

Die neuen RL / Privatisierung / PPP / E-Procurement

Auftragsvergabe

Zinsen-Überzahlung

Beginn der Verjährung

Live-Cam

Links, Informationsdienste und -pflichten

Dauerschuldverhältnisse

Nachhaftung ausgeschiedener Personengesellschafter

Fusionskontroll-VO

Stille Revolution oder Business as usual?

Harmonisierung

Verschiedener Pensionssysteme

EWR-widrig

Besteuerung „schwarzer“ Auslandsfonds

Besteuerung „schwarzer“ Auslandsfonds verstößt gegen das EWR-Abkommen

Ein bahnbrechendes Erk des VwGH
14/0081 stellt auf einen Schlag

wesentliche Aspekte der österreichischen Besteuerung von Erträgen aus ausländischen Investmentfonds in Frage und nährt damit die im Schrifttum schon lange gehegten Bedenken gegen die unterschiedliche steuerliche Behandlung von in- und ausländischen Investmentfonds.

GEORG KOFLER

1. Der Rechtsstreit im vorliegenden Erk¹⁾ betraf das Jahr 1994, also den Zeitraum nach dem Beitritt Österreichs zum EWR per 1. 1. 1994 und vor dem Beitritt zur EU per 1. 1. 1995. Zum Verhältnis zwischen dem für das Jahr 1994 geltende EWR-Abkommen und den Bestimmungen des InvFG führte der VwGH zunächst aus, dass das EWR-Abkommen als multilateraler völkerrechtlicher Vertrag traditioneller Art zu verstehen sei (vgl ErlRV 741 BlgNR 18. GP; VwGH 24. 11. 1994, 94/16/0182, VwSlg 6943 F/1994) und wegen Art 9 B-VG innerstaatliche Rechtsnormen so ausgelegt werden müssen, dass sie zu den zwischenstaatlichen Verpflichtungen Österreichs nicht in Widerspruch geraten. Sodann führte der VwGH den Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“ ins Treffen, der nach der Rsp des VfGH dann zutrifft, wenn die ältere und die jüngere Regelung denselben Gegenstand betreffen und denselben Geltungsbereich haben (s VfGH 3. 10. 1989, G 88/89, VfSlg 12.184/1989; VfGH 9. 6. 1998, G 416/97 ua, VfSlg 15.164/1998). Diese Voraussetzung ist nach dem VwGH schon deshalb erfüllt, weil das EWR-Abkommen in dem von ihm geregelten Teilbereich unzweifelhaft auf möglichste Vollständigkeit der behandelten Rechtsgebiete angelegte Regeln enthalte und daher die Freiheit des Kapitalverkehrs mit einer einheitlichen Regelung abschließend bestimmt werden sollte (s bereits VwGH 24. 11. 1994, 94/16/0182, VwSlg 6943 F/1994). Da das EWR-Abkommen (BGBl 1993/910) am 29. 12. 1993 kundgemacht wurde, das StRefG 1993 (BGBl 1993/818) hingegen früher, nämlich am 30. 11. 1993, sei durch die spätere völkerrechtliche Norm des Art 40 EWR-Abkommen die früher kundgemachte Norm des § 42 InvFG infolge materieller Derogation insoweit „aufgehoben“ worden, als sie im Widerspruch zum EWR-Abkommen stand (ebenso zB OGH 4. 10. 1994, 4 Ob 88/94, SZ 67/160); auf das zeitgleiche In-Kraft-Treten der jeweiligen Bestimmungen (1. 1. 1994 gem Art VI Z 4 BGBl 1993/818 iVm § 49 Abs 1 InvFG bzw Art 22 Abs 3 BGBl 1993/910) kommt es nach dem VwGH hingegen offenbar nicht an.

