

---

**Datum:** 14.01.2010  
**Gericht:** Finanzgericht Münster  
**Spruchkörper:** 5. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 K 2852/05 E  
**ECLI:** ECLI:DE:FGMS:2010:0114.5K2852.05E.00

---

**Sachgebiet:** Finanz- und Abgabenrecht

---

**Tenor:**

Die ESt-Bescheide 1993 bis 2000 jeweils vom 10.02.2005 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 10.06.2005 werden dergestalt geändert, dass die Erträge des Kl. aus den Investmentfonds M und N in folgender Höhe berücksichtigt werden:

1993: N: 29.388,00 DM

M: 0,00 DM

1994: N: 51.975,00 DM

M: 2.502,00 DM

1995: N: 59.625,00 DM

M: 3.549,00 DM

1996: N: 56.125,00 DM

M: 1.233,00 DM

1997: N: 58.055,00 DM

1998: N: 58.478,00 DM

1999: N: 57.579,00 DM

2000: N: 16.200,00 DM.

Die Steuerberechnung wird dem Beklagten aufgegeben. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Kl. zu 8% und der Bekl. zu 92%.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Das Urteil ist wegen der Kosten ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des Kostenerstattungsanspruchs der Kläger abwenden, soweit nicht die Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leisten

---

#### **Tatbestand:**

Streitig ist die Höhe von Einkünften aus luxemburgischen Investmentfonds.

Die Kläger (Kl.) sind Eheleute, die zusammen zur Einkommensteuer (ESt) veranlagt werden. Der Kl. erwarb zum 30.11.1993 100 Anteile an der M, einer Investmentgesellschaft mit variablem Kapital luxemburgischen Rechts (SICAV = Société d'Investissement à Capital Variabel) zum Emissionskurs von 1.500,00 DM pro Anteil. Das Geschäftsjahr dieser Gesellschaft läuft vom 01.10. bis zum 30.09. des Folgejahres. Der Fonds wurde am 09.11.1993 gegründet und ist auf unbestimmte Zeit angelegt. Hauptziel des Fonds ist die Erwirtschaftung einer hohen Rendite bei Kapitalerhaltung und Wertstabilität. Investiert wurde in internationalen Aktien und Rentenwerten. Das Fondsvermögen wurde in Deutsche Mark und Luxemburgischen Franken ausgedrückt. Jede Aktie ist als thesaurierende Aktie (Typ A) ausgegeben worden. Der Kl. veräußerte seine Anteile, die er im Privatvermögen hielt, zum 15.02.1996.

Der Kl. erwarb außerdem am 25.11.1993 2.330 Anteile und am 16.12.1993 weitere 40 Anteile des N, einer Investmentgesellschaft mit variablem Kapital luxemburgischen Rechts (SICAV) mit mehreren Teilfonds. Die vom Kl. erworbenen Anteile gehörten dem Teilfond "N D-Mark" an. N wurde für unbestimmte Zeit gegründet. In jedem Teilfonds wurden thesaurierende Aktien (Typ A) und ausschüttende Aktien (Typ B) ausgegeben. Die vom Kl. erworbenen Aktien, die er im Privatvermögen hielt, gehörten ausschließlich dem Typ A (thesaurierend) an. Hauptziel der Gesellschaft war die Anlage in verschiedenen Wertpapieren mit dem Ziel der Streuung des Anlagerisikos und die Beteiligung ihrer Aktionäre an dem Ergebnis der Anlagen. Das Fondsvermögen des Teilfonds "N D-Mark" bestand in den Streitjahren aus internationalen festverzinslichen Wertpapieren. Zum 01.01.1999 wurde der "N Teilfonds D-Mark" in den "N Teilfonds EUR" überführt. Der Kl. erhielt entsprechend dem geringeren Wert der neuen Anteile zusätzliche Anteile zugeschrieben. Sein Anteilsbestand betrug seit 1999 4.453 Stück. Er veräußerte seine Anteile zum 23.03.2000.

