

CO₂-Emissionszertifikate und Umsatzsteuer

ÖStZ 2005/
375, S. 204

Der seit diesem Jahr mögliche Handel mit CO₂-Emissionszertifikaten wirft zahlreiche umsatzsteuerliche Probleme und Fragen auf, die bei näherer Betrachtung durchaus weitreichende Folgen haben können.

Matthias Hofstätter*
Dimitar Hristov*
Gernot Ressler*

1. Rechtliche Grundlage im Emissionszertifikatengesetz und die sich daraus ergebenden Fragen für das Umsatzsteuerrecht

Der österreichische Gesetzgeber hat durch das Emissionszertifikatengesetz (EZG), das mit 1. 5. 2004 in Kraft getreten ist, die EG-Richtlinie 2003/87 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 10. 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgas-Emissionszertifikaten in nationales Recht umgesetzt¹⁾. Durch die auf der Grundlage von § 13 Abs 4 EZG erlassenen ZuteilungsVO BGBl 2004/521 bzw 2005/18 des BMLFUW wurde der Ablauf der unentgeltlichen Ausgabe der Emissionszertifikate an entsprechende Anlagen im Handelszeitraum von 2005 bis 2007 auf Grundlage des vom BMLFUW erstellten ersten nationalen Zuteilungsplans nach § 12 EZG geregelt. Für den Handelszeitraum 2008 bis 2012 und für alle weiteren Handelszeiträume muss die Verteilung durch einen neuen Zuteilungsplan nach § 14 EZG bestimmt werden, wonach das BMLFUW höchstens 10 % der insgesamt zuzuteilenden Emissionszertifikate festzulegen hat, die dann durch Versteigerung in Verkehr gebracht werden; die übrigen 90 % der nicht zu versteigernden Emissionszertifikate werden ebenfalls – wie im ersten nationalen Zuteilungsplan – unentgeltlich zugeteilt²⁾. § 14 EZG umschreibt somit den Primärmarkt, dh jenen Markt, innerhalb dessen die Emissionszertifikate erstmalig für den jeweiligen Zeitraum zugeteilt werden. Sind die Emissionszertifikate einmal emittiert, so eröffnet § 19 EZG die Möglichkeit für jede natürliche und juristische Person, Zertifikate zu erwerben und weiterzukaufen³⁾, womit ein Sekundärmarkt geschaffen wird.

Bisher sind die umsatzsteuerlichen Aspekte der Vergabe von und des Handels mit Emissionszertifikaten im Gegensatz zu den bilanz- und einkommensteuerrechtlichen Aspekten⁴⁾ im österreichischen Schrifttum weitgehend unbehandelt geblieben. Stellt der Transfer von Emissionszertifikaten einen steuerbaren oder einen nicht steuerbaren Umsatz dar?

Bisher sind die umsatzsteuerlichen Aspekte der Vergabe von und des Handels mit Emissionszertifikaten im Gegensatz zu den bilanz- und einkommensteuerrechtlichen Aspekten⁴⁾ im österreichischen Schrifttum weitgehend unbehandelt geblieben. Stellt der Transfer von Emissionszertifikaten einen steuerbaren oder einen nicht steuerbaren Umsatz dar?

*) Wir danken Herrn Prof. *Claus Staringer* herzlich für die wertvollen Anregungen und Unterstützung für diesen Aufsatz.

1) Bundesgesetz über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, BGBl I 46/2004.

2) Vgl § 20 Abs 1 EZG.

3) *Forstinger/Wagner*, Emissionshandel und Aufsichtsrecht, ÖBA 2004, 607 (613).

4) Vgl *Bertl/Fraberger*, Bilanzierung von CO₂-Emissionszertifikaten, RWZ 2003, 338 (338 ff); *Brauneis*, Überblick über das Emissionszertifikatengesetz (EZG), GeS 2004, 268 (268 ff); *Bürgler*, Die Bilanzierung von Emissionszertifikaten, GeS 2004, 273 (273 ff); *Fraberger*, Bilanzierung und Besteuerung von CO₂-Emissionszertifikaten – ein alternativer Ansatz, SWK 2004, S 857 (857 ff); *Schmidt/Schnell*, Bilanzierung von Emissionsrechten nach IAS/IFRS, DB 2003, 1451 (1451 ff); *Senft*, Emissionszertifikatenhandel – Handeln, bevor es zu spät ist, GeS 2004, 276 (276 ff); *Reiter*, Zur Behandlung der Emissionszertifikate nach österreichischem Handelsrecht, RWZ 2004, 289 (289 ff); *Wiesner/Mayr*, Die steuerliche Behandlung von Emissionszertifikaten, RWZ 2004, 291 (291 ff).

