

# Steuerbefreiung gem § 13 Abs 2 KStG für von Privatstiftungen gehaltene schwarze ausländische Investmentfonds

**Ausschüttungsgleiche Erträge ausländischer Investmentfonds fallen unter den Befreiungstatbestand des § 13 Abs 2 Z 2 KStG, da eine Vergleichbarkeit mit Kapitalerträgen im Sinne des § 13 Abs 2 Z 1 KStG sowohl auf Ebene des Investmentfonds als auch der Kapitalerträge gegeben ist - die wesentlichen Merkmale eines ausländischen Investmentfonds reichen hierfür aus. Es ist unerheblich, ob es sich dabei um einen „weißen“ oder „schwarzen“ ausländischer Investmentfonds handelt.**

§ 13 Abs 2 KStG

UFS 06.06.2012,  
RV/4554-W/02

Den Berufungen wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden abgeändert.

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

## Entscheidungsgründe

Die NN Privatstiftung (Berufungswerberin, Bw.) wurde im Jahr 2001 für die Jahre 1997 bis 1999 einer Betriebsprüfung (Bp.) unterzogen, welche zu folgenden Änderungen der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage führte:

	1997		1998		1999	
Einkünfte KV	ös	€	ös	€	ös	€
lt. Vlg	4.938.394	358.806,25	1.501.646,00	-109.104,29	-1.481.432,00	-107.635,61
lt. Bp.	8.390.377	609.615,14	1.504.235,00	109.292,40	1.188.136,00	86.325,76
Differenz	3.451.983	250.808,88	3.005.881,00	218.396,69	2.669.568,00	193.961,38

Begründend wird unter Tz 14 des Bp.-Berichtes auf die Niederschrift verwiesen.

In der Niederschrift wird folgendermaßen ausgeführt:

### 1. Einkünfte aus Kapitalvermögen 1997

Die Einkünfte aus Kapitalvermögen des Jahres 1997 ermitteln sich lt. Bp. wie folgt:

Erträge aus der Verzinsung des Abtretungspreises für den Geschäftsanteil an der  
XX Arzneimittel GesmbH 1.009.615,00

Abzüglich Verwaltungskosten -21.262,02

---

**988.352,98**

### b) Erträge aus ausländischen Investmentfonds

#### I. W Diversified Futures Fund

(registrierter ausländischer Fonds)

-576.724,37

#### II S High Performance Capital Fund

(nicht registrierter ausl. Fonds)

7.988.747,90

abzüglich anteiliger Verwaltungskosten

-10.000,00

---

**7.402.023,53**

Seitens der Bp erfolgt eine Korrektur der ausschüttungsgleichen Erträge  
des S High Performance Capital Fund;

ausschüttungsgleiche Erträge dieses Fonds bisher: S 4.536.765,70

### 2. Einkünfte aus Kapitalvermögen 1998

Die Einkünfte aus Kapitalvermögen des Jahres 1998 ermitteln sich lt. Bp wie folgt:

Erträge aus ausländischen Investmentfonds

I. W Diversified Futures Fund -1.501.646,30  
(registrierter ausländischer Fonds)

II S High Performance Capital Fund 3.005.881,10  
(nicht registrierter ausl. Fonds)

---

**1.504.234,80**

Seitens der Bp erfolgt eine Ansetzung ausschüttungsgleicher Erträge des S High Performance Capital Fund in oben genannter Höhe; aufgrund des Wertverlustes dieses Fonds im Jahr 1998 wurden bisher keine ausschüttungsgleichen Erträge angesetzt

3. Einkünfte aus Kapitalvermögen 1999

Die Einkünfte aus Kapitalvermögen des Jahres 1999 ermitteln sich lt. Bp. wie folgt:

Erträge aus ausländischen Investmentfonds

I. W Diversified Futures Fund -1.481.431,69  
(registrierter ausländischer Fonds)

II S High Performance Capital Fund 2.669.568,00  
(nicht registrierter ausl. Fonds)

---

**1.188.136,31**

Seitens der Sp erfolgt eine Ansetzung ausschüttungsgleicher Erträge des

S High Performance Capital Fund in oben genannter Höhe;

aufgrund des Wertverlustes dieses Fonds im Jahr 1999 wurden bisher keine ausschüttungsgleichen Erträge angesetzt

