



**Besteuerung von Kapitaleinkünften in Deutschland:  
Der Bundesfinanzhof bestätigt im Bezug auf Fondserträge aus Drittstaaten die Verfassungsmäßigkeit der Pauschalbesteuerung nach § 18 Abs. 3 S. 1 und S. 4 AuslInvestmG**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 28. Juli 2015, Az.: VIII R 2/09, veröffentlicht am 09. Dezember 2015, die Verfassungsmäßigkeit der Pauschalbesteuerung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 und Satz 4 Auslandinvestmentgesetz (AuslInvestmG) begrenzt auf ihren Anwendungsbereich von Erträgen aus Investmentfonds mit Sitz im Drittland bestätigt. Der BFH führt aus, dass die Norm im Bezug auf Drittstaatenfonds weder den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletze, noch die Pauschalbesteuerung zu einer gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßenden Übermaßbesteuerung führe.

Wie der EuGH bereits mit Urteil Wagner-Raith vom 21. Mai 2015 C-560/13 entschieden hat, ist § 18 Abs. 3 AuslInvestmG im Verhältnis zu Drittstaaten aufgrund der „Standstill-Klausel“ des Art. 64 AEUV nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.

Darüber hinaus führt der BFH in seiner aktuellen Entscheidung aus, dass zwischen dem AuslInvestmG und dem InvStG gewichtige Unterschiede bestünden und die Besteuerung nach dem InvStG im Ergebnis zu einer Verschärfung der Pauschalbesteuerung geführt habe.

**Kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG**

Die pauschalisierte Besteuerung nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG verstößt nach Ansicht des BFH nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, soweit sie auf im Drittland ansässige Investmentfonds anzuwenden ist.

Zwar sei die Ungleichbehandlung evident, dem Gesetzgeber stehe aber unter bestimmten Voraussetzungen eine Vereinfachungs- und Typisierungsbefugnis zu.

Die maßgebliche Ungleichbehandlung bestehe nach Ansicht des BFH darin, dass es eine § 18 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 AuslInvestmG entsprechende pauschale Besteuerung betreffend Einkünfte aus inländischen Investmentfonds, für den Fall unterlassener Veröffentlichungs- und Nachweispflichten, nicht gebe. Erfülle ein inländischer Fonds seine Bekanntmachungs- und Nachweispflichten nicht, seien die Besteuerungsgrundlagen der Anteilseigner nach § 162 der Abgabenordnung (AO) unter Berücksichtigung aller bekannten tatsächlichen Umstände zu schätzen. Im Rahmen der Schätzung nach § 162 AO sei es dem Steuerpflichtigen möglich, eventuelle tatsächliche niedrigere Einkünfte nachzuweisen oder zumindest durch Vorlage geeigneter Unterlagen eine sachgerechtere Schätzung der tatsächlichen Einkünfte zu erreichen. Dieser Nachweis sei Steuerpflichtigen, die Anteile an Drittstaatenfonds halten, dagegen verwehrt.

Nach der jetzigen Entscheidung des BFH, halte sich der Gesetzgeber mit der Normierung des § 18 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 AuslInvestmG aber noch innerhalb der ihm zustehenden Typisierungs- und Pauschalierungsbefugnis. Maßgeblich für diese Beurteilung sei, dass der Gesetzgeber mit der Pauschalbesteuerung einen legitimen, die Pauschalierung rechtfertigenden Zweck verfolge und die konkrete Ausgestaltung der Norm noch innerhalb seines Gestaltungsspielraumes läge. Letzteres ergebe sich insbesondere daraus, dass der Nachweis der tatsächlichen Einkünfte nicht ausgeschlossen sei, kein atypischer Fall als Leitbild gewählt worden sei und die Höhe der Pauschalierung noch als angemessen angesehen werden könne.

#### **Möglichkeit und Umfang des Nachweises der tatsächlichen Fondserträge, § 18 Abs. 2 AuslInvestmG**

§ 18 Abs. 3 Satz 1 und Satz 4 AuslInvestmG ordnet aus Vereinfachungsgründen eine unwiderlegbare pauschale

le Schätzung anstelle einer individuellen Schätzung der Besteuerungsgrundlagen an. Hiermit gehen zwangsläufig Ungenauigkeiten bei der Ermittlung der Erträge einher. Bei der Beurteilung des Gestaltungsspielraumes im Rahmen der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers beurteilt der BFH insbesondere das Ermöglichen eines Nachweises von tatsächlichen, möglicherweise niedrigeren Einkünften als entscheidend.