Sowohl der M als auch der N haben ihre Erträge in den Rechenschaftsberichten angegeben. Die Erträge, welche von den Fonds außerhalb Luxemburgs erzielt wurden, waren Quellensteuern mit unterschiedlichen Steuersätzen unterworfen, die nach den Angaben in den Rechenschaftsberichten nicht erstattungsfähig waren. Die Fonds und ihre Aktionäre unterlagen in Luxemburg keiner Vermögensteuer, Erbschaftsteuer oder Kapitalgewinnsteuer und auch keinem Quellensteuerabzug mit Ausnahme jener Aktionäre, die ihr Domizil oder ihren festen Wohnsitz in Luxemburg hatten, was bei den Kl. in den Streitjahren nicht der Fall war. Die einzige Steuer, die die Fonds in Luxemburg zahlen mussten, war die "Taxe d'Abonnement" in Höhe von 0,06 % p.a. auf den Wert des Anlagevermögens. Wegen der Zusammensetzung des Fondsvermögens, der Erträge und Kosten wird auf die von den Kl. eingereichten Rechenschaftsberichte Bezug genommen.

In den Streitjahren 1993 bis 2000 waren die Fonds nicht in Deutschland zum öffentlichen Vertrieb zugelassen und hatten keinen inländischen Vertreter i. S. v. § 18 des Auslandsinvestmentgesetzes (AuslInvestmG) bestellt. Ab 2002, also außerhalb der Streitjahre, wurden die Fonds zum öffentlichen Vertrieb im Inland zugelassen und haben einen inländischen Vertreter bestellt. 6

Die Kl. reichten ihre ESt-Erklärungen wie folgt ein: 7

für 1993 in 1996 8

für 1994 in 1996 9

für 1995 in 1997 10

für 1996 in 1998 11

für 1997 in 1999 12

für 1998 in 2000 13

für 1999 in 2001 14

für 2000 in 2002. 15

Erträge aus den o. g. Fonds wurden von den Kl. nicht erklärt. Die Kl. wurden im Wesentlichen erklärungskgemäß veranlagt. Am 02.07.2002 wurde der Kl. im Zug von Brüssel nach Mailand von Zollbeamten kontrolliert. Er führte einen Bargeldbestand von über 1.000.000,00 EUR mit sich, der nach Auskunft des Kl. von seinen Konten in Luxemburg stammen sollte. Am 22.11.2002 begann eine Fahndungsprüfung gemäß § 208 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 der Abgabenordnung durch das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung C (im Folgenden: Steufa) beim Kl. Die Steufa erhöhte die Einnahmen aus Kapitalvermögen um Zinsen und Erträge aus inländischen und ausländischen Geldanlagen. Im Hinblick auf die o. g. Fonds ermittelte die Steufa die Erträge des Kl. gemäß § 18 Abs. 3 AuslInvestmG. Außerdem wurden zusätzliche Werbungskosten (Kontoführungs- und Depotverwaltungskosten) für die Luxemburg-Anlagen berücksichtigt. Es wird wegen der Einzelheiten auf den Prüfungsbericht vom 29.12.2004, Tz 9, 10, Anlagen 1 und 2, Bezug genommen. Der Beklagte (Bekl.) erließ nach Maßgabe des Steufa-Berichts geänderte ESt-Bescheide für die Streitjahre 1993 bis 2000, jeweils vom 10.02.2005. Der dagegen von den Kl. eingelegte Einspruch war erfolglos (Einspruchsentscheidung vom 10.06.2005). 16

