



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

**Köln • Berlin • Düsseldorf**

Dürener Straße 295  
50935 **Köln**

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

Schlüterstraße 41  
10707 **Berlin**

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

Heinrichstraße 155  
40239 **Düsseldorf**

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

**Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe**

## **Anhängige Verfahren: Offene Fragen zur Geldanlage**

### **Teil 3: Weitere Themen zum EStG**

Stand: 24.08.2009

#### **Inhaltsverzeichnis**

1. Einführung .....	2
2. Private Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG .....	2
Grundstücksgeschäfte .....	2
Gesonderte Verlustfeststellung .....	3
Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf .....	4
Gewerblichkeit beim Börsenhandel .....	5
Währungsverluste .....	5
Wertlos verfallene Option .....	6
Vollzugs- und Erhebungsdefizit als neue Tatsache .....	6
3. Lohnsteuerfragen .....	6
Einordnung von Aktienoptionsprogrammen .....	6
EVA-Index-Zertifikate als Lohneinkünfte .....	7
Riester-Rente .....	7
Werbungskostenüberschuss bei Arbeitnehmern .....	8
4. Geschlossene Fonds .....	8
Provision als Betriebsausgabe bei geschlossen Fonds .....	8
Fondsverluste durch Kapitalgesellschaft .....	8
Tonnagesteuer .....	8
Verkauf einer Windanlage .....	9
Vermittlungskosten bei geschlossenen Fonds .....	9
Negative Auslandseinkünfte .....	10



## Anhängige Verfahren: Offene Fragen zur Geldanlage

### Teil 3: Weitere Themen zum EStG

#### 1. Einführung

Das Steuerrecht wird zunehmend komplizierter. Das gilt insbesondere bei der Geldanlage, da es gleich um mehrere verschiedene Sachverhalte geht:

1. Erfassung von Kapitaleinnahmen nach § 20 EStG
2. Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG
3. Erfassung von Stillhaltergeschäften nach § 22 EStG
4. Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens
5. Schädliche Verwendung einer vor 2005 abgeschlossenen Kapitallebensversicherung
6. Anwendung des InvStG
7. Ansatz von Kapitalvermögen im ErbStG
8. Anwendung im Hinblick auf die Abgeltungsteuer

Zahlreiche Verfahren sind derzeit vor dem BVerfG, EuGH und BFH anhängig, in denen es um die meist komplizierte steuerliche Behandlung der Geldanlage geht. Das reicht von der Anwendung der §§ 20, 22, 23 EStG über Werbungskostenabzug, Halbeinkünfteverfahren bis hin zum Ansatz im ErbStG und InvStG. Anleger sollten sich die über § 363 AO gegebenen Möglichkeiten auf ein Ruhen des Einspruchsverfahrens kraft Gesetzes nicht entgehen lassen, um am positiven Ausgang der Verfahren zu partizipieren.

Diesen Rat nutzen Steuerzahler verstärkt. Nach der Statistik des BFH waren in den rund 6,7 Millionen unerledigten Einsprüchen Ende 2008 mit 5,1 Millionen rund drei Viertel Verfahren nach § 363 AO ausgesetzt oder ruhend gestellt.

Die folgenden Kapitel sowie die Teile 1 und 2 des Beitrags sollen einen Überblick über die strittigen Sachverhalte mit Praxisrelevanz geben, damit die Bescheide zu den einzelnen Punkten weitestgehend offen bleiben können.

#### 2. Private Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG

In den vergangenen Monaten haben sich einige Streitpunkte rund um die Geldanlage erledigt, dafür sind im Gegenzug ein Reihe neuer Sachverhalte hinzugekommen. So haben sich beispielsweise die anhängigen Verfahren zur Spekulationsbesteuerung reduziert, sofern es um die Verfassungsmäßigkeit geht. Andere Sachverhalte zu § 23 EStG wie etwa zur Verlustnutzung sind hingegen weiter strittig.



