der fondsgebundenen Lebensversicherungen in administrativer Hinsicht durch Mitarbeiter von NAME erfolgten. Die Eingabe neuer Verteilungen in das EDV-System stelle lediglich sicher, dass die entsprechenden Kauf- und Verkaufsaufträge automatisch aufgrund des vorgegebenen Umschichtungsplans generiert würden. Eine „Wartung der Versicherungsverträge durch BANK“ erfolge somit durch die regelmäßige Übermittlung der neuen Zusammensetzungen der Portfolios und damit der Veranlagung der Kundenmittel. Administrative Tätigkeiten wie Prämienbuchungen oder Wertberechnungen seien durch Mitarbeiter der Bw. erfolgt. BANK sei von der Bw. laufend über die Höhe des verwalteten Vermögens unterrichtet worden.

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

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

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

Bei den Leistungen, die der Imagepflege dienten, handle es sich um Nebenleistungen zur Vermögensverwaltung. Die neben der Vermögensverwaltung erbrachten sonstigen Leistungen seien keine besonderen, eigenständigen Leistungen. Sie dienten der Ergänzung und Abrundung der Vermögensverwaltungsleistung. Für NAME seien diese Nebenleistungen nur im Gefolge der Hauptleistung, d.h. der Vermögensverwaltung, von Interesse. Der Leistungsort liege im berufungsgegenständlichen Zeitraum gemäß § 3a Abs. 12 UStG am Ort des Leistungserbringers in der Land. Weder Haupt- noch Nebenleistungen seien daher in Österreich steuerbar.

Bank2/BANK und nicht NAME erbringe die Vermögensverwaltungsleistung. Die Bw. übernehme die Rolle der Kapitalanlagegesellschaft eines Dachfonds und beauftrage Bank2/BANK mit dem Fondsmanagement. Die Frage, ob eine Nebenleistung zu den Versicherungsprodukten der NAME vorliege, stelle sich daher nicht, da die Prämie dem Portfolio angelastet werde und somit keine Haupt- und Nebenleistung vorliege, sondern zwei unterschiedliche Leistungsbeziehungen: Zum einen die Vermögensverwaltung zwischen Bank2/BANK und NAME und zum anderen zwischen NAME und dem Anleger.

Abschließend erklärte die Bw., die seitens Bank2/BANK erbrachten sonstigen Leistungen seien ihrer Ansicht nach nicht als Beratungsleistung einzustufen sondern als Vermögensverwaltungsleistung. Der Ort der Leistung liege demnach im Ausland. Darüber hinaus komme die Steuerbefreiung nach § 6 Abs. 1 Z 8 lit i (Fondsmanagement) bzw. nach § 6 Abs. 1 Z 8 lit f (Umsätze iZm Wertpapieren) zur Anwendung.

Mit der Vorhaltsbeantwortung legte die Bw. folgende Unterlagen vor:

- „Informationsblatt NAME – Fondgebundene Lebensversicherung“ (Stichtag 1.5.2002), Auszüge des Verwaltungssystems jeweils für einen Kundenvertrag mit und ohne Portfolio, ein Schreiben an einen Kunden vom Februar 2005 mit angeschlossenem Depotauszug zum Jahresende 2004,
- Jahresrückblicksinfo betreffend NAME Portfolios für das Jahr 2004, Zusammensetzung eines gemanagten Portfolios (spekulativ) vor und nach Umschichtung „gemäß BANK-Vorgabe“ sowie
- eine Umschichtungsempfehlung per 5.12.2005 (laut Vorhaltsbeantwortung, S 4, 3. Absatz unter dem Stichwort „Vorliegen einer Vermögensverwaltung“ – aus dieser Anlage IV ist nicht ersichtlich, wer diese erstellt hat – kein Hinweis auf BANK). Aus dieser Empfehlung ist ersichtlich, dass die letzte Umschichtung am 8.7.2005 erfolgte. Von den Portfolios entfielen 25 % bis 42 % auf NAMEfonds.

Zum Bildungsbetrieb führte die Bw. in einer gesonderten Stellungnahme aus, die Großbetriebsprüfung sei ursprünglich davon ausgegangen, dass die NAME Akademie sowohl umsatzsteuerpflichtige als auch unecht befreite Erlöse erzielt habe, da in einem Folder der

Akademie erwähnt werde, dass „fachliche Kompetenz, der Marktüberblick und der Besitz eines umfassenden Wissens zum entscheidenden Faktor für den künftigen Verkaufserfolg angesehen werde. Nach Ansicht der Großbetriebsprüfung ständen die Kurse und die in der Folge vermehrt erzielten Versicherungsabschlüsse der Kursbesucher in direktem Zusammenhang mit den aus diesen Abschlüssen resultierenden unecht befreiten Provisionserträgen und unecht befreiten Prämienerträgen der NAME. Folglich seien die Vorsteuern der Akademie nicht gänzlich abzugsfähig.

Die Bw. habe ausgeführt, die „NAME Akademie“ führe selbst durch Verrechnung entsprechender Seminargebühren nur umsatzsteuerpflichtige Umsätze aus, welche auch mit Umsatzsteuer fakturiert würden. Die Vorsteuern bezögen sich unmittelbar auf die NAME Akademie.

Bei den Schulungen seien keine NAME Mitarbeiter sondern nur NAME Vertriebspartner (selbständige Unternehmer) geschult worden.

Da sowohl die „NAME Akademie“ als auch die OT einer umsatzsteuerlichen Organschaft angehörten, seien Innenumsätze zwischen diesen Gesellschaften entsprechend dem Prinzip der Unternehmenseinheit nicht steuerbar. Aus umsatzsteuerlicher Hinsicht sei diese Zuwendung von der OT an die NAME Akademie somit irrelevant. Ein Entgelt von dritter Seite komme innerhalb ein- und desselben Unternehmens nicht in Betracht.

