

**Anspruch auf Zuweisung von Verlusten aus einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds i.R.d. Ergebnisverteilung -- Heilung des Mangels der Bekanntgabe durch fehlerfreie Bekanntgabe der Einspruchentscheidung -- Durchführung eines zweistufigen Gewinnfeststellungsverfahrens bzgl. einer Beteiligung eines Treugebers an einer Kommanditgesellschaft über einen Treuhandkommanditisten -- Prüfung der Überschusserzielungsabsicht hinsichtlich einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit nur bei Vorliegen besonderer Umstände**

**Gericht:** FG Hamburg  
**Datum:** 15.12.2009  
**Aktenzeichen:** 2 K 247/08  
**Entscheidungsform:** Urteil

**Rechtsgrundlagen:** § 183 Abs. 1 AO  
§ 68 FGO  
§ 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG

### **Tatbestand**

Der Kläger wendet sich gegen negative Feststellungsbescheide und begehrt die Zuweisung von Verlusten aus seiner Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds im Rahmen der Ergebnisverteilung.

Am 23.08.1999 zeichnete der Kläger eine Beteiligung in Höhe von 80.000 DM (40.903,36 EUR) an der A GmbH und Co KG (Beigeladene zu 1.). Die Beteiligung erfolgte über einen Treuhänder, der B GmbH (Beigeladene zu 2.) im Rahmen eines offenen Treuhandverhältnisses.

Diese Beteiligung finanzierte der Kläger über ein Darlehen bei der Bank-1 in Höhe von 84.000 DM. Das Darlehen war mit 6,5% p.a. zu verzinsen und am 30.09.2009 zurückzuzahlen. Als Sicherheiten wurde der Anteil an der Beigeladenen zu 1.) verpfändet sowie das Guthaben eines C Vermögensaufbaufonds. Nach Angaben des Klägers sollte das Vermögen zur Tilgung des Darlehens über einen Ansparplan in dem C Vermögensaufbaufonds angespart werden, um das Darlehen bei Auslaufen des Darlehensvertrags zum 30.09.2009 in einer Summe zu tilgen. Der Kläger hat zum 30.09.2009 etwa die Hälfte des Darlehens mit dem durch den Fonds angesparten Vermögen tilgen können. Der Restbetrag soll zeitnah in 2010 getilgt werden.

Bei der Beigeladenen zu 1.) handelt es sich um einen in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft geführten geschlossenen Immobilienfonds, der in gewerbliche und Wohnimmobilien in D, E, F, G, H und J investierte. Nach dem Prospekt sollte 1998 eine steuerliche Verlustzuweisung von 55% erfolgen. Ab 1999 sind Ausschüttungen von 5% bis 7% bezogen auf das nominal eingesetzte Kapital vorgesehen. Die Haftung ist auf 10% der Einlage beschränkt, eine Nachschusspflicht besteht nicht. Unter dem Stichwort "Laufzeit der Gesellschaft" heißt es in der Kurzfassung des Angebots: "Entscheidung über Liquidation auf Antrag der Gesellschafter. Liquidation ab 2017 möglich."

Unter dem Stichwort Ertragsplanung ist in dem Prospekt ausgeführt:

"Nachfolgend wird eine prognostizierte Ergebnisentwicklung in der Investitions- und Bewirtschaftungsphase für einen Zeitraum von 20 Jahren dargestellt. Darauf aufbauend erfolgt die Betrachtung der Liquidationsphase."

Unter dem Stichwort steuerliche Grundlagen, Überschusserzielungsabsicht, heißt es in dem Prospekt:

".... Entscheidend ist vielmehr das zu Beginn der beabsichtigten Vermögensnutzung die Möglichkeiten zur Erzielung eines Totalüberschusses besteht. Die Gesellschaft wird nach den derzeit vorliegenden Planungsrechnungen im Jahre 2017 diesen Totalüberschuss erzielen. Wir sind daher zuversichtlich, dass insoweit kein Steuerrisiko besteht (BMF-Schreiben vom 23.07.1992, BStBl. 1992 I 434).

Auf der Ebene des Gesellschafters können durch persönliche Finanzierung der Kapitaleinlage höhere Verluste eintreten, die die Erzielung eines Totalüberschusses hinauszögern. Bei derartigen Fragestellungen sollte der einzelne Gesellschafter seinen Steuerberater konsultieren."

Der Gesellschaftsvertrag lautet in Auszügen:

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens ist die Verwaltung des Vermögens der Gesellschaft, insbesondere seine Anlage in bebauten und unbebauten Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, deren Bebauung mit Wohn- und Geschäftsbauten sowie die nachhaltige Nutzung von gesellschaftseigenen Grundstücken und Gebäuden durch Vermietung und Verpachtung. Die Gesellschaft kann sich an gleichartigen Unternehmen beteiligen. Die Gesellschaft kann in diesem Rahmen alle Geschäfte tätigen, die der Verwaltung ihres Vermögens dienlich sind.

#### § 8 Gewinn- und Verlustbeteiligung, Ausschüttungen

1.

