



## 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**

## Steuerregeln bei geschlossenen Fonds

### Teil 1: Aktuelle Tendenzen

Stand: 03.05.2010

#### Inhaltsverzeichnis

1. Einführung .....	2
2. Aktuelle Tendenzen .....	2
Marktdaten .....	2
Pläne für mehr Anlegerschutz.....	3
1. Wichtige Verwaltungserlasse im Überblick.....	4
2. Zivilrecht .....	5
3. Gewerbesteuer für geschlossene Fonds.....	11
4. Erbschaftsteuer auf geschlossene Fondsanteile .....	11
5. Feststellungsverfahren.....	12



# Steuerregeln bei geschlossenen Fonds

## Teil 1: Aktuelle Tendenzen

### 1. Einführung

Bei geschlossenen Fonds handelt sich um Personengesellschaften, an denen eine begrenzte Zahl von Anlegern beteiligt ist. Anders als bei Aktien- und Rentenfonds ist das zur Verfügung stehende Eigenkapital der Höhe nach begrenzt. Sie verwenden das eingesammelte Vermögen – im Gegensatz zu offenen Investmentfonds – gezielt für ein oder einige wenige Investitionsvorhaben und erzielen die Erträge nur aus diesen Vorhaben. Die Investition läuft entweder komplett aus den Einlagen der Gesellschafter (Außenfinanzierung) oder teilweise auch über Kredite (Innenfinanzierung). Dabei steht es den Zeichnern frei, ihre Anteile wiederum persönlich über ein Darlehen zu finanzieren. Die Kredithöhe hängt im Wesentlichen von der steuerlichen Einkunftsart ab. Sofern Schuldzinsen nicht als Betriebsausgaben (z.B. Schiffe) oder Werbungskosten (z.B. Private Equity) absetzbar sind, erfolgt eine reine Außenfinanzierung mit den Mitteln der beteiligten Gesellschafter.

Nach Ablauf der Zeichnungsfrist und Platzierung der Anteile sind – im Gegensatz zu offenen Fonds – keine weiteren Kapitalzuführungen möglich. Ist das für das Planvorhaben erforderliche Kapital aufgebracht und alle Anteile verkauft, nimmt die Fondsgesellschaft keine Einlage mehr an, der Fonds ist geschlossen.

Geschlossene Fonds sind unternehmerische Beteiligungen mit entsprechenden Chancen, aber auch hohen Risiken, die bis zum Totalverlust der Einlage führen können.

Der Beitrag stellt aktuelle Urteile und Verwaltungserlasse in Kurzform vor, unterteilt in die einzelnen Fondsarten und in zivilrechtliche Aspekte. Im ersten Teil geht es um die aktuellen Tendenzen sowie grundlegende Steuerregeln. Der zweite Teil behandelt dann steuerliche Aspekte zu den einzelnen Fondsarten.

### 2. Aktuelle Tendenzen

#### Marktdaten

In Deutschland werden jährlich rund 12 Mrd. € Eigenkapital neu platziert, wobei Immobilien, Schiffe und Private Equity mit zusammen gut 80 % den größten Marktanteil darstellen. Diese Zahlen aus der Vergangenheit hatten sich aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise in 2009 nicht mehr fortgesetzt.

Nach den Zahlen vom Verband Geschlossener Fonds (VGF) lag das Gesamtmarktvolumen 2009 bei 9,46 Milliarden Euro und das platzierte Eigenkapital ging um 37,09 Prozent gegenüber dem Vorjahr auf 5,23 Mrd. Euro zurück. Lediglich wenige Fondsarten konnten einen Zuwachs gegenüber 2008 verzeichnen:

- Geschlossene Immobilienfonds mit Investitionen in Deutschland: Sie platzierten 2009 insgesamt 1,12 Mrd. Euro (2008: 993 Mio. +12,49 %).
- Portfoliofonds: Sie legten auf 87,71 Mio. Euro zu (2008: 54,89 Mio. +59,79%).



- Infrastrukturfonds: In sie flossen 70,18 Mio. Euro (2008: 42,1 + 66,7%).
- Energiefonds: Hier wurden 556,49 Mio. Euro Eigenkapital platziert (2008: 220,94 Mio. + 151,87 %).

Diesen Gewinnern standen aber eine Reihe von Verlierern gegenüber, die vor allem aus den zuvor so beliebten Anlageklassen stammen:

- Lebensversicherungszweitmarktfonds: Platzierung 2009 von 103 Mio. Euro (2008: 358,47 Mio. – 71,29%).
- Schiffsbeteiligungen. Platziertes Eigenkapital 2009 von 824,11 Mio. Euro (2008: 2,52 Mrd. –67,32%).
- Private-Equity-Fonds: Sie verloren 2009 ebenfalls deutlich, nachdem sie in den vergangenen Jahren stets zu den Aufsteigern gehört hatten. Das Eigenkapital belief sich auf 239,32 Mio. Euro (2008: 711,17 – 66,35 %).
- In Leasingfonds (ohne Flugzeuge) flossen 2009 nur noch 41,85 Mio. Euro (2008: 100,41 –58,32 %).
- Flugzeugfonds verzeichneten 2009 mit einem Eigenkapitalvolumen von 428,41 Mio. Euro ebenfalls einen deutlichen Rückgang (2008: 703,02 Mio. – 39,06 %).
- Auslandsimmobilienfonds konnten 2009 nur noch 1,35 Mrd. Euro einsamen (2008: 2,06 Mrd. – 34,36%).
- Spezialitätenfonds (z.B. Wald-, Holz- und Gamefonds) setzten zusammen 417,08 Mio. Euro ab (2008: 55,45 – 24,9%).

Auslandsimmobilien-, Deutschland-Immobilien- und Schiffs-Fonds sind derzeit die drei platzierungsstärksten Assetklassen im Gesamtmarkt.

Zur Erinnerung: Bis 2005 wurden jährlich noch rund 13 Mrd. Euro Eigenkapital neu platziert. Mit Einführung der beschränkten Verlustverrechnung gem. § 15b EStG kam es zum ersten Rückschlag, indem Medien- und Wertpapierfonds nahezu vollständig vom Markt verschwunden waren und die übrigen Beteiligungsmodelle diesen Ausfall nicht vollständig eskomprieren konnten.

### Pläne für mehr Anlegerschutz

Das BMF meldete am 3.3.2010, dass per Gesetz eine Verbesserung von Anlegerschutz und die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes geplant sind. Im April soll ein entsprechender Diskussionsentwurf vorliegen, der im Sommer Kabinett verabschiedet werden könnte. Hierbei geht es im Bereich der geschlossenen Fondsbeteiligungen (grauer Kapitalmarkt) um folgende Punkte:

Verschärfung der Anforderungen an die Beratung und Vermittlung beim Vertrieb von Produkten des Grauen Kapitalmarktes: Institute sollen auch bei der Beratung und Vermittlung von geschlossenen Fonds die Anforderungen des WpHG einhalten - u.a. anlegergerechte Beratung, Führen eines Beratungsprotokolls, Offenlegung von Provisionen. Hierzu wird der Anwendungsbereich des WpHG auf den Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Fonds als Finanzinstrumente im Sinne des WpHG erweitert. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass geschlossene Fonds komplexe Produkte mit einer in der Regel langen Laufzeit und nur begrenzter Fungibilität sind.

