Urteil vom 30. November 2023, IV R 10/21

Nachhaltiger Ankauf notleidender Darlehensforderungen nicht ohne Weiteres originär gewerbliche Tätigkeit

ECLI:DE:BFH:2023:U.301123.IVR10.21.0

BFH IV. Senat

GewStG § 2 Abs 1, EStG § 15 Abs 3 Nr 1, EStG § 15 Abs 2 S 1, GewStG VZ 2008 , EStG VZ 2008

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg , 11. März 2021, Az: 6 K 6322/17

Leitsätze

1. Bei einem Forderungskäufer kommt es zur Beurteilung der Frage der Nachhaltigkeit seiner Tätigkeit nicht auf die Verwertungs-, sondern auf die Beschaffungsseite an (Bestätigung der Rechtsprechung).

2. Der nachhaltige Ankauf von notleidenden Darlehensforderungen nebst Sicherungsrechten begründet nicht ohne Weiteres die Annahme einer originär gewerblichen Tätigkeit des Forderungskäufers. Ob die Tätigkeit eines Forderungskäufers die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschreitet, ist im Einzelfall nach dem Gesamtbild der Verhältnisse unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu beurteilen.

3. § 2 Abs. 1 Satz 2 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) ist verfassungskonform dahin auszulegen, dass ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 des Einkommensteuergesetzes nicht als nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gilt (Bestätigung der Rechtsprechung).

Tenor

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 11.03.2021 - 6 K 6322/17 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Tatbestand

A.

1 Zwischen den Beteiligten ist nur noch streitig, ob die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) im Jahr 2008 (Streitjahr) gewerbesteuerpflichtig war.

2 Gegenstand des Unternehmens der zunächst unter A-GmbH & Co. KG firmierenden Klägerin war laut Gesellschaftsvertrag "der Ankauf von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Wertpapieren und sonstigen Kapitalanlagen aller Art sowie deren Vermietung, Verpachtung und Verwaltung ihres eigenen Vermögens". Gründungskomplementärin der Klägerin war die weder am Vermögen noch am Ergebnis beteiligte A-GmbH (GmbH). Gründungskommanditist der Klägerin und alleiniger Gesellschafter der GmbH war A. Zur Geschäftsführung der Klägerin war allein der Kommanditist berechtigt und verpflichtet. A hielt den Kommanditanteil sowie die Beteiligung an der GmbH als Treuhänder für Z (nachfolgend auch Treugeberin). Z war die Lebensgefährtin und spätere Ehefrau des E.

3 Mit Vertrag vom 03.04.2007 übertrug A den Geschäftsanteil an der GmbH und seinen Kommanditanteil an der Klägerin auf F. Zugleich wurde der Treuhandvertrag dahin geändert, dass F die Beteiligungen als Treuhänderin halten sollte. Treugeberin blieb unverändert Z. Im Jahr 2011 trat F als Kommanditistin der Klägerin aus. Als Kommanditistin wurde nunmehr Z im Handelsregister eingetragen. Im Jahr 2012 kam es zu einem Wechsel der Komplementärin der Klägerin.

4 In den Jahren 2004 bis 2006 kaufte die Klägerin für insgesamt 2.050.000 € mit Genehmigung der Treugeberin von mehreren Banken notleidende Darlehensforderungen unter Nennwert an oder löste Darlehensforderungen durch Zahlung einer unter Nennwert der Gesamtforderungen liegenden Summe gegen Freigabe diverser Sicherheiten ab. Diesen Kauf- und Ablösungsvorgängen lagen sechs zivilrechtlich selbständige Verträge zwischen den ehemaligen Gläubigern der gekauften und abgelösten Forderungen zu Grunde. Bei einem dieser Kauf- und Ablösungsvorgänge traten Leistungsstörungen auf; er wurde nicht erfüllt. Die fünf vollzogenen Kauf- und Ablösungsverträge wurden mehrheitlich von verschiedenen Vergleichsvereinbarungen zwischen den jeweiligen Forderungsschuldnern und den involvierten Banken flankiert. Bei allen Kauf- und Ablösungsvorgängen trat die Klägerin als Forderungskäuferin oder als diejenige auf, die die fremde Darlehensschuld ablöste. Als Altgläubiger beziehungsweise Forderungsverkäufer waren bei drei der Kauf- und Ablösungsverträge die B-Bank (B), einmal die C-Bank und einmal die S-GmbH & Co. KG involviert. Schuldner der jeweils erworbenen Forderungen waren in den fünf vollzogenen Kauf- und Ablösungsvorgängen entweder E persönlich oder eine Gesellschaft, an der E zumindest beteiligt war. Sofern bei den Kauf- und Ablösungsvorgängen der Klägerin auf Altgläubigerseite die B auftrat, waren jeweils unterschiedliche Kreditengagements betroffen.

