

# TRUSTS UND ÄHNLICHE AUSLÄNDISCHE RECHTSGEBILDE IM INTERNATIONALEN STEUERRECHT



PROF. DR. STEFAN BENDLINGER

StB, ICON Wirtschaftstreuhand GmbH  
Stv. Landespräsident der VWT Oberösterreich

STIFTUNGEN, TRUSTS, ANSTALTEN UND ANDERE AUSLÄNDISCHE RECHTSGEBILDE HABEN ALS INSTRUMENT DER VERMÖGENSBILDUNG AUF UNTERNEHMER UND VERMÖGENDE PRIVATPERSONEN EINE BESONDERE ANZIEHUNGSKRAFT. AUCH STEUERLICHE ÜBERLEGUNG UND DIE BEFÜRCHTUNG DER WIEDEREINFÜHRUNG VON SUBSTANZ-, ERBSCHAFTS- UND SCHENKUNGSSTEUERN IN ÖSTERREICH VERANLASSEN MANCHEN STEUERBÜRGER INS AUSLAND „STIFTEN ZU GEHEN“. DABEI LOCKEN VOR ALLEM STAATEN DES ANGLOAMERIKANISCHEN RECHTSKREISES MIT IN ÖSTERREICH UNBEKANNTEN RECHTSFORMEN, WIE ZUM BEISPIEL JENER DES „TRUST“ ANGLOAMERIKANISCHER PRÄGUNG. DER FOLGENDE BEITRAG BESCHÄFTIGT SICH MIT DEN ERTRAGSTEUERLICHEN UND ABKOMMENSRECHTLICHEN FOLGEN, DIE SICH FÜR ÖSTERREICHISCHE INVESTOREN ERGEBEN, WENN SIE SICH SOLCHER – IN ZENTRALEUROPA UNBEKANNTER – RECHTSGEBILDE BEDIENEN.

## 1. DIE GESCHICHTE DES TRUST

Das dem österreichischen Recht fremde Rechtsgebilde des Trust ist eine Schöpfung der dem „Common Law“ angehörig Staaten, die ihren Ausgangspunkt im Großbritannien des Mittelalters gefunden hat. Erste Anwendungsfälle sogenannter „Uses“ finden sich im 13. Jahrhundert zwecks Versorgung von Franziskanermönchen, denen absolute Armut abverlangt wurde. Durch die Übertragung von Ländereien reicher Gläubiger an andere Personen unter der Auflage, diese zu Gunsten der Mönche zu verwalten und zu bewirtschaften, konnten diese ihr Armutsgelübde aufrechterhalten.

Auch um lehensrechtliche Verpflichtungen in Form von Abgaben bei der Übertragung des Lehens an Familienmitglieder zu verhindern, wurden Ländereien an volljährige Begünstigte übertragen, die den Landbesitz im Interesse der Familienmitglieder hielten. Deshalb kann der Einsatz solcher „Uses“ als eine frühe Form der Steuerumgehung gesehen werden.<sup>1</sup>

Auch die Kreuzzüge des 12. und 13. Jahrhunderts werden als die Geburtsstunde des Trusts genannt. Feudale Grundeigentümer, die daran teilnahmen, übertrugen als „Settlor“ ihr Eigentum an einen „Trustee“, mit der Auflage, nach Rückkehr des Kreuzritters die Vermögenswerte wieder an ihn oder eine von diesem nominierte andere Person („Beneficiary“) zurück zu übertragen. Als „Trustee“ agierten idR Vertrauenspersonen der Feudalherren, überwacht durch einen „Protector“.

Durch die Kolonialisierung wurde der Trust gemeinsam mit dem Rechtssystem des Common Law in die *Territorien des British Commonwealth* exportiert.

Deshalb findet sich heute die Rechtsform des Trust in vielen, meist als Steuerparadiese ausgeflaggten überseeischen Gebieten Großbritanniens.<sup>2</sup> Weltweit gibt es inzwischen eine unüberschaubare Zahl an Ausprägungsformen von Trusts mit weitreichenden vertraglichen Gestaltungsfreiheiten.

Für den Trust moderner Prägung, der dem angloamerikanischen Rechtskreis entstammt, gibt es im kontinentaleuropäischen Zivilrecht kein Äquivalent.

In dem *Haager Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und über ihre Anerkennung*,<sup>3</sup> dem Staaten beigetreten sind, die dieses Rechtsinstitut kennen, finden sich kollisionsrechtliche Bestimmungen über die jeweils auf Trusts anwendbare Rechtsordnung.<sup>4</sup>

Das Übereinkommen gilt nur im Verhältnis zwischen seinen Mitgliedstaaten. Das sind derzeit *Australien, China, Frankreich, Hongkong, Italien, Kanada, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Monaco, die Niederlande, Panama, San Marino, die Schweiz, Großbritannien, USA und Zypern*. Das Übereinkommen sieht vor, dass auf einen Trust jenes Recht anwendbar ist, das vom „*Settlor*“ (auch als „*Tustor*“, „*Grantor*“, „*Donor*“ oder „*Creator*“ bezeichnet), ausdrücklich gewählt worden ist oder das sich aus der Errichtungsurkunde („*Deed of Trust*“) ergibt. Im Zweifel gilt das Recht jenes Staates, zu dem der Trust die engsten Verbindungen aufweist.