Die Ausgabe von Bildungsgutscheinen stelle keine zusätzliche Entlohnung für erbrachte Vertriebsleistungen dar, sondern solle die Vertriebspartner zur Weiterbildung animieren, da schlecht ausgebildete Vertriebspartner auf dem Markt einen schlechten Eindruck hinterließen und sich dies auf den Ruf der NAME negativ auswirke. In der Regel könne sich jeder Vertriebspartner, der ein Seminar besuchen möchte, einen entsprechenden Bildungsgutschein auch ohne entsprechende vermittelte Prämiensumme verschaffen.

Die auf die NAME Akademie direkt entfallenden Vorsteuern würden auch gesondert aufgezeichnet. Grundsätzlich stehe hierfür der Vorsteuerabzug zu, da ein direkter Zusammenhang zu steuerpflichtigen Umsätzen bestehe.

Die Y-AG\_kurz ersetze der NAME Akademie die Kosten der eingelösten Bildungsgutscheine. Ein Teil der Bildungsgutscheine sei nach einem Berechnungsschema ausgegeben worden, welches sich nach dem vom Vertriebspartner vermittelten Prämiensummen orientiert habe. Ein anderer Teil sei ohne Zusammenhang mit vermittelten Prämiensummen vergeben worden. Nehme man wie die Großbetriebsprüfung hinsichtlich jener Bildungsgutscheine, die auf Basis des vermittelten Prämienvolumens vergeben und eingelöst worden seien einen tauschähnlichen Umsatz an, ständen konsequenterweise auch die Vorsteuern aus der NAME Akademie nicht mit den unecht steuerfreien Versicherungsumsätzen in Zusammenhang und müssten daher abzugsfähig sein.

Vorsteuern, die einer steuerpflichtigen Tätigkeit wirtschaftlich zuordenbar seien, seien zur Gänze abzugsfähig.

Ein Zusammenhang mit unecht steuerfreien Versicherungsumsätzen könnte gegebenenfalls nur insoweit angenommen werden, als es sich um eingelöste Bildungsgutscheine handelte, die außerhalb des von der Großbetriebsprüfung festgestellten tauschähnlichen Umsatzes ausgegeben worden seien. Wertmäßig entfalle etwa ein Drittel der eingelösten Gutscheine auf solche, die ohne Zusammenhang mit vermittelten Prämienvolumina ausgegeben worden seien. Daraus würde sich eine Kürzung der Vorsteuern um maximal rund 28 % ergeben.

Diese Kürzung werde dadurch kompensiert, dass kein anteiliger Vorsteuerabzug von den allgemeinen Kosten der Gemeinschaft geltend gemacht worden sei. Neben den steuerpflichtigen Akademiumsätzen würden noch weitere steuerpflichtige Umsätze durch die A\_GmbH erzielt.

Diese steuerpflichtigen Umsätze seien weder in der Vorsteuerschlüsselberechnung berücksichtigt noch seien aus diesem Bereich Vorsteuern geltend gemacht. Würden vereinfachend nur die direkten Vorsteuern aus dem Bildungsbetrieb berücksichtigt, diese aber zu 100 %, würde ein insgesamt sachgerechtes Ergebnis erzielt.

Gehe man davon aus, dass die Kurse mit dem unecht steuerfreien Versicherungsgeschäft in Zusammenhang stehen, so könne dies konsequenterweise für die Bildungsgutscheine nur bedeuten, dass deren Ausgabe durch NAME im eigenen Interesse erfolgt sei. Damit könne kein tauschähnlicher Umsatz vorliegen und sei die Vorschreibung von Umsatzsteuer durch die Großbetriebsprüfung zu Unrecht erfolgt.

Die Bw. gab die Werte der in den Jahren 2003 bis 2007 eingelösten Gutscheine wie folgt bekannt:

Bildungsgutscheine	2003	2004	2005	2006	2007	Summe
auf Basis von Prämienvolumen	€ 90.600,00	€ 112.350,00	€ 77.100,00	€ 73.500,00	€ 27.300,00	€ 380.850,00
(Stück)	604	749	514	490	182	2.539
Nachträglich vergeben	€ 45.300,00	€ 31.800,00	€ 37.616,67	€ 39.150,00	€ 11.400,00	€ 165.266,67
(Stück)	302	212	251	261	76	1.102
Summe	€ 135.900,00	€ 144.150,00	€ 114.716,67	€ 112.650,00	€ 38.700,00	€ 546.116,67
	906	961	765	751	258	3641

Die Beträge würden aus Datenmaterial stammen, das auch als Grundlage für die Feststellungen durch die Großbetriebsprüfung gedient habe. Diese Werte seien von der Bw. außer Streit gestellt worden. Bei den Werten für die nachträglich vergebenen Gutscheine habe es sich um Schätzwerte gehandelt, da die Bw. aufgrund der vorgenommenen Umgründung nicht mit abschließender Sicherheit nachvollziehen könne, wie viele Gutscheine eingelöst worden seien.

Im Zuge eines Erörterungstermines mit dem Finanzamt brachte die steuerliche Vertreterin vor, dass in der Land durch BANK bzw. den Vorgängerberater nicht bloß allgemeine Empfehlungen

lungen über den Kauf und Verkauf von Beteiligungen abgegeben worden wären, sondern eine genaue prozentuelle Zusammensetzung errechnet worden wäre, in welcher genau dargestellt worden wäre, welche Anteile im welchem Ausmaß zu verkaufen und dafür andere Anteile im entsprechenden Prozentsatzmaß aufzunehmen wären. Diese genauen prozentuellen Berechnungen wären nach Wien mitgeteilt worden und in Wien wäre dann lediglich ein „Einklopfen“ in das System der NAME erfolgt, wobei zuvor die offizielle Genehmigung, wie im Beratungsvertrag vereinbart, durchgeführt worden wäre. Den Switchvorschlag der BANK an NAME kenne der Kunde nicht, sondern dieser werde lediglich der NAME mitgeteilt und im Rahmen der NAME erfolge dann die tatsächliche Umschichtung.