Dagegen richtet sich die Klage. 17

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Die Kl. wandten sich zunächst gegen die Besteuerung gemäß § 18 AuslInvestmG mit der Begründung, die Besteuerung führe im Ergebnis zu einer Aufzehrung des Kapitals, sei verfassungswidrig und verstoße gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. Das vorliegende Verfahren ruhte zunächst bis zur Entscheidung der beim BFH anhängigen Verfahren VIII R 24/07 und VIII R 2/06. Nachdem der BFH mit Urteilen vom 18.11.2008 (BStBl II 2009, 518 und BFH/NV 2009, 731) dem Grunde nach im Sinne der klägerischen Auffassung entschieden hat, streiten die Beteiligten nunmehr darüber, wie die Kapitaleinnahmen aus den streitbefangenen Fonds zu berechnen sind.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 18 |
| Die Kl. meinen, entgegen der Auffassung des Bekl. sei es keinesfalls sicher, dass die in den vorgelegten Rechenschaftsberichten ausgewiesenen Erträge um die Quellensteuern anderer Staaten als Luxemburg gekürzt worden seien. Selbst wenn solche Kürzungen erfolgt sein sollten, habe dies im Ergebnis für die Kl. keine Steuererhöhung zur Folge, denn entweder seien diese Quellensteuern bei Erhöhung der Steuerbemessungsgrundlage auf die deutsche Einkommensteuer anzurechnen, was im Ergebnis zu einer Steuerminderung führe oder sie seien wie ausländische Steuern nach § 34c Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) bei der Ermittlung der Einkünfte abzuziehen. Insoweit seien die allgemeinen deutschen Besteuerungsregeln anzuwenden. Der Ausdruck "Nettozinsen" in den Rechenschaftsberichten könne auch auf eine Kürzung der Erträge durch Stückzinsen zurückzuführen sein. Im Übrigen sei in den Rechenschaftsberichten eine Position "Taxes" enthalten, die vermutlich bis 1998 die Taxe d'Abonnement gemeinsam und ab 1999 getrennt ausweise. | 19 |
| Entgegen der Auffassung des Bekl. handele es sich bei der Taxe d'Abonnement nicht um eine Personensteuer, die die Bemessungsgrundlage nicht mindern dürfe. Diese Abgabe sei vielmehr eine Pauschalsteuer, die nicht auf die Steuer der Fondsinhaber anrechenbar sei. Es komme insoweit eine analoge Anwendung des § 34c Abs. 2 EStG in Betracht, sodass die Steuerbemessungsgrundlage zu vermindern sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 20 |
| Nach Auskunft der Fondsverwalter sei es nicht möglich, für die Streitjahre neben den Rechenschaftsberichten weitere Unterlagen zur genaueren Aufschlüsselung der Erträge zu erhalten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 21 |
| Die Kl. beantragen,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 22 |
| die angefochtenen ESt-Festsetzungen dergestalt zu ändern, dass die Einkünfte aus Kapitalvermögen aus den Fonds N und M wie folgt berücksichtigt werden:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 23 |
| 1993: N: 29.388,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 24 |
| M: 0,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 25 |
| 1994: N: 51.975,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 26 |
| M: 966,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 27 |
| 1995: N: 59.625,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 28 |
| M: 2.969,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 29 |
| 1996: N: 56.125,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 30 |
| M: 1.149,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 31 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1997: N: 58.050,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 32 |
| 1998: N: 58.475,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 33 |
| 1999: N: 57.568,- DM                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 34 |
| 2000: N: 16.200,- DM.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 35 |
| hilfsweise für den Unterliegensfall,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 36 |
| die Revision zuzulassen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 37 |
| Der Bekl. beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 38 |
| die Klage nach Maßgabe des schriftsätzlichen Vertrags teilweise abzuweisen,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 39 |
| hilfsweise für den Unterliegensfall,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 40 |
| die Revision zuzulassen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 41 |
| Zwar habe das BMF mit Schreiben vom 06.07.2009 die Anwendung des BFH-Urteils vom 18.11.2008 (VIII R 24/07) allgemein angeordnet. Es bestehe daher von Seiten des Bekl. grundsätzlich eine Bereitschaft zur Änderung der angefochtenen Bescheide. Bei der Ermittlung der Kapitaleinkünfte aus den streitbefangenen Fonds sei aber folgendes zu berücksichtigen:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 42 |
| Die Erträge in den Rechenschaftsberichten seien nicht brutto, sondern netto ausgewiesen worden. Da im Übrigen die abzuziehenden Kosten im einzelnen genau aufgeführt seien, sei davon auszugehen, dass die an der Quelle einbehaltene Kapitalertragsteuer derjenigen Länder, in denen die Anlage erfolgt sei, nicht nochmal in Abzug gebracht worden sei. Ein Hinweis auf Quellensteuern ergebe sich ausdrücklich aus den Rechenschaftsberichten, z. B. M 30.09.1994, S. 16 und N 31.12.1994, S. 15. Da die Kapitalertragsteuer in der Schweiz z. B. 35% betrage, sei es möglich, dass die Einnahmen nur in Höhe von 65% erfasst worden seien. Eine 100%ige Erfassung sei jedenfalls ausgeschlossen. | 43 |
| Die beim Fonds M für die Jahre 1994 und 1995 ausgewiesenen Verluste aus Devisengeschäften seien nicht nachvollziehbar. Soweit es echte Devisengeschäfte seien, fielen sie weder unter § 20 EStG noch unter das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 44 |
| Ein Teil der in den Rechenschaftsberichten ausgewiesenen Kosten des Fonds M sei nicht zu berücksichtigen. Soweit die Anlageberatungsgebühren dafür aufgewendet worden seien, möglichst hohe Gewinne bei der Veräußerung von Wertpapieren zu erzielen, entfalle diese Tätigkeit auf einen ertragsteuerlich nicht relevanten Bereich. Da die Veräußerungseinkünfte beim Kl. nicht zu erfassen seien, seien auch die damit im Zusammenhang stehenden Kosten nicht zu berücksichtigen.                                                                                                                                                                                                                   | 45 |
| Die Taxe d'Abonnement sei wie eine nicht abziehbare Personensteuer zu behandeln. Die Fonds legten das eingelegte Geld im eigenen Namen, aber für Rechnung der Anleger an (§ 1 KAGG). Die erzielten Einkünfte würden bei Ausschüttung wie auch bei Thesaurierung den Anlegern zugerechnet. Das müsse auch für die Taxe d'Abonnement gelten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 46 |

