Einkommensteuer
Europarechtliche Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Besteuerung von Erträgen aus "schwarzen" Fonds nach dem AuslInvestmG

EGV Art. 73b; EGV Art. 73c; EGV Art. 73d; EG Art. 56; EG Art. 57; EG Art. 58; AuslInvestmG § 17; AuslInvestmG § 18

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden folgende Rechtsfragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Steht die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) einer nationalen Regelung (hier: § 18 Abs. 3 AuslInvestmG), wonach für inländische Beteiligte an ausländischen Investmentfonds unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich zu den Ausschüttungen fiktive Einnahmen in Höhe von 90 v.H. der Differenz zwischen dem ersten und dem letzten Rücknahmepreis des Jahres, mindestens aber 10 v.H. des letzten Rücknahmepreises (oder des Börsen- oder Marktwerts) anzusetzen sind, bei Beteiligungen an Drittstaatenfonds deshalb nicht entgegen, weil die seit dem 31. Dezember 1993 im Wesentlichen unveränderte Regelung im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen im Sinne der Bestandsschutzregelung des Art. 73c Abs. 1 EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 Abs. 1 EG) steht?

Sofern die Frage 1 nicht bejaht wird:

2. Stellt die Beteiligung an einem solchen Investmentfonds mit Sitz in einem Drittland stets eine Direktinvestition i.S. des Art. 73c Abs. 1 EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 Abs. 1 EG) dar oder ist die Antwort hierauf davon abhängig, ob die Beteiligung dem Anleger aufgrund von nationalen Vorschriften des Sitzstaates des Investmentfonds oder aus anderen Gründen die Möglichkeit gibt, sich effektiv an der Verwaltung oder der Kontrolle des Investmentfonds zu beteiligen?

BFH Beschluss v. 06.08.2013 – VIII R 39/12

Vorinstanz:
FG Baden-Württemberg v. 27.2.2012 – 9 K 4048/09
I. Sachverhalt und Streitstand

Die verstorbene Mutter (M) der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) unterhielt in den Streitjahren unter anderem ein Depot bei der X Bank in Liechtenstein (X). In diesem befanden sich auch Anteile an Investmentfonds, die ihren Sitz auf den Kaimaninseln hatten. Diese Investmentfonds sind ihren Anzeige-, Zulassungs- und Nachweispflichten i.S. des § 17 Abs. 3 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (AuslInvestmG) in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) nicht nachgekommen. Sie bestellten auch keinen Vertreter des Investmentfonds i.S. des § 18 Abs. 2 Satz 3 AuslInvestmG. Aufgrund dessen gehörten die Fonds zu den sogenannten "schwarzen Fonds" i.S. des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG.

M erklärte erst in 2008 gegenüber dem Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt --FA--), dass sie in den Streitjahren unter anderem aus dem Depot bei der X weitere Kapitalerträge erwirtschaftet hatte und reichte berichtigte Steuererklärungen sowie Anlagen mit Berechnungen zur Höhe der Erträge aus dem liechtensteinischen Depot ein. Letztlich ermittelte M die Höhe der Erträge anhand von Unterlagen, welche die X zur Verfügung gestellt hatte, jedoch unter Anwendung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG.

Das FA änderte die Einkommensteuerbescheide 1997 bis 2003 antragsgemäß und setzte folgende Kapitalerträge für M aus dem liechtensteinischen Depot an:

1997	44.970,69 €
1998	63.779,07 €
1999	106.826,16 €
2000	94.999,24 €
2001	96.055,10 €
2002	100.157,99 €
2003	116.823,07 €

Dagegen legte M jeweils Einspruch ein. Zur Begründung berief sie sich auf die Europarechtswidrigkeit der Pauschalbesteuerung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit. Der Besteuerung seien nur tatsächliche Erträge zu Grunde zu legen, die notfalls zu schätzen seien. M begehrte den Ansatz ihrer Kapitalerträge nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 AuslInvestmG und stellte dem FA die dafür erforderlichen Unterlagen und Berechnungen zur Verfügung. Für die Jahre 1997 bis 2000 errechnete M den ausschüttungsgleichen Ertrag pro Fondsanteil in der Weise, dass die --aus den von der X zur Verfügung gestellten Jahresabschlüssen ersichtlichen-- Gesamtjahresgewinne/-fehlbeträge auf die Gesamtanteile heruntergerechnet wurden. Für die Jahre 2001 bis 2003 hat die X Erträgnisaufstellungen erstellt, in denen der ausschüttungsgleiche Ertrag je Anteil ausgewiesen ist. Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück.

Die Klage vor dem Finanzgericht (FG) hatte überwiegend Erfolg. Das FG war der Auffassung, dass § 18 Abs. 3 AuslInvestmG gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstoße, die auch für Drittstaaten gelte. Aufgrund dessen setzte das FG die von M ermittelten tatsächlichen Kapitalerträge für die Fonds der X wie folgt an:

1997	19.420,24 €
1998	24.377,89 €
1999	93.078,95 €
2000	-11.665,18 €
2001	43.080,07 €
2002	44.117,14 €
2003	48.463,86 €

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung von Bundesrecht durch die Nichtanwendung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG.

Das FA ist der Auffassung, dass die Regelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG jedenfalls deswegen anzuwenden ist, weil sie unter die Bestandsschutzregelung des Art. 73c Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --EGV-- (ab 1. Mai 1999 Art. 57 Abs. 1 des Vertrags von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte --EG--, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften --ABlEG-- 1997, Nr. C-340, 173) fällt. Zum einen sei § 18 Abs. 3 AuslInvestmG eine Norm im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen im Sinne der Bestandsschutzvorschrift. Denn das Verhalten des Fonds sei untrennbar mit der Besteuerung der Anleger

verbunden, sodass sich § 18 Abs. 3 AuslInvestmG nicht nur gegen den Anleger, sondern auch gegen den Investmentfonds selbst richte. Zum anderen sei die Beteiligung an einem Investmentfonds eine Direktinvestition.

Des Weiteren sei ein möglicher Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit jedenfalls im Interesse einer wirksamen Steueraufsicht oder Steuerkontrolle sowie zur Abwehr von Steuerumgehungen gerechtfertigt. Denn mit den Kaimaninseln habe --im Zeitraum der Streitjahre-- kein Abkommen über die Gewährung gegenseitiger Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiet der direkten Steuern bestanden. Folglich habe Deutschland keine Möglichkeit, die für die Besteuerung der kaimanischen Kapitalerträge erforderlichen Auskünfte einzuholen. Dies sei aber wegen der fehlenden eigenen Ermittlungsbefugnisse und im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie auf die Betrugsanfälligkeit im Bereich der Kapitaleinkünfte zwingend notwendig, um die maßgeblichen Besteuerungsgrundlagen ermitteln zu können.