Erhöhung der Anforderungen an Prospekte für Produkte des Grauen Kapitalmarktes: Prospekte von Graumarktanlagen sollen detailliertere Informationen enthalten. Vorgesehen sind hier Angaben (etwa Insolvenzen), die eine bessere Beurteilung der Seriosität der Initiatoren ermöglichen



sollen. Zudem sollen die Prospekte von BaFin intensiver und auch auf Kohärenz geprüft werden können. Bislang erfolgt nur eine Prüfung auf Vollständigkeit.

Schaffung neuer Ordnungswidrigkeiteneintatbestände im WpHG: Die BaFin soll in Zukunft auch bei Falschberatung oder der fehlenden Offenlegung von Provisionen durch die Institute Bußgelder verhängen können. Entsprechende Normen sollen in den Bußgeldkatalog des WpHG eingefügt werden. Dies soll einen Beitrag zu einer Disziplinierung der Institute und damit zu einer Vermeidung von Falschberatung leisten.

Einführung eines Registrierungs- und Sanktionsregimes im Bereich der Anlageberatung: Anlageberater und Personen, die in den Instituten Einfluss auf Vertriebsvorgaben nehmen, sollen künftig durch die Institute bei der BaFin registriert werden. Treten im Rahmen der Aufsichtstätigkeit der BaFin Defizite hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben des WpHG bei diesen Personen auf, so soll die BaFin in der Lage sein, Sanktionen auszusprechen.

Ausbildung: Im Rahmen der Registrierung sollen auch Angaben zur Qualifikation und Weiterbildung der Berater eingereicht werden. Hiermit soll darauf hingewirkt werden, dass die für die Altersvorsorge und Kapitalbildung breiter Bevölkerungskreise bedeutende Anlageberatung nur durch angemessen qualifizierte Berater vorgenommen wird.

## **1. Wichtige Verwaltungserlasse im Überblick**

Für geschlossene Fonds sind nachfolgende Verwaltungserlasse aus unserer Sicht besonders wichtig:

- Anwendungserlass zur Abgeltungsteuer für vermögensverwaltende Fonds: BMF 22.12.2009, IV C 1 - S 2252/08/10004
- Steuerstundungsmodell: BMF 17.7.2007, IV B 2 – S 2241 – b/07/0001, BStBl 2007, I, 542
- Verluste bei Denkmalsanierung: BMF 29.1.2008, IV B 2 - S 2241-b/07/0001, DStR 2008, 561
- Fondserlass: BMF 20.10.2003, IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl 2003 I, 546
- Medienerlass: BMF 23.2.2001, VI A 6 – S 2241 – 8/01, BStBl 2001 I, 175 und 5.8.2003, IV A 6 – S 2241 – 81/03, BStBl 2003 I, 406
- Schiffe: BMF 31.10.2008, IV C 6 - S 2133-a/07/10001, BStBl 2008 I, 956 und 12.6.2002, IV A 6 – S 2133 a – 11/02, BStBl 2002 I, 614
- Feststellungsverfahren: BMF 13.7.1992, IV A 5 – S 0361 – 19/92, BStBl 1992 I, 404 und 28.6.1994, IV A 4 – S 0361 – 14/94, BStBl 1994 I, 420
- Private Equity: BMF 16.12.2003, IV A 6 – S 2240 – 153/03, BStBl 2003 I 2004, 40; OFD Frankfurt 27.7.2007, S 2241 A - 67 - St 210, StB 2007, 448
- Leasingfonds: (BMF 1.4.2009, IV C 6 - S 2240/08/10008, BStBl I 2009, 515) zur Abgrenzung zwischen vermögensverwaltenden und gewerblichen Tätigkeit
- Containerleasing: OFD Rheinland 20.3.2007, S 2257 - 1000 - St 221, DB 2007, 829
- AfA auf Energieanlagen: OFD Münster 18.12.2009, Kurzinformation Einkommensteuer 027/2009



- Verluste aus geschlossenen Auslandsfonds: OFD Koblenz 16.6.2009, S 2118 A - St 33 3, StEK EStG § 2 a/37
- Anzeigepflicht bei Auslandsfonds: BMF 15.4.2010, IV B 5 - S 1300/07/10087; LfSt Bayern 21.10.2009, S 0301.1.1 - 3/1 St 41, DStR 2009, 2319
- DBA-Anwendung auf Fondsgesellschaften und ihre Beteiligten: BMF 16.4.2010, IV B 2 - S 1300/09/10003, Bayerisches LfSt 26.3.2010, S 0361.2.1-3/5 St42
- Sammlung und Auswertung von Unterlagen über steuerliche Auslandsbeziehungen: BMF 7.9.2007, IV B 1 - S 1509/07/0001, BStBl 2007 I, 754
- Aussetzung der Vollziehung von Grundlagen- und Folgebescheid: OFD Koblenz 13.7.2009, S 0464/ S 0623 A - St 35 2
- Übertragung treuhänderisch gehaltener Fondsanteile: OFD Frankfurt 10.6.2009, S 3811 A - 32 - St 131, StEd 2009 S. 494

## 2. Zivilrecht

- Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds kann als **Haustürgeschäft** gewertet und widerrufen werden. Der Fondszeichner hat in diesem Fall einen Anspruch darauf, den Wert seines Anteils zum Zeitpunkt des Widerrufs zurückzuerhalten. Dadurch erhält er dementsprechend möglicherweise weniger als den Wert seiner Einlage zurück oder muss sich an den Verlusten des Fonds beteiligen. Denn über den Widerruf darf ein Anleger nicht besser gestellt werden, als andere Mitgesellschafter des Fonds (EuGH 15.4.2010, C-215/08). Der EuGH bestätigt damit die Auffassung des BGH (5.5.2008, II ZR 292/06), der dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hatte. Insbesondere ermöglicht eine solche Regel zum einen dem Verbraucher, der seinen Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds widerruft, seine Anteile zurückzugeben und gleichzeitig einen Teil der Risiken zu übernehmen, die untrennbar mit jeder Kapitalanlage verbunden sind. Zum anderen erlaubt sie es außerdem den Mitgesellschaftern und/oder Drittgläubigern, unter Umständen nicht die finanziellen Folgen des Widerrufs dieses Beitritts tragen zu müssen.
- Anlageberater müssen Anleger ungefragt umfassend auf potenzielle Interessenkonflikte hinweisen. Insoweit sind die Anforderungen an die **Offenlegung** etwaiger Beteiligungen und **Provisionen** höher als bei bloßen Vermittlern. Während Innenprovisionen nur anzugeben sind, wenn sie überdurchschnittlich hoch ausfallen, müssen Rückvergütungen des Anlageberaters in jedem Fall offengelegt werden. Der Anleger, der in ein Steuerstundungsmodell investiert und Verluste erlitten hat, muss sich bei der Schadensberechnung nicht die erzielten Steuervorteile anrechnen lassen, da sie sich später mit etwa gleichrangigen Nachteilen saldieren. Das gilt etwa beim Investor in einen Medienfonds, der auf Schadensersatz und die Rückabwicklung seiner Beteiligung klagt, da die Verkaufsprospekte des Fonds unvollständig waren und der Anlageberater seine Auflegungsbeteiligung und zusätzliche Provisionen bei Erreichen bestimmter Platzierungsstände der Fondsanteile nicht genannt hatte (BGH 9.2.2010, XI ZR 117/09).
- Das Recht eines Anlegers, das Für und Wider selbst abzuwägen und seine Entscheidung in eigener Verantwortung zu treffen, wird auch durch **unzutreffende Informationen im Emissionsprospekt** über Umstände, für deren Eintritt eine nur geringe Wahrscheinlichkeit be-