Gem § 1 Abs 1 Z 1 UStG unterliegen nur solche Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, der Umsatzsteuer. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob diese Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und daher ein steuerbarer Umsatz vorliegt. Von Interesse ist auch, ob eine Lieferung oder eine sonstige Leistung vorliegt und ob gegebenenfalls eine Steuerbefreiung verfügbar ist.

2. Der Staat als Unternehmer nach § 2 UStG?

Da das Tatbestandsmerkmal „gegen Entgelt“ bei der Erstaussgabe von Emissionszertifikaten durch den Staat nicht erfüllt ist, ist dieser Vorgang ein nicht steuerbarer Umsatz. Die Frage nach der Unternehmereigenschaft des Staates stellt sich bei der Erstaussgabe der Emissionszertifikate daher gar nicht.

Diese Frage kann⁵⁾ aber für den Handelszeitraum von 2008 bis 2012 relevant werden, für den der Staat Emissionszertifikate versteigern kann. Gem § 2 Abs 1 und Abs 3 UStG sind Körperschaften öffentlichen Rechts nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art iSd § 2 KStG Unternehmer, dies auch nur dann, wenn sie nachhaltig privatwirtschaftlich tätig und auf die Erzielung von Einnahmen ausgerichtet sind; Gewinnerzielungsabsicht ist nicht Voraussetzung⁶⁾. Bei der umsatzsteuerlichen Behandlung der entgeltlichen Versteigerung der Emissionszertifikate könnten sich Auslegungsprobleme hinsichtlich der Einstufung als hoheitliche oder nachhaltig privatwirtschaftliche Tätigkeit ergeben, denen aber an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden soll. Jedenfalls wäre dabei auch die 6. MWSt-RL zu beachten. Im Rahmen der 6. MWSt-RL ist die Unternehmereigenschaft einer öffentlichen Körperschaft nämlich immer dann gegeben, wenn die öffentliche Körperschaft in Konkurrenz mit einem Unternehmer treten kann und durch die fehlende Unternehmereigenschaft der öffentlichen Körperschaft eine wesentliche Wettbewerbsverzerrung zustande käme⁷⁾. Diese Kriterien können im Einzelfall zu vom nationalen USt-Recht abweichenden Ergebnissen führen.

3. Lieferung nach § 3 UStG?

Der Umsatzsteuer unterliegen nur Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Beim Handel mit Emissionszertifikaten gem § 19 EZG stellt sich daher die Frage, ob es sich dabei um eine Lieferung nach § 3 UStG

5) § 14 EZG beinhaltet eine Ermächtigung, dass maximal 10 % der Emissionszertifikate versteigert werden können. Der Staat muss von dieser Möglichkeit aber nicht Gebrauch machen, sondern kann die Emissionszertifikate auch unentgeltlich zuteilen.

6) *Altehoefer*, Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts – Zur Abgrenzung der wirtschaftlichen von der hoheitlichen Tätigkeit, in *Raupach/Uelner* (Hrsg), Ertragsbesteuerung – Festschrift für Ludwig Schmidt (1993) 677 (680).

7) Art 4 Abs 5 2. Satz 6. MWSt-RL. So auch *Kogels*, VAT Aspects of the Trade in CO₂ Emission Allowances, VAT Monitor 2004, 231 (233).

oder um eine sonstige Leistung nach § 3a UStG handelt⁸⁾. Die Unterscheidung zwischen Lieferungen und sonstigen Leistungen ist vor allem im Hinblick auf den Leistungsort, die Steuerbefreiungen und die Steuersätze relevant⁹⁾.

Gem § 3 Abs 1 UStG ist unter einer Lieferung die Verschaffung der Verfügungsmacht an einem Gegenstand durch einen Unternehmer zu verstehen¹⁰⁾; die sonstige Leistung ist nach § 3a Abs 1 UStG negativ als „Leistung, die nicht in einer Lieferung besteht“ von der Lieferung abgegrenzt. Unter dem Begriff „Gegenstand“ fallen körperliche Sachen, Sachgesamtheiten und jene unkörperlichen Sachen, die im Wirtschaftsverkehr wie körperliche Sachen behandelt werden oder gemeinsam mit körperlichen Sachen umgesetzt zu werden pflegen¹¹⁾; § 3 Abs 1 umfasst daher auch unbewegliche Sachen, Elektrizität, Dampf, Gas, Wasser, Wärme, Kälte, einen Firmenwert oder einen Kundenstock¹²⁾. Dies dürfte auch Art 5 Abs 1 der 6. MWSt-RL umsetzen¹³⁾. Jedenfalls nicht umfasst vom Gegenstandsbegriff sind Rechte und Dienstleistungen¹⁴⁾.