Aus österreichischer Sicht handelt es sich bei einem Trust zivilrechtlich um eine besondere Form der Treuhandschaft, bei der Vermögen an einen Treuhänder zugunsten des Begünstigten übertragen wird. Während der Treuhänder formal Eigentumsrechte an dem gewidmeten Vermögen innehat, werden auch dem Begünstigten bestimmte – den Treuhänder beschränkende – Eigentumsrechte zuerkannt. Trusts werden für verschiedene Zwecke zum Einsatz gebracht, dienen jedoch primär der Vermögensnachfolge und –sicherung,<sup>5</sup> bzw. der Abschirmung von Vermögenswerten und Einkommen von der Besteuerung im Ansässigkeitsstaat des „*Settlers*“ und/oder der „*Beneficiaries*“.

## 2. AUSLÄNDISCHE TRUSTS IM ÖSTERREICHISCHEN ERTRAGSTEUERRECHT

### 2.1. PRÜFREIHEIT ZUR BEURTEILUNG AUSLÄNDISCHER RECHTSGEBILDE

Haben ausländische Rechtsgebilde eine Inlandsanknüpfung, weil z.B. der „*Settlor*“ oder die „*Beneficiaries*“ in Österreich ansässig sind, oder der Trust inländische (beschränkt steuerpflichtige) Einkünfte erwirtschaftet, ist nach der zur ertragsteuerlichen Behandlung ausländischer Investmentfonds ergangenen Rechtsprechung des VwGH<sup>6</sup> bei der steuerlichen Würdigung ausländischer Rechtsgebilde in *drei Schritten* vorzugehen:

a) In einem *ersten Schritt* ist anhand eines *zweistufigen „Typenvergleichs“* zu untersuchen, ob das ausländische Rechtsgebilde nach seinem (ausländischem) *rechtlichem Aufbau* und seiner *wirtschaftlichen Stellung* in seinen wesentlichen Strukturmerkmalen einer österreichischen Körperschaft entspricht. In der *ersten Stufe* ist die gesellschaftsrechtliche Struktur des konkreten ausländischen Rechtsgebildes zu prüfen. In der *zweiten Stufe* ist ein Vergleich dieses Rechtsgebildes in seiner

konkreten Ausgestaltung mit dem Typus jener inländischen Körperschaft vorzunehmen, die dem Gebilde am ehesten ähnlich ist.

- b) Ist das ausländische Rechtsgebilde nach dem Typenvergleich als Körperschaft zu qualifizieren, ist im zweiten Schritt die Frage der *Einkünftezurechnung* zu prüfen. Ist der Trust nicht mit einer Körperschaft vergleichbar und sind die Einkünfte nicht den dahinterstehenden Personen zuzurechnen, wäre auch eine Einstufung als Zweckvermögen iSd § 3 KStG denkbar. Demnach sind „...*nichtrechtsfähige Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen...*“ körperschaftsteuerpflichtig, wenn ihr Einkommen weder nach KStG noch nach EStG unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen zu versteuern sind.
- c) Im *dritten Schritt* ist die mögliche Anwendbarkeit der §§ 186 bis 188 InvFG 2011 zu prüfen, die bewirken können, dass die von dem dann als steuerlich transparent zu qualifizierenden Rechtsgebilde erzielten Einkünfte den dahinter stehenden Personen, also den Anteilsinhabern steuerlich zuzurechnen wären.

Ergibt sich nach dieser Prüfung die Steuersubjekteigenschaft des ausländischer Rechtsgebildes und ist auch die Einkünftezurechnung unstrittig, könnte dieses gemäß § 1 Abs. 2 KStG wegen eines inländischen *Ortes der Geschäftsleitung* im Sinne eines *Mittelpunktes der geschäftlichen Oberleitung* (§ 27 Abs. 2 BAO) in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig sein.<sup>7</sup> Ob ein solcher vorliegt, ist anhand der tatsächlichen Gestaltung der wirtschaftlichen Umstände des konkreten Einzelfalles nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in organisatorischer Hinsicht zu entscheiden, wobei der Ort der kaufmännischen Oberleitung jenem der technischen Oberleitung vorgeht.<sup>8</sup>

### 2.2. DER TYPENVERGLEICH

Voraussetzung für die Sicherstellung der steuerlichen (Primär-) abschirmwirkung eines ausländischen Rechtsgebildes ist, dass dieses dem Typus einer juristischen Person österreichischen Rechts entspricht. Die Einordnung ausländischer Rechtsformen in das System des österreichischen Ertragsteuerrechts ist anhand des, auf der mehr als 90 Jahre alten „*Venezuela-Entscheidung*“ des RFH<sup>9</sup> beruhenden Typenvergleichs zu prüfen. Das ausländische Rechtsgebilde muss dem inländischen Rechtsformtypus seiner Struktur nach zwar nicht genau entsprechen, das eine oder andere Merkmal kann fehlen oder in seiner Bedeutung eingeschränkt sein, es müssen aber seine Merkmale in Gesamtheit unter Betrachtung der wirtschaftlichen Stellung und des rechtlichen Aufbaus einer inländischen Körperschaft vergleichbar sein.<sup>10</sup> Die steuerliche Behandlung im Ausland ist für den Typenvergleich irrelevant.

