

## Urteil vom 19. January 2017, IV R 50/13

**Teilweise inhaltsgleich mit BFH-Urteil vom 19.1.2017 IV R 50/14 - Klagebefugnis der inländischen Gesellschafter einer ausländischen Personengesellschaft - Klagebefugnis gegen einen negativen Feststellungsbescheid - Abgrenzung des physischen Goldhandels von privater Vermögensverwaltung - gewerbliche Gewinne i.S. des DBG-Großbritannien**

ECLI:DE:BFH:2017:U.190117.IVR50.13.0

BFH IV. Senat

FGO § 48 Abs 1 Nr 1, FGO § 48 Abs 4, FGO § 48 Abs 5, FGO § 60 Abs 3, FGO § 123 Abs 1 S 2, AO § 180 Abs 5 Nr 1, AO § 180 Abs 1 S 1 Nr 2 Buchst a, EStG § 15 Abs 2 S 1, EStG § 32b Abs 1 S 1 Nr 3, DBA GBR 1964 Art 3 Abs 1 S 1, DBA GBR 1964 Art 3 Abs 2 S 1, DBA GBR 1964 Art 8 Abs 2, DBA GBR 1964 Art 18 Abs 2 Buchst a, EStG VZ 2008

vorgehend FG München, 27. October 2013, Az: 7 K 1918/11

### Leitsätze

1. NV: § 48 FGO ist anwendbar, wenn Streitgegenstand die Feststellung der aus einer ausländischen Personengesellschaft erzielten und dem Progressionsvorbehalt unterliegenden Einkünfte nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO ist.
2. NV: Grundsätzlich ist die ausländische Personengesellschaft nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO klagebefugt; die Klagebefugnis der Gesellschafter ist an das Vorliegen eines der in § 48 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 FGO genannten Tatbestände gebunden.
3. NV: Ein negativer Feststellungsbescheid liegt u.a. vor, wenn die Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO mit der Begründung verneint wird, es seien keine nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage ausgenommenen Einkünfte gegeben.

### Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Finanzgerichts München vom 28. Oktober 2013 7 K 1918/11 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht München zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

### Tatbestand

- 1 A. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist eine am 1. Dezember 2008 nach englischem Recht gegründete Personengesellschaft in der Rechtsform der General Partnership (GP). Gesellschafter der Klägerin waren die im Inland ansässigen natürlichen Personen C (Beteiligungsquote: 1110/3663), A (Beteiligungsquote 1443/3663), die Eheleute K (Beteiligungsquote: 758,5/3663) und B (Beteiligungsquote: 111/3663) und D (Beteiligungsquote: 240,5/3663). Gesellschaftszweck war der Kauf, der Verkauf, der Handel und andere Geschäfte mit jeder Art von Gütern, insbesondere mit Edelmetallen, auf Rechnung der Gesellschaft (Nr. 4 des Gesellschaftsvertrages). Hiervon umfasst waren auch der Kauf und der Verkauf von Optionen und anderen Derivaten zum Zweck der Begrenzung von Verlustrisiken oder der Erhöhung von Gewinnchancen. Schließlich war auch vorgesehen, Handels- und Beratungsdienstleistungen für Dritte und --soweit gesetzlich zulässig-- Handelsgeschäfte für Dritte durchzuführen. Geschäftsführende Gesellschafter waren A und B. Sitz der Gesellschaft war London. Zu diesem Zweck wurde von der Klägerin noch im Jahr 2008 (Streitjahr) ein Büroraum in London angemietet. Ferner wurden ein Arbeitsvertrag mit E und ein Beratervertrag mit dem Goldmarktexperten F abgeschlossen. Angesichts der andauernden erheblichen Unsicherheiten auf den Kapitalmärkten waren sich die Gesellschafter darüber einig, kurzfristig in physisches Gold zu investieren. Hierzu sollte durch den Einsatz von Krediten verbunden mit Sicherungsinstrumenten ein maximaler

Hebel genutzt werden. Die Gesellschafter rechneten mit erheblicher Volatilität im ersten Quartal 2009 und deshalb auch mit interessanten Kurssteigerungsspitzen. Das Risiko sollte durch Absicherungsgeschäfte begrenzt werden.