Nach der Legaldefinition des § 22 EZG gelten Emissionszertifikate nun einerseits als Waren¹⁵⁾, andererseits vermitteln sie aber ihrem Erwerber ein Recht, nämlich das konkrete Recht, bestimmte Mengen an Emissionen auszustoßen, was wiederum ein Argument für die Qualifikation der Emissionszertifikate als „Warenderivate“ darstellt¹⁶⁾. Dieser janusköpfige Charakter der Emissionszertifikate führt offenkundig zu Auslegungsproblemen im Rahmen des § 3 Abs 1 UStG. Auf den ersten Blick könnte man nämlich im Hinblick auf die Legaldefinition „Ware“ im EZG zum Schluss verleitet werden, dass es sich bei Emissionszertifikaten eindeutig um körperliche Sachen oder, gar aufgrund der Verbindung der Urkunde „Emissionszertifikat“ mit dem Recht Treibhausgas zu emittieren, um Sachgesamtheiten handelt und somit um Gegenstände im Sinne des § 3 Abs 1 UStG. Dieser Schluss wäre allerdings vorschnell: Dabei darf nämlich nicht übersehen werden, dass § 3 UStG an einen eigenständigen wirtschaftlichen Begriff „Lieferung“ anknüpft, dessen Inhalt allein aus dem UStG zu ermitteln ist¹⁷⁾. Wirtschaftlich betrachtet und im Sinne einer teleologischen Interpretation¹⁸⁾ verkörpern die Emissionszertifikate das Recht, eine bestimmte Menge an Treibhausgasen auszustoßen. Überträgt man also die Verfügungsmacht über ein Emissionszertifikat, so überträgt man damit auch die Verfügungsmacht über

ein Recht, und nicht etwa bloß über den Gegenstand „Emissionszertifikat“. Die allfällige Urkunde über das Emissionszertifikat wird zwar auch übertragen – sofern überhaupt eine Urkunde ausgestellt wird –, jedoch steht nicht der Erwerb dieser Urkunde im Vordergrund, sondern der Erwerb des Rechts, Treibhausgas zu emittieren. Da Rechte aber aus dem Begriff des Gegenstands herausfallen, sind die Emissionszertifikate folglich auch kein Gegenstand nach § 3 Abs 1 UStG; vielmehr sind die Emissionszertifikate Lizenzrechten sehr ähnlich¹⁹⁾. Lizenzrechten liegt aber unzweifelhaft eine Duldungshandlung zugrunde, die unter § 3a Abs 1 2. Satz UStG, also unter die sonstigen Leistungen, zu subsumieren ist²⁰⁾. Die Legaldefinition des § 22 EZG ist daher für Zwecke des UStG nicht maßgebend, zumal die dadurch fingierten „Waren“ auch keinesfalls unter den Gegenstandsbegriff des Art 5 der 6. MWSt-RL fallen würden²¹⁾.

UE handelt es sich daher beim Handel mit Emissionszertifikaten iSd § 19 EZG um eine sonstige Leistung gem § 3a Abs 1 UStG, da die Emissionszertifikate nicht vom Begriff des Gegenstandes in § 3 Abs 1 UStG umfasst sind²²⁾.

4. Umsatz mit Emissionszertifikaten als sonstige Leistungen

4.1 Wertpapiere iSd UStG?

Die Einordnung als sonstige Leistung hat für die Bestimmung des Leistungsortes die Konsequenz, dass eine Prüfung nach § 3a Abs 5 bis 12 UStG vorzunehmen ist. Wenn Emissionszertifikate Wertpapiere sind, so handelt es sich um eine sonstige Leistung iSd § 3a Abs 10 Z 7 UStG²³⁾. Eine Katalogleistung laut § 3a Abs 10 Z 7 UStG wird, wenn der Empfänger ein Unternehmer ist, dort ausgeführt, wo der Empfänger sein Unternehmen betreibt. Stellt ein Emissionszertifikat hingegen kein Wertpapier dar, so ist letztlich § 3a Abs 12 UStG maßgebend. Die sonstige Leistung wird dann an dem Ort ausgeführt, von dem aus der Unternehmer sein Unternehmen betreibt. Da § 3a Abs 10 Z 7 und § 3a Abs 12 UStG somit zu unterschiedlichen Leistungsorten führen können, ist es nicht nur für die akademische Diskussion, sondern auch für die praktische Anwendung von grundlegender Bedeutung, ob Emissionszertifikate Wertpapiere darstellen oder nicht.

Darüber hinaus ist dies auch deshalb wesentlich, weil § 6 Abs 1 Z 8 lit f UStG eine Befreiung für Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren vorsieht. Es ist daher zu prüfen, ob Emissionszertifikate als Wertpapiere iSd 6. MWSt-RL bzw des UStG angesehen werden können.