Die Pauschalbesteuerung dürfe als letztes Mittel erst dann eingreifen, wenn der vollständige Nachweis der tatsächlichen Einkünfte nicht gelinge.

Der Gesetzgeber gestatte nach § 18 Abs. 2 AuslInvestmG jede Form des Nachweises durch alle Arten von Unterlagen. Die vorgelegten Unterlagen müssen auch nicht in deutscher Sprache abgefasst sein - eine Übersetzung ist ausreichend. Damit sind nach Ansicht des BFH die Voraussetzungen an den Nachweis denkbar weit gefasst. Jede vollständige Form des Nachweises würde akzeptiert. Diesen Nachweis könne auch der Anteilseigner erbringen.

Diese Möglichkeit der Nachweiserbringung wird jedoch durch die zusätzliche Voraussetzung des § 18 Abs. 2 AuslInvestmG, die Benennung eines inländischen Vertreters durch den Fonds, welcher den Fonds gegenüber den Finanzbehörden vertreten und die Einkünfte verifizieren kann, stark eingeschränkt. Diese Voraussetzung hält der BFH für verfassungsgemäß, da der Anleger vor der Investition hätte prüfen können, ob für den Investmentfonds ein inländischer Vertreter bestimmt war.

#### **Anmerkung:**

Nach Erfahrung unserer Kanzlei stellt die zusätzliche und auf den ersten Blick unwesentlich erscheinende Zulässigkeitsvoraussetzung der Benennung eines inländischen Vertreters für die Möglichkeit des Nachweises von tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen ein in der Praxis oftmals unüberwindbares Hindernis dar.

So mussten unsere Berater in vielen Fällen feststellen, dass zwar tatsächliche Erträge aus Investmentfonds nachgewiesen oder nachträglich ermittelt werden können, für die betroffenen Fonds aber kein inländischer Vertreter bestellt war. Die theoretische Möglichkeit des Nachweises von Besteuerungsgrundlagen läuft praktisch ins Leere.

### **Kein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG**

Nach Ansicht des BFH führt die Pauschalbesteuerung nach § 18 Abs. 3 Satz 1 und Satz 4 AuslInvestmG darüber hinaus auch nicht zu einer gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßenden Übermaßbesteuerung.

Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts führt der BFH aus, dass es keine verbindliche verfassungsrechtliche Obergrenze für die steuerliche Gesamtbelastung gebe. Insbesondere ließe sich aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GG keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsobergrenze in der Nähe einer hälftigen Teilung („Halbteilungsgrundsatz“) ableiten.

### **Regelmäßig kein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip**

Der BFH bejaht die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das subjektive Nettoprinzip durch die Pauschalbesteuerung lediglich in Einzelfällen. Hieraus entstehende Härten seien nach Ansicht des BFH jedoch unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 163, 227 AO im Billigkeitswege zu korrigieren.

Erziele der Steuerpflichtige „tatsächliche“ Einkünfte aus allen Einkunftsarten unterhalb des steuerlichen Grundfreibetrages und sei gleichzeitig ein erhebliches in ausländische „schwarze“ Investmentfonds investiertes Vermögen vorhanden, sei nach Auffassung des BFH zwar ein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip zu bejahen, solch atypische Einzelfälle dürfe der Gesetzgeber im Rahmen der Verallgemeinerung jedoch außer Betracht lassen.

### **Anmerkung:**

Neben diesem vom BFH geschilderten Fall können nach Auffassung unserer Kanzlei auch Fälle möglich sein, in denen ein Verstoß gegen das subjektive Nettoprinzip trotz „tatsächlichen“ Einkünften über dem steuerlichen Grundfreibetrag zu prüfen ist. Beispielsweise sind Fälle denkbar, in denen die festgesetzte Steuer aufgrund erheblicher Investitionen in „schwarze“ Investmentfonds höher als die vom Steuerpflichtigen nachgewiesenen „tatsächlichen“ Gesamteinkünfte des Steuerpflichtigen ist.

