



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Köln • Berlin • Düsseldorf

Dürener Straße 295  
50935 Köln

Schlüterstraße 41  
10707 Berlin

Heinrichstraße 155  
40239 Düsseldorf

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

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

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

## Aktuelle Gerichtsurteile zur Geldanlage

### Teil 3: Themen außerhalb des EStG

Stand: 26.07.2010

#### Inhaltsverzeichnis

1. Einführung .....	3
2. AO, Hinterziehung, Kontrollen, Zivilrecht.....	3
Kapitalertragsteuer bei Tafelgeschäften .....	3
Vorlage einer Bank von Kontoauszügen.....	3
Selbstanzeige.....	4
Bank zu Schadensersatz bei Zins-Swap-Vertrag verurteilt .....	5
Aufklärungspflicht des Brokers bei Optionsgeschäften .....	5
Bankmitarbeiter als Gehilfe zur Steuerhinterziehung .....	5
Steueramnestie war verfassungsgemäß.....	6
Kontrollen durch die Finanzverwaltung .....	6
Auswirkung bei hinterzogenen Kapitaleinnahmen.....	6
1. Verjährungsfrist.....	6
2. Tafelgeschäft .....	7
3. Selbstanzeige .....	7
Kontrollmitteilungen und Bankgeheimnis .....	8
Sammelankunftersuchen ist nur bei hinreichendem Anlass zulässig.....	9
Schärfere Regeln für die Auslandsanlage sind zulässig.....	9
Keine Steueramnestie bei vorliegendem Kontrollmaterial .....	10
3. Kapitalgesellschaften und § 17 EStG .....	10
Nachträgliche Anschaffungskosten.....	10
Zeitpunkt der Verlustrealisierung nach § 17 EStG .....	10
Preisgutachten beim Verkauf nach § 17 EStG .....	11
Vermögensverwaltende GmbH wird zum Finanzunternehmen .....	11
Bürgschaft führt beim Aktionär nicht zu Anschaffungskosten.....	12
Veräußerung von Bezugsrechten .....	12



Entstrickung einbringungsgeborener Anteile.....	12
Kapitalertragsteuerverpflichtung einer vGA .....	13
Zeitpunkt eines Aktienverkaufs .....	13
4. Sonstige Fragen zum EStG.....	13
Riester-Regeln verstoßen gegen EU-Recht.....	13
Steueranrechnung bei Tafelgeschäften .....	14
Nichtanrechnung von Verlustvorträgen bei der Kirchensteuer .....	14
Zweifel an der Verlustbeschränkung des § 2b EStG.....	14
Verluste sind nicht mehr vererbbar .....	15
Ansatz von Vermittlungskosten bei Fondsgesellschaften.....	16
Zulage auf Genossenschaftsanteile.....	16
Einkünfterzielungsabsicht mit geschlossenen Fonds .....	16
Genuss-Scheine bei geschlossenen Fonds.....	16
Stille Beteiligung in Luxemburg.....	17
Beteiligung an US-Gesellschaft .....	17
Sparerfreibetrag auf Renten nach § 22 EStG .....	18
Anrechnung fiktiver Quellensteuer .....	18
Nachschusspflicht bei geschlossenen Fonds.....	18
Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen.....	19
Luxemburgische „Taxe d’Abonnement“ .....	19
5. ErbStG.....	19
Kein Abzug latenter Einkommen- bei der Erbschaftsteuer .....	19
Bankenhaftung im Erbfall.....	19
Bewertungsansatz von Auslandsvermögen .....	20
Schenkung an eine Familienstiftung .....	20
Zustiftung .....	20
Doppelbesteuerung bei Auslandskonten ist zulässig .....	21
Sachvermächtnis .....	22
6. InvStG.....	22
Behandlung schwarzer Fonds verstößt gegen EU-Recht.....	22
Negative Aktiengewinne aus Investmentfonds 2001 .....	23
Steueranrechnung bei Fonds .....	24
7. UStG.....	24
Umsatzsteuerfreiheit bankmäßiger Vermögensverwaltung .....	24



## Aktuelle Gerichtsurteile zur Geldanlage

### Teil 3: Themen außerhalb des EStG

#### 1. Einführung

Bei der Besteuerung der Kapitalerträge nach §§ 20 und 23 EStG und dem InvStG gelingt in einer Reihe von Fällen nicht immer sofort der Durchblick. Ähnlich sieht es bei der Behandlung nach dem ErbStG aus. Das liegt vor allem an der Vielzahl von verschiedenen Produkten. Hinzu kommen noch die Sonderbestimmungen zu Zinsabschlag, Quellen- oder Kapitalertragsteuer und die Behandlung von Investmentfonds.

Nachfolgend erfolgt im Überblick eine Kurzdarstellung der wichtigsten Urteile von BFH, EuGH, BVerfG, BGH und FG, die seit dem 1.1.2008 ergangen sind. Die Auflistung ist thematisch unterteilt und gibt die jeweilige Thematik des Schreibens in einem kurzen Tenor wider. Die vorherigen beiden Teile beschäftigten sich mit Themen rund um das EStG. Dieser dritte Teil behandelt überwiegend Entscheidungen zu anderen Gebieten der Geldanlage - beispielsweise Investmentfonds, Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie zur AO.

Noch nicht dabei sind Urteile zu den neuen Regeln der Abgeltungsteuer, dafür ist es - noch - zu früh. Allerdings haben eine Reihe der nachfolgend aufgeführten Urteile bereits Auswirkungen auf den Systemwechsel.

#### 2. AO, Hinterziehung, Kontrollen, Zivilrecht

##### **Kapitalertragsteuer bei Tafelgeschäften**

Es ist nicht missbräuchlich nach § 42 AO, wenn eine inländische Bank ihre Kunden veranlasst, Zinsscheine von Inhaberschuldverschreibungen (sog. Tafelpapiere) über ein ausländisches Kreditinstitut einzulösen. Auszahlende Stelle ist dann das ausländische Kreditinstitut, das nach § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1a Doppelbuchst. bb) EStG nicht zum Einbehalt und zur Abführung von Kapitalertragsteuer verpflichtet ist. Die Steuerabzugspflicht eines inländischen Kreditinstituts tritt bei der Einlösung solcher Tafelpapiere jedoch ein (BFH 17.2.2010, I R 85/08), wenn

- der Gegenwert der Zinsscheine zwar ausländischen Kreditinstituten gutgeschrieben wird, jene aber bei wertender Betrachtung als bloße "Auszahlstellen" des inländischen Kreditinstituts aufgetreten sind.
- sich das inländische Kreditinstitut verpflichtet hatte, ihm von dem ausländischen Kreditinstitut vorgelegte Zinsscheine von Inhaberschuldverschreibungen nicht über die Landesbank oder eine andere sog. Clearingstelle, sondern direkt über sich selbst einzulösen.

##### **Vorlage einer Bank von Kontoauszügen**

Ein Finanzamt darf im Besteuerungsverfahren eines Anlegers von der Bank im Regelfall erst dann die Vorlage von Kontoauszügen verlangen darf, wenn die Bank eine zuvor geforderte Auskunft über das Konto nach § 93 AO nicht erteilt hat, die Auskunft unzureichend ist oder Bedenken gegen ihre Richtigkeit bestehen (BFH 24.2.2010, II R 57/08). § 97 Abs. 2 Satz 1 AO dient



der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Verpflichtung zur Auskunftserteilung nach § 93 AO regelmäßig die weniger in die Persönlichkeitssphäre eingreifende Maßnahme als die Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden ist. Ein Abweichen von der vorgegebenen Rangfolge kommt deshalb nur in atypischen Fällen in Betracht, in denen das Vorliegen steuerrelevanter Tatsachen nur durch die Vorlage eines Schriftstückes beweisbar oder eine Auskunft zur Wahrheitsfindung untauglich ist.

### Selbstanzeige

- Sofern vor Ablauf der Festsetzungsfrist Selbstanzeige erstattet wird, verjährt der Steuerfall nach § 171 Abs. 9 AO nicht vor Ablauf eines Jahres nach Eingang der Meldung. Diese **Ablaufhemmung** beginnt bereits, wenn die angezeigte Steuerverkürzung dem Grunde nach individualisiert werden kann, der Hinterzieher also Steuerart und Veranlagungszeitraum benennt und den Sachverhalt so schildert, dass der Gegenstand der Selbstanzeige erkennbar wird. Maßgeblich für den Beginn der Ablaufhemmung ist lediglich, dass der Hinterzieher den entsprechenden Sachverhalt in der Weise aufdeckt, dass die Finanzbehörde hierüber in die Lage versetzt wird, insoweit ihrer Ermittlungspflicht nachzukommen. Es ist gerechtfertigt, an eine zur Ablaufhemmung führende Selbstanzeige geringere Anforderungen zu stellen als an eine die Straffreiheit bewirkende Selbstanzeige (BFH 21.4.2010, X R 1/08).
- Ein schriftliches **Auskunftsverlangen** mit der Aufforderung, bestimmte Unterlagen über ausländische Konten und Depots vorzulegen, hemmt den Ablauf der Festsetzungsfrist. Solche Ersuchen sind Ermittlungsmaßnahmen i.S. des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO. Dabei schließt aber nicht bereits der Beginn von Ermittlungshandlungen i.S. des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO den Eintritt der Straffreiheit nach § 371 Abs. 2 Nr. 1 AO aus. Voraussetzung dafür ist entweder, dass ein Amtsträger der Finanzbehörde zur steuerlichen Prüfung oder zur Ermittlung einer Steuerstraftat oder einer Steuerordnungswidrigkeit erschienen ist oder dass die Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens wegen der Tat bekannt gegeben worden ist (BFH 3.2.2010, VIII B 164/09, BFH/NV 2010 S. 830).
- Ein Steuerhinterzieher erhält keine Straffreiheit, wenn er im Rahmen einer **gestuften Selbstanzeige** dem Finanzamt nur die verheimlichten Auslandskonten meldet, bei denen er eine Aufdeckung befürchtet. Eine Straffreiheit kann nur erreicht werden, wenn der Sünder hinsichtlich aller seiner Schwarzgeldkonten reinen Tisch macht. Mit der strafbefreienden Selbstanzeige besteht aus fiskalischen Gründen die Möglichkeit zur Straffreiheit, wenn hierdurch dem Finanzamt bislang verborgene Steuerquellen neu erschlossen werden. Notwendig hierfür ist aber eine vollständige Rückkehr zur Steuerehrlichkeit und nicht nur hinsichtlich der Vergehen, deren Aufdeckung nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung nahe liegt. Im Falle einer Durchsuchung wegen des Verdachts einer Steuerstraftat kommt eine strafbefreiende Selbstanzeige ohnehin nicht mehr in Betracht. Dies gilt auch für solche Taten, die mit dem bisherigen Ermittlungsgegenstand in sachlichem Zusammenhang stehen (BGH 20.5.2010, 1 StR 577/09).