## Grundstücksgeschäfte

Offene Fragen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit gibt es eigentlich nur noch bei Spekulationsgeschäften mit Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Hier geht es nicht um mögliche Erhebungsdefizite, sondern um die Verlängerung der Spekulationsfrist von zwei auf zehn Jahre bei Verkäufen ab dem Jahr 1999.

Betroffen sind Immobilienbesitzer, die Ende 1998 aus der bis dahin geltenden zweijährigen Spekulationsfrist heraus waren. Ihre Grundstücke fallen zum Jahreswechsel plötzlich wieder in die verlängerte Frist von zehn Jahren. Ob der Gesetzgeber eine solche Rückwirkung anordnen darf, ist Gegenstand anhängiger Verfahren beim BVerfG (2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04 und 13/05).

Betroffene müssen ihren Fall selber offen halten, da Steuerbescheide insoweit nicht nach § 165 AO vorläufig ergehen. Die Finanzverwaltung lässt Einsprüche bis zur Entscheidung ruhen und gewährt auf Antrag Aussetzung der Vollziehung.

**Hinweis:** Sofern die alte Zweijahresfrist Ende 1998 noch nicht abgelaufen war, ist die Verlängerung der Frist laut BFH verfassungsgemäß (15.7.2004, IX B 116/03, BStBl II 2004, 1000; 18.9.2006, IX B 154/05, BFH/NV 2007 S. 31).

## Gesonderte Verlustfeststellung

Der BFH hatte entschieden, dass über die Verrechenbarkeit von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 EStG, die im Entstehungsjahr nicht ausgeglichen werden können, erst im Jahr der Verrechnung zu entscheiden ist (22.9.2005, IX R 21/04, BStBl II 2007, 158). Denn die Vorschrift sieht kein gesondertes Feststellungsverfahren vor. Damit widersprach der BFH der bisherigen Verwaltungsauffassung, wonach ein gesondertes Feststellungsverfahren durchzuführen ist (BMF 5.10.2000, IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl I 2000 S. 1383, Tz. 42). Dies führt in der Praxis dazu, dass Börsenverluste alter Jahre noch nachträglich angesetzt werden können.

Über das Jahressteuergesetz 2007 ist jetzt über § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG der am Schluss eines VZ verbleibende Verlustvortrag nach Maßgabe des § 10d Abs. 4 EStG gesondert festzustellen. Das gilt nach § 52 Abs. 39 S. 5 EStG für alle am 1.1.2007 noch nicht abgelaufenen Feststellungsfristen. Entsprechendes wurde auch für die Verluste aus sonstigen Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG eingeführt. Auch für die Übergangszeit wurde das Urteil per Anwendungserlass nicht angewendet (BMF 14.2.2007, IV C 3 - S 2256 - 12/07, BStBl I 2007, 268). Damit werden die Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung über das Jahressteuergesetz 2007 wieder in die ursprüngliche Verwaltungsauffassung korrigiert.

Mehrere FG bezweifeln nun jedoch, dass vor 2007 entstandene Spekulationsverluste nicht mehr nachträglich angesetzt werden dürfen. Sie gehen trotz der Änderung durch das Jahressteuergesetz 2007 in bestandskräftigen Bescheiden davon aus, dass eine Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs berücksichtigt werden muss. Die hiergegen eingelegten Revisionen wird der BFH vermutlich erneut mit dem gleichen Tenor wie sein Urteil aus 2005 entscheiden. So hat er bereits entschieden, dass ein verbleibender Verlustvortrag für vor 2007 entstandene private Veräußerungsgeschäfte auch dann erstmals gesondert festzustellen, wenn im Einkommensteu-



erbescheid für das Entstehungsjahr entweder überhaupt keine oder Verluste in zu geringerer Höhe ausgewiesen sind (BFH 11.11.2008, IX R 44/07, 17.9.2008, IX R 70/06, BFH/NV 09, 65).