- 2 Die Klägerin nahm noch im Streitjahr ihre Geschäftstätigkeit auf. Zu diesem Zweck schloss sie mit der X-Bank u.a. einen Rahmenkreditvertrag über ... Mio. US-\$, einen Golddepotvertrag und einen Vertrag über Sicherungsinstrumente. Ferner wurde mit der X-Bank vereinbart, dass Repräsentanten der Klägerin Handelsgeschäfte direkt über die Handelsplattform der Bank in Zürich abwickeln konnten. Zu diesem Zweck traten Vertreter der Klägerin telefonisch in Kontakt mit einem Börsenmakler der X-Bank, um ihre An- und Verkaufsaufträge ad hoc am Markt zu Echtzeitpreisen zu platzieren. Zur Kontrolle der Übereinstimmung mit den aktuellen Marktpreisen richtete sich die Klägerin einen Internet-Service zum Abruf der aktuellen An- und Verkaufskurse in Echtzeit ein. Am 16. Dezember 2008 erwarb die Klägerin physische Goldbarren im Wert von rd. ... Mio. US-\$ und Absicherungsoptionen (put options) im Wert von ... Mio. US-\$. Die Investition wurde durch die vorher geleisteten Eigenkapitaleinlagen sowie durch die volle Inanspruchnahme des Kontokorrentkreditrahmens bei der X-Bank finanziert. Das Gold wurde bereits im Januar 2009 wieder vollständig veräußert. Danach fanden im Laufe des Jahres 2009 rd. 90 weitere Käufe und Verkäufe statt. Der Umsatz betrug ausweislich der Einnahmen-Überschussrechnung für das Jahr 2009 ... £ bei einem Gewinn von ... £. Diese Geschäfte wurden sämtlich über die X-Bank im Wege des Kommissionsgeschäfts abgewickelt. Die X-Bank trat am Markt im eigenen Namen, aber für Rechnung der Klägerin auf. Das erworbene Gold wurde in ein Depot bei der X-Bank in Zürich eingelagert und im Verkaufsfall auch wieder entnommen. Für Dritte wurden keine Handelsgeschäfte ausgeführt.
- 3 Die Klägerin und ihre Gesellschafter wurden in Großbritannien als gewerbliche Mitunternehmerschaft (Erzielung von "trading and professional business income") zur Einkommensteuer veranlagt. Es wurde keine Bilanz erstellt.
- 4 Am 2. November 2009 reichte die Klägerin für das Streitjahr eine Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Besteuerungsgrundlagen beim Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt --FA--) ein. Der Feststellungserklärung war als Anlage EÜR eine Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) beigelegt, die für das Rumpfwirtschaftsjahr vom 1. bis 31. Dezember 2008 einen Verlust in Höhe von ... € auswies. Nach der eingereichten Erklärung (Anlage FE-AUS 2) handelte es sich hierbei um die nach Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) steuerfreien Einkünfte, für die ein Progressionsvorbehalt in Betracht komme. Die Verteilung der negativen Einkünfte wurde für Zwecke des Progressionsvorbehalts entsprechend den Beteiligungsquoten vorgenommen.
