

Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 02.12.2015 – 3 K 304/14

Tatbestand

Rn. 1

Streitig ist die Frage, ob Verluste der Klägerin in einem Feststellungsbescheid zu berücksichtigen sind.

Rn. 2

Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Gründungsgesellschafter waren laut Gesellschaftsvertrag vom 14. Dezember 2009 die ... GmbH und die ... GmbH & Co. KG; zum 1. September 2010 trat die ... GmbH an Stelle der ... GmbH in die Gesellschaft ein. Komplementärin ... GmbH & Co. KG ist die ... GmbH bzw. die ... GmbH. Kommanditist der ... GmbH & Co. KG und alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer der jeweiligen GmbH ist Herr F. Im Gesellschaftsvertrag wird die ... GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und die ... GmbH & Co. KG als Gründungsgesellschafterin bezeichnet.

Rn. 3

Gesellschaftszweck ist gem. § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages der Aufbau, die Verwaltung, die Nutzung und die laufende Umschichtung eines Wertpapier- und Gold-Portfolios. Das Investment des Gesellschaftsvermögens erfolgt ausschließlich in Wertpapieren sowie in Anlagegold (§ 3 Abs. 3). Die persönlich haftende Gesellschafterin ist weder zur Leistung einer Einlage berechtigt noch verpflichtet; die Gründungsgesellschafterin leistet eine Einlage von 375.000,- € (§ 7). Die Gesellschaft hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2019 (§ 13 Abs. 1). Die Geschäfte der Gesellschaft führt ausschließlich die persönlich haftende Gesellschafterin (§ 12 Abs. 1).

Rn. 4

In § 4 des Gesellschaftsvertrages sind die Investmentgrundsätze dargelegt:

Rn. 5

(2) Die Gesellschaft darf Anlagegold in physischer Form erwerben. Dabei darf lediglich Eigentum an Gold erworben werden.

Rn. 6

(3) Weiterhin dürfen Wertpapiere (Geld- und Kapitalmarktpapiere) erworben werden, deren Restlaufzeit zum Zeitpunkt des Erwerbs weniger als ein Jahr beträgt. Zur Ausnutzung kurzfristiger Marktchancen dürfen auch Wertpapiere erworben werden, deren Restlaufzeit bis zu drei Jahren beträgt. Gleiches gilt für Wertpapiere ohne Laufzeitbeschränkung wie Aktien, Endloszertifikate etc.

Rn. 7

(4) Die Wertpapiere sowie das Anlagegold sind zwingend vor Ablauf eines Jahres seit dem Erwerb zu veräußern. Im Fall von Wertpapieren gilt dies nicht, falls bereits die Restlaufzeit des Wertpapiers zum Zeitpunkt des Erwerbs kürzer als ein Jahr ist.

Rn. 8

(5) Aus der Veräußerung oder aus der Fälligkeit realisierte Erlöse und laufende Zinseinnahmen sind zeitnah im selben Wirtschaftsjahr unter Beachtung der Investitionsgrundsätze sowie der verfügbaren Liquidität zu reinvestieren. Die Liquidität darf 10.000,- € zum Jahresultimo nicht überschreiben.

Rn. 9

(6) Es dürfen lediglich Einzelinvestments getätigt werden, die unter Berücksichtigung der Transaktionskosten auf Grund einer Prognose zum Zeitpunkt des Erwerbs einen Gesamtgewinn

versprechen. ... Um bei jeder Investition einen Gesamtgewinn auch unter Berücksichtigung der Transaktionskosten zu erzielen, soll die geplante Haltedauer einen Monat in der Regel nicht unterschreiten.

Rn. 10

(7) Sollte durch die beschriebene Handelsstrategie unter Berücksichtigung der Transaktionskosten ein Verlust von mehr als 10% des gesamten ursprünglichen Investmentbetrages erzielt worden sein, so ist eine Gesellschafterversammlung einzuberufen um zu beschließen, ob die Investmentstrategie trotz vorübergehender Verluste weiterhin aufrecht erhalten werden soll, da sie langfristig Gewinn versprechend ist oder ob eine defensivere Investmentstrategie übernommen werden soll.

Rn. 11

Unmittelbar nach ihrer Gründung erwarb die Klägerin mit der Einlage von 375.000,- € 15 Barren Gold zum Preis von 374.356,50 €. Hierzu wurde mit der Credit Suisse ein „Auftrag zum Kauf und zur Verwahrung von Goldbarren“ abgeschlossen. Die Credit Suisse hat die Goldbarren in Sammelverwahrung genommen. Nach § 2 des Vertrages erwirbt der Auftraggeber nach Kauf und Einlieferung der zu verwahrenden Goldbarren Miteigentum an den Goldbarren gleicher Art, Güte und Menge an dem verwahrten Goldbarrensammelbestand. Die Goldbarren wurden am 3. Februar 2010 zum Preis von 385.575,- € veräußert. Zum Jahresende 2010 wurden in zwei Verkaufsgeschäften erneut Goldbarren erworben, die die Klägerin im März und Mai 2011 veräußerte, wobei sie aus der Veräußerung einen Verlust in Höhe von 4.800,- € erlitt. Am 29. Juni 2011 erwarb die Klägerin wiederum 5 Goldbarren, die sie zwei Wochen später mit einem Gewinn von 7.236,- € veräußerte.

Rn. 12

Die Klägerin ermittelt ihre Einkünfte durch Einnahme-Überschussrechnung gem. § 4 Abs. 3 EStG. In den Einnahme-Überschussrechnungen bzw. den Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Jahre 2009-2011 erklärte die Klägerin einen Verlust in Höhe von ./ 374.356,27 € (2009), einen Gewinn in Höhe von 41.858,19 € (2010) und einen Verlust in Höhe von ./ 24.911,50 € (2011).

Rn. 13

Mit Datum vom 16. Mai 2013 erließ der Beklagte negative Feststellungsbescheide für 2009-2011. Die gegen die Bescheide 2009 und 2011 eingelegten Einsprüche - für 2010 lag keine Beschwer vor - blieben im Ergebnis ohne Erfolg.