Anhängig sind derzeit:

- FG München 19.7.2007, 5 K 4013/04, EFG 2007, 1774, Revision unter IX R 53/07
- FG Köln 9.8.2007, 10 K 3347/04, EFG 2008, 133, Revision unter XI R 26/07
- FG Niedersachsen 9.11.2007, 1 K 178/06, Revision unter IX R 19/08

Zum aktuellen Stand aus Sicht der Finanzverwaltung äußern sich die OFD Münster (25.2.2008, Kurzinfo Einkommensteuer Nr. 007/2008, DB 2008, 729) sowie das Bayerische LfSt (6.3.2008, S 2256 - 38 St 32/St 33).

### **Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf**

Ein Spekulationsverlust im Sinne des § 23 EStG liegt nur bei echter Verlustrealisation vor. Wird die gleiche Anzahl von Aktien in engem zeitlichen Zusammenhang zur Veräußerung wieder zurück erworben, ist eine Verlustrealisation regelmäßig nicht gegeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Verkauf und Rückkauf der Aktien durch einen Gesamtplan verbunden sind (FG Schleswig-Holstein 14.9.2006, 5 K 286/03 und FG Hamburg 9.7.2004, VII 52/02, DStRE 2004, S. 1334). Maßgebend ist, ob

- es nachvollziehbare Gründe für den zügigen Ver- und Rückkauf gibt
- beide Vorgänge auf jeweils eigenständigen Willensentschlüssen beruhen.

Die FG Münster (14.03.2007, 10 K 3380/04, EFG 2007, 1024) und Baden-Württemberg (1.8.2007, 1 K 51/06, EFG 2008, 54) berücksichtigen die roten Zahlen hingegen auch bei schnellem Rückkauf, da es sich bei § 23 EStG um eine Spezialnorm handelt. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unterwirft private Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren der Einkommensteuer, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt. Nach der gesetzlichen Regelung ist für die Besteuerung allein maßgeblich, dass ein Wirtschaftsgut innerhalb eines bestimmten Zeitraumes angeschafft und veräußert worden ist.

Die anschließende Anschaffung der gleichen Art und Stückzahl der Wertpapiere kann den verwirklichten Steuertatbestand nicht rückwirkend beseitigen. Die realisierten Verluste werden durch spätere Anschaffungen nicht berührt, auch nicht wenn sie am gleichen Tag stattfinden. Da es für den Tatbestand des § 23 nicht auf die Motivation und Absichten ankommt, kann der durch das Veräußerungsgeschäft realisierte Verlust auch nicht durch einen von vornherein geplanten Wiederankauf der Wertpapiere seiner steuerlichen Existenz beraubt werden. Bereits der BFH (18.10.2006, IX R 28/05, BStBl II 2007, 259) hatte klargestellt, dass § 23 EStG Anlegern als Spezialnorm mit dem Ausschluss des vertikalen Verlustausgleichs die Möglichkeit einräumt,

- Verluste innerhalb der Jahresfrist steuermindernd geltend zu machen
- Gewinne durch entsprechende Disposition über den Zeitpunkt der Veräußerung steuerfrei vereinnahmen zu können.

Die Finanzverwaltung hat in beiden Fällen Revision unter IX R 55/07 und IX R 60/07 eingelegt, Fälle mit bislang nicht deklarierten Altverlusten können also offen gehalten werden.



## Gewerblichkeit beim Börsenhandel

Der An- und Verkauf von Wertpapieren überschreitet die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zur gewerblichen Betätigung nur in besonderen Fällen, nämlich wenn sich Anleger wie ein Händler verhalten und für Dritte tätig werden (BFH 2.9.2008, X R 14/07; 28.11.2007, X R 24/06, BFH/NV 2008, 774; 10.4.2006, X B 209/05, BFH/NV 2006, 1461 und 30.7.2003, X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Beweisanzeichen für eine solche Zuordnung sind:

- Umfang der Geschäfte
- Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften
- Ausnutzen eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen
- Anbieten von Wertpapiergeschäften gegenüber einer breiteren Öffentlichkeit
- andere für eine private Vermögensverwaltung ungewöhnliche Verhaltensweisen
- Ausnutzung von Kursdifferenzen ohne Einsatz eigenen Vermögens mit beruflich erlangten Kenntnissen.