- 5 Dem folgte das FA nicht, sondern erließ unter dem 16. Dezember 2010 einen negativen Feststellungsbescheid. Es führte aus, eine Feststellung nach § 180 Abs. 5 der Abgabenordnung (AO) sei nicht zu treffen, da keine gewerblichen, nach DBA steuerfreien Einkünfte vorlägen. Die Klägerin sei vermögensverwaltend tätig gewesen. Der Einspruch blieb erfolglos (Einspruchsentscheidung vom 31. Mai 2011).
- 6 Das Finanzgericht (FG) wies die dagegen erhobene Klage mit Urteil vom 28. Oktober 2013 7 K 1918/11 als unbegründet ab. Zur Begründung führte es aus, dass die Klägerin als ausländische Personengesellschaft nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO), nicht aber deren Gesellschafter klagebefugt seien. Die von der Klägerin erzielten Einkünfte seien nicht als --steuerbefreite-- gewerbliche Einkünfte i.S. des Art. III Abs. 2 Satz 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung vom 26. November 1964 (BGBl II 1966, 359, BStBl I 1966, 730) i.d.F. des Revisionsprotokolls vom 23. März 1970 (BGBl II 1971, 46, BStBl I 1971, 140) --DBA-Großbritannien 1964/1970-- zu beurteilen. Die abkommensrechtliche Qualifizierung sei nach der tatsächlich verwirklichten Einkunftsart vorzunehmen. Hierfür sei das deutsche Steuerrecht und damit § 15 Abs. 2 EStG maßgeblich. Die für den Wertpapierhandel entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze seien auf den Handel mit Gold über eine Handelsplattform entsprechend anwendbar. Bei Anwendung dieser Grundsätze habe im Streitfall kein Gewerbebetrieb vorgelegen. Demnach sei kein Feststellungsverfahren nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO durchzuführen.
- 7 Das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus der vermögensverwaltenden Tätigkeit stehe nach Art. VIII Abs. 3 DBA-Großbritannien 1964/1970 Deutschland zu. Die Klägerin werde in Großbritannien als steuerlich transparent behandelt. Damit lägen Einkünfte der Gesellschafter vor, die sämtlich in Deutschland ansässig und dort unbeschränkt einkommensteuerpflichtig seien. Allerdings sei auch kein Feststellungsverfahren nach § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO durchzuführen. Für die Einkünfte aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens komme allein eine Besteuerung nach § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG in Betracht. Mangels Verkäufen im Streitjahr sei der Tatbestand des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG im Streitjahr aber nicht erfüllt.

