

# ENTWICKLUNGEN IM BEREICH DER BESTEUERUNG VON KAPITALVERMÖGEN (II)



DR. HELMUT MORITZ, LL.M.

StB

DER NACHFOLGENDE BEITRAG STELLT EINE FORTSETZUNG MEINER ZUSAMMENSTELLUNG DER ÄNDERUNGEN BEI DER BESTEUERUNG VON KAPITALVERMÖGEN IM WT 01/2023 DAR. DABEI WIRD DIESMAL VOR ALLEM AUF DIE ANSICHTEN DES BMF UND DIE JÜNGERE RECHTSPRECHUNG EINGEGANGEN. WIEDERRUM WIRD AUF DIE DARSTELLUNG DER ÄNDERUNGEN BEI DER BESTEUERUNG VON KRYPTOWÄHRUNGEN VERZICHTET.

## 1. GESETZLICHE ÄNDERUNGEN

### 1.1. KEST-RÜCKERSTATTUNG FÜR BESCHRÄNKT STEUERPFLICHTIGE KÖRPERSCHAFTEN IM DRITTLAND

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH<sup>1</sup> ist nunmehr gem. § 21 Abs. 1 Z 1a KStG die Rückerstattungsmöglichkeit der KEST für Portfoliodividenden auch für beschränkt steuerpflichtige, in Drittstaaten ansässige Körperschaften auf Antrag möglich, sofern mit dem Ansässigkeitsstaat eine umfassende Amtshilfe besteht. Diese ermöglicht den Abgabebehörden die Bestätigung der vom Steuerpflichtigen im Rahmen des Rückerstattungsverfahrens erhaltenen Informationen durch die ausländische Steuerbehörde.

### 1.2. AUFZEICHNUNGSPFLICHTEN FÜR NICHT ENDBESTEuerte EINKÜNFTE AUS KAPITALVERMÖGEN

Bislang bestand für Einkünfte aus Kapitalvermögen keine allgemeine Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen. Nunmehr sieht § 126 Abs. 3 BAO für nicht endbesteuerte Kapitaleinkünfte, welche ab 2023 zufließen, eine Aufzeichnungspflicht vor. Betroffen sind z.B. Wertpapiere aus Auslandsdepots oder Kryptowährungen, soweit sie nicht der KEST unterliegen.

Die Aufzeichnungen sind so zu führen, dass sie innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle vermitteln können. Die einzelnen Geschäftsvorfälle sollen sich in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen, wobei eine Verwendung von EDV-Datenträgern zulässig ist<sup>2</sup>.

Schweizer und liechtensteinische Banken bieten in der Regel nach österreichischem Recht erstellte Steuerreports an. Diese sollten ausreichen, die geforderten Informationen liefern zu können. Unterlagen aus anderen Ländern können hingegen nicht 1:1 übernommen werden.

## 2. JUDIKATUR

### 2.1. BERÜCKSICHTIGUNG VON WECHSELKURS-ÄNDERUNGEN AUS EINER FREMDWÄHRUNGS-VERBINDLICHKEIT

Im dem Erkenntnis vom 22. Juni 2022<sup>3</sup> zugrundeliegenden Sachverhalt nahm eine Bankholding zur Besicherung des in lokaler Währung geführten Eigenkapitals ausländischer Konzerngesellschaften eine Fremdwährungsverbindlichkeit auf, konvertierte den Darlehensbetrag in EUR und legte diesen zinstragend an. Der Saldo aus den Soll- und Habenzinsen wurde als Betriebsausgabe geltend gemacht, der Verlust aus der Bewertung der Verbindlichkeit wurde neutralisiert. Das Finanzamt verwehrte den Abzug der Zinsen gem. § 12 Abs. 2 KStG aufgrund des angenommenen Zusammenhangs mit den Beteiligungen. Das BFG verneinte hingegen einen Zusammenhang mit den steuerfreien Beteiligungserträgen.

Auch der VwGH ging davon aus, dass die aus betrieblichen Gründen eingegangene Fremdwährungsverbindlichkeit nicht aus Zwecken des Beteiligungserwerbs eingegangen wurde, sondern zur Absicherung der Eigenkapitalpositionen der Tochter-

unternehmen. Daher seien sowohl die erhaltenen als auch die bezahlten Zinsen steuerlich zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die erzielten Kursgewinne und -verluste<sup>4</sup>.

