
Datum: 01.03.2007
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 9. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 K 7050/02
ECLI: ECLI:DE:FGK:2007:0301.9K7050.02.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Streitig ist, ob die vom Kläger (Kl.) im Streitjahr getätigten An- und Verkäufe von Wertpapieren als private Vermögensverwaltung oder aber als Gewerbebetrieb zu qualifizieren sind. 1 2

Der Kl. ist als Gymnasiallehrer mit den Fächern Mathematik und Musik nichtselbständig tätig. Seit Ende der 80iger Jahre verwaltet er außerdem aus einer Erbschaft stammende Gelder, die ihm von seiner Mutter R. zu diesem Zweck überlassen wurden. Der Kl. unterhielt hierfür ein Depot bei der Bank E., über das – auch aus eigenen Mitteln – Aktien und Optionsscheine an- und verkauft wurden. Für Rechnung der R. wurden dabei außerdem Mittel angelegt, die R. zuvor ihrer im Jahre 1986 geborenen Enkelin M. – der Tochter des Kl. - geschenkt hatte und für diese treuhänderisch verwaltete (vgl. hierzu Vereinbarung Bl. 119 der Akte). Eine Vergütung erhielt der Kl. hierfür zunächst nicht. 3

Am 17.6.1996 schloss der Kl. mit R. einen schriftlichen Vertrag, der nach Angaben des Kl. an die Stelle der zuvor getroffenen mündlichen Vereinbarungen trat. Danach beauftragte R. den Kl., Wertpapiergeschäfte unter seinem Namen für ihre Rechnung zu tätigen. Das auf den Namen des Kl. lautende Konto und das dazugehörige Depot sollten wie ein Fonds geführt 4

werden, d.h. R. sollte an allen Geschäften mit dem Prozentsatz beteiligt sein, der ihrem Vermögensanteil am gesamten Fonds entsprach. Das Risiko sollte sich dabei bei jedem Einzelgeschäft auf den von R. erbrachten anteiligen Kapitaleinsatz beschränken. Zusätzlich übernahm der Kl. die Garantie, dass nicht ein Verlust eintrat, der 66 2/3 % ihres am 1.1. des jeweiligen Kalenderjahres vorhandenen Kapitaleinsatzes überschritt. Neben Transaktionsgebühren (0,15 % pro Geschäft) und Verwaltungsgebühren (0,5 % des zu Beginn und zum Ende des Jahres investierten Vermögens) stand dem Kl. eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 10 % der im Kalenderjahr aufgelaufenen Gewinne zu. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Vertragstext Bezug genommen (Bl. 117 ff.), der am 30.08.2000 durch einen neuen Vertrag ersetzt wurde (Bl. 116).

Von Dezember 1999 an tätigte der Kl. auch Wertpapiergeschäfte für insgesamt fünf familienfremde Anleger, die sich in ähnlicher Weise wie R. am Depot des Kl. beteiligten. Auf die hierzu getroffenen Vereinbarungen mit Herrn Dr. Q vom 14.12.1999 (Bl. 44 Bp.-Akte I), den Eheleuten G vom 17.1.2000 (Bl. 42 Bp.-Akte I), Herrn I vom 1.5.2000 (Bl. 43 Bp.-Akte I), Dr. T vom 8.4.2000 (Bl. 49 Bp.-Akte I), Frau U vom 15.6.2000 (Bl. 51 Bp.-Akte I), Eheleute X vom 20.10.2000 (Bl. 52 f Bp.-Akte I), Frau L vom 27.5.2003 (Bl. 120) wird Bezug genommen. 5

Bezüglich der Anzahl der vom Kl. in den Jahren 1996 bis 2003 vorgenommenen Transaktionen und der Höhe des im jeweiligen Kalenderjahr erzielten Umsatzes wird auf die Tabelle, Bl. 88, verwiesen. 6

Der seinerzeit steuerlich nicht beratene Kl. sah seine Tätigkeit zunächst als private Vermögensverwaltung an. In seiner am 24.2.1998 abgegebenen Einkommensteuererklärung 1996 gab er dementsprechend Einkünfte aus Spekulationsgeschäften in Höhe von 53.191,-- DM an. 7

Der Beklagte (Bekl.) führte die Veranlagung nach Maßgabe der Erklärung durch und setzte mit unter den Vorbehalt der Nachprüfung (VdN) gestelltem Bescheid vom 28.4.1998 Einkommensteuer in Höhe von 43.182,-- DM gegen den Kl. fest. Nachdem der Kl. handschriftliche Aufzeichnungen über die Ermittlung der Einkünfte vorgelegt hatte, hob der Bekl. mit Bescheid vom 10.6.1998 den VdN auf. 8