4.2 Der Wertpapierbegriff im österreichischen UStG

Das herrschende Schrifttum geht beim Wertpapierbegriff des österreichischen USt-Rechts vom zivilrechtlichen Wertpapierbegriff aus²⁴⁾, jedoch gibt es auch im Zivilrecht keine

8) Wenn man die Versteigerung von Emissionszertifikaten als einen nichthoheitlichen Akt ansieht, dann ist diese Qualifikation ebenfalls für die Versteigerung von Emissionszertifikaten relevant.

9) Vgl *Burger*, Der Leistungsbegriff im UStG (2002) 8 ff; *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 3 und § 3 Tz 96.

10) Vgl *Ruppe*, UStG²(1999) § 3 Tz 8; *Doralt/Ruppe*, Grundriss des österreichischen Steuerrechts I⁹ (2003) Tz 1280.

11) Vgl *Scheiner/Kolacny/Caganeck*, Kommentar zur Mehrwertsteuer UStG 1994 (2003) § 3 Abs 1 Tz 6; *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 12; *Burger*, Leistungsbegriff im UStG (2002) 122 ff.

12) Vgl *Scheiner/Kolacny/Caganeck*, Kommentar zur Mehrwertsteuer UStG 1994 (2003) § 3 Abs 1 Tz 6; *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 12; *Burger*, Leistungsbegriff im UStG (2002) 122 ff.

13) Vgl *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 5; *Scheiner/Kolacny/Caganeck*, Kommentar zur Mehrwertsteuer UStG 1994 (2003) § 3 Abs 1 Tz 3 ff.

14) Vgl *Scheiner/Kolacny/Caganeck*, Kommentar zur Mehrwertsteuer UStG 1994 (2003), § 3 Abs 1 Tz 6; *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 12; *Burger*, Leistungsbegriff im UStG (2002) 151.

15) Vgl *Strack/Solt*, EZG Praxiskommentar (2004) 61 ff.

16) So zB *Forstinger/Wagner*, Emissionshandel und Aufsichtsrecht, ÖBA 2004, 608 ff.

17) Vgl *Scheiner/Kolacny/Caganeck*, Kommentar zur Mehrwertsteuer UStG 1994 (2003) § 3 Abs 1 Tz 6; *Ruppe*, UStG², § 3 Tz 7; *Burger*, Leistungsbegriff im UStG (2002) 121.

18) *Ritz*, BAO Kommentar (1994) § 21 Tz 1 ff; *Doralt/Ruppe*, Grundriss des österreichischen Steuerrechts II⁴ (2001) Tz 421; *VwGH* 3. 7. 1980, 1289/77; *RFH-Gutachten* 20. 6. 1919, Slg 1, B 40; *BFH* 17. 7. 1952, BStBl III 234.

19) Vgl *Kogels*, VAT Monitor 2004, 234.

20) Vgl dazu ausführlicher *Flückiger* in *Plückebaum/Malitzky* UStG¹⁰ § 3 Abs 9 Tz 109; *Burger*, Der Leistungsbegriff im UStG (2002) 152.

21) Dazu *Lohse* in *Raul/Dürrwachter*, UStG¹¹⁴ (2003) Art 5 6. MWSt-RL 3 ff.

22) So auch *Kogels*, VAT Monitor 2004, 235.

23) „...die sonstigen Leistungen der in § 6 Abs 1 Z 8 lit a bis h [Anm lit f für Wertpapiere] und Z 9 lit c bezeichneten Art“.

24) Vgl *Ruppe*, UStG², § 6 Tz 141; in Deutschland: *Heidner* in *Bunjes/Geist* HrsG UStG⁷, § 4 Nr 8, Tz 27; *Philipowsky* in *Raul/Dürrwachter* (HrsG) UStG § 4 Nr. 8, Tz 264 f.

einheitliche Definition des Wertpapierbegriffs²⁵). ISd heute vorherrschenden Definition ist das Wertpapier eine Urkunde, in der ein privates Recht in der Weise verbrieft ist, dass zur Geltendmachung des Rechts die Innehabung der Urkunde erforderlich ist²⁶). Die verbrieften Rechte können Mitgliedschafts-, Sachen- oder Forderungsrechte sein²⁷). Der entscheidende Unterschied zwischen rechtsverbriefenden Urkunden mit und ohne Wertpapiercharakter liegt darin, dass bei einem Wertpapier die Innehabung der Urkunde erforderlich ist, um das verbrieftete Recht geltend zu machen²⁸).