## 2.2. UMQUALIFIZIERUNG EINER KAPITALGESELLSCHAFT IN EINEN ALTERNATIVEN INVESTMENTFONDS („AIF“)

Wird eine Kapitalgesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt zu einem AIF im Sinne des AIFMG (z.B. durch einen Bescheid der FMA), gilt sie gem. § 186 Abs. 7 InvFG ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Körperschaft. Die Einkünfte des AIF unterliegen daher künftig den Regeln der Investmentfondsbesteuerung. In der Vergangenheit angefallene Gewinne fallen jedoch noch nicht unter dieses Besteuerungsregime. Sie gelten im Zeitpunkt der Umqualifikation als ausgeschüttet und unterliegen den Regeln über die Besteuerung von Gewinnausschüttungen (z.B. Anwendung der Befreiung gem. § 10 KStG). Schüttet der AIF diese Gewinne später anteilig oder zur Gänze aus, so kommt dieser Gewinnausschüttung keine weitergehende steuerliche Bedeutung zu<sup>5</sup>.

## 2.3. ABGRENZUNG PRIVATE VERMÖGENSVERWALTUNG ZUR GWERBLICHKEIT

Im Urteil vom 3. Mai 2021<sup>6</sup> hatte der VwGH grundsätzlich zwei Fragen zu beurteilen. Der Steuerpflichtige hatte größere Verluste aus dem Verkauf von Optionen erzielt. Zudem hatte der Steuerpflichtige eine Zahlung für den Verzicht auf die Ausübung eines Optionsrechts auf den Kauf eines Grundstückes erhalten. Zunächst wollte der Steuerpflichtige das Entgelt aus dem Verzicht auf die Optionsausübung mit den Verlusten aus den Spekulationsgeschäften ausgleichen. Im weiteren Verfahren brachte der Steuerpflichtige vor, dass der Handel mit den Optionen als gewerblicher Wertpapierhandel zu qualifizieren sei.

Der VwGH nahm zunächst zur Frage der Gewerblichkeit Stellung. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Tätigkeit, die selbstständig, nachhaltig, mit Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unternommen wird, erst dann gewerblich, wenn sie den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet. Dies ist dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang jenes Ausmaß übersteigt, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht.

Bei der Verwaltung von Wertpapierbesitz gehören die Umschichtungen von Wertpapieren, somit Kauf und Verkauf durch Einschaltung von Banken grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung. Bei Wertpapieren liegt es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Wertpapiere abzustößen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren. Bei der Beurteilung des Gesamtbilds der Verhältnisse sind verschie-

dene Kriterien zu prüfen, wie etwa die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe oder der Umstand, ob die Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden. Nicht unbedeutend ist schließlich der Umstand, ob der den Handel mit Wertpapieren betreibende Steuerpflichtige einen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf, insbesondere jenen des Wertpapiermaklers, ausübt.

Im vorliegenden Fall sah der VwGH weder die Anzahl der Transaktionen noch das mit dem Handel verbundene Risiko als maßgebend für die Beurteilung an. Auch der Fremdfinanzierung kommt keine maßgebende Bedeutung zu. Vielmehr ist von Bedeutung, ob der Steuerpflichtige eine eigene Investmentstrategie verfolgt oder die Risiken und Chancen am Finanzmarkt eigenständig genutzt hat. Der Steuerpflichtige ist zudem nicht für Rechnung Dritter aufgetreten und hat auch kein Büro betrieben. Ein gewerblicher Wertpapierhandel lag daher nicht vor.

Was das Entgelt für den Optionsverzicht betraf (das BFG war davon ausgegangen, dass Einkünfte iSd § 29 EStG vorlagen), führte der VwGH aus, dass der Verzicht auf ein Recht als eine Veräußerung des Rechtes zu beurteilen ist. Anderes gilt nur für den Verzicht auf ein höchstpersönliches Recht, da höchstpersönliche Rechte zivilrechtlich nicht übertragen werden können. Da das BFG über die Frage der Höchstpersönlichkeit keine Feststellungen getroffen hat, wurde das Erkenntnis des BFG aufgehoben.

## 2.4. RÜCKERSTATTUNG DER KAPITALERTRAGSTEUER BEI EINEM GEMEINSCHAFTSDEPOT

Werden Wertpapiere auf einem Gemeinschaftsdepot gehalten, so ist nach Ansicht des VwGH ein gemeinsamer Antrag auf Rückerstattung der österreichischen Kapitalertragsteuer nicht möglich<sup>7</sup>. Anderes könnte nur dann gelten, wenn die Ehegattengemeinschaft im Ansässigkeitsstaat (im vorliegenden Fall die Schweiz) unbeschränkt steuerpflichtig wäre.