### **Bank zu Schadensersatz bei Zins-Swap-Vertrag verurteilt**

Ein Kreditinstitut muss an einen Bankkunden Schadensersatz zahlen, da es sich bei einem Swap-Vertrag um eine Art von Glücksspiel handelt. Der Kunde spielt mit seiner pauschalen Zinsmeinung gegen die Bank mit ihren hoch entwickelten Rechenmodellen, was ihm nicht bewusst gewesen ist (OLG Stuttgart 26.2.2010, 9 U 164/08). Die Bank hat ihrem Kunden verschwiegen, dass die Gewinn- und Verlustchancen von Swap-Verträgen nur auf der Grundlage von in der Finanzwirtschaft vorgeschriebenen Wahrscheinlichkeitsberechnungen mit Risikomodelle beurteilt werden kann. Sie hatte dem Kunden daher nicht den falschen Eindruck vermitteln dürfen, er könne die Erfolgsaussichten der angebotenen Verträge auf der Grundlage seiner Zinsmeinung über die voraussichtliche Entwicklung der Interbankensätze abschätzen.

Eine Bank ist als Berater verpflichtet, die Interessen ihrer Kunden zu wahren. Ihr ist bekannt, dass ihre Kunden Gewinne erzielen wollen. Sie darf daher kein Geschäft zur Zinsoptimierung anbieten oder gar empfehlen, wenn sie einen Verlust des Kunden für wahrscheinlich hält. Sofern inhaltlich fehlerhafte Informationsunterlagen von der Bank zur Verfügung gestellt werden, ist für ein Mitverschulden des Kunden kein Platz.

### **Aufklärungspflicht des Brokers bei Optionsgeschäften**

Wer riskante Finanzprodukte an der Börse vermittelt, muss umfassend über deren Risiken informieren. Daher haftet ein Brokerhaus bei mangelhafter Risikoaufklärung auch auf Schadensersatz, wenn es seine Vermittler nicht ausreichend kontrolliert hat. (BGH, 9.3.2010, XI ZR 93/09).

### **Bankmitarbeiter als Gehilfe zur Steuerhinterziehung**

Bankmitarbeiter, die durch anonymisierte Bargeld- und Wertpapiertransfers Beihilfe zur Steuerhinterziehung ihrer Kunden geleistet haben, können als Haftungsschuldner nach § 71 AO in Anspruch genommen werden (FG Düsseldorf 10.2.2009, 8 V 2459/08 A, EFG 2009 S. 716). Das gilt sogar für noch nicht aufgedeckte Steuerschulden. Denn auch die nicht enttarnten Kunden haben eine Steuerhinterziehung begangen. Das ist kein Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“, der auch im Finanzgerichtsverfahren zu beachten ist, weil der nur für den Fall des „non liquet“ gilt. Auch haben wirksame strafbefreiende Erklärungen der nicht enttarnten Wertpapierkunden keinen Einfluss auf die Haftung des Bankmitarbeiters nach § 71 AO, denn die Haftung des Mittäters einer Steuerhinterziehung besteht unabhängig von einer strafrechtlichen Verfolgung desjenigen, für den die Steuer hinterzogen wurde.

Es ist aber ernstlich zweifelhaft, welche Auswirkungen es für die Haftung (§ 71 AO) des Leiters der Wertpapierabteilung eines Kreditinstituts hat, wenn auf seine Initiative und mit seiner Billigung Wertpapiere anonym ins Ausland verlagert worden sind, jedoch die mutmaßlichen Haupttäter einer Steuerhinterziehung nicht ermittelt werden können und folglich nicht individuell festgestellt werden kann, ob eine Steuerhinterziehung überhaupt begangen und welche Steuer dadurch konkret hinterzogen worden ist (BFH 16.7.2009, VIII B 64/09, BStBl 2010 II S. 8).



## Steueramnestie war verfassungsgemäß

Die Steueramnestie war nicht verfassungswidrig (BVerfG 25.2.2008, 2 BvL 14/05, BStBl 2008 II, 651). Das StraBEG hatte nicht das Ziel, Steuerhinterziehung zu belohnen. Es sollte einen Anreiz für eine freiwillige Rückkehr in die Steuerehrlichkeit setzen. Das könnte auch dazu geführt haben, dass die tatsächliche Erhebungssituation bei den Zinseinkünften positiv beeinflusst worden ist. Zudem wurde durch die enge Verzahnung der Amnestie mit dem unmittelbar anschließenden Kontenabruf bewusst eine Regelung geschaffen, Steuerverkürzungen in der Zukunft zu erschweren und Steuerehrlichkeit nachhaltig zu fördern.

Die Ausdehnung eines steuerlichen Amnestiegesetzes auf Steuerehrliche ist verfassungsrechtlich nicht geboten (BFH 22.7.2008, II B 47/07, BFH/NV 2008, 1846). Die in einer teilweisen Steuerbefreiung für den Steuerunehrlichen, der bisher steuererhebliche Tatsachen verschwiegen hat, bestehende Brücke zur Legalität braucht derjenige nicht, der bereits ordnungsgemäß veranlagt worden ist.

## Kontrollen durch die Finanzverwaltung

Im Rahmen der umfangreichen Kontrollmöglichkeiten der Finanzbehörden sind einige Urteile und Beschlüsse ergangen, die eine Reihe von Maßnahmen billigen – aber auch verwerfen.

- Die Strafverfolgungsbehörde darf zur Sicherstellung dienstrechtlicher Maßnahmen gegen einen Beamten dem Steuergeheimnis unterliegende, in einem Strafverfahren gegen diesen gewonnene Erkenntnisse dem Dienstvorgesetzten des Beamten offenbaren, ohne eine vorweggenommene Prüfung der disziplinarrechtlichen Behandlung des Falles vornehmen zu müssen. Erforderlich ist lediglich, dass die übermittelten Daten für eine solche disziplinarrechtliche Prüfung des Dienstherrn des Beamten von Belang sein können. Eine Information des Dienstvorgesetzten über das Verfahren ist ungeachtet dessen zulässig, ob das Ermittlungsverfahren gegen den Beamten wegen Verfolgungsverjährung oder einer strafbefreienden Selbstanzeige eingestellt worden ist (BFH 15.1.2008, VII B 149/07, BStBl 2008 II, 337).
- Gegen die zentrale Sammlung und Auswertung von Unterlagen über steuerliche Auslandsbeziehungen beim BZSt bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dem Auskunftsanspruch eines Betroffenen steht i.d.R. ein gegenläufiges öffentliches Geheimhaltungsinteresse entgegen (BVerfG 10.3.2008, 1 BvR 2388/03, BStBl 2009 II S. 23).

## Auswirkung bei hinterzogenen Kapitaleinnahmen

### 1. Verjährungsfrist

Die bei Steuerhinterziehung geltende zehnjährige Verjährungsfrist gilt dann nicht, wenn der Steuerhinterzieher im Ergebnis einen Erstattungsanspruch geltend macht (BFH 23.4.2009, VIII R 6/08, BFH/NV 2009 S. 1397; 26.2.2008, VIII R 1/07, BStBl 2008 II, 659). Hierbei ging es um vom Erben für den Verstorbenen bzw. im Rahmen der Selbstanzeige nacherklärte Kapitaleinkünfte. Da der persönliche Steuersatz des jeweiligen Anlegers unter dem Satz des Zinsabschlags lag, ergab sich eine Erstattung. Die Selbstanzeige ging nach Ablauf der normalen, aber innerhalb der verlängerten Verjährungsfrist von zehn Jahren ein. Die Vorinstanz (FG München 10.11.2005, 15 K 3231/05, EFG 2006, 473) hatte die Steuerhinterziehung unabhängig vom Er-



gebnis und damit eine Erstattung bejaht. Die Zehn-Jahres-Frist greift in einem solchen Fall nicht ein. Selbst wenn der Sparer sich der Steuerhinterziehung schuldig gemacht haben sollte, gilt keine zehnjährige Frist. Denn der Zweck der vom Gesetzgeber angeordneten Fristverlängerung besteht darin, den durch eine Steuerstraftat geschädigten Fiskus in die Lage zu versetzen, die ihm in strafbarer Weise vorenthaltenen Steuerbeträge über die normale Verjährungsfrist hinaus noch nachfordern zu können. Der Steuerhinterzieher muss seinen Erstattungsanspruch dagegen innerhalb von vier Jahren geltend machen. Damit gilt für ihn dieselbe Frist, die auch allen ehrlichen Steuerbürgern im Normalfall zusteht, um vergleichbare Erstattungsansprüche realisieren zu können.

## 2. Tafelgeschäft

Hat ein Anleger im Rahmen eines Tafelgeschäfts keine Kapitalertragsteuer-Bescheinigung erhalten, so kann er den einbehaltenen Zinsabschlag von 35 Prozent nicht anrechnen lassen (BFH 29.4.2008, VIII R 28/07, BStBl 2009 II S. 842). Gibt er die Kapitaleinnahmen vor diesem Hintergrund nicht in seiner Steuererklärung an, weil er sie ansonsten gewissermaßen ein zweites Mal versteuern müssten, so kann in diesem Verhalten eine Steuerhinterziehung auslösen. Ob die Auswirkung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer für die Höhe der Verkürzung relevant ist, spielt nur eine Rolle, wenn im Zeitpunkt der Abgabe der unvollständigen Erklärung eine ordnungsgemäße Steuerbescheinigung vorgelegen hatte. Nach der BGH-Rechtsprechung (7.11.2006, 5 StR 435/06, wistra 2007 S. 68) sind anrechenbare Abzugsbeträge strafrechtlich nur zu berücksichtigen, wenn die Anrechnungsvoraussetzungen vorliegen. Das ist mangels Bescheinigung nicht der Fall, daher beeinflusst der einbehaltene Zinsabschlag nicht die Strafzumessung zugunsten des Hinterziehers. Der Inhaber von Tafelpapieren könnte ohne weiteres von einer Bank eine Kapitalertragsteuerbescheinigung erhalten, er will dies aber nicht. Deshalb darf er mit den Folgen des von ihm selbst geschaffenen Risikos belastet werden.

**Hinweis:** Zur Änderung nachträglich bekannt gewordener steuerabzugspflichtiger Kapitalerträge siehe ausführlich: LfSt Bayern 2.12.2008, S 0351 - 32 St 41 N.

