

Titel:

Kein gewerblicher Grundstückshandel eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG, der sich langfristig und ohne besondere Mitspracherechte an anderen rein vermögensverwaltend tätigen geschlossenen Immobilienfonds beteiligt – Drei-Objekt-Grenze bei geschlossenen Immobilienfonds im Rahmen mehrstufiger Beteiligungsstrukturen

Normenketten:

EStG § 15 Abs. 1

EStG § 15 Abs. 2 S. 1

EStG § 15 Abs. 3 Nr. 1

EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2

EStG § 21 Abs. 1

EStG § 21 Abs. 3

GewStG § 2 Abs. 1 S. 2

AO § 39 Abs. 2 Nr. 2

GG Art. 3 Abs. 1

Leitsätze:

1. Ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG ist nicht gewerblich tätig, wenn er nach seinem Emissionsprospekt weder auf einen nachhaltigen und marktmäßigen Umschlag von Grundstücken noch von Beteiligungen, sondern im Wesentlichen unter Beachtung von im Einzelnen geregelten Investitionskriterien ohne besondere Mitwirkungsrechte auf den langfristigen Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von – jeweils unter 10 % liegenden – Beteiligungen an anderen geschlossenen, rein vermögensverwaltend tätigen Immobilienfonds (Zielfonds) ausgerichtet ist, wenn er ausweislich des Emissionsprospekts auf eine Rendite ohne Einbeziehung von Veräußerungserlösen ausgelegt ist, die Beteiligungen an den Zielfonds als Anlage- und nicht als Umlaufvermögen ausgewiesen worden sind und wenn der geschlossene Immobilienfonds tatsächlich selbst nicht Fondsanteile verkauft, sondern nur bei Liquidationen von Zielfonds und Verwertung von Immobilien durch den jeweiligen Zielfonds anteilig Verwertungserlöse erhalten hat (im Streitfall: Liquidation von acht Zielfonds innerhalb von 12 Jahren bei insgesamt Beteiligung an mehr als 100 Zielfonds). (redaktioneller Leitsatz)

2. Ein Gewerbebetrieb bzw. eine gewerbliche Betätigung des geschlossenen Immobilienfonds folgt auch nicht aus der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze auf die Liquidation von Zielfonds bzw. die Veräußerung von Immobilienobjekten durch Zielfonds, an denen der Fonds als Ober-Personengesellschaft (ggf. auch in mehrstöckigen Strukturen) beteiligt war, da es insoweit an dem geschlossenen Fonds als (mittelbarem bzw. unmittelbarem) Gesellschafter der Zielfonds zurechenbaren (Zähl-)Objekten fehlt. Eine Zurechnung kann jedenfalls nicht auf der Grundlage des im BMF, Schreiben v. 26.3.2004, IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl 2004 I S. 434, genannten abstrakten Kriteriums von mehr als 250.000 EUR Verkehrswert eines Gesellschaftsanteils oder Anteils am Erlös des vom Zielfonds veräußerten Grundstücks erfolgen, da die Grenze von 250.000 EUR als Zurechnungskriterium keine sachgerechte Typisierung darstellt, die ggf. bei einer auch den Finanzgerichten im Rahmen und nach Maßgabe gesetzlicher Ermächtigung unter Beachtung des vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zwecks eines Tatbestandsmerkmals möglichen typisierenden Gesetzesauslegung zur Anwendung kommen könnte. Die Grenze von 250.000,00 EUR ist volatil und der konkreten Höhe nach mangels erkennbaren sachlichen Bezugs bzw. mangels nachvollziehbarer Herleitung auch willkürlich. (redaktioneller Leitsatz)

3. Kommen die abstrakt typisierenden Zurechnungsmerkmale des BMF, Schreiben v. 26.3.2004, IV A 6 – S 2240 – 46/04, BStBl 2004 I S. 43, nicht zur Anwendung, kommt es für die Beurteilung der Gewerblichkeit des geschlossenen Immobilienfonds auf die Umstände des Einzelfalls an, im Rahmen deren Gesamtwürdigung der Drei-Objekt-Grenze, wie sie in der Rechtsprechung ausgeprägt worden ist, rein indizielle Bedeutung zukommt. (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Rechtsmittelinstanz:

BFH München vom -- – IV R 15/24

Fundstellen:

EFG 2025, 487

DStRE 2025, 1138

LSK 2024, 32348

Tenor

1. Die Bescheide für 2013 über den Gewerbesteuermessbetrag vom ... und vom ... sowie die Einspruchsentscheidung vom ..., soweit der Einspruch vom ... als unbegründet zurückgewiesen worden ist, werden ersatzlos aufgehoben.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Das Urteil ist im Kostenpunkt für die Klägerin vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu erstattenden Kosten der Klägerin die Vollstreckung abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

1

Streitig ist das Vorliegen eines Gewerbebetriebs.

2

Die Klägerin wurde mit Gesellschaftsvertrag (GV) vom xx.xx.xxxx (...) zunächst nur bestehend aus ... (...)], gegründet (im Handelsregister ...unter HRA ...eingetragen). Mit Wirkung zum xx.xx.xxxx trat als weitere Kommanditistin die X-KG, später in X-GmbH & Co. KG umfirmiert (...), mit einem Zeichnungskapital in Höhe von (i.H.v.) xx.xxx EUR ein (sog. Gründungskommanditistin; ...).

3

Nach Ausscheiden der bisherigen Komplementäre und Eintritt der Y-GmbH (...) bzw. ab 2012 der Z-Komplementär GmbH (...) als (jeweils einziger), nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Komplementärin ... erfolgte mit 1. Nachtrag vom xx.xx.xxxx (...) die Umfirmierung zur GmbH & Co. KG. Mit einem Zeichnungskapital von xx.xxx EUR trat ferner die E-GmbH (...) bzw. (ab xxxx nachfolgend) die G-GmbH (...) als geschäftsführende Kommanditistin (...) ein. Die F-GmbH schied als Kommanditistin aus.

4

Mit Stand xx.xx.xxxx veröffentlichte die bisherige Gründungskommanditistin der Klägerin, die F-GmbH als verantwortliche Prospektherausgeberin, ein Angebot zur Beteiligung an der Klägerin als ... (...) Zweitmarktfonds ... mit Zweitmarktanteilen. Als Zweitmarktanteile wurden dabei „Beteiligungen an geschlossenen Fonds, deren Vollplatzierung bereits erfolgt ist und die von den Erstzeichnern veräußert werden“, definiert (...). Beim Zweitmarkt handele es sich nicht um einen geregelten Markt mit täglichem Handel, sondern um „eine i.d.R. vom Initiator ... organisierte Vermittlungsstelle, bei der Verkäufer und Käufer von Beteiligungen, die bereits platziert wurden, zielgerichtet zusammengeführt werden.“ (...). Die Platzierungsphase sollte spätestens am xx.xx.xxxx abgeschlossen sein (...). Auf das Emissionsprospekt (inklusive Gesellschafts- und Treuhandvertrag) ... wird im Einzelnen Bezug genommen. Im Besonderen wird auf Folgendes hingewiesen:

- Wesentliche Inhalte des Gesellschaftsvertrags (GV):

5

Im GV vom xx.xx.xxxx (...) war der Gesellschaftszweck in ... wie folgt geregelt: „(1) Zweck der Gesellschaft ist der langfristige Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Beteiligungen an geschlossenen Fonds unter Beachtung von Investitionskriterien. (2) Die Gesellschaft ist zu allen Rechtsgeschäften und

Rechtshandlungen berechtigt, die geeignet erscheinen, den Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar zu fördern. Sie wird zur Erreichung des Gesellschaftszwecks Beteiligungen an anderen Gesellschaften unter Beachtung der in ... beschriebenen Investitionskriterien mittelbar über einen Treuhänder oder unmittelbar erwerben. Die Gesellschaft kann die zur Erreichung ihres Zwecks erforderlichen oder zweckmäßigen Handlungen selbst vornehmen oder durch Dritte vornehmen lassen.“ Im 2. Nachtrag vom xx.xx.xxxx (...) wurde der Gesellschaftszweck in Abs. 1 dahingehend ergänzt, dass neben Beteiligungen an geschlossenen Fonds auch „REIT-AG`s“ und sonstige Gesellschaften erfasst waren. In ... wurde ferner neben einem mittelbaren Erwerb über einen Treuhänder auch ein mittelbarer Erwerb über eine Kapitalgesellschaft geregelt.

6

Als Investitionskriterien waren in ... GV bestimmt,

- (Buchst. a) dass Investitionen überwiegend in in- und ausländische Gewerbeimmobilien in Wirtschaftszentren oder entwicklungsfähigen Standorten mit hohem Vermietungsstand erfolgten (Ausnahme: bis zu $\times$ % – mit 2. Nachtrag vom xx.xx.xxxx [...] auf $\times$ % erhöht – des Fondsvolumens konnten auch in andere Investitionen, wie z.B. in geschlossene Fonds mit „gebrauchten Lebensversicherungen“ erfolgen),
- (Buchst. b) die Rechtsform einer Kommanditgesellschaft gegeben war,
- (Buchst. c) Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. aus Kapitalvermögen erzielt wurden – Im 2. Nachtrag vom xx.xx.xxxx (...) insoweit ergänzt, dass bei anderen Einkunftsarten der Erwerb direkt über Kapitalgesellschaften erfolgen musste. –,
- (Buchst. d) hinreichende Dokumentation,
- (Buchst. e) Vorliegen eines anlegerfreundlichen Vertragswerks (z.B. Mitspracherecht möglichst bei allen wesentlichen Geschäftsvorfällen wie z.B. angemessener Veräußerungserlös beim Verkauf von Fondsimmobilen, Teilnahme am Verkehrswert der Immobilien; ...),
- (Buchst. f) Investitionen ausschließlich in „Zweitmarktanteile“ sowie in Beteiligungen von jeweils bis zu $\times$ % des Gesellschaftskapitals eines neu aufgelegten geschlossenen Immobilienfonds (sogenannte Zielfonds),
- (Buchst. g) maximale Einzelinvestition xx Mio. EUR, aber nicht mehr als maximal $\times$ % des Gesellschaftskapitals der erworbenen Fondsgesellschaft – Mit 1. Nachtrag vom xx.xx.xxxx (...) geändert auf maximal $\times$ %. –,
- (Buchst. h) Orientierung des Ankaufrkurses am inneren Wert (Verkehrswert ...)].

7

Die Gesellschafterversammlung musste nach ... (zum Teil mit erhöhten Mehrheitsanforderungen nach ... u.a. zustimmen

- (Buchst. b) (grundsätzlich) bei Änderungen des Investitionsplans,
- (Buchst. c) beim Erwerb von Fondsanteilen, die den Investitionskriterien nicht entsprachen, oder
- (Buchst. d) bei der Veräußerung von Fondsanteilen innerhalb von 10 Jahren nach deren Erwerb sowie der Veräußerung von mehr als $\times$ % des Gesellschaftsvermögens innerhalb eines Jahres (ausgenommen: Veräußerung von Fondsanteilen, deren Einkunftsart als Einkünfte aus Gewerbebetrieb qualifiziert wurde) – Mit 2. Nachtrag vom xx.xx.xxxx (...) ergänzt um die Veräußerung von Anteilen an REIT-AG`s und sonstigen Gesellschaften innerhalb von einem Jahr nach Erwerb.

8

Die Gesellschafterversammlung war nach ... ferner zuständig für die Beschlussfassung über die Ausübung der bei Beteiligungen bestehenden Stimmrechte in den jeweiligen Gesellschafterversammlungen, sofern dort eine Abstimmung über zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte erfolgte (v.a. Immobilienverkauf, Änderung Mietverträge etc.).

9

Nach ... war die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen. Sie konnte erstmals mit einer Frist von sechs Monaten zum xx.xx.xxxx, jedoch „nicht vor Erreichen eines steuerlichen Totalüberschusses“ gekündigt werden (...).

10

Die Komplementärin und die geschäftsführende Kommanditistin waren nach ... „zur Geschäftsführung der Gesellschaft einzeln berechtigt und verpflichtet.“ Die Vertretung der Gesellschaft erfolgte durch die Komplementärin (...). Diese erteilte der geschäftsführenden Kommanditistin eine widerrufliche Generalvollmacht zur Vertretung der Gesellschaft (...).

11

Anleger konnten sich als Kommanditisten bis zum xx.xx.xxxx gegen Kapitaleinlage (...) bzw. bis zum xx.xx.xxxx gegen Sacheinlage von Anteilen an geschlossenen Fonds zum Verkehrswert (...) an der Klägerin beteiligen. Ausschüttungen (Entnahmen) erfolgten grundsätzlich nicht. Die Anleger hatten aber ein jährliches Wahlrecht (...). Bei nicht vorhersehbaren Liquiditätsbedarf (...) bestand für die Anleger die Möglichkeit einer Zusatzentnahme (...), jedoch nur im Umfang einer entsprechenden Beteiligung sog. Zweitmarktfonds (...).

- Direkte Beteiligung der Anleger oder Beteiligung über Treuhandkommanditistin:

12

Die Anleger konnten sich an der Klägerin direkt oder über die Treuhandkommanditistin beteiligen. Treuhandkommanditistin war zunächst die T1-GmbH (...), ab xxxx umfirmiert in T2-GmbH. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anleger und der Treuhandkommanditistin war im Einzelnen in einem Treuhandvertrag (TV), der Teil des Emissionsprospekts war, geregelt (...). Danach (...) war bestimmt, dass der Treuhänder ausschließlich im Auftrag und für Rechnung des Treugebers handelte, so dass wirtschaftlich der Treugeber Kommanditist und am Vermögen und Ergebnis der Klägerin beteiligt war. Die Teilnahme von Treuhänder und Treugeber an der Gesellschafterversammlung war in § ... TV geregelt. Es war ferner eine getrennte Rechnungslegung und Vermögensverwaltung vorgesehen (...). Der TV war ebenfalls auf unbestimmte Zeit geschlossen (...). Für die direkt an der Klägerin beteiligten Anleger handelte die Treuhandkommanditistin in offener Stellvertretung (...). Im Übrigen wird auf den Treuhandvertrag im Einzelnen Bezug genommen.

- Fondskonzept:

13

Das Angebot richtete sich an Anleger, die langfristige Anlageziele mittels einer sicheren, rentablen und langfristig inflationsgeschützten Vermögensanlage durch Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft verfolgten (...).

14

Der Renditeprognose lag die Annahme zugrunde, dass Veräußerungsgewinne im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung steuerfrei blieben (...). Es wurde auf mehrfachen Inflationsschutz verwiesen (Mietverträge: Wertsicherungsklauseln, Staffelmieten; Wertsteigerungen der Immobilien bzw. Entschuldung auf Ebene der erworbenen Fondsanteile und dadurch Wertzuwachs [...]).