Die Einordnung eines Trust unter die Gruppe der juristischen Personen des privaten Rechts iSd § 1 Abs. 2 Z 1 KStG bzw. § 1 Abs. 3 Z 1 KStG scheidet idR *am Fehlen einer verbandsrechtlichen Grundlage*. Ein Trust wird deshalb idR gemäß § 1 Abs. 2 Z 3

KStG (unbeschränkte Steuerpflicht) bzw. § 1 Abs. 3 Z 1 lit b KStG (beschränkte Steuerpflicht) als „anderes nicht rechtsfähiges Zweckvermögen“ qualifiziert. Der Begriff „Zweckvermögen“ ist im KStG nicht definiert, umfasst nach herrschender Meinung jedoch Vermögen, das einem bestimmten Zweck dient, im Unterschied zu Personenvereinigungen jedoch *nicht durch Mitglieder verwaltet* wird und im Unterschied zu Stiftungen *nicht durch Zuwendungen des Stifters aufgebracht* wird. Ein Trust ist meist eine gesonderte Vermögensmasse, die durch Vermögensübertragung auf den Trust geschaffen wird. Das übertragene Vermögen ist Bestandteil des Vermögens des „Trustee“, der es jedoch von seinem eigenen Vermögen gesondert verwalten muss. Eine eigennützige Verwendung wird durch die Zweckwidmung unterbunden. Die fehlende Rechtspersönlichkeit des Trust, die beim Typenvergleich mit juristischen Personen des privaten Rechts ein Hindernis darstellt, ist gerade das Tatbestandsmerkmal § 1 Abs. 2 Z 3 KStG bzw. § 1 Abs. 3 Z 1 lit b KStG, was eine Subsumption von Trusts unter diese Tatbestände ermöglicht.<sup>11</sup>

In einem Erkenntnis zur Beurteilung eines „US Discretionary Trust“ geht der VwGH<sup>12</sup> jedenfalls vom Bestand eines stiftungsähnlichen Zweckvermögen aus, ebenso wie im Fall eines nach dem Recht des Staates Delaware gegründeten US-Trust.<sup>13</sup> Auch das BMF folgt dieser Rechtsansicht.<sup>14</sup>

Berücksichtigt man die wirtschaftliche Stellung und die Funktion eines Trusts, bietet sich auch ein Vergleich mit einer österreichischen Privatstiftung iSd PSG<sup>15</sup> an.<sup>16</sup> § 1 Abs. 1 PSG definiert die Privatstiftung als einen „...Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muss ihren Sitz im Inland haben.“

Allerdings hat das BMF<sup>17</sup> Zweifel an einer ausreichenden Vergleichbarkeit eines diskretionären Trusts (Ermessenstrust, der den „Trustee“ nach seinem freien oder beschränkten Ermessen befugt, Zuwendungen zu tätigen oder Begünstigte auszuwählen) mit einer österreichischen Privatstiftung geäußert. Unter Verweis auf den Kommentar zum OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung der Nachlässe, Erbschaften und Schenkungen aus 1982 (OECD-MA-Erb) geht das BMF davon aus, dass ein Trust dadurch gekennzeichnet ist, dass eine Person (Treuhänder) zwar rechtlicher Eigentümer von Vermögenswerten ist, aber unter einer rechtlich durchsetzbaren Verpflichtung steht, diese zum Vorteil einer anderen Person oder Personengruppe (dem oder den Begünstigten) zu verwenden, die Nutzungsberechtigte sind.<sup>18</sup> Wenngleich österreichische Privatstiftungen in mancher Hinsicht den Ermessenstrusts ähneln würden, seien sie aber zum Unterschied von Trusts als juristische Personen zu behandeln.<sup>19</sup> Auch aus der Rechtsprechung des VwGH<sup>20</sup> sei keine Bestätigung für eine ausreichende Vergleichbarkeit abzuleiten, der lediglich zu dem Ergebnis gekommen ist, dass sich ein Trust als (stiftungsähnliches) Zweckvermögen erweist, bei denen das

Trustvermögen von den Trustverwaltern auf Rechnung des Trusts zur Erzielung von Einkünften eingesetzt wird.

Ein Vergleich eines nach ausländischem Recht errichteten Trusts mit den auf Grundlage des BStFG<sup>21</sup> errichteten Stiftungen und Fonds würde die Vergleichbarkeit des durch den Trust verfolgten Zwecks mit den in § 2 BStFG verankerten Bestimmungen über Gemeinnützigkeit und Mildtätigkeit voraussetzen. Nur in diesem Fall wäre ein Typenvergleich möglich, weil Stiftungen nach dem BStFG verpflichtend einem gemeinnützigen oder mildtätigen Zweck dienen müssen.

### 2.3. DER TRUST ALS INTRANSPARENTES ODER TRANSPARENTES RECHTSGEBILDE

Der deutsche BFH<sup>22</sup> hatte sich 2021 mit der Qualifikation eines nach den gesetzlichen Vorschriften der Kanalinsel Guernsey errichteten Trust auseinanderzusetzen und hat die für die Beurteilung der steuerlichen Transparenz oder Intransparenz in ständiger Rechtsprechung anzuwendenden Grundsätze auch auf angloamerikanische Trusts angewendet. Demnach ist das Vermögen einer intransparenten, wirksam gegründeten und rechtlich selbständigen ausländischen Vermögensmasse grundsätzlich dieser zuzurechnen.

Sind jedoch nach den getroffenen Vereinbarungen und Regelungen dem „Settlor“ umfassende Herrschaftsbefugnisse über das Vermögen des Trusts vorbehalten, sodass dieser gehindert ist, über das ihm übertragene Vermögen dem „Settlor“ gegenüber tatsächlich und frei zu verfügen, ist das Vermögen weiterhin dem „Settlor“ zuzurechnen. Solche Herrschaftsbefugnisse können sich durch den Vorbehalt des „Settlor“ in Bezug auf Entscheidungen über Anlage und Verwendung des Vermögens ergeben, die Möglichkeit, ganz oder teilweise die Rückübertragung des Vermögens zu verlangen oder durch die Weisungsunterworfenheit des Trust und dessen Organe. Hat sich der Errichter der Vermögensmasse derart umfassende Herrschaftsbefugnisse über das Vermögen vorbehalten, dass der Trust über das Vermögen nicht tatsächlich und frei verfügen kann, bleibt das Vermögen ein solches des „Settlor“ und steht einem eigenen Bankguthaben gleich.<sup>23</sup> Der deutsche BFH hat darauf hingewiesen, dass dabei das *maßgebliche ausländische Recht* und der zugrunde liegende Sachverhalt (unter Beachtung der erhöhten Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen) von Amts wegen zu ermitteln sind,<sup>24</sup> wobei die Komplexität ausländischen Rechts das FG nicht von seiner Ermittlungspflicht entbindet.<sup>25</sup>