Die Sache wurde am 14.01.2010 vor dem Senat mündlich verhandelt. Es wird auf das Protokoll Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

48

Die Klage ist teilweise begründet. Die Änderungsbescheide vom 10.2.2005 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 10.6.2005 sind zu einem überwiegenden Teil rechtswidrig und verletzen die Kl. in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung, FGO). Im Übrigen sind sie rechtmässig.

49

Die vom Bekl. nach Maßgabe des § 18 Abs. 3 AuslInvestmG ermittelten Einkünfte sind zu hoch.

50

Die vorgenannte Vorschrift ist nicht anwendbar, da sie gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, nämlich gegen die in Art. 73b bzw. Art. 56 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der jeweils für die Streitjahre gültigen Fassung verbürgte Freiheit des Kapitalverkehrs, verstößt. Stattdessen sind die Einnahmen des Kl. entsprechend den für inländische Fonds in den Streitjahren geltenden Regelungen des KAGG bzw. nach den für registrierte ausländische Fonds (sog. "weiße Fonds") geltenden Vorschriften des AuslInvestmG zu besteuern. Soweit die Besteuerungsgrundlagen nicht ermittelt werden können, sind sie zu schätzen (BFH Urteile vom 18.11.2008 VIII R 2/06, BFH/NV 2009, 731 und VIII R 24/07, BStBl II 2009, 518). Die vorgenannten Grundsätze sind zwischen den Beteiligten inzwischen unstreitig geworden.