15

Der Investitions- und Finanzierungsplan (...) sah einen Eigenkapitalanteil von xx,x % vor. Eine persönliche Haftung der Anleger für Fremdmittel war nicht vorgesehen (...). Liquiditätsreserven sollten angelegt werden (...). Der Gesamtinvestitionsaufwand sollte mindestens ca. xx,x Millionen EUR und maximal ca. xxx Millionen EUR betragen zzgl. Sacheinlagen. Bis ... war bereits in xx Zielfonds mit insgesamt x.xxx.xxx,xx EUR (...) investiert worden. Die (weiteren) Investitionen sollten bis xxxx erfolgen.

16

Laut Prognoseberechnung (...) wurde (ausgehend von Ausschüttungen erst ab xxxx und einem Investitionsvolumen von ca. xx,x Mio. EUR bzw. einem Zeichnungskapital i.H.v. xx Mio. EUR) in allen Jahren ein positiver Einnahmenüberschuss bzw. ein positives steuerliches Ergebnis prognostiziert. Als Einnahmen wurden neben Guthabenzinsen für eine angenommene Liquiditätsreserve Ausschüttungen aus erworbenen Fondsanteilen (auf der Grundlage u.a. von Erfahrungswerten der bereits erworbenen Fondsanteile) angesetzt, wobei davon ausgegangen wurde, dass die Zielfonds während des Prognosezeitraums nicht aufgelöst wurden. In die steuerliche Prognoseberechnung wurden nur Einnahmen in Form von Mieterträgen und Zinsen bzw. nur Werbungskosten (z.B. in Form von Abschreibungen, Fremdkapitalzinsen) sowie die Abschreibungen aus der „Ergänzungsbilanz“ der erworbenen Fondsanteile (als Differenz der Kaufpreise zu den übernommenen Kapitalkonten [...]) einbezogen (...). Als wesentliche

Bestandteile des Anlageerfolgs wurden laufende Ausschüttungen/Entnahmen sowie Inflationsschutz durch Wertsteigerungen der Immobilien, die i.d.R. bei Anteilsverkauf oder Liquidation der an der Klägerin erworbenen Fondsanteile (...) realisiert werden konnten, genannt (...). Eine Rendite sollte selbst dann erzielt werden, wenn die erworbenen Fondsanteile (...) wertlos sein sollten (...).

17

Dem steuerlichen Konzept (...) lag die Annahme zugrunde, dass der Anleger seine Beteiligung im Privatvermögen hielt und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. aus Kapitalvermögen erzielte. Zum gewerblichen Grundstückshandel wurde auf das BMF-Schreiben vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434) verwiesen (...) und ergänzend dazu ausgeführt, dass weder die Klägerin noch die Zielfonds beabsichtigten, Anteile innerhalb von zehn Jahren ab Erwerb zu veräußern. Den Anlegern wurde empfohlen, von einem Verkauf der Fondsbeteiligung innerhalb der Spekulationsfrist von 10 Jahren abzusehen (...). Da sich die Tätigkeit der Klägerin auf den Erwerb und das Halten von Beteiligungen an geschlossenen Fonds (Holding-Gesellschaft) beschränke, fehle es auch an einer Unternehmereigenschaft im Sinne des § 2 UStG bzw. an einem Tatbestand im Sinne des Grunderwerbsteuergesetzes (...).

18

Für die Beteiligung der Anleger gab es eine vorformulierte Beitrittserklärung (...). Es war die Ausstellung eines Fonds-Zertifikats (mit Wertpapierkennnummer) vorgesehen, das auch depotfähig war (...). Die geschäftsführende Kommanditistin sollte sämtliche Aufgaben der Fonds- und Beteiligungsverwaltung sowie steuerliche Betreuung der Fondsgesellschaft übernehmen (...).

19

Die mehr als xxxx Anleger der Klägerin (...) beteiligten sich überwiegend (zu mehr als 90 % ...) mittelbar über die Treuhandkommanditistin. Bei den Anlegern handelte es sich im Wesentlichen um natürliche Personen. Es beteiligten sich aber auch Personen- und Kapitalgesellschaften, GbRs (...), Erbengemeinschaften sowie (auch gemeinnützige) Stiftungen (...), Vereine (...) oder Körperschaften des öffentlichen Rechts (...). Das Zeichnungskapital betrug nach Abschluss der Platzierungsphase insgesamt xxx.xxx.xxx EUR (inklusive des Zeichnungskapitals der Gründungskommanditistin und geschäftsführenden Kommanditistin i.H.v. jeweils xx.xxx EUR). Die auf die einzelnen Anleger entfallenden Zeichnungssummen reichten von der Mindestbeteiligung (x.xxx EUR) bis zu x bis x Millionen. Zeichnungssummen von mindestens bzw. mehr als 250.000 EUR stellten zahlenmäßig die Ausnahme dar (...). (...)

20

Die Klägerin war unmittelbar oder mittelbar (über Treuhänder) an verschiedenen Immobilienfonds bzw. Personengesellschaften mit Grundbesitz/Immobilienbeteiligungen (überwiegend mit Sitz im Inland) beteiligt. Im Einzelnen wird hierzu Bezug genommen auf (...).

21

Die Gesamtinvestitionssumme betrug (...) xxx.xxx.xxx EUR. (...).

22

In den Jahresabschlüssen waren sämtliche Beteiligungen und Anteile an verbundenen Unternehmen als Anlagevermögen („Finanzanlagen“) bilanziert (§ 285 Nr. 11, § 271 Abs. 1 Handelsgesetzbuch [HGB]). (...).

23

Nach der Anl. zum Schriftsatz der Klägerin vom xx.xx.xxxx wurden in der Zeit ab xxxx bis einschließlich xxxx [Anm.: innerhalb von 12 Jahren] acht [Anm.: von über 100] Zielfonds endgültig liquidiert (mit Löschung im Handelsregister und vorherigem Verkauf/Verwertung der Liegenschaft[en] und Erlösen daraus teilweise während des laufenden Liquidationsverfahrens bzw. teilweise noch nach Abschluss der Liquidation als Restausschüttung). Im Einzelnen handelte es sich dabei um: (...) Von der BP wurden ergänzend dazu (...) folgende [Anm.: weitere 10] Zielfonds mit erstmaligen „Veräußerungserlösen“ im Zeitraum xxxx bis einschließlich xxxx [Anm.: innerhalb von 8 Jahren] genannt, davon ebenfalls – mit Ausnahme des ... (Veräußerung eines Objekts) – nur im Rahmen bzw. als Folge einer Liquidation des Zielfonds: (...)

24

Von noch im Bestand der Klägerin befindlichen Zielfonds (mit Anteilen jeweils unter 10 %), an denen (erstmalig) Anteile zwischen xxxx und xxxx [Anm.: im Zeitraum von 7 Jahren] erworben worden sind, haben nach den Angaben der Klägerin ... drei im Zeitraum bis einschließlich xxxx Liegenschaften veräußert: (...).

25

Laut den ... vorliegenden Jahresabschlüssen beschäftigte die Klägerin kein eigenes Personal, war aber zur Beauftragung von Dienstleistern berechtigt.

26

Die steuerlichen Ergebnisse ermittelte die Klägerin durch Einnahme-Überschussrechnung nach §§ 8, 9, 11 EStG (mittels Überleitungsrechnung zum Jahresabschluss [Handelsbilanz]).

(...)

27

Die für das Streitjahr 2013 erklärten Einkünfte wurden – wie in den Vorjahren – zunächst, auch hinsichtlich der Einkunftsart, erklärungsgemäß veranlagt (Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Grundlagen für die Einkommensbesteuerung vom xx.xx.xxxx ...).

28

Die BP (...) änderte die erklärten Einkünfte nicht nur betragsmäßig, sondern stellte, maßgeblich bezogen auf das BMF-Schreiben vom 26.03.2004, BStBl. I 2004, 434, v.a. Rz. 14-18, erstmals einen gewerblichen Grundstückshandel fest. Nach dem BMF-Schreiben vom 26.03.2004 wird für die Prüfung des Vorliegens eines gewerblichen Grundstückshandels auf Ebene des Gesellschafters einer Grundstücksgesellschaft auch ein Gesellschafts- bzw. Miteigentumsanteil an der Grundstücksgesellschaft als Zählobjekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze gesehen und entweder die Veräußerung von Grundstücken durch die Grundstücksgesellschaft oder die Veräußerung des Anteils an der Grundstücksgesellschaft dem Gesellschafter dann als „Zählobjekt“ zugerechnet, wenn dieser an der Gesellschaft zu mindestens 10 % beteiligt ist oder der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als 10 % mehr als 250.000 EUR beträgt. Im Falle der Veräußerung des (im Privatvermögen befindlichen) Anteils an der Grundstücksgesellschaft kommt es für die Drei-Objekt-Grenze ferner auf die Zahl der im Gesellschaftsvermögen (Gesamthandsvermögen) befindlichen Grundstücke an.

29

Nach den Feststellungen der BP hat die Klägerin erstmals xxxx Erlöse aus in Liquidation befindlichen Zielfonds erzielt. Zwar sei die 10%ige Beteiligungsgrenze laut Prospekt weder angestrebt noch erreicht worden. Es sei jedoch die Grenze von 250.000 EUR mehrfach überschritten worden. Im Zeitraum xxxx-xxxx seien insgesamt 21 Beteiligungen entweder liquidiert oder daraus Objekte veräußert worden. Davon erfüllten acht Beteiligungen (...) innerhalb des 10-Jahreszeitraums – ausgehend von einer Wertung der Klägerin als branchenkundig – bzw. drei Beteiligungen (...) innerhalb des 5-Jahreszeitraums (...) die Zählgrenze einer Beteiligung von mehr als 250.000 EUR (...). Bei einigen Beteiligungen handele es sich um Mehrobjekt-Fonds (...), die zu mehreren Zählobjekten führten. Da der Verkehrswert der Beteiligung nicht durch Bewertung bestimmt werden könne, werde der Verkaufs- bzw. Liquidationserlös – sofern über mehrere Jahre hinweg erzielt, aufsummiert – als Vergleichswert herangezogen (...). Da somit ein gewerblicher Grundstückshandel vorliege, stellten sämtliche Einkünfte solche aus gewerblicher Tätigkeit dar. Mit Feststellung des gewerblichen Grundstückshandels gehe zwar eine Pflicht zur Gewinnermittlung nach §§ 4 Abs. 1, 5 EStG einher. Aus Vereinfachungsgründen werde jedoch die bisherige Ermittlung der Einkünfte gemäß Überschussrechnung (§ 4 Abs. 3 EStG) übernommen, d.h. die bisher nach §§ 20, 21, 23 EStG erklärten Einkünfte nach Vornahme rechnerischer Korrekturen als gewerbliche Einkünfte angesetzt. (...). Konkrete Feststellungen dazu, ob die Zielfonds gewerblich tätig waren, erfolgten durch die BP nicht. Dass die einzelnen Fonds, an denen die Klägerin (...) beteiligt war, nicht gewerblich tätig waren, schloss die BP aber aus den der BP vorgelegten Mitteilungen der Zielfonds, die ausschließlich Überschusseinkünfte ausgewiesen hätten (...).

30

Der Beklagte (Finanzamt) schloss sich den Feststellungen der BP an. Mit Bescheiden für 2013 über den Gewerbesteuermessbetrag vom xx.xx.xxxx und vom xx.xx.xxxx – (...) –, wurde (erstmalig) ein Gewerbesteuermessbetrag i.H.v. xxx.xxx EUR festgesetzt, ausgehend von einem Gewinn aus Gewerbebetrieb i.H.v. x.xxx.xxx EUR (...). Der gegen die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels gerichtete Einspruch der Klägerin vom xx.xx.xxxx wurde mit Einspruchsentscheidung vom xx.xx.xxxx, auf die im Einzelnen Bezug genommen wird, als unbegründet zurückgewiesen bzw. der weitere Einspruch vom xx.xx.xxxx als unzulässig verworfen.

Mit der Klage wendet sich die Klägerin weiterhin gegen die Einstufung ihrer Tätigkeit als gewerblich. Sie sei nur vermögensverwaltend tätig. Das BMF-Schreiben vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434) sei nicht einschlägig bzw. werde vom Finanzamt unzutreffend analog angewandt, indem etwa unterstellt werde, dass der ihr, der Klägerin, zugerechnete Anteil am Veräußerungserlös der Immobilien der Zielfonds dem Verkehrswert der Beteiligung entspreche. Soweit ersichtlich habe sich bisher weder die Rechtsprechung noch die Finanzverwaltung mit mehrstufigen Strukturen, wie hier vorliegend, beschäftigt. Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH (Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617) sei für die Frage der Gewerblichkeit (allein) die Zuordnung zum Bild des Gewerbebetriebs maßgeblich, nicht aber eine Mindestbeteiligung an der grundbesitzenden Personengesellschaft oder quantitative Kriterien, wie im BMF-Schreiben vorgesehen. Wende man die Kriterien des BMF-Schreibens hier an, sei konsequenterweise sowohl für die Beteiligungshöhe (10 %) als auch für den Beteiligungswert (>250.000 EUR) eine Bruchteilsbetrachtung vorzunehmen. Danach sei ein typischer Anleger, der mit einem Mindestbetrag von x.xxx EUR und damit mit 0,00x % am (eingeworbenen) Kommanditkapital von ihr, der Klägerin, (xxx.xxx.xxx EUR) beteiligt sei, wie folgt am Kapital der betreffenden Zielfonds und den Veräußerungspreisen der Grundstücke beteiligt:

	Anteil am Kapital	Anteil am Veräußerungspreis
- Zielfonds a	0,000xxx%	xxx,xx EUR
- Zielfonds b	0,0000xxx%	xx,xx EUR
- Zielfonds c	0,000xxx%	xxx,xx EUR.