Auch R. behandelte die auf sie entfallenden anteiligen Einkünfte als solche aus Spekulationsgeschäften, die sie – zuletzt für den Veranlagungszeitraum 1997 - beim für sie zuständigen Finanzamt P erklärte. Nachdem dieses Finanzamt die Auffassung vertreten hatte, dass eine gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte vorzunehmen sei, ließ sich der Kl. im Oktober oder November 1998 durch seinen jetzigen Prozessbevollmächtigten (Bev.) steuerlich beraten. Letzterer kam zu dem Ergebnis, dass der Kl. ab 1.7.1996 gewerblich tätig gewesen sei und ermittelte von diesem Zeitpunkt an die Einkünfte durch Bestandsvergleich. Auf die Jahresabschlüsse 1996 bis 2003 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. 9

Für 1996 gab der Kl. nunmehr Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 40.837,-- DM sowie – für die Zeit vom 1.1. bis 30.6.1996 - Einkünfte aus Spekulationsgeschäften in Höhe von 11.365,-- DM an. Dem Antrag, den Einkommensteuerbescheid 1996 entsprechend zu ändern, gab der Bekl. mit auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO gestütztem Bescheid vom 22.2.2000 statt, mit dem die Einkommensteuer – bedingt durch einen Verlustrücktrag aus 1998 in Höhe von 96.448,-- DM, – auf 4.640,-- DM festgesetzt wurde. Auch für die Folgejahre folgte der Bekl. zunächst den Einkommensteuererklärungen (Bescheide vom 22.2.2000 und 22.10.1999), wobei unter dem VdN folgende Besteuerungsgrundlagen zum Ansatz kamen: 10

Einkünfte aus Gewerbebetrieb Verlustrücktrag aus 1998

1997 102.499 ,-- DM 148.239,-- DM	12
1998 ./ 320.314,-- DM ----	13
Eine im Jahre 2000 beim Kl. durchgeführte Betriebsprüfung (Bp.) für den Prüfungszeitraum 1996 bis 1998 kam – ebenso wie die Anschlussprüfung für den Prüfungszeitraum 1999 bis 2001 (Bp.-Bericht vom 18.3.2005) - zu dem Ergebnis, dass die Wertpapiergeschäfte des Kl. nicht die Grenze der privaten Vermögensverwaltung überschritten hätten, seine Einkünfte hieraus folglich als Einkünfte aus Spekulationsgeschäften in folgender Höhe zu qualifizieren seien (vgl. im Einzelnen Bp.-Bericht vom 1.10.2001 Tz. 9 f.).:	14
1996 1997 1998	15
46.756,-- DM 157.289,-- DM 0,-- DM.	16
Der Bekl. folgte der Bp. und setzte mit auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO bzw. § 164 Abs. 2 AO (1998) gestützten Änderungsbescheiden vom 22.11.2001 die Einkommensteuer abweichend wie folgt fest:	17
1996 1997 1998	18
39.802,-- DM 99.139,-- DM 18.871,-- DM.	19
Nach erfolglosen Einsprüchen (zusammengefasste Einspruchsentscheidung vom 27.11.2002) wendet sich der Kl. gegen den Einkommensteuerbescheid 1998 mit der vorliegenden Klage.	20
Der Kl. hält an der Auffassung fest, dass er gewerblich tätig gewesen sei. Nach der BFH-Rechtsprechung, insbesondere dem Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408, liege ein Gewerbebetrieb dann vor, wenn die vom Steuerpflichtigen entfaltete Tätigkeit einem der im Kreditwesengesetz (KWG) definierten Unternehmen vergleichbar sei. Das sei hier der Fall, da die getätigten Geschäfte die Definitionsmerkmale eines Finanzdienstleistungsinstituts (§ 1 Abs. 1 a Satz 2 Nr. 3 KWG) erfüllt hätten. Anders als im vom BFH entschiedenen Fall sei er, der Kl., auch für fremde Rechnung tätig geworden und daher als Finanzportfolioverwalter anzusehen. Zwar müssten Finanzportfolioverwalter ein Mindestgeschäftsvolumen erzielen. Das KWG stelle aber nicht darauf ab, ob der Steuerpflichtige tatsächlich über einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb verfüge. Entscheidend sei vielmehr, ob die für Fremde erbrachten Finanzdienstleistungen einen solchen Geschäftsbetrieb erforderten. Das zeige insbesondere die Abgrenzung zum Investmentclub, der voraussetze, dass die Geschäftsführung – anders als er, der Kl., – keine Vergütung erhalte und keine Entscheidungsbefugnis über den An- und Verkauf von Wertpapieren habe. Auch ein solcher Investmentclub unterliege als Finanzdienstleistungsinstitut der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), wenn seine Anlagetätigkeit einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere. Nach Ansicht der Vorgängerbehörde der BaFin, des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (BAK), falle ein Investmentclub nur dann nicht unter die Finanzdienstleistungsinstitute, wenn er nicht mehr als drei Depots verwalte und das Volumen der eingesetzten Gelder zu keinem Zeitpunkt 1 Mio DM erreiche. Zudem dürften – über einen Zeitraum von 6 Monaten – nicht mehr als 25 Einzeltransaktionen pro Monatsdurchschnitt durchgeführt werden (vgl. Schreiben des BAK vom 21.9.1998, Bl. 113).	21

Damit gebe es mehr oder weniger genaue Anhaltspunkte, nach denen ein Investmentclub von einem Finanzdienstleistungsinstitut zu unterscheiden sei. Aus den Qualifikationsmerkmalen eines Investmentclubs könnten Rückschlüsse gezogen werden auf die Bagatellgrenze für echte Finanzportfolioverwalter. Diese Grenze könne nur unterhalb der für Investmentclubs geltenden Bagatellgrenze liegen, die auch nach Auffassung des BAK als "eine sehr großzügige Auslegung der gesetzlichen Rahmenbedingungen" anzusehen sei. Die so zu verstehende Bagatellgrenze habe der Kl. überschritten. Daraus ergebe sich, dass seine Tätigkeit einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert habe.