Diesbezüglich ist zu beachten, dass auch im umgekehrten Fall (Ansässigkeitsstaat ist Österreich) gemeinsame Anträge für ein Gemeinschaftsdepot in der Regel von den ausländischen Steuererwerbungen abgelehnt werden und daher für jeden Depotinhaber ein gesonderter Antrag zu stellen ist.

## 2.5. ABGRENZUNG ALT- UND NEUBESTAND

Im Urteil vom 20. Oktober 2022<sup>8</sup>, in dem es grundsätzlich um die steuerliche Behandlung eines „Angelds“ ging, traf der VwGH auch interessante Feststellungen zur Abgrenzung von Alt- und Neubestand. Nach Ansicht des VwGH ist der Zeitpunkt des Abschlusses eines Optionsgeschäftes (im zugrundeliegenden Fall behandelte der VwGH das im Zuge der Gewährung einer Kaufoption gewährte Angeld als Stillhalterprämie) maßgebend für die Einstufung als Altbestand oder Neubestand. Da die Option am 28. Oktober 2011 abgeschlossen wurde, stellte sie „Altbestand“ dar und ist als Spekulationsgeschäft zu behandeln. Als „sonstiges Kapitalvermögen“ unterlagen die Einkünfte jedoch gem. den Übergangsbestimmungen des § 124b Z 185 EStG der

immerwährenden Spekulationsfrist, dies allerdings zum Sondersteuersatz.

Der Zufluss der Einkünfte erfolgt jedoch erst nach Abwicklung der Option, wenn somit feststeht, welche Einkünfte im Rahmen des Optionsgeschäfts insgesamt erzielt wurden. Diese Rechtsansicht wurde bislang auch schon in den EStR<sup>9</sup> vertreten.

## 2.6. ÜBERTRAGUNG STILLER RESERVEN BEI PRIVATSTIFTUNGEN

Große Aufruhr hat das Erkenntnis des VwGH zur Übertragbarkeit von stillen Reserven bei Privatstiftungen gem. § 13 Abs. 4 KStG ausgelöst<sup>10</sup>.

Grundsätzlich können die anlässlich der Veräußerung eines mindestens 1%igen Anteils an einer Körperschaft aufgedeckten stillen Reserven von den Anschaffungskosten einer neu angeschafften Beteiligung an einer Körperschaft abgesetzt werden. In diesem „sehr ausgereizten“ Fall versagte der VwGH die Möglichkeit der Übertragung von stillen Reserven jedoch.

Der VwGH hält fest, dass eine Übertragbarkeit von stillen Reserven iSd § 13 Abs. 4 KStG auf eine Ersatzbeteiligung dann gegeben ist, wenn eine Tochtergesellschaft durch die Privatstiftung neu gegründet wird oder eine ordentliche Kapitalerhöhung bei einer Gesellschaft erfolgt und die Privatstiftung durch eine solche einen mindestens 10%igen Anteil an der Körperschaft (zusätzlich) erwirbt. Kann an der Kapitalerhöhung nur teilnehmen, wer für die neuen Anteile ein Agio leistet, steht dieses, den Anschaffungskosten der neu erworbenen Anteile zuzuordnende Agio beim Erwerber der neuen Anteile für eine Übertragung stiller Reserven zur Verfügung.

Im Fall einer Kapitalerhöhung durch die 100%ige Alleingesellschafterin, die nur von ihr gezeichnet werden soll, liegt – so der VwGH – weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch ein Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vor. Im Ergebnis verneint daher der VwGH – im Gegensatz zur bisherigen in den Stiftungsrichtlinien 2009 Rz 117 verankerten Verwaltungspraxis – im vorliegenden Fall eine Übertragbarkeit von stillen Reserven nach § 13 Abs. 4 KStG, weil aufgrund der bereits im Vorfeld bestehenden 100%igen Beteiligung an der Tochtergesellschaft, keine „neuen“ Anteile iSd § 13 Abs. 4 KStG angeschafft wurden. Da das Agio den neu ausgegebenen Anteilen zuzuordnen ist und die Ursache dafür nicht im Ausgleich der Beiträge der verschiedenen Gesellschafter liegt, könne auch keine Übertragung stiller Reserven auf das Agio erfolgen.

