

# Urteil vom 06. September 2016, IX R 44/14

## Geschlossener Immobilienfonds - Veräußerung oder Rückabwicklung

ECLI:DE:BFH:2016:U.060916.IXR44.14.0

BFH IX. Senat

EStG § 21 Abs 1 S 1 Nr 1, EStG § 22 Nr 3, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 1, EStG § 23 Abs 1 S 4, EStG § 23 Abs 3, EStG § 24 Nr 1 Buchst a, FGO § 118 Abs 2, EStG VZ 2006 , AO § 39 Abs 2 Nr 2, AO § 180 Abs 1 S 1 Nr 2 Buchst a, AO § 179 Abs 1, EStG § 2

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg , 30. September 2014, Az: 2 K 2084/11

## Leitsätze

1. Für den Fall, dass die als Kaufpreis bezeichnete Gegenleistung teilweise auch für andere Verpflichtungen des Veräußerers erbracht worden ist (hier: Verzicht auf Schadensersatzansprüche, Rücknahme von Klagen), die nicht den Tatbestand des § 23 Abs. 1 EStG erfüllen, ist der vereinbarte Kaufpreis insoweit aufzuteilen.
2. Für Zwecke der Aufteilung ist das veräußerte Wirtschaftsgut zu bewerten; übersteigt die Gegenleistung den Wert des veräußerten Wirtschaftsguts, spricht dies dafür, dass der übersteigende Teil der Gegenleistung nicht zum Veräußerungspreis gehört, sondern dass insoweit eine andere Verpflichtung entgolten oder ein Teil der Gegenleistung unentgeltlich zugewendet werden soll.

## Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg, Außensenate Freiburg, vom 1. Oktober 2014 2 K 2084/11 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Baden Württemberg, Außensenate Freiburg, zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob ein privates Veräußerungsgeschäft nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Satz 4 des Einkommensteuergesetzes (EStG) vorliegt und wie gegebenenfalls der Veräußerungsgewinn zu berechnen ist.
- 2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) trat im ... 1997 zusammen mit ihrem Ehemann der B-GmbH & Co. KG und im ... 1998 der T-GmbH & Co. KG als Treugeber-Kommanditistin mit einem Kapitalanteil von jeweils ... DM und ... DM bei. Der Gesellschaftszweck der beiden als geschlossene Immobilienfonds konzipierten Gesellschaften bestand im Erwerb, der Errichtung, der Verwaltung, der Vermietung sowie in der Verwertung von Immobilien. Sowohl die B-GmbH & Co. KG als auch die T-GmbH & Co. KG waren Eigentümer von Immobilien oder erwarben Beteiligungen an Objektgesellschaften.
- 3 Die B-GmbH & Co. KG und die T-GmbH & Co. KG waren --neben weiteren geschlossenen Immobilienfonds-- ab 1995 von der B-AG initiiert worden. Letztere hatte sich dazu mehrerer Tochtergesellschaften bedient, darunter auch der L-Bank. An den Fondsgesellschaften wurden Treuhandkommanditisten beteiligt, die sowohl im eigenen Namen als auch für noch zuwerbende Treugeber Gesellschaftsanteile hielten. Kapitalanlegern wie der Klägerin und ihrem Ehemann wurde nach einheitlichem Muster der Abschluss von Treuhandverträgen angeboten, wonach sich der

Treuhandkommanditist verpflichtete, seine Beteiligung künftig treuhänderisch für die Kapitalanleger (Treugeber) zu verwalten. Der Treuhandkommanditist übte seine Gesellschafterrechte nach deren Weisungen aus. Im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander und im Verhältnis zur Gesellschaft wurden die Treugeber wie unmittelbar beteiligte Kommanditisten behandelt. Sie durften an den Gesellschafterversammlungen teilnehmen und die auf ihre Beteiligungen entfallenden Stimmrechte sowie die einem Kommanditisten nach dem Gesetz zustehenden Kontroll- und sonstigen Rechte unmittelbar selbst ausüben. Der Klägerin stand außerdem ein Andienungsrecht zu, nach Ablauf von 25 Jahren ihre Anteile zum Nominalwert und nach Ablauf von 30 Jahren zu 115 % des Nominalwerts an eine Konzern-Gesellschaft der B-AG zurückzugeben.