..... Gesellschafter, die erst in 1999 der Gesellschaft beigetreten bzw. ihre Gesellschaftseinlage einzahlen, erhalten auf diese Einzahlung vorab zu Lasten des steuerlichen Ergebnisses 1999 eine prozentual gleich hohe Verlustzuweisung, wie sie die Kommanditisten erhalten haben, die bereits 1998 ihre Einlage geleistet haben. Die nach dieser Vorwegzuweisung verbleibenden steuerlichen Ergebnisse des Jahres 1999 sowie der Folgejahre werden auf die Gesellschafter zeitanteilig im Verhältnis ihrer eingezahlten festen Kapitalkonten zueinander verteilt.

2.

Die Haftungsbeschränkung der Kommanditisten auf die Haftsumme gemäß § 167 Abs. 3 HGB im Außenverhältnis und auf die gezeichnete Gesellschaftseinlage im Innenverhältnis bleibt unberührt. Darüber hinaus liegt die Haftung bzw. Verlusttragung nur bei der persönlich haftenden Gesellschafterin.

#### § 15 Kündigung der Gesellschaft

1.

Jeder nicht zur Geschäftsführung befugte Kommanditist kann alle fünf Jahre die Gesellschaft mit einer Frist von mindestens 12 Monaten zum Ende des Geschäftsjahres - erstmals jedoch zum 31.12.2017 - kündigen. ....

#### § 18 Laufzeit der Kommanditgesellschaft

Die Gesellschaft wird auf unbestimmte Dauer geschlossen. Sie beginnt mit dem Tage der Eintragung im Handelsregister. Die Gesellschafterversammlung kann auf Antrag über die Liquidation der Gesellschaft entscheiden. Eine Liquidation ist frühestens zum 31.12.2007 zulässig.

Eine bei der Beigeladenen zu 1.) durchgeführte Betriebsprüfung für die Jahre 1999 bis 2001 kam zu dem Ergebnis, dass bei der Gesellschaft bezogen auf die prospektierte Laufzeit Überschusserzielungsabsicht bestehe. Aufgrund der Besonderheiten der Finanzierung ihres Kommanditanteils sei jedoch bei einigen Gesellschaftern keine Einkunftserzielungsabsicht gegeben. Diesen Gesellschaftern seien keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus der Beteiligung zuzuweisen.

Aufgrund einer Anschlussprüfung bei der Beigeladenen zu 1.) für die Jahre 2002 bis 2006 ergingen am 30.03.2007 geänderte Feststellungsbescheide u.a. für die Jahre 2003 und 2004. Im Hinblick auf eine angenommene fehlende Einkunftserzielungsabsicht bei dem Kläger wurden ihm in allen Jahren keine Einkünfte zugewiesen. Zur Begründung ist in dem Bescheid für 2003 ausgeführt, dass es sich um einen teils positiven, teils negativen Feststellungsbescheid handle. Die im Einzelnen genannten, allein zivilrechtlich Beteiligten seien nur aus rein technischen Gründen aufgeführt. Ihnen werde die Mitunternehmerschaft wegen des Fehlens der Gewinn- oder Überschusserzielungsabsicht aberkannt.

Die Bescheide sind jeweils der Beigeladenen zu 1.) als Empfangsbevollmächtigte "mit Wirkung für und gegen alle Feststellungsbeteiligten" übersandt worden.

Der Kläger legte am 25.04.2007 u.a. gegen die Gewinnfeststellungsbescheide für 2003 und 2004 vom 30.03.2007 Einspruch ein. Der Einspruch sei zulässig, weil in den kombinierten positiven und negativen Feststellungsbescheiden für den Kläger Einkünfte von 0 EUR festgestellt worden seien. Mit Einspruchsentscheidung vom 28.11.2008 hat der Beklagte die Einsprüche als unbegründet zurückgewiesen.

Am 18.12.2008 hat der Kläger Klage erhoben. Aufgrund der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten typisierenden Betrachtungsweise bei Vermietungseinkünften sei bei einer auf Dauer angelegten Vermietungsabsicht unabhängig von einem tatsächlich zu erwartenden Totalüberschuss von einer Einkunftserzielungsabsicht auszugehen. Er habe mit seiner Beteiligung eine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit bei insgesamt sieben Objekten begründet. Die Fondsgesellschaft sei auf unbestimmte Zeit geschlossen worden. Hinweise auf eine zeitlich begrenzte Vermietungsabsicht ergäben sich nicht. Der erste Anschein einer Einkunftserzielungsabsicht sei damit nicht widerlegt. Der geltend gemachte Verlust sei in den Streitjahren zu berücksichtigen, weil sich aus den vorgelegten Unterlagen nachvollziehbar ergebe, dass über den relevanten Prognosezeitraum von mindestens 30 Jahren ein Gesamtüberschuss erzielt werde. Die negative Entscheidung des Beklagten beruhe letztendlich auf einer Verkennung der Gesamtzusammenhänge. Richtig sei zwar, dass in § 15 des Gesellschaftsvertrages geregelt sei, dass jeder nicht zur Geschäftsführung befugte Kommanditist erstmals zum 31.12.2017 seine Beteiligung kündigen könne. Aus dieser langfristigen Kündigungsregelung ergebe sich jedoch auch, dass jeder Kommanditist eine langfristige Vermietung geplant habe und eine dementsprechende Verpflichtung