Bei der Frage der Verwaltung fremden Vermögens unterscheide das KWG auch nicht 22
danach, ob es sich bei den Fremden um Familienangehörige handele. Auch das Steuerrecht erkenne Verträge mit Familienangehörigen an, wenn sie – wie die Verträge mit R. -- einem Fremdvergleich standhielten. Gewinnbeteiligungen seien bei der professionellen Vermögensverwaltung durchaus üblich. Im Übrigen sei die Vermögensverwaltung für Familienangehörige im Streitfall eine Anbahnungsmaßnahme gewesen, um fremde Dritte von der Qualifikation des Kl. zu überzeugen. Seine gewerbliche Tätigkeit habe deshalb bereits im Streitjahr 1996 begonnen und nicht erst mit der tatsächlichen Tätigkeit für fremde Dritte im Jahre 2000. Gespräche zur Vorbereitung eines Vertragsabschlusses seien im Streitjahr mit verschiedenen Interessenten geführt worden, deren zeugenschaftliche Vernehmung beantragt werde. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 13.7.2006 (Blatt 195) verwiesen.

Der Kl. beantragt, 23

den angefochtenen Bescheid in der Weise zu ändern, dass der in der 24
Einkommensteuererklärung angegebene Verlust aus Gewerbebetrieb berücksichtigt wird, hilfsweise die Steuer gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 Abs. 1, Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Strafbefreiungserklärungsgesetz (StraBEG) festzusetzen, weiter hilfsweise die Revision zuzulassen.

Der Bekl. beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Nach den für den Handel mit Wertpapieren geltenden Besonderheiten hätten die Aktivitäten 27
des Kl. den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten. Wie bereits in der Einspruchsentscheidung dargestellt, habe der Kl. kein Büro unterhalten, die Geschäfte nur über eine Bank abgewickelt, den Wertpapierhandel neben seiner hauptberuflichen Tätigkeit als Lehrer betrieben, nicht über spezielle Branchenkenntnisse verfügt und bis Dezember 1999 Geschäfte nur für eigene Rechnung und nahe Angehörigen getätigt. Die mit diesen Angehörigen geschlossenen Verträge hielten zudem einem Fremdvergleich nicht stand. Denn weder die Einräumung einer Gewinnbeteiligung von 10 % noch die garantierte Verlustbegrenzung seien üblich. Der Umfang der Geschäfte überschreite den Rahmen der Vermögensverwaltung nicht. Schließlich seien die zunächst als Spekulationsgeschäfte behandelten An- und Verkäufe erst in gewerbliche Einkünfte umgewidmet worden, als die in den Jahren 1998 ff erwirtschafteten erheblichen Verluste bereits bekannt gewesen seien.

Die mögliche Anwendbarkeit des KWG lasse keine Rückschlüsse auf die steuerliche 28
Qualifikation der Einkünfte zu. Unabhängig davon habe der Kl. aber auch kein Finanzdienstleistungsunternehmen betrieben. Er habe nicht die dafür erforderliche Erlaubnis besessen, keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhalten, ein entsprechendes Gewerbe auch nicht angemeldet und zunächst keine Buchführung erstellt.