Bei der rechtlichen Zuordnung anhand der vorgenannten Kriterien kann nicht isoliert auf einzelne Merkmale abgestellt werden; vielmehr ist das Gesamtbild entscheidend, wobei die einzelnen Beweisanzeichen zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind (BFH 1.6.2004, IX R 35/01, BStBl II 2005, 26).

Gegen das BFH-Urteil vom 2.9.2008 (X R 14/07, BFH/NV 2008, 2012) wurde unter 2 BvR 2242/08 Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingelegt. Zu klären sind auch noch weiterhin anhängige Revisionen unter:

- III R 31/07 (Vorinstanz FG Köln 1.3.2007, 9 K 7050/02, EFG 2007, 1159), inwieweit ein umfangreicher privater Börsenhandel von Anlegern zur Gewerblichkeit führt. Der Verfahrensausgang entscheidet darüber, inwieweit Gewinne außerhalb der Spekulationsfrist steuerpflichtig und ob Verluste unabhängig von der Haltedauer mit anderen Einkünften verrechenbar sind.
- VIII R 1/08, ob Wertpapiere zur Bildung einer Liquiditätsreserve für die Tilgung von Verbindlichkeiten Betriebsvermögen eines selbständig tätigen Arztes sein können. Die Vorinstanz (FG Baden-Württemberg, 11.10.2007, 5 K 231/04, EFG 2008, 438) hat dies verneint.
- VIII R 18/09, ob Wertpapiere gewillkürtes Betriebsvermögen darstellen, die der Bildung einer Liquiditätsreserve dienen sollen und die für ein Praxis- und Betriebsmitteldarlehen verpfändet worden sind (Vorinstanz FG Köln 25.9.2008 15 K 1235/04 EFG 2009, 94).
- VIII R 19/08, inwieweit die Beteiligung eines Freiberuflers zu dessen Betriebsvermögen gehört (Vorinstanz FG Berlin-Brandenburg 23.4.2008, 7 K 9382/05 B).

## Währungsverluste

Verbindlichkeiten können nach dem Urteil des FG Rheinland-Pfalz (15.5.2007, 3 K 1667/04, EFG 2007, 1513) nicht Gegenstand eines Spekulationsgeschäfts sein. Das Eingehen einer Darlehensverbindlichkeit stellt keine Anschaffung und die Tilgung des Darlehens keine Veräußerung eines Wirtschaftsguts im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG dar. Zu dieser Frage und zur



wirtschaftlichen Identität von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut ist eine Revision unter VIII R 58/07 anhängig.

### **Wertlos verfallene Option**

Nach dem Urteil des FG Niedersachsen (12.9.2007, 2 K 252/05, DStRE 2008, 473) können die vergeblichen Aufwendungen für den Verfall der Optionsrechte im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG als Werbungskosten geltend gemacht werden, wenn eine Kaufoption auf Aktien mangels Ausübung verfällt. Die vorgenannte Regelung verlangt - anders als die Nrn. 1 bis 3 in § 23 EStG - nicht, dass der Anleger einen Gewinn/Verlust durch Verwertung am Markt realisiert. Auch bei dem Verfall der Option liegt daher ein Veräußerungsgeschäft vor. Die hiergegen eingelegte Revision hat der BFH allerdings zugunsten der Finanzverwaltung entschieden (9.10.2008, IX R 69/07). Zudem hat der BFH bereits zuvor klargestellt, dass den Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG nicht erfüllt, wer erworbene Optionen verfallen lässt (BFH 19.12.2007, IX R 11/06, BStBl II 2008, 519). Die Anschaffungskosten sind der nichtsteuerbaren Vermögensebene zuzuordnen. So sieht es auch die Finanzverwaltung (BMF 14.12.2007, IV B 8 - S 2000/07/0001; 13.6.2008, IV C 1 - S 2000/07/0009 Tz. II.5 und 27.11.2001, IV C 3 - S 2256 - 265/01, BStBl I 2001, 986, Tz.18).