5 Zur Sicherung der gekauften Darlehensforderungen beziehungsweise zur Sicherung der Regressforderung gegen den Forderungsschuldner wurden in den Kauf- und Ablösungsverträgen zwischen der Klägerin und den Gläubigern sowohl bestehende, akzessorische Sicherheiten auf die Klägerin übertragen als auch zusätzliche, nicht akzessorische Sicherheiten (überwiegend Grundpfandrechte). Zusätzlich ließ sich die Klägerin von den jeweiligen Forderungsschuldnern Vermögensansprüche aus verschiedenen Beteiligungen abtreten.

6 Die Finanzierung der Forderungskaufpreise und Ablösesummen erfolgte zum großen Teil fremdfinanziert, wobei die angekauften Forderungen selbst und die diesbezüglichen Sicherungsmittel zum Teil bereits im Voraus an die finanzierenden Dritten als Sicherheit abgetreten wurden.

7 Im Folgenden flossen der Klägerin aus einem Teil der Kauf- und Ablösungsvorgänge unregelmäßig Einnahmen aus den abgetretenen Forderungen sowie den zur Sicherung abgetretenen Vermögensansprüchen zu, etwa Mieteinnahmen oder Auskehrungen von Grundstücksverkaufserlösen. Darüber hinaus erfolgten auch unregelmäßig Zinszahlungen auf die erworbenen Forderungen. Für die Überwachung der Zahlungen und Ansprüche aus den abgetretenen Vermögensrechten unterhielt die Klägerin keine eigenen Büroräume. Sie hatte auch keine eigenen Angestellten. Die Mietverhältnisse, deren Einnahmen zum Teil Gegenstand der Abtretungen waren, wurden weiterhin von den bereits zuvor beauftragten Hausverwaltungen verwaltet. Die Buchhaltung der Klägerin erledigte die Kanzlei der Klägervertreterin. Diese prüfte auch die Kongruenz der auf den Konten der Klägerin eingehenden Mieteinnahmen mit den Aufstellungen der Hausverwaltungen. Die Klägerin entfaltete keine Mahnungs- oder Vollstreckungstätigkeit gegenüber den jeweiligen Schuldnern der abgelösten Forderungen. Keine der abgelösten beziehungsweise erworbenen Forderungen wurde in den Folgejahren durch die Klägerin verkauft.

8 Im Streitjahr erhielt die Klägerin 3.290.000 € aus der Verwertung einer Sicherheit. Im Verwertungsprozess hatte sie keine aktive Rolle eingenommen. Im Jahr 2016 schrieb die Klägerin --von der Außenprüfung unbeanstandet-- die uneinbringlichen Restforderungen aus den Ablösungsvorgängen ab.

9 Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) war die Klägerin im Streitjahr an der L-GmbH & Co. KG beteiligt, für die bestandskräftig gewerbliche Einkünfte gesondert und einheitlich festgestellt waren. Im Streitjahr nahm die Klägerin an deren Gewinnverteilung jedoch nicht teil.

10 In ihren Feststellungserklärungen für 2004 und 2005 hatte die Klägerin zunächst gewerbliche Einkünfte erklärt, später jedoch dem vormals zuständigen Finanzamt (FA A) mitgeteilt, dass sie keine gewerblichen Einkünfte erziele. Das hierzu geführte Klageverfahren (Aktenzeichen des FG 6 K 6221/09) endete mit einer Klagerücknahme.

11 Die Klägerin erklärte für das Streitjahr ausschließlich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie Einkünfte aus Kapitalvermögen. Eine Gewerbesteuererklärung gab sie für das Streitjahr nicht ab. Abweichend davon erließ das FA A am 11.04.2012 einen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) stehenden Gewerbesteuermessbescheid für das Streitjahr und setzte darin einen der Höhe nach unstreitigen Gewerbesteuermessbetrag von 127.701 € fest.