- 8 Die Klägerin rügt mit ihrer Revision eine Verletzung materiellen Rechts.
- 9 Sie beantragt,  
das FG-Urteil, den negativen Feststellungsbescheid vom 16. Dezember 2010 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 31. Mai 2011 aufzuheben und das FA zu verpflichten, nach dem DBA-Großbritannien 1964/1970 steuerbefreite und dem Progressionsvorbehalt unterliegende Einkünfte in Höhe von ./... € festzustellen und diese auf ihre Gesellschafter gemäß der Beteiligungsquote (1110/3663 für C; 1443/3663 für A; 758,5/3663 für K; 111/3663 für B; 240,5/3663 für D) zu verteilen.
- 10 Das FA beantragt,  
die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

- 11 B. Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).
- 12 I. Das FG hat es verfahrensfehlerhaft unterlassen, die Gesellschafter der Klägerin nach § 60 Abs. 3 FGO (notwendig) beizuladen. Eine unterbliebene notwendige Beiladung stellt einen vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfenden Verstoß gegen die Grundordnung des Verfahrens dar (z.B. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 12. Mai 2016 IV R 27/13, Rz 17, m.w.N.).
- 13 1. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 FGO sind Dritte (notwendig) beizuladen, wenn sie an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Dies gilt nicht für Mitberechtigte, die nach § 48 FGO nicht klagebefugt sind. Klagen nicht alle von mehreren nach § 48 FGO klagebefugten, müssen deshalb die übrigen klagebefugten mit Ausnahme solcher, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt von dem Ausgang des Rechtsstreits betroffen sind, zum Verfahren beigelegt werden (z.B. BFH-Urteil vom 4. November 2003 VIII R 38/01, BFH/NV 2004, 1372, unter II.A.).
- 14 a) Nach der Rechtsprechung des BFH gilt § 48 FGO auch dann, wenn verfahrensgegenständlich die Feststellung der aus einer ausländischen Personengesellschaft erzielten und dem Progressionsvorbehalt unterliegenden Einkünfte nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO ist. Danach ist grundsätzlich die ausländische Personengesellschaft (§ 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO) klagebefugt; die Klagebefugnis der Gesellschafter ist an das Vorliegen einer der in § 48 Abs. 1 Nrn. 2 bis 5 FGO genannten Tatbestände gebunden (BFH-Urteil vom 18. August 2015 I R 42/14, Rz 12, m.w.N.).
- 15 b) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind bei einem negativen Feststellungsbescheid neben der Gesellschaft nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO auch die Gesellschafter selbst nach Nr. 4 oder Nr. 5 klagebefugt (z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 2004, 1372, unter II.A.; vom 11. November 2014 VIII R 37/11, Rz 28; vom 18. August 2015 I R 42/14, Rz 19). Ein negativer Feststellungsbescheid liegt auch dann vor, wenn das FA --wie hier-- die Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO mit der Begründung ablehnt, es seien keine nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage ausgenommenen Einkünfte gegeben.
- 16 c) Bei Anwendung dieser Grundsätze sind im Streitfall die Gesellschafter der Klägerin notwendig zum Klageverfahren beizuladen. Wie dargelegt handelt es sich bei dem angegriffenen Feststellungsbescheid um einen negativen Feststellungsbescheid. Dass das FA in der Einspruchsentscheidung vom 31. Mai 2011 (hilfsweise) für den Fall des Vorliegens gewerblicher Einkünfte darauf hingewiesen hat, ein sofortiger Betriebsausgabenabzug scheidet auch deshalb aus, weil die Klägerin ihren Gewinn durch Bestandsvergleich hätte ermitteln müssen, ändert hieran nichts. Da das Vorliegen eines negativen Feststellungsbescheids zwischen den Beteiligten auch nicht streitig ist, sieht der Senat insoweit von weiteren Ausführungen ab.
- 17 2. § 123 Abs. 1 Satz 2 FGO eröffnet dem BFH die Möglichkeit, eine notwendige Beiladung im Revisionsverfahren nachzuholen (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil vom 4. September 2014 IV R 44/13, Rz 14, m.w.N.).
- 18 Der Senat übt dieses Ermessen dahingehend aus, die unterbliebene Beiladung nicht nachzuholen und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Dies ist im Streitfall zweckmäßig und ermessensgerecht. Die Gesellschafter der Klägerin haben bisher weder im Einspruchs- noch im Klageverfahren die Möglichkeit gehabt, sich zu dem angegriffenen negativen Feststellungsbescheid in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu äußern.

