

Kriterien zur Abgrenzung von vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit und zur Gewerbesteuerbarkeit von Veräußerungsgewinnen bei geschlossenen Fonds [BFH-Urteile vom 26. Juni 2007 (IV R 49/04) und 31. Mai 2007 (IV R 17/05)]

Christian Hensell/Dr. Christian Reibis

1) Einführung

Die Abgrenzung zwischen vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit ist in der Praxis oft nicht eindeutig bestimmbar. Die Auswirkungen der Qualifizierung einer Tätigkeit als gewerblich sind jedoch in der Regel gravierend. Neben der Gewerbesteuerpflicht kann insbesondere die daraus resultierende Steuerpflicht für die Gewinne aus der Veräußerung der verwendeten Wirtschaftsgüter negative Effekte für den Steuerpflichtigen haben. Die Abgrenzung wird nach den Kriterien des § 15 Abs. 2 EStG vorgenommen. Danach erfordert das Vorliegen eines Gewerbebetriebs eine selbständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ausgeübt wird, wobei es sich weder um die Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch eines freien Berufs oder einer anderen selbständigen Arbeit handeln darf. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist nach der Rechtsprechung des BFH zudem, dass die Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet.

Der BFH hat in seinen zwei kürzlich veröffentlichten Urteilen vom 26. Juni 2007 (IV R 49/04) und 31. Mai 2007 (IV R 17/05) die Abgrenzung von vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit bei der Vermietung von Wirtschaftsgütern weiter präzisiert. Neben der Abgrenzung der gewerblichen Tätigkeit ging es im erstgenannten Urteil auch um die Frage, ob der erzielte Veräußerungsgewinn aus Vermietungsobjekten als Aufgabegewinn zu behandeln ist oder dem durch den laufenden Betrieb verursachten Gewinn zuzurechnen und damit der Gewerbesteuer zu unterwerfen ist.

In diesem Beitrag werden die vom BFH in den Urteilen verwendeten Abgrenzungskriterien zwischen vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit erläutert. Daneben werden die Voraussetzungen dargestellt, unter denen nach Auffassung des BFH Veräußerungsgewinne auf Wirtschaftsgüter bei Aufgabe des Geschäftsbetriebs der Gewerbesteuer unterliegen. Danach werden die Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung auf geschlossene Fonds dargestellt und Hinweise zu möglichen Gestaltungen gegeben.

2) BFH-Urteil vom 26. Juni 2007

In seinem Urteil vom 26. Juni 2007 (IV R 49/04) bestätigt der BFH, dass Erwerb, Vermietung und Veräußerung von in die Luftfahrzeugrolle eingetragenen Flugzeugen gewerbliche Tätigkeiten sind, wenn die Vermietung mit dem An- und Verkauf aufgrund eines einheitlichen Geschäftskonzepts verklammert ist. Bei der Prüfung, ob ein einheitliches Geschäftskonzept in diesem Sinne vorliegt, bedarf es einer Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles, wobei der BFH hierzu Indizien genannt hat. Die Klägerin hatte im Laufe ihrer Tätigkeit insgesamt 5 Flugzeuge mit Komponenten und einen PKW erworben, anschließend vermietet und 4 Flugzeuge mit Komponenten und den PKW veräußert. Nach Ansicht des BFH hatte die Klägerin damit den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschritten. Die Tätigkeit der Klägerin beschränkte sich nicht auf die bloße Fruchtziehung aus den Wirtschaftsgütern. Vielmehr entsprach es nach Auffassung des Gerichtes der Planung der Klägerin, die Flugzeuge lediglich für einen Teil der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer zu vermieten. Hierzu heißt es in dem Urteil wörtlich: "Es gehörte nach dem vom FG festgestellten Sachverhalt zum betrieblichen Konzept der Klägerin, dass erst durch die Erzielung eines Veräußerungserlöses beim Verkauf der Flugzeuge der angestrebte Totalgewinn zu erreichen war. Die Klägerin verband hiernach planmäßig die auf Vermietung der Flugzeuge nebst Komponenten gerichtete Tätigkeit mit der Ausnutzung substanzieller Vermögenswerte durch Umschichtung. Wie die Vermietung der Flugzeuge war auch deren Verkauf von vornherein geplant." Dies ergab sich eindeutig aus den Leasingverträgen, in denen die Veräußerung der Flugzeuge nach Ablauf der Leasingzeit vorgesehen war. Nach Auffassung des BFH wollte die Klägerin damit einen Gewinn aus der Gesamtheit ihrer Tätigkeiten bestehend aus Vermietung und Verkauf erzielen.

