

Man könnte meinen, die Angelegenheit sei damit erledigt, zumal auch der IV. Senat des BFH dem I. Senat gehorsam folgte. Aber das FG Köln läßt diese höchstrichterliche Phalanx unbeeindruckt: Mit aktuellem Urteil vom 13.05.2009 entschied der 13. Senat erneut, auch ohne eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 302 Abs. 3 AktG in der Vertragsurkunde sei die Verlustübernahme steuerlich wirksam vereinbart. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers bei der Formulierung von § 17 KStG sei die Gleichbehandlung von GmbH- und AG-Konzern für den Bereich des Steuerrechts. Wenn aber nach gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung die Vorschriften des Aktiengesetzes uneingeschränkt analog auf den GmbH-Konzern anzuwenden sind, dann liefe die Forderung nach einem zusätzlichen Vereinbarungserfordernis für die GmbH gerade auf eine Ungleichbehandlung beider Gesellschaftsformen hinaus. Die Gesetzesauslegung der Finanzverwaltung sei daher nicht überzeugend. Der Entscheidung des BFH aus dem Jahr 2005 könne sich das Finanzgericht aus drei Gründen nicht anschließen: Erstens enthalte das Revisionsurteil des BFH keine inhaltliche Auseinandersetzung mit der berechtigten Kritik an der Sichtweise der Finanzverwaltung, zweitens behaupte der BFH zu Unrecht, sich auf eine breite Zustimmung in der Literatur berufen zu können und drittens verstoße die Verwaltungsauffassung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).<sup>8</sup>

Die Angelegenheit bleibt damit spannend. Der I. Senat des BFH wird sich im Revisionsverfahren erneut mit der Rechtsfrage beschäftigen müssen.<sup>9</sup> Alle Steuerpflichtigen,

die um die steuerliche Anerkennung von vermeintlich fehlerhaften Gewinnabführungsverträgen in diesem Bereich streiten, können Hoffnung schöpfen. Ihnen bleibt angeraten, die Fälle offen zu halten. Man darf gespannt sein, ob der BFH sich nun der inhaltlichen Auseinandersetzung stellt. Für den Fall, daß man in München den Bedenken der Kölner Richterkollegen erneut keine Beachtung schenkt, hat der 13. Senat sich freilich schon gewappnet: Sollte der BFH im Revisionsverfahren erneut das Erfordernis einer ausdrücklichen Wiederholung oder Verweisung auf § 302 AktG in der Vertragsurkunde bejahen, erklärt das Finanzgericht, so müsse es „die bei ihm zur selben Rechtsfrage noch anhängigen Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aussetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einholen, ob die vom BFH vertretene Auslegung mit dem Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Einklang steht“.<sup>10</sup> Das Finanzgericht hat also noch einen Pfeil im Köcher und kündigt die konkrete Normenkontrolle beim Bundesverfassungsgericht an, soweit nicht der BFH eine überzeugendere Lösung als in seinem letzten Revisionsurteil präsentiert.

<sup>8</sup> FG Köln, 13 K 4779/04 vom 13.05.2009, nv.

<sup>9</sup> Das Revisionsverfahren ist unter dem Aktenzeichen I R 68/09 anhängig.

<sup>10</sup> FG Köln, 13 K 4779/04 vom 13.05.2009, nv.

## Besteuerung von Scheinrenditen bei Schneeballsystemen – doppelter Schaden für die Anleger?

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

### 1. Einführung

Es entspricht inzwischen der von ihm selbst so bezeichneten ständigen Rechtsprechung des BFH, daß auch stehen gelassene Scheinrenditen aus so genannten Schneeballsystemen zu Kapitaleinkünften im Sinne von § 20 Abs. 1 EStG (a. F.) führen.<sup>1</sup> Der BFH spricht dabei auch die Kritik aus der Literatur an<sup>2</sup>, läßt sich hiervon in seiner Auffassung aber nicht beirren. Für den „Steueranwalt“, der zugleich mit den haftungsrechtlichen und kapitalmarktrechtlichen Dimensionen derartiger Fälle befaßt ist, ergibt sich – noch vor jeder steuerrechtlichen Detailanalyse – ein gewisses Unbehagen. Bei der hier zu untersuchenden Fallgruppe geht es regelmäßig um Konstellationen, in denen von den Initiatoren derar-

tiger „Anlagemodelle“ mit krimineller Energie vorgegangen wurde. Anders und noch schwerwiegender als bei den in den letzten Jahren in der anwaltlichen Fachpraxis häufigen Anlagemodellen, bei denen es zum Teil durch konzeptionelle Fehler oder operatives Mißmanagement zu Vermögenseinbußen der Anleger gekommen ist<sup>3</sup>, oder Wertpapieranlagen, deren Emittenten und/oder Investitionsgegenstände

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt BFH, Urteil vom 28.10.2008 – XIII R 36/04.