2. Relativ knapp konnte der VwGH auch feststellen, dass § 42 InvFG an der in Art 40 EWR-Abkommen garantierten Kapitalverkehrsfreiheit gemessen

werden kann: Der die Freiheit des Kapitalverkehrs garantierende Art 40 EWR-Abkommen verweist auf Anhang XII des Abkommens, der seinerseits auf die KapitalverkehrsRL (88/361/EWG) weiterverweist. Der Wortlaut des Art 40 EWR-Abkommens ähnelt dabei jenem des früheren Art 67 Abs 1 EGV. Der EU-Vertrag hat nachfolgend neue Vorschriften betreffend den Kapitalverkehr in den EG-Vertrag eingefügt, darunter auch Art 73b, der im Wesentlichen Art 1 der RL 88/361/EWG entspricht (s zB *Wimpissinger*, SWI 2000, 313). Durch den Vertrag von Amsterdam wurde Art 73b schließlich in Art 56 EG übergeführt. Allerdings geben weder Art 56 EG, Art 40 EWR-Abkommen noch die RL eine Definition des freien Kapitalverkehrs; sowohl der Gerichtshof der EFTA als auch der EuGH gehen aber davon aus, dass die in Anhang I der RL enthaltene Nomenklatur den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit indiziert (s zB EuGH 16. 3. 1999, C-222/97, Slg 1999, I-1661, *Trummer und Mayer* – Tz 21; EuGH 11. 1. 2001, C-464/98, Slg 2001, I- 0173, *Stefan* – Tz 5; weiters EFTA-Gerichtshof 14. 7. 2000, E-1/00, *Íslandsbanki* – Tz 14 ff). Ausdrücklich verweist der VwGH im vorliegenden Erk auch darauf, dass diese Nomenklatur Geschäfte mit Anteilsscheinen an ausländischen Investmentfonds erfasst, wodurch § 42 Abs 2 Z 5 InvFG eindeutig in den Prüfbereich der Kapitalverkehrsfreiheit einbezogen wird. Unzweifelhaft muss sich daher auch nach heutiger Rechtslage die Besteuerung von Auslandsfonds an der Kapitalverkehrsfreiheit der Art 56 ff EG messen lassen (s dazu allg VwGH 27. 8. 2002, 99/14/0164, ÖStZB 2002/660).

3. Unbefriedigend sind freilich die äußerst kurzen Ausführungen des VwGH zum Verstoß des § 42 InvFG idF StRefG 1993 gegen die Kapitalverkehrsfreiheit iSd Art 40 EWR-Abkommen: Abgesehen von dem Hinweis auf das *Verkooijen*-Urteil (EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, *B. G. M. Verkooijen*), beschränkt sich die Begründung des VwGH darauf, dass „die Bestimmung des § 42 InvFG in der hier maßgeblichen Fassung“ unzweifelhaft „gegen die in Art 40 conv cit und der RL 88/361/EWG fest-

DDr. Georg Kofler ist Univ.-Ass. an der Universität Linz.

1) Siehe Seite 316 in diesem Heft.

gelegte Freiheit des Kapitalverkehrs“ verstößt. Nach dem im Erk dargelegten Sachverhalt liegt dieser Verstoß in der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung der Veräußerung in- und ausländischer InvF-Anteile, und zwar insb im Hinblick auf die Fiktion einer pauschalierten Ausschüttung durch § 42 Abs 2 Z 5 InvFG bei der Veräußerung eines Anteils (s a *Kirchmayr*, GeS 2004, 109). Erstaunlich ist allerdings, dass der VwGH die einschlägige Bestimmung des § 40 Abs 3 InvFG, die die Veräußerung von Anteilen an inländischen InvF regelt, nicht einmal erwähnt. Da es sich im vorliegenden Fall um eine als Luxemburger Kapitalanlagefonds ausgestaltete Aktiengesellschaft gehandelt hat, wäre es daher auch denkbar, als Vergleichsmaßstab die allgemeine steuerliche Behandlung der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften heranzuziehen. Ob der VwGH aber dieses Vergleichsmaßstab vor Augen gehabt hat, muss insofern bezweifelt werden, als sich der GH in seiner Argumentation ausdrücklich auf die von der RL 88/361/EWG erfassten Geschäfte mit Anteilscheinen an ausländischen Investmentfonds bezogen hat.