In der fristgerecht eingebrachten Berufung wird eingewendet, dass die Bp. die Einkünfte aus Kapitalvermögen folgendermaßen festgesetzt habe:

Jahr	Einkünfte aus Kapitalvermögen	Darin enthaltene Einkünfte aus ausländischen Investmentfonds
1997	8.390.77,00	7.402.024,00
1998	1.504.235,00	1.504.235,00
1999	1.188.136,00	1.188.136,00

Die Erträge aus ausländischen Investmentfonds seien dabei aus den ausschüttungsgleichen Erträgen des W Diversified Futures Fund (=ausländischer registrierter Fonds, kurz W Fund) und dem S High Performance Capital Fund (=nicht registrierter ausländischer Fonds, kurz S Fund) ermittelt worden.

Beim W Fund handle es sich um einen sog. „weißen Fonds“, dessen ausschüttungsgleiche Erträge entsprechend den Mitteilungen des Bundesministeriums für Finanzen (BMfF) erklärungsgemäß angesetzt worden seien. Der S Fund sei ein sog. „schwarzer Fonds“ dessen ausschüttungsgleiche Erträge von der Bp. pauschal gem § 42 (2) InvFG ermittelt worden seien.

Die Summe der ausschüttungsgleichen Erträge lt. Bp stellten sich daher folgendermaßen dar:

1997	1998	1999
------	------	------

W Fund	-576.724,37	-1.501.646,30	-1.481.431,69
S Fund	7.988.747,90	3.005.881,10	2.669.568,00
abzgl. Verw.Kosten	-10.000,00	0,00	0,00
Summe lt. BP	7.402.023,53	1.504.234,80	1.188.136,31

Der pauschale Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge des S-Funds führe zu einer nicht gerechtfertigten Besteuerung fiktiver Erträge, da der genannte Fond in den Jahren 1998 und 1999 tatsächlich keine Erträge erzielt habe, sondern ein massiver Wertverlust eingetreten sei.

Die Bw. sei der Ansicht, dass die ausländischen Investmentfonds als ausländische Kapitalerträge iSd § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1998 wegen der Vergleichbarkeit des ausländischen Kapitalerträge mit den Kapitalerträgen nach § 93 Abs 3 Z 4 EStG 1988 steuerfrei zu behandeln wären. Die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Investmentfonds stelle eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und des Leistungsfähigkeitsprinzip dar und stelle darüber hinaus eine EU-rechtswidrige Verletzung der Kapitalfreiheit gem Art 56 iVm Art 57 des EG-Vertrages im Verhältnis zu Drittstaaten dar.

Analog zur langjährigen Praxis zu § 10 Abs. 2 KStG sei für die Vergleichbarkeit keine vollkommene sondern eine Entsprechung der Wesensmerkmale der ausländischen Gesellschaft mit jenen der inländischen zu erfüllen. Vergleichsmaßstab für ausländische Kapitalerträge aus Investmentfonds seien daher die betreffenden inländischen Kapitalerträge. Da bei bestimmten inländischen Kapitalerträgen aus Investmentfonds sowohl der Investmentfonds selbst als auch die zugrunde liegenden Kapitalerträge von Relevanz wären, sei das Kriterium der Vergleichbarkeit sowohl auf der Ebene des Investmentfonds als auch auf der Ebene der Kapitalanlagen anzuwenden.

Zur Prüfung des Vergleichbarkeit auf Ebene des Investmentfonds sei im Hinblick auf § 42 Abs. 2 Z 1 InvFG das Wesensmerkmal der Vermögensverwaltung nach dem Grundsatz der Risikostreuung zu erfüllen, weshalb die Vergleichbarkeit auf dieser Ebene zu bejahen sei.