32

Dies zeige, dass die (analoge) Anwendung des BMF-Schreibens auf die hier vorliegende mehrstufige Fondsstruktur bei wirtschaftlicher Betrachtung zu absurden Ergebnissen führe. Trotz minimaler wirtschaftlicher Beteiligung am Kapital und den Veräußerungsgewinnen des Zielfonds rechne die BP den Anlegern die Grundstücksveräußerungen des Zielfonds über sie, die Klägerin, zu, was nicht sachgerecht sei. Gerade bei, wie hier vorliegend, mehrstufigen Fondsstrukturen, habe der einzelne Gesellschafter keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Fonds. Es fehle hier somit an „willensbestimmten eigenen Aktivitäten“ des Anlegers „am Grundstücksmarkt“ im Sinne der Entscheidung des BFH (GrS 1/93) bzw. an einer qualifizierten Beteiligung im Sinne des Urteils des BFH vom 12.07.2007 (X R 4/04). Insbesondere die 250.000 EUR-Grenze sei als Zurechnungskriterium ungeeignet, was sich etwa daran zeige, dass der Veräußerungserlös aus Verwertungshandlungen bzw. Vermögensumschichtungen der Zielfonds resultiere und nicht Ausfluss autonomer Entscheidungen von ihr, der Klägerin, sei. Letztlich könne nach der BFH-Rechtsprechung (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617; BFH-Urteile vom 10.12.1998 III R 61/97, BFHE 187, 526, BStBl II 1999, 390; vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250; vom 22.08.2012 X R 24/11, BFHE 238, 180, BStBl II 2012, 865; vom 12.07.2007 X R 4/04, BFHE 218, 331, BStBl II 2007, 885) nur eine qualifizierte Beteiligung zu einer Zurechnung von Grundstücksaktivitäten beim Gesellschafter führen, was entweder voraussetze, dass der Gesellschafter in einem erheblichen Umfang am Gesellschaftsvermögen beteiligt sei, oder aber dieser einen besonderen Einfluss auf die Aktivitäten der Gesellschaft nehmen könne, was hier jeweils nicht der Fall sei. Die Grenze von 250.000 EUR sei erstmals im BMF-Schreiben vom 26.03.2004 aufgenommen worden, ohne dass ersichtlich sei, warum gerade 250.000 EUR. Der bloße Wert einer Beteiligung sage nichts darüber aus, welchen Einfluss der Gesellschafter auf die Gesellschaft nehmen könne. Zudem trage eine statische Wertgrenze dem Umstand nicht Rechnung, dass Immobilien mittel- bis langfristig im Wert steigen würden. Es stelle sich daher auch die Frage, auf welchen Zeitpunkt für die Bewertung der Beteiligung abzustellen sei. Eine starre Wertgrenze führe zu zufälligen Ergebnissen und sei daher unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit abzulehnen. Das BMF-Schreiben sei außerdem weder nach Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) noch unter Vertrauensschutzaspekten (Art. 20 Abs. 3 GG) bindend. Da der gewöhnliche Geschäftszweck sowohl der Zielfonds als auch von ihr, der Klägerin, nicht auf den gewerblichen Grundstückshandel gerichtet sei, könnten die von der BP herangezogenen Veräußerungen auch aus diesem Grund nicht in die Betrachtung einbezogen werden. Der Grundsatzbeschluss des BFH (GrS 1/93) stelle klar, dass Grundstücksgeschäfte dann nicht zu einem gewerblichen Grundstückshandel des Steuerpflichtigen zählten, wenn sie durch eine zu einem anderen Zweck gegründete, diesen Zweck auch verfolgende Gesellschaft im Rahmen deren gewöhnlichen Geschäftsbetriebs aus spezifisch betriebsbezogenen Gründen vollzogen würden. Dies gelte hier für „Zielfonds a“ und „Zielfonds b“, die nach ihrem Gesellschaftszweck auf die langfristige Vermietung und Verpachtung von Grundstücken ausgerichtet seien (...). Diesem Gesellschaftszweck sei auch Rechnung getragen worden, da die Grundstücke erst nach

Beendigung der werbenden Tätigkeit im Rahmen der Liquidation von „Zielfonds a“ und „Zielfonds b“ veräußert worden seien. Folglich seien diese Grundstücksveräußerungen nicht im Rahmen der gebotenen Gesamtbeurteilung einzubeziehen bzw. ihr, der Klägerin, nicht zuzurechnen, zumal regelmäßig reine Verwertungshandlungen auf Ebene der Zielfonds darstellend. Auch die Ausweitung des Betrachtungszeitraums auf 10 Jahre ändere nichts daran, dass die vom Finanzamt herangezogenen Beteiligungen keine geeigneten Zählobjekte seien.

33

Weder nach dem BMF-Schreiben vom 26.03.2004 noch nach allgemeinen Grundsätzen sei eine Gewerblichkeit zu bejahen. Das Gesamtbild der Betätigung eines Publikumsfonds entspreche nach der Verkehrsauffassung keiner gewerblichen Betätigung in Gestalt eines Grundstückshandels, sondern stelle vielmehr eine vermögensverwaltende Tätigkeit (langfristige Kapitalanlage) dar. Dies gelte hier umso mehr, als sie, die Klägerin, keine Projektentwicklungen betreibe und nur Anteile an bereits weitgehend vermieteten Objekten erwerbe. Es gehe vor allem darum, Kunden eine langfristige, flexible und sichere Altersvorsorge zu ermöglichen, wie dies auch im Emissionsprospekt zum Ausdruck komme. Ausweislich des Emissionsprospekts, dem eine zentrale Bedeutung zukomme, habe sie, die Klägerin, zum Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile an den Zielfonds keine, insbesondere keine planmäßige Veräußerungsabsicht gehabt (vgl. dazu etwa das Emissionsprospekt ... sowie den BFH-Beschluss vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291). Veräußerungen seien nicht Teil der Prognoserechnung. Die Anteile sollten vielmehr bis zur Endfälligkeit gehalten werden. Aus dem dargestellten Konzept folge zudem, dass eine Veräußerungsabsicht auf Ebene der Zielfonds gleichermaßen nicht erkennbar sei. Beim Erwerb der Anteile an Zielfonds sei darauf geachtet worden, dass diese nicht im Widerspruch zu den Annahmen der Prognoserechnung und des steuerlichen Konzepts der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gestanden hätten. Sie, die Klägerin, habe sich auch nicht an gewerblich tätigen Fondsgesellschaften beteiligt, so dass keine Gewerblichkeit nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 EStG angenommen werden könne. Wie im (...) BP-Bericht festgestellt worden sei, seien die Zielfonds, die die BP in die Betrachtung miteinbezogen habe, liquidiert worden oder hätten ihre Anlageobjekte selbst veräußert. Liquidationen könnten nicht einem Handel gleichgestellt werden. Dem Verkauf im Rahmen der Liquidation fehle es an der Nachhaltigkeit und an einem händlertypischen Auftreten durch einen planmäßigen Umschlag der Grundstücke durch An- und Verkauf. Dieser könne daher kein Zählobjekt im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels begründen. Es sei hier auch zu berücksichtigen, dass Fondsgesellschaften konzeptionell stets nur eine beschränkte Laufzeit hätten und regelmäßig liquidiert würden. Wenn daher auf Ebene der in Liquidation befindlichen Fondsgesellschaften kein Handel angenommen werden könne, da die „Versilberung des Vermögens“ ein gesetzlich vorgeschriebener Schritt zur Beendigung der Fondsgesellschaft sei, dann könne dies auch nicht zu einer gewerblichen Tätigkeit bei ihr, der Klägerin, führen. Andernfalls würde man sich in Wertungswiderspruch zum Gewerbesteuerrecht setzen, wonach eine Personengesellschaft nach Einstellung ihrer werbenden Tätigkeit nicht mehr der Gewerbesteuer unterliege. Sie, die Klägerin, habe – entsprechend ihres Konzepts – während des von der BP betrachteten Zeitraums keine Fondsanteile veräußert. Damit fehle es auch an der Planmäßigkeit eines marktmäßigen Umschlags insoweit. Die Teilnahme am Markt sei beschränkt auf den Erwerb der Fondsanteile. Auch seien keine besonderen Umstände hinzugetreten, die auf eine gewerbliche Tätigkeit durch Handel schließen ließen. Würde sich die Beurteilung des Finanzamts durchsetzen, würden Fonds, wie hier vorliegend, im Rahmen ihrer Liquidation oder der Liquidation der Grundstücksgesellschaften, an denen sie beteiligt seien, regelmäßig einen gewerblichen Grundstückshandel betreiben. Dann aber käme es zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft und solchen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft. Letztere unterfielen dem Investmentsteuergesetz (§ 1 Abs. 2 S. 1 InvStG) und seien nach § 15 Abs. 2 InvStG in der Regel von der Gewerbesteuer befreit. Auch sie, die Klägerin, erfülle ohne Weiteres die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 InvStG. Die Gewerbesteuerbefreiung würde ihr aber aufgrund ihrer Rechtsform verweigert. Diesem Missstand ließe sich dadurch begegnen, dass man die Drei-Objekt-Grenze nicht auf Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) anwende.

34

Die dem festgesetzten Gewerbesteuermessbetrag zugrundeliegenden Besteuerungsgrundlagen sind der Höhe nach unstreitig.

35

Die Klägerin beantragt,

die Bescheide für 2013 über den Gewerbesteuermessbetrag vom xx.xx.xxxx und vom xx.xx.xxxx sowie die Einspruchsentscheidung vom xx.xx.xxxx, soweit der Einspruch vom xx.xx.xxxx als unbegründet zurückgewiesen worden ist, ersatzlos aufzuheben, hilfsweise die Revision zuzulassen.

36

Das Finanzamt beantragt,

die Klage abzuweisen, hilfsweise die Revision zuzulassen.

37

Zur Begründung wird im Wesentlichen auf die Einspruchsentscheidung vom xx.xx.xxxx sowie die Stellungnahme vom xx.xx.xxxx verwiesen. Bei einer Gesellschaft, die mit Anteilen an Immobilienfonds handle, liege schon nach der Verkehrsanschauung, und damit unabhängig von der Drei-Objekt-Grenze, ein gewerbliches Unternehmen vor. Die Fondsgesellschaften, an denen sich die Klägerin beteiligt habe bzw. beteilige, finanzierten gewerbliche Objekte. Bei der Liquidation dieser Fondsgesellschaften wiederum würden gewerbliche Objekte veräußert. Eine Gewerblichkeit ergebe sich daher schon aus der unternehmerischen Wertschöpfung. Die Errichtung von gewerblichen Immobilien zum Zwecke der Veräußerung entspreche dem Bild des typischen Unternehmers, der eigeninitiativ tätig werde, Produktionsfaktoren zu marktfähigen Gütern und Dienstleistungen bündele und sie auf eigenes Risiko am Markt absetze. Das BMF-Schreiben vom 24.03.2004 (BStBl. I 2004, 434) sei zwar unmittelbar zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel bei Privatpersonen ergangen bzw. beziehe sich auf Wohneinheiten. Ungeachtet dessen seien hier aber die Rz. 14/15 des BMF-Schreibens einschlägig, da die dort geregelten Grundstücksgesellschaften und hier relevanten Immobilienfondsanteile vergleichbar seien. In Anwendung der darin enthaltenen Vorgaben auf die BP-Feststellungen liege hier somit ein gewerblicher Grundstückshandel bzw. eine gewerbliche Betätigung vor.

38

Die Klage sei außerdem bereits unzulässig, da im Zeitpunkt der Klageerhebung ein zureichender Grund für die Nichtentscheidung über den Einspruch vorgelegen habe, was der Klägerin auch mitgeteilt worden sei.

39

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die im Verfahren ausgetauschten Schriftsätze, die Akten des Finanzamts sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 19.07.2024 verwiesen.

Entscheidungsgründe

40

Die Klage ist zulässig und begründet. Die Klägerin ist im Streitjahr nicht gewerblich tätig gewesen. Die Gewerbesteuermessbetragsbescheide vom xx.xx.xxxx und vom xx.xx.xxxx sowie die dazu ergangene Einspruchsentscheidung, soweit der Einspruch vom xx.xx.xxxx als unbegründet zurückgewiesen worden ist, sind aufzuheben (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung [FGO]).

I.

41

Die Klage ist zulässig, da auch eine verfrüht erhobene Untätigkeitsklage in die Zulässigkeit hineinwachsen kann. Ob ein ganz oder teilweise erfolgloses Vorverfahren abgeschlossen ist und damit die Zulässigkeitsvoraussetzung nach § 44 Abs. 1 FGO gegeben ist, stellt eine Sachentscheidungsvoraussetzung dar, deren Vorliegen (erst) im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (abschließend) zu beurteilen ist (vgl. dazu z.B. Gräber, Kommentar zur FGO, 9. Aufl. 2019, § 46 Rn. 9 mit weiteren Nachweisen [m.w.N.]). Nachdem die ablehnende Einspruchsentscheidung zwischenzeitlich ergangen ist, liegt die Sachentscheidungsvoraussetzung vor und ist die Klage daher zulässig (vgl. dazu z.B. BFH-Urteil vom 03.02.2010 IV R 26/07, BFHE 228, 365, BStBl II 2010, 751, Rn. 19).

II.

42

Die Klägerin übte im Streitjahr keine originäre gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG i.V.m. § 15 Abs. 1, Abs. 2 EStG aus.

43

1. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt jeder stehende inländische Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Eine Personengesellschaft erzielt gewerbliche Einkünfte, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreiben (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 EStG; s. z.B. BFH-Urteil vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rn. 20).

44

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 (BFH-Beschluss vom 25.06.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, Rn. 146; seitdem ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil vom 30.11.2023 IV R 10/21, BFH/NV 2024, 334 Rn. 24 m.w.N.). Da kein Streit darüber besteht, dass die Klägerin selbständig gehandelt hat, sich nachhaltig und mit Gewinnerzielungsabsicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt hat und ihre Tätigkeit weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als freier Beruf oder andere selbständige Arbeit zu qualifizieren ist, wird insoweit von Ausführungen abgesehen. Streitpunkt ist allein die Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung.

45

b) Die Grenze von 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 bzw. konkret von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z.B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 25.06.1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, Rn. 146; vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 Rn. 29 f., und vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, Rn. 27, 29; vgl. auch § 14 Satz 3 Abgabenordnung [AO]). 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 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 Rn. 29; vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, Rn. 27 ff., m.w.N.; ferner: BFH-Urteile vom 03.08.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl II 2005, 35, Rn. 27; vom 15.03.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, Rn. 32). Dabei kommt es auf die jeweiligen artspezifischen Besonderheiten der Wirtschaftsgüter an, auf die sich die zu beurteilende Tätigkeit bezieht, wie etwa die Marktgängigkeit des gehandelten Objekts (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, Rn. 17; vom 27.06.2018 X R 26/17, BFH/NV 2018, 1255, Rn. 31, 34; vom 30.11.2023 IV R 10/21, BFH/NV 2024, 334 Rn. 33).