Bei Emissionszertifikaten trifft dies nun aber gerade nicht zu, da die Geltendmachung des Rechts bei Erstvergabe²⁹) und bei Übertragung³⁰) erst mit der Eintragung in das Register gem § 21 EZG rechtswirksam wird. Gem § 21 Abs 1 EZG hat nämlich das BMLFUW ein Register zu führen, um die genaue Verbuchung von Vergabe, Besitz, Übertragung und Löschung von Emissionszertifikaten zu gewährleisten. Somit hat die Urkunde über die Innehabung von Emissionszertifikaten – sofern überhaupt eine Urkunde ausgestellt wird, denn das ist erst gar nicht notwendig – lediglich deklarative Wirkung. Wird keine Urkunde ausgestellt, so liegt mangels Verbriefung des Rechts in einer Urkunde kein Wertpapier vor³¹). Eine Übertragung der Emissionszertifikate ist somit auf keinen Fall an die Übertragung der allfälligen Urkunde gebunden. Folglich ist die Urkunde mit keiner Legitimationswirkung ausgestattet, wodurch das konstitutive Merkmal für ein Wertpapier fehlt. Unterstützt wird dieses Ergebnis dadurch, dass § 22 EZG normiert, dass Emissionszertifikate den Rechtscharakter von Waren haben, die auch an einer Warenbörse gehandelt werden können³²). UE handelt es sich bei einer allfälligen Urkunde über die Emissionszertifikate auch um *keine einfachen Legitimationspapiere*, da aufgrund des öffentlich zugänglichen Registers iSd § 21 EZG nicht dem (materiell nicht berechtigten) Inhaber der Urkunde, sondern dem im Register eingetragenen das Recht zur Emission von Treibhausgasen zusteht. Die Urkunde über Emissionszertifikate besitzt daher auch keine Liberationswirkung³³).

Knüpft man nun für umsatzsteuerliche Zwecke an den zivilrechtlichen Wertpapierbegriff an, können demzufolge nach österreichischem UStG Emissionszertifikate keine Wertpapiere sein. Sie können daher bei solchem Verständnis nicht unter § 3a Abs 10 Z 7 UStG subsumiert werden. Auch die Befreiung des § 6 Abs 1 Z 8 lit f UStG wäre nicht anwendbar.

4.3 Der Wertpapierbegriff der 6. MWSt-RL

Da aber der Wertpapierbegriff des UStG aus einer autonomen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gewinnen ist, kann es uU dazu kommen, dass der umsatzsteuerliche Wertpapierbegriff der 6. MWSt-RL die innerstaatliche Auslegung verdrängt. Art 13 Teil B lit d Z 5 der 6. MWSt-RL befreit sämtliche Umsätze einschließlich der Vermittlung (mit Aus-

nahme der Verwahrung) im Zusammenhang mit Aktien, Gesellschaftsanteilen, Schuldverschreibungen und sonstigen Wertpapieren. Davon ausgenommen sind Wertpapiere und Wertpapiere, die ein Grundstücksrecht verbrieften. Bis auf den Ausschluss von Waren- und Grundstückswertpapieren von den „sonstigen Wertpapieren“ enthält Art 13 Teil B lit d Z 5 der 6. MWSt-RL selbst keine weitere Begriffsabgrenzung. Folglich bleibt offen, was die 6. MWSt-RL unter „sonstigen Wertpapieren“ eigentlich versteht. Es stellt sich die Frage, ob der Begriff der „sonstigen Wertpapiere“, der im Grunde einen eigenen, autonom auszulegenden gemeinschaftsrechtlichen Begriff darstellt³⁴), auch Emissionszertifikate abdeckt.

4.3.1 Bisherige EuGH-Rechtsprechung

Auch der EuGH hat sich bis dato nicht explizit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Wertpapierbegriff und schon gar nicht mit Emissionszertifikaten auseinandergesetzt. Die bisherige EuGH-Judikatur im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften³⁵) beschäftigt sich lediglich mit der Frage, welche Umsätze im Zusammenhang mit Wertpapieren umsatzsteuerbefreit sind (präzise: wo die Grenzlinie zwischen dem eigentlichen Wertpapierumsatz und anderen Tätigkeiten im finanzwirtschaftlichen Bereich zu ziehen ist).