## 3. Selbstanzeige

- Auch bei Prüfungen an Amtsstelle ist der Ausschluss der Straf- oder Bußgeldbefreiung möglich. Der Amtsträger (Prüfer) erscheint beim Steuerpflichtigen oder seinem Vertreter auch dann, wenn im Finanzamt ein persönlicher Kontakt stattfindet, der nach außen erkennbar macht, dass er mit der Außenprüfung beginnt (BFH 9.3.2010, VIII R 50/07).
- Nach dem das Strafverfahren beherrschenden Legalitätsprinzip sind die Strafverfolgungsbehörden grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, nach Eingang einer Selbstanzeige ein Strafverfahren zum Zwecke der Prüfung der Straffreiheit gem. § 371 Abs. 1 und 3 AO einzuleiten. Eine derartige Strafverfahreneinleitung hemmt den Anlauf der Frist zur Festsetzung von Hinterziehungszinsen gem. § 239 Abs. 1 Nr. 3 AO (BFH 29.4.2008, VIII R 5/06, BStBl 2008 II, 844). Ausnahmsweise hemmt aber eine Strafverfahreneinleitung den Anlauf der Festsetzungsfrist nicht, wenn sich dieses nach den für die Strafverfolgungsbehörden zum Zeitpunkt der Einleitung bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen als greifbar



rechtswidrig darstellt.

- Ermittlungen der Strafsachen- und Bußgeldstelle des Finanzamts stellen keine Ermittlungen der mit "der Steuerfahndung betrauten Dienststellen der Landesfinanzbehörden" i.S. des § 171 Abs. 5 Satz 1 AO dar und führen daher nicht zur Ablaufhemmung nach dieser Vorschrift. Wurde die Einleitung des Steuerstrafverfahrens wegen des Verdachts bestimmter, in der Einleitungsverfügung ausdrücklich genannter Steuerstraftaten dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben, dann ist der Ablauf der Festsetzungsfrist gemäß § 171 Abs. 5 Satz 2 AO nur für diejenigen Steueransprüche gehemmt, wegen deren vermeintlicher Verletzung das Strafverfahren tatsächlich eingeleitet und die Einleitung dem Steuerpflichtigen bekannt gegeben wurde. Der zeitlich auf ein Jahr begrenzte Umfang der Ablaufhemmung, die durch die Erstattung einer Selbstanzeige gemäß § 171 Abs. 9 AO ausgelöst wird, kann durch Steuerfahndungsermittlungen, die erst nach Ablauf der ungehemmten Festsetzungsfrist aufgenommen wurden, nicht mehr erweitert werden (BFH 8.7.2009, VIII R 5/07).

### Kontrollmitteilungen und Bankgeheimnis

Es muss wenigstens ein Kernbestand des Bankgeheimnisses gewahrt bleiben, solange die Norm vom Gesetzgeber trotz der geäußerten Zweifel an ihrer Verfassungsmäßigkeit nicht aufgehoben und auch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist (BFH 9.12.2008, VII R 47/07, BStBl 2009 II S. 509). Nach dem Schutzbereichs des § 30a Abs. 3 AO dürfen Guthabenkonten oder Depots anlässlich einer Bankenprüfung nicht zwecks Nachprüfung der ordnungsmäßigen Versteuerung festgestellt oder abgeschrieben werden. Kontrollmitteilungen sind nur dann zulässig und wahren gleichwohl den Kernbestand des Bankgeheimnisses, wenn

- sich ein unter Berücksichtigung des gesetzlichen Schutzes zu bestimmender hinreichender Anlass für die Nachprüfung der steuerlichen Verhältnisse anhand der konkreten Ermittlungen im Einzelfall und
- der in vergleichbaren Prüfsituationen gewonnenen verallgemeinerungsfähigen Erkenntnisse nachvollziehbar ergibt.

Im Urteilsfall hatte die Vorinstanz (FG Münster 16.3.2007, 11 K 4627/03 AO, EFG 2007, 970) die Kontrollmitteilungen für zulässig gehalten. Der BFH hat das Urteil aufgehoben und die Sache an das FG zur weiteren Prüfung zurückverwiesen. Den Feststellungen des FG war nicht zu entnehmen, welche Umstände den Prüfer im Einzelnen veranlasst hatten, Kontrollmitteilungen zu fertigen. Der BFH hält es jedenfalls für nicht ausreichend, pauschal auf nicht unerhebliches Kapitalvermögen und hieraus erzielte höhere Kapitaleinnahmen als vom Sparer angegeben zu schließen. Dies lässt sich auch nicht damit untermauern, dass gerade im Bereich der Kapitaleinkünfte das Erklärungsverhalten vieler Anleger alles andere als vorbildlich sei. Solche Kontrollmitteilungen durch den Außenprüfer dürfen nur bei hinreichendem Anlass gefertigt und ausgeschrieben werden. Dieser Anlass muss sich anhand der konkreten Ermittlungen im Einzelfall und der in vergleichbaren Prüfsituationen gewonnenen verallgemeinerungsfähigen Erkenntnisse nachvollziehbar ergeben.

**Hinweis:** Aufgrund des BFH-Urteils wurde der Anwendungserlass zur Abgabenordnung hinsichtlich der Regelungen zu § 30 AO (Steuergeheimnis) und zu § 30a AO (Schutz von Bankkunden) geändert (BMF 30.7.2009, IV A 3 - S 0062/08/10007-06, BStBl 2009 I S. 807).



### **Sammelauskunftersuchen ist nur bei hinreichendem Anlass zulässig**

Die Steuerfahndung darf an eine Bank kein Sammelauskunftersuchen mit der Bitte richten, die Namen der Kunden aufzulisten, die Bonusaktien der Deutschen Telekom bezogen haben (BFH 16.01.2009, VII R 25/08, BStBl 2009 II S. 582). Die Aktionäre müssen den Vorteil zwar im Rahmen des § 20 EStG versteuern. Das Finanzamt kann aber nicht unterstellen, dass die Anleger diese Einkünfte damals nicht deklariert haben. Die allgemeine, nach der Lebenserfahrung gerechtfertigte Vermutung, dass Steuern nicht selten verkürzt und steuerpflichtige Einnahmen nicht erklärt werden, genügt nicht, um Sammelauskunftersuchen der Steuerfahndung als hinreichend veranlasst und nicht als Ausforschung ins Blaue hinein erscheinen zu lassen. Hierfür bedarf es vielmehr der Darlegung einer über die bloße allgemeine Lebenserfahrung hinausgehenden, erhöhten Wahrscheinlichkeit, unbekannte Steuerfälle zu entdecken.

Sind die durch den Bezug von Bonusaktien der Deutschen Telekom AG erzielten Einkünfte in der von der Bank ihren Kunden übersandten Ertragnisaufstellung nicht erfasst worden, die Kunden aber durch ein Anschreiben klar und unmissverständlich dahin informiert worden, dass diese Einkünfte nach Auffassung der Finanzverwaltung einkommensteuerpflichtig sind, stellt dies keine für eine Steuerhinterziehung besonders anfällige Art der Geschäftsabwicklung dar, die etwa mehr als bei Kapitaleinkünften aus bei Banken gehaltenen Wertpapierdepots sonst dazu herausfordert, solche Einkünfte dem Finanzamt zu verschweigen.

### **Schärfere Regeln für die Auslandsanlage sind zulässig**

Besitzen die Steuerbehörden für das Bestehen von Guthaben im Ausland keinen Anhaltspunkt, dürfen sie sich hierfür eine längere Nachforderungsfrist einräumen. Dies geht nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um eine wirksame steuerliche Überwachung zu gewährleisten und Steuerhinterziehung zu bekämpfen (EuGH 11.6.2009, C-155/08, HFR 2009 S. 841 und C-157/08). Durch diese zusammengefassten Urteile dürfen Finanzbeamte gegen Anleger mit Konten im Ausland strenger vorgehen als bei heimischen Bankverbindungen. Im zugrunde liegenden Fall aus den Niederlanden durfte die Behörde verlängerte Verjährungsfristen anwenden, wenn es um Schwarzgelder aus dem Ausland ging. Diese Benachteiligung ist immer dann gerechtfertigt, wenn die Ermittlung jenseits der Grenze schwierig ist.

Zwar behindern solche Regelungen die Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit, was nach EU-Recht grundsätzlich verboten ist. Doch zwingende Gründe des Allgemeininteresses können eine derartige Beschränkung rechtfertigen. Hierzu zählen die Notwendigkeit zur wirksamen steuerlichen Überwachung und die Bekämpfung von Steuerhinterziehung. Die Verlängerung von Nachforderungsfristen stärken zwar nicht die Ermittlungsbefugnisse der Steuerbehörden, ermöglicht aber im Fall der Entdeckung von unbekannt gebliebenen Steuergegenständen, Ermittlungen einzuleiten und Nachforderungsbescheid zu erlassen.

Es gibt allerdings Ausnahmen hiervon für die Situation, in der die Steuerbehörden steuerliche Anhaltspunkte in einem anderen Mitgliedstaat besitzen, was die Einleitung von Ermittlungen ermöglicht. In diesem Fall lassen sich Ungleichbehandlungen nicht rechtfertigen.



### **Keine Steueramnestie bei vorliegendem Kontrollmaterial**

Die Finanzverwaltung kann einen Steuerbescheid trotz strafbefreiender Erklärung ändern, wenn ihr zum Zeitpunkt des Eingangs noch nicht ausgewertetes Kontrollmaterial vorliegt. Denn nach § 7 Nr. 1b StraBEG ist eine Tat entdeckt, wenn nach den für den Betroffenen erkennbaren Verdachtsmomenten von der Wahrscheinlichkeit einer strafgerichtlichen Verurteilung auszugehen ist (BFH 26.11.2008, X R 20/07, BStBl 2009 II S. 388). Dabei muss das Finanzamt nicht zuvor die nach § 10 Abs. 2 StraBEG bewirkte Steuerfestsetzung aufheben, sondern kann die ergangenen Steuerbescheide ändern. Die Tatentdeckung i.S. des § 7 Nr. 1b StraBEG erfordert einen hinreichenden Tatverdacht, der bei vorläufiger Tatbewertung eine (strafgerichtliche) Verurteilung des Betroffenen wahrscheinlich macht. Eine Tatentdeckung setzt aber nicht voraus, dass die Finanzbehörde bereits Kenntnis von den jeweiligen konkreten Besteuerungsgrundlagen haben muss. Hiervon ausgehend ist es für das Vorliegen einer Tatentdeckung ausreichend, dass ein Vergleich der in einer Kontrollmitteilung ausgewiesenen mit den steuerlich erklärten Einnahmen die unvollständige Erklärung belegt.

