

# Urteil vom 18. September 2012, VIII R 45/09

## Keine Verlustverrechnungsbeschränkungen für private Veräußerungsgeschäfte auf der Ebene der Investmentfonds unter Geltung des AuslInvestmG

BFH VIII. Senat

AuslInvestmG § 17, InvStG § 1, InvStG § 3 Abs 4, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, AO § 173, FGO § 127, EStG § 23 Abs 3, EStG § 23 Abs 4

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 29. Juli 2009, Az: 13 K 224/04

### Leitsätze

Die in § 17 AuslInvestmG enthaltene Verweisung auf private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 EStG) dient allein der Definition der ausschüttungsgleichen Erträge, führt aber nicht zur Anwendung der Regelungen über die Verlustverrechnungsbeschränkungen auf der Ebene des Investmentfonds.

### Tatbestand

I.

- 1** Streitig ist, ob der in § 17 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2820), geändert durch Art. 12 des Steuerentlastungsgesetzes (StEntlG) 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl I 1999, 402) --AuslInvestmG--, enthaltene Verweis auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 des Einkommensteuergesetzes 1997, zuletzt geändert durch Art. 1 StEntlG 1999/2000/2002 (EStG), lediglich dem Zweck der Definition eines Termingeschäfts dient oder darüber hinaus auch die besonderen Verlustabzugsbeschränkungen des § 23 Abs. 3 Sätze 6 und 7 EStG auf Ebene des ausländischen Investmentfonds zur Anwendung bringt.
- 2** Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine GbR. Die Verwaltung ihres Vermögens oblag der F GmbH (F). Diese investierte für die Klägerin in verschiedene Investmentfonds der A Luxemburg (A). Die Klägerin hielt im Streitjahr 10 800 Anteile am Fonds A, 7 820 Anteile am Fonds B, 3 100 Anteile am Fonds C sowie 5 900 Anteile am Fonds E. Bei den Fonds handelt es sich um registrierte ausländische Fonds i.S. des § 17 AuslInvestmG. Einige dieser Fonds realisierten im Streitjahr Verluste aus Termingeschäften und verrechneten diese vollständig mit anderen Erträgen des jeweiligen Fonds. Dieses Vorgehen ist aus dem ursprünglichen Rechenschaftsbericht der A ersichtlich.
- 3** Die Klägerin gab in der Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen Einnahmen aus Kapitalvermögen in Höhe von 10.482 DM an. Die Angaben der Klägerin zur Ertragshöhe der einzelnen Fonds entsprachen den Werten auf der beigefügten Jahressteuerbescheinigung der D Bank. Aus dieser geht insbesondere hervor, dass die Klägerin am Fonds E 5 900 Anteile im Streitjahr gehalten hat. Den Rechenschaftsbericht der A reichte die Klägerin nicht mit der Feststellungserklärung ein. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) stellte die Einnahmen der Klägerin aus Kapitalvermögen entsprechend deren Angaben fest.
- 4** Das Bundesamt für Finanzen (BfF) --jetzt Bundeszentralamt für Steuern-- beanstandete später gegenüber der A die Verrechnung der Verluste der Fonds aus den Termingeschäften mit sonstigen Erträgen. Nach Auffassung des BfF könnten diese Verluste nur mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften im selben Jahr verrechnet werden. Verbleibende Verluste seien in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen. In der Folge berichtigte A den Rechenschaftsbericht für 1999 dahingehend, dass sie nunmehr die Rechtsauffassung des BfF der Ergebnisermittlung zugrunde legte. Das Finanzamt X, das die Vermögensverwalterin F der Klägerin prüfte, übersandte dem FA eine Kontrollmitteilung für die Klägerin. Die mitgeteilten Einnahmen der Klägerin für 1999 aus den Fonds der A waren wegen der Berücksichtigung des geänderten Rechenschaftsberichts der A höher als

ursprünglich von der Klägerin erklärt. Zudem ging das Finanzamt X beim Fonds E von 11 800 Anteilen aus. Dies führte zu einer weiteren Erhöhung der Gesamteinnahmen der Klägerin aus den Fonds.