Noch im Streitjahr sei er lediglich für sich selbst, seine Mutter und seine Tochter tätig geworden. Als Anbahnungs- oder Vorbereitungsmaßnahmen für die spätere – möglicherweise -- gewerbliche Tätigkeit für fremde Dritte könne dies nicht gewertet werden, denn der Kl. selbst sei zunächst davon ausgegangen, dass er nur vermögensverwaltend tätig sei.	
Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Einspruchsentscheidung und die Schriftsätze des Bekl. vom 25.2.2004 und 12.10.2005 Bezug genommen.	29
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung einer amtlichen Auskunft der BaFin zu der Frage, ob der zwischen dem Kl. und R. geschlossene Vertrag den unter fremden Dritten üblichen Vereinbarungen entspreche. Auf die Auskunft der BaFin vom 14.10.2006 (Bl. 212) wird Bezug genommen.	30
Der Kl. ist der Auffassung, dass die BaFin die Marktüblichkeit des vereinbarten Vergütungsmodells bestätigt habe. Die Verlustbegrenzungsklausel gehöre als nur eine Kautele nicht zum Kernbereich der getroffenen Vereinbarungen. Sie könne allenfalls indizielle Wirkung für die steuerliche Anerkennung des Finanzdienstleistungsvertrages haben. Nach der Auskunft der BaFin sei die Verlustbegrenzungsklausel international durchaus üblich und Merkmal marktgängiger Finanzdienstleistungsprodukte wie etwa Garantiefonds. Schließlich habe die BaFin bestätigt, dass sich der Kl. wie ein Fonds am Markt betätigt habe, auch wenn er hierzu als Einzelunternehmer nicht befugt gewesen sei. Für die steuerliche Einordnung seiner Tätigkeit sei dies nicht relevant.	31
<u>Entscheidungsgründe:</u>	32
Die Klage ist unbegründet.	33
1. Mit Recht hat der Bekl. den mit der Einkommensteuererklärung des Kl. geltend gemachten Verlust aus Gewerbebetrieb unberücksichtigt gelassen. Die vom Kl. im Streitjahr getätigten An- und Verkäufe von Wertpapieren erfüllen nicht die Merkmale eines Gewerbebetriebes, sondern sind als private Vermögensverwaltung zu qualifizieren.	34
Gewerbebetrieb ist gemäß § 15 Abs. 2 EStG eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn sie weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal muss hinzukommen, dass die Beteiligung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (vgl. Beschluss des Großen Senates des BFH vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BFHE 241, 405, BStBl II 1984, 751).	35
Nach ständiger BFH-Rechtsprechung ist für die Abgrenzung des Gewerbebetriebes gegenüber einer nur vermögensverwaltenden privaten Tätigkeit auf das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, wobei die artspezifischen Besonderheiten der gehandelten Gegenstände zu berücksichtigen sind (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 20. Dezember m.w.N., 2000 X R 67/98, BFH/NV 2001. 1015).	36
Der An- und Verkauf von Wertpapieren überschreitet hiernach die Grenze zur gewerblichen Tätigkeit nur in besonderen Fällen, nämlich dann, wenn sich der Steuerpflichtige nach dem Gesamtbild der Verhältnisse "wie ein Händler" verhalten hat (vgl. BFH-Urteil vom 1. Juni 2004 IX R 35/01, BFHE 206, 273, BStBl II 2005, 26). Für eine	37

gewerbliche Tätigkeit kann dabei insbesondere sprechen, wenn der Steuerpflichtige überwiegend für fremde Rechnung tätig geworden ist (vgl. FG München in EFG 2006, 322 oder wenn eine eng mit den eigenen Wertpapiergeschäften verbundene Tätigkeit für Dritte "besonders ins Gewicht fällt" (BFH-Urteile vom 4. März 1980 VII R 150/76, BFHE 130, 157, BStBl II 1980, 206; vom 29. Oktober 1998 IX R 80/97, BFHE 187, 287, BStBl II 1999, 448; vom 20. Dezember 2000 X R 1/97, BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706). Eine Tätigkeit ausschließlich für eigene Rechnung deutet dagegen darauf hin, dass der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten wird (BFH-Urteil vom 19. Februar 1997, XI R 1/96, BFHE 182, 567, BStBl II 1997, 399). Bestätigt sieht der BFH diese Abgrenzungskriterien durch die Berufsbilder gewerblich tätiger Wertpapierhändler, wie sie sich in den - allerdings anderen (aufsichtsrechtlichen) Zwecken dienenden - Vorschriften des KWG und des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) niedergeschlagen haben (vgl. im Einzelnen BFH-Urteil IX R 7/99, a.a.O.).

Kennzeichnend für ein Wertpapierhandelsunternehmen ist danach die (ausschließliche) Tätigkeit für andere (vgl. auch die Definition der Wertpapierdienstleistungen in § 2 WpHG), während der Handel mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung nur dann als "Finanzunternehmen" (§ 1 Abs. 3 KWG) zu qualifizieren ist, wenn er die Haupttätigkeit des Unternehmens darstellt, die üblicherweise mit institutionellen Partnern abgewickelt wird. Beide Typen des Wertpapierhändlers müssen zudem über ein Mindestmaß an kaufmännischer Organisation verfügen, wie sich für das Wertpapierhandelsunternehmen aus dem Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes (§ 1 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 1 a Satz 1 KWG) und für das Finanzunternehmen aus dem Begriffsbestandteil "Unternehmen" ergibt (vgl. BFH-Urteil X R 7/99, a.a.O.). 38

Nach den vorgenannten Grundsätzen hat der Kl. keinen gewerblichen Wertpapierhandel betrieben. 39