Rn. 14

Die Klägerin vertritt im Klageverfahren die Auffassung, dass der Beklagte Feststellungsbescheide entsprechend den eingereichten Feststellungserklärungen zu erlassen habe.

Rn. 15

Die Klägerin sei eine gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, weil an ihr nur eine Kapitalgesellschaft und wiederum eine gewerblich geprägte Personengesellschaft beteiligt seien und nur eine Kapitalgesellschaft zur Geschäftsführung befugt sei. Dies sei zwischen den Beteiligten inzwischen unstreitig. Sie habe ein Wahlrecht, den Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG zu ermitteln, da sie nicht buchführungspflichtig sei und habe das Wahlrecht auch ausgeübt.

Rn. 16

Die verschiedenen Argumente des Beklagten, warum die Feststellungserklärungen nicht auszuwerten seien, seien allesamt nicht stichhaltig:

Rn. 17

Gewinnerzielungsabsicht

Rn. 18

Die Klägerin übe ihre Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht aus. Sie habe ein schlüssiges Geschäftskonzept, dass im Gesellschaftsvertrag niedergelegt sei. Soweit die Klägerin Anleihen erworben habe, würden diese feste Erträge abwerfen, die zu einem Überschuss führten. Bei Aktien sei die Kursentwicklung schwieriger zu prognostizieren. Die langfristige Entwicklung der Aktienindizes zeige aber, dass im Durchschnitt der Aktien mit einem Kursanstieg zu rechnen sei. Gleiches gelte für Investitionen in Gold. Insofern sei der vom Beklagten angestellte Vergleich mit Spiel und Wette verfehlt, weil diese mathematisch einen negativen Gewinnerwartungswert hätten. Der Goldpreis indes sei in den letzten 40 Jahren gestiegen. Vor diesem Hintergrund sei selbst bei unterstellter Zufälligkeit der Kauf- und Verkaufsentscheidungen aufgrund der hohen Investitionssumme mit einem Totalgewinn zu rechnen. Hinzu komme, dass Herr F als erfolgreicher Geschäftsmann und ehemaliger Banker durch eine optimierte Handelsstrategie und gutes Timing die durchschnittlichen Ergebnisse übertreffen könne. Hinzu komme, dass nach § 4 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages bereits bei Verlust von 10% des Gesellschaftsvermögens eine Neujustierung der Geschäftsstrategie erfolge. Der Beklagte beachte nicht, dass die Anfangsverluste, die infolge der Regelung nach § 4 Abs. 3 EStG zu berücksichtigen seien, durch entsprechende Gewinne am Ende der Geschäftstätigkeit ausgeglichen würden. Die Klägerin macht darauf aufmerksam, dass, wenn man die Verluste aus dem Erwerb von Commerzbank-Aktien ausklammere, sie bereits in der Periode 2009-2011 einen Gewinn erzielt habe, der alle Gründungskosten ausgleiche.

Rn. 19

Darüber hinaus könnte der Klägerin die Gewinnerzielungsabsicht nur abgesprochen werden, wenn sie aus im Bereich der Lebensführung des Investors liegenden persönlichen Gründen die Tätigkeit ausübe. Eine Berührung zur Freizeitgestaltung sei hier nicht gegeben. Ebenso sei Herr F gegenüber Verlusten nicht indifferent; § 4 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages sehe ausdrücklich vor, dass bei Verlusten die Handelsstrategie geändert werde. Die Absicht Steuern zu sparen könne nur dann zur Aberkennung der Gewinnerzielungsabsicht führen, wenn entweder im Bereich der privaten Lebensführung liegende Kosten in den einkommensteuerrechtlich relevanten Bereich verlagert würden oder zunächst buchmäßig Verluste entstünden, wohingegen später steuerfreie oder steuerbegünstigte Gewinne anfielen. Eine derartige Konstellation sei im Streitfall nicht gegeben. Die Klägerin macht darauf aufmerksam, dass es keinerlei Rechtsprechung gebe, in dem ein Finanzgericht in einem vergleichbaren Fall des Handels mit Gold oder vergleichbaren Gütern von Liebhaberei ausgegangen sei.

Rn. 20

Abzug der Anschaffungskosten im Erwerbsjahr

Rn. 21

Die Anschaffungskosten für die Goldbarren seien im Rahmen der Einnahme-Überschussrechnung gem. § 11 Abs. 2 EStG im Erwerbsjahr abzuziehen.

Rn. 22

Die Ausnahmegvorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 4 1. Alt. EStG sei nicht einschlägig, weil es sich bei den Goldbarren um Umlaufvermögen, nicht um Anlagevermögen handele. Anlagevermögen seien gem. § 247 Abs. 2 HGB alle Wirtschaftsgüter, die dazu bestimmt seien, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Umlaufvermögen seien demgegenüber Wirtschaftsgüter, die nach ihrer Zweckbestimmung in einem einmaligen Akt veräußert oder verbraucht werden sollen. Der Gesellschaftszweck der Klägerin liege im Aufbau, der Verwaltung und der laufenden Umschichtung eines Wertpapier- und Gold-Portfolios. Die

Gold- und Wertpapierbestände müssten gem. § 4 Abs. 4 und Abs. 6 zwingend innerhalb eines Jahres veräußert werden. Damit habe die Klägerin die Wirtschaftsgüter zur Veräußerung bestimmt; diese sollten und sind in einem einmaligen Akt veräußert worden.

Rn. 23

Auch wenn die Umschichtungsgeschäfte, wie vom Beklagten vertreten, nicht den Umfang der privaten Vermögensverwaltung überschreiten würden, ändere das nichts daran, dass die Goldbarren zum Umlaufvermögen gehörten. Dies ergebe sich jedenfalls nicht aus dem insoweit vom Beklagten zitierten BFH-Urteil, welches eine spezielle Problematik im Bereich des gewerblichen Grundstückshandels zum Gegenstand habe.