46

c) Das Bild des „gewerblichen Handels“, wie hier mit Bezug auf die Veräußerung von Grundstücken bzw. Gesellschaftsanteilen (Beteiligungen) referentiell, ist in der Verkehrsanschauung typischerweise davon geprägt, dass jemand planmäßig und auf Dauer (nachhaltig) mit auf marktmäßigen Umschlag von Sachwerten gerichteter Absicht tätig geworden ist (BFH-Urteile vom 15.03.2000 X R 130/97, BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530, Rn. 29; vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, Rn. 12, 15 m.w.N. [zu GmbH-Beteiligungen]; vom 03.08.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl II 2005, 35, Rn. 28, 35 f., 54; vom 15.03.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, Rn. 33, 42; vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538 Rn. 28; vgl. dazu auch BFH-Urteil vom 31.07.1990 I R 173/83, BFHE 162, 236, BStBl II 1991, 66, Rn. 31 sowie ferner BFH-Urteil vom 15.03.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, Rn. 43, wonach darüber hinaus die Gewerblichkeit durch die nachhaltig betriebene Erhöhung des Wertes eines zum [Weiter-]Verkauf bestimmten Wirtschaftsguts geprägt wird).

Der gewerbliche Grundstückshandel ist dabei konkret geprägt von einer Irrelevanz des Abnehmerkreises, was darin gründet, dass der gewerbliche Grundstückshändler mit Rücksicht auf den Wert der zu beurteilenden Vorräte (Grundbesitz) auf keinen im Vorhinein bestimmten Abnehmerkreis trifft, dieser vielmehr im Einzelfall gesucht und geworben werden muss. Hieraus folgt aber nicht nur, dass der gewerbliche Grundstückshandel keine bestimmten und damit für die steuerrechtliche Beurteilung signifikanten Handelsstufen kennt, sondern weiterhin auch, dass das typusprägende Händlerbild das Gesamtspektrum des Grundstücksumschlags (Erwerb und Veräußerung) und damit neben dem bloßen Durchhandeln – d.h. ohne zwischenzeitliche Wertschöpfung – auch sämtliche Phasen der Grundstücksentwicklung, -bebauung oder -modernisierung und Grundstücksteilung sowie die Zwischenschaltung von Großabnehmern umfasst (BFH-Urteile vom 15.12.1999 I R 16/99, BFHE 191, 45, BStBl II 2000, 404, Rn. 19; vom 14.12.2006 IV R 3/05, BFHE 216, 233, BStBl II 2007, 777, Rn. 15 m.w.N.; vom 14.12.2006 IV R 35/05, BFH/NV 2007, 692, Rn. 16). Dagegen wird das Vermieten einzelner (beweglicher oder unbeweglicher) Gegenstände, bei der die Gebrauchsüberlassung im Vordergrund steht, typischerweise der privaten Vermögensverwaltung zugeordnet, wozu dann aber auch die Anschaffung und Veräußerung von Vermögensgegenständen gehören kann. Ausschlaggebend dafür ist, ob Ankauf und Veräußerung lediglich den Beginn und das Ende einer in erster Linie auf Fruchtziehung gerichteten Tätigkeit darstellen oder ob die Umschichtung von Vermögenswerten und die Verwertung der Vermögenssubstanz entscheidend in den Vordergrund treten (BFH-Urteil vom 26.06.2007 IV R 49/04, BFHE 217, 150, BStBl II 2009, 289, Rn. 28).

48

d) „Gewerblicher Grundstückshandel“ ist dabei die schlagwortartige Sammelbezeichnung für „typische“ Sachverhalte, die die positiv normierten Tatbestandsmerkmale des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen und sich nicht als private Vermögensverwaltung darstellen (BFH-Urteil vom 24.06.2009 X R 36/06, BFHE 225, 407, BStBl II 2010, 171, Rn. 25). Zur Konkretisierung der Abgrenzung hat der BFH in ständiger Rechtsprechung die sog. Drei-Objekt-Grenze entwickelt. Gewerbesteuerrechtlich gelten dieselben Grundsätze für die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels wie nach § 15 Abs. 2 EStG für die Einkommensteuer.

49

aa) Nach der in der Rechtsprechung entwickelten Drei-Objekt-Grenze liegt ein gewerblicher Grundstückshandel regelmäßig dann vor, wenn innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Anschaffung bzw. Bebauung und Verkauf – in der Regel fünf Jahre – mehr als drei Objekte veräußert werden. In diesem Fall lassen die äußeren Umstände den Schluss darauf zu, dass es dem Steuerpflichtigen bereits bei Anschaffung oder Bebauung des Grundstücks auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt, und kann somit von äußeren (objektiven) Umständen auf eine (jedenfalls) bedingte Veräußerungsabsicht bereits bei Erwerb bzw. Bebauung (Herstellung) des Objekts geschlossen werden (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteile vom 18.05.1999 I R 118/97, BFHE 188, 561, BStBl II 2000, 28, Rn. 18; vom 28.10.2015 X R 21/13, BFH/NV 2016, 405, Rn. 35; vom 27.06.2018 X R 26/17, BFH/NV 2018, 1255 Rn. 24 ff.; vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 24; vgl. auch BFH-Urteil vom 15.03.2000 X R 130/97, BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530, Rn. 30 f).

50

bb) Der Drei-Objekt-Grenze kommt jedoch im Rahmen der Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls rein indizielle Bedeutung zu, sowohl mit Bezug auf die Anzahl der Objekte als auch den zeitlichen Zusammenhang (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 37; BFH-Urteil vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 25; Schallmoser, in: Spiegelberger/Schallmoser/Wachter/Wälzholz, Immobilien im Zivil- und Steuerrecht, Kapitel 11 Gewerblicher Grundstückshandel, Rn. 11_2). Steht etwa aufgrund objektiver Umstände fest, dass Grundbesitz mit der unbedingten Absicht erworben oder bebaut worden ist, ihn innerhalb kurzer Zeit zu verkaufen, ist ein gewerblicher Grundstückshandel selbst dann zu bejahen, wenn weniger als vier Objekte veräußert werden (z.B. BFH-Urteile 19.02.2009 IV R 8,9/07, BFH/NV 2009, 923 Rn. 17; vom 19.10.2010 X R 41/08, BFH/NV 2011, 245 Rn. 18). Eine geringfügige Überschreitung der Fünf-Jahres-Frist ist jedenfalls bei einem branchenkundigen Steuerpflichtigen unschädlich, wenn dieser eine hohe Zahl von Veräußerungsgeschäften vorgenommen hat (z.B. BFH-Urteil vom 18.08.2009 X R 47/06, BFH/NV 2010, 400, Rn. 39). Umgekehrt kommt trotz einer für einen gewerblichen Grundstückshandel sprechenden

Indizwirkung aufgrund der Veräußerung von mehr als vier Objekten in einem engen zeitlichen Zusammenhang bei Vorliegen besonderer Umstände eine Zuordnung zur privaten Vermögensverwaltung in Betracht, etwa wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen (dazu z.B. BFH-Beschluss vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, Rn. 38 f.; BFH-Urteile vom 12.07.2007 X R 4/04, BFHE 218, 331, BStBl II 2007, 885, Rn. 41 f.; vom 18.08.2009 X R 41/06, BFH/NV 2010, 38, Rn. 28; vom 28.10.2015 X R 21/13, BFH/NV 2016, 405, Rn. 21).

51

cc) Ausgehend davon, dass die von der Rechtsprechung in Zusammenhang mit der Drei-Objekt-Grenze entwickelten Beweisanzeichen dem Zweck dienen, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebs“ bzw. zum Gegentypus der privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 03.08.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl II 2005, 35, Rn. 28; vom 15.03.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, Rn. 33; vgl. dazu auch BFH-Urteil vom 15.03.2000 X R 130/97, BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530, Rn. 30 sowie ferner die BFH-Urteile vom 03.08.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl II 2005, 35, Rn. 56 und vom 15.03.2005 X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, Rn. 65 ff. zur Verneinung verfassungsrechtlicher Bedenken der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum sogenannten gewerblichen Grundstückshandel in Hinblick auf die „historisch gewachsene tatbestandliche Konkretisierung“, jeweils m.w.N.), sind (jeweils) an das Vorliegen von Ausnahmefällen erhöhte Anforderungen zu stellen. Letztlich sind aber nur diejenigen Grundstücksgeschäfte als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinanderstehen, dass der Schluss auf einen einheitlichen gewerblichen Betätigungswillen möglich ist (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93 –, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 37).

52

dd) „Objekt“ im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel ist dabei grundsätzlich jedes selbständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt (Grundstück, grundstücksgleiches Recht oder Recht nach dem Wohnungseigentumsgesetz, Gewerbebauten), und zwar unabhängig von seiner Größe, seinem Wert, seiner Nutzungsart und anderen Umständen, etwa ob sich ein Objekt leicht oder nur schwer verkaufen lässt (ständige Rechtsprechung, s. z.B. BFH-Beschluss vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, Rn. 32; BFH-Urteil vom 15.04.2004 IV R 54/02, BFHE 206, 90, BStBl II 2004, 868, Rn. 21; vom 03.08.2004 X R 40/03, BFHE 207, 213, BStBl II 2005, 35; vom 18.08.2009 X R 41/06, BFH/NV 2010, 38, Rn. 37; vgl. dazu auch BFH-Beschluss vom 18.04.2006 VIII B 141/05, BFH/NV 2006, 1465 Rn. 11 ff., wonach die Rechtsprechung zum Objektbegriff vom Vereinfachungszweck bestimmt sei und sich das BMF in BStBl I 2004, 434 dieser Rechtsprechung zur Objektbestimmung angeschlossen habe).

53

ee) Befinden sich im Gesamthands- oder Bruchteilsvermögen einer Gesellschaft/Gemeinschaft ein oder mehrere Immobilienobjekte, können auch Erwerb bzw. Veräußerung dieser (auf Gemeinschafts-/Gesellschaftsebene) oder aber auch des Anteils des Gesellschafters bzw. Gemeinschafters an der Gesellschaft/Gemeinschaft Zählobjekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze auf Ebene des Gesellschafters/Gemeinschafters sein (BFH-Urteile vom 07.03.1996 IV R 2/92, BFHE 180, 121, BStBl II 1996, 369, Rn. 46, 71; vom 10.12.1998 III R 61/97, BFHE 187, 526, BStBl II 1999, 390, Rn. 30, 40 ff.; 03.07.2002 XI R 31/99, BFH/NV 2002, 1559, Rn. 3; vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 47 f.; vom 14.12.2006 IV R 3/05, BFHE 216, 233, BStBl II 2007, 777, Rn. 18; vom 14.12.2006 IV R 35/05, BFH/NV 2007, 692, Rn. 19; vom 05.06.2008 IV R 81/06, BFHE 222, 295, BStBl II 2010, 974, Rn. 23; vom 26.11.2008 X R 23/05, BFHE 224, 61, BStBl II 2009, 407, Rn. 21 ff.; vom 29.06.2011 X R 39/07, BFH/NV 2012, 16, Rn. 24; vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 41; BFH-Beschluss vom 14.12.2011 X B 116/10, BFH/NV 2012, 577, Rn. 8).

54

aaa) Dieses Ergebnis wird bei vermögensverwaltenden Gesellschaften/Gemeinschaften regelmäßig aus § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO – seit Neufassung durch Art. 23 Nr. 6 des Gesetzes vom 22.12.2023, BGBl. I Nr. 411 mit Wirkung zum 01.01.2024 § 39 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 AO – hergeleitet, wonach Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand [seit 01.01.2024: oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft] zustehen, den Beteiligten [seit 01.01.2024: oder Gesellschaftern] anteilig zugerechnet werden, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Bei gewerblich tätigen Personengesellschaften wird aus der Einheit der Personengesellschaft abgeleitet, dass § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO durch § 15 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz

1 EStG verdrängt wird und eine Zurechnung (zur Beurteilung eines eventuell weiteren gewerblichen Grundstückshandels des Mitunternehmers) auf der Grundlage des § 15 Abs. 1 Nr. 2 Halbsatz 1 EStG erfolgt (BFH-Urteile vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 49; vom 27.01.2016 X R 23/14, BFH/NV 2016, 1018, Rn. 30). Die zivilrechtliche Stellung eines Treuhänders wird dabei steuerrechtlich dem Treugeber zugerechnet, wenn dieser die Merkmale des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative erfüllt (BFH-Urteil vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 57 f.) bzw. ein nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO anzuerkennendes Treuhandverhältnis vorliegt.

55

bbb) Die Frage der Zurechnung von Erwerb und Veräußerung eines Immobilienobjekts durch die Gesellschaft/Gemeinschaft bzw. die Frage der Gleichstellung des Erwerbs und der Veräußerung eines Anteils an einer Gesellschaft/Gemeinschaft mit einem Immobilienobjekt (als Zählobjekt im Rahmen der Drei-Objekt-Grenze) stellt sich dabei nur im Rahmen einer Gesamtschau zur Bewertung der Betätigung des Gesellschafters/Gemeinschafters bzw. Mitunternehmers im Interesse dessen sachlich zutreffender Besteuerung. Der BFH spricht in seinem Urteil vom 28.11.2002 (III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250 Rn. 66) von „formal in der Rechtsform einer Gesellschaftsbeteiligung stattfindenden Verkäufe von – anteiligen – Objekten“. Die Gesellschaft/Gemeinschaft bzw. Mitunternehmerschaft entfaltet keine Abschirmwirkung gegen eine Zurechnung der von ihr getätigten Geschäfte an den Gesellschafter/Gemeinschaftler. Letzterer darf im Ergebnis nicht unterschiedlich besteuert werden, je nachdem, ob An- und Verkäufe von der Gesellschaft/Gemeinschaft oder unmittelbar von ihm selbst bzw. – wirtschaftlich betrachtet – „mittels einer Beteiligung“ getätigt werden (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 62). Dies bedeutet letztlich, dass alle zurechenbaren Veräußerungen der Gesellschaft/Gemeinschaft bzw. eine gleichzustellende Beteiligungsveräußerung bei dem an einer Gemeinschaft/Gesellschaft Beteiligten zu berücksichtigen sind (BFH-Urteile vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 54, 62, 66; vom 28.10.2015 X R 21/13, BFH/NV 2016, 405, Rn. 14 f.; vom 28.10.2015 X R 22/13, BFHE 251, 369, BStBl II 2016, 95, Rn. 16; vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 41 m.w.N.).

56

(1) Die Zurechenbarkeit bestimmt sich dabei maßgeblich, ausgehend von dem Gedanken der Gleichstellung von Einzelunternehmer und Beteiligtem, danach, dass kein Steuerpflichtiger durch eine Beteiligung zum „Grundstückshändler wider Willen“ werden darf (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 65). Letzteres ist dann ausgeschlossen, wenn sich der Steuerpflichtige an einer Gesellschaft/Gemeinschaft beteiligt, die ausdrücklich zum Zweck des gewerblichen Grundstückshandels gegründet worden ist und diesen auch tatsächlich verfolgt (gewerbliche Grundstückshandelsgesellschaft; vgl. dazu auch BFH-Urteile vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 66; vom 14.12.2006 IV R 3/05, BFHE 216, 233, BStBl II 2007, 777, Rn. 13), oder aber jedenfalls der Steuerpflichtige die Geschäfte der Gesellschaft/Gemeinschaft maßgeblich bestimmt (vgl. dazu BFH-Urteile vom 12.07.2007 X R 4/04, BFHE 218, 331, BStBl II 2007, 885, Rn. 39; vom 28.10.2015 X R 21/13, BFH/NV 2016, 405, Rn. 14 f.).