Entgegen der Ansicht des Kl. entsprach seine Tätigkeit im Streitjahr und den vorangegangenen Jahren nicht dem Leitbild eines Finanzdienstleistungsinstituts im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG. Finanzdienstleistungsinstitute sind Unternehmer, die Finanzdienstleistungen für andere gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 1 a Abs. 1 Satz 1 KWG). Neben den im Streitfall nicht in Betracht kommenden Alternativen Anlagevermittlung, Abschlussvermittlung und Eigenhandel für andere gehört zu den Finanzdienstleistungen die Finanzportfolioverwaltung, die in § 1 Abs. 1 a Nr. 3 KWG als "Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum" definiert ist. Die Betätigung als Finanzdienstleistungsinstitut bedarf der Erlaubnis der BaFin nach § 32 KWG; die ohne diese Erlaubnis ausgeübte Geschäftstätigkeit ist strafbar (§ 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG). Als Wertpapierdienstleistungsunternehmen hat der Verwalter entgegengenommene Kundengelder im Übrigen getrennt von eigenem Geld auf Treuhandkonten bei einem Kreditinstitut zur verwahren und dabei offen zu legen, dass die Gelder für fremde Rechnung eingelegt werden (§ 34 a Abs. 1 WpHG). 40

Im Streitfall hatte der Kl. zwar die alleinige Entscheidungskompetenz über die Anlage der ihm von R. überlassenen Mittel. Abgesehen davon, dass er keine Erlaubnis nach § 32 KWG besaß, verwaltete er aber zugleich und überwiegend eigenes Vermögen, das er mit den ihm von R. überlassenen Mitteln vermischte und auf unter seinem eigenen Namen geführten Bankkonten und Depots verwahren ließ. Dem Leitbild eines Finanzportfolioverwalters entspricht dies ebenso wenig wie demjenigen eines Investmentfonds, wie der Kl. im Anschluss an die von der BaFin erteilte Auskunft geltend macht. 41

Investmentfonds sind Publikums-Sondervermögen und sonstige Publikums- oder Spezialsondervermögen, die von einer Kapitalanlagegesellschaft zum Zwecke der gemeinsamen Anlage von Wertpapieren verwaltet werden (§ 2 Abs. 1 Investmentgesetz – InvG -). Kapitalanlagegesellschaften sind Kreditinstitute (§ 2 Abs. 6 InvG), die nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben werden können (§ 6 Abs. 1 Satz 2 InvG). Ihr Geschäftsbetrieb bedarf der schriftlichen Erlaubnis der BaFin (§ 7 Abs. 1 InvG). Entsprechende Regelungen enthielt bereits das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAAG), das bis zum Inkrafttreten des InvG am 1.1.2004 galt (vgl. § 1 Abs. 1 und 3, 2 KAAG). Mit derartigen, an ein breites Publikum gerichteten Wertpapierdienstleistungen einer Kapitalanlagegesellschaft ist die im Streitjahr noch auf die Vermögensverwaltung für sich und seine Mutter beschränkte Tätigkeit des Kl. offensichtlich nicht zu vergleichen, auch wenn die Vermischung von Kundengeldern und eigenem Geld nach der Auskunft der BaFin "mehr an einen Fonds" ... "erinnern" soll. Als Sondervermögen sind die Anlagen eines Fonds allerdings strikt vom Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft zu trennen (§ 30 Abs. 1 Satz 2 InvG; § 6 Abs. 1 Satz 3 KAGG). Dass es unter Nr. 3 der Vereinbarungen des Kl. mit R. vom 17.6.1996 heißt, dass der Kl. Konto und Depot "wie einen Fond" führe, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Diese Klausel dient lediglich der Festlegung und Ermittlung der gegenseitigen schuldrechtlichen Ansprüche, die sich nach dem Prozentsatz richten sollen, der dem jeweiligen rechnerischen Anteil der Vertragspartner am "am gesamten Fond" entspricht (Nr. 3 Satz 2 der Vereinbarung).

Das – allerdings eng mit den eigenen Wertpapiergeschäften des Kl. verbundene – Tätigwerden des Kl. für Rechnung der R. fiel nach Auffassung des Senats im Sinne der BFH-Rechtsprechung auch nicht "besonders ins Gewicht". Im Sachverhalt des in diesem Zusammenhang zitierten BFH-Urteils VIII R 150/76, a.a.O., hatte der Steuerpflichtige in mehreren Teilakten außerbörslich eine Mehrheitsbeteiligung an einer Aktiengesellschaft erworben und wieder veräußert, wobei er überwiegend für fremde Rechnung gehandelt, den eigenen Erwerb durch Bankkredite finanziert und im Zusammenhang mit den für fremde Rechnung erworbenen Anteilen mit verschiedenen Banken Options-, Stimmrechts-, Vollmachts- und Dividendengarantieverträge geschlossen sowie Sicherheiten gestellt und vermittelt hatte. Aus dieser sich über acht Jahre erstreckenden umfangreichen Tätigkeit hatte der BFH das "besondere Gewicht" der für Dritte ausgeübten Tätigkeit hergeleitet. Vergleichbare Bemühungen musste der Kl. im Streitfall für R. nicht entfalten. Abgesehen von den ihm obliegenden Abrechnungspflichten gegenüber R. erhöhte sich durch die Verwaltung des Fremdvermögens lediglich der Anlagebetrag. Dabei überwogen im Streitjahr und den vorangegangenen Jahren die eigenen Mittel ausnahmslos diejenigen, die dem Kl. von R. zur Verfügung gestellt worden waren. Denn sowohl nach der Eröffnungsbilanz auf den 1.1.1996 als auch den Jahresabschlüssen 1996 bis 1998 betrugen die in der Bilanzposition "Verbindlichkeiten gegenüber Kapitalanlegern" ausgewiesenen Anteile stets weniger als 50% der gesamten Wertpapierbestände und Bankguthaben. Das gilt auch für das Streitjahr, in dem den Wertpapierbeständen zum 31.12.1998 in Höhe von 23.555 DM Verbindlichkeiten gegen Kapitalanleger in Höhe von 73.951 DM gegenüberstanden. Von den Letzteren entfielen jedoch 73.951 DM auf Verbindlichkeiten des Kl. aus der vereinbarten Verlustbegrenzung, so dass der rechnerische Anteil der R. an den Kapitalanlagen nur 9.391 DM betrug.