Bei der Frage der Vergleichbarkeit auf Ebene der Kapitalanlagen führt die Bw aus:

*Im Zusammenhang mit inländischen Investmentfonds ist zu beachten, dass die Frage der Vergleichbarkeit nur bei den Kapitalerträgen aus Forderungswertpapieren, Bankeinlagen und ausländischen Aktien eine Rolle spielt. Inländische Dividendenerträge sind unmittelbar nach § 10 Abs. 1 KStG von der Steuer befreit.*

*Bei ausländischen Investmentfonds ist davon auszugehen, dass es für Zwecke der inländischen Besteuerung nicht auf die tatsächliche Art der Erwirtschaftung (ausgenommen Substanzgewinne) ankommt. Vielmehr werden Einkünfte aus Forderungswertpapieren fingiert (ausgenommen bei Substanzgewinnen von weißen Fonds). Es ist somit nur zwischen zwei Typen von Kapitalerträgen zu differenzieren:*

*Substanzgewinn sind bei im Privatvermögen gehaltenen Investmentfondanteilen steuerfrei, wenn die Voraussetzungen für eine Besteuerung nach tatsächlichen Erträgen iSd § 42 Abs. 2 Z 2 InvFG erfüllt sind. Derartige Substanzgewinne sind auch bei der Privatstiftung steuerfrei (bis zur Steuerreform 2000 steuerbefreit).*

*Alle übrigen Erträge begründen im außerbetrieblichen Bereich - unabhängig von der Art der tatsächlich erwirtschafteten Erträge - Einkünfte nach § 27 Abs. 1 Z 4 EStG (Pkt. 5.3. DE zu ausländischen Investmentfonds). Für diese Erträge gilt - nach innerstaatlichem Recht - die ertragsteuerliche Fiktion der Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren (siehe Punkt 5.2.1.1., 5.2.1.2., 5.3.3. am Ende sowie 8. DE ausländische Investmentfonds).*

*Bei der Besteuerung von Privatstiftungen steht man somit bei den Kapitalerträgen aus ausländischen Investmentfonds vor der Frage, ob fingierte Einkünfte mit tatsächlichen Einkünften aus Forderungswertpapieren vergleichbar sind? Diese Frage ist unseres Erachtens zu bejahen, denn die in § 42 InvFG iVm § 93 Abs. 3 Z 4 EStG verankerte Einkunftsfiktion gilt ertragsteuerlich umfassend. Dementsprechend kann auch im Fall von Anteilsrechten an ausländischen Investmentfonds, die formal als Aktien verbrieft sind, das internationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs. 2 KStG nicht zum Tragen kommen.*

*Die Kapitalerträge nach § 93 Abs. 3 Z 4 EStG setzen aufgrund der Anknüpfung an die Kapitalertragsteuerpflicht eine tatsächliche Ausschüttung voraus. Auch hier stellt sich die Frage, ob fingierte Ausschüttungen (= ausschüttungsgleiche Erträge) mit tatsächlichen Ausschüttungen iSd § 13 KStG vergleichbar sind? Unseres Erachtens ist diese Frage ebenso zu bejahen. Eine Ausschüttungsfiktion kann zwar nicht für die Kapitalertragsteuer Geltung haben, im Bereich von § 13 KStG bestehen aber keine systemimmanente Bedenken gegen eine Vergleichbarkeit.*

*Kommt es zu einer tatsächlichen KESt-pflichtigen Ausschüttung war der Ansatz der ausschüttungsgleichen Erträge lediglich eine zeitliche Vorverlagerung der Besteuerung. Da die Steuerbefreiung nach § 13 KStG eine Körperschaftsteuerbefreiung der Privatstiftung beinhalten soll, ist es unseres Erachtens nur konsequent, wenn die ausschüttungsgleichen Erträge von § 13 KStG erfasst sind, wie in der Rechtslage vor dem StrukturanpassungsG 1996.*

## 2.2. Analyse der Ertragskomponenten von Investmentfonds

*Erträge aus inländischen Aktien oder ähnlichen Wertpapieren sind beim Privatanleger gemäß § 97 (1) EStG endbesteuert. Daraus müsste folgen, dass diese Erträge auch im Rahmen einer Privatstiftung steuerbefreit sein müssten. Als Grundlage dieser Befreiung*

im Gesetz kann § 10 (1) KStG dienen (Beteiligungsertragsbefreiung), was auch dem praktizierten Gedanken des Durchgriffs durch den Investmentfonds entspricht.