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

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

Herr N2N2 von NAME bestätigte, dass der BANK das genaue Vermögen nicht bekannt gewesen sei, das wäre auch gar nicht möglich gewesen, da sich der Umfang des Vermögens täglich geändert habe, allerdings sei das Portfolio genau vorgegeben gewesen.

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

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

Über Frage von HR Dr. Kofler, wie das Fondsuniversum zustande käme und wie die Fonds für spekulativ bzw. konservativ ausgesucht würden, erklärte Mag. NN, dass in diesem

Fondsuniversum lediglich solche Fonds enthalten wären, mit denen NAME einen Vertrag habe. Diese Verträge würden jeweils über Head of Investment seitens der NAME mit der jeweiligen Fondsgesellschaft abgeschlossen und nach Abschluss des jeweiligen Vertrages werde dieser Fonds in das Fondsuniversum aufgenommen. Es würden aber der BANK keine Vorschriften gemacht, welche Fonds im Bereich spekulativ bzw. konservativ anzusteuern wären.

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

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

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

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

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

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

Über Frage von HR Dr. Kofler, wie die Verträge mit den Kapitalanlagefonds zustande gekommen wären bzw. was Inhalt der Kapitalanlagefondsverträge gewesen wäre, führt Mag. N\_N aus, dass ein Direktkauf von Fondsanteilen nicht möglich wäre, sondern dass zum Kauf von Fondsanteilen ein Broker oder ein dazwischengeschaltetes Unternehmen notwendig sei, das mit der jeweiligen Fondsanlagegesellschaft einen Vertrag habe. Die Verträge zwischen der Fondsgesellschaft und der NAME würden jeweils regeln, zu welchen Bedingungen das Depot bei der Fondsanlagegesellschaft geführt würde, welche Kosten bei Kauf oder Verkauf anfallen

würden bzw. ob allenfalls auch Bestandsprovisionen ausgezahlt würden. Die Depots der NAME beinhalteten die Anteile aller Kunden, die NAME bei der jeweiligen Fondsanlagegesellschaft verwalte. Der Kunde habe keinen direkten Zugriff auf das Depot der NAME bei dem jeweiligen Kapitalanlagefonds, er könne lediglich im Rahmen der zur Verfügung stehenden Fonds sein Portfolio bei der NAME umschichten.

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

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

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

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

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

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

Über Frage der Vorsitzenden, warum man dann eine solche Lebensversicherung zeichnen würde, wird erklärt, dass mit diesem Produkt noch zusätzlich ein Ablebensschutz verbunden sei, welcher bei einer Dachfondsveranlagung nicht gegeben sei.

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

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

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

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

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

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

Unabhängig davon würden natürlich in beiden Bereichen Kosten anfallen.

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

Die Referentin verwies darauf, dass bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung die Auszahlungen nicht der KESt unterliegen würden, anders bei einem Dachfonds wo KESt anfallen würde. Lediglich bei der fondsgebundenen Versicherung würde Versicherungssteuer abge-

zogen werden, wobei die Berechnungsbasis von KEST und Versicherungssteuer völlig unterschiedlich wäre.

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

Betreffend die Behandlung der Gutscheine im Bereich der Schulungsleistungen wurde zwischen der Bw. und dem Finanzamt übereinstimmend erklärt, dass die Vorgehensweise in der Betriebsprüfung dahingehend geändert werden solle, dass die Gutscheine, die die Bw. im Rahmen der Akademie eingelöst hat, zur Gänze als Entgelt von dritter Seite der Umsatzsteuer zu unterziehen wären. Andererseits sei die gesamte, von der Bw. geltend gemachte Vorsteuer, die direkt der Akademie und den Akademievorsteuern zuzurechnen ist, abzugsfähig.

Der Gesamtbetrag der eingelösten und damit steuerbaren und steuerpflichtigen Umsätze aus den Gutscheinen für den Zeitraum 2003 bis 2007 betrage 546.116,67 €, die Gesamtvorsteuer für denselben Zeitraum 161.444,84 €. Die genannten Zahlen ergäben sich aus der Stellungnahme von Ernst & Young vom 5. Dezember 2011 in welchem auf Seite 4 die Gesamtsumme der jeweiligen Gutscheine über die einzelnen Jahre dargestellt sei.

Laut Aufstellung der Großbetriebsprüfung gliedern sich die Vorsteuern, welche seitens der Bw. zu 100 % geltend gemacht und vom FA anerkannt würden wie folgt auf:

Jahr	2003	2004	2005	2006	2007	Summe
Betrag	€ 18.005,40	€ 49.919,39	€ 42.526,71	€ 34.403,58	€ 16.589,76	€ 161.444,84

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

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

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

Das Portfolio werde im Rahmen der Fondsgebundenen Versicherung angeboten und dürfe daher nur aus Investments bestehen, die in dieser Form angeboten werden dürfen, also in Fonds. Die „von NAME gemanagten Portfolios“ würden nach bestimmten Veranlagungsmerkmalen gemanagt. Stehe die Sicherheit der Anlage im Vordergrund, erfolge die Veran-

lagung hauptsächlich in Fonds, deren Vermögen überwiegend in festverzinslichen Wertpapieren guter Bonität investiert werde. Ein Teil der Portfolios werde in Aktienfonds veranlagt, bei Währungen werde v.a. in Euro angelegt. Eine Beimischung von alternativen Investments aus Diversifikationsgründen sei möglich. Die Investmentvorgaben spiegelten sich auch in der Risikoneigung wider. Die Zusammensetzung der NAME Portfolios sei monatlich auf der NAME Homepage abrufbar. Primäre rechtliche Quellen seien das Investmentfondsgesetz und die Kapitalanlageverordnung der FMA. Hinsichtlich der Vorschriften der Risikostreuung liege eine Vergleichbarkeit zu Dachfonds vor.