Die österreichische Verwaltungspraxis neigt bei Trusts angloamerikanischer Prägung unter Heranziehung ähnlicher Kriterien zu einer *Transparenzvermutung*.<sup>26</sup> Auch § 3 KStG anerkennt die Eigenschaft nichtrechtsfähiger Personenvereinigungen, Anstalten, Stiftungen und anderem Zweckvermögen als - steuerliche Abschirmwirkung entfallendes - Körperschaftsteuersubjekt nur dann an, wenn deren Einkommen weder nach den Bestimmungen des KStG noch nach dem EStG „...unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen

zu versteuern sind.“ Die Tabelle unterhalb gibt – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einen Überblick über die verfügbaren EAS-Anfragebeantwortungen des BMF zur Einordnung ausländischer Trusts in das System des österreichischen Ertragsteuerrechts:

In Einzelerledigungen hat das BMF darauf verwiesen, dass zwecks Beurteilung der Frage, ob nach ausländischem Recht errichtete Rechtsgebilde nach dem Typenvergleich einer österreichischen Körperschaft vergleichbar sind, eine sorgfältige gutachterliche Analyse der als maßgeblich einzustufenden und zu vergleichenden Strukturmerkmale (*Typenvergleichsgutachten*) vorzunehmen ist.<sup>27</sup> Dabei wird vom BMF einer *gutachterlichen Untersuchung eines Wirtschaftsprüfers* unter Anschluss der ausländischen Rechtsvorschriften und der Satzungen eine besondere Bedeutung beigemessen.<sup>28</sup>

### 3. DIE ZURECHNUNG VON EINKÜNFTEN

Ist der ausländische Trust als Körperschaftsteuersubjekt zu werten, ist in einem nächsten Schritt nach allgemeinen Grundsätzen des österreichischen Steuerrechts die Frage zu klären, ob Einkünfte tatsächlich dem Trust oder doch einem anderen Steuersubjekt, dem „*Settlor*“ oder dem bzw. den „*Beneficiaries*“ zuzuordnen sind.<sup>29</sup> Diese „allgemeinen Grundsätze“ gehen auf die von *Ruppe*<sup>30</sup> vor 45 Jahren formulierte

„Markteinkommenstheorie“ zurück, wonach das Einkommen jener Person zuzurechnen ist, die über die Leistungserstellung und die Einkunftsquelle *disponieren* kann<sup>31</sup>, welche die Möglichkeit hat, *Marktchancen* zu nutzen, *Leistungen zu variieren*, im Extremfall auch zu *verweigern*, indem Tätigkeiten eingestellt, Kapital zurückgezogen oder Mietverhältnisse gekündigt werden. Nach der Rechtsprechung des VwGH setzt eine Zurechnung von Einkommen eine *Teilnahme am Wirtschaftsgeschehen* in Form eines Güter- und Leistungsaustausches voraus. Außerdem gilt es festzustellen wer tatsächlich Träger der Erwerbstätigkeit ist und wer durch seine Leistungen das Einkommen am Markt erzielt hat. Besonders strenge Kriterien werden angesetzt, wenn es um die Einkünftezurechnung zu Rechtsgebilden in Steueroasen geht. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob diese Gebilde tatsächlich den Zwecken dienen, die vorgegeben werden. Wenn diese nicht in der erklärten Art und Weise am Erwerbsleben teilnehmen oder nicht zwischengeschaltet sinnvolle Funktionen erfüllen, sind die Ergebnisse der entfalteten Tätigkeit nicht der Gesellschaft, sondern den tatsächlichen Trägern der Erwerbstätigkeit zuzuordnen.<sup>32</sup> Bei *Passiveinkünften* in Form von Kapitaleinkünften ist die Einkünftezurechnung eng mit der Frage des wirtschaftlichen Eigentums am Kapitalvermögen verbunden.<sup>33</sup>

EAS	Datum	Steuerfall
63	30.12.1991	US-Trustvermögen
504	22.09.1994	Keine Endbesteuerung für Einkünfte eines US-Trust
769	27.11.1995	Luxemburgischer SICAV mit immobilienbezogenem Teilfonds
1017	10.02.1997	Zuzug nach widerrufbarer Vermögensschenkung
1106	11.07.1997	Übertragung eines inländischen Betriebsvermögens auf einen US-Trust
1492	121.07.1999	Anleihen eines argentinischen Financial Trust
2085	02.07.2002	Erwerbe von einem liechtensteinischen Erblasser im Wege eines ausländischen Trustvermögens
2113	26.08.2002	Britischer "Employee-Trust"
2186	10.12.2002	Auflösung eines US-Discretionary Trust
2378	21.11.2003	Ausschüttungen aus britischem Ermessenstrust
2799	17.01.2007	Einkünfte aus US-Trust
2886	24.09.2007	US – Individual Retirement Account
2930	11.01.2008	Treatment of a Luxembourg SPF
2947	22.02.2008	KESt-Entlastung für britische Investmentfonds
3114	15.01.2010	US-Trust und österreichische Stiftungen
3189	25.11.2010	Rückerstattungsanträge japanischer Investmentfonds
3382	18.07.2017	Einkünfte eines ungarischen Trusts
3396	23.01.2018	Mitwirkung eines Österreicher in Beratungs- und Entscheidungsgremien von Hongkong-Trusts
3428	14.12.2020	Die Stiftungseingangssteuer als Steuer iSd Art. 2 DBA(Erb)-USA
3435	02.02.2022	Die StiftEST als Steuer iSd Art. 2 DBA(Erb)-CH bei Vermögensübergang von Todes wegen
3443	06.02.2023	Zuwendungen einer GmbH-Beteiligung mit französischem Immo-Besitz – StiftEST und DBA-Erb)-FRA