Nach den Feststellungen des FG hatte es die Klägerin zudem nicht geplant, die Flugzeuge während ihrer gesamten Nutzungsdauer zu vermieten. In diesem Zusammenhang stellt der BFH auf die tatsächliche betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer – unabhängig von AfA-Methoden- ab. Dabei wurden die Flugzeuge zu Zeitpunkten veräußert, wo sie noch eine nicht unbedeutende Restnutzungsdauer hatten (2 Jahre Restnutzungsdauer bei 10 Jahren Nutzungsdauer). Auch die relativ hohen Veräußerungserlöse zwischen 17% und 60% der jeweiligen Anschaffungskosten werden vom BFH als Indiz für die Bedeutung der Verkäufe für das Gesamtkonzept angesehen. Im Ergebnis war danach die Vermietungstätigkeit der Klägerin mit dem An- und Verkauf der Flugzeuge nebst Komponenten aufgrund eines einheitlichen Geschäftskonzeptes verklammert.

Daneben ging es in dem BFH-Urteil um die Beurteilung der erzielten Veräußerungsgewinne aus drei Flugzeugen mit Komponenten, die im zeitlichen Zusammenhang mit dem Auflösungsbeschluss der Leasinggesellschaft verkauft wurden. Hier überrascht die Feststellung des BFH, dass die Veräußerungsgewinne durch den laufenden Betrieb verursachte Gewinne darstellen und somit der Gewerbesteuer zu unterwerfen sind. Aufgabegewinne sind grundsätzlich nicht in den Gewerbeertrag einzubeziehen. Der BFH führt jedoch aus, dass Veräußerungsgewinne nicht schon wegen des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Veräußerung und Betriebsaufgabe als Aufgabegewinne zu qualifizieren und damit nicht gewerbesteuerbar sind.

Gewinne aus betriebsgewöhnlichen Geschäftsvorfällen, die auf einer weitgehenden Fortführung der bisherigen unternehmerischen Tätigkeit beruhen, unterliegen im Regelfall der Gewerbesteuer. Dies war nach Ansicht des BFH im vorliegenden Sachverhalt der Fall, da bereits vor der Veräußerung der drei Flugzeuge bei der Betriebsaufgabe ein Flugzeug mit Komponenten und ein PKW veräußert worden waren. Da die Veräußerung wie im bisherigen laufenden Betrieb an den bisherigen Kundenkreis erfolgt, wird nach Auffassung des BFH insoweit die bisherige normale Geschäftstätigkeit fortgesetzt.

Gewinne aus ihrer Natur nach laufenden Geschäftsbeziehungen gehören danach auch dann zum Gewerbeertrag, wenn sie im Zusammenhang mit einer Betriebsaufgabe erzielt werden. Der BFH kommt somit zu folgendem Schluss: “Unternehmensgegenstand der Klägerin war neben der Vermietung von Wirtschaftsgütern u.a. auch deren Verkauf. In den Leasingverträgen [...] war die Veräußerung der Flugzeuge und der Komponenten [...] bereits fest vereinbart. Der Verkauf [...] war folglich Ausfluss von Geschäftsvorfällen, wie sie sich aus von der Klägerin eingegangenen Geschäftsbeziehungen während des Bestehens des Betriebs ergeben konnten.“