- 5 Das FA schloss sich der Rechtsauffassung des BfF sowie der des Finanzamts X an und erließ am 17. November 2003 einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO) geänderten Feststellungsbescheid für 1999 und erhöhte die Einnahmen aus Kapitalvermögen der Klägerin entsprechend den Werten der Kontrollmitteilung.
- 6 Das FA wies den Einspruch der Klägerin gegen den Änderungsbescheid als unbegründet zurück.
- 7 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage der Klägerin mit den in Entscheidungen der Finanzgerichte 2009, 1939 veröffentlichten Gründen ab.
- 8 Das FA erließ am 31. August 2010 entsprechend dem von der Klägerin während des Revisionsverfahrens gestellten Antrag einen nach § 129 AO geänderten Feststellungsbescheid für das Streitjahr 1999. Die Änderung betraf die Minderung der Anzahl der Anteile der Klägerin an dem Fonds E. Die Neuberechnung legte wie der Erstbescheid 5 900 Anteile zu Grunde.
- 9 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts.
- 10 Die Klägerin beantragt, das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 30. Juli 2009 13 K 224/04 aufzuheben sowie den Änderungsbescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für den Veranlagungszeitraum 1999 vom 31. August 2010 dahingehend zu ändern, dass Einnahmen aus Kapitalvermögen in Höhe von 10.482 DM festgestellt werden.
- 11 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 12 Das FA vertritt die Auffassung, dass die Verweisung in § 17 AuslInvestmG auf § 23 Abs. 3 EStG als vollständige Verweisung zu verstehen sei. Dafür spreche der Wortlaut der Norm. Nach diesem sei der gesamte Absatz 3 des § 23 EStG auf der Ebene des Investmentfonds anzuwenden. Dazu gehörten auch die Verlustbeschränkungsvorschriften. Für eine einschränkende Auslegung sei kein Raum. Denn im AuslInvestmG gäbe es keine eigene Verlustverrechnungsregelung. Im Gegensatz dazu sei der Verweis in § 1 Abs. 3 Satz 3 des Investmentsteuergesetzes (InvStG) auf § 23 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 3, Abs. 2 und 3 EStG einschränkend dahingehend zu verstehen, dass er nicht die Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 23 Abs. 3 EStG umfasse. Dies sei wegen der ausdrücklichen Regelung des neuen § 3 Abs. 4 InvStG, der im Übrigen nur klarstellende Funktion habe, nicht erforderlich.

## Entscheidungsgründe

II.

- 13 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Feststellung der Einnahmen aus Kapitalvermögen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 14 1. Das Urteil ist bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, weil ihm der nach dem Änderungsbescheid vom 31. August 2010 nicht mehr existierende Bescheid vom 17. November 2003 zugrunde lag (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 20. Oktober 2010 VIII R 34/08, BFH/NV 2011, 585, m.w.N.).
- 15 Da sich hinsichtlich der streitigen Rechtsfrage durch die Änderung des Bescheids keine Änderungen ergeben und die Klägerin auch keinen weiter gehenden Antrag gestellt hat, bedarf es keiner Zurückverweisung der Sache gemäß § 127 FGO. Das finanzgerichtliche Verfahren leidet nicht an einem Verfahrensmangel, sodass die vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen durch die Aufhebung des Urteils nicht weggefallen sind; sie bilden vielmehr nach wie vor die Grundlage für die Entscheidung des Senats (BFH-Urteil vom 12. September 2007 VIII R 38/04, BFH/NV 2008, 37, m.w.N.).
- 16 2. Die Revision der Klägerin ist auch in der Sache begründet. Nachdem das FA die von ihm vorgenommene Erhöhung der Anzahl der Anteile der Klägerin an dem Fonds E --von 5 900 auf 11 800-- durch den Änderungsbescheid vom 31. August 2010 bereits rückgängig gemacht hat, entscheidet der erkennende Senat nur noch über die Rechtmäßigkeit der Änderung nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO im Hinblick auf die Anwendung der

Verlustverrechnungsbeschränkungen auf der Ebene der Investmentfonds. Diese Änderung war rechtswidrig, denn die Voraussetzungen der Änderungsvorschrift lagen entgegen der Auffassung des FG nicht vor.