Einziger Ansatz für eine mögliche Interpretation eines Wertpapierbegriffes könnte immerhin die Aussage des EuGH im Urteil „CSC“³⁶) über den Zweck des Art 13 Teil B lit d der 6. MWSt-RL sein. Danach „*hat diese Regelung [Anm: die Befreiung] den Zweck, bestimmte Finanzgeschäfte, darunter diejenigen, die sich unmittelbar auf Finanzinstrumente beziehen, wegen der praktischen Schwierigkeiten, die ihre Besteuerung mit sich bringt [...] von der Mehrwertsteuer auszunehmen*“. Diese Textpassage hat zunächst zwei Anhaltspunkte: Der erste Anhaltspunkt bezieht sich auf „Finanzinstrumente“. Der Begriff „Finanzinstrumente“ ist enger als der Begriff „Wertpapiere“, weil nicht jedes „Finanzinstrument“ ein Wertpapier sein muss. Ein Emissionszertifikat wäre somit kein „Wertpapier“ im Sinne der 6. MWSt-RL, wenn man es nicht als „Finanzinstrument“ ansehen will. Hier mag manches dafür sprechen, Emissionszertifikate nicht als „Finanzinstrumente“ anzusehen, weil ihr primärer Zweck die Berechtigung zum CO₂-Ausstoß ist. Gesichert erscheint dies allerdings nicht, da ja gerade die freie Handelbarkeit (und damit der Einsatz auf einem Finanzmarkt) Kennzeichen der Emissionszertifikate ist. Als zweiter Anhaltspunkt wird vom EuGH im CSC-Urteil weiter ausgeführt, dass die Befreiungsregel deshalb eingeführt wurde, um „praktische Schwierigkeiten“ zu vermeiden. Was der EuGH genau unter diesen „praktischen Schwierigkeiten“ versteht, bleibt aber im Unklaren. Ebenso ist unklar, warum solche „praktischen Schwierigkeiten“ gerade (und nur) bei „Finanzinstrumenten“, nicht aber bei anderen Wertpapieren oder ähnlichen Titeln bestehen sollen. Berechtigterweise wird man daher fragen können, welche „praktischen Schwierigkeiten“ es bei „anderen Wertpapieren“ als „Finanzinstrumenten“ *nicht* gibt, wenn der börsenmäßige Handel mit Umsatzsteuer belastet ist.

25) Vgl Grünwald/Schummer, Wertpapierrecht³ (2001) 4.

26) Vgl Ruppe, UStG 1994², § 6 Tz 142.

27) Vgl Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz²² (2000) Tz 3.

28) Vgl Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz²² (2000) Tz 11.

29) § 17 Abs 1 EZG.

30) § 19 Abs 1 vorletzter Satz EZG.

31) Vgl Grünwald/Schummer, Wertpapierrecht³ (2001) 4.

32) So auch Strack/Solt, EZG-Praxiskommentar (2004) 64; aA jedoch ohne dies genauer zu begründen Bertl/Fraberger, Bilanzierung von CO₂-Emissionszertifikaten, RWZ 2003, 92.

33) Vgl Roth, Wertpapierrecht² (1999) 12.

34) Vgl Philipowsky in Rau/Dürwächter (Hrsg) UStG, § 4 Nr. 8, Tz 276; Heidner in Bunjes/Geist (Hrsg) UStG⁷, § 4 Nr. 8, Tz 27.

35) EuGH 13. 12. 2001, C-235/00, CSC Financial Services, Slg 2001, I-10237, EuGH 5. 6. 1997 C-2/95, SDC, Slg 1997, I-3017.

36) EuGH 13. 12. 2001, C-235/00, CSC Financial Services, Slg 2001, I-10237, Tz 21.

Führt man diese beiden Anhaltspunkte zusammen, so erkennt man, dass diese offenbar im Widerspruch zueinander stehen, da einerseits der Wertpapierbegriff durch die Beschränkung auf „Finanzinstrumente“ eng erscheint, gleichzeitig aber durch die Relevanz der „praktischen Schwierigkeiten“ bei Nichtbefreiung eine weite Interpretation nahe legt. Im gegenständlichen EuGH-Urteil hat sich diese Ambivalenz nicht in voller Schärfe gezeigt, weil es dort nur um Dienstleistungen im Zusammenhang mit *Finanzinstrumenten* ging. Dies spricht dafür, dieser Textpassage im *CSC*-Urteil nicht allzu große Bedeutung beizumessen. Eine eindeutige gemeinschaftsrechtliche Interpretation des Wertpapierbegriffs nach der 6. MWSt-RL wird daraus nicht abgeleitet werden können.

4.3.2 Begriffsanalogie zu anderen Richtlinien?

Die *WertpapierdienstleistungsRL*³⁷⁾ enthält einen (sehr umfangreichen) Wertpapierbegriff. Per definitionem sollen hier Emissionszertifikate von der Anwendung dieser Richtlinie ausgeschlossen sein³⁸⁾. Die Heranziehung des in Art 1 Abs 4 der WertpapierdienstleistungsRL enthaltenen Wertpapierbegriffes für die 6. MWSt-RL ist uE allerdings fraglich: In den Erwägungsgründen der WertpapierdienstleistungsRL wird die Anwendung des Wertpapierbegriffes „nur für diese Richtlinie“³⁹⁾ beschränkt, wonach uE der Wertpapierbegriff der WertpapierdienstleistungsRL auch nicht für die Interpretation anderer Richtlinien (somit auch der 6. MWSt-RL) ohne weiters verwendet werden kann.