12 Der hiergegen gerichteten Sprungklage stimmte das FA A nicht zu, so dass die Sprungklage als Einspruch gegen den Gewerbesteuermessbescheid behandelt wurde. Mit Einspruchsentscheidung vom 23.08.2013 wies das FA A den Einspruch als unbegründet zurück.

13 Der nachfolgenden Klage gab das FG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 11.03.2021 - 6 K 6322/17 statt. Es war der Auffassung, dass die Klägerin im Streitjahr aus der L-GmbH & Co. KG keine Beteiligungseinkünfte bezogen habe, so dass eine Aufwärtsabfärbung (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 des Einkommensteuergesetzes --EStG--) ausscheide. Darüber hinaus sei --im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH)-- § 2 Abs. 1 Satz 2 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) verfassungskonform dahin auszulegen, dass ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 EStG nicht als nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gelte. Schließlich habe die Klägerin auch keine originär gewerbliche Tätigkeit ausgeübt. Sie sei zwar nachhaltig tätig gewesen. Ihre Tätigkeit habe jedoch nicht den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten.

14 Hiergegen richtet sich die Revision des --nach einem gesetzlichen Beteiligtenwechsel während des FG-Verfahrens zuständigen-- Beklagten und Revisionsklägers (Finanzamt --FA--), der die Verletzung von Bundesrecht rügt.

15 Das FA beantragt,
das Urteil des FG Berlin-Brandenburg vom 11.03.2021 - 6 K 6322/17 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

16 Die Klägerin beantragt,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

17 Das dem Verfahren beigetretene Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat keinen Antrag gestellt. Es wendet sich insbesondere gegen die vom FG als zutreffend erachtete verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 1 GewStG durch den BFH.

Entscheidungsgründe

B.

18 Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).

19 Das FG hat zutreffend entschieden, dass die Klägerin im Streitjahr nicht der Gewerbesteuer unterliegt. Die Klägerin hat insbesondere keine originär gewerbliche Tätigkeit ausgeübt (hierzu unter I.). Ebenso wenig hat eine etwaige Abfärbung gewerblicher Beteiligungseinkünfte gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG zur Folge gehabt, dass ein nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gegeben war (hierzu unter II.).

20 I. Das FG hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Klägerin weder als gewerblich geprägte Personengesellschaft (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) anzusehen war (hierzu unter 1.) noch eine originär gewerbliche Tätigkeit ausgeübt hat (hierzu unter 2.).

21 Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird, der Gewerbesteuer. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Eine Personengesellschaft erzielt --insoweit als Steuerrechtssubjekt bei der Ermittlung der Einkünfte-- gewerbliche Einkünfte, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG) betreiben. Des Weiteren gilt als Gewerbebetrieb in vollem Umfang die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die keine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausübt und bei der ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

22 1. Die Klägerin war im Streitjahr keine gewerblich geprägte Personengesellschaft, denn die Komplementärin der Klägerin war gesellschaftsvertraglich von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Diese wurde vom Kommanditisten A wahrgenommen.

23 2. Auch die Entscheidung des FG, die Klägerin habe keine Einkünfte aus einem gewerblichen Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG erzielt, ist frei von Rechtsfehlern. Nach Maßgabe der den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen des FG sowie unter Einbeziehung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze zur Abgrenzung einer gewerblichen von einer vermögensverwaltenden Tätigkeit ist die Würdigung des FG, dass die Betätigung der Klägerin zwar nachhaltig

gewesen sei, jedoch den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten habe, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

24 a) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs ist nach der Rechtsprechung des BFH im Übrigen, dass die Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.06.1984 - GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, unter C.III.3.b aa (1); seitdem ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 31.05.2007 - IV R 17/05, BFHE 218, 183, BStBl II 2007, 768, unter II.2.; vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 23 ff.; vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 26 ff.).

25 b) Das FG hat ohne Rechtsfehler erkannt, dass die Tätigkeit der Klägerin nachhaltig war.