- 17** a) Eine Änderung nach § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO setzt voraus, dass Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden, die zu einer höheren Steuer führen. Entgegen der Auffassung des FG führte die aus der Kontrollmitteilung des Finanzamts X ersichtliche Tatsache, dass einige Fonds Verluste aus Termingeschäften mit anderen Einkünften verrechnet hatten, nicht zur Feststellung höherer Kapitaleinkünfte der Klägerin. Denn die Höhe der Kapitaleinnahmen der Klägerin war im ersten Feststellungsbescheid zutreffend festgestellt worden. Die von A im ursprünglichen Rechenschaftsbericht auf der Ebene der ausländischen Investmentfonds vorgenommene Verrechnung von Verlusten aus Termingeschäften mit sonstigen Erträgen des jeweiligen Fonds war ebenso zutreffend wie die Zurechnung des Saldos gegenüber den Anlegern. Denn nach der für das Streitjahr (1999) maßgeblichen Rechtslage fehlte es an einer Regelung zur Verlustausgleichsbeschränkung auf der Ebene des Investmentfonds. Eine solche Regelung ergab sich auch nicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG. Nach dieser Vorschrift gehören zu den ausschüttungsgleichen Erträgen, die den Einkünften aus Kapitalvermögen zuzurechnen sind, unter anderem die von einem ausländischen Investmentvermögen vereinnahmten, nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendeten Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 EStG, soweit sie nicht Betriebseinnahmen des Steuerpflichtigen sind. Der Verweis auf die Veräußerungsgeschäfte ist entgegen der Auffassung des FG nicht dahingehend auszulegen, dass auch die Verlustverrechnungsvorschriften des § 23 Abs. 3 Sätze 6 und 7 EStG auf der Ebene des Investmentfonds anzuwenden sind (so auch Brinkhaus in Brinkhaus/Scherer, KAGG, AuslInvestmG, § 17 AuslInvestmG Rz 53; Harenberg in Herrmann/Heuer/Raupach, KAGG, Anm. R 5 S. 23; Lindemann, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 2003, S. 1004, 1008; a.A. Lohr/Graetz, Der Betrieb 1999, S. 1341, 1345; Hennig/ Bengard, Betriebs-Berater 1999, S. 1901, 1904; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 4. Dezember 2007 IV B 8 -S 1980- 1/0, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2008, 255, 256; Oberfinanzdirektion Kiel, Verfügung vom 29. April 1999 S 2252 A - St 111, Finanz-Rundschau --FR-- 1999, S. 1015, 1017).
- 18** aa) Die Norm des § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG enthält eine Aufzählung verschiedener Arten von thesaurierten Einnahmen des Investmentfonds. Nur die dort abschließend genannten Einnahmen werden dem Anleger als ausschüttungsgleiche Erträge laufend zugerechnet. In diesem Zusammenhang liegt es nahe, dass die Beschreibung "Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 2 und Abs. 3 EStG" ebenfalls lediglich definiert, welche Veräußerungsgeschäfte als ausschüttungsgleiche Erträge des Fonds erfasst sind. Anders als die Begriffe "Zinsen" oder "Dividenden" wäre der Begriff "Veräußerungsgewinne aus Termingeschäften" zu unbestimmt gewesen. Denn vor dem Streitjahr (1999) gab es keine steuerrechtliche Definition für Termingeschäfte. Der neu eingeführte Besteuerungstatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG sollte nach dem gesetzgeberischen Willen an die Begriffe des Wertpapierhandelsgesetzes sowie des Kreditwesengesetzes anknüpfen (BTDrucks 14/443, S. 28 f.). Insofern war auch in § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG der Verweis auf die neue und spezielle Definition in § 23 EStG erforderlich. Die Einbeziehung der Absätze 2 und 3 in den Verweis steht der Auslegung als Definition nicht entgegen. § 23 Abs. 2 EStG ordnet die Subsidiarität der Einkünfte aus Veräußerungsgeschäften gegenüber anderen Einkunftsarten an. Damit dient der Verweis in § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG auf diese Norm ebenfalls der Definition, was ausschüttungsgleiche Erträge sind. Zu den ausschüttungsgleichen Erträgen des Anlegers --und damit zu dessen Kapitaleinnahmen-- gehören danach auch solche Veräußerungsgewinne des Investmentfonds, die gemäß § 23 Abs. 2 EStG zu den gewerblichen Einkünften des Fonds gehören (vgl. Lübbühren in Brinkhaus/Scherer, a.a.O., § 40 KAGG Rz 25, § 39 KAGG Rz 33 und 34). Der weitere Verweis auf § 23 Abs. 3 EStG dient im Hinblick auf dessen Satz 4 ebenfalls der Definition der Gewinne aus Termingeschäften. Die pauschale Verweisung auf den gesamten Absatz hat somit überschießende Tendenz.
- 19** Dass mit dieser Verweisung nur eine Definition der ausschüttungsgleichen Erträge, nicht aber eine Verlustausgleichsbeschränkung bezweckt war, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit dem Wortlaut des § 23 EStG. Während in § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG nur von "Gewinnen" aus privaten Veräußerungsgeschäften die Rede ist, spricht § 23 Abs. 3 EStG von "Gewinn oder Verlust" aus Veräußerungsgeschäften.
- 20** bb) Für die Auslegung des Verweises auf § 23 Abs. 2 und 3 EStG als bloße Definition der ausschüttungsgleichen Erträge spricht auch die Begründung des Entwurfs für das zeitlich nachfolgende Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen --Investmentmodernisierungsgesetz-- (BGBl I 2003, 2676). Durch dessen Art. 2 wurde das InvStG eingeführt. In § 3 Abs. 4 Satz 2 InvStG ist geregelt, dass verbleibende Verluste des Sondervermögens im Folgejahr mit positiven Erträgen zu verrechnen sind. Damit scheidet eine Verlustzuweisung an den Anleger aus. Diese Vorschrift betrifft nicht allein Veräußerungsgeschäfte, sondern sämtliche positiven und negativen Erträge des Fonds. Aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 4 InvStG ist