- 4 Die wirtschaftliche Entwicklung der Fonds entsprach nicht den Erwartungen der Klägerin. Zusammen mit einer Vielzahl weiterer Anleger beteiligte sie sich an einem Sammelklageverfahren und erhob eine Schadensersatzklage gegen die L-Bank. Mit der Klage begehrte die Klägerin die Zahlung von Schadensersatz aus Prospekthaftung und deliktischer Haftung und verlangte die Rückzahlung der Einlage Zug um Zug gegen Rückgabe der Kommanditanteile.
- 5 Im Jahr 2005 unterbreitete die zum Konzern der B-AG gehörende Y-GmbH der Klägerin ein jeweiliges Angebot zum Erwerb ihrer Fondsanteile. Ein solches Angebot erhielten auch andere Fondsbeteiligte, die keine Schadensersatzklagen erhoben hatten. Der Kaufpreis bestimmte sich nach einem Prozentsatz der auf die Fondsbeteiligung gezahlten Kapitaleinlage zzgl. einer Verzinsung für den Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zur Durchführung des "Verkaufs" abzüglich der Ausschüttungen und Quellensteuern, die für den genannten Zeitraum gezahlt wurden. Die Angebote waren unwiderruflich und befristet. Letzter möglicher Annahmetag waren der 30. Juni 2008 (B-GmbH & Co. KG) und der 30. Juni 2009 (T-GmbH & Co. KG). Die Annahme der Angebote war nur möglich, wenn die Schadensersatzklage vor dem Annahmetag, spätestens jedoch bis zum 31. März 2006, zurückgenommen war. Die Klägerin nahm die Angebote am ... April 2006 an. Zugleich verzichtete sie auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Schadensersatzansprüche, die mit dem Erwerb der Beteiligungen zusammenhingen. Auch nahm die Klägerin ihre Schadensersatzklage zurück. Sowohl die B-GmbH & Co. KG als auch die T-GmbH & Co. KG bestanden nach dem Ausscheiden der Klägerin als geschlossener Immobilienfonds fort.
- 6 Mit (geändertem) Einkommensteuerbescheid 2006 vom ... Dezember 2008 erfasste der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) einen Veräußerungsgewinn der Klägerin aus der B-GmbH & Co. KG in Höhe von 25.069 €. Mit (geändertem) Einkommensteuerbescheid 2006 vom ... Januar 2009 erfasste das FA einen Veräußerungsgewinn aus der Beteiligung an der T-GmbH & Co. KG in Höhe von 82.220 €. Das FA übernahm dabei die jeweilige Veräußerungsgewinnberechnung, die sich aus einer (informativischen) Mitteilung des für die Fondsgesellschaften zuständigen Finanzamts ergab. Danach wurden die nachfolgenden Veräußerungsgewinne ermittelt:

	B-GmbH & Co. KG	T-GmbH & Co. KG (Nr. 1)	T-GmbH & Co. KG (Nr. 2)
Auszahlungsbetrag	74.683,37 €	80.675,01 €	121.012,51 €
+ anteilige Verbindlichkeiten	+ 209.395,48 €	+ 241.401,67 €	+ 362.102,49 €
= gesamter Veräußerungspreis	284.078,85 €	322.076,68 €	483.115,00 €
x anteiliger Veräußerungspreis der Immobilien	x 76,65971 %	x 83,31223 %	x 83,31223 %
=	217.774,02 €	268.329,28 €	402.493,89 €
./. anteilige steuerliche Buchwerte der Immobilien	167.635,94 €	202.553,25 €	303.829,85 €
= Veräußerungsgewinn	50.138,08 €	65.776,03 €	98.664,04 €
davon Anteil der Klägerin	25.069,04 €	32.888,01 €	49.332,02 €

- 8 Die Berechnung im Einzelnen wurde durch eine von der Fondsgesellschaft beauftragte Steuerberatungsgesellschaft vorbereitet. Aus den mitgeteilten Werten ergibt sich nicht, auf welchen Stichtag die anteiligen Verbindlichkeiten

und der anteilige steuerliche Buchwert der Immobilien ermittelt worden sind.

- 9 Der von der Klägerin gegen die steuerliche Erfassung der Veräußerungsgewinne eingelegte Einspruch blieb mit Einspruchsentscheidung vom ... Mai 2011 insoweit ohne Erfolg.
- 10 Die dagegen erhobene Klage wies das Finanzgericht (FG) mit Urteil vom 1. Oktober 2014 2 K 2084/11 als unbegründet ab. Die Klägerin habe mit den Kauf- und Übertragungsverträgen vom ... April 2006 Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Satz 4 EStG erzielt. Es habe sich nicht um die bloße Rückabwicklung der Anschaffungsgeschäfte gehandelt. Die Kauf- und Übertragungsverträge vom ... April 2006 sei als neuerliche Veräußerung und nicht als Rückabwicklung des ursprünglichen Anschaffungsgeschäfts auszulegen.
- 11 Mit ihrer Revision bringt die Klägerin u.a. vor, das FG habe rechtsfehlerhaft eine Rückabwicklung der jeweiligen Beteiligung verneint. Werde die i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG angeschaffte Beteiligung an die von Anfang an betrügerisch zum Nachteil der Anleger zusammenwirkenden Initiatoren wegen festgestellter irreparabler Leistungsstörungen "zurückgegeben", stelle dies eine Rückabwicklung der Anschaffung dar. Denn es seien von Beginn an mit bewusst fehlerhaften Prospekten geschlossene Immobilienfonds mit Schrottimmobilien auf den Markt gebracht worden. Zudem sei der Veräußerungsgewinn vom FA fehlerhaft ermittelt worden.
- 12 Am ... April 2009 und am ... Mai 2009 ergingen aus nicht streitigen Gründen geänderte Einkommensteuerbescheide für den Veranlagungszeitraum 2006. Der Veräußerungsgewinn wurde unter Berücksichtigung von Aufwendungen in Höhe von 823 €, welche im Zusammenhang mit der Veräußerung der Fondsanteile standen, mit 106.466 € angesetzt.
- 13 Die Klägerin beantragt,  
das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 1. Oktober 2014 2 K 2084/11 aufzuheben und den geänderten Einkommensteuerbescheid 2006 vom ... Mai 2009 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom ... Mai 2011 dahin abzuändern, dass die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften um 106.466 € niedriger angesetzt werden.
- 14 Das FA beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.
- 15 Das FA bringt vor, es liege ein Veräußerungsvorgang vor. Eine Aufteilung des Entgelts in einen Veräußerungspreis und Schadensersatz sei mangels steuerlicher Auswirkung entbehrlich. Soweit ein Teil des Kaufpreises als Schadensersatz einzuordnen sei, sei dieser Teil der Zahlung nach § 24 Nr. 1 Buchst. a i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG als Entschädigung steuerbar. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Bruchteilsbetrachtung des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG auch im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 23 Abs. 3 EStG Anwendung finde. Die Übernahme von Verbindlichkeiten sei folglich im Rahmen des Veräußerungsentgelts zu berücksichtigen. Der Veräußerungsgewinn sei daher wie folgt zu ermitteln:

16 Auszahlungsbetrag

zzgl. anteilige Verbindlichkeiten

= gesamter Veräußerungspreis

x Anteil an  
Immobilien

**Veräußerungspreis**

Einlage (bar)

Agio

zzgl. anteilige Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der  
Anschaffung

= gesamte Anschaffungskosten

x Anteil an  
Immobilien

**./. Anschaffungskosten**

**./. Veräußerungskosten**

+ in Anspruch genommene  
Abschreibung

= **Gewinn/Verlust**

## Entscheidungsgründe

II.

- 17** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Das FG hat zwar ohne Rechtsfehler die Kauf- und Übertragungsverträge vom ... April 2006 als steuerbare Veräußerung i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG gewürdigt (1.). Es hat aber den Veräußerungsgewinn rechtlich fehlerhaft ermittelt (2.). Die Aufteilung des an die Klägerin geleisteten Betrags kann dabei nicht mangels steuerlicher Auswirkung unterbleiben (3.). Das Verfahren ist nicht spruchreif und an das FG zurückzuverweisen (4.).
- 18** 1. Die Kauf- und Übertragungsverträge vom ... April 2006 sind vom FG ohne Rechtsfehler als steuerbare Veräußerung i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG eingeordnet worden.
- 19** a) Private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken oder ihnen gleichgestellten Rechten nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Es handelt sich hierbei um einen sog. gestreckten Steuertatbestand, dessen Verwirklichung mit der Anschaffung des Wirtschaftsguts beginnt und mit dessen Veräußerung endet (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 27. Juni 2006 IX R 47/04, BFHE 214, 267, BStBl II 2007, 162, m.w.N.).
- 20** aa) Als Anschaffung und Veräußerung werden im Regelfall der entgeltliche Erwerb und die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf eine andere Person aufgefasst (vgl. BFH-Urteile vom 8. April 2003 IX R 1/01, BFH/NV 2003, 1171, unter II.1.b aa, und vom 2. Mai 2000 IX R 73/98, BFHE 192, 435, BStBl II 2000, 614, unter II.3.b). Darüber hinaus können aber auch andere marktoffenbare Vorgänge als Veräußerung i.S. von § 23 Abs. 1 EStG zu beurteilen sein (vgl. u.a. BFH-Urteile in BFHE 192, 435, BStBl II 2000, 614, und vom 24. Juni 2003 IX R 2/02, BFHE 202, 351, BStBl II 2003, 752, unter II.1.b cc).
- 21** bb) Die Anschaffung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft gilt nach § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Danach verwirklicht den Tatbestand auch, wer sich an einer Grundstücke besitzenden Personengesellschaft beteiligt und seine Beteiligung veräußert. Eine mittelbare Beteiligung liegt auch vor, wenn dem Steuerpflichtigen die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte auf steuerrechtlicher Grundlage als Treugeber zuzurechnen sind (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 der Abgabenordnung --AO--). Die Veräußerung setzt in diesem Fall voraus, dass der Treugeber seine (vertragliche) Stellung mit allen Rechten und Pflichten entgeltlich auf einen Dritten überträgt, der in vollem Umfang in die Stellung des Treugebers einrückt.
- 22** cc) Eine Veräußerung liegt u.a. dann nicht vor, wenn das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft rückabgewickelt wird. Dies ist u.a. der Fall, wenn das (auf die Anschaffung eines Grundstücks gerichtete) Erwerbsgeschäft wegen Vertragsstörung keinen Bestand hat und die Vertragspartner sich die gegenseitig erbrachten Leistungen vollständig zurückgewähren (vgl. BFH-Urteile in BFHE 214, 267, BStBl II 2007, 162, unter II.2.b; vom 28. Oktober 2009 IX R 17/09, BFHE 227, 349, BStBl II 2010, 539, unter II.2.a, und vom 16. Juni 2015 IX R 21/14, BFH/NV 2015, 1567, unter II.2.a; Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2005 III ZR 350/04, BFH/NV 2006, Beilage 2, 187, unter II.3.c bb; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 35. Aufl., § 23 Rz 49; Musil in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 23 EStG Rz 57; Kube in Kirchhof, EStG, 15. Aufl., § 23 Rz 17; Blümich/ Glenk, § 23 EStG Rz 151, 153; Berninghaus, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2014, 624, 625; Lampe, Betriebs-Berater 2008, 2599, 2603; P. Fischer, Finanz-Rundschau --FR-- 2000, 393, 394). Entsprechendes gilt, wenn der Erwerb einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung rückabgewickelt wird. An einer Veräußerung fehlt es in diesen Fällen insbesondere, wenn der nur mittelbar an einer Personengesellschaft beteiligte Treugeber das Treuhandverhältnis durch Kündigung gegenüber dem Treunehmer beendet und in der Folge seine Rechtsstellung auf diesen zurücküberträgt; denn die Rückgabe der zuvor erworbenen Rechtsstellung stellt in diesem Fall keinen marktoffenbaren Vorgang, sondern nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung dar. Ganz allgemein spielt es in diesem Zusammenhang keine