### **Vollzugs- und Erhebungsdefizit als neue Tatsache**

Das beim BFH unter IX R 45/08 anhängige Verfahren dreht sich um die Frage, ob das vom BVerfG festgestellte Vollzugs- und Erhebungsdefizit bei der Besteuerung von Spekulationsgewinnen in den Jahren 1997 und 1998 eine (zusammengesetzte) Tatsache i.S. des § 173 AO darstellt. Dies hätte zur Folge, dass das Finanzamt bestandskräftige Einkommensteuerbescheide für 1997/98 zu Gunsten des Anlegers unter Außerachtlassung des erklärten und bisher versteuerten Spekulationsgewinns zu berichtigen hätte. Die Verwaltung hat hierbei Revision gegen das Urteil vom FG Köln (12.6.2008, 10 K 1820/05) eingelegt.

## **3. Lohnsteuerfragen**

### **Einordnung von Aktienoptionsprogrammen**

- Die Rückgabe der Aktien aus einem Mitarbeiterprogramm führt zu negativen Einnahmen, die grundsätzlich mit dem Ausgabepreis abzüglich des tatsächlich gezahlten Preises als geldwerter Vorteil und nicht mit dem Rückgabepreis zu bewerten sind. Im vom FG Berlin-Brandenburg (19.3.2008, 12 K 9231/07) entschiedenen Fall ging es um ein börsennotiertes Unternehmen, das ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm auf Aktienbasis auflegte. Die Mitarbeiter erhielten Aktien zum Preis von 0,25 Euro pro Aktie, deren Ausgabepreis bei 12,00 Euro lag. Das Programm wurde eingestellt und die Mitarbeiter gaben die Aktien zum Kurs von 16,24 Euro zurück. Der Arbeitgeber ermittelte den durch die Rückübertragung entstandenen geldwerten Nachteil ihrer Mitarbeiter unter Zugrundelegung des Aktienkurses von 16,24 Euro und nahm insoweit negativen Arbeitslohn an. Nach Auffassung des FG dürfen Wertsteigerungen zwischen Hin- und Rückgabe nicht berücksichtigt werden, da die zuvor eingetretene Steuerbelastung (geldwerter Vorteil aufgrund des Aktienoptionsprogramms i. H. von 11,75 Euro) damit nicht nur ausgeglichen, sondern überkompensiert werde. Der BFH kann unter VI R 17/08 über den Fall entscheiden.



- Im unter VI R 24/08 anhängigen Verfahren geht es um die Frage, ob negative Einnahmen vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses verbilligt erworbene Gesellschaftsanteile zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Verkaufspreis wegen Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zurücküberträgt, und nach welchen Grundsätzen deren Höhe zu ermitteln ist. Die Vorinstanz war das FG Düsseldorf (20.3.2008, 16 K 4752/05 E, EFG 2008, 1194).
- Die Zuwendung von Genussrechten an Arbeitnehmer kann nach dem Urteil des FG München (21.8.2008, 15 K 1238/06, EFG 2008, S. 1869) unter die Freigrenze des § 8 Abs. 2 S. 9 EStG (44 Euro/Monat) fallen. § 19a Abs. 2 EStG stehe dem nicht entgegen, wenn die Bewertung der zugewendeten Vermögensbeteiligung unstreitig feststeht. Gegen das Urteil ist Revision unter VI R 36/08) anhängig.
- Der Zufluss erfolgt bei handelbaren Optionsscheinen im Augenblick der Einbuchung in das Depot des Arbeitnehmers (FG Münster 15.7.08, 1 K 4029/06 E, EFG 2009, 104). Es kommt für den Zufluss auf den Zeitpunkt an, in dem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das wirtschaftliche Eigentum über einen Vermögensgegenstand einräumt. Bei nicht handelbaren Optionsrechten wird dieser Zufluss erst mit dem preisgünstigen Erwerb der Aktien nach Ausübung der Option selbst angenommen. Bei handelbaren Optionsscheinen liegt der Zufluss allerdings schon im Augenblick der Verfügbarkeit vor. Denn die Optionsscheine entsprechen in ihrer Funktion im Börsenhandel Aktien. Hiergegen wurde unter VI R 48/08 Revision eingelegt.