57

(2) Das BMF bestimmt die Frage der Zurechenbarkeit bzw. der Gleichstellung von „Beteiligung“ mit „Immobilienobjekt“ dagegen abstrakt danach, ob der Steuerpflichtige zu mehr als 10 % beteiligt ist oder der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als 10 % mehr als 250.000 EUR beträgt (BStBl I 2004, 434, Rz. 14-18). Zur insoweit zum BMF-Schreiben vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434 Rz. 14) wortgleichen Anweisung im Vorgänger-BMF-Schreiben vom 20.12.1990 (BStBl I 1990, 884, Rz. 12) hat das BMF im Verfahren vor dem Großen Senat des BFH (GrS 1/93) ausgeführt, dass „diese Anweisung nur Personengesellschaften betreffe, deren Geschäftszweck der gewerbliche Grundstückshandel sei.... Betriebe die Personengesellschaft ein anderes gewerbliches Unternehmen und veräußere sie in diesem Rahmen Grundstücke, seien solche Objekte beim Gesellschafter nicht mitzuzählen. Befasse sich eine anderweitig gewerblich tätige Personengesellschaft (z.B. ein Bauunternehmen) auch mit gewerblichem Grundstückshandel (z.B. als Bauträger), seien allerdings Veräußerungen aus dem Bereich des gewerblichen Grundstückshandels beim Gesellschafter einzubeziehen, soweit der gewerbliche Grundstückshandel einen eigenen, wesentlichen Geschäftszweck darstelle.“ (zitiert aus BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 20), was letztlich vom Großen Senat in seinem Beschluss vom 03.07.1995 (auch mit Bezug

auf die Gewerbesteuer) als maßgeblich bestätigt worden ist (BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 65, s. auch Rn. 57; vgl. dazu auch BFH-Urteile vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 54; vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 41).

58

ccc) Ist ein Anteil an einer Gemeinschaft bzw. Gesellschaft Zählobjekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze kommt es, letztlich zum Zwecke der Gleichstellung von Einzelunternehmer und Mitunternehmer/Beteiligten, sachgerecht auf die Anzahl der im Vermögen der Gesellschaft/Gemeinschaft befindlichen Grundstücke an (BFH-Urteile vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 48; s. auch BFH-Urteile vom 10.12.1998 III R 62/97, BFH/NV 1999, 1067, Rn. 42; vom 10.12.1998 III R 61/97, BFHE 187, 526, BStBl II 1999, 390, Rn. 41; BFH-Beschluss vom 03.07.2002 XI R 31/99, BFH/NV 2002, 1559, Rn. 3).

59

ff) Ausgehend von Vorstehendem ist daher bei der Prüfung des Vorliegens eines gewerblichen Grundstückshandels zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterebene zu differenzieren (vgl. dazu auch BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 37, 44, 46 ff.; BFH-Urteil vom 10.12.1998 III R 61/97, BFHE 187, 526, BStBl II 1999, 390, Rn. 34). Während Tätigkeiten ersterer – der Gesellschaft – zum einen relevant sein können für deren steuerliche Beurteilung und zum anderen für die steuerliche Beurteilung des Gesellschafters, können nicht in der Verbundenheit der Gemeinschaft/Gesellschaft erbrachte Tätigkeiten des Gesellschafters regelmäßig – außerhalb von mehrstöckigen Gesellschaftsstrukturen – nur unmittelbar für dessen steuerliche Beurteilung relevant sein (vgl. dazu BFH-Urteil vom 10.12.1998 III R 62/97, BFH/NV 1999, 1067, Rn. 27). Es ist hier ferner zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Einheit einer Gesellschaft bzw. Gemeinschaft regelmäßig die Zusammenrechnung verschiedener Gesellschaften bzw. Gemeinschaften verbietet, da bzw. wenn die Gesellschaften bzw. Gemeinschaften jedenfalls nicht personenidentisch sind (FG München-Urteil vom 28.10.2014, 2 K 1965/11, Rn. 38, juris).

60

2. Nach vorstehenden Grundsätzen übt die Klägerin weder einen gewerblichen Grundstückshandel noch eine andere gewerbliche Tätigkeit aus

61

a) Weder handelt es sich bei der Klägerin um eine Grundstückshandelsgesellschaft noch liegt aus anderen Gründen ein gewerblicher Grundstückshandel auf Ebene der Klägerin vor, der zu einem gegenüber der Klägerin festzusetzenden Gewerbesteuermessbetrag führt.

62

aa) Die Klägerin selbst ist keine unmittelbar gewerblich tätige Grundstückshandelsgesellschaft.

63

aaa) Weder hat sie selbst (bzw. haben die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft) unmittelbar Grundstücke angeschafft oder bebaut und anschließend wieder veräußert (vgl. dazu auch BFH-Urteile vom 25.04.1991 IV R 111/90, BFHE 165, 188, BStBl II 1992, 283, Rn. 11; vom 21.05.1993 VIII R 10/92, BFH/NV 1994, 94, Rn. 16; vom 09.12.2002 VIII R 40/01, BFHE 201, 180, BStBl II 2003, 294, Rn. 18) noch ist ihr Gesellschaftszweck darauf ausgerichtet. Der Zweck der Klägerin, wie in § ... GV vom xx.xx.xxxx mit Maßgabe auch für das Streitjahr geregelt, ist weder auf einen nachhaltigen und marktmäßigen Umschlag von Grundstücken noch von Beteiligungen ausgerichtet, sondern im Wesentlichen auf den langfristigen Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Beteiligungen an geschlossenen Fonds unter Beachtung von im Einzelnen geregelten Investitionskriterien. Insbesondere aus letzteren, etwa § ... GV (Investition in Beteiligungen mit regelmäßig bereits bestehenden Objekten mit hohem Vermietungsstand), § ... GV (Investition in Beteiligungen, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bzw. aus Kapitalvermögen erzielen) oder § ... (u.a. Erfordernis eines Mitspracherechts der Klägerin bei wesentlichen Geschäftsvorfällen auf Ebene der Zielfonds, wie z.B. des Verkaufs von Fondsimmobilien, in Abgrenzung zu üblichen Geschäftsvorfällen), aber auch des Inhalts des Emissionsprospekts insgesamt, dem gerade in Hinblick auf die das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit schützenden Grundsätze der Prospekthaftung besondere Bedeutung zukommt, und hier insbesondere der Prognoserechnung bzw. der Darstellung des Konzepts, sieht das Gericht die Nennung der Veräußerung von Beteiligungen an (im Wesentlichen) Immobiliengesellschaften in § ... GV als nicht die Tätigkeit der Klägerin prägend an. Vielmehr

stellt sich danach die Nennung der Veräußerung als letzter Akt einer primär auf Fruchtziehung ausgerichteten Tätigkeit dar. Dementsprechend sind auch die Beteiligungen an den Zielfonds als Anlage- und nicht als Umlaufvermögen der Klägerin ausgewiesen worden (vgl. dazu Roser in: Lenski/Steinberg, GewStG Kommentar, 150. Lieferung, 4/2024, § 7 GewStG, Rn. 324 unter Verweis auf BFH-Urteile vom 14.12.2006 IV R 3/05, BFHE 216, 233, BStBl II 2007, 777, Rn. 13 und vom 10.05.2007 IV R 69/04 –, BFHE 217, 147, BStBl II 2010, 973, Rn. 13).

64

bbb) Dass der Gesellschaftszweck im Streitfall jedenfalls ab xxxx, d.h. ab Beginn der Platzierungsphase der Klägerin, bis einschließlich 2013, dem Streitjahr, tatsächlich so realisiert worden ist, ergibt sich für das Gericht zum einen aus den von der Klägerin vorgelegten Jahresabschlüssen bzw. Übersichten zu den steuerlichen Ergebnissen sowie zum anderen daraus, dass von der BP aktenkundig weder für xxxx bis xxxx noch für xxxx bis xxxx Veräußerungen von Beteiligungen oder aber von Immobilienobjekten unmittelbar durch die Klägerin festgestellt worden sind. Liquidationen von Zielfonds und in Zusammenhang damit auf Ebene der Zielfonds realisierte Verwertungserlöse mit anteiliger Auszahlung an die Klägerin, was bei dieser als Rückzahlung von Anschaffungskosten und damit zugleich als Abgang im Bereich des Anlagevermögens gebucht worden ist, sowie die Beendigung einer Beteiligung der Klägerin an einem Zielfonds, nachdem dessen Liquidation abgeschlossen war, sind keine dem Gesellschaftszweck widersprechende, Gewerbsmäßigkeit indizierende Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen der Klägerin. Eine Liquidation und eine damit verbundene Verwertung von Gesellschafts-/Gemeinschaftsvermögen sind vielmehr regelmäßig notwendige Folge der Auflösung einer Gesellschaft/Gemeinschaft (§ 145 Abs. 1 HGB a.F. bzw. § 143 Abs. 1 Satz 1 HGB in der seit dem 01.01.2024 geltenden Fassung, i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB) und somit nicht Ausfluss einerwerbenden Tätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG bzw. nicht Ausdruck eines auf marktmäßigen Umschlag ausgerichteten Handels. Dementsprechend betrachtet das BMF in seinem Anwendungsschreiben zum InvStG (BMF-Schreiben vom 21.05.2019, BStBl. I S. 527 Rn. 15.20) auch die Veräußerung von Immobilien im Rahmen der Abwicklung eines Investmentvermögens grundsätzlich nicht als Ausdruck aktiver unternehmerischer Tätigkeit, bei deren Vorliegen es nach § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InvStG zum Wegfall der Gewerbesteuerfreiheit kommen kann.

65

bb) Ein Gewerbebetrieb bzw. eine gewerbliche Betätigung der Klägerin im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 EStG folgt hier aber auch nicht aus der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze auf die Liquidation von Zielfonds bzw. die Veräußerung von Immobilienobjekten durch Zielfonds, an denen die Klägerin als Ober-Personengesellschaft (ggf. auch in mehrstöckigen Strukturen) beteiligt war. Es fehlt insoweit an der Klägerin als (mittelbare bzw. unmittelbare) Gesellschafterin der Zielfonds zurechenbaren (Zähl-) Objekten, die zur Annahme eines Gewerbebetriebs bei dieser führen könnten.

66

aaa) Waren bzw. sind die Zielfonds gewerblich tätige Grundstücksgesellschaften oder kraft Rechtsform gewerblich geprägte Gesellschaften, stellt zwar seit Einführung des § 7 Satz 2 GewStG, eingeführt durch Art. 4 Nr. 2 des Gesetzes vom 20.12.2001 (BGBl. I, S. 3858 [zur Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen vor allem unter Einschaltung von Kapitalgesellschaften, vgl. dazu BT-Drucks. 14/6882, S. 23, 41 bzw. BT-Drucks. 14/7344, S. 12] bzw. durch das 5. Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen vom 23.07.2002 [BGBl. I S. 2715; zur „besonderen“ Entstehung der gesetzlichen Regelung s. etwa BVerfG-Urteil vom 10.04.2018 1 BvR 1236/11, BStBl II 2018, 303, BVerfGE 148, 217]), mit Wirkung ab 01.01.2002 (§ 36 Abs. 1 GewStG in der Fassung durch Art. 4 Nr. 5 des Gesetzes vom 20.12.2001), die Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils einer Ober-Personengesellschaft im Sinne des § 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG, wie hier der Klägerin, an einer Unter-Personengesellschaft, wie den Zielfonds, regelmäßig laufender Gewerbeertrag dar, da nicht unmittelbar auf eine natürliche Person entfallend. Es handelt sich hierbei jedoch insoweit um einen laufenden Gewerbeertrag des Zielfonds (vgl. dazu auch BFH-Urteile vom 25.05.1962 I 78/61 S, BFHE 75, 467, Rn. 16; vom 22.07.2010 IV R 29/07, BFHE 230, 215, BStBl II 2011, 511, Rn. 46 f., 52; BVerfG-Urteil vom 10.04.2018 1 BvR 1236/11, BStBl II 2018, 303, BVerfGE 148, 217, Rn. 107 ff.; s. dazu ferner Roser in: Lenski/Steinberg, GewStG Kommentar, 150. Lieferung, 4/2024, § 7 GewStG, Rn. 323 ff. sowie § 9 Nr. 2 Satz 1 GewStG). Dieser ist dann Steuerschuldner im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG und damit (allein) zutreffender Inhaltsadressat eines Gewerbesteuerermessbetragsbescheides, nicht aber die Klägerin

als mitunternehmerisch (vgl. zum Erfordernis des Vorliegens einer Mitunternehmerschaft für eine Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 3 GewStG vgl. BFH-Urteil vom 03.02.2010 IV R 26/07, BFHE 228, 365, BStBl II 2010, 751, Rn. 39) an den jeweiligen Zielfonds Beteiligte. Eine Erfassung „gewerblicher Veräußerungserlöse“ aus der Beendigung einer Beteiligung im Sinne des § 7 Satz 2 Nr. 2 GewStG mit ggf. infizierender Wirkung auf der Ebene der Klägerin könnte danach nicht zutreffend erfolgen.

67

Das Gewerbesteuerrecht unterscheidet, ebenso wie das allgemeine Steuerrecht, zwischen der sachlichen und der persönlichen Steuerpflicht einer Person (vgl. § 184 Abs. 1 Satz 2 AO). Die sachliche Steuerpflicht bezieht sich auf das Objekt der Gewerbesteuer, beantwortet also die Frage, welcher Gegenstand der Gewerbesteuer unterworfen wird. Objekt der Gewerbesteuer ist das gewerbliche Unternehmen bzw. der Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1, § 35a GewStG). Persönlich steuerpflichtig ist in erster Linie der Schuldner der Gewerbesteuer, d.h. derjenige, dem der Gegenstand der Gewerbesteuer zum Zweck der Besteuerung zugerechnet wird. Subjekt der Gewerbesteuer ist der gewerbliche Unternehmer bzw. im Falle der Mitunternehmerschaft die Personengesellschaft (Kratzsch, Nöcker und Keß in: Lenski/Steinberg, GewStG Kommentar, 150. Lieferung, 4/2024, § 2 GewStG, Rn. 5, 31, 72). Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG ist Steuerschuldner aber die Gesellschaft, wenn die Tätigkeit einer Personengesellschaft Gewerbebetrieb ist. In Hinblick auf die notwendige Abgrenzung bei nicht personenidentischen Personengesellschaften hinsichtlich deren steuerlichen Betrachtung (keine Einheitsbetrachtung, vgl. dazu BFH-Beschluss vom 03.05.1993 GrS 3/92, BFHE 171, 246, BStBl II 1993, 616, Rn. 63 f.) bedeutet dies, dass Betrachtungs- und Bewertungsebene die jeweilige Personengesellschaft bzw. das gemeinsame Handeln der Mitunternehmer auf Ebene der (jeweiligen) Personengesellschaft ist.