- 19 II. Zur Verfahrensbeschleunigung weist der Senat --allerdings ohne Bindungswirkung für den zweiten Rechtsgang-- auf Folgendes hin:
- 20 1. Die Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO kann --sollte sich nach Beiladung der Gesellschafter kein abweichender Sachverhalt ergeben-- nicht mit der Begründung abgelehnt werden, es seien keine originär gewerblichen Einkünfte nach § 15 Abs. 2 EStG gegeben, weil die Klägerin die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb nicht überschritten habe. Das FG ist bei Prüfung der Frage, ob die Klägerin gewerbliche Gewinne i.S. des Art. III Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 erzielt hat, von unzutreffenden Rechtsgrundsätzen ausgegangen.
- 21 a) Nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 AO sind Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 und Abs. 3 entsprechend anzuwenden, soweit die nach einem DBA von der Bemessungsgrundlage ausgenommenen Einkünfte bei der Festsetzung der Steuern der beteiligten Personen von Bedeutung sind.
- 22 Die Klägerin --eine GP-- wird in Großbritannien als steuerlich transparent behandelt (vgl. Levedag in Wassermeyer Großbritannien Anhang Rz 41) und ist auf Grund des Rechtstypenvergleichs ihrer Struktur nach auch in Deutschland mit einer Personengesellschaft deutschen Rechts vergleichbar. Die Transparenz führt dazu, dass das Unternehmen der GP jedem Gesellschafter (anteilig) zuzurechnen ist. Danach liegt infolge des inländischen Wohnsitzes der Gesellschafter für Zwecke der Abkommensanwendung ein deutsches Unternehmen vor (Art. II Abs. 1 Buchst. j DBA-Großbritannien 1964/1970). Deutschland ist mithin der Ansässigkeitsstaat. Erzielt die GP gewerbliche Einkünfte (Art. III Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2, Art. VIII Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970), die einer in Großbritannien belegenen Betriebsstätte zuzuordnen sind, sind diese Einkünfte ausschließlich in Großbritannien steuerpflichtig; in Deutschland können sie dem Progressionsvorbehalt unterworfen werden (Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a DBA-Großbritannien 1964/1970). Liegen Progressionseinkünfte i.S. des § 32b EStG vor, ist ein Feststellungsverfahren nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO durchzuführen.
- 23 b) Die Würdigung des FG, wonach die Klägerin eine vermögensverwaltende und keine originär gewerbliche Tätigkeit i.S. des § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG ausgeübt habe, ist materiell fehlerhaft.
- 24 Im Ausgangspunkt ist zwischen den Beteiligten --zu Recht-- nicht streitig, dass "gewerbliche Gewinne" nach dem DBA-Großbritannien 1964/1970 jedenfalls solche sind, die aus einer originär gewerblichen Tätigkeit der ausländischen Personengesellschaft i.S. des § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG stammen (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 24. August 2011 I R 46/10, BFHE 234, 339, BStBl II 2014, 764, Rz 15 ff.; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26. September 2014 IV B 5-S 1300/09/10003, 2014/0599097, BStBl I 2014, 1258, Rz 2.2.1).
- 25 c) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG erfordert ein Gewerbebetrieb eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinne zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und keine land- und forstwirtschaftliche, freiberufliche oder andere selbständige Tätigkeit ist. Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Gewerbebetriebs ist nach der Rechtsprechung des BFH, dass die Betätigung den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil vom 14. Juli 2016 IV R 34/13, BFHE 255, 12, BStBl II 2017, 175). Eine Personengesellschaft erzielt --als Subjekt der Einkünfteermittlung-- gewerbliche Einkünfte, wenn die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit als Personengesellschaft ein gewerbliches Unternehmen betreiben (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 EStG).
- 26 aa) Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung der Vermögenswerte im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10. Dezember 2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, unter C.III.1., m.w.N.). Der Kernbereich der Vermögensverwaltung wird in § 14 Satz 3 AO durch Bezugnahme auf Regelbeispiele (verzinsliche Anlage von Kapitalvermögen und die Vermietung oder Verpachtung von unbeweglichem Vermögen) abgegrenzt. Dadurch wird die Vermögensverwaltung gleichwohl nicht abschließend definiert. Sie wird in der Rechtsprechung des BFH letztlich negativ danach bestimmt, "ob die Tätigkeit dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht" (BFH-Urteil vom 25. Juli 2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, unter II.2.d, m.w.N.).
- 27 bb) Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung ist somit auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsauffassung abzustellen. In Zweifelsfällen ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem

Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (ständige Rechtsprechung, z.B. Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 197, 240, BStBl II 2002, 291, unter C.II., m.w.N.). Es entspricht langjähriger und gefestigter Rechtsprechungstradition, das "Bild des Gewerbebetriebs" durch Orientierung an unmittelbar der Lebenswirklichkeit entlehnten Berufsbildern zu konturieren. Zu diesen gehören die --selbständig und nachhaltig ausgeübten-- Tätigkeiten der Produzenten, der Dienstleister und der Händler (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 11. Oktober 2012 IV R 32/10, BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 28, m.w.N.).