Rolle, ob die Rückabwicklung des Vertrags auf Rücktritt, Kündigung, der Leistung von Schadensersatz oder einem anderen Rückabwicklungsgrund beruht (vgl. BFH-Urteil in BFHE 214, 267, BStBl II 2007, 162).

- 23** b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist das FG in vertretbarer Weise anhand einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände des Einzelfalls zu dem Ergebnis gekommen, dass im Streitfall jeweils eine Veräußerung und keine Rückabwicklung vorliegt.
- 24** aa) Das FG hat zunächst anhand des Wortlauts der jeweiligen Vereinbarung angenommen, dass eine neue Vereinbarung abgeschlossen und nicht lediglich das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft rückabgewickelt worden ist. Der jeweilige Vertrag ist nach den Feststellungen des FG als "Kauf- und Übertragungsvertrag" bezeichnet. Die Klägerin wird als "Verkäufer" und die Y-GmbH als "Käufer" bezeichnet. Es werden im jeweiligen Vertrag der "Verkauf" der Beteiligung und der "Kaufpreis" bestimmt. Diese Formulierungen hat das FG dahingehend gewürdigt, dass die Vertragsparteien willentlich und wissentlich davon ausgegangen seien, einen jeweiligen Kaufvertrag abzuschließen.
- 25** Eine Rückabwicklung lag nicht vor, obwohl der Erwerber eine Zweckgesellschaft des Emittenten war. Die Erwerbergesellschaft ist als juristische Person eigenständig. Sie ist als Erwerberin Treugeberin der Anteile der Klägerin geworden; die Fonds bestanden auch nach dem Ausscheiden der Klägerin fort.
- 26** Die Verträge sind auch inhaltlich als Kaufverträge ausgestaltet. Die Beteiligten haben nicht etwa ihre jeweils erhaltenen Leistungen (Kaufpreis für die Beteiligung nebst Zinsen darauf, Ausschüttungen) und die gezogenen oder schuldhaft nicht gezogenen Nutzungen zurückgewährt. Stattdessen wurde vom Erwerber ein jeweiliger Kaufpreis ermittelt. Gegen die Annahme eines Rückabwicklungsverhältnisses spricht auch, dass in § 4 der Kauf- und Übertragungsverträge Gewährleistungsrechte geregelt sind. Insoweit ist auch die Würdigung des FG, dass die Beteiligten neue selbständige Kaufverträge abschließen wollten, im Ergebnis nicht zu beanstanden.
- 27** Nach den Feststellungen des FG enthielten die Verträge zu Fragen der einzelfallbezogenen Schadensermittlung keine Regelungen. Die Schadensersatzansprüche, die von der Klägerin zuvor gegen den Initiator gerichtlich geltend gemacht worden sind, werden im jeweiligen Vertrag nicht erwähnt (z.B. Prospekthaftung, culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung der abgeschlossenen Treuhandvereinbarung, § 823 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs --BGB-- i.V.m. § 264a des Strafgesetzbuchs; § 826 BGB; vgl. zu den in einen Schadensersatzanspruch einzubeziehenden Posten Jooß, DStR 2014, 6, 7). Überdies wurde das (Rückkauf-)Angebot der Y-GmbH allen Anlegern der betroffenen Fonds gemacht und nicht nur denjenigen, die auf dem Zivilrechtsweg Schadensersatzansprüche geltend gemacht hatten.
- 28** bb) Diese Feststellungen und Würdigungen des FG hat die Klägerin nicht mit zulässigen und begründeten Verfahrensrügen angegriffen, so dass sie für den BFH bindend sind (§ 118 Abs. 2 FGO).
- 29** 2. Die revisionsrechtlich zutreffende Annahme eines Rückkaufvertrags besagt jedoch nichts über Inhalt und Rechtsgrund der vertraglich vereinbarten Gegenleistung(en). Insoweit hat das FG zu Unrecht nicht geprüft, ob die an die Klägerin geleisteten und als Kaufpreis bezeichneten Zahlungen in voller Höhe oder nur teilweise als Veräußerungspreis i.S. des § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG einzuordnen sind. Es hat nicht geprüft, ob die vereinbarten Gegenleistungen noch andere Bestandteile enthielten, die zum Beispiel für den im Rahmen des jeweiligen Kaufvertrags vereinbarten Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche und die Rücknahme der Schadensersatzklage geleistet worden sind. In der Folge hat das FG den Veräußerungsgewinn rechtsfehlerhaft ermittelt.
- 30** a) Gewinn oder Verlust aus privaten Veräußerungsgeschäften ist nach § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG der Unterschied zwischen dem Veräußerungspreis einerseits und den Anschaffungs- oder Herstellungskosten und den Werbungskosten andererseits. Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten mindern sich um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 6 EStG abgezogen worden sind (§ 23 Abs. 3 Satz 4 EStG).
- 31** aa) Veräußerungspreis ist jede Gegenleistung, die der Veräußerer in Geld oder Geldeswert für das Wirtschaftsgut erhält. Zum Veräußerungspreis gehören danach neben dem Verkaufserlös auch alle sonstigen geldwerten Güter i.S. des § 8 EStG, die der Steuerpflichtige als Gegenleistung für das veräußerte Wirtschaftsgut erhält (vgl. HHR/Musil, § 23 EStG Rz 272; Blümich/Glenk, § 23 EStG Rz 204).
- 32** bb) Bei einem Kaufvertrag zwischen fremden Dritten ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der