Das FA beantragt,das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 27. Februar 2012 9 K 4048/09 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass § 18 Abs. 3 AuslInvestmG europarechtswidrig und daher nicht anwendbar sei. Die Bestandsschutzregelung des Art. 64 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --AEUV-- (Amtsblatt der Europäischen Union 2008, Nr. C-115, 47) sei im Streitfall nicht anwendbar. Zwar erbrächten die Fondsgesellschaften Finanzdienstleistungen. Allerdings stünden diese nicht im Zusammenhang mit Direktinvestitionen. Dieser Zusammenhang mit einer Direktinvestition sei jedoch die Grundvoraussetzung für alle Tatbestände der Bestandsschutzklausel. Bei Investitionen in Investmentfonds fehle dem Anleger die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Anlagepolitik. Zudem beteilige sich der Investor gerade nicht direkt an einem Unternehmen, sondern an einer Gesellschaft, die ihrerseits in Unternehmen investiere.

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ist dem Rechtsstreit beigetreten.

Das BMF vertritt die Auffassung, dass es im Streitfall bereits an einem Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit fehle. Zwar sehe das für inländische Investmentfonds damals geltende Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) eine pauschale Besteuerung --anders als § 18 Abs. 3 AuslInvestmG für ausländische Investmentfonds-- auch dann nicht vor, wenn ein Fonds seinen Anzeige- und Veröffentlichungspflichten nicht nachkomme. Jedoch befänden sich inländische Investmentfonds und solche aus Drittstaaten wegen der unterschiedlichen Regularien und Aufsichtssysteme nicht in einer objektiv vergleichbaren Lage.

Überdies greife die Bestandsschutzregelung des Art. 64 Abs. 1 AEUV im Streitfall. Denn eine Beteiligung an einem Investmentfonds sei zwar keine Direktinvestition, stelle aber eine Regelung im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen dar.

Hilfsweise ist das BMF der Auffassung, dass ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit jedenfalls gerechtfertigt sei. Insbesondere sei dies aus Gründen der wirksamen steuerlichen Kontrolle der Fall. Die effektive Durchsetzung von Steueransprüchen sei ein Rechtfertigungsgrund für eine pauschale Besteuerung von Erträgen aus Investmentfonds. Ohne die Vorschrift bestünde die Gefahr weißer Einkünfte. Des Weiteren betont das BMF, dass die Pauschalregelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG verhältnismäßig sei. Denn anders als der I. Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) meine, sei der Nachweis durch den Steuerpflichtigen, den die Finanzbehörden nicht überprüfen könnten, zumindest in Drittstaatenfällen nicht gleichermaßen geeignet wie die pauschale Besteuerung.

II. Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH)

Der Senat legt dem EuGH die o.g. Fragen zur Auslegung des Unionsrechts vor und setzt das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH aus.

1. Maßgebliche Vorschriften

Nach Auffassung des vorlegenden Senats sind folgende nationale und unionsrechtliche Normen von Bedeutung.

a) Nationale Vorschriften

aa) Vorschriften für die Besteuerung von Erträgen aus ausländischen Investmentfondsanteilen

§ 17 AuslInvestmG (Fassung vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003)

"(1) Die Ausschüttungen auf ausländische Investmentanteile sowie die von einem Vermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 (ausländisches Investmentvermögen) vereinnahmten nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Zinsen, Dividenden, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes sowie sonstigen Erträge (ausschüttungsgleiche Erträge) gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes, wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen oder Leistungen im Sinne des § 22 Nr. 5 Einkommensteuergesetzes sind; § 3 Nr. 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes sind nicht anzuwenden. Zu den Kosten gehören auch Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung, soweit diese die nach § 7 des Einkommensteuergesetzes zulässigen Beträge nicht übersteigen. Die ausschüttungsgleichen Erträge gelten außer in den Fällen des § 22 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen.

(2) Die Ausschüttungen auf ausländische Investmentanteile sind insoweit steuerfrei,

1. als sie Gewinne aus der Veräußerung von Wertpapieren und Bezugsrechten auf Anteile an Kapitalgesellschaften enthalten, es sei denn, daß es sich um Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes handelt, oder daß die Ausschüttungen Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen sind; § 3 Nr. 40 Einkommensteuergesetz und § 8b Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes sind nicht anzuwenden. Enthalten die Ausschüttungen Erträge aus der Veräußerung von Bezugsrechten auf Freianteile an Kapitalgesellschaften, so kommt die Steuerfreiheit insoweit nicht in Betracht, als die Erträge Kapitalerträge im Sinne des § 20 des Einkommensteuergesetzes sind;

2. als sie Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten enthalten, es sei denn, daß es sich um Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und 3, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes handelt, oder daß die Ausschüttungen Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen sind.

Den in den Ausschüttungen enthaltenen Gewinnen im Sinne der Nummern 1 und 2 stehen die hierauf entfallenden Teile des Ausgabepreises für ausgegebene Anteilscheine gleich.

(2a) Zu den Einkünften im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 gehört auch der Zwischengewinn. Zwischengewinn ist das Entgelt für die dem Inhaber der ausländischen Investmentanteile noch nicht zugeflossenen oder als zugeflossen geltenden

1. Einnahmen des ausländischen Investmentvermögens im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 mit Ausnahme der Nummer 2 Buchstabe a des Einkommensteuergesetzes, für die angewachsenen Ansprüche des ausländischen Investmentvermögens auf derartige Einnahmen sowie für die Gewinne des ausländischen Investmentvermögens aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes; die Ansprüche sind auf der Grundlage des § 20 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes zu bewerten;

2. Zwischengewinne des ausländischen Investmentvermögens;

3. Einnahmen des ausländischen Investmentvermögens aus Anteilen an inländischen Sondervermögen, soweit darin Erträge im Sinne des § 38b Abs. 1 Nr. 1 bis 4 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften enthalten sind;

4. Einnahmen des ausländischen Investmentvermögens aus ausländischen Investmentanteilen außer steuerfreien Veräußerungsgewinnen im Sinne des Absatzes 2;

5. zum Zeitpunkt der Rückgabe oder Veräußerung des ausländischen Investmentanteils oder der Abtretung der Ansprüche aus dem Anteil veröffentlichten Zwischengewinne von inländischen und ausländischen Investmentvermögen, an denen das ausländische Investmentvermögen Anteile hält.