Erträge aus ausländischen Aktien oder ähnlichen Wertpapieren sind beim Privatanleger nicht endbesteuert. Entsprechend dem Durchgriff durch den Investmentfonds sollte die Besteuerung auf Ebene der Privatstiftung dem entsprechen. Allerdings kann bei konsequenter Weiterverfolgung des Durchgriffsgedankens auch für diese Erträge zumindest unter gewissen Einschränkungen eine Steuerfreiheit erreicht werden. Greift man nämlich bei der Besteuerung der Erträge aus inländischen Aktien auf die Befreiungsbe-freiung zurück, so muss man bei ausländischen Aktien erträgen daraus folge, dass die Befreiungsbestimmung des § 13 (2) Z 3 KStG für eine Steuerfreistellung zumindest bei Fehlen einer Entlastung durch ein Doppelbesteuerungsabkommen spricht.

Zur fehlenden Entlastung durch ein Doppelbesteuerungsabkommen kann aus der Formulierung des § 13 (2) Z 3 KStG (analog auch Z 2) abgeleitet werden, dass nicht nur bei Fehlen eines Doppelbesteuerungsabkommens, sondern auch bei der Nichtinanspruchnahme einer grundsätzlich möglichen Entlastung die Befreiung gewährt werden muss. Dieses Wahlrecht wird auch in der Literatur vertreten und kann neben der Interpretation des Wortsinns ("erfolgt" deutet auf die tatsächliche Entlastung hin und nicht auf die Möglichkeit einer Entlastung) damit begründet werden, dass es wohl nicht der Zielsetzung des Gesetzgebers entsprechen kann, dass Nicht-DBA-Staaten (dazu gehören vor allem auch die Steueroasen) gegenüber den DBA-Staaten begünstigt sind, unabhängig davon ob diese Nicht-DBAStaaten selbst eine vergleichbare Steuer auf die Ausschüttungen erheben.

Somit können nach Wahl des Steuerpflichtigen sämtliche Erträge eines Investmentfonds, die aus ausländischen Aktien resultieren, steuerfrei gestellt werden.

Erträge aus Forderungswertpapieren gemäß § 93 (3) Z 1-3 EStG sind wie oben bereits erwähnt gemäß § 13 (2) Z 1 KStG steuerbefreit.

Erträge aus ausländischen Forderungswertpapieren sind gemäß § 13 (2) Z 2 KStG (analog zu den Erträgen aus ausländischen Aktien), nach Wahl des Steuerpflichtigen steuerbefreit.

Der in der Literatur vertretene Meinung, dass bei Existenz einer inländischen kuponauszahlenden Stelle keine ausländischen Erträge vorliegen und daher die Befreiungsbestimmungen gemäß § 13 (2) Z 2 und 3 KStG nicht greifen können, kann unseres Erachtens nicht gefolgt werden. Es liegen bei durch eine inländische kuponauszahlende Stelle gemäß § 93 (3) Z 5 EStG zwar im Inland bezogene allerdings keine inländischen Kapitalerträge vor.

### 2.3. Ergebnis der Prüfung der Vergleichbarkeit

Bei der Besteuerung von ausländischen Kapitalerträgen im Rahmen von Privatstiftungen zu privaten Zwecken kommt die Befreiungsvorschrift nach § 13 Abs. 2 Z 2 KStG zum Tragen. Dies resultiert aus der Vergleichbarkeit der ausländischen Kapitalerträge mit Kapitalerträgen nach § 93 Abs. 3 T 4 EStG sowohl auf der Ebene der Investmentfonds als auch auf der Ebene der Kapitalerträge.

Jeder ausländische Investmentfonds iSd § 42 InvFG ist mit inländischen Investmentfonds vergleichbar. Dies geht sowohl aus den Gesetzesmaterialien zu § 42 InvFG als auch aus dem DE zu ausländischen Investmentfonds hervor.

Bei den einem ausländischen Investmentfonds zugrundeliegenden Kapitalanlagen ist von einer innerstaatlichen Fiktion auszugehen, dass Kapitalerträge aus ausländischen Investmentfonds als Einkünfte aus Forderungswertpapieren gelten, soweit keine steuerfreien Substanzgewinne vorliegen.

Diese Fiktion gilt umfassend und nicht nur für Zwecke der Kapitalertragsteuer; dementsprechend kann im Fall von ausländischen Investmentfondsanteilen in Form von Aktien auch das internationale Schachtelprivileg nach § 10 Abs. 2 KStG nicht zur Anwendung gelangen. In konsequenter Anwendung der Fiktion von Einkünften aus Forderungswertpapieren ist eine Vergleichbarkeit auch auf Ebene der Kapitalanlagen gegeben.