tung eingegangen sei. Durch diese Regelung werde nicht zwingend intendiert, dass eine darüber hinausgehende langfristige Vermietung nicht beabsichtigt sei. Das Gesellschaftsverhältnis bestehe fort und eine Kündigung zum 31.12.2017 sei nicht beabsichtigt. Weder aus dem Gesellschaftsvertrag noch aus sonstigen Umständen könne entnommen werden, dass die Vermietungstätigkeit des Fonds zeitlich begrenzt sein solle. Ferner sei bei einer negativen Überschussprognose - wie sie vom Beklagten angenommen werde - auf der zweiten Stufe des zweistufigen Liebhabereibegriffes darzulegen, dass eine auf der privaten Lebensführung beruhende Bereitschaft zur Erzielung negativer Überschüsse bestehe. Es sei auf Grund der Verwaltungsauffassung ein Prognosezeitraum von 100 Jahre zugrunde zu legen. Dieser Prognosezeitraum sei trotz eines nach der neueren Rechtsprechung beachtlichen Zeitraums von 30 Jahren anzuwenden, denn nach einem BMF-Schreiben vom 08.10.2004 (BStBl I 2004, 933) sei dieser Zeitraum erst auf Immobilienfonds anzuwenden, die nach dem 08.10.2004 vertrieben worden seien. Auf diese Verwaltungsauffassung habe er, der Kläger, vertrauen dürfen, zumal in dem Prospekt bei der Darstellung der steuerlichen Grundlagen explizit auf den 100-jährigen Zeitraum hingewiesen worden sei.

In der Prognoserechnung sei zudem nur die normale AfA anzusetzen. Ebenfalls seien in der Prognose keine Zu- oder Abschläge im Hinblick auf die generelle Unsicherheit solcher Prognoserechnungen gemacht worden. Auch sei zu überdenken, ob Veräußerungsgewinne nicht in die Prognoserechnung einzubeziehen seien.

Er, der Kläger, habe zudem dargelegt, dass eine vorzeitige Darlehenstilgung aus dem Guthaben des von ihm abgeschlossenen Ansparfonds beabsichtigt sei. Dies führe zwangsläufig zu einem Wegfall der Zinsen als Sonderwerbungskosten.

Im vorliegenden Fall sei jedoch eine Prognoserechnung überhaupt nicht anzustellen. Der Gesellschaftsvertrag sei auf unbefristete Dauer geschlossen worden.

Im Übrigen entfalte der negative Feststellungsbescheid mangels fehlender Bekanntgabe keine Rechtswirkung. Der Bescheid sei nicht dem Betroffenen bekannt gegeben worden. Die Bekanntgabe an die Beigeladene zu 1.) als vermeintliche Empfangsbevollmächtigte nach § 183 der Abgabenordnung (AO) ersetze nicht eine wirksame Einzelbekanntgabe.

Der Kläger beantragt,

die Feststellungsbescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für die Jahre 2003 und 2004 vom 30.03.2007 und die Einspruchsentscheidung vom 28.11.2008 dahin zu ändern, dass der Kläger an dem Ergebnis der A GmbH und Co KG in 2003 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mit -4.172 EUR und bei den Einkünften nach aus Kapitalvermögen mit 268,97 EUR und in 2004 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mit -4.333 EUR und bei den Einkünften aus Kapitalvermögen mit 141,23 EUR beteiligt wird.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger keine Gewinnerzielungsabsicht hinsichtlich seiner Beteiligung habe. Die Gesellschaft sei zwar dem Grunde nach auf unbestimmte Zeit geschlossen, tatsächlich habe sie jedoch ihren Prognosezeitraum bis Ende 2017 begrenzt durch die erstmalig zum 31.12.2017 zulässige Kündigung und mögliche Auflösung der Gesellschaft. Ab diesem Stichtag sei es dem Gesellschafter möglich, unabhängig von einer tatsächlichen Auflösung oder einem Fortbestehen der Gesellschaft, seine Anteile ohne Auflagen zu veräußern. Aufgrund der vertraglichen Gestaltung sei eindeutig von einer Haltedauer der Beteiligung von 22 Jahren auszugehen mit der Folge, dass der Prognose für die Überschusserzielungsabsicht ebenso ein Zeitraum von 22 Jahren zugrunde zu legen sei. Bei einer Beteiligung an einem Immobilienfonds handle es sich um eine Kapitalanlage, bei der nicht wie sonst bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung eine Lebens- und Haltedauer von 30 oder 100 Jahren zugrunde zu legen sei. Die Anleger seien in dem Zeichnungsprospekt darüber informiert worden, dass bei Anerkennung von steuerlichen Verlusten aus Vermietung und Verpachtung ein Totalüberschuss innerhalb des Zeitraums der voraussichtlichen Vermögensnutzung erzielt werden müsse. Hierbei sei auf den Prognosezeitraum bis zum Jahr 2017 hingewiesen worden. Des Weiteren sei den Gesellschaftern mitgeteilt worden, dass durch persönliche Finanzierung der Kapitalanlage höhere Verluste eintreten könnten, die die Erzielung eines Totalüberschusses hinauszögerten. Auf Gesellschaftsebene sei von der Absicht, einen Totalgewinn zu erzielen, auszugehen. Auf der Ebene des Klägers führten die Finanzierungskosten im Prognosezeitraum zu einem Werbungskostenüberschuss und verhinderten einen Totalüberschuss. Er, der Beklagte, habe dabei von den