- 28** cc) Das "Bild des Handels" ist durch die Ausnutzung substantieller Werte durch Umschichtung von Vermögenswerten gekennzeichnet; es unterscheidet sich von der "Vermögensumschichtung im Rahmen privater Vermögensverwaltung" durch den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten (z.B. BFH-Urteil vom 31. Mai 2007 IV R 17/05, BFHE 218, 183, BStBl II 2007, 768, unter II.2.b, m.w.N.). Ob Veräußerungen noch der Vermögensverwaltung zuzuordnen sind, lässt sich nicht für alle Wirtschaftsgüter nach einheitlichen Maßstäben beurteilen. Vielmehr sind die jeweiligen artspezifischen Besonderheiten zu beachten (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil in BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 29, m.w.N.).
- 29** dd) Entgegen der Auffassung des FG können die Grundsätze des Wertpapierhandels, wonach die Umschichtung von Wertpapieren --selbst in erheblichem Umfang-- regelmäßig noch nicht den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschreitet (BFH-Urteil vom 30. Juli 2003 X R 7/99, BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408, unter II.2.c, m.w.N.), nicht auf den Handel mit physischem Gold übertragen werden.
- 30** (1) Zutreffend ist zwar, dass sowohl physisches Gold als auch Wertpapiere Wirtschaftsgüter sind, die der Vermögensanlage dienen. Ebenso können sowohl Gold als auch Wertpapiere über Banken erworben werden, und für beide Produkte stehen in der Regel Käufer zur Verfügung. Gleichwohl bestehen grundlegende Unterschiede zwischen beiden Wirtschaftsgütern, die das Verhalten des Investors maßgeblich beeinflussen. Bei der Wertpapieranlage bestehen für den Investor zahlreiche Handlungsoptionen. Der angestrebten Erwirtschaftung eines rentierlichen Ergebnisses können höchst unterschiedliche Überlegungen und Strategien zugrunde liegen. Es existieren ertraglose Wertpapiere (z.B. Scheck, Wechsel), Zinspapiere (z.B. Inhaberschuldverschreibungen, Bundesschatzbriefe) und Dividendenpapiere (z.B. Aktien, Genussscheine). Diese Vielfalt bringt es mit sich, dass schlechte Wertpapiere durch gute Wertpapiere oder Zinspapiere durch Dividendenpapiere ersetzt werden. Vermögensumschichtungen liegen in der Natur der Sache. Dies rechtfertigt es, auch noch erhebliche Wertpapierumschichtungen für eigene Rechnung der Vermögensverwaltung zuzuordnen (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 19. Februar 1997 XI R 1/96, BFHE 182, 567, BStBl II 1997, 399, unter II.1.b).
- 31** Beim Handel mit physischem Gold befindet sich der "Anleger" in einer anderen Ausgangssituation. Physisches Gold ist ein "fruchtloses" Wirtschaftsgut, mit dem sich ein Ertrag ausschließlich durch dessen Veräußerung erzielen lässt. Der Goldhandel erfordert daher bereits dem Grunde nach einen anderen konzeptionellen Geschäftsansatz als der Handel mit Wertpapieren, um ein rentierliches Ergebnis erzielen zu können. Das häufige und kurzfristige Umschichten ist der vermögensverwaltenden Goldanlage fremd.
- 32** (2) Hinzu kommt, dass in Deutschland keine gesetzlichen Vorschriften existieren, die den Begriff des Goldhändlers oder Goldmaklers definieren oder aufsichtsrechtlich regeln. Der Goldhandel unterliegt in Deutschland nahezu keiner staatlichen Regulierung (vgl. Müller, Betriebs-Berater --BB-- 2015, 1568, 1569).
- 33** Beim Goldhandel kann daher --anders als beim Wertpapierhandel-- nicht auf ein gesetzlich definiertes Leitbild für den Beruf eines Edelmetallhändlers zurückgegriffen werden. In § 38 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. c der Gewerbeordnung (GewO) wird zwar u.a. der An- und Verkauf von Edelmetallen als überwachungsbedürftiges Gewerbe aufgeführt. Daneben existieren noch weitere Vorschriften in der GewO, die sich auf Edelmetalle beziehen (vgl. §§ 56, 147a, 148b GewO). Eine Definition des Edelmetallhandels oder weiterführende Kriterien, die ein derartiges Gewerbe charakterisieren, finden sich aber auch in der GewO nicht. Mangels gesetzlicher Bestimmungen lassen sich daher keine normativen Vorgaben mit Indizwirkung in die eine oder andere Richtung ableiten.
- 34** (3) Eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Wertpapierhandels ergibt sich auch nicht aus den vom FA zitierten BFH-Urteilen vom 20. Dezember 2000 X R 1/97 (BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706) und in BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408. In dem erstgenannten Fall hatte der BFH --auch wenn in dem dortigen Verfahren u.a. ertraglose Papiere gehandelt wurden-- gleichwohl einen Wertpapierhandel zu beurteilen. Hieraus lässt sich nicht ableiten, dass auch der An- und Verkauf von physischem Gold in größerem Umfang im Allgemeinen keinen Gewerbebetrieb begründet. Im zweitgenannten Fall wurden zwar auch Metalle gehandelt. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass der

BFH dort einen mit dem Streitfall vergleichbaren Fall zu beurteilen hatte, bei dem schwerpunktmäßig physisches Gold ge- und verkauft wurde.