Aufgrund der gegebenen Vergleichbarkeit der ausländischen Investmentfonds mit inländischen Investmentfonds stellten sämtliche Kapitalerträge aus den beiden Fonds W-Fund und S-Fund körperschaftsteuerfreie Erträge der Bw. dar.

Eine unterschiedliche Behandlung von inländischen und ausländischen Investmentfonds führe zu einer verfassungsrechtlich unzulässigen Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte. Es sei kein sachgerechter Grund für die pauschale Besteuerung ausländischer Investmentfonds ersichtlich, die eine Besteuerung fingiert realisierter Erträge und damit zu einer tatsächlichen Steuerbelastung fingierter Einkünfte führe. Ebenso liege eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der weißen und schwarzen Fonds vor, da es bei letzteren zu fingierten Annahme von Einkünften komme, bei weißen Fonds jedoch nur die tatsächlich erwirtschafteten Kapitalerträge zum Ansatz kämen und Substanzgewinne steuerfrei belassen würden.

Jedenfalls verfassungswidrig sei die unwiderlegliche gesetzliche Fiktion des steuerwirksamen Ausmaßes der Fonderträge.

In der Berufung folgen dann nähere Ausführungen zur Diskriminierung im Rahmen der Kapitalverkehrsfreiheit gem. Artikel I iVm. Art 57 des EG-Vertrages.

Eine Stellungnahme der Bp. zu dieser Berufung erfolgte nicht.

Mit Bescheid vom 5. Oktober 2001 in der Fassung des gem § 293 b BAO berichtigten Bescheides vom 28. November 2002 setzte das Finanzamt (FA) im Rahmen einer gem. § 200 BAO vorläufigen Körperschaftsteuerveranlagung für 2000 im Rahmen des steuerpflichtigen Einkommens die Einkünfte aus Kapitalvermögen mit ATS 837.183,00 an.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2001 erhob die Bw. Berufung gegen diesen Körperschaftsteuerbescheid 2000 vom 5. Oktober 2001 (mit Bescheid vom 28. November 2002 berichtigt gem. § 293b BAO) und beantragte für dieses Jahr die Einkünfte aus Kapitalvermögen ohne die Erträge aus den ausländischen Investmentfonds (S-Fund und W-Fund) anzusetzen und damit mit 0,00 anzusetzen. Hinsichtlich der Begründung wurde auf die Berufungsbegründung zu den Körperschaftsteuerbescheiden 1997 bis 1999 verwiesen.

Mit Schriftsatz vom 27. Jänner 2003 beantragte die Bw. die Entscheidung über obige Berufungen durch den gesamten Berufungssenat.

Mit Schreiben vom 7. September 2004 ergänzte die Bw. ihr Berufungsvorbringen und führte aus, dass für den Fall, dass der UFS die Rechtsansicht über die Steuerfreiheit der Erträge ausländischer Fonds nicht teilen sollte, die ausschüttungsgleichen Erträge der schwarzen Fonds anhand von Nachweisen und nicht auf Basis der fiktiven Erträge nach der Pauschalmethode des § 42 Abs. 2 InvFG 1993 zu besteuern wären.

Zum Nachweis der Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge des S Fund wurde folgende Berechnung vorgelegt, welche auch die von der Bp. angesetzten Beträge berücksichtigt und die sich ergebende Differenz darstellt:

	1997	1998	1999	2000
Zuflusszeitpunkt	1997	1998	1999	2000
Rechnungsjahr Fonds	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.1999
Höchststand Stk.	5.000	5.000	à	5.000
Letztstand Stk.	5.000	5.000	à	2.907,34
ausschüttungsgl. Ertrag je Anteil ATS	752,49	353,59	à	233,07
stpfl. Substanzgewinn je Anteil ATS	0,00	-101,03	à	-8.371,61
ausschüttungsgl. Ertrag gesamt ATS	3.762.434,00	1.767.950,00	à	1.165.338,50
Steuerpfl. Substanzgewinn gesamt ATS	0,00	-505.161,00	à	-24.339.130,86
<b>Summe ATS</b>	<b>3.762.434,00</b>	<b>1.262.789,00</b>	à	<b>-23.173.792,36</b>
ausschüttungsgl. Ertrag gesamt EUR	273.426,74	128.481,94	à	84.688,45
stpfl. Substanzgewinn EUR	0,00	-36.711,48	à	-1.768.793,62
<b>Summe EUR</b>	<b>273.426,74</b>	<b>91.770,46</b>	à	<b>-1.684.105,17</b>
lt. Erklärung ATS				1.772.764,65
lt. BP ATS	4.850.029,85	3.005.881,10	1.552.270,80	
lt. Erklärung EUR				128.831,83
lt. BP EUR	351.011,95	218.445,90	112.807,92	
<b>Differenz in EUR</b>	<b>77.585,21</b>	<b>126.675,44</b>	<b>112.807,92</b>	<b>1.812.937,00</b>

Wegen der Aufhebung der Pauschalierungsregelung des §42 Abs. 2 InvFG idF BGBl I 1998/41 durch das Erkenntnis des VfGH 15.10.2004, G 49,50/04 und ein beim VwGH anhängiges Verfahren zu 2006/14/0023 (danach 2006/15/0053) zum Selbstnachweis der ausschüttungsgleichen Erträge bei ausländischen „schwarzen Fonds“ wurde das Verfahren mit Bescheid vom 10. April 2007 zu letzterem Verfahren vor dem VwGH ausgesetzt. Mit Erkenntnis vom 18. Dezember 2008 bestätigte der VwGH die grundsätzliche Möglichkeit des Selbstnachweises ausschüttungsgleicher Erträge.

Nach Ergehen des Erkenntnisses des VwGH wurden im Zuge einer ausführlichen Besprechung zwischen der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates, der Vertreterin des Finanzamtes sowie den steuerlichen Vertretern der Bw. im Oktober 2011 umfangreiche Unterlagen zur Berechnung des obigen Selbstnachweises der ausschüttungsgleichen Erträge des ausländischen „schwarzen“ S-Fund vorgelegt und die obige Berechnung sowie die Unterlagen detailliert erklärt und besprochen.

Mit Schreiben vom 5. März 2012 zog die Bw. ihren Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat vom 27. Jänner 2003 zurück.

Seitens des FA wurden die oben dargestellten Beträge und der Selbstnachweis anhand der vorhandenen Unterlagen als gelungen und betraglich richtig außer Streit gestellt. Weiters teilte das FA in einem ergänzenden Schreiben vom 3. April 2012 mit, dass es hinsichtlich der Besteuerung der ausländischen weißen Fonds (hier W Fund) im Juli 2003 zu einer Änderung der bis dahin geltenden Verwaltungspraxis gekommen sei. Erträge (gleichgültig, ob ausgeschüttet oder ausschüttungsgleich) aus weißen inländischen Investmentfonds wären im Zuflusszeitraum 1. Jänner 1998 bis 31. Dezember 2000 unter § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 idF vor dem BBG 2001, BGBl. Nr. 142/2000 zu subsumieren und somit steuerfrei bzw. Verluste in diesem Zeitraum nicht anzusetzen.

Hinsichtlich des W Fund ergibt sich daraus, dass das FA die Rechtsansicht der Bw. teilt. Betreffend S Fund geht das FA davon aus, dass der Selbstnachweis dem Grunde und der Höhe nach (siehe oben angeführte Beträge) durch die vorgelegten Unterlagen erbracht wurde.

**Über die Berufung wurde erwogen:**

Der oben dargestellte Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus dem Akteninhalt. Strittig ist die Frage, ob die ausschüttungsgleichen Erträge „schwarzer“ ausländischer Investmentfonds, die die Bw. in den Jahren 1997 bis 1999 bezogen hat unter den Befreiungstatbestand des § 13 Abs 2 Z 2 KStG 1988 fallen. Hinsichtlich der Behandlung der "weißen" ausländischen Investmentfonds schloss sich das FA mit Schreiben vom 3. April 2012 der Rechtsansicht der Bw. an. Die übrigen Feststellungen und Änderung der Bp wurden von der Bw. nicht bekämpft. Ergänzend ist festzuhalten, dass die strittigen ausländischen Investmentfonds thesaurierende Fonds sind.