68

bbb) Ist die Tätigkeit der Zielfonds hier nicht als Gewerbebetrieb – weder originär noch gewerblich geprägt – zu qualifizieren, wofür im Streitfall neben dem allgemeinen Investitionskriterium gemäß § ... GV (Vorliegen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bzw. aus Kapitalvermögen auf Zielfondsebene) auch in tatsächlicher Hinsicht spricht, dass die BP keine Mitteilungen von Zielfonds mit Ausweis gewerblicher Einkünfte feststellen konnte, sondern handelt es sich um vermögensverwaltende Gesellschaften, finden weder § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG noch § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Anwendung. Damit gleichwohl Veräußerungsvorgänge auf Ebene der Zielfonds (innerhalb oder außerhalb eines Liquidationsverfahrens) auf Ebene der Klägerin steuerliche Relevanz gewinnen können, bedarf es einer Zurechnung bzw. Bruchteilsbetrachtung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO als Teil der nach § 7 Satz 1 GewStG maßgeblichen einkommensteuerrechtlichen Prinzipien der Gewinnermittlung (BFH-Urteil vom 20.04.2023 III R 53/20, BFHE 280, 314, BStBl II 2023, 933, Rn. 14 unter Verweis auf den Beschluss des Großen Senats vom 25.09.2018 GrS 2/16, BFHE 263, 225, BStBl II 2019, 262, Rn. 81 ff., 110 f.). Es ist jedoch zu beachten, dass eine (anteilige) Zurechnung zur Klägerin als an den Zielfonds (unmittelbar bzw. mittelbar) Beteiligte nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nur erfolgt, soweit für die Besteuerung erforderlich (vgl. dazu auch BFH-Urteil vom 05.06.2008 IV R 81/06, BFHE 222, 295, BStBl II 2010, 974, Rn. 35). Eine Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO erfordert daher über eine bloße Vermögensbeteiligung hinaus weitergehende Kriterien.

69

(1) Eine Zurechnung in vorstehendem Sinne kann hier jedenfalls nicht auf der Grundlage des im BMF-Schreiben vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434, Rn. 14, 18) genannten abstrakten Kriteriums von mehr als 250.000 EUR Verkehrswert eines Gesellschaftsanteils oder Anteils am Erlös des veräußerten Grundstücks erfolgen. Ob dies auch für die (gleichermaßen abstrakte) Grenze einer Beteiligung von mehr 10 %, wie bereits im Vorgänger-BMF-Schreiben vom 20.12.1990, BStBl I 1990, 884, Rz. 8, 15 f. enthalten, gilt, kann hier dahingestellt bleiben, da die Klägerin (im Zeitraum bis einschließlich 2013) nicht zu mehr als 10 % an denjenigen Zielfonds beteiligt war, die liquidiert worden sind bzw. Immobilienobjekte veräußert haben, was zwischen den Beteiligten unstrittig ist.

70

i) Ungeachtet dessen, dass keine Bindung der Rechtsprechung an das BMF-Schreiben besteht, da es sich insoweit weder um eine Typisierungsvorschrift noch um eine Ermessensrichtlinie handelt (vgl. dazu auch allgemein BVerfG-Beschluss vom 31.05.1988 1 BvR 520/83, BVerfGE 78, 214, Rn. 43 bzw. konkret zum BMF-Schreiben vom 26.03.2004 BFH-Urteil vom 12.07.2007 X R 4/04, BFHE 218, 331, BStBl II 2007, 885, Rn. 39; Schallmoser in: Spiegelberger/Schallmoser/Wachter/Wälzholz, Immobilien im Zivil- und Steuerrecht, Kapitel 11 Gewerblicher Grundstückshandel, Rn. 11.48), stellt die Grenze von 250.000 EUR als

Zurechnungskriterium keine sachgerechte Typisierung dar, die ggf. bei einer auch den Finanzgerichten im Rahmen und nach Maßgabe gesetzlicher Ermächtigung unter Beachtung des vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zwecks eines Tatbestandsmerkmals möglichen typisierenden Gesetzesauslegung zur Anwendung kommen könnte (s. dazu BVerfG-Nichtannahmebeschluss vom 25.11.2005 2 BvR 629/03, Rn. 5 f., juris, m.w.N.).

71

ii) Die Grenze von 250.000,00 EUR ist volatil und der konkreten Höhe nach mangels erkennbaren sachlichen Bezugs bzw. mangels nachvollziehbarer Herleitung auch willkürlich (vgl. dazu auch Söffing, DStR 2004, 793, 796). Ihr kommt weder ein für eine zulässige Typisierung mindestens notwendiges Vereinfachungsmoment zu, da gerade der Wert von Anteilen nicht einfach feststellbar ist, was auch das Finanzamt selbst im Ergebnis einräumt, indem, da eine Bewertung der Anteile nicht möglich sei, auf die Veräußerungs-/Liquidationserlöse abgestellt wurde, noch stellt sie einen sachlich nachvollziehbaren, realitätsgerecht einen typischen Fall – d.h. einen in Wirklichkeit als solchen überhaupt feststellbaren Normal- oder Durchschnittsfall – als Maßstab zugrunde legenden Anknüpfungspunkt dar (vgl. dazu BFH-Urteile vom 07.08.2008 IV R 36/07, BFHE 223, 251, BStBl II 2010, 988, Rn. 31; 20.09.2012 IV R 36/10, BFHE 238, 429, BStBl II 2013, 498, Rn. 26; BFH-Beschluss vom 01.06.2022 III R 3/21, Rn. 24 ff., juris; ferner: BFH-Urteil vom 09.04.2003 X R 21/00, BFHE 201, 525, BStBl II 2003, 520 Rn. 15 unter Verweis auf BVerfG-Beschluss vom 20.05.1996 1 BvR 21/96, juris, Rn. 7). Konkret mit Bezug auf den gewerblichen Grundstückshandel hat dies der BFH in seinem Urteil vom 15.03.2000 (X R 130/97, BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530 Rn. 32-34) indirekt zum Ausdruck gebracht, indem er darauf verweist, dass für die Auslegung des § 15 Abs. 2 EStG nicht nach der Art des Objekts bzw. nicht nach den Wertverhältnissen und damit einer möglichen Höhe von Verwertungsgewinnen differenziert werden könne, zumal mangels einer „eine Typisierung tragende Vermutung für die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Wertkategorie“ (Rn. 32). Letztlich, so der BFH, trage nur eine Einbeziehung aller Objekte in die Drei-Objekt-Grenze, unabhängig davon, ob es sich um Wohneinheiten oder andere Grundstücke handle bzw. unabhängig von deren Wertverhältnissen den verfassungsrechtlich gebotenen Grenzen einer Typisierung hinreichend Rechnung (Rn. 34). Dies gilt hier umso mehr, als der von der Rechtsprechung entwickelten Drei-Objekt-Grenze eine normfüllende Typisierung zugrunde liegt, mit deren Hilfe die schwierigen tatsächlichen und rechtlichen Abgrenzungen zwischen (privater) Vermögensverwaltung und (gewerblichem) Grundstückshandel vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidungen in § 21 EStG (verbunden mit der Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 23 EStG) einerseits und § 15 EStG (verbunden mit der regelmäßigen Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen, vgl. § 16 EStG) andererseits bewältigt werden sollen (BFH-Urteil vom 18.05.1999 I R 118/97, BFHE 188, 561, BStBl II 2000, 28, Rn. 18; s. dazu mittelbar auch BFH-Urteile vom 05.06.2008 IV R 81/06, BFHE 222, 295, BStBl II 2010, 974, Rn. 23; vom 26.11.2008 X R 23/05, BFHE 224, 61, BStBl II 2009, 407, Rn. 21).

72

iii) Dementsprechend hat der BFH bisher, soweit die Zurechnung eines „Ausschnitts der Gesamtaktivität“ auf der Ebene der Gesellschaft/Gemeinschaft zum Gesellschafter (vgl. zur Formulierung BFH-Beschluss vom 03.07.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, Rn. 62) – hier die Aktivitäten der jeweiligen Zielfonds im Verhältnis zur Klägerin als deren Gesellschafterin – thematisiert worden ist, nicht auf Wertgrenzen, sondern allenfalls auf Beteiligungen von mehr als 50 % (vgl. dazu etwa BFH-Urteile vom 10.12.1998 III R 62/97, BFH/NV 1999, 1067, Rn. 38, 43: mindestens 50 %ige Beteiligung; vom 28.11.2002 III R 1/01, BFHE 201, 133, BStBl II 2003, 250, Rn. 54, 62, 66: 50 %ige Kommanditbeteiligung; vom 28.10.2015 X R 21/13, BFH/NV 2016, 405, Rn. 14 f., 36: Mitunternehmerbeteiligung zu 99,75 % und beherrschende Stellung in einer GbR; vom 15.01.2020 X R 18/18, X R 19/18, BFHE 268, 153, BStBl II 2020, 538, Rn. 41: Kommanditbeteiligung zu 100 % und zu 50 %) oder anderweitige, einen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zum Ausdruck bringende Einwirkungsmöglichkeiten abgestellt. Zwar, so der BFH (in seinem Urteil vom 12.07.2007 X R 4/04, BFHE 218, 331, BStBl II 2007, 885, Rn. 39), seien nach Rz. 14 des BMF-Schreibens vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434) Verkäufe von Grundstücksgesellschaften nur dann Objekte im Sinne der Drei-Objekt-Grenze, wenn der Gesellschafter an der jeweiligen Gesellschaft zu mindestens 10 % beteiligt sei oder der Verkehrswert des Gesellschaftsanteils oder des Anteils an dem veräußerten Grundstück bei einer Beteiligung von weniger als 10 % mehr als 250 000 EUR betrage. Dieser Auffassung schloss sich der BFH aber jedenfalls für den Fall nicht an, wenn der Steuerpflichtige (Gesellschafter) über eine Generalvollmacht verfüge oder aus anderen Gründen die Geschäfte der Grundstücksgesellschaft maßgeblich bestimme. Denn in einem solchen Fall sei die

gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht von untergeordneter Bedeutung. Im Streitfall hat die Klägerin zur gerichtlichen Aufklärungsanordnung (...) mit Schriftsatz vom xx.xx.xxxx mitgeteilt, dass keine über eine mitunternehmerische Beteiligung der Klägerin hinausgehenden Befugnisse der Klägerin an den Zielfonds bestehen bzw. bestanden. Es ergeben sich insoweit auch nach Aktenlage keine Anhaltspunkte dafür, dabei insbesondere die im GV bestimmten Investitionskriterien in Bezug nehmend (s. dazu auch die Ausführungen unter II. 2 a) bb) bbb) (2) iv). Dementsprechend hat die BP auch in einer Stellungnahme (...) festgestellt, dass die Klägerin auf die Veräußerung bzw. Liquidation eines Zielfonds keinen Einfluss (gehabt) habe.

73

(2) Kommen die abstrakt typisierenden Zurechnungsmerkmale des BMF-Schreibens vom 26.03.2004 (BStBl I 2004, 434) nicht zur Anwendung, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, im Rahmen deren Gesamtwürdigung der Drei-Objekt-Grenze, wie sie in der Rechtsprechung ausgeprägt worden ist, rein indizielle Bedeutung zukommt (vgl. dazu auch BFH-Beschluss vom 12.10.2006 X B 165/05, BFH/NV 2007, 42, Rn. 10 ff.; ferner: Schallmoser, Schallmoser in: Spiegelberger/Schallmoser/Wachter/Wälzholz, Immobilien im Zivil- und Steuerrecht, Kapitel 11 Gewerblicher Grundstückshandel, Rn. 11.48).

74

i) Dabei ist hier zunächst zu berücksichtigen, dass, auch wenn die Klägerin Schuldnerin der Gewerbesteuer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG wäre, Unternehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 GewStG, d.h. derjenige, für dessen Rechnung das Gewerbe betrieben wird, die Mitunternehmer sind. Mit Bezug auf die hier gesellschaftsrechtlich vereinbarte Stellung sind die Kommanditisten, auch soweit mittelbar über die Treuhandkommanditistin beteiligt, zwar aufgrund der Kontroll- und Mitwirkungsrechte (etwa nach § ... GV; § ... TV) als Mitunternehmer der Klägerin anzusehen und kommt es für die Bewertung daher auf deren gemeinschaftlich ausgeübten Tätigkeit an. Die Struktur der Klägerin, eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG mit über xxxx Anlegern aus unterschiedlichsten Bereichen und mit unterschiedlichster Beteiligungshöhe, ist jedoch kapitalistisch geprägt und nicht auf unmittelbaren Einfluss der einzelnen Anleger auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin bzw. der Zielfonds ausgerichtet. Besondere Einfluss- bzw. Mitwirkungsmöglichkeiten der Anleger auf die Geschäftstätigkeit der Klägerin und umso mehr auf die der Zielfonds ergeben sich nach dem Konzept bzw. den vorformulierten Vertragsbedingungen nicht. Dementsprechend wird die Klägerin im Emissionsprospekt auch als Fonds ohne wesentliche Einflussnahmemöglichkeit der Anleger beschrieben (...).