**35** ee) Nach alledem ist auf das "Bild des Handels" unter Berücksichtigung der artspezifischen Besonderheiten des gehandelten Wirtschaftsguts abzustellen. Der Handel beschreibt ein planmäßiges und dauerhaftes, auf Güterumschlag gerichtetes Tätigwerden (BFH-Urteil vom 26. Juni 2007 IV R 49/04, BFHE 217, 150, BStBl II 2009, 289). Er unterscheidet sich von der "Vermögensumschichtung im Rahmen privater Vermögensverwaltung" durch den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten (BFH-Urteil in BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 29, m.w.N.). Bezieht man hierbei die artspezifischen Besonderheiten des ge- und verkauften physischen Goldes mit ein, ergeben sich folgende Grundsätze:

**36** Kriterien, denen eine hohe Indizwirkung für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit i.S. des § 15 Abs. 2 EStG zukommt, sind insbesondere

- die Anzahl der Goldgeschäfte und die zeitlichen Abstände zwischen Anschaffung und Veräußerung des gehandelten Goldes. Danach wird der kurzfristige und häufige (erhebliche) Umschlag von Gold oftmals für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs sprechen (gleicher Ansicht Reiß in Kirchhof, EStG, 15. Aufl., § 15 Rz 131e; Preißer, Der Betrieb --DB-- 2015, 1558, 1561; Hahn, jurisPR-SteuerR 26/2013 Anm. 4; Schmidt/Renger, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2012, 2042, 2044; so wohl auch Schmidt/Wacker, EStG, 35. Aufl., § 15 Rz 91; Hechtner, Neue Wirtschaftsbriefe --NWB-- 2013, 196, 201). In solchen Fällen besteht der Zweck der Goldgeschäfte nicht darin, Vermögen in Gold anzulegen, sondern allein darin, Gewinne zu erzielen. Dabei steht einer Wertung als händlertypisch (gewerblich) nicht entgegen, dass der Goldhandel nicht auf die Ausnutzung des Preisgefälles auf verschiedenen Handelsstufen, sondern auf die Ausnutzung von Wertveränderungen am nämlichen Markt gerichtet ist (BFH-Urteil in BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408, unter II.2.g ee, betreffend den Wertpapierhandel).
- der hohe Einsatz von Fremdmitteln zur Erreichung einer Hebelwirkung (vgl. Schmidt/Renger, DStR 2012, 2042, 2043; Schulte-Frohlinde, BB 2015, 287, 292; Preißer, DB 2015, 1558, 1561; Hechtner, NWB 2013, 196, 201). Anders als beim Wertpapierhandel (vgl. dazu BFH-Urteil vom 29. Oktober 1998 XI R 80/97, BFHE 187, 287, BStBl II 1999, 448, unter II.2.b) und im Rahmen der Vermietung und Verpachtung indiziert der Einsatz von Fremdkapital beim physischen Goldhandel eine gewerbliche Tätigkeit. Infolge der Ertraglosigkeit des Anlageobjekts lassen sich Fremdkapitalkosten allein durch den Verkauf und das Erzielen einer Gewinnmarge (vgl. BFH-Urteil in BFHE 234, 339, BStBl II 2014, 764, Rz 22) decken. Hinzu kommt das Verständnis von Gold als eine --den Wert des eigenen Vermögens erhaltende-- sichere Anlage. Der mit beachtlichem Fremdkapitaleinsatz erfolgte Erwerb entspricht nicht dem Bild der privaten Vermögensverwaltung. In diesem Fall wird nicht eigenes Vermögen verwaltet oder gesichert, sondern ein fremdfinanzierter Handel betrieben.

**37** Weitere Kriterien, die für oder gegen das Vorliegen eines Gewerbebetriebs sprechen können, sind insbesondere

- die konkrete Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs. So können z.B. eine professionelle Ausgestaltung unter Zukauf von Informationen und Empfehlungen sowie der Einsatz spezieller Informationstechnik für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit sprechen. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch die Verwaltung von hohem privaten Vermögen den professionellen Einsatz von sächlichen und personellen Ressourcen erfordern kann.
- das Volumen der einzeln oder insgesamt getätigten Geschäfte. Hohe Volumina sprechen tendenziell für eine gewerbliche Tätigkeit. Allerdings ist auch hierbei zu berücksichtigen, dass der Einsatz umfangreicher finanzieller Mittel der Vermögensverwaltung nicht fremd ist (vgl. BFH-Urteil in BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 45).