3) BFH-Urteil vom 31. Mai 2007

In seinem Urteil vom 31. Mai 2007 (Az. IV R 17/05) hat der BFH entschieden, dass allein aus dem Umstand, dass vermietete bewegliche Wirtschaftsgüter vor Ablauf der Nutzungsdauer gegen neuere, funktionstüchtigere Wirtschaftsgüter ausgetauscht werden, nicht auf eine gewerbliche Tätigkeit des Vermietungsunternehmens geschlossen werden kann. Der Bereich der privaten Vermögensverwaltung werde nur dann verlassen, wenn weitere Umstände hinzutreten, etwa die Notwendigkeit von Verkäufen zur Erzielung eines Totalgewinns oder eine große Anzahl von verkauften Wirtschaftsgütern.

Im zugrunde liegenden Fall ging es um die Qualifizierung der Tätigkeit einer GbR, deren Zweck der Erwerb und die Vermietung von universell einsetzbaren Maschinen war. Die Maschinen wurden ausschließlich an eine GmbH vermietet unter der Bedingung, dass das Mietverhältnis über eine bestimmte Maschine aufzukündigen sei, wenn durch technische Neuerungen ein Austausch sinnvoll sei. Der BFH sieht hierin keine gewerbliche Tätigkeit. Die Vermietung beweglicher Gegenstände gehe in der Regel über eine private Vermögensverwaltung nicht hinaus. Eine gewerbliche Tätigkeit könne ausnahmsweise erst dann in Betracht gezogen werden, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, die der Vermietungsleistung als Ganzes das Gepräge einer gewerblichen Tätigkeit geben, hinter der die eigentliche Gebrauchsüberlassung in den Hintergrund tritt.

Der BFH sieht in diesem Fall auch keine Verklammerung der Vermietung und Veräußerung der Maschinen aufgrund eines einheitlichen Geschäftskonzeptes. Auch wenn die GbR die Maschinen nicht immer über die gewöhnliche Nutzungsdauer vermietete, sondern die Maschinen aufgrund technischer Neuerungen vorher austauschte und veräußerte, werde hierdurch nach BFH-Auffassung nicht notwendigerweise der Bereich der Vermögensverwaltung verlassen. Zu dem Umstand, dass vermietete Wirtschaftsgüter vor Ablauf der gewöhnlichen Nutzungsdauer veräußert werden, müssen weitere Umstände hinzutreten. Solche Umstände können neben der Notwendigkeit von Verkäufen zur Erzielung eines Totalgewinns in der großen Anzahl der verkauften Wirtschaftsgüter bestehen. Im Streitfall wurden innerhalb eines Zeitraums von 12 Jahren 40 Maschinen vermietet, aber nur 7 veräußert. Der BFH sieht diese Anzahl als gering an und geht hier daher nicht davon aus, dass die Vermietung der Maschinen gegenüber der Veräußerung in den Hintergrund tritt.

Auch das hier vorliegende Vermietungskonzept, wonach bei sich bietender Gelegenheit die vermieteten Anlagen durch neuere Maschinen zu ersetzen waren, führe nicht zu einer Gewerblichkeit. Der BFH führt hierzu aus: "Es darf nicht außer Betracht bleiben, dass der durch den Verkauf und die Reinvestition des Kaufpreises gekennzeichnete Austausch der Maschinen vorgenommen wurde, um weiterhin [...] Einkünfte aus der Vermietung beweglicher Wirtschaftsgüter erzielen zu können."

4) Auswirkungen der Urteile

Die Urteile sind für alle Unternehmen bedeutend, deren Geschäftstätigkeit in der Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern besteht. Insbesondere geschlossene Fonds sind betroffen. Sieht ein Fondskonzept die Veräußerung eines Wirtschaftsgutes vor Ablauf der wirtschaftlichen Nutzungsdauer vor oder wird erst durch den Verkauf der angestrebte Totalgewinn erzielt, so ist nach den Grundsätzen der genannten Urteile von einer gewerblichen Tätigkeit auszugehen, da ein einheitliches Konzept vorliegt, welches Vermietung und Verkauf der Wirtschaftsgüter verbindet.