Veräußerungspreis dem vereinbarten Kaufpreis entspricht, denn insofern bestehen grundsätzlich keine Anhaltspunkte, dass mit dem Kaufpreis zugleich etwas anderes als der Wert des erhaltenen Gegenstands entgolten werden soll. Anders kann dies jedoch sein, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gegenleistung nicht nur für die Übertragung des Erworbenen erbracht wird, sondern dass damit zugleich eine andere Leistung entgolten oder ein Teil der Gegenleistung unentgeltlich zugewendet werden soll. Wie im Rahmen der Veräußerungsgewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 EStG muss dann auch bei § 23 Abs. 3 EStG gefragt werden, welcher Teil einer einheitlichen Geldleistung als Gegenleistung für die Hingabe des Wirtschaftsguts oder für eine andere Verpflichtung geleistet worden ist (vgl. BFH-Urteile vom 21. September 1982 VIII R 140/79, BFHE 137, 407, BStBl II 1983, 289, und vom 11. März 2003 IX R 76/99, GmbH-Rundschau 2003, 963, unter II.2.a). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Erwerber für die Übertragung der Anteile unter fremden Dritten nicht mehr zu bezahlen bereit ist, als es ihrem Verkehrswert entspricht.

- 33** cc) Nach den Feststellungen des FG bestehen im Streitfall hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die als Kaufpreis bezeichnete Zahlung nicht allein für die Übertragung der Treugeberstellung, sondern auch für den im Rahmen des jeweiligen Kaufvertrags vereinbarten Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche und die Rücknahme der Schadensersatzklage geleistet worden ist. Bei insoweit gebotener wirtschaftlicher Betrachtung besteht auf der Grundlage der Feststellungen des FG kein Zweifel, dass die Erwerberin die Anteile nicht erwerben wollte, um eine gleichwertige Gegenleistung zu erhalten, sondern dazu eingeschaltet war, um den Anlegern (und damit auch der Klägerin) ein Abfindungsangebot zu unterbreiten und um die das Bundesland X belastende Prozesssituation (Gewährträgerhaftung) kalkulierbar und zeitnah zu beenden. Die Erwerberin war als Zweckgesellschaft der B-AG zum Rückerwerb der Fondsanteile kein fremder Dritter, der auf dem Markt zu einem angemessenen und unter fremden Dritten üblichen Preis nach einer lukrativen Beteiligung suchte. Nach den Feststellungen des FG ist die Klägerin durch den jeweiligen Kaufpreis --zumindest teilweise-- auch entschädigt worden. Der Entschädigungscharakter der Zahlung hat im Hinblick auf die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche auch ein solches Gewicht, dass dieser Teil der Zahlung nicht als bloße Nebenleistung und damit als steuerlich unbeachtlich einzuordnen ist (a. A. FG Köln vom 1. Juni 2016 14 K 545/14, juris, nicht rechtskräftig; Az. des BFH: IX R 27/16; vgl. dazu Fink, Neue Wirtschafts-Briefe 2016, 2656; Lupczyk, FR 2016, 825). Der jeweilige Kaufpreis ist daher in einen Veräußerungspreis i.S. des § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG und in eine Zahlung für die Rücknahme der Schadensersatzklage und die Freistellung von Schadensersatzansprüchen aufzuteilen.
- 34** b) Das FG ist bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Sein Urteil kann deshalb keinen Bestand haben. Das FG hat es versäumt, den Wert der Anteile und der in ihnen enthaltenen Immobilien im Zeitpunkt der Übertragung zu ermitteln und damit die Frage zu klären, welcher Teil des Kaufpreises für die Übertragung der Treugeberstellung und welcher Teil für andere Gegenleistungen der Klägerin gezahlt worden ist. Dabei ist es nicht dem Einwand der Klägerin nachgegangen, dass die Anteile im Zeitpunkt der Übertragung aufgrund der in ihnen enthaltenen "Schrottimmobilien" keinen oder nur einen sehr geringen Wert hatten und ob und inwieweit der Wert der Beteiligungen unter dem tatsächlichen Kaufpreisangebot lag. Hierzu hätte indes Anlass bestanden, da sowohl nach der übereinstimmenden Auffassung der Beteiligten als auch nach den Feststellungen des FG alleiniger Hintergrund der der Klägerin unterbreiteten Rückkaufferte der Umstand war, dass der Wert der Beteiligungen nicht dem Wert der von der Klägerin geleisteten Einlagen entsprach.
- 35** 3. Die Aufteilung des an die Klägerin geleisteten Betrags kann aus Vereinfachungsgründen nicht deswegen unterbleiben, weil der als Entschädigung geleistete Betrag nach anderen Vorschriften steuerbar ist und sich eine Aufteilung demzufolge nicht auf die festzusetzende Einkommensteuer auswirken würde. Denn soweit die Klägerin mit den erhaltenen Zahlungen zugleich auch entschädigt worden ist, liegen weder Einkünfte nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 22 Nr. 3 oder § 22 Nr. 2 i.V.m. § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG vor.
- 36** a) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegen bereits deshalb nicht vor, weil die insoweit gezahlten Beträge nicht im Zusammenhang mit einer Nutzungsüberlassung der Klägerin, sondern aufgrund einer (im vorliegenden Verfahren nicht streitigen) zivilrechtlichen Schadensersatzverpflichtung geleistet worden sind, die ihren Rechtsgrund nicht in einem Mietverhältnis oder einer Nutzungsüberlassung hat.
- 37** b) Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG liegen auf der Grundlage der Feststellungen des FG ebenfalls nicht vor.
- 38** aa) Eine (sonstige) Leistung i.S. des § 22 Nr. 3 EStG ist jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das Gegenstand eines entgeltlichen Vertrages sein kann und das eine Gegenleistung auslöst. Kommt einer Verpflichtung zu einem Rechtsverzicht eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu und wird damit als Gegenleistung ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen abgegolten, handelt es sich um eine eigenständige Leistung, die mangels Eingreifens