Der Zwischengewinn gilt als in den Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von ausländischen Investmentanteilen oder aus der Abtretung der Ansprüche aus den Anteilen enthalten.

(2b) Auf die Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von ausländischen Investmentanteilen sind § 3 Nr. 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes nicht anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 bis 2a sind nur anzuwenden,

1. a) wenn die ausländische Investmentgesellschaft ihre Absicht, ausländische Investmentanteile im Geltungsbereich dieses Gesetzes im Wege des öffentlichen Anbietens, der öffentlichen Werbung oder in ähnlicher Weise zu vertreiben, der Behörde angezeigt hat (§ 7), seit dem Eingang der vollständigen Anzeige drei Monate verstrichen sind und die Behörde den Vertrieb im Zeitpunkt der Ausschüttung, bei ausschüttungsgleichen Erträgen im Zeitpunkt des Ablaufs des Geschäftsjahres, in dem sie als zugeflossen gelten, nicht untersagt hat (§§ 8, 10 Abs. 2), oder

b) wenn ausländische Investmentanteile, die an einer deutschen Börse zum amtlichen Handel oder zum geregelten Markt zugelassen sind, mit Ausnahme der von der Börse vorgeschriebenen Bekanntmachungen, nicht im Wege des öffentlichen Anbietens, der öffentlichen Werbung oder in ähnlicher Weise vertrieben werden (§ 1 Abs. 2), und wenn die ausländische Investmentgesellschaft einen Vertreter mit Sitz oder Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes bestellt hat, der sie gegenüber den Finanzbehörden und vor den Gerichten der Finanzgerichtsbarkeit vertreten kann, und

2. wenn die ausländische Investmentgesellschaft den Inhabern der ausländischen Investmentanteile bei jeder Ausschüttung, bei ausschüttungsgleichen Erträgen spätestens drei Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie als zugeflossen gelten, bezogen auf einen ausländischen Investmentanteil in deutscher Sprache bekanntmacht

a) den Betrag der Ausschüttung und der ausschüttungsgleichen Erträge,

b) die in der Ausschüttung enthaltenen Beträge an

aa) steuerfreien Veräußerungsgewinnen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1,

bb) steuerfreien Erträgen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 2,

cc) steuerfreien Veräußerungsgewinnen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 2, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zwei Jahre betragen hat,

dd) zur Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer berechtigenden Teilen der Ausschüttung,

ee) anzurechnender oder zu erstattender Kapitalertragsteuer und

3. wenn die ausländische Investmentgesellschaft den Zwischengewinn und die Summe der nach dem 31. Dezember 1993 dem Inhaber der ausländischen Investmentanteile als zugeflossen geltenden, noch nicht

dem Steuerabzug unterworfenen Erträge börsentäglich ermittelt und mit dem Rücknahmepreis veröffentlicht,

und die Richtigkeit dieser Angaben auf Anforderung nachweist."

§ 18 AuslInvestmG (Fassung vom 30. Dezember 1993 bis 31. Dezember 2000)

"(1) Sind die Voraussetzungen des § 17 nicht erfüllt, so gehören Ausschüttungen auf ausländische Investmentanteile sowie die von dem ausländischen Investmentvermögen vereinnahmten nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Zinsen, Dividenden, Erträge aus der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sonstigen Erträge und Veräußerungsgewinne (als ausgeschüttet zu behandelnde Erträge) sowie Zwischengewinne im Sinne des § 17 Abs. 2a zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Ziff. 1 des Einkommensteuergesetzes, wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen sind. Zu den Kosten gehören auch Absetzungen für Abnutzung oder Substanzverringerung, soweit diese die nach § 7 des Einkommensteuergesetzes zulässigen Beträge nicht übersteigen. Die als ausgeschüttet zu behandelnden Erträge gelten mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt worden sind, als ausgeschüttet und zugeflossen.

(2) Die in Absatz 1 genannten Besteuerungsgrundlagen sind nachzuweisen. Dem Nachweis dienende Unterlagen sind in deutscher Sprache abzufassen oder mit einer deutschen Übersetzung zu versehen. Die ausländische Investmentgesellschaft hat einen Vertreter mit Sitz oder Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu bestellen, der sie gegenüber den Finanzbehörden und vor den Gerichten der Finanzgerichtsbarkeit vertreten kann.

(3) Wird der Nachweis nicht einwandfrei erbracht oder kein Vertreter bestellt, sind beim Empfänger die Ausschüttungen auf ausländische Investmentanteile sowie 90 vom Hundert des Mehrbetrags anzusetzen, der sich zwischen dem ersten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis und dem letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreis eines ausländischen Investmentanteils ergibt; mindestens sind 10 vom Hundert des letzten im Kalenderjahr festgesetzten Rücknahmepreises anzusetzen. Wird ein Rücknahmepreis nicht festgesetzt, so tritt an seine Stelle der Börsen- oder Marktpreis. Der nach Satz 1 anzusetzende Teil des Mehrbetrages gilt mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres als ausgeschüttet und zugeflossen. Im Fall der Rückgabe oder Veräußerung von ausländischen Investmentanteilen oder der Abtretung der Ansprüche aus den Anteilen sind 20 vom Hundert des Entgelts für die Rückgabe, Veräußerung oder Abtretung anzusetzen."

bb) Vorschriften für die Besteuerung von Erträgen aus inländischen Investmentfondsanteilen

§ 38b KAGG (Auszug aus der Fassung vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003)

"(1) Von dem Teil der Einnahmen eines Wertpapier-Sondervermögens, der zur Ausschüttung auf Anteilscheine an dem Sondervermögen verwendet wird, wird eine Kapitalertragsteuer von dem ausgeschütteten Betrag erhoben, soweit darin enthalten sind …

… Die für den Steuerabzug von Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 und 8 sowie Satz 2 des Einkommensteuergesetzes geltenden Vorschriften des Einkommensteuergesetzes sind entsprechend anzuwenden. In der nach § 45a des Einkommensteuergesetzes zu erteilenden Bescheinigung ist der zur Anrechnung oder Erstattung von Kapitalertragsteuer berechtigende Teil der Ausschüttung gesondert anzugeben.

(2) Für den Teil der nicht zur Ausschüttung oder Kostendeckung verwendeten Einnahmen und Gewinne des Sondervermögens gilt Absatz 1 entsprechend. Die darauf zu erhebende Kapitalertragsteuer ist von dem ausgeschütteten Betrag einzubehalten.