Kann der „Trustee“ tatsächlich und rechtlich frei über das Vermögen des Trust verfügen, können die Einkünfte dem Trust zugerechnet werden („*Non Grantor Trust*“). Hat der „Settlor“ jedoch umfassende Kontrollrechte über das im Trust gebündelte Vermögen, sind die Einkünfte dem „Settlor“ zuzurechnen („*Grantor Trust*“). Nach Ansicht des BMF ist das dann der Fall, wenn bei einem „Grantor Trust“ der „Settlor“ gleichzeitig „Beneficiary“ ist und in der Trustdeklaration ein jederzeitiger, gänzlicher oder teilweiser Widerruf des Trust bzw. eine Änderung seiner Statuten möglich ist. Das selbst dann, wenn der „Beneficiary“ sein Recht nicht ausübt.<sup>34</sup>

Allein daraus, dass der „Settlor“ berechtigt ist den Trust einseitig aufzulösen („*Revocable Trust*“), kann jedoch eine abweichende Einkünftezurechnung nicht abgeleitet werden. Umgekehrt kann aber auch bei Bestand eines unwiderruflichen Trusts („*Irrevocable Trust*“) per se nicht davon ausgegangen werden, dass die Einkünfte dem Trust zuzurechnen sind, wenn sich der „Settlor“ umfassende Kontrollrechte vorbehält. Auch dann, wenn der „Settlor“ Zeitpunkt und Umfang von Zuwendungen an den Trust gemäß Treuhandklärung bestimmen kann („*Fixed Trust*“), wird idR davon ausgegangen, dass die Einkünfte nicht dem Trust, sondern einer anderen Person zuzurechnen sind. Bei einem „*Discretionary Trust*“, der gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass der „Trustee“ berechtigt ist, nach seinem Ermessen über Ausschüttungen bzw. Zuwendungen zu bestimmen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einkünfte aus dem Trust-Vermögen einem in Österreich ansässigen „Settlor“ oder den „Beneficiaries“ zugerechnet werden. Hat der „Beneficiary“ das Recht, selbst über die an ihn fließenden Ausschüttungen aus dem Trust zu bestimmen, sind ihm die Einkünfte aus dem Trust zuzurechnen. Fehlt dem „Beneficiary“ jedoch tatsächlich jede Dispositionsbefugnis in Bezug auf das Trustvermögen als Einkunftsquelle, unterliegen nur mehr die Zuwendungen aus dem Trustvermögen der Besteuerung in Österreich.<sup>35</sup>

In einer Verständigungsvereinbarung gemäß Art. 27 des (alten) österreichischen DBA mit Großbritannien<sup>36</sup> wurde vereinbart, dass britische „*Investment Trust Companies*“ (ITC), „*Open Ended Investment Companies*“ (OEIC) und „*Authorised Unit Trusts*“, die der britischen Körperschaftsbesteuerung unterliegen und deren Ausschüttungen keine gewinnmindernde Wirkung haben, als intransparent behandelt werden.<sup>37</sup>

#### 4. EIN AUSLÄNDISCHER TRUST ALS INVESTMENTFONDS

Führen die ersten beiden Schritte zum Ergebnis, dass ein ausländischer Trust mit einer Körperschaft vergleichbar ist oder der Trust als Zweckvermögen iSd § 3 KStG zu qualifizieren ist und das Einkommen nach den oben dargestellten Grundsätzen auch dem Trust und nicht den dahinter stehenden Personen zuzuordnen ist, kann sich aus dem InvFG<sup>38</sup> steuerliches Ungemach ergeben. Während manche Staaten Investmentfonds wie juristische Personen behandeln, gelten aus österreichischer Sicht Investmentfonds nicht als Körperschaften, sondern stellen ein im Miteigentum sämtlicher Anteilseigner stehendes Zweckvermögen dar, das von dem Investmentfonds *im Namen*

und auf Rechnung der Anteilseigner verwaltet wird. Die §§ 186 bis 188 InvFG ordnen an, dass das vom Investmentfonds erwirtschaftete Einkommen steuerrechtlich immer den Anteilseignern des Fonds zuzurechnen ist.<sup>39</sup> Gemäß § 188 Abs. 1 Z 1 bis 3 InvFG gelten als Investmentfonds:<sup>40</sup>

- In- und ausländische Organismen zur gemeinsamen Veranlagung in Wertpapieren („OGAW“) sowie bestimmte Alternative Investmentfonds iSd § 3 Abs. 2 Z 31 InvFG 2011
- in- und ausländische Alternative Investmentfonds iSd AIFMG (in der Folge „AIF“)
- jeder einem ausländischen Recht unterstehende Organismus, unabhängig von seiner Rechtsform, dessen Vermögen nach dem Gesetz, der Satzung oder tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist und im Ausland keiner bzw. einer niedrigen Besteuerung unterliegt.