Rn. 24

Weiterhin seien die Goldbarren auch keine Wertpapieren vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 4 2. Alt. EStG. Die Klägerin sei nach der mit der Credit Suisse geschlossenen Vereinbarung (§ 2 Abs. 2) Miteigentümerin an deren in Sammelverwahrung gehaltenem Goldbestand. Zwar könne die Klägerin nicht die Herausgabe konkret desjenigen Goldbarrens verlangen, den zu kaufen sie in Auftrag gegeben habe. Daraus folge aber nicht, dass sie nur Inhaberin einer Lieferforderung gegen die Bank sei. Vielmehr sei sie (Mit-) Eigentümerin und über ein Besitzmittlungsverhältnis auch (mittelbare) Besitzerin der Goldbarren.

Rn. 25

Soweit einzelne Autoren nur in mittelbarem Besitz stehende Wirtschaftsgüter unter „Wertpapieren vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte“ subsumieren wollten, sei dies nicht überzeugend. Aus der Entstehungsgeschichte des Missbrauchseindämmungsgesetzes ergebe sich, dass der Bundesrat die Aufnahme von Gold und anderen Edelmetallen in den Tatbestand des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG gefordert habe. Dazu sei es jedoch aufgrund des Widerstandes des Bundestages nicht gekommen. Von daher sei es nicht angängig, den bestehenden Gesetzeswortlaut durch extensive Auslegung auf die bewusst nicht erfassten Sachverhalte zu erweitern. Im Übrigen würden allenfalls einem standardisierten Handel unterliegende Forderungen und Rechte der Vorschrift unterfallen. Dazu gehörten aber nicht die in einem Depot der Credit Suisse verwahrten Goldbarren. Schließlich lasse sich ein Umkehrschluss aus § 15b Abs. 3a EStG ziehen: Dort würden ohne körperliche Übergabe zu übereignende Wirtschaftsgüter ausdrücklich erwähnt. Für diese Regelung bestünde keine Veranlassung, wenn eben diese Sachen bereits unter § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG fallen würden. Soweit Rechtsprechung von Finanzgerichten vorliegen würde, hätten sich diese durchweg gegen die erweiternde Auslegung des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG ausgesprochen.

Rn. 26

§ 15b EStG

Rn. 27

§ 15b Abs. 2 EStG setze ein vorgefertigtes Konzept voraus. Ein solches liege nur vor, wenn es sich an nicht näher bestimmte Interessenten richte und zur wiederholten Verwendung bestimmt sei; es setze die Passivität des Anlegers voraus, der lediglich das Beitrittsformular unterzeichne. Ein solches Konzept liege im Streitfall nicht vor und werde vom Beklagten auch nicht substantiiert behauptet. Der Umstand, dass sich Herr F individuell rechtlich und wirtschaftlich habe beraten lassen, begründe kein vorgefertigtes Konzept.

Rn. 28

Weiterhin müsse ein vorgefertigtes Konzept im Sinne des § 15b Abs. 2 EStG von einer vom Steuerpflichtigen verschiedenen Person erstellt worden sein, was sich aus der Formulierung ableiten lasse, dass dem Steuerpflichtigen eine Möglichkeit „geboten“ werde. Einen solchen Initiator gebe es im

Streitfall nicht; Herr F habe selbst die Beratungsaufträge erteilt. Dass in Konstellationen wie dem Streitfall § 15b Abs. 2 EStG in der für die Streitjahre geltenden Gesetzesfassung nicht eingreife, zeige sich an der Ergänzung der Norm um einen Abs. 3a durch Gesetz vom 26. Dezember 2013.

Rn. 29

§ 42 AO

Rn. 30

Es liege kein Fall des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten vor. Soweit der Beklagte allein an der gewählten Rechtsform der doppelstöckigen Personengesellschaft anknüpfe, könne dies allein keinen Missbrauch begründen, weil die Wahl der Rechtsform den Steuerpflichtigen frei stehe. Die abweichende Besteuerung eines anderen Sachverhaltes sei durch die Wahl der Rechtsform gesetzlich vorgegeben und stelle keinen Missbrauch dar.

Rn. 31

Darüber hinaus sei die gewählte Rechtsform häufig und alltäglich. Schließlich hätten neben den steuerlichen Gründen auch außersteuerliche Gründe für die gewählte Rechtsform eine Rolle gespielt, weil nämlich einerseits eine Haftungsbeschränkung für den Gesellschafter der KG erreicht worden sei, andererseits der Zugriff der Gläubiger der KG auf die Vermögenswerte der GbR ermöglicht werde. Im Übrigen hätte Herr F bei An- und Verkauf des Goldes im Privatvermögen das Anfallen von Gewinnen vermeiden können, wenn er das Gold erst nach Ablauf der Spekulationsfrist veräußert hätte. Die Klägerin gibt zu bedenken, dass durch die gewählte Gestaltung auch steuerliche Nachteile in Kauf genommen worden seien. So komme der Abgeltungssteuersatz für Kapitalerträge nicht zur Anwendung.

Rn. 32

Die Klägerin beantragt,

Rn. 33

unter Aufhebung der Bescheide über die Ablehnung der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2009 und 2011, jeweils vom 16. Mai 2013, und der Einspruchsentscheidung vom 5. August 2014 den Beklagten zu verpflichten, für den Feststellungszeitraum 2009 einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen mit laufenden Einkünften aus Gewerbebetrieb i.H.v.

./ 374.356,27 € und für den Feststellungszeitraum 2011 einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen mit laufenden Einkünften aus Gewerbebetrieb i.H.v. ./ 24.911,50 € zu erlassen

Rn. 34

Der Beklagte beantragt,

Rn. 35

die Klage abzuweisen.

Rn. 36

Der Beklagte meint, dass keine Feststellungsbescheide zu ergehen hätten, weil die Klägerin nicht mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt habe. Außerdem könnten Anschaffungskosten erst im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungsgewinns berücksichtigt werden.