Auch eine Begriffsanalogie über die Wertpapierdefinitionen in anderen Richtlinien, die sich mit Wertpapieren beschäftigen, wie der RL über die Zulassung von Wertpapieren an der amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse⁴⁰⁾ („*WertpapierzulassungsRL*“) erscheint für die umsatzsteuerliche Beurteilung sachfremd.

Das herrschende Schrifttum versteht daher nach wie vor auch im Sinne der 6. MWSt-RL unter „Wertpapier“ ein verbrieftes Recht, dessen Ausübung die Innehabung einer Urkunde abhängig macht⁴¹⁾. Wie genau dieses Recht ausgestaltet sein muss, damit es ein Wertpapier ist, lässt sich aus der

6. MWSt-RL nicht präzise ableiten⁴²⁾. Somit erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass Emissionszertifikate in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen der jeweiligen Mitgliedstaaten teilweise als Wertpapiere klassifiziert werden, teilweise wiederum aber nicht. In der Folge käme es zu einer unterschiedlichen umsatzsteuerlichen Behandlung von Emissionszertifikaten. Eine Klärung des gemeinschaftsrechtlichen Wertpapierbegriffs wird sich daher möglicherweise durch ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH ergeben.

4.4 Die Einräumung von Lizenzrechten iSd § 3a Abs 10 Z 1 UStG?

Eine Alternativlösung immerhin für die Bestimmung des Leistungsortes bietet die *deutsche* Finanzverwaltung. Diese stuft Emissionszertifikate als sonstige Leistung iSd § 3a Abs 4 Nr 1 dUStG⁴³⁾ ein⁴⁴⁾. Der Leistungsort ist iVm § 3a Abs 3 dUStG somit der Sitz oder die Betriebsstätte des *Empfängers*. Eine vergleichbare Einstufung unter § 3a Abs 10 Z 1 UStG⁴⁵⁾ ist in Österreich jedoch nicht möglich, da § 3a Abs 10 Z 1 UStG lediglich in Verbindung mit *Urheberrechten* anwendbar ist⁴⁶⁾. Emissionszertifikate sind aber keinesfalls Urheberrechte. Die Einstufung im dUStG hat zur Folge, dass der Reverse-Charge-Tatbestand iSd § 13b Abs 1 Satz 1 Nr 1 und Abs 2 dUStG erfüllt ist. Liegt also der Leistungsort in Deutschland und ist der leistende Unternehmer nicht in Deutschland ansässig, so ist der Leistungsempfänger (Unternehmer) der Steuerschuldner.

Die deutsche Interpretation subsumiert offenbar den Handel mit Emissionszertifikaten als Übertragung von Lizenzrechten oder ähnlichen Rechten iSd Art 9 Abs 2 lit e 1. TS⁴⁷⁾ der 6. MWSt-RL. Die Formulierung in § 3a Abs 4 Nr 1 dUStG ist im Gegensatz zur österreichischen „Schwesterbestimmung“ in § 3a Abs 10 Z 1 UStG nicht auf urheberrechtliche Vorschriften begrenzt. Die Einschränkung der österreichischen Bestimmung auf urheberrechtliche Vorschriften im Vergleich zum weiteren Anwendungsbereich des Art 9 Abs 2 lit e 1. TS 6. MWSt-RL wirft berechtigterweise die grundsätzliche Frage nach der Konformität des § 3a Abs 10 Z 1 UStG mit der 6. MWSt-RL auf. Der Wortlaut des Art 9 Abs 2 lit e 1. TS der 6. MWSt-RL ist nämlich nicht explizit auf Urheberrechte beschränkt. Steht die exklusive Bezugnahme auf Urheberrechte des § 3a Abs 10 Z 1 UStG nämlich in Widerspruch zu Art 9 Abs 2 lit e 1. TS der 6. MWSt-RL, so müsste § 3a Abs 10 Z 1 richtlinienkonform interpretiert werden⁴⁸⁾. Dies impliziert, dass auch Urheberrechte, Patentrechte, Lizenzrechte, Fabrik- und Warenzeichen sowie ähnliche Rechte iSd Art 9 Abs 2 lit e 1. TS der

37) 93/22/EWG, ABl 1993, L 141, 27.

38) Wohl aber besagt der Änderungsentwurf der WertpapierdienstleistungsRL 39 (2002/0269 (COD), KOM(2002), 625 ff, endgültig; ABl 2003, C 71/6, 73 ff) in Anhang I Abschn C, dass Warenderivate als Finanzinstrumente gelten und somit im Anwendungsbereich dieser Richtlinie sind. Somit wäre ein Emissionszertifikats-Derivatehändler durchaus vom Anwendungsbereich erfasst. Angesichts dieser Tatsache entstand vermutlich auch die Legaldefinition der Ware in § 22 EZG: Somit braucht man im Handel mit Emissionszertifikaten beispielsweise die strengen Eigenmittelerfordernisse nicht erfüllen, welche die WertpapierdienstleistungsRL ansonsten vorschreibt (*Strack/Solt*, Emissionszertifikatengesetz-Praxiskommentar (2004) 62 ff).