Gemäß § 42 Abs. 1 InvFG 1993<sup>41</sup> war die in § 40 InvFG gesetzlich verankerte steuerliche Transparenzvermutung von Investmentfonds auf ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden. Als solcher galt, „...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.“ Darin sah der VwGH einen Verstoß gegen die unionsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit, da im Inland Vermögen nach den Grundsätzen der Risikostreuung auch unter Zwischenschaltung einer – auch als solche steuerlich behandelten – Kapitalgesellschaft angelegt werden konnte. Nach der Rechtsprechung des VwGH<sup>42</sup> stand § 42 InvFG und die inhaltsgleiche Nachfolgebestimmung in § 188 InvFG 2011 in der bis 2013 geltenden Fassung<sup>43</sup> in Konflikt mit der Kapitalverkehrsfreiheit, da eine inländische Körperschaft gegenüber einem gleichartigen ausländischen Rechtsgebilde bevorzugt wurde, weil der inländischen Körperschaft Einkommen zugerechnet werden konnte, während die gleichartige ausländische Einrichtung als steuerlich transparent behandelt wurde. Durch § 188 InvFG wurden inländische Körperschaften gegenüber ausländischen Rechtsgebilden steuerlich bevorzugt, weil ihnen Steuersubjekteigenschaft zuerkannt worden ist, während ein gegebenenfalls mit einer Körperschaft vergleichbarer Trust als transparent zu behandeln war. Für diese Schlechterstellung konnte der VwGH auch keinen Rechtsfertigungsgrund erkennen. Die innerstaatlichen Normen wurden deshalb durch Unionsrecht verdrängt.<sup>44</sup>

Im Zuge der Anpassung des § 188 InvFG im Rahmen des AIFMG<sup>45</sup> mit Wirksamkeit für Geschäftsjahre, die nach dem 21.7.2013 begonnen haben, wurde die Besteuerung ausländischer Investmentfonds unionsrechtskonform neu geregelt. Seither kommt die investmentfondsspezifische *transparente Besteuerungssystematik* gem. § 186 Abs. 1 InvFG 2011 iVm § 188 Abs. 1 InvFG 2011 sowohl bei inländischen als auch bei ausländischen Kapitalanlagefonds (OGAE und AIF) unabhängig von deren Rechtsform zur Anwendung. Österreichische Körperschaften, die materiellrechtlich ein OGAW oder AIF sind, werden demnach seit 2014 gleich behandelt wie ausländische

OGAW oder AIF und die in § 188 Abs. 1 Z 3 InvFG 2011 näher definierten ausländischen Strukturen, die keine OGAW und AIF sind.<sup>46</sup>

Investmentfonds und Immobilienfonds gelten also nicht als Steuersubjekt. Dementsprechend werden deren Erträge – wie bei Miteigentum – *direkt den Anteilhabern zugerechnet*. Eine gesellschafterähnliche Stellung des Investors ist nur dann gegeben, wenn damit aus steuerlicher Sicht eine *Beteiligung am „Eigenkapital“* gegeben ist.<sup>47</sup> Bei in- und ausländischen Organismen, die als Investment- oder Immobilienfondseingestuft werden, wird deshalb eine allfällige Steuersubjekteigenschaft nach allgemeinen steuerlichen Grundsätzen durch die §§ 186 und § 188 InvFG 2011 bzw. § 40 und § 42 ImmoInvFG<sup>48</sup> überlagert.<sup>49</sup>

## 5. DER TRUST IM ABKOMMENSRECHT

Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) können gemäß Art. 1 Abs. 1 OECD-Musterabkommen (OECD-MA)<sup>50</sup> von „Personen“ in Anspruch genommen werden, „... die in einem oder in beiden Vertragsstaaten ansässig sind.“ Der Ausdruck „Person“ umfasst gemäß Art. 3 Abs. 1 lit a OECD-MA natürliche Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen. Der Begriff „Gesellschaft“ ist in Art. 3 Abs. 1 lit b OECD-MA definiert, der „...juristische Personen oder Rechtsträger [umfasst], die für die Besteuerung wie juristische Personen behandelt werden...“.

Das Kriterium der Ansässigkeit ist in Art. 4 OECD-MA definiert, wonach im Sinne des DBA „...eine in einem Vertragsstaat ansässige Person...“ eine solche ist, die nach dem Recht dieses Staates dort aufgrund des Ortes der Geschäftsleitung oder eines ähnlichen Merkmals steuerpflichtig ist. Das bedeutet, dass das Ansässigkeitskriterium nur erfüllt sein kann, wenn ein Rechtsgebilde in einem der beiden DBA-Staaten der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegt. Das bedeutet, dass auch ein Trust „ansässig“ und damit berechtigt sein kann, die Vorteile eines DBA in Anspruch zu nehmen.<sup>51</sup> Voraussetzung ist, dass der Trust in seinem Ansässigkeitsstaat als Steuersubjekt und dort als unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft behandelt wird. So auch der Kommentar zu Art. 3 OECD-MA (OECD-MK): „...the term covers any other taxable unit that is treated as a body corporate for the purposes of the tax law of the Contracting State of which it is a resident.“<sup>52</sup>

Das heißt, dass die nach oben genannten Kriterien als intransparent behandelten Trusts Anspruch auf eine Quellensteuerreduktion bzw. Entlastung der aus österreichischen Quellen stammenden Einkünfte haben. Die Voraussetzungen für eine Entlastung an der Quelle sind in der DBA-Entlastungsverordnung (DBA-EVO)<sup>53</sup> vorgegeben. Ist der Empfänger der Einkünfte eine *ausländische Stiftung, ein ausländischer Trust* oder ein *ausländischer Investmentfonds*, ist gemäß § 5 Abs. 1 Z 5 DBA-EVO eine Entlastung an der Quelle *unzulässig* und eine DBA-rechtliche Entlastung von ungerechtfertigt einbehaltenen Quellensteuern ist nur im Wege eines *Rückerstattungsverfahrens* gem. § 240 Abs. 4 BAO möglich. Die Ansässigkeit des Trust iSd Abkommensrechts ist

durch eine amtliche *Ansässigkeitsbescheinigung* (Formular ZS-Q 2) des ausländischen für den Trust zuständigen Finanzamts zu bestätigen.