Rn. 37

Die Klägerin erziele nur deshalb Einkünfte aus Gewerbebetrieb, weil sie eine gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sei. Originär gewerblich sei die Klägerin nicht

tätig, weil ihre Tätigkeit nicht über eine private Vermögensverwaltung hinausgehe. Anders als ein gewerblicher Goldhändler trete die Klägerin nicht selbst am Markt auf und suche nicht selbst Kontrahenten. Vielmehr erteile sie lediglich der depotführenden Credit Suisse Kauf- und Verkaufsaufträge. Die Bank werde dann aufgrund dieser Aufträge selbst am Markt tätig. Das bloße Ausnutzen von Kursbewegungen führe noch nicht zur Gewerblichkeit, und zwar auch dann, wenn der An- und Verkauf einen erheblichen Umfang annehme.

Rn. 38

Sei die Klägerin aber vermögensverwaltend tätig, dann gehörten Wirtschaftsgüter, die der Vermögensverwaltung dienten, zum Anlagevermögen. In diesem Falle seien die Anschaffungskosten gem. § 4 Abs. 3 Satz 4 1. Alternative EStG erst im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses zu berücksichtigen. Aber selbst wenn das Gold als Umlaufvermögen zu behandeln sei, habe die Klägerin dieses in einem Sammeldepot verwahrt. Infolgedessen habe sie lediglich eine unverbriefte Lieferforderung gegen die Bank erlangt mit der Folge, dass § 4 Abs. 3 Satz 4 2. Alternative EStG einschlägig sei, ebenfalls mit der Rechtsfolge des Abzugs der Anschaffungskosten im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses.

Rn. 39

Die Klägerin habe die Gewinnerzielungsabsicht nicht hinreichend nachgewiesen. Sie habe kein schriftliches Unternehmenskonzept vorgelegt; ein strategischer Ansatz sei bei den An- und Verkäufen nicht zu erkennen. Ein Handel in seiner eigentlichen Bedeutung finde nicht statt; es würde nur Vermögen am Verwahrungsort separiert. Die Klägerin könne Einkaufs- und Verkaufspreise nicht bestimmen, lediglich im Zeitpunkt von An- und Verkauf sei sie frei. Es liege lediglich eine Wette auf die Goldpreisentwicklung vor. Der Wettcharakter werde durch die größtenteils intransparente Goldpreisentwicklung deutlich. So habe sich der Goldpreis zwar von 2001 bis 2011 versiebenfacht, notiere inzwischen mit 1.200 \$ weit unter dem Höchstpreis von 1.900 \$ in 2011. Zudem werde der Handelserfolg von der Entwicklung des Wechselkurses zwischen Euro und Dollar beeinflusst. Ein Handelserfolg sei deshalb wesentlich durch Glück und Zufall bedingt, nicht jedoch konzeptionell aufgrund unternehmerischen Handels prognostizierbar. Die bisher erzielten Gewinne seien zufällig und beruhten auf keiner gezielten Anlagestrategie. Vor diesem Hintergrund sei es auch nicht richtig, dass der Veräußerungserlös beim letztmaligen Verkauf zwangsläufig zu hohen Gewinnen führe. Die Gesellschaft diene der Steuerersparnis, weil der buchmäßige Verlust, der durch die Anschaffungskosten 2009 ausgelöst werde, vermittels der Beteiligung des Herrn Michael G. an der KG in seiner persönlichen Einkommensteuerveranlagung mit anderen positiven Einkünften verrechnet werde.

Rn. 40

Herr Michael G. sei an insgesamt vier Investmentgesellschaften als Kommanditist beteiligt. Er sei als einzige natürliche Person Investor. Von daher sei davon auszugehen, dass er die gesellschaftsrechtliche Konstruktion nicht selbst entworfen habe, sondern es sich um eine ihm offerierte Gestaltung handele. Dieser Gestaltung liege ein vorgefertigtes Konzept zugrunde, das auf die Erzielung steuerlicher Vorteile aufgrund negativer Einkünfte ausgerichtet sei. Insofern liege eine modellhafte Gestaltung im Sinne des § 15b Abs. 2 EStG vor. Als Rechtsfolge sei eine Verlustverrechnung mit anderen Einkünften ausgeschlossen.

Rn. 41

Schließlich liege ein Fall des § 42 AO vor. Der hinter der Klägerin stehende F habe insgesamt vier Gesellschaften gegründet, um Goldgeschäfte zu tätigen. Gold sei für sich betrachtet nicht ertragbringend, es ginge ihm infolgedessen um Wertsteigerungen. Hätte Herr F die Goldgeschäfte in eigener Person abgewickelt, so lägen Spekulationsgeschäfte im Sinne des § 23 EStG vor. Der Kauf wäre zunächst steuerneutral, das Ergebnis würde erst im Zeitpunkt des Verkaufs realisiert. Mit der gewählten Gestaltung

seien die Einkünfte in solche aus Gewerbebetrieb umqualifiziert worden. Gleichzeitig würde durch die Gestaltung erreicht, dass die Anschaffungskosten gem. § 4 Abs. 3 EStG sofort abzugsfähig seien. Außerdem könnten Verluste mit anderen Einkünften verrechnet werden. Außersteuerlichen Gründe für die gewählte Konstruktion seien demgegenüber nicht ersichtlich.

Entscheidungsgründe

Rn. 42

Die Klage ist begründet. Zu Unrecht hat der Beklagte die Erteilung von Feststellungsbescheiden abgelehnt.

Rn. 43

Die Klägerin hat in den Streitjahren 2009 und 2011 steuerlich zu berücksichtigende negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt.

Rn. 44

1. Gem. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gilt als Gewerbebetrieb in vollem Umfang die mit Einkünfterzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die keine gewerbliche Tätigkeit ausübt und bei der ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung berufen sind. Ist eine gewerblich geprägte Personengesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Personengesellschaft beteiligt, so steht für die Beurteilung, ob die Tätigkeit dieser Personengesellschaft als Gewerbebetrieb gilt, die gewerblich geprägte Personengesellschaft einer Kapitalgesellschaft gleich. Im Falle der Klägerin ist mit der ... GmbH eine Kapitalgesellschaft zur Geschäftsführung berufen; weiterer Gesellschafter ist neben der ... GmbH die ... GmbH & Co. KG, an der die ... GmbH als einziger Komplementär beteiligt ist. Dass die Klägerin als gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG anzusehen ist, wird vom Beklagten inzwischen auch nicht mehr in Frage gestellt.