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

1. mit Kapitalerträgen

- aus Geldeinlagen und sonstigen Forderungen bei Kreditinstituten (§ 93 Abs. 2 Z 3 des Einkommensteuergesetzes 1988) sowie ,  
- aus Forderungswertpapieren im Sinne des § 93 Abs. 3 Z 1 bis 3 des Einkommensteuergesetzes 1988 sowie diesen entsprechenden Genussrechten, wenn sie bei ihrer Begebung sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht einem unbestimmten Personenkreis angeboten werden, sowie

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

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

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

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

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

Gemäß § 93 Abs. 2 EStG 1988 liegen inländische Kapitalerträge vor, wenn der Schuldner der Kapitalerträge Wohnsitz, Geschäftsleitung oder Sitz im Inland hat oder Zweigstelle im Inland eines Kreditinstituts ist und es sich um folgende Kapitalerträge handelt:

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

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

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

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

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

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

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

Gemäß Abs. 3 sind Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren Kapitalerträge aus

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

2. Wertpapieren, die ein Forderungsrecht verbriefen und nach dem 31. Dezember 1988 in anderer Wahrung als Schilling oder Euro begeben wurden,
3. Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen,
4. Anteilscheine an einem Kapitalanlagefonds im Sinne des Investmentfondsgesetzes 1963 sowie im Sinne des Investmentfondsgesetzes 1993, soweit die ausgeschütteten Beträge aus Kapitalerträgen gemäß Abs. 2 Z 3 und aus Kapitalerträgen gemäß Z 1, 2 und 3 bestehen, und
5. Anteilsrechten an ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 42 Abs. 1 des Investmentfondsgesetzes 1993).

Diese Kapitalerträge sind im Inland bezogen, wenn sich die kuponanzahlende Stelle (§ 95 Abs. 3 Z 2 EStG 1988) im Inland befindet.

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

In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung des UFS vom 11. Juni 2010, RV/0413-W/05, Senat 14 [Senat], verwiesen, welchen zu einem identen Sachverhalt erging.

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

Erträge aus ausländischen Investmentfonds waren somit nicht mehr unmittelbar steuerbefreit.

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

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

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

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

Gemäß § 93 Abs. 3 KStG 1988 letzter Satz gelten Kapitalerträge aus Forderungswertpapieren, als im Inland bezogen, wenn sich die kuponanzahlende Stelle im Inland befindet. § 93 Abs. 3 KStG 1988 differenziert zwischen Anteilscheinen - an einem Kapitalanlagefonds im Sinne des Investmentfondsgesetz (InvFG) 1963 sowie im Sinne des InvFG 1993 - in Ziffer 4 und den Anteilsrechten an ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 25 Abs. 2 Z 1 InvFG 1963, § 42 Abs. 2 Z 1 InvFG 1993) in Ziffer 5.

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

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

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

Vergleichsmaßstab für ausländische (iSd § 13 KStG 1988) Kapitalanlagen aus Investmentfonds sind die betreffenden inländischen Kapitalerträge. Wie bereits oben ausgeführt, ist für die Frage des Vorliegens inländischer Kapitalerträge entscheidend, wo sich die kuponanzahlende Stelle befindet. Demnach bleiben für den Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 nur Kapitalanlagen aus in- oder ausländischen Investmentfonds ohne kuponanzahlender Stelle im Inland übrig (die praktische Relevanz der Kombination Kapitalerträge aus inländischen Investmentfonds mit kuponanzahlender Stelle im Ausland ist jedoch fraglich). Dieses Ergebnis ist insofern von Relevanz, da auch bei einer kuponanzahlenden Stelle im Inland, bei ausschüttungsgleichen Erträgen, keine Erträge aus einer kuponanzahlenden Stelle im Inland vorliegen (da es keine Auszahlung gibt kann es auch keine kuponanzahlende Stelle geben). Bei ausschüttungsgleichen Erträgen werden nicht die tatsächlichen Ausschüttungen besteuert, sondern pauschal ermittelte Erträge, welche nach der neueren Judikatur des VwGH durch einen Selbstnachweis ermittelt werden können (VwGH 18.12.2008, 2006/15/0053).