<sup>2</sup> Vgl. die Urteilsgründe zu Ziff. B. II. 4. b mit entsprechenden weiteren Nachweisen.

<sup>3</sup> Wie z. B. bei vielen so genannten geschlossenen Fonds, die derzeit die Zivilrechtsprechung beschäftigen.

im Zuge der Finanzkrise ins Trudeln geraten sind<sup>4</sup>, handelt es sich bei den Schneeballsystemen um solche, welche von vorne herein auf einen Betrug zu Lasten der Anleger angelegt sind. Neben dem effektiven Totalverlust des Kapitals erfahren die Geschädigten hier eine weitere Einbuße dadurch, daß sie die – nominell zum Teil erheblichen – Renditen bis zum endgültigen Zusammenbruch derartiger „Anlagemodelle“ entsprechend der Rechtsprechung des BFH zu versteuern haben.

## 2. Prämisse des leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldners

Der BFH rechtfertigt seine Rechtsprechung maßgeblich mit der Interpretation des Zuflußprinzips des § 11 Abs. 1 EStG. Er verweist darauf, daß Geldbeträge in der Regel dem Steuerpflichtigen dadurch zufließen, daß sie ihm bar ausbezahlt oder auf dem Konto eines Kreditinstituts gutgeschrieben werden. Ausgehend von diesem Grundfall hält er die „scheinbare“ Gutschrift von Scheinrenditen auf einem beim Initiator geführten virtuellen Konto zugunsten des Anlegers für ausreichend, wenn dadurch zum Ausdruck gebracht werde, daß der Betrag dem Berechtigten von nun an zu seiner Verwendung zur Verfügung stünde. Er verbindet dies allerdings mit der Anforderung, daß der Schuldner (der Initiator) auf eine entsprechende Anforderung des Gläubigers ohne weiteres Zutun leistungsbereit und leistungsfähig sein müsse. Schon hier ergeben sich Zweifel. Formal mag der Initiator leistungsbereit sein, da er – zur Vermeidung der Aufdeckung seines Schneeballsystems – die Absicht haben mag, im Fall einzelner dezidiert verfolgter Auszahlungswünsche diese auch zu bedienen. Ob der entsprechende Leistungswille jedoch schon bei einer entsprechend signifikanten Vielzahl von Auszahlungsbegehren vorhanden wäre, ist zweifelhaft, da der entsprechende Initiator liquide Mittel für seine persönliche Verwendung bzw. die weitere Unterstützung seines Systems benötigt. Die diesbezüglichen Zweifel sind umso mehr bei der Leistungsfähigkeit berechtigt. Wird bei der subjektiven Komponente des Leistungswillens zum Teil noch argumentiert, daß dieser ja gerade zum Schutz des Systems vor Entdeckung vorhanden sei, gilt dies jedoch kaum noch für die nach objektiven Maßstäben zu beurteilende Leistungsfähigkeit. Tatsächlich erscheinen die Feststellungen zur tatsächlichen Leistungsfähigkeit – jedenfalls so weit sie sich aus den Tatbeständen der BFH-Rechtsprechung ergeben – oft recht dürftig. Es dürfte insoweit auch unzutreffend sein, darauf abzustellen, ob im singulären Einzelfall vielleicht tatsächlich eine Auszahlung hätte bewirkt werden können. Dieser Gedanke unterstellt nämlich, daß der betreffende Anleger einer unter Wenigen bzw. einer der Ersten ist, welche eine entsprechende Auszahlung verlangen. Es liegt in der Natur der Sache, daß jedenfalls die Leistungsfähigkeit eines Schuldners im Rahmen eines Schneeballsystems gerade nicht vor-

liegt, wenn eine hinreichend große Anzahl von Gläubigern (zugleich) ihre Forderung geltend machen würde.