erkennbar, dass diese Regelung konstitutiven Charakter hat. In der Einzelbegründung zu den Absätzen 1 und 2 der Vorschrift ist jeweils von "klarstellender" Regelung die Rede. Im Gegensatz dazu wird der Absatz 4 des § 3 InvStG, der die Verlustverrechnung betrifft, als Regelung einer "bisher ungelösten Frage" bezeichnet (BTDrucks 15/1553, S. 125). Diese Formulierung rechtfertigt entgegen der vom FA in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung nicht den Schluss, es handle sich nicht um eine erstmalige Regelung zur Verlustausgleichsbeschränkung. Denn eine ungeklärte Frage setzt voraus, dass es bisher noch keine gesetzliche Antwort gegeben hat. Daher enthält § 3 Abs. 4 InvStG eine Neuregelung und gerade keine Klarstellung der bisherigen Rechtslage. Dies schließt es aus, dass die Verlustverrechnung in den Vorgängergesetzen des InvStG, also dem AuslInvestmG und dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, bereits eine Regelung für die Verlustverrechnung im Teilbereich der Veräußerungsverluste enthielt (so auch Bödecker, Handbuch Investmentrecht, S. 628; Hamacher in Korn, § 3 InvStG Rz 19; Sradj/Mertes, DStR 2004, S. 201, 204; Kayser/Steinmüller, FR 2004, S. 137, 141 f.; a.A. Hammer, Deutsche Steuer-Zeitung 2004, S. 340; Jacob/Geese/Ebner, Handbuch für die Besteuerung von Fondsvermögen, 3. Aufl., S. 275).