26 aa) Das Merkmal der Nachhaltigkeit dient dazu, nur gelegentliche Aktivitäten aus dem Bereich der gewerblichen Tätigkeit auszuschließen. Eine Tätigkeit ist regelmäßig nachhaltig, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist, also eine Wiederholungsabsicht in der Weise besteht, dass weitere Geschäfte geplant sind (z.B. BFH-Urteile vom 19.02.2009 - IV R 10/06, BFHE 224, 321, BStBl II 2009, 533; vom 22.07.2010 - IV R 62/07, Rz 36; vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 29). Liegen tatsächlich zwei Geschäfte vor, wird das Vorliegen der Wiederholungsabsicht vermutet. Tätigt der Steuerpflichtige hingegen nur ein Geschäft, liegt kein nachhaltiges Handeln vor, wenn sich die Wiederholungsabsicht nicht aus anderen Umständen feststellen lässt (vgl. BFH-Urteil vom 08.06.2017 - IV R 30/14, BFHE 258, 403, BStBl II 2017, 1061).

27 Abzustellen ist für die Nachhaltigkeit auf die Geschäfte, die die gewerbliche Tätigkeit des Steuerpflichtigen ausmachen. So kommt es zum Beispiel beim Händler, dessen Tätigkeit auf den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten gerichtet ist, auf ein wiederholtes Tätigwerden auf der Absatzseite an; ein wiederholtes Tätigwerden auf der Beschaffungsseite reicht demgegenüber nicht aus (z.B. BFH-Urteil vom 09.12.2002 - VIII R 40/01, BFHE 201, 180, BStBl II 2003, 294; vgl. ferner BFH-Urteile vom 15.04.2004 - IV R 54/02, BFHE 206, 90, BStBl II 2004, 868, unter II.2.; vom 08.06.2017 - IV R 30/14, BFHE 258, 403, BStBl II 2017, 1061, Rz 43; vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 30). Bei einem Forderungskäufer hingegen ist zur Beantwortung der Frage der Nachhaltigkeit seiner Tätigkeit nicht auf die Verwertungsseite, sondern auf die Beschaffungsseite abzustellen, da die entscheidende Tätigkeit der Ankauf von (gegebenenfalls gesicherten) Forderungen ist, nicht hingegen das Ob und Wie ihrer Einziehung beziehungsweise der Verwertung der für sie bestellten Sicherheiten. Die Wiederholungsabsicht muss sich daher darauf beziehen, wiederholt (das heißt mindestens mit zwei getrennten Erwerbsgeschäften) Forderungen zu erwerben. Der Erwerb mehrerer Forderungen in einem einzigen Vertrag ist danach grundsätzlich nicht nachhaltig. Abweichendes kann in einem solchen Fall allenfalls dann gelten, wenn der Steuerpflichtige auf der Einziehungs- beziehungsweise Verwertungsseite ausnahmsweise besondere Aktivitäten entwickelt, die seine Tätigkeit insgesamt als Gewerbebetrieb erscheinen lassen, wie etwa eine besondere büromäßige Organisation und die Anstellung von Personal (vgl. BFH-Urteil vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 33).

28 bb) An diesen Grundsätzen hält der Senat fest. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann es in den Fällen, in denen es um die Beurteilung der Tätigkeit eines Forderungskäufers geht, nicht auf die Absatzseite ankommen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn --wie im Streitfall-- die Tätigkeit nicht auf den Umschlag von Sachwerten gerichtet ist, wobei weder die Einziehung von Forderungen bei Fälligkeit noch die Verwertung von Sicherheiten eine Veräußerung darstellt (vgl. BFH-Urteil vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 31 f.). Ebenso wenig überzeugt der Einwand der Klägerin, es hänge oftmals vom Zufall oder von Umständen ab, die der Steuerpflichtige nicht beeinflussen könne, ob der Forderungserwerb in einem Vertrag oder in mehreren Verträgen erfolge. Denn als Vertragsbeteiligter hat der Steuerpflichtige sehr wohl Einfluss auf die Wahl seiner Vertragspartner, die Vertragsgestaltung sowie die zeitliche Abfolge der von ihm getätigten Forderungserwerbe.

29 cc) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zur Begründung seiner Entscheidung zutreffend maßgeblich darauf abgestellt, dass die Klägerin in einem Zeitraum von Dezember 2004 bis Oktober 2006 sechs selbständige Kauf- oder Ablöseverträge mit verschiedenen Altgläubigern geschlossen hat, von denen fünf Verträge vollständig und ohne Leistungsstörungen abgewickelt wurden. Dass es in Anbetracht dieser Umstände von einer nachhaltigen Tätigkeit der Klägerin ausgegangen ist, unterliegt keinen revisionsrechtlichen Bedenken.

30 c) Ebenfalls ohne Rechtsfehler ist das FG im Rahmen einer umfassenden Würdigung der besonderen Gegebenheiten des Streitfalls zu der Überzeugung gelangt, die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb sei

nicht überschritten.

31 aa) Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung der Vermögenswerte im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 - GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, unter C.III.1., m.w.N.). Der Kernbereich der Vermögensverwaltung wird in § 14 Satz 3 AO durch Bezugnahme auf Regelbeispiele (verzinsliche Anlage von Kapitalvermögen und Vermietung oder Verpachtung von unbeweglichem Vermögen) abgegrenzt. Dadurch wird "die Vermögensverwaltung" gleichwohl nicht abschließend definiert. Sie wird in der Rechtsprechung des BFH letztlich negativ danach bestimmt, "ob die Tätigkeit dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht" (z.B. BFH-Urteil vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 27, m.w.N.).

32 bb) Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung ist somit auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 - GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, unter C.II., m.w.N.). Es entspricht langjähriger und gefestigter Rechtsprechungstradition, das "Bild des Gewerbebetriebs" durch Orientierung an unmittelbar der Lebenswirklichkeit entlehnten Berufsbildern zu konturieren. Zu diesen gehören die --selbständig und nachhaltig ausgeübten-- Tätigkeiten der Produzenten, der Dienstleister und der Händler (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 15.03.2005 - X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B.II.1.b; vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 28; vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 28, m.w.N.).

33 cc) Das "Bild des Handels" ist durch die Ausnutzung substantieller Werte durch Umschichtung von Vermögenswerten gekennzeichnet; es unterscheidet sich von der "Vermögensumschichtung im Rahmen privater Vermögensverwaltung" durch den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten (z.B. BFH-Urteile vom 31.05.2007 - IV R 17/05, BFHE 218, 183, BStBl II 2007, 768, unter II.2.b; vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 29, m.w.N.). Ob Veräußerungen noch der Vermögensverwaltung zuzuordnen sind, lässt sich nicht für alle Wirtschaftsgüter nach einheitlichen Maßstäben beurteilen. Vielmehr sind die jeweiligen artspezifischen Besonderheiten zu beachten (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 31.05.2007 - IV R 17/05, BFHE 218, 183, BStBl II 2007, 768, unter II.2.a; vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 29; vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 29).

34 Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Tätigkeit einer Personengesellschaft, die Darlehens- und Kreditforderungen sowie zugehörige Sicherungsrechte gegen eine in Insolvenz befindliche GmbH zu einem erheblich unter dem Nennbetrag liegenden Kaufpreis erworben hatte, hat der Senat entschieden, dass die Verwertung von Sicherheiten keine Veräußerung darstellt, wie sie für einen marktmäßigen Umschlag eines Händlers erforderlich sei. Es handele sich lediglich um die zwangsweise Einziehung der fälligen Forderung durch Verwertung der für ihren Ausfall bestellten Sicherheiten (BFH-Urteil vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 32; kritisch hierzu Krumm in Kirchhof/Seer, EStG, 22. Aufl., § 15 Rz 132a).

35 dd) Das "Bild des gewerblichen Dienstleisters" ist durch ein Tätigwerden für Andere, vor allem ein Tätigwerden für fremde Rechnung geprägt (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 29.10.1998 - XI R 80/97, BFHE 187, 287, BStBl II 1999, 448, unter II.2.b; vom 20.12.2000 - X R 1/97, BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706, unter II.3.f; vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 39; vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 30). Im Zusammenhang mit der gewerblichen Dienstleistung hat das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverwaltung in Gestalt einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (vgl. § 14 Satz 3 AO) keine rechtliche Bedeutung. Gewerblicher Dienstleister kann auch sein, wer keinerlei "Früchte aus Substanzwerten zieht" (BFH-Urteile vom 20.12.2000 - X R 1/97, BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706, unter II.2.e aa; vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 30).

36 ee) Ausgehend von diesen Erwägungen hat der Senat in Ansehung der Tatsache, dass der Factor beim echten Factoring weder einen Handel mit Forderungen betreibt noch eine Dienstleistung gegenüber Dritten erbringt, entschieden, dass nach dem Gesamtbild der Verhältnisse unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist, ob seine Tätigkeit zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führt (im Einzelnen BFH-Urteil vom

11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 41; vgl. auch BFH-Urteil vom 14.09.2017 - IV R 34/15, Rz 31).

37 ff) Gemessen an diesen Grundsätzen hat das FG zutreffend angenommen, dass die Tätigkeit der Klägerin nicht der eines gewerblichen Dienstleisters ähnelt, weil die Klägerin nicht für Andere tätig geworden ist. Sie hat das komplette Ausfallrisiko in Bezug auf die erworbenen Forderungen getragen. Dementsprechend standen --anders als zum Beispiel beim unechten Factoring-- Dienstleistungselemente nicht im Vordergrund ihrer Tätigkeit.

38 gg) Ebenso zutreffend hat das FG erkannt, dass die Klägerin, die keine der unter Nennwert erworbenen Forderungen verkauft hat, nicht als Forderungshändlerin tätig geworden ist. Dabei hat es --ohne dass dies zu beanstanden wäre-- als weitere wesentliche Tatsache berücksichtigt, dass die Ankäufe der Forderungen und Sicherungsrechte durch die private Nähebeziehung der Treugeberin zu den Forderungsschuldnern motiviert waren, und hieraus den Schluss gezogen, dass das persönliche, zum Teil familiäre Umfeld dem Bild eines Gewerbetreibenden, der sich regelmäßig mit seiner Leistung auf einem breiten Markt bewege, widerspreche. Diese Würdigung lässt keine Rechtsfehler erkennen, insbesondere keine Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze, zumal das FG ebenso berücksichtigt hat, dass die Klägerin keinerlei Aktivitäten zur Beitreibung der Forderungen unternommen hat.

39 aaa) Zu Recht hat das FG angenommen, dass es im Streitfall an einem händlertypischen Umschlag der erworbenen Forderungen fehlt, weil die Klägerin die notleidenden Forderungen nebst Sicherheiten zwar erworben, diese aber nicht weiterveräußert hat. Der hiergegen unter Hinweis auf § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG vorgebrachte Einwand des FA, das FG habe verkannt, dass die Einlösung einer erworbenen Forderung im Wege einer "Verrechnung" einer Veräußerung im Hinblick auf die Erzielung von Substanzgewinnen aus Wertänderungen von Kapitalansprüchen gleichzustellen sei, greift nicht durch. Denn der Veräußerungstatbestand in § 20 Abs. 2 EStG einschließlich der in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG enthaltenen Veräußerungsfiktionen orientiert sich nicht an dem Bild, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht (vgl. BFH-Urteil vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 36, zu § 23 EStG; im Ergebnis ebenso Stapperfend in Herrmann/Heuer/Raupach, § 15 EStG Rz 1174).

40 bbb) Das FG hat zudem --ohne dass dies zu beanstanden wäre-- darauf abgestellt, dass sich die Klägerin nach dem Erwerb der Forderungen weder aktiv um die Forderungsrealisierung bemüht noch für die Überwachung ihrer Zahlungsansprüche eigene Mitarbeiter beschäftigt oder eigene Büroräume unterhalten hat. Dies zeigt nicht nur, dass sie gänzlich anders agiert hat als ein Inkassounternehmen, sondern auch, dass ihre Tätigkeit durch die private Nähebeziehung zum Forderungsschuldner E beeinflusst war.

41 hh) Das FG hat ferner die Tatsache, dass die Klägerin ausschließlich notleidende Darlehensforderungen nebst zugehöriger Sicherheiten angekauft hat, in seine Würdigung einbezogen. Entgegen der Auffassung des FA musste das FG nicht allein aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin nachhaltig zahlungsgestörte Darlehensforderungen nebst Sicherungsrechten erworben und im Anschluss hieran Tilgungs- oder Zinsleistungen beziehungsweise Zahlungen aus der Verwertung von Sicherungsrechten erhalten hat, zur Annahme einer gewerblichen Tätigkeit gelangen. Denn die Tätigkeit der Klägerin kann nach Maßgabe der dargelegten Rechtsprechungsgrundsätze nicht unabhängig von den konkreten Umständen des Streitfalls als gewerblich angesehen werden.

42 aaa) Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass der Aspekt der Fruchtziehung in Gestalt von Zinsen aus einer Kapitalnutzung in den Fällen des Erwerbs zahlungsgestörter Darlehensforderungen regelmäßig nicht im Vordergrund steht. Ist die Tätigkeit des Forderungskäufers --wie im Streitfall-- nicht auf die weitere Verwertung der Forderungen durch Verkauf ausgerichtet, zielt sie vornehmlich auf eine Anspruchsrealisierung. Auch wenn im Zeitpunkt des Forderungserwerbs Zinszahlungen, Tilgungsleistungen und Erträge aus der Verwertung von Sicherheiten ungewiss sind, so geht die Erwartung des Forderungskäufers gleichwohl dahin, dass es --neben etwaigen Zinszahlungen-- zu Teil(rück)zahlungen und Erlösen aus der Verwertung von Sicherheiten kommt und diese seine Anschaffungskosten übersteigen. Dass sich die Fruchtziehung nicht in einem laufenden (wiederkehrenden) Ertrag (Zinsen oder Dividenden) charakterisiert, sondern in der Differenz zwischen gezahltem Kaufpreis und Teilrückzahlung beziehungsweise Ertrag aus der Verwertung von Sicherheiten, führt nicht zur Annahme eines Gewerbebetriebs. Denn die Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Ertragserwartung in der Anspruchsrealisierung liegt (vgl. auch BFH-Urteil vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 44, zum Ankauf gebrauchter Lebensversicherungen).

43 bbb) Aus dem gleichen Grund geht auch der Hinweis des FA auf die Ausführungen im Anhang zum Jahresabschluss der Klägerin zum 31.12.2006 ins Leere, aus dem es ableiten will, dass der Fokus der Tätigkeit nicht auf der Erzielung von Zinseinnahmen, sondern von Substanzgewinnen gelegen habe. Zudem handelt es sich um neues

tatsächliches Vorbringen, das im Revisionsverfahren nicht zu berücksichtigen ist (z.B. BFH-Urteil vom 09.05.2017 - VIII R 15/15, BFHE 258, 68, BStBl II 2017, 956, m.w.N.).

44 ccc) Aus der sogenannten Verklammerungsrechtsprechung (vgl. BFH-Urteil vom 28.09.2017 - IV R 50/15, BFHE 259, 341, BStBl II 2018, 89) folgt --entgegen der Auffassung des FA-- ebenfalls kein anderes Ergebnis. Insbesondere stützt diese Rechtsprechung nicht den Schluss, die Annahme einer vermögensverwaltenden Tätigkeit scheide im Streitfall aus, weil die Umschichtung von Vermögenswerten gegenüber der Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund trete. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass sich --wie das FA vorträgt-- aus der Gegenüberstellung von Zinseinnahmen und Finanzierungskosten ergibt, dass die Klägerin hieraus keine Überschüsse erzielt hat. Denn im Streitfall fehlt es an einem Geschäftskonzept der Klägerin, das darin besteht, (zahlungsgestörte) Forderungen zu kaufen, zwischenzeitlich zu halten und zu verkaufen, wobei bereits bei Aufnahme der Tätigkeit festgestanden hat, dass sich das erwartete positive Gesamtergebnis nur unter Einbeziehung des Erlöses aus dem Verkauf der Forderungen erzielen lässt (vgl. BFH-Urteil vom 28.09.2017 - IV R 50/15, BFHE 259, 341, BStBl II 2018, 89, Rz 27 ff.).

45 ii) Entgegen der Auffassung des FA musste das FG dem Umstand, dass die erworbenen Darlehensforderungen Nennbeträge in teils erheblicher Höhe auswiesen, keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen. Der Einsatz umfangreicher finanzieller Mittel kommt bei Kapitalanlagen sowohl in der betrieblichen als auch in der privaten Sphäre vor. Dabei ist kein Rechts- oder Erfahrungssatz ersichtlich, dass mit steigendem Kapitaleinsatz (zwingend) der Übergang zur gewerblichen Betätigung einhergeht. Die "Höhe des Anlagevolumens" und dementsprechend auch die "Höhe des Nennbetrags der erworbenen Darlehensforderungen" ist zudem auch wegen ihrer Unbestimmtheit kein geeignetes Abgrenzungskriterium (vgl. BFH-Urteil vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 45), zumal der Nennbetrag einer zahlungsgestörten Forderung wenig über Umfang und Risiko des Forderungskaufs aussagt.

46 jj) Auch aufgrund der Tatsache, dass die Forderungserwerbe überwiegend fremdfinanziert waren, musste das FG nicht zur Annahme einer Gewerblichkeit gelangen. Zwar hat der Senat den Einsatz erheblicher Fremdmittel beim Handel mit physischem Gold --anders als im Zusammenhang mit dem Wertpapierhandel oder im Rahmen der Vermietung und Verpachtung-- als Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit angesehen, weil sich infolge der Ertraglosigkeit des Anlageobjekts die Fremdkapitalkosten allein durch den Verkauf und das Erzielen einer Gewinnmarge decken ließen (vgl. BFH-Urteil vom 19.01.2017 - IV R 50/14, BFHE 257, 35, BStBl II 2017, 456, Rz 37). Diese Überlegungen sind indes --anders als das BMF in der mündlichen Verhandlung vertreten hat-- auf die Tätigkeit der Klägerin schon deshalb nicht übertragbar, weil die Klägerin ihre Fremdkapitalkosten nicht aus dem Verkauf der Forderungen decken wollte, sondern sie auf eine (teilweise) Forderungsrealisierung hoffte. Daher kommt es --entgegen der Auffassung des BMF-- für die Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb hier auch nicht darauf an, ob die Klägerin erwarten konnte, die Fremdkapitalkosten durch Zinserträge decken zu können, oder ob dies --infolge der Höhe der Kosten sowie des Ausfallrisikos der erworbenen Forderungen und Sicherheiten-- unrealistisch war. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Fremdfinanzierung der Forderungskäufe nicht das Risiko der Investition erhöht hat, sondern allein Einfluss auf deren Ertragsaussichten hatte. Diese Tatsache ist indes nicht geeignet, eine gewerbliche Tätigkeit der Klägerin zu begründen.

47 kk) Gleiches gilt hinsichtlich des Umstands, dass die Klägerin im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit möglicherweise auf die Kenntnisse und die Expertise des E zurückgreifen konnte. Denn allein die Nutzung fremder (Markt-)Kenntnisse, Erfahrungen und Expertisen sowie die Inanspruchnahme fremder Dienste begründen noch kein hinreichendes Indiz für einen Gewerbebetrieb (vgl. BFH-Urteil vom 11.10.2012 - IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 46).

48 II. Ebenfalls zutreffend hat das FG entschieden, dass § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG verfassungskonform dahin auszulegen ist, dass die Klägerin --wäre sie als gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 EStG anzusehen-- nicht als nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gilt.

49 1. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 EStG gilt die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft in vollem Umfang als Gewerbebetrieb, wenn die Gesellschaft gewerbliche Einkünfte im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG bezieht. Dies gilt unabhängig davon, ob die gewerblichen Einkünfte im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 positiv oder negativ sind (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 Alternative 2 EStG).

50 2. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG in der am 18.12.2019 rückwirkend in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom

12.12.2019 (BGBl I 2019, 2451) --WElektroMobFördG-- findet im Streitfall Anwendung, weil der BFH während des gerichtlichen Verfahrens eingetretene rückwirkende Gesetzesänderungen zu beachten hat, soweit diese --wie diejenige des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG-- verfassungsrechtlich zulässig sind (vgl. BFH-Urteile vom 30.06.2022 - IV R 42/19, BFHE 278, 42, BStBl II 2023, 118, Rz 28, 30; vom 05.09.2023 - IV R 24/20, BFHE 281, 374, Rz 54, m.w.N.).

51 3. Ob § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 EStG i.d.F. des WElektroMobFördG im Streitfall ebenfalls Anwendung finden könnte oder ob insoweit eine verfassungswidrige Rückwirkung vorläge, kann der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit dahingestellt lassen.

52 Ebenso kann unentschieden bleiben, ob die Klägerin aus der L-GmbH & Co. KG (oder anderen Beteiligungen) Beteiligungserträge im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG bezogen hat, die im Streitjahr zu einer sogenannten Aufwärtsabfärbung gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 und Satz 2 EStG geführt haben. Denn selbst wenn dies der Fall wäre, so wäre die Klägerin gleichwohl nicht als nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb anzusehen. Der Senat verweist zur Begründung auf seine Urteile vom 06.06.2019 - IV R 30/16 (BFHE 265, 157, BStBl II 2020, 649, Rz 19, 40) sowie vom 05.09.2023 - IV R 24/20 (BFHE 281, 374). Der allein streitgegenständliche Gewerbesteuermessbescheid des Streitjahres wäre somit auch bei Vorliegen einer Aufwärtsabfärbung aufzuheben gewesen.

53 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de