4. Lässt man die damalige, durch das StRefG 1993, BGBl 1993/818, geschaffene diesbezügliche Rechtslage nochmals Revue passieren, ergibt sich folgendes Bild:

- Veräußerte ein Anteilinhaber einen im Privatvermögen gehaltenen Anteil an einem inländischen InvF, so war – und ist – gem § 40 Abs 3 InvFG für eine allfällige Besteuerung der Anteilinhaber gem § 30 EStG der Zeitpunkt des Erwerbes und der Veräußerung der Anteilscheine maßgebend (s *Doralt*, EStG⁴, § 93 Tz 84). Obwohl diese Bestimmung nur eine Aussage hinsichtlich der Spekulationsfrist trifft, ist nach hA auch hinsichtlich des Spekulationsgewinnes auf das Investmentzertifikat und nicht auf die im Fonds enthaltenen Wertpapiere abzustellen. Es wird somit durch § 40 Abs 3 InvFG bei Anteilen an Investmentfonds der Spekulationstatbestand gänzlich auf die Ebene des Anteilinhabers verlegt (s zB BMF, ÖStZ-BMF 1998/31 = SWK 1998, S 563; *Macher*, ÖStZ 1999, 107; *Biegler*, SWK 1994, A 403). Da im Jahr 1994 thesaurierende inländische Fonds nicht vorgesehen waren – diese wurden erst durch die Novelle 1998 durch die Beseitigung der Ausschüttungspflicht in § 13 InvFG geschaffen (s ErlRV 917 BlgNR 20. GP; *Kirchmayr*, RdW 1998, 433) –, war freilich auch die heute in § 40 Abs 3 InvFG enthaltene Korrekturvorschrift hinsichtlich nicht besteuerteter Ausschüttungen aus Substanzgewinnen bzw als ausschüttungsgleiche Erträge vorbesteuerte Erträge im Zusammenhang mit Spekulationsgewinnen noch nicht im Gesetz enthalten. War daher die Spekulationsfrist abgelaufen, konnte im Jahr 1994 ein Anteil an einem inländischen Investmentfonds gänzlich steuerfrei veräußert werden. Dieses Ergebnis stimmt damit – bezogen auf § 30 EStG – mit der Veräußerung einer „normalen“ Aktie überein.
- Bei der Veräußerung eines Anteils an einem „schwarzen“ Auslandsfonds, also an einem aus-

ländischen Fonds, dessen ausschüttungsgleiche Erträge der österreichischen Finanzverwaltung nicht durch einen inländischen Vertreter nachgewiesen wurden, war hingegen § 40 Abs 2 Z 5 InvFG einschlägig (s a ErlRV 917 BlgNR 20. GP): Nach dieser Bestimmung war bei der Veräußerung eines Anteilsrechtes als ausschüttungsgleicher Ertrag der Unterschiedsbetrag zwischen dem bei Veräußerung festgesetzten Rücknahmepreis und dem letzten im abgeschlossenen Geschäftsjahr festgesetzten Rücknahmepreis, mindestens aber 0,8 % des bei der Veräußerung festgesetzten Rücknahmepreises für jeden angefangenen Monat des im Zeitpunkt der Veräußerung laufenden Geschäftsjahres, anzusetzen. Bei „schwarzen“ Auslandsfonds stellte sich damit ab 1. 1. 1994 die Problematik von Spekulationseinkünften bei der Veräußerung des Anteilscheines somit nicht mehr, da § 40 Abs 2 Z 5 InvFG sämtliche Wertänderungen seit Ende des letzten Geschäftsjahres (Kalenderjahres) erfasste und somit letztlich kein Spielraum für Spekulationsgewinne mehr blieb (s zB *Biegler*, SWK 1994, A 401 ff). Es war auch ausgeschlossen, aus diesem pauschalierten ausschüttungsgleichen Ertrag etwaige Substanzgewinne des Fonds zu exkludieren (§ 40 Abs 2 Z 3 InvFG). Es ist schließlich noch darauf hinzuweisen, dass diese steuerliche Behandlung auch im heute geltenden Recht vorgesehen ist (s § 42 Abs 2 InvFG).