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

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

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

Ein Wechsel des Versicherungsnehmers sei möglich. Die Durchführung des Wechsels sei für den neuen Versicherungsnehmer kostenfrei, es änderten sich lediglich die Kosten, die für die Absicherung des Ablebensschutzes (Mindesttodesfallleistung) entnommen werden. Dazu sei es notwendig, einen entsprechenden Änderungsantrag inklusive Gesundheitsfragen etc. auszufüllen.

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

Nach Ansicht der Bw. liege unabhängig von der Vergleichbarkeit von Dachfonds mit der fondsgebundenen Lebensversicherung eine Vermögensverwaltungs- und keine Beratungsleistung vor. Die abgabenrechtliche Einschätzung habe sich rein nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht nach der äußeren Erscheinungsform eines Sachverhalts zu richten. Nach § 17a Versicherungsaufsichtsgesetz würden Verträge, mit welchen die Vermögensverwaltung zur Gänze einem anderen Unternehmen übertragen werde, einer Genehmigung durch die FMA bedürfen. Da diese Genehmigung nur sehr aufwändig oder gar nicht erreichbar gewesen wäre, habe sich NAME formell das Letztentscheidungsrecht vor-

behalten. Auch wenn, aufgrund der erläuterten regulatorischen Bestimmungen, die Letztentscheidung formell von Verantwortlichen der NAME getroffen werde, liege „faktisch die Entscheidung bei Bank2/BANK“. Dies ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass NAME keine personellen Ressourcen gehabt habe, um selbst eine Prüfung von Veranlagungsvorschlägen durchzuführen und eine Entscheidung zu treffen.

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

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

Das tägliche Management werde vom NAME Verwaltungssystem (Bez) durchgeführt. Jeder Anteilskauf bei Prämieninvestitionen sei exakt nach der Aufteilung erfolgt, welche die BANK übermittelt hatte. Diese Aufteilungen seien als Musterportfolios in das System eingegeben worden und die Investitionen immer nach diesen Aufteilungen erfolgt, egal an welchem Tag sie getätigten worden seien. Anders als bei Dachfonds gebe es im Bez-System keinen täglichen Prozess, dass zugeflossene Mittel nach diskretionärem Ermessen des Fondsmanagers allociert werden könnten. Es handle sich um tausende Einzelportfolios in Kundenverträgen, die alle den gleichen Musterportfolios entsprächen. Dachfonds enthielten nur ein Portfolio, bei welchem die zufließenden Gelder jeden Tag anders investiert werden könnten. Die Musterportfolios würden „vollautomatisiert umgesetzt“. Es handle sich dabei um eine reine IT-technische Umsetzung.

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

Die Bw. legte folgende weitere Unterlagen vor:

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

Zum vorgelegten Verkaufsprospekt führte das Finanzamt aus, dass der Fondsanteil des Garantiefonds jederzeit verkauft werden könne, der Garantiewert werde täglich ermittelt. Im Gegensatz dazu werde bei der Lebensversicherung ausschließlich im Ablebensfall eine

Garantie mit 105 % des Deckungswertes schlagend, also nur zu einem bestimmten Zeitpunkt. Diese im Ablebensfall garantierte Summe stelle die Risikoübernahme der Versicherung dar und damit den Versicherungsschutz.

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

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

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

Die steuerliche Vertretung verständigte den Unabhängigen Finanzsenat davon, dass die Bw. auf eine mündliche Verhandlung verzichte.

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

#### Leistungen der BANK:

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

Im Zusammenhang mit den gemanagten Fonds hat die OT auf das Wissen und Marktbeobachtungen eines Außenstehenden zurückgegriffen, indem sie Leistungen der Bank2/BANK in Anspruch genommen hat. Über die umsatzsteuerliche Behandlung dieser Leistungen besteht Streit.

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

Zur Beurteilung der Verträge, welche die OT mit den Versicherungsnehmern abgeschlossen hat, wurden ein im Jahr 2002 gültiges „Informationsblatt NAME – Fondgebundene Lebensversicherung“ sowie ein im Jahr 2007 abgeschlossener Vertrag (Polizze samt Versicherungsbedingungen), weiters Aufstellungen eines gemanagten und eines nicht gemanagten Portfolios samt einem Schreiben an einen Versicherungsnehmer im Februar 2005 (mit Depotauszug zum Jahresende 2004 und einem Informationsblatt über die Entwicklung der Märkte 2004 sowie der Wertentwicklung der NAME Portfolios) vorgelegt. Die Bezeichnung der NAME Portfolios ist jeweils von der Wortfolge **advised by** (fett hervorgehoben im Original) BANK begleitet.

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

Dem Urteil des OGH, Zl. 7 Ob 82/07w ist zu entnehmen, dass mehrere Versicherungsbedingungen eines konkreten, von der OT abgeschlossenen Vertrages im Jahr 2007 als nicht