Diese Einwände behandelt auch der BFH durchaus. Er lehnt sie aber in ständiger Rechtsprechung mit Hinweis auf die „BFH-Grundsätze zum Zufluß- und Abflußprinzip“ ausdrücklich ab. Im Übrigen müsse bei verständiger Würdigung ja kaum damit gerechnet werden, daß tatsächlich alle bzw. ein Großteil entsprechender Einlagen und ihrer „Verzinsung“ gegenüber dem Initiator eines entsprechenden Schneeballsystems geltend gemacht würden<sup>5</sup>. Diese Argumentation verwundert zumindest in der Begründung. Die Frage der Existenz von „Renditen“ überhaupt als von § 20 EStG (bisher) allein erfaßten Einkünften ist von der Frage ihres Zuflusses zu trennen. § 11 Abs. 1 EStG und die „BFH-Grundsätze zum Zufluß- und Abflußprinzip“ können zur Ermittlung des zutreffenden Zeitpunktes der Besteuerung beitragen; sie allein können aber nicht die Frage beantworten, ob überhaupt steuerbare Einkünfte vorliegen. Auch im Vergleich mit der differenzierten Diskussion über so genannte Finanzinnovationen und die danach auch vom BFH teils mit großem Aufwand über den (alten) Gesetzestext hinaus vorgenommene Unterscheidung zwischen Kapitalrückzahlungen einerseits und „echten Renditen“ andererseits<sup>6</sup> verwundert es, daß gerade bei unzweifelhaften „Scheinrenditen“ die materielle Berechtigung der Besteuerung maßgeblich lediglich mit dem „Zuflußprinzip“ begründet wird.

## 3. Novation als Anknüpfungspunkt der Steuerbarkeit?

Ergänzend wird vom BFH das Argument einer Schuldumwandlung (Novation) ins Feld geführt. Da die „Renditen“ nach Ablauf des jeweiligen Geschäftes per (unrichtiger) Abrechnung mitgeteilt und den Anlegern gutgeschrieben wurden, und diese sich ganz überwiegend die gutgeschriebenen „Renditen“ nicht auszahlen ließen, sondern „wieder anlegten“, geht der BFH von einer zivilrechtlichen Umqualifikation des Schuldverhältnisses aus. Statt der Aus- und Wiedereinzahlung würde lediglich der Leistungsweg abgekürzt, womit zivilrechtlich eine Novation vorläge. Dies sei hinreichender Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Besteuerung. Auch hier wird zunächst die Frage eines – möglichen – Anknüpfungspunktes für die zeitliche Bestimmung des Zuflusses mit der Frage der materiellen Qualität eines tatsächlichen Zuflusses von „Renditen“ gegenüber

4 Vgl. hierzu etwa die Diskussion über die mangelhafte Risikoaufklärung durch deutsche Banken bei der Empfehlung ausländischer Aktien, Investmentfonds oder Zertifikate.

5 Vgl. das Urteil zu Ziff. 2 unter ee) ff. und zu lit. c).

6 Vgl. z.B. BFH, Urt. v. 04.12.2007 – VIII R 53/05 und daraufhin BMF-Schreiben v. 17.06.2008, IV C1-52252/07/0002.

einer schlichten Kapitalrückzahlung vermengt. Darüber hinaus erscheint aber selbst der Anknüpfungzeitpunkt für die „Novation“ nach Auffassung des BFH zweifelhaft. Der BFH will es offensichtlich selbst nicht genügen lassen, daß die entsprechenden „Renditen“ dem Anleger gutgeschrieben werden, sondern er fordert zumindest, daß die Anleger ihre Dispositionsbefugnis durch eine bewußte Entscheidung über Abzug oder Wiederanlage der Beträge hätten ausüben müssen. Ginge man tatsächlich davon aus, daß hiermit nicht nur die Frage eines Zuflußzeitpunktes, sondern eines tatsächlichen Ertrages außerhalb der Vermögenssphäre beantwortet werden könnte, erscheint es inkonsequent, dies von einer Wiederanlageentscheidung abhängig zu machen. Wie der BFH selbst ausführt, liegt in der Schuldumwandlung lediglich ein abgekürzter Zahlungsweg, welcher die Liquiditätsebene, nicht aber die Vermögensebene betrifft. Materiell müßten daher bei konsequenter Umsetzung des Gedankens des BFH schon mit einem erstmaligen Ausweis auf einem entsprechenden Konto des Kunden – gesellschaftsrechtlich würde man hier von einem Privat- oder Darlehenskonto sprechen – „Renditen“ vorliegen, welche allenfalls hinsichtlich ihres Zeitpunktes erst zum Stichtag der „Novation“ steuerlich erfaßt würden. Diese Konsequenz will wohl selbst der BFH nicht ziehen.

#### 4. Weitere Ungereimtheiten

Aus anwaltlicher Sicht ergeben sich aus der BFH-Rechtsprechung weitere Wertungswidersprüche, welche zwar nicht unmittelbar die Subsumtion unter § 20 Abs. 1 EStG betreffen mögen, aber gleichwohl zu Verwerfungen führen.