Darlehensbedingungen ausgehen können, wie sie der Kläger mit seiner Bank vereinbart habe. Für zinsgünstigere Konditionen nach der Zinsbindungsphase habe die Betriebsprüfung keinerlei Hinweise feststellen können.

Ein Anleger könne sich bei seiner Entscheidung, ob er in einen geschlossenen Immobilienfonds investiere oder nicht, nur am Prospekt orientieren. Folglich habe der Kläger nur von einer Laufzeit von 22 Jahren bei seiner Investitionsentscheidung ausgehen können. Alles darüber Hinausgehende wäre unseriös, da dann auch mit höheren Erhaltungsaufwendungen etc. gerechnet werden müsste. Der gesamte Prospekt der Gesellschaft sei auf eine Laufzeit von 22 Jahren ausgelegt. Dies allein spreche schon für einen verkürzten Prognosezeitraum. Hinzukomme, dass erst nach Ablauf dieser Zeit erstmals ein Kündigungsrecht ohne größere finanzielle Verluste bestehe. In der begrenzten Laufzeit des Fonds von 22 Jahren liege auch das von der Rechtsprechung geforderte Beweisanzeichen, das gegen die Regelvermutung der Überschusserzielungsabsicht bei Vermietung und Verpachtung spreche. Es bestünden erhebliche Zweifel an der erforderlichen langfristigen Vermietungstätigkeit auf der Stufe der Anleger. Die von dem Kläger gewählte Finanzierung, die durch die hohen Zinsen zu hohen Sonderwerbungskosten führen solle, rentiere sich im Ergebnis nur über einen Ausstieg nach begrenzter Zeit und einen (steuerfreien) Veräußerungsgewinn.

Mit Beschluss vom 08.09.2009 hat das Gericht die A GmbH und Co KG und mit Beschluss vom 10.11.2009 die B GmbH zum Verfahren notwendig beigeladenen.

Am 27.11.2009 hat der Beklagte Ergänzungsbescheide zu den Gewinnfeststellungsbescheiden für die Jahre 2003 und 2004 erlassen, in denen jeweils festgestellt wurde, dass die Beigeladene zu 2.) Anteile an der Beigeladenen zu 1.) treuhänderisch für den Kläger gehalten hat. Die Gewinnfeststellungsbescheide werden um die Beteiligung der Beigeladenen zu 1.) als Treuhänderin mit auf sie entfallenden Einkünften aus Vermietung und Verpachtung von 0,00 EUR ergänzt. Weiter wird ausgeführt, dass der Kläger als Treugeber-Kommanditist an den Einkünften mit 0,00 EUR beteiligt ist, weil es an einer Einkunftserzielung mangelt.

Dem Gericht haben vorgelegen die sechs Bände Gewinnfeststellungsakten u.a. mit den Gewinnfeststellungsbescheiden für die Jahre 1999 bis 2004, eine Akte Allgemeines, die Betriebsprüfungsakte, acht Bände Bp-Arbeitsakten und die Rechtsbehelfsakte zu der Steuernummer .../.../... .

## **Entscheidungsgründe**

### **I.**

Die Klage ist zulässig. Der Kläger beschränkt sich mit seinem Begehren auf den von ihm anfechtbaren Teil der Verteilung des auf der ersten Stufe des Gewinnfeststellungsverfahrens festgestellten Gewinns und begehrt die Zuweisung von Gewinnanteilen entsprechend seiner Beteiligung.

### **II.**

Die Klage ist auch begründet. Die angefochtene Verteilung der festgestellten Einkünfte ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Es ist von einer Gewinnerzielungsabsicht des Klägers im Hinblick auf seine Beteiligung an der Beigeladenen zu 1) auszugehen, so dass er entsprechend seinem Anteil an den Einkünften der Beigeladenen zu 1) zu beteiligen ist.

#### **1.**

Die angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheide sind formell wirksam. Die Gewinnfeststellungsbescheide sind dem Kläger zwar nicht nach § 183 Abs. 1 AO wirksam bekannt gegeben worden.