Das BMF begründet die Verweigerung der Quellenentlastung für Trusts damit, dass angesichts der (derzeitigen) Ungewissheit über die Abkommensberechtigung ausländischer Trusts und Investmentfonds die DBA-EVO eine Sperre für die Quellenentlastung vorsieht und diese auf die teilweise funktional trustähnlichen Stiftungen ausgedehnt wird.<sup>54</sup>

Wird ein Trust in einer ausländischen Steuerrechtsordnung als *transparent* behandelt (dem dann von der ausländischen Finanzverwaltung *keine Ansässigkeitsbescheinigung* erteilt werden kann), gilt der Trust im Ausland nicht als Steuersubjekt und demnach auch nicht als „ansässig“ iSd Art. 1 Abs. 1 OECD-MA und genießt damit auch keine Abkommensberechtigung.<sup>55</sup> In diesem Fall können nur die dahinterstehenden Personen als „beneficial owner“ der Einkünfte das DBA in Anspruch nehmen. Die Einkünfte werden je nach Einkunftsart dann auf deren Ebene z.B. als *Dividenden* (Art. 10 OECD-MA), als *Zinsen* (Art. 11 OECD-MA) oder als *Gewinne aus der Veräußerung* von Vermögen (Art. 13 OECD-MA) behandelt. Österreich als Ansässigkeitsstaat des Investors hat – je nach DBA – die Einkünfte zu befreien oder die ausländische auf die österreichische Steuer anzurechnen.<sup>56</sup>

## 6. RESÜMEE

Die österreichische Privatstiftung hat als Instrument der Vermögenssicherung ihre steuerliche Attraktivität verloren. Selbst die Privatstiftungen in § 14 Abs. 3 KStG vorbehaltene Möglichkeit, die bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen aufgedeckten stillen Reserven auf andere Beteiligungen zu übertragen, wurde vom VwGH<sup>57</sup> – entgegen der bisherigen Verwaltungspraxis – stark beschnitten. In dem Erkenntnis hat der VwGH festgehalten, dass die Übertragung stiller Reserven auf Kapitalerhöhungen nicht möglich ist, weil in einem derartigen Fall weder eine Änderung des Beteiligungsausmaßes noch der Erwerb einer zusätzlichen 10%igen Beteiligung vorliegt.<sup>58</sup> Die seit Jahren angekündigte Attraktivierung des Privatstiftungsrechts, um dem internationalen Wettbewerb standhalten zu können, ist bislang ausgeblieben. Auch die Befürchtung vor der Wiedereinführung von Vermögens-, Erbschafts- und Schenkungssteuern beflügelt die Vermögensflucht ins Ausland. Die steuerlichen Vorteile, die ab den 1990er Jahren einen „Run“ auf die Privatstiftung ausgelöst haben, sind heute weitgehend eliminiert.<sup>59</sup>

Es verwundert deshalb nicht, dass sich Investoren zunehmend ausländischer Rechtsgebilde in Staaten bedienen, die *attraktivere* und deutlich *flexiblere* Möglichkeiten der Vermögenssicherung bieten. Eine davon ist das im zentraleuropäischen Raum nicht bekannte und in den Staaten des Common Law entwickelte Rechtsinstitut des Trusts. Sowohl die österreichische Verwaltungspraxis als auch die Rechtsprechung hatten sich in den letzten Jahren regelmäßig mit verschiedenen Ausformungen solcher Rechtsinstitute auseinanderzusetzen. Investoren wurde

zur steuerlichen Behandlung solcher im Ausland etablierter Vermögensmassen ein *systematisches Prüfschema* vorgegeben, das es zu bestehen gilt, wenn der Trust für den österreichischen Investor *steuerliche Abschirmwirkung* entfalten soll. Ausgehend von einem Typenvergleich gilt es in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die vermeintlich vom Trust erwirtschafteten Einkünfte nicht tatsächlich den dahinterstehenden Personen zuzurechnen sind. Und selbst wenn diese beiden Tests bestanden sind, kann die gesetzlich im InvFG und im Immo-InvFG normierte *Transparenzvermutung* von Investment- und Immobilieninvestmentfonds die gewünschte steuerliche Wirkung vereiteln.

Auch durch die Unterstellung eines inländischen Ortes der Geschäftsleitung iSd § 1 Abs. 2 KStG bzw. die Erzielung beschränkter steuerpflichtiger Inlandseinkünfte iSd § 98 Abs. 1 Z 1 bis 7 EStG iVm § 21 Abs. 1 KStG kann der Fiskus das in einem Trust gebunkerte Steuersubstrat ins Inland ziehen. In Abwandlung des Zitats von Schiller im Lied von der Glocke „*Drum prüfe, wer sich ewig bindet*“ ist österreichischen Investoren zu raten: „*Drum prüfe, wer sich eines Trusts bedient*“.