Entscheidend gegen das Gesamtbild eines gewerblichen tätigen Wertpapierhändlers fällt weiter ins Gewicht, dass die Geldanlage "für fremde Rechnung" bis Dezember 1999 ausschließlich für eine nahe Angehörige, nämlich die Mutter des Kl., vorgenommen wurde. Es trifft zwar zu, dass die Bestimmungen des KWG und des WpHG nicht zwischen

Angehörigen und fremden Dritten differenzieren. Während der gewerbliche Wertpapierhändler seine Leistungen jedoch regelmäßig der Öffentlichkeit anbietet, stellt sich die Vermögensverwaltung für nahe Angehörige im Allgemeinen als Maßnahme der innerfamiliären Arbeitsteilung dar, bei der lediglich die größere Kompetenz des einen Familienmitglieds für die anderen Angehörigen nutzbar gemacht wird. Dass dabei eigenes und fremdes Geld – anders als bei gewerblichen Händlern – vermischt wird, ist nach der Erfahrung des Senats nicht selten. Auf eben diese Weise hatte sich auch die vermögensverwaltende Tätigkeit des Kl. entwickelt, der bereits seit den 80iger Jahren Gelder für seine Mutter angelegt hatte, ohne zunächst eine Vergütung hierfür zu erhalten. Dass angesichts des gestiegenen Umfangs des Vermögens und der größeren Umschlagshäufigkeit später eine Honorarvereinbarung getroffen wurde, ändert den privaten Charakter der Vermögensverwaltung nicht.

Hinzu kommt, dass der Kl. auch nicht über das Mindestmaß an kaufmännischer Organisation verfügte, das nach dem BFH-Urteil X R 7/99, a.a.O., für einen gewerblichen Wertpapierhändler erforderlich ist. Er unterhielt insbesondere kein Büro oder andere speziell für den Wertpapierhandel bestimmte Ausstattungsgegenstände, sondern wickelte seine Geschäfte mit Hilfe eines handelsüblichen PC's bzw. Laptops von seinen privaten Räumlichkeiten aus ab. Unmittelbare Geschäftspartner waren nicht institutionelle Marktteilnehmer. Kauf- und Verkaufsaufträge wurden vielmehr ausschließlich seiner depotführenden Bank erteilt. Der weder als Gewerbebetrieb angemeldete noch in sonstiger Weise für Außenstehende als solcher erkennbare Wertpapierhandel stellte auch nicht die Haupttätigkeit des Kl. dar, sondern wurde in seiner Freizeit neben seiner hauptberuflichen Tätigkeit als Gymnasiallehrer betrieben. Ebenso wenig verfügte der Kl. über eine Ausbildung im Bank- oder Börsenwesen oder in einem einschlägigen Hauptberuf gewonnene Erfahrungen auf diesen Gebieten, sondern nur über autodidaktisch und durch die eigene Anlagetätigkeit gewonnene Kenntnisse. Auf die – durchaus erhebliche – Zahl und den Umfang seiner Transaktionen (im Streitjahr: 169 Transaktionen bei einem Gesamtumsatz von 17.883.280 DM) kommt es für die Zuordnung zum Bild des Wertpapierhändlers unter diesen Umständen nicht an (vgl. BFH-Urteil X R 1/97, a.a.O.).