transparent beurteilt worden sind. Insbesondere hat der OGH ausgeführt, dass der Umstand, dass die Höhe der Rückkaufswerte in der fondsgebundenen Lebensversicherung maßgeblich von der „Fondsperformance“ abhänge und daher nur prognostizierbar, aber nicht vorhersehbar sei, den Versicherer nicht von der Verpflichtung entbinde, die den Versicherungsnehmer treffende Gesamtkostenbelastung offen zu legen, weil ihm sonst ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zukäme. Dem Informationsblatt, welches dem Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt worden ist, ist unter Punkt 7. der AVB (Was geschieht mit ihren Prämien) zu entnehmen, dass die zur Deckung des Ablebensrisikos und je nach Tarif auch zur Deckung der Abschluss- und Verwaltungskosten geschäftsplanmäßig bestimmten Prämienanteile monatlich im Vorhinein dem aktuellen Fondswert entnommen werden. Dies könne je nach Entwicklung der Fondsanteile dazu führen, dass der aktuelle Fondswert vor Ablauf der vereinbarten Versicherungsdauer aufgebraucht sei. Der Vertrag trete damit außer Kraft. Dem Informationsblatt ist weiters unter Punkt 10. der allgemeinen Versicherungsbedingungen für fondsgebundene Lebensversicherung zu entnehmen, dass die vorzeitige Beendigung des Vertrages durch Rückkauf oder die Prämienfreistellung wegen der Deckung der Abschlusskosten insbesondere in den ersten Jahren nach Vertragsabschluss für den Versicherungsnehmer wirtschaftlich nachteilig ist. Der VKI, der Verbandsklagen gegen mehrere Versicherungen, u.a. die OT eingebracht hatte, hat ausgeführt, dass bei Lebensversicherungen am Beginn der Laufzeit hohe Kosten abgezogen werden, so genannte „Abschlusskosten“, bei welchen es sich im Wesentlichen um die Provisionen des Vermittlers hande. Das Versicherungsrechtsänderungsgesetz 2006 bringe für Verträge, die nach dem 1.1.2007 abgeschlossen wurden, eine leichte Verbesserung der Rückkaufswerte. Die Abschlusskosten seien nämlich auf die ersten 5 Jahre der Laufzeit aufzuteilen. Durch diese Neuregelung sollte bei einem Rückkauf im Normalfall zumindest etwa die Hälfte der eingezahlten Prämien zurückgezahlt werden.

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

Grundsätzlich handelt es sich bei der fondsgebundenen Lebensversicherung nach Angaben der Bw. im Zuge des Erörterungstermins um einen Vermögensaufbau in Form einer Sparvariante, wobei dem Kunden im Falle seines Ablebens eine gewisse garantierter Summe ausbezahlt werde. Nach Ablauf der Versicherung erhält der Kunde den vereinbarten Fixbetrag plus den Wert der Anteile den seine Fondsbeleihungen gerade eben repräsentieren. Dem im Akt erliegenden Vertrag aus dem Jahr 2007 ist eine Variante zu entnehmen, bei welcher der in

den Fonds erhaltene Wert in Geld ausbezahlt wird und im Ablebensfall ein Zuschlag von 5 % zum Fonds Wert erfolgt. Ein Großteil der Kunden – 90 % und mehr – nimmt keine eigenen Switches vor, sondern wählt die gemanagten Fonds. In diesem Bereich fallen für die Versicherungsnehmer keine Kosten für die Switches an, während im Fall selbst gewählter Fonds von der OT im Fall eines Wechsels Gebühren verrechnet werden.

Der Vereinbarung mit der BANK ist unter Punkt 1.2. zu entnehmen, dass NAME der BANK regelmäßig eine Liste von Investmentfonds unterbreitete, welche **gemäß dem Urteil der NAME für ihre Investoren in Frage kommen**. Diese Aufstellung stellte das für die Beratungstätigkeit der BANK ausschlaggebende Investment-Universum dar. NAME **übernahm „die Verantwortung dafür, dass alle im Investment-Universum angeführten Investmentfonds entweder für den Deckungsstock einer fondsgebundenen Lebensversicherung und/oder für die Aufnahme in einen Dachfonds geeignet“ waren**. BANK berät NAME bei der Asset Allocation und der Auswahl der Investmentfonds für die vier durch NAME vordefinierten Strategien laut Anhang. Diese vordefinierten Strategien werden von NAME **in den von ihr angebotenen vier Dachfonds sowie im Rahmen der fondsgebundenen Lebensversicherung offerierten Gemanagten Portfolios** umgesetzt. Die Beratung umfaßte die quartalsweise schriftliche Unterbreitung eines Allocations- und Fondselektierungsvorschlages für die vier vordefinierten Strategien. Bestehe aus Sicht einer der Vertragsparteien ein Handlungsbedarf für eine Änderung der aktuellen Allocation übermittelte BANK NAME einen Vorschlag. Weiters umfasste die Leistung der BANK vierteljährlich schriftlich verfasste und halbjährliche mündliche Erläuterungen der Allocationsvorschläge sowie eine generelle Markteinschätzung an einer gemeinsamen Sitzung. Zusätzlich sollte ein Referent der BANK für diverse Sales-Veranstaltungen zur Verfügung gestellt werden. Schließlich sollte die BANK auf Wunsch der NAME Berichte der BANK Investment Centers, wie z.B. allgemeine Analysen zu diversen Märkten, zur Verfügung stellen. Die Entscheidung, ob die Empfehlungen der BANK umgesetzt werden, liegt allein bei NAME. Punkt 3. enthält Bestimmungen zum Honorar der BANK sowie den Passus, **dass eine allfällige, von NAME in Österreich geschuldete Mehrwert- oder Umsatzsteuer ausschließlich von NAME zu tragen sei**. Unter dem Punkt „Haftung“ wurde ausgeführt, dass es sich bei der Vereinbarung um bloße Beratungstätigkeit handle. BANK hafte nicht für den Erfolg der erbrachten Leistung, sondern lediglich bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung der für die Beratung anzuwendenden Sorgfaltspflicht.

Wurden Fonds auf Vorschlag der BANK neu in das Fonds-Universum aufgenommen, konnten diese auch von jenen Versicherungsnehmern ausgewählt werden, die kein gemanagtes Portfolio wollten.