anderer Einkünftebestände nach § 22 Nr. 3 EStG steuerbar sein kann. Indes führt nicht jede Einnahme, die durch einen Rechtsverzicht ausgelöst wird, auch zu Einkünften gemäß § 22 Nr. 3 EStG. Denn die Norm erfasst, ergänzend zu den übrigen Einkunftsarten, das Ergebnis einer Erwerbstätigkeit und setzt wie diese die allgemeinen Merkmale des Erzielens von Einkünften nach § 2 EStG voraus (vgl. BFH-Urteile vom 23. Februar 1999 IX R 86/95, BFHE 188, 552, BStBl II 1999, 590; vom 19. März 2013 IX R 65/10, BFH/NV 2013, 1085, unter II.2.a; BFH-Beschluss vom 16. Februar 2007 VIII B 26/06, BFH/NV 2007, 1113, unter II.1.a; Fischer in Kirchhof, a.a.O., § 22 Rz 66).

- 39** bb) Soweit die Klägerin über den Wert der Fondsbeteiligungen hinaus entschädigt worden ist, haben diese Zahlungen ihren Rechtsgrund nicht in einer zugesagten Klagerücknahme oder dem Verzicht auf die Geltendmachung weitergehender Ansprüche. Denn die Klägerin hat ihre Schadensersatzklage nicht zurückgenommen, um damit gezielt von der Y-GmbH eine Zahlung als Gegenleistung zu erhalten. Rechtsgrund der über den Wert der jeweiligen Beteiligung hinausgehenden Zahlungen war auf der Grundlage der Feststellungen des FG vielmehr allein die Tatsache, dass die Klägerin Schadensersatz für die anlässlich des Beteiligungserwerbs erfolgten Pflichtverletzungen u.a. nach den Grundsätzen der Prospekthaftung und aus unerlaubter Handlung erhalten sollte. Die Situation ist daher nicht mit dem Fall eines sogenannten "Berufsklägers" vergleichbar (vgl. Urteil des FG Köln vom 11. Juni 2015 13 K 3023/13, Entscheidungen der Finanzgerichte 2015, 1540, rechtskräftig). Denn anders als in dem entschiedenen Fall hat die Klägerin nicht gezielt und mit Einkunftserzielungsabsicht eine Klage mit dem Zweck erhoben, um sich diese später teuer vom Prozessgegner durch eine finanzielle Gegenleistung "abkaufen" zu lassen, zumal die Y-GmbH auch nicht Prozesspartei des Schadensersatzprozesses war.
- 40** c) Es liegt auch keine Entschädigung für einen entgangenen Veräußerungsgewinn nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG vor. Dies folgt bereits daraus, dass die Klägerin ihren Anteil jeweils veräußert und insoweit einen Veräußerungserlös erzielt hat. Den darüber hinausgehenden Betrag hat die Klägerin als Schadensersatz aufgrund der geltend gemachten Ansprüche aus vertraglicher und deliktischer Haftung erhalten und nicht als Ersatz für eine nicht erfolgte Veräußerung bzw. eine Veräußerung unter Wert.
- 41** 4. Die Sache ist nicht spruchreif. Der Senat kann auf der Grundlage der Feststellungen des FG nicht beurteilen, ob die Klägerin aus der Veräußerung ihrer mittelbaren Beteiligungen Gewinne oder Verluste erzielt hat.
- 42** a) Das FG wird dazu zunächst aufklären müssen, welcher Teil des jeweiligen Kaufpreises für die Übertragung der Treugeberstellung aufgewandt worden ist und welcher Teil auf die sonstigen Bestandteile der Leistung --insofern liegt ein Veräußerungsgeschäft bei Grundstücken nicht vor-- entfällt.
- 43** b) Es hat dazu den Wert der Beteiligungen der Klägerin im Veräußerungszeitpunkt zu ermitteln.
- 44** aa) Maßgeblich kommt es darauf an, was ein fremder Dritter für die Beteiligung zu zahlen bereit gewesen wäre. Dabei dürfen nur Informationen berücksichtigt werden, zu denen ein gedachter Erwerber Zugang hätte, weil er sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen verschaffen könnte (Veröffentlichungen der Fonds, Geschäftsberichte und Jahresabschlüsse der Vergangenheit, Zeitungsartikel etc.). Auf andere, insbesondere interne Unterlagen der Fonds, zu denen die Gesellschafter und die Öffentlichkeit keinen Zugang haben, darf hingegen nicht abgestellt werden. Auch wenn sie im Einzelfall bekannt sein sollten, müssen sie bei der Bewertung außer Betracht bleiben.
- 45** bb) Aus der Sicht eines noch nicht an der Gesellschaft beteiligten zukünftigen Erwerbers wird es maßgeblich zumindest darauf ankommen, wie sicher die Rückzahlung des eingesetzten Kapitals war (Gewährträgerhaftung) und welche Ausschüttungen bzw. welche (ggf. typisierten) steuerlichen Vorteile aufgrund des Erwerbs zu erwarten waren.
- 46** cc) Ergibt sich bei entsprechender Bewertung der Anteile der Klägerin, dass diese nicht mit dem in den Vereinbarungen angeführten prozentualen Nominalwert der Einlage, sondern mit einem niedrigeren Wert zu bewerten waren, liegt es nahe, dass der darüber hinausgehende Teil des jeweiligen "Kaufpreises" nicht für die Übertragung der Anteile, sondern für andere Verpflichtungen der Klägerin gegenüber gezahlt worden ist und deshalb nicht zum Veräußerungspreis gehört.
- 47** 5. Für die weitere Ermittlung des Veräußerungsgewinns weist der Senat auf Folgendes hin:
- 48** a) Nach § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG gelten die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Die auf der Grundlage von § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG für den Fall des Ein- oder Austritts aus einer Personengesellschaft geltende Bruchteilsbetrachtung betrifft die Frage, ob der Gesellschafter mit seinem