steht, beeinträchtigt. Hierbei ging es um die Anschlussförderung für soziale Bauvorhaben. Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass eine fehlerhafte Aufklärung nach der Lebenserfahrung ursächlich für die Anlageentscheidung ist, kommt allenfalls bei hochspekulativen Geschäften in Betracht, wovon ein geschlossener Immobilienfonds ausgenommen ist. Bei einem zutreffenden Hinweis auf die rechtliche Ungewissheit der Anschlussförderung wäre es für einen durchschnittlichen Anlageinteressenten durchaus vernünftig gewesen, nicht in dieses Vorhaben zu investieren. Er riskiert, dass der Fonds bei Ausbleiben der Anschlussförderung insolvent wird und damit das investierte Kapital verloren wäre (BGH 22.3.2010, II ZR 66/08).

- Es stellt keinen Eingriff in den Kernbereich eines Gesellschafters dar, wenn die Gesellschafterversammlung mit der erforderlichen Mehrheit gegen dessen Willen eine Vorschrift in den Gesellschaftsvertrag einführt, wonach ein sich nicht an der **Sanierung** beteiligender Gesellschafter automatisch aus der Gesellschaft ausscheidet (BGH 19.10.2009, II ZR 240/08). Im zugrunde liegenden Fall ging es um einen geschlossenen Immobilienfonds, der in Zahlungsschwierigkeiten geraten war und dem über ein Sanierungsgutachten eine positive Prognose zur Sanierungsfähigkeit ausgestellt wurde. Das Sanierungskonzept sah vor, dass die entstandenen Verluste teilweise durch weitere Beiträge der Fondsanleger sowie durch Schuldenerlasse der Banken ausgeglichen werden sollten. Sofern Anleger die Teilnahme an der Sanierung verweigern, sind sie als Gesellschafter ausgeschieden und zur Zahlung eines negativen Auseinandersetzungsguthabens verpflichtet.
- Auch wenn sich ein geschlossener Fonds ausschließlich mit der Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren und Fondsanteilen - und damit mit Finanzinstrumenten im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG – beschäftigt, liegt kein erlaubnispflichtiges **Finanzkommissionsgeschäft** im Sinne von § 32 KWG vor. Denn ein derartiger Handel betrifft im Rahmen eines geschlossenen Fonds zwar Finanzinstrumente, der aber für eigene Rechnung der Fondsgesellschaft stattfindet und dementsprechend nicht erlaubnispflichtig ist. Rein rechtlich gesehen legt der Fonds lediglich sein eigenes Vermögen an, auch wenn dies aus den Einlagen der Anleger stammt (BGH 7.12.2009, II ZR 15/08).
- Hat ein Kommanditist Steuernachzahlungen infolge **verringertes Verlustzuweisungen** zu verzinsen, beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs gegen den steuerlichen Berater wegen verspäteten Hinweises auf dieses Risiko mit dem ersten Bescheid, welcher die Verluste der KG in dementsprechend vermindertem Umfang feststellt, selbst wenn es gelingt, durch Vorziehung von Sonderabschreibungen die Gewinnerhöhung in spätere Veranlagungszeiträume zu verschieben und dadurch den Zinsschaden zu mindern.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein Schaden aus einer Steuerberatung erst dann entstanden, wenn sich die Vermögenslage des Betroffenen durch die Pflichtwidrigkeit des Beraters gegenüber seinem früheren Vermögensstand objektiv verschlechtert hat. Dafür genügt, dass der Schaden dem Grunde nach erwachsen ist, mag auch die Höhe noch nicht beziffert werden können. Es muss nicht feststehen, dass eine Vermögenseinbuße bestehen bleibt und damit endgültig wird. Ist dagegen - objektiv betrachtet - noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten zu einem Schaden führt, ist ein Ersatzanspruch noch nicht entstanden, sodass die Verjährungsfrist noch nicht in Lauf gesetzt wird. In der Regel beginnt danach die Verjährung des Ersatzanspruchs gegen einen Steuerberater, der steuerliche Nachteile oder von der Besteuerung abhängige sonstige Vermö-



gensnachteile seines Mandanten verschuldet hat, mit der Bekanntgabe des belastenden Steuerbescheides. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Steuerbescheid noch keine Steuerfestsetzung enthält, sondern Besteuerungsgrundlagen selbständig feststellt, welche für die nachfolgende Steuerfestsetzung bindend sind (BGH 12.11.2009, IX ZR 218/08, DStR 2010, 510).

- Dem Beteiligten an einem Publikumsfonds steht das Recht zu, Name und Anschriften seiner Mitgesellschafter durch **Einsicht in die Bücher** und Papiere der Gesellschaft einzusehen. Sofern die Informationen in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind, kann der Gesellschafter einen Ausdruck dieser Informationen verlangen (BGH 21.9.2009, II ZR 264/08). Dies ist beispielsweise relevant, wenn ein Anleger die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung erreichen möchte und hierzu die Unterstützung von möglichst vielen Mitgesellschaftern benötigt. Hier kann die Geschäftsführung des Fonds nicht durch Geheimhaltung verhindern, dass die Daten der Mitgesellschafter zur Kontaktaufnahme untereinander ausgetauscht werden.
- Eine geschlossene Fondsgesellschaft, die die eingeworbenen Mittel ihrer Treugeberkommanditisten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung in **Finanzinstrumenten** anlegt, betreibt weder ein nach § 32 KWG erlaubnispflichtiges Finanzkommissionsgeschäft noch ein Investmentgeschäft. Wenn die Gesellschaft die Anlagegelder in erster Linie für den Aufbau eines dritten Unternehmens verwendet, müssen im Emissionsprospekt das Geschäftsmodell dieses Unternehmens, seine Chancen und Risiken zutreffend dargestellt werden. Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinn wegen fehlerhafter Angaben in Prospekten, die seit dem Inkrafttreten des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes am 1.7.2002 veröffentlicht wurden, verjähren in einem Jahr seit dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter von dem Prospektfehler Kenntnis erlangt, spätestens drei Jahre nach dem Abschluss des Gesellschafts- oder Beitrittsvertrages (BGH 7.12.2009, II ZR 15/08).
- Grundsätzlich kann kein Fondsanleger, der seinen nach dem Gesellschaftsvertrag geschuldeten Beitrag geleistet hat, gegen seinen Willen zu weiteren finanziellen Beiträgen zum Erreichen des Gesellschaftszwecks gezwungen werden. Dies gilt insbesondere in **Sanierungssituationen**, die stets die Gefahr des Scheiterns und damit des Verlustes des neu zugeführten Kapitals bergen. Andererseits ist es den Gesellschaftern, die die Chance einer Sanierung ergreifen wollen und deshalb bereit sind, der Gesellschaft weitere finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, nicht notwendigerweise zuzumuten, den erhofften künftigen Sanierungserfolg mit den Gesellschaftern teilen zu müssen, die dazu nichts beitragen wollen. In diesen Fällen kann es die gesellschafterliche Treupflicht den zahlungsunwilligen oder zahlungsunfähigen Gesellschaftern gebieten, aus der Gesellschaft auszuscheiden und die Folgen - sofortiger Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens - zu tragen (BGH 19.10.2009, II ZR 240 /08).
- Für die Schulden der Fondsgesellschaft haftet der Anleger (= Kommanditist) nur in Höhe der ins Handelsregister eingetragenen Einlage (§ 171 Abs. 1 HGB). Die Haftung ist ausgeschlossen, sobald er seine Einlage geleistet hat. Auch ein die Haftsumme übersteigendes Agio gehört dazu, das der Stärkung des Eigenkapitals der Gesellschaft dienen soll. Es steht als Polster für haftungsunschädliche Entnahmen nicht zur Verfügung, wenn sie durch Verluste verbraucht ist (BFH 6.3.2008, IV R 35/07, BStBl 2008 II, 676).