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

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

Im Zuge der Betriebsprüfung wurde ein konkreter Switchvorschlag vom 8.3.2006 vorgelegt, welcher mit der Bemerkung „Anbei senden wir Ihnen den offiziellen Switchvorschlag“ übermittelt wurde. Am 13.3.2006 wurde offenbar der Switchkommentar nachgereicht mit den Worten „gern sende ich Ihnen anbei den Switch Kommentar“. Ein weiterer Switchvorschlag wurde im August 2007 von N3N3 an N4N4 übermittelt mit der Bitte um sein „ok“. Es erfolgte eine Bestätigung durch N4\_N4. Dieser war zu dem Zeitpunkt Vorstandsvorsitzender der OT (im Zuge des Erörterungsgespräches wurde erklärt, Prokuristen nähmen die Bestätigung der Switchvorschläge vor). Es ist aufgrund der Ausbildung und des Vorwissens der Entscheidungsträger davon auszugehen, dass jene Personen, die für die OT die Genehmigungen vornahmen, entgegen den Ausführungen der Bw. in der Berufung über das nötige Fachwissen verfügt haben, die Switchvorschläge inhaltlich nachzuvollziehen und zu beurteilen. Hiezu wird auf einen Artikel im Wirtschaftsblatt betreffend den seinerzeitigen Vorstandsvorsitzenden der OT, N4\_N4 verwiesen, in welchem erklärt wurde, dieser sei diplomierter Betriebswirt. Er wurde weiters als Finanzexperte bezeichnet, der zuletzt beim U in Stadt2 tätig gewesen sei. Dieser war 2006 zum Vorstandsvorsitzenden der Bw. berufen worden. Es ist davon auszugehen, dass auch in den Jahren davor kompetente Personen die entsprechenden Entscheidungen getroffen haben. Die Behauptung des fehlenden Fachwissens über Fondsentwicklungen in einem Unternehmen, dessen Hauptgeschäftsfeld die Veranlagung von Vermögen in genau diesem Bereich darstellt, ist vollkommen unglaublich und kann

daher auch dann nicht angenommen werden, wenn tatsächlich jeder externe Switchvorschlag umgesetzt würde.

Nach der Überprüfung und Freigabe des Switchvorschlages wurde das von der OT verwendete Computersystem von dieser so programmiert, dass sämtliche An- und Verkäufe bis zur nächsten Änderung nach diesem Musterportfolio erfolgten. Unstrittig ist, dass jedenfalls eine Freigabe des Switchvorschlages durch entscheidungsbefugte Personen der OT (Prokuristen, Vorstände) vor Umsetzung zu erfolgen hatte und keine direkte Umsetzung der An- und Verkäufe durch Bank2/BANK erfolgte. Den Ausführungen, dass diese Freigabe ein reiner Formalakt gewesen wäre, kann nicht gefolgt werden. Als An- und Verkäufer trat die OT in Erscheinung, welche als wirtschaftlicher Eigentümer des Deckungsstocks anzusehen war. An- und Verkaufsverträge wurden im eigenen Namen, aber nicht auf eigenes Risiko abgeschlossen.

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

BANK hatte keine Kenntnis von der konkreten Zusammensetzung des Vermögens zum jeweiligen Zeitpunkt. Während die Bw. in der ersten Vorhaltsbeantwortung vor dem Unabhängigen Finanzsenat behauptete, BANK sei von der OT laufend über die Höhe des verwalteten Vermögens unterrichtet worden, wurde im Zuge des Erörterungstermines bestätigt, dass BANK das genaue Vermögen nicht bekannt gewesen ist. Das wäre auch nicht möglich gewesen, weil sich der Umfang des Vermögens täglich geändert habe.

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

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

...

4. die rechtliche, technische und wirtschaftliche Beratung

...

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

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

...

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

...

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

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit i UStG in der ab 31.12.2003 geltenden Fassung sind von den unter § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 fallenden Umsätzen steuerfrei die Leistungen im Rahmen des Investmentgeschäfts, des Immobilienfondsgeschäfts und des Kapitalfinanzierungsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Z 13, Z 13 a und Z 15 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993), durch Unternehmen, die jeweils eine Konzession für dieses Geschäft besitzen. Befreit ist auch die Verwaltung von Kapitalanlagefonds gemäß § 3 Abs. 3 Investmentfondsgesetz, BGBl. Nr. 532/1993) von Immobilienfonds gemäß § 3 Abs. 3 Immobilien-Investmentfondsgesetz, BGBl. I Nr. 80/2003, und von Beteiligungen im Rahmen des Kapitalfinanzierungsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Z 15 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993) durch dritte Unternehmen für derartige Unternehmen.

Gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit i UStG in der ab 24.5.2007 geltenden Fassung sind von den unter § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 fallenden Umsätzen steuerfrei die Verwaltung von Sondervermögen nach dem Investmentfondsgesetz, BGBl. Nr. 532/1993, und dem Immobilien-Investmentfondsgesetz, BGBl. I Nr. 80/2003 und die Verwaltung von Beteiligungen im Rahmen des Kapitalfinanzierungsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Z 15 des Bankwesengesetzes, BGBl. Nr. 532/1993) durch Unternehmer, die eine Konzession für dieses Geschäft besitzen, sowie die Verwaltung von durch die anderen Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen.

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

Die Bw. hat zur Begründung für ihren Rechtsstandpunkt auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise verwiesen und einerseits behauptet, der Ort der als Vermögensverwaltung anzusehenden Leistung liege in der Land und kämen in Österreich die Befreiungsbestimmungen gemäß § 6 Abs. 1 Z 8 lit i UStG und § 6 Abs. 1 Z 8 lit f UStG zur Anwendung.

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

Die OT besitzt unstrittig keine der angeführten Konzessionen, sodass die Befreiungsbestimmung des § 6 Abs. 1 Z 8 lit i UStG nach innerstaatlichem Recht selbst dann nicht anwendbar wäre, wenn die OT in wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem Kapitalanlagefonds vergleichbar wäre.