### **§ 18 Abs. 3 S. 1 und S. 4 AuslInvestmG sind im Verhältnis zu Drittstaaten wegen Art. 64 AEUV nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen.**

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21. Mai 2015 in der Rechtsache C-560/13 (Wagner-Raith), verstößt die Pauschalbesteuerung sogenannter „schwarzer Fonds“ nach dem bis zum 31. Dezember 2003 geltenden AuslInvestmG nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. Die sog. „Stand-Still-Klausel“ des Art. 57 EGV (heute Art. 64 AEUV) nimmt die Pauschalbesteuerung vom Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit aus.

### **Exkurs: BFH bejaht Verschärfung der Pauschalbesteuerung bei Übergang von Auslandinvestmentgesetz in das Investmentsteuergesetz**

Das Bundesfinanzministerium (BMF) vertritt in Folge der oben genannten Entscheidung in der Sache „Wagner-Raith“ die Rechtsauffassung, dass die sog. „Stand-Still-Klausel“ des Art. 57 EGV (heute Art. 64 AEUV) auch auf die zum Jahresbeginn 2004 eingeführte pauschale Ertragsermittlung intransparenter Investmentfonds aus Drittstaaten nach § 6 InvStG Anwendung finden müsse und der „Bestandsschutz“ folglich übertragbar sei. Bei § 6 InvStG handele es sich letztendlich nur um eine abgemilderte Nachfolgeregelung von § 18 Abs. 3 AuslInvestmG.

Im Rahmen des jetzt ergangenen Urteils des BFH stellt dieser dagegen fest, dass zwischen dem AuslInvestmG und dem InvStG gewichtige Unterschiede bestünden und die Besteuerung nach dem InvStG im Ergebnis zu einer Verschärfung der Pauschalbesteuerung geführt habe.

Die Besteuerung nach dem InvStG unterscheide sich nach Ansicht des BFH insofern von den Regelungen des AuslInvestmG, als dort keine nach Umfang der Nachweispflichten getroffene Abstufung zwischen „weißen“, „grauen“ und „schwarzen“ Fonds mehr vorgenommen werde. Die Besteuerung der tatsächlichen Erträge nach §§ 2 bis 4 InvStG setze voraus, dass betroffene Fonds alle in § 5 Abs. 1 InvStG genannten Nachweis- und Veröffentlichungspflichten erfüllten. Sei dies nicht der Fall, so der BGH, greife die - § 18 Abs. 3 AuslInvestmG entsprechende - Pauschalbesteuerung nach § 6 InvStG ein. Die Möglichkeit für den Steuerpflichtigen, nach § 18 Abs. 2 AuslInvestmG durch sämtliche irgendwie gearteten Unterlagen die Besteuerungsgrundlagen selbst nachzuweisen, bestehe nicht mehr.

#### Anmerkung:

Ob die Ansicht des BMF hiernach unverändert Bestand haben kann ist äußerst fraglich. Unter dem Aktenzeichen VIII R 27/12 ist beim BFH ein weiteres Verfahren anhängig, das unter anderem die Frage klären soll, ob es sich bei § 6 InvStG um eine Nachfolgeregelung im Sinne der sog. „Stand-Still-Klausel“ des Art. 57 EGV (heute Art. 64 AEUV) handelt.

#### Handlungsempfehlungen

In Fällen, in denen die Finanzämter bisher eine Aussetzung der Vollziehung der pauschal ermittelten Erträge nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG aus Drittstaaten gewährt haben, muss aufgrund der aktuellen Entwicklungen gut überlegt werden, ob das Risiko von (weiteren) Aussetzungszinsen durch eine Zahlung der ausgesetzten Beträge beendet werden soll. Bei Fällen des Verstoßes gegen das subjektive Nettoprinzip und der hieraus entstehenden Härte kann unter weiteren Voraussetzungen eine Korrektur auf dem Billigkeitswege sinnvoll sein.

Auf keinen Fall sollten Einsprüche voreilig zurückgezogen werden, da derzeit seitens unserer Kanzlei weitere Ansätze geprüft werden, insbesondere die Möglichkeit der nachträglichen Bestellung eines inländischen Vertreters.