Dabei ist das Finanzamt zum Erlass geänderter Steuerbescheide gemäß §§ 164, 173 AO, § 35b GewStG berechtigt, da die in diesen Bescheiden festgesetzten Steuermehrbeträge nicht gem. § 8 Abs. 1 StraBEG erloschen sind. Diese Steueransprüche erlöschen dann nicht, wenn nach dem StraBEG keine Straf- oder Bußgeldfreiheit eintritt, weil z.B. der Ausschlussgrund des § 7 Nr. 1b StraBEG eingreift. In verfahrensrechtlicher Hinsicht setzt der Erlass von geänderten Bescheiden bei Nichtvorlage der Voraussetzungen des StraBEG nicht voraus, dass zuvor die durch die strafbefreiende Erklärung bewirkte Steuerfestsetzung aufgehoben worden ist. Daher ist es unerheblich, ob das Finanzamt vor Erlass der Änderungsbescheide diese Steuerfestsetzung aufgehoben hatte oder nicht.

### **3. Kapitalgesellschaften und § 17 EStG**

#### **Nachträgliche Anschaffungskosten**

Gewährt ein nicht unternehmerisch beteiligter Aktionär der AG ein Darlehen, so führt dies nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten seiner Beteiligung. Der Abzug von Erwerbssaufwand (z.B. Betriebsvermögensminderungen, Anschaffungskosten oder Veräußerungskosten) im Zusammenhang mit Einkünften aus § 17 Abs. 1 und Abs. 4 EStG ist jedenfalls dann nicht nach § 3 c Abs. 2 Satz 1 EStG begrenzt, wenn der Steuerpflichtige keinerlei durch seine Beteiligung vermittelte Einnahmen erzielt hat (BFH 25.6.2009, IX R 42/08).

#### **Zeitpunkt der Verlustrealisierung nach § 17 EStG**

Bei insolvenzfreier Liquidation einer GmbH realisiert sich der durch eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe als nachträgliche Anschaffungskosten bedingte Veräußerungsverlust eines ehemals wesentlich beteiligten Gesellschafters bereits in dem Zeitpunkt, in dem er erklärt, mit seiner Forderung gegenüber allen gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten der vermögenslosen und überschuldeten GmbH aus einer bankmäßigen Geschäftsverbindung im Rang zurückzutreten (BFH 22.7.2008, IX R 79/06, BStBl II 2009, 227; FG Berlin-Brandenburg 8.7.2009, 7 K 3183/05 B). Hat sich die GmbH schon vorher in der Krise befunden, wofür die Überschuldung spricht, kann zwar dem endgültigen Ausfall des Darlehens steuerliche Wirkung für



die Vergangenheit gem. § 175 AO zukommen. Ist dieses rückwirkende Ereignis aber im Jahr der Bindungs- und Rangrücktrittserklärung eingetreten, kommt es zum Ablauf der anschließenden vierjährigen Festsetzungsfrist. Dies ist der Fall, wenn die Verjährung bereits vor der Antragstellung auf Berücksichtigung des Verlustes eingetreten ist.

### **Preisgutachten beim Verkauf nach § 17 EStG**

Bestimmen die Parteien eines Aktienkaufvertrages den im Jahr des Vertragabschlusses zunächst nur vorläufig festgelegten Kaufpreis aufgrund eines erst im folgenden Jahr zu erstellenden Wertgutachtens und machen sie die Besitzübertragung von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig, geht das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen noch nicht mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber über (BFH 22.7.2008, IX R 74/06, BStBl II 2009, 124). Der Tatbestand der Veräußerung verwirklicht sich in dem Zeitpunkt, in dem die Anteile nach § 39 AO dem Erwerber zuzurechnen sind. Das ist noch nicht der Fall, wenn die Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises lediglich aufschiebend bedingt ist. Bei Anteilen an Kapitalgesellschaften wird der Erwerber nämlich erst wirtschaftlicher Eigentümer, wenn das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind. Daran fehlt es, wenn der Verkäufer bis zur Erstellung des Bewertungsgutachtens allein das Risiko einer Wertminderung trägt.

### **Vermögensverwaltende GmbH wird zum Finanzunternehmen**

Nach einem Grundsatzurteil des BFH sind Holding-Kapitalgesellschaften einem Finanzunternehmen gleichgestellt, sodass die Steuerbefreiung des § 8b KStG ausscheidet (BFH v. 14.1.2009, I R 36/08, BStBl 2009 II S. 671; 15.6.2009, I B 46/09, BFH/NV 2009 S. 1843). Das bedeutet nicht nur, dass Dividenden und Veräußerungsgewinne zum steuerpflichtigen Einkommen gehören und im Gegenzug realisierte Verluste aus den Beteiligungen uneingeschränkt Gewinn mindernd zu berücksichtigen sind. Diese Entscheidung hat auch Auswirkungen auf vermögensverwaltende GmbHs, die als Ausweg von Privatanlegern vor der Abgeltungsteuer für den Aktienbesitz gewählt werden. Durch die Einstufung des BFH entfällt die Steuerfreiheit deutlich schneller und die Aussicht auf den Abzug von Verlusten entschädigt nur wenig. Denn der Gesellschaft geht es vorrangig darum, ein positives Einkommen zu erzielen. Dabei sind vier Kernaussagen entscheidend:

1. Zu den Finanzunternehmen i.S. des § 8b Abs. 7 S. KStG gehören auch Holding- und Beteiligungsgesellschaften.
2. Der Begriff des Eigenhandelserfolges bestimmt sich nach den eigenständigen körperschaftsteuerlichen Maßstäben und umfasst den Erfolg aus jeglichem Umschlag von Anteilen auf eigene Rechnung.
3. Die Einstufung erfordert nicht das Vorliegen eines Eigenhandels als Finanzdienstleistung. Der Beteiligungsbesitz muss auch nicht fortwährend am Markt umgeschlagen werden, auf die Dauerhaftigkeit kommt es nicht an.
4. Die Absicht, einen kurzfristigen Eigenhandelserfolg zu erzielen, bezieht sich auf den Zeitpunkt des Anteilserwerbs. Spätere Maßnahmen zur Wertbeeinflussung der Anteile bis zum Weiterverkauf stehen dem nicht entgegen.



## **Bürgschaft führt beim Aktionär nicht zu Anschaffungskosten**

Die Gewährung eines Darlehens oder die Übernahme einer Bürgschaft für eine AG führt nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der wesentlichen Beteiligung gem. § 17 EStG, wenn der Aktionär an der Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt ist (BFH 2.4.2008, IX R 76/06, BStBl 2008 II, 706). Nach § 17 Abs. 1 und 4 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt war und er die Beteiligung in seinem Privatvermögen hielt. Entsprechendes gilt für die aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft entstehenden Verluste. Auflösungsverlust ist dabei der Betrag, um den die im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft persönlich getragenen Kosten sowie die Anschaffungskosten den gemeinen Wert des zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens der Kapitalgesellschaft übersteigen.

Nach Zivilrecht sind die Grundsätze über die Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen oder ihnen gleichstehender Finanzierungshilfen auf eine AG sinngemäß anzuwenden, wenn der Darlehensgeber an ihr unternehmerisch beteiligt ist. Das setzt auch nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG in der Regel einen Aktienbesitz von mehr als 25 % voraus. Nur ausnahmsweise kann auch ein unterhalb der Sperrminoritätsgrenze liegender, aber nicht unbeträchtlicher Aktienbesitz die Annahme einer unternehmerischen Beteiligung als Grundlage für eine Finanzierungsfolgenverantwortung des betreffenden Aktionärs dann rechtfertigen, wenn der Aktienbesitz

- ihm in Verbindung mit weiteren Umständen Einfluss auf die Unternehmensleitung sichert und
- er ein entsprechendes unternehmerisches Interesse erkennen lässt.

Eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat oder eine Vorstandsfunktion genügen dafür nicht.

## **Veräußerung von Bezugsrechten**

Bei der Ermittlung des Einkommens bleiben Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft oder Personenvereinigung, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen i.S. des § 20 Abs. 1 EStG führen, gem. § 8b Abs. 2 KStG außer Ansatz, nicht aber Gewinne aus der Veräußerung eines durch Kapitalerhöhung entstandenen Bezugsrechts an einem entsprechenden Anteil (BFH 23.1.2008, I R 101/06, BStBl 2008 II, 719) Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das BVerfG (9.1.2009, 1 BvR 1302/08) nicht zur Entscheidung angenommen).

Der aus der Veräußerung der Bezugsrechte resultierende Gewinn ist nach Auffassung des BFH in Übereinstimmung mit der Finanzverwaltung (BMF 28.4.2003, S 2750 a, BStBl 2003 I, 292, Rn. 24) nicht nach § 8b Abs. 2 KStG von der Besteuerung auszunehmen.

## **Entstrickung einbringungsgeborener Anteile**

Ursprünglich einbringungsgeborene Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die durch einen Antrag nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 UmwStG entstrickt wurden, unterliegen der Besteuerung gem. § 17 Abs. 1 EStG. Veräußerungsgewinn in Bezug auf derartige Anteile ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis den gemeinen Wert der Anteile (§ 21 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) übersteigt (BFH 24.6.2008, IX R 58/05, BStBl 2008 II, 872 und IX R 59/05, BFH/NV 2008, 1998).



### **Kapitalertragsteuerpflicht einer vGA**

Eine verdeckte Gewinnausschüttung i.S. des § 8a KStG führt im Zeitpunkt der Leistung der Fremdkapitalvergütungen zu einem Beteiligungsertrag des Anteilseigners i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Von den Fremdkapitalvergütungen ist im Zeitpunkt der Leistung gem. §§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 44 Abs. 1 EStG Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Es ist schuldhaft, wenn der abführungsverpflichtete Kapitalnehmer wegen bestehender Ungewissheiten über die Rechtswirkungen von der ordnungsgemäßen Einbehaltung und Abführung der Kapitalertragsteuer absieht (BFH 20.8.2008, I R 29/07).

### **Zeitpunkt eines Aktienverkaufs**

Bestimmen die Parteien eines Aktienkaufvertrages den im Jahr des Vertragsabschlusses zunächst nur vorläufig festgelegten Kaufpreis aufgrund eines erst im folgenden Jahr zu erstellenden Wertgutachtens und machen sie die Besitzübertragung von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig, geht das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen noch nicht mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber über (BFH 22.7.2008, IX R 74/06, BStBl 2009 II S. 124, beim BVerfG unter 1 BvR 694/09 anhängig). Bei Anteilen an Kapitalgesellschaften wird der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind.

