



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

**Köln • Berlin • Düsseldorf**

Dürener Straße 295  
50935 **Köln**

Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
koeln@axis.de

Schlüterstraße 41  
10707 **Berlin**

Fon 030/40 50 29 50  
Fax 030/40 50 29 599  
berlin@axis.de

Heinrichstraße 155  
40239 **Düsseldorf**

Fon 0211 / 43 83 56 0  
Fax 0211 / 43 83 56 11  
duesseldorf@axis.de

**Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe**

## **BFH: Besteuerung schwarzer Fonds verstößt gegen EU-Recht**

25.02.2009

Nach dem heute vom BFH veröffentlichten Urteil verstößt die pauschale Besteuerung von Erträgen aus im Inland nicht registrierten ausländischen Investmentfonds gem. § 18 Abs. 3 AuslInvestmG offensichtlich gegen europäisches Gemeinschaftsrecht und hier gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Einer Vorlage an den EuGH bedarf es insoweit nicht (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07).

Im Urteilsfall ging es um sog. schwarze Fonds Luxemburg, bei dem eine pauschale positive Gewinnbesteuerung erfolgte, obwohl die Kursentwicklung des Fonds negativ war. Nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG war pauschal 90 Prozent des Mehrwerts anzusetzen, der sich zwischen dem ersten und dem letzten Rücknahmepreis des Kalenderjahres ergab. Diese Erträge unterliegen als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Einkommensteuer. Hinzu kommen auch Zwischengewinne nach § 17 Abs. 2a AuslInvestmG. Hinsichtlich des Umfangs der Besteuerung von Erträgen differenziert das AuslInvestmG danach, ob

- die ausländischen Fonds im Inland registriert oder an einer deutschen Börse zum Handel zugelassen sind
- bestimmte weitere rechtliche Voraussetzungen erfüllt sind.

Während die Erträge weißer Fonds weitgehend wie inländische Anteile besteuert werden, gelten für nicht registrierte Fonds Sonderregelungen und hierüber eine schärfere Besteuerung beim Anleger. Diese für schwarze Fonds vorgeschriebene Pauschalbesteuerung ist unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht und verstößt offensichtlich gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs. Die für Inhaber von Anteilen an schwarzen Fonds geltende fiktive Bemessungsgrundlage der Kapitalerträge ist deshalb nicht anzuwenden.

Das EU-Recht verbietet alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs sowohl zwischen den Mitgliedsstaaten als auch zu dritten Ländern. Eine solche Beschränkung ist bereits dann gegeben, wenn staatliche Maßnahmen Anleger davon abzuhalten, ihr Kapital bei ausländischen Gesellschaften anzulegen (EuGH 23.10.2007, C-112/05, BB 2007, 2423; 6.3.2007, C-292/04).



Die Pauschalbesteuerung bei schwarzen Fonds benachteiligt im Inland ansässige Inhaber von Anteilen an ausländischen Investmentfonds insofern, als die Einkünfte aus diesen Fonds zwingend einer Pauschalbesteuerung unterworfen werden, wenn der ausländische Fonds die Besteuerungsgrundlagen nicht nachgewiesen und/oder keinen inländischen Vertreter bestellt hat, während die eine vergleichbare Pauschalbesteuerung für Inhaber von Anteilen an inländischen Investmentfonds nicht vorgesehen ist. Eine weitere Benachteiligung der Inhaber ausländischer Fondsanteile im Vergleich zu Anteilseignern inländischer Fonds ist darin zu sehen, dass bei Anteilseignern von "grauen" und "schwarzen" Fonds Veräußerungsgewinne der Fonds auch dann besteuert werden, wenn die Anteile im Privatvermögen gehalten werden.

Die Regelungen des AuslInvestmG sind deshalb geeignet, Investitionen in Investmentfonds mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat für inländische Anleger weniger attraktiv zu machen und diese von solchen Anlagen abzuhalten.