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

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

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

Im ersten Fall trat eine Bank als Klägerin auf, die berechtigt war, über Vermögenswerte (Wertpapiere) im Namen und für Rechnung des Anlegers zu verfügen, d.h., die Bank war direkt an dem Umsatz beteiligt. In diesem Fall handelte es sich unstrittig nicht um die Verwaltung von Sondervermögen im Sinne von Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuerrichtlinie. Die Generalanwältin Eleanor Sharpston beurteilte die Umsätze in ihrer Stellungnahme vom 8.5.2012, Rechtssache C-44/11 nicht als steuerfrei und führte unter Tz. 49 aus, kennzeichnend für die Dienstleistung sei die Sammlung und Verwertung von Markterkenntnissen in Verbindung mit vorhandenem Wissen und Sachkunde, um fundierte Entscheidungen über die Verwaltung jedes Wertpapierportfolios nach Maßgabe der gewählten Strategie treffen zu können. Unstrittig bestehe keine Möglichkeit, diesen letztgenannten Bestandteil als eigenständige Dienstleistung nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. f zu befreien.

Im anderen Fall ließ sich eine Kapitalanlagegesellschaft bei der Verwaltung des Fondsvermögens von der Klägerin beraten. Die Klägerin war selbst keine Kapitalanlagegesellschaft, ihre

Vergütung erfolgte nach einem vom Wert des Sondervermögens berechneten Prozentsatz. Selbst in diesen Fällen ist der BFH nicht davon ausgegangen, dass den Klagen ohne weiteres stattzugeben wäre, sondern hat Klärungsbedarf durch den EuGH gesehen und im Zweifel Vorabentscheidungsersuchen gestellt.

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

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

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

Bei Verträgen, bei denen die Auszahlung in Form einer Rente erfolgt – für diese gelten die Switchvorschläge ebenfalls – wird in jedem Fall eine Geldleistung ausbezahlt, deren Höhe sich am vorhandenen Fondsvermögen ausrichtet, wobei im Erbfall anfallendes Vermögen der Risikogemeinschaft zufällt. Eine Übernahme der Fondsanteile ist in diesem Fall nicht möglich. Hinzu kommt, dass angespartes, aber nicht als Rente ausbezahltes Kapital weder dem Vertragspartner, noch dem Versicherten noch den Erben zukommt, sondern der Versicherungsgemeinschaft. Eine derartige Vorgehensweise ist bei Investition in einen Dachfonds denkunmöglich.

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

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

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

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

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

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

Eine umsatzsteuerliche Gleichbehandlung mit Kapitalanlagegesellschaften aus europarechtlichen Gründen erscheint daher nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht geboten, auch wenn in bestimmten Fällen allenfalls eine Wettbewerbssituation besteht. So hat auch Eleanor Sharpton in den Schlussanträgen vom 8. Mai 2012, Rechtssache C-44/11 unter der

Rz. 60 unter anderem ausgeführt, es würden, wenn alle Tätigkeiten, die teilweise miteinander in Wettbewerb stehen, mehrwertsteuerlich gleich behandelt werden müssten, letztlich sämtliche Unterschiede in der mehrwertsteuerlichen Behandlung beseitigt werden. Dies würde (vermutlich) zur Abschaffung sämtlicher Befreiungen führen, da der einzige Zweck des Mehrwertsteuersystems in der Besteuerung von Umsätzen besteht.

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

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

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

Mit Kaufvertrag vom 1. August 2003 verkaufte die OT folgende Abteilungen an die Bw.: Buchhaltung, Vertragsverwaltung, betriebliche Altersvorsorge, Kundenbetreuung, Fondsverwaltung, Personalwesen, Institutional Sales, Recht, Main Office & Reception, Marketing, Office Management, Erneuerung & Weiterentwicklung sowie Vertrieb. Mit demselben Datum wurde der Personalstand der OT bis auf wenige behördlich vorgeschriebene Ausnahmen auf die Bw. und die B\_GmbH übertragen. Die OT schloss mit der Bw. einen Dienstleistungs- und Servicevertrag ab, gemäß welchem unter anderem die Fondsverwaltung (Fund Admin) von der Bw. für die OT erbracht werden sollte. Diese Leistung wurde wie folgt umschrieben: Kauf und Verkauf der Fondsanteile für den Deckungsstock der FLV, Prüfung und Auswahl neuer Fonds, Kurspflege, Wiederveranlagung der Fondsausschüttungen im Polizzenverwaltungssystem, Verwaltung der gemanagten Portfolios im Polizzenverwaltungssystem, Perfor-

---

manceberechnungen, Portfolioüberwachung, Fondsresearch, Investmentmarketing, Risikoklassifizierung, Investmentfonds, Produktentwicklung Investment, Investment Controlling.

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

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

Darüber hinaus wird das Fondsuniversum, nämlich jene Fonds, in welche angelegt werden kann, von der OT vorgegeben. Dies trifft ebenso auf den ursprünglich mit Bank2 geschlossenen Vertrag zu, wo das erstmalige Fondsuniversum von NAME bekannt gegeben wurde, wie auch auf die folgenden Änderungen. Wenn die Bw. in diesem Zusammenhang vorbringt, die „Investment-Universen“ seien lediglich Ausdruck möglicher Risikokategorien gewesen, wodurch lediglich die Information vermittelt würde, welche Risikobereitschaft die Anleger verfolgten, so ist dem entgegen zu halten, dass dem vorgelegten Ablauf

Masterswitch/Umschichtung Portfolio/BANK zu entnehmen ist, dass nicht lediglich Risikokategorien sondern namentlich bezeichnete Fonds als Fondsuniversum zugrunde gelegt wurden. Nur die prozentuelle Mischung der vorgegebenen Fonds war in den einzelnen Veranlagungskategorien unterschiedlich.

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

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates gleicht die Tätigkeit der BANK der eines Anlagenberaters, welcher auch ohne Kenntnis des genauen Vermögens – aufgrund der ihm bekannten Marktsituation Empfehlungen abgibt, in welche Aktien, Anleihen, Fonds oder körperliche Wertpapiere investiert werden kann bzw. ob und wann ein Wechsel vorzunehmen ist.