### **EVA-Index-Zertifikate als Lohneinkünfte**

Der Mehrerlös aus vom Arbeitnehmer zum marktüblichen Nennwert erworbenen sogenannten Economic Value Added-(EVA-)Index-Zertifikaten ist durch das Arbeitsverhältnis veranlasst und stellt kein Entgelt für das überlassene Kapital und damit keine eigenständige Einkunftsquelle dar, deren Wertveränderung am Kapitalstamm nur unter den Voraussetzungen der §§ 17, 23 EStG steuerlich zu erfassen ist. (FG Baden-Württemberg v. 09.11.2006 – 6 K 105/06, EFG 2007, 512). Diese Einordnung zu § 19 statt § 23 EStG wird in der Revision unter – VI R 69/06 überprüft.

### **Riester-Rente**

Im Zusammenhang mit der privaten Altersvorsorge besteht eine mittelbare Zulageberechtigung des Ehegatten gemäß § 79 Satz 2 EStG nur dann, wenn er einen Riester-Vertrag auf seinen Namen abgeschlossenen hat. Ein betrieblicher Altersvorsorgevertrag gemäß § 82 Abs. 2 EStG reicht nicht aus. Dies hat das FG Berlin-Brandenburg (13.6.2007, 7 K 5216/05 B, EFG 2007, 1690) bei einem Vertrag bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) über eine Alters-, Erwerbsminderungs- und Hinterbliebenenrente entschieden. Der BFH muss sich unter X R 33/07 erstmals mit dieser Problematik auseinandersetzen.

Die EU-Kommission hat gegen Deutschland vor dem EuGH unter C-269/07 Klage mit folgenden Anträgen eingereicht, weil das EStG

- Grenzarbeitnehmern (und ihren Ehegatten) die Zulageberechtigung verweigern, soweit diese nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind;



- nicht zulässt, dass das geförderte Kapital für eine eigenen Wohnzwecken dienende Wohnung im eigenen Haus verwendet wird, sofern diese nicht in Deutschland belegen ist;
- vorsieht, dass die Förderung bei Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht zurückzuzahlen ist.

### **Werbungskostenüberschuss bei Arbeitnehmern**

Durch den über das Jahressteuergesetz 2007 rückwirkend für alle offenen VZ geänderten § 46 Abs. 2 Nr. 1 EStG können Arbeitnehmer den Aufwand für die Geldanlage nach Ablauf der zweijährigen Antragsfrist nicht mehr absetzen. Ob dies rechtmäßig ist, wird der BFH entscheiden (FG Köln 10.2.2006, 12 K 4601/05, Revision unter VI R 63/06). Bei einem Werbungskostenüberschuss von über 410 Euro im Jahr sind Erklärungen einzureichen und die Fälle offen zu halten. Möglich ist die Abgabe hingegen ab dem VZ 2005 innerhalb der normalen Festsetzungsfrist (§ 52 Abs. 55j S. 2 EStG).

## **4. Geschlossene Fonds**

### **Provision als Betriebsausgabe bei geschlossen Fonds**

Zahlt ein geschlossener Schiffsfonds einzelnen Beteiligten besondere Dienstleistungsvergütungen für die Eigenkapitalvermittlung oder Platzierungsgarantie, liegen sofort abzugsfähige Betriebsausgaben vor (FG Hamburg, 23.05.2008, 2 K 236/06). Die Honorare müssen nicht zusammen mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Schiffes aktiviert werden, sodass sie sich nur langfristig über die Abschreibung auswirken würden. Dieser Tenor bringt Fondsanlegern Vorteile, die noch an einem vor 2006 aufgelegten sogenannten Kombi-Modell beteiligt sind. Durch den höheren Betriebsausgabenabzug erhöhen sich die Verlustzuweisungen aus der regulären Gewinnermittlung nach § 5 EStG in der Anfangsphase. Unterliegt der Fonds hingegen wie derzeit üblich der Tonnagesteuer nach § 5a EStG, spielen tatsächliche Kosten keine Rolle. Die moderate Abgabe wird unabhängig vom tatsächlichen Jahresgewinn fällig. Die Verwaltung hat gegen das Urteil unter IV R 36/08 Revision eingelegt.