45

Schließlich stellt sich die nach dem Gesamtbild als private Vermögensverwaltung zu qualifizierende Tätigkeit des Kl. auch dann nicht als Gewerbebetrieb dar, wenn sie der Kl. selbst als "Vorbereitungsmaßnahme" für eine Vermögensverwaltung für Dritte verstanden haben sollte. Dabei kann als wahr unterstellt werden, dass der Kl. bereits im Streitjahr "Anbahnungsgespräche" mit den als Zeugen benannten Interessenten mit dem Ziel geführt hatte, sie zur Beteiligung an seinen Wertpapiergeschäften zu veranlassen. Grundsätzlich beginnt zwar der Gewerbebetrieb einkommensteuerrechtlich bereits mit den ersten Vorbereitungshandlungen (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 22. September 1994 IV R 41/93, BFHE 176, 340 und vom 10. Dezember 1992 XI R 45/88, BFHE 170, 487, BStBl II 1993, 538). Gleichwohl bleibt für die Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb auf dem Gebiet des Wertpapierhandels das Gesamtbild der Verhältnisse maßgeblich, das sich im Streitjahr nicht dadurch entscheidend ändert, dass der Kl. seine Vermögensverwaltung für eigene Rechnung und nahe Angehörige als "Erprobungsphase" angesehen hat, in der ausgetestet werden sollte, ob sich damit Erträge erzielen lassen (vgl. Aktenvermerk über die Schlussbesprechung vom 14.9.2001, Bl. 224 Bp-Akte II) und einigen wenigen Personen aus seinem Bekanntenkreis eine Beteiligung an seinen Vermögensanlagen angeboten hat. Im Streitjahr jedenfalls hat er sich deshalb (noch) nicht "wie ein Händler" verhalten. Folgerichtig hat deshalb auch der Kl. selbst bis zur erstmaligen Einschaltung des Bev. im Oktober/November 1998 seine bis dahin ausgeübte Tätigkeit als private Spekulationsgeschäfte eingeordnet und auch steuerlich behandelt.

46

2. Soweit der Kl. Verluste aus diesen Spekulationsgeschäften erlitten hat, kommt eine Verrechnung mit seinen anderweitigen Einkünften nicht in Betracht. Nach dem Beschluss des BVerfG vom 9. März 2004 2 BvR 17/02, BStBl II 2005, 56, ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG hinsichtlich der Veräußerungsgewinne bei Wertpapiergeschäften für den Veranlagungszeitraum 1998 nichtig. Die Erfüllung der Voraussetzungen dieses Steuertatbestandes bildet die Grundlage für die Ermittlung der Einkünfte aus Wertpapierspekulationsgeschäften gemäß § 23 Abs. 3 EStG. Nach Wegfall des Steuertatbestandes ist mithin auch für den Ansatz von Spekulationsverlusten keine Rechtsgrundlage mehr vorhanden (BFH-Urteil vom 14. Juli 2004 IX R 13/01, BFH/NV 2004, 1437). 47
3. Zu Recht hat der Bekl. schließlich auch den Verlust unberücksichtigt gelassen, der dem Kl. – nach Verrechnung mit vereinnahmten Honoraren - durch die Übernahme der Kapitalgarantie gegenüber R. entstanden ist. Wie die vermögensverwaltende Tätigkeit für R. steuerrechtlich zu qualifizieren ist – Leistungen im Sinne des § 22 Abs. 1 Nr. 3 EStG oder sonstige selbständige Tätigkeit im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG – bedarf dabei keiner Entscheidung, da die Vereinbarung der Kapitalgarantie steuerlich nicht anzuerkennen ist. 48
- Aufwendungen aufgrund eines Vertrages zwischen nahen Angehörigen sind nach ständiger BFH-Rechtsprechung grundsätzlich nur dann als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten zu berücksichtigen, wenn die Vereinbarungen in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zustande gekommen sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung des Vereinbarten dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 13. Juli 1999, VIII R 29/97, BFHE 191, 250, BStBl II 2000, 386; vom 7. Juni 2006 IX R 4/04, BFH/NV 2006, 2162 m.w.N.). Lassen die Kriterien des Fremdvergleichs im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung den Rückschluss auf eine privat veranlasste Vereinbarung zu, so ist jedenfalls dem vom Üblichen abweichenden Vertragsbestandteil die steuerliche Anerkennung zu versagen. 49
- Entgegen der Annahme der Bp. dürfte zwar die zwischen dem Kl. und R. vereinbarte Vergütungsregelung als solche (Verwaltungsgebühr, Transaktionsgebühr, Erfolgsbeteiligung) dem Fremdvergleich standhalten, da all ihre Komponenten nach der von der BaFin erteilten Auskunft (Bl. 213) auch in gewerblichen Vermögensverwalterverträgen anzutreffen sind. Anders verhält es sich dagegen mit der vom Kl. übernommenen, auf ein Drittel des am Jahresbeginn eingesetzten Kapitals begrenzten Kapitalgarantie, die die BaFin als "eher unüblich" bezeichnet hat. Dabei ist die vom Kl. von Anfang an betriebene und auch R. bekannte äußerst spekulative Anlagepolitik des Kl. zu berücksichtigen, nach der das gesamte Anlagekapital – vom kurzfristigen "Parken" vorhandenen Barvermögens in Geldmarktfonds abgesehen – ausschließlich in Optionsscheinen und DTB-Indexoptionen angelegt wurde (vgl. für 1998 Bp.-Akte II Bl. 122), d.h. in Finanzinstrumenten, die schon wegen ihrer begrenzten Laufzeit besonders risikobehaftet sind und nicht selten zum Totalverlust führen. Ein für fremde Dritte tätiger Vermögensverwalter wäre deshalb nach Überzeugung des Senats nicht bereit gewesen, eine Kapitalgarantie der vom Kl. mit R. vereinbarten Art abzugeben, wäre er doch Gefahr gelaufen, nicht nur – wie bei einer reinen Erfolgsbeteiligung – kein Honorar für seine Bemühungen zu erhalten, sondern mit dem gesamten eigenen Vermögen für den Erfolg seiner Tätigkeit einstehen zu müssen. 50
- Die damit indizierte private Veranlassung der Kapitalgarantie wird dadurch bestätigt, dass die in den Folgejahren mit familienfremden Anlegern getroffenen vertraglichen Vereinbarungen eine vergleichbare Klausel nicht enthalten, weil der Kl. damit nach eigener Aussage gegenüber der Bp. den eigenen finanziellen Ruin riskiert hätte (vgl. Vermerk über 51

die Schlussbesprechung vom 14.9.2001, Bl. 225 Bp.Akte II).