Ein- oder Austritt aus der Gesellschaft innerhalb der Fristen des § 23 Abs. 1 EStG den Einkünftebestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verwirklicht (vgl. die Gesetzesbegründung zu § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG i.d.F. des Gesetzes zur Bekämpfung des Mißbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts, Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz, BTDrucks 12/5630, S. 59). Im Fall des § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG entsteht ein Veräußerungsgewinn oder -verlust allein auf der Ebene des Gesellschafters (vgl. auch BFH-Urteile vom 21. Januar 2014 IX R 9/13, BFHE 244, 225, BStBl II 2016, 515, unter II.2.a bb, sowie vom 13. Juli 1999 VIII R 72/98, BFHE 190, 87, BStBl II 1999, 820, unter II.1., und vom 9. Mai 2000 VIII R 41/99, BFHE 192, 273, BStBl II 2000, 686, unter II.2.a zu Anteilen i.S. des § 17 EStG; Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main, Rundverfügung vom 2. September 2015, juris, unter 1.2.; vgl. auch Engel, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragssteuerrecht, 2. Aufl., 2015, Rz 1137; Bruschke, Deutsche Steuer-Zeitung --DStZ-- 2008, 728, 729).

- 49** Der Gewinn oder Verlust ist deshalb nach § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG für jeden einzelnen Beteiligten anhand seiner individuellen Anschaffungskosten und seines individuellen Veräußerungserlöses zu ermitteln (vgl. BFH-Urteil in BFHE 244, 225, BStBl II 2016, 515, unter II.2.a cc; Bruschke, DStZ 2008, 728, 729). Im Hinblick auf das Ziel des § 23 EStG, den individuellen Vermögenszuwachs oder -verlust des Gesellschafters und damit dessen steuerliche Leistungsfähigkeit zu erfassen (vgl. Kube in Kirchhof, a.a.O., § 23 Rz 1), ist im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 23 Abs. 3 EStG auf die individuell aufgewandten Anschaffungskosten der Klägerin und den konkret von ihr erzielten Veräußerungserlös für die in der Beteiligung enthaltenen Immobilien abzustellen (vgl. auch BFH-Urteil in BFHE 244, 225, BStBl II 2016, 515, unter II.2.a cc).
- 50** Diese personenbezogene Auslegung der Vorschrift wird gestützt durch die Regelung in § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG, wonach sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten um Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen mindern, soweit diese bei der Ermittlung der Einkünfte i.S. des § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 bis 6 EStG abgezogen worden sind. § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG stellt für den Fall der Verwirklichung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auf der Ebene des Gesellschafters allein auf die individuelle Besteuerung des Anlegers und nicht auf die Verhältnisse bei der Gesellschaft ab. Danach sind die Anschaffungskosten der Klägerin um die ihr in der Vergangenheit von den Gesellschaften zugewiesenen und bei ihr auch tatsächlich steuerlich berücksichtigten Beträge für Absetzungen für Abnutzung zu vermindern.
- 51** Davon zu unterscheiden ist die Verwirklichung des Tatbestands des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EStG auf der Ebene der vermögensverwaltenden Gesellschaft, die dem Gesellschafter auf der Grundlage von § 39 Abs. 2 Nr. 2, § 179 Abs. 1, § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte zuzurechnen ist. In diesem Fall entsteht der Veräußerungsgewinn oder -verlust auf der Ebene der Gesellschaft. Maßgeblich für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns oder -verlusts sind die Anschaffungskosten und der Veräußerungspreis der Gesellschaft. Dem Gesellschafter sind die nach § 23 Abs. 3 EStG auf der Ebene der Gesellschaft ermittelten Einkünfte über die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung zuzurechnen.
- 52** b) Zum Veräußerungserlös zählt im Fall der Entstehung des Veräußerungsgewinns auf der Ebene des Gesellschafters alles, was der Anleger für die Übertragung seiner (un)mittelbaren Beteiligung vom Erwerber erhalten hat. Der jeweilige Veräußerungserlös ist im Streitfall nicht zu erhöhen um anteilige Verbindlichkeiten der jeweiligen Fondsgesellschaft. Zum Veräußerungspreis i.S. des § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG kann zwar auch die Freistellung des Veräußerers von einer ihn treffenden Verbindlichkeit gehören (vgl. HHR/Musil, § 23 EStG Rz 272; Blümich/ Glenk, § 23 EStG Rz 204). Dies setzt jedoch voraus, dass der Veräußerer für die Verbindlichkeit zumindest haftete und der Erwerber in diese Haftung eintritt.