Zwar kann es für die inländischen Finanzbehörden schwieriger sein, die zutreffenden Besteuerungsgrundlagen bei Anteilen an ausländischen Fonds zu ermitteln oder zu schätzen. Dieser Umstand ändert jedoch nichts an der objektiven Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Dass dies auch der nationale Gesetzgeber jetzt so sieht, zeigen die Regelungen der §§ 5 und 6 InvStG, die eine Pauschalbesteuerung nicht nachgewiesener Erträge gleichermaßen für die Anteilsinhaber inländischer und ausländischer Investmentfonds vorschreiben.

Die Pauschalbesteuerung ist auch nicht geboten, um Steuerumgehungen zu vermeiden (Begründung des Gesetzesentwurfs zum AuslInvestmG, BT-Drucks V/3494, S. 26). § 18 AuslInvestmG bewirkt aber eine unzulässige Diskriminierung von Anteilseignern ausländischer Investmentfonds, indem er Erträge zwingend einer typisierenden Schätzung unterwirft, ohne dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit einzuräumen, entlastende Tatsachen vorzutragen. Bei Anteilseignern inländischer Investmentfonds sieht das KAGG keine vergleichbaren Sanktionen vor, wenn der Fonds seine Veröffentlichungs- und Nachweispflichten nicht erfüllt.

Die angeordnete Schlechterstellung der Inhaber von Anteilen ausländischer Investmentfonds ("schwarzer" und "grauer" Fonds) entspricht in der Ausgestaltung der Pauschalbesteuerung auch nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Pauschalbesteuerung ist nicht erforderlich, um eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip genügende Besteuerung der Erträge aus schwarzen Fonds zu erreichen. Bedenken bestehen insoweit insbesondere gegen die Koppelung der Mindestbesteuerung an den letzten Rücknahmepreis, die auch dann eingreift, wenn der Steuerpflichtige den Anteil erst kurz vor Ablauf des Jahres erworben hat oder wenn der Wert des Anteils im Lauf des Jahres gesunken ist. Dies kann im Einzelfall zu einer unzulässigen Substanzbesteuerung führen. Unverhältnismäßig ist auch die Pauschalbesteuerung des Zwischengewinns mit 20 Prozent des bei der Veräußerung oder Rückgabe des Anteils erzielten Entgelts.

Der BFH hält die Gemeinschaftsrechtsslage insoweit für eindeutig. Sie entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH und offenbar auch der Auffassung des nationalen Gesetzgebers, der im Investment-Modernisierungsgesetz die steuerliche Ungleichbehandlung der Erträge aus inländischem und ausländischem Investmentvermögen unter ausdrücklichem Hinweis auf die durch Art. 56 EG gewährleistete Kapitalverkehrsfreiheit beseitigt hat (BT-Drucks 15/1553, 120). Einer Vorlage an den EuGH bedarf es deshalb nicht.



Aufgrund des Anwendungsvorrangs der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten vor nationalem Recht haben die nationalen Behörden und Gerichte die dem EU-Recht entgegenstehenden diskriminierenden Regelungen des § 18 AuslInvestmG unangewendet zu lassen, ohne dass sie die vorherige Beseitigung dieser Norm durch den Gesetzgeber abwarten müssten (EuGH 19.9.2006, C-392/04 und C-422/04). Die Einkünfte aus den ausländischen Fonds sind vielmehr entsprechend den für inländische Fonds geltenden Regelungen des KAGG und des § 20 EStG festzustellen.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht,  
Rolfjosef Hamacher**

**Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
hamacher@axis.de**

**Rechtsanwalt,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,  
Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs**

**Fon 0211/43 83 560  
Fax 0211/43 83 5611  
fuchs@axis.de**

**Rechtsanwalt,  
Steuerberater,  
Dipl.-Finanzwirt Heinrich Bürmann**

**Fon 030/40502950  
Fax 030/405029599  
buermann@axis.de**

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.