

Nach § 134 InsO ist eine unentgeltliche Leistung anfechtbar, wenn sie nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde.

Eine Unentgeltlichkeit i. S. d. § 134 InsO liegt vor, wenn ein Vermögenswert aufgegeben wird, ohne dass der Empfänger eine ausgleichende Gegenleistung an den Verfügenden erbringt.<sup>33</sup>

Demgegenüber wird teilweise auch vertreten, dass eine Spende ein „gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk“ darstellen kann und somit nach § 134 Abs. 2 InsO nicht anfechtbar sei, sofern sie von geringem Wert ist.<sup>34</sup>

Ob der „geringe Wert“ i. S. d. § 134 Abs. 2 InsO objektiv zu bestimmen ist oder sich an den persönlichen Umständen des Spenders orientiert, ist ebenfalls umstritten.

Richtigerweise wird man den Begriff des gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenks im Hinblick auf den Zweck der Norm, dem Gläubigerschutz, zu interpretieren haben, so dass ein objektiver Maßstab anzulegen wäre.

#### 4. Fazit

Die Insolvenz hat umfangreiche Auswirkungen auf eine gemeinnützige Körperschaft, welche bis zu der Versagung der

Steuerbefreiung oder auch zu der Auflösung des Vereins führen kann. Darüber hinaus können sich auch unter Haftungsgesichtspunkten umfangreiche Wirkungen für die handelnden Personen ergeben, welche ebenfalls weitreichende Folgen haben können.

Diese Konsequenzen können jedoch vermieden werden, wenn die Vorstandstätigkeit sorgfältig ausgeübt wird und Warnsignale nicht (bewusst) übersehen werden. Sofern hier dem Vorstand die erforderliche Sachkunde fehlt, sollte unbedingt fachkundiger Rat eingeholt werden.

Darüber hinaus können sich auch aus der Insolvenz eines Spenders direkte Auswirkungen für den Spendenempfänger ergeben, wenn eine Anfechtung erklärt wird und die Spende als *unentgeltliche Leistung* zurückgefordert werden soll. Auch auf diesen Fall sollte man vorbereitet sein. Sei es, dass man derartige Forderungen abwehren kann oder entsprechende Vorbereitungen getroffen hat, um nicht durch eine Rückforderung selbst in eine finanzielle Schieflage zu geraten.

<sup>33</sup> MünchKommInsO/Kirchhof, § 134 Rn. 46; Jaeger InsO/Heckel § 134, Rn. 60; Aden, Menno, BB 1985, 366-369 (369).

## Immobilieninvestitionen als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb?

Rechtsanwalt Stefan Winheller LL.M. (Tax) USA, Frankfurt\*

Einnahmen aus Vermögensverwaltung gehören zu den elementaren Bestandteilen der Einkünfte gemeinnütziger Organisationen. Insbesondere Immobilien-Investments sind beliebt, weil sie einerseits wertstabil sind und andererseits kontinuierliche Vermietungseinnahmen garantieren. Hier lauern jedoch Gefahren: Erachtet das Finanzamt die Investitionen ab einer gewissen Schwelle als Immobilienhandel, handelt es sich nicht mehr um steuerfreie Vermögensverwaltung, sondern um einen steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

### Vermögensverwaltung versus wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

Einnahmen aus Vermögensverwaltung sind für gemeinnützige Organisationen steuerfrei. Hierzu zählen klassischerweise Zins- und Dividendeneinkünfte sowie Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb hingegen ist als selbstständige nachhaltige Tätigkeit definiert, durch die Einnahmen erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht, § 14 AO. Einkünfte, die im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäfts-

betriebs bezogen werden, sind für gemeinnützige Organisationen steuerpflichtig, um so Wettbewerbsgleichheit zu anderen wirtschaftlichen Akteuren herzustellen.