(3) Werden die Einnahmen und Gewinne des Sondervermögens nicht zur Ausschüttung oder Kostendeckung verwendet, hat die Kapitalanlagegesellschaft den Steuerabzug vorzunehmen. § 44a des Einkommensteuergesetzes ist nicht anzuwenden. Im Übrigen gilt Absatz 1 entsprechend. Die Kapitalertragsteuer ist innerhalb eines Monats nach der Entstehung zu entrichten. Die

Kapitalanlagegesellschaft hat bis zu diesem Zeitpunkt eine Steuererklärung nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck abzugeben und darin die Steuer zu berechnen.

(4) Die Kapitalertragsteuer wird auch von Zwischengewinnen (§ 39 Abs. 2) erhoben. Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(5) Von den Ausschüttungen und den nicht zur Ausschüttung oder Kostendeckung verwendeten Einnahmen eines Wertpapier-Sondervermögens wird ein Steuerabzug vom Kapitalertrag in Höhe von 20 vom Hundert vorgenommen, soweit darin enthalten sind …"

§ 39 KAGG (Auszug aus der Fassung vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003)

"(1) Die Ausschüttungen auf Anteilscheine an einem Wertpapier-Sondervermögen sowie die von einem Wertpapier-Sondervermögen nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Einnahmen im Sinne des § 20 des Einkommensteuergesetzes und Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes, wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen oder Leistungen im Sinne des § 22 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes sind; § 3 Nr. 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes sind, außer in den Fällen des § 40 Abs. 2, nicht anzuwenden. Die nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Einnahmen und Gewinne gelten außer in den Fällen des § 22 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes mit Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen.

(2) Zu den Einkünften im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 gehört auch der Zwischengewinn. …

… Der Zwischengewinn gilt als in den Einnahmen aus der Rückgabe oder Veräußerung von Anteilscheinen an einem Wertpapier-Sondervermögen oder aus der Abtretung der in den Anteilscheinen verbrieften Ansprüche enthalten."

§ 41 KAGG (Auszug aus der Fassung vom 25. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2003)

"(1) Die Kapitalanlagegesellschaft hat den Anteilscheininhabern bei jeder Ausschüttung bezogen auf einen Anteilschein an dem Wertpapier-Sondervermögen bekannt zu machen

den Betrag der Ausschüttung;

die in der Ausschüttung enthaltenen …

… (2) Die Kapitalanlagegesellschaft hat auf Anforderung des für ihre Besteuerung nach dem Einkommen zuständigen Finanzamts den Nachweis über die Höhe der ausländischen Einkünfte und über die Festsetzung und Zahlung der ausländischen Steuern durch Vorlage entsprechender Urkunden, zum Beispiel Steuerbescheid, Quittung über die Zahlung, zu führen. Sind diese Urkunden in einer fremden Sprache abgefasst, so kann eine beglaubigte Übersetzung in die deutsche Sprache verlangt werden.

(3) Wird der Betrag einer anrechenbaren Steuer nach der Bekanntmachung im Sinne des Absatzes 1 erstmalig festgesetzt, nachträglich erhöht oder ermäßigt oder hat die Kapitalanlagegesellschaft einen solchen Betrag in unzutreffender Höhe bekannt gemacht, so hat die Kapitalanlagegesellschaft die Unterschiedsbeträge bei der im Zusammenhang mit der nächsten Ausschüttung vorzunehmenden Ermittlung der anrechenbaren Steuerbeträge auszugleichen.

(4) Die Kapitalanlagegesellschaft hat börsentäglich den Zwischengewinn (§ 39 Abs. 2) zu ermitteln; sie hat ihn mit dem Rücknahmepreis zu veröffentlichen.

(5) Die Kapitalanlagegesellschaft hat börsentäglich den Vomhundertsatz des Wertes des Anteils zu ermitteln, der auf die in dem Veräußerungsgewinn enthaltenen Bestandteile im Sinne des § 40a Abs. 1 entfällt; sie hat ihn mit dem Rücknahmepreis zu veröffentlichen."

§ 42 KAGG (Fassung vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003)

"Die Vorschriften des § 40 Abs. 3 bis 5 und des § 41 mit Ausnahme des Absatzes 1 Nr. 2 Buchstabe a, c, e und f gelten sinngemäß für die in § 38b Abs. 2, 3 und 5, § 39 Abs. 1 Satz 2 und § 39b bezeichneten Einnahmen des Wertpapier-Sondervermögens, die nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendet werden. Die Angaben im Sinne des § 41 Abs. 1 sind spätestens drei Monate nach Ablauf des Geschäftsjahrs bekannt zu machen."

b) Unionsrecht

Art. 73b EGV, ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG (jetzt Art. 63 AEUV)

"(1) Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten. …"

Art. 73c EGV, ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG (jetzt Art. 64 AEUV)

"(1) Art. 73 b berührt nicht die Anwendung derjenigen Beschränkungen auf dritte Länder, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher oder gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. …"

2. Notwendigkeit der Klärung der Vorlagefragen durch den EuGH

Die Entscheidung über die Revision ist von der Beantwortung der oben genannten Vorlagefragen abhängig. Sofern die erste oder die erste Alternative der zweiten Frage zu bejahen ist, ist das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Anderenfalls ist die Revision des FA zurückzuweisen. Der Senat neigt der Auffassung zu, dass die Revision unbegründet ist. Denn die Voraussetzungen der Bestandsschutzklausel des Art. 73c EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG) dürften nicht vorliegen (a). Im Übrigen ist die Norm des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG offensichtlich nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) zu vereinbaren (b).

a) Nach Art. 73c EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG) berührt das Verbot von Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs i.S. des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) nicht die Anwendung solcher Beschränkungen auf Drittstaaten, die am 31. Dezember 1993 aufgrund einzelstaatlicher Rechtsvorschriften oder aufgrund von Rechtsvorschriften der Union für den Kapitalverkehr mit Drittstaaten im Zusammenhang mit Direktinvestitionen einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen.

aa) Die Norm des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG bestand in den Streitjahren seit 31. Dezember 1993 im Wesentlichen unverändert. Das AuslInvestmG vom 28. Juli 1969 enthielt bereits § 18 Abs. 3 Sätze 1 bis 3. Lediglich die pauschale Besteuerung von Zwischengewinnen (§ 18 Abs. 3 Satz 4 AuslInvestmG) wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung des Mißbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 1993, 2310), im Bundesgesetzblatt am 29. Dezember 1993 bekanntgemacht, nachträglich ergänzt.

bb) Die Investmentfonds der M stammen von den Kaimaninseln und damit einem Drittland im Verhältnis zum Gemeinschaftsgebiet. Die Fonds wurden zulassungs- und aufsichtsrechtlich auf den Kaimaninseln errichtet. Denn dort hatten die Verwaltungsgesellschaften der Investmentfonds ihren Sitz.