Der Versicherungsnehmer selbst steht mit BANK in keiner Vertragsbeziehung und erhält weder von dieser noch von der OT Informationen über einlangende Switchvorschläge, von deren Umfang und deren Umsetzung. Er wird nur und ausschließlich von der OT über die Zusammensetzung und den Wert des Fondsportfolios des für ihn angelegten Deckungsstocks informiert, wobei nicht jede Änderung der Zusammensetzung eine Information des Versicherungsnehmers auslöst. Dem Versicherungsnehmer gegenüber werden die Fonds als „advised bei BANK“ ausgewiesen. Im Informationsblatt, welches den Versicherungsnehmern anlässlich des Vertragsabschlusses übergeben wurde und welches von der Bw. vorgelegt wurde, werden gemanagte Portfolios als Leistung der Versicherungsgesellschaft ausgewiesen und dem Versicherungsnehmer mitgeteilt, dass die Portfolios von einem von der Versicherungsgesellschaft beauftragten Portfoliomanager angepasst werden. Dem Informationsblatt ist nicht zu entnehmen, welches Unternehmen diese Anpassungen vornimmt.

Nach Eingehen des Switchvorschlages bei der OT wurde dieser nach Angaben der Bw. von den zuständigen Personen nur formal überprüft und sodann das EDV-System entsprechend programmiert, um sicherzustellen, dass das Portfolio gleichsam automatisch an die Vorgaben der BANK angepasst wird. Auch wenn Switchvorschläge laut Bw. immer übernommen worden

sind, sind die Umschichtungen dennoch der OT zuzurechnen. Dem Versicherungsnehmer, welcher die OT wegen einer seiner Ansicht nach schlechten Vermögensverwaltung in Anspruch nehmen könnte, ist zum einen nicht bekannt, welche Switchvorschläge im Einzelnen gemacht worden sind, zum anderen steht er ausschließlich mit der OT in einem Vertragsverhältnis. Die mangelnde Fachkenntnis der Entscheidungsträger der OT ist – wie oben dargestellt – nicht glaubhaft, zumal der OT nach Übertragung verschiedener Abteilungen und des entsprechenden Personals an die Bw. nunmehr mit Dienstleistungs- und Servicevertrag genau derartige Leistungen erbracht werden. Es ist daher davon auszugehen, dass das erforderliche Fachwissen vorher in der OT selbst vorhanden war und diese Leistungen der OT nunmehr von der Bw. erbracht werden. Zumindest wird davon ausgegangen, dass darauf geachtet wurde, dass die entsprechenden Veranlagungsstrategien der OT eingehalten wurden, welche einen wesentlichen Bestandteil sowohl der Vertragsbeziehung zwischen der OT und der BANK als auch zwischen der OT und ihren Kunden darstellen. Es handelt sich damit nicht um einen bloßen Formalakt. Gerade diese Genehmigung stellte die Rechtsgrundlage für eine allfällige Haftung der OT gegenüber ihren Kunden und damit ein wesentliches Kriterium für die Vermögensverwaltung durch sie dar.

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

Die von der Bw. herangezogene wirtschaftliche Betrachtungsweise kann nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht dafür herangezogen werden, zivilrechtliche Gestaltungen, die im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes gerade noch als zulässig angesehen werden können und deshalb bewusst so gewählt wurden, in solche umzudeuten, die definitiv als Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anzusehen wären. Diese von der Bw. gewünschte Umdeutung würde bedeuten, dass die OT den hier strittigen Vertrag unter bewusster und gewollter Verletzung des Versicherungsaufsichtsgesetzes einging. Im Übrigen wurde die Leistung im ursprünglich mit der Bank2 abgeschlossenen Vertrag als der Mehrwertsteuer unterliegend und vom steuerlichen Vertreter seinerzeit selbst als Beratungsleistung angesehen. Die Ausführungen der Bw., dass diese Beurteilung bedeutungslos und unrichtig sei, sind dabei nicht wesentlich.

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

Der Berufung konnte daher insoweit nicht Folge gegeben werden.

Leistungen des Bildungsbetriebes:

Der Bw. waren im Berufungszeitraum Umsätze des Bildungsbetriebes der NAME Akademie zuzurechnen. Diese Leistungen wurden gegenüber unabhängigen Maklern erbracht, wobei die Bezahlung zum Teil durch Überreichung von Gutscheinen erfolgte, welche seitens der OT an die Makler ausgegeben wurden. Die Bw. verrechnete den Wert der eingelösten Gutscheine an die OT.

Durch die Schulung der Makler hat die Bw. eine sonstige Leistung gegenüber diesen erbracht, welche der Umsatzsteuer unterliegt. Die damit direkt in Zusammenhang stehenden Vorsteuern sind zur Gänze abzugsfähig, der den Maklern verrechnete Betrag unterliegt jedoch auch insoweit der Umsatzsteuer, als er auf die eingelösten Gutscheine entfällt.

Seitens des Finanzamtes und der Bw. wurde die grundsätzliche Umsatzsteuerpflicht der gegenständlichen Umsätze auch hinsichtlich der ausgestellten Gutscheine und daraus folgend die Vorsteuerabzugsberechtigung dem Grunde und der Höhe nach außer Streit gestellt. Im Hinblick darauf, dass die Umsatzsteuer Bestandteil des zivilrechtlich geschuldeten Entgeltes ist, welches seitens der Makler – zum Teil durch Hingabe der Gutscheine – bereits bezahlt wurde und eine nachträgliche Rechnungskorrektur aufgrund der eingetretenen Verjährung nicht mehr möglich ist, war die Umsatzsteuer aus dem Wert der Gutscheine heraus zu rechnen.

Dem Berufungsbegehren betreffend den Bildungsbetrieb, welches im Zuge des Erörterungstermins modifiziert wurde, konnte daher stattgegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: 5 Berechnungsblätter

Wien, am 13. Juni 2012