## **4. Sonstige Fragen zum EStG**

### **Riester-Regeln verstoßen gegen EU-Recht**

Deutschland hat durch die Einführung und Beibehaltung der Vorschriften zur ergänzenden Altersvorsorge in den §§ 79 bis 99 EStG gegen ihre Verpflichtungen über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft verstoßen, soweit diese

- Grenzarbeitnehmern und deren Ehegatten die Altersvorsorgezulage verweigern, falls sie in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind,
- Grenzarbeitnehmern nicht gestatten, das geförderte Kapital für die Anschaffung oder Herstellung einer zu eigenen Wohnzwecken dienenden Wohnung zu verwenden, falls diese nicht in Deutschland belegen ist, und
- vorsehen, dass die Zulage bei Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland zurückzuzahlen ist.

Daher muss Deutschland die Regelungen zur Riester-Rente in drei entscheidenden Punkten nachbessern, weil durch sie die freie Wahl des Arbeitsplatzes und des Wohnsitzes innerhalb der EU unzulässig eingeschränkt werden (EuGH 10.9.2009, C-269/07).

Durch das Gesetz zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften wird die Zulageberechtigung im Rahmen der steuerlichen Förderung der privaten kapitalgedeckten Altersvorsorge an das Bestehen einer Pflichtversicherung in der inländischen gesetzlichen Rentenversicherung bzw. den Bezug einer inländischen Besoldung gekoppelt (BMF 18.12.2009, IV C 3 - S 2222/07/10009, BStBl 2010 I S. 17).



## Steueranrechnung bei Tafelgeschäften

Werden Zinsscheine von einem ausländischen Kreditinstitut im Tafelgeschäft eingelöst, wird nach dem Ausnahmetatbestand des § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 a) bb) EStG auch dann keine Pflicht zum Abzug von Kapitalertragsteuer durch die einlösende inländische Bank begründet, wenn das Auslandsinstitut selbst im Weg eines Tafelgeschäfts in den Besitz der Zinsscheine gelangt ist. Die Vermeidung des Steuerabzugs nach § 44 Abs. 1 S. 3 EStG durch die gezielte Einlösung von Zinsscheinen im Ausland stellt keinen Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO dar. Übernimmt jedoch ein Angestellter eines inländischen Kreditinstituts für einen inländischen Gläubiger die Einlösung der Zinsscheine bei einer ausländischen Bank und zahlt er diesem den Gegenwert aus, dann hat das inländische Kreditinstitut als auszahlende Stelle den Steuerabzug nach § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG vorzunehmen (FG Baden-Württemberg 17.07.2008, 3 K 143/05, EFG 2008, 1965, Revision unter I R 85/08). Um den Zinsabschlag zu vermeiden, muss der Anleger sich den Kapitalertrag also selbst jenseits der Grenze auszahlen lassen. Diese Ausnahmeregelung für Banken bleibt auch im Rahmen der Abgeltungsteuer ab 2009.

## Nichtanrechnung von Verlustvorträgen bei der Kirchensteuer

Das BVerwG (v. 20.08.2008 – 9 C 9.07) hat die Nichtanrechnung eines Verlustvortrags bei der Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens für die Berechnung der Kirchensteuer für vereinbar mit Bundesrecht erklärt. Art. 3 Abs. 1 GG hindere den Gesetzgeber nicht, die Regelungen der Kirchen- und der Einkommensteuer unterschiedlich zu gestalten. Weder das Gebot der steuerlichen Verschonung des Existenzminimums noch das Gebot des Abzugs mit der Einkunftserzielung unmittelbar zusammenhängender Aufwendungen zwingt dazu, dem Steuerpflichtigen die Nutzung von Verlustvorträgen aus früheren Steuerjahren bei der Bemessung der Kirchensteuer auf Veräußerungsgewinne zu ermöglichen. Der Ausschluss der Verrechnung eines Verlustvortrags für diejenige Hälfte der dem Halbeinkünfteverfahren unterliegenden Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften und Kapitalvermögen, die nicht der Einkommensteuer unterliegt, aber als Bemessungsgrundlage für die Kirchensteuer dient, verletze auch nicht das Prinzip der Folgerichtigkeit. § 51a Abs. 2 S. 2 EStG hat das Ziel, die durch das Halbeinkünfteverfahren entstehenden Kirchensteuerverluste auszugleichen und eine gesonderte Schattenveranlagung zu vermeiden. Dies ist ein ausreichender sachlicher Grund für die teilweise Nichtberücksichtigung des Verlustvortrags auch bei der Kirchensteuer.

## Zweifel an der Verlustbeschränkung des § 2b EStG

Der beschränkte Verlustansatz nach dem als Fallenstellerparagrafen bekannten § 2b EStG könnte nach dem Beschluss des BFH (2.8.2007, IX B 92/07, BFH/NV 2007, 2270) wegen fehlender Folgerichtigkeit und Unbestimmtheit in der Regelauslegung gleich zweifach gegen das GG verstoßen. Die Vorschrift betrifft geschlossene Fonds, denen Anleger zwischen dem 5.3.1999 und 10.11.2005 beigetreten sind. Dann sind negative Einkünfte aus solchen Modellen nicht mit anderen Einkünften ausgleichbar. Anders als die Nachfolgeregelung des § 15b EStG ist hierfür keine absolute Größe der Anfangsverluste maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, dass der Fonds Steuervorteile in den Vordergrund stellt und diese einen Großteil der Rendite ausmachen. Laut BFH ist § 2b EStG ähnlich wie die beanstandete Mindestbesteuerung nach § 2 Abs. 3 EStG nicht hinreichend klar definiert, zu unbestimmt und nicht rechtssicher zu handhaben. Unklar sind insbesondere die Voraussetzungen Vor- und Nachsteuerrendite sowie die in



Aussicht gestellten Steuererminderungen durch Verlustzuweisungen. Auch der BMF-Anwendungserlass kann ein hinreichend konkretes Gesetz nicht ersetzen. Daher wird dem betroffenen Immobilienfonds vorläufiger Rechtsschutz gewährt, indem die Verluste bei den Anlegern im Rahmen der Aussetzung der Vollziehung anzuerkennen sind. Bei ernstlichen verfassungsrechtlichen Zweifeln ist dies vorrangig vor einer konkreten Gefährdung der öffentlichen Haushaltsführung.

Im Hauptverfahren entschied das Sächsische FG rechtskräftig, dass im vorliegenden Fall § 2b EStG nicht anzuwenden ist (19.12.2007, 2 K 954/07, DStRE 2008, 795). Im Urteil werden erstmals finanzgerichtliche Ausführungen zu der Frage gemacht, wann eine Beteiligung an einem Immobilienfonds als modellhaft i. S. des § 2b EStG anzusehen ist. Das ist sie nur dann, wenn sie zwingender Bestandteil des Gesamtkonzeptes ist und wenn die Darlehenskonditionen für sämtliche Anleger identisch sind. Anderenfalls führt eine Finanzierung nicht zur Reduzierung des eingesetzten Eigenkapitals und ist nicht in die Prognoserechnung für Zwecke der Renditermittlung einzubeziehen. Auch der bloße, nicht werbemäßig hervorgehobene Hinweis auf die Entstehung eines steuerlichen Verlustes ist nach Auffassung des Sächsischen FG unschädlich.

### **Verluste sind nicht mehr vererbbar**

Rechtsnachfolger können einen noch vorhandenen Verlustvortrag nach § 10d EStG nicht bei ihrer eigenen Veranlagung mindernd geltend machen (Großer Senat des BFH 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl 2008 II, 608) Die Einkommensteuer wirkt personenbezogen und geht vom Prinzip der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit aus. Hiermit ist es unvereinbar, die beim Verstorbenen nicht verbrauchten Verlustvorträge auf den Erben zu übertragen. Zuvor ließ die Finanzverwaltung nach H 10d EStH vom Erblasser nicht ausgeglichene Verluste auf die Erben übergehen. Die Leistungsfähigkeit des Erblassers kann nicht auf den Erben übertragen werden, weil ein Steuerpflichtiger keine Aufwendungen und Verluste anderer Personen geltend machen darf. Da die Vererblichkeit des Verlustvortrags bislang 45 Jahre lang von BFH und Finanzverwaltung ganz anders praktiziert worden ist, gewährt der Große Senat Vertrauensschutz. Denn die neue ungünstigere Rechtsprechung ist faktisch vergleichbar mit einer Gesetzesänderung und daher erst mit Wirkung für die Zukunft anzuwenden. Verluste lassen sich erst in solchen Erbfällen nicht mehr verrechnen, die nach dem Tag der Veröffentlichung dieses Beschlusses ab dem 13.03.2008 eintreten. Die Verwaltung hat diesen Zeitraum auf das Datum der Veröffentlichung im BStBl verlängert (BMF 24.7.2008, IV C 4 - S 2225/07/0006, BStBl 2008 I, 809). Der Beschluss des Großen Senats ist im BStBl vom 18.8.2008 abgedruckt, sodass ab dem 19.8.2008 eintretende Erbfälle betroffen sind.

Damit sind nicht verrechnete Spekulationsverluste des § 23 EStG und negative Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG aus Stillhaltergeschäften nicht mehr vererbbar. Dies potenziert sich unter der Abgeltungsteuer 2009 noch weiter, da negative Kapitaleinkünfte nicht mit anderen Einkunftsarten verrechenbar, sondern nur unbegrenzt im Rahmen des § 20 EStG vortragbar sind. Noch belastender wirkt sich das auf realisierte Aktienverluste aus, die ab 2009 lediglich mit Gewinnen aus Aktien und keinen anderen Kapitaleinnahmen ausgleichbar sind. Beim --> *Steuerstundungsmodell* nach § 15b EStG dürfen die zum Todeszeitpunkt noch nicht ausgeschöpften Verlustvorträge von den Rechtsnachfolgern verwendet werden. Die können anschließende positive Einkünfte aus dem gleichen Modell im Verhältnis ihrer Erbquote verwenden.