cc) Der Senat hat Zweifel, ob § 18 Abs. 3 AuslInvestmG im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen steht. Der EuGH hat --soweit ersichtlich-- bisher nicht definiert, was eine solche Regelung kennzeichnet. Auch in der Nomenklatur finden sich keine Hinweise. Jedoch neigt der vorlegende Senat zu der Auffassung, dass der Anwendungsbereich der Bestandsschutzklausel als Ausnahme von der Kapitalverkehrsfreiheit generell eng zu fassen ist. Nach Auffassung des I. Senats des BFH stehen nur solche Normen im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen, die sich an den Finanzdienstleister selbst richten und die Voraussetzungen oder die Art und Weise der Leistungserbringung regeln. Jedenfalls können nach Auffassung des I. BFH-Senats Rechtsvorschriften,

die die Besteuerung der Anleger an solchen Finanzprodukten zum Gegenstand haben, nicht gemeint sein (BFH-Urteil vom 25. August 2009 I R 88, 89/07, BFHE 226, 296).

Da die Auslegung des Art. 73c EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG) und damit einer Vorschrift des primären Gemeinschaftsrechts in erster Linie dem EuGH obliegt, legt der Senat die erste Frage zur Vorabentscheidung vor.

dd) Der vorlegende Senat hat zudem erhebliche Zweifel, ob die Norm des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG im Zusammenhang mit einer Direktinvestition steht. Die Zweifel ergeben sich aus einer möglichen Diskrepanz zwischen der Definition in der Nomenklatur im Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Art. 67 des Vertrages --Richtlinie 88/361/EWG-- (ABlEG 1988, Nr. L 178/5) sowie der bisherigen Rechtsprechung des EuGH einerseits und einem Judikat der 3. Kammer des EuGH vom 7. Juni 2012 C-39/11 (Recht der Internationalen Wirtschaft --RIW-- 2012, 554) andererseits.

aaa) Nach I.2 im Anhang I der o.g. Nomenklatur gehören zu den Direktinvestitionen Beteiligungen an neuen oder bereits bestehenden Unternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter Wirtschaftsbeziehungen. Unter "Begriffsbestimmungen" wird näher ausgeführt, dass es sich um Investitionen jeder Art durch natürliche Personen, Handels-, Industrie- oder Finanzunternehmen zur Schaffung oder Aufrechterhaltung dauerhafter und direkter Beziehungen zwischen denjenigen, die die Mittel bereitstellen, und den Unternehmern oder Unternehmen, für die die Mittel zum Zwecke einer wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sind, handeln könne. Der Begriff der Direktinvestitionen sei also im weitesten Sinne gemeint. Jedoch sei bei den unter I.2 im Anhang I der Nomenklatur genannten Unternehmen, die als Aktiengesellschaften betrieben werden, eine Beteiligung im Sinne einer Direktinvestition nur dann vorhanden, wenn das im Besitz einer natürlichen Person oder eines anderen Unternehmens oder sonstigen Inhabers befindliche Aktienpaket entweder nach den bestehenden nationalen Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften oder aus anderen Gründen den Aktieninhabern die Möglichkeit gebe, sich tatsächlich an der Verwaltung dieser Gesellschaft oder an deren Kontrolle zu beteiligen.

Diese Definition hat der EuGH bisher in seiner Rechtsprechung zur Bestandsschutzklausel des Art. 73c EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG) übernommen (EuGH-Urteil vom 20. Mai 2008 C-194/06 "Orange European Smallcap Fund", Slg 2008, I-3747 Rz 101 f.). Danach käme es im Vorlagefall bereits darauf an, ob nach Auffassung des EuGH ein Investmentfonds als Organismus für gemeinsame Anlagen überhaupt ein taugliches, nämlich wirtschaftlich tätiges Beteiligungsvehikel ist. Selbst wenn man dies noch bejahen sollte, müsste nach der bisher zu Grunde gelegten Definition der einzelne Anleger die Möglichkeit haben, sich an der Verwaltung oder Kontrolle des Investmentfonds zu beteiligen, wenn es sich um eine Direktinvestition handeln soll. Dies dürfte nach Auffassung des Senats dem Zweck eines Investmentfonds, seine Anlageentscheidungen unabhängig vom Willen des Anlegers zu treffen, regelmäßig widersprechen. Die Beteiligung an einem Investmentfonds reicht für sich allein nicht aus, um eine Rechtsbeziehung zu den Gesellschaften, in welche der Investmentfonds investiert, zu begründen.

bbb) Demgegenüber hat der EuGH im Urteil in RIW 2012, 554 zur Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV erkannt, dass der Erwerb von Anteilscheinen eines Kapitalanlagefonds eine Direktinvestition in Form einer Beteiligung an einem Finanzunternehmen ist. Weitere Ausführungen, wodurch die erforderliche (effektive) Einflussnahme auf die Verwaltung oder die Kontrolle der Gesellschaft im konkreten Fall erreicht wurde, finden sich in dieser Entscheidung nicht.

ccc) Der anfragende Senat hat Zweifel, ob sich diese Entscheidung ohne weiteres auf die Auslegung des Begriffs der Direktinvestition im Rahmen der Bestandsschutzklausel übertragen lässt. Zum einen diente die Einordnung des Anteilserwerbs als Direktinvestition in dem vom EuGH entschiedenen Fall lediglich der Zuordnung zum Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit. Dieser ist grundsätzlich weit zu fassen. Dagegen ist die Bestandsschutzregelung als Ausnahme vom Verbot des freien Kapitalverkehrs eng auszulegen. Folglich müsste der Begriff der Direktinvestition im Sinne der Bestandsschutzregelung ein anderer sein, als ihn der EuGH in dem genannten Urteil in RIW 2012, 554 zugrunde gelegt hat.