Die entscheidende Frage ist, wann eine Investition in Immobilien den Rahmen der Vermögensverwaltung sprengt. Die Rechtsprechung unterscheidet pragmatisch: Geht es bei der Investition darum, den Grundbesitz als Anlage zu nutzen, also nur die Erträge unter gleichzeitigem Erhalt der Substanz abzuschöpfen, handelt es sich um Vermögensverwaltung. Hat der Erwerb oder die Bebauung des Grundstücks hingegen zum Ziel, durch Kauf und Verkauf die substantiellen Vermögenswerte der Immobilie selbst nutzbar zu machen, findet man sich im gewerblichen Grundstückshandel und damit in der steuerlichen Sphäre wieder.

\* Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht für WINHELLER Rechtsanwälte, Frankfurt am Main. Er berät Stiftungen und gemeinnützige Körperschaften.

### Die 3-Objekt-Grenze als Vermutung

Dass auch ein Vermieter Immobilien gelegentlich zu kaufen und zu verkaufen hat, ist den Gerichten bewusst. Für sie ist entscheidend, ob bereits bei Erwerb oder Bebauung die Absicht bestand, das Objekt später zu veräußern und dadurch Gewinne zu erzielen. Eine solche Absicht ist naturgemäß schwer nachweisbar. Die Rechtsprechung betrachtet daher äußere, objektive Umstände, die auf eine solche Absicht schließen lassen. Hieraus hat sich die sogenannte 3-Objekt-Grenze entwickelt: Nach dieser Regel ist grundsätzlich von einem gewerblichen Grundstückshandel auszugehen, wenn innerhalb von 5 Jahren mehr als 3 Objekte veräußert werden. Als Objekt in diesem Sinne gilt jede Immobilie, jede einzelne Wohnung, jedes Miteigentum oder sogar eine wesentliche Beteiligung an Grundstücksgesellschaften.

Daneben muss immer ein enger zeitlicher Zusammenhang – in der Regel 5 Jahre oder weniger – zwischen dem Erwerb, der Bebauung oder Modernisierung und dem Verkauf des jeweiligen Objekts bestehen (vgl. zur 3-Objekt-Grenze das BMF-Schreiben vom 26.03.2004, Az. IV A 6-S-2240-46/04).

### Widerlegbarkeit der Vermutung

Die 3-Objekt-Grenze stellt eine Vermutung auf. Besondere Umstände können die Beurteilung in beide Richtungen beeinflussen. Wird beispielsweise ein Grundstück schon vor seiner Bebauung weiterverkauft, spricht dies für einen gewerblichen Grundstückshandel, unabhängig von der 3-Objekt-Grenze, da damit eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht feststeht. Umgekehrt kann trotz Überschreitens der 3-Objekt-Grenze die Vermutung für eine gewerbliche Betätigung widerlegt werden, wenn eindeutig nachgewiesen werden kann, dass die Objekte keinesfalls bereits mit der Absicht erworben wurden, diese später weiter zu veräußern. Ein solcher Gegenbeweis ist freilich nur schwer zu führen. Rein finanzielle oder persönliche Gründe werden nicht anerkannt. So entschied der BFH in einem Urteil vom 17.12.2009 (Az. III R 101/06), dass selbst der Zwang einer Bank, ein Objekt zu veräußern, um der Zwangsvollstreckung zu entgehen, steuerschädlich ist. Daraus kann gefolgert werden, dass sich die Finanzämter bei der Anwendung der 3-Objekt-Grenze

z.B. auch durch die Notwendigkeit eines Verkaufs einer Immobilie zur Finanzierung gemeinnütziger Projekte nicht beeindrucken lassen werden.