Ähnlich gravierend ist die zweite Grundaussage des BFH-Urteils vom 26. Juni 2007. Selbst bei einer festgestellten Betriebsaufgabe sind die aus der Veräußerung der Wirtschaftsgüter erzielten Gewinne der Gewerbesteuer zu unterwerfen, wenn es sich aus den äußeren Umständen ergibt, dass die Veräußerung vermieteter Wirtschaftsgüter noch Teil eines einheitlichen Geschäftskonzeptes war.

Schiffsfonds

Da Schiffsfonds in der Regel gewerblich tätig sind, ist hier die Abgrenzung zur Vermögensverwaltung nicht von Bedeutung. Auswirkungen hat das BFH-Urteil vom 26. Juni 2007 aber auf den Veräußerungsgewinn der Schiffe im Zusammenhang mit der Fondsliquidation. Dieser Gewinn wurde nach bisheriger Praxis nicht der Gewerbesteuer unterworfen.

- Bei den Schiffsfonds, die von Anbeginn an der Tonnagesteuer unterliegen, wird der Veräußerungsgewinn nicht gesondert besteuert, sondern ist mit der pauschalen Tonnagesteuer abgegolten (§ 5a Abs. 5 Satz 1 EStG). Dies gilt auch für die Gewerbesteuer, da zur Ermittlung des Gewerbeertrags auf den nach § 5a EStG ermittelten Gewinn zurückgegriffen wird (§ 7 Satz 3 GewStG). Diese Fonds sind von dem Urteil nicht betroffen.
- Für ältere Schiffsfonds, die nicht zur Tonnagesteuer optiert haben und die die Gewinnermittlungsmethode nach § 5 EStG anwenden, kann sich jedoch nach den Grundsätzen des BFH-Urteils eine Gewerbesteuerbarkeit für den Veräußerungsgewinn des Schiffes am Ende der Laufzeit des Fonds ergeben.
- Die gleichen Auswirkungen sind bei Schiffsfonds gegeben, die erst während ihrer Laufzeit zur Tonnagesteuer optiert haben und bei denen zu diesem Zeitpunkt ein Unterschiedsbetrag zwischen Buchwert und Teilwert nach § 5a Abs. 4 EStG festgestellt wurde („Kombimodelle“). Bei diesen Fonds ist der Unterschiedsbetrag bei Veräußerung des Schiffes nach § 5a Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EStG dem Gewinn hinzuzurechnen.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung gehört die Auflösung des Unterschiedsbetrags zum Gewerbeertrag (BMF-Schreiben vom 12. Juni 2002, IV A 6 – S 2133a – 11/02, BStBl. I, S. 614, Tz. 37). Diese Ansicht ist jedoch umstritten. Zu dieser Frage sind derzeit einige Verfahren vor den Finanzgerichten anhängig. Das BFH-Urteil stützt nun die Auffassung der Finanzverwaltung hinsichtlich der Gewerbesteuerpflicht des Unterschiedsbetrages für die Fälle, bei denen die genannten Kriterien des einheitlichen Geschäftskonzeptes vorliegen.

- Insbesondere dann, wenn das Fondskonzept eine vorzeitige Veräußerung des Schiffes vor Ablauf der tatsächlichen Nutzungsdauer vorsieht und erst durch die Erzielung des Veräußerungserlöses ein Totalgewinn erzielt wird, ist von einem einheitlichen Geschäftskonzept auszugehen mit der Folge, dass der Veräußerungsgewinn bzw. Unterschiedsbetrag der Gewerbesteuer zu unterwerfen ist. Bereits die Prognose eines in Relation zu den laufenden Betriebseinnahmen hohen Veräußerungserlöses im Verkaufsprospekt kann zur Annahme eines einheitlichen Geschäftskonzeptes führen.