Zum anderen zitiert der EuGH als Beleg für seine Auffassung Entscheidungen zum Erwerb von Aktien (EuGH-Urteile vom 4. Juni 2002 C-483/99 "Kommission/Frankreich", Slg. 2002, I-4781 Rz 37, und C-503/99 "Kommission/Belgien", Slg. 2002, I-4809 Rz 38). Die Stellung eines Aktionärs entspricht rechtlich jedoch grundsätzlich nicht jener eines Anteilsinhabers an einem Investmentfonds. Gerade im Hinblick auf die auch im internationalen Vergleich bestehenden besonderen Strukturen von Investmentfonds dürfte eine Einflussnahme des Anlegers auf die Verwaltung des Investmentvermögens regelmäßig nicht gegeben sein. So hat der Anteilsinhaber etwa von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Sinne der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte OGAW (ABlEG 1985, Nr. L-375, 3) in der durch die Richtlinie 2001/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 (ABlEG 2002, Nr. L-41, 35) geänderten Fassung lediglich einen Anspruch auf Rücknahme seiner Anteile zum Gegenwartswert.

ddd) Der vorlegende Senat geht aus den dargestellten Gründen davon aus, dass eine Direktinvestition im Sinne der Bestandsschutzklausel des Art. 73c EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 57 EG) weiterhin die konkrete Möglichkeit der Einflussnahme des Anlegers auf die Verwaltung oder die Kontrolle der Beteiligungsgesellschaft --hier des Investmentfonds-- voraussetzt. Dies müsste nach dem konkreten Aufsichtsrecht für Investmentfonds der Kaimaninseln zu entscheiden sein. Wegen der jüngeren Entscheidung des EuGH in RIW 2012, 554 kann jedoch nicht von einer geklärten oder offensichtlichen Rechtslage im Sinne eines acte clair ausgegangen werden (EuGH-Urteil vom 6. Oktober 1982 C-283/81 "Cilfit", Slg. 1982, 3415). Aus diesem Grund legt der Senat dem EuGH die zweite Rechtsfrage zur Vorabentscheidung vor.

b) Sollte der EuGH die Auffassung des Senats teilen, dass die Voraussetzungen der Bestandsschutzklausel im Streitfall nicht erfüllt sind, wäre die Revision des FA unbegründet. Denn nach Auffassung des vorlegenden Senats ist die pauschale Besteuerung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG und der damit verbundene generelle Ausschluss der Möglichkeit des Anlegers, seine tatsächlichen Erträge nachzuweisen, wenn der Investmentfonds die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 AuslInvestmG nicht erfüllt und keinen inländischen Vertreter gemäß § 18 Abs. 2 AuslInvestmG bestellt hat, offensichtlich nicht mit der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) vereinbar. Die Regelung stellt einen Eingriff in den Kapitalverkehr dar, der nicht gerechtfertigt ist.

aa) Mangels Definition des Kapitalverkehrs i.S. des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) kommt nach der Rechtsprechung des EuGH der Nomenklatur im Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG Hinweischarakter zu (EuGH-Urteil "Orange European Smallgroup Fund" in Slg. 2008, I-3747 Rz 100). "Kapitalbewegungen" i.S. des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) sind danach unter anderem Geschäfte mit Anteilsscheinen von OGAW. Zu diesen Geschäften gehören der Erwerb von börslich oder außerbörslich gehandelten Anteilsscheinen durch Gebietsansässige oder Gebietsfremde. OGAW haben nach der Nomenklatur und den zugehörigen Begriffsbestimmungen unter anderem den Zweck, von ihnen beschaffte Gelder nach dem Grundsatz der Risikostreuung für gemeinsame Rechnung in Wertpapieren oder anderweitig anzulegen. Die Organismen können die Vertragsform (von einer Verwaltungsgesellschaft verwaltete Investmentfonds), die Form des Trust oder die Satzungsform (Investmentgesellschaft) haben (Anhang I der Richtlinie 88/361/EWG unter "Begriffsbestimmungen"). Die Kapitalverkehrsfreiheit gilt auch gegenüber dritten Staaten (Art. 73b EGV, ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG).

bb) Die Regelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG beschränkt den Kapitalverkehr.

aaa) Jedwede Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten oder zwischen Mitgliedstaaten und dritten Ländern ist nach Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) verboten. Eine Beschränkung des Kapitalverkehrs liegt dann vor, wenn staatliche Maßnahmen für die Kapitaleinfuhr oder -ausfuhr abweichende --im Vergleich mit dem inländischen Kapitalverkehr nachteilige-- Regelungen vorsehen und deshalb geeignet sind, Steuerpflichtige davon abzuhalten, ihr Kapital bei ausländischen Gesellschaften anzulegen (EuGH-Urteil vom 16. März 1999 C-222/97 "Trummer und Mayer", Slg. 1999, I -1661 Rz 26).

bbb) Die pauschalen Besteuerungstatbestände des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG beschränken den Kapitalverkehr i.S. des Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG; BFH-Urteil in BFH/NV 2009, 2047 zur Beschränkung des Kapitalverkehrs mit dritten Staaten). Zum einen gilt das AuslInvestmG für alle Fonds, die nicht dem deutschen Aufsichtsrecht unterstehen (§ 1 Abs. 1 AuslInvestmG). Zum anderen sind die pauschalen Regelungen geeignet, deutsche Anleger von Investitionen in ausländische "schwarze" Fonds wegen der ungleichen Besteuerung abzuhalten. Denn Anleger von inländischen Investmentfonds, die ihre thesaurierten Erträge nicht nachweisen, werden regelmäßig geringer besteuert als Anleger ausländischer Fonds, welche die Anforderungen der §§ 17, 18 Abs. 1 AuslInvestmG nicht erfüllt haben.

(1) Die Regelungen des KAGG, insbesondere §§ 39 ff. KAGG, sehen für inländische Investmentfonds in keinem Fall eine Pauschalbesteuerung von nicht ausgeschütteten Erträgen und Zwischengewinnen vor. Werden die erforderlichen Nachweise über Kapitalerträge aus inländischen Fonds nicht erbracht, sind diese daher nach § 162 der Abgabenordnung (AO) zu schätzen.

(2) Anders stellt sich der rechtliche Rahmen bei Erträgen aus ausländischen "schwarzen" Fonds dar. Denn die Anwendung der Pauschalregelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG für nicht ausgeschüttete Erträge und für Zwischengewinne ist zwingend. Der Gegenbeweis zum pauschal ermittelten Wert anhand tatsächlicher Zahlen ist gesetzlich ausgeschlossen (BFH-Urteil vom 18. November 2008 VIII R 24/07, BFHE 223, 398, BStBl II 2009, 518).

cc) Die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ist nicht gerechtfertigt. Weder liegt ein Fall des Art. 73d EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 EG) vor, noch erlauben zwingende Gründe des Allgemeininteresses diese pauschale Besteuerung bestimmter Kapitalerträge.

aaa) § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ist keine zulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs im Sinne der sog. Steuerklausel des Art. 73d EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 EG).