- Die persönliche Haftung des Kommanditisten lebt durch Ausschüttungen auch dann wieder auf, wenn und soweit diese Verluste durch steuerliche Sonderabschreibungen entstanden sind (BGH 20.4.2009, II ZR 88/08, DB 2009, 1289). Der Fondssparer ist auch nicht deshalb von der Haftung befreit, weil er die Rechtslage unzutreffend beurteilt hat und deshalb der Annahme war, die Gelder dürften an ihn ohne Haftungsfolgen ausgeschüttet werden. Insoweit gilt der allgemeine Grundsatz, dass jeder, der am Rechtsverkehr teilnimmt, die dabei geltenden Regeln zu beachten hat und sich nicht darauf berufen kann, diese Regeln nicht zu kennen. Daher ist es auch ohne Bedeutung, ob der Anleger über seine Haftung im Emissionsprospekt zutreffend aufgeklärt worden ist. Denn eine Bank als Gläubigerin muss sich mögliche Aufklärungsmängel durch Fonds oder Initiator nicht entgegenhalten lassen.
- Anlagevermittler müssen den Emissionsprospekt eines geschlossenen Windkraftfonds einer Plausibilitätsprüfung unterziehen, wenn sie sich auf den Vertrieb von Beteiligungen an Windkraftanlagen spezialisiert haben. Zu einer Pflichtverletzung mit Anspruch auf Schadensersatz kommt es aber erst dann, wenn der Prospekt in wesentlichen Punkten fehlerhaft war und dies vom Berater erkennbar war. Grundsätzlich kann vom Vermittler aber keine vertiefende Überprüfung des Windgutachtens erwartet werden. (BGH 5.3.2009, III ZR 17/08, WM 2009, 739).
- Legt ein Anlageberater dem Anlageinteressenten im Beratungsgespräch einen Verkaufsprospekt vor und macht diesen zur Grundlage seiner Beratung, obwohl dieser Prospekt fehlerhaft ist, hat er den Anleger falsch beraten. Die Pflichtverletzung des Anlageberaters steht aufgrund der Übergabe des falschen Prospektes fest. Sie entfällt nur dann, wenn er diesen Fehler berichtigt hat. Dafür, dass er dies getan hat, ist aber der Anlageberater und nicht etwa der Anleger beweispflichtig (BGH 17.9.2009, XI ZR 264/08).
- Auch eine optimistische Erwartung der Entwicklung einer Kapitalanlage darf einer Anlageempfehlung zugrunde gelegt werden, wenn die diese Erwartung stützenden Tatsachen sorgfältig ermittelt sind und die darauf gestützte Prognose der künftigen Entwicklung aus damaliger Sicht vertretbar ist. Darüber hinausgehende Risikoabschläge, die der einer Prognose innewohnenden Unsicherheit Rechnung tragen sollen, sind für eine angemessene Darstellung des Risikos der Anlage nicht erforderlich. Inhalt und Umfang der Hinweispflicht zum Risiko eines Totalausfalls hängen bei Empfehlung der Kapitalanlage in einen Immobilienfonds nicht schematisch von einer bestimmten Fremdkapitalquote des Fonds, sondern vielmehr von dessen konkreten Risiken und dem individuellen Beratungsbedarf des Anlegers ab, der sich nach dessen Wissensstand, seiner Risikobereitschaft und dem von ihm verfolgten Anlageziel bestimmt (BGH 27.10.2009, XI ZR 337/08).
- Inhalt und Umfang der Beratungspflicht hängen nicht schematisch von einer bestimmten Fremdkapitalquote der jeweiligen Kapitalanlage, sondern vielmehr von deren konkreten Risiken und dem individuellen Beratungsbedarf des Anlegers ab, der sich nach dessen Wissensstand, seiner Risikobereitschaft und dem von ihm verfolgten Anlageziel bestimmt. Aus der Fremdkapitalquote eines Immobilienfonds ergibt sich kein strukturelles Risiko, das dem Anleger gegenüber gesondert aufklärungsbedürftig ist. Anders als dies bei einem Filmfonds sein könnte, bei dem der Misserfolg der Produktion unmittelbar einen entsprechenden Verlust des eingebrachten Kapitals nach sich ziehen dürfte, steht bei einem Immobilienfonds selbst bei unzureichendem Mietertrag den Verbindlichkeiten der Gesellschaft zunächst der



Sachwert der Immobilie gegenüber. Zu einem Totalverlust kann es also erst dann kommen, wenn die Verbindlichkeiten der Fondsgesellschaft den Wert der Immobilie vollständig aufzehren. Auch wenn ein (teilweise) fremdfinanzierter Fonds zusätzlich Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen hat und im Fall der Verwertung der Fondsimmobilie das Risiko besteht, dass der Erlös hinter den Kreditverbindlichkeiten zurückbleibt, so ergibt sich daraus kein Risiko, auf das der Anlageberater im Rahmen ihrer Beratung hätte gesondert hinweisen müssen (BGH 27.10.2009, XI ZR 338/08).