51

Die steuerliche Behandlung von Erträgen aus Anteilsscheinen an inländischen Investmentfonds wird in §§ 37 ff. KAGG in der für die Streitjahre jeweils geltenden Fassung und die von ausländischen, "weißen" Investmentfonds in §§ 16 ff. AuslInvestmG in der für die Streitjahre jeweils geltenden Fassung geregelt. Danach gilt grundsätzlich das Prinzip der steuerlichen Transparenz, nach dem der Anleger die Erträge aus dem Sondervermögen so versteuern soll, als hätte er sie unmittelbar bezogen (vgl. Lübbhusen in Brinkhaus/Scherer, vor § 37n KAGG Rn. 11; Wassermeyer, IStR 2001 193 ff.). Dies gilt auch für solche Investmentfonds, die in der Form einer Kapitalgesellschaft geführt werden. Die streitbefangenen Fonds waren in der Form von SICAV, also Kapitalgesellschaften, organisiert.

52

Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG und § 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG neben den Ausschüttungen auch die sog. ausschüttungsgleichen Erträge. Dabei handelt es sich um Einnahmen des Fonds im Sinne von § 20 EStG, die nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendet wurden (thesaurierte Erträge), wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen sind. Die ausschüttungsgleichen Erträge des Fonds gelten mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in dem sie vereinnahmt worden sind, als zugeflossen (§ 39 Abs. 1 Satz 2 KAGG, § 17 Abs. 1 Satz 2 AuslInvestmG). Die Einbeziehung von thesaurierten Erträgen in den Anwendungsbereich des § 17 AuslInvestmG ist verfassungsrechtlich unbedenklich (BFH-Beschluss vom 14.01.2004 VIII B 101/03, BFH/NV 2004, 777, die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG mit Beschluss vom 27.05.2006, 2 BvR 553/04 nicht zur Entscheidung angenommen). Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören auch Zwischengewinne (§ 17 Abs. 2a AuslInvestmG in der ab 30.12.1993 geltenden Fassung; § 39 Abs. 1a KAGG in der ab 30.12.1993 geltenden Fassung).

53

Vollständig von der Besteuerung ausgeschlossen sind Spekulationsgewinne der Fonds aus der Veräußerung von Wertpapieren. Der Wortlaut des § 39 Abs. 1 KAGG erfasst als

54

ausschüttungsgleiche Erträge ausdrücklich nur solche Erträge, die Einnahmen aus Kapitalvermögen darstellen, nicht aber Veräußerungsgewinne i. S. v. § 23 EStG (mit Ausnahme der im Streitfall nicht vorliegenden Gewinne i. S. v. § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG in der ab 1.1.1999 gültigen Fassung). Insoweit wird das Transparenzprinzip durchbrochen (Lübbehusen in Brinkhaus/Scherer, KAGG, § 39 Rn. 35). Die Veräußerungsgewinne stellen auch keine "sonstigen Erträge" im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG dar, wie sich aus der ausdrücklichen Erwähnung der Veräußerungsgewinne neben den sonstigen Erträgen in § 18 Abs. 1 AuslInvestmG ergibt (Wassermeyer, IStR 2001, 193, 196; Brinkhaus in Brinkhaus/Scherer, AuslInvestmG, § 17 Rn. 34; Niedersächsisches FinMin, Vfg. vom 30.10.1970 Tz. I. 1., Juris). Spekulationsgewinne i. S. v. § 23 EStG sind auch nicht nach den allgemeinen Regeln zu berücksichtigen, denn die Vorschriften des AuslInvestmG und des KAGG sind, soweit sie die Besteuerung von Einkünften aus der Beteiligung an einem Investmentfonds betreffen, abschließend. Erträge des Anlegers aus einer solchen Beteiligung unterliegen nicht schon deshalb der Einkommensteuer, weil sie nach den allgemeinen Kriterien dem Einkünftekatalog des § 2 EStG unterfallen (BFH Urteil vom 27.03.2001 I R 120/98, BFH/NV 2001, 1593).