### Gestaltungsmöglichkeiten

In einem Urteil vom 17.03.2010 (Az. IV R 25/08) zeigt der BFH eine interessante Gestaltungsmöglichkeit auf: Im entschiedenen Fall ging es um die Anerkennung einer zwischen geschalteten GmbH, in welche der Steuerpflichtige den Grundstückshandel ausgelagert hatte. Zwar hebt das Gericht hervor, dass die reine Auslagerung zum Zwecke des An- und Verkaufs von Immobilien auf eine im Wesentlichen funktionslose GmbH nichts daran ändere, dass auf Seiten der Gesellschafter gewerblicher Grundstückshandel betrieben werde. Geht die GmbH jedoch auch einer eigenen wertschöpfenden Tätigkeit nach, indem sie beispielsweise die Grundstücke bebaut, sind die Gewinnausschüttungen bei der gemeinnützigen Körperschaft der Vermögensverwaltung zuzurechnen. Für betroffene gemeinnützige Organisationen kann es daher ratsam sein, das komplette Immobiliengeschäft auf eine Tochter-GmbH auszugliedern, um so weiterhin steuerfreie Einnahmen aus Vermögensverwaltung zu erzielen, aber auch, um Haftungsrisiken auszulagern und die Gemeinnützigkeit zu sichern. Die Tochter-GmbH sollte dann aus eigenen Mitteln die Objekte entwickeln und damit neue Werte schaffen.

**Praxishinweis:** Ein Überschreiten der 3-Objekt-Grenze ist schnell passiert. Die Folgen sind erheblich. Als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb wird das Immobilieninvestment körperschafts- und vor allem auch gewerbesteuerpflichtig. Dies gilt dann nicht nur für den die 3-Objekt-Grenze „überschreitenden“ Teil, sondern für sämtliche Immobiliengeschäfte, die die gemeinnützige Organisation getätigt hat und tätigt. Angesichts des enormen finanziellen Risikos einer Nachversteuerung aller Immobilieneinkünfte sollte vor einer geplanten Veräußerung professioneller Rat eingeholt werden. Eine präventive Planung kann außerdem helfen, ein böses Erwachen zu verhindern.

Quelle: **NONPROFITRECHT AKTUELL; WINHELLER Rechtsanwälte Mandanten-Newsletter, Ausgabe 9.2010, S. 2; unter: <http://www.winheller.com>**

## ZStV Literatur

Eberhard Braun (Hrsg.)

**Insolvenzordnung Kommentar, 4. neu bearbeitete Auflage**  
Verlag C.H. Beck München 2010 LXXV, 1779Seiten, 110 €, ISBN 978-3-406-59543-1

bearbeitet von Rüdiger Bauch, Elke Bäuerle, Andreas Beck, Peter de Bra, Eberhard Braun, Stefano Buck, Harald Bußhardt, Ellen Delzant, Thomas Dithmar, Achim Frank, Dirk Herzig, Ferdinand Kießner, Thomas Kind, Harald Kroth, Andreas Lang, Oliver Liersch, Rainer Riggert, Detlef Schneider, Detlef Specovius, Annerose Tashiro und Bertram Wolf.

Lange Zeit hat die Insolvenz von Stiftungen oder der Zusammenhang der Stiftungstätigkeit mit dem Insolvenzrecht kaum Beachtung in der Kommentarliteratur gefunden. Dies zeigt sich bereits darin, dass auch heute noch in den meisten Insolvenzrechts-Kommentaren der Begriff „Stiftung“ im Stichwortverzeichnis nicht enthalten ist. Mit zunehmender Zahl mit geringem Kapital ausgestatteter Stiftungen wird eine Insolvenz auch der Stiftungen immer häufiger erfolgen. Die Heranziehung der Kommentarliteratur setzt damit i.d.R. für den Benutzer genauere Kenntnis des Stiftungs- und Insolvenzrechts für die Bearbeitung diesbezüglicher Probleme voraus. Die Einordnung der rechtsfähigen Stiftung als juristische Person wird zuerst über die allgemeinen Grundsätze angegangen werden können z.B. die Insolvenzfähigkeit und der Eröffnungsgrund über §§ 15, 15a bzw. 17, 19 InsO (Bearbeiter Bußhardt). Aber auch hier ist die Stif-