Weiterhin offen bleibt nach der aktuellen Entscheidung des BFH, ob möglicherweise der Ausschluss des Halbeinkünfteverfahrens im Rahmen der Pauschalbesteuerung „schwarzer“ Fonds gegen die Kapitalverkehrsfreiheit bzw. gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

In Fällen der Nachfolgeregelung des § 6 InvStG liegen unter Berufung auf das beim BFH unter dem Aktenzeichen VIII R 27/12 anhängige Verfahren weiterhin die Voraussetzungen für die Gewährung eines Ruhen des Einspruchsverfahrens vor. Dieses Verfahren beschäftigt sich mit der Frage, ob die Besteuerung von intransparenten Fonds gemäss der Nachfolgeregelung des § 6 InvStG gegen Verfassungsrecht sowie gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt. Mit einer Veröffentlichung des Urteils ist zeitnah zu rechnen.

Für betroffene Kunden ist in jedem Fall eine Einzelbetrachtung der individuellen Situation erforderlich. Gerne stehen wir Ihnen oder Ihren Kunden für eine Beratung zur Verfügung.

## Haftungsausschluss:

Bei den in diesem Newsletter enthaltenen Informationen handelt es sich um unverbindliche Hinweise. Der Newsletter soll auf aktuelle Themen in ausgewählten Rechtsgebieten, z. B. des Wirtschafts- und Steuerrechts, aufmerksam machen und eine erste Orientierung geben. Hierdurch kann eine Rechts- und Steuerberatung nicht ersetzt werden. Der Newsletter wird mit grösstmöglicher Sorgfalt erstellt. Gleichwohl kann keine Haftung für den Inhalt übernommen werden. Für weitere Rückfragen sowie für eine konkrete Beratung im Einzelfall stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Dieser Newsletter unterliegt dem Urheberrecht. Jede Verwertung, z. B. Vervielfältigung, Bearbeitung, Einspeicherung, Verarbeitung, bedarf der vorherigen Zustimmung der Baumgartner & Partner PartG mbB.

Ihre Ansprechpartner für eine Kontaktaufnahme sind:

Steuerberater Dipl.-Finanzwirt **Markus Baumgartner**  
Partner  
+41 44 20593-30  
[markus.baumgartner@baumgartnerpartner.com](mailto:markus.baumgartner@baumgartnerpartner.com)

Steuerberaterin Dipl.-Oec. **Caroline Müller**  
Partner  
Niederlassungsleiterin Frankfurt  
+49 69 7167377-0  
[caroline.mueller@baumgartnerpartner.com](mailto:caroline.mueller@baumgartnerpartner.com)



## Standorte:

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Brandschenkestrasse 45  
CH-8002 **Zürich**  
+41 (0) 44 205 93 30  
+41 (0) 44 205 93 40  
sekretariat.zuerich@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Königstr. 26  
D-70173 **Stuttgart**  
+49 (0) 711 185 67 319  
+49 (0) 711 185 67 450  
sekretariat.stuttgart@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Nymphenburger Str. 4  
D-80335 **München**  
+49 (0) 89 208 027 403  
+49 (0) 89 208 027 455  
sekretariat.muenchen@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Hohenburger Straße 53  
D-92289 **Ursensollen**  
+49 (0) 9628 923 64 0  
+49 (0) 9628 923 64 40  
sekretariat@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Speditionsstrasse 21  
D-40221 **Düsseldorf** Hafenspitze  
+49 (0) 21 188 242 396  
+49 (0) 21 188 242 200  
sekretariat.duesseldorf@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Große Johannisstraße 19  
D-20457 **Hamburg**  
+49 (0) 40 349 61 68 0  
+49 (0) 40 349 61 68 20  
sekretariat.hamburg@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner PartG mbB  
Bockenheimer Landstraße 51-53  
D-60325 **Frankfurt**  
+49 (0) 69 716 73 77 0  
+49 (0) 69 716 73 77 10  
sekretariat.frankfurt@baumgartnerpartner.com

Baumgartner & Partner GmbH Luxembourg  
Aerogolf Center  
1 B, Heienhaff  
L-1736 **Senningerberg**  
+352 (0) 263 40 371  
+352 (0) 269 45 589  
sekretariat.luxembourg@baumgartnerpartner.com



## Impressum

Markus Baumgartner  
Caroline Müller  
Dr. Adam Polkowski

## Verantwortlich für den Inhalt

BAUMGARTNER & PARTNER PartG mbB  
Steuerberater, Rechtsanwalt  
Königstr. 26  
D-70173 Stuttgart

T +49 711 18567 319  
F +49 711 18567 450

sekretariat@baumgartnerpartner.com

www.baumgartnerpartner.com