- 1 Kubik, Der Trust im Steuerrecht (2011), 8; Bendlinger, Steueroasen und Offshore-Strukturen (2013), 64.
- 2 Schäfer, Die Offshore-Treuhand auf den Westindischen Inseln, RIW 2012, 335 (335 ff.).
- 3 Hague Conference on Private International Law (HCCH), Convention on the Law of Applicable to Trusts and on their Recognition (1.7.1985).
- 4 Tischendorf, Die Besteuerung von Trusts – alte und neue Fragen (Teil I), IStR 2022, 445 (445 ff.); Teil II, IStR 2022, 489 (489 ff.).
- 5 Werner, Neue Rechtsprechung zur schenkungssteuerlichen Behandlung von Trusts, IWB 2022, 378 (378 ff.).
- 6 VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003, in fortgesetzten Verfahren BFG 22.4.2022, RV/7100203/2021; Bodis, VwGH zur ertragsteuerlichen Behandlung ausländischer Investmentfonds, SWK 2021, 609 (609 ff.); V. Bendlinger, BFG zur KESt-Rückerstattung an einen US-Trust und zur Vereinbarkeit von § 188 InvFG vor und nach dem AIFMG mit der Kapitalverkehrsfreiheit, Lexis 360 – Rechtsnews 32738 v. 1.7.2022; Blum, KESt-Entlastung bei ausländischen Investmentfonds, GES 2021, 198 (198 ff.); Stöger, VwGH zum Typenvergleich betreffend eine Nicht-EU-Investmentgesellschaft in Hinblick auf § 188 InvFG (idF vor und nach Nov 2013) und KESt-Rückerstattung gemäß § 21 Abs. 1 Z 1a KStG 1988, ÖBA 2021, 280 (280 ff.).
- 7 EAS 3396 v. 23.1.2018.
- 8 VwGH 16.9.2003, 97/14/0169.
- 9 RFH 12.2.1930, VI A 899/27, RStBl 1931, 200.
- 10 KStR 2021, Rz 133.
- 11 EAS 3396 v. 23.1.2018.
- 12 VwGH 20.9.1988, 87/14/0167.
- 13 VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003.
- 14 EAS 2799 v. 17.1.2009; EAS 3396 v. 23.1.2018.
- 15 BGBl 694/1993 in aktueller Fassung.
- 16 Kubik, Der Trust im Steuerrecht (2011), 53.
- 17 EAS 3114 v. 15.1.2010.
- 18 Tz 15 OECD-MK zu Art. 1 OECD-MA-Erb.
- 19 Tz 21 OECD-MK zu Art. 1 OECD-MA-Erb.
- 20 VwGH 20.9.1988, 87/14/0167.
- 21 BGBl I 160/2015 in aktueller Fassung.
- 22 BFH 25.6.2021, II R 13/19.
- 23 BFH 25.6.2021, II R 13/19, Rz 15
- 24 BFH 25.6.2021, II R 13/19, Rz 19.
- 25 BFH 25.6.2021, II R 13/19, Rz 22.

- 26 EAS 1691 v. 17.7.2000; EAS 3114 v. 15.1.2010.
- 27 EAS 3114 v. 15.1.2010.
- 28 EAS 2843 v. 4.5.2007; EAS 2869 v. 2.7.2007.
- 29 Bodis, SWK 2021, 609 (610)
- 30 Ruppe in Tipke (Hrsg.), Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht (1979), 7 (16).
- 31 KStR 2013, Rz 355.
- 32 VwGH 16.12.2015, 2013/15/0150.
- 33 VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003; Rz 34; VwGH 25.2.2015, 2011/13/0003; VwGH 25.3.2015, 2012/13/0033.
- 34 EAS 2799 v. 17.1.2009.
- 35 EAS 2378 v. 21.11.2003; EAS 2799 v. 17.1.2007.
- 36 BGBl 390/1970.
- 37 BMF-010200/0019-IV/1/2018 v. 19.7.2018 (Investmentfondsrichtlinien 2018 – InvF-RL), Rz 562; EAS 2947 v. 22.2.2008.
- 38 BGBl I 77/2011 idF BGBl 67/2018.
- 39 Loukota, Rückerstattung österreichischer Kapitalertragsteuer an ausländische Investmentfonds im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, SWI 2012, 307 (307 ff.).
- 40 InvF-RL 2018, Rz 2.
- 41 BGBl 532/1993.
- 42 VwGH 11.12.2003, 99/14/0081; VwGH 12.9.2017, Ra 2017/13/0027; VwGH 11.9.2020, RA 2020/13/0006;
- 43 BGBl I 77/2011
- 44 VwGH 13.1.2021, Ro 2018/13/0003; BFG 28.4.2021, RV/7100668/2010.
- 45 Alternative Investmentfonds Manager Gesetz (AIFMG), BGBl I 135/2013 in aktueller Fassung
- 46 Bodis, SWK 2021, 609 (611).
- 47 KStR 2013 Rz 557, 1193 ff.; EStR 2000 Rz 6112c.
- 48 BGBl I 80/2003 in aktueller Fassung.
- 49 InvF-RL 2018, Rz 13 ff.
- 50 OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version (21.11.2017).
- 51 InvF-RL 2018, Rz 553.
- 52 Rz 3 OECD-MK zu Art. 3 OECD-MA.
- 53 BGBl III 2005/92 idF BGBl II 2020/579.
- 54 BMF-010221/0101-IV/4/2006 v. 10.3.2006 (Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen auf steuerabzugspflichtige Einkünfte), Abs. 33.
- 55 InvF-RL 2018, Rz 589.
- 56 InvF-RL 2018, Rz 592 und 596.
- 57 VwGH 17.11.2022, RA 2021/15/0053.
- 58 Bendlinger/Panholzer, Grenzen der Übertragung stiller Reserven bei Privatstiftungen, BFGJournal 2023, 81 (81 ff.).
- 59 Bobek, Lexis 360 – Rechtsparanorama 2023, 13, Heft 13 v. 27.3.2023.