- 21** cc) Die vorstehende Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG wird auch durch einen Vergleich mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG deutlich. Die Definition der ausschüttungsgleichen Erträge enthält in Bezug auf private Veräußerungsgeschäfte --wie § 17 Abs. 1 AuslInvestmG-- einen uneingeschränkten Verweis auf § 23 Abs. 3 EStG. Wären hier auch die dortigen Verlustverrechnungsbeschränkungen in Bezug genommen, würden sich wegen § 3 Abs. 4 InvStG einander widersprechende Verlustverrechnungskreise ergeben. Dies entspräche offensichtlich nicht dem gesetzgeberischen Willen. Selbst die Verwaltung geht davon aus, dass die Verlustbeschränkungen abschließend in § 3 Abs. 4 InvStG geregelt und die Beschränkungen des § 23 Abs. 3 Sätze 6 und 7 EStG nicht anwendbar sind (BMF-Schreiben vom 2. Juni 2005 IV C 1 -S 1980- 1-87/05, BStBl I 2005, 728, sowie vom 18. August 2009 IV C 1 -S 1980- 1/08/10019, BStBl I 2009, 931, jeweils Rz 69). Nichts anderes kann daher für die Auslegung des § 17 Abs. 1 AuslInvestmG gelten. Denn die Definitionen der ausschüttungsgleichen Erträge stimmen im AuslInvestmG und im InvStG nicht nur zufällig überein. Ausweislich der Regierungsbegründung zu § 1 Abs. 3 InvStG wurde die redaktionelle Fassung des alten § 17 Abs. 1 AuslInvestmG in den § 1 Abs. 3 InvStG übernommen. Mit inhaltlichen Änderungen sollte dies jedoch nicht verbunden sein (BTDrucks 15/1553, S. 123). Hätte der Gesetzgeber eine solche inhaltliche Veränderung der Verweisung auf § 23 Abs. 3 EStG beabsichtigt, hätte dies zudem im Gesetzestext zum Ausdruck kommen müssen. Zu Unrecht meint das FA daher, dass die wortgleichen Verweisungen auf § 23 Abs. 3 EStG zum einen in § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG sowie zum anderen in § 17 Abs. 1 Satz 1 AuslInvestmG wegen der Verlustausgleichsbeschränkung des § 3 Abs. 4 InvStG unterschiedliche Inhalte haben müssten.
- 22** dd) Der ursprüngliche Entwurf des StEntlG 1999/2000/2002 vom 9. November 1998 durch die Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN steht dieser Auslegung nicht entgegen. Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf ergibt sich zwar, dass Verluste des Sondervermögens aus Spekulationsgeschäften nur entsprechend § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG (a.F.) abgezogen werden dürfen (BTDrucks 14/23, S. 200). Allerdings steht diese Begründung im Zusammenhang mit den übrigen Regelungen des Gesetzesentwurfs. Danach sollten ursprünglich sämtliche Spekulationsgeschäfte i.S. des § 23 EStG beim Fonds nicht nur erfasst werden, sondern erstmalig auch steuerpflichtig sein (BTDrucks 14/23, S. 122, § 17 AuslInvestmG-Entwurf). Die bisherige Ungleichbehandlung gegenüber dem Direktanleger sollte damit beendet werden. Dieser Gesetzesentwurf fand indes keine Mehrheit. Der mit der Sache befasste Finanzausschuss schlug einen geänderten Gesetzesentwurf vor. Hiernach waren nunmehr ausschließlich die Termingeschäfte auf Fondsebene steuerpflichtig (BTDrucks 14/442, S. 96, § 17 AuslInvestmG-Entwurf). Durch den Verzicht auf die Erfassung sämtlicher Spekulationsgewinne auf Fondsebene trägt die ursprüngliche Begründung, nach der die Besteuerung von Fondsbeteiligungen an die des Direktanlegers angeglichen werden sollte, den veränderten Gesetzesentwurf nicht mehr. Insofern ist die Begründung des ursprünglichen Gesetzesentwurfs nicht zum Willen des Gesetzgebers bei Erlass des Gesetzes geworden. Eine eigene Begründung des Finanzausschusses findet sich, abgesehen von dem Willen, die Termingeschäfte zu erfassen, nicht (BTDrucks 14/443, S. 41).
- 23** b) Die Sache ist spruchreif. Die Einnahmen aus Kapitalvermögen der Klägerin in 1999 sind wie im Erstbescheid auf 10.482 DM festzustellen.