- 53** Nach den Feststellungen des FG ist die Klägerin indes nicht von einer sie belastenden Verbindlichkeit befreit worden. Die Klägerin haftete aufgrund entsprechender Anwendung des § 171 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) als (nur mittelbar beteiligte) Treugeberkommanditistin nicht für die Verbindlichkeiten der vermögensverwaltenden Personengesellschaft. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin auf der Grundlage des § 172 Abs. 4 Satz 1 und 2 HGB in Anspruch genommen werden konnte, weil Leistungen der Fonds an sie als Rückzahlung von Einlagen zu werten waren oder entnommene Gewinnanteile zu einer Herabminderung des Kapitalanteils unter den Betrag der geleisteten Einlage geführt hatten, hat das FG nicht festgestellt.
- 54** Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG. Die Vorschrift betrifft allein die Frage der Verwirklichung der Tatbestände des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EStG für den Fall der Anschaffung und der Veräußerung des Anteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft. Bei der Ermittlung des vom Gesellschafter individuell verwirklichten Veräußerungsgewinns oder -verlusts nach § 23 Abs. 3 EStG findet sie

aufgrund ihrer systematischen Stellung und des im Streitjahr geltenden Verweises in § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG lediglich auf Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift dagegen keine Anwendung (a.A. Lupczyk, FR 2016, 825, 826).

- 55** c) Zu den Anschaffungskosten zählt alles, was der Anleger zur Begründung seiner (un)mittelbaren Beteiligung aufgewandt hat. Keine Rolle spielt, welchen Teil der Einlage der Fonds tatsächlich zur Anschaffung von Immobilien aufgewandt hat und welcher Teil in Kosten und Provisionen geflossen ist. Auch die Fremdfinanzierungsquote des Fonds ist unbeachtlich.
- 56** d) Aus diesem Grund scheiden sowohl die vom FA als auch die vom FG vorgenommene Ermittlung des Veräußerungsgewinns aus. Die Ermittlungen gehen nicht von den individuellen Anschaffungskosten der Klägerin bzw. dem an die Klägerin gezahlten Veräußerungspreis aus. Die Gewinnermittlung des FA erweist sich überdies schon deshalb als fehlerhaft, weil sie nicht von den Werten im Zeitpunkt des Beitritts und der Veräußerung der Klägerin ausgeht, sondern nach den Feststellungen des FG von auf den 31. Dezember 2005 ermittelten Werten auf der Ebene der Fonds, die ohne Überprüfbarkeit seitens der Klägerin und des FA vom Initiator der Fondsgesellschaften übermittelt worden sind. Zudem berücksichtigt das FA im Rahmen seiner Gewinnermittlung nach § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG im Vereinfachungswege über den Ansatz der fortgeführten Anschaffungs- und Herstellungskosten die auf Ebene der Fonds abgezogenen Absetzungen für Abnutzung entsprechend der Beteiligungsquote der Klägerin, ohne --wie es der Wortlaut der Regelung verlangt-- auf die von der Klägerin während ihrer Beteiligungsdauer bei der Einkünfteermittlung steuerlich abgezogenen Beträge abzustellen.
- 57** e) Das FG hat den Veräußerungsgewinn oder -verlust neu zu ermitteln. Das FG wird dabei, ausgehend von der Regelung in § 23 Abs. 3 EStG, vom Verkaufspreis der jeweiligen Beteiligung die von der Klägerin aufgewandten Anschaffungskosten der Beteiligung einschließlich des Aufgeldes und die Veräußerungskosten abziehen und anschließend nach § 23 Abs. 3 Satz 4 EStG die bei der Ermittlung der Einkünfte der Klägerin abgezogenen Absetzungen für Abnutzung, erhöhten Absetzungen und Sonderabschreibungen hinzurechnen. Dabei hat es --wie in der bisherigen Berechnung des FA-- zu berücksichtigen, dass sowohl Anschaffungskosten als auch Veräußerungserlös nicht in vollem Umfang, sondern nur zum Teil auf nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG steuerbare Vorgänge entfallen sind.
- 58** 6. Die Kostenentscheidung bleibt dem FG vorbehalten (§ 143 Abs. 2 FGO).

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)