Es handelt sich bei den Bescheiden um kombinierte positiv-negative Gewinnfeststellungsbescheide, denn sie regeln zum einen, wer als Mitunternehmer der Kommanditgesellschaft und in welcher Höhe Einkünfte erzielt und zum anderen, wer nicht steuerlicher Mitunternehmer ist. Ein kombinierter positiv-negativer Gewinnfeststellungsbescheid muss als Adressaten sowohl die Personen bezeichnen, die nach Auffassung der Finanzbehörde Mitunternehmer sind, als auch diejenigen Gesellschafter, deren Mitunternehmerstellung verneint wird (BFH, Urteil vom 26.03.1991 - VIII R 20/91, BFH/NV, 1991, 793 m.w.N.). Sie sind alle von dem einheitlichen Bescheid betroffen, so dass er ihnen allen bekanntgegeben werden muss, um volle Wirksamkeit zu entfalten.

Eine wirksame Bekanntgabe an die Beteiligten, deren Mitunternehmerstellung durch den Feststellungsbescheid verneint worden ist, ist nicht durch die Bekanntgabe der Bescheide an den Empfangsbevollmächtigten bewirkt worden. An den Empfangsbevollmächtigten ist die Bekanntgabe zwar mit Wirkung für und gegen alle Feststellungsbeteiligten erfolgt. Die Beteiligten, deren Mitunternehmerstellung verneint wird, sind jedoch nicht Feststellungsbeteiligte im Sinne des §

183 Abs. 1 S. 1 AO. Der Begriff ist materiellrechtlich zu verstehen, denn die erleichterte Bekanntgabe gilt lediglich für die Fälle, in denen die mehreren Personen "an dem Gegenstand der Feststellung als Gesellschafter oder Gemeinschaftler beteiligt sind." Das trifft nach Auffassung des Beklagten nach der in den Bescheiden getroffenen Feststellung auf den Kläger nicht zu.

Dieser Fehler der Bekanntgabe ist jedoch durch die fehlerfreie Zustellung der Einspruchsentscheidung an den Bevollmächtigten des Klägers geheilt. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist Gegenstand der Klage der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch die Entscheidung über den außergerichtlichen Rechtsbehelf erhalten hat (st. Rpr., vgl. BFH, Urteil vom 26.03.1991 - VIII R 20/91, BFH/NV 1991, 793, m.w.N.). Dem Kläger sind die Gewinnfeststellungsbescheide bekannt geworden und er hat dagegen Einspruch eingelegt, auch wenn der Beklagte die Bescheide dem Kläger nicht ordnungsgemäß bekannt gegeben hat. Dieser Mangel der Bekanntgabe ist durch fehlerfreie Bekanntgabe der Einspruchsentscheidung geheilt.

## 2.

Die angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheide sind nach Erlass der Ergänzungsbescheide vom 27.11.2009 formell rechtmäßig.

Sind - wie im vorliegenden Fall - an einer Kommanditgesellschaft Treugeber über einen Treuhandkommanditisten beteiligt, so ist nach ständiger Rechtsprechung ein zweistufiges Gewinnfeststellungsverfahren durchzuführen. Auf der ersten Stufe ist der Gewinn oder Verlust der Gesellschaft festzustellen und auf die Gesellschafter einschließlich der Treuhandkommanditisten aufzuteilen. In einer zweiten Stufe ist der Gewinnanteil des Treuhänders auf die Treugeber aufzuteilen. Beide Feststellungen können jedoch miteinander verbunden werden, wenn das Treuhandverhältnis allen Beteiligten bekannt ist (vgl. BFH, Beschluss vom 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283; Urteil vom 13.07.1999 - VIII R 76/97, BStBl II 1999, 747, jeweils m.w.N.).

Die Gewinnfeststellungsbescheide 2003 und 2004 nehmen keine Trennung zwischen Treuhandkommanditist, weiteren Kommanditisten und den Treugebern vor, sondern weisen auch die Treugeber als Kommanditisten aus. Die Beigeladene zu 2) wird als Beteiligte der Beigeladenen zu 1) überhaupt nicht aufgeführt. Werden in einem Gewinnfeststellungsbescheid anstelle des Treuhandkommanditisten die Treugeber aufgeführt, ist die Gewinnfeststellung für die Kommanditgesellschaft unvollständig, weil der Treuhandkommanditist nicht als Gesellschafter ausgewiesen und nicht am Gesellschaftsgewinn beteiligt worden ist. Da insoweit eine notwendige Feststellung unterblieben ist, hat das Finanzamt die Lücke durch einen Ergänzungsbescheid nach § 179 Abs. 3 AO zu schließen (vgl. BFH, Urteil vom 13.03.1986 IV R 204/84, BStBl II 1986, 584; Beschluss vom 10.11.1994 - IV B 64/93, BFH/NV 1995, 565).

Der Beklagte konnte im vorliegenden Fall das zweistufige Gewinnfeststellungsverfahren grundsätzlich in einem Bescheid zusammenfassen, denn der Kläger ist über ein offenes Treuhandverhältnis an der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Mit den Ergänzungsbescheiden vom 27.11.2009 hat der Beklagte die Gewinnfeststellungsbescheide 2003 und 2004 um die unterbliebene Feststellung ergänzt, dass die Beigeladene zu 2) als Treuhandkommanditistin Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1) ist und für die Treugeber am Gewinn der Gesellschaft beteiligt ist. Die in den angefochtenen Bescheiden bestehende Lücke ist damit durch Nachholung der notwendigen Feststellung zur Treuhandkommanditistin geschlossen worden. Dies gilt unabhängig davon, dass es sich bei den Ergänzungsbescheiden um selbständige, durch gesondertes Rechtsmittel anfechtbare Bescheide handelt, die nicht nach § 68 der Finanzgerichtsordnung (FGO) Gegenstand dieses Verfahrens geworden sind.