## 2.7. NEUES ZUR ANERKENNUNG VON (AUSLÄNDISCHEN) LEBENSVERSICHERUNGEN

Im Erkenntnis vom 19. Oktober 2022<sup>11</sup> hat der VwGH zum wiederholten Mal zur Anerkennung von ausländischen Lebensversicherungen Stellung genommen. Im Wesentlichen geht es dabei um die Frage, ob die Einkünfte des Deckungsstocks entweder der Versicherung oder direkt dem Versicherungsnehmer zuzurechnen sind. Die EStR<sup>12</sup> haben dazu umfangreiche Aussa-

gen getroffen, die nunmehr jedoch laufend durch die Judikatur konkretisiert bzw. teilweise auch geändert werden.

Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine liechtensteinische Kapitalversicherung, die im Todesfall lediglich das angesparte Kapital zurückzahlen würde. Müsste die Versicherung im Erlebensfall eine Rente zahlen, so lag ihr Risiko darin, dass die Versicherungsnehmerin älter als 106 Jahre werden würde.

Die steuerrechtliche Frage – so der VwGH – wem das Einkommen bzw. die Einkünfte oder Einnahmen zuzurechnen sind, ist in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Entscheidend ist, ob das Zurechnungssubjekt über die Einkunftsquelle verfügt, also wirtschaftlich über diese disponieren und so die Art ihrer Nutzung bestimmen kann. Für Zwecke der Einkünftezurechnung ist nicht zwischen In- und Auslandssachverhalten zu unterscheiden.

Einkünfte aus Kapitalvermögen sind demjenigen zuzurechnen, dem die Befugnis oder auch nur die faktische Möglichkeit zur entgeltlichen Nutzung der fraglichen Wirtschaftsgüter zukommt. Die Zurechnung von passiven Einkünften (also insbesondere auch solche aus Kapitalvermögen) erfolgt grundsätzlich an denjenigen, der das (wirtschaftliche) Eigentum an den die Einkünfte generierenden Vermögenswerten hat. Einem Versicherungsvertrag wohnt – in Abgrenzung zu versicherungsfremden Leistungen – die Übernahme einer gewissen Risikoabsicherung inne.

Basierend auf diesen Grundsätzen, stellte der VwGH fest, dass in wirtschaftlicher Betrachtungsweise sich die Versicherung als eine Vereinbarung von zwei gesonderten Bereichen darstellt: Einerseits dem Auftrag der Anleger für eine (klassische) Vermögensverwaltung und andererseits einem erst in der Zukunft allenfalls schlagend werdenden Rentengeschäfts. Für die Frage, wem nun die Einkünfte aus der Vermögensverwaltung zuzurechnen seien, ist weder relevant, ob die Versicherungsnehmerin die Depotbank oder den Vermögensverwalter wählen kann, noch ob sie jede einzelne Investmententscheidung beeinflussen kann. Entscheidend für die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums ist vielmehr, wer wirtschaftlich über die Einkunftsquelle disponieren und so die Art ihrer Nutzung bestimmen kann.

Die Versicherungsnehmerin war nach Ablauf eines Jahres berechtigt, den Vertrag zu kündigen; sie war dazu berechtigt, laufend Teilbeträge zu entnehmen. Sie konnte die Veranlagungsstrategie wählen und ändern oder den Investmentfonds, in welchen investiert werden sollte, bestimmen und diesen ändern. Im Hinblick darauf, dass die Chance der Wertsteigerung der Wertpapiere genauso wie das Risiko einer Wertminderung ausschließlich bei der Versicherungsnehmerin gelegen war und ihr – im Hinblick auf die geringe vertragliche Bindung – die Verfügungsmacht über die Wertpapiere zukommt, sind auch die Einkünfte aus den Wertpapieren der Versicherungsnehmerin zuzurechnen und müssen von ihr versteuert werden.

## 3. VERWALTUNGSANSICHTEN

### 3.1. UMTAUSCH VON AKTIENZERTIFIKATEN (ADRS)

Unter Aktienzertifikaten („Depositary Receipts“) sind Schuldverschreibungen zu verstehen, die einerseits einen Herausgabeanspruch auf die zugrunde gelegten Aktien verbrieften und andererseits dem Inhaber schuldrechtlich die mit der Aktionärsstellung verbundenen Rechte verbrieften. Anwendungsbereich sind z.B. auf US-Börsen („American Depositary Receipts), aber auch auf russischen Börsen gehandelte Aktien.