75

ii) Allein dadurch, dass eine Personengesellschaft – hier die Klägerin – und damit mittelbar die an ihr beteiligten Mitunternehmer Gesellschafterin einer rein vermögensverwaltenden Personengesellschaft (hier: Zielfonds) ist und an ihr damit einen „Anteil hält“, ohne dass besondere Mitwirkungsrechte bestehen, entfaltet sie noch keine – den Mitunternehmern zurechenbare – Tätigkeit, die über das ausschließliche „Verwalten und Nutzen“ eigenen Grundbesitzes hinausgeht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verwaltung und Mitwirkungsrechte der Gesellschafterin ihren Miteigentumsanteilen entsprechen (BFH-Beschluss vom 25.09.2018 GrS 2/16, BFHE 263, 225, BStBl II 2019, 262, Rn. 112). Diese zu § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG (i.V.m. § 9 Nr. 1 Satz 5 GewStG), wonach eine erweiterte Kürzung des Gewerbeertrags, der auf die Verwaltung und Nutzung eigenen, nicht einem Gewerbebetrieb zuordenbaren Grundbesitzes entfällt, in Betracht kommt, ergangene Rechtsprechung gilt gleichermaßen für die Frage einer gewerblichen Betätigung dem Grunde nach. Nach der Rechtsprechung des BFH wird die erweiterte Kürzung im Sinne des § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG nur den kraft Rechtsform gewerbliche Einkünfte erzielenden Unternehmen gewährt, wenn ihre Tätigkeit im Ergebnis nicht über den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung hinausgeht, dabei zur Abgrenzung die zu § 15 Abs. 2 EStG entwickelten ertragsteuerlichen Kriterien des gewerblichen Grundstückshandels nach der Drei-Objekt-Grenze anwendend (BFH-Beschluss vom 25.09.2018 GrS 2/16, BFHE 263, 225, BStBl II 2019, 262, Rn. 91; BFH-Urteile vom 22.05.2019 III R 21/16, BFH/NV 2020, 103, Rn. 17 f.; vom 27.06.2019 IV R 44/16, BFHE 265, 371, BStBl II 2020, 24, Rn. 15-19; vom 22.02.2024 III R 13/23, BFHE nn, Rn. 11; FG Münster-Urteil vom 26.04.2023 13 K 3367/20 G, Rn. 37, 38 ff., juris). Es wäre sinnwidrig, wenn, wie im Fall der Klägerin, diese zwar nicht kraft Rechtsform gewerbliche Einkünfte erzielt, gleichwohl aber eine Gewerblichkeit nur aufgrund der Beteiligung an rein vermögensverwaltenden Personengesellschaften angenommen werden würde, ohne dass für die Klägerin dann die Möglichkeit einer erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG bestünde.

76

iii) Nimmt ein Gesellschafter – hier die Klägerin – einer rein vermögensverwaltenden Personengesellschaft – hier der jeweiligen Zielfonds – (nur) seine Gesellschafterrechte und -pflichten wahr, indem er bei der Verwaltung seines gesamthänderisch gebundenen Grundeigentumsanteils mitwirkt, verwaltet und nutzt er insoweit eigenen Grundbesitz; er überschreitet damit insbesondere regelmäßig nicht den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Ein solches Überschreiten ergibt sich weder allein aus der eigentumsrechtlichen Stellung noch aus der Ausübung der daraus folgenden für die private Vermögensverwaltung typischen Verwaltungs- und Nutzungsrechte. Dementsprechend übt ein Gesellschafter mit dem „Halten einer Beteiligung“ allein noch keine Tätigkeit aus, die über das ausschließliche Verwalten und Nutzen eigenen Grundbesitzes hinausgeht (BFH-Beschluss vom 25.09.2018 GrS 2/16, BFHE 263, 225, BStBl II 2019, 262, Rn. 114) und ein originäres gewerbliches Tätigwerden begründet, was letztlich auch aus § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alternative 2 EStG folgt, in dem zwischen einer gewerblichen Tätigkeit und dem Bezug gewerblicher Einkünfte differenziert wird, folglich der Beteiligung an sich keine unmittelbar eine originäre Gewerblichkeit begründende Bedeutung beigemessen wird (BFH-Urteil vom 26.06.2014 IV R 5/11, BFHE 246, 319, BStBl II 2014, 972, Rn. 13).

77

iv) Im Streitfall ergeben sich keine über die Nutzung bzw. Verwaltung von Beteiligungen bzw. mittelbar des damit verbundenen Grundbesitzes hinausgehenden Aktivitäten oder aber besondere Einwirkungsmöglichkeiten der Klägerin auf die Aktivitäten der Zielfonds.

78

α) Der Erwerb der Beteiligungen erfolgte als langfristige Kapitalanlage für die Anleger der Klägerin. Dagegen spricht nicht, dass beim Ankauf von Beteiligungen an Zielfonds eine Orientierung am Liquidationswert erfolgte (...). Dies ist vielmehr in erster Linie als Ausdruck eines kaufmännisch gebotenen vorsichtigen Handelns zu werten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin gezielt an Zielfonds beteiligt hätte, die schon länger bestanden haben und bei denen eine Auflösung und Liquidation (erkennbar) unmittelbar bevorstand. Abgesehen von den im GV vorgegebenen Investitionskriterien und den im Emissionsprospekt weiter enthaltenen Angaben zum Konzept der Klägerin spricht dagegen bereits die – im Verhältnis zur Gesamtanzahl der Beteiligungen von bis zu xxx – geringe Anzahl von im Zeitraum seit xxxx bis einschließlich 2013 beendeten acht Liquidationen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass mit Auflösung der Gesellschaft die Verteilung (Verwertung) des Vermögens des Zielfonds dem Grunde nach unabhängig vom Willen der Gesellschafter des Zielfonds erfolgt (vgl. dazu etwa BFH-Urteil vom 19.04.1977 VIII R 23/75, BFHE 122, 453-458, BStBl II 1977, 712, Rn. 13). Eine Indizwirkung für das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels kann daraus nicht abgeleitet werden.

79

Die Geschäftstätigkeit der Klägerin – den Zeitraum bis einschließlich des Streitjahres betrachtend – war somit insgesamt nicht auf Veräußerungen ausgerichtet. Damit fehlt es an der Planmäßigkeit eines marktmäßigen Umschlags (vgl. dazu BFH-Urteil vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rn. 37 [zu gebrauchten Lebensversicherungen]). Es liegt nicht das Bild des Handels im Sinne einer wiederholten Anschaffung und Veräußerung von Wirtschaftsgütern bzw. eines marktmäßigen Umschlags von Sachwerten vor, bzw. auch nicht das Bild des „typischen“ produzierenden Unternehmers, der eigeninitiativ und mit Unternehmerrisiko Produktionsfaktoren – die eigene Arbeitsleistung, Eigen- und Fremdkapital, selbständig und nichtselbständig erbrachte Leistungen Dritter – zu marktfähigen Güter- und Dienstleistungsangeboten bündelt und am Markt absetzt (vgl. dazu BFH-Urteil vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, Rn. 14). Es fehlt auch an maßgeblichen Aktivitäten der Klägerin mit dem Ziel, einen etwaigen Verkaufspreis zu erhöhen (vgl. dazu BFH-Urteil vom 28.04.2005 IV R 17/04, BFHE 209, 372, BStBl II 2005, 606, Rn. 32). Zudem sind die Objekte der Zielfonds regelmäßig bereits (seit längerer Zeit) von diesen erworben bzw. vermietet/verpachtet, so dass insoweit auch aus diesem Grund keine besonderen Aktivitäten auf Ebene der Klägerin erforderlich sind. Weder Geschäftskonzept noch dessen tatsächlicher Vollzug entsprechen damit dem Bild eines Handels mit Grundstücken als Waren bzw. als planmäßig auf die Wiederveräußerung der angeschafften Grundstücke gerichtet (vgl. dazu etwa BFH-Urteil vom 15.03.2000 X R 130/97, BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530, Rn. 26 ff.).

80

β) Maßgeblicher Indizwirkung gegen ein Überschreiten der privaten Vermögensverwaltung kommt im Streitfall auch dem Umstand zu, dass entsprechend dem im Emissionsprospekt enthaltenen Geschäftskonzept bzw. der Prognoserechnung die Geschäftstätigkeit von vornherein so konzipiert war,

dass ein positives Gesamtergebnis ohne Einbeziehung des Erlöses aus dem Verkauf von Liegenschaften durch Zielfonds bzw. von Anteilen an den Zielfonds erzielt werden sollte bzw. konnte (vgl. dazu etwa BFH-Urteil vom 08.06.2017 IV R 6/14, BFHE 258, 387, BStBl II 2017, 1053, Rn. 61 f.; s. dazu ferner die Ausführungen unter II. 2 b) bb)).

81

y) Das im Streitfall entwickelte Anlagevolumen (Fondskapital) ist demgegenüber kein ausschlaggebendes Indiz für eine gewerbliche Betätigung der Klägerin. 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) ein Übergang zur gewerblichen Betätigung einhergeht. Die „Höhe des Anlagevolumens“ ist schon wegen ihrer Unbestimmtheit kein geeignetes Abgrenzungskriterium. Ohne Bedeutung für den Streitfall ist daher auch der Umfang der von der Klägerin getätigten Rechtsgeschäfte (s. dazu BFH-Urteile vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rn. 45 [zum Handel mit gebrauchten Lebensversicherungen]; vom 30.11.2023 IV R 10/21, BFH/NV 2024, 334, BFHE nn, Rn. 19 – 52 [Ankauf notleidender Darlehensforderungen]).

82

δ) Auch die Nutzung fremder (Markt-)Kenntnisse, Erfahrungen und Expertisen sowie die Inanspruchnahme fremder Dienste begründen für sich noch kein hinreichendes Indiz für einen Gewerbebetrieb (vgl. BFH-Urteile vom 11.10.2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rn. 46; vom 30.11.2023 IV R 10/21, BFH/NV 2024, 334, BFHE nn, Rn. 19 – 52).

83

v) Aufgrund der Besonderheiten im Streitfall ist damit trotz mehr als drei „Grundstücksverkäufen“ im Fünfjahres- bzw. Zehnjahreszeitraum kein hinreichender Schluss auf einen einheitlichen Betätigungswillen mit Bezug auf die Anschaffung und Veräußerung von Beteiligungen an den die Grundstücke haltenden Zielfonds auf Ebene der Klägerin möglich. Eine Zurechnung der Veräußerung von Liegenschaften auf Ebene der Zielfonds bzw. einer Verwertung der Anteile an den Zielfonds bzw. deren Liquidation als Zählobjekte im Sinne der Drei-Objekt-Grenze und eine dadurch begründete Gewerblichkeit kommt somit hier in Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls nicht in Betracht. Damit ist keine gesetzlich nicht gewollte Besserstellung von an doppel- bzw. mehrstöckigen Gesellschaftsstrukturen Beteiligten im Vergleich zu unmittelbar nur an einer Grundstücksgesellschaft Beteiligten verbunden (vgl. dazu auch BFH-Urteil vom 20.11.1990 VIII R 15/87, BFHE 163, 66, BStBl II 1991, 345, Rn. 14 f.). Einer eventuellen Einbeziehung entsprechender Veräußerungs- bzw. sonstiger Realisationstatbestände auf Ebene der – nicht gewerblichen – Zielfonds und/oder – nicht gewerblichen – zwischengeschalteten Gesellschaften bei der Beurteilung des Vorliegens eines gewerblichen Grundstückshandels auf Ebene des „am Ende der Beteiligungskette“ stehenden Steuerpflichtigen – hier der Anleger der Klägerin – stehen vorstehende Ausführungen nicht entgegen. Letzteres kann hier jedoch offenbleiben, da Streitgegenstand allein der Gewerbesteuerermessbetragsbescheid gegenüber der Klägerin ist.

84

vi) Die von der Klägerin aufgeworfene Frage von Wettbewerbsnachteilen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften und deren Relevanz bzw. die Frage einer Anwendung der Drei-Objekt-Grenze auf Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 KAGB kann angesichts der vorstehenden Ausführungen ebenfalls dahingestellt bleiben.

85

α) Gleichwohl ist darauf zu verweisen, dass bei einer typusbezogenen Betrachtung, wie hier der Abgrenzung zum gewerblichen Grundstückshandel, gesetzliche Regelungen mit sachlichem Bezug zu Immobilienbeteiligungs-, Investmentgesellschaften Ausdruck einer relevanten Verkehrsauffassung sein können und sowohl § 15 InvStG, wenn auch erstmals mit Wirkung ab 01.01.2018 geregelt, als auch etwa der seit 01.01.2007 geltende § 14 des Gesetzes über die deutsche Immobilien-Aktiengesellschaft mit börsennotierten Anteilen (REITG) vorstehendes Ergebnis einer Verneinung des gewerblichen Grundstückshandels stützen. Sowohl § 14 REITG (i.V.m. § 16 Abs. 1 REITG) als auch § 15 InvStG machen eine Gewerbesteuerfreiheit letztlich davon abhängig, ob ein Handel bzw. eine aktive unternehmerische Tätigkeit prägend sind und stellen dazu in erster Linie auf die Entwicklung des gesamten Portfolios ab. In Zusammenhang damit führt das BMF (konkret zu § 15 InvStG) in seinem Schreiben vom 21.05.2019 (BStBl. I 2019, 527) in Rz. 15.8 auch aus, dass die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung einer gewerblichen

von einer vermögensverwaltenden Tätigkeit, die durch die Rechtsprechung und die Finanzverwaltung entwickelt wurden, bei der Beurteilung einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände von Investmentfonds nicht unmittelbar anwendbar seien. Sofern sich jedoch aus den allgemeinen Grundsätzen ergebe, dass eine Tätigkeit vermögensverwaltenden und keinen gewerblichen Charakter habe, dann liege auch keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vor. Umgekehrt sei trotz Vorliegens von Merkmalen einer gewerblichen Tätigkeit unter Berücksichtigung der Besonderheit der Investmentanlage zu prüfen, ob darin auch eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung i. S. d. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 InvStG zu sehen sei. In Rz. 15.38 wird generell auf einen engeren Gewerblichkeitsbegriff unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Investmentanlage verwiesen.

86

ß) Zwar sind sowohl REIT-AG (als juristische Personen des Privatrechts) als auch Investmentvermögen im Sinne des InvStG, die nach § 15 Abs. 1 InvStG als sonstige juristische Personen des privaten Rechts nach § 2 Absatz 3 GewStG gelten, im Unterschied zu einer Personengesellschaft wie der Klägerin intransparent, d.h. ist hier zwischen der Gesellschafts- und Gesellschafterebene zu trennen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung bestehen aber keine erkennbaren wesentlichen Unterschiede zur Klägerin. Auch eine Publikums KG, wie die Klägerin, ausgerichtet auf die Beteiligung einer unbestimmten Vielzahl erst noch zuwerbender Gesellschafter, ist in erster Linie kapitalistisch geprägt (Hoppe, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co. KG, 19. Aufl. 2005, § 2 Rz. 217) und regelmäßig vermögensverwaltend tätig (s. dazu Prof. Dr. Manfred Klein in: Lexikon des Steuerrechts, Immobilienfonds, Rn. 2, 13, 22 [in Abgrenzung zu sog. „§ 6b EStG-Fonds“]; vgl. auch BFH-Urteil vom 06.09.2016 IX R 44/14, BFHE 255, 148, BStBl II 2016, 323 m.w.N., einen geschlossenen Immobilienfonds mit vergleichbarer Struktur als vermögensverwaltend bewertend).

87

b) Es liegt im Streitfall auch keine originäre gewerbliche Betätigung der Klägerin aufgrund eines Handels mit Beteiligungen vor.