Rn. 45

2. Der Verlustfeststellung steht keine fehlende Gewinnerzielungsabsicht der Klägerin entgegen.

Rn. 46

Die Absicht zur Gewinnerzielung ist eine innere Tatsache, die wie alle sich in der Vorstellung von Menschen abspielenden Vorgänge nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden kann. Aus objektiven Umständen muss auf das Vorliegen oder Fehlen der Absicht geschlossen werden (BFH Beschluss des Großen Senats vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751; BFH Urteil vom 14. Dezember 2004 XI R 6/02, BStBl. II 2005, 392). Beweisanzeichen für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht ist eine Betriebsführung, bei der der Betrieb nach seiner Wesensart und der Art seiner Bewirtschaftung auf die Dauer gesehen dazu geeignet und bestimmt ist, mit Gewinn zu arbeiten (BFH Urteile vom 15. Dezember 1976 I R 58/75, BStBl. II 1977, 250; vom 29. Oktober 1981 IV R 138/78, BStBl. II 1982, 381)

Rn. 47

Ein objektives Beweisanzeichen für das Fehlen der Gewinnerzielungsabsicht bei der Tätigkeit einer Personengesellschaft kann es demgegenüber sein, wenn die Gesellschaft nach Art ihrer Betriebsführung keine Mehrung ihres Gesellschaftsvermögens in Gestalt eines positiven Totalergebnisses erreichen kann (BFH Beschluss des Großen Senats vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751). Dauernde Verluste sind insoweit ein Indiz gegen eine Einkünfterzielungsabsicht. Daraus auf eine steuerrechtlich unbeachtliche Liebhaberei zu schließen ist aber nur gerechtfertigt, wenn aus weiteren Beweisanzeichen die Feststellung möglich ist, dass der Steuerpflichtige die verlustbringende Tätigkeit nur aus im Bereich

seiner Lebensführung liegenden persönlichen Gründen oder Neigungen ausübt (BFH Urteil vom 6. März 2003 XI R 46/01, BStBl II 2003, 602). Dies ist anzunehmen, wenn die verlustbringende Tätigkeit typischerweise dazu bestimmt und geeignet ist, der Befriedigung persönlicher Neigungen oder der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile außerhalb der Einkunftssphäre zu dienen (BFH Urteil vom 14. Dezember 2004 XI R 6/02, BStBl. II 2005, 392). Für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht trotz langjähriger Verluste kann allerdings sprechen, dass der Steuerpflichtige hierauf reagiert und Maßnahmen ergriffen hat, um die Gewinnsituation zu verbessern (BFH Urteil vom 26. Februar 2004 IV R 43/02, BStBl II 2004, 455).

Rn. 48

Im Streitfall kann der Senat nicht erkennen, dass die Klägerin aufgrund der Art ihrer Tätigkeit nicht in der Lage sein sollte, einen Totalgewinn zu erzielen. Der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit der Klägerin besteht im Kauf und Verkauf von Gold. Der Geschäftserfolg hängt deshalb ganz entscheidend davon ab, wie sich der Goldpreis zukünftig entwickelt. Auch wenn man dem Beklagten darin folgt, dass der Geschäftsstrategie der Klägerin ein erhebliches spekulatives Element innewohnt, so ist doch damit die Erzielung eines Totalüberschusses keineswegs ausgeschlossen. Angesichts des - auch inflationsbedingt - bei langfristiger Betrachtung aufwärts gerichteten Trends der Entwicklung der Goldpreise ist vielmehr die Erzielung von Überschüssen letztendlich wahrscheinlicher als die Erzielung eines Verlustes. Der hohe Verlust des Erstjahres hat in diesem Zusammenhang keinerlei Indizwirkung, weil er allein auf der Art der Gewinnermittlung beruht (Einnahme-Überschussrechnung mit der Erstinvestition als Ausgabe und keiner Einnahme im selben Feststellungszeitraum) und ihm ein entsprechend hoher Gewinn im Feststellungszeitraum des letzten Verkaufs gegenübersteht. Zwar verkennt der Senat nicht, dass bei einer originär vermögensverwaltenden Gold- und Wertpapieranlage strukturell bedingte Verluste anfallen können, wenn nämlich die fixe Sockelbeträge aufweisenden Verwaltungsgebühren (etwa für das Golddepot) relativ zum Anlagebetrag zu hoch sind, so dass etwaige Wertsteigerungen vorhersehbar durch die laufenden Gebühren aufgezehrt werden. Das ist im Falle der Klägerin jedoch nicht der Fall, weil ihr Investitionsvolumen hinreichend hoch ist, so dass die Verwaltungskosten nicht sonderlich ins Gewicht fallen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf den Umstand, dass die Klägerin bei isolierter Betrachtung mit den bislang getätigten Goldan- und -verkäufen per Saldo einen Einnahme-Überschuss erzielt hat.

Rn. 49

Die Argumentation des Beklagten läuft letztendlich darauf hinaus, dass er Verluste steuerlich nur dann anerkennen will, wenn die Erzielung eines Totalgewinns gesichert und ein geschäftlicher Misserfolg ausgeschlossen ist. Das entspricht aber nicht der oben zitierten Rechtsprechung, die allein danach fragt, ob der Gewerbebetrieb nach der Art seiner Betriebsführung geeignet ist, einen Totalgewinn zu erzielen. Letzteres ist im Falle der Klägerin eindeutig zu bejahen.

