



## **Zur Einkünfteerzielungsabsicht beim sog. Disagio-Modell**

Im Streitfall hatte der Kläger 2006 eine ausländische Familienstiftung im Sinne von § 15 Abs. 1 AStG a.F. errichtet und ihr ein Darlehen mit endfälliger Verzinsung zum Zwecke des Erwerbs einer KG-Beteiligung gewährt.

Die KG sollte eine fremdfinanzierte, speziell entwickelte Schuldverschreibung erwerben. Des Weiteren gewährte der Kläger der Stiftung einen Abruflkredit mit ebenfalls endfälliger Verzinsung zur Deckung der Kosten der Stiftung im Zusammenhang mit der KG-Beteiligung. Die Stiftung beteiligte sich sodann als Kommanditistin an der KG, die eine Schuldverschreibung mit einer Laufzeit von 10 Jahren erwarb. Zur Finanzierung nahm die KG ein Darlehen mit einer Laufzeit von 10 Jahren auf; ein Disagio von 5% wurde einbehalten. 2008 brachte die Stiftung ihren Kommanditanteil an der KG im Wege der verdeckten Einlage in eine neu errichtete Gesellschaft ein, deren einzige Gesellschafterin sie war. Die KG gab in ihrer Feststellungserklärung für das Streitjahr 2006 negative Einkünfte aus Kapitalvermögen an.

In seiner Einkommensteuererklärung erklärte der Kläger neben einem Veräußerungsgewinn bei seinen Einkünften aus Gewerbebetrieb negative Einkünfte aus Kapitalvermögen aus der Stiftungsbeteiligung, die das Finanzamt außer Ansatz ließ. Es fehle in der Person des Klägers als des maßgebenden Steuersubjekts an der notwendigen Einkünfteerzielungsabsicht.

Das FG Hamburg hat die Klage abgewiesen. Es ist damit im Wesentlichen dem BFH in dessen Beschluss vom 18. April 2016 in der Sache I R 2/16 gefolgt. Beiden Fällen lagen vergleichbare Modellgestaltungen zugrunde; das FA ging davon aus, dass dieselben Berater tätig gewesen seien. Wie der BFH ließ auch der 3. Senat des FG Hamburg die Klage bereits an der mangelnden Einkünfteerzielungsabsicht scheitern. Trotz unentgeltlicher Übertragung der Einkunftsquelle sei für die Überschussprognose nur auf die Nutzung des Vermögensgegenstandes durch den Steuerpflichtigen selbst abzustellen. Die Revision ist aus nachvollziehbaren Gründen nicht zugelassen worden, zum einen wegen der Vorgaben durch den BFH, zum anderen weil sich zwischenzeitlich die Rechtslage geändert hat und vergleichbaren Modellen der Boden entzogen ist. Ob die gegen die Nichtzulassung eingelegte Beschwerde Erfolg haben wird, mag angesichts dessen bezweifelt werden. Das ist letztlich bedauerlich, denn losgelöst von der konkret in Rede stehenden Gestaltung wird die Frage der "fortdauernden Einkünfteerzielungsabsicht" durch den Rechtsnachfolger bei unentgeltlicher Übertragung der Einkunftsquelle kontrovers diskutiert (z.B. Stöber, FR 2017, 801).

Zudem hat der BFH über die Revision I R 2/16 "nur" im Beschlussverfahren nach § 126a FGO entschieden und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

(FG Hamburg, Newsletter 2019-4 zu Urteil vom 26.9.2019 - 3 K 227/17; NZB eingelegt, Az. BFH I B 62/19)