## 3.

Die angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheide sind jedoch in der Weise zu ändern, dass die festgestellten Einkünfte der Beigeladenen zu 1) auch auf den Kläger entsprechend seinem Anteil zu verteilen sind. Er ist als Mitunternehmer an der Beigeladenen zu 1) beteiligt, denn es besteht kein Anlass, das Vorliegen einer Überschusserzielungsabsicht zu verneinen.

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) erzielt, wer ein Grundstück gegen Entgelt zur Nutzung überlässt und beabsichtigt, auf die voraussichtliche Dauer der Nutzung des Grundstücks einen Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen. Nach dem Regelungszweck des § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG ist bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich und typisierend - wenn also keine besonderen Umstände dagegen sprechen - davon auszugehen, dass der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften, auch wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben (st. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 10.05.2007 - IX R 7/07, BStBl II 2007, 873; Urteil vom 19.04.2005 - IX R 15/04, BStBl II 2005, 754 [BFH 19.04.2005 - IX R 15/04]). Von einer auf Dauer ausgerichteten Vermietung ist

nur auszugehen, wenn sie nach den bei ihrem Beginn ersichtlichen Umständen keiner Befristung unterliegt (st. Rspr., BFH, Beschluss vom 02.07.2008 - IX B 46/08, BStBl II 2008, 815; Urteil vom 29.03.2007 - IX R 7/06, BFH/NV 2007, 1847; Urteil vom 09.07.2002 - IX R 57/00, BStBl II 2003, 695).

Aufgrund der nach dem Regelungszweck der Norm vermuteten Einkunftserzielungsabsicht bei auf Dauer angelegter Vermietungstätigkeit reicht allein die Tatsache, dass über einen längeren Zeitraum Werbungskostenüberschüsse erzielt werden, für sich gesehen noch nicht aus, um die Absicht, einen Totalüberschuss zu erzielen, zu verneinen. Vielmehr muss auch bei längeren Verlustperioden aus weiteren objektiven Umständen die Feststellung möglich sein, dass der Steuerpflichtige die verlustbringende Tätigkeit nur aus im Bereich seiner persönlichen Lebensführung liegenden Gründen und Neigungen ausübt. Ein objektives Beweisanzeichen für das Fehlen der Einkünfteerzielungsabsicht kann es z.B. sein, wenn nach der vertraglichen Gestaltung kein positives Totalergebnis erreicht werden kann und die Tätigkeit allein darauf angelegt ist, Steuervorteile dergestalt zu erzielen, dass durch die Geltendmachung von Verlusten andere an sich zu versteuernde Einkünfte nicht mehr versteuert werden müssen. Der Grund für die Fortführung der verlustbringenden Tätigkeit liegt dann im Bereich der privaten Lebensführung (st. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 21.11.2000 - IX R 2/96, BStBl II 2001, 789 m.w.N.).

a.)

Die Grundsätze dieser Rechtsprechung sind auch im vorliegenden Fall zugrunde zu legen. Der Senat sieht keine sachgerechten Unterscheidungskriterien dafür, die Investition in Immobilien über einen geschlossenen Immobilienfonds anders zu behandeln als den (unmittelbaren) Kauf einer Immobilie allein oder mit wenigen weiteren Beteiligten. Der Einzelinvestor, aber auch der Gesellschafter eines Immobilienfonds erzielt Einkünfte aus der Vermietung oder Verpachtung der Immobilien, so dass unabhängig von einer möglicherweise größeren persönlichen Nähe zu dem Objekt der Investition dieselben steuerlichen Grundsätze bei der Würdigung der Einkünfte anzusetzen sind.

b.)

Unstreitig liegt auf der Ebene der Beigeladenen zu 1) Überschusserzielungsabsicht vor.

Unabhängig davon, ob auf der Ebene der Gesellschaft überhaupt die Voraussetzungen für eine Prüfung der Überschusserzielungsabsicht vorliegen, gehen die Beteiligten zutreffend davon aus, dass auf dieser Ebene Einkünfterzielungsabsicht besteht. Gegenstand der Beigeladenen zu 1.) ist eine nachhaltige Nutzung von gesellschaftseigenen Grundstücken und Gebäuden durch Vermietung und Verpachtung. Zwar sollen nach dem Konzept gerade in den ersten Jahren durch die Nutzung von Sonderabschreibungen den Gesellschaftern steuerliche Verluste zugewiesen werden. Die Gesellschaft wirbt in dem Prospekt auch ausdrücklich damit, dass im ersten Jahr steuerliche Verluste in einem Gesamtvolumen von ca. 55% der gezeichneten Kommanditbeteiligungen mit den für den Anleger positiven steuerlichen Auswirkungen zugewiesen werden können. Trotz der anfänglichen Verluste wird nach einer prospektierten Laufzeit von 22 Jahren ein Überschuss erzielt. Anhaltspunkte dafür, dass die in dem Prospekt vorgenommene Prognoserechnung von unzutreffenden oder unrealistischen Annahmen ausgeht, bestehen nicht. Nach der bei der Beigeladenen zu 1.) durchgeführten Betriebsprüfung und Würdigung der Annahmen der Ertragsplanung ist auch der Beklagte zu dem Ergebnis gekommen, dass auf der Ebene der Gesellschaft Überschusserzielungsabsicht besteht.

c.)