Grundsätzlich vertrat das BMF die Ansicht, dass diese Zertifikate den zugrundeliegenden Aktien gleichzustellen sind. Dies betraf insbesondere die Anrechnung einer allenfalls einbehaltenen Quellensteuer. Das BMF geht weiters davon aus, dass der Umtausch von Aktienzertifikaten (in die zugrundeliegende Aktie) einen kapitalertragsteuerpflichtigen Tausch auslöst. Eine Anwendung der Kapitalmaßnahmen-VO käme nicht in Betracht. Der Steuerpflichtige könne den Vorgang jedoch im Rahmen der Veranlagung korrigieren<sup>13</sup>.

### 3.2. DIFFERENZKONTRAKTE („CONTRACT FOR DIFFERENCE“, „CFD“)

Im Rahmen der Wartung der Einkommensteuerrichtlinien hat das BMF auch zu Differenzkontrakten Stellung genommen<sup>14</sup>. Ein Differenzkontrakt ist ein derivatives Finanzinstrument, das in der Regel unverbrieft ist. Im Zuge dieses Geschäftes verpflichten sich zwei Parteien zur Zahlung eines Barausgleichs, der sich aus der Differenz von Kauf- und Verkaufspreis des zugrundeliegenden Basiswerts ergibt. Basiswerte können z.B.: Aktien, Anleihen, Devisen, Rohstoffe oder Indices sein. Sehr oft wird dieses Instrument zur Währungsabsicherung verwendet. Die EStR gehen nun davon aus, dass es sich bei den Einkünften aus den Differenzkontrakten um Einkünfte aus unverbrieften Derivaten gem. § 27 Abs. 4 EStG handelt. Diese unterliegen – wenn tatsächlich unverbrieft – gem. § 27a Abs. 2 Z 7 EStG dem progressiven Steuersatz. Verluste könne nur mit vergleichbaren Einkünften ausgeglichen werden. Dem besonderen Steuersatz unterliegen sie nur, wenn eine in § 95 Abs. 2 Z 4 EStG genannte

Stelle eine der Kapitalertragsteuer entsprechende Steuer freiwillig einbehält und abführt.

Nach Ansicht des BMF gilt dies auch für Ausgleichszahlungen (z.B. Ausgleichszahlungen für Dividenden). Diese werden als Teilabwicklung des Derivats angesehen. Muss eine Ausgleichszahlung geleistet werden, führt die Zahlung zu nachträglichen Anschaffungskosten.

Was die Anwendung des progressiven Steuersatzes anbelangt, ist zu jedoch beachten, dass nach dem Erkenntnis des VwGH vom 8. März 2022, Ro 2019/15/0184, bei noch offenen Veranlagungsjahren der besondere Steuersatz für alle bis zum 19. Juli 2022 über eine ausländische auszahlende Stelle zugeflossenen Einkünfte aus unverbrieften Derivaten unabhängig von einem vorgenommenen Kapitalertragsteuerabzug zusteht. Dies gilt nach EStR 6225a auch dann, wenn sich die auszahlende Stelle in einem Drittstaat befindet, sofern mit diesem eine umfassende Amtshilfe besteht. Ab 20. Juli 2022 (und nicht ab dem 1. März 2022, wie in meinem letzten Beitrag dargestellt) steht der besondere Steuersatz nur noch dann zu, wenn die ausländische Stelle eine der Kapitalertragsteuer vergleichbare Steuer einbehalten und abgeführt hat. ■

1 VwGH 11.9.2020, Ra 2020/13/0006.

2 Vgl. dazu *Cserny/Franke*, SWK 2022, 1059.

3 VwGH 22.6.2022, Ra 2021/13/0149.

4 VwGH 22.06.2022, Ra 2021/13/0149; dazu *Zorn*, RdW 2022, 717.

5 VwGH 29.6.2022, Ro 2021/15/003; dazu *Thunshirn*, BFGjournal 2021, 315; *Vondrak*, *ecolex* 2023, 20; *Zorn*, RdW 2022, S. 79.

6 VwGH 3.5.2021, Ra 2019/13/0124-5.

7 VwGH 28.6.2022, Ra 2020/13/0053; dazu *Lang*, SWI 2022, 494

8 VwGH 20.10.2022, Ra 2022/13/0017; *Zorn*, RdW 2022, S. 60.

9 EStR Rz 6176.

10 VwGH 17.11. 2022, Ra 2021/15/0053-9.

11 VwGH 19.10. 2022, Ro 2021/15/0013-3.

12 EStR Rz 6211ff.

13 BMF von 10.1.2022 und 30.11.2022; siehe dazu auch *Franke/Rümmele*, SWK 2023, S. 90.

14 Rz 6218dff EStR.