### **Fondsverluste durch Kapitalgesellschaft**

Bei der Rückgabe von Investmentfondsanteilen durch eine GmbH ist der auf die im Sondervermögen enthaltenen Aktien entfallende Veräußerungsverlust, der Teil des bei Rückgabe der Anteile entstandenen Gesamtgewinns war, dadurch steuerlich zu neutralisieren, als er außerbilanziell dem Steuerbilanzgewinn hinzuzurechnen ist (FG München, 17.3.2009, 6 K 3474/06). In der unter I R 33/09 anhängigen Revision geht es nun um die Frage, ob § 8b KStG im Jahr 2002 auf anteilige Aktienverluste aus der Veräußerung von Investmentanteilen anwendbar ist.

### **Tonnagesteuer**

Nicht eindeutig geklärt ist, ob der bei der Auflösung des Unterschiedsbetrags durch Verkauf des Schiffes nach § 5a Abs. 4 EStG entstandene Gewinn nach §§ 16, 32 EStG tarifbegünstigt ist. Dies soll er sein, weil es sich beim hinzugerechneten Unterschiedsbetrag um einen begünstigten Veräußerungs- und Aufgabegewinn handelt (BFH 7.11.2007, III R 7/07, BFH/NV 2008, 403). Auf der anderen Seite soll der hinzugerechnete Unterschiedsbetrag laufender Gewinn sein (BFH



13.12.2007, IV R 92/05. BStBl II 2008, S. 583) Dem haben sich auch die FG Niedersachsen (7.12.2006, 16 K 10427/05, EFG 2007, 998) und Schleswig-Holstein (25.6.2008 1 K 50018/05) angeschlossen. Der BFH kann die Diskrepanz nun in der Revision unter IV R 40/08 klären.

Hinzu kommt noch die Regelung zur Verlustverrechnung nach § 15a Abs. 2 EStG, die im Rahmen der Tonnagebesteuerung nach § 5a Abs. 5 S. 4 EStG zunächst mit den im Wege einer Schattenberechnung ermittelten Steuerbilanzgewinnen und lediglich subsidiär mit einem dem Tonnagegewinn hinzuzurechnenden Unterschiedsbetrag saldiert werden. Die Frage der Reihenfolge ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Der BFH (20.11.2006, VIII R 33/05) hat die Frage zur Saldierung von Schattengewinnen mit verrechenbaren Verlusten aus der Zeit vor Beginn der Tonnagebesteuerung ausdrücklich offen gelassen. Gegen das Urteil vom FG Schleswig-Holstein (25.2.2009, 5 K 242/05) wurde Revision unter IV R 14/09 eingelegt. Dabei geht es um die Frage, in welcher Reihenfolge im Rahmen der Tonnagebesteuerung verrechenbare Verluste nach § 15a EStG mit Steuerbilanzgewinnen bzw. aufgelösten Unterschiedsbeträgen gemäß § 5a Abs. 4 EStG zu verrechnen sind. Entsprechende Fälle sollten über ein ruhendes Verfahren offen gehalten werden.

### **Verkauf einer Windanlage**

Ein geschlossener Fonds kann eine Windkraftanlage ohne Belastung mit Gewerbesteuer verkaufen, auch wenn er weiterhin andere Windräder betreibt. Nach dem FG Hessen handelt es sich um die Aufgabe eines Teilbetriebs, dessen separate Veräußerung nicht der Kommunalabgabe unterliegt (10.3.2009, 8 K 2247/07). Entgegen der Ansicht des Finanzamts liegt kein unselbstständiger Betriebsteil vor, der nicht steuerbegünstigt wäre. Gegen das Urteil hat die Verwaltung beim BFH unter X R 23/09 Revision eingelegt. Sie sieht in der Veräußerung einer von mehreren betriebenen Windkraftanlagen einen steuerpflichtigen Gewerbeertrag, weil eine technisch selbständige, nahezu automatisch ablaufende Windkraftanlage nur eine Betriebsvorrichtung des Unternehmens darstellt.