Auch auf der Ebene des Klägers ist von einer Überschusserzielungsabsicht auszugehen. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, nicht entsprechend dem Regelungszweck des § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG die Überschusserzielungsabsicht zu Grunde zu legen.

Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich und typisierend davon auszugehen, dass der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften, auch wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben. Diese Vermutung gilt jedoch nur bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit.

Zweifel an einer bei dem Kläger auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit ergeben sich nicht aufgrund der sich aus dem Anlageprospekt ergebenden Ertragsplanung für nur 20 Jahre. Nach diesem Zeitraum der Investitions- und Bewirtschaftungsphase wird nach der Ertragsplanung laut Prospekt von einer Liquidationsphase ausgegangen. Der Senat geht mit dem Beklagten davon aus, dass der Prospekt die maßgebliche Grundlage für die Anlageentscheidung des Klägers gewesen ist und dass er deshalb von einer Kapitalbindung über einen Zeitraum von mindestens 20 Jahre ausgegangen sein muss. Der Kläger behauptet auch selbst nicht, eine ergänzende Ertragsplanung vorgenommen zu haben. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass er lediglich über den befristeten Zeitraum von 20 Jahren und einer anschließenden Liquidationsphase Vermietungseinkünfte aus dieser Beteiligung erzielen wollte. Nach Angaben des Klägers sollte die Inves-

tition der Alterssicherung dienen und war deshalb langfristig angelegt. Es bestehen im vorliegenden Fall keine objektiven Hinweise, dass vorneherein eine zeitliche Begrenzung der Beteiligung auf 20 Jahre beabsichtigt war. Die Gesellschaft ist laut Gesellschaftsvertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen. Der Gesellschafter kann mit Ablauf des Jahres 2017 seine Beteiligung kündigen und erhält dann einen Abfindungsbetrag entsprechend des bei einer Auflösung auf ihn entfallenden Auseinandersetzungsguthabens. Eine Liquidation ist frühestens zum 31.12.2017 zulässig. Sie erfordert einen Gesellschafterbeschluss mit Zwei-Drittel-Mehrheit. Aus diesen Regelungen ergibt sich, dass mit Ablauf des Jahres 2017 eine Aufgabe der Beteiligung ohne wirtschaftliche Nachteile möglich ist, sie muss jedoch nicht erfolgen. Anders als in den bislang entschiedenen Fällen (vgl. Beschluss vom 02.08.2008 - IX B 46/08, BStBl 2008 II, 815; Beschluss vom 27.08.2008 - IX B 33/08, BFH/NV 2008, 1841; Urteil vom 08.03.2006 - IX R 19/04, BFH/NV 2006, 1637) ergibt sich aus dem Konzept des Immobilienfonds keinerlei Hinweis darauf, dass die Beigeladene zu 1) zum 31.12.2017 tatsächlich beendet werden wird. Insbesondere hat der Immobilienfonds sich nicht der Möglichkeit gegeben, die Grundstücke zeitlich unbegrenzt zu nutzen. Ebenso wenig wird den Kapitalanlegern durch eine Rückkaufgarantie die Möglichkeit eingeräumt, sich ohne Schwierigkeiten und ohne Vermögensverluste unter Mitnahme der modellbedingten Steuervorteile jederzeit von der Immobilie zu trennen. Allein der in dem Prospekt zu Grunde gelegte Prognosezeitraum von 20 Jahren ist nicht geeignet, von einer befristeten Vermögensnutzung auszugehen, wenn darüber hinaus weder bei der Gesellschaft noch bei dem Gesellschafter tatsächliche Anhaltspunkte für eine befristete Investition bestehen.

Ist danach von einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit auszugehen, ist die Überschusserzielungsabsicht nur zu prüfen, wenn besondere Umstände vorliegen, die gegen eine Überschusserzielungsabsicht sprechen.

Der Kläger hat seine Beteiligung zu 100% fremdfinanziert. Das Darlehn mit einer Laufzeit von 10 Jahren wird nicht in monatlichen Raten getilgt, sondern sollte durch parallel angespartes Vermögen am Ende der Laufzeit abgelöst werden. Diese Art der Finanzierung führt durch die Zinslast zu hohen Werbungskosten. Dennoch ist in dieser Form der Finanzierung noch kein besonderer Umstand zu sehen, der gegen eine Überschusserzielungsabsicht spricht. Denn die vertragliche Gestaltung schließt es nicht aus, dass ein positives Totalergebnis erzielt werden kann und lässt nicht erkennen, dass es dem Kläger allein um die Geltendmachung von Verlusten ging.