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

#### II a Vergleichbarkeit auf Ebene des Investmentfonds

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

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

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

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

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

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

#### II b Vergleichbarkeit auf Ebene der Kapitalerträge

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

Fraglich ist Zweitens, ob alle in § 42 Abs. 2 Z 2 ff InvFG 1993 genannten Voraussetzungen auch erfüllt sein müssen, damit ein ausländischer Investmentfonds als mit einem inländischen vergleichbar gilt. Nach Ansicht der Finanzämter und des Bundesministeriums für Finanzen ist eine Vergleichbarkeit mit inländischen Investmentfonds nur dann gegeben, wenn alle wesentlichen Merkmale eines inländischen Investmentfonds gegeben sind nämlich:

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

Wie bereits oben ausgeführt, führt der Gesetzesverweis gerade nicht zu § 42 InvFG 1993. Der Gesetzgeber hat es in der neuen Rechtslage unterlassen eine Anknüpfung an den § 93 Abs. 3 Z 5 EStG 1988 vorzusehen. Aus diesem Grund sind die von den Finanzämtern und dem Bundesministerium angenommenen weiteren Merkmale, die über die Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung hinausgehen, gerade nicht unter die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG 1988 zu subsumieren.

Der Rechtsansicht, dass die Vergleichbarkeit über die wesentlichen Merkmale eines ausländischen Investmentfonds hinausgeht kann nicht gefolgt werden, da die angeblich notwendigen zusätzlichen Merkmale in der Verweiskette keine Deckung finden.

Bis zur Novellierung des InvFG 1993 im Jahre 1998 waren in Österreich ausschließlich ausschüttende Kapitalanlagefonds mit der Verpflichtung zur Ausschüttung des ordentlichen Jahresertrages, abzüglich der darauf entfallenden Aufwendungen, zugelassen. In seinem Erkenntnis VfGH 7.3.2002, G 278/01 hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, welche ausländischen Fonds mit inländischen Fonds iSd § 93 Abs. 3 Z 4 EStG 1988 idF BGBl Nr.1988/400 vergleichbar sind. In dem Erkenntnis verzichtete der VfGH auf eine Festlegung „vergleichbarer“ ausländischer Fonds iSd § 93 Abs. 3 Z 4 EStG 1988. Der VfGH nahm somit nicht abschließend zum Kreis der in die Endbesteuerung einzubeziehenden ausländischen Fonds Stellung. Er ging vielmehr davon aus, dass, in Vorwegnahme der Rechtsentwicklung in Bezug auf ausländische Investmentfonds, bereits im Jahr 1993 der Be-



griff des ausländischen Investmentfonds durch die Vermögensveranlagung nach dem Grundsatz der Risikostreuung determiniert war. Diese Auffassung hat sich inhaltlich letztendlich an § 42 InvFG 1993 orientiert und hat dementsprechend den Kreis der „vergleichbaren“ Investmentfonds weit gezogen. Gestützt auf dieses Erkenntnis, dass den Kreis der Vergleichbarkeit weit zieht, nämlich einzig davon abhängig macht, ob das Vermögen nach dem Grundsatz der Risikostreuung veranlagt ist, können auch thesaurierende Investmentfonds, als mit inländischen Investmentfonds vergleichbar angesehen werden.

Der Unabhängige Finanzsenat vertritt daher die Ansicht, dass sämtliche ausschüttungsgleichen Erträge der Bw. aus ausländischen Investmentfonds - unabhängig davon ob es sich dabei um den schwarzen S Fund oder den den weißen W Fund handelt - sowohl vor als auch nach der Novellierung des InvFG 1993 im Jahr 1998 aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit inländischen Kapitalerträgen unter den Befreiungstatbestand des § 13 Abs. 2 Z 2 KStG zu subsumieren sind. Hinsichtlich der Erträge aus dem weißen ausländischen Investmentfonds W Fund teilt das FA offenbar diese Rechtsansicht.

Im Hinblick auf die gegenständliche Beurteilung des Sachverhaltes war auf die von der Bw. vorgebrachten gemeinschaftsrechtlichen Bedenken bzw. das Alternativvorbringen die im Selbstnachweis dargestellten ausschüttungsgleichen Erträge bei der Berechnung der Einkünfte aus Kapitalvermögen anzusetzen nicht weiter einzugehen.

Wien, am 6. Juni 2012