Das Besteuerungsrecht für die Erträge aus den streitbefangenen SICAV steht dem Wohnsitzstaat, also der Bundesrepublik Deutschland, zu (Art. 13 DBA Luxemburg; Wassermeyer IStR 2001, 193, 201 f). 55

Da die Rechenschaftsberichte keine Zwischengewinne gesondert ausweisen, schätzt der Senat Zwischengewinne i. S. v. § 17 Abs. 2a AuslInvestmG, § 39 Abs. 1a KAGG des Fonds M in Höhe von 30% der in den Rechenschaftsberichten ausgewiesenen Wertpapiergewinne. Im Hinblick auf die N Fonds geht der Senat davon aus, dass keine Zwischengewinne angefallen sind, da nur in festverzinsliche Wertpapiere investiert wurde. 56

Für die von den Beteiligten problematisierten Streitpunkte ergibt sich folgendes: 57

Brutto-netto Erträge: 58

Die Erträge der streitbefangenen Fonds sind entgegen der Ansicht des Bekl. nicht um die nicht erstattungsfähigen Quellensteuern, die von Erträgen der Fonds aus Ländern außerhalb Luxemburgs einbehalten wurden, zu erhöhen. Zwar geht der Senat wie der Bekl. davon aus, dass es sich bei den in den Rechenschaftsberichten genannten Erträgen um Nettobeträge handelt. Es sind nur solche Beträge aufgeführt, die die Fonds tatsächlich vereinnahmt haben. Die von in anderen Staaten als Luxemburg bezogenen Erträgen einbehaltenen Quellensteuern sind in den Rechenschaftsberichten weder bei den Erträgen noch bei den Ausgaben erfasst. Für die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge stellen die jeweils für die Streitjahre geltenden gesetzlichen Regelungen auf die nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten **Einnahmen** i. S. d. § 20 EStG (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG) bzw. auf **vereinnahmte** nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendete Erträge (§ 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG) ab. Die Quellensteuern sind von den Fonds aber nicht vereinnahmt worden. Die Einbehaltung einer Abzugssteuer durch den Schuldner von Kapitalerträgen wird nur dann vom Gläubiger vereinnahmt, wenn die Steuer anrechenbar ist (vgl. BFH-Urteil vom 23.4.1996 VIII R 30/93, BFHE 181, 7 zur Kapitalertragsteuer). Aus den Rechenschaftsberichten sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Fonds einbehaltene Quellensteuern angerechnet haben oder hätten anrechnen können. Der Senat geht nach den Angaben in den Rechenschaftsberichten vielmehr davon aus, dass eine Anrechnungsmöglichkeit nicht bestand. Auch die Kl. hätten mangels gesetzlicher Grundlage keine Möglichkeit gehabt, die Quellensteuern abzuziehen oder anzurechnen. § 19 AuslInvestmG bzw. § 38b KAGG regeln lediglich die Anrechnungs- bzw. Abzugsmöglichkeit 59

für Abzugssteuern, die vom Fonds einbehalten werden. Im Streitfall sind aber Abzugssteuern betroffen, die von solchen Erträgen einbehalten werden, die der Fonds erzielt. § 40 Abs. 4 KAGG regelt lediglich die Anrechnung bzw. den Abzug von ausländischen Steuern im Falle von Ausschüttungen, nicht für die im Streitfall betroffenen ausschüttungsgleichen Erträge.

#### Verwaltungskosten

60

Die Verwaltungskosten der Fonds sind, auch soweit sie auf die nicht steuerbaren Gewinne bzw. Verluste aus Devisengeschäften oder Wertpapierveräußerungen entfallen, vollständig zu berücksichtigen. Da nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG die thesaurierten Erträge i. S. v. § 20 EStG zur Kostendeckung zu verwenden sind und eine dem § 3c EStG entsprechende Vorschrift fehlt, kommt eine Kostenaufteilung nicht in Betracht (Lübbehusen in Brinkhaus/Scherer, § 39 KAGG Rn. 51, 52). Auch aus dem Prinzip der steuerlichen Transparenz folgt kein anderes Ergebnis, denn nach der Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 04.05.1993 VIII R 7/91, BStBl. II 1993, 832) sind Aufwendungen für die Verwaltung eines Depots bei Vorliegen einer Überschusserzielungsabsicht grundsätzlich auch dann in vollem Umfang Werbungskosten, wenn neben den steuerpflichtigen Einnahmen auch steuerfreie Vermögensvorteile erzielt werden. Der BFH hat zwar offen gelassen, ob eine Aufteilung der Werbungskosten vorzunehmen ist, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Absicht besteht, vor allem steuerfreie Veräußerungsgewinne zu erzielen. Im Streitfall sind keine Anhaltspunkte für eine vorherrschende Absicht der Fonds ersichtlich, hauptsächlich Veräußerungsgewinne erzielen zu wollen.