Rn. 50

Darüber hinaus vermag der Senat auch nicht zu erkennen, dass der mittelbar an der Klägerin beteiligte F aus persönlichen Gründen und Neigungen etwaige durch die Klägerin erzielte Verluste hinzunehmen bereit ist. Der Senat sieht durchaus, dass der geschäftlichen Konzeption der Klägerin ein Modell zugrunde liegt, dass auf die Verlagerung von Steuern - und mutmaßlich Ausnutzung einer geringeren Steuerprogression in späteren Veranlagungszeiträumen - durch das zeitliche Auseinanderfallen von Ausgaben- und Einnahmeüberschüssen hin ausgerichtet ist. Zu diesem Modell gehört es aber gerade nicht, Verluste zu erwirtschaften, weil in diesem Falle der steuerliche Progressionsvorteil durch die erzielten Veräußerungsverluste wieder aufgezehrt werden würde.

Rn. 51

3. Die Verluste sind auch nicht als im Sinne des § 15b Abs. 1, Abs. 4 EStG verrechenbare Verluste festzustellen.

Rn. 52

Gem. § 15b Abs. 1 EStG dürfen Verluste im Zusammenhang mit einem Steuerstundungsmodell weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb, noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Ein Steuerstundungsmodell in diesem Sinne liegt nach § 15b Abs. 2 EStG vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen.

Rn. 53

Im Streitfall ist die Verlustverrechnung deshalb nicht ausgeschlossen, weil nach Aktenlage keine „modellhafte Gestaltung“ bzw. kein „vorgefertigtes Konzept“ im Sinne des § 15b Abs. 2 EStG vorliegt. Wie sich aus diesen Begriffen bzw. der Gesetzesformulierung „dem Steuerpflichtigen .. die Möglichkeit geboten werden soll“ ergibt, setzt das Steuerstundungsmodell voraus, dass ein Anbieter ein Finanzprodukt gestaltet, welches den Anlegern die Möglichkeit bietet, die im Gesetz im Einzelnen beschriebenen Steuervorteile zu erzielen. In der Rechtsprechung wird zudem gefordert, dass es sich an nicht näher bestimmte Interessenten wendet oder zur wiederholten Verwendung bestimmt ist (BFH Urteil vom 6. Februar 2014 IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465) und der Investor bei der Entwicklung der Geschäftsidee und der Vertragsgestaltung typischerweise passiv ist (BFH Urteil vom 6. Februar 2014 IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465; FG Rheinland-Pfalz, Urteil des 3. Senats vom 30. Januar 2013 3 K 1185/12, EFG 2013, 849); ein vorgefertigtes Konzept wird charakterisiert durch einen Gesamtplan eines vom an der Anlage Interessierten verschiedenen Dritten (BFH Urteil vom 6. Februar 2014 IV R 59/10, BStBl. II 2014, 465), der durch die Entwicklung einzelner oder einer Vielzahl aufeinander abgestimmter Leistungen und Maßnahmen die Erreichung des angestrebten Ziels in Gestalt hoher verrechenbarer Verluste in der Anfangsphase der Investition ermöglichen soll (Hessisches Finanzgericht Urteil des 1. Senats vom 17. Oktober 2012 1 K 2343/08, EFG 2013, 510; Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 26. September 2013 3 K 12341/11, EFG 2014, 712; Finanzgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 22. September 2014 10 K 1693/12, EFG 2015, 384).

Rn. 54

Im Streitfall fehlt es nach diesen Maßstäben an einem vorgefertigten Konzept im Sinne des § 15b EStG. Herr F als der hinter der Klägerin stehende Investor hat sich zwar individuell steuerlich beraten lassen. Die von ihm gewählte Gestaltung geht aber nicht auf eine zuvor schon entwickelte Konzeption zurück, auf die Herr F zurückgreifen konnte. Dafür ist jedenfalls nach Aktenlage nichts ersichtlich; aus der zwischen dem Beklagten und der in die Fallbearbeitung eingeschalteten OFD geführten Korrespondenz lässt sich vielmehr erkennen, dass der niedersächsischen Finanzverwaltung vergleichbare Fallgestaltungen offenbar nicht bekannt waren.

Rn. 55

Ob ein Verlustausgleich nach § 15b Abs. 3a EStG ausgeschlossen wäre, kann im Streitfall dahinstehen, da diese Rechtsnorm gem. § 52 Abs. 25 Satz 5 EStG erstmals auf Verluste anzuwenden ist, bei denen Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens nach dem 28. November 2013 angeschafft, hergestellt oder in das Betriebsvermögen eingelegt werden, d.h. für die streitbefangenen Feststellungszeiträume noch nicht zur Anwendung kommt.

Rn. 56

4. Den Gewinnermittlungen der Klägerin ist auch unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG zu folgen, da diese Rechtsnorm weder in ihrer ersten Alternative (nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens), noch in ihrer dritten Alternative (Wertpapiere und vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte) einschlägig ist.

Rn. 57

Gem. § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG sind die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, für Anteile an Kapitalgesellschaften, für Wertpapiere und vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte, für Grund und Boden sowie Gebäude des Umlaufvermögens erst im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses oder bei Entnahme im Zeitpunkt der Entnahme als Betriebsausgaben zu berücksichtigen.

Rn. 58

Das von der Klägerin gehandelte Gold stellt kein Anlagevermögen dar. Unter Anlagevermögen sind gem. § 247 Abs. 2 HGB diejenigen Vermögensgegenstände zu verstehen, die bestimmt sind, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen. Diese handelsrechtliche Begriffsbestimmung kommt auch im Steuerrecht zur Anwendung (BFH Urteil vom 10. August 2005 VIII R 78/02, BStBl. II 2006, 58; vom 13. Dezember 2006 VIII R 51/04, BStBl. II 2008, 137). Im Gegensatz zählen zum Umlaufvermögen diejenigen Vermögensgegenstände (Wirtschaftsgüter), die entweder zum Verbrauch oder zur sofortigen Veräußerung bereitgehalten werden (BFH Urteil vom 10. August 2005 VIII R 78/02, BStBl. II 2006, 58; vom 13. Dezember 2006 VIII R 51/04, BStBl. II 2008, 137). Maßgeblich für die Zuordnung zum Anlagevermögen ist grundsätzlich die Funktion und wirtschaftliche Bedeutung, die dem Vermögen innerhalb des Betriebsorganismus zufällt (BFH Urteil vom 28. Mai 1998 X R 80/94, BFH/NV 1999, 359). Es kommt für die Abgrenzung von Anlage- und Umlaufvermögen auf die Zweckbestimmung an, mit der ein Wirtschaftsgut im Betrieb eingesetzt wird (BFH Urteil vom 28. Mai 1998 X R 80/94, BFH/NV 1999, 359).