5. Während also nach den im Erk anwendbaren §§ 40, 42 idF StRefG 1993, BGBl 1993/818, ein inländischer Fondsanteil nach Ablauf der Spekulationsfrist gem § 40 Abs 3 InvFG steuerfrei veräußert werden konnte, fingierte § 40 Abs 2 Z 5 InvFG bei der Veräußerung eines Anteils an einem „schwarzen“ Auslandsfonds eine pauschale Ausschüttung ohne einen abweichenden Nachweis durch den StPfl zuzulassen. Diese unterschiedliche Behandlung hält freilich dem umfassenden Beschränkungsverbot der Kapitalverkehrsfreiheit nicht Stand, da durch diese nachteilige Besteuerung für österreichische Investoren die Veranlagung in ausländischen InvF weniger attraktiv wurde (s zB allg EuGH 6. 6. 2000, C-35/98, Slg 2000, I-4071, *B. G. M. Verkooijen* – Tz 35; ausf dazu *Sedlaczek* in *Lechner/Staringer/Tumpel* [Hrsg], Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht [2000] 27 ff; *Pülzl*, ÖStZ 2002/359); für den VwGH war dieser Verstoß derart offensichtlich, dass er sich – im Ergebnis wohl zu Recht – nicht einmal mit einer möglichen Rechtfertigung dieser unterschiedlichen Besteuerung auseinandergesetzt hat. Die klare Aussage des VwGH zur alten Rechtslage lässt auch Schlüsse für die heutige, wesentlich modifizierte Besteuerung ausländischer Fonds zu. Obwohl mittlerweile – insb durch das BudgetbegleitG 2003 und die Einführung der 25 %igen Sondersteuer nach § 37 Abs 8 EStG – zahlreiche Ungleichbehandlungen zwischen in- und ausländischen Fonds aus dem Gesetz entfernt wurden (s zB *Aigner, D. / Aigner, H.-J. / Kofler*, eolex 2003, 480), verstärken sich auf Grundlage dieses Erk in mehreren Punkten die Bedenken gegen das geltende Steuerregime des § 42 InvFG:

- Pauschalierung ausschüttungsgleicher Erträge nach § 42 Abs 2 InvFG. Diese Bestimmung fingiert pauschale ausschüttungsgleiche Erträge, sofern die ausschüttungsgleichen Erträge nicht von einem qualifizierten steuerlichen Vertreter nachgewiesen werden. Diese Pauschalierung kommt nicht nur bei laufendem Investment, sondern auch – wie im vorliegenden Fall – im Veräußerungsfall zur Anwendung, und zwar selbst dann, wenn die tatsächlichen ausschüttungsgleichen Erträge zB vom StPfl selbst nachgewiesen werden (s Rz 52 ff InvFR 2003). Dies kann zB auch zur Folge haben, dass später tatsächlich ausgeschüttete Erträge bereits als ausschüttungsgleiche Erträge steuerlich erfasst wurden, ohne dass die Möglichkeit einer Entlastung von dieser Doppelbesteuerung besteht. Weiters existiert im Rahmen der Pauschalbesteuerung auch keine Möglichkeit, Teile der Substanzgewinne des Fonds steuerfrei zu halten (s *Tissot*, RdW 2003/588; *Aigner D./Kofler G.*, *ecolex* 2003/124). Da diese Pauschalbesteuerung nur bei „schwarzen“ Auslandsfonds zur Anwendung kommt, scheint sie europarechtswidrig (s zB *Tissot*, RdW 2003/588; *Widhalm in Lechner/Starlinger/Tumpel* [Hrsg], *Kapitalverkehrsfreiheit und Steuerrecht* [2000] 153 ff; *Sedlaczek*, *Die EG-Rechtsverträglichkeit der unterschiedlichen Besteuerung in- und ausländischer Investmentfonds* [1998] 49 ff und 58 ff).
- Sicherungssteuer nach § 42 Abs 4 InvFG. Eine Sicherungssteuer iHv 25 % von 6 % des Rücknahmepreises (bzw 0,5 % pro Monat vom letzten Rücknahmepreis bei unterjähriger Veräußerung) ist von einer inländischen Depotbank insb einzuhalten, wenn in einem inländischen Wertpapierdepot ausländische Investmentfondsanteile verwahrt werden und die Offenlegung des Anteilsbesitzes gegenüber dem Wohnsitzfinanzamt nicht nachgewiesen wird. Da die Sicherungssteuer nur auf ausländische Investmentfondsanteile, die in inländischen Wertpapierdepots verwahrt werden, anwendbar ist, muss ihre Europarechtskonformität bezweifelt werden (s *Pülzl*, *ÖStZ* 2002/359; *Tissot*, RdW 2003/588).
- Kapitalertragsteuerliche Behandlung nach § 93 Abs 3 Z 5 iVm § 97 EStG. In dem – praktisch freilich kaum relevanten Fall – einer inländischen kuponauszahlenden Stelle eines ausländischen Fonds unterliegen gewisse Kapitalerträge zunächst bei Zufluss an den Fonds einem KESt-Abzug und werden sodann ein weiteres Mal bei Zufluss an die Anleger mit finaler KESt belastet