Allein ein krasses Missverhältnis zwischen den Mieteinnahmen und den Schuldzinsen ist nach der Rechtsprechung noch kein besonderer Umstand, der zur Überprüfung der Einkünfteerzielungsabsicht durch eine Prognose führt, wenn beispielsweise die wegen der Refinanzierung von Zinsen zunächst hohen Schuldzinsen nach dem gewählten Finanzierungskonzept zum Ende der Laufzeit der Darlehen durch positive Einkünfte kompensiert werden (vgl. BFH, Urteil vom 10.05.2007 - IX R 7/07, BStBl II 2007, 873). Ebenso ist eine Finanzierung zu 100% mit einer Darlehenslaufzeit von 10 Jahren ohne Tilgung nicht geeignet, die gesetzliche Vermutung zu erschüttern (vgl. BFH, Urteil vom 19.04.2005 - IX R 15/04, BStBl II 2005, 754 [BFH 19.04.2005 - IX R 15/04]; Urteil vom 19.04.2005 - IX R 10/04, BStBl II 2005, 692). Die von dem Kläger gewählte Art der Finanzierung ist nicht ungewöhnlich, sondern entspricht durchaus einer marktgerechten Finanzierungsart. Die während der Laufzeit des Darlehens entstandenen Werbungskostenüberschüsse werden durch die danach anfallenden positiven Ergebnisse ausgeglichen, so dass eine Kompensation der anfänglich hohen Werbungskosten vorgesehen ist.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger nach Ablauf des Darlehensvertrages lediglich die Hälfte durch das angesparte Vermögen hat tilgen können. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognose ist der Zeitpunkt der Investitionsentscheidung. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger entgegen seinen Angaben und abweichend von dem angebotenen Anlagemodell das angesparte Vermögen nicht zur Tilgung des Darlehens einsetzen wollte oder davon ausgehen musste, dass das Vermögen nicht zur Tilgung der Darlehenssumme ausreichen würde. Die krassen Entwicklungen an den Finanzmärkten waren bei der Investitionsentscheidung in 1999 nicht absehbar.

Es liegen auch im Übrigen keine Beweisanzeichen für das Fehlen einer Einkünfteerzielungsabsicht vor. Die in § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags geregelte abweichende Verlustverteilung, die zu einer Gleichstellung der Beteiligten unabhängig von ihrem Eintritt in die Gesellschaft führt, ist kein Indiz dafür, dass es dem Kläger in erster Linie um die Zuweisung von Verlusten gegangen ist. Der handelsrechtliche Sinn einer solchen Regelung besteht darin, dass die Kommanditisten unabhängig von ihrem Eintrittsdatum gleich behandelt werden sollen. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass für diese abweichende Verlustzuweisung eine außerbetriebliche Veranlassung bestanden hat oder die handelsrechtliche Regelung rechtsmissbräuchlich ist (vgl. BFH vom 17.03.1987 VIII R 293/82, BStBl II 1987, 558 und BFH vom 07.07.1983 IV R 209/80, BStBl II 1984, 53). Darüber hinaus beruht die hohe Verlustzuweisung im ersten Jahr ganz überwiegend auf die Geltendmachung von Sonderabschreibungen nach dem Fördergebotsgesetz. Bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit sind Sonderabschreibungen gemäß §§ 1, 3, 4 Fördergebotsgesetz nicht in die Prognose einzubeziehen (vgl. BFH, Urteil vom 09.07.2002 - IX R 57/00, BStBl II 2003, 695 [BFH 09.07.2002 - IX R 57/00]) - wovon auch der Beklagte bei seiner Prognoserechnung ausgegangen ist.

Es fehlt danach an den Voraussetzungen, die Überschusserzielungsabsicht zu prüfen. Vielmehr ist typisierend davon auszugehen, dass eine Überschusserzielungsabsicht vorliegt. Im Übrigen führt auch eine Fortschreibung der von der Beigeladenen zu 1) angestellten Ertragsplanung über einen Zeitraum von 30 Jahren und unter Berücksichtigung erhöhter Reparatur- und Instandsetzungskosten zu einem Überschuss. Angesichts des verbleibenden relativ geringen Werbungskostenüberschusses nach 22 Jahren stellt auch der Beklagte dies nicht in Frage.

Entsprechend seiner Beteiligung ist der Kläger am Ergebnis der Beigeladenen zu 1) in 2003 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mit -4.172 EUR und bei den Einkünften aus Kapitalvermögen mit 268,97 EUR sowie in 2004 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung mit -4.333 EUR und bei den Einkünften aus Kapitalvermögen mit 141,23 EUR zu beteiligen.

Der Beklagte hat nach § 135 Abs. 1 FGO die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Beigeladenen haben ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen, da sie keine Anträge gestellt haben und damit auch kein Kostenrisiko eingegangen sind. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten folgt aus § 151 Abs. 3, § 155 FGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 710 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 115 Abs. 3 FGO liegen nicht vor.