Rn. 59

Im Falle des von der Klägerin erworbenen Goldes sowie die anderen Wertpapiere bestimmt § 4 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages, dass diese zwingend vor Ablauf eines Jahres seit dem Erwerb zu veräußern sind. Die Anlagegegenstände unterliegen damit einem permanenten Umschlag; sie sind nicht dazu bestimmt, dauerhaft dem Geschäftsbetrieb der Klägerin zu dienen und sind mithin dem Umlaufvermögen zuzuordnen. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass die Klägerin originär vermögensverwaltend tätig sei - dies dürfte für sich betrachtet zutreffend sein und wird im Übrigen auch von der Klägerin zugestanden -, ihre Einkünfte nur infolge der Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG als gewerblich fingiert würden und daraus ableitet, dass die Wirtschaftsgüter deshalb als Anlagevermögen zu beurteilen seien, ist dem nicht zu folgen. Das vom Beklagten als Beleg für seine Schlussfolgerung angeführte BFH Urteil vom 14. Dezember 2006 IV R 3/05, BStBl. II 2007, 777 enthält eine derartige Aussage nicht. In dieser Entscheidung ging es um einen gewerblichen Grundstückshandel und die Frage, ob ein Veräußerungserlös den laufenden gewerbsteuerpflichtigen Einkünften oder einem Veräußerungsgewinn zuzurechnen sind. Aus diesem Kontext betrachtet ist der zweite Satz unter Ziffer 2. der Entscheidung, auf den sich der Beklagte vermutlich beruft, im Sinne eines „nicht zwingend zum Umlaufvermögen gehört“ zu verstehen. Das nachfolgende Beispiel zeigt, dass der BFH darauf hinweisen wollte, dass ein Grundstück im Falle einer gewerblich geprägten Personengesellschaft nicht zwangsläufig zum Umlaufvermögen gehören muss, sondern sowohl Umlaufvermögen als auch Anlagevermögen sein kann, und dieses im Einzelfall vom Finanzgericht zu klären ist. Eine der erstinstanzlichen Entscheidung gegenteilige Aussage dahingehend, dass im Falle einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft deren Wirtschaftsgüter immer dem Anlagevermögen zugehören, wollte der BFH nicht treffen.

Rn. 60

Dies lässt sich auch aus dem Urteil des BFH vom 13. Dezember 2012 IV R 51/09, BStBl. II 2013, 203 ableiten. Dort hat der BFH ausgeführt, dass Wertpapiere im Eigentum einer gewerblich geprägten Personengesellschaft dem Umlaufvermögen angehören. Nach dem Tatbestand der Entscheidung ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft originär vermögensverwaltend tätig war; auf das Urteil vom 14. Dezember 2006 IV R 3/05 a.a.O. - und eine etwaige Divergenz - ist der BFH mit keinem Wort eingegangen. Ausdrücklich in Fällen des Goldhandels durch gewerblich geprägte Personengesellschaften sind das Hessische Finanzgericht, Urteil vom 15. November 2012 11 K 3175/09, EFG 2013, 503 und das FG München, Gerichtsbescheid vom 15. Januar 2014 10 K 2321/12, DStRE 2015, 577 ebenfalls vom Vorliegen von Umlaufvermögen ausgegangen.

Rn. 61

Die Ausgaben für den Erwerb des Goldes fallen aber auch nicht unter die dritte Alternative des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG („Wertpapiere und vergleichbare nicht verbrieft Forderungen und Rechte“). Es ist nicht zutreffend, wie vom Beklagten in der Einspruchsentscheidung behauptet, dass die Klägerin keine Besitzerin und Eigentümerin des im Sammeldepot der Credit Suisse eingelagerten Goldes und damit nur eine Inhaberin eines schuldrechtlichen Lieferanspruches ist, der als unverbriefte Forderung der Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG unterliegt. Denn die Klägerin ist Miteigentümerin des im Depot der Credit Suisse sammelverwahrten Goldes; zwischen ihr und der Credit Suisse besteht ein Besitzmittlungsverhältnis. Dies ergibt sich eindeutig aus den Bestimmungen des § 2 Abs. 1 und 2 der Vereinbarung über den Auftrag zum Kauf und zur Verwahrung von Goldbarren zwischen der Klägerin und der Credit Suisse.

Rn. 62

Soweit teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten wird, die ohne unmittelbaren Besitz im Rahmen eines Besitzmittlungsverhältnisses bei einer Bank verwahrten Goldbarren stellten ein den Wertpapieren vergleichbares nicht verbrieftes Recht im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 4 3. Alt. EStG dar (so Stahl/Mann, FR 2011, 1139; Dornheim DStR 2012, 1581), schließt sich dem der erkennende Senat nicht an (ebenso Hessisches Finanzgericht, Urteil vom 15. November 2012 11 K 3175/09, EFG 2013, 503; FG Nürnberg Urteil vom 28. Februar 2013 6 K 875/11, EFG 2013, 1018; FG Münster Urteil vom 11. Dezember 2013 6 K 3045/11 F, EFG 2014, 753; FG Hamburg, Urteil vom 23. April 2015 5 K 115/12, juris; Schmidt, Kommentar zum EStG, § 4 Rn. 373; Blümich, Kommentar zum EStG § 4 Rn. 178; Schulte-Frohlinde BB 2012, 2791; Schmidt und Renger DStR 2012, 2042).