### **Ansatz von Vermittlungskosten bei Fondsgesellschaften**

Das FG Hamburg hat in zwei Urteilen (15.10.2008, 2 K 210/06 und 23.5.2008, 2 K 236/06) sowie das FG Münster in einem weiteren Urteil (13.3.2009, 14 K 3638/05 F) entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung im Fondserlass (BMF 20.10.2003, IV C-3 S 2253a 48/03, BStBl 2003 I, 546) entschieden, dass ein geschlossener Fonds besondere Dienstleistungsvergütungen etwa für die Vermittlung von Kredit und Eigenkapital sowie für die Platzierungsgarantie sofort als Betriebsausgaben absetzen kann und nicht als Anschaffungs- oder Herstellungskosten aktivieren muss. Nach Ansicht der FG legt die Verwaltung die BFH-Rechtsprechung (28.6.2001, IV R 40/97, BStBl 2001 II, 717) falsch aus, nach der es lediglich bei geschlossenen Immobilienfonds zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten kommt. Die übrigen Fondsgesellschaften erwerben jedoch anstatt Grundstücke andere Wirtschaftsgüter. Die Verwaltung hat gegen die Urteile unter IV R 50/08, IV R 36/08 sowie IV R 15/09 Revision eingelegt, der Ausgang der Verfahren hat enorme Auswirkung auf die Fondsbranche. Eine Aussetzung der Vollziehung kommt insoweit nicht in Betracht, weil die im BMF-Schreiben vom 20.10.2003 vertretene Rechtsauffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht (OFD Münster 28.9.2009, Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 027/2009).

### **Zulage auf Genossenschaftsanteile**

Laut BFH (19.8.2008, IX R 3/08, BStBl 2009 II S. 447) und FG München (5.5.2009, 13 K 986/06) kommt es für die Beurteilung, ob es sich um eine nach § 17 EigZulG begünstigte Genossenschaft handelt, nicht darauf an, dass mehr als 2/3 des Geschäftsguthabens der Genossen und der aufgenommenen Kreditmittel zu wohnungswirtschaftlichen Zwecken verwendet werden. Ferner setze das Gesetz nicht voraus, dass neu angeschaffte und errichtete Wohnungen überwiegend an Genossenschaftsmitglieder überlassen werden müssen. Dem hat sich die Verwaltung angeschlossen (BMF 4.6.2009, IV C 1 - EZ 1170/0, BStBl 2009 I S. 670).

### **Einkünfteerzielungsabsicht mit geschlossenen Fonds**

Bei einer fremdfinanzierten Fondsbeteiligung endet der Zeitraum für die Totalgewinnprognose auf den Termin des Vorkaufsrechts an einer Immobilie. Damit entfällt die Einkünfteerzielungsabsicht, wenn bis dahin aufgrund der voraussichtlichen Finanzierungskosten des Anlegers kein Gesamtüberschuss zu erzielen ist (BFH 2.7.2008, IX B 46/08, BStBl 2008 II, 815). Der Vorwurf der Liebhaberei ließe sich nur entkräften, wenn geplante Darlehenstilgungen vertraglich dokumentiert oder anderweitig glaubhaft gemacht werden. Soll nach dem Konzept eines geschlossenen Immobilienfonds die Vermietungstätigkeit des Fonds nur 20 Jahre umfassen, ist sie nicht auf Dauer ausgerichtet. Dann muss die Einkünfteerzielungsabsicht auf beiden Ebenen (auf der der Personengesellschaft wie auf der des Gesellschafters) überprüft werden.

### **Genuss-Scheine bei geschlossenen Fonds**

Der BFH (8.4.2008, VIII R 3/05, BStBl 2008 II, 852) hat definiert, wie die Erträge aus Genussrechten steuerlich einzuordnen sind. Das hat für geschlossene Fonds Bedeutung, die als Umweg jetzt verstärkt auf Genuss-Scheine anstatt auf Zertifikate setzen. Ein Genussrecht liegt vor, wenn dem Rechtsinhaber schuldrechtliche Ansprüche und keine gesellschaftsrechtlich geprägten Mitgliedschaftsrechte vermittelt werden. Das ist in der Regel gegeben, wenn dem Anleger



Vermögensrechte zugestanden werden, die typischerweise einer Vielzahl von Gesellschaftern zustehen und die dem Rechtsinhaber keine aktiven Mitverwaltungsrechte einräumen. Vor diesem Hintergrund fallen Einnahmen aus Genussrechten, mit denen sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Aufgabe- bzw. Liquidationserlös verbunden ist, unter § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und es liegt keine stille Gesellschaft vor.

Diese BFH-Ausführungen bringen Rechtssicherheit. Denn sofern die Genuss-Scheine vor 2009 gekauft wurden, sind die anschließenden Gewinne nach Ablauf der einjährigen Spekulationsfrist steuerfrei, es wirkt die Abschirmwirkung des Bestandsschutzes. Läge hingegen eine stille Beteiligung vor, sind die Gewinne beim stillen Gesellschafter ebenfalls als Einnahmen unabhängig von der Haltedauer steuerpflichtig. Auch langfristig kann das Urteil verwendet werden. Denn nach Silvester aufgelegte Fonds können Genussrechte anbieten, um dem Anleger die moderate Abgeltungsteuer statt der in der Regel deutlich höheren individuellen Progression zu retten.

**Hinweis:** Die Verwaltung gewährt hingegen keinen Bestandsschutz (BMF 22.12.2009, IV C 1 - S 2252/08/10004, BStBl 2010 I S. 94, Tz. 319)

### Stille Beteiligung in Luxemburg

Gewinnanteile einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft aus einer typisch stillen Beteiligung an einer luxemburgischen Kapitalgesellschaft sind trotz ihrer abkommensrechtlichen Behandlung als Dividenden in Deutschland steuerpflichtig. Das DBA-Schachtelprivileg findet insoweit keine Anwendung (BFH 4.6.2008, I R 62/06, BStBl 2008 II, 793). Dieses Schachtelprivileg findet auf Gewinnanteile aus einer typisch stillen Beteiligung keine Anwendung, sondern gilt nur für echte Dividenden. Für diese enge Auslegung spricht der Sinn und Zweck der Freistellung und damit auch der Wille der Vertragsschließenden. Eine Freistellung in beiden Vertragsstaaten hätte etwa im Ergebnis unversteuert bleibende Einkünfte zur Folge, weil die Gewinnanteile aus der stillen Beteiligung in Luxemburg unbeschadet ihrer Behandlung als Dividenden und deren Belastung mit Quellensteuer im Ansässigkeitsstaat als Betriebsausgaben abzugsfähig sind.

### Beteiligung an US-Gesellschaft

Die Ausübung des steuerlichen Wahlrechts, in den USA als sog. S-Corporation nicht mit der dortigen Corporate Tax besteuert zu werden, ändert aus deutscher Sicht nichts an der Einordnung als juristische Person. Wer Nutzungsberechtigter ist, bestimmt sich nach dem nationalen Steuerrecht des Ansässigkeitsstaates der ausschüttenden Kapitalgesellschaft. Bei der Ausschüttung einer deutschen Kapitalgesellschaft an eine S-Corporation ist aus deutscher Sicht die S-Corporation als mit der Dividende beschränkt Körperschaftsteuerpflichtige die Nutzungsberechtigte der Dividende. Eine S-Corporation, welche in den USA infolge der Ausübung des steuerlichen Wahlrechts wie eine Personengesellschaft behandelt wird, ist nach dem DBA insoweit eine in den USA ansässige und damit abkommensberechtigte Person, als die von der Gesellschaft bezogenen Einkünfte in den USA bei der Gesellschaft oder bei ihren in den USA ansässigen Gesellschaftern wie Einkünfte dort Ansässiger besteuert werden. - Der S-Corporation ist infolge ihrer Qualifizierung als juristische Person in Deutschland das sog. Schachtelprivileg (BFH 20.8.2008, I R 39/07, BStBl 2009 II S. 234).



## Sparerfreibetrag auf Renten nach § 22 EStG

Sofern Leibrenten der Besteuerung mit dem Ertragsanteil nach § 22 EStG unterliegen, entfällt der Sparerfrei- und ab 2009 der Sparerpauschbetrag. Der BFH hatte dem BVerfG mit Aussetzungs- und Vorlagebeschluss (14.11.2001, X R 32-33/01, BStBl II 2002, 183) die Frage vorgelegt, ob dieser Freibetrag berücksichtigt werden muss, wenn es sich bei der Rente um die Gegenleistung für den Erwerb eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens handelt. Denn insoweit handelt es sich um pauschalisierte Einkünfte aus Kapitalvermögen. Das BVerfG hat die Vorlage mit Beschluss vom 22.9.2009 (2 BvL 3/02) als unzulässig zurückgewiesen. Denn die Auslegung der Norm entbindet den BFH nicht davon, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der materiell-rechtlich als Zinsanteil zu qualifizierende Ertragsanteil der Leibrente in verfassungskonformer Auslegung unter den Besteuerungstatbestand des § 20 EStG subsumiert werden kann, mit der Folge, dass der Sparer-Freibetrag des § 20 Abs. 4 EStG von Gesetzes wegen zu gewähren und die Vorlagefrage hinfällig wäre.

## Anrechnung fiktiver Quellensteuer

- Es erfolgt keine Anrechnung fiktiver Quellensteuer auf erhaltene Stückzinsen aus dem Verkauf der begünstigten Anleihen. Diese Stückzinseinnahmen sind kein Ertrag der verkauften Anleihen, sondern der Gegenwert aus der Veräußerung noch nicht fälliger Zinsforderungen. Der Nettoertrag der einzelnen Anleihe beeinflusst weder die Besteuerungsgrundlage des Anleihezinses noch die Höhe der anrechenbaren fiktiven Quellensteuer. Bemessungsgrundlage für Anleihezinsen und fiktive Quellensteuer ist der volle Jahreszins der Anleihe (FG Köln 24.6.2009, 4 K 4802/06, Revision unter I R 94/09).
- Hat das Finanzamt bei Erlass des Einkommensteuerbescheids fiktive Quellensteuern nicht berücksichtigt, obwohl ihm dazu die Original-Bankbescheinigungen vorlagen, kann der bestandskräftige Steuerbescheid mangels einschlägiger Berichtigungsvorschrift nicht mehr geändert werden (FG Berlin-Brandenburg 24.9.2009, 9 K 1081/05 B). Die Änderungsvorschrift des § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO 1977 greift nicht ein, weil dem FA die Tatsache des Ausweises von fiktiven Quellensteuern im Zusammenhang mit der Erzielung von Kapitaleinkünften im Ausland im Zeitpunkt des Erlasses der Einkommensteuerbescheide bekannt gewesen ist, sodass es sich insoweit nicht um „neue“ Tatsachen handelt.

## Nachschusspflicht bei geschlossenen Fonds

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 gesellschaftliche 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).



## Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen

Sind die Kapitalerträge bei der Einkommensteuerveranlagung endgültig unberücksichtigt geblieben, scheidet eine Anrechnung von Steuerabzugsbeträgen nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG aus. Unerheblich ist, ob sich die nacherklärten Kapitalerträge nicht oder nur teilweise auf die Einkommensteuer ausgewirkt hätten. Denn § 36 EStG sieht eine Anrechnung von durch Steuerabzug erhobenen Einkommensteuer nur insoweit vor, als sie auf die bei der Veranlagung erfassten Einkünfte entfallen. Ob und in welcher Höhe sich die Kapitalerträge tatsächlich auf die festgesetzte Einkommensteuer auswirken, ist unbeachtlich. Der Vorschrift ist nicht zu entnehmen, dass auch in Höhe des nicht ausgeschöpften Sparer- und Grundfreibetrags eine Anrechnung der Steuerabzugsbeträge vorzunehmen sei. Dies würde insoweit eine fiktive Veranlagung erfordern, die nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht vorgesehen ist (FG Nürnberg 12.12.2008, 7 K 1527/2008).

## Luxemburgische „Taxe d'Abonnement“

Die luxemburgische „Taxe d'Abonnement“ kann bei der deutschen Einkommensteuer abgezogen werden. Die Steuer gehört nicht zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, da sie für den Fonds einen Kostenfaktor bedeutet. Sie stellt auch keine Personensteuer i.S.d. § 12 Nr. 3 EStG dar, da Besteuerungssubjekt lediglich der Fonds und nicht der beteiligte Anleger ist. § 12 Nr. 3 EStG steht der Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe folglich nicht entgegen (FG Münster 14.1.2010, 5 K 2852/05 E). Die „Taxe d'Abonnement“ wird vierteljährlich auf den Nettoinventarwert eines luxemburgischen Investmentfonds erhoben.

## 5. ErbStG

### Kein Abzug latenter Einkommen- bei der Erbschaftsteuer

Die auf geerbten Forderungen ruhende latente Einkommensteuerlast des Erben kann bei der Festsetzung der Erbschaftsteuer nicht als Nachlassverbindlichkeit abgezogen werden. Das erb-schaftsteuerliche Stichtagsprinzip schließt eine Berücksichtigung der zukünftigen Einkommens-teuerschuld des Erben aus, da diese beim Tod des Erblassers noch nicht absehbar ist, sondern insbesondere von dem weiteren Einkommen des Erben und seinen sonstigen für die Besteue-rung maßgebenden Merkmalen abhängt (BFH 17.2.2010, II R 23/09).

### Bankenhaftung im Erbfall

Erben, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, bekommen ihren Erbanteil von Banken nur dann ausgezahlt, wenn sie die fällige Erbschaftsteuer in Deutschland gezahlt haben (§ 20 Abs. 6 ErbStG). Sollten die Beträge vorzeitig ausgezahlt worden sein, so haftet die Bank für die ge-schuldeten Steuern. Diese Haftung trifft eine Bank, die ohne Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes ein Kontoguthaben vollständig auszahlt, das in den Nachlass gefallen war, sowohl für dieses Guthaben als auch für weitere Konten und Guthaben des Erblassers, die nicht in den Nachlass gefallen, sondern durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG außerhalb des Erbgangs übertragen worden sind (BFH 12.3.2009, II R 51/07, BStBl II 2009 S. 783). Das für die Haftung in diesen Fällen erforderliche Verschulden ist aber nur anzunehmen, wenn das Kreditinstitut dem Berechtigten das Vermögen nach Veröffent-



lichung des BFH-Urteils am 15.7.2009 zur Verfügung stellt (FinMin Schleswig-Holstein 11.8.2009, VI 353 - S 3830 - 013, DStR 2009 S. 1962).

### **Bewertungsansatz von Auslandsvermögen**

Bei ausländischem land- und forstwirtschaftlichen, Grund- sowie Betriebsvermögen ist bis zur Erbschaftsteuerreform generell noch der gemeine Wert maßgebend (§ 12 Abs. 6 ErbStG; § 31 BewG. § 13a ErbStG ist nicht anwendbar. Anschließend entfällt das zumindest im EU- und EWR-Raum. Der unentgeltliche Übertrag von geschlossenen Auslandsfonds wird damit benachteiligt. Diese Benachteiligung verstößt laut EuGH (EuGH 11.9.2008, Rs C-11/07, HFR 2008 S. 1301; 2.10.2008, C-360/06, HFR 2008 S. 1299 und 17.1.2008, C-256/06, DStRE 2008, 174) gegen die Kapitalverkehrsfreiheit, wenn für Auslandsvermögen der gemeine Wert und für gleichartiges inländisches ein besonderes Bewertungsverfahren gilt. Bei Zuwendungen von Vermögen oder geschlossenen Fonds aus EU- und EWR-Staaten kann bis zum Inkrafttreten der Erbschaftsteuerreform die günstigere Bemessungsgrundlage beantragt werden. Die Finanzverwaltung wendet die EuGH-Rechtsprechung in allen offenen Fällen an (FinMin Baden-Württemberg 16.7.2008, 3 - S 3831/4, DStR 2008, 1537). Solches Auslandsvermögen ist nicht mehr mit dem gemeinen Wert anzusetzen, sondern mit dem vergleichbaren Wert, der sich nach den Bewertungsvorschriften für Inlandsvermögen ergäbe. Die Steuerbegünstigungen der §§ 13a und 19a ErbStG sind entsprechend zu gewähren, etwa bei gewerblichen geschlossenen Fonds. Bei fehlender Datenlage ist der Steuerwert im Wege einer sachgerechten Schätzung unter Berücksichtigung der Vermögensart und der individuellen Verhältnisse des Einzelfalles zu ermitteln (OFD Frankfurt 28.8.2008, S 3811 A - 34 - St 119). Die EuGH-Rechtsprechung wurde im Rahmen der Erbschaftsteuerreform 2009 in Bezug zu anderen EU- und EWR-Staaten umgesetzt.

### **Schenkung an eine Familienstiftung**

Bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt ist, kommt es auf die Zivilrechtsslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Denn die Schenkungsteuer ist eine Verkehrsteuer (BFH 9.7.2009, II R 47/07, BStBl 2010 II S. 74). Diese Einordnung ist in aller Regel negativ, da der Stifter mit der juristischen Person nicht verwandt ist und damit stets die ungünstige Steuerklasse III angewendet wird. Die Finanzverwaltung hatte das bislang in R 18 Abs. 4 ErbStR noch anders eingestuft und auf das Verhältnis Stifter zu Begünstigtem abgestellt.

### **Zustiftung**

Die Zustiftung an eine (Familien-)Stiftung ist auch dann gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nach der Steuerklasse III steuerpflichtig, wenn der Zuwendende zugleich der einzige Begünstigte der Stiftung ist (BFH 9.12.2009, II R 22/08). Bei der Prüfung, wer als Zuwendender und Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt ist, kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtsslage und nicht darauf an, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermögen oder Einkommen zuzurechnen ist. Diese zivilrechtliche Prägung kommt auch bei der Besteuerung unentgeltlicher Vermögensübertragungen auf eine rechtsfähige Stiftung zum Tragen.



## Doppelbesteuerung bei Auslandskonten ist zulässig

Es liegt kein Verstoß gegen das EU-Recht vor, wenn die auf ausländisches Kapitalvermögen jenseits der Grenze gezahlte Erbschaftsteuer deshalb nicht über § 21 ErbStG anrechenbar ist, weil Bankguthaben nicht zum Inlandsvermögen gem. § 121 BewG zählt (EuGH 12.2.2009, C-67/08, DStR 2009, 373). Der BFH hatte in seinem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH (16.1.2008, II R 45/05) noch Zweifel an dieser Regelung. Im zugrunde liegenden Fall ging es um eine in Deutschland wohnende Erbin, deren Nachlass aus spanischem Bankvermögen bestand, worauf sie Erbschaftsteuer an den spanischen Fiskus zahlte. Diese Abgabe wurde aber nicht auf die in Deutschland fällige Steuerschuld angerechnet.

Der EuGH sieht hierin kein Verstoß gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs in Europa. Hier sind zwei unterschiedliche nationale Steuersysteme in Konflikt geraten. Spanien versteuert Erbschaften, wenn das Kreditinstitut als Schuldner in Spanien ansässig ist und in Deutschland ist dagegen der Wohnsitz des Erwerbers (Gläubiger) entscheidend. Beim gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ihr eigenes Steuersystem dem der anderen Mitgliedstaaten anzupassen.

In Bezug auf Erbschaften ergibt sich aus der EuGH-Rechtsprechung, dass zu den als Beschränkungen des Kapitalverkehrs nach Art. 56 Abs. 1 EG verbotenen Maßnahmen solche gehören, die eine Wertminderung des Nachlasses desjenigen bewirken, der in einem anderen Staat ansässig ist als dem Mitgliedstaat, in dem sich die betreffenden Vermögensgegenstände befinden und in dem deren Erwerb von Todes wegen besteuert wird. Im zugrunde liegenden Fall folgt der Steuernachteil daraus, dass die beiden betroffenen Mitgliedstaaten ihre Besteuerungsbefugnis parallel zueinander ausgeübt haben. Das Gemeinschaftsrecht schreibt aber bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand in Bezug auf die Beseitigung der Doppelbesteuerung innerhalb der EU keine allgemeinen Kriterien für die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten vor. Dementsprechend ist bis heute keine Maßnahme der Vereinheitlichung oder Harmonisierung zum Zweck der Beseitigung von Doppelbesteuerungstatbeständen erlassen worden.

Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten beim gegenwärtigen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts vorbehaltlich dessen Beachtung über eine gewisse Autonomie in diesem Bereich verfügen und deshalb nicht verpflichtet sind, ihr eigenes Steuersystem den verschiedenen Steuersystemen der anderen Mitgliedstaaten anzupassen, um namentlich die sich aus der parallelen Ausübung ihrer Besteuerungsbefugnisse ergebende Doppelbesteuerung zu beseitigen und die Anrechnung der Erbschaftsteuer zu ermöglichen, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnsitzstaat des Erben entrichtet wurde.

**Hinweis:** Ähnlich äußert sich das FG Düsseldorf (13.5.2009, 4 K 155/08 Erb) zu geerbtem Kapitalvermögen aus Großbritannien. Der durch §§ 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG, 121 BewG bewirkte Ausschluss des Kapitalvermögens von dem die Anrechnung der Erbschaftsteuer verstößt nicht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Das Übermaßverbot gebietet keine verfassungskonforme Auslegung des Begriffs des Auslandsvermögens, wenn dem Nachkommen das ererbte ausländische Kapitalvermögen zumindest zum deutlich überwiegenden Teil zugute kommt (Gesamtbelastung mit britischer und deutscher Erbschaftsteuer von maximal 28,1 %). Die auf das Kapitalvermögen entfallende und von dem Erwerber zu entrichtende britische Erbschaftsteuer kann nicht nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abgezogen werden, da sich das



Verbot des § 10 Abs. 8 ErbStG auch auf die vom Erben zu entrichtende ausländische Erbschaftsteuer bezieht.