61

#### Taxe d'Abonnement

62

Entgegen der Ansicht des Bekl. ist die Taxe d'Abonnement abzugsfähig. Sie gehört nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, da sie für die Fonds einen Kostenfaktor darstellt. Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG und § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG sind jedoch nur solche Einnahmen zu berücksichtigen, die nicht zur "Kostendeckung" verwendet werden. Dem Abzug der Taxe d'Abonnement steht § 12 Nr. 3 EStG nicht entgegen. Diese Vorschrift ist auf die Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge nicht anzuwenden, da das KAGG und das AuslInvestmG keine entsprechenden Regelungen enthalten (vgl. Brinkhaus in Brinkhaus/Scherer, § 17 AuslInvestmG Rn. 60).

63

Aus Sicht des Kl. stellt die Taxe d'Abonnement keine "Personensteuer" i. S. v. § 12 Nr. 3 EStG dar. Bei dieser Abgabe handelt es sich um eine direkte Abgabe der Fonds, die vierteljährlich auf den Nettoinventarwert der Fonds erhoben wird (Luxemburg Consulting Group, [www.lcg-luxembourg.com/Steuern](http://www.lcg-luxembourg.com/Steuern), Stichwort: Besteuerung von Fonds). Besteuerungssubjekt ist daher der jeweilige Fonds. Besteuerungsgrundlage ist der Fondsbestand. Eine Anknüpfung an die Verhältnisse der Anteilseigner erfolgt nicht.

64

Nach Maßgabe der vorgenannten Ausführungen sind die Erträge des Kl. aus den beiden Fonds daher wie folgt zu berechnen:

65

M

66

|                                      | 1993                                   | 1994      | 1995      | 1996      |
|--------------------------------------|----------------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| Anzahl Anteile des Klägers zum 30.9. | 100 Stück<br>erworben am<br>30.11.1993 | 100 Stück | 100 Stück | 100 Stück |

67

|                                                                         |          |                 |                 |                 |
|-------------------------------------------------------------------------|----------|-----------------|-----------------|-----------------|
| Anzahl thesaurierende Anteile                                           |          | 59.434<br>Stück | 56.665<br>Stück | 55.560<br>Stück |
| Erträge                                                                 |          | 1.856.804<br>DM | 2.681.702<br>DM | 2.291.691<br>DM |
| abzgl. Kosten                                                           |          | -627.393<br>DM  | -670.765<br>DM  | -767.061<br>DM  |
| Zwischengewinne des Fonds,<br>geschätzt, 30 % aus<br>Wertpapiergewinnen |          | +257.531<br>DM  | ./.             | +292.889<br>DM  |
| thesaurierter Gewinn                                                    |          | 1.486.942<br>DM | 2.010.937<br>DM | 1.817.519<br>DM |
| thesaurierter Gewinn pro Anteil                                         |          | 25,02 DM        | 35,49 DM        | 32,71 DM        |
| Jahreserträge für alle Anteile des<br>Klägers                           | 0        | 2.502 DM        | 3.549 DM        | 3.271 DM        |
| Zwischengewinn des Klägers, 138<br>Tage                                 |          |                 |                 | 1.233DM         |
| Erträge laut Antrag der Kläger                                          | 0        | 966 DM          | 2.969 DM        | 1.149 DM        |
| <b>Erträge laut Urteil</b>                                              | <b>0</b> | <b>2.502 DM</b> | <b>3.549 DM</b> | <b>1.233 DM</b> |