Im Vergleich mit den bereits oben angesprochenen Produkten des „grauen Kapitalmarkts“ wie geschlossenen Fonds etc. fällt auf, daß dort im Rahmen der Einkünfte gem. § 15 ff. EStG<sup>7</sup> durchaus sehr genau materiell geprüft wird, inwieweit Ausschüttungen bei objektiver bilanzieller Betrachtung Kapitalrückzahlungen oder echte Gewinnausschüttungen darstellen. Auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Systeme der Besteuerung von Mitunternehmensformen einerseits und Kapitalerträgen andererseits ist es schwer verständlich, daß bei Letzteren die tatsächliche Entstehung eines bilanziellen Gewinnes keine Rolle spielen soll.

Interessant wäre in diesem Zusammenhang weiterhin auch die Frage, inwieweit auf der Ebene der Anlagegesellschaften bei Schneeballsystemen eine Belastung mit Ertragsteuern stattfindet. Es erschiene ebenso verwunderlich, die offensichtlich tatsächlich ständig verlustrechtlich arbeitenden betrügerischen Anlagegesellschaften mit Körperschaftsteuer und gegebenenfalls sogar Gewerbesteuer zu belasten, wie es seltsam wäre, ausgeschüttete „Renditen“ auf der Anlegerebene zu besteuern, wenn diese auf der Ebene der aus-

schüttenden Körperschaft unzweifelhaft nicht zu steuerbaren Einkünften geführt hätten.

Auch zivilrechtlich ergeben sich für die Anleger seltsame Folgefragen. Da im Rahmen des so genannten normativen Schadensbegriffes grundsätzlich auch die steuerrechtlichen Folgen der aufgrund der Täuschung über die wahren Zusammenhänge eingegangenen Kapitalanlage mit einzu beziehen sind, erscheint prima facie auch die steuerliche Belastung im Rahmen der Besteuerung nach § 20 EStG als ersatzfähiger Schaden. Berücksichtigt man andererseits, daß diese steuerliche Belastung gerade deshalb eingetreten ist, weil – so der BFH – eine steuerbare Rendite deshalb zu bejahen ist, weil im Rahmen einer zivilrechtlich beachtlichen Novation ein echter Rückfluß auf die Ebene des Anlegers stattgefunden hat, bei dem lediglich der Zahlungsvorgang des Hin- und Herzählens abgekürzt wurde, müßte man vielleicht auch „Scheinrenditen“ als schadensmindernden Zufluß von der Höhe des zivilrechtlichen Schadens wieder abziehen. Darüber hinaus ist anerkannt, daß eine – zutreffende – steuerliche Belastung als solche dann keinen Schaden darstellt, wenn sie auch im Rahmen eines rechtmäßigen Alternativverhaltens – hier also bei einer seriösen Anlage mit tatsächlichen Renditen – entstanden wäre. Diese und weitere mögliche Diskrepanzen zwischen zivilrechtlicher Behandlung und steuerlicher Einordnung können hier nicht vertieft werden.

#### 5. Fazit

Die BFH-Rechtsprechung zu Scheinrenditen bei so genannten Schneeballsystemen erscheint schon im Rahmen einer allein an § 20 Abs. 1 (a.F.) EStG orientierten Begründung der Steuerbarkeit fragwürdig, da das Zuflußprinzip des § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG hier maßgeblich nicht nur zur Bestimmung des Besteuerungszeitpunktes, sondern in zweifelhafter Vermengung der Regelungsgegenstände auch zur Begründung eines Besteuerungsgegenstandes an sich benutzt wird. Gerade für den Steueranwalt, welcher darüber hinaus diese Besteuerungsgrundsätze in den gesamtsteuerlichen und auch zivilrechtlichen Kontext einzuordnen hat, erschiene es mehr als wünschenswert, wenn der hier eingeschlagene Weg – trotz inzwischen „ständiger“ Rechtsprechung – vom BFH noch einmal überdacht würde. Das neue System der Besteuerung auch von Wertveränderungen bei Kapitaleinkünften könnte den Anlaß bieten, hier zu einer Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse zurückzukehren, welche im Rahmen der so genannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise ansonsten durchaus gerne von Finanzgerichten und Finanzverwaltung in Anspruch genommen wird.

<sup>7</sup> Entsprechendes gilt aber auch für Einkünfte bei Vermietung und Verpachtung, z. B. im Rahmen von geschlossenen Immobilienfonds.