### **Vermittlungskosten bei geschlossenen Fonds**

Hier geht es um zwei Sachverhalte:

1. Ein geschlossener Fonds darf die Gebühren für die Vermittlung des Kredits sofort als Betriebsausgaben oder Werbungskosten absetzen (FG Hamburg 15.10.2008, 2 K 210/06). Denn die Verwaltung (Fondserlass des BMF vom 20.10.2003, IV C-3 S 2253a 48/03) legt die BFH-Rechtsprechung (28.6.2001, IV R 40/97) falsch aus, weil hiernach lediglich geschlossenen Immobilienfonds Anschaffungskosten haben. Dies gilt aber nicht für die übrigen Fonds, welche nicht Grundstücke, sondern andere Wirtschaftsgüter anschaffen. Die Verwaltung hat hiergegen unter IV R 50/08 Revision eingelegt. Der BFH kann nun also seine bisherige Rechtsprechung konkretisieren.
2. Zahlt ein geschlossener Fonds einzelnen Beteiligten besondere Dienstleistungsvergütungen, etwa für die Eigenkapitalvermittlung, Platzierungsgarantie oder Finanzierungsvermittlung, liegen sofort abzugsfähige Betriebsausgaben vor (FG Hamburg 23.5.2008, 2 K 236/06). In der Revision unter IV R 36/08 hat der BFH zu entscheiden, ob diese Honorare schon aufgrund der Verknüpfung der Verträge und des Zusammenhangs mit dem Erwerb bzw. der



Herstellung zusammen mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten aktiviert werden müssen.

3. Ähnlich hatte das FG Münster (13.3.2009, 14 K 3638/05 F) zu Eigenkapitalprovision, Aufwendungen für eine Plazierungsgarantie, die Prospekterstellung und -prüfung entschieden. Auch hiergegen hat die Verwaltung Revision unter IV R 15/09 eingelegt.

### Negative Auslandseinkünfte

Negative Auslandseinkünfte werden gem. § 2a Abs.1 EStG nur mit positiven Einkünften derselben Art und aus dem gleichen Staat verrechnet und auch nicht als negativer Progressionsvorbehalt berücksichtigt. Dies verstößt laut EuGH, BFH und FG München gegen die Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, wenn sich ausländische negative Einkünfte nicht mindernd auswirken, positive hingegen zu höherer Progression führen. Diese Frage ist für Besitzer von ausländischen geschlossenen Fonds von Bedeutung. Die Finanzverwaltung wendet die Rechtsprechung des EuGH (21.2.2006, C-152/03, DStR 2006, 362, Ritter-Coulais) zum negativen Progressionsvorbehalt grundsätzlich nicht an (BMF 24.11.2006, IV B 3 – S 2118 a – 63/06, BStBl I 2006, 763). Betroffene sollten diesen Abzug selbst durchfechten. Der EuGH hat anschließend erneut für den negativen Progressionsvorbehalt bei Mietverlusten entschieden (18.07.2007 - C-182/06, DStR 2007, 1339).

**Hinweis:** Im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2009 erfolgt die Reaktion auf die bisherige Rechtsprechung. Der Progressionsvorbehalt auf Einkünfte aus EU- und EWR-Ländern entfällt ab 2008 ganz und § 2a EStG begrenzt die Verlustverrechnung in allen offenen Fällen nicht mehr – ebenfalls für Einkünfte aus EU- und EWR-Ländern. Das wird zuvor bereits auf dem Erlassweg geregelt (BMF 30.7.2008, IV B 5 - S 2118-a/07/10014).



Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

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

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

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

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

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

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

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