Rn. 63

Für die oben zitierte Rechtsauffassung findet sich im Gesetzeswortlaut keine hinreichende Grundlage; sie stellt vielmehr eine im Steuerrecht unzulässige steuerbegründende Analogie zu Lasten des Steuerpflichtigen (BVerfG, Urteil vom 24. Januar 1962 1 BvR 232/60, BVerfGE 13, 318; Beschluss vom 13. Dezember 1966 1 BvR 512/65, BVerfGE 21, 1; BFH Urteil vom 21. Februar 1980 I R 95/76, BStBl II 1980, 465; Urteil vom 08. Dezember 1981 VIII R 125/79 BStBl II 1982, 618; Urteil vom 21. Juli 1999 I R 141/97, BStBl II 1999, 832) dar. Dagegen spricht weiterhin die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im Gesetzgebungsverfahren zu der Fassung des § 4 Abs. 3 S. 4 EStG i. d. F. des Gesetzes zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen, u. a. der missbräuchlichen Inanspruchnahme des von § 4 Abs. 3 ermöglichten Steuerstundungseffekts, hatte der Bundesrat die Erweiterung des S. 4 auch auf "nicht verarbeitete Edelmetalle, die nicht zur Verarbeitung im eigenen Betrieb bestimmt sind" vorgeschlagen und für die entsprechende Erfassung von zur Weiterveräußerung bestimmten Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens votiert, die nicht körperlich an den Betrieb geliefert werden, wobei das Besitzkonstitut ausdrücklich nicht als Lieferung gelten sollte (BR Drs. 937/05). Nach Gegenäußerungen der Bundesregierung (BT Drs. 16/749) und Bedenken hinsichtlich möglicher Abgrenzungsprobleme setzte sich dieser Vorschlag nicht durch. Der Gesetzgeber hat (erst) mit dem

Jahressteuergesetz 2013 eine Änderung des (in den sog. Goldfingermodellen relevanten) § 32b Abs. 2 Nr. 2 EStG vorgenommen und durch Einfügung eines Buchstaben c allein für Zwecke des Progressionsvorbehalts allgemein die Anschaffungskosten von Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens aus dem Anwendungsbereich des § 4 Abs. 3 EStG zugunsten einer Berücksichtigung erst im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses herausgenommen. Für diese spätere Gesetzesänderung gäbe es keine Veranlassung, wenn die im Rahmen eines Besitzmittlungsverhältnisses bei einer Bank verwahrten Goldbarren schon unter die Regelung des § 4 Abs. 3 Satz 4 3. Alt. EStG fallen würden.

Rn. 64

Nur ergänzend sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass auch bei Anwendung des § 4 Abs. 3 Satz 4 EStG die angefochtenen negativen Feststellungsbescheide rechtswidrig wären; der Beklagte hätte in diesem Falle vielmehr der Klägerin Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen erteilen müssen, die allerdings durch eine teilweise andere Periodisierung der Betriebsausgaben charakterisiert wären. So würde sich für den Feststellungszeitraum 2009 ein Verlust in Höhe von ./ 3.706,27 € ergeben; für das Streitjahr 2011 beläuft sich der Verlust auf ./ 33.157,96 € und damit auf einen höheren Betrag als von der Klägerin beantragt.

Rn. 65

5. Die von Herrn F gewählte Gestaltung ist nicht missbräuchlich im Sinne des § 42 AO.

Rn. 66

Gem. § 42 Abs. 1 AO kann durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts das Steuergesetz nicht umgangen werden. Ein Missbrauch liegt nach § 42 Abs. 2 AO vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind.

Rn. 67

Der Beklagte sieht den Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten darin, dass Herr F die Gold- und Wertpapiergeschäfte nicht in eigener Person, sondern unter Einschaltung einer doppelstöckigen Personengesellschaft getätigt hat. Dies habe zur Konsequenz, dass nicht § 23 EStG zur Anwendung komme, sondern gewerbliche Einkünfte erzielt würden.

Rn. 68

Insoweit weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass die Wahl einer gesellschaftlichen Rechtsform grundsätzlich nicht missbräuchlich sein kann, wenn die steuerliche Rechtsfolge an die gewählte Gesellschaftsform anknüpft (Klein, Kommentar zur AO, § 42 Rn. 41). Das ist hier der Fall, weil die gewählte gesellschaftsrechtliche Konstruktion der gewerblich geprägten Personengesellschaft zwingend zur Erzielung gewerblicher Einkünfte führt und wegen dessen Subsidiarität (§ 23 Abs. 2 EStG) die Anwendung des § 23 EStG ausschließt. Hinzu kommt, dass auch beachtliche außersteuerliche Gründe für die gewählte Gestaltung streiten. So wird durch die gesellschaftsrechtliche Konstruktion die Haftung faktisch auf die vom Kommanditisten der an der Klägerin beteiligten KG geleisteten Einlage begrenzt, weil allein die unterkapitalisierte Verwaltungs-GmbH unbegrenzt haftet. Zwar spielt die Haftungsbegrenzung für die Streitjahre keine Rolle, weil die Klägerin (und damit der hinter ihr stehende Michael G.) ihre Geschäfte ausschließlich auf Eigenkapitalbasis getätigt hat. Eine Kreditfinanzierung der Erwerbe ist nach den Investmentgrundsätzen des § 4 Gesellschaftsvertrag aber nicht ausgeschlossen, so dass die Haftungsbeschränkung praktische Relevanz erlangen könnte.

Rn. 69

6. Die Revision wird gem. § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO zugelassen.

Rn. 70

7. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 135 Abs. 1 FGO.

Rn. 71

8. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 155 ZPO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie genau dieses Dokument verlinken möchten:

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=STRE201675045&psml=bsndp rod.psml&max=true>

Zitiervorschlag: Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 02.12.2015 – 3 K 304/14

Quelle: Open Legal Data, abgerufen 08.07.2026

Entscheidungstext bereitgestellt über Open Legal Data (openlegalddata.io), lizenziert unter der Open Database License (ODbL) v1.0.

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Ausfertigung des Gerichts

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/fg-niedersachsen/2015-12-02/3-k-304-14>