(1) Nach Art. 73d Abs. 1 EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 Abs. 1 EG) berührt Art. 73b EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 56 EG) unter anderem nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln. Als Ausnahme zur Kapitalverkehrsfreiheit ist die Norm generell eng auszulegen (EuGH-Urteil vom 17. Januar 2008 C-256/06 "Jäger", Slg. 2008, I-123 Rz 40). Zudem schränkt Abs. 3 des Art. 73d EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 Abs. 3 EG) die Möglichkeit der zulässigen Diskriminierung in Art. 73d Abs. 1 Buchst. a EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 Abs. 1 Buchst. a EG) wieder ein. Danach dürfen die nationalen Bestimmungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des freien Kapitalverkehrs sein. Folglich ist eine nationale Steuerregelung, die nach dem Ort der Kapitalanlage unterscheidet, erst dann zulässig, wenn die unterschiedlich behandelten Sachverhalte objektiv auch unterschiedlich sind (EuGH-Urteile vom 7. September 2004 C-319/02 "Manninen", Slg. 2004, I-7477 Rz 29; vom 8. September 2005 C-512/03 "Blanckeart", Slg. 2005, I-7685 Rz 42).

(2) Nach diesen Maßstäben rechtfertigt Art. 73d Abs. 1 Buchst. a EGV (ab 1. Mai 1999 Art. 58 Abs. 1 Buchst. a EG) nicht die pauschale Besteuerung ausländischer "schwarzer" Fonds. Denn es werden vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich behandelt.

(1.1) Die (inländischen) Anleger, die sich an ausländischen Investmentfonds beteiligen, unterscheiden sich lediglich durch den Sitz des jeweiligen Investmentfonds von (inländischen) Anlegern, die sich an inländischen Investmentfonds beteiligen. Denn die Anleger erzielen aus diesen vergleichbaren Kapitalbeteiligungen auch vergleichbare Kapitalerträge. Diese Vergleichbarkeit sieht auch der Gesetzgeber. Sowohl die inländischen als auch die ausländischen Investmentfonds unterliegen umfangreichen und nahezu identischen Nachweis- und Bekanntmachungspflichten in Bezug auf die Besteuerungsgrundlagen für die Anleger (§§ 41, 42 KAGG für inländische Investmentfonds, § 17 Abs. 3 Nr. 2 und 3 a.E. AuslInvestmG für ausländische Investmentfonds). An der objektiven Vergleichbarkeit zwischen Anlegern an inländischen und solchen an ausländischen Fonds fehlt es auch dann nicht, wenn die Fonds den gesetzlichen Nachweis- und Bekanntmachungspflichten nicht nachkommen. Allein die Tatsache, dass nur die inländischen Investmentfonds der deutschen Besteuerungsaufsicht unterliegen

(Lübbehüsen in Brinkhaus/Scherer, KAGG, AuslInvestmG, § 41 KAGG Rz 5), ändert an dieser Beurteilung nichts. Auch wenn der Finanzverwaltung gegenüber inländischen Investmentfonds Zwangsmittel zur Verfügung stehen, ist es möglich, dass inländische Fonds dennoch keine für die Besteuerung der Anleger notwendigen Unterlagen bereitstellen. Der grundsätzlichen Vergleichbarkeit inländischer und ausländischer Investmentfonds steht auch nicht entgegen, dass es für die Finanzbehörden schwieriger sein kann, die Erträge von ausländischen Fonds zu ermitteln oder zu schätzen (BFH-Urteil in BFHE 223, 398, BStBl II 2009, 518). Das Verfahrensrecht statuiert die Schätzung als Regelfall bei Auslandssachverhalten (§§ 90 Abs. 2, 162 Abs. 2 Satz 1 AO).

(1.2) Gleichwohl kommt es bei Verstößen der Investmentfonds gegen ihre Veröffentlichungspflichten zu verschiedenen Rechtsfolgen bei den betreffenden Anlegern. Handelt es sich um einen inländischen Investmentfonds, muss das Finanzamt des Anlegers die Erträge selbst ermitteln oder gegebenenfalls nach § 162 AO schätzen. Eine Regelung über eine pauschale Besteuerung unter Ausschluss des Gegenbeweises findet sich im KAGG nicht. Dagegen greift bei einem Anleger an einem ausländischen "schwarzen" Fonds stets § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ein, der jeglichen Nachweis der Erträge und deren Schätzung ausschließt.

bbb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit durch § 18 Abs. 3 AuslInvestmG rechtfertigen könnten, liegen nicht vor. Insbesondere führt das gesetzgeberische Ziel, die Wirksamkeit der steuerlichen Überwachung sicherzustellen und Steuerflucht zu bekämpfen (vgl. Gesetzentwurf zum AuslInvestmG, BTDrucks V/3494, S. 26), nicht zur Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG (BFH-Urteil in BFHE 223, 398, BStBl II 2009, 518).

(1) Nach der Rechtsprechung des EuGH können die Erfordernisse der wirksamen Steueraufsicht und Steuerkontrolle Einschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen (EuGH-Urteile vom 15. Mai 1997 C-250/95 "Futura Participations und Singer", Slg. 1997, I-2471 Rz 31; vom 28. Oktober 1999 C-55/98 "Vestergaard", Slg. 1999, I-7641 Rz 23; vom 15. Juli 2004 C-315/02 "Lenz", Slg. 2004, I-7063 Rz 45; vom 29. März 2007 C-347/04 "Rewe Zentralfinanz", Slg. 2007, I-2647, BStBl II 2007, 492 Rz 55). Daher ist es dem Grunde nach nicht zu beanstanden, wenn ein Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen trifft, um die tatsächliche Erfassung der Besteuerungsgrundlagen sicherzustellen. Dazu ist auch eine pauschale Besteuerung von thesaurierten Erträgen aus Investmentfonds denkbar, wenn die Investmentfonds nicht die zur Besteuerung der Erträge bei den Anteilsinhabern erforderlichen Zahlen in Deutschland bekanntmachen. Ein derart umfassender Ausschluss des Einzelnachweises durch den Anleger könnte allerdings nur dann zur Ermittlung der Höhe der Kapitalerträge geeignet sein, wenn die tatsächlichen Zahlen trotz der fehlenden Veröffentlichung durch den Investmentfonds nicht in sonstiger Weise beschafft werden können.