## Sachvermächtnis

Aus Gründen des Vertrauensschutzes wird an der bisherigen Rechtsprechung angesichts der bevorstehenden Erbschaftsteuerreform 2009 festhalten, wonach reine Sachvermächtnisse weiterhin mit dem Steuer- und nicht dem Verkehrswert anzusetzen sind (BFH 9.4.2008, II R 24/06, BStBl 2008 II, 951, Abgrenzung zu BFH 2.7.2004, II R 9/02, BStBl 2004 II, 1039). Bei einem Übernahme- oder Kaufrechtsvermächtnis ist der Erwerbsgegenstand hingegen die aufschiebend bedingte Forderung und nicht ein Gestaltungsrecht. Die Forderung ist hierbei mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Handelt es sich bei dem Übernahme- und Kaufrechtsvermächtnis um Betriebsvermögen, ist § 13a ErbStG anzuwenden (BFH 13.8.2008, II R 7/07, BStBl 2008 II, 987). Dies hat die Finanzverwaltung übernommen (LfSt Bayern 10.11.2009, S 3812 a.1.1 - 4 St 35).

## 6. InvStG

### Behandlung schwarzer Fonds verstößt gegen EU-Recht

Die pauschale Besteuerung von Erträgen aus im Inland nicht registrierten ausländischen Investmentfonds gem. § 18 Abs. 3 AuslInvestmG verstößt ganz offensichtlich gegen europäisches Gemeinschaftsrecht und hier gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. Einer Vorlage an den EuGH bedarf es insoweit nicht (BFH 18.11.2008, VIII R 24/07, BStBl 2009 II, 518; VIII R 2/06, BFH/NV 2009, 731). Im Urteilsfall ging es um sog. schwarze Fonds Luxemburg, bei dem eine pauschale positive Gewinnbesteuerung erfolgte, obwohl die Kursentwicklung des Fonds negativ war. Nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG war pauschal 90 % des Mehrwerts anzusetzen, der sich zwischen dem ersten und dem letzten Rücknahmepreis des Kalenderjahres ergab. Diese Erträge unterliegen als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Einkommensteuer. Hinzu kommen auch Zwischengewinne nach § 17 Abs. 2a AuslInvestmG. Hinsichtlich des Umfangs der Besteuerung von Erträgen differenziert das AuslInvestmG danach, ob

- die ausländischen Fonds im Inland registriert oder an einer deutschen Börse zum Handel zugelassen sind
- bestimmte weitere rechtliche Voraussetzungen erfüllt sind.

Während die Erträge weißer Fonds weitgehend wie inländische Anteile besteuert werden, gelten für nicht registrierte Fonds Sonderregelungen und hierüber eine schärfere Besteuerung beim Anleger. Diese für schwarze Fonds vorgeschriebene Pauschalbesteuerung ist unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht und verstößt offensichtlich gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs. Die für Inhaber von Anteilen an schwarzen Fonds geltende fiktive Bemessungsgrundlage der Kapitalerträge ist deshalb nicht anzuwenden.

Das EU-Recht verbietet alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs sowohl zwischen den Mitgliedsstaaten als auch zu dritten Ländern. Eine solche Beschränkung ist bereits dann gegeben, wenn staatliche Maßnahmen Anleger davon abzuhalten, ihr Kapital bei ausländischen Gesellschaften anzulegen (EuGH 23.10.2007, C-112/05, BB 2007, 2423; 6.3.2007, C-292/04). Auf-



grund des Anwendungsvorrangs der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten vor nationalem Recht dürfen nationale Behörden und Gerichte die dem EU-Recht entgegenstehenden diskriminierenden Regelungen des § 18 AuslInvestmG nicht mehr anwenden, ohne dass es einer Gesetzesänderung bedarf. Die Einkünfte aus den ausländischen Fonds sind entsprechend den für inländische Fonds geltenden Regelungen des KAGG und des § 20 EStG festzustellen. Die Finanzverwaltung wendet dies im EU- und EWR-Raum an (BMF 6.7.2009, IV C 1 - S 1980-a/07/0001, BStBl 2009 I S. 770).

Da die frühere pauschale Gewinnbesteuerung für Auslandsfonds nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, ist die Vorschrift sowohl für Fonds aus den anderen EU-Mitgliedstaaten als auch für Fonds aus Drittstaaten nicht anwendbar (BFH 25.8.2009, I R 88/07, I R 89/07). Im Urteilsfall ging es um die Besteuerung von Erträgen aus chinesischen und südkoreanischen Fonds. Auch insoweit liegt eine unverhältnismäßige Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs vor, die EU-vertraglich durch Art. 73b Abs. 1 EGV auch für den Verkehr mit Drittstaaten verbürgt ist. Die Pauschalbesteuerung darf deswegen nicht erfolgen.

Die Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit auch für Drittstaaten ist in Bezug auf die Besteuerung nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG nicht aufgrund der Bestandsschutzregelung (Stand-still-Klausel) in Art. 57 Abs. 1 Satz 1 EG ausgeschlossen. Dies gilt für Beschränkungen, die am 31.12.1993 aufgrund einzelstaatlicher oder gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit „Direktinvestitionen“ einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen. Bei Fondsbeteiligungen handelt es sich aber nicht um "Direktinvestitionen". Denn es besteht kein Anhalt dafür, dass die Beteiligung dem Anleger die Möglichkeit gegeben hat, sich tatsächlich an der Verwaltung der Fondsgesellschaft oder an dessen Kontrolle zu beteiligen (so auch EuGH 24.5.2007, C-157/05, "Höbök").

**Hinweis:** Die Regelungen des § 18 AuslInvestmG sind bei Fonds mit Sitz in Drittstaaten nicht an der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen. Es liegen die Voraussetzungen der sog. Stand-still-Klausel vor (FG München 16.12.2008, 10 K 4614/05, EFG 2009, 554, Revision unter VIII R 2/09). Zwar hatte der BFH (18.11.2008, VIII R 24/07, BFH/NV 2009, 633) entschieden, dass die pauschale Besteuerung von sog. schwarze Fonds vor 2004 gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt. Dabei ging es aber um Erträge aus schwarzen Fonds, die ihren Sitz in einem EU-Staat (Luxemburg) hatten. Die sog. Stand-Still-Klausel erlaubt Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit, die Ende 1993 mit Drittländern bereits bestanden haben.

### Negative Aktiengewinne aus Investmentfonds 2001

Das Abzugsverbot für negative Aktiengewinne einer Kapitalgesellschaft aus der Rückgabe von Anteilen an inländischen Investmentfonds ist im Jahr 2001 nur insoweit anwendbar, als die Gewinnminderungen auf Beteiligungen der Investmentfonds an ausländischen Kapitalgesellschaften beruhen. Die Beschränkung des Abzugsverbots auf negative Aktiengewinne, die auf Beteiligungen der Investmentfonds an ausländischen Kapitalgesellschaften beruhen, verstößt gegen Art. 56 EG (BFH 28.10.2009, I R 27/08). Beteiligungen des Wertpapier-Sondervermögens an



inländischen Kapitalgesellschaften werden regelmäßig erst ab 2002 im Aktiengewinn erfasst, Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften sind bereits 2001 in den Aktiengewinn einzubeziehen. Die Hinzurechnung des negativen Aktiengewinns gemäß § 40a Abs. 1 Satz 2 KAGG i.V.m. § 8b Abs. 3 KStG 1999 widerspricht jedoch gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen. Laut EuGH (22.1.2009, C-377/07) steht Art. 56 EG bei einer Sachlage, bei der eine inländische Kapitalgesellschaft an einer anderen Kapitalgesellschaft mit weniger als 10 % beteiligt ist, einer Regelung entgegen, wonach ein Verbot des Abzugs von Gewinnminderungen im Zusammenhang mit einer solchen Beteiligung für Beteiligungen an einer ausländischen Gesellschaft früher in Kraft tritt als für Beteiligungen an einer inländischen Gesellschaft.

### **Steueranrechnung bei Fonds**

Der einbehaltene Zinsabschlag wird nach § 7 Abs. 1 Nr.3 InvStG auf die festgesetzte Einkommensteuer des Veranlagungszeitraums angerechnet, in dem er erhoben wurde. Die Anrechnung erfolgt nur insoweit, als die Einnahmen aus dem Investmentfondanteilen auch in den Veranlagungen - auch der früheren Jahre - erfasst werden (FG München 26.5.2009, 13 K 3451/07, Revision unter I R 90/09).

## **7. UStG**

### **Umsatzsteuerfreiheit bankmäßiger Vermögensverwaltung**

- Umsätze aus einer bankmäßigen Vermögensverwaltung sind in der Regel nicht der Umsatzsteuer zu unterwerfen, sondern die erbrachten Leistungen sind insgesamt nach § 4 Nr. 8c bzw. 8e UStG steuerfrei. Das gilt zumindest, solange es sich um unselbständige Nebenleistungen handelt. Für diese Einordnung spricht bereits, wenn der Kunde keine eigene Auswahlentscheidung treffen kann. Es handelt es sich bei der gegenüber den Kunden erbrachten Dienstleistung um eine einheitliche Leistung, die aus der Vermittlung von Geschäften mit Wertpapieren und Geldforderungen einerseits und einer sonstigen vom Kunden ebenfalls bezahlten und daher an ihn erbrachten Dienstleistung andererseits besteht, bei der die letztere Leistungskomponente als unselbständige Nebenleistung an der Steuerfreiheit der ersten Leistungskomponente teilnimmt (FG Hessen 22.3.2010, 6 K 1930/09, Revision unter V R 9/10).
- Die bankmäßige Vermögensverwaltung im Sinne einer Verwaltung von aus Wertpapieren und Termingeldern bestehenden Vermögen nach eigenem Ermessen wird entweder vom Begriff der Bank- und Finanzumsätze i.S. des Art. 9 Abs. 2e umfasst oder fällt als Leistung von Beratern u.a. unter die Regelung in Art. 9 Abs. 2e der Richtlinie 77/388/EWG. Die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 8h UStG kommt nicht nur für Leistungen der Kapitalanlagegesellschaft selbst in Betracht, sondern bei richtlinienkonformer Auslegung auch für Leistungen eines außenstehenden Verwalters (BFH 11.10.2007, V R 22/04, BStBl. 2008 II S: 993).



Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rolfjosef Hamacher**

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht

Fon 0221/47 43 0  
Fax 0221/47 43 499  
hamacher@axis.de

**Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs**

Rechtsanwalt,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

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

**Dipl.-Finanzwirt Heinrich Bürmann**

Rechtsanwalt,  
Steuerberater

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.