Darüber hinaus entspricht auch die Durchführung des Vertrages nicht den zwischen fremden Dritten üblichen wirtschaftlichen Gepflogenheiten. Angesichts des im Streitjahr erlittenen nahezu vollständigen Kapitalverlustes (240.582 DM bei einem Anfangsbestand von 249.945 DM) und des damit einhergehenden gravierenden Bonitätsverlustes des Kl. (Eigenkapitalfehlbetrag laut Bilanz 1998: 46.146 DM) hätte ein familienfremder Dritter auf der sofortigen Realisierung seines Anspruchs aus der Kapitalgarantie bestanden, während R. die entsprechenden Mittel dem Kl. ungesichert und unverzinst bis ins Jahr 2000 hinein als Darlehen belassen hat (vgl. Vermerk über eine Schlussbesprechung vom 14.9.2001, Bl. 224 Bp.-Akte II). 52

Zu Unrecht beruft sich der Kl. demgegenüber auf die Existenz der – inzwischen auch in Deutschland zugelassenen – Garantiefonds, die ebenfalls mit einer Kapitalgarantie ausgestattet sind. Dass in derartigen Finanzprodukten investierte Kapital wird allerdings in einer Weise angelegt, die gewährleistet, dass am Ende ihrer Laufzeit das zur Kapitalrückzahlung benötigte Kapital in jedem Fall zur Verfügung steht. So wird etwa ein Teil des Kapitals für Kurssicherungsgeschäfte verwendet oder es werden abgezinste oder Null-Coupon-Anleihen erworben, deren bei Fälligkeit zurückzuzahlender Nominalbetrag bereits das für das Ende der Laufzeit garantierte Kapital abdeckt. Ein Risiko der vom Kl. übernommenen Art und Höhe besteht daher für den Anbieter derartiger Finanzprodukte nicht. 53

4. Die Einkommensteuer ist schließlich auch nicht im Hinblick auf die Bestimmungen des StraBEG niedriger festzusetzen. Die in § 1 Abs. 1 StraBEG vorgesehene pauschalierte Besteuerung setzt voraus, dass Einnahmen nacherklärt werden, die bei der Festsetzung der Einkommensteuer in den Veranlagungszeiträumen 1993 bis 2001 aufgrund unrichtiger, unvollständiger oder unterlassener Angaben zu Unrecht nicht berücksichtigt wurden. Inwiefern der Kl. diese Voraussetzungen erfüllt haben könnte, vermag der Senat nicht zu erkennen. Ebenso wenig würde die im Schrifttum diskutierte Verfassungswidrigkeit der Vorschriften des StraBEG (vgl. z.B. Pezzer, DStZ 2003, 724; Klein DStR 2005, 1833) zu einer niedrigeren Besteuerung des Kl. führen. Denn selbst aus einer – vom BVerfG festzustellenden – Nichtigkeit des StraBEG erwachsen keine Ansprüche des Kl., nach den Bestimmungen dieses Gesetzes besteuert zu werden (vgl. VG Minden, Urteil vom 16. Februar 2005 11 K 1528/04 m.w.N.). 54

Der 10. Senat des FG Köln hält allerdings die Vorschriften der §§ 20 Abs. 1, 32 a EStG insoweit für verfassungswidrig, als sie für gesetzestreue Steuerpflichtige zu einer höheren steuerlichen Belastung führen als das StraBEG für Steuerstraftäter (vgl. Vorlagebeschluss vom 22. September 2005 10 K 1880/05, EFG 2005, 1878). Auch davon ist der Kl. aber nicht betroffen, weil seine Einkünfte aus Kapitalvermögen im angefochtenen Bescheid ohnehin mit 0 DM angesetzt worden sind. 55

Nach allem war die Klage abzuweisen. 56

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. 57

6. Der Senat hat die Revision zugelassen, weil der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zukommt (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO). Die zur Abgrenzung der vermögensverwaltenden Tätigkeit vom Gewerbebetrieb vorzunehmende Beurteilung des Gesamtbildes obliegt zwar grundsätzlich dem Finanzgericht als Tatsacheninstanz. Höchststrichterlich noch nicht hinreichend geklärt erscheint dem Senat aber, unter welchen Voraussetzungen der Wertpapierhandel für andere Personen besonders ins Gewicht fällt und 58

welche Bedeutung dabei dem Umstand zukommt, dass es sich bei den "Dritten" um nahe Angehörige handelt.