- Ein Anlageberater ist zwar verpflichtet, die Wirtschaftspresse hinsichtlich negativer Berichte über einen geschlossenen Fonds auszuwerten und den Anleger hierüber zu informieren. Dies gilt jedoch nicht in einer so umfassenden Weise, dass er sämtliche Zeitungen stets vollumfänglich im Blick haben muss. In erster Linie hat er dem Anleger ein richtiges Emissionsprospekt vorzulegen und muss über die wichtigsten Inhalte informieren. Ein Zeitungsartikel hat dann keine zusätzliche Bedeutung, wenn der im Vergleich zum Prospekt keine zusätzlichen Fachinformationen enthält (BGH 5.3.2009, III ZR 302/07).
- Banken müssen kritische Bewertungen ihrer Angebote durch spezielle Brancheninformationsdienste nicht verfolgen und auswerten. Kunden gegenüber muss solche Branchenkritik im Verkaufsgespräch deshalb auch nicht offenbart werden. Ausreichend ist, wenn Bankberater die Berichterstattung in „anerkannten“ überregionalen Zeitungen (FAZ, Börsenzeitung, Handelsblatt und Financial Times Deutschland) verfolgen. Nur wenn sich im Wirtschaftsteil großer Tageszeitungen negative Berichte häufen, muss der Kunde davon - auch ohne Nachfrage - unterrichtet werden. Andernfalls würden die Pflichten von Anlageberatern uferlos. Hierbei ging es um einen geschlossenen Immobilienfonds, der im Verkaufsprospekt nicht alle wirtschaftlich notwendigen Informationen enthielt und die Erträge des Anlegers optimistisch berechnete (BGH 7.10.2008, XI ZR 89/07).
- Eine unzureichende Anlageberatung unter Verwendung fehlerhafter Prospekte begründet noch keinen Grund für einen Musterfeststellungsantrag. Gegenstand einer solchen Massenklage können nur falsche oder unterlassene Kapitalmarktinformationen in Fondsprospekten, Das gilt auch dann, wenn das vom Berater ausgehändigte Prospekt die Grundlage für die Zeichnung eines geschlossenen Immobilienfonds war. Für einen Antrag auf eine Musterfeststellung sind fehlerhafte oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation notwendig, nicht hingegen Ansprüche gegenüber einem Fondsvermittler (BGH 20.3.2009, III ZB 92/08).
- Ein Treugeber haftet nicht für die Verbindlichkeiten eines geschlossenen Immobilienfonds. Er übt zwar die Stellung wie ein Gesellschafter aus, wenn er die Fondsanteile für die Anleger treuhänderisch verwaltet. Für eine persönliche Inanspruchnahme fehlt es aber an der notwendigen gesetzlichen Grundlage. Daher wird er durch seine weitreichenden Macht- und Kontrollbefugnisse auch nicht automatisch zum Vollgesellschafter, weil keine Außenhaftung für Schulden des Fonds vorliegt. (BGH 11.11.2008, XI ZR 468/07).
- Ist eine Bank mit dem Eigenkapitalvertrieb eines geschlossenen Fonds beauftragt, muss sie den Anleger nicht notwendigerweise über Fehler im Emissionsprospekt informieren. Das gilt selbst dann, wenn das Institut die Einlagen der Anleger per Lastschrift einzieht und den Eintrag der Fondssparer im Handelsregister veranlasst. Diese Tätigkeiten im Auftrag der Fondsgesellschaft führen nicht zu einem eigenen Schuldverhältnis mit dem Anleger, sodass



auch keine Pflicht besteht, über Fehler im vom Vertrieb benutzten Prospekt hinzuweisen (BGH 29.1.2009, III ZR 74/08).

- Beteiligt sich ein Anleger über einen Treuhandvertrag an einem geschlossenen Fonds, muss ihn der Treuhänder über alle wesentlichen Punkte aufklären, die für die Beteiligung relevant sind. Daher besteht insbesondere die Pflicht zum Hinweis auf bekannte regelwidrige Auffälligkeiten. Muss der Treuhänder beispielsweise hohe Provisionszahlungen freigegeben, obwohl im Prospekt nur rund die Hälfte davon als Aufwand angegeben war, haftet er für diesen Fehler, selbst wenn er in der Praxis keinen persönlichen Kontakt mit dem Anleger aufnimmt. Denn die Funktion des Treuhänders beinhaltet nicht nur die Aufgabe der bloßen Abwicklungs- und Verwaltungsfunktionen (BGH 12.2.2009, III ZR 90/08).
- Eine Bank muss ihrem Kunden gegenüber offen legen, wenn sie für die Vermittlung eines Fondsanteils Rückvergütungen (sog. Kick-Backs) von der Fondsgesellschaft erhält. Denn für Berater greift die Offenlegungspflicht für alle Arten von Anlagemodellen und somit neben Wertpapieren auch bei geschlossenen Fonds und sonstigen Graumarktprodukten (BGH 20.1.2009, XI ZR 510/07, DStR 2009, 649).
- Ein Kreditinstitut, das einen Kunden über eine Beteiligung an einem Medienfonds berät, muss ihn über den Erhalt von Provisionen, die einen Interessenkonflikt bei der Anlageberatung begründen können, auch dann aufklären, wenn die Provisionen einen Wert von 15 Prozent des Anlagekapitals unterschreiten. Ein unvermeidbarer Rechtsirrtum des Kreditinstituts über diese Aufklärungspflicht kommt nur in Betracht, wenn das Kreditinstitut in tatsächlicher Hinsicht darlegt, dass es die Rechtslage gründlich geprüft hat, ggf. erforderlichen Rechtsrat eingeholt und die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachtet hat (OLG Frankfurt 20.10.2009, 14 U 98/08, Revision beim BGH unter XI ZR 316/09).
- Wegen der Auswirkungen auf den Vermietungserfolg ist die Lage einer Immobilie für deren Bewertung ein maßgeblicher Umstand. Ist die im Verkaufsprospekt eines geschlossenen Immobilienfonds falsch eingezeichnet, kann dies zu einem Haftungsanspruch durch den Anleger führen. Weder eine langfristige Vermietung noch eine Mietgarantie führen zu einem anderen Ergebnis. Denn beides kann aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten ausfallen. Dann rückt die Lage des Grundstücks wieder in den Vordergrund, weil sie für eine Wiedervermietung entscheidend ist (BGH 2.3.2009, II ZR 266/07).
- Legt ein Gesellschafterbeschluss den Fondsanlegern Nachschusspflichten auf, ist das gegenüber den Gesellschaftern unwirksam, die dem nicht zugestimmt haben. Durch eine verfahrensrechtliche Regelung im Gesellschaftsvertrag darf das Grundrecht eines Gesellschafters, mit weiteren Beitragspflichten nicht ohne seine Zustimmung beschwert zu werden, nicht ausgehebelt werden (BGH 9.2.2009, II ZR 231/07).
- Eine Aufklärung über die Innenprovisionen für den Vertrieb von Fondsanteilen kann auch auf andere Weise als durch die namentliche Nennung des Anlageberaters erfolgen, wenn im Prospekt hinreichend deutlich gemacht wird, dass auch dieser zum Empfängerkreis der Provisionen gehört. Es besteht kein grundsätzliches Erfordernis einer gesonderten individuellen Aufklärung über erhaltene Innenprovisionen oder Rückvergütungen, möglich ist eine ordnungsgemäße Aufklärung mittels rechtzeitiger Übergabe eines schriftlichen Prospekts. Daher ist es nicht erforderlich, dass der Anlageberater namentlich im Prospekt erwähnt wird,



wenn - wie bei geschlossenen Fonds üblich - der Hauptvertreibende genannt und darauf hingewiesen wird, dass dieser seine Rechte und Pflichten aus dem Eigenkapitalvermittlungsvertrag an Dritte übertragen könne (LG Bremen 28.1.2010, 2 O 2431/08).