88

aa) Beteiligungen an Unternehmen bzw. Gesellschaften/Gemeinschaften sind grundsätzlich nicht typischerweise auf einen häufigen und kurzfristigen marktmäßigen Umschlag ausgerichtet, so dass eine Veräußerung dieser regelmäßig nicht, jedenfalls nicht ohne Hinzutreten besonderer, etwa werterhöhender Umstände, wie z.B. die Ausstattung von Gesellschaften mit Güterfernverkehrsgenehmigungen und die anschließende Veräußerung dieser Beteiligungen, dem Bild eines „Händlers“ entspricht (vgl. dazu etwa BFH-Urteil vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, Rn. 16 [zu § 17 EStG]). Beteiligungen an Unternehmen unterscheiden sich in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht von durch Wertpapiere verbrieften, an der Börse handelbaren Anteilen an Kapitalgesellschaften. Sie werden nicht unter Inanspruchnahme eines das „Massengeschäft“ abwickelnden organisierten Marktes (Wertpapierbörse) bzw. im Regelfall unter Einschaltung von Banken, sondern durch Verhandlungen und vertragliche Vereinbarung mit dem bisherigen Unternehmensträger gekauft und erworben. Sie haben ferner eine andere wirtschaftliche Funktion als Wertpapiere: Beteiligungen können entweder – in der Regel langfristige – Finanzanlagen sein (vgl. § 271 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches [HGB]) oder aber – im Falle von sog. Vorratsgründungen – Umlaufvermögen, das nach Art einer Ware möglichst schnell umgeschlagen werden soll (BFH-Urteil vom 25.07.2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, Rn. 19-21).

89

bb) Im Streitfall sind Gesellschaftszweck und Geschäftskonzept der Klägerin auf ein langfristiges Halten von Beteiligungen an anderen Fondsstrukturen bzw. verbundenen Unternehmen ausgerichtet und spricht auch gegen eine Gewerblichkeit mit Bezug auf einen Handel mit Beteiligungen, dass diese nicht „marktfähiger“ gemacht werden. Dass ggf. einzelne Beteiligungen liquidiert worden sind, indiziert keinen gewerblichen Handel mit Beteiligungen, da das Gesamtbild der Betätigung zu betrachten ist (vgl. dazu auch BMF-Schreiben vom 16.12.2003, BStBl I 2004, 40 Rz. 14). Nach den Feststellungen der BP wurden Erlöse aus Liquidationen erstmals in xxxx erzielt bzw. wurden nach den Angaben der Klägerin (...) Liquidationen von drei Zielfonds, an denen die Klägerin Beteiligungen in xxxx erworben hatte, erstmals in xxxx (...) bzw. xxxx (...) beendet. Sowohl bezogen auf die Gesamtanzahl an Beteiligungen der Klägerin (ohne die Beteiligung an verbundenen Unternehmen) von bis zu xxx (...) laut Jahresabschluss, der Gesamtinvestitionssumme von xxx.xxx.xxx,xx EUR (...) sowie der erzielten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i.H.v. xx.xxx.xxx,xx EUR (ohne Veräußerungserlöse nach § 23 EStG) und Einkünfte aus Kapitalvermögen i.H.v.

xx.xxx.xxx,xx EUR (...) fallen die bis einschließlich 2013 acht abgeschlossenen Liquidationen von Zielfonds bzw. die nach Korrektur durch die BP (vor einer Umqualifizierung in gewerbliche Einkünfte) insgesamt (...) angefallenen Einkünfte aus Veräußerungserlösen nach § 23 EStG i.H.v. x.xxx.xxx,xx EUR nicht als die Tätigkeit der Klägerin in dem Betrachtungszeitraum prägend ins Gewicht. Auch erfolgte mit einem bis zum xx.xx.xxxx eingeworbenen Zeichnungskapital i.H.v. xxx.xxx.xxx EUR (ohne Zeichnungskapital der Gründungskommanditistin und der geschäftsführenden Kommanditistin) im Verhältnis zur Gesamtinvestitionssumme (...) von xxx.xxx.xxx,xx EUR überwiegend ein Einsatz von Eigenkapital mit ca. xx %. Ferner war die Initiatorin, die F-GmbH, mit entsprechenden Branchenkenntnissen im Bereich des Zweitmarktes, seit xxxx nicht (mehr) an der Klägerin beteiligt. Schließlich kann – insbesondere im Verhältnis zur Bilanzsumme (etwa für 2013 i.H.v. xxx.xxx.xxx,xx EUR) – keine umfangreiche, von der Klägerin unterhaltene Organisation oder angestelltes Personal festgestellt werden (vgl. zu vorstehenden Kriterien in Zusammenhang mit der Abgrenzung privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit mit Bezug auf Venture Capital und Private Equity Fonds auch BMF-Schreiben vom 16.12.2003, BStBl I 2004, 40 Rz. 9 ff.).

90

cc) Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung ist im Streitfall auch nicht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BFH zur sogenannten „Verklammerungswirkung“ auf Fondsebene überschritten.

91

aaa) Der BFH bejaht eine derartige Verklammerung, wenn die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens darin besteht, ein Wirtschaftsgut zu kaufen, dieses für eine beschränkte und hinter der Nutzungsdauer zurückbleibende Zeit zu vermieten und anschließend wieder zu verkaufen, und der aufgrund des Geschäftskonzepts insgesamt erwartete Gewinn nicht allein aus dem Entgelt für die Nutzungsüberlassung, sondern nur unter Einbeziehung des Erlöses aus dem Verkauf des Wirtschaftsguts erzielt werden kann; die Einbeziehung des Verkaufserlöses muss für die Erzielung des Totalgewinns unverzichtbar sein. Für diesen Fall ist der Verkauf als Teilakt (letzter Akt) der laufenden Geschäftstätigkeit anzusehen, selbst wenn die bisherige unternehmerische Tätigkeit insgesamt eingestellt wird (BFH-Urteile vom 08.06.2017 IV R 6/14, BFHE 258, 387, BStBl II 2017, 1053, Rn. 53 [zu Mobilien-Leasingfonds]; vom 08.06.2017 IV R 30/14, BFHE 258, 403, BStBl II 2017, 1061, Rn. 31 f., 35; vom 28.09.2017 IV R 50/15, BFHE 259, 341, BStBl II 2018, 89, Rn. 27 ff., v.a. Rn. 29 f.). Bejaht man die Verklammerung der Teilakte zu einer einheitlichen Tätigkeit, leitet der BFH hieraus ab, dass die Tätigkeit den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet. Dies setzt jedoch voraus, dass sich nach dem Geschäftskonzept die (regelmäßig kurzfristige) Vermietung von Wirtschaftsgütern und deren Veräußerung derart bedingen, dass die Veräußerung erforderlich ist, um überhaupt einen Gewinn zu erzielen. Das Geschäftskonzept muss (von vornherein) darauf gerichtet sein, dass sich erst durch die Erzielung eines Veräußerungserlöses bei Verkauf der vermieteten Wirtschaftsgüter der angestrebte Totalgewinn erzielen lässt (BFH-Urteil vom 08.06.2017 IV R 6/14, BFHE 258, 387, BStBl II 2017, 1053, Rn. 54 ff. m.w.N.). Dabei kommt bei Fondsgesellschaften dem im Prospekt dargestellten Geschäftskonzept und der diesbezüglich in Aussicht gestellten Ergebnisprognose regelmäßig eine gewichtige Indizwirkung zu. Wird hier (auch) ein Geschäftskonzept vorgestellt, dessen Ergebnisprognose ein positives Gesamtergebnis ohne Einbeziehung eines Veräußerungserlöses in Aussicht stellt, spricht dies regelmäßig gegen die Annahme einer einheitlichen Tätigkeit. Etwas Anderes gilt jedoch dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Verwirklichung dieses Geschäftskonzepts unter Beachtung der in der Prognose gemachten Angaben, namentlich der Erzielung eines positiven Gesamtergebnisses ohne Einbeziehung eines Veräußerungserlöses, von vornherein ausgeschlossen erscheint (BFH-Urteil vom 08.06.2017 IV R 6/14, BFHE 258, 387, BStBl II 2017, 1053, Rn. 58).

92

bbb) Das Geschäftskonzept der Klägerin ist ausweislich des vorliegenden Emissionsprospekts auf eine Rendite ohne Einbeziehung von Veräußerungserlösen ausgelegt. Nach der Prognoseberechnung für xxxx bis einschließlich 2013 (...) sollten bezogen auf ein Investitionsvolumen von ca. xx,x Mio. EUR und ein Zeichnungskapital von xx Mio. EUR Einnahmeüberschüsse insgesamt i.H.v. x.xxx.xxx EUR bzw. ein positives steuerliches Ergebnis i.H.v. insgesamt xxx.xxx EUR erzielt werden. Nach den von der BP (...) (vor einer Umqualifizierung in gewerbliche Einkünfte) festgestellten steuerlichen Ergebnissen von insgesamt xx.xxx.xxx,xx EUR (nur Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sowie aus Kapitalvermögen, ohne Einbeziehung von Veräußerungserlösen) und bezogen auf eine Gesamtinvestitionssumme von xxx.xxx.xxx,xx EUR, d.h. des ca. xxfachen des der Prognoserechnung zugrunde gelegten

Investitionsvolumens, erweist sich diese Prognoseberechnung als nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Rechtsprechung zur Verklammerung führt daher hier nicht zur Annahme der Gewerblichkeit.

III.

93

Im Streitfall scheidet auch eine gewerbesteuerrechtlich relevante Abfärbung gewerblicher Beteiligungseinkünfte gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Alt. 2 EStG und auch eine gewerbliche Prägung im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG (in der jeweils für das Streitjahr geltenden Fassung) aus.

94

1. Eine gewerbliche Prägung im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG liegt nicht vor, weil die Komplementärin der Klägerin nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung nicht allein zur Geschäftsführung befugt war. Neben ihr war die geschäftsführende Kommanditistin als weitere Gesellschafterin der Klägerin (auch) im Streitjahr geschäftsführungsbefugt. Dies gilt nach Ansicht der Verwaltung unabhängig davon, ob der zur Geschäftsführung befugte Gesellschafter eine natürliche Person oder – wie hier – eine Kapitalgesellschaft ist (vgl. dazu auch R. 15.8 Abs. 6 Satz 2 EStR 2012). Insoweit besteht zwischen den Beteiligten kein Streit, so dass von weiteren Ausführungen dazu abgesehen wird.

95

2. Es fehlt im Streitfall auch an einer gewerbesteuerlich relevanten Prägung im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 EStG. Selbst wenn aus den Beteiligungen an Zielfonds bzw. verbundenen Unternehmen gewerbliche Beteiligungseinkünfte erzielt würden, würde dies keinen Gewerbebetrieb im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG i.V.m. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 EStG mit entsprechender Umqualifizierung sämtlicher von der Klägerin erzielter Einkünfte zu gewerblichen Einkünften begründen. Nach der Rechtsprechung des BFH, der sich das Gericht anschließt, ist § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 EStG nicht als nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gilt (BFH-Urteil vom 06.06.2019 IV R 30/16, BFHE 265, 157, BStBl II 2020, 649, Rn. 40 ff.). Anders als für die Regelung in § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 EStG scheidet der Schutz des Gewerbesteueraufkommens für die Regelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 EStG als legitimer Gesetzeszweck aus. Denn anders als bei einer Personengesellschaft, die neben einer anderen Tätigkeit auch eine originär gewerbliche Tätigkeit ausübt, besteht bei einer Personengesellschaft (Obergesellschaft), die wie hier keine gewerbliche Tätigkeit ausübt und gewerbliche Einkünfte allenfalls aus einer Beteiligung an einer gewerblichen Personengesellschaft (Untergesellschaft) bezieht, nicht die Gefahr, dass infolge unzureichender Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Tätigkeiten einer Gesellschaft gewerbliche Einkünfte der Gewerbesteuer entzogen werden. Denn die gewerblichen Beteiligungseinkünfte, die bei der Obergesellschaft dazu führen, dass ihre gesamten Einkünfte in solche aus Gewerbebetrieb umqualifiziert werden, werden bei ihr ohnehin nicht mit Gewerbesteuer belastet. Vielmehr wird ihr Gewinn für Zwecke der Ermittlung ihres Gewerbeertrags nach § 9 Nr. 2 Satz 1 GewStG um die Anteile am Gewinn einer in- oder ausländischen offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer anderen Gesellschaft, bei der die Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Gewerbebetriebs anzusehen sind, gekürzt, wenn die Gewinnanteile bei der Ermittlung des Gewinns angesetzt worden sind. Im Ergebnis werden also nur die abgefärbten, nicht originär gewerblichen Einkünfte der Obergesellschaft bei ihr mit Gewerbesteuer belastet (BFH-Urteil vom 06.06.2019 IV R 30/16, BFHE 265, 157, BStBl II 2020, 649, Rn. 25). Auch der eine gewerbliche Infizierung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 EStG tragende Aspekt der Vereinfachung der Einkünfteermittlung gilt hier nicht. Denn anders als im Fall einer gemischt tätigen Gesellschaft (Alt. 1), bei der auf der Ebene der Gesellschaft die Einkünfte aus unterschiedlichen Tätigkeiten zu ermitteln sind, werden im Fall einer nicht gewerblich tätigen Obergesellschaft mit Beteiligung an einer gewerblichen Untergesellschaft die Beteiligungseinkünfte nicht auf der Ebene der Obergesellschaft, sondern auf der der Untergesellschaft ermittelt und der Obergesellschaft nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG lediglich zugerechnet (BFH-Urteil vom 06.06.2019 IV R 30/16, BFHE 265, 157, BStBl II 2020, 649, Rn. 27, bestätigt durch BFH-Urteile vom 05.09.2023 IV R 24/20, BFHE 281, 374, v.a. Rn. 104; vom 30.11.2023 IV R 10/21, BFH/NV 2024, 334, Rn. 48, 52).

IV.

96

Mangels Vorliegen einer originär gewerblichen Tätigkeit bzw. der Tatbestände des § 15 Abs. 3 EStG unterlag die Klägerin im Streitjahr nicht der Gewerbesteuer und sind daher die Bescheide über den Gewerbesteuermessbetrag sowie die dazu ergangene Einspruchsentscheidung, soweit der Einspruch vom xx.xx.xxxx als unbegründet zurückgewiesen worden ist, aufzuheben.

V.

97

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Kosten und über den Vollstreckungsschutz folgt aus § 151 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1, Abs. 3 FGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 Zivilprozessordnung.

VI.

98

Die Revision wird nach § 115 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 FGO zur Konkretisierung und ggf. Fortentwicklung der Grundsätze der Drei-Objekt-Grenze bei geschlossenen Immobilienfonds im Rahmen mehrstufiger Beteiligungsstrukturen zugelassen.