Entgegen der Auffassung des BMF ist gerade nicht in jedem Fall von Erträgen aus ausländischen "schwarzen" Fonds von Anfang an klar, dass ein Nachweis der tatsächlichen thesaurierten Erträge des Fonds unmöglich ist. Die Erträge basieren auf tatsächlichen Geschäftsvorfällen der Investmentfonds. Insofern könnten diese Fonds stets, wenn auch mit aufwendigen Verfahren, aus den in sämtlichen Staaten aufzuzeichnenden Geschäftszahlen die nach Maßgabe des deutschen Steuerrechts erforderlichen Zahlen ermitteln. Dies zeigt im Übrigen auch der vorliegende Fall, in welchem unstreitig ein in den Streitjahren "schwarzer" Fonds die Zahlen der Streitjahre nachgeliefert hat. Das FG hat bindend festgestellt, dass diese Zahlen den tatsächlichen Erträgen i.S. des § 17 AuslInvestmG entsprechen.

(2) Zu einer wirksamen Steueraufsicht und Steuerkontrolle gehört allerdings auch die Möglichkeit der Finanzverwaltung, die Richtigkeit der Angaben des Steuerpflichtigen zu verifizieren (EuGH-Urteil vom 28. Oktober 2010 C-72/09 "Etablissements Rimbaud", Slg. 2010, I-10659). Diese Möglichkeit besteht unter den Mitgliedstaaten der EU stets und im Verhältnis zu dritten Staaten dann, wenn eine Amtshilfe im Sinne der Richtlinie 77/799/EWG des Rates vom 19. Dezember 1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern (ABlEG 1977 Nr. L 336/15) zwischen Deutschland und dem Staat des betreffenden Investmentfonds vereinbart ist (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2009, 2047). Folglich können nationale Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit nur zulässig sein, wenn eine entsprechende Verpflichtung zur gegenseitigen

Amtshilfe nicht besteht (EuGH-Urteil vom 5. Mai 2011 C-267/09 "Kommission/ Portugal", Slg. 2011, I-3197 Rz 55).

(3) Für die unionsrechtliche Überprüfung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ist das Nichtbestehen eines Amtshilfeabkommens zwischen Deutschland und den Kaimaninseln in den Streitjahren jedoch unbeachtlich. Denn diese Vorschrift knüpft die Pauschalbesteuerung gerade nicht an die fehlende Gewährung von Amtshilfe. Wegen der insoweit fehlenden Differenzierung ist die Norm des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG insgesamt ungeeignet, eine zutreffende Besteuerung der Anleger sicherzustellen. Der generelle Ausschluss der Möglichkeit zur Aufklärung des Sachverhalts durch den Anleger --in welcher Form auch immer-- ist daher nicht im Interesse einer wirksamen Steueraufsicht und Steuerkontrolle zu rechtfertigen.

(4) Jedenfalls ist die Rechtsfolge des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG unverhältnismäßig. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt eine Norm nach der Rechtsprechung des EuGH, wenn sie geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das dazu Erforderliche hinausgeht. Dabei muss die Verhältnismäßigkeit einer nationalen Regelung auch in Drittstaaten-Konstellationen gewahrt werden (EuGH-Urteil vom 18. Dezember 2007 C-101/05 "A", Slg. 2007, I-11531 Rz 56). Gemessen an dem gesetzgeberischen Ziel, die steuerliche Überwachung sicherzustellen und Steuerflucht zu bekämpfen, geht die Norm des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG, die den Einzelnachweis der Erträge und ihre Schätzung nach § 162 AO ausschließt, wegen ihrer Geltung für sämtliche "schwarzen" Investmentfonds und wegen der Höhe der pauschalen Besteuerung deutlich über das Erforderliche hinaus. Die Regelung erreicht das vom Gesetzgeber gewollte weitere Ziel, eine zu geringe Besteuerung zu vermeiden, durch Anordnung einer Übermaßbesteuerung in Gestalt einer Pauschalbesteuerung (BTDrucks V/3494, S. 16 f.). Um die steuerliche Überwachung sicherzustellen, hätte es indes genügt, die Besteuerung von Erträgen aus Investmentanteilen in Abhängigkeit von den tatsächlichen Nachweisen des Anlegers sowie den rechtlichen Überprüfungsmöglichkeiten der Finanzbehörden durch Amtshilfeabkommen zu regeln. Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG differenziert aber gerade nicht in dieser Weise, sondern bestraft sämtliche ausländischen Investmentfonds, die ihren formalen Nachweis- und Bekanntgabepflichten nicht nachgekommen sind, mit einer Übermaß-Pauschalbesteuerung der Anleger, und zwar unabhängig davon, ob es sich um OGAW aus einem Vertragsstaat handelt, einen Investmentfonds aus dem Europäischen Wirtschaftsraum oder einen solchen aus einem Drittstaat, mit dem Deutschland kein Amtshilfeabkommen abgeschlossen hat.

Aufgrund dessen kann der Senat dahinstehen lassen, ob eine differenzierende Norm der oben beschriebenen Art, die eine Pauschalbesteuerung vorsieht (ggf. in bestimmter Höhe), verhältnismäßig wäre.

dd) Der anfragende Senat hält den Verstoß des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG gegen die Kapitalverkehrsfreiheit auch im Hinblick auf Drittstaaten ebenso wie der I. Senat des BFH (Urteil in BFHE 226, 296) für offensichtlich, sodass er eine Vorlage dieser Frage unter Hinweis auf das EuGH-Urteil "Cilfit" in Slg. 1982, 3415 nicht für erforderlich hält. Die Auffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 73b ff. EGV und Art. 56 ff. EG und offenbar auch der Auffassung des nationalen Gesetzgebers, der im Investmentmodernisierungsgesetz vom 15. Dezember 2003 (BGBl I 2003, 2676) die steuerliche Ungleichbehandlung der Erträge aus inländischem und ausländischem Investmentvermögen unter ausdrücklichem Hinweis auf die durch Art. 56 EG gewährleistete Kapitalverkehrsfreiheit beseitigt hat (vgl. BTDrucks 15/1553, S. 120). Die daraufhin eingeführte Norm des § 6 des Investmentsteuergesetzes unterscheidet prima facie nicht mehr nach dem Herkunftsstaat des Investmentfonds, sondern belegt sämtliche inländischen und ausländischen "schwarzen" Investmentfonds, die ihre formalen Nachweis- und Bekanntmachungspflichten nicht erfüllt haben, mit einer pauschalen (Straf-)Besteuerung. Selbst diese Nachfolgeregelung des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ist jedoch wegen einer möglichen verdeckten Diskriminierung von ausländischen Investmentfonds Gegenstand eines anhängigen Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH (C-326/12).

3. Rechtsgrundlage für die Anrufung des EuGH ist Art. 267 AEUV.

4. Die Aussetzung des Verfahrens beruht auf § 121 Satz 1 i.V.m. § 74 der Finanzgerichtsordnung.

© Verlag Dr. Otto Schmidt KG