### 3. Gewerbsteuer für geschlossene Fonds

- Anleger dürfen die vom geschlossenen Fonds bezahlte Gewerbesteuer gem. § 35 EStG anteilig nach ihrer Beteiligungsquote auf die Einkommensteuerschuld anrechnen. Sofern jedoch der Geschäftsführer einen Vorabgewinn oder eine **Sondervergütung** erhält, ist die hierauf entfallende Kommunalabgabe nicht gesondert zu berücksichtigen, sondern eine Verteilung entsprechend dem Anteil der Beteiligung vorzunehmen (BFH 7.4.2009, IV B 109/08). Sämtliche Vorabgewinne, also nicht nur steuerrechtliche Sondervergütungen i.S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, sondern auch gesellschaftsrechtlich vereinbarte Vorabgewinne sollen unberücksichtigt bleiben. Dies findet im Wortlaut der Regelung dadurch Niederschlag, dass der "allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel" maßgebend ist. Es kann deshalb dahinstehen, ob eine Mindestvergütung bzw. der Grundvorabgewinn gewinnabhängig oder -unabhängig ausgestaltet war.
- Ein geschlossener **Schiffsfonds** muss auch dann Gewerbesteuer zahlen, wenn die Tanker oder Containerschiffe nahezu ausschließlich im **Ausland** eingesetzt werden. Die Gemeindeabgabe darf auch auf den auf die Auslandseinsätze entfallenden Ertragsanteile entfallen (FG Hamburg 27.5.2009, 6 K 102/08). Denn laut GewStG unterliegt alles der Gewerbesteuer, soweit der Geschäftsbetrieb vom Inland aus betrieben wird. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn das Schiff in einem deutschen Schiffsregister eingetragen ist. Fahrende Schiffe begründen für die betreibenden Gesellschaften keine Betriebsstätte nach § 12 AO, weil es den Schiffen an einem festen Bezug zum Erdboden fehlt. Für eine Aufteilung der Gewerbeerträge in steuerpflichtige Inlands- und nicht steuerpflichtige Auslandserträge ist daher kein Raum. Dieser Urteilstenor wirkt sich aber nicht sonderlich negativ aus. Denn gem. § 9 Nr. 3 GewStG wird für den Betrieb von Handelsschiffen im internationalen Verkehr unterstellt, dass 80 Prozent des Gewerbeertrags auf eine nicht im Inland belegene Betriebsstätte entfallen. Zudem ermittelt sich der Gewinn lediglich nach der Tonnage gem. § 5a EStG und die Bemessungsgrundlage fällt damit sehr gering aus. Zudem können Anleger die von der Fondsgesellschaft bezahlte Gemeindeabgabe auf ihre persönliche Einkommensteuer anrechnen lassen.

### 4. Erbschaftsteuer auf geschlossene Fondsanteile

- Zur Erbschaftsteuerreform 2009 gibt es umfangreiche Anwendungserlasse.
- Zur Reform 2009 gibt es jetzt die Anwendungserlasse der Finanzministerien der Bundesländer. Davon sind die Inhalte von vier Schreiben für den Transfer von Fondsanteilen wichtig:
  - ✓ 25.6.2009: Geänderten Vorschriften des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes, BStBl I 2009, 713.



- ✓ 25.6.2009: Bewertung von Anteilen an Kapitalgesellschaften und des Betriebsvermögens, BStBl I 2009, 698.
- ✓ 5.5.2009: Bewertung des Grundvermögens, BStBl I 2009, 590.
- ✓ 30.3.2009: Form- und Verfahrensfragen bei der Feststellung von Grundbesitz-, Anteils- und Betriebsvermögenswerten, BStBl I 2009, 546.
- Werden Anteile an einem geschlossenen Fonds von einem **Treuhänder** gehalten, können sie nicht steuerbegünstigt vererbt oder verschenkt werden. Denn hierbei handelt es sich um einen Anspruch gegen den Verwalter, der wie Kapitalvermögen behandelt wird. Dies gilt auch, wenn der Fonds Immobilien im Ausland besitzt (OFD Frankfurt 10.6.2009, S 3811 A - 32 - St 131, StEd 2009, 494). Die Nachteile lassen sich jedoch durch Vertragsklauseln umgehen, die vorab für den Todesfall oder eine Schenkung vorgesehen sind. Ist hierin festgelegt, dass der Neubesitzer unmittelbar in die Gesellschafterstellung des ehemaligen Fondsanlegers eintritt, können die Steuerprivilegien genutzt werden. Das sind insbesondere die 75- oder 100-prozentige Steuerfreiheit bei gewerblichen Fonds gem. § 13a ErbStG sowie die günstigen Bewertungsregeln für Immobilien im Inland sowie im übrigen EU-Raum. Ist im Treuhandvertrag und im Gesellschaftsvertrag festgelegt, dass die Treuhandschaft beim Tod des Treugebers bzw. bei Abtretung des Anspruchs aus dem Treuhandvertrag endet und der Erbe bzw. Beschenkte unmittelbar in die Gesellschafterstellung des (dann ehemaligen) Treuhänders eintritt, ist Zuwendungsgegenstand nicht der Herausgabeanspruch des Erwerbers gegen den Treuhänder gemäß § 667 BGB, sondern die Gesellschaftsbeteiligung unmittelbar.

## 5. Feststellungsverfahren

- Die **Vordrucke zur Erklärung** zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen **2009** haben sich verändert. In der Anlage ESt 1 B wurde die Anlage KAP aus der Anlagensicherung entfernt, da diese jetzt im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung nicht mehr verwendet werden soll. Die neu gestaltete Anlage FE-KAP ist jetzt vorgesehen für die erstmalige Erklärung von Einkünften aus Kapitalvermögen und die Verteilung dieser auf die Beteiligten.

Die neue Anlage FE-KAP (Aufteilung Kapitalvermögen/anrechenbare Steuern) ersetzt die Anlage KAP. Da auf Ebene der Fondsgesellschaft nicht absehbar ist, welche Wahlrechte die Anleger im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung ausüben, sind alle Kapitalerträge zu erklären, auch wenn sie mit abgeltender Wirkung besteuert werden. Über die Anlage FE-AUS 1 (Aufteilung ausländischer Einkünfte und Steuern) erfolgt keine Anrechnung ausländischer Steuern, mehr, sondern jetzt über die Anlage FE-KAP selbst. Nur im Ausnahmefall des § 32d Abs. 2 EStG erfolgt die Anrechnung über die Anlage FE-AUS 1. Dies ist in der Anleitung beschrieben (FinMin Mecklenburg-Vorpommern 8.1.2010).