39) Einleitung der Richtlinie 93/22/EWG, ABl 1993, L 141, 27 ff: „[...] Die sehr weit gefasste Definition der Wertpapiere und der Geldmarktinstrumente in dieser Richtlinie gilt nur für diese Richtlinie und berührt daher in keiner Weise die unterschiedlichen Definitionen von Finanzinstrumenten, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu anderen Zwecken, insbesondere zu Steuerzwecken, festgelegt sind [...]“, der Hinweis auf die einzelstaatlichen Steuerrechtsvorschriften ist uE im Zusammenhang mit der Umsatzsteuer nicht von Bedeutung, da der Wertpapierbegriff im UStG dem Grunde nach ein gemeinschaftsrechtlicher sein muss. Die Textpassage „zu steuerlichen Zwecken“ kann daher nur jene Steuern betreffen, die nicht im direkten gemeinschaftsrechtlichen, Regelbereich (etwa direkte Steuern) stehen.

40) 2001/34/EG, ABl 2001, 1.

41) So auch *Ruppe*, UStG², § 6 Tz 142; *Heidner* in *Bunjes/Geist* (Hrsg), UStG⁷, § 4 Nr 8, Tz 27; *Philippovsky* in *RaulDürrwächter* (Hrsg), UStG § 4 Nr 8, Tz 264 f, *Haunold*, Mehrwertsteuer bei sonstigen Leistungen (1997) 189.

42) Vgl *Menner/Herrmann*, UR 2002, 114, zur Befreiung von Wertpapierdienstleistungen iZm Art 13 Teil b lit d Z 5 6. MWSt-RL.

43) § 3a Abs 4 Nr 1 dUStG lautet: „die Einräumung, Übertragung und Wahrnehmung von Patenten, Urheberrechten, Markenrechten und ähnlichen Rechten“.

44) Vgl Schreiben vom deutschen Finanzministerium, „Umsatzsteuerliche Beurteilung des Emissionshandelsystems für Treibhausgase“, 2. 2. 2005, wird in BStBl I 2005 veröffentlicht.

45) § 3a Abs 10 Z 1 UStG lautet: „Die Einräumung, Übertragung und Wahrnehmung von Rechten, die sich aus urheberrechtlichen Vorschriften ergeben“.

46) Vgl *Ruppe*, UStG², § 3a Tz 75.

47) Art 9 Abs 2 lit e 1. TS 49 6. MWSt-RL lautet: „Abtretung und Einräumung von Urheberrechten, Patentrechten, Lizenzrechten, Fabrik- und Warenzeichen sowie ähnlichen Rechten“.

48) Vgl *Ruppe*, UStG², § 3a Tz 70.

6. MWSt-RL unter § 3a Abs 10 Z 1 UStG zu subsumieren sind.

Wenn bei richtlinienkonformer Interpretation sowohl § 3a Abs 10 Z 1 UStG anzuwenden ist und Emissionszertifikate Wertpapiere iSd 6. MWSt-RL darstellen sollten, also auch § 3a Abs 10 Z 7 UStG anzuwenden ist, dann stellt sich die Frage, welcher Ziffer ein Anwendungsvorrang zukommt. Das Schrifttum hat sich dazu noch nicht geäußert. UE wird aber aufgrund der Regelung in § 3a Abs 5 UStG, dass in der Reihenfolge der folgenden Absätze vorzugehen ist, § 3a Abs 10 Z 1 UStG uU ein Anwendungsvorrang einzuräumen sein.

5. Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die umsatzsteuerliche Behandlung von Emissionszertifikaten im Ergebnis unklar ist. Dies ist deshalb äußerst unbefriedigend, da beim börsenmäßigen Massenhandel nicht nur Komplikationen drohen, sondern auch eine Umsatzsteuerbelastung für Nichtabzugsberechtigte. Daher wäre uE eine ausdrückliche Befreiung von der Umsatzsteuer rechtspolitisch die beste Lösung⁴⁹⁾.

49) Vgl dazu Kurzmeldung in Carbon Market Europe, 22. 10. 2004.



Die Autoren:

MMag. Matthias Hofstätter, Mag. Dimitar Hristov und Mag. Gernot Ressler sind Assistenten am Institut für österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien. Sie beschäftigen sich schwerpunktmäßig mit Unternehmens- und Kapitalmarktbesteuerung.