N

68

|                                           | 1993                 | 1994             | 1995             | 1996             | 1997             | 1998             | 1999 <sup>69</sup> | 2000               |
|-------------------------------------------|----------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|--------------------|--------------------|
| Anzahl Anteile<br>des Kl.                 | 2.370<br>Stück       | 2.500<br>Stück   | 2.500<br>Stück   | 2.500<br>Stück   | 2.500<br>Stück   | 2.500<br>Stück   | 4.453<br>Stück     | 4.453<br>Stück     |
| Anzahl<br>thesaurierende<br>Anteile Typ A | 457.598<br>Stück     | 556.019<br>Stück | 509.745<br>Stück | 547.317<br>Stück | 660.494<br>Stück | 682.987<br>Stück | 3.967.332<br>Stück | 2.370<br>Stück     |
| Erträge                                   | 7.737.431<br>DM      | 15.760.588<br>DM | 15.924.828<br>DM | 16.595.299<br>DM | 21.381.229<br>DM | 24.429.530<br>DM | 41.689.376<br>Euro | 32.711.149<br>Euro |
| abzgl. Kosten                             | -971.818<br>DM       | -1.676.536<br>DM | -1.720.885<br>DM | -1.916.327<br>DM | -2.472.171<br>DM | -3.000.602<br>DM | -5.811.107<br>Euro | -4.453.107<br>Euro |
| abzgl.<br>Ausschüttungen                  | -<br>1.139.180<br>DM | -2.534.724<br>DM | -2.052.513<br>DM | -2.392.283<br>DM | -3.571.350<br>DM | -5.451.414<br>DM | -9.651.779<br>Euro | -5.451.414<br>Euro |
| thesaurierter<br>Gewinn                   | 5.626.433<br>DM      | 11.549.328<br>DM | 12.151.430<br>DM | 12.286.689<br>DM | 15.337.708<br>DM | 15.977.474<br>DM | 26.226.490<br>Euro | 22.717.642<br>Euro |
| thesaurierter<br>Gewinn pro<br>Anteil     | 12,30 DM             | 20,77 DM         | 23,84 DM         | 22,45 DM         | 23,22 DM         | 23,39 DM         | 6,61Euro           | 8,27Euro           |

|                                                                                                      |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                          |                         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|------------------|--------------------------|-------------------------|
| Jahreserträge für alle Anteile der Kläger                                                            | 29.140 DM        | 51.929 DM        | 59.611 DM        | 56.122 DM        | 58.055 DM        | 58.478 DM        | 29.440 Euro (=57.579 DM) | 36.000 Euro             |
| Zwischengewinn bis zur Veräußerung (anteilig: 83/365)                                                |                  |                  |                  |                  |                  |                  |                          | 8.000 Euro (=16.000 DM) |
| Klageantrag                                                                                          | 29.388 DM        | 51.975 DM        | 59.625 DM        | 56.125 DM        | 58.050 DM        | 58.475 DM        | 57.568 DM                | 16.000 DM               |
| <b>Erträge laut Urteil</b> (soweit die Erträge laut Antrag höher sind, werden diese zugrunde gelegt) | <b>29.388 DM</b> | <b>51.975 DM</b> | <b>59.625 DM</b> | <b>56.125 DM</b> | <b>58.055 DM</b> | <b>58.478 DM</b> | <b>57.579 DM</b>         | <b>16.000 DM</b>        |

Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 S. 1 FGO. 70

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 151 Abs. 3, § 155 FGO, § 71 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Zwar bestehen im Hinblick auf die Ermittlung der Erträge der streitbefangenen Fonds noch nicht von der Rechtsprechung geklärte Unklarheiten. 72 Gleichwohl hat die Sache weder grundsätzliche Bedeutung i. S. v. § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO, noch dient sie der Rechtsfortbildung gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO, weil die der Entscheidung zu Grunde liegenden Rechtsnormen aufgehoben bzw. durch das Investmentsteuergesetz abgelöst worden sind.

... .. 73