- Eine geschlossene Fondsgesellschaft kann nicht mehr vor dem FG klagen, wenn sie rechtlich oder faktisch voll beendet ist - etwa nach den äußeren Umständen durch tatsächliche Einstellung des Betriebs oder völlige Vermögenslosigkeit. Die Vollbeendigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn im Rahmen einer Liquidation die Gesellschafter noch Nachschüsse zur Begleichung der Gesellschaftsschulden erbringen oder das Konkursverfahren deshalb



nicht abgeschlossen ist, weil der Konkursverwalter ausstehende Einlagen der Gesellschafter oder für die Gläubigerbefriedigung benötigte Beträge einfordert.

Daher muss eine Personengesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, mangels rechtlicher oder faktischer Vollbeendigung zum **Klageverfahren** des Mitunternehmers wie etwa dem Kommanditisten betreffend die Höhe seines Aufgabegewinnanteils beigeladen werden, wenn das Konkursverfahren deshalb noch nicht abgeschlossen ist, weil der Insolvenzverwalter noch ausstehende Einlagen der Gesellschafter oder für die Gläubigerbefriedigung benötigte Beträge einfordert (BFH 3.9.2009, IV R 17/07).

- Zu diesem Themenbereich passen auch zwei Entscheidungen des Hessischen FG (Beschluss vom 21.1.2010, 5 V 2478/09 und Urteil vom 23.9.2009, 5 K 1501/07), wonach der Beteiligte an einem geschlossenen Fonds erst dann selbst gegen die Steuerbescheide der Fondsgesellschaft Klage erheben kann, wenn diese **liquidiert** ist. Denn die Klagebefugnis für die Anfechtung von Gewinnfeststellungsbescheiden geht erst nach Beendigung der Personengesellschaft uneingeschränkt auf die betroffenen Beteiligten über. Ein Fonds ist erst dann als voll beendet anzusehen, wenn das gesamte Vermögen verkauft worden ist. Bis dahin hat die Fondsgesellschaft das Klagerecht aufgrund ihrer selbständigen Organisation und ihrer Handlungsfähigkeit durch vertretungsberechtigte Personen.

Hieran ändert sich auch während der Liquidation nichts, da hier die Liquidatoren zur Vertretung berufen sind. Ist die Liquidation aber abgeschlossen, erlischt die Gesellschaft als selbständige Organisation mit der Folge, dass auch das Amt der Liquidatoren sein Ende findet. Damit kann sich der Anleger erst spät gegen Entscheidungen des Finanzamts wenden, auch wenn gerade in der Schlussphase der Fondslaufzeit häufig Unstimmigkeiten etwa über die Höhe des steuerpflichtigen Verkaufsgewinns aufkommen und das Ergebnis direkten Einfluss auf seinen Einkommensteuerbescheid hat.

- Der Beteiligte an einem geschlossenen Fonds kann bei seinem Finanzamt keine **Aussetzung der Vollziehung** von der Einkommensteuerschuld verlangen, wenn es um Streitigkeiten im Feststellungsbescheid der Fondsgesellschaft geht. In einem solchen Fall ist der Antrag des Anlegers mangels schutzwürdigen Interesses unzulässig (FG München 14.8.2009, 13 V 1628/09). Die Vollziehung eines Steuerbescheids kann nur ausgesetzt werden, wenn dies auf der Ebene der Fondsgesellschaft bewilligt wird. Erst dann fließt diese Entscheidung über den Zahlungsaufschub beim Grundlagenbescheid automatisch in die Einkommensteuerbescheide der Fondsanleger. Daher muss zunächst einmal der Fonds aktiv werden und bei seinem Betriebsstättenfinanzamt Einspruch einlegen. Besteht zumindest theoretisch die Aussicht auf Erfolg, wird die Vollziehung auf Antrag ausgesetzt. Der einzelne Fondssparer kann hier nicht einschreiten. Die Aussetzung eines Folgebescheids kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn der Grundlagenbescheid lediglich angefochten ist. Daher ist ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Einkommensteuerbescheids unzulässig, der mit Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Feststellungsbescheids begründet wird.
- Das Verrechnungsverbot für Verlustzuweisungen aus geschlossenen Fonds ist verfassungsrechtlich bedenklich. Der ab dem 11.11.2005 (Kapitaleinkünfte ab dem VZ 2006) eingeführte § 15b EStG zu **Steuerstundungsmodellen** enthält mehrere Begriffe aus der Umgangssprache



che, die sich nicht hinreichend genau definieren lassen (FG Baden-Württemberg 19.11.2008, 13 V 3428/08). Damit bestehen Unsicherheiten in der Beurteilung von Rechtsfragen, die in Bezug auf die Anwendung ernstliche Zweifel begründen.

- Das für einen geschlossenen Fonds zuständige Finanzamt darf auch die **Betriebsprüfung** für einzelne Anleger durchführen, obwohl für sie andere Finanzbeamte zuständig sind. Denn eine einheitliche Außenprüfung ist insbesondere dann sachgerecht und zweckmäßig, wenn der Fondsanleger umfangreiche Einkünfte aus Kapitalvermögen diesseits und jenseits der Grenze aufweist (FG Berlin-Brandenburg 6.7.2009, 6 V 6078/09). Zwar ist bei Privatpersonen ohne gewerbliche Einnahmen grundsätzlich keine Betriebsprüfung vorgesehen. Anders sieht es aber aus, wenn für die Besteuerung relevante Verhältnisse aufgeklärt werden müssen und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Sparer seine Steuererklärung unvollständig oder mit unrichtigem Inhalt abgegeben hat. Dann macht es Sinn, Sachverhalte bei Fonds und Anleger durch eine Behörde in einem Rutsch zu prüfen.
- Das BMF (20.8.2009, IV A 4 - S 1450/08/10001, BStBl 2009 I, 886) hat die Regelungen für die **steuerliche Betriebsprüfung ab 2010** veröffentlicht. Das gilt für die Einordnung in Größenklassen gem. § 3 BpO sowie für die neuen Abgrenzungsmerkmale. Hiernach unterliegen Verlustzuweisungsgesellschaften und geschlossene Immobilienfonds dem laufenden Besuch von Finanzbeamten, da sie über eine Sonderregelung als Großbetrieb eingestuft sind und genauso regelmäßig geprüft werden wie der Weltkonzern mit Sitz in Deutschland. Bei den übrigen gewerblichen Fondsgesellschaften richtet sich die Häufigkeit nach Umsatz und Gewinn.

Sofern der Jahresertrag über 305.000 Euro oder die Einnahmen über 5,3 Mio. Euro liegen, stellen sie ebenfalls einen Großbetrieb dar. Dann kommt es im Schnitt alle 4,26 Jahre zu einer Betriebsprüfung. Schaffen sie eine der beiden Schwellen nicht, handelt es sich lediglich um einen mittelständischen Betrieb. Festgestellt vor Ort werden auch die anteiligen Einnahmen der Fondsanleger sowie deren Aufwendungen wie etwa Fremdfinanzierungskosten. Denn hierbei handelt es sich um Sonderbetriebsausgaben oder -werbungskosten. Generell können Initiatoren und Fondssparer aber davon ausgehen, dass die Gesellschaft in der Regel einer laufenden Betriebsprüfung unterliegt.