- die Hinwendung an eine breite Öffentlichkeit und die unmittelbare Teilnahme am Marktgeschehen (Indiz für Gewerbebetrieb) oder die Abwicklung aller Geschäfte nur über einen Handelspartner (Indiz für private Vermögensverwaltung; vgl. BFH-Urteil vom 28. November 2007 X R 24/06, BFH/NV 2008, 774, unter II.2.e bb). Beim Handel mit physischem Gold ist jedoch zu beachten, dass sich Restriktionen aus dem spezifischen Marktumfeld ergeben können. Gibt es für den physischen Goldhandel nur eine begrenzte Zahl von Marktteilnehmern, kann sich auch ein Angebot nur an diesen Interessentenkreis richten. Auch können besonders hohe Anforderungen an die Verlässlichkeit und Sicherheit der Geschäftsabwicklung bedingen, dass die Geschäfte nur mit oder über eine Bank als Handelspartner abgewickelt werden können. In solchen Fällen ist die Abwicklung der Geschäfte mit oder über nur eine Bank kein Indiz für eine private Vermögensverwaltung.
- 38** Stellt man auf das "Bild des Handels" ab, kommt dem Umstand, ob der Betroffene (auch) für fremde Rechnung tätig geworden ist, keine Indizwirkung zu. Es ist zwar zutreffend, dass insbesondere das Handeln für fremde Rechnung gegen eine Vermögensverwaltung spricht. Dies führt aber hin zum Vergleich mit einem gewerblichen Dienstleister (BFH-Urteil in BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408, unter II.2.d). So ist gerade das "Bild eines gewerblichen Dienstleisters" durch ein Tätigwerden für fremde Rechnung gekennzeichnet (BFH-Urteil in BFHE 239, 248, BStBl II 2013, 538, Rz 30). Dem "Bild des Handels" entspricht jedoch typischerweise ein Tätigwerden für eigene Rechnung.
- 39** ff) Von diesen Rechtsgrundsätzen ausgehend könnte die Würdigung des FG keinen Bestand haben. Der Senat käme allein auf Grund der Anzahl der Geschäfte, der Haltedauer des Goldes und insbesondere der hohen Fremdfinanzierung zu dem Ergebnis, dass die Grenze der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten ist.
- 40** d) Soweit das FA mit seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, die Klägerin habe ihre An- und Verkaufsgeschäfte nur über eine Bank abgewickelt, zum Ausdruck bringen wollte, die Tätigkeit der Klägerin stelle sich auch nicht als eine "Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr" i.S. des § 15 Abs. 2 EStG dar, könnte sich der Senat dem nicht anschließen. Denn der Klägerin ist die An- und Verkaufstätigkeit der X-Bank, die für die Klägerin als Kommissionärin tätig geworden ist, als eigene Tätigkeit zuzurechnen (BFH-Urteil vom 31. Juli 1990 I R 173/83, BFHE 162, 236, BStBl II 1991, 66, unter II.B.5.).
- 41** 3. Wegen der weiteren Rechtsfragen, die sich vorliegend ggf. im Zuge der Durchführung eines Feststellungsverfahrens nach § 180 Abs. 5 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a AO ergeben können, weist der Senat auf sein Urteil vom 19. Januar 2017 IV R 50/14 (zur amtlichen Veröffentlichung vorgesehen) hin. Anzumerken bleibt, dass der Senat in jenem Verfahren nicht inhaltlich darüber befunden hat, ob die dortige Klägerin --ebenfalls eine GP-- nach ausländischem Recht buchführungs- und abschlusspflichtig ist, oder ob sie in Großbritannien freiwillig Bücher geführt und Abschlüsse aufgestellt hat. Ebenso hat der Senat auf Grund der bindenden Feststellungen des FG in jenem Verfahren nicht geprüft, ob auch eine Inlandsbetriebsstätte vorgelegen hat.
- 42** III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)