(§ 93 Abs 3 Z 5 iVm § 97 EStG), ohne dass ausreichende Rückerstattungs- oder Anrechnungsmöglichkeiten bestehen; dies betrifft „inländische“ Dividenden iSd § 93 Abs 2 Z 1 lit a EStG, „ausländische“ Dividenden, die gem § 93 Abs 2 Z 1 lit e EStG über eine inländische auszahlende Stelle bezogen werden, sowie im Inland bezogene in- und ausländische Zinserträge gem § 93 Abs 2 Z 3 und Abs 3 EStG. Da es zu dieser Doppelbelastung nur bei ausländischen Fonds kommen kann, bestehen auch in diesem Punkt europarechtliche Bedenken (s *Aigner, D. / Kofler G.*, RdW 2003/521).

- Anwendungsbereich des § 42 InvFG. Aufgrund des weiten Wortlautes des § 42 Abs 1 InvFG, wonach „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“, als ausländischer InvF gilt, hat die Finanzverwaltung wiederholt die Ansicht vertreten, dass zB risikogestreuete Investitions-Tochtergesellschaften als Auslandsfonds qualifiziert werden können (s zB EAS 984 = SWI 1997, 90; EAS 1485 = SWI 1999, 407 = ÖStZ 1999, 556; ausf dazu *Aigner D. / Kofler G.*, SWI 2002, 528 ff). Demgegenüber leitete *Kirchmayr* (GeS 2004, 109) aus dem vorliegenden Erk ab, dass diese weite Auslegung des § 42 InvFG durch die Finanzverwaltung per se gemeinschaftswidrig und § 42 InvFG nur auf mit inländischen Investmentfonds unmittelbar vergleichbaren Wertpapierfonds anzuwenden sei, wobei der Maßstab der Vergleichbarkeit durch die OGAW Richtlinie (85/611/EWG) vorgegeben sei.

6. Siehe zu diesem Erk auch die ausf Kommentierung von *Kirchmayr*, Pauschalbesteuerung von „schwarzen“ ausländischen Investmentfonds widerspricht Gemeinschaftsrecht, GeS 2004, 109.

SCHLUSSSTRICH

In einem jüngst ergangenen Urteil stellte der VwGH fest, dass die Besteuerung „schwarzer“ Auslandsfonds gegen die im EWR-Abkommen normierte Kapitalverkehrsfreiheit verstößt. Das Urteil verstärkt zusätzlich die ohnehin schon bestehenden Bedenken gegen das derzeitige Steuerregime des § 42 InvFG.