- Klagt ein geschlossener Immobilienfonds, müssen die Beteiligten nicht zum **Verfahren hinzugezogen** werden. Das gilt selbst dann, wenn der Ausgang für die einzelnen Anleger von erheblicher Bedeutung ist und dem Fonds durch Steuernachzahlungen sogar die Insolvenz droht (FG Berlin-Brandenburg 9.9.2009, 11 K 1010/05 B). Dem steht grundsätzlich das Steuergeheimnis entgegen. Der einzelne Beteiligte muss daher schon konkret darlegen, dass er bei einem negativen Urteilsspruch die Zahlungsunfähigkeit der Fondsgesellschaft und damit seine persönliche Haftungsanspruchnahme befürchtet. Dieses Risiko besteht nicht, wenn der Fonds laut Gesellschaftsvertrag bei unerwarteten Nachforderungen des Fiskus eine Nachschusspflicht der Anleger vorsieht.

Das führt dann zwar im Ergebnis zu einer finanziellen Zusatzbelastung, aber nicht zu einer Haftung gegenüber dem Finanzamt. Gem. § 60 Abs. 1 FGO kann das FG andere beiladen, deren rechtliche Interessen nach den Steuergesetzen durch die Entscheidung berührt wer-



den. Diese sog. einfache Beiladung kommt nur in Betracht, wenn rechtliche Interessen des anderen dergestalt berührt werden, dass die anstehende Entscheidung die steuerliche Rechtslage des anderen verbessert oder verschlechtert. Das ist insbesondere für einen voraussichtlichen Haftungsschuldner im Klageverfahren des Steuerschuldners anzunehmen. Jedoch reicht mit Blick auf § 30 AO nicht aus, dass ein Berühren der rechtlichen Interessen des Beiladungsantragstellers nur theoretisch oder entfernt möglich ist. Vielmehr muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das tatsächliche Berühren der Interessen schon bestehen. Darin fehlt es, wenn die Gesellschaft auch im Falle einer negativen FG-Entscheidung nicht insolvent wird und damit kein Haftungsrisiko entsteht. Dieser Fall ist gegeben, wenn die GbR laut Vertrag von den Gesellschaftern gegebenenfalls Nachschüsse fordern kann, wenn sich aus einer steuerlichen Problematik unerwartete Forderungen ergeben.

- Das Finanzamt darf von geschlossenen Fondsgesellschaften die **Steuererklärungen vorzeitig verlangen**, wenn es entweder um Verlustzuweisungen geht oder bei den beteiligten Anlegern hohe Abschlusszahlungen erwartet werden. Die zügige Anforderung kann aber nicht allein mit der floskelhaften Begründung gerechtfertigt werden, dass in der Vergangenheit große Abschlusszahlungen angefallen sind und erneut Steuernachforderungen möglich sind (Sächsisches FG 20.5.2009, 4 K 1352/08). Die Entscheidung über die vorzeitige Anforderung einer Steuererklärung ist ebenso wie die Entscheidung über einen Fristverlängerungsantrag eine Ermessensentscheidung. Nicht jede zu erwartende Nachzahlung bei den Fondssparern rechtfertigt eine vorzeitige Anforderung, sondern nur zu erwartende hohe Abschlusszahlungen. Eine hiervon abweichende Vorgehensweise ist ermessensfehlerhaft.
- Streitet sich die geschlossene Fondsgesellschaft mit dem Finanzamt über die Höhe der Einkünfte, kann sie insoweit eine **Aussetzung der Vollziehung** beantragen. Hierüber ist dann gem. § 361 Abs. 3 AO auch die Vollziehung des Einkommensteuerbescheids auszusetzen. Damit müssen die einzelnen Beteiligten die hierauf entfallende Steuer erst einmal nicht bezahlen, da die Aussetzung der Vollziehung grundsätzlich für alle Beteiligten gilt. Die Anleger können ihre strittigen Steuerbeträge trotz Aussetzung der Vollziehung des Folgebescheids auch erst einmal bezahlen. Damit vermeiden sie Aussetzungszinsen, sollte der Einspruch für sie negativ ausgehen. Denn hierfür fehlt es an der Tatbestandsvoraussetzung eines geschuldeten Betrags. Jeder Fondssparer kann über diese Option selbst entscheiden. Geht das Verfahren wider Erwarten doch zugunsten der Fondsgesellschaft aus, gibt es nicht nur das Geld zurück, sondern zusätzlich auch noch Erstattungszinsen. Zweckmäßiger ist es jedoch, die Aussetzung der Vollziehung des Grundlagenbescheids auf Antrag der Fondsgesellschaft auf einzelne Anleger zu beschränken, siehe Nr. 5.2 des AEAO § 361 AO (OFD Koblenz 13.7.2009, S 0464/ S 0623 A - St 35 2).
- Nach § 360 Abs. 3 AO ist in **Einspruchsverfahren** gegen einheitlich und gesondert vorgenommene Feststellungen die Hinzuziehung aller Feststellungsbeteiligten zwingend erforderlich (sog. notwendige Hinzuziehung). Dies gilt jedoch nicht für Feststellungsbeteiligte, die nach § 352 AO nicht befugt sind, Einspruch einzulegen. Auch bei einem Einspruch eines Gesellschafters zu Fragen, die nur ihn persönlich angehen (§ 352 Abs. 1 Nr. 5 AO), ist die Gesellschaft beizuladen, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft vom Ausgang des Verfahrens nicht betroffen sein wird (LfSt Bayern 20.5.2009, S 0622.1.1 - 5/1 St 41). Die Fonds-



anleger sind beispielsweise zum Einspruch befugt, wenn sie zu diesem Zeitpunkt schon aus dem Fonds ausgestiegen sind oder es um grundsätzliche Unstimmigkeiten über die Gewinnanteile, Sonderbetriebsausgaben oder die Höhe der Beteiligung geht. Nach der Liquidation der Fondsgesellschaft sind sämtliche Feststellungsbeteiligte einspruchsbefugt und daher notwendig hinzuzuziehen, wenn nicht von allen Beteiligten gemeinsam Einspruch eingelegt wurde.

- Stellt das für den geschlossenen Fonds zuständige Betriebsstätten-Finanzamt auch die **Einkunftsart** Gewerbebetrieb fest, ist dies für die Beteiligten bindend. Der kann dann bei seinem Finanzamt keine vermögensverwaltenden Mieteinkünfte für sich reklamieren. Dies gilt übrigens unabhängig davon, ob die gewerbliche Einstufung überhaupt richtig ist oder nicht (FG Düsseldorf 9.7.2009, 16 K 2010/08 E). Denn der Feststellungsbescheid der Fondsgesellschaft bindet die Wohnsitzfinanzämter der Anleger.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt, Steuerberater**  
**Dr. Stephan Bellin M.I.C.L. (Univ. of Calif.)**

**Fon 0221/47 43 0**  
**Fax 0221/47 43 499**  
**bellin@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.