Containerfonds

Bei den Auswirkungen der Urteile auf Containerfonds sind grundsätzlich drei verschiedene Fondsvarianten zu unterscheiden.

- Bei den gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Containerfonds stellt sich die Frage, ob die Veräußerungsgewinne der Container am Ende der Laufzeit der Gewerbesteuer unterliegen. Zur Beurteilung dieser Frage ist wiederum auf die genannten Grundsätze des BFH-Urteils vom 26. Juni 2007 zurückzugreifen. Dabei ist immer der jeweilige Einzelfall zu würdigen. Wenn z.B. die Veräußerung der Container vor Ablauf ihrer tatsächlichen Nutzungsdauer in den Leasingverträgen schon fest vereinbart ist oder in der Vermietungsphase nur ein relativ geringer Teil des Totalgewinns erzielt wird, dürfte hier aufgrund eines einheitlichen Geschäftskonzeptes häufig eine Gewerbesteuerpflicht für die Veräußerungsgewinne vorliegen.

- Für vermögensverwaltende Containerfonds, die nicht der Gewerbesteuer unterliegen, besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung nach den Präzisierungen des BFH zur Abgrenzung von Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb eine Umqualifizierung der ausgeübten Tätigkeit als gewerblich vornehmen könnte. Immer dann, wenn das Geschäftskonzept nicht nur in der Vermietung der Container, sondern auch in der späteren Veräußerung besteht, droht eine Qualifizierung als gewerbliche Tätigkeit. Insbesondere Leasinggestaltungen mit Teilamortisationsverträgen dürften hiervon betroffen sein. Auch Konzepte mit hohen Restwerten der Container bei Veräußerung sind als problematisch anzusehen. Dazu sind der Fondsgesellschaft eingeräumte Verkaufsoptionen für die Container zu Zeitpunkten vor Ablauf der tatsächlichen Nutzungsdauer als Indizien für ein einheitliches Geschäftskonzept anzusehen. Bei Vorliegen eines einheitlichen Geschäftskonzeptes dürften dann auch die Veräußerungsgewinne der Container der Gewerbesteuer unterliegen.
- Daneben sind in der Praxis Container-Leasing-Modelle verbreitet, bei denen eine Leasing-GmbH die Container an Investoren veräußert, die jeweils in die mit den Nutzern bestehenden Leasingverträge eintritt. Die Beurteilung der steuerlichen Zurechnung der Container zu GmbH oder Investor wird von der Finanzverwaltung in der Verfügung der OFD Rheinland-Pfalz vom 20.03.2007 (S-2257 – 1000 – St 221) geregelt. Werden die Container dem Investor steuerlich zugerechnet (z.B. bei Teilamortisationsverträgen ohne von der GmbH garantiertem Rückkaufpreis) so ist demnach im Einzelfall zu beurteilen, ob sonstige Einkünfte nach § 22 Nr. 3 EStG oder gewerbliche Einkünfte vorliegen. Für diese Abgrenzung sind die in den hier genannten BFH-Urteilen aufgeführten Grundsätze heranzuziehen. Dabei ist wieder insbesondere von Bedeutung, ob die Container vor Ablauf der Nutzungsdauer veräußert werden sollen und mit welchen Veräußerungsgewinnen geplant wird. Die Anwendung der neuen BFH-Rechtsprechung wird hier häufig zur Annahme gewerblicher Einkünfte führen.

Lebensversicherungsfonds

Für bereits gewerblich konzipierte Lebensversicherungsfonds, die einem Handel mit Policen nachgehen, ergeben sich aus der neuen Rechtsprechung keine Änderungen. Der Gewinn aus der Veräußerung der Policen unterliegt hier als laufender Gewinn der Gewerbesteuer. Aber auch für Fonds, die keinen Handel betreiben und deren Tätigkeit lediglich in dem Erwerb und dem späteren Einlösen der Policen besteht, ergeben sich keine Auswirkungen aus den BFH-Urteilen. Diese Fonds sind oft bereits gewerblich geprägt, wodurch ohnehin gewerbliche Einkünfte erzielt werden. Handelt es sich dagegen um vermögensverwaltende Lebensversicherungsfonds, sind die Urteile ebenfalls nicht einschlägig, sofern die Policen am Ende der Laufzeit eingelöst und nicht veräußert werden, da die Einlösung auch nach den neuen Grundsätzen keine gewerbliche Tätigkeit darstellt.

Private Equity-Fonds

Venture Capital- und Private Equity-Fonds sind in der Regel vermögensverwaltend tätig. Die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit wurde von der Finanzverwaltung bislang auf Grundlage des BMF-Schreibens vom 18. Mai 2005 (IV B 2 – S 2241 – 34/05) vorgenommen. Für die Qualifizierung eines Private Equity-Fonds als vermögensverwaltend müssen danach eine Reihe von Kriterien erfüllt sein (siehe Tz. 9-16 des BMF-Schreibens). So darf z.B. keine eigene Organisation vorliegen, kein Bankkredit eingesetzt werden, kein Markt ausgenutzt werden und es darf sich um keine kurzfristige Beteiligung von weniger als 3 bis 5 Jahren handeln. Die nun vom BFH vorgetragenen Abgrenzungskriterien für eine Vermögensverwaltung sind demgegenüber enger und können auch bei Erfüllung der Kriterien des BMF zu einer Gewerblichkeit führen. In diesem Zusammenhang ist jedoch § 18 Abs. 1 Nr. 4 EStG zu berücksichtigen. Die Vorschrift setzt voraus, dass Gesellschaften, deren Zweck (auch) in der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften besteht, vermögensverwaltend sein können. Darin kann die gesetzgeberische Wertung zu sehen sein, dass Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften nicht bereits deshalb als gewerblich zu qualifizieren sind, weil (auch) die Veräußerung der Beteiligungen Teil des Gesellschaftszwecks ist.

In diesem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass das Bundeskabinett am 15. August 2007 den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) beschlossen hat. Danach soll ein neues Wagniskapitalbeteiligungsgesetz (WKBG) geschaffen werden, das vorschreibt, dass die Tätigkeit einer Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen immer als vermögensverwaltend gilt (siehe § 19 Entwurf WKBG). Die dort aufgeführten Voraussetzungen entsprechen weitgehend denen des BMF-Schreibens zu Private Equity-Fonds. Bei Inkrafttreten des WKBG in der Form des Regierungsentwurfs wären somit in dessen Anwendungsbereich die vom BFH aufgestellten Grundsätze zur Abgrenzung von vermögensverwaltender Tätigkeit für Private Equity-Fonds gegenstandslos.

5) Künftige Gestaltungen

Abschließend bleibt der Hinweis, dass Gestaltungen zur Vermeidung der unerwünschten Folgen schwer zu finden sein werden, weil hier tatsächliche und nicht rechtliche Erwägungen von Bedeutung sind. Es sollten zukünftig bei der Konzeption von Fonds jedoch folgende Aspekte beachtet werden:

- Die Dauer der Nutzung der Wirtschaftsgüter sollte möglichst nahe an die tatsächliche wirtschaftliche Nutzungsdauer reichen und erst danach ein Verkauf erfolgen.
- Auch ohne Veräußerungserlöse sollte sich ein Totalgewinn ergeben.
- Die Verträge zu der Vermietungstätigkeit sollten keine Klauseln zu einer möglichen vorzeitigen Veräußerung enthalten.

Die Konzeption von Fonds, die auf die Erzielung hoher steuerfreier Veräußerungsgewinne am Ende der Laufzeit abzielen